



NACHRUF

Nachruf auf Professor Dr. Jochen Rozek
Christian von Coelln

45

ZIVILRECHT

Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Händlers
Lennard Barth

48

Karl Larenz
Zum Wirken eines Juristen im Nationalsozialismus
Max E. Müller

62

Greenwashing und Irreführungsverbot
Eine Analyse der Auswirkungen der neuen EU-Richtlinienentwürfe
auf das deutsche Lauterkeitsrecht
Tobias Pfeiffer

76

ÖFFENTLICHES RECHT

Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter?
Eine paradigmatische Klärung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeiten
nach der NZöG-Entscheidung des EuGH
Simon Haupt

89

Die Klagebefugnis von Umweltverbänden im internationalen,
völker- und unionsrechtlichen Normengefüge
Anna Rosenow

101

Demokratische Repräsentation im Bundestag
Clara Schneidenbach

113

STRAFRECHT

Die Abgrenzung von Fremdtötung und Suizidhilfe nach dem „Insulin“-Beschluss
Zugleich ein Beitrag zur Ratio des § 216 StGB
Yasin Mouhssine

128

Zitierweise:
Autor:in, LLJ
Autor:in, Leipzig Law Journal

ISSN 2750-7831
Jahrgang 2024, Ausgabe 2

www.jura.uni-leipzig.de/llj/

© Leipzig Law Journal e.V.

Leipzig Law Journal
c/o Dr. Alexander Brade
Burgstraße 21, 04109 Leipzig

Zeichnung: Mascha Schultz

29.11.2024

Leipzig Law Journal

Ausgabe 2024/2

Unterstützt durch:

A&O SHEARMAN

Redaktion

CHEFREDAKTION

Charlotte Weißflog

Isabella Fajardo Handrick

ZIVILRECHT

Patricia Nürnberger (Ressortl.)

Eileen Wohlgemuth

Lukas Hollerung

Emma Pihl

Ann-Kathrin Christina Voß

Jakob Hoffmann

ÖFFENTLICHES RECHT

Maximilian Dohrn (Ressortl.)

Noah Seyller

Johanna Linke

Max Einsiedel

STRAFRECHT

Jana Ilts (Ressortl.)

Felix Lingath

Akademischer Beirat

ZIVILRECHT

Prof. Dr. Florian Loyal

Dr. Tony Grobe

ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Johannes
Eichenhofer

Dr. Alexander Brade,
LL.M. (Harvard)

Dr. Alexander Schwarz

STRAFRECHT

Prof. Dr. Laura Neumann

Dr. Niels Kaltenhäuser

Nachruf auf Prof. Dr. Jochen Rozek (1960-2024)

Prof. Dr. Christian von Coelln*

Am 29. August 2024 ist Professor Dr. Jochen Rozek im Alter von nur 64 Jahren verstorben, nachdem er im Mai plötzlich sehr schwer erkrankt war. Sein Tod ist ein empfindlicher Verlust – für seine Angehörigen, aber auch für seine Freunde und Kollegen, für seine Studenten und für das Öffentliche Recht insgesamt.

Geboren wurde Jochen Rozek am 29. Juni 1960 in Oberhausen. Nach einer Banklehre nahm er 1983 das Studium der Rechtswissenschaft an der seinerzeit noch jungen Universität Passau auf, die gerade im Begriff war, sich ihren Ruf als exzellenter Studienort auch und gerade für Juristen aufzubauen. Sehr früh erregte er durch kluge Beiträge in Lehrveranstaltungen die Aufmerksamkeit seines späteren akademischen Lehrers, Professor Dr. Herbert Bethge, an dessen Lehrstuhl er in der Folge als studentische Hilfskraft tätig wurde. 1988 und 1991 legte er herausragende Staatsexamina ab. Daran schloss sich eine bis 1998 dauernde Tätigkeit als Wissenschaftlicher Assistent bzw. Oberassistent am Lehrstuhl Bethge an, während Jochen Rozek zunächst promovierte (1992) und sich dann habilitierte (1996). Im Jahr 1998 folgte er einem Ruf an die TU Dresden. Von 2008 an bis zu seinem Tod war er Mitglied der Juristenfakultät der Universität Leipzig, an der er zwischen 2013 und 2016 das Amt des Dekans innehatte.

Viel wichtiger als diese Eckdaten aber sind die Qualitäten, die den Menschen und Wissenschaftler Jochen Rozek ausmachten.

Jenseits der Juristerei war er begeisterter Tennisspieler, ABBA-Anhänger und enthusiastischer Apple-Fan der ersten Stunde mit beachtlichen missionarischen Erfolgen auf diesem Gebiet. Die Zahl derer, die er von „seinen“ Geräten und „seinem“ Betriebssystem überzeugte, lässt sich kaum schätzen.

Aus wissenschaftlicher Perspektive seien – ohne insofern die Bedeutung der einzelnen Aspekte gewichten zu wollen – zunächst seine herausragenden Qualitäten als Dozent genannt. Die Lehre war ihm ein Herzensanliegen. Schon in Passauer Assistentenzeiten fand seine eigentlich als Arbeitsgemeinschaft konzipierte Veranstaltung zum Verwaltungsrecht so großen Zuspruch, dass sie im größten Hörsaal der Uni stattfinden musste – dessen 400 Plätze für die Menge der Teilnahmewilligen häufig nicht ausreichten. Ganze Generationen lernten hier den gutachtlichen Aufbau verwaltungsprozessualer und verwaltungsrechtlicher Fälle auf Examensniveau. Jochen Rozek blieb stets freundlich und zugewandt. Selbst evident unzutreffende Antworten wurden aufmunternd kommentiert („Sehr schön, Herr Kollege/Frau Kollegin! Hier ist das allerdings nicht ganz richtig.“), alle Nachfragen geduldigst beantwortet.

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht an der Universität zu Köln.

In seiner Forschung war Jochen Rozek breit aufgestellt. Mit seinen beiden Qualifikationschriften hat er grundlegende und stark beachtete Arbeiten vorgelegt. Die Dissertation „Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte“ ist ein nach wie vor ein vielfach zitiertes, Maßstäbe setzendes Werk. Neben materiell-rechtlichen Fragen des Bundesstaatsprinzips, zu denen die magischen Argumentationsfigur der in die Landesverfassung hineinwirkenden Bundesverfassung zählt, beantwortet das Buch etliche verfassungsprozessuale Fragen. Diesen Schwerpunkt hat Jochen Rozek später u.a. mit umfangreichen Kommentierungen zu Vorschriften des BVerfGG ausgebaut. Der Landesverfassungsgerichtsbarkeit war er zwischenzeitlich auch praktisch als stellvertretendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen verbunden. Seine Habilitationsschrift „Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung“ ist ein fundamentaler Beitrag zu einer der vielleicht schwierigsten Fragen der Grundrechtsdogmatik und zugleich des Staatshaftungsrechts. Intensiv befasst hat er sich – neben vielen anderen Themen – auch mit dem sächsischen Landesrecht. Überhaupt war er im Bereich des Öffentlichen Rechts eine Art intellektuelles Universalwerkzeug: Ich kann mich nach über 30 Jahren Bekannt- und Freundschaft nicht an einen einzigen Fall erinnern, in dem Jochen Rozek zu irgendeiner Frage des Öffentlichen Rechts nicht absolut sattelfest und sprechfähig gewesen wäre.

Im fachlichen und persönlichen Umgang war er ausgesprochen freundlich, liebenswürdig, verbindlich und unprätentiös. Seine zurückhaltende Art behielt er sogar bei, als er 2002 von der Staatsregierung unter Androhung einer dienstrechtlichen Prüfung aufgefordert wurde, zum Sachverhalt einer Hausarbeit Stellung zu nehmen, in der es um ein fiktives „Gesetz zur Wiederherstellung der Achtung vor der Sächsischen Staatsregierung (WASSRG)“ ging, das nach der Aufgabenstellung „aus Anlass einer im Jahre 2001 außerordentlich kritischen Presseberichterstattung über den Lebenswandel und das Amtsgebaren der Sächsischen Staatsregierung“ erlassen worden war. Der Wissenschaftsminister persönlich schrieb an Jochen Rozek, dieser halte sich offenbar für einen Helden. Er erinnere ihn „eher an einen Menschen, der den Rechtsstaat wie einen Betonbunker benutzt, aus dessen Schießscharten heraus er sicher geschützt machen kann, was er will.“¹ Der in der Presse zitierten Einschätzung von Jochen Rozek, „die harten Stellen des Briefes [würden] mehr über den Staatsminister als über mich aussagen“ und ihn selbst in gleichem Maße amüsieren wie erschrecken, ist bis heute nichts hinzuzufügen.

Jochen Rozek war auch einer der Protagonisten der – letztlich vergeblichen – Bemühungen, die Schließung der Juristischen Fakultät der TU Dresden zu verhindern. Dass ihn der „Spiegel“ nach der zweiten gerichtlichen Entscheidung, die er zugunsten der Schließungsgegner erstritten hatte, 2003 als „streitbaren Juristen“ porträtierte,² war zutreffend: Diese Einschätzung wurde ihm gerecht, und sie hat ihm gefallen. Auf Streit und Krawall war er nie aus – aber zwischen Recht und Unrecht wusste er sehr genau zu unterscheiden. Und für das, was

¹ Dazu und zum ganzen Vorgang s. *Reckling*, Der Professor, die Übung und ein wütender Minister, DER SPIEGEL v. 06.03.2002 (zuletzt abgerufen am 03.10.2024).

² *Seidler*, Schließung aufgeschoben, nicht aufgehoben, DER SPIEGEL v. 13.02.2003 (zuletzt abgerufen am 03.10.2024).

er als Recht erkannt hatte, trat er unbeirrt und konsequent auch bei starkem Gegenwind ein – eine Eigenschaft, die leider auch bei Juristen nicht mehr selbstverständlich ist.

Sein Tod hinterlässt fachlich und menschlich eine große Lücke. Denen, die ihm fachlich bzw. persönlich verbunden waren, fehlt er schon jetzt sehr.

Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Händlers

Lennard Barth*

Abstract: Die Herstellerverschuldenszurechnung ist ein Standardproblem in der juristischen Ausbildung. Dennoch wird das Thema wegen der gefestigten Rechtsprechung oftmals in Lehrveranstaltungen, Lehrbüchern, teils auch in Kommentaren nur oberflächlich behandelt. Dieser Aufsatz will sich der Frage, ob der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Händlers ist, auf einer grundlegenden Ebene nähern und dabei die verschiedenen Begründungsmöglichkeiten und Wertungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, die die Frage berühren, näher beleuchten.

A. Einleitung

Der Hersteller einer Ware ist nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Ein Verkäufer schuldet nicht die Herstellung der Sache, sondern lediglich deren Beschaffung. Damit könne der Hersteller auch nicht im Pflichtenkreis des Verkäufers tätig werden. Diese Formel (im Folgenden als Grundsatz¹ bezeichnet) wird von der Rechtsprechung in allen erheblichen Entscheidungen seit 1921² bis heute³ gebetsmühlenartig wiederholt und entspricht der herrschenden Meinung.⁴ Auf den ersten Blick scheint der Grundsatz logisch und richtig. Wer nicht im Pflichtenkreis tätig wird, kann auch nicht nach § 278 S. 1 BGB Erfüllungsgehilfe sein. Wie so oft lohnt aber ein genauerer Blick auf die Problematik.

Die Frage der Herstellerverschuldenszurechnung stellt sich innerhalb verschiedener Schuldverhältnisse. Die größte Relevanz hat sie beim Kaufvertrag. Aber auch beim Werklieferungsvertrag und Werkvertrag ergibt sich das Problem. Dieser Aufsatz beschränkt sich im Folgenden auf die praktisch relevantesten Fälle der industriell gefertigten Waren im kaufrechtlichen und werklieferungsvertraglichen Kontext.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Aktuelle Entwicklungen im Schuldrecht“ bei Prof. Dr. Tim Drygala zugrunde.

¹ In Anlehnung an Schirmer, AcP 222 (2022), 572.

² RGZ 101, 157.

³ BGH, NJW 2020, 3312 (Rn. 18).

⁴ U.a. BGHZ 200, 337; 181, 317; 177, 224; 48, 118; BGH BeckRS 1956, 31379102; Caspers, in: Staudinger, BGB, §§ 255 – 304, 2019, § 278 Rn. 37 ff.; Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 280 Rn. 69; Pfeifer, in: Soergel BGB, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2013 § 278 Rn. 34; Lorenz, in: BeckOK-BGB, 67. Ed. 2023 § 278 Rn. 27; Looschelders, SchuldR AT, 21. Aufl. 2023, § 23 Rn. 35; Huber, FS Ulmer, 2003, S. 1165; a.A. Grundmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, § 278 Rn. 31; Peters, ZGS 2010, 24; Schroeter, JZ 2010, 495; Schirmer, AcP 222 (2022), 572; Weller, NJW 2012, 2312; Witt, NJW 2014, 2156.

I. Relevanz

Unsere arbeitsteilige Welt ist Lieferkettengestützt. So ist es in vielen Bereichen selten, dass der Letztkaufende ein Produkt direkt vom Hersteller kauft. Regelmäßig sind Händler zwischengeschaltet. Dies führt zu der Frage, wie die Zwischenhändler bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache aufgrund von Herstellerfehlern haften. Um die Problematik zu veranschaulichen, ist es hilfreich, sie anhand eines Falls darzustellen:

Händler (H) betreibt einen Fahrradladen. Er verkauft Käufer (K) ein Fahrrad, dessen Rahmen unter einer – nur bei ausgiebiger Untersuchung ersichtlichen – fehlerhaften Verschweißung leidet. Nach einstündiger Fahrt bricht der Rahmen und K stürzt. Infolge des Sturzes wird die Jacke des K zerstört.

Die Haftung des Händlers im gegenständlichen Fall kann sich potenziell aus Eigenverschulden § 276 Abs. 1 BGB oder aus zugerechnetem Fremdverschulden §§ 278, 276 Abs. 1 BGB ergeben. Erheblich ist hierfür die Unterscheidung zwischen Hersteller-Verkäufer und Händler-Verkäufer.

1. Hersteller-Verkäufer

Der Hersteller, der seine Produkte selbst vertreibt (Hersteller-Verkäufer), muss sich in Haftungsfällen, die durch das mangelhafte Produkt hervorgerufen werden, regelmäßig Eigenverschulden entgegenhalten lassen. Der Hersteller-Verkäufer schuldet in seiner Rolle als Verkäufer zwar nicht die Herstellung – aufgrund der Eigenproduktion und den damit einhergehenden Untersuchungspflichten (bei der Herstellung) hat er die Unkenntnis vom Mangel aber regelmäßig fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) zu vertreten.⁵ Um die Vermutung des § 280 Abs. S. 2 BGB zu widerlegen, müsste der Hersteller darlegen und beweisen, dass es auch unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der Produktion zur Mangelhaftigkeit gekommen wäre; ein schwer zu erbringender Beweis.

2. Händler-Verkäufer

Anders verhält es sich beim Händler-Verkäufer, der das Produkt (weiter-) verkauft. Ihn trifft wegen des Mangels kein Fahrlässigkeitsvorwurf. Denkbar ist höchstens der Vorwurf einer Untersuchungspflichtverletzung. Bei der Annahme von Untersuchungspflichten ist die Rechtsprechung jedoch restriktiv. So geht der BGH grds. nur bei spezialisierten Fachbetrieben von weitergehenden Untersuchungspflichten aus.⁶ Sonstige Händler müssen allenfalls stichprobenartig untersuchen und dürfen bei industriell gefertigter Neu- und Massenware ansonsten auf ausreichende Untersuchung durch den Hersteller vertrauen.⁷

Mangels Untersuchungspflicht scheidet eine Haftung des Händler-Verkäufers wegen Eigenverschulden regelmäßig aus. Händler H hätte im Eingangsfall die Mangelhaftigkeit des Fahrrades bei Gefahrübergang also nicht zu vertreten.

⁵ Westermann, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, § 437 Rn. 29; Faust, in: Bamberger et al., BGB, 5. Aufl. 2023, § 437 Rn. 100.

⁶ BGHZ 181, 317 (Rn. 19); so auch Medicus/Petersen, BürgerlR, 28. Aufl. 2021, Rn. 806; Grundmann, in: MüKo-BGB, § 278 Rn. 31; Beckmann, in: Staudinger BGB, §§ 433 – 480, 2014, § 433 Rn. 156 ff.

⁷ Vgl. z.B. BGH, NJW 1978, 1155 (1157); BeckRS 1956, 31379102.

Relevant ist daher, ob der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Händlers angesehen werden kann. Wäre dies der Fall, würde der Händler sich dessen (Handeln und) Verschulden zurechnen lassen müssen. Er würde genauso haften wie der Hersteller-Verkäufer.

Lehnt man dagegen die Verschuldenszurechnung ab, kommen lediglich Ansprüche des Käufers gegen den Hersteller selbst aus Delikt (§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Grundsatz der Produzentenhaftung, § 1 Abs. 1 ProdHaftG) in Betracht. Diese sind für den Anspruchsgläubiger nachteiliger.⁸

II. Begriff des Erfüllungsgehilfen

Anknüpfungspunkt für die fragliche (Handlungs- und) Verschuldenszurechnung ist § 278 BGB. Die Norm ist eine Zurechnungsnorm für fremdes Verschulden (u.a. des Erfüllungsgehilfen). Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners rein tatsächlich in dessen Pflichtenkreis tätig wird.⁹ Voraussetzung für die Handlungs- und Verschuldenszurechnung ist das Bestehen eines Sonderrechtsverhältnisses (meist in Form eines Schuldverhältnisses) zwischen Gläubiger und Schuldner, das Handeln der fraglichen Person im Pflichtenkreis des Schuldners sowie ein Verschulden der handelnden Person.¹⁰

Dabei ist es unerheblich, ob der Erfüllungsgehilfe vor oder nach Begründung des Schuldverhältnisses im (späteren) Pflichtenkreis des Schuldners tätig wird.¹¹ So kann dem Ladeninhaber das fahrlässige Liegenlassen eines Salatblatts der beauftragten Putzkraft auch dann zugerechnet werden, wenn sein vorvertragliches Schuldverhältnis mit einem Kunden (§ 311 Abs. 2 BGB), der auf dem Salatblatt ausrutscht, erst am nächsten Tag entsteht.

Epizentrum des Streits um die Erfüllungsgehilfenstellung des Herstellers ist die Frage nach dem Pflichtenkreis des Händlers.

B. Begründungsansätze der Rechtsprechung

Nachdem die Problematik der Herstellerverschuldenszurechnung verstanden ist, soll es nun um die Begründungsansätze der Rechtsprechung gehen. Dazu hat *Schirmer* bereits alles gesagt.¹² Der BGH lehnt die Herstellerverschuldenszurechnung in ständiger Rechtsprechung ab. Die Entscheidungen zum Thema sind – von zwei Ausnahmen abgesehen –¹³ argumentativ nicht ergiebig. Meist begnügt sich der BGH mit dem Verweis darauf, dass

⁸ So gilt hier nicht die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB erfasst keine reinen Vermögensschäden und das ProdHaftG enthält Haftungshöchstsummen.

⁹ BGHZ 13, 111 (113); *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, 82. Aufl. 2023, § 278 Rn. 7.

¹⁰ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen: *Grundmann*, in: *MüKo-BGB*, § 278 Rn. 15 – 49; *Looschelders*, *SchuldR* AT, § 23 Rn. 38 f.

¹¹ *Caspers*, in: *Staudinger*, BGB, § 278 Rn. 35; *Grundmann*, in: *MüKo-BGB*, § 278 Rn. 23; *Grüneberg*, in: *Grüneberg* BGB, § 278 Rn. 12; *Lorenz*, in: *Bamberger et al.*, BGB, § 278 Rn. 18; *Peters*, *ZGS* 2010, 24 (27); *Schroeter*, *JZ* 2010, 495 (498).

¹² *Schirmer*, *AcP* 222 (2022), 572 (575 ff.).

¹³ BGH *NJW* 2020, 3312; BGHZ 200, 337 (hier wird der Grundsatz erstmals zutreffend begründet; siehe C. III.).

der Grundsatz (der Hersteller ist nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers) ständige Rechtsprechung sei.¹⁴

Ein taugliches Grundsatzurteil, das die ständige Rechtsprechung legitimiert, fehlt jedoch. Die vom BGH in mehreren Entscheidungen zitierte Urentscheidung zum Grundsatz – die Fafnir-Entscheidung des Reichsgerichts –¹⁵ taugt aus verschiedenen Gründen nicht als Ursprung der ständigen Rechtsprechung. So ist unklar, ob das RG mit der Terminologie des „Erfüllungsgehilfen“ überhaupt den Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 BGB meint. Außerdem ist das Urteil mit zwei feststellenden Sätzen zur Erfüllungsgehilfenschaft derart knapp, dass es sich kaum als Leitentscheidung eignet.¹⁶

Der BGH begründet den Grundsatz also erstmals mit einer Reichsgerichtsentscheidung, die wahrscheinlich nicht einmal auf § 278 BGB bezogen ist. Die Folgeentscheidungen des BGH begründen den Grundsatz dann wiederum mit der ersten BGH-Entscheidung und den anderen Entscheidungen, die wiederum auf die erste BGH-Entscheidung verweisen. So ist ein sich selbst verstärkender Zirkel entstanden, der auf gegenseitiger Verweisung beruht, aber keine wirkliche Begründung liefert, warum der Hersteller nicht als Erfüllungsgehilfe des Händlers anzusehen ist.

C. Betrachtung der Frage nach dem Auslegungskanon

Da die BGH-Rechtsprechung kaum eine Hilfe bei der wissenschaftlichen Begründung oder Widerlegung des Grundsatzes ist, gilt es nun anhand des Auslegungskanons zu untersuchen, ob der Hersteller nach Wortlaut und Systematik (I.), Telos (II.) und Wille des Gesetzgebers (III.) als Erfüllungsgehilfe des Händlers zu gelten hat.

I. Wortlaut und systematische Stellung des § 278 BGB

Nach dem Wortlaut des § 278 S. 1 BGB hat der Schuldner das Verschulden der Person, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, zu vertreten, als wäre es sein eigenes Verschulden. Damit ist der Wortlaut insofern nicht dienlich, als es zur Ermittlung der Erfüllungsgehilfenschaft immer einer Konkretisierung bedarf, wann eine Person zur Erfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit handelt.

Ergiebiger ist das Verhältnis des § 278 BGB zu den Normen des besonderen Schuldrechts, also die Systematik. Die Reichweite von § 278 BGB erschließt sich dem Betrachter nur i.V.m. den einschlägigen Normen des besonderen Schuldrechts, die den Pflichtenkreis des jeweiligen Schuldverhältnisses abstecken. Gegenständlich ist somit vor allem das systematische Verhältnis der §§ 278, 433 BGB, also der geschuldete Pflichtenkreis des Käufers, relevant.

1. Pflichtenkreis des Händlers

Konsens ist, der Händler schuldet die Herstellung der Kaufsache nicht. Daraus folgern große Teile des Schrifttums, der Hersteller werde nicht im Pflichtenkreis des Händlers

¹⁴ U.a. BGHZ 200, 337; 181, 317; 177, 224; 48, 118.

¹⁵ RGZ 101, 157.

¹⁶ Schirmer, AcP 222 (2022), 572 (578 ff.).

tätig.¹⁷ Das Verschulden des Herstellers könne dem Händler daher nicht über § 278 BGB zugerechnet werden.¹⁸ Dies wird mit der Unterscheidung zwischen Werk- und Kaufvertrag begründet. Wenn das Herstellerverschulden und -handeln zugerechnet werden würde, stünde der Händler so, als schulde er die Herstellung des Produkts. Anders als beim Werkvertrag, bei dem der Werkunternehmer die Herstellung des Werkes schulde, umfasse die Verkäuferpflicht aber nur die Verschaffung der Kaufsache. Wäre der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Händlers, würde dieser systematische Unterschied zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag verwischt.¹⁹

Diese Lesart der Gesetzessystematik ist seit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 indes nur schwer begründbar. Seit 2002 schuldet der Händler nunmehr gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB die mangelfreie Verschaffung des Kaufgegenstands. Zwar bleibt es dem Händler überlassen, wie er sich in den Zustand der Leistungsfähigkeit versetzt; so kann er genauso, wie er entscheidet, wie er die Sache beschafft, entscheiden, wie er die Mangelfreiheit herstellt. Bedient er sich aber dabei des Herstellers, wird dieser nach dem Wortlaut und der Systematik des § 434 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 278 BGB im Verkäuferpflichtenkreis tätig.²⁰ Damit ist es zumindest bei Neuware, deren mangelfreie Verschaffung denklogisch die mangelfreie Produktion voraussetzt,²¹ schwer zu bestreiten, dass der Hersteller – systematisch gesehen – im Pflichtenkreis des Händlers bzgl. der mangelfreien Verschaffung tätig wird.

2. Einfluss der WarenkaufRL

Seit der Umsetzung der WarenkaufRL gilt dies umso mehr. Der neue § 434 Abs. 3 S. 2 BGB stellt klar, dass zur üblichen Beschaffenheit die Menge, Qualität und sonstigen Merkmale einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit einer Sache gehören. Konkret bedeutet dies, die Kaufsache muss, weil der Händler die Mangelfreiheit schuldet, grds. all diese Merkmale erfüllen.

Um das Eingangsbeispiel zu bemühen, schuldet H dem K ein Fahrrad, welches – sofern nichts anderes vereinbart ist – die übliche Haltbarkeit eines solchen Fahrrades aufweist und mit vom Hersteller freigegebenen Zubehör kompatibel ist. Diese Pflicht kann H nicht selbst erfüllen. Dazu bedient er sich des Herstellers, der ihm ein haltbares und vorgeschrieben kompatibles Fahrrad produziert.

Der neue Mangelbegriff des § 434 BGB stellt zwar keine neue Entwicklung dar.²² Er konkretisiert aber die Verkäuferpflichten und verstärkt so die Sichtweise, den Hersteller nach systematischen Erwägungen als Erfüllungsgehilfen des Händlers zu sehen.

¹⁷ Der Hersteller kann bei einem Streckengeschäft jedoch Erfüllungsgehilfe des Händlers bzgl. der Lieferung sein: BGH WM 71, 1121 (1122).

¹⁸ So z.B. Lorenz, in: Bamberger et al., BGB, § 278 Rn. 27; Pfeifer, in: Soergel, BGB, § 278 Rn. 34.

¹⁹ Caspers, in: Staudinger, BGB, § 278 Rn. 37.

²⁰ Witt, NJW 2014, 2156 (2158).

²¹ Peters, ZGS 2010, 24 (27); Schirmer, AcP 222 (2022), 572 (594).

²² Zuvor wurde dies bereits unter den objektiven Fehlerbegriff subsumiert. Insofern ergeben sich zur alten Rechtslage keine wesentlichen Änderungen (Lorenz, NJW 2021, 2065 [2066]).

3. Zwischenergebnis

Systematisch betrachtet taugt der Grundsatz seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr. Insbesondere das Argument, dass der Händler die Herstellung nicht schulde und der Hersteller darum nicht im Händlerpflichtenkreis handle, ist abzulehnen, weil der Händler die Mangelfreiheit der Kaufsache schuldet und sich regelmäßig diesbezüglich beim Hersteller Deckung verschafft.

II. Telos der Erfüllungsgehilfenschaft

Nachdem der Grundsatz durch die systematische Betrachtung ins Wanken geraten ist, soll es nun um das Telos der Erfüllungsgehilfenschaft gehen. Sinn und Zweck des § 27 BGB ist die (Handlungs- und) Verschuldenszurechnung. Der Schuldner soll gegenüber seinen Gläubigern auch dann für seinen Pflichtenkreis einstandspflichtig sein, wenn andere für ihn handeln.²³ Wichtig ist, dass die handelnde Person dafür im Geschäfts- und Gefahrenkreis des Schuldners tätig wird, denn § 278 BGB dient nicht der Zurechnung fremder Pflichten.²⁴

Aber gehört die Produktion eines global agierenden Fahrradherstellers zum Geschäfts- und Gefahrenkreis des kleinen Fahrradverkäufers aus dem Eingangsbeispiel? Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer genaueren Beschäftigung mit den hinter § 278 BGB stehenden Wertungen und Grundprinzipien des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

1. Folge der Erfüllungsgehilfenschaft

Bejaht man die Herstellerverschuldenszurechnung, hätte der Händler sämtliche Pflichtverletzungen und sämtliches Verschulden des Herstellers bei der mangelfreien Verschaffung, also bei der Herstellung des Produkts zu vertreten.

Weiter gedacht führt die Zurechnung dazu, dass Herstellerhandeln und -verschulden über den gesamten Lebenszyklus eines Produkts dem jeweiligen Verkäufer zugerechnet werden, unabhängig, ob dieser den Mangel kannte oder kennen musste, und unabhängig, ob es sich um einen Verbraucher²⁵ oder Unternehmer handelt.²⁶

In Beispielsfall müsste sich Fahrradhändler H das Produktionsverschulden des Herstellers zurechnen lassen. Der Käufer hätte nun einen Schadensersatzanspruch gegen den Händler wegen der kaputten Jacke, denn H hätte K eine mangelhafte Sache geliefert, die Mangelhaftigkeit gem. §§ 276 Abs. 1, 278 BGB zu vertreten und K hätte aufgrund des Mangels einen kausalen (Mangelfolge-)Schaden erlitten.

Würde K das fehlerhafte Fahrrad seinem Nachbarn N weiterverkaufen, bei dem schließlich der Rahmen bräche, woraufhin dieser von K Schmerzensgeld verlangte, wäre der Hersteller auch Erfüllungsgehilfe des K. Genauso wie H ggü. K wäre auch K ggü. N zur mangelfreien Verschaffung verpflichtet. Sähe man den Hersteller im Pflichtenkreis von H (bei der mangelfreien Verschaffung) tätig werden, würde er später auch im Pflichtenkreis des K

²³ Lorenz, in: Bamberger et al., BGB, § 278 Rn. 1.

²⁴ Pfeiffer, in: Soergel, BGB, § 278 Rn. 33.

²⁵ Der Verbraucher müsste, um dies zu vermeiden, einen Haftungsausschluss vereinbaren.

²⁶ Caspers, in: Staudinger, BGB, § 278 Rn. 37.

handeln, also im Verhältnis K-N Erfüllungsgehilfe des K sein.²⁷ K würde N damit auf Schadensersatz haften, obwohl er mit dem Hersteller nie etwas zu tun hatte und die vom Hersteller verschuldete Mangelhaftigkeit gar nicht kennen konnte. Einem jeden Verkäufer einer neuen Ware würde mithin eine faktische Beschaffenheitsgarantie auferlegt.

Eine solche Vorgehensweise mittels Garantiehaftung für Herstellungsfehler ist durchaus denkbar und wird auch in anderen Rechtskreisen wie dem UN-Kaufrecht (vgl. Art. 79 CISG) praktiziert. Sie ist theoretisch betrachtet auch nicht unbilliger für den Schuldner, denn dieser hat Regressansprüche gegen seinen Lieferanten, die bis zum Hersteller weitergereicht werden. Eine solche Garantiehaftung muss aber mit dem deutschen Leistungsstörungenrecht kompatibel sein. Auf den Punkt gebracht ist die Frage, ob der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Händlers ist, eine Frage der Vereinbarkeit der Garantiehaftung für Herstellungsfehler mit dem Leistungsstörungenrecht.

2. Eine Frage des Haftungssystems

Der Vorteil der Garantiehaftung liegt auf der Hand. Sie sorgt dafür, dass die viel kritisierte Divergenz zwischen Hersteller-Verkäufer und Händler-Verkäufer aufgelöst wird. Kritiker des Grundsatzes sehen diese Unterscheidung als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Es könne nicht angehen, dass der selbst verkaufende Hersteller schlechter gestellt werde als der Händler.²⁸ Sieht man den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Händlers, haftet der Händler wie der Hersteller-Verkäufer. Der Händler könnte sich also nicht mehr dadurch der Haftung entziehen, dass er die Herstellung an Dritte auslagert.

Bei einem verschuldensabhängigen System besteht die Unterscheidung von Händler und Hersteller-Verkäufer indes stets. Im Rahmen der Verschuldenshaftung ist dies aber richtig, weil der Händler, anders als der Hersteller-Verkäufer, keine Einfluss- und Überwachungsmöglichkeiten über den Produktionsprozess hat. Grundgedanke hinter der Verschuldenszurechnung ist, dass sich der Schuldner nicht durch das Einschalten einer Hilfsperson in seinem Pflichtenkreis der Haftung entziehen soll. Schließlich kann sich der Schuldner die Hilfsperson selbst aussuchen, sie überwachen und ggf. anweisen. Sähe man den Hersteller als Erfüllungsgehilfe jeden Händlers entlang der Vertriebskette, bestünde für die Händler aber regelmäßig weder die Möglichkeit, sich den Hersteller auszusuchen, geschweige denn ihn zu überwachen.²⁹

Insofern hinkt der Vergleich zwischen Händler und Hersteller-Verkäufer, da die beiden aus Verschuldenssicht gerade nicht der gleiche Vorwurf trifft. Weil der Kaufvertrag mit dem Händler nicht auf die Produktion rückbezogen werden kann, besteht zwischen einem Kaufvertrag mit dem Hersteller und einem Kaufvertrag mit dem Händler ein typologischer Unterschied.³⁰ Die unterschiedliche Behandlung im Rahmen des Verschuldenssystems ist

²⁷ Peters, ZGS 2010, 24 (27).

²⁸ Peters, ZGS 2010, 24 (28); Schroeter, JZ 2010, 495 (498).

²⁹ Brox/Walker, SchuldR AT, 47. Aufl. 2023, § 20 Rn. 23.

³⁰ Huber, FS Ulmer, S. 1165 (1186).

daher geboten. Dass ein Verkäufer sich das arbeitsteilige Wirtschaftsleben zunutze macht, um sein Haftungsrisiko zu verringern, muss daher hingenommen werden.³¹

3. Faktische Untersuchungspflicht des Händlers

Für die Garantiehaftung des Händlers wird angeführt, dass den Händler nur keine Untersuchungspflicht träfe, weil er auf die Sorgfalt des Herstellers bzgl. der Freiheit von Produktfehlern vertrauen dürfe. Darum müsse sich der Händler eine etwaige Sorgfaltspflichtverletzung des Herstellers zurechnen lassen, wenn das Produkt mangelhaft ist.³²

Wenn dem Verkäufer nach weit überwiegender – richtiger – Auffassung³³ grds. keine Untersuchungspflicht bzgl. der verkauften Produkte trifft, kann ihm das Untersuchungsver schulden seines Herstellers aber nicht durch § 278 BGB zugerechnet werden. Wie oben bereits dargestellt dient § 278 BGB der Verschuldenszurechnung, aber gerade nicht der Zurechnung fremder Pflichten.

Insofern irrt *Schroeter*, wenn er ausführt „[...] der Hersteller kann die geschuldete Sorgfalt [...] selbst wahren oder diese Aufgabe delegieren. Da er im letztgenannten Fall jedoch nur mit Blick auf die Sorgfalt des Herstellers von seiner Untersuchung freigestellt wird, muss er sich ein etwaiges Verschulden des Herstellers zurechnen lassen [...]“.³⁴

Tatsächlich trifft den Händler grds. keine Untersuchungspflicht. Dies hängt nicht nur mit dessen Vertrauen auf die Herstellersorgfalt, sondern auch mit der praktischen Undurchführbarkeit einer Händleruntersuchungspflicht zusammen.³⁵ Dort, wo keine Pflicht zur Untersuchung besteht, kann aber kein Verschulden (aus einer fremden Pflicht) zugerechnet werden. Ansonsten würde der Händler gezwungen, das erhaltene Produkt vor Verkauf doch zu untersuchen, um der Zurechnung etwaigen Herstellerverschuldens zu entgehen. Das Argument von *Schroeter* führt also faktisch zu einer Untersuchungspflicht durch die Hintertür. Eine Untersuchungspflicht, die von der ganz h.M. und auch von *Schroeter* selbst³⁶ abgelehnt wird. Deutlicher kann ein Zirkelschluss kaum sein.

4. Regress

Der größte Nachteil der Garantiehaftung ist aber der Regress des Händlers. Nicht hinnehmbar wäre, wenn der Händler statt des Herstellers dafür haften würde, dass dieser ein fehlerhaftes Produkt herstellt. Der Händler hat die Fehlerhaftigkeit schließlich genauso wenig zu verantworten wie der Käufer. Sieht man den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Händlers, kann dieser – ebenfalls aus Kaufrecht – Rückgriff beim Hersteller oder Zwischenhändler nehmen.

In Eingangsfall müsste Händler H dem K Schadensersatz i.H.d. zerstörten Jacke leisten. Diesen Schaden könnte er bei seinem Zwischenhändler bzw. dem Hersteller geltend

³¹ Caspers, in: Staudinger, BGB, § 278 Rn. 38.

³² *Schroeter*, JZ 2010, 495 (498).

³³ Vgl. A. I. 2.

³⁴ *Schroeter*, JZ 2010, 495 (498 f.).

³⁵ Näher dazu: *Beckmann*, in: Staudinger, BGB, § 433 Rn. 158.

³⁶ *Schroeter*, JZ 2010, 495 (496).

machen, denn auch dieser würde ihm mangelfreie Lieferung schulden. Hätte H noch einen Zwischenhändler, würde dieser seinen Schaden wiederum an den Hersteller weitergeben. Letztlich trägt also der Hersteller den Schaden, egal wie viele Glieder die Lieferkette hat. Im Ergebnis ähnlich verhielte es sich, wenn man den Hersteller nicht als Erfüllungsgehilfen des H sähe. K hätte zwar keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen H. Jedoch könnte er gegen den Hersteller selbst einen Anspruch wegen Eigentumsverletzung aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Grundsatz der Produzentenhaftung (oder aus § 1 ProdHaftG) geltend machen.

Wenn aber der Hersteller am Ende ohnehin den Schaden trägt, warum dann dem Käufer nicht gleich den Anspruch gegen den Händler zugestehen?³⁷ Immerhin müsste er sich dann nicht mühsam mit dem Hersteller auseinandersetzen. Theoretisch betrachtet ist wenig gegen dieses Argument einzuwenden. Regelmäßig führen die beiden Handhabungen in der Realität aber zu unterschiedlichen Ergebnissen. Das liegt an der Insolvenzgefahr, die Regressketten innewohnt, an Verjährungsproblemen, aber auch daran, dass eine Regresskette nur dann funktioniert, wenn sie nicht durch die Marktmacht eines Kettengliedes zunichte gemacht wird.

Eine Lieferkette besteht typischerweise aus verschiedenen starken Gliedern. So kann es sein, dass der Hersteller oder ein Händler eine solch große Marktmacht hat, dass er seinem Abnehmer einen Haftungsausschluss diktiert. Besonders problematisch gestaltet sich dies bei transnationalen Lieferketten. Teilweise sehen die anzuwendenden Rechtsordnungen keine Regressmöglichkeit vor oder erlauben dem Lieferanten, einfacher die Haftung auszuschließen.³⁸ An dieser Stelle ist die Regresskette dann gekappt. Die Schadensersatzkosten trägt nicht der Hersteller, sondern der Händler, der mit seinem Lieferanten einen Haftungsausschluss vereinbart hat.³⁹ Nun mag man sagen, dies sei typisches wirtschaftliches Risiko des jeweiligen Händlers und dieses müsse er einpreisen oder sich einen anderen Lieferanten suchen. Auch dieses Argument klingt im luftleeren Raum schlüssig. In der Praxis ist es aber nicht selten der Fall, dass ein kleiner Händler nicht die Möglichkeit hat, sich einen anderen Lieferanten zu suchen, weil dieser eine marktbeherrschende Stellung hat oder andere Lieferanten gleiche Konditionen verlangen. Zudem wird der Händler schon deshalb kaum die Möglichkeit haben das Regressrisiko einzupreisen, weil vertragliche Ansprüche auch reine Vermögensschäden wie entgangenen Gewinn erfassen, mithin ins Uferlose gehen könne.

