

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ  
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ  
имени О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)»

---

---



**ЧЕТВЕРТАЯ НЕДЕЛЯ НЕМЕЦКОГО ПРАВА  
с участием юридического факультета  
Потсдамского университета  
Москва, 2015 г.**

**VIERTE WOCHE DES DEUTSCHEN RECHTS  
mit der Juristischen Fakultät der  
Universität Potsdam  
Moskau, 2015**

---

---

МОСКВА  
Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
2016

УДК 340.1  
ББК 67(3)

Ответственные редакторы:

профессор, доктор юридических наук **Е. Ю. Грачева**  
(Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА))

Univ.-Prof. Dr. iur. **Детлев В. Беллинг**  
(Потсдамский университет)

**Четвертая неделя немецкого права** с участием юридического факультета Потсдамского университета. Москва, 2015 г. — М. : Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2016. — 290 с.

ISBN 978-5-906685-40-7

УДК 340.1  
ББК 67(3)

ISBN 978-5-906685-40-7

© Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2016

## INHALTSVERZEICHNIS | СОДЕРЖАНИЕ

Vorwort der deutschen Seite .....	5
Предисловие немецкой стороны .....	7
Предисловие российской стороны .....	9
Vorwort der russischen Seite .....	11
<b><i>Wilhelm Schluckebier   Вильгельм Шлукебия</i></b>	
Die Versammlungsfreiheit .....	14
Свобода собраний .....	32
<b><i>Hartmut Bauer   Хартмут Бауер</i></b>	
Modernisierung des Petitionsrechts in Deutschland und Europa: Öffentliche Petition – Europäische Bürgerinitiative – Ombudsman-Institutionen .....	35
Модернизация права на подачу петиций в Германии и Европе: публичная петиция – европейская гражданская инициатива – институты омбудсменов .....	68
<b><i>Carmen Thiele   Кармен Тиле</i></b>	
Umweltrelevante Grundrechte .....	69
Основные права в сфере защиты окружающей среды .....	94
<b><i>Uwe Hellmann   Уве Хелльманн</i></b>	
Der Einfluss des europäischen Rechts auf das deutsche Strafrecht .....	97
Влияние европейского права на уголовное право Германии .....	117
<b><i>Wolfgang Lüke   Вольфганг Люке</i></b>	
Verbraucherschutz durch Verfahren – zur Umsetzung der EU ADR-Richtlinie in Deutschland .....	120
Защита прав потребителей через процесс: к имплементации директивы об альтернативном разрешении потребительских споров .....	148

<b><i>Dorothea Assmann   Доротея Ассманн</i></b>	
Die Vormerkung als Sicherungsmittel beim Grundstückserwerb .....	152
Предварительная запись как способ обеспечения при приобретении земельного участка .....	178
<b><i>Carolin Laue   Каролин Лауэ</i></b>	
Die zivilrechtliche Haftung von Zahlungsdienstleistern im deutschen Zahlungsverkehrsrecht .....	184
Гражданско-правовая ответственность в расчетных правоотношениях по германскому законодательству об оказании платежных услуг .....	202
<b><i>Falk Bernau   Фальк Бернау</i></b>	
Grundsätze des deutschen Zivilprozesses .....	211
Основы гражданского процесса Германии .....	228
<b><i>Thorsten Ingo Schmidt, Sebastian Segmiller   Торстен Инго Шмидт, Себастиан Зегмиллер</i></b>	
Die europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung .....	232
Европейская хартия местного самоуправления .....	258
<b><i>Martin Schlüter   Мартин Шлютер</i></b>	
Entwicklung der betrieblichen Mitbestimmung in Deutschland .....	261
Развитие участия трудящихся в управлении производством в Германии .....	286

## Vorwort der deutschen Seite

Wissenschaft verbindet Nationen, Wissenschaft kennt keine Grenzen, sie ist frei und Teil der Gesellschaft, nicht des Staates. Als Rechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler haben sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der 4. Woche des deutschen Rechts nicht durch Auseinandersetzungen im politischen Leben entzweien lassen. Der Gedankenaustausch und die akademische Kontroverse führen Sie zu neuen Erkenntnissen, die beiden Ländern zugutekommt. Die Wissenschaft ist mehr denn je verwoben und international organisiert, lebt von gegenseitigem Informationsaustausch und führt zu grenzüberschreitender Netzwerkbildung. Deutschland und Russland verbindet eine lange Tradition der Zusammenarbeit in Lehre und Forschung – ein besonders gutes Beispiel stellt die Kooperation der Universität Potsdam mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin Universität dar.

Auch das Bundesland Brandenburg hat ein großes Interesse an erfolgreichen wissenschaftlichen Kooperationen mit der Russischen Föderation. So hob der Vorsitzende des Deutsch-Russischen Forums<sup>1</sup> und ehemalige Ministerpräsident Matthias Platzeck 2014 ganz richtig hervor, dass *„wir in der heutigen Zeit persönliches Engagement, Interesse an Partnerschaft brauchen, um nicht einer Stagnation unserer bilateralen Beziehungen zu verfallen. Ziel ist es, die vorherrschende Nähe zwischen deutscher und russischer Kultur in allen Lebenslagen zu nutzen. Das Land Brandenburg und seine Menschen haben eine besondere Vertrautheit zu Russland – die Beziehungen sind historisch gewachsen“*.

Das Jahr 2015 war für Deutschland ein besonderes Jahr, da Deutschland das 25-jährige Jubiläum der Wiedervereinigung feiern durfte. Das Land und die Universität erinnern sich in Dankbarkeit an die Zustimmung, die diese friedliche deutsche Wiedervereinigung auch bei unseren östlichen Nachbarn in der ehemaligen Sowjetunion damals gefunden und das Wiedererstehen des Landes Brandenburg und somit auch die Gründung der Universität Potsdam erst ermöglicht hat. Seitdem hat die Entwicklung der Kontakte zu den Nachbarn eine kontinuierliche, außerordentlich breit differenzierte Entwicklung genommen. Die Verbindungen zu Russland sind stetig gewachsen. Es bestehen partnerschaftliche Kontakte auf föderaler, regionaler, kommunaler und viele auf universitärer Ebene in Wissenschaft und Forschung.

Die Universität Potsdam hat insgesamt neun Partnerinstitutionen in Russland, so viele wie mit keinem anderen Land der Welt. 2015 erfolgte im Rahmen der im März verabschiedeten

---

<sup>1</sup> <http://www.deutsch-russisches-forum.de/index.php?id=faq>

Internationalisierungsstrategie eine regionale Schwerpunktsetzung. Die Russische Föderation ist eine der Schwerpunktregionen der Universität. Viele Partnerschaften sind historisch gewachsen und werden durch Kooperationen in Studium und Lehre getragen. Der wissenschaftliche Diskurs spielt eine große Rolle, ein sehr gutes Beispiel ist die Kooperation unserer Juristischen Fakultät mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin Universität, im Rahmen derer seit 2007 ein Austausch von Studierenden und Lehrenden ebenso wie ein fruchtbarer Austausch von Ideen stattfindet.