In der Wirtschaftspraxis macht es folglich einen großen Unterschied, ob der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Händlers i.S.e. Garantiehaftung des Händlers angesehen wird oder nicht. Die Garantiehaftung für Herstellerfehler benachteiligt die schwachen Glieder der Lieferkette in besonderem Maße.

³⁷ Dafür plädiert z.B. *Peters*, ZGS 2010, 24 (27).

³⁸ *Arnold*, in: BeckOGK-BGB, Stand 2022, § 445a Rn. 181 ff.; *Bach*, in: Staudinger, BGB, § 437 Rn. 261.

³⁹ Der Händler, der die Ware an den Verbraucher verkauft, kann mit diesem gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB keinen Haftungsausschluss vereinbaren. Der Lieferant mit dem Händler aber schon.

5. Einbettung in die Grundwertung des deutschen Leistungsstörungsrechts

Festzuhalten bleibt, dass die Frage, ob der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Händlers ist, nicht isoliert, betrachtet werden kann. Dahinter stehen grundsätzliche Wertungen des Leistungsstörungsrechts, insb. die Frage nach dem Haftungssystem. Trotz der Kritikpunkte, die der Garantiehaftung entgegengebracht wurden, hat dieses System Vorteile und funktioniert in anderen Rechtsordnungen beanstandungslos. Es soll hier aber nicht darum gehen, welches Haftungssystem isoliert betrachtet richtig oder falsch ist, sondern darum, welches System nach seiner Konzeption (und dem Gesetzgeberwillen) zum deutschen Leistungsstörungsrecht passt.

§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB manifestiert den Grundsatz der Verschuldenshaftung. Der Normtext zeigt zwar Ausnahmen auf, dies verdeutlicht aber, dass eine Garantiehaftung nur ausnahmsweise gilt. Grundwertung des Verschuldensprinzips ist, dass derjenige den Schaden kompensiert, der ihn zu verantworten hat. Nach diesem Zweck ist auch § 278 BGB ausgerichtet. Er teilt ein Schuldverhältnis in Verantwortungsbereiche ein, denen sich die Parteien nicht durch Outsourcing entziehen können. Mit der Herstellerverschuldenszurechnung wird jedoch das Gegenteil bewirkt:

Verantwortlich für den Mangel ist der Hersteller. Die Zurechnung seines Verschuldens führt aber oftmals dazu, dass der weitergegebene Käuferanspruch in der Regresskette versickert, den Hersteller also nicht erreicht. Somit trägt nicht der verantwortliche Hersteller den Schaden, sondern der Händler, der wegen der Zurechnung des Herstellerverschuldens (eigen-) verschuldensunabhängig haftet und diese Haftung oftmals nicht weiterreichen kann. Dies führt zu dem kuriosen Umstand, dass § 278 BGB hier nicht der Verwirklichung, sondern der Abschaffung des Verschuldensprinzips dienen würde.

Nun mag man dem entgegenhalten, § 278 BGB stelle gerade eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip dar und in der Tat begründet § 278 BGB eine eigenverschuldensunabhängige Garantiehaftung für den Erfüllungsgehilfen, damit sich der Schuldner nicht durch Arbeitsteilung seiner Pflichten entledigen kann.⁴⁰ Es kann aber nicht sein, dass die Pflicht zur Herstellung, die der Händler explizit nicht schuldet, durch das Erfordernis der mangelfreien Verschaffung in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB durch die Hintertür wieder in den Pflichtenkreis einbezogen und so der Zurechnung zugänglich gemacht wird. Dies würde zur Umkehr des oben aufgezeigten Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Verschuldensprinzip und Garantiehaftung führen. Sinn und Zweck des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ist es aber nicht, das Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts umzukrempeln, sondern lediglich eine Pflicht zu kodifizieren, die bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung in anderer Form anerkannt war.⁴¹

Es steht folglich fest, dass der Händler zwar die mangelfreie Verschaffung der Kaufsache, nicht aber die Herstellung schuldet. Dies stellt einen Widerspruch dar, denn mangelfreie

⁴⁰ BGH NJW 1996, 452 (452).

⁴¹ Vor der Schuldrechtsmodernisierung hatte der Käufer Gewährleistungsrechte bei Lieferung einer mangelhaften Sache (Gewährleistungstheorie); *Beckmann*, in: Staudinger, BGB, § 433 Rn. 138.

Verschaffung und Herstellung sind oft untrennbar verbunden. Wenn aber grundsätzlich das Verschuldensprinzip gelten soll und nur ausnahmsweise eine Garantiehaftung, so muss dieser Widerspruch zugunsten des Verschuldensprinzips aufgelöst werden, um das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umzukehren:

Sollten also mangelfreie Verschaffung und Herstellung zusammenfallen, kann ein diesbezügliches Herstellerhandeln oder -verschulden dem Händler nach dem Telos des § 278 BGB nicht zugerechnet werden.

Überträgt man diesen Gedanken auf die großen Leitlinien des Schuldrechts, zeigt sich deren Unvereinbarkeit mit der Herstellerverschuldenszurechnung deutlich: Die Betrachtung des Herstellers als Erfüllungsgehilfen des Händlers führt dazu, dass Pflichten, die nicht im Schuldverhältnis angelegt sind, über § 278 BGB dem Verkäufer zugerechnet werden. Dadurch erhält das Schuldverhältnis zwischen Hersteller und Händler eine partiell absolute Wirkung,⁴² was mit der Grundwertung des deutschen Schuldrechts, dass Schuldverhältnisse relativ sind, unvereinbar ist.⁴³

Nach Sinn und Zweck des § 278 BGB soll der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers sein.

III. Wille des Gesetzgebers

Um die Betrachtung nach dem Auslegungskanon zu vollenden, gilt es nun zu erörtern, welche Vorstellung der Gesetzgeber bzgl. des Grundsatzes hatte.

Als Gesetzgeber gilt gemeinhin eine Institution, die im Einklang mit der Verfassung eines Staates (oder Bundeslandes) die Gesetze beschließt (formeller Gesetzgeberbegriff).⁴⁴ Weil Parlamente als Gesetzgebungsorgane aber äußerst heterogen sind, ist der Begriff des Gesetzgeberwillens formell nicht klar fassbar.⁴⁵ Daher ist bei der Bestimmung des gesetzgeberischen Willens nicht der formelle Gesetzgeber entscheidend, sondern materiell alle diejenigen Personen und Institutionen, die am Zustandekommen eines Gesetzes mitgewirkt haben.⁴⁶

Auch wenn nicht alle Parlamentarier einverstanden sind, macht sich das Parlament durch mehrheitlichen Beschluss eines Gesetzes den – regelmäßig in der Ministerialbürokratie erarbeiteten – Entwurf, einschließlich der Begründung, zu eigen.⁴⁷ Der Begriff des Gesetzgeberwillens ist damit kein individuell auf jeden Beteiligten zurückzuführender, sondern ein normativer.⁴⁸

⁴² Die Herstellungsfehler strahlen auf andere Schuldverhältnisse aus und gelten nicht mehr nur relativ zwischen den Parteien.

⁴³ Huber, FS Ulmer, S. 1165 (1197).

⁴⁴ Alexy et al., Rechtslexikon, 2. Aufl. 2023, Gesetzgeber; Weber, Rechtswörterbuch, 31. Ed. 2023, Gesetzgebende Gewalt.

⁴⁵ Wischmeyer, JZ 2015, 957 (960 ff.).

⁴⁶ Wank, Auslegung, 6. Aufl. 2015, S. 30.

⁴⁷ Näher dazu: Wank, Methodenlehre, 2020, § 10 Rn. 17.

⁴⁸ Heck, AcP 112 (1914), 1 (50, 53, 64, 77); Wank, Methodenlehre, § 10 Rn. 14.

Die Ermittlung des Gesetzgeberwillen bzgl. Einzelfragen ist oftmals schwierig. Häufig hat der ursprüngliche Gesetzgeber gewisse Einzelprobleme nicht vorausgesehen und sich insofern auch keinen ausdrücklichen Willen bilden können. Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform 2002 hat die Frage nach dem Fortbestand des Grundsatzes jedoch glücklicherweise gesehen und in der Gesetzesbegründung aufgegriffen. Zur Änderung des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB heißt es darin:⁴⁹ „Die Verpflichtung zur mangelfreien Verschaffung der Sache führt auch nicht etwa auf dem Umweg über die Gehilfenhaftung zu einer grundlegenden Ausweitung von Schadensersatzpflichten des Verkäufers. Eine solche Ausweitung ergäbe sich, wenn der Warenhersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers wäre. [...] Die Verpflichtung des Verkäufers soll sich auf die mangelfreie Verschaffung der Sache beschränken, soll hingegen nicht die Herstellung der Sache umfassen. Bei der Erfüllung der Verschaffungspflicht bedient sich der Verkäufer nicht des Herstellers, die Herstellung der Sache ist nicht in den Pflichtenkreis des Verkäufers einbezogen.“

Die Entstehungsgeschichte des § 278 BGB bzgl. des Grundsatzes ist damit klar. Der Reformgesetzgeber wollte die vorherige Rechtslage beibehalten, also weiterhin, dass der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers ist.⁵⁰

1. Beachtlichkeit des Gesetzgeberwillens

Teilweise wird dem in der Gesetzesbegründung artikulierten Willen des Gesetzgebers entgegengehalten, diese sei wegen ihrer Anknüpfung an die zirkelschlüssige Rechtsprechung zum Grundsatz unbeachtlich. So trägt *Schirmer* vor, dass der Gesetzgeber bei der Begründung einem „(Motiv-) Irrtum“ über die Richtigkeit der Rechtsprechung erlegen und die Begründung somit „methodisch unverbindlich für das Verständnis von § 278 BGB“⁵¹ sei.

Freilich ist anerkannt, dass der Gesetzgeberwille, wenn er offensichtlich auf Irrtümern beruht, unbeachtlich sein kann.⁵² Wegen der Gefahr, dass der Interpret den Gesetzgeberwillen, der seiner Meinung widerspricht, unter dem Vorwand des Gesetzgeberirrtums für unbeachtlich erklärt, ist jedoch Vorsicht bei der Annahme eines solchen Irrtums geboten.

Von beachtlichen Motivirrtümern kann nur bei Diskrepanz zwischen gewollter und eingetretener Rechtslage, Annahmen falscher Tatsachen oder bei (gerichtlich festgestellten) unrichtigen Rechtsauffassungen des Gesetzgebers ausgegangen werden.⁵³

Die gegenständliche Willensäußerung des Gesetzgebers unterliegt aber keinem solchen Irrtum. In der Gesetzesbegründung mag verkannt worden sein, dass die bisherige BGH-Rechtsprechung keinen Anknüpfungspunkt zur Begründung des Grundsatzes liefert. Jedoch ist sich der Gesetzgeber über die Wertungen und Rechtsfolgen im Klaren. Nachweislich der Begründung geht es ihm darum, eine ausufernde Haftung des (Händler-)

⁴⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 210.

⁵⁰ So auch BGHZ 200, 337 (Rn. 32); *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22. Aufl. 2021, § 31 Rn. 377.

⁵¹ *Schirmer*, AcP 222 (2022), 572 (576).

⁵² *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 129 f.; *Wank*, Methodenlehre, § 10 Rn. 31.

⁵³ *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 129.

Verkäufers zu verhindern. Kurz: Der Gesetzgeber artikuliert seinen Willen im Bewusstsein der bezweckten Wertungen⁵⁴ und im Einklang mit der Rechtslage. Einen gesetzgeberischen Motivirrtum zu unterstellen, entbehrt damit jeder Grundlage.

2. Bindungswirkung der Gesetzesbegründung

Gesetzesbegründungen werden regelmäßig durch die Gerichte zur Gesetzesauslegung herangezogen. So stellte das BVerfG fest:⁵⁵ „Die maßgebliche gesetzgeberische Grundentscheidung, an die die Gerichte verfassungsrechtlich gebunden sind, trifft der nationale Gesetzgeber. Sie lässt sich unter anderem aus den Gesetzesmaterialien erschließen.“

Die maßgeblich gesetzgeberische Grundentscheidung bzgl. des Grundsatzes lautet, dass der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers sein soll (was auch der BGH in BGHZ 200, 337 erstmals zutreffend feststellt). Diese Entscheidung unterliegt keinem Irrtum, sondern der rechtspolitischen Wertung, dass eine ausufernde Garantiehaftung des Händlers durch die Neufassung des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verhindert werden soll. Zu dieser Grundentscheidung mag man stehen, wie man möchte. Sie ist jedoch nach der zutreffenden Rechtsprechung des BVerfG für den Rechtsausleger bindend.

Die Gesetzesbegründung enthält also eine gesetzgeberische Grundentscheidung. Jedoch hat sich der Gesetzgeber bei der Formulierung dieser Wertung im Gesetz (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) derart missverständlich ausgedrückt, dass der Hersteller nach Wortlaut und Systematik als Erfüllungsgehilfe des Händlers gesehen werden kann. Damit liegt ein Auseinanderfallen des Erklärten (im Gesetzestext) vom Gewollten (in der Gesetzesbegründung) vor. Diese Diskrepanz ist als Inhaltsirrtum zu bewerten.⁵⁶ Weil aber das wirklich Gewollte durch die Begründung bekannt ist, muss nach dem Rechtsgedanken der §§ 133, 157 BGB auch bei der Gesetzesauslegung das (bekannte) Gewollte vor dem Erklärten Vorrang haben. *Schirmer* irrt nicht, wenn er von einem gesetzgeberischen Irrtum ausgeht. Anders als von ihm vertreten handelt es sich aber um einen Inhaltsirrtum bzgl. des Gesetzeswortlauts, nicht um einen Motivirrtum bzgl. der Begründung.

Dies führt dazu, dass der bekannte Gesetzgeberwille den Gesetzeswortlaut schlägt.

3. Zwischenergebnis

Der Wille des Gesetzgebers legitimiert den Grundsatz im Ergebnis. Dies bedeutet aber nicht, dass der Hersteller nie Erfüllungsgehilfe des Händlers sein kann. In Fällen, in denen der Hersteller im Pflichtenkreis des Händlers tätig wird, ohne dass es um die Herstellung des Leistungsgegenstandes geht (z.B. Durchlieferung beim Streckengeschäft), ist eine Erfüllungsgehilfenschaft möglich. Im Bereich der Herstellung des Kaufgegenstands ist die Zurechnung des Herstellerverschuldens und -handelns jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen.

⁵⁴ Diesen Willen hätte der Gesetzgeber auch dann gefasst, wenn er gewusst hätte, dass die BGH-Rechtsprechung keine Legitimation des Grundsatzes liefert. Schließlich ging es Gesetzgeber darum, keine Haftungsausweitung zulasten des Händlers zu erreichen.

⁵⁵ BVerfG NJW 2012, 669 (Rn. 5).

⁵⁶ *Lorenz*, LMK 2014, 359378.

D. Besonderheiten beim Werklieferungsvertrag

Eine eigene Frage ist, ob der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Werklieferungsunternehmers zu gelten hat. Die oben herausgearbeiteten Wertungen lassen sich insofern partiell auf den Werklieferungsvertrag übertragen, als § 650 Abs. 1 BGB auf das Kaufrecht verweist.

Anders ist die Lage zu bewerten, wenn die Parteien vereinbaren, der Werklieferungsunternehmer solle nicht nur die Lieferung, sondern die Herstellung selbst schulden. In diesem Fall liegt die Herstellung explizit im Pflichtenkreis des Schuldners. Schaltet er zur Erfüllung der Herstellungspflicht einen Dritten ein, muss dieser dennotwendigerweise Erfüllungsgehilfe des Schuldners sein.⁵⁷ Ist dagegen nur die Lieferung der herzustellenden Sache vereinbart, gilt das zum Kaufrecht Gesagte.

E. Fazit

Die zirkelschlüssige BGH-Rechtsprechung und die Erweiterung der Verkäuferpflichten durch Schuldrechtsmodernisierung und Umsetzung der WarenkaufRL, die gegen den Grundsatz sprechen, stehen dem Verschuldensprinzip als übergeordnetem Telos des Leistungsstörungsrechts, der Relativität der Schuldverhältnisse sowie dem Willen des Gesetzgebers entgegen. Mag man Telos oder Systematik für gewichtiger halten, letztlich steht doch immer der unmissverständliche Gesetzgeberwille dem Grundsatz zur Seite. Diese rechtspolitische Entscheidung ist zu respektieren.

Daher müssen die §§ 278, 433 Abs. 1 S. 2 BGB in gesetzgeberwillenskonformer Auslegung so verstanden werden, dass der Hersteller bei Herstellerfehlern nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers ist. Gleiches gilt auch für den Werklieferungsvertrag, soweit die Parteien nicht die Herstellung durch den Schuldner selbst vereinbart haben.

Wer dieses Ergebnis (nachvollziehbarerweise) nicht mit seinem systematischen Verständnis der §§ 278, 433 Abs. 1 S. 2 BGB vereinbaren kann, muss § 278 BGB in den fraglichen Fällen teleologisch reduzieren.⁵⁸

Es ist jedoch nicht zu leugnen, dass es in jüngerer Zeit zunehmend Tendenzen faktischer (z.B. die Verbreitung von Händlermarken)⁵⁹ oder rechtlicher (Ausweitung des Nacherfüllungsanspruchs) Art gibt, die für die Hinwendung zu einem Garantiehafungssystem sprechen. Daher bleibt abzuwarten, wie der Grundsatz in Zukunft zu bewerten sein wird. Für eine Abkehr bedürfte es aber eines eindeutigen Systemwechsels des Gesetzgebers.

⁵⁷ Peters, in: Staudinger, BGB, §§ 631 – 651, § 650 Rn. 10 f.; Voit, in: BeckOK-BGB, Stand 2024, § 650 Rn. 13 f.; Looschelders, JA 2010, 68 (70); Medicus/Petersen, BürgerlR, Rn. 805; Witt, NJW 2014, 2156 (2158); a.A. wohl (obiter dictum) BGHZ 200, 337 (Rn. 33).

⁵⁸ So auch Lorenz, NJW 2013, 207 (207).

⁵⁹ Erweckt ein Händler beim Verkauf den Anschein, er selbst sei Hersteller, muss er sich an diesem Rechtsschein festhalten lassen und haftet, als würde er die Herstellung schulden (Zurechnung des Verschuldens des wirklichen Herstellers); Lorenz, in: BeckOK-BGB, § 278 Rn. 27; eingehend dazu: Schirmer, AcP 222 (2022), 572 (584).

Karl Larenz Zum Wirken eines Juristen im Nationalsozialismus

Max E. Müller*

Abstract: Es waren überwiegend junge Rechtswissenschaftler, die sich aus Überzeugung oder Opportunismus daran machten, die „Deutsche Rechtserneuerung“ mit diensteifriger Beflissenheit voranzutreiben. Karl Larenz (1903–1993), dessen persönliche Verstrickungen skizziert werden sollen, hat in einem 1993 posthum veröffentlichten Brief versucht, sein Verhältnis zum Nationalsozialismus in ein neues Licht zu rücken. Seinen Darstellungen soll in diesem Beitrag dasjenige entgegengesetzt werden, was sich mithilfe neu erschlossener Briefkorrespondenzen und zeitgenössischer Rezeptionsvorgänge über sein Wirken im „Dritten Reich“ mit einiger Sicherheit behaupten lässt.

„War ich ein Nazi? – War ich überzeugt von den fürchterlichen Sachen, die ich ab 1934 geschrieben habe? – Ich weiß es nicht. Ich hätte ab 1934 schweigen sollen, das wäre klüger gewesen. Aber ich wollte aktiv sein.“
(Karl Larenz)

A. Einleitung

Karl Larenz hat in der deutschen Rechtswissenschaft weit über seinen Tod hinaus tiefe Spuren hinterlassen, auch, weil er gemessen an den Wertungen seiner Interpreten einer der meistdiskutierten Vertreter seines Faches gewesen sein dürfte. Ab Mitte des vergangenen Jahrhunderts und über mehrere Dekaden hinweg noch als Exponent des Neuhegelianismus, Rechtstheoretiker und einer der führenden Wissenschaftler auf den Gebieten der Methodenlehre und des Schuldrechts, nicht nur in Wissenschafts- sondern auch in Studierendenkreisen bestens bekannt, wird sein Name ab Ende der 1960er Jahre¹ zunehmend mit seinem Wirken im Nationalsozialismus in Verbindung gebracht.²

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Recht, Rechtsdenken und Rechtspolitik im Nationalsozialismus“ bei Prof. Dr. Michael Zwanzger, LL.M. zugrunde.

¹ Erstmals umfangreich in Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1. Aufl. 2017.

² Während die einen Larenz' „wissenschaftliches Ethos“ loben (Diederichsen, Karl Larenz, in: Juristen im Portrait, Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, 1988, S. 509.) und das Bild eines „Klassikers zu Lebzeiten“ zeichnen (Dreier, JZ 1993, 454 [454]), wollen andere ihm den Mantel des ergebenen „akademischen Predigers des Nationalsozialismus“ (Hüpers, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, 2. Aufl. 2016, S. 479 ff. u.

Mindestens 204 Publikationen umfasst *Larenz'* Gesamtwerk, ein großer Teil davon stammt aus der Zeit in der Bundesrepublik.³ Dennoch ist kein Abschnitt seines Lebens so intensiv ausgeleuchtet worden, wie jene knapp zwölf Jahre zwischen 1933 und 1945. In einer nahezu unüberschaubaren Anzahl an Sammelbänden, Monografien, Aufsätzen, Nachrufen und Festschriften wird die Auseinandersetzung mit der Person *Larenz* und ihrer Rolle im Nationalsozialismus konserviert und dokumentiert; bis heute setzt sie sich, wenn gleich nicht gänzlich unvermindert, fort.⁴

Im Folgenden soll zunächst in die relevantesten Thesen *Larenz'* zur sog. Erneuerung des deutschen Rechts eingeführt werden, um diese anschließend in den Kontext ihrer zeitgenössischen Rezeption in Literatur und Rechtsprechung einzuordnen. In einem zweiten Schritt sucht der Beitrag unter Zugrundelegung eines umfangreichen Briefwechsels zwischen *Karl Larenz*, *Gerhard Dulckeit* (1904–1954) und *Julius Binder* (1870–1939) aus den Jahren 1936 bis 1939 eine Antwort auf das von Karl Larenz – in seinem 1993 veröffentlichten Selbstzeugnis –⁵ vermittelte Geschichtsbild.

B. Junge Spitzenbegabung: Gestalter der „neuen“ Rechtsordnung

I. Jurist im System einer Umbruchszeit

1933, mit gerade einmal dreißig Jahren, wurde der bis dahin als Privatdozent in Göttingen lehrende *Karl Larenz* an der Christian-Albrechts-Universität in Kiel zum ordentlichen Professor berufen. Seine schnelle Karriere verdankte er unter anderem der „rassischen“ Personalpolitik des NS-Regimes.⁶ Rund 300 Kilometer nordwestlich von Berlin sollte der staatsbejahende⁷ und national denkende⁸ *Larenz* an der in Kiel neugegründeten juristischen „Stoßtruppfakultät“ die wissenschaftliche Absicherung der NS-Ideologie sowie die Neugestaltung einer ganzen Rechtsordnung vorantreiben.⁹

506) oder eines „Werkzeugmachers für die Entrechtung der Juden“ (*Rüthers*, JZ 2011, 593 [598]) umhängen.

³ Ein bibliografischer Überblick der Veröffentlichungen von *Larenz* findet sich bei *Frassek*, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, 1996, S. 189 ff. m.w.N.

⁴ Den lesenswerten, weil teils emotionalen Höhepunkt dieser Auseinandersetzung bildete die Kontroverse zwischen seinem Schüler *Claus-Wilhelm Canaris* und *Bernd Rüthers*, nachzulesen bei *Canaris*, *Karl Larenz*, in: *Grundmann/Riesenhuber*, Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler – eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Bd. 2, 2010, S. 271 ff.; *ders.*, JZ 2011, 879; *Rüthers*, JZ 2011, 593.

⁵ Abgedruckt in *Dreier*, JZ 1993, 454 (455 ff.); Bemerkenswerterweise blieb innerhalb der Fachliteratur bislang weitgehend unerwähnt, dass ein nachgerade wortgetreuer Briefauszug bereits 1967 in *Erdmann*, Wissenschaft im Dritten Reich, 1967, S. 24 veröffentlicht wurde.

⁶ *Larenz* folgte dem Rechtsphilosophen *Gerhart Husserl* auf dessen Kieler Lehrstuhl, nachdem dieser am 25.04.1933 aufgrund seiner jüdischen Abstammung entlassen worden war, vgl. *Döhring*, Geschichte der Christian-Albrechts-Universität Kiel 1665 – 1965, Bd. 3, 1965, S. 202; Eine systematische Aufbereitung der Vertreibungsgeschichte in der deutschen Staatsrechtslehre findet sich bei *Kubitscheck*, ZNR 2023, 37.

⁷ *Schirmer*, JoJZG 2012, 62 (66).

⁸ *Dreier*, JZ 1993, 454 (454 f.).

⁹ *Erdmann*, Wissenschaft im Dritten Reich, S. 5.

Bereits früh entwickelte er hierbei eine auffallende Produktivität: Im Vorwort zu den „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft“, einem Sammelband, deren Herausgeberschaft er gemeinsam mit seinen Kieler Kollegen *Georg Dahm*, *Ernst Rudolf Huber*, *Karl Michaelis*, *Friedrich Schaffstein* und *Wolfgang Siebert* im Jahre 1935 übernahm, erklärte er es zur gemeinsamen Überzeugung der Verfasser,

„daß die deutsche Rechtswissenschaft an einem Wendepunkt ihrer Entwicklung steht, daß sie von Grund auf neu zu beginnen hat, daß sie aber auch dazu berufen ist, voranzugehen in dem Ringen unserer Zeit um das artgemäße deutsche Rechtsdenken, das ‚konkret‘ und ‚ganzheitlich‘ zugleich ist“.¹⁰

Der nationalsozialistische Systemumbruch ermöglichte es, unvermittelt auch solche Lehrsätze in Frage zu stellen, die bislang als unanfechtbar galten;¹¹ überkommene Axiome im Recht durften nun einer erneuten Überprüfung unterzogen werden. Vor allem jungen Wissenschaftlern bot sich hierin eine aussichtsreiche Gelegenheit – konnten sie sich doch im neuen System direkt profilieren. Dass diese Aussicht zunächst eine gewisse Sogwirkung entfaltete, wird auch bei *Larenz* deutlich: Bei allen zentralen – von der Rechtswissenschaft bereitgestellten – Instrumenten zur Umgestaltung des überkommenen Rechts leistete er einen maßgebenden Beitrag: zur Verkündung einer neuen Rechtsidee,¹² zur Konstruktion einer eigenen Rechtsquellenlehre (II. 1.) sowie zur Begründung neuer Grundbegriffe (II. 2.) und Auslegungsmethoden (II. 3.).

II. Beiträge zur Gestaltung der „völkischen Rechtsordnung“

1. Gesetzesbindung und Rechtsquellenlehre im „Führerstaat“

In seinen beiden Schriften „Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie“ (1934) und „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“ (1935) konzipierte *Karl Larenz* in den Anfangsjahren des „Dritten Reiches“ den nationalsozialistischen „Führerstaat“. Im Mittelpunkt seines Denkens – wie dem völkischen Rechtsdenken nach 1933 insgesamt –¹³ stand das Volk und „die Gemeinschaft als organische Lebenseinheit“.¹⁴ In Übereinstimmung mit dem Parteiprogramm der NSDAP (24.02.1920)¹⁵ setzte er:

„an die Stelle der bloßen Koexistenz der Individuen die Gemeinschaft, an die Stelle der abstrakten Gleichheit die Gliedhaftigkeit der Einzelnen in der Gemeinschaft, den Vorrang des Gemeininteresses vor dem Eigeninteresse“.¹⁶

¹⁰ *Larenz*, Vorwort, in: *Dahm et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, S. 9.

¹¹ *Eckert*, Was war die Kieler Schule?, in: *Säcker, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Bd. 1, 1992, S. 60.

¹² *Rüthers*, JZ 2011, 593 (598).

¹³ Vgl. *Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, S. 165.

¹⁴ *Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935, S. 172.

¹⁵ Dort heißt es am Ende von Punkt 24: „Gemeinnutz vor Eigennutz“; abgedruckt in *Hofer*, Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933 – 1945, 1957, S. 25.

¹⁶ *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 39.

Wer zur Gemeinschaft gehört, sollte sich „naturwissenschaftlich“,¹⁷ also „rassisch“, bestimmen. In einer Gemeinschaft, die sich als solche als lediglich aus Gemeinschaftsangehörigen bestehend weiß, bilde sich eine „völkische Individualität“ heraus, die ihre Vollendung in einer der Gemeinschaft eigenen konkreten Lebensordnung findet.¹⁸ Diese zu entfalten und schöpferisch zu gestalten, sei Aufgabe der die Gemeinschaft führenden Persönlichkeit,¹⁹ namentlich des als Gesetzgeber auftretenden „Führers“. Nur er verkörpere den objektiven Willen des Volkes – nur er könne den Rechtswillen der Gemeinschaft verwirklichen.

Zwar sei der „Führer“ bei seinen Handlungen auf die konkrete Rechtsidee seines Volkes beschränkt. Was zunächst als – gerichtlich überprüfbare – Gesetzesbindung anmutet, entpuppt sich bei Larenz allerdings als vorbehaltlose Apotheose. Die richterliche Überprüfung von Gesetzen, die auf den „Führer“ zurückzuführen sind, sei im „Führerstaat“ gerade nicht notwendig,

„denn es ist die Idee des Führers, dass in ihm *die Einheit von Volkswille und Staatswille* ihren sichtbarsten Repräsentanten und Bürgen hat. Niemand anders als der Führer kann daher die letzte Entscheidung darüber fällen, ob eine bestimmte Regelung gelten soll. Ihm gegenüber bedarf es keiner Garantie für die Wahrung der Gerechtigkeit, da er kraft seines Führertums der ‚Hüter der Verfassung‘, und d.h. hier: *der ungeschriebenen konkreten Rechtsidee seines Volkes ist*. Ein auf seinen Willen zurückgehendes Gesetz unterliegt daher keiner richterlichen Nachprüfung“.²⁰

Larenz' Ausführungen zur Gesetzesbindung im „Führerstaat“ führen zu einer grundlegenden Verschiebung im Rechtsquellensystem. In einem Staat, in dem das oberste Rechtsgut nicht die Freiheit des Einzelnen ist, sondern das Volk, als blutsmäßig, kulturell und historisch geformte Einheit, erscheint der „Führer“ als in der Gesetzgebung frei von rechtlichen Beschränkungen, weil er die Substanz seines eigenen Volkes – und damit den Volksgeist als einzige Rechtsquelle – in sich trägt.²¹

2. Die „rassisch“ gestufte Rechtsfähigkeit

Die Unterscheidung zwischen Gemeinschaftsangehörigen und Gemeinschaftsfremden bedeutete die Schaffung einer funktionalen Ungleichheit, die sich in besonderer Weise im Zivilrecht bemerkbar machte: Von der Zugehörigkeit zur „völkischen“ Gemeinschaft sollte fortan die Rechtsstellung des Einzelnen abhängen. In „Rechtsperson und subjektives Recht“ (1935) ersetzte Larenz den privatrechtlichen Grundbegriff der Person – als Träger von Rechten und Pflichten – mit dem des Rechtsgenossen, der als Glied in der

¹⁷ Larenz, Staatsphilosophie, S. 131.

¹⁸ Larenz, Staatsphilosophie, S. 153.

¹⁹ Larenz, Staatsphilosophie, S. 164.

²⁰ Larenz, Rechtserneuerung, S. 34.

²¹ Larenz, Staatsphilosophie, S. 44; Von dieser unbedingten Bejahung der schrankenlosen Gesetzgebungsgewalt des „Führers“ rückte Larenz ab etwa 1940 allmählich ab. Im Jahr 1943 schrieb er: „Wo Macht ist, da kann sie vom Einzelnen missbraucht werden, und die Blätter der Geschichte sind vom Missbrauch der Staatsmacht voll. Die Macht *kann* das Recht beugen oder brechen, sie kann es auch verfälschen oder missbrauchen.“ (Larenz, Sittlichkeit und Recht, in: Larenz, Reich und Recht in der deutschen Philosophie, Bd. 1, 1943, S. 386).

Gemeinschaft eine ganz bestimmte Rechts- und Pflichtenstellung innehat.²² Anknüpfungspunkt für die Rechtsfähigkeit des Einzelnen sollte demnach nicht mehr das Person-Sein, sondern seine konkrete Gliedstellung in der Gemeinschaft sein.²³

„Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit.“²⁴

Rechtsgenosse zu sein, d.h. eine Rechtsstellung zu besitzen und „im Recht zu leben“²⁵, sei ein Vorrecht der Volksgenossen, nicht des Menschen schlechthin. Nahezu wortgleich zu Punkt 4 des Parteiprogramms der NSDAP²⁶ schlug er daher eine Neufassung des § 1 BGB vor: „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist“²⁷.

Natürlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass *Larenz* selbst wiederholt betonte, dadurch „keinem Menschen, auch nicht dem Rassefremden, die Rechtsfähigkeit und damit die Persönlichkeit“ absprechen zu wollen.²⁸ Der „Fremde“ sei – ähnlich dem Punkt 5 im Parteiprogramm der NSDAP²⁹ – als „Gast in Deutschland“ und als solcher „in vielen Beziehungen [...] dem Rechtsgenossen gleichgestellt“.³⁰ Dennoch: Der Tatsache, dass *Larenz* dem Gemeinschaftsfremden damit nur „Gastrechte“ und gerade keine „durch die deutsche ‚Volksgemeinschaft‘ verliehenen Rechte im engeren Sinne“³¹ zuspricht, vermag er sich nicht zu erwehren.

3. Denken in konkret-allgemeinen Begriffen

Zur Umdeutung bestehender und der Rechtfertigung neuer Rechtsbegriffe diene *Larenz* die von ihm eigens entwickelte Rechtstheorie. Ihr Hauptinstrument ist die Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff, zu deren Begründung er sich auf das „konkrete Ordnungsdenken“³² *Carl Schmitts* sowie Teile der Begriffslehre *Hegels* stütze. Da abstrakt-allgemeine Begriffe ganz unterschiedliche und weit gefasste Lebensverhältnisse aufnehmen, verkämen sie zu weitgehend inhaltsleeren Formalbegriffen, die die Fülle der

²² *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, 1935, S. 39.

²³ Das ist insofern bemerkenswert, als dass *Larenz* noch im Jahr 1931 schrieb, dass „der Satz, dass jeder Mensch rechtsfähig ist“ ein „vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzte[r] Satz“ sei (*Larenz*, Staatsphilosophie, S. 48 f.).

²⁴ *Larenz*, Rechtsperson, S. 21.

²⁵ *Larenz*, Rechtsperson, S. 21.

²⁶ Dort heißt es: „Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist [...]“; abgedruckt in *Hofer*, Der Nationalsozialismus - Dokumente 1933-1945, S. 28.

²⁷ *Larenz*, Rechtsperson, S. 21.

²⁸ Vgl. etwa *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 241; Diese Klarstellung erfolgte allerdings erst nachdem die „rassisch“ begründete Entrechtung der Juden Gesetz geworden war (vgl. „Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ vom 16.09.1935 [RGBl. I, 1146]).

²⁹ Dort heißt es: „Wer nicht Staatsbürger ist, soll nur als Gast in Deutschland leben können und muß unter Fremden-Gesetzgebung stehen“; abgedruckt in *Hofer*, Der Nationalsozialismus - Dokumente 1933-1945, S. 28.

³⁰ *Larenz*, Rechtsperson, S. 21.

³¹ *Schirmer*, JoJZG 2012, 62 (64).

³² *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

wirklichen Lebensordnung vernichten würden. *Larenz* stellte dem bis dahin im Zivilrecht verwendeten abstrakt-allgemeinen Begriff daher einen dynamisch wandelbaren, konkret-allgemeinen Begriff gegenüber:

„Nicht den Begriff als solchen gilt es zu überwinden, sondern den abstrakten Allgemeinbegriff. Im Gegensatz zu ihm vernichtet der konkrete Begriff nicht die Mannigfaltigkeit, sondern nimmt sie als Prinzip seiner eigenen Fortbestimmung in sich auf. Er weist daher über sich hinaus, ist konkretisierungsbedürftig und selbst Konkretion, das heißt, er begreift Unterschiede in sich, schließt sie nicht von sich aus.“³³

Konkretisiert werden sollte vor allem eines: die nationalsozialistische Weltanschauung.³⁴ Für *Larenz* ist der konkret-allgemeine Begriff insofern

„nicht in sich abgeschlossen, sondern weist – durch die ihm immanente Bewegung – über sich hinaus auf andere Begriffe und auf einen *übergeordneten* Zusammenhang.“³⁵

Aus diesem übergeordneten Zusammenhang, der konkreten – hier nationalsozialistischen – Sonderordnung, würden die abstrakt-allgemeinen Begriffe ihre spezifische Bedeutung erhalten. Sie sollten die Wirklichkeit nun nicht mehr nur beschreibend erfassen, sondern aktiv gestalten, um aus sich heraus ein nationalsozialistisches Recht zu entwickeln.³⁶

C. Zeitgenössische Rezeption: Zur Bedeutung in der Rechtswissenschaft

Die eben skizzierten Beiträge sind hinsichtlich ihrer Wirkung immer wieder untersucht worden. Während *Larenz* nach überwiegender Auffassung zu den einflussreichsten Juristen im „Dritten Reich“ gehört haben soll,³⁷ wollen *Josef Kokert* und *Joachim Gernhuber* in ihm nur einen wirkungslosen Rechtslehrer sehen. Sie halten entgegen, dass *Larenz* in der Literatur außerhalb der „Kieler Schule“ für die „Rechtlosstellung des Menschen“ und seine „unvertretbaren Methoden“ massiv kritisiert worden sei. Zudem habe die Rechtsprechung von *Larenz'* Veröffentlichungen keine Notiz genommen.³⁸ Diese Annahme lässt sich, wie im Folgenden gezeigt werden soll, zumindest für den Untersuchungszeitraum zwischen 1934 und 1939, nicht stützen.

³³ *Larenz*, Rechtsperson, S. 6.

³⁴ *Kokert*, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, 1995, S. 116.

³⁵ *Larenz*, DRW 1940, 279 (294).

³⁶ Vgl. *Rüthers*, Ideologie, S. 26.

³⁷ Vgl. *Jakobs*, JZ 1993, 805 (808); *Kiesewetter*, Von Hegel zu Hitler. Eine Analyse der Hegelschen Machtstaatsideologie und der politischen Wirkungsgeschichte des Rechtshegelianismus, 1974, S. 287; *La Torre*, Rechtslehre 1992, 355 (356); *Rüthers*, Entartetes Recht, 1988, S. 18; *Stolleis*, Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, 1994, S. 32; *Wagner*, DuR 1980, 243 (247).

³⁸ *Kokert*, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, S. 75 ff.; ähnlich *Gernhuber*, Das völkische Recht. Ein Beitrag zur Rechtslehre des Nationalsozialismus, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 183.