Martin Luther sagte einmal: „Der Jurist, der nicht mehr ist als ein Jurist, ist ein arm Ding!“ Die Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler in den unterschiedlichsten Positionen und Phasen ihrer Laufbahn dokumentieren im Rahmen der 4. Woche des deutschen Rechts in Moskau in hervorragender Weise, dass sie weitaus mehr sind als reine Juristen. Denn die Moskauer Staatliche Juristische O. E. Kutafin Universität und die Universität Potsdam arbeiten seit einer Reihe von Jahren erfolgreich mit den vereinten Kräften ihrer Professorinnen und Professoren, ihrer Dozentinnen und Dozenten bei der Suche nach wissenschaftlichen Entdeckungen zusammen. Sie streben nach neuen wissenschaftlichen Errungenschaften und lenken die Aufmerksamkeit auf neue wissenschaftliche Probleme, die nach einer Lösung rufen.

Aufgrund der bestens etablierten Kooperation zwischen der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität und der Universität Potsdam bin ich zuversichtlich, dass sich der Austausch zu Fragen des russischen und des deutschen Rechts in den kommenden Jahren erfolgreich entwickeln wird – unterstützt von der Hochschulleitung der Universität Potsdam.

*Prof. Dr. Ulrike Demske  
Vizepräsidentin für Internationales, Alumni und Fundraising  
Universität Potsdam*

## Предисловие немецкой стороны<sup>1</sup>

Наука объединяет нации, наука не ведает границ, она свободна и является частью общества, а не государства. Ученые-юристы, участники конференции «Четвертая неделя немецкого права в Москве», не позволили политическим конфликтам внести раздор в их среду. Обмен знаниями и научные диспуты привели их к новым научным выводам, которые пошли на пользу обеим странам. На сегодняшний день наука сильнее, чем когда-либо, переплетена и интернационально организована, она живет за счет взаимного обмена и таким образом создает транснациональные связи. Германию и Россию объединяют долгосрочные традиции взаимной работы в области образования и науки, наиболее яркий пример тому – сотрудничество между Университетом Потсдама и Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Федеральная земля Бранденбург также крайне заинтересована в успешной научной кооперации с Российской Федерацией. Председатель Германо-русского форума<sup>2</sup>, в прошлом министр-президент Матиас Плацек, в 2014 г. очень точно отметил, что *«во времена личной целеустремленности, нам необходима заинтересованность в партнерстве, чтобы в наших двусторонних отношениях не наступила стагнация. Цель состоит в том, чтобы использовать преобладающее сходство между немецкой и русской культурой во всех сферах жизни. Земля Бранденбург и ее жители имеют особое доверие к России - эти отношения сложились исторически»*.

2015 год стал для Германии особенным, так как Германия отметила 25-летний юбилей своего объединения. Страна и университет с благодарностью вспоминают об одобрении и понимании, которое нашло это мирное объединение у наших восточных соседей в бывшем Советском Союзе, что, в свою очередь, привело к возможности возрождения земли Бранденбург и созданию Университета Потсдама. С тех пор контакты с соседями развивались непрерывно и в высшей степени разносторонне. Связи с Россией все это время непрерывно наращивались. Существует множество партнерских контактов на федеральном, региональном, муниципальном, университетском уровне, а также большое количество контактов в науке и научно-исследовательских областях.

---

<sup>1</sup> Перевод Артёма Зыкова.

<sup>2</sup> URL: <http://www.deutsch-russisches-forum.de/index.php?id=faq>.

В общей сложности Университет Потсдама имеет 9 партнерских учреждений в России, больше, чем в какой-либо другой стране мира. В марте 2015 года в рамках принятой университетом стратегии международного развития (интернационализации) были установлены основные региональные приоритеты. Российская Федерация является одним из приоритетных направлений для Университета Потсдама в рамках принятой стратегии. Большое число партнерских отношений сложилось исторически и поддерживается активным сотрудничеством в образовании и науке. Научные дискуссии играют огромную роль, прекрасным примером тому является сотрудничество юридического факультета нашего университета с Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина, в рамках которого с 2007 года проходит обмен студентов и научных сотрудников, а также плодотворный обмен идеями.

Как однажды сказал Мартин Лютер: *«Юрист, который не является ни кем более, чем просто юристом, являет собой беднягу»*. Ученые-юристы на различных должностях и этапах своей карьеры превосходно демонстрируют в рамках Четвертой недели немецкого права в Москве, что они являются больше, чем просто юристами. Так, МГЮА и Университет Потсдама на протяжении нескольких лет успешно работают объединенными силами профессоров и доцентов над поиском научных открытий совместно. Они стремятся к новым научным достижениям и привлекают внимание к новым научным проблемам, нуждающимся в скорейшем решении.

На основании прочно установившегося сотрудничества МГЮА и Университета Потсдама я уверена, что обмен в вопросах российского и немецкого права в будущем будет активно развиваться при поддержке администрации Университета Потсдама.

*Проф. д. ф. н. Ульрике Демске  
вице-президент Университета Потсдама  
по международному сотрудничеству*

## **Предисловие российской стороны**

С 30 ноября по 4 декабря 2015 года в Москве состоялась конференция «Четвертая неделя немецкого права».

Очередная Неделя немецкого права в Москве стала эффективным продолжением сотрудничества между Университетом Потсдама и Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Торжественное открытие Четвертой недели немецкого права в Москве в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялось 30 ноября 2015 г.

С приветственным словом выступили как представители Университета имени О.Е. Кутафина, так и ведущие ученые из Потсдамского университета:

Блажеев Виктор Владимирович, ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, почетный работник науки и техники Российской Федерации, профессор.

Ульрике Дэмске, вице-президент Университета Потсдама по международному сотрудничеству, проф., д. ф. н.

Клеменс Мёмкес, советник посольства ФРГ в РФ.

Грачёва Елена Юрьевна, первый проректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), проф., д. ю. н.

Кутафин Дмитрий Олегович, проректор по международному сотрудничеству Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), к. ю. н.

Судья Федерального Конституционного Суда Германии, почетный доктор наук Вильгельм Шлукебия открыл конференцию с докладом на тему «Свобода собраний».

Продолжил научные дискуссии Хартмут Бауэр, проф., д. ю. н., декан юридического факультета Университета Потсдама, с докладом «Модернизация права подачи петиции в Германии и Европе: публичная петиция – Европейская гражданская инициатива – институты Омбудсмана».

В рамках Четвертой недели немецкого права в Москве 1 декабря 2015 г. с научными докладами выступили:

Комарова Валентина Викторовна, зав. кафедрой конституционного и муниципального права, проф., д. ю. н., «Памяти В. И. Фадеева».

Кармен Тиле, проф., д. ю. н., заместитель декана и декан по учебной части Европейского университета Виадрини, рассказала об основных экологических конституционных правах.

Розвита Швердтфегер, д. ю. н., управляющая делами деканата, Университет Потсдама. Научный доклад: «Учебная программа магистр права (LL.M) на юридическом факультете Университета Потсдама».

2 декабря 2015 г. серию докладов продолжили: Узэ Хелльманн, проф., д. ю. н., Университет Потсдама, научный доклад «Влияние права Европейского Союза на уголовное право Германии»; Вольфганг Люке, проф., д. ю. н., LL.M. (Чикаго), Университет Дрездена, научный доклад «Защита прав потребителей через процесс: к имплементации Директивы об альтернативном разрешении потребительских споров»; Доротея Ассманн, проф., д. ю. н., Университет Потсдама, научный доклад «Вещные права на недвижимое имущество: предварительная заявка на внесение в земельный кадастр».

4 декабря 2015 г. церемонию закрытия конференции провели: Каролин Лауе, судья (в административном суде города Лейпцига), научный доклад «Гражданско-правовая ответственность в расчетных правоотношениях по германскому законодательству об оказании платежных услуг»; Фальк Бернау, д. ю. н., судья Верховного земельного суда, научный сотрудник Федерального Конституционного Суда ФРГ, научный доклад «Основы гражданско-процессуального права Германии»; Детлев В. Беллинг, проф., д. ю. н., Университет Потсдама, подвел итоги конференции.

По результатам конференции составлен настоящий сборник научных докладов на русском и немецком языках, что даст читателям уникальную возможность ознакомиться с новыми научными публикациями ученых Университета Потсдама.

Потсдамский университет, основанный в 1991 г. является одним из основных партнеров Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Научное сотрудничество между Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и Потсдамским университетом началось еще в 2007 г. и до настоящего времени успешно и продуктивно развивается, что подчеркивает пользу взаимовыгодного научного сотрудничества российских и немецких ученых в области права.

Проведенная неделя права в очередной раз показала, что отношения сплоченного коллектива немецких и российских ученых продолжают интенсивно развиваться. Надеемся, что ученые обеих сторон и в дальнейшем будут активно сотрудничать, принося пользу нашим странам.

*Виктор Владимирович Блажеев  
ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
заслуженный юрист Российской Федерации*

## **Vorwort der russischen Seite<sup>1</sup>**

Vom 30. November bis zum 4. Dezember 2015 fand in Moskau die Konferenz „4. Woche des Deutschen Rechts“ statt.

Das vorliegende Werk stellt das Ergebnis der - in Moskau stattgefundenen - vierten Woche des Deutschen Rechts dar, das eine fruchtbare und erfolgreiche wissenschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Moskauer Staatlichen Juristischen Universität O.E. Kutafin und der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam fortsetzt.

Die feierliche Eröffnung der Konferenz „4. Woche des Deutschen Rechts, Moskau“ fand am 30. November 2015 in den Räumlichkeiten der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität statt.

Das Begrüßungswort wurde von den Vertretern der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität sowie von führenden Wissenschaftlern der Universität Potsdam gesprochen:

Blažeev Viktor Vladimirovič, Rektor der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität, Ehrenhafter Jurist der Russischen Föderation, Ehrenhafter Arbeiter der beruflichen Hochschulbildung der Russischen Föderation, Ehrenhafter Arbeiter der Wissenschaft und Technik der Russischen Föderation, Professor.

Prof. Dr. Ulrike Demske, Vizepräsidentin für Internationales, Alumni und Fundraising.

Klemens Mömkes, Vertreter der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in der Russischen Föderation.

Gračeva Elena Jur'evna, Ertse Prorektorin der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität, Doktor der Rechtswissenschaften.

Kutafin Dmitrij Olegovič, Prorektor für Internationales der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität, Kandidat der Rechtswissenschaften.

Der Richter des Bundesverfassungsgerichts, Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier hat den wissenschaftlichen Teil der Konferenz mit dem wissenschaftlichen Vortrag zum Thema „Die Versammlungsfreiheit“ eröffnet.

Die wissenschaftlichen Diskussionen wurden von dem Prof. Dr. Hartmut Bauer, der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam, mit dem Vortrag „Modernisierung des Petitionsrechts in Deutschland und Europa: öffentliche Petition – europäische Bürgerinitiative – Ombudsmann – Institutionen“ fortgesetzt.

---

<sup>1</sup> ins Deutsche übersetzt durch Artem Zykov.

In Rahmen der Konferenz „4. Woche des Deutschen Rechts, Moskau“ haben am 1. Dezember 2015 die wissenschaftlichen Vorträge gehalten:

Komarova Valentina Viktorovna, Inhaberin des Lehrstuhls für Verfassungs- und Kommunalrecht, Doktor der Rechtswissenschaften, Professorin, mit Gedenkrede an V. I. Fadeev.

Prof. Dr. Carmen Thiele, Pro- und Studiendekanin der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), hat einen Vortrag über die umweltrelevanten Grundrechte gehalten.

Dr. Roswitha Schwerdtfeger, Fakultätsgeschäftsführung. Wissenschaftlicher Vortrag: „Studiengang Magister legum (LL.M.) an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam“

Am 2. Dezember 2015 wurden die Vorträge fortgesetzt von: Prof. Dr. Uwe Hellmann, Universität Potsdam. Wissenschaftlicher Vortrag: „Der Einfluss des europäischen Rechts auf das deutsche Strafrecht“. Prof. Dr. Wolfgang Lüke, LL.M. (Chicago), Technische Universität Dresden. Wissenschaftlicher Vortrag: „Verbraucherschutz durch Verfahren - Zur Umsetzung der EU ADR-Richtlinie in Deutschland“. Prof. Dr. Dorothea Assmann, Universität Potsdam. Wissenschaftlicher Vortrag: „Die Vormerkung als Sicherungsmittel beim Grundstückserwerb“.

Am 4. Dezember 2015 wurde die Abschlussveranstaltung durchgeführt von: Richterin Carolin Laue (Verwaltungsgericht Leipzig). Wissenschaftlicher Vortrag: „Das Recht des Zahlungsverkehrs in Deutschland und Russland“. Dr. Falk Bernau, Richter am OLG, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht. Wissenschaftlicher Vortrag: „Grundzüge des deutschen Zivilprozesses“. Abschließend hat der Prof. Dr. Detlev W. Belling, Universität Potsdam, die Konferenz „4. Woche des Deutschen Rechts, Moskau, 2015“ ausgewertet.

Als Ergebnis der Konferenz wurde dieser Tagungsband von wissenschaftlichen Vorträgen in deutscher und in russischer Sprache veröffentlicht. Hierdurch haben die Leser die einzigartige Möglichkeit, einen Einblick über die neuen wissenschaftlichen Publikationen von Wissenschaftlern der Universität Potsdam zu bekommen.

Die Universität Potsdam, die im Jahr 1991 gegründet wurde, ist eine der wichtigsten Kooperationspartner der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität.