I. Die Rezeption von Larenz in der Literatur

Fest steht: *Larenz'* Werk wurde während der NS-Zeit in einem nahezu unüberschaubaren Umfang in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutiert; Kritik findet sich hier durchaus.³⁹ So bildete der von *Heinrich Stoll*, *Alfred Manigk* und *Wilhelm Sauer*⁴⁰ formulierte Ansatz, dass der

„vielfach in Anspruch genommene, reichlich unklare Gegensatz zwischen ‚abstrakten Allgemeinbegriffen‘ und ‚konkreten Begriffen‘ [...] kein methodisch brauchbarer Leitgrundsatz für die zukünftige Gesetzgebung“⁴¹

sei, die Basis eines abweichenden Verständnisses von der Ausgestaltung der „nationalsozialistische[n] Rechtsidee“.⁴²

Abseits der üblichen dogmatischen Streitigkeiten fand *Larenz* allerdings ein vornehmlich positives Rezensentenecho. Wie die Diskussion zu „Vertrag und Unrecht“ (1936/1937) exemplarisch zeigt, erhielt *Larenz* für seinen Beitrag zur Rechtserneuerung gehörigen Zuspruch.⁴³ Seine These der „rassisch“ gestuften Gliedstellung als Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit fand in der Literatur weite Verbreitung;⁴⁴ Der, wie er, zur Kieler Schule gehörende *Karl Michaelis* übernahm sie mit nahezu identischer Begründung.⁴⁵ Namenhafte Größen wie *Carl Schmitt*, *Heinrich Lange*, *Erik Wolf* und *Theodor Maunz* stützten die Idee, dass es Personen minderen Rechts gebe⁴⁶ oder entwickelten diese Vorstellung prinzipieller Rechtsungleichheit weiter.⁴⁷

II. Übernahmen in der Rechtsprechung

Nimmt man die Standpunkte aus der Rechtspraxis – namentlich der (fach-)gerichtlichen Rechtsprechung – hinzu, ergibt sich ein ähnliches Bild. Spätestens ab dem Jahr 1936 lassen

³⁹ Teils heftige Angriffe auf die Idee der gestuften Rechtsfähigkeit, ihren rechtstheoretischen Ausgangspunkt und *Larenz'* Thesen zum Schuldrecht finden sich unter anderem in *Beyerle*, ZgS 1938, 385 (385 ff.); *Dikow*, Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1937, 53 f.; *Eißer*, AcP 144 (1938), 110 (110 ff.); *Heck*, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, 1936, S. 7 ff.; *ders.*, AcP 142 (1936), 129 (131, 297 ff.) mit einer Erwiderung in *Larenz*, AcP 143 (1937), 257; *Manigk*, Neubau des Privatrechts, 1938 mit einer Erwiderung in *Larenz*, AcP 145 (1939), 91 (92 f.); weitere Nachweise bei *Kokert*, ZNR 1996, 23 (42).

⁴⁰ *Stoll*, DJZ 1935, 1163 (1165); *Manigk*, Neubau des Privatrechts, S. 8, 49, 52; *Sauer*, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 597, 600 f.

⁴¹ *Manigk*, Neubau des Privatrechts, S. 8.

⁴² Vgl. *Stoll*, DJZ 1936, 414 (414).

⁴³ Vgl. *Frassek*, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, S. 129 ff., 143 m.w.N.; ebenso die beiden Buchbesprechungen in *Bechert*, DR 1934, 318; *Busse*, DR 1935, 422 (422 f.).

⁴⁴ Vgl. *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 328.

⁴⁵ *Michaelis*, DRW 1937, 301 (312); ähnlich *Siebert*, DRW 1936, 23 (28), demnach der Mensch nicht einzig seines Mensch-Seins wegen rechtsfähig sei.

⁴⁶ Vgl. *Lange*, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, in: Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl., 1935, S. 940; *Maunz*, Die Staatsaufsicht, in: Höhn/Maunz/Swoboda (Hrsg.), Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938, S. 83; *Schmitt*, JW 1934, 714; *Wolf*, ARSP 1934, 348 (352); *Lange* und *Wolf* sprechen vom Gleichheitssatz als einer (sinnlosen) „Fiktion“.

⁴⁷ *Walz*, Artgleichheit gegen Gleichartigkeit, 1938, S. 11.

sich die Folgen der von *Karl Larenz* herausgearbeiteten Thesen zur Rechtsstellung des Einzelnen auch dort nicht mehr zu übersehen.⁴⁸ Wie schnell die Rechtsprechung die Idee der „rassisch“ gestuften Rechtsfähigkeit aufnahm und den Rechtsschutz derer verminderte, die nicht als Volksgenossen galten, verdeutlicht die Entscheidung des Reichsgerichts zum „bürgerlichen Tod“ vom 17.06.1936.⁴⁹

Das Gericht vertrat analog zu *Larenz* die Auffassung, dass „der Befugniskreis des einzelnen rassemäßig bedingt“⁵⁰ sei:

„Die frühere (,liberale‘) Vorstellung vom Rechtsinhalte der Persönlichkeit machte unter den Wesen mit Menschenantlitz keine grundsätzlichen Wertunterschiede nach der Gleichheit oder Verschiedenheit des Blutes: sie lehnte deshalb eine rechtliche Gliederung und Abstufung der Menschen nach Rassegesichtspunkten ab. Der nationalsozialistischen Weltanschauung dagegen entspricht es, im Deutschen Reich nur Deutschstämmige [...] als rechtlich vollgültig zu behandeln. Damit werden grundsätzliche Abgrenzungen des früheren Fremdenrechts erneuert und Gedanken wiederaufgenommen, die vormals durch die *Unterscheidung zwischen voll Rechtsfähigen und Personen minderen Rechts* anerkannt waren.“⁵¹

Die jüdische Abstammung des Klägers stellte nach Auffassung des Reichsgerichts einen der Krankheit oder dem Tod ähnlichen Zustand dar. Das Bild vom „bürgerlichen Tod“ wird damit zum Ausdruck des vollständigen Verlusts der Rechtsfähigkeit all derer, die nicht zu Volk und „Rasse“ gehören:

„Den Grad völliger Rechtlosigkeit stellte man ehemals, weil die rechtliche Persönlichkeit ganz zerstört sei, dem leiblichen Tode gleich; die Gebilde des ‚bürgerlichen Todes‘ empfangen ihre Namen aus dieser Vergleichung.“⁵²

Dass die Rechtsfähigkeit einer Person und das Niveau des ihr gewährten Rechtsschutzes unmittelbar miteinander verbunden sind, zeigt sich auch in verschiedenen vorinstanzlichen Urteilen, insbesondere im Arbeits-, Miet-, Ehe- und Familienrecht.⁵³

⁴⁸ Vgl. *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 332 f.; An dieser Stelle offenbart sich ein Problem in der Nachweisbarkeit. Da die im Folgenden zitierten Gerichte nicht explizit auf *Larenz* verweisen, wären Zweifel hinsichtlich der tatsächlichen Wirkung der *Larenz'schen* Thesen auf die Rechtsprechung durchaus berechtigt. *Kokert* nimmt das zum Anlass, *Larenz* jeden Einfluss auf die Rechtsprechung abzusprechen (Vgl. *Kokert*, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, S. 75 ff.). Obwohl es, soweit ersichtlich, bislang an einer einschlägigen wissenschaftlichen Untersuchung darüber fehlt, ob, wie und in welchem Umfang Gerichte zwischen 1933 und 1945 in die Literatur verwiesen haben, lässt sich *Kokerts* Einwand nach einem ersten oberflächlichen Eindruck über die (reichs-)gerichtliche Verweisungstechnik insofern widersprechen, als sich in den untersuchten gerichtlichen Entscheidungstexten zwischen 1936 und 1938 auch sonst kaum ein Verweis in die Literatur findet.

⁴⁹ RG, JW 1936, 2529.

⁵⁰ *Rüthers*, JZ 2011, 593 (597).

⁵¹ RG, JW 1936, 2529 (2530).

⁵² RG, JW 1936, 2529 (2530).

⁵³ Vgl. AG Charlottenburg, JW 1938, 3172 (3172 f.); AG Halle, JW 1938, 2975 (2975 f.); AG Schöneberg, JW 1938, 3045 (3045 f.); 3063 (3063).

Die *larenz'sche* These einer konkreten – hier nationalsozialistischen – Sonderordnung findet sich, ebenso wie die Annahme einer gestuften Rechtsfähigkeit, geradezu deckungsgleich in einer Entscheidung des AG Charlottenburg:

„Denn ebenso wie die erörterten gesetzlichen Bestimmungen [...] nur nach den geltenden *nationalsozialistischen Anschauungen* über die Bedeutung der deutschen Hausgemeinschaft [...] *ausgelegt* werden können, muß die Anwendbarkeit solcher vertraglicher Einzelbestimmungen [...] verneint werden, die im Widerspruch zu der heutigen *geminderten Rechtsstellung der Juden* im nationalsozialistischen Deutschland stehen.“⁵⁴

Ähnlich klingt es bei einer Entscheidung des AG Schöneberg, das zu dem Ergebnis kommt, dass zuvor angestellte rechtliche Überlegungen

„nur Gültigkeit hätten, wenn es sich um Volksgenossen handele, daß sie also keine Anwendung finden könnten auf Juden, die *außerhalb der deutschen Volksgemeinschaft ständen*“.⁵⁵

Wie *Larenz* knüpften auch die Fachgerichte die Rechtsstellung des Betroffenen an dessen Zugehörigkeit zur Volksgemeinschaft. Wer nicht blutsbedingt mit ihr verbunden war, sollte nur beschränkten, in den oben erwähnten Fällen gar keinen, Rechtsschutz genießen.

D. Rechtserneuerung aus der Überzeugung?

I. Geistige Einhegung des Nationalsozialismus: Ein Selbstzeugnis

Wenn sich junge Spitzenbegabung⁵⁶ scheinbar so bereitwillig der nationalsozialistischen Ideologie in die Arme wirft,⁵⁷ bedarf das der Erklärung. *Larenz* selbst hat hierzu mehrfach den Versuch unternommen. Das Belegen zwei Auszüge aus Briefen von ihm, die in den Jahren 1967 und 1993 von *Karl Dietrich Erdmann*⁵⁸ und *Ralf Dreier*⁵⁹ veröffentlicht wurden. Darin rechtfertigt *Larenz* seine juristischen Schriften im Nationalsozialismus rückblickend mit der Erfüllung eines Auftrages.

Wilhelm Ahlmann, ein Mitarbeiter im preußischen Kultusministerium, soll ihn am 02.05.1933 dazu aufgefordert haben, die Nationalsozialisten, die „bisher kein richtiges Verhältnis zum Recht und zur Staatsidee“ hätten, auf „einen vernünftigen Weg zu bringen“.⁶⁰ Ziel sei es gewesen, sie „geistig so zu beeinflussen“, dass der in seiner „Entstehung

⁵⁴ AG Charlottenburg, JW 1938, 3172 (3173).

⁵⁵ AG Schöneberg, JW 1938, 1917 (1917).

⁵⁶ *Hattenhauer*, Rechtswissenschaft im NS-Staat, 1987, S. 9.

⁵⁷ Das ist ein höchst generationelles Phänomen. Die Jahrgänge 1900 bis 1910 wurden in der Krisenzeit der Weimarer Republik sozialisiert. Versailler Vertrag, nationale Erniedrigungen, ein antidemokratischer Geist und monarchische Schwelgereien im Stile von „Früher war alles besser!“. Für viele Menschen war es eine Schmach, nicht für Deutschland gekämpft haben zu dürfen. Vgl. hierzu *Glaser*, Jahrgang 1902. Roman, 1928.

⁵⁸ *Erdmann*, Wissenschaft im Dritten Reich, S. 24.

⁵⁹ *Dreier*, JZ 1993, 454 (455 ff.).

⁶⁰ *Dreier*, JZ 1993, 454 (456).

begriffene Staat nicht nur auf dem bloßen Machtdenken, sondern auf den ethischen Fundamenten der idealistischen Rechts- und Staatsphilosophie“, errichtet würde.⁶¹ Um die Nationalsozialisten für seine Gedanken gewinnen zu können, habe *Larenz* sich notwendigerweise auch dem bildkräftigen NS-Vokabular bedienen müssen.⁶²

Ähnliches wiederholte *Larenz* in einem Gespräch mit *Bernd Rüthers*. Darin berichtete er, dass die „Kieler Schule“, die „Tradition des deutschen Idealismus gegen die braunen Horden der SA retten“ sowie „den rechtsblinden und antinormativen Machthabern ein ‚normatives Korsett‘ anlegen“ wollte.⁶³

Larenz' Selbstzeugnis liest sich wie eine neuhegelianische Mission zur geistigen Einhegung des Nationalsozialismus. Obwohl sich einige, wenngleich mit Skepsis, dieser Deutung angeschlossen haben,⁶⁴ lässt sich die von *Larenz* vorgebrachte defensive Interpretation seines Wirkens im „Dritten Reich“ mit den Worten *Josef Kokerts* als „geschichtsverfälschende Schutzbehauptung“⁶⁵ zurückweisen. Anlass hierzu bietet ein im Rahmen dieser Arbeit erschlossener Briewechsel zwischen *Karl Larenz*, *Gerhard Dulkeit* und *Julius Binder*.

II. Briefe zwischen drei Wissenschaftlern⁶⁶

In der Abfassung des ersten hier herangezogenen Briefes⁶⁷ – er ist datiert auf den 10.01.1938 – wandte sich *Karl Larenz* an den damals in Heidelberg lehrenden *Gerhard Dulkeit*.⁶⁸ Beide verband eine gemeinsame Zeit in Kiel, die Rechtsphilosophie, *Hegel* als zentrales Element ihres wissenschaftlichen Lebenswerks sowie ihr Göttinger Lehrer *Julius Binder*.⁶⁹ Die zeitgenössischen Lebensumstände des Letztgenannten sind für das Verständnis der Briefe von besonderer Wichtigkeit: *Binder* war trotz seiner deutschnationalen Gesinnung, einem frühen Eintritt in die NSDAP und einer umfangreichen Auseinandersetzung mit der „Führerauslese in der Demokratie“, der Kriegsschuldfrage und dem wahren

⁶¹ *Erdmann*, *Wissenschaft im Dritten Reich*, S. 24.

⁶² *Dreier*, *JZ* 1993, 454 (455 f.).

⁶³ *Rüthers*, *JZ* 2011, 593 (595).

⁶⁴ Vgl. *Diederichsen*, *NJW* 1993, 902 (902); *Hüpers*, *Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, 2010, S. 196 ff.

⁶⁵ *Kokert*, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, S. 79; ähnlich *Jakobs*, *JZ* 1993, 805 (805 ff.), 806; *Rüthers*, *JZ* 2011, 593 (594 ff.).

⁶⁶ Die Briefe entstammen einem Teilnachlass von *Gerhard Dulkeit*, der im Archiv der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek in Göttingen aufbewahrt wird. Auf insgesamt 62 Briefseiten, darunter auch Postkarten und Abschriften, führten die Professoren *Karl Larenz*, *Gerhard Dulkeit* und *Julius Binder* eine Aussprache über das wissenschaftliche Schaffen des Letztgenannten (SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulkeit, Cod. Ms. Dulkeit 5, fol. 1–62.). Im Verlauf des Briefwechsels versuchten *Larenz* und *Dulkeit* immer wieder auf *Binder* einzuwirken. Die Art, wie sie dabei vorgehen, wäre für sich genommen bereits für eine umfangreiche Spezialuntersuchung geeignet. Im Folgenden soll sich jedoch auf die innere Haltung von *Larenz* und sein Verhältnis zur nationalsozialistischen „Wissenschaft“ konzentriert werden.

⁶⁷ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulkeit, Cod. Ms. Dulkeit 5, Fol. 15–16.

⁶⁸ *Ballerstedt*, *Gerhard Dulkeit*, in: *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 4, 1959, S. 183.

⁶⁹ Vgl. *Larenz*, *Dulkeit als Rechtsphilosoph*, in: *Gerhard Dulkeit. Reden zu seinem Gedächtnis*, 1955, S. 14 ff.

„deutschen Volksstaat“ in eine akademische Isolierung geraten.⁷⁰ Von Teilen der Rechtswissenschaft wurden ab Mitte der 1930er Jahre scharfe Angriffe gegen ihn geführt.⁷¹ Das lag unter anderem daran, dass *Binders* Interpretation der hegelschen Geistesphilosophie mit dem Blut und Boden-Mythos der Nationalsozialisten nur schwer vereinbar war.⁷²

Zu jenen, die sich fortwährend von *Binder* abwandten, gehörte auch sein früherer Kollege *Walther Schönfeld*. Dieser warf ihm 1938 vor, *Hegel* gar nicht wirklich verstanden zu haben.⁷³ *Binder* reagierte auf diesen akademischen Frontalangriff mit einer Gegenschrift, die er vor Veröffentlichung noch an *Karl Larenz* weiterleitete. Den Text zum Anlass nehmend, wandte sich *Larenz* nun wie folgt an *Dulkeit*:

„Ueber [sic] eine Sache möchte ich gerne mit Ihnen ein Einverständnis herstellen. J. [lies: Julius, der Autor] hat mir seinen Aufsatz gegen Sch. [lies: Schönfeld, der Autor] zu lesen gegeben u. mir gesagt, daß er ihn auch Ihnen geschickt hätte. Ich finde den Aufsatz qualvoll zu lesen. In der jetzigen Form wird er auf jeden fernstehenden Leser [...] den Eindruck eines reinen ‚Professorengänzäns‘ machen u. die ganze Rechtsphil. hoffnungslos diskreditieren. [...] Tatsächlich mißversteht er ihn [Schönfeld, der Autor] natürlich auch und wird niemand durch seine Polemik von etwas anderem überzeugen, als von der Unsinnigkeit dieses Streits und der Unfähigkeit der Rechtsphilosophie, etwas positiv zu den Aufgaben unserer Wissenschaft beizutragen.“⁷⁴

Der anschließenden Bitte, *Dulkeit* möge *Binder* doch ebenfalls darin bestärken, seine geplante Erwiderung zum „absoluten Idealismus und Hegel“ umzugestalten,⁷⁵ kam dieser nach: In einer Abschrift vom 14.01.1938 findet sich seitens *Dulkeits* deutliche Kritik an *Binders* „Erwiderung auf den Schönfeldschen Angriff“⁷⁶.

Aus keinem der Briefe ist vollständig ersichtlich, welchen Inhalt das von *Binder* an *Larenz* übermittelte Manuskript ursprünglich hatte; über dessen Verbleib konnte nichts ermittelt werden. Fest steht allerdings, dass *Larenz* mit seinem abschließenden Drängen vom 19.01.1938, den „Aufsatz so nicht [zu] veröffentlichen“⁷⁷, erfolglos blieb: Noch im selben Jahr erschien in der „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ *Binders* 34-seitige Replik gegen *Schönfeld*.⁷⁸ *Larenz* muss es geahnt haben, als er am 01.02.1938 an *Dulkeit* adressiert von der „völlige[n] Unverbesserlichkeit“⁷⁹ seines Lehrers schrieb.

⁷⁰ *Dreier*, Julius *Binder* [1870 – 1939]. Ein Rechtsphilosoph zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus, in: Loos [Hrsg.], *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, S. 439 f.

⁷¹ Vgl. *Dreier*, Julius *Binder*, S. 451 f.

⁷² Vgl. *Dreier*, Julius *Binder*, S. 452.

⁷³ *Schönfeld*, *ZgS* 1938, 54 (106).

⁷⁴ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard *Dulkeit*, Cod. Ms. *Dulkeit* 5, fol. 16.

⁷⁵ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard *Dulkeit*, Cod. Ms. *Dulkeit* 5, fol. 16.

⁷⁶ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard *Dulkeit*, Cod. Ms. *Dulkeit* 5, fol. 17.

⁷⁷ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard *Dulkeit*, Cod. Ms. *Dulkeit* 5, fol. 19.

⁷⁸ *Binder*, *ZgS* 1938, 401.

⁷⁹ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard *Dulkeit*, Cod. Ms. *Dulkeit* 5, fol. 29.

Abgesehen davon, dass *Larenz* sich wohl einige Gedanken über den – aus seiner Sicht offenbar fragilen – Einfluss der hegelschen Rechtsphilosophie sowie ihren „positiven Beitrag zu den Aufgaben unserer Wissenschaft“ gemacht zu haben schien, lässt sich den ersten Briefen hinsichtlich seiner inneren Haltung nicht viel neues Entnehmen.

III. Briefe zur Verteidigung der „neuen“ deutschen Wissenschaft

Mit dem Verlauf des Briefwechsels ab 1939 wird das Bild zunehmend klarer. *Binders* Isolierung in den späten 1930er Jahren hatte sich inzwischen weiter verschärft. Ein Höhepunkt war erreicht, als *Karl Siegert*, seinerzeit Dekan in Göttingen, gegenüber dem 1937 neu berufenen Kollegen *Hans Träger* explizit ein Besuchsverbot aussprach.⁸⁰ Von der Fortsetzung seiner wissenschaftlichen Arbeit hielt *Binder* diese Entwicklung jedoch nicht ab.

1. Binders Angriff gegen die Weltanschauung

Im Gegenteil: Keine zwei Jahre nach Erteilung des Besuchsverbots setzte er sich bereits an die Ausarbeitung seines dritten großen Werks, das ihm abermals die kritische Reaktion seiner beiden ehemaligen Schüler einbrachte. Jedenfalls schrieb *Larenz* am 04.04.1939 an *Dulckeit* gerichtet:

„Der zweite Punkt betrifft natürlich unser Schmerzenkind, Julius. Er war offenbar sehr verstimmt über mich, da ich ihm einmal wieder offen geschrieben hatte. [...] Zu meinem Entsetzen schreibt er mir nun, er wolle seiner Wissenschaftslehre eine `allgemeine Erörterung über Wissenschaft überhaupt, reine und zweckbestimmte Wissenschaft, Objektivität und dergl. mehr´ [sic] vorausschicken. Was das wird, ist ja klar: eine verschlimmerte Auflage des Vorworts aus der Grundlegung, eine einzige verbitterte Polemik gegen die ‚neue‘ deutsche Wissenschaft, so wie sie sich in Julii [sic] Augen malt, und ein mehr oder weniger versteckter Angriff gegen die Weltanschauung, eine nationalsozialistische Rechtswissenschaft, usw. Sie müssen das verhindern! Wie, das überlasse ich Ihrer bewährten Klugheit und Geschicklichkeit. [...] Und dann müssen Sie (und Ihre Frau!) Ihre ganze diplomatische Kunst aufbieten!“⁸¹

Nach dem Erscheinen seiner „Grundlegung zur Rechtsphilosophie“⁸² (1935) und dem „System der Rechtsphilosophie“⁸³ (1937) sollte mit der „Wissenschaftslehre im Recht“ tatsächlich *Binders* drittes Opus Magnum entstehen.⁸⁴ An *Larenz* adressiert schrieb er dazu am 25.04.1939:

⁸⁰ Vgl. *Dreier*, Julius *Binder*, S. 453.

⁸¹ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard *Dulckeit*, Cod. Ms. *Dulckeit* 5, fol. 50–51.

⁸² *Binder*, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1935.

⁸³ *Binder*, *System der Rechtsphilosophie*, 1937.

⁸⁴ *Dreier*, Julius *Binder*, S. 449.

„In den Arbeiten für eine `Wissenschaftslehre` bin ich gerade mit Relativismus, Objektivität, Lebensphilosophie u.s.w. beschäftigt und [...] mit den Angriffen der revolutionären Jurisprudenz auf die `objektive Wissenschaft`“.⁸⁵

Sich offenbar als Teil der in dem Schreiben düpierten „revolutionären“ Rechtswissenschaft begreifend, wandte sich *Larenz* im Folgenden noch einmal an *Dulckeit*:

„Der Anlaß meines Schreibens ist die einliegende Karte von Julius, die Ihnen seine Absichten deutlich macht. Ich antwortete ihm, wenn er mit der `revolutionären Rechtswissenschaft` uns Kieler meint, so befindet er sich im Irrtum; wir hätten keine `Angriffe gegen die Wissenschaft` gerichtet, sondern uns im Gegenteil zu ihr bekannt. [...] Es ist ja klar, daß er wieder einmal in Gefahr steht, sich ganz auf die falsche Seite zu schlagen und alles gegen sich aufzubringen, was wirklich für eine wissenschaftliche Erneuerung kämpft [...].“⁸⁶

2. Mit Worten und Taten für den Nationalsozialismus

Es ist unschwer zu erkennen, dass *Larenz* sich in diesem Briefwechsel als ergebener Verteidiger der „neue[n] deutschen Wissenschaft“⁸⁷ verstand. Die „Kieler Schule“ sei kein Angriff auf die Wissenschaft, sondern viel mehr ein Bekenntnis zu ihr.⁸⁸ Interessant ist vor allem die Vehemenz („Sie müssen das verhindern!“)⁸⁹, mit der er als „objektive Wissenschaft“ verteidigte, was nicht anders als ihr bislang größter Makel empfunden werden kann.

Nichts deutet in dem Briefwechsel darauf hin, dass *Larenz* die Absicht hatte, den Nationalsozialismus geistig zu beeinflussen und von seinem bloßen Machtstaatsdenken abzubringen. Ebenso ist nichts von dem ethischen Fundament der idealistischen Rechts- und Staatsphilosophie zu spüren, auf dem der in seiner Entstehung begriffene Staat errichtet werden sollte. Indem *Larenz* sich gegenüber *Binder* schützend vor jene „Weltanschauung“⁹⁰ stellte, die die „völkische Rechtserneuerung“ überhaupt erst ermöglichte, erhob er den Nationalsozialismus viel mehr selbst zum maßgebenden Fundament für die künftige Entwicklung des Rechts.⁹¹

E. Schlussbemerkung

Wo wahre Geisteskraft und Ideologie zusammentreffen, tun sich einige Brüche auf. Dass sich bei *Karl Larenz* in jenen Jahren des Nationalsozialismus beides finden lässt, hoffe ich zumindest angedeutet zu haben. Und dass man dennoch beides voneinander trennen kann, ist mir an dieser Stelle wichtig zu betonen. Die Aktualität, die das *larenz'sche* Rechtsverständnis – ideologiebereinigt – bis in die Gegenwart hat, wird in jedem einschlägigen Schuldrechtslehrbuch offenbar. Gerade deshalb sollte sich einmal

⁸⁵ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulckeit, Cod. Ms. Dulckeit 5, fol. 54.

⁸⁶ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulckeit, Cod. Ms. Dulckeit 5, fol. 55 – 56.

⁸⁷ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulckeit, Cod. Ms. Dulckeit 5, fol. 51.

⁸⁸ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulckeit, Cod. Ms. Dulckeit 5, fol. 55.

⁸⁹ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulckeit, Cod. Ms. Dulckeit 5, fol. 51.

⁹⁰ SUA Göttingen, Teilnachlass Gerhard Dulckeit, Cod. Ms. Dulckeit 5, fol. 51.

⁹¹ Vgl. *Kokert*, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, S. 79.

tiefer auf *Larenz* einlassen, wer auf die Frage „Wie konnte das passieren?“ eine differenzierte Antwort finden will.

Greenwashing und Irreführungsverbot – Eine Analyse der Auswirkungen der neuen EU-Richtlinienentwürfe auf das deutsche Lauterkeitsrecht

Tobias Pfeiffer*

Abstract: Mit großer Regelmäßigkeit wird medial über Greenwashing-Skandale aus verschiedensten Branchen berichtet. Der Beitrag beschäftigt sich zunächst damit, wie Gerichte bisher die Grenzziehung zwischen zulässiger Umweltwerbung mit irreführendem Greenwashing vorgenommen haben und was sich durch die anstehende Reform des Unionsrechts verändern wird. Davon ausgehend wird der vielschichtige Diskurs zur Ausgestaltung der europäischen Änderungsvorhaben analysiert, um daraus rechtspolitische Verbesserungsvorschläge abzuleiten.

A. Einleitung

Seitdem die Klimakrise immer mehr in das kollektive Bewusstsein gelangt ist, wollen Menschen in Europa zunehmend Umweltfaktoren in Konsumententscheidungen einbeziehen und sich so an der ökologischen Transformation beteiligen.¹ Darauf reagierten viele Unternehmen: REWE bot klimaneutrales Hähnchenfilet an,² Adidas warb damit, dass das DFB-WM-Trikot für Katar 2022 zu 50% aus Meeresplastik besteht³ und Shell-Tankstellen verkauften gegen einen Aufpreis von 1,1ct/l klimaneutralen Kraftstoff. Wie klimafreundlich ein Produkt oder Unternehmen tatsächlich ist, kann jedoch in aller Regel nur durch eine Prozessanalyse entlang der gesamten Lieferkette festgestellt werden. Verbrauchern⁴ ist es deshalb unmöglich, die Konsistenz solcher Werbebotschaften eigenständig nachzuprüfen und für die Entscheidungsfindung nutzbar zu machen.⁵ Das sog. „Greenwashing“ nutzt dieses Wissensgefälle aus und meint die irreführende Darstellung eines Produktes oder Unternehmens als umweltfreundlicher, als es in Wirklichkeit ist.⁶ Laut einer Studie der EU-

* Der Verfasser hat Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig studiert und absolviert gerade seinen LL.M. in Energy and Climate Law an der Universität Groningen. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Werbung und Recht“ bei Prof. Dr. Justus Meyer zugrunde.

¹ Meisterernst/Sosnitza, WRP 2023, 771 (779) Rn. 64.

² LG Oldenburg GRUR-RS 2021, 46159.

³ Beste, Tagesspiegel v. 24.11.2022 (Stand 08.08.2024).

⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

⁵ Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024, § 5 Rn. 2. 180.

⁶ Klein, DB 2024, 575 (575).

Kommission waren 2020 53,3% der geprüften umweltbezogenen Werbeaussagen vage, irreführend oder unbegründet.⁷ Nachhaltigkeitslabels könnten zwar zur Vereinfachung beitragen, verstärken bis dato aber die Intransparenz wegen ihrer unüberschaubaren Anzahl und enormen Qualitätsunterschiede.⁸ Im Ergebnis profitieren diejenigen, die mit besonders dreisten Werbekampagnen Erfolg haben, während bei den echten ökologischen Vorreitern im Markt der verdiente Wettbewerbsvorteil ausbleibt. Die EU hat deshalb beschlossen, dass es einer spezifischen Regulierung von Umweltwerbung bedarf, um Greenwashing effektiv zu bekämpfen. Inwiefern die Reform dazu geeignet ist, wird in Literatur und Praxis kontrovers diskutiert. Manche wollen einen großen Schritt in die richtige Richtung sehen, der die richterrechtlich entwickelten Grundsätze zur Bekämpfung von Greenwashing bestärkt und weiterentwickelt.⁹ Andere befürchten, dass Unternehmen durch ein zu bürokratisches, unübersichtliches Regelwerk entmutigt werden könnten, überhaupt noch über umweltbezogene Fortschritte zu informieren.¹⁰ Diesem Diskurs wird sich im Folgenden über eine Zusammenfassung der bisherigen lauterkeitsrechtlichen Entscheidungspraxis und der geplanten Änderungen genährt. Darauf aufbauend wird eine Bewertung der EU-Vorhaben in rechtstechnischer und inhaltlicher Hinsicht vorgenommen. Insbesondere wird als Arbeitsthese untersucht, ob der deutsche Diskurs neben berechtigter Kritik an der konkreten Ausgestaltung des Vorhabens nicht die gesamteuropäische und globale Perspektive vernachlässigt, die bei Legislativakten der EU als Gemeinschaftsprojekt nicht ausgeblendet werden sollte.

B. Aktuelle Rechtslage

Wettbewerbsverbände erstritten in den vergangenen Jahren auf Basis der lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln in §§ 5, 5a UWG¹¹ zahlreiche Unterlassungsurteile gegen irreführende Umweltwerbung. Insbesondere die Werbung mit der „Klimaneutralität“ von Produkten wie Hähnchenfleisch, Kerzen oder Spülmittel war Gegenstand diverser Entscheidungen. Die zahlreichen „Klimawerbungsentscheidungen“ eignen sich daher besonders für eine Illustration der aktuellen Rechtslage zur Zulässigkeit von Umweltwerbung.

Für die Eignung zur Irreführung nach § 5 I UWG ist darauf abzustellen, wie ein durchschnittlicher Angehöriger des adressierten Verkehrskreises die Aussage versteht.¹² Der Durchschnittsrezipient von Umweltwerbung ist ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und kritischer Verbraucher, der sich für Umweltschutz interessiert und diesen zumindest in gewissem Umfang in seine Kaufentscheidung einbeziehen will.¹³ Verbraucher, die Kaufentscheidungen ohne Rücksicht auf die Umwelt treffen, werden von der

⁷ COM (2022) 143 final, S. 10.

⁸ Die EU zählte 2020 über 200, COM (2022) 143 final, S. 11.

⁹ *Soppe/Fuchs*, WRP 2022, 1338 (1344) Rn. 52; *Ernst*, MDR 2022, 1320 (1323).

¹⁰ *Alexander*, WRP 2022, 657 (665) Rn. 84 und 92; *Ruttlof/Wehlau/Wagner/Skoupil*, CCZ 2023, 201 (208); *Rauer/Mauritz*, GRUR 2023, 1747 (1756).

¹¹ Alle nachfolgend nicht benannten Normen sind solche des UWG.

¹² *Dornauer*, ZIP 2024, 282 (283); *Rehart/Ruhl/Isele*, in: *Fritsche/Münker/Stollwerck BeckOK-UWG*, 25. Ed. 2024, § 5 Rn. 72.

¹³ LG Karlsruhe GRUR-RS 2023, 18341 Rn. 37, 38.

Botschaft in aller Regel nicht erreicht.¹⁴ Die Instanzgerichte entschieden mehrheitlich, dass der Begriff „klimaneutral“ für sich genommen nicht irreführend sei, auch wenn bei der Herstellung Treibhausgase emittiert wurden. Einem latent umweltbewussten Verbraucher müsse bekannt sein, dass Klimaneutralität im Sinne einer ausgeglichenen Emissionsbilanz zu verstehen sei, welche in aller Regel nur durch die Unterstützung von Kompensationsprojekten erreicht werden könne.¹⁵ Allerdings seien die Informationen über Umfang und Art der getroffenen Kompensationsmaßnahmen für die Kaufentscheidung des Verbrauchers wesentlich, sodass der Werbetreiber seine Informationspflicht nach § 5a I UWG verletze, wenn er diese nicht durch eine Verlinkung auf der Verpackung oder einen QR-Code transparent mache.¹⁶

In der jüngst ergangenen „Katjes-Entscheidung“ urteilte der BGH hingegen, dass Unternehmen in der Werbung selbst klarstellen müssen, ob die neutrale Emissionsbilanz durch Reduktionsmaßnahmen innerhalb des Herstellungsprozesses oder bloße Kompensationszahlungen erreicht wurde.¹⁷ Da die Alternativen hinsichtlich ihrer klimaschützenden Wirkung nicht gleichwertig und beide Deutungen denkbar seien, sei in der Verwendung des Begriffs an sich schon eine aktive Irreführung nach § 5 UWG zu sehen. Die Entscheidung trägt dem seit Ende der 1980er-Jahren geltenden Grundsatz Rechnung, dass bei Umweltwerbung wegen der emotionalen Bedeutung des Themas und dem geringen Kenntnisstand vieler Verbraucher besonders strenge Anforderungen an Eindeutigkeit und Klarheit der Werbebotschaft zu stellen sind.¹⁸ Die Klarstellung, wie ein mehrdeutiger Begriff wie klimaneutral im konkreten Fall zu verstehen ist, muss deswegen laut dem BGH bereits auf der Verpackung erfolgen. Aufklärende Hinweise an anderer Stelle genügen wegen des besonders strengen Maßstabs bei Umweltwerbung nicht, um eine Irreführung des Verbrauchers zu vermeiden.

Die auch im internationalen Vergleich strenge¹⁹ Handhabung des Klimawerbungs-Phänomens durch die deutsche Rechtsprechung liefert die klare und auch auf andere Umweltwerbung übertragbare Botschaft:²⁰ Unternehmen, die mit Umweltvorteilen werben wollen, müssen nicht nur „tun, was sie sagen, sondern auch erklären, was sie meinen.“²¹ Es lässt sich also bilanzieren, dass es den Gerichten mithilfe der lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln gelungen ist, einen überzeugenden und einzelfallgerechten Umgang mit Greenwashing-Fällen zu finden.

Davon unabhängig bewertet werden muss jedoch, ob das auf eine privat initiierte, nachträgliche Einzelfallkontrolle beschränkte Rechtsdurchsetzungssystem überhaupt geeignet ist, Greenwashing-Phänomene effektiv zu bekämpfen.²² Es lässt sich auch hinterfragen,

¹⁴ LG Karlsruhe GRUR-RS 2023, 18341 Rn. 37.

¹⁵ LG Kiel GRUR-RS 2021, 18085 Rn. 11; LG Oldenburg WRP 2022, 378 Rn. 12; OLG Schleswig WRP 2022, 1177 Rn. 27; OLG Düsseldorf ZVertriebsR 2023, 297 (298) Rn. 21; OLG Düsseldorf KlimR 2023, 319 (319) Rn. 38; LG Karlsruhe GRUR-RS 2023, 18341 Rn. 40.

¹⁶ LG Konstanz GRUR-RS 2021, 47877 Rn. 42; OLG Frankfurt GRUR 2023, 177; LG Oldenburg GRUR-RS 2021, 46159 Rn. 13; LG Karlsruhe GRUR-RS 2023, 18341 Rn. 44i.

¹⁷ BGH GRUR 2024, 1122, Rn. 36.

¹⁸ BGH GRUR 2024, 1122, Rn. 23; BGH GRUR 1991, 548; BGHZ 105, 277 Rn. 14.

¹⁹ Vgl. dazu nur *Crützen/Rosales/Balan*, TSJ 2023, 66 (67, 70).

²⁰ So zumindest die Einschätzung von *Jalilvand/Menz/Schneider*, *SpoPrax* 2024, 20 (25).

²¹ *Soppe/Fuchs*, WRP 2022, 1338 (1342) Rn. 36.

²² Daran zweifelnd *Steuer*, GRUR 2022, 1408 (1414).

inwiefern Unternehmen, die Emissionen nur kompensieren und nicht reduzieren, überhaupt mit Klimaneutralität werben dürfen sollten²³ und ob die Schaffung von immer weitergehenden Informationspflichten wirklich zu mehr Transparenz führt.²⁴ Solche grundlegenden Fragen sind allerdings nicht von Gerichten, sondern vom Gesetzgeber zu entscheiden, der deshalb zurecht tätig geworden ist.

C. Die geplanten Änderungen durch den EU-Gesetzgeber

Um Antworten auf die o.g. Fragen zu geben, hat die EU ein aus zwei Richtlinien bestehendes Reformpaket auf den Weg gebracht. Mit dem Anfang des Jahres beschlossenen „Empowering Consumers for the Green Transition-Richtlinie“²⁵ (nachfolgend: EmpCO-RL) wird die bisher einschlägige UGP-Richtlinie geändert.²⁶ Die im März 2024 vom EU-Parlament angenommene²⁷ „Green Claims Richtlinie“²⁸ (nachfolgend: GCR) soll noch dieses Jahr erlassen werden, nachdem sie das Trilog-Verfahren durchlaufen hat. Sie legt spezifische Anforderungen an die Art und Weise der Kommunikation von Umweltaussagen fest und ergänzt damit als *lex specialis* die EmpCO-RL, die im Wesentlichen regelt, ob eine Umweltaussage überhaupt zulässig sein soll.²⁹ Wegen der ab Veröffentlichung im EU-Amtsblatt geltenden Umsetzungspflicht (Art. 288 III AEUV) binnen zwei Jahren steht damit die nächste UWG-Reform auf der Agenda des deutschen Gesetzgebers.

I. Zielstellung der Richtlinien

Mit dem europäischen Green Deal³⁰ hatte die EU-Kommission schon 2019 ein Maßnahmenpaket beschlossen, welches dem gesamten EU-Wirtschaftsraum den Weg hin zu Netto-Treibhausgasneutralität und einer vollständige Entkopplung von Wirtschaftswachstum und Ressourcennutzung im Jahr 2050 ebnen soll.³¹ Die Verbraucher sollen bei dieser Transformation eine aktive Rolle einnehmen, indem sie durch umweltbewusste Entscheidungen diejenigen Unternehmen belohnen, die mit gutem Vorbild vorangehen.³² Um ihre „geballte Nachfragemacht“³³ wirksam ausüben zu können, benötigen Verbraucher eine verlässlichere Informationsbasis. Deshalb soll das Zusammenspiel aus GCR und EmpCO-RL durch einheitlich strenge Standards die Richtigkeit, Transparenz und Vergleichbarkeit von Umweltaussagen im gesamten Binnenmarkt sicherstellen.³⁴ Aus Unternehmersicht soll die

²³ zur grundlegenden Kritik an Kompensationsprojekten vgl. *Steuer*, GRUR 2022, 1408 (1411); v. *Dahl/Wangrau*, EnWZ 2022, 63 (66f.); *Klein/Mauritz*, BB 2023, 323 (326).