Die wissenschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität und der Universität Potsdam nimmt seinen Ursprung im Jahr 2007 und entwickelt sich bis heute sehr erfolgreich und effizient. Diese Kooperation betont sehr deutlich den gegenseitigen Nutzen der wissenschaftlichen

Zusammenarbeit zwischen den russischen und deutschen Wissenschaftlern auf dem Gebiet des Rechts.

Die „4. Woche des Deutschen Rechts, Moskau“ verdeutlicht erneut, dass die Beziehungen eines geschlossenen Teams von deutschen und russischen Wissenschaftlern sich erfolgreich weiterentwickeln. Wir hoffen, dass die Wissenschaftler von beiden Seiten weiterhin zum Vorteil unserer Länder aktiv zusammenarbeiten werden.

*Viktor Vladimirovič Blažeev  
Rektor der Moskauer Staatlichen Juristischen  
O.E. Kutafin Universität,  
Ehrenhafter Jurist der Russischen Föderation*

## **DIE VERSAMMLUNGSFREIHEIT**

*Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier  
Richter des Bundesverfassungsgerichts*

Sehr geehrte Frau Vizerektorin,  
sehr geehrte Frau Professor Gratscheva,  
sehr geehrte Frau Vizepräsidentin Professor Demske,  
sehr geehrter Herr Botschaftsrat Mömkes,  
meine sehr geehrten Damen und Herren!

### **I.**

Ich freue mich, dass ich hier in Moskau, in dieser großartigen Stadt und an dieser großartigen Universität bin. Zunächst danke ich der Universität Oleg Kutafin und ihrem verehrten Herrn Rektor, Herrn Professor Blazheev, sowie der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam dafür, dass ich heute zur Eröffnung der vierten Woche des Deutschen Rechts vortragen darf. Die Veranstaltung dieser Woche der Begegnung von Juristen aus der Russischen Föderation und aus Deutschland ist von großer Bedeutung. Sie ermöglicht es, uns nicht nur persönlich ein wenig kennen zu lernen, sondern auch die deutsche Rechtsordnung vorzustellen und darüber zu diskutieren. Auf diese Weise können wir auch etwas über die Sicht der russischen Juristen auf bestimmte Fragestellungen hören und diese Eindrücke mit nach Hause nehmen. Für diesen Austausch sind wir dankbar.

Heute ist es meine Aufgabe, Ihnen das Grundrecht der Versammlungsfreiheit vorzustellen, das in der deutschen Verfassung, unserem Grundgesetz, allen deutschen Staatsbürgern als Freiheitsgrundrecht gewährleistet ist. Dazu möchte ich Ihnen zunächst einen Überblick geben, welche Bedeutung diesem Grundrecht in Deutschland beigemessen wird. Die Interpretation dieses Grundrechts und die Herausbildung von Grundsätzen für die Rechtsanwendung sind über viele Jahrzehnte hinweg durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Auf dieser Grundlage möchte ich die Voraussetzungen und die Grenzen für die Wahrnehmung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit aufzeigen.

## II.

1. In **Art. 8** unseres Grundgesetzes (GG) heißt es:

„(1) *Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.*

(2) *Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden.*“

Der Schutz des Grundrechts setzt also voraus, dass die Versammlung friedlich ist und die Teilnehmer sich ohne Waffen versammeln. Ist die Versammlung nicht friedlich, entfällt der Grundrechtsschutz. Wir nennen das das Friedlichkeitsgebot. Der spannenden Frage, wo die Grenzen verlaufen, werden wir uns noch zuwenden.

Die wichtigen und öffentlichkeitswirksamen Versammlungen *unter freiem Himmel*, also auf Straßen und Plätzen unterliegen auch denjenigen Einschränkungen, die die einfachen Gesetze, vor allem die Versammlungsgesetze vorsehen. Solche beschränkenden gesetzlichen Bestimmungen sind allerdings so auszulegen und anzuwenden, dass sie der Bedeutung des Grundrechts Rechnung tragen. Das ist in unserer Rechtsordnung ein zentraler Punkt: Die Reichweite der Grundrechte bestimmt sich im Grenzbereich nicht nach dem einschränkenden Gesetz. Vielmehr ist es die Wirkkraft der Grundrechte, die für die Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts maßgebend ist und zu einer verfassungskonformen Reduktion des einschränkenden Gesetzes führen kann.

Versammlungen *in geschlossenen Räumen* hingegen lassen sich nur unmittelbar aus der Verfassung selbst folgenden Gesichtspunkten einschränken. Einschränkungen sind insoweit nur möglich, wenn andere, ebenfalls auf der Verfassungsebene zu verortende Rechtsgüter dies rechtfertigen. Beispielsweise der Schutz des Lebens und der Gesundheit der Menschen.

2. In der **Rechtspraxis** haben wir in Deutschland in den zurückliegenden Jahren wiederholt Versammlungen und Demonstrationen mit hoher Teilnehmerzahl, mitunter von vielen tausend Menschen erlebt. Um einige Beispiele zu geben: Es ging um Protestversammlungen gegen die Errichtung von Kernkraftwerken und Wiederaufarbeitungsanlagen für Kernbrennstoffe, um die Einrichtung eines Endlagers für Kernbrennstoffe und um Transporte von radioaktivem Müll in ein Endlager, das in einem früheren Salzstock vorgesehen war. Aus den Zeiten des sogenannten kalten Krieges in den 1980er Jahren kennen wir die Demonstrationen gegen

die Aufstellung von Mittelstreckenraketen durch die NATO in Westeuropa. Gegenwärtig erleben wir mitunter kleinere Versammlungen und Demonstrationen etwa von Landwirten und Bauern, die Milchvieh-Betriebe haben und gegen die niedrigen Milchpreise demonstrieren. Kleinere Demonstrationen im Zusammenhang mit Tarifeinverständnissen zwischen Arbeitgebern und gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern gehören ebenso dazu wie Versammlungen, die gegen die Asyl- und Flüchtlingspolitik der Bundesregierung auftreten und zumeist ein Mehrfaches von Gegendemonstranten auf den Plan rufen.

**3.** Zunächst jedoch gilt es, den Ausgangspunkt in den Blick zu nehmen: Die Bedeutung und den Stellenwert der Versammlungsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht definiert die Versammlungsfreiheit ganz allgemein als das **Recht zur aktiven Teilnahme am politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess** und zählt es „zu den **unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens**“<sup>1</sup>. Versammlungen und Aufzüge werden als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung begriffen. Der Versammlungsschutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen *argumentiert und mit Worten debattiert* wird. Er umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens und auch nicht-verbaler Ausdrucksformen. Dabei kann es sich um Aufrufe, Ansprachen, das Singen von Liedern oder auch um Slogans auf Transparenten handeln. Der Grundrechtsschutz soll vor allem anders denkenden Minderheiten zugutekommen. Die Gefahr, dass solche gemeinschaftlichen Meinungskundgaben in fragwürdiger Weise emotionalisiert werden können, gilt es dabei nach unserem Verständnis grundsätzlich in Kauf zu nehmen.

**4.** Das uns heute selbstverständliche Versammlungsgrundrecht blickt auf eine wechselvolle **Geschichte** zurück. Schon das Heilige Römische Reich kannte das Selbstversammlungsrecht der Reichsstände als Privileg gegenüber dem Kaiser.<sup>2</sup> Die Ereignisse der Französischen Revolution führten die „Macht der Straße“<sup>3</sup> vor Augen. Damals schürten allerdings brutale

---

<sup>1</sup> BVerfGE 69, 315 (Leitsatz Nr. 1 - „Brokdorf“).

<sup>2</sup> Vgl. Depenheuer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 69. Erg.Lfg. 2013, Art. 8 Rn. 10.

<sup>3</sup> Vgl. Depenheuer, a.a.O., Rn. 13.

Exzesse auch die Angst vor enthemmten und nicht mehr zu kontrollierenden Versammlungen.<sup>4</sup>

Während die Reichsverfassung von 1871 kein Grundrecht auf Versammlungsfreiheit vorsah,<sup>5</sup> garantierte die Weimarer Reichsverfassung von 1919 dann erstmals allen Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln.<sup>6</sup> Allerdings wurde diese Verfassungsgarantie durch Notverordnung des Reichspräsidenten im Februar 1933 außer Kraft gesetzt.<sup>7</sup> Vorgeblich, weil es zuvor vermehrt zu Straßen- und Saalschlachten zwischen linken und rechten politischen Kräften gekommen war. Diese Suspendierung der Versammlungsfreiheit war 1933 in Deutschland *einer* der Schritte auf dem Weg in die Nazi-Diktatur.

Heute steht das im Grundgesetz, also der Verfassung, garantierte Grundrecht der Versammlungsfreiheit im Verein mit vergleichbaren Garantien in der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Grundrechtecharta der EU und der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen,<sup>8</sup> die ähnliche Gewährleistungen enthalten.

**5.** Aus dieser Tradition heraus erklärt sich, weshalb das Bundesverfassungsgericht die Versammlungsfreiheit in ständiger Rechtsprechung als ein politisches Teilhabe-Grundrecht versteht, auf das unsere Demokratie nicht verzichten kann. Es ist neben der Meinungsfreiheit und der Freiheit, sich zu vereinen und Gesellschaften zusammenzuschließen, eines der zentralen sogenannten Kommunikationsgrundrechte für den demokratischen Prozess.<sup>9</sup> Dieses Verständnis hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1985 erstmals ausführlich begründet und damals auch die Leitgedanken für seine spätere Rechtsprechung niedergelegt: Als Demonstration erzeuge die Versammlung eine mehrfache Wirkung. Sie stärke den Einzelnen, kanalisieren ein Bündel von Einzelmeinungen zu einer kollektiven Meinung und sei bereits eine Stellungnahme an sich – oder, in den Worten des Beschlusses: In

---

<sup>4</sup> Vgl. Depenheuer, a.a.O., Rn. 13 f.

<sup>5</sup> Vgl. Depenheuer, a.a.O., Rn. 25.

<sup>6</sup> In Art. 123 WRV.

<sup>7</sup> Vgl. Höfling, a.a.O., Rn. 3.

<sup>8</sup> Art. 11 Abs. 1 EMRK, Art. 12 Abs. 1 EuGRCh und Art. 20 Abs. 1 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen.

<sup>9</sup> Vgl. Steinberg, in: Festschrift für Friedhelm Hufen (2015), S. 117.

ihrer idealtypischen Ausformung sind sie die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen.<sup>10</sup>

Der Versammlungsfreiheit kommt danach auch eine stabilisierende Funktion für das repräsentative parlamentarische System zu. Sie gestattet es, Unzufriedenheit, Unmut und Kritik öffentlich vorzubringen. Damit fungiert sie als politisches Frühwarnsystem, das Störpotenziale anzeigt und Kurskorrekturen der offiziellen Politik anstoßen kann.<sup>11 12</sup>

Der einzelne Bürger kann sich so durch kollektive Einflussnahme in Gestalt von Demonstrationen am Prozess der politischen Meinungsbildung beteiligen und eine Art Gegengewicht zu den Einwirkungen von Verbänden, finanzstarken Geldgebern oder der Massenmedien bilden. Damit sehen wir in Deutschland die Versammlungsfreiheit auch als ein stärkendes Element der Repräsentativverfassung. Deren Funktionsfähigkeit ist auf Verfahren der Kommunikation und Rückkoppelung zwischen den Repräsentanten und den Repräsentierten in der Zeit zwischen den Wahlterminen angewiesen.<sup>13</sup>

Die Freiheit der Versammlung steht selbstverständlich *nicht* unter dem Vorbehalt, dass die dort vertretene Auffassung *inhaltlich* durch die Mehrheit der Gesellschaft oder staatliche Stellen akzeptiert wird. Als Artikulationsrecht für Minderheiten darf - vorbehaltlich noch zu erörternder Grenzen - sogar Abwegiges oder für eine offene Gesellschaft schwer Erträgliches kundgetan werden.

Der „**Friedlichkeitsvorbehalt**“ des Versammlungsgrundrechts wahrt allerdings die Balance zwischen der gelegentlich bei mächtigen Demonstrationen auch kräftemessenden Partizipation des Staatsbürgers an der politischen Willensbildung auf der einen Seite und dem Vorrang des Handelns der demokratisch legitimierten staatlichen Akteure sowie dem staatlichen Gewaltmonopol auf der anderen Seite.

Auf der Vermeidung von Gewalttätigkeiten gegen Personen und Sachen muss die Rechtsordnung selbstverständlich bestehen. „Das ist“, wie es in einer zentralen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt, „Vorbedingung für die Gewährleistung der Versammlungsfreiheit.“<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> BVerfGE 69, 315 <345>.

<sup>11</sup> BVerfGE 69, 315 <346 f.>.

<sup>12</sup> Vgl. Steinberg, in: Festschrift für Friedhelm Hufen (2015), S. 117 <120>.

<sup>13</sup> BVerfGE 69, 315 <346>; vgl. Steinberg, in: Festschrift für Friedhelm Hufen (2015), S. 117 <119>.

<sup>14</sup> BVerfGE 69, 315 <360>.

### III.

Nach diesem Blick auf die Ursprünge und die Bedeutung des Versammlungsgrundrechts wollen wir uns nun seinen **Voraussetzungen und Grenzen** zuwenden. Dabei möchte ich mich hier auf die Versammlungen unter freiem Himmel, also im Freien beschränken und die Versammlungen in geschlossenen Räumen ausklammern.