²⁴ Ablehnend *Schwarzbauer*, GRUR 2023, 1539 (1597).

²⁵ Richtlinie 2024/825/EU.

²⁶ Erwägungsgrund 2 der EmpCO-RL; *Schwarzbauer*, GRUR 2023, 1593 (1598).

²⁷ *Kurme/Wisdorff*, *Pressemittlung des EU-Parlaments* (Stand 08.08.2024).

²⁸ COM (2023) 166 final; im Beitrag zitiert und diskutiert in der Fassung des Kommission-Entwurf vom 22.03.2023, Volltext der vom Parlament geeinten Version lag zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht vor.

²⁹ COM (2023) 166 final, S. 1.

³⁰ COM (2019) 640 final.

³¹ COM (2019) 640 final, S. 2.

³² *Jung/Dowse*, VuR 2023, 283 (284); COM (2019) 640 final, S. 9.

³³ Begriff von *Klein*, DB 2024, 575 (575).

³⁴ Erwägungsgründe 2 und 3 der GCR.

Reform mehr Rechtssicherheit bei der länderübergreifenden Vermarktung von Produkten und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer ermöglichen.³⁵

II. Das Verbotsregime der EmpCO-RL

Die EmpCO-RL stellt anknüpfend an die „black list“ des Art. 5 i.V.m. Anhang I UGP-RL neue Totalverbote für werbliche Umweltaussagen auf. Für den deutschen Rechtsanwender wird dies zu einer Verschiebung des Prüfungsmaßstabes von den Generalklauseln der §§ 5, 5a UWG auf den § 3 III UWG führen. Statt wie bisher die irreführende Wirkung der Werbung im Einzelfall anhand des Verkehrsverständnis zu ermitteln, wird sich die gerichtliche Prüfung in Zukunft schwerpunktmäßig auf die Frage verlagern, ob ein Verstoß gegen die Verbotsliste vorliegt.

Am praxisrelevantesten ist das Verbot allgemeiner Umweltaussagen in Nr. 4a) des Anhangs zur EmpCO-RL. Verboten sind damit pauschale Behauptungen, dass ein Produkt z.B. „klimafreundlich“, „umweltverträglich“ oder „energieeffizient“ ist,³⁶ es sei denn, es wird in der Werbung selbst erklärt, wie der Begriff zu verstehen ist. So wird aus der generell verbotenen Aussage „klimafreundliche Verpackung“ durch die Umformulierung in „Verpackung zu 100% mit erneuerbarer Energie produziert“ eine zulässige „spezifizierte Umweltaussage“.³⁷ Damit trägt die EmpCO-RL der in der deutschen Entscheidungspraxis längst anerkannten Wertung Rechnung, dass Umweltwerbung in besonderem Maße erklärungsbedürftig ist. Die Werbung mit Klimaneutralität ohne weitere Erklärung wäre zwar auch eine solche allgemeine Umweltaussage, ist aber nach Nr. 4c) des Anhangs speziell verboten, wenn die Treibhausgasneutralität des Produkts ausschließlich auf Kompensationsmaßnahmen beruht. Eine Spezifizierung ist damit für kompensationsbasierte Klimawerbung ausgeschlossen. Die Verwendung des Begriffs soll dagegen zulässig bleiben, wenn das Unternehmen die Treibhausgasemissionen in der Lieferkette so weit wie möglich reduziert hat und sich die Kompensation nur auf unvermeidbare Restemissionen bezieht.³⁸

III. Neue Anforderungen an Umweltaussagen nach GCR

Art. 3 bis Art. 6 der GCR stellen eine Reihe von Anforderungen auf an ausdrückliche Umweltaussagen. Art. 3 Abs. 1 GCR nennt Angaben, die Unternehmen vor der Kommunikation solcher Umweltaussagen ermitteln, nachweisen und anschließend an einen neutralen Dritten i.S.d. Art. 10 GCR übersenden müssen. Diese „Bewertung“ muss wissenschaftlichen Standards genügen und diverse Angaben beinhalten, bspw. eine Evaluation, inwiefern sich die beworbene Umweltleistung von branchenüblichen Standards abhebt. Die spezifischen Informationen, die Werbetreibende im Rahmen dieses Bewertungsverfahrens ermitteln müssen, können je nach Produktkategorie variieren. Die Kommission ist gemäß Art. 3 Abs. 4 GCR dazu befugt, delegierte Rechtsakte zu erlassen, die die besonderen Merkmale der einzelnen Sektoren berücksichtigen. Kleinstunternehmen sind nach Art. 3 Abs. 3 GCR von der Bewertungspflicht ausgenommen.

³⁵ Gesetzesbegründung zur GCR, S. 5.

³⁶ Erwägungsgrund 9 der EmpCO-RL.

³⁷ Erwägungsgrund 9 der EmpCO-RL.

³⁸ Vgl. Klarstellung in *Kurme/Wisdorff*, Pressemitteilung des EU-Parlaments (Stand 08.08.2024).

Art. 5 GCR stellt neben einigen speziellen Kommunikationsanforderungen für bestimmte Aussagentypen (Abs. 2-5) in Abs. 6 einen langen Katalog von umweltbezogenen Angaben auf, welche die Kommunikation der gem. Art. 3 und 4 substantiierten Umweltaussage jedenfalls beinhalten muss. Normativer Anknüpfungspunkt für diese Anforderungen wird § 5a UWG sein: Erfüllt ein Werbetreibender die Kommunikationspflichten nicht, enthält er dem Rezipienten wesentliche Informationen vor.³⁹ Beabsichtigt eine Drogeriekette beispielsweise zukünftig mit der Aussage zu werben, dass ihre Handseife einen um 30 % geringeren CO₂-Fußabdruck als der Branchendurchschnitt aufweist, so ist sie verpflichtet, den Verbrauchern die zugrunde liegende Studie oder Berechnung, auf der diese Behauptung basiert, zugänglich zu machen. Anders als die Katjes-Entscheidung des BGH erlaubt der Entwurf aber explizit diese Informationen über eine Verlinkung oder einen QR-Code zu transportieren. Kleinstunternehmen sind auch hier gem. Art. 5 Abs. 7 GCR ausgenommen.

IV. Umgang mit Nachhaltigkeitssiegeln

Auch die für Verbraucher äußerst relevante Problematik rund um private Nachhaltigkeitsgütesiegel wird durch die Reform adressiert. Solche Gütesiegel waren bisher aus der Sicht der Lauterkeitsgerichte nichts anderes als eine Werbebotschaft, die beim Verbraucher die Vorstellung erzeugt, dass das mit dem Zeichen versehene Produkt von einer neutralen und fachkundigen Stelle auf die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen überprüft worden ist und diese Anforderungen erfüllt.⁴⁰ Der unübersichtlichen Menge an Labels mit teils fragwürdiger wissenschaftlicher Absicherung konnten die Gerichte damit nichts entgegensetzen.⁴¹ Die GCR strebt deshalb eine zahlenmäßige Reduktion der privaten Labelbetreiber bei gleichzeitiger Erhöhung der Qualität und Transparenz an.⁴² Deshalb sind in Zukunft nur noch Vergabesysteme zulässig, die aus folgenden drei Parteien bestehen: Einem Siegel-Systembetreiber, der das System anbietet; einem Gewerbetreibenden, der das Siegel nutzt; und einer vom Systembetreiber unabhängigen privaten Zertifizierungsstelle, welche die Einhaltung der Vorgaben durch den Systembetreiber kontrolliert und das Recht hat, Verstöße zu sanktionieren („Umweltzeichensystem“ i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GCR).⁴³ Das bisher gängige Zwei-Parteien-Modell, bestehend aus Gewerbetreibendem und Systembetreiber, der gleichzeitig für die Kontrolle zuständig ist,⁴⁴ sowie firmeneigene Labels werden damit verboten.⁴⁵

V. Paradigmenwechsel in der Rechtsdurchsetzung

Während Umweltwerbung bisher lediglich der privat initiierten ex-post-Kontrolle durch Gerichte unterlag, sieht die GCR in Art. 10 eine vorgelagerte Überprüfung von

³⁹ Vgl. *Alexander*, WRP 2024, 142 (147) Rn. 48.

⁴⁰ OLG Frankfurt GRUR 2023, 177 (180) Rn. 30; OLG München, LMuR 2022, 202 (207); allgemeiner zum herrschenden Verständnis von Prüfzeichen auch: BGH GRUR 2016, 1076 (1079) Rn. 39.

⁴¹ Erwägungsgrund 39 der GCR.

⁴² Erwägungsgründe 43 ff. der GCR.

⁴³ *Klein*, DB 2024, 575 (577); vgl. Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 GCR, Nr. (1) lit. 2a des Anhangs zur EmpCO-RL.

⁴⁴ Vgl. *Meisterernst/Sosnitza*, WRP 2023, 771 (776) Rn. 33.

⁴⁵ Anhang EmpCO-RL Nr. (1) lit. 2a. i.V.m. Anhang I der UGP-RL 2005/29/EG.

Umweltaussagen durch eine den Anforderungen des Art. 11 Abs. 3 GCR entsprechend eingerichtete akkreditierte Prüfstelle vor. Dieses private Zertifizierungsverfahren wird der Verwendung und damit der gerichtlichen Kontrolle vorgeschaltet und soll diese verkürzen und vereinfachen.⁴⁶ Die Wahl der Prüfstelle steht dem Werbetreibenden frei.⁴⁷ Teil der Überprüfung soll neben der Einhaltung aller Vorgaben der GCR in Bezug auf Begründung und Kommunikation der Umweltaussage auch die mögliche Unlauterkeit nach der UGP-RL sein.⁴⁸ Erfüllt die Aussage die Anforderungen der GCR, soll sie eine Konformitätsbescheinigung nach Art. 10 Abs. 6 GCR erhalten, die dann unionsweit anzuerkennen ist.⁴⁹ Die Zertifizierungspflicht ist dynamisch ausgestaltet, sodass die Überprüfung immer dann, wenn sich aufgrund veränderter Umstände Zweifel an der Richtigkeit der Begründung ergeben, sowie spätestens alle fünf Jahre erneuert werden muss, Art. 9 GCR.⁵⁰ Bemerkenswert ist, dass die Bindungswirkung der Konformitätsbescheinigung nur für andere Prüfstellen, nicht aber für die lauterkeitsrechtliche ex-post-Kontrolle gelten soll, Art. 10 Abs. 8 GCR. Damit schützt das erfolgreiche Durchlaufen des Zertifizierungsverfahrens Unternehmen nicht vor dem Vorwurf, dass die Verwendung der Aussage wegen des konkreten Kontextes (z.B. weiterer Angaben auf der Verpackung) trotz allem irreführend ist.⁵¹

Weder in der EmpCO-RL noch in der GCR explizit geregelt wird die Frage, ob das Unterlassen der Zertifizierung stets eine Unlauterkeit begründet. Dass die Verwendung nichtzertifizierter Aussagen stets unlauter ist, wird deshalb zum Teil bezweifelt.⁵² Dies würde aber den Zweck der ex-ante-Überprüfung konterkarieren, Irreführungen vorbeugend zu verhindern und so das Vertrauen der Verbraucher in Umweltaussagen zurückzugewinnen.⁵³ Außerdem ist die Vorlage des Konformitätszertifikates gem. Art. 5 Abs. 6 GCR eine wesentliche Angabe, sodass sich die Unlauterkeit der nichtzertifizierten Aussage schon aus einer Verletzung des Informationsgebots des Art. 7 UGP ergibt.⁵⁴

Zusätzlich zu dieser privaten Rechtsdurchsetzung soll durch die Mitgliedsstaaten gem. Art. 17 Abs. 1 GCR ein behördliches Sanktionsregime installiert werden, welches Verstöße mit empfindlichen Geldbußen (max. 4% des Jahresumsatzes) ahndet und dadurch abschreckend wirkt.

D. Diskussion und Bewertung

Im Folgenden werden die wichtigsten Argumente für und gegen die Eignung der Reform zur effektiven Bekämpfung von Greenwashing aus Literatur und Praxis systematisiert dargestellt und daraufhin eine eigene Bewertung vorgenommen.

⁴⁶ Gesetzesbegründung zur GCR, S. 20.

⁴⁷ *Jung/Dowse*, VuR 2023, 283 (289).

⁴⁸ Erwägungsgrund 51 GCR.

⁴⁹ Erwägungsgrund 52 GCR.

⁵⁰ Auch Erwägungsgrund 49 GCR.

⁵¹ *Alexander*, WRP 2024, 142 (148) Rn. 60 – 66; *Steuer*, EuZW 2023, 589 (595 f.).

⁵² So *Alexander*, WRP 2024, 142 (148) Rn. 58.

⁵³ *Jung/Dowse*, VuR 2023, 283 (288); vgl. auch Erwägungsgrund 51 der GCR.

⁵⁴ *Jung/Dowse*, VuR 2023, 283 (288); vgl. auch *Steuer*, EuZW 2023, 589 (595); *Dornauer*, ZIP 2024, 282 (285).

I. Gewählte Regelungstechnik

Zunächst wird diskutiert, ob der gewählte Regelungsansatz überzeugt.

1. Erlaubnis mit Anforderungen als neue Kategorie

Bemerkenswert ist, dass die GCR mit einer neuen regelungstechnischen Kategorie zwischen der bekannten Erlaubnis mit Verbotsmöglichkeit und dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt operiert: Der Erlaubnis mit zusätzlichen Anforderungen.⁵⁵ Unternehmen dürfen mit Umweltaussagen werben, wenn sie die Anforderungen nach Art. 3-6 GCR einhalten und diese gem. Art. 10 GCR überprüfen lassen. Dies hat im Vergleich zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt den Vorteil, dass Unternehmen die Zulässigkeit der Aussage durch Erfüllung ihrer Pflichten selbst entscheidend beeinflussen können, verringert aber gleichzeitig den Aufwand für die Rechtsdurchsetzung im Vergleich zur Erlaubnis mit Verbotsmöglichkeit und ist damit ein fortschrittlicher Ansatz, der zum Vorbild für andere Regelungssysteme avancieren könnte.

2. Vorwurf der Unübersichtlichkeit

Viele Kommentatoren kritisieren, dass das Regelwerk wegen der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe, des komplizierteren Zusammenspiels der beiden Richtlinien und des unübersichtlichen „Begriffsdschungels“ erhebliche Probleme bei der kohärenten Rechtsanwendung verursachen und das einstmals griffige [...] UWG ausladender und schwerfälliger⁵⁶ machen wird.⁵⁷ Dies könnte insbesondere kleinere Unternehmen, die nicht unter die Kleinstunternehmerklauseln fallen, überfordern und abschrecken. Auf die drohende Überforderung kleiner Betriebe hat das EU-Parlament bereits reagiert, indem es eine einjährige Übergangsfrist für KMU vorgeschlagen hat. Diese sollen die Mitgliedsstaaten dafür nutzen, um auf Basis von Art. 12 GCR bestehen Unsicherheiten durch Aufklärungsprogramme zu beseitigen und finanzielle Überforderung durch Unterstützungsprogramme zu kompensieren.⁵⁸

II. Inhaltliche Ausgestaltung

Für Verbraucher und Unternehmen noch relevanter dürfte aber die Frage sein, inwiefern sich die inhaltliche Ausgestaltung zur Erreichung der Zielsetzung des Vorhabens eignet.

1. Notwendigkeit der neuen Verbotstatbestände

Laut einiger Stimmen in der Literatur liefert das bisherige Lauterkeitsrecht und die dazu entstandene Entscheidungspraxis bereits das notwendige Instrumentarium zum Umgang mit Greenwashing.⁵⁹ Insofern wird der EmpCO-RL vorgeworfen, keine substantiellen

⁵⁵ *Meisterernst/Sosnitza*, WRP 2023, 771 (779) Rn. 63.

⁵⁶ *Alexander*, WRP 2022, 657 (665) Rn. 92.

⁵⁷ *Alexander*, WRP 2022, 657 (665) Rn. 84, 92; WRP 2024, 142 (151) Rn. 87 f.; *Jung/Dowse*, VuR 2023, 283 (293); *Schwarzbauer*, GRUR 2023, 1593 (1598).

⁵⁸ Erwägungsgrund 54 der GCR.

⁵⁹ *Rauer/Mauritz*, GRUR 2023, 1747 (1756); *Laoutoumai*, WRP 2022, 1067 (1069).

Änderungen zu bewirken und das bisherige Regelwerk unnötig aufzublähen.⁶⁰ Zudem zeige sich darin ein Misstrauen gegenüber den nationalen Gerichten, welchen im Vergleich zur Prüfung anhand der Generalklauseln Flexibilität genommen werde, worunter die Einzelfallgerechtigkeit leiden könne.⁶¹ Es ist zwar zutreffend, dass einige der neu geschaffenen Verbotstatbestände zuvor problemlos unter die Generalklauseln der §§ 5, 5a UWG subsumierbar waren.⁶² Jedoch enthält die EmpCO-RL u.a. mit dem Verbot privater Nachhaltigkeitslabels ohne Drei-Parteien-System und den strikten Anforderungen an Werbung mit Kompensationsprojekten relevante Änderungen. Diese werden von der Mehrheit der Kommentatoren als Bestätigung des Rechtsprechungskurses mit punktuellen, zweckmäßigen Verschärfungen befürwortet.⁶³ Selbst, wenn man von einer lediglich deklaratorischen Wirkung der EmpCO-RL im Vergleich zur deutschen Entscheidungspraxis ausginge, wäre diese Klarstellung im Hinblick auf bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizite in anderen Mitgliedsstaaten im Interesse der Wettbewerbsgleichheit im Binnenmarkt begrüßenswert.⁶⁴

2. Gefahr des „information overload“

Ein häufig geäußelter Kritikpunkt aus der Literatur bezieht auf den grundsätzlichen Ansatz der Reform, durch die Ausweitung von Informationspflichten Transparenz schaffen zu wollen. Dies könnte Unternehmen nämlich dazu verleiten, die Verbraucher mit Angaben zu Umweltauswirkungen zu „überhäufen“, um den weitreichenden Substantiierungspflichten gerecht zu werden. Angesichts der Vielzahl komplexer Informationen könnten die Verbraucher den Überblick verlieren, abgeschreckt werden oder ihr Interesse verlieren (sog. „information overload“).⁶⁵ Die Gefahr ist im Hinblick auf Erfahrungswerte zu den Auswirkungen immer weitergehender Informationspflichten im europäischen Verbraucherschutzrecht nicht von der Hand zu weisen.⁶⁶ Beide Richtlinien lassen bisher – jenseits unbestimmter Formulierungen wie „klar“ und „leicht verständlich“ – Regelungen dazu vermissen, wie Informationen auf verlinkten Websites standardisiert dargestellt werden sollen. Hier fokussiert die Reform bisher zu stark die negative Zielrichtung, Greenwashing zu bekämpfen und vernachlässigt dabei die positive Zielstellung, eine für nachhaltigen Konsum förderliche Informationsinfrastruktur zu schaffen.⁶⁷

3. Abschreckungswirkung des Zertifizierungsverfahren

Das ex-ante-Prüfsystem würde einen echten Paradigmenwechsel für das europäische Lauterkeitsrecht darstellen.⁶⁸ Ob es zur Bekämpfung von Greenwashing notwendig ist, wird

⁶⁰ Schwarzbauer, GRUR 2023, 1593 (1598); Württenberger/Freischem, GRUR 2022, 970 (973); Scherer, GRUR 2023, 29 (30).

⁶¹ Alexander, WRP 2022, 657 (665) Rn. 88.

⁶² Beispiele dafür liefern Klein/Mauritz, BB 2023, 323 (324).

⁶³ Göckler/Rosenow, GRUR 2024, 331 (340); Steuer, GRUR 2024, 341 (349); Terry, ZfPC 2022, 221 (225); Soppe/Fuchs, WRP 2022, 1338 (1344) Rn. 49.

⁶⁴ Meisterernst/Sosnitzer, WRP 2023, 771 (780); Ernst, MDR 2022, 1320 (1323).

⁶⁵ Schwarzbauer, GRUR 2023, 1593 (1598), Peifer, GRUR 2023, 913 (914); Scherer, GRUR 2023, 29 (30); Tonner, VuR 2022, 323 (331).

⁶⁶ Gsell, ZfPW 2022, 130 (131, 135).

⁶⁷ Steuer, GRUR 2024, 341 (345).

⁶⁸ Klein, DB 2024, 575 (579).

entsprechend kontrovers diskutiert. Der Vorteil der Vorabprüfung ist, dass sich Verbraucher in Zukunft darauf verlassen können, dass unbegründete oder irreführende Umweltaussagen gar nicht erst in großer Zahl auf den Markt gelangen.⁶⁹ Außerdem dürften Aufwand und Kosten für die Rechtsdurchsetzung dadurch sinken, dass die Prüfstellen einen Großteil des Ermittlungsaufwands übernehmen und so die Gerichte entlasten.⁷⁰ Viele Kommentatoren geben jedoch zu bedenken, dass diese positiven Effekte in keinem Verhältnis zum bürokratischen und finanziellen Mehraufwand für die Unternehmen stünden.⁷¹ Es stünde zu befürchten, dass v.a. KMU ohne hohe Marketingbudgets oder große Rechtsabteilungen dadurch abgehalten werden, überhaupt noch mit Umweltvorteilen zu werben (sog. „Greenhushing“, zu dt. sinngemäß Totschweigen grüner Themen).⁷² In diesem Fall würde die GCR die Befähigung zur Nachhaltigkeitskommunikation zum Privileg ressourcenstarker Großkonzerne machen und die Informationslage für Verbraucher dadurch weiter verschlechtern. Auch diejenigen Unternehmen, die sich nicht abschrecken lassen, werden die zum jetzigen Stand nicht bezifferbaren,⁷³ aber in jedem Fall erheblichen Mehrkosten zunächst an die Konsumenten weitergeben. Die bei der Rechtsdurchsetzung eingesparten Kosten werden damit auf den Endverbraucher abgewälzt. Es bleibt abzuwarten, ob mögliche Umsatzsteigerungen umweltbewusster Unternehmen durch den erhofften Wettbewerbsvorteil diesen Effekt langfristig ausgleichen können. Das EU-Parlament ist bemüht, Aufwand und Kosten für Unternehmen durch eine effizientere Ausgestaltung des Verfahrens zu reduzieren: So schlug es kürzlich vor, dass Prüfstellen zu einer Bescheinigung binnen 30 Tagen verpflichtet werden sollen. Zudem soll eine sog. „white list“ mit zulässigen, gängigen Umweltaussagen erstellt werden, die dann einfacher und günstiger verifiziert werden können.⁷⁴

III. Stellungnahme zur Diskussion

Grundlegend lässt sich sagen, dass die inhaltliche Ausrichtung der Reform trotz aller Mängel in der konkreten Ausgestaltung sinnvoll ist. Eine zuverlässigere Informationslandschaft ist nicht nur für Verbraucher und deren Rolle in der grünen Transformation essenziell, sondern sollte auch im Interesse aller vorbildlichen Produkthanbieter sein, die dadurch den Wettbewerbsvorteil erhalten würden, den sie aufgrund ihrer Bemühungen verdient haben. Die neu eingeführten Verbote von allgemeinen Umweltaussagen, Zwei-Partner-Systemen für Umweltaussagen und der Werbung mit Klimaneutralität durch Kompensation erscheinen dazu geeignet, die Entscheidungsgrundlage der Verbraucher zu verbessern. Auch der regelungstechnische Ansatz überzeugt weitestgehend, obwohl die Zusammenfassung in einem Rechtssetzungsakt mit einheitlichen Begriffsbestimmungen i.S.d. Verständlichkeit wünschenswert gewesen wäre.

⁶⁹ Erwägungsgrund 51 der GCR.

⁷⁰ Gesetzesbegründung zur GCR, S. 18, 20.

⁷¹ *Meisterernst/Sosnitza*, WRP 2023, 771 (779); *Jung/Dowse*, EuCML 2024, 11 (19); *Steuer*, EuZW 2023, 589 (595).

⁷² *Grupe*, GRUR-Prax 2023, 324 (325); *Peifer*, GRUR 2023, 913 (914); *Steuer*, GRUR 2024, 341 (348); *Göckler/Rosenow*, GRUR 2024, 331 (338).

⁷³ Gesetzesbegründung zur GCR, S. 18.

⁷⁴ Für beide Änderungen vgl. *Kurme/Wisdorff*, Pressemitteilung des EU-Parlaments (Stand 08.08.2024).

In der konkreten Umsetzung lässt sich die Reform jedoch zu sehr von dem Wunsch leiten, Greenwashing, um jeden Preis zu bekämpfen und vernachlässigt dabei die ebenso wichtige Aufgabe, positive Vorgaben zu machen und die „lauteren“ Unternehmen dadurch an die Hand zu nehmen. Die wirksamste Bekämpfung von Greenwashing hilft niemandem, wenn sie im Ergebnis dazu führt, dass Verbrauchern fast keine Umweltinformationen mehr zur Verfügung stehen werden. Die Begründung der EU ist zwar in der Hinsicht zutreffend, dass die für integrale Umweltwerbung notwendigen Kosten grundsätzlich zur Marketingstrategie der Unternehmen gehören und es deshalb statthaft ist, dass die Anbieter, die von den mit der Transformation verbundenen Chancen profitieren wollen, auch die Kosten dafür aufbringen sollen.⁷⁵ Sollte dies jedoch dazu führen, dass Preise für nachhaltige Produkte erheblich steigen, würde die Reform ihre eigene Zielstellung konterkarieren. Dies wäre in Zeiten grassierender Inflation, in welcher die Bereitschaft von Verbrauchern immer geringer wird, für nachhaltigen Konsum Mehrkosten in Kauf zu nehmen,⁷⁶ eine Fehlentwicklung, die die gesellschaftliche Akzeptanz für Klimaschutz weiter schwächen und damit das Vorankommen des Green Deal gefährden könnte. Die EU sollte darum im weiteren Verfahren alles dafür tun, um den Kostenaufwand zu minimieren.

Auch der gewählte Weg, den Unternehmen immer umfassendere Informationspflichten aufzuerlegen, erscheint mit Blick auf die Erfahrungen mit vergangener EU-Regulierung im Verbraucherschutzrecht fragwürdig. Insbesondere das Zulassen von Verlinkungen und QR-Codes auf Verpackungen widerspricht dem empirischen Befund, dass 21 % der Gesamtverbraucher kein Smartphone besitzen und es zudem nicht der Lebensrealität entspricht, dass Kunden vor Erwerb eines geringwertigen Produkts in einem Laden online nähere Hintergrundinformationen einholen.⁷⁷ Die vom BGH in der Katjes-Entscheidung geäußerte Skepsis gegenüber solchen Medienbrüchen bei Umweltwerbung erscheint vor diesem Hintergrund angebracht.

Auch die verbleibende Regelungslücke in Bezug auf gesprochene Werbebotschaften könnte einen unerwünschten Effekt erzeugen, der bisher noch gar nicht beleuchtet wurde: Unternehmen könnten ihre irreführende Umweltwerbung einfach auf die als Werbepattform ohnehin immer relevanter werdenden sozialen Medien verlagern. Die Regulierung solcher flüchtigen Werbebotschaften muss andere Spezifika berücksichtigen, weshalb es nachvollziehbar ist, dass die EU sie nicht mit EmpCO-RL und GCR zusammengezogen hat. Dennoch sollte diese praxisrelevante Lücke schnell durch einen weiteren Unionslegislativakt geschlossen werden.

E. Rechtspolitische Verbesserungsvorschläge

Sofern die Prognose der EU zutrifft und sich die Rechtsdurchsetzungskosten der Mitgliedsstaaten durch das Prüfsystem erheblich reduzieren, könnte man diese dazu verpflichten, das eingesparte Geld an KMU auszuschütten, um Greenhushing aufgrund finanzieller Überforderung zu verhindern. Lässt sich damit der Aufwand der Unternehmen nicht auf ein hinnehmbares Maß reduzieren, sollte von der Einführung der Prüfstellen abgesehen

⁷⁵ Gesetzesbegründung zur GCR, S. 18, 20.

⁷⁶ Glöckner, WRP 2023, 1155 (1161); Göckler/Rosenow, GRUR 2024, 331 (339); Braun, Umsatzbarometer Biohandel (Stand 08.08.2024).

⁷⁷ LG Stuttgart GRUR-RS 2022, 39172 Rn. 55.

werden. Eine effektive Durchsetzung der Vorgaben könnte auch erreicht werden, indem man die behördliche Überwachung des Marktgeschehens intensiviert und sich für die Ahndung von Verstößen nicht auf private Akteure verlässt.

Dem zu befürchtenden „information overload“ könnte dadurch begegnet werden, dass in der GCR konkrete Vorgaben dazu ergänzt werden, wie die angehängten Informationen so transportiert werden, dass Verbraucher sie für ihre Entscheidung nutzen können. Den Unternehmen sollte klargemacht werden, dass auch die mangelhafte Verständlichkeit von aufklärenden Angaben einen Greenwashing-Vorwurf begründen kann. Denkbar wäre bspw. die Festlegung einer maximalen Seitenzahl für verlinkte Zusammenfassungen⁷⁸ und die Entwicklung leicht verständlicher Kennzeichnungssysteme zur aussagekräftigen Darstellung von angehängten Berechnungen und Studien, die durchgängig verwendet werden müssen.⁷⁹

Um das UWG übersichtlich und strukturiert zu halten, sollte auch erwogen werden, ob der deutsche Gesetzgeber für die GCR ein dem UWG für Anforderungen an ausdrückliche Umweltaussagen vorgehendes Spezialgesetz schaffen sollte.⁸⁰

F. Fazit und Ausblick

Ob die abschreckende Wirkung der Reform für Unternehmen wirklich so groß ist, hängt neben der finalen Ausgestaltung des Vorhabens auch von Marktentwicklungen ab, die sich schwer vorhersehen lassen, aber entscheidend dafür sind, ob sich Umweltwerbung für Unternehmen rechnet. Dennoch sollte die EU die berechtigten Einwände aus Literatur und Praxis aufnehmen und darauf basierende Änderungen im Zuge des Trilog-Verfahrens einarbeiten, um ungewollte Effekte wie Greenhushing und information overload abzuschwächen. Sollte dies gelingen, könnten durch die einheitlich hohen Standards der Reform eine dem ökologischen Wandel dienliche Informationslandschaft entstehen, die fairere Wettbewerbsbedingungen ermöglicht und bessere Anreize für die Transformation der Wirtschaft schafft. Da Unternehmen aus Drittstaaten häufig auf den europäischen Markt angewiesen sind und deshalb beim Aufsetzen von Werbekampagnen in Zukunft aus Effizienzgründen die höheren Anforderungen mitumsetzen werden (sog. „Brussels-Effect“),⁸¹ könnte die Reform sogar einen globalen Beitrag zur Bekämpfung von Greenwashing leisten.⁸²

Die werbenden Unternehmen sollten sich in jedem Fall mit der zentralen Botschaft der Reform anfreunden, die unabhängig von den offenen Detailfragen bezüglich der konkreten Umsetzung bleibt: Umweltwerbung darf in Europa zukünftig nur noch wahre, konkrete und bewiesene Behauptungen enthalten, oder kurz: weniger Floskeln, mehr Substanz! Sollten ausreichend viele Unternehmen diesen Appell beherzigen, könnte die Nachhaltigkeitskommunikation in Zukunft einen verlässlichen Gesamteindruck beim Verbraucher erzeugen, wodurch Vertrauen zurückgewonnen werden kann, welches durch diverse Greenwashing-

⁷⁸ Möllers, CJEL 2022, 203 (228).

⁷⁹ Steuer, GRUR 2024, 341 (347).

⁸⁰ Vorschlag von Göckler/Rosenow, GRUR 2024, 331 (340).

⁸¹ Phänomen beschrieben von Bradford in „The Brussels Effect: How the European Union Rules the World“, Oxford University Press 2020.

⁸² Phänomen übertragen auf die Greenwashing-Reform durch De Franceschi, EuCML 2023, 45.

Skandale in den letzten Jahren erschüttert wurde. Davon würden nicht nur Umwelt und Verbraucher, sondern auch alldiejenigen Unternehmen profitieren, die bei der Transformation vorangehen.

Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter? Eine paradigmatische Klärung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeiten nach der NZöG-Entscheidung des EuGH

Simon Haupt*

Abstract: Das durch verschiedene EuGH-Entscheidungen etablierte weite Begriffsverständnis des Verantwortlichen und die fortwährende Zunahme des Outsourcings von Geschäftsprozessen stehen in diametralem Verhältnis zueinander. Wie die NZöG-Entscheidung des EuGH vom 05.12.2023 zeigt, wirft dies die Frage auf, wo bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Trennlinie zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter zu ziehen ist. Nach der Skizzierung des zugrundeliegenden Sachverhalts ordnet der Beitrag diese beiden datenschutzrechtlichen Grundbegriffe dogmatisch ein, um sie anschließend im Lichte der EuGH-Entscheidung voneinander abzugrenzen.

A. Die NZöG-Entscheidung

Mit Urteil vom 05.12.2023 hat der EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen des Regionalverwaltungsgerichts Vilnius im Rechtsstreit zwischen dem *Nationalen Zentrum für öffentliche Gesundheit* („NZöG“), welches dem litauischen Gesundheitsministerium unterstellt ist, und der litauischen Datenschutzaufsichtsbehörde beantwortet. Dabei arbeitete das NZöG mit dem auf Softwareentwicklung spezialisierten Unternehmen *IT sprendimai sėkmei* („ITss“) an der Entwicklung einer Corona-Warn-App für litauische Bürger.

I. Sachverhalt

Im März 2020 beauftragte der litauische Gesundheitsminister *Aurelijus Veryga* zum Zweck der epidemiologischen Überwachung den Direktor des NZöG mit dem Erwerb eines IT-Systems zur Erfassung von Daten über Personen, die dem Covid-19-Virus ausgesetzt sind. Daraufhin wandten sich Mitarbeiter des NZöG an das Unternehmen ITss und teilten diesem mit, dass es als Entwickler einer entsprechenden mobilen Anwendung ausgewählt worden sei.¹ Im Zuge der Entwicklung der Anwendung wurde dann eine Datenschutzerklärung ausgearbeitet, die NZöG und ITss als gemeinsam Verantwortliche benannte.² Die Anwendung namens *Karantinas*³ wurde von Anfang April bis Ende Mai 2020 im Google Play

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Aktuelle Entwicklungen im Daten(schutz)recht“ bei Prof. Dr. *Barbara Sandfuchs* und RA *Tilman Herbrich* zugrunde. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 21.08.2024 abgerufen. Die Redaktion dankt Prof. Dr. *Gerhard Köbler* und *Sonja Puyatier*, LL.M. (Köln/Paris I) für Ihre Hinweise.

¹ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 13 (NZöG).

² EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 15 (NZöG).

³ Deutsch: „Quarantäne“.

Store und im Apple App Store zum Download angeboten.⁴ In diesem Zeitraum wurden personenbezogene Daten von 3802 Personen verarbeitet; darunter Name, Ausweisnummer, geografische Koordinaten, Wohnort und Telefonnummer.⁵ Mitte Mai 2020 wurde *ITss* aufgefordert, das *NZöG* in keiner Weise mehr zu erwähnen und im Juni wurde das Vergabeverfahren wegen fehlender Mittel offiziell eingestellt.⁶ Kurz nach dieser Aufforderung leitete die litauische Datenschutzaufsichtsbehörde Ermittlungen bezüglich *Karantinas* ein und verhängte mit Beschluss vom 24.02.2021, in dem *NZöG* und *ITss* durch die Datenschutzbehörde als gemeinsam Verantwortliche eingestuft wurden,⁷ eine Geldbuße gem. Art. 83 DSGVO wegen Verstoßes gegen Art. 5, 13, 24, 32 und 35 DSGVO gegen das *NZöG* i.H.v. 12.000 EUR und gegen *ITss* i.H.v. 3000 EUR.⁸

II. Verfahrensablauf

Den Beschluss der litauischen Datenschutzaufsichtsbehörde focht das *NZöG* vor dem Regionalverwaltungsgericht Vilnius an und machte geltend, dass *ITss* allein Verantwortlicher gem. Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO sei.⁹ Das Unternehmen sah sich selbst dagegen lediglich als Auftragsverarbeiter gem. Art. 4 Nr. 8 DSGVO, den Weisungen des aus seiner Sicht allein Verantwortlichen *NZöG* folgend.¹⁰ Vor diesem Hintergrund setzte das Regionalverwaltungsgericht Vilnius das Verfahren aus und legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vor.¹¹ Die Vorlagefragen zielten auf die Auslegung der Begriffe „Verantwortlicher“¹², „gemeinsam Verantwortliche“¹³ und „Verarbeitung“¹⁴ im Sinne der Art. 4 Nr. 7, Art. 26 Abs. 1 und Art. 4 Nr. 2 DSGVO sowie auf die Haftungsreichweite des Verantwortlichen bei Geldbußen nach Art. 83 DSGVO¹⁵ ab.

B. Herausforderungen bei der Abgrenzung zwischen „Verantwortlichem“ und „Auftragsverarbeiter“

I. Grundlagen

Um die zentrale Rolle der Begriffe „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO zu verstehen, ist zunächst deren Beziehung zu anderen grundlegenden Begriffen der DSGVO zu beleuchten. Eine Verarbeitung ist gem. Art. 4 Nr. 2 DSGVO jeder Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 Hs. 1 DSGVO sind alle Informationen, die sich auf eine

⁴ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 16 (NZöG).

⁵ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 17 (NZöG).

⁶ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 19 (NZöG).

⁷ EDSA, Lithuanian DPA issues EUR 12,000 fine for infringements of the General Data Protection Regulation in application “Karantinas”, [EDSA News v. 29.03.2021](#).

⁸ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 20 f. (NZöG).

⁹ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 22 (NZöG).

¹⁰ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 22 (NZöG).

¹¹ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 (NZöG).

¹² EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 Nr. 1-3 (NZöG).

¹³ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 Nr. 5 (NZöG).

¹⁴ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 Nr. 4 (NZöG).

¹⁵ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 Nr. 6 (NZöG).

identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden: „betroffene Person“) beziehen. Diese Verarbeitungen erfolgen durch Verantwortliche i.S.v. Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO. Verantwortliche können sich nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO eines Auftragsverarbeiters bedienen, um diesen mit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu beauftragen. Daraus folgt auch, dass ein Verantwortlicher hinsichtlich derselben Verarbeitung nicht gleichzeitig Auftragsverarbeiter sein kann und *vice versa*.¹⁶ Die Aufteilung ermöglicht „eine arbeitsteilige Verarbeitung unter der Ägide des Verantwortlichen.“¹⁷ Ausgangspunkt für die Abgrenzung von Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter sind die Definitionen in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO und Art. 4 Nr. 8 DSGVO.

1. Verantwortlicher, Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO¹⁸

„Verantwortlicher“ ist gem. Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO, „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Der Begriff des Verantwortlichen ist für das gesamte Datenschutzrecht von grundlegender Bedeutung. Er ist Hauptadressat der primären und sekundären Handlungspflichten.¹⁹ Damit hat es zu verantworten, dass die in Art. 5 Abs. 1 DSGVO verankerten Grundsätze der Verarbeitung gewährleistet und die dafür notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, vgl. Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO.²⁰ Der Verantwortliche ist Adressat, wenn die betroffene Person Auskunft, Berichtigung, Löschung oder Sperrung ihrer Daten verlangt.²¹ Der EuGH führt in der NZöG-Entscheidung zum Verantwortlichen aus, dass durch das weite Verständnis²² vom Begriff des Verantwortlichen die Grundfreiheiten, Grundrechte und personenbezogenen Daten natürlicher Personen geschützt werden sollen.²³ Zudem treffen ihn die behördlichen Abhilfemaßnahmen nach Art. 58 DSGVO und nach Art. 83 DSGVO, § 41 Abs. 1 BDSG können Bußgelder gegen ihn verhängt werden.²⁴

2. Auftragsverarbeiter, Art. 4 Nr. 8 DSGVO

In der Praxis ist die Einbindung von spezialisierten IT-Providern und sonstigen Dienstleistern in das Hosting und die Verwaltung personenbezogener Daten durch Verantwortliche

¹⁶ Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, 2021, S. 146; Ziegenhorn/Fokken, ZD 2019, 194 (196); a. A. Bittner, Geeignete Rahmenbedingungen für ein Datenschutzaudit bei Auftragsverarbeitern, 2021, S. 164; Spoerr, in: BeckOK-DatenschutzR, 48. Ed. 2024, Art. 28 DSGVO, Rn. 18c.

¹⁷ Martini, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 8.

¹⁸ Keine Berücksichtigung findet in diesem Aufsatz Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO, wonach das Unionsrecht oder das Recht eines Mitgliedsstaats die Kriterien zur Benennung des Verantwortlichen vorsehen kann.

¹⁹ Vgl. Raschauer, in: Sydow/Marsch, DSGVO, 3. Aufl. 2022, Art. 4 Rn. 120.

²⁰ Maschmann, NZA 2020, 1207 (1208); Raschauer, in: Sydow/Marsch, DSGVO, Art. 4 Rn. 120 f.

²¹ Vgl. Kapitel 3 der DSGVO („Rechte der betroffenen Personen“).

²² EuGH, C-210/16, [ECLI:EU:C:2018:388](#), Rn. 28 f. (Wirtschaftsakademie); EuGH, C-25/17, [ECLI:EU:C:2018:551](#), Rn. 66 (Zeugen Jehovas); EuGH, C-40/17, [ECLI:EU:C:2019:629](#), Rn. 65 f. (Fashion ID); EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 28 (NZöG).

²³ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 29 (NZöG).

²⁴ Maschmann, NZA 2020, 1207 (1208); Raschauer, in: Sydow/Marsch, DSGVO, Art. 4 Rn. 120, 122.

nicht mehr wegzudenken.²⁵ Kommt diesen Dienstleistern kein nennenswerter Einfluss auf die Entscheidung über Zwecke und Mittel der Verarbeitung zu, so ist ihre Rolle als Auftragsverarbeiter in Art. 4 Nr. 8 DSGVO als „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“ definiert.²⁶

II. Sinn und Zweck der Abgrenzung

Die Abgrenzung dient nach dem Erwägungsgrund 79 der DSGVO in erster Linie „zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen [...] sowie der Verantwortung und Haftung der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter [...]“. Denn mit der Einstufung als Verantwortlicher gehen – ebenso wie mit der Einstufung als Auftragsverarbeiter – Verpflichtungen einher. Der Abgrenzung bedarf es insbesondere, weil beide Akteure einem unterschiedlichen Pflichtenprogramm unterliegen. Der Verantwortliche haftet für Schäden, die durch eine nicht mit der DSGVO konforme Verarbeitung verursacht wurden. Er hat gem. Art. 28 Abs. 1 DSGVO durch eigene Auswahlkriterien und Kontrollen sicherzustellen, dass die von ihm beauftragten Auftragsverarbeiter hinreichend Garantien für die Einhaltung der Vorgaben zum Datenschutz und zur Datensicherheit bieten.²⁷ Über die datenschutzrechtliche Konformität der Auftragsverarbeitung müssen sich Verantwortliche fortwährend vergewissern.²⁸ Im Falle eines Datenschutzverstößes nach Art. 82 DSGVO durch unzureichende IT- und Datensicherheitsstrukturen des Auftragsverarbeiters muss sich der Verantwortliche die Verstöße zurechnen lassen,²⁹ es sei denn, er kann nachweisen, in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich zu sein, vgl. Art. 82 Abs. 3 DSGVO.

Der Auftragsverarbeiter haftet dagegen gem. Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO nur dann, wenn er die ihn als Auftragsverarbeiter treffenden Pflichten der DSGVO verletzt oder gegen Weisungen des Verantwortlichen verstößt.³⁰ Zudem ist der Auftragsverarbeiter gesetzlich privilegiert: Er ist nicht „Dritter“ im Sinne der DSGVO.³¹ Damit ist der Datenaustausch zwischen ihm und dem Verantwortlichen nicht als Übermittlung von Daten nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO zu verstehen und bedarf keiner Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DSGVO.³²

²⁵ *Brams*, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, 2023, § 6 Rn. 46; *Schall*, in: Katko, Checklisten zur DSGVO, 2. Aufl. 2023, § 11 Rn. 1.

²⁶ Vgl. *Schall*, in: Katko, Checklisten zur DSGVO, § 11 Rn. 5.

²⁷ *Brams*, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, § 6 Rn. 46.; siehe auch Erwägungsgrund 74 der DSGVO.

²⁸ *Kramer*, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, DSGVO, 8. Aufl. 2023, Art. 28 Rn. 33; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 28 Rn. 20; *Spoerr*, in: BeckOK-DatenschutzR, Art. 28 DSGVO Rn. 35.

²⁹ *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (114).

³⁰ *Quaas*, in: BeckOK-DatenschutzR, Art. 82 DSGVO Rn. 41.

³¹ Art. 4 Nr. 10 DSGVO: „außer [...] dem Auftragsverarbeiter“.

³² LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.02.2021 – 17 Sa 37/20 –, juris, Rn. 87; *DSK*, Kurzpapier Nr. 13, 2018, S. 2; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 DSGVO Rn. 8a; *Plath*, in: Plath, DSGVO, 4. Aufl. 2023, Art. 28 Rn. 9; a. A. *Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14; *Spoerr*, in: BeckOK-DatenschutzR, Art. 28 DSGVO Rn. 30 f.

III. Abgrenzungskriterien zwischen „Verantwortlichem“ und „Auftragsverarbeiter“

1. Abgrenzungskriterien anhand von Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 und Art. 4 Nr. 8 DSGVO

Die ersten drei Fragen des Regionalverwaltungsgerichts bezogen sich auf die Einstufung des NZöG als Verantwortlicher. Zunächst stellte der EuGH fest, dass Verantwortlicher ist, wer über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet.³³ Damit stellt der EuGH gleich die entscheidenden, sich aus den Legaldefinitionen ergebenden Abgrenzungskriterien heraus: die Entscheidung über Zwecke und Mittel.³⁴

a) „Entscheidung“

aa) Definition

Der EuGH formuliert in der NZöG-Entscheidung, dass „jede natürliche oder juristische Person, die aus Eigeninteresse auf die Verarbeitung solcher Daten Einfluss nimmt und damit an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung mitwirkt, als für diese Verarbeitung Verantwortlicher angesehen werden kann.“³⁵ Ähnlich definieren die Leitlinien des EDSA³⁶ den Begriff, nach denen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet, wer auf funktioneller Ebene einen entscheidenden Einfluss auf ebendiese ausübt.³⁷

bb) Funktionelle Betrachtungsweise

Zentral bei dieser Definition ist das funktionelle Element. Danach ist durch Analyse der faktischen Elemente und Umstände des Einzelfalls abzuleiten, wer Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter ist.³⁸ Dies lässt sich schon am Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO ablesen, wonach es nicht darauf ankommt, wer über die Zwecke und Mittel *entscheiden darf*, sondern wer darüber (tatsächlich) *entscheidet*.³⁹ Die formelle Benennung eines Akteurs, z.B. in einem Vertrag, ist deshalb nicht konstitutiv.⁴⁰

(1) Fehlende Stringenz bei der Anwendung der funktionellen Betrachtungsweise in der NZöG-Entscheidung des EuGH?

In der vorliegenden NZöG-Entscheidung benennt der EuGH die funktionelle Betrachtungsweise nicht ausdrücklich, folgt aber – zumindest teilweise – deren Prinzipien. Dies wird

³³ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 28 (NZöG).

³⁴ Vgl. *Hanloser*, in: BeckOK-DatenschutzR, Art. 3 DSGVO Rn. 22; *Paschke/Scheurer*, in: Gola/Heckmann, DSGVO, BDSG, 3. Aufl. 2022, § 63 Rn. 7.

³⁵ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 30 (NZöG).

³⁶ Europäischer Datenschutzausschuss.

³⁷ Vgl. EuGH, C-25/17, [ECLI:EU:C:2018:551](#), Rn. 68 (Zeugen Jehovas); *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Rn. 30.

³⁸ *Artikel 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 11 f.; *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Rn. 12; *Paschke/Scheurer*, in: Gola/Heckmann, DSGVO, BDSG, § 63 Rn. 8.

³⁹ *Maschmann*, NZA 2020, 1207 (1208).

⁴⁰ GA *Mengozzi*, C-25/17, [ECLI:EU:C:2018:57](#), Rn. 68 (Zeugen Jehovas).

deutlich, wenn in den Entscheidungsgründen zur fünften Vorlagefrage festgestellt wird, dass die Einstufung als „gemeinsam Verantwortliche“ sich allein aus der gemeinsamen Entscheidung über Zwecke und Mittel ergibt, und nicht etwa von einer Vereinbarung abhängt, die die Bedingungen der gemeinsamen Verantwortlichkeit regelt.⁴¹

Fragen bezüglich der – gemeinhin anerkannten⁴² – funktionellen Betrachtungsweise werfen die Entscheidungsgründe zu den Vorlagefragen 1 bis 3 auf, in denen das Verwaltungsgericht Vilnius unter anderem fragte, ob ein öffentlicher Auftraggeber auch als Verantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO eingestuft werden könne, wenn er zwar kein Eigentumsrecht und Besitz an dem erstellten IT-Produkt erlangt hat, aber in der Datenschutzerklärung ohne Genehmigung als Verantwortlicher genannt wird.⁴³ Eine solche Nennung sei nach dem EuGH für die Einordnung als Verantwortlicher erheblich, sofern das NZöG dieser ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hätte.⁴⁴

(2) Stellungnahme

Die Feststellung des EuGH ist zumindest missverständlich. Entscheidend ist, was in diesem Zusammenhang „erheblich“ bedeuten soll. Nach verschiedenen Wörterbuchdefinitionen ist damit etwas „Beträchtliches“⁴⁵, „Bedeutendes“⁴⁶ gemeint. Die Annahme, dass die Nennung als Verantwortlicher in der Datenschutzerklärung beträchtliches Ausmaß auf die Einordnung als Verantwortlicher hat, steht allerdings nicht im Einklang mit Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO. Insoweit stellt auch Generalanwalt *Emiliou* in den Schlussanträgen zum vorliegenden Verfahren zutreffend fest, dass ein Akteur, der tatsächlich über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet, unabhängig davon als Verantwortlicher anzusehen ist, ob er durch Gesetz, Vertrag oder in sonstiger Weise dazu formal bestimmt worden ist.⁴⁷ Nach dieser Auslegung des Begriffs „erheblich“ würde der EuGH *contra legem* das für die Einordnung von Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter grundlegende Prinzip der funktionellen Betrachtungsweise verkennen.

Zu einem anderen Ergebnis führt die Auslegung des Begriffs „erheblich“ i.d.S., dass die Aufführung des NZöG als Verantwortlicher in der Datenschutzerklärung überhaupt ein in Betracht zu ziehender Faktor bei der datenschutzrechtlichen Einordnung des NZöG ist. Diese Sichtweise wird durch Analyse der vorliegenden Textpassage in englischer Sprachfassung gestützt. Hier wird für „erheblich“ das Wort „relevant“ benutzt.⁴⁸ Der Begriff leitet

⁴¹ Vgl. EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 45 (NZöG).

⁴² *Artikel 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 11 f.; *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Rn. 12; *Paschke/Scheurer*, in: Gola/Heckmann, DSGVO, § 63 Rn. 8; *Plath*, in: Plath, DSGVO, Art. 28 Rn. 5.

⁴³ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 (NZöG).

⁴⁴ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 34 (NZöG).

⁴⁵ Wörterbuch Duden Online, Stichwort: erheblich.

⁴⁶ *Göttert*, Neues Deutsches Wörterbuch, 2008, Stichwort: erheblich; Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: erheblich.

⁴⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Emiliou* in EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:376](#), Rn. 28 (NZöG).

⁴⁸ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), englische Sprachfassung, Rn. 34 (NZöG).

sich vom lateinischen Wort „relevāns“⁴⁹ ab und ist auch auf Deutsch mit „relevant“ zu übersetzen.⁵⁰ „Relevant“ wird im Duden Online mit „in einem bestimmten Zusammenhang bedeutsam“ definiert.⁵¹ In Konsequenz dessen erscheint die Auslegung des Begriffs „erheblich“ i.S.v. überhaupt für die Einordnung als Verantwortlicher bedeutsam naheliegend. Anhand der genannten Auslegungsmöglichkeiten lässt sich die Grenze der funktionellen Betrachtungsweise gut veranschaulichen. Denn die Indizwirkung der formalen Benennung als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter ist für die Einordnung als solche unterhalb der Entscheidungserheblichkeitsschwelle allgemein anerkannt.⁵² So kann auch dem nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO abzuschließenden Auftragsverarbeitungsvertrag zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter für die Einordnung indizierende Wirkung beigemessen werden, sofern die Verarbeitung sich tatsächlich an den vom Verantwortlichen vorgegebenen Umständen orientiert.⁵³

Folglich kann festgehalten werden, dass der EuGH die funktionelle Betrachtungsweise nicht per se missachtet. Vielmehr kann der Begriff „erheblich“ zweideutig verstanden werden, sodass Spielraum für eine Auslegung bleibt, die nicht in Einklang mit der funktionellen Betrachtungsweise steht. Dies wäre nicht die erste Ungenauigkeit bzw. der erste Fehler bei der Übersetzung eines EuGH-Urteils.⁵⁴ Begrüßenswert wäre daher eine Anpassung der deutschen Sprachfassung von „erheblich“ zum weniger missverständlichen Begriff „relevant“.

b) „Über Zwecke und Mittel“

Der Verantwortliche muss über die Zwecke und Mittel entscheiden, um möglicher Adressat der Verantwortungszuweisung sein zu können.⁵⁵ Wie sich aus Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 79 der DSGVO ergibt („Zwecke und Mittel“⁵⁶), müssen beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen, damit ein Akteur als Verantwortlicher eingestuft werden kann.⁵⁷

aa) „Zwecke“

Der Begriff „Zweck“ wird in den Leitlinien des EDSA zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ als „erwartbares Ergebnis, an dem sich die geplanten

⁴⁹ Oxford English Dictionary (online), Stichwort: relevant.

⁵⁰ Dietl/Lorenz, Dictionary of Law, Commerce and Politics 2, 6. Aufl. 2020, Stichwort: relevant; Collin/Janssen/Kornmüller/Livesey, Fachwörterbuch Recht, Englisch, 2. Aufl. 2005, Stichwort: relevant.

⁵¹ Wörterbuch Duden Online, Stichwort: relevant.

⁵² Etwa Schlussanträge des Generalanwalts *Emiliou* in EuGH, C-683/21, ECLI:EU:C:2023:376, Rn. 29 (NZöG); *Radtke*, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 148; *Schall*, in: Katko, Checklisten zur DSGVO, § 11 Rn. 12.

⁵³ *Radtke*, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 148.

⁵⁴ Siehe dazu: BVerwG, Beschl. v. 17.04.2010, 9 B 5/10, juris, Rn. 9 (zur Falschübersetzung eines EuGH-Urteils in finnischer Sprache); *Reiß*, in: Entscheiderbrief, BAMF 12/2021, S. 5 (zur Falschübersetzung eines EuGH-Urteils in niederländischer Sprache).

⁵⁵ Vgl. EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 36.

⁵⁶ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁵⁷ *Radtke*, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 130.

Maßnahmen ausrichten“ definiert.⁵⁸ Um die Zwecke einer Verarbeitung zu ergründen, ist nach dem „Warum“ der Verarbeitung zu fragen.⁵⁹ Zwecke, die der EuGH als solche anerkannt hat, sind die erhöhte Sichtbarkeit in einem sozialen Netzwerk,⁶⁰ die Steuerung der Vermarktung der eigenen Tätigkeit,⁶¹ die Verbesserung eines Werbesystems,⁶² bei der Verkündigungstätigkeit der Zeugen Jehovas die Verwendung der Daten als Gedächtnisstütze für den Fall eines erneuten Besuchs⁶³ oder, in der vorliegenden Entscheidung, die Bewältigung der Covid-19-Pandemie.⁶⁴

bb) „Mittel“

(1) Definition und Beispiele

Bei dem Begriff „Mittel“ ist nach dem „Wie“ der Verarbeitung⁶⁵ bzw. nach der Weise⁶⁶ zu fragen, auf die das Ziel erreicht werden soll. Damit ist das „Wie“ dem „Warum“ bereits inhärent. Zwecke und Mittel können vor diesem Hintergrund nur gemeinsam betrachtet werden.⁶⁷ Beispiele von Mitteln, die der EuGH anerkannt hat, sind die Parametrierung,⁶⁸ d.h. die Bestimmung der Kategorien betroffener Personen, der Einsatz des „Gefällt-mir“-Buttons von Facebook,⁶⁹ im Rahmen der Verkündigungstätigkeit der Zeugen Jehovas Listen mit personenbezogenen Daten,⁷⁰ der Einsatz von Cookies⁷¹ sowie im vorliegenden Fall der Einsatz einer mobilen Anwendung⁷².

(2) Entscheidungsspielraum des Auftragsverarbeiters: wesentliche und unwesentliche Mittel

Zwar verfügt der Auftragsverarbeiter bei der Verarbeitung über einen gewissen eigenen Spielraum, kann insofern also selbst über bestimmte unwesentliche Mittel entscheiden, ohne gleich als Verantwortlicher eingestuft zu werden. Allerdings können die wesentlichen Mittel der Verarbeitung nicht ohne Zustimmung des Verantwortlichen geändert werden.⁷³

⁵⁸ EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 33; ähnlich bereits *Art.-29-Datenschutz-Gruppe*, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 16.

⁵⁹ Vgl. AG Mannheim, Urt. v. 11.09.2019, 5 C 1733/19 WEG, juris, Rn. 24; GA Bot, C-210/16, ECLI:EU:C:2017:796, Rn. 46 (Wirtschaftsakademie); Colcelli, ECLIC 2019, 1030 (1033); Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (166).

⁶⁰ EuGH, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, Rn. 80 (Fashion ID).

⁶¹ EuGH, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, Rn. 34 (Wirtschaftsakademie).

⁶² EuGH, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, Rn. 34 (Wirtschaftsakademie); EuGH, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, Rn. 80 (Fashion ID).

⁶³ EuGH, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, Rn. 70 (Zeugen Jehovas).

⁶⁴ EuGH, C-683/21, ECLI:EU:C:2023:949, Rn. 32 f. (NZöG).

⁶⁵ Vgl. AG Mannheim, Urt. v. 11.09.2019 – 5 C 1733/19 WEG –, juris, Rn. 24; Colcelli, CLIC 2019, 1030 (1033); Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (166).

⁶⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Bot in EuGH, C-210/16, ECLI:EU:C:2017:796, Rn. 46 (Wirtschaftsakademie); *Art.-29-Datenschutz-Gruppe*, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 16; EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 35.

⁶⁷ Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (166).

⁶⁸ Vgl. EuGH, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, Rn. 39 (Wirtschaftsakademie).

⁶⁹ EuGH, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, Rn. 77 (Fashion ID).

⁷⁰ EuGH, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, Rn. 70 (Zeugen Jehovas).

⁷¹ EuGH, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, Rn. 59 (Wirtschaftsakademie).

⁷² EuGH, C-683/21, ECLI:EU:C:2023:949, Rn. 32 f. (NZöG).

⁷³ EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 30, 37.

Entscheidet der Auftragsverarbeiter dennoch über wesentliche Mittel, gilt er gem. Art. 28 Abs. 10 DSGVO bezüglich dieser Verarbeitung als Verantwortlicher (sog. Exzess⁷⁴).

Wesentlich sind insbesondere Mittel, die in engem Zusammenhang mit dem Zweck und dem Umfang der Verarbeitung stehen.⁷⁵ Ist ein Mittel der Verarbeitung eng mit der Frage verknüpft, ob die Verarbeitung rechtmäßig, insbesondere erforderlich und verhältnismäßig ist, deutet dies auf die Wesentlichkeit des Mittels hin.⁷⁶ Dies gilt z.B. für die Entscheidung darüber, welche Daten verarbeitet werden, den Zeitraum der Datenaufbewahrung, wer Zugang zu den personenbezogenen Daten hat oder wessen personenbezogene Daten verarbeitet werden.⁷⁷ Nicht wesentlich sind dagegen die Wahl einer bestimmten Hard- oder Software sowie die detaillierten Sicherheitsmaßnahmen bei der Verarbeitung.⁷⁸

c) „Im Auftrag des Verantwortlichen“

Der Auftragsverarbeiter muss die personenbezogenen Daten gem. Art. 4 Nr. 8 DSGVO im Auftrag des Verantwortlichen verarbeiten. Aus dem Umkehrschluss zu der Regelung des Auftragsverarbeiter-Exzesses in Art. 28 Nr. 10 DSGVO und Art. 29 DSGVO ergibt sich, dass der auf Verarbeitungen gerichtete Auftrag so bestimmt sein muss, dass der Auftragsverarbeiter nicht wesentlich über die Zwecke und Mittel entscheiden darf, um nicht die Schwelle zur Verantwortlichkeit zu übertreten.⁷⁹ Dabei kann der nach Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO zu schließende Auftragsverarbeitungsvertrag, in welchem Gegenstand, Dauer, Art und Zweck der Verarbeitung sowie die Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen und die Rechte und Pflichten des Verantwortlichen zu regeln sind, zur Einordnung als Auftragsverarbeiter beitragen.⁸⁰ Angesichts der funktionellen Betrachtungsweise kann auch dieser Vertrag aber keine konstitutive Wirkung entfalten,⁸¹ sondern nur als Indikator dienen.

2. Abgrenzung des Auftragsverarbeiters zu gemeinsam Verantwortlichen, Art. 26 Abs. 1 DSGVO

Das Rechtsinstitut der gemeinsamen Verantwortlichkeit kann als „zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit“⁸² für Verantwortliche gesehen werden und gewinnt insbesondere durch die weite Auslegung durch den EuGH in den Entscheidungen Facebook Fanpages⁸³, Zeugen

⁷⁴ Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 152; ähnlich Plath, in: Plath, DSGVO, Art. 28, Rn. 48 („Aufgabenexzess“).

⁷⁵ EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 40.

⁷⁶ EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 40.

⁷⁷ EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 40.

⁷⁸ EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 40; auch bereits Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 17.

⁷⁹ Vgl. Art.-29-Datenschutz-Gruppe, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 31; Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 147.

⁸⁰ Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit, S. 148.

⁸¹ Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2010, WP 169, S. 33; Hartung, in: Kühling/Buchner, DSGVO, 4. Aufl. 2024, Art. 28 Rn. 61.

⁸² Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 58.

⁸³ EuGH, C-210/16, [ECLI:EU:C:2018:388](#) (Wirtschaftsakademie).

Jehovas⁸⁴ und Fashion ID⁸⁵ für die Praxis immer weiter an Bedeutung.⁸⁶ Definiert sind gemeinsam Verantwortliche in Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO als zwei oder mehr Verantwortliche, die gemeinsam die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegen. Gem. S. 2 haben gemeinsam Verantwortliche eine Vereinbarung zu treffen, in der sie transparent festlegen, wer welche Verpflichtung übernimmt.

Vor dem Hintergrund, dass zwischen dem NZöG und ITss keine solche Vereinbarung bestand, stellte das Verwaltungsgericht Vilnius dem EuGH die Frage, ob die Vereinbarung Voraussetzung zur Einstufung beider Parteien als gemeinsam Verantwortliche sei.⁸⁷ Der EuGH entschied konsequent, dass eine Vereinbarung i.S.v. Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO keine Voraussetzung für die gemeinsame Verantwortlichkeit, sondern lediglich eine Pflicht sei, die bei Verstoß ein Bußgeld gem. Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO nach sich ziehen kann.⁸⁸ Alleiniges Kriterium sei die Mitwirkung mehrerer Einrichtungen an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung. Der Grad der Verantwortlichkeit könne kontextbedingt variieren.⁸⁹

Zur Abgrenzung zwischen gemeinsam Verantwortlichen zum Auftragsverarbeiter verbleibt es mit dieser Entscheidung bei den bereits genannten⁹⁰ Kriterien. Sobald beide Parteien über Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheiden, scheidet eine Auftragsverarbeitung aus. In der Praxis kann die Abgrenzung allerdings erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Dazu folgendes Beispiel: In einem Konzern ist für die Personalverwaltung⁹¹ ein „Shared Service Center“ als eigenständiger Dienstleister verantwortlich.⁹² Die Dienstleistungsgesellschaft spricht unter anderem mit dem Konzern die Art und Weise der Leistungsbeurteilungen ab und entscheidet selbst über die für die Verarbeitung nötige Soft- und Hardware. In der Regel dürfte hier eine gemeinsame Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO anzunehmen sein. Denn der spezialisierte Dienstleister nimmt zum einen Einfluss auf die Zwecke, etwa durch die Analyse von Arbeitnehmerdaten zur Vereinheitlichung der Lohn- und Bonuszahlungen. Zum anderen nimmt er auch Einfluss auf die wesentlichen Mittel, z.B. die Art der verarbeiteten Daten oder die Speicherdauer.⁹³ Der Konzern selbst hat als Arbeitgeber die Entscheidungskompetenz und Verantwortung in mitarbeiterdatenschutzrechtlichen Fragen. Shared Service Center und Konzerngesellschaft entscheiden damit gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer.

⁸⁴ EuGH, C-25/17, [ECLI:EU:C:2018:551](#) (Zeugen Jehovas).

⁸⁵ EuGH, C-40/17, [ECLI:EU:C:2019:629](#) (Fashion ID).

⁸⁶ *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (69); a. A. *Monreal*, CR 2019, 797 (797 f.).

⁸⁷ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 26 Nr. 5 (NZöG).

⁸⁸ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 44 f. (NZöG).

⁸⁹ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 42 (NZöG).

⁹⁰ Siehe oben B. III. 1.

⁹¹ Zuständig für Bewerbungen, Lohnbuchhaltung, Leistungsbeurteilungen etc.

⁹² Beispiel nach *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (403); *Schall*, in: Katko, Checklisten zur DSGVO, § 11 Rn. 126.

⁹³ A. A. *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 28 Rn. 44; *Monreal*, CR 2019, 797 (808).

C. Einordnung der Entscheidung in die bisherige Rechtsprechungslinie des EuGH

In seinen bisherigen Entscheidungen zum Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter legt der EuGH einen deutlichen Schwerpunkt auf die weite Auslegung des Begriffs „Verantwortlicher“. Betreiber von Suchmaschinen wie Google,⁹⁴ Betreiber einer Facebook Fanpage,⁹⁵ Zeugen Jehovas bei ihrer Verkündigungstätigkeit⁹⁶ sowie Betreiber einer Website mit Social Plugins (z.B. „Gefällt-mir“-Button von Facebook)⁹⁷ werden vom EuGH als datenschutzrechtlich verantwortlich eingeordnet. In der NZöG-Entscheidung stellte der EuGH fest, dass auch Unternehmen, die weder selbst eine Verarbeitung durchgeführt noch der Veröffentlichung der personenbezogenen Daten verarbeitenden mobilen Anwendung ausdrücklich zugestimmt haben, als Verantwortlicher eingestuft werden können.⁹⁸ Darüber hinaus entschied der EuGH, dass gemeinsam Verantwortliche keine Vereinbarung getroffen haben müssen, um als solche eingestuft zu werden.⁹⁹ Dies ist in der einschlägigen Literatur einhellig anerkannt.¹⁰⁰ Somit fügt sich die NZöG-Entscheidung nahtlos in die bisherige Rechtsprechungslinie des EuGH ein, indem sie dem Verantwortlichen einen noch weiteren Anwendungsspielraum einräumt. Die Entscheidung kann daher weder bezüglich der Begriffe Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter noch der Abgrenzung als wegweisend beurteilt werden.

D. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass für die Einordnung eines Akteurs als „Verantwortlicher“ oder „Auftragsverarbeiter“ insbesondere die Subsumtion unter Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO von entscheidender Bedeutung ist. Entscheidet ein Akteur über die Zwecke und wesentlichen Mittel der Verarbeitung, ist er Verantwortlicher und kann hinsichtlich dieser Verarbeitung kein Auftragsverarbeiter mehr sein. Ist dies jedoch nicht der Fall und handelt der Akteur auf Weisung eines Dritten, so ist er als Auftragsverarbeiter einzustufen. Dies lässt sich anhand der NZöG-Entscheidung des EuGH gut nachvollziehen. Allerdings bedarf es in den Entscheidungsgründen zu den Vorlagefragen 1 bis 3 einer klareren Wortwahl, um bei der Auslegung der Entscheidung ungewollte Zweideutigkeit zu vermeiden und die strikte Anwendung der wichtigen funktionellen Betrachtungsweise nicht infrage zu stellen.

Die Einordnung von ITss und NZöG als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter hängt vorliegend maßgeblich davon ab, ob das NZöG der Veröffentlichung der *Karantinas*-App durch ITss – und damit der Möglichkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten –

⁹⁴ EuGH, C-131/12, [ECLI:EU:C:2014:317](#), Rn. 41 (Google Spain SL).

⁹⁵ EuGH, C-210/16, [ECLI:EU:C:2018:388](#), Rn. 44 (Wirtschaftsakademie).

⁹⁶ EuGH, C-25/17, [ECLI:EU:C:2018:551](#), Rn. 75 (Zeugen Jehovas).

⁹⁷ EuGH, C-40/17, [ECLI:EU:C:2019:629](#), Rn. 85 (Fashion ID).

⁹⁸ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 38 (NZöG).

⁹⁹ Siehe oben B. III. 2.

¹⁰⁰ *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 26 Rn. 22; *Piltz*, in: Gola/Heckmann, DSGVO, Art. 26 Rn. 9; *Schall*, in: Katko, Checklisten zur DSGVO, § 11 Rn. 133; *Schreibauer*, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, DSGVO, Art. 26 Rn. 3; *Spoerr*, in: BeckOK-DatenschutzR, Art. 26 DSGVO Rn. 27.

ausdrücklich widersprochen hat oder nicht. In dieser Frage verwies der EuGH zur Tatsachenfeststellung an das Regionalverwaltungsgericht Vilnius zurück.¹⁰¹ Im Falle eines Widerspruchs durch das *NZöG* hätte *ITss* die Verarbeitung ausschließlich in eigenem Namen durchgeführt und wäre infolgedessen als allein Verantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO einzustufen. Sollte nicht festgestellt werden können, dass das *NZöG* der Veröffentlichung der mobilen Anwendung widersprochen hat, liegt eine Einstufung von *NZöG* und *ITss* als gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO nahe.

Die Abgrenzung zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter hat seit Einführung der DSGVO durch verschiedene Entscheidungen des EuGH, die Leitlinien des EDSA und eine umfangreiche Auseinandersetzung in der Literatur viel Aufmerksamkeit erfahren. So einhellig die Abgrenzungskriterien in der gängigen Literatur auch abgehandelt werden, in der Praxis bereitet die Abgrenzung in komplexen Fällen nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten. Wie die genannten vorherigen Entscheidungen sowie die dieser Arbeit zugrundeliegende Entscheidung und ein weiteres aktuelles EuGH-Urteil, in dem es erneut um die Einordnung eines Akteurs als „Verantwortlicher“ geht, zeigen, wird dieser offensichtlich bestehende Klärungsbedarf in naher Zukunft wohl nicht abnehmen.¹⁰²

¹⁰¹ EuGH, C-683/21, [ECLI:EU:C:2023:949](#), Rn. 37 (*NZöG*).

¹⁰² EuGH, C-604/22, [ECLI:EU:C:2024:214](#) (IAB Europe).

Die Klagebefugnis von Umweltverbänden im nationalen, völker- und unionsrechtlichen Normengefüge

Anna Rosenow*

Abstract: Der Beitrag behandelt die angesichts zunehmender Klagen im Klima- und Umweltrecht immer relevanter werdende Klagebefugnis von Umweltverbänden. Am konkreten Beispiel des Urteils vom VGH Mannheim vom 10.11.2022 (Az. 10 S 3542/21) wird die Klagebefugnis von Umweltvereinigungen nach § 2 Abs. 1 UmwRG in den Blick genommen. Der Beitrag erörtert zudem, ob sich ein Verbandsklagerecht direkt aus Völker- oder Unionsrecht oder einer Konformauslegung des nationalen Rechts ergibt.

A. Einleitung

Klimaschutz wird nicht nur auf politischer und aktivistischer Ebene betrieben, sondern auch auf rechtlicher. Gerichte müssen teilweise darüber entscheiden, ob Parlamente ausreichende Klimaschutzmaßnahmen festlegen, ob Regierungen diese einhalten und ob Unternehmen sich umweltfreundlicher verhalten müssen. Klage erheben können dabei insbesondere Umweltverbände im Rahmen ihres umweltrechtlichen Verbandsklagerechts.¹ Diese über die von Einzelpersonen hinausgehende Klagemöglichkeiten² sind Umweltverbänden eingeräumt, da ihnen im Klimaschutzrecht eine besondere Stellung als Kontrollinstanz staatlicher Entscheidungen zukommt.³ Die Frage, wann konkret ein Umweltverband staatliche Akte gerichtlich rügen kann, eröffnet den Blick auf das Spannungsfeld zwischen nationalen, europa- und völkerrechtlichen Bestimmungen. Angesichts der vom EuGH entwickelten „Plaumann-Formel“ kann ein Verband vor dem EuGH nur unionsrechtliche Maßnahmen anfechten, die ihn in bestimmten persönlichen Eigenschaften oder spezifischen Umständen berühren und damit individuell und in ähnlicher Weise wie den Adressaten betreffen.⁴ An den hohen Anforderungen scheiterten bisher vor den EuGH gebrachte Klagen durch Umweltverbände, sodass diese vermehrt auf nationale Rechtsschutzmöglichkeiten zurückgreifen.⁵ Auf europäischer Ebene ist jedoch seit Kurzem die Möglichkeit für eine direkte Verbandsklage vor dem EGMR eröffnet: Erstmalig wurde der Beschwerde eines Verbands, den sogenannten „Klimaseniorinnen“, stattgegeben und die Schweiz als Vertragsstaat zu strengeren Klimaschutzmaßnahmen verurteilt.⁶ Vor

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Umwelt- und Planungsrecht“ bei Prof. Dr. Kurt Faßbender und Prof. Dr. Wolfgang Köck zugrunde.

¹ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, 95. EL 2021, Vorb. UmwRG Rn. 7.

² Knauff, EnWZ 2021, 3 (3).

³ Vgl. Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Vorb. UmwRG Rn. 7.

⁴ EuGH, Rs. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17, Slg. 1963, 217 (238 f.) (Plaumann).

⁵ Franzius, ZUR 2023, 650 (652); Wegener, NJW 2022, 425 (429).

⁶ EGMR NJW 2024, 1931.

diesem Hintergrund ist von Interesse, inwiefern auf nationaler Ebene ein Umweltverbandsklagerecht besteht und wie europa- und völkerrechtliche Normen das nationale Verwaltungsprozessrecht beeinflussen.

Als Ausgangspunkt soll hier der 2022 vor dem Verwaltungsgerichtshof Mannheim verhandelte Fall dienen, in dem das Land Baden-Württemberg zur Aufstellung eines aktualisierten „Integrierten Energie- und Klimaschutzkonzepts“ verurteilt wurde. Das 2013 in Baden-Württemberg eingeführte Klimaschutzgesetz (KSG BW) forderte in § 6 Abs. 1 KSG BW die Aufstellung eines Integrierten Energie- und Klimaschutzkonzepts (IEKK), das Ziele, Strategien und Maßnahmen zur Klimaschutzzieleerreichung festlegen sollte. 2014 wurde ein solches IEKK durch die Landesregierung verabschiedet. Eine aktualisierte Version war gesetzlich für 2020 vorgesehen, wurde aber nie beschlossen. Die Deutsche Umwelthilfe e.V. (DUH) klagte daher vor dem VGH Mannheim auf Aufstellung eines aktualisierten Konzepts und erhielt am 10.11.2022 recht. Im Zentrum des Rechtsstreits stand dabei nicht die materielle Rechtslage, sondern vielmehr die Klagebefugnis der DUH. Die Reichweite des Verbandsklagerechts im Umwelt- und Klimaschutzrecht ist angesichts der zunehmend begehrten gerichtlichen Kontrolle der Einhaltung von Umwelt- und Klimaschutzverpflichtungen ein in den Blick zu nehmender Gesichtspunkt, dem sich der folgende Beitrag widmet.

B. Wesentliche Inhalte des Urteils

Wenn ein Umweltverband auf Aufstellung eines Klimaschutzprogramms wie dem IEKK klagen möchte, muss er gem. § 42 Abs. 2 VwGO eine mögliche eigene Rechtsverletzung geltend machen können. Oft entfalten Klimaschutzkonzepte jedoch nur in sehr engen Grenzen Außenwirkung, sodass eine unmittelbare Rechtsverletzung regelmäßig ausgeschlossen ist – so auch beim IEKK.⁷ Eine Klagebefugnis lässt sich auch ohne mögliche eigene Rechtsverletzung über zwei Wege herleiten: Der VGH Baden-Württemberg gründet die Klagebefugnis auf nationales Recht, nämlich § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG. Vom Kläger angestoßen wird auch die Herleitung einer Klagebefugnis über Unionsrecht, konkret aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention (AK) i.V.m. Art. 47 GRCh, gestützt auf die Rechtsprechung des EuGH. Zu einer solchen Klagebefugnis aus Europa- bzw. Völkerrecht nimmt das Gericht keine Stellung, da es für die Bejahung der Zulässigkeit darauf nicht mehr ankam. Angesichts der großen Bedeutung der europa- und völkerrechtlichen Implikationen für das Verbandsklagerecht im Allgemeinen ist auf diesen Punkt in der Bewertung des Urteils jedoch ausführlich einzugehen.

Das Gericht beschreitet den Weg, der eine Klagebefugnis über die nationalen Normen der § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG herleitet.⁸ § 2 Abs. 1 UmwRG räumt nach § 3 UmwRG anerkannten Umweltverbänden eine Klagebefugnis ein, wenn eine Entscheidung i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG vorliegt, die dem Umweltschutz dienende Rechtsvorgaben missachtet, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG kommen alle (unterlassenen) Entscheidungen über Pläne

⁷ Schnittker, Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer, 2021, S. 130.

⁸ VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2022, 10 S 3542/21, juris Rn. 24 ff.

und Programme in Betracht, für die nach Landesrecht eine Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) bestehen kann. Eine solche SUP-Pflicht konnte sich für das IEKK aus dem landesrechtlichen § 17 Abs. 2 S. 1 UVwG ergeben. Eine Strategische Umweltprüfung ist danach unter zwei Voraussetzungen erforderlich: Das Programm muss für die Zulässigkeitsentscheidungen von Vorhaben einen Rahmen setzen und im Einzelfall voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben.