Neben der Beschränkung der Versammlungsfreiheit durch das Gebot der **Friedlichkeit** und der Waffenlosigkeit können sich weitere Beschränkungen aus dem Schutz der Rechtsgüter Dritter und der Allgemeinheit ergeben, soweit sie ebenfalls in der Verfassung verankert sind. Darüber hinaus steht das Grundrecht für Versammlungen im Freien - wie bereits erwähnt - auch unter dem Vorbehalt einer einschränkenden gesetzlichen Regelung. Damit ergeben sich vor allem Beschränkungen aus den Strafgesetzen und dem Versammlungsgesetz. Allen **Einschränkungsmöglichkeiten** ist jedoch gemeinsam, dass sie im Lichte der zentralen Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie auszulegen sind. Es gilt, der Bedeutung des Grundrechts Rechnung zu tragen und ihm möglichst weitgehend zu Geltung und Wirkung zu verhelfen. Die daraus resultierende Frage, ob die etwa von der Versammlungsbehörde im Einzelfall ausgesprochenen Auflagen für die Versammlung oder - im Extremfall - gar ein Verbot verhältnismäßig und gerechtfertigt sind, beantworten am Ende, wenn dagegen Rechtsschutz gesucht wird, die Verwaltungsgerichte und das Bundesverfassungsgericht.

**1.** Für die Rechtsanwendung in der Praxis stellt sich zunächst die Frage, wie weit der verfassungsrechtliche Schutz des Grundrechts reicht. Was also fällt unter den verfassungsrechtlichen **Begriff einer Versammlung**? Wir haben bereits gehört, dass der Grundrechtsschutz nach der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts voraussetzt, dass die Teilnehmer der Zusammenkunft auf die **Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung** ausgehen müssen.<sup>15</sup> Dies muss **der zentrale Zweck** der Zusammenkunft sein.

Bloße Ansammlungen von Personen, Volksfeste und Vergnügungsveranstaltungen, auch wenn vereinzelt Reden gehalten

---

<sup>15</sup> BVerfGE 104, 92 <104>.

werden, sind deshalb keine Versammlung in diesem Sinne.<sup>16</sup> Im Blick auf den heutzutage zu beobachtenden **Einfallsreichtum der Akteure** ergibt sich daraus eine wichtige Einschränkung des grundrechtlichen Schutzes. Denn in der Praxis geht es nicht nur um die klassischen Demonstrationen und Umzüge, sondern auch um Veranstaltungen, wie sie über viele Jahre hinweg in Berlin stattfanden, wie etwa die "Love-Parade". Dabei handelte es sich um Umzüge mit viel Musik und in Feierlaune. Das Bundesverfassungsgericht hat die Bewertung gebilligt, dass dies *keine* Versammlung im Sinne des Versammlungsgrundrechts sei. Volksfeste und Vergnügungsveranstaltungen fallen danach ebenso wenig unter den Versammlungsbegriff wie Veranstaltungen, die der bloßen **Zurschaustellung eines Lebensgefühls** dienen oder die als **eine auf Spaß und Unterhaltung ausgerichtete öffentliche Massenparty** gedacht sind.<sup>17 18</sup>

2. Ist die in Rede stehende Veranstaltung aber eine Versammlung, so **schützt** das Grundrecht der Versammlungsfreiheit grundsätzlich auch **die Entscheidung** der Veranstalter **über Ort, Zeitpunkt, Art und Thema der Veranstaltung**.<sup>19</sup> Zugleich untersagt es staatlichen Zwang, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fernzubleiben.

a) Das *ortsbezogene Selbstbestimmungsrecht* als Ausfluss der Versammlungsfreiheit führte beispielsweise dazu, dass das Bundesverfassungsgericht das Verbot eines Demonstrationzuges am Standort des **G8-Gipfeltreffens** der Staats- und Regierungschefs im Jahr 2007 **in Heiligendamm** wegen einer nicht zutreffenden Abwägung mit dem Gewicht des Versammlungsgrundrechts beanstandete. Das Versammlungsverbot umfasste den inneren Bereich um Heiligendamm, darüber hinaus aber auch einen um einige Kilometer vorgelagerten äußeren Bereich. Hinsichtlich des inneren

---

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001 - 1 BvQ 28/01 u.a. -, NJW 2001, S. 2459 <2460>.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001 - 1 BvQ 28/01 -, NJW 2001, S. 2459 <2460>; siehe demgegenüber BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2007 - BVerwG 6 C 23.06 -, NVwZ 2007, S. 1431, das im Revisionsverfahren die „Fuckparade“ als Versammlung einstufte.

<sup>18</sup> Solche Zurschaustellungen eines Lebensgefühls sind zwar keine Versammlungen im Sinne des Grundrechtsschutzes, genießen aber den Schutz der ebenfalls in der Verfassung gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit (aus Art. 2 Abs. 1 GG). Damit sind sie jedoch weitergehend durch Gesetz einschränkbar.

<sup>19</sup> BVerfGE 87, 399 <406>.

Bereichs sah das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die notwendige Sicherung der Durchführung des G8-Gipfels und den Schutz der Teilnehmer des Gipfels und anderer Personen *keine* Verletzung der Versammlungsfreiheit. Das absolute Demonstrationsverbot in der äußeren Verbotszone habe dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit hingegen nicht hinreichend Rechnung getragen.<sup>20</sup> Die Möglichkeit, den friedlichen Protest öffentlichkeitswirksam vorzutragen, habe keine Verwirklichungschance in hinreichender Nähe zum Veranstaltungsort des G8-Gipfels erhalten.<sup>21</sup>

**b)** Mit der *freien Ortswahl der Versammlung* beschäftigt sich überdies ein zu den Verhältnissen am internationalen Frankfurter Flughafen ergangenes Urteil.<sup>22</sup> Es betraf ein von der Betreiberin des Flughafens ausgesprochenes Verbot, das der Beschwerdeführerin auf Dauer untersagt hatte, den Flughafen ohne Erlaubnis der Eigentümer für Meinungskundgaben und Demonstrationen zu nutzen. Die Beschwerdeführerin und einige weitere Aktivisten einer Initiative gegen Abschiebungen von nicht anerkannten Asylsuchenden hatten dort Flugblätter verteilt. Das Bundesverfassungsgericht stand hier vor der Entscheidung, ob und inwieweit die Abfertigungshallen des Frankfurter Flughafens ein Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs sind und damit die Durchführung einer Versammlung auf diesem Gelände vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gedeckt wird.

Denn das Recht auf freie Ortswahl der Versammlung ist nicht unbegrenzt; es verschafft kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten. Es erstreckt sich lediglich auf Orte, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sind. Dazu zählen *nicht* solche Stätten, zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten, beschränkten Zwecken Zugang gewährt wird.<sup>23</sup> Die Versammlungsfreiheit verbürgt die Durchführung von Versammlungen jedoch dort, wo ein allgemeiner Verkehr eröffnet ist, also in erster Linie im öffentlichen Straßenraum. Gleiches gilt aber „auch für Stätten außerhalb des öffentlichen Straßenraums, an denen in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen.“<sup>24</sup> Solche Foren wie Einkaufszentren,

---

<sup>20</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 6. Juni 2007 - 1 BvR 1423/07, NJW 2007, S. 2167 <2170, Rn. 30>.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 6. Juni 2007 - 1 BvR 1423/07, NJW 2007, S. 2167 <2170, Rn. 35 f.>.