Im Ergebnis bejahte der Senat beide Voraussetzungen: Erhebliche Umweltauswirkungen lägen vor, weil von dem Begriff sowohl negative als auch positive Auswirkungen erfasst seien. Beides sei angesichts der Zielsetzung des IEKK, Entscheidungsgrundlage für die Klimaschutzzielerreichung zu sein, zu erwarten.⁹ Der Senat nimmt auch die Möglichkeit einer rahmensetzenden Wirkung des IEKK an. Argumentiert wurde damit, dass der Wortlaut „Maßnahmen“ aus § 6 Abs. 1 KSG BW dafür spreche, dass das IEKK auch einzelne konkret steuernde Instrumente benennen könne.¹⁰

Die Begründetheit der Klage war nicht der zentrale Aspekt des Rechtsstreits. Die materiellen Voraussetzungen von § 2 Abs. 4 S. 1 UmwRG wurden vom Gericht bejaht.¹¹ Der Senat erklärte zudem § 2 Abs. 4 S. 2 UmwRG, der das Vorliegen einer tatsächlichen SUP-Pflicht fordert und nicht nur die Möglichkeit ausreichen lässt, bei angegriffenen unterlassenen Entscheidungen für nicht anwendbar. Begründet wurde dies damit, dass sich bei noch nicht beschlossenen Programmen eine tatsächlich bestehende SUP-Pflicht nie feststellen ließe, sodass entsprechende Klagen immer unbegründet wären. Das widerspräche jedoch der Wertung des Gesetzgebers aus § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG, nach der Klagen gegen noch nicht beschlossene Programme ausdrücklich zugelassen sind.¹²

C. Bewertung

Wie angesprochen, gibt es zwei Varianten, eine Klagebefugnis der DUH zu begründen, einerseits über nationales Recht, also § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG, andererseits über Völker- bzw. Unionsrecht und die Rechtsprechung des EuGH. Beide Wege sollen nun genauer untersucht werden.

I. Klagebefugnis aus § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG

Dem VGH Baden-Württemberg zufolge ist ein Umweltverband nach dem nationalen Recht klagebefugt, wenn er einen Plan bzw. ein Programm i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG anfecht, für den die Möglichkeit einer SUP-Pflicht besteht.

1. Plan bzw. Programm

Die gerichtliche Argumentation überzeugt dahingehend, dass das IEKK einen Plan bzw. ein Programm i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG darstellt. Das Konzept beschließt auch konkrete Maßnahmen zur Erreichung der Klimaschutzziele und geht damit über ein

⁹ VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2022, 10 S 3542/21, juris Rn. 35 ff.

¹⁰ VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2022, 10 S 3542/21, juris Rn. 40 ff.

¹¹ VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2022, 10 S 3542/21, juris Rn. 53 f.

¹² VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2022, 10 S 3542/21, juris Rn. 55 ff.

allgemeines, lediglich politisches Programm hinaus. Zudem fallen auch Konzepte ohne Außenwirkung mit rein ermessensleitender Funktion unter den Begriff der Pläne und Programme.¹³

2. Möglichkeit einer SUP-Pflicht

Zudem muss für das gerügte Programm die Möglichkeit einer SUP-Pflicht bestehen. Die Ausführungen des Senats verdienen hier genauere Betrachtung. Für das IEKK könnte sich eine SUP-Pflicht aus § 17 Abs. 2 UVwG ergeben. Dafür sind voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen durch das IEKK sowie die Möglichkeit einer Rahmensetzung erforderlich.

a) Erhebliche Umweltauswirkungen

Erhebliche Umweltauswirkungen sind jeweils für den Einzelfall zu beurteilen und können gemeinhin als Auswirkungen von erhöhter Tragweite bzw. Schwere beschrieben werden.¹⁴ Das Gericht argumentiert überzeugend, dass sowohl positive als auch negative Umweltauswirkungen von § 17 Abs. 2 UVwG erfasst sind. Mit dem IEKK gehen voraussichtlich erhebliche positive Auswirkungen wie reduzierte Treibhausgasemissionen sowie negative Konsequenzen wie die Bebauung von Flächen mit Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien einher. Die Argumentation des Senats lässt allerdings ein wenig Tiefe dahingehend vermissen, dass das IEKK keine Außenwirkung entfaltet.¹⁵ Erhebliche Umweltauswirkungen würden somit erst durch verbindliche Rechtsakte auf Grundlage des IEKK ausgelöst, nicht durch das Programm selbst. Allerdings ist es auch ausreichend, wenn Vorhaben, für die das Programm einen Rahmen setzt, voraussichtlich Umweltauswirkungen haben.¹⁶

b) Rahmensetzung

Neben den Umweltauswirkungen muss das Programm für eine SUP-Pflicht nach § 17 Abs. 2 UVwG einen Rahmen setzen für die Zulassungsentscheidung von Vorhaben. Das bedeutet gem. § 17 Abs. 3 UVwG, dass das Programm Festlegungen insbesondere zu Bedarf, Größe, Standort oder zur Inanspruchnahme von Ressourcen von Vorhaben trifft.

aa) Kriterium der Rahmensetzung

Zunächst ist der Beurteilungsmaßstab für die Rahmensetzung abzustecken. Für eine Rahmensetzung reicht bereits eine Einbeziehung der Festlegungen des Programms im Abwägungsverfahren aus, selbst wenn in der Abwägung davon abgewichen werden kann und das Programm keine rechtsverbindlichen Vorgaben macht.¹⁷ Dafür spricht der

¹³ Bunge, NuR 2017, 447 (448).

¹⁴ Balla/Peters, ZUR 2006, 179 (181); Leidinger, in: Beckmann/Kment/Hoppe, UVP/G/UmwRG, 6. Aufl. 2023, UVP/G § 35 Rn. 55.

¹⁵ BW-LT-Drucks. 15/3465, S. 26.

¹⁶ Zum Maßstab der erheblichen Umweltauswirkungen: Peters/Balla/Hesselbarth, in: Peters/Balla/Hesselbarth, UVP/G, 4. Aufl. 2019, § 35 Rn. 19.

¹⁷ OVG Münster ZUR 2019, 97 (98) Rn. 16; Hendler, NVwZ 2005, 977, (979); Leidinger, in: Beckmann/Kment/Hoppe, UVP/G/UmwRG, § 35 UVP/G Rn. 39; Peters/Balla/Hesselbarth, in: Peters/Balla/Hesselbarth, UVP/G, § 35 Rn. 9; Schink, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVP/G/UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 35 UVP/G Rn. 16.

Wortlaut aus § 17 Abs. 2 S. 1 UVwG, der fordert, dass die Maßgaben aus dem Programm „Bedeutung“ für Genehmigungsentscheidungen haben müssen, eine finale Beeinflussung wird aber nicht vorausgesetzt. Eine solche weite Auslegung ist auch angesichts des Schutzzwecks der Richtlinie 2001/42/EG, aus der der Begriff der SUP ins deutsche Recht übernommen wurde, geboten: gem. Art. 1 sollen möglichst alle Pläne und Programme mit voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkung einer Umweltprüfung unterzogen werden. Darunter können auch Programme fallen, die nur auf das Ermessen in der Genehmigungsentscheidung einwirken.¹⁸

Der EuGH konkretisiert den Begriff der Rahmensetzung insoweit, dass der Plan oder das Programm eine signifikante Gesamtheit von Kriterien und Modalitäten für die Genehmigung und Durchführung eines oder mehrerer Projekte festlegen muss.¹⁹ Vom Wortlaut her könnte man auf die Idee kommen, dass eine Mehrzahl von steuernden Vorgaben verlangt ist. Auch hier ist jedoch dem eben genannten Schutzzweck der Richtlinie 2001/42/EG Rechnung zu tragen. Um zu verhindern, dass das umfassende Kontrollinstrument der SUP durch die Zerstückelung von Programmen zu einzelnen Maßnahmen umgangen wird, stellt der EuGH bei seiner Prüfung nicht auf die Menge an Festlegungen ab.²⁰ Vorgenommen wird daher keine quantitative, sondern eine qualitative Beurteilung der „signifikanten Gesamtheit“.²¹ Es ist entscheidend, ob das Programm durch das Gewicht und Ausmaß²² seiner Festlegungen zukünftige Zulassungsentscheidungen hinsichtlich Standort, Art, Größe und Betriebsbedingungen beeinflusst.²³

Nach dem Wortlaut von § 17 Abs. 2 UVwG („andere Vorhaben“) sowie dem systematischen Vergleich zu § 17 Abs. 1 Nr. 2 UVwG reicht die Rahmensetzung für ein beliebiges Vorhaben aus, das Vorhaben selbst muss nicht einer Umweltprüfungspflicht unterliegen.

Das Gericht legt für die Rahmensetzung sinnvollermaßen den Prüfungsmaßstab an, dass die Möglichkeit bestehen muss, dass das IEKK Festlegungen trifft, die qualitativ gesehen einen entscheidenden Einfluss jedenfalls auf die Abwägung bei Zulassungsentscheidungen von einer beliebigen Art von Vorhaben ausüben.

bb) Anwendung auf das IEKK

Diese Kriterien sind nun auf das IEKK konkret anzuwenden. Einleuchtend argumentiert der Beklagte mit dem Wortlaut von § 6 Abs. 3 KSG BW, dass sich nicht aus dem IEKK automatisch Kriterien ergeben, die bei Zulassungsentscheidungen berücksichtigt werden müssen. Vielmehr sind noch Umsetzungsakte erforderlich, die die Grundsätze des Programms in rechtsverbindliche Normen übertragen.²⁴ Dem lässt sich indes die Formulierung von § 6 Abs. 2 Nr. 3 KSG BW entgegenhalten, der davon spricht, dass das IEKK auch

¹⁸ Vgl. Schink, NVwZ 2005, 615 (618).

¹⁹ EuGH, C-300/20, [ECLI:EU:C:2022:102](#), Rn. 60; EuGH, C-24/19, [ECLI:EU:C:2021:318](#), Rn. 67 (A u.a.); EuGH, C-290/15, [ECLI:EU:C:2016:816](#), Rn. 49 (D'Oultremont u.a.).

²⁰ EuGH, C-671/16, [ECLI:EU:C:2018:403](#), Rn. 55 (Inter-Environnement Bruxelles u. a.).

²¹ EuGH, C-43/18, [ECLI:EU:C:2019:483](#), Rn. 64 (Compagnie d'entreprises CFE SA).

²² EuGH, C-24/19, [ECLI:EU:C:2021:318](#), Rn. 71 (A u.a.).

²³ VGH Mannheim, Urt. v. 14.07.2021, 10 S 1141/20, juris Rn. 69.

²⁴ BW-LT-Drucks. 15/3465, S. 26.

„Maßnahmen“ enthalten kann. Das lässt zutreffenderweise darauf schließen, dass das IEKK eben nicht nur als allgemeine Entscheidungsgrundlage dient, sondern auch konkrete Klimaschutzmaßnahmen festlegen kann. Dabei ist zumindest denkbar, dass diese bereits steuernde Wirkung bezüglich Standortes, Bedarf oder Ressourcen entfalten. Systematisch lässt sich der Vergleich mit dem vorherigen IEKK ziehen. Vor der Aufstellung des ersten IEKK im Jahre 2014 hat die baden-württembergische Landesregierung eine SUP für erforderlich gehalten²⁵ – es erschließt sich nicht, warum für die aktualisierte Version etwas anderes gelten sollte. Darüber hinaus lässt sich das frühere IEKK inhaltlich heranziehen: Die erste Version enthielt bereits konkrete Anweisungen wie etwa die „Entwicklung eines Landesradverkehrsnetzes“.²⁶ Vergleichbare Vorgaben wären auch im aktualisierten IEKK denk- und erwartbar gewesen und hätten für die Planfeststellungsbehörden den individuellen Bedarf an Verkehrsvorhaben festlegen können.²⁷

Man könnte ferner daran denken, dass das IEKK Festlegungen zur Inanspruchnahme von Ressourcen trifft, indem es beispielsweise die Nutzung von fossilen Brennstoffen für Bauvorhaben begrenzt.

Zudem ist die Voraussetzung eines signifikanten Gewichts der Festlegungen naheliegend, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das vorangegangene IEKK Maßnahmen zu Energieeinsparung²⁸, Reduzierung der Treibhausgasemissionen²⁹ und zum Ausbau erneuerbarer Energien³⁰ enthielt.

Auch der Sinn und Zweck des IEKK, die Sektorziele und Maßnahmen zur Erreichung der Klimaschutzziele festzulegen, spricht für eine rahmensetzende Wirkung. Angesichts der hohen bundes- und europapolitischen Klimaschutzanforderungen zur Minderung der Treibhausgasemissionen aus § 3 Abs. 1 KSG sowie Art. 2 Abs. 2 der EU-Verordnung 2021/1119 waren vom IEKK Grundsatzentscheidungen zu erwarten gewesen. Es ist daher anzunehmen, dass die Vorgaben aus dem IEKK den erforderlichen qualitativ gewichtigen Einfluss auf spätere Zulassungsentscheidungen ausüben würden.

Bei einem Klimaschutzprogramm wie dem IEKK lässt sich demnach die Möglichkeit einer Rahmensetzung i.S.v. § 17 Abs. 2 UVwG bejahen. Insofern lag eine SUP-Pflicht vor, so dass die DUH gem. § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG klagebefugt war.

II. Klagebefugnis aus Völker- bzw. Unionsrecht

Eine Klagebefugnis ließe sich in diesem und ähnlich gelagerten Fällen aber auch auf völker- und unionsrechtliche Regelungen stützen. Der VGH Mannheim hat die Frage

²⁵ BW-LT-Drucks. 15/5186, S. 6.

²⁶ *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept, 2014*, S. 102 ff. (zuletzt abgerufen am 24.11.2024).

²⁷ *Peters/Balla/Hesselbarth*, in: *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPg, § 35 UVPg Rn. 11.

²⁸ *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept, 2014*, S. 8, 29, 54 ff.

²⁹ *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept, 2014*, S. 8, 25, 112 ff.

³⁰ *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept, 2014*, S. 8, 31, 59 ff.

offengelassen, ob und wie sich § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG völker- bzw. unionsrechtskonform auslegen lässt und ob sich bereits unmittelbar aus Europa- oder Völkerrecht eine Klagebefugnis ergibt. Das ist verständlich, weil das Gericht schon die SUP-Pflicht bejaht hat und es dementsprechend darauf nicht mehr ankam. Eine Positionierung zum vielfach kritisierten³¹ SUP-Pflicht-Erfordernis im nationalen Recht wäre aber wünschenswert gewesen. In Umsetzung der europäischen Richtlinie 2001/41/EG knüpft der deutsche Gesetzgeber die Klagebefugnis von Umweltverbänden in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG an die Möglichkeit einer SUP-Pflicht. Eine solche Beschränkung der Klagebefugnis erscheint vor den völkerrechtlichen Vorgaben aus Art. 9 Abs. 3 AK und der dazu ergangenen EuGH-Rechtsprechung problematisch.

1. Völkerrechtskonforme Auslegung von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG

Als völkerrechtliche Regelung zur Klagebefugnis von Umweltverbänden ist insbesondere Art. 9 Abs. 3 AK in den Blick zu nehmen. Die Norm legt fest, dass alle Mitglieder der Öffentlichkeit Zugang zu gerichtlichen Verfahren haben müssen, um Unterlassungen von Behörden anzufechten, die gegen nationale umweltbezogene Bestimmungen verstoßen. Art. 9 Abs. 3 AK verpflichtet damit die Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, einen verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelf für Verstöße gegen nationales Umweltrecht zu schaffen. In nationales Recht umgesetzt wurde Art. 9 Abs. 3 AK durch § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG,³² in dem die Klagebefugnis gegen Pläne und Programme geregelt wird. Im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 3 AK ist die deutsche Umsetzung auf solche Pläne und Programme beschränkt, für die eine SUP-Pflicht besteht. Es könnte also erwogen werden, § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG wegen der Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Interpretation des nationalen Rechts³³ so auszulegen, dass Umweltverbände auch eine Klagebefugnis haben, wenn das angegriffene Programm nicht SUP-pflichtig ist.

Zunächst ist anzumerken, dass der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 AK ausdrücklich einen sehr großen Gestaltungsspielraum lässt. Zwar soll Zugang zu gerichtlichen Verfahren gewährleistet werden; die Modalitäten und Zugangskriterien bleiben dabei aber den Mitgliedstaaten selbst überlassen.³⁴ Der weite Gestaltungsspielraum wird zudem im systematischen Vergleich zum merklich konkreter gefassten Art. 9 Abs. 2 AK deutlich.³⁵ Zudem hat der deutsche Gesetzgeber die Klagebefugnis für Umweltvereinigungen mit der Einführung von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG 2017 als Reaktion auf eine Rüge des Aarhus Compliance Committee bewusst erweitert.³⁶ Der nachfolgende Compliance-Bericht von 2017 stellte keinen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 AK fest.³⁷ Zudem ist der Wortlaut von

³¹ Guckelberger, NuR 2020, 217 (221); Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 1 UmwRG Rn. 17; Schlacke, NVwZ 2019, 1392 (1398).

³² BT-Drucks. 18/9526, S. 32.

³³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 25 Rn. 6.

³⁴ Epiney, in: Epiney u.a., Aarhus-Konvention, 2018, Art. 9 Rn. 36; Meitz, Kontrollumfang und Kontrolldichte bei Verbandsklagen im Umweltrecht, 2021, S. 120.

³⁵ EuGH, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7, Rn. 62 (Stichting Varkens in Nood u.a.).

³⁶ BT-Drucks. 18/9526, S. 31.

³⁷ *United Nations Economic Commission for Europe, Compliance by Germany with its obligations under the Convention (ECE/MP.PP/2017/40)*, 2017, S. 9, Rn. 39.

§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG, der die Klagebefugnis ausdrücklich an die SUP-Pflicht des Programms knüpft, so eindeutig, dass eine völkerrechtsfreundliche Interpretation unter Ausklammerung des SUP-Pflicht-Erfordernisses fraglich erscheint.

Die Grenze des Wortlauts von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG kann jedoch durch Auslegung ausnahmsweise überwunden werden, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass sein Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden hat.³⁸ Dafür lässt sich vorliegend der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 AK heranziehen. Danach ist Mitgliedern der Öffentlichkeit Zugang zu Gerichten zu gewähren, um Unterlassungen anzufechten, die umweltbezogene Normen verletzen – eine Einschränkung auf SUP-pflichtige Programme ist in der völkerrechtlichen Grundlage nicht vorgesehen.³⁹ Die Einführung der SUP-Pflicht auf nationaler Ebene erscheint beliebig und vor dem Hintergrund der geplanten Umsetzung der Vorgaben aus der Aarhus-Konvention als redaktioneller Fehler.⁴⁰ Auch mit dem Sinn und Zweck der AK ist für eine SUP-Pflicht-unabhängige Auslegung zu argumentieren: Das Ziel der Aarhus-Konvention lässt sich aus der Gesamtschau ihrer Erwägungsgründe sowie Art. 1, 3, 9 AK so formulieren, dass ein möglichst weitgreifender Zugang zu Gerichten bei Umweltbelangen gewährleistet werden soll. Dieser Zweck soll laut des „Aarhus Implementation Guide“ bei den von den Mitgliedstaaten aufgestellten Verfahrensregelungen berücksichtigt werden.⁴¹ Einschränkungen müssen so gewählt sein, dass Umweltorganisationen ein effektiver Rechtsschutz nicht (faktisch) verwehrt ist; Rechtsschutz sollte „Regel und nicht Ausnahme“⁴² sein. Auch hat das Aarhus Compliance Committee nach der UmwRG-Novelle zwar keinen Verstoß gegen die AK festgestellt; diese Schlussfolgerung zog es allerdings ausdrücklich nur, weil kein konkretes Beispiel für ein nicht SUP-pflichtiges Programm ersichtlich war, das nicht inzident überprüft werden kann.⁴³ Ein solches ist aber gerade das IEKK: Es kann auch nicht auf nachgelagerter Ebene inzident überprüft werden, weil es noch gar nicht existiert. Daraus ergeben sich unbillige Rechtsschutzlücken.⁴⁴ In Übereinstimmung zu Teilen der Literatur⁴⁵ ist der Widerspruch des SUP-Pflicht-Erfordernisses in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention zu bejahen. Der Zweck der Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK ist im Wortlaut von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG unzureichend berücksichtigt worden, sodass eine völkerrechtsfreundliche Auslegung trotz des eindeutigen Wortlauts verlangt, vom Erfordernis einer SUP-Pflicht abzusehen.

³⁸ OVG Berlin-Brandenburg KlimR 2024, 188 (189, Rn. 51); BVerfG NZA 1998, 469 (470).

³⁹ *United Nations Economic Commission for Europe, Compliance by Germany with its obligations under the Convention (ECE/MP.PP/2017/40)*, 2017, S. 8, Rn. 38.

⁴⁰ OVG Berlin Brandenburg BeckRS 2023, 38547, Rn. 58.

⁴¹ *United Nations Economic Commission for Europe, The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, 2014, S. 198.

⁴² Kelleher, *Journal of Environmental Law* 2022, 107 (114).

⁴³ *United Nations Economic Commission for Europe, Compliance by Germany with its obligations under the Convention (ECE/MP.PP/2017/40)*, 2017, S. 8 f., Rn. 39.

⁴⁴ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer/Hansmann, *Umweltrecht*, 2022, § 1 UmwRG Rn. 74.

⁴⁵ Franzius, in: Schink/Reidt/Mitschang, *UVP/UMwRG*, § 1 UmwRG Rn. 8 f.; Guckelberger, *NuR* 2020, 217 (221); Happ, in: Eyermann, *VwGO*, 16. Aufl. 2022, § 1 UmwRG Rn. 17; Schlacke, *NVwZ* 2017, 905 (908).

2. Klagebefugnis aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh

Auch in Hinblick auf Unionsrecht könnte sich ein anderer Maßstab für die Klagebefugnis im vorliegenden Fall ergeben. Dabei könnte die Norm wegen der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung⁴⁶ so zu interpretieren sein, dass die SUP-Pflicht entfallen muss. Wenn dies im Rahmen der Auslegung nicht möglich ist, muss bei Kollision von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG mit Unionsrecht die nationale Norm angesichts des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts⁴⁷ unangewendet bleiben.

Die Aarhus-Konvention ist nicht nur von Einzelstaaten ratifiziert worden, sondern auch von der EU selbst und damit Teil des Unionsrechts geworden.⁴⁸ Mangels einer hinreichend klaren und präzisen Verpflichtung entfaltet Art. 9 Abs. 3 AK keine unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten.⁴⁹ Allerdings müssen nationale Verfahrensvorschriften laut EuGH so weit wie möglich in Einklang mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 AK gebracht werden.⁵⁰ Das deutsche Verwaltungsprozessrecht, inklusive der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG muss dementsprechend so interpretiert werden, dass die effektive Geltendmachung umweltrechtlicher Vorgaben des Unionsrechts möglich ist.⁵¹ In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung hat der EuGH aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh eine umfassende Klagebefugnis abgeleitet, die unabhängig von der Möglichkeit einer SUP-Pflicht greift. Der EuGH interpretiert Art. 9 Abs. 3 AK in Kombination mit dem in Art. 47 GRCh verankerten Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf so, dass Umweltverbände nicht durch nationale Kriterien an der gerichtlichen Überprüfung der Einhaltung der europarechtlichen Umweltvorgaben gehindert werden dürfen.⁵²

Damit diese Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh hier greift, muss der Sachverhalt gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh der Durchführung von Unionsrecht dienen.

Eine nationale Maßnahme – hier § 6 KSG BW und das nichtbeschlossene IEKK – dient dann der Durchführung von Unionsrecht, wenn sie die Umsetzung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt.⁵³ Anhaltspunkte sind dabei der Charakter der Regelung, ob es für den Bereich spezifische unionsrechtliche Regelungen gibt bzw. ob mit der Vorschrift andere Ziele als die des Unionsrechts verfolgt werden.⁵⁴ § 6 Abs. 2 S. 2 KSG BW fordert bei Beschluss des IEKK ausdrücklich die Berücksichtigung der Klimaschutzmaßnahmen der EU wie beispielsweise die Verordnungen (EU), 2021/1119 sowie (EU) 2018/842. Dies spricht dafür, dass die Norm konkret die Verpflichtung zu Maßnahmen mit dem Ziel der

⁴⁶ EuGH, C-573/17, [ECLI:EU:C:2019:530](#), Rn. 55 (Popławski); BVerfGE 75, 223 (237).

⁴⁷ EuGH, Rs. 6/64, [ECLI:EU:C:1964:66](#), Slg. 1964, 1259 (1269 f.) (Costa/ENEL); BVerfGE 126, 286 (301 f.).

⁴⁸ EuGH, C-873/19, [ECLI:EU:C:2022:857](#), Rn. 48 (Deutsche Umwelthilfe); Wegener, ZUR 2018, 217 (218).

⁴⁹ EuGH, C-404/12 P u. C-405/12 P, [ECLI:EU:C:2015:5](#), Rn. 47 (Stichting Natuur); EuGH, C-240/09, [ECLI:EU:C:2011:125](#), Rn. 45 (Lesoochránárske zoskupenie).

⁵⁰ Vgl. EuGH, C-664/15, [ECLI:EU:C:2017:987](#), Rn. 45 (Protect).

⁵¹ Vgl. EuGH, C-240/09, [ECLI:EU:C:2011:125](#), Rn. 51 f. (Lesoochránárske zoskupenie).

⁵² EuGH, C-664/15, [ECLI:EU:C:2017:987](#), Rn. 47 (Protect).

⁵³ EuGH, C-198/13, [ECLI:EU:C:2014:2055](#), Rn. 37 (Hernández).

⁵⁴ EuGH, C-198/13, [ECLI:EU:C:2014:2055](#), Rn. 37 (Hernández).

Emissionsreduzierung aus Art. 2 Abs. 2 2021/1119 umsetzt und dementsprechend die Durchführung von Unionsrecht bezweckt. Dagegen lässt sich einwenden, dass § 6 KSG BW nicht nur der Durchführung europarechtlicher, sondern auch anderer Ziele dient. So sind bei Aufstellung des IEKK auch die bundesrechtlichen Klimaschutzziele zu beachten. Das kann man dadurch entkräften, dass diese gerade auch der Erreichung der Unionsvorgaben dienen, wie sich aus § 1 Bundesklimaschutzgesetz ergibt. Problematisch könnte zudem der erforderliche hinreichende Zusammenhang von einem gewissen Grad zwischen Unionsrecht und der nationalen Maßnahme⁵⁵ sein. Angesichts der sehr allgemein gehaltenen Vorschrift Art. 2 Abs. 2 VO (EU) 2021/1119 ließe sich argumentieren, dass keine hinreichend bestimmte Verpflichtung vorliegt. Allerdings nimmt der EuGH bei einem, wie hier großen mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums eine Durchführung von Unionsrecht an, soweit das Ermessen in Berücksichtigung einer unionsrechtlichen Zielsetzung ausgeübt wurde.⁵⁶ Das ist in Ansehung der in § 6 KSG BW sowie im Bundesklimaschutzgesetz zu beachtenden EU-Vorgaben zu bejahen. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG führt folglich Unionsrecht durch.

Demnach ist die Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh auf § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG und den vorliegenden Fall anzuwenden. Bei der Gestaltung der nationalen Normen, die Kriterien und Verfahren von Rechtsbehelfen i.S.d. Aarhus-Konvention regeln, wird den Mitgliedstaaten ein Spielraum eingeräumt.⁵⁷ Die innerstaatlichen Vorgaben müssen aber so gewählt sein, dass Berechtigte faktisch in der Lage sind, Handlungen und Unterlassungen anzufechten.⁵⁸ Wenn eine nationale Norm dies verhindert, ist sie von Gerichten nicht anzuwenden.⁵⁹

Man könnte argumentieren, dass nur die Pläne und Programme einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sind, die nicht SUP-pflichtig sind; alle anderen Entscheidungen können weiterhin gerichtlich angefochten werden. Auch wenn man die Entstehungsgeschichte und das Ziel von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG berücksichtigt, dient die Einführung der Norm eher der Ausweitung des Anwendungsbereichs statt der Begrenzung.⁶⁰

Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG sowie Art. 9 Abs. 3 AK liefern auch Anhaltspunkte gegen eine Vereinbarkeit der beiden Normen. Bei fehlender SUP-Pflicht entfällt nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG vollständig das Klagerecht, was einer Verwehrung von gerichtlichem Rechtsschutz für ganze Kategorien von Rechtsakten gleichkommt. Dies birgt die Gefahr einer Aushöhlung von Art. 9 Abs. 3 AK.⁶¹ Das ist insbesondere problematisch, da sich der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten lediglich auf die Kriterien für die „Mitglieder der Öffentlichkeit“ bezieht.⁶² Der Kreis der Berechtigten darf also durch

⁵⁵ EuGH, C-206/13, [ECLI:EU:C:2014:126](#), Rn. 24 (Siragusa); Jarass, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 51 Rn. 23 f.

⁵⁶ EuGH, C-411/10 u. C-493/10, [ECLI:EU:C:2011:865](#), Rn. 65 ff (N.S.).

⁵⁷ EuGH, C-873/19, [ECLI:EU:C:2022:857](#), Rn. 63 (Deutsche Umwelthilfe).

⁵⁸ EuGH, C-664/15, [ECLI:EU:C:2017:987](#), Rn. 48 (Protect).

⁵⁹ EuGH, C-664/15, [ECLI:EU:C:2017:987](#), Rn. 56 (Protect).

⁶⁰ BT-Drucks. 18/9526, S. 31.

⁶¹ EuGH, C-873/19, [ECLI:EU:C:2022:857](#), Rn. 67 (Deutsche Umwelthilfe).

⁶² EuG, T-396/09, [ECLI:EU:T:2012:300](#), Rn. 66; Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1042).

die Mitgliedstaaten eingeschränkt werden, nicht aber der Klagegegenstand.⁶³ Auch der Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 3 AK, einen möglichst weiten Zugang zu Gerichten zu gewährleisten, spricht für die Unionsrechtswidrigkeit der an die SUP-Pflicht anknüpfenden Klagebefugnis. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG widerspricht daher der durch den EuGH aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh abgeleiteten Klagebefugnis von Umweltverbänden. Insofern muss man die Vorschrift vor den unionsrechtlichen Anforderungen so auslegen, dass die Klagebefugnis nicht an die mögliche SUP-Pflichtigkeit des Programms geknüpft ist. Dies kann parallel zur oben diskutierten völkerrechtsfreundlichen Auslegung auch über den Wortlaut hinaus erfolgen.⁶⁴ Wer dies als nicht möglich erachtet, muss die Norm unangewendet lassen. Der Senat hätte dementsprechend § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG ohne Erfordernis einer SUP-Pflicht auslegen oder für nicht anwendbar erklären und eine Klagebefugnis der DUH aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh bejahen müssen.

D. Fazit und Ausblick

Das Verbandsklagerecht von Umweltverbänden legt den Blick frei auf das Zusammenspiel von nationalen Regelungen und dem unionalen bzw. völkerrechtlichen Normengefüge. Der VGH Mannheim hat die Möglichkeit versäumt, sich umfassend mit den verschiedenen Ausgestaltungen des Verbandsklagerechts auseinanderzusetzen und eine einhellige Lösung zu finden. Zwar hat der Senat die Klagebefugnis der DUH aus § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 UmwRG überzeugend bejaht. Die Möglichkeit einer Rahmensetzung des IEKK nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG leuchtet ein. Richtigerweise dürfte es darauf in Zukunft jedoch gar nicht mehr ankommen. Nach den hier vorgebrachten Argumenten ist die Anknüpfung der Klagebefugnis an eine SUP-Pflicht in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG nicht mit Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh vereinbar. Die in Art. 9 Abs. 3 AK angestrebte umfassende Klagemöglichkeit von Umweltverbänden muss auch im nationalen Recht Niederschlag finden. Nach den aktuellen Entwicklungen in der nationalen und europäischen Rechtsprechung ist § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG für den deutschen Gesetzgeber ohnehin auf Dauer nicht zu halten. Jüngst wurde die SUP-Pflicht gerichtlich in völkerrechtsfreundlicher Auslegung der Norm ausgeklammert⁶⁵ bzw. vom Bundesverwaltungsgericht als unionsrechtswidrig bestätigt.⁶⁶ Mittel- bis langfristig ist daher mit einer Modifikation oder Streichung von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG zu rechnen.

Als Modifikationstendenzen werden insbesondere zwei Möglichkeiten diskutiert: entweder die Erweiterung des abschließenden Katalogs von anfechtbaren Akten in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG oder die Umformulierung der Norm zu einer Generalklausel. Die erstgenannte Erweiterung des Katalogs könnte, wie der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des UmwRG vom 22.08.2024 beispielsweise auch alle nicht SUP-pflichtigen Pläne und Programme umfassen, wenn für sie umweltbezogene

⁶³ EuGH, C-873/19, [ECLI:EU:C:2022:857](#), Rn. 64 (Deutsche Umwelthilfe); EuG, T-396/09, [ECLI:EU:T:2012:300](#), Rn. 66.

⁶⁴ OVG Berlin-Brandenburg KlimR 2024, 188 (189, Rn. 51).

⁶⁵ OVG Berlin-Brandenburg KlimR 2024, 188 (189, Rn. 51).

⁶⁶ BVerwG NVwZ 2023, 1762 (1764, Rn. 21).

landes-, bundes- oder unionsrechtliche Normen anwendbar sind.⁶⁷ Eine solche Anpassung ist vor dem Hintergrund der hier erörterten Rechtsprechung zur Umsetzung von Unions- und Völkerrecht erforderlich und sinnvoll. Im Vergleich zur Einführung einer Generalklausel ist dabei insbesondere die Rechtssicherheit zu begrüßen.⁶⁸ Bei einer Erweiterung der abschließenden Aufzählung besteht jedoch die Gefahr, dass zukünftig Rechtsakte nicht in den Anwendungsbereich fallen, die aber nach Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh anfechtbar sein müssen.⁶⁹ Dann würde erneut Anpassungsbedarf der reformierten Regelungen bestehen⁷⁰, es gelte das Prinzip „nach der Novelle ist vor der Novelle“.⁷¹ Wie bereits diskutiert, lässt Art. 9 Abs. 3 AK gerade keinen sachlichen Ermessensspielraum, die Mitgliedstaaten dürfen den Gegenstand der anfechtbaren Akte nicht einschränken.⁷² Dem liefe eine erweiterte abschließende Auflistung möglicher Klagegegenstände zuwider. Nur eine Generalklausel, die etwa alle Rechtsbehelfe von Umweltvereinigungen zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von staatlichen Entscheidungen, die eine nicht unerhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können⁷³ in den Anwendungsbereich einbezieht, kann den Anforderungen aus Art. 9 Abs. 3 AK gerecht werden. Angesichts der bereits von Gerichten anerkannten umfassenden Klagemöglichkeit von Umweltverbänden aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GRCh⁷⁴ ist zudem davon auszugehen, dass durch eine Generalklausel der Anwendungsbereich der Klagebefugnis in der Sache nicht erweitert wird.⁷⁵ Insofern ist entgegen dem Entwurf der Bundesregierung eine Reform in dem Sinne zu befürworten, dass anstatt von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG eine Generalklausel implementiert und der Raum für weitere Klagegegenstände offengelassen wird.

Bis es zu einer Reform kommt, wird die Norm wohl unions- bzw. völkerrechtskonform ausgelegt werden oder von nationalen Gerichten unangewendet gelassen. Die Ausweitung der Klagebefugnis durch völker- und europarechtliche Normen ist in Hinblick auf eine wirksame Kontrolle staatlicher und privater Umweltrechtsverstöße durch Umweltvereinigungen zu begrüßen. Dem europäischen Vorbild ist jetzt auch im nationalen Recht durch eine Modifikation von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG Rechnung zu tragen.

⁶⁷ § 1 Abs. 1a UmwRG-E (Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und weiterer umweltrechtlicher Vorschriften v. 22.08.2024).

⁶⁸ Vgl. Sächsisches Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 30.04.2024, S. 2.

⁶⁹ Bundesverwaltungsgericht, Stellungnahme v. 24.05.2024 zum Referentenentwurf v. 30.04.2024, S. 1.

⁷⁰ Green Legal Impact, Stellungnahme v. 24.05.2024 zum Referentenentwurf v. 30.04.2024, S. 4; Sächsisches Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 30.04.2024, S. 2; Bundesverwaltungsgericht, Stellungnahme v. 24.05.2024 zum Referentenentwurf v. 30.04.2024, 2024, S. 1.

⁷¹ Green Legal Impact, Stellungnahme v. 24.05.2024 zum Referentenentwurf v. 30.04.2024, S. 4.

⁷² EuGH, C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857, Rn. 64 (Deutsche Umwelthilfe).

⁷³ So etwa Green Legal Impact, Entwurf eines Gesetzes über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten v. 01.06.2023, S. 2; einen Alternativentwurf mit Generalklausel gab es auch seitens des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz: BMUV, Alternativvorschlag zum Anwendungsbereich des UmwRG.

⁷⁴ BVerwG, NVwZ 2023, 1762 (1765, Rn. 25 f.).

⁷⁵ Green Legal Impact, Entwurf eines Gesetzes über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten v. 01.06.2023, S. 8.

Demokratische Repräsentation im Deutschen Bundestag

Clara Schneidenbach*

Abstract: Der Beitrag beschäftigt sich mit der Repräsentationsfunktion des Deutschen Bundestags (Art. 20 Abs. 2 GG) und ihren Auswirkungen auf dessen Binnenorganisation. Dabei wird die Frage untersucht, ob derzeit eine hinreichende demokratische Repräsentation gewährleistet ist oder vielmehr schließungsbedürftige Repräsentationslücken, z.B. im Bundestagspräsidium, bestehen. Abschließend werden Reformvorschläge zur Verbesserung der Binnenrepräsentation aufgezeigt.

A. Einleitung

„Kein Vorsitz für AfD [...]“¹ titelte Beck-Aktuell zur mündlichen Verhandlung des Organstreits zwischen der AfD-Fraktion und dem Deutschen Bundestag über die Frage, ob die AfD-Fraktion einen Anspruch auf einen Ausschussvorsitz hat und ob ein AfD-Ausschussvorsitzender durch die Ausschussmehrheit abgewählt werden darf.² Der Titel erwies sich als zutreffend, denn das Bundesverfassungsgericht entschied im September 2024 über die o.g. Anträge und stellte fest, dass die AfD-Fraktion keinen Anspruch auf einen Ausschussvorsitz hat und die Abwahl des AfD-Politikers *Brandner* als Vorsitzenden des Rechtsausschusses verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.³

Mit Einzug der AfD in den Deutschen Bundestag 2017 häufen sich derartige Streitigkeiten zwischen der AfD-Bundestagsfraktion, dem Deutschen Bundestag und anderen Verfassungsorganen.⁴ Grund dafür ist zumeist der parlamentarische Umgang mit der AfD. So stellt die AfD-Fraktion z.B. seit ihrem Einzug in den Bundestag, abweichend von allen anderen Fraktionen, keinen Vizepräsidenten im Präsidium.

Damit ergeben sich neuartige Fragestellungen u.a. bezüglich der Repräsentationsfunktion⁵ des Bundestages. Die Repräsentation des Staatsvolkes durch das Parlament ist ein Verfassungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 GG), der seine Wirkung zunächst im Verhältnis Bundestag

* Die Verfasserin studierte bis Mai 2024 Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Der Beitrag basiert auf der Prüfungsseminararbeit aus dem Seminar „Demokratische Repräsentation“ im Sommersemester 2024 bei Jun.-Prof. Dr. *Fabian Michl*, LL.M. und wurde letztmalig im September 2024 überarbeitet.

¹ *Amos*, Kein Vorsitz für AfD: BVerfG verhandelt über Brandner-Rauswurf, [beck-aktuell v. 19.03.2024](#) (Stand: 05.10.2024).

² BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21.

³ BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21.

⁴ Beispielhaft BVerfGE 160 (411); BVerfG (K), NVwZ 2023, 1727. Aktuell sind 22 Verfahren der AfD-Partei und -Bundestagsfraktion sowie von AfD-Abgeordneten beim BVerfG anhängig, siehe *Reuters*, Flut von Klagen und Anfragen: AfD wird für Gerichte und Ministerien zur Belastungsprobe, [Tagesspiegel v. 18.03.2024](#) (Stand: 05.10.2024).

⁵ *Klein/Schwarz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG-Kommentar, 94. EL 2021, Art. 38 Rn. 40 f.; *Müller/Drossel*, in: *Huber/Voßkuhle*, GG-Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 30 f.

– Staatsvolk entfaltet. Die verfassungsrechtlich gebotene Repräsentationsfunktion ist jedoch möglicherweise dann unzureichend erfüllt, wenn einzelne Fraktionen/Gruppen in den Untergliederungen des Bundestages nicht vertreten sind. Derartige Konstellationen werfen Fragen nach der (verfassungsrechtlichen) Notwendigkeit und den Grenzen der Binnenrepräsentation auf.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Binnenorganisation des Deutschen Bundestages *de lege lata* eine hinreichende demokratische Repräsentation gewährleistet und welche möglichen Reformansätze für eine Binnenrepräsentation *de lege ferenda* bestehen. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

B. Begrifflichkeiten

Für die weitere Untersuchung ist die Definition einiger zentraler Begrifflichkeiten unerlässlich.

I. Demokratische Repräsentation

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Definition des Begriffs „demokratische Repräsentation“.

Eine einheitliche Definition fällt nicht leicht, da der Begriff einer mannigfaltigen Interpretation zugänglich ist.⁶ Als Essenz lässt sich festhalten, dass Repräsentation Umstände beschreibt, unter denen die „Handlung eines *autorisierten Teils des Ganzen* [die] verbindliche Selbstbestimmung des Gesamtverbandes ist“⁷. Sie legitimiert die Zurechnung des Handelns Weniger zu einer Gesamtheit.⁸

Repräsentation im Sinne des Grundgesetzes ist demokratische Repräsentation, denn Art. 20 Abs. 2 GG trifft eine Entscheidung zugunsten einer repräsentativen, parlamentarischen Demokratie als prägendes verfassungsrechtliches (Staatsstruktur-)Prinzip.⁹ Die demokratische Repräsentation ist durch zwei Merkmale gekennzeichnet: Erstens muss der Volkswille repräsentiert werden, da originärer Träger der Staatsgewalt nur das Staatsvolk selbst ist (Grundsatz der Volkssouveränität, Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG).¹⁰ Zweitens muss der Souverän, also das Volk, bei der Ausübung der Staatsgewalt mitwirken.¹¹ Letzteres ist

⁶ Vgl. *Hofmann/Dreier*, Repräsentation, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 5 Rn. 1; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 38.

⁷ *Hofmann/Dreier*, Repräsentation, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 5 Rn. 2 (Hervorhebung im Original).

⁸ *Gusy*, ZfP 36 (1989), 264 (267, 272 f.); *Jentges*, Repräsentation, 2010, S. 22 f.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 39.

⁹ *Brenner*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl., 2022, § 30 Rn. 1; vgl. *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG-Kommentar, 102. EL, Art. 20 Rn. 10, 12.

¹⁰ Vgl. *Hofmann/Dreier*, Repräsentation, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 7 Rn. 21 ff.; *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, Reclam-Ausgabe 2018, S. 22 ff.

¹¹ So reicht es nach Ansicht des BVerfG nicht aus, dass „eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange

entscheidendes Abgrenzungsmerkmal der demokratischen zur autokratischen Repräsentation¹² und realisiert sich durch Wahlen (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG). Die Repräsentationsfunktion wird sodann durch die gewählten Abgeordneten wahrgenommen (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG). Die verfassungsrechtlichen Maßgaben, die Art. 20 Abs. 2 GG bezogen auf die Repräsentationsfunktion vorgibt, gelten grundsätzlich gleichermaßen für die Außen- wie die Binnenrepräsentation.¹³

Für die folgende Untersuchung weiter von Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen formaler und materieller Repräsentation.¹⁴ Formale Repräsentation beschreibt den Mechanismus, durch Delegation der Entscheidungsfindung auf Wenige die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit in einem demokratischen Flächenstaat sicherzustellen.¹⁵ In der Demokratie ist die formale Repräsentation zwingend notwendig, aber nicht hinreichend.¹⁶ Hinzutreten muss die materielle Repräsentation, welche die Darstellung der repräsentierten Gruppe durch den Repräsentanten bezeichnet.¹⁷

II. Bipolares Repräsentationsverständnis

Repräsentation kann auf unterschiedliche Weise praktisch verwirklicht werden. Es bestehen zwei Möglichkeiten: Auf der Seite des Repräsentierten können das gesamte Staatsvolk oder nur Ausschnitte aus diesem repräsentiert werden. Auf der Seite des Repräsentanten können ein Gesamtorgan oder Organteile repräsentieren.¹⁸

Je nach Ausgestaltung kann man daher von Gesamt- oder Gruppenrepräsentation sprechen, wobei sich „Gesamt“ und „Gruppe“ auf die Repräsentierten (gesamtes Staatsvolk oder Ausschnitte desselben) beziehen. Auf der Seite der Repräsentanten kann man zwischen Individualrepräsentation und Kollektivrepräsentation unterscheiden. Bei ersterer ist ein Organteil, bei letzterer das gesamte Organ (Einzel- oder Kollegialorgan) Repräsentant.¹⁹

verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesellschaft mitwirken“, BVerfGE 5, 85 (205); vgl. *Leibholz*, Die Repräsentation in der Demokratie, 3. Aufl. 1966, S. 156.

¹² *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 10 f.

¹³ Zu den Begriffen siehe B. III.

¹⁴ *Achterberg*, Parlamentsrecht, 1984, S. 78; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 28 f.; *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994, S. 74 ff.

¹⁵ *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 78; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 34 Rn. 28 f.; *Gusy*, ZfP 36 (1989), 264 (266); *Hofmann/Dreier*, Repräsentation, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 5 Rn. 1; *Leibholz*, Die Repräsentation in der Demokratie, S. 58.

¹⁶ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 34 Rn. 29; *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 74.

¹⁷ Z.T. mit anderen Begriffen und leicht abweichender Definition *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 78; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 34 Rn. 2 („inhaltliche Repräsentation“); *Draht*, Volksrepräsentation, in: *Rausch*, Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung, 1968, S. 260 (296) („Identifikation“); *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 74 f. („inhaltliche Repräsentation“).

¹⁸ Der Begriff „Organ“ meint hier Repräsentationsorgan.

¹⁹ Ausführlich *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 81 ff.

III. Repräsentation im und durch den Deutschen Bundestag: Außen- und Binnenrepräsentation

Weiter zu unterscheiden sind die Außen- und die Binnenrepräsentation. Die Außenrepräsentation beschreibt die Repräsentation des Staatsvolkes *durch* den Bundestag als „unmittelbares Repräsentationsorgan“.²⁰ Binnenrepräsentation meint die Repräsentation *im* Bundestag, also in und durch seine(n) Untergliederungen. Die Binnenrepräsentation hat aufgrund der Verlagerung eines beachtlichen Teils der Aufgaben des Bundestages in seine Untergliederungen (besonders in die Ausschüsse)²¹ eine besondere (verfassungsrechtliche) Relevanz. Inwiefern sich die Binnenrepräsentation in das o.g. bipolare Repräsentationsverständnis nahtlos einfügt, gilt es noch zu erörtern (D. II.).

C. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Binnenrepräsentation

Zentraler Ausgangspunkt jeder rechtlichen Problemanalyse ist die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, die daher anschließend erörtert werden.

I. Spiegelbildlichkeitsgrundsatz

Eine grundlegende Bedingung der Binnenorganisation ist der sog. Spiegelbildlichkeitsgrundsatz. Nach diesem muss sich die pluralistische Zusammensetzung des Bundestages, bestehend aus unterschiedlichen Fraktionen, in der Binnenorganisation widerspiegeln.²² Die Untergliederungen müssen also in ihrer Besetzung dem Stärkeverhältnis der im Bundestag vertretenen Fraktionen entsprechen und somit ein „verkleinertes Abbild“²³ des Parlaments darstellen.

Seine dogmatische Grundlage ist unscharf, findet sich aber vor allem in der Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.²⁴ Diese sind nur dann gewahrt, wenn jeder Abgeordnete entweder persönlich oder zumindest vertreten durch einen Fraktionskollegen, die Möglichkeit hat, in den Untergliederungen vertreten zu sein und gleichberechtigt an der parlamentarischen Arbeit mitzuwirken.²⁵ Ferner herangezogen wird das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG in Form des Minderheitenschutzes und des Rechts auf Bildung und Ausübung der Opposition. Dieses gebietet es, „der Minderheit zu ermöglichen, ihren Standpunkt in den Willensbildungsprozeß des Parlaments einzubringen“.²⁶ Das ist dadurch zu ermöglichen, „daß die Repräsentation in die Ausschüsse vorverlagert wird, wenn dort der Sache nach den Entscheidungen fallen“.²⁷

²⁰ BVerfGE 80, 188 (217).

²¹ BVerfGE 44, 308 (318); 80, 188 (221 f.); Zeh, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 52 Rn. 41.

²² Achterberg, Parlamentsrecht, S. 292; Dreier, JZ 1990, 310 (319).

²³ St. Rspr. BVerfGE 80, 188 (222); 84, 304 (323); 112, 118 (133); 130, 328 (354), jeweils bezogen auf Ausschüsse.

²⁴ BVerfGE 80, 188 (220 ff.); 112, 118 (133); 130, 328 (354); 154, 1 (12).

²⁵ Vgl. BVerfGE 80, 188 (221 f.); 154, 1 (12).

²⁶ BVerfGE 70, 324 (363).

²⁷ BVerfGE 70, 324 (363) unter Bezugnahme auf BVerfGE 44, 308 (319).

Der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz gilt jedoch nicht absolut,²⁸ wie sich am Beispiel des fraktionslosen Abgeordneten zeigt, der Ausschussmitglied sein kann und ggf. sogar einen Anspruch auf eine Ausschussmitgliedschaft hat²⁹ und damit die Spiegelbildlichkeit verzerrt.³⁰ Er unterliegt verfassungsimmanenten Schranken; ist also durch die Rechte anderer (z.B. Abgeordnetenrechte, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) und andere Rechtsgüter von Verfassungsrang (z.B. Funktionsfähigkeit des Parlaments, staatliche Geheimhaltungsinteressen) einschränkbar.³¹

II. Freies Mandat, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Auch das freie Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG fungiert als Grundlage und Grenze der Binnenrepräsentation.

Es garantiert die „autonome, ungebundene Beteiligung des Abgeordneten an der Bildung des Staatswillens“³² und schließt damit jede rechtliche Bindung gegenüber Dritten aus.³³ Auch das freie Mandat unterliegt jedoch verfassungsimmanenten Schranken.³⁴ Besonders die Repräsentationsfunktion und die Funktionsfähigkeit des Bundestages können als Rechtsgüter von Verfassungsrang das freie Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG beschränken.³⁵

Damit zeigt sich ein verfassungsimmanentes Spannungsverhältnis zwischen dem freien Mandat und der demokratischen Repräsentation,³⁶ welches nicht vollständig aufzulösen,³⁷ jedoch rechtlich so einzuhegen ist, dass beiden Verfassungsgütern jeweils zu größtmöglicher Geltung verholfen wird (praktische Konkordanz).³⁸ Praktisch Bahn bricht sich dieses Spannungsverhältnis auch oder gerade in der Binnenorganisation des Bundestages, indem das gleiche Mandat einerseits die spiegelbildliche Besetzung der Untergliederungen fordert, andererseits das freie Mandat selbst Begrenzung des Spiegelbildlichkeitsgrundsatzes ist. Dies zeigt sich am o.g. Beispiel des fraktionslosen Abgeordneten, der durch seine Ausschussmitgliedschaft, welche zur Verwirklichung seiner Abgeordnetenrechte aus

²⁸ Vgl. *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 194 („approximativ[e]“ Spiegelbildlichkeit); *Meyer*, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 4 Rn. 106.

²⁹ BVerfGE 80, 188 (224).

³⁰ *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 363 f. („gewisse Auflockerung“ der Spiegelbildlichkeit).

³¹ BVerfGE 70, 324 (363 f.); 80, 188 (222). Kritisch u.a. *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 416 f.

³² *Müller/Drossel*, in: *Huber/Voßkuhle*, GG-Kommentar, Art. 38 Rn. 128.

³³ *Trute*, in: v. Münch/Kunig, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 119.

³⁴ *Butzer*, in: *BeckOK-GG*, 57. Ed. 2024, Art. 38 Rn. 158 ff.; *Müller/Drossel*, in: *Huber/Voßkuhle*, GG-Kommentar, Art. 38 Rn. 178.

³⁵ *Butzer*, in: *BeckOK-GG*, Art. 38 Rn. 158 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 48.

³⁶ *Leibholz*, Die Repräsentation in der Demokratie, S. 94, 98, 101 sieht hier einen Antagonismus und leitet daraus die Illegitimität des Parteienstaates ab, die sich mit Blick auf Art. 21 GG aber nur schwerlich vertreten lässt.

³⁷ Ebenso *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 221 f., der das freie Mandat nur für ein „approximativ erreichbares Ziel“ hält und daher für die Verwendung des Begriffs „repräsentatives Mandat“ plädiert.

³⁸ *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 55 ff.; grds. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 28 f.

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (freies Mandat) verfassungsrechtlich geboten ist,³⁹ Grund für die Abweichung vom ebenfalls durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gebotenen Spiegelbildlichkeitsgrundsatz ist. Werden die Untergliederungen durch Wahlen besetzt, tritt die Wahlfreiheit des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als ein die Spiegelbildlichkeit begrenzendes Faktum hinzu.⁴⁰

III. Parteiendemokratie, Art. 21 GG

Verstärkt wird dieses Spannungsverhältnis durch die Ausrichtung der grundgesetzlichen Demokratie als Parteiendemokratie.

Das Grundgesetz hat mit Art. 21 Abs. 1 GG die politische Realität anerkannt, dass Parteien in einer parlamentarischen Demokratie unverzichtbar sind.⁴¹ *Kelsen* stellt zu Recht fest, dass „nur Selbsttäuschung oder Heuchelei [...] verneinen [kann], dass Demokratie ohne politische Parteien möglich [ist]“. ⁴² Ihre Notwendigkeit ergibt sich aus der Antinomie zwischen pluralistischem Volkswillen und einheitlichem Staatswillen. Diese können nur Parteien überwinden. Ihnen kommen zwei wesentliche Funktionen zu: die Repräsentation des pluralistischen Volkswillens (Volksrepräsentation)⁴³ und die Bildung eines einheitlichen Staatswillens durch Kompromissfindung im Parlament.⁴⁴

Die Parteiendemokratie hat Implikationen auf das Repräsentationssystem. Parteien repräsentieren bestimmte Positionen und Interessen⁴⁵ und damit Ausschnitte aus dem Wahlvolk (Gruppenrepräsentation). Somit tragen sie maßgeblich zur Verwirklichung der materiellen Repräsentationsdimension bei.⁴⁶ Die Parteien haben durch Fraktionen als parlamentarische Untergliederungen einen „verfassungsrechtlich relevanten Einfluss im Parlament“⁴⁷. Sie wirken daher in die Binnenorganisation des Bundestages hinein⁴⁸ und haben somit einen gewichtigen Einfluss nicht nur auf die Außen-, sondern auch auf die Binnenrepräsentation.

Unter Anerkennung dessen ergibt sich Folgendes: Durch die Wahl übt der Souverän die originäre Staatsgewalt aus (Art. 20 Abs. 2 GG), sodass sich in der parteiegegliederten Zusammensetzung des Parlaments der Wille desselben widerspiegelt.⁴⁹ Diese Zusammensetzung ist somit die Verwirklichung der materiellen

³⁹ BVerfGE 80, 188 (224).

⁴⁰ Dies betont auch das BVerfG in seiner jüngsten Entscheidung, siehe BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 116 ff.

⁴¹ BVerfGE 1, 208 (224); *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 28 ff.; *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 4 Rn. 1.

⁴² *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 30.

⁴³ *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 218; *Birk*, NJW 1988, 2521 (2522); *Mantl*, Repräsentation und Identität, 1975, S. 101 f.

⁴⁴ *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 37 f.; vgl. *Gusy*, ZfP 36 (1989), 264 (280).

⁴⁵ *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 34; vgl. *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 1.

⁴⁶ Vgl. *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 35 ff.; *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 9 ff.

⁴⁷ *Bollmann*, Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages, 1992, S. 69.

⁴⁸ I.E. auch *Borchert*, AöR 102 (1977), 210 (214 f.); *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 56.

⁴⁹ Sondervotum des Richters *Mahrenholz* in BVerfGE 70, 324 (371); *Birk*, NJW 1988, 2521 (2521).

Repräsentationsdimension. Sie darf sodann nicht durch die Schaffung von Untergliederungen ausgehebelt werden, sondern muss sich grundsätzlich in der Binnenorganisation fortsetzen.⁵⁰ Der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz ist somit (auch) die innerparlamentarische Kehrseite des Verhältniswahlrechts und des Mehrparteiensystems,⁵¹ die eine fraktionelle Gliederung des Bundestages erst notwendig machen.

IV. Geschäftsordnungsautonomie, Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG

Einen wesentlichen Einfluss auf die Binnenorganisation hat die Geschäftsordnung des Bundestages. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage findet sie in der nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten Geschäftsordnungsautonomie,⁵² nach der der Bundestag seine Organisations- und Verfahrensregeln autonom festschreiben kann.⁵³ Auch die konkrete Ausgestaltung der Binnenrepräsentation steht damit zur Disposition der Bundestagsmehrheit, worin im Einzelfall eine Gefahr für die oppositionelle Minderheit bestehen kann.⁵⁴ Gleichzeitig ist die Notwendigkeit von Verfahrens- und Organisationsregeln zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments unbestritten.⁵⁵ Die Geschäftsordnung hat damit die Aufgabe, verfassungsimmanente Spannungsverhältnisse zu befrieden.

Bezogen auf die Binnenrepräsentation bedeutet dies, dass die Geschäftsordnung idealiter das Spannungsverhältnis zwischen der Funktionsfähigkeit des Parlaments einer- und der demokratischen Repräsentation (insb. der materiellen Dimension) andererseits, zum Ausgleich bringt. Mit dem Recht zur autonomen Regelung eigener Angelegenheiten korrespondiert die Pflicht, bei der Ausgestaltung dieser die Grenzen der Verfassung einzuhalten, denn auch die Geschäftsordnungsautonomie wird nicht schrankenlos gewährleistet.⁵⁶

Es besteht daher die Pflicht des Bundestages, bei der Konzeption seiner Geschäftsordnung die verfassungsrechtliche Repräsentationsfunktion aus Art. 20 Abs. 2 GG vollumfänglich zu erfüllen. Dabei sind besonders der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz und die Rechte der Abgeordneten einzuhalten und ein Ausgleich i.S.d. praktischen Konkordanz zu schaffen.

⁵⁰ Borchert, AöR 102 (1977), 210 (215).

⁵¹ Teilweise kritisch Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 1968, S. 62 f.

⁵² Zum Begriff Bollmann, Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages, S. 28 f.

⁵³ Bollmann, Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages, S. 27 f., 34 ff.; Morlok, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 6.

⁵⁴ Zu den Gefahren ungeschriebener Parlamentsregeln Schulze-Fielitz, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 11 Rn. 81.

⁵⁵ Morlok, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 40 Rn. 6; Schulze-Fielitz, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 11 Rn. 66.

⁵⁶ Kuhn, ZParl 51 (2020), 449 (460); Morlok, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 40 Rn. 7; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 83 f.; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 99 ff.

D. Binnenrepräsentation im Deutschen Bundestag *de lege lata*

Ob die aktuelle Binnenorganisation diesem gerecht wird, soll nachfolgend untersucht werden.

I. Organisation und Repräsentanz der Bundestagsorgane

Da, wie bereits festgestellt, zwischen der Binnenrepräsentation und -organisation eine Interdependenz besteht, soll nachfolgend die aktuelle Binnenorganisation des Bundestages exemplarisch anhand einiger Untergliederungen untersucht werden.

1. Bundestagspräsident als Einzelorgan

Zunächst ist der Bundestagspräsident als Einzelorgan in den Blick zu nehmen. Dieser wird gem. Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG durch Wahl bestimmt.⁵⁷ Nach § 2 Abs. 2 S. 1 GOBT ist gewählt, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages erhält.⁵⁸ Das gilt auch für die Stellvertreter des Präsidenten.

Repräsentanten sind der Präsident bzw. seine Stellvertreter als Einzelorgane, nicht als Kollegialorgan, wie der Wortlaut der GOBT, insbesondere in § 7 GOBT verdeutlicht, der fortwährend von „der Präsident“ bzw. „er“ im Singular spricht. Da sie (Einzel-)Organ und nicht bloß Organteil sind, sind sie Kollektivrepräsentanten und keine Individualrepräsentanten.

Präsident und Stellvertreter repräsentieren den Bundestag als Gesamtorgan, nicht etwa nur die sie wählende Mehrheit oder die sie vorschlagende Fraktion, wie der Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 1 GOBT („Der Präsident vertritt den Bundestag.“) verdeutlicht.⁵⁹ Da der Präsident und seine Stellvertreter mit Mehrheit gewählt werden, dürfen sie die Repräsentanz für den gesamten Bundestag in Anspruch nehmen.⁶⁰

2. Präsidium als Kollegialorgan

Der Präsident und die Stellvertreter bilden gem. § 5 GOBT das Präsidium.⁶¹ Im Unterschied zum Präsidenten und den Stellvertretern als Einzelorgane repräsentiert das Präsidium den Bundestag als Kollegialorgan. Darüber hinaus repräsentieren die einzelnen Präsidiumsmitglieder gerade nicht Ausschnitte des Bundestages, sondern fungieren ebenfalls als Gesamtrepräsentanten. Voraussetzung dafür ist die Mehrheitswahl als *modus*

⁵⁷ Ausführlich *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 190 f.

⁵⁸ Bezogen auf die gesetzliche Mitgliederzahl (Art. 121 GG), siehe *Brocker*, in: BeckOK-GG, Art. 40 Rn. 9.

⁵⁹ *Bücker*, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 27 Rn. 7; *Ismayr*, *Der Deutsche Bundestag*, 3. Aufl. 2012, S. 160 f.

⁶⁰ Siehe *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 80 ff. nach dem durch den Mehrheitsbeschluss als Ausdruck der parlamentarischen Kompromissfindung letztlich eine Gesamtrepräsentation zustande kommen soll und der damit offensichtlich ebenso den Mehrheitsbeschluss als notwendiges Faktum zur Herstellung einer Gesamtrepräsentation in einem gruppenrepräsentierenden Parlament sieht.

⁶¹ Siehe *Bücker*, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 27 Rn. 21 ff.

operandi der Besetzung, die Gruppenrepräsentanten (Repräsentanten der vorschlagenden Fraktionen) zu Gesamtrepräsentanten werden lässt. Die Mehrheitswahl ist die normative Rechtfertigung für die Gesamtrepräsentation durch den fraktionell eingebundenen Abgeordneten.⁶²

3. Ausschüsse

Besonderes Augenmerk gilt den Ausschüssen, die die Hauptaufgabe bei der Gesetzgebung in Form von Beratungen übernehmen, vgl. § 80 Abs. 1 GOBT.⁶³

Die Regelungen zur Zusammensetzung der Ausschüsse sind divergent und sowohl im Grundgesetz als auch in einfachen Gesetzen und in der GOBT zu finden. Allen gemeinsam ist jedoch die Zusammensetzung nach Fraktionsproporz (vgl. § 12 S. 1 GOBT⁶⁴).⁶⁵ Bemerkenswert ist, dass dies nicht nur für Entsendungen, sondern nach § 12 S. 2 GOBT explizit auch für Wahlen gilt. Die Berechnung der Anzahl der Sitze jeder Fraktion erfolgt mittels unterschiedlicher Methoden,⁶⁶ wobei die Wahl der Methode gem. § 57 Abs. 1 S. 1 GOBT sowie die Gesamtzahl der Ausschussmitglieder im Entscheidungsspielraum der Bundestagsmehrheit steht. Eine gesetzliche oder geschäftsordnungsmäßige Festschreibung, dass jeder Fraktion mindestens ein Sitz in jedem Ausschuss zusteht, besteht nicht. Ob ein grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Anspruch auf einen Sitz in jedem Ausschuss besteht, ist strittig.⁶⁷

Die Abgeordneten derselben Fraktion sind in den Ausschüssen Repräsentanten ihrer Fraktion (Gruppenrepräsentation), weil sie von den Fraktionen in die Ausschüsse entsandt wurden, um ihre Fraktion entsprechend dem Fraktionsproporz zu repräsentieren.⁶⁸ Dafür spricht auch die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung einzelner Abgeordneter durch die Fraktion.⁶⁹ Nur der Ausschuss als Kollegialorgan (Kollektivrepräsentation) repräsentiert den gesamten Bundestag (Gesamtrepräsentation), sofern er im Grundsatz spiegelbildlich zum Bundestag zusammengesetzt ist.⁷⁰

II. Binnenrepräsentationslogik

Nachgehend soll der Versuch unternommen werden, von dieser exemplarischen Betrachtung eine Binnenrepräsentationslogik zu abstrahieren.

⁶² So i.E. auch *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 80 ff.; vgl. *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 430 f.

⁶³ Vgl. BVerfGE 80, 188 (221 f.); *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 52 Rn. 39.

⁶⁴ Ferner Art. 53a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GG für den Gemeinsamen Ausschuss, sofern man diesen (zumindest auch) als Untergliederung des Bundestages anerkennt; § 4 S. 2 PUAG für Untersuchungsausschüsse. Siehe *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 52 Rn. 45.

⁶⁵ Ausführlich *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 194 ff.; *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 52 Rn. 45.

⁶⁶ Das BVerfGE hat dies in BVerfGE 70, 324 (366, 380) verneint; krit. *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 52 Rn. 46.

⁶⁷ So wohl auch BVerfGE 80, 188 (224 f.), das zu Recht feststellt, dass der fraktionsangehörige Abgeordnete, im Unterschied zum fraktionslosen Abgeordneten, im Ausschuss zumindest auch für seine Fraktion spricht.

⁶⁸ BVerfGE 80, 188 (233 f.); *Edinger*, Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien, 1992, S. 340 ff.

⁷⁰ *Borchert*, AöR 102 (1977), 210 (233).

1. Gesamtrepräsentation oder Gruppenrepräsentation?

Ausgangspunkt dafür ist die Unterscheidung zwischen Gesamt- und Gruppenrepräsentation auf der Seite der Repräsentierten und zwischen Individual- und Kollektivrepräsentation auf der Seite der Repräsentanten (s. B. II.). Dem Grundsatz der Volkssouveränität nach Art. 20 Abs. 2 GG entspricht nur die Repräsentation des gesamten Staatsvolkes (Gesamtrepräsentation), wobei unerheblich ist, ob diese durch ein Gesamtorgan (Kollektivrepräsentation) oder ein Organteil (Individualrepräsentation) vermittelt wird.

Wie oben festgestellt repräsentiert die jeweilige Untergliederung als Gesamtorgan den gesamten Bundestag. Bei einer Kollektivrepräsentation auf Repräsentantenseite besteht mithin eine Gesamtrepräsentation auf der Seite des Repräsentierten, sofern die Untergliederung spiegelbildlich besetzt bzw. durch Wahl zustande gekommen ist (z.B. beim Präsidium, s. D. I. 2.). Weitere Untergliederungen der Bundestagsorgane (z.B. mehrere Abgeordnete gleicher Fraktion in den Ausschüssen) repräsentieren nicht den gesamten Bundestag, da sie allein den Spiegelbildlichkeitsgrundsatz nicht erfüllen. Eine Individualrepräsentation kann daher nur eine Gruppenrepräsentation auf der Seite des Repräsentierten vermitteln.

Prägnant formuliert: Mit der Kollektivrepräsentation korrespondiert die Gesamtrepräsentation, mit der Individualrepräsentation die Gruppenrepräsentation.

2. Kohärenz zwischen Außen- und Binnenrepräsentation

Auch in der Außenrepräsentation repräsentiert nur der gesamte Bundestag (Kollektivrepräsentation) das gesamte Staatsvolk (Gesamtrepräsentation) (s.o.). Organteile des Bundestages (wie bspw. Fraktionen oder Gruppen) repräsentieren hingegen nur Ausschnitte des Staatsvolkes (Gruppenrepräsentation).⁷¹ Damit besteht eine Kohärenz zwischen Außen- und Binnenrepräsentation.

3. Inkohärenz innerhalb der Binnenorganisation?

Möglicherweise ist die o.g. Repräsentationslogik (s. D. II. 1.) bzgl. der Binnenrepräsentation jedoch inkohärent.

Prima facie besteht eine Inkohärenz zwischen Einzel- und Kollegialorganen. Während der einzelne Abgeordnete in seiner Funktion als Einzelorgan den gesamten Bundestag repräsentiert, repräsentiert er als Teil eines Kollegialorgans i.d.R. nur Ausschnitte des Bundestages (bspw. seine Fraktion). Damit kann derselbe Abgeordnete gesamthaft oder nur teilhaft repräsentieren. Dieser Unterschied gründet sich jedoch in der unterschiedlichen Funktion (Einzelorgan oder Teil eines Kollegialorgans), die dieser wahrnimmt und ist somit systembedingt. Bei der Frage der Repräsentanz ist nicht auf den Abgeordneten als natürliche Person, sondern auf seine Einordnung als Einzel- oder Kollegialorgan abzustellen. Damit entscheidet die konkrete Funktion des Abgeordneten über seinen

⁷¹ Ob dies auch für den einzelnen Abgeordneten gilt oder dieser aufgrund einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch eine repräsentative Sonderstellung einnimmt, indem er das gesamte Staatsvolk repräsentiert, ist umstritten, soll hier aber nicht näher erörtert werden.

Repräsentationsstatus und es besteht gerade keine Inkohärenz zwischen Einzel- und Kollegialorganen.

Jedoch kann zwischen den Kollegialorganen ein Unterschied festgestellt werden: Während beim Präsidium der Bundestag als Gesamtorgan (Gesamtrepräsentation) sowohl durch das Präsidium als Kollegialorgan als auch durch einzelne Präsidiumsmitglieder repräsentiert wird, repräsentieren andere Kollegialorgane (wie bspw. Ausschüsse) nur in ihrer Gesamtheit (Kollektivrepräsentation) den gesamten Bundestag. Einzelne Mitglieder dieser Kollegialorgane repräsentieren nur Ausschnitte aus dem Bundestag (Gruppenrepräsentation). Dieser Unterschied begründet sich jedoch in der Sonderstellung des Präsidiums hinsichtlich seiner Entstehung. Das Präsidium setzt sich, nicht wie andere Kollegialorgane, fraktionell gegliedert aus einzelnen Abgeordneten, sondern aus Einzelorganen (Präsident und Stellvertreter) zusammen. Diese Einzelorgane sind bereits für sich Gesamtrepräsentanten. Sie nehmen damit eine Doppelstellung als Einzelorgan einer- und Teil eines Kollegialorgans andererseits ein. Dies ist systemimmanent begründbar und durch die Vorgabe des Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG, wonach Präsident und Stellvertreter zu wählende Einzelorgane sind, grds. unabänderlich. Eine Inkohärenz besteht nicht.

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die demokratische Repräsentation sowohl in der Außen- als auch in der Binnenrepräsentation von einer kohärenten Repräsentationslogik durchzogen ist: Kollektivrepräsentation korrespondiert mit einer Gesamtrepräsentation, Individualrepräsentation mit der Gruppenrepräsentation.

III. Repräsentationslücken

Das Bestehen einer Repräsentationslogik bedeutet jedoch nicht, dass keine Repräsentationslücken bestehen können. Von solchen ist immer dann zu sprechen, wenn Untergliederungen nicht exakt spiegelbildlich zum Bundestag gebildet werden. Inwiefern solche Repräsentationslücken bestehen, soll nun untersucht werden.

Eine Repräsentationslücke könnte im Präsidium bestehen, wenn nicht alle Fraktionen in diesem vertreten sind. So verhält es sich für die AfD-Fraktion.⁷² Die Repräsentationslücke besteht jedoch nur *prima facie*. Wie bereits festgestellt sind die Präsidiumsmitglieder Einzelorgane, die durch Mehrheitswahl besetzt werden (Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG). Sie repräsentieren damit nicht ihre Fraktion oder die sie wählende Mehrheit, sondern den gesamten Bundestag. Durch die Mehrheitswahl wird die Gruppenrepräsentation zur Gesamtrepräsentation,⁷³ denn ein Einzelorgan könnte sonst nie gesamthaft repräsentieren, da der Repräsentant – zumindest in der Parteiendemokratie – fraktionell eingebunden ist. Damit bestehen keine Repräsentationslücken im Präsidium, weder bzgl. nicht verteilter Fraktionen noch bzgl. fraktionsloser Abgeordneter und Gruppen, die ebenfalls nicht im

⁷² Die AfD-Fraktion versucht seit 2017 kontinuierlich, dass einer ihrer Kandidaten als Stellvertreter gewählt wird, siehe *Deutsche Presse-Agentur*, „AfD scheitert erneut mit Kandidaten für Bundestagspräsidium“, *Spiegel Politik* v. 21.03.2024.

⁷³ Vgl. *Kelsen*, Vom Wert und Wesen der Demokratie, S. 80 ff. Ausführlich zur Funktion der Mehrheit in der repräsentativen Demokratie *Hillgruber*, AöR 127 (2002), 460 (461 ff.).

Präsidium vertreten sind, von diesem aber repräsentiert werden. Die fraktionelle Gliederung über die Wahl fraktionsverschiedener Stellvertreter ist parlamentarischer Brauch,⁷⁴ der mittlerweile in § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT seinen Niederschlag gefunden hat.⁷⁵ Verfassungsrechtlich ist die fraktionell gegliederte Besetzung des Präsidiums aus den genannten Gründen jedoch nicht geboten.⁷⁶

Ebenso verhält es sich für den Ältestenrat. Auch hier könnte man Repräsentationslücken für fraktionslose Abgeordnete und Gruppen annehmen, die dem Ältestenrat nicht angehören.⁷⁷ Indes werden diese zumindest von den Präsidiumsmitgliedern repräsentiert.⁷⁸ Der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz ist damit gewahrt.

Bei konsequenter Anwendung der o.g. Repräsentationslogik entstehen keine mit dem Spiegelbildlichkeitsgrundsatz unvereinbaren Repräsentationslücken. Die Nichtvertretung bestimmter Gruppen bei der Besetzung von (organisatorischen) Leitungsämtern (z.B. Präsidium, Ausschussvorsitz) wird z.T. mit der Nichtgeltung des Spiegelbildlichkeitsgrundsatzes für diese Untergliederungen begründet und gerechtfertigt.⁷⁹ Versteht man den Spiegelbildlichkeitsgrundsatz als verfassungsrechtliches Gebot, Kollegialorgane (wie Ausschüsse) nach Fraktionsproporz zu besetzen, ist die Nichtgeltung für o.g. Leitungsämter die richtige Konsequenz, da diese i.d.R. Einzelorgane sind, bei denen eine Besetzung nach Fraktionsproporz rein tatsächlich nicht möglich ist. Versteht man den Spiegelbildlichkeitsgrundsatz jedoch als Gebot, welches aufgrund der Repräsentationsfunktion des Bundestages gebietet, dass der Bundestag selbst und alle seine Untergliederungen im Endpunkt das gesamte Staatsvolk repräsentieren müssen, muss dieser unabhängig von der Konzeption des Organs (als Einzel- oder Kollegialorgan) und dessen Aufgabe (organisatorisch oder nicht) gelten.⁸⁰ Der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz stellt dann unterschiedliche Anforderungen, abhängig davon, ob es sich um ein Kollegial-

⁷⁴ Vgl. *Bücker*, Präsident und Präsidium, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht, 2011, § 27 Rn. 23.

⁷⁵ Ein Spannungsverhältnis zwischen freier Wahl und dem grds. Anspruch jeder Fraktion auf ein Präsidiumsmitglied nach § 2 Abs. 1 S. 1 GOBT ist nicht zu verleugnen, siehe *Schwarz*, in: *BeckOK-GG*, § 2 GOBT Rn. 5 ff.

⁷⁶ I.E. auch BVerfGE 160, 411 (422 ff.), worin das BVerfG feststellt, dass kein Anspruch auf ein bestimmtes Wahlergebnis besteht und „der Anspruch einer Fraktion auf Mitwirkung und Gleichbehandlung [...] bei der Besetzung des Präsidiums aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG [...] mit Blick auf Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG unter dem Vorbehalt der Wahl“ steht.

⁷⁷ *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 172; *Roll*, Ältestenrat, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 28 Rn. 5.

⁷⁸ I.E. auch BVerfGE 80, 188 (227); *Roll*, Ältestenrat, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 28 Rn. 5.

⁷⁹ So hat dies das BVerfG jüngst für den Ausschussvorsitz festgestellt, siehe BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 96, 106; so auch BVerfGE 80, 188 (226 f.); 84, 304 (328); 96, 264 (280); *Schönberger/Schönberger*, JZ 2018, 105 (110).

⁸⁰ I.E. auch *Edinger*, Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien, S. 304 ff.; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 168. Dass auch (Einzel-)Organen mit überwiegend organisatorischen Aufgaben eine Repräsentationsfunktion zukommt, erkennt auch das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Entscheidung für den Ausschussvorsitz an, BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 106, 113 und lehnt dennoch die Geltung des Spiegelbildlichkeitsgrundsatzes für derartige Ämter ab.

oder Einzelorgan handelt: bei Kollegialorganen die Besetzung nach Fraktionsproporz, bei Einzelorganen die Mehrheitswahl.⁸¹

Wendet man den Spiegelbildlichkeitsgrundsatz dergestalt an, entfaltet er in der Binnenrepräsentation uneingeschränkte Wirkung und führt (gerade) zur Verhinderung von Repräsentationslücken.

IV. Zwischenergebnis

Summa summarum lässt sich festhalten, dass die Binnenorganisation des Bundestages *de lege lata* von einer kohärenten Repräsentationslogik durchzogen ist, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen Stand hält und die keine verfassungsrechtlich problematischen Repräsentationslücken entstehen lässt.

E. Reformvorschläge für eine Binnenrepräsentation im Deutschen Bundestag *de lege ferenda*

Dennoch kann sich ein berechtigtes „Störgefühl“ einstellen, wenn z.B. Fraktionen im Präsidium nicht vertreten sind.⁸² Ein derartiges Störgefühl sollte durch eine entsprechende Ausgestaltung der Geschäftsordnung – soweit möglich⁸³ – beseitigt werden, um die Akzeptanz und das Vertrauen in den Bundestag als zentrales Repräsentationsorgan⁸⁴ dauerhaft aufrechtzuerhalten. Als taugliche Reformvorschläge kommen insbesondere die geschäftsordnungsmäßige Festlegung der Untergliederungsgröße und des Berechnungsverfahrens und/oder eines Grundmandats für die parlamentarischen Untergliederungen in Betracht.

Die Festlegung einer Sitzzahl, die von vornherein zu gering gewählt ist, um alle Fraktionen berücksichtigen zu können, verstößt sowohl gegen das gleiche Mandat (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG),⁸⁵ als auch gegen den Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 GG)⁸⁶ sowie gegen das Gleichheitsrecht der Parteien/Fraktionen (Art. 21 Abs. 1 GG).⁸⁷ Daher ist grundsätzlich eine Größe und eine Berechnungsmethode

⁸¹ Richtigerweise gewährt der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz aber auch bei Erstreckung auf die Einzelorgane (organisatorische Leitungsgremien) keinen Anspruch auf die Wahl eines bestimmten Kandidaten, da anderenfalls die freie Wahl zu einer formalen Bestätigung degradiert würde, was dem Charakter der freien Wahl zuwiderläuft und überdies mit dem freien Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG unvereinbar wäre. Insofern ist dem jüngsten Urteil des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 116 ff., zuzustimmen.

⁸² Ismayr, Der Deutsche Bundestag, S. 168 bemerkt zu Recht, dass „angesichts der Bedeutung des Präsidiums als Lenkungsorgan [...] die Mitwirkung aller Fraktionen selbstverständlich sein [sollte]“.