<sup>22</sup> BVerfGE 128, 226 - „Fraport-Urteil“.

<sup>23</sup> BVerfGE 128, 226 <251>.

<sup>24</sup> BVerfGE 128, 226 <251 f.>.

Ladenpassagen oder sonstige Begegnungsstätten hätten mittlerweile das „Forum Straße“ ergänzt. Hingegen seien Orte mit individueller Zugangskontrolle ausgeschlossen. Dies sei etwa hinter der Sicherheitsschleuse zum Abflugbereich oder für andere Bereiche der Fall, zu denen der Zutritt nur für einzelne, begrenzte Zwecke gestattet werde.<sup>25</sup>

Anhand dieser Maßstäbe waren sieben der acht entscheidenden Richter des Bundesverfassungsgerichts und damit die ausschlaggebende Mehrheit<sup>26</sup> der Auffassung, dass die Abfertigungshallen des Frankfurter Flughafens mit Ausnahme der Sicherheitsbereiche als Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs ausgestaltet seien. Denn sie umfassten „große Bereiche, die als Orte des Flanierens und des Gesprächs, als Wege zum Einkaufen und zu Gastronomiebetrieben ausgestaltet“ seien „und hierfür einen allgemeinen Verkehr eröffnen.“<sup>27</sup>

c) Diese Entscheidung hätte übrigens sowohl bezogen auf die Struktur der Flughäfen in Moskau nicht ergehen können. Denn hier finden Eingangskontrollen schon beim Betreten des Flughafengebäudes statt. Das ist in Deutschland anders. Dort kann das Flughafengebäude zunächst ohne Kontrolle betreten werden. Die Sicherheitskontrolle erfolgt erst vor dem Zugang zum Abflug-Terminal. Der eine Richter, der die Entscheidung der Senatsmehrheit *nicht* mitgetragen hat, steht übrigens hier vor Ihnen. Er hat von der vom Gesetz über das Bundesverfassungsgericht<sup>28</sup> für Entscheidungen des Senats eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, seine abweichende Auffassung in einem Sondervotum darzulegen.<sup>29</sup>

### 3.

a) Wenden wir uns nun aber der Frage zu, wann eine Versammlung den Grundrechtsschutz verlieren kann, weil sie **nicht mehr friedlich** ist. Unfriedlich ist sie „erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen.“<sup>30</sup> Wegen der Bedeutung des Versammlungsgrundrechts ist es feststehender

---

<sup>25</sup> BVerfGE 128, 226 <252 f.>.

<sup>26</sup> § 15 Abs. 4 Satz 2 BVerfGG.

<sup>27</sup> BVerfGE 128, 226 <254>.

<sup>28</sup> § 30 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG.

<sup>29</sup> § 30 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG.

<sup>30</sup> BVerfGE 104, 92 <106>.

Grundsatz, dass ein Verbot oder eine Auflösung einer Versammlung erst dann in Betracht kommt, wenn zu befürchten ist, dass eine Demonstration *im ganzen* einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder dass der Veranstalter und sein Anhang einen solchen unfriedlichen Verlauf anstreben oder zumindest billigen. Denn für die friedlichen Teilnehmer bleibt grundsätzlich der von der Verfassung garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten, wenn mit Ausschreitungen durch einzelne Versammlungsteilnehmer zu rechnen ist. Bei einem vorbeugenden Verbot der gesamten Veranstaltung sind äußerst strenge Anforderungen an die Gefahrenprognose zu stellen und die vorherige Ausschöpfung aller sinnvoll anwendbaren Mittel gefordert, um den friedlichen Demonstranten die Wahrnehmung ihres Grundrechts zu ermöglichen.<sup>31</sup>

Weshalb dürfen Ausschreitungen Einzelner aus der Versammlung heraus nicht sofort zur Auflösung der gesamten Veranstaltung führen? Der grundrechtliche Ansatz ist der, dass die Versammlungsfreiheit auch eine Schutzfunktion zugunsten der friedlichen Teilnehmer hat. Würde das unfriedliche Verhalten Einzelner für die gesamte Veranstaltung und nicht nur für die Störer zum Fortfall des Grundrechtsschutzes führen, hätten diese es in der Hand, Demonstrationen mit geringem Aufwand umzufunktionieren, um ihre Auflösung zu bewirken.<sup>32</sup> Als Ausfluss der Wirkkraft des Grundrechts müssen sich behördliche Maßnahmen daher in erster Linie gegen solche Störer richten. Maßnahmen gegen die gesamte Veranstaltung sind erst dann zulässig, wenn das gewalttätige Verhalten einer größeren Gruppe für die Versammlung *insgesamt prägend* wird.<sup>33</sup>

In diesem Zusammenhang sind die staatlichen Behörden und die Verwaltungsgerichte gehalten, **versammlungsfreundlich** zu verfahren. Im Vorfeld von Versammlungen ist bei der gerichtlichen Überprüfung von Auflagen für die Durchführung der Versammlung oder gar ihr Verbot zudem mit zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Veranstalter der Versammlung zu einer vertrauensbildenden Kooperation mit der Versammlungsbehörde und der Polizei bereit sind.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> BVerfGE 69, 315 <362>.

<sup>32</sup> BVerfGE 69, 315 <361>.

<sup>33</sup> Vgl. Schneider, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 8 Rn. 15 m.w.N.; siehe auch BVerfG, Kammer, NJW 2007, S. 2167 <2170 f.>.

<sup>34</sup> BVerfGE 69, 315 (LS).

**b)** Lassen Sie uns im Zusammenhang mit dem Friedlichkeitsgebot auch die rechtliche Bewertung sog. „**Sitzblockaden**“ in den Blick nehmen, wie sie in Deutschland vor allem im Zusammenhang mit Demonstrationen gegen Transporte von Atommüll vorkommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Urteil aus dem Jahr 1986 zu Sitzblockaden entschieden, dass diese, eingebettet in eine Demonstration, einer anderen Art und Weise der Meinungskundgabe dienen und deshalb im Grundsatz den Schutz der Versammlungsfreiheit genießen. Sie sind nicht von vornherein unfriedlich.<sup>35</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit ein vom Grundrecht geschütztes Verhalten gleichwohl durch den Gesetzgeber untersagt und strafrechtlich sanktioniert werden darf, etwa als strafbare Nötigung. Das ist - zugegeben - eine etwas schwer verständliche Dogmatik: Die Sitzblockade bleibt eine friedliche Versammlung. Dennoch kann der Staat einschreiten und sie wegen entgegenstehender gewichtiger Rechtsgüter gegebenenfalls beenden, das heißt, die Blockierer wegtragen.