⁸³ Unmöglich ist dies bei Einzelorganen, da diese einer (Mehrheits-)Wahl bedürfen (s.o.). So schreibt etwa § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT vor, dass jede Fraktion durch einen Vizepräsidenten im Präsidium vertreten ist, gleichwohl besteht kein Anspruch auf eine Wahl, siehe BVerfG, Urt. v. 18.09.2024, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 116 ff.

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 80, 188 (217); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 38.

⁸⁵ Birk, NJW 1988, 2521 (2524); Demmler, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 414; Meyer, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 4 Rn. 109.

⁸⁶ I.E. Sondervotum des Richters Mahrenholz in BVerfGE 70, 324 (372); Birk, NJW 1988, 2521 (2521, 2524).

⁸⁷ Vgl. Edinger, Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien, 1992, S. 286 f. Ausführlich zur Gleichheit der Fraktionen: Scherer, AöR 112 (1987), 189 (190 ff.).

zu wählen, bei der jede Fraktion zumindest die Chance auf einen Sitz hat.⁸⁸ Eine geschäftsordnungsmäßige Festlegung einer (Mindest-)Größe⁸⁹ und der Berechnungsmethode⁹⁰ könnten hier einen Mehrwert generieren, um Missbrauchsgefahren vorzubeugen und eine gewisse Kontinuität⁹¹ bei der Ausschussbesetzung zu schaffen. Weiterhin könnte ein Grundmandat Abhilfe leisten.⁹² Dazu müsste in der Geschäftsordnung, wie bereits für einige Länderparlamente,⁹³ festgeschrieben werden, dass jede Fraktion mindestens ein Mitglied in den Untergliederungen stellt. Es würde somit die Beteiligung aller Fraktionen unabhängig von der Größe der Untergliederungen und der gewählten Berechnungsmethode sichern⁹⁴ und damit ein Recht auf Repräsentationsteilhabe gewähren. Für die Enquete-Kommission besteht ein solches Grundmandat (§ 56 Abs. 3 GOBT).⁹⁵ Eine Ausweitung auf alle Ausschüsse wäre eine denkbare Reformmöglichkeit. Nicht zu verleugnen ist jedoch, dass diese nur eine Missbrauchshürde und kein absoluter Schutz wären, denn auch die Geschäftsordnung kann jederzeit geändert oder im Einzelfall von ihr abgewichen werden (§ 126 GOBT).⁹⁶

F. Fazit und Ausblick

Die vorausgegangene Analyse hat ergeben, dass die Binnenorganisation des Deutschen Bundestages *de lege lata* eine hinreichende demokratische Repräsentation i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG gewährleistet. Darüber hinaus hat sich gezeigt, dass eine mit der Außenrepräsentation kohärente Binnenrepräsentationslogik, trotz der vielschichtigen Ausgestaltung der Binnenorganisation, besteht. Trotz der Wahrung der verfassungsrechtlichen Anforderungen bestehen einige Reformmöglichkeiten, wie die geschäftsordnungsmäßige Festschreibung der Untergliederungsgröße/Berechnungsmethode und eines Grundmandats. Im Ergebnis vermögen aber auch diese die bestehenden Spannungsverhältnisse innerhalb der demokratischen Repräsentation einerseits und zum freien Mandat (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) andererseits nicht vollständig zu lösen. Anzuerkennen ist die Tatsache, dass die demokratische Repräsentation nicht nur (verfassungs-)rechtlich, sondern auch durch die Parlamentspraxis geprägt ist. Die Wahrung und Sicherung der

⁸⁸ So auch *Birk*, NJW 1988, 2521 (2524); *Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, S. 414, 419; *Kuhn*, ZParl 51 (2020), 449 (460).

⁸⁹ So z.T. in den Ländern: z.B. § 12 Abs. 1 S. 1 GO-LT Sachsen-Anhalt v. 12.04.2016, § 11 Abs. 1 S. 1 GO-LT Niedersachsen v. 04.03.2003.

⁹⁰ So in § 4 S. 5 PUAG. In den Ländern z.B. § 17a Abs. 1 GO-LT Baden-Württemberg v. 16.10.2019 (Verfahren Sainte-Laguë/Scherpes), § 10 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GO-LT Brandenburg v. 20.05.2020 (Verfahren Hare/Niemeyer), § 69 Abs. 2 Hs. 1 GO-LT Rheinland-Pfalz v. 18.02.2022 (d'Hontsches Verfahren).

⁹¹ Eine rechtlich bindende Kontinuität wäre damit aufgrund des Diskontinuitätsgrundsatzes gleichwohl nicht geschaffen (vgl. *Schwarz*, in: BeckOK-GG, § 12 GOBT Rn. 5), aber ggf. eine faktische.

⁹² *Birk*, NJW 1988, 2521 (2524 f.); *Edinger*, Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien, 1992, S. 287.

⁹³ Z.B. § 69 Abs. 2 GO-LT Rheinland-Pfalz v. 18.02.2022, § 23 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GO-LT Sachsen v. 01.10.2019.

⁹⁴ *Birk*, NJW 1988, 2521 (2524 f.).

⁹⁵ Ebenso § 4 S. 3 PUAG.

⁹⁶ So wurde z.B. das in der GO-LT Bayern enthaltene Grundmandat mit Blick auf den bevorstehenden Einzug der Partei Die Grünen in den Landtag 1986 abgeschafft, siehe Protokoll des Ausschusses für Geschäftsordnung und Wahlprüfung des Bayerischen Parlaments v. 11.06.1985, S. 6.

demokratischen Repräsentation in der Binnenorganisation ist somit nur im Zusammenspiel zwischen rechtlicher Rahmensetzung und politischer Konsenskultur möglich.⁹⁷

⁹⁷ Vgl. *Morlok*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz*, Parlamentsrecht, § 3 Rn. 45; *Schönberger/Schönberger*, JZ 2018, 105 (105).

Die Abgrenzung von Fremdtötung und Suizidhilfe nach dem „Insulin“-Beschluss

Zugleich ein Beitrag zur Ratio des § 216 StGB

Yasin Mouhssine*

Abstract: Der vorliegende Beitrag widmet sich der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB¹) und ihrer Abgrenzung zur Suizidhilfe. Im Zentrum der Betrachtung steht eine Auseinandersetzung mit der umstrittenen ratio legis des § 216 StGB und dem „Insulin“-Beschluss des BGH vom 28.06.2022 (6 StR 68/21), der sich im Einzelnen mit dieser Abgrenzung beschäftigt und dabei die Schwierigkeiten einer im Einzelfall gerechten Abgrenzung verdeutlicht.

A. Einleitung

„Es gibt nur ein wirklich ernstes philosophisches Problem: den Selbstmord“² schreibt Camus und setzt sich mit einem Thema auseinander, das seit Jahrhunderten religiös, moralisch und ethisch diskutiert wird.³ Auch in der Rechtswissenschaft sind Suizid und Sterbehilfe seit jeher Gegenstand lebhafter Auseinandersetzung. Insbesondere die Autonomie und Würde des Einzelnen rücken in den Mittelpunkt der Debatte. Denn das Bundesverfassungsgericht erkannte das Recht auf selbstbestimmtes Sterben an und ließ den verfassungsrechtlich gebotenen Lebensschutz zugunsten der autonomen Selbstbestimmung am Lebensende zurücktreten.⁴ Wie viel Selbstbestimmung das Strafrecht am Lebensende zulassen soll, ist bis heute Gegenstand politischer und gesellschaftlicher Debatten. Die Abgrenzung der Tötung auf Verlangen von der straflosen Beihilfe zum Suizid stellt eine der umstrittensten Fragen des materiellen Strafrechts dar. Hier kollidiert das Selbstbestimmungsrecht Suizidwilliger mit der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und das Rechtsgut Leben zu schützen.⁵

Eine präzise Abgrenzung ist aufgrund der Bedeutung dieser Rechtsgüter besonders wichtig. Diese ist aber insbesondere schwierig, weil die straflose Beihilfehandlung bei äußerer Betrachtung schwer von der Tötung auf Verlangen zu unterscheiden sein kann. Jedoch auch,

* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Er absolvierte 2024 sein erstes Staatsexamen. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Aktuelle Rechtsprechung in Strafsachen“ bei Prof. Dr. Elisa Hoven zugrunde.

¹ Paragraphen, sofern nicht anders bezeichnet, sind solche des StGB.

² Camus, Der Mythos des Sisyphos, aus dem Französischen von Vincent von Wroblewsky 2000, S. 11.

³ Boehme-Neßler, NVwZ 2020, 1012 (1013); Großkopf, RDG 2004, 20.

⁴ BVerfGE 153, 182.

⁵ BVerfGE 153, 182, (Rn. 223).

weil ein grundsätzlicher wertmäßiger Unterschied zwischen der Tötung auf Verlangen und der aktiven Teilnahme an einer Selbsttötung schwer festzustellen ist.⁶

B. Strafloße Beihilfe und Tötung auf Verlangen

I. Ausgangspunkt der Abgrenzung

Der Ausgangspunkt für die Straflosigkeit der Beihilfe ist die freiverantwortliche Selbsttötung. Diese fällt, weil gerade kein anderer Mensch getötet wird, nicht unter die §§ 211 ff. StGB.⁷ So ist aufgrund des Grundsatzes der (limitierten) Akzessorietät die Teilnahme mangels Haupttat straflos.⁸ Hingegen stellt die Tötung auf Verlangen eine strafbare Mitwirkung am Tod des Opfers dar. Sie ist ein von § 211 StGB und § 212 StGB selbstständiger⁹ und privilegierender Tatbestand.¹⁰ Diese Privilegierung ist darin begründet, dass das Unrecht der Tat nach § 216 StGB auf Grund des einwilligungsähnlichen Tötungsverlangens herabgesetzt ist.¹¹ Die Wirksamkeit der Einwilligung, also die Anerkennung des Todeswunsches als autonome Entscheidung, führt bei Vollzug durch Dritte zur Strafbarkeit, während die Beihilfe zur Umsetzung der gleichen Entscheidung nicht pönalisiert wird.¹² Die strafbare Fremdverletzung mit Einwilligung des Individuums stellt damit eine Ausnahme von der grundsätzlichen Disponibilität individueller Rechtsgüter dar.¹³ Eine solche Selbstverfügungsbeschränkung ist besonders erklärungsbedürftig.¹⁴

II. Ratio des § 216 StGB

Zur Begründung dieser normativen Differenzierung werden im Schrifttum verschiedene Erklärungsansätze verfolgt, die § 216 StGB eine Legitimation verschaffen sollen.¹⁵

1. Überindividuelle Erklärungsansätze

Ein Ansatz stellt zur Begründung des § 216 StGB auf die Unveräußerlichkeit des Rechtsguts Leben ab.¹⁶ Der Sinn des § 216 StGB sei darin begründet, dass der Gesetzgeber aufgrund der existenziellen Bedeutung des Todes eine Delegation des Vollzuges an andere nicht zulassen wolle.¹⁷ Das Bekenntnis des Grundgesetzes zu den unveräußerlichen Menschenrechten soll diese Idee stützen.¹⁸ Dies ist aber nicht überzeugend, da Art. 1 Abs. 2 GG

⁶ Kaufmann, MedR 1983, 121 (124); Dreier, JZ 2007, 317 (320).

⁷ BGHSt 32, 367 (371); Schneider, in: MüKo-StGB, 2023, vor § 211 Rn. 30.

⁸ Schwarzenegger, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 4, 2019, § 2 Rn. 33.

⁹ BGHSt 2, 258; BGHSt 13, 162.

¹⁰ Vgl. Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 62. Ed. 2024, § 216 Rn. 1; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl., 2019, § 216 Rn. 1.

¹¹ Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 1; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 216 Rn. 1.

¹² Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 216 Rn. 3; Saliger, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 216 Rn. 2.

¹³ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, 2001, S. 237.

¹⁴ Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 335.

¹⁵ Müller, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2007, S. 12; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 216 Rn. 1a.

¹⁶ Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots: das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, 2004, S. 170.

¹⁷ Schroeder, ZStW (1994), 565 (574).

¹⁸ Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots: das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, S. 171.

keine Aussage über die Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts trifft, sondern nur auf den Umstand verweist, dass niemand von vornherein außerhalb der Menschenrechtsordnung gestellt werden darf.¹⁹

An den Rang des Rechtsguts Leben knüpfen auch Tabubrucherwägungen an, deren Vertreter durch das strikte Verbot aktiver Tötungen das Leben aller schützen wollen, indem sie den Respekt vor dem Leben der Mitmenschen erhalten.²⁰ Die Tabuisierung jeder Art von Fremdtötungen soll notwendig sein, um Übergriffe auf das Lebensrecht solcher Menschen zu verhindern, deren Schutz durch die Lockerung des Fremdtötungsverbots nicht in Frage gestellt werden sollte.²¹ So wird das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen geopfert, um jede Möglichkeit einer unzulässigen Fremdtötung auszuschließen. Jedoch kann von einem tatsächlich bestehenden Tötungstabu in unserer Gesellschaft und Rechtsordnung nicht gesprochen werden. Denn der Schutz des menschlichen Lebens ist nicht absolut und tritt unter bestimmten Voraussetzungen hinter den Schutz anderer Interessen zurück.²² So können etwa Notwehr und Krieg die Tötung anderer Menschen rechtfertigen.²³ Darüber hinaus vermag der Schutz des Tabus keine ausreichende Grundlage für ein aufgeklärtes rationales Strafrecht darzustellen²⁴ und müsste sich bei konsequenter Anwendung auch gegen andere Formen der Sterbehilfe wenden.²⁵

In eine ähnliche Richtung gehen die Befürchtungen vor einem Dammbruch.²⁶ Vertreter dieser Auffassung sehen in der ausnahmsweisen Zulassung aktiver Fremdtötungen die Gefahr, dass das Prinzip der begrenzten Ausnahmefälle zu einer Praxis der Tötung außerhalb dieser Grenzen führen kann.²⁷ Diese Erwägungen sind jedoch empirisch nicht belegt²⁸ und könnten genauso auf die Straflosigkeit der Suizidbeihilfe angewendet werden.²⁹ Auch die Sorge um Beweisschwierigkeiten,³⁰ die damit zusammenhängt, dass das Opfer den Behauptungen des Täters nicht mehr widersprechen kann, vermag nicht zu überzeugen. Beweisprobleme sind allgemeiner und technischer Natur im ganzen Strafrecht und können

¹⁹ Höfling, in: Sachs, GG-Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art.1 Rn. 80 f.; Sauer, in: Dreier, GG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 2 Rn. 12.

²⁰ Hirsch, in: FS Lackner, 1987, S. 597 (612).

²¹ Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 308.

²² Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 240 f.

²³ Hoerster, NJW 1986, 1787 (1791); Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, S. 398.

²⁴ Schroeder, ZStW 1994, 565 (567).

²⁵ Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 19 f.; Kaufmann, MedR 1983, 121 (124).

²⁶ Öz, Das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Opfers und dem strafrechtlichen Lebensschutz, 2021, S. 197.

²⁷ Giesen, JZ 1990, 929 (933); Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, S. 311.

²⁸ Rosenau, FS Roxin, 2011, S. 577 (589); Strätling, MedR 2012, 285 (286).

²⁹ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 249.

³⁰ Arzt, ZStW 1971, 1 (36).

nicht die Grundlage einer Strafrechtsregelung darstellen.³¹ Darüber hinaus widerlegt die allgemeine gerichtliche Erfahrung etwaige Behauptungen.³²

2. Individuelle Erklärungsansätze

Teilweise werden Erwägungen zur Autonomie des Suizidenten angeführt.³³ Die Pönalisierung der Tötung auf Verlangen soll Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Tötungswunsches verhindern.³⁴ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass für die Tötung durch sich selbst eine höhere Hemmschwelle überwunden werden muss als bei der Tötung durch einen Dritten.³⁵ Nur die eigenmächtige Überschreitung der Hemmschwelle des eigenen Selbsterhaltungs- triebes könne die Zweifel an der Entschlossenheit des Sterbewilligen beseitigen.³⁶ Diese Überlegung ist aber nicht komplett überzeugend, denn es erscheint zumindest möglich, dass die Einschaltung Dritter ein Indikator für eine defektfreie Willensbildung sein kann. So kann die Kommunikation mit einem Dritten eine tiefgreifende Reflexion der Sterbens- gründe notwendig machen, denn der Sterbewillige wird den Beteiligten regelmäßig davon überzeugen müssen, ihm behilflich zu sein und muss dabei zwangsläufig den Zweckzu- sammenhang überdenken.³⁷ Überlegungen zur Hemmschwelle mögen vielleicht die Unterscheidung zwischen Fremd- und Selbsttötung im Ausgangspunkt erklären, können sie aber nicht mit letzter Sicherheit begründen.³⁸

Ein weitere Ansicht sieht in der Einwilligungssperre einen Übereilungsschutz.³⁹ Der Sui- zident soll vor einer voreiligen Beendigung seines Lebens geschützt werden, die dadurch erfolgt, dass der Sterbewillige im Affekt einen Dritten um seinen Tod bittet und so Opfer seiner übereifrigen Entscheidung wird.⁴⁰ Dieser Ansatz kann jedoch nicht erklären, warum es keine Ausnahmen für die Fälle gibt, in denen keine übereilte Entscheidung vorliegt.⁴¹ Ein Übereilungsschutz dürfte nur eine zeitlich begrenzte Einwilligungssperre vorsehen, die Ausnahmen vorsieht, sobald festgestellt wurde, dass keine Defizite in der Willensbildung des Sterbewilligen vorliegen.⁴²

³¹ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 260.

³² Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 263.

³³ Roxin, GA 2013, 313 (318 f.).

³⁴ Öz, Das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Opfers und dem strafrecht- lichen Lebensschutz, S. 192.

³⁵ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 265; Roxin, NSTZ 1987, 345 (348).

³⁶ Öz, Das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Opfers und dem strafrecht- lichen Lebensschutz, S. 192; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 639.

³⁷ Müller, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, S. 112.

³⁸ Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 6; Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 264.

³⁹ Jakobs, in: FS Kaufmann, 1993, S. 459 (467 f.).

⁴⁰ Öz, Das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Opfers und dem strafrecht- lichen Lebensschutz, S. 190.

⁴¹ Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, S. 352.

⁴² Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, S. 353.

3. Zwischenergebnis

Die Erklärung der Einwilligungssperre ist in der Unterscheidung der Tötung auf Verlangen von der straflosen Suizidbeihilfe zu finden.⁴³ Die überindividuellen Ansätze richten sich auch gegen die Beihilfe und können die Unterscheidung nicht erklären. Auch wenn die individuellen Ansätze kritisiert werden, stellt die ihnen zugrundeliegende Überlegung der Gefahr einer unfreien Tötung⁴⁴ die einzige befriedigende Antwort auf die Asymmetrie dar.⁴⁵ Bei einer Fremdtötung kann der Täter nicht mit Sicherheit einschätzen, ob der Sterbewillige in der Lage ist, ernstlich über sein Leben zu verfügen.⁴⁶ Zwar kann der Gehilfe dies auch nicht mit Sicherheit, jedoch ist die Gefahr aufgrund einer Fehleinschätzung bei der Tötung auf Verlangen größer als bei der Beihilfe. Die untergeordnete Rolle des Teilnehmers und die eigenständige Umsetzung der Tat sind verlässliche Indikatoren für die Autonomie des Suizidenten. Das führt dazu, dass die Gefahr einer unfreien Tötung, bei einer durch einen dritten ausgeführten Tötungshandlung, plausibler Ausgangspunkt für die Unterscheidung sein kann. Die Einwilligungssperre des § 216 StGB knüpft an die vom Gesetzgeber getroffene Abwägung an, welche die Gefahr der Beeinträchtigung des Lebens durch defizitäre Verfügungen im Verhältnis zum Interesse des Individuums, den Todesentschluss selbstbestimmt umzusetzen, bei der Tötung auf Verlangen anders gewichtet als bei der Beihilfe.⁴⁷ Hierin ist eine wesentliche Parallele zu den klassischen abstrakten Gefährdungsdelikten zu sehen,⁴⁸ welche ein typischerweise gefährliches Verhalten unter Strafe stellen, ohne dass im Einzelfall eine konkrete Gefährdung eines durch den Straftatbestand geschützten Rechtsgutsobjektes gefordert wird.⁴⁹ Bei der Tötung auf Verlangen ist das die unwiderlegbare Vermutung der Gefahr einer unfreien Tötung.⁵⁰

III. Abgrenzung in der bisherigen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung bemühte bisher zur Abgrenzung die objektiv-materiellen Kriterien der Tatherrschaftslehre.⁵¹ Für die Beurteilung, wer das zum Tode führende Geschehen als Täter beherrscht hat, sei die Herrschaft über den todesursächlichen Akt und der Gesamtplan der Beteiligten maßgeblich.⁵² Zudem komme es darauf an, welche Bedeutung die Verfügung des Getöteten über sein Leben im Zuge der Umsetzung des Gesamtplans gewonnen hat.⁵³

⁴³ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 267.

⁴⁴ Müller, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, S. 133; Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 8; Tenthoff, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, S. 180.

⁴⁵ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid Euthanasie, S. 267; Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, S. 300.

⁴⁶ Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 8.

⁴⁷ Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, S. 300.

⁴⁸ Kraatz, in: GS Tröndle, 2019, S. 595 (609); Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 8.

⁴⁹ Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 1.

⁵⁰ Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 8.

⁵¹ Seit dem „Gisela-Fall“ Abkehr von der subjektiven Theorie; BGHSt 19, 135; BGH NJW 2003, 2326; OLG Hamburg NStZ 2016, 530; vgl. auch Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 13.

⁵² BGHSt 19, 135, 140; BGHSt 63, 161, 165; Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 37.

⁵³ OLG München, Beschl. v. 31.07.1987, 1 Ws 23/87; Fischer, StGB, § 216 Rn. 4b.

Die Abgrenzung hänge davon ab, ob sich der Sterbewillige in die Hand des anderen begeben habe, oder ob er bis zuletzt über seinen Tod frei habe verfügen können.⁵⁴

C. Der Insulinbeschluss des BGH

Von dieser Abgrenzung hat sich der BGH in seinem „Insulinbeschluss“ abgewendet.

I. Sachverhalt

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hatte über die Revision der Angeklagten S zu entscheiden.⁵⁵ S kümmerte sich seit vielen Jahren um ihren Ehemann R, der an einer Vielzahl von schmerzvollen Krankheiten litt. Als die Schmerzen Anfang 2019 immer schlimmer wurden, äußerte R vermehrt den Wunsch, zu sterben. Am 7. August 2019 litt R an schwersten Schmerzen und äußerte gegenüber S ausdrücklich und ernsthaft, noch am gleichen Tag sterben zu wollen. Er forderte S auf, ihm alle im Haus vorrätigen Medikamente zu geben, welche er daraufhin eigenständig einnahm. Danach forderte er die S erfolgreich zur Injektion aller vorrätigen Insulinspritzen auf, um den Eintritt seines Todes abzusichern. In den folgenden Stunden wurde R immer schwächer, schlief ein und verstarb. Die zuvor eingenommenen Medikamente waren zwar ebenfalls geeignet, den Tod herbeizuführen, doch war nur das Insulin für den Tod ursächlich.

II. Kritik an der Gesamtbetrachtung

Für den 6. Senat handelte es sich bei dem Verhalten der S um eine straflose Beihilfehandlung zum Suizid des R. Das Gericht grenzte hierbei nicht nach Maßgabe einer naturalistischen Betrachtung des unmittelbar todesursächlichen Aktes ab, sondern aufgrund einer normativ wertenden Betrachtung der Tatherrschaft mit Blick auf das Gesamtgeschehen. Danach beherrsche der Ehemann die Tat. Die Injektion des Insulins durch S ändere daran nichts, weil eine isolierte Betrachtung der Handlung dem Gesamtplan nicht gerecht geworden wäre. Danach wollte R in erster Linie durch die Medikamente sterben, das Insulin sollte nur den Todeseintritt sicherstellen. So bildeten die Einnahme der Medikamente und die Injektion des Insulins nach dem Gesamtplan einen einheitlichen lebensbeendenden Akt, über dessen Ausführung allein R bestimmt habe. Denn R nahm die Medikamente eigenständig ein, während das Insulin durch S nur gespritzt wurde, weil es R krankheitsbedingt schwerfiel. Es sei also schlussendlich nur dem Zufall geschuldet, dass das Insulin seinen Tod verursacht habe, während die Medikamente ihre tödliche Wirkung erst zu einem späteren Zeitpunkt entfaltet hätten.⁵⁶ Das Gericht führte als weitere Argumentationslinie aus, dass R das zu seinem Tod führende Geschehen auch noch nach dem aktiven Beitrag von S (Insulingabe) beherrscht habe, da er eigenverantwortlich davon absah, Gegenmaßnahmen einzuleiten.⁵⁷ Bei Beurteilung des Verhaltens der Beteiligten anhand normativer Kriterien habe die S mangels Tatherrschaft nur straflose Beihilfe zum Suizid geleistet.

⁵⁴ Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 216 Rn. 13; Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 37.

⁵⁵ Zum Folgenden BGHSt 67, 95.

⁵⁶ BGHSt 67, 95 (Rn. 16 f.).

⁵⁷ BGHSt 67, 95 (Rn. 17).

Für die Normativierung des Tatgeschehens durch eine wertende Gesamtbetrachtung spricht vor allem das Ergebnis. Denn dieser Betrachtungsweise gelingt es, den durch Eigenbeiträge unterlegten Gesamtplan so zu würdigen, dass die Tragik von Selbsttötungsprozessen in Zweierbeziehungen berücksichtigt wird, ohne dass es zu einer Bestrafung des Ehegatten durch die Abgrenzung mithilfe zu eng verstandener Handlungskategorien kommt.⁵⁸ Auch wenn man das Ergebnis für überzeugend hält, sind die zur Begründung herangezogenen Aspekte – die nichtkausale Einnahme der Medikamente und das Unterlassen eines Rettungsversuchs – nicht unproblematisch.⁵⁹

1. Medikamente und Insulinspritze als Gesamtgeschehen

Der Senat ordnet die Gabe der Insulinspritze und die Einnahme der zu einem späteren Zeitpunkt letal wirkenden Medikamente als einen nach dem Gesamtplan beabsichtigten einheitlichen lebensbeendenden Akt ein. Danach war es dem Zufall geschuldet, dass die Insulinspritze vor den Medikamenten die tödliche Wirkung herbeiführte, wobei es den Eheleuten nicht darauf ankam, welches der beiden Tötungsmittel sich verwirklichen sollte.

Diese wertende Betrachtung führt dazu, dass die tatsächlich für den Tod kausalen Insulininjektionen nach Auffassung des Gerichtes nicht für eine Fremdtötung sprechen sollen.⁶⁰ Es ist zumindest fraglich, inwieweit diese Ausführungen mit der Kausalitätslehre vereinbar sind, in denen Reserveursachen (Medikamente) in Fällen der hypothetischen Kausalität unbeachtet bleiben.⁶¹ So wird der Eindruck erweckt, dass die Kausalität unerheblich sei.⁶²

Denkbar wäre ein Vergleich mit der alternativen Mittäterschaft, bei der die Zufälligkeit des Erfolgeintrittes nach dem Gesamtplan eine wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge ermöglicht.⁶³ Hierfür müsste jeder Mittäter ein gemeinsames deliktisches Ziel verfolgen, wobei jeder die Möglichkeit zur Vornahme der Ausführungshandlung haben müsste. Im vorliegenden Fall handelte es sich aber nicht um rechtlich gleichwertige Ausführungshandlungen,⁶⁴ da sich einerseits die Medikamenteneinnahme als rechtlich erlaubter Selbsttötungsversuch darstellte, während die Verfolgung des Ziels in der Person der S die Qualität einer Fremdtötungshandlung hatte.⁶⁵ Die Ausführungshandlungen sind nicht beliebig austauschbar, eine Vergleichbarkeit ist nicht gegeben.

Im Rahmen der normativen Betrachtung versucht der Senat, die Bedeutung der Insulingabe herunterzuspielen, in dem er darauf verweist, dass diese in der Vorstellung des R nur Sicherungscharakter haben sollte und somit für das Tötungsgeschehen von minderer Bedeutung gewesen sei. Diese Begründung überzeugt deshalb nicht, weil sie zu einer Abgrenzung anhand des Willens zur Tatherrschaft führt, obwohl der BGH subjektive Merkmale für die Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdtötung nicht mehr für relevant

⁵⁸ Saliger, MedR 2023, 222 (223).

⁵⁹ Murmann, ZfStW 2022, 530 (532).

⁶⁰ Murmann, ZfStW 2022, 530 (532).

⁶¹ Seifert, HRRS 2023, 13 (15).

⁶² Grünwald, NJW 2022, 3021 (3025).

⁶³ Murmann, ZfStW 2022, 530 (532).

⁶⁴ Murmann, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 27 Rn. 64 ff.

⁶⁵ Murmann, ZfStW 2022, 530 (532).

hält.⁶⁶ Die Abgrenzung von Fremd- und Selbsttötung ist ein Problem des äußeren Tatbestandes, für den es regelmäßig unbeachtlich ist, welche Reserveursache später möglicherweise auch den Erfolg herbeigeführt hätte.⁶⁷

2. Begründung der Tatherrschaft durch Nichtstun

Der BGH sah die Tatherrschaft nach der Insulininjektion bei R, da dieser davon absah, Gegenmaßnahmen einzuleiten. Die Gedanken, die der Begründung der Tatherrschaft durch den R durch das Nichtstun trotz Rettungsmöglichkeit zu Grunde liegen, sind nicht neu. In Fällen des Unterlassens bei der Möglichkeit des erfolgsvermeidenden Einschreitens wird die Tatherrschaft dadurch begründet, dass der Garant nach Eintritt der Bewusstlosigkeit des Suizidenten als einziger den Eintritt des Todes verhindern kann und der Erfolg so allein von seinem Verhalten abhängt.⁶⁸ Im vorliegenden Fall blieb der R nach der aktiven Tötungshandlung noch einige Zeit bei Bewusstsein. Die Möglichkeit, in dieser Zeit den Erfolg noch abwenden zu können, könnte man als tatherrschaftsbegründend ansehen, wenn man es nicht für entscheidend hält, wer den finalen Handlungsakt innehat, sondern wer den Tötungsprozess steuert.⁶⁹

Dem Urteil lassen sich jedoch keine Feststellungen dazu entnehmen, inwieweit Rettungsmaßnahmen noch erfolgversprechend gewesen wären. Denkbare Rettungsmöglichkeit wäre der Anruf eines Notdienstes gewesen. Aber ob der R noch in der körperlichen Verfassung war den Arzt anzurufen und dieser auch rechtzeitig gekommen wäre, ist ungewiss.⁷⁰ Für das Bestehen der Tatherrschaft würden verschiedene unberechenbare Faktoren wie die Konstitution des Opfers, die Wirkstoffkonzentration oder der Rettungsweg eine Rolle spielen und zu zufälligen Ergebnissen führen.⁷¹

Eine weitere denkbare Rettungshandlung des R wäre gewesen seine Frau als Hilfsperson einzuschalten. Dem wird aber entgegengehalten, dass nicht die Person Helfer sein kann, von der die Tatherrschaft des Suizidenten abgegrenzt werden muss. Denn es geht gerade darum, dass der Suizident das Geschehen beherrscht und nicht der Helfer.⁷² Ansonsten wäre jede Tötung auf Verlangen ein Suizid, solange das Opfer die Tötungshandlung noch bis zum letzten Moment durch einen kommunikativen Akt hätte verhindern können. Es kommen deshalb nur Rettungshandlungen in Frage, die vom Täter unabhängig sind.⁷³ Darüber hinaus fällt es schwer nachzuvollziehen, wie der der Angeklagten ausgelieferte Ehemann das zu seinem Tode führende Geschehen beherrschen kann, in dem er davon absah, die Angeklagte um Hilfe zu bitten.⁷⁴ Einer geschwächten Person, die an der

⁶⁶ *Murmann*, ZfStW 2022, 530 (532 f.).

⁶⁷ *Walter*, JR 2022, 621 (625).

⁶⁸ *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 663 (668).

⁶⁹ *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 663 (668).

⁷⁰ *Walter*, JR 2022, 621 (624).

⁷¹ *Franzke/Verrel*, JZ 2022, 1116 (1118).

⁷² *Walter*, JR 2022, 621 (624).

⁷³ *Walter*, JR 2022, 621 (624).

⁷⁴ *Gierok*, GuP 2022, 190 (193).

Schwelle des Todes kurz vor der Ohnmacht steht, eine Beherrschung des Geschehens zuzuweisen, wirkt auch aus diesem Grund befremdlich.⁷⁵

Gegen die Übertragung der Grundsätze sprechen zudem die rechtspolitischen Folgen. Die Begründung der Tatherrschaft durch die Möglichkeit der Unterbrechung eines tödlichen Kausalverlaufes würde eine Vielzahl von Fällen aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift fallen lassen. So würden nur noch überraschend durchgeführte Fremdtötungen dem § 216 StGB unterfallen.⁷⁶ Das würde den Straftatbestand praktisch bedeutungslos machen.⁷⁷ Tendenziell ließe sich so jede Tötungshandlung in eine straflose Suizidteilnahme umdeuten, soweit das Opfer eine Selbstrettungsmöglichkeit besessen hat.⁷⁸ Das Abstellen auf die Rettungsmöglichkeit stellt daher keine überzeugende Begründung dar.

III. Vereinbarkeit mit der *ratio* des § 216 StGB

Die Entscheidung müsste zudem mit der *ratio legis* zu vereinbaren sein. Wenn man die *ratio* so versteht, dass § 216 StGB eine Tötung wegen eines nicht mit letzter Entschlossenheit gefassten und geäußerten Sterbewunsches verhindern soll,⁷⁹ dann würde der Suizident bei Betrachtung des Gesamtgeschehens seine Letztentschlossenheit dadurch unter Beweis stellen können, dass er eigenhändig eine potenziell tödliche Handlung vornimmt.⁸⁰ Eine später erfolgte, nur zur Absicherung dienende kausale Tötungshandlung des Dritten lässt dann keine Zweifel an dem durch eigenes Handeln zum Ausdruck gebrachten Sterbewunsch des Suizidenten.⁸¹ So würde die Einnahme der Medikamente dazu führen, dass R seinen Sterbewunsch hinreichend ausgedrückt hat und die Handlung der S vom Schutzzweck nicht mehr umfasst wäre. Folglich könnte in Fällen, in denen ein Suizident durch die Vornahme einer eigenhändigen Tötungshandlung seine Selbstentschlossenheit manifestiert, eine teleologische Reduktion des Tatbestandes anzunehmen sein.⁸² Die Entscheidung wäre mit der *ratio legis* vereinbar.

Diese Überlegungen würden aber verkennen, dass § 216 StGB bereits die abstrakte Gefahr einer unfreien Tötung verhindern will. Die Beurteilung dieser Gefahr ist mit der Unterscheidung zwischen Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe erfolgt. Die als unwiderlegbare Vermutung ausgestaltete Strafvorschrift stellt jede Fremdtötung unabhängig von der Gefahr einer unfreien Tötung unter Strafe. Es handelt sich damit um eine vom Gesetzgeber festgestellte spezifische Gefährdungslage, die – vergleichbar mit einem abstrakten Gefährdungsdelikt – nicht teleologisch reduziert werden kann.⁸³ Die Entscheidung, sich durch einen Dritten töten zu lassen, wird dem R damit unabhängig von seiner

⁷⁵ Pauli, HRRS 2022, 281 (282).

⁷⁶ Herzberg, JuS 1988, 771 (772); Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 48.

⁷⁷ Franzke/Verrel, JZ 2022, 1116 (1119 f.).

⁷⁸ Saliger, MedR 2023, 222 (223).

⁷⁹ Dreier, JZ 2007, 317 (320); Hoven/Kudlich, NStZ 2022, 663 (667); Roxin, NStZ 1987, 345 (348).

⁸⁰ Franzke/Verrel, JZ 2022, 1116 (1119).

⁸¹ Hoven/Kudlich, NStZ 2022, 663 (667).

⁸² Murmann, ZfStW 2022, 530 (537).

⁸³ Kraatz, in: GS Tröndle, 2019, 595 (609); Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 8.

Autonomie verwehrt.⁸⁴ Es kommt nicht darauf an, ob R seine Letztentschlossenheit dadurch unter Beweis stellte, dass er eigenhändig eine potenziell tödliche Handlung vornahm.

D. Fazit

Die Entscheidung ist weder mit der *ratio legis* vereinbar, noch wäre eine teleologische Reduktion zulässig. Darüber hinaus leidet die Begründung des BGH an dogmatischen Ungereimtheiten. Die wertende Gesamtbetrachtung führt dazu, dass der Tatbeitrag der S als Beihilfe angesehen wird. Das überzeugt genauso wenig, wie eine Tatherrschaft durch Unterlassen anzunehmen.

Der Insulin-Beschluss hebt die Schwierigkeiten hervor, die bei der Abgrenzung der Tötung auf Verlangen von der Suizidhilfe bestehen. Es wird deutlich, dass der Insulin-Beschluss von Erwägungen geleitet ist, deren Notwendigkeit aus den Schwächen des § 216 StGB resultiert. Das gesamte Tötungsgeschehen wird durch die Selbstbestimmung des R geprägt. Zweifel an seiner Autonomie bestehen insbesondere wegen der selbstständigen Einnahme der letal wirkenden Medikamente nicht. Eine wertende Betrachtung legt es nahe, das Verhalten der S als Beihilfe zum Suizid anzusehen. Aus moralischer Perspektive macht es kaum einen Unterschied, wer schlussendlich die kausale Todesursache gesetzt hat, wenn sich das Geschehen als Ausdruck eines freiverantwortlichen Suizides dargestellt hat. Auch wenn es die Moral vielleicht anders gebietet, bestraft die Vorschrift des § 216 StGB jede durch einen kausalen Tatbeitrag verursachte fremde Tötung auf Verlangen. Dieses Fremdtötungsverbot gerät, wie es der Insulin-Fall des BGH deutlich zeigt, an seine Grenzen.

Die Spannungen, welche aufgrund der Kollision des § 216 StGB mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben auftreten, sind unübersehbar. Dieses von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasste Recht, dem insbesondere seit der jüngsten Entscheidung des BVerfG⁸⁵ ein besonderer Wert zukommt, setzt den zwingend zu wahrenden Entfaltungsraum autonomer Selbstbestimmung fest.⁸⁶ Die Entscheidung, sich durch einen Dritten töten zu lassen, wird dem R unabhängig von seiner Autonomie verwehrt.⁸⁷ Dieser mittelbare Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben⁸⁸ ist in Fällen, in denen die Gefahr von Autonomiedefiziten nicht besteht, verfassungsrechtlich besonders fragwürdig. Die aktuelle Fassung des § 216 StGB, die seit über 150 Jahren im Wesentlichen unverändert geblieben ist,⁸⁹ wird diesen Ansprüchen und den Erfordernissen einer modernen Gesellschaft nicht mehr gerecht. Die höchstrichterliche Herangehensweise ist ein methodisch nicht überzeugender Versuch angesichts einer aus der Zeit gefallenen, reformbedürftigen Rechtsvorschrift eine gerechte Entscheidung zu treffen. Sie verdeutlicht welchen Herausforderungen eine im Einzelfall gerecht anmutende Abgrenzung

⁸⁴ Kunze, medstra 2022, 88 (92).

⁸⁵ BVerfGE 153, 182.

⁸⁶ BVerfGE 153, 182, Rn. 278.

⁸⁷ Kunze, medstra 2022, 88 (92).

⁸⁸ Lindner, NSTZ 2020, 505 (507).

⁸⁹ Große-Vehne, Tötung auf Verlangen, 2005, S. 4.

gegenübersteht und weswegen die Abgrenzung der Tötung auf Verlangen von der straflosen Beihilfe zum Suizid eine der umstrittensten Fragen des materiellen Strafrechts darstellt.



LEIPZIG LAW JOURNAL