Im Fall einer Autobahnblockade durch Angehörige der Volksgruppe der Sinti und Roma, die ihre Einreise von Deutschland in die Schweiz und ein Gespräch mit dem dort ansässigen Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen hatten erzwingen wollten, hat das Gericht jedoch anders entschieden: Diese Blockade sei keine zur Teilhabe an der Meinungsbildung gewesen, sondern habe der zwangsweisen, selbsthilfeähnlichen Durchsetzung einer Forderung gedient. Folglich habe sie *nicht* den Schutz der Versammlungsfreiheit genossen.<sup>36</sup>

Für die Frage der Auflösung solcher Blockaden und der Abwägung mit gegenläufigen Grundrechtspositionen betroffener Dritter, aber auch die Frage der Strafbarkeit wegen Nötigung, die die Verwerflichkeit des Handelns voraussetzt, ist es im Einzelfall wichtig zu prüfen, ob solche Blockadeaktionen angekündigt sind und ob die Betroffenen ihnen ausweichen können. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Eingreifens kann es weiter darauf ankommen, welche Dauer solche Aktionen haben und ob die in ihrer Bewegungsfreiheit behinderten Dritten eine Nähe zum Thema des Protestes haben.

**c)** In Deutschland haben wir in der Praxis seit einigen Jahren vermehrt mit dem Phänomen der so genannten

---

<sup>35</sup> BVerfGE 73, 206 <248 f.> - „Mutlangen-Urteil“ aus dem Jahr 1986.

<sup>36</sup> BVerfGE 104, 92 <105> - „Wackersdorf“.

**Gegendemonstrationen** zu tun, die gezielt gegen eine Ausgangsversammlung und die dort vertretenen Meinungen gerichtet sind. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass den Teilnehmern einer solchen Gegendemonstration der Grundrechtsschutz ebenfalls zugutekommt, wenn sie den in der Ausgangsversammlung verkündeten Meinungen kritisch oder ablehnend gegenüberstehen und dies mit ihrer Gegenversammlung mit kommunikativen Mitteln zum Ausdruck bringen wollen.<sup>37</sup> Nicht vom Versammlungsgrundrecht geschützt ist es, wenn die Gegendemonstration allein dem Zweck dient, die Ausgangsveranstaltung zwangsweise zu verhindern.<sup>38</sup> Gehen von der Gegendemonstration unfriedliche Aktionen und Störungen der Ausgangsveranstaltung aus, so müssen sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten und die ursprüngliche Versammlung schützen. Nur unter ganz besonders engen Voraussetzungen kann gegen die Ausgangsversammlung als ganze eingeschritten werden.<sup>39</sup>

Lassen sich eine solche Versammlung und eine Gegendemonstration auch unter Aufbietung aller heranziehbaren Polizeikräfte nicht sichern, so kommen zunächst **Auflagen** für die Versammlungen in Betracht. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Gründen für solche Auflagen oder im Extremfall sogar ein Verbot liegt grundsätzlich bei der Versammlungsbehörde.<sup>40</sup> In Betracht kommen Auflagen hinsichtlich der Streckenführung eines Aufzuges (Umzuges), gegebenenfalls aber auch die Beschränkung auf eine sogenannte "ortsfeste Versammlung", also eine stationäre Kundgebung an einem bestimmten Platz ohne einen Umzug.<sup>41</sup> Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht ein mit einem polizeilichen Notstand begründetes Verbot von Versammlungen in einem gesamten Gebiet einer Stadt für die Dauer eines gesamten Wochenendes beanstandet, mit dem Demonstrationen gegen die Regierungspolitik zum Umgang mit Flüchtlingen in Deutschland und deren Aufnahme gerade auch in der betroffenen Stadt thematisiert werden sollten. Das Gericht hat dieses generelle Verbot im Rahmen einer Abwägung nicht akzeptiert, es der Versammlungsbehörde jedoch unbenommen gelassen, anstelle eines vollständigen Verbots

---

<sup>37</sup> BVerfGE 92, 191 <202 f.>.

<sup>38</sup> BVerfGE 84, 203 <209 f.>.

<sup>39</sup> BVerfGE 69, 315 <360 f.>.

<sup>40</sup> BVerfGK 17, 303 <308>; BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Dezember 2012 – 1 BvR 2794/10 -, juris Rn.17.

<sup>41</sup> BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Dezember 2012 – 1 BvR 2794/10 -, juris.

andere begrenzende Anordnungen für die Versammlungen zu treffen.<sup>42</sup>

**4.** Noch ein Blick auf den **Inhalt** der Themen, die Anlass und Gegenstand von Demonstrationen sind: Eine sich zu Meinungsfreiheit und Meinungsvielfalt bekennende Gesellschaft darf nicht danach unterscheiden, ob eine Meinung wohlüberlegt, angenehm oder akzeptabel erscheint. Sie muss bis zu einem gewissen Grad auch denjenigen das Recht lassen, sich Gehör zu verschaffen, deren Meinung als unzutreffend, unvernünftig, rückwärtsgewandt oder schlicht geschmacklos erachtet wird. Gerade Demonstrationen, die inhaltlich in der Nähe zu äußerst rechten politischen Kräften angesiedelt sind und die meist mehr Gegendemonstranten auf den Plan rufen als sie selbst Teilnehmer haben, stellen unsere offene, demokratische Gesellschaft immer wieder auf eine besondere Probe. Denn auf die Inhalte der Kundgabe kommt es bekanntlich grundsätzlich nicht an. Anders hat es das Gericht nur für den Fall beurteilt, dass die Versammlung auf strafbare Volksverhetzung angelegt ist, etwa durch das Verharmlosen des Völkermordes während der Nazi-Diktatur.<sup>43</sup>

**5.** Auch die Freiheit, den **Zeitpunkt einer Versammlung** im Freien selbstbestimmt festzulegen, ist nur unter besonderen Voraussetzungen einschränkbar. Das geschieht in der Regel auf dem Wege einer behördlichen Auflage. So hat das Bundesverfassungsgericht eine auf den Schutz der öffentlichen Ordnung gestützte **Auflage zur zeitlichen Verlegung einer Versammlung** *nicht* beanstandet, die von politisch wohl rechts stehenden Kräften für den 27. Januar vorgesehen war. Dieser Tag ist der **Tag des Gedenkens an die Opfer des Nationalsozialismus** und der Jahrestag der Befreiung des Konzentrationslagers Auschwitz am 27. Januar 1945. Das Gericht hat zur Begründung ausgeführt, es leuchte unmittelbar ein und sei auch verfassungsrechtlich tragfähig, wenn die Versammlungsbehörde der Durchführung eines Aufzugs durch Personen aus dem rechtsextremen Umfeld an diesem Gedenktag eine Provokationswirkung zumesse und dies als Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung des sittlichen Empfindens der Bürgerinnen und Bürger bewerte.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> BVerfG, Kammerbeschluss vom 29. August 2015 – 1 BvQ 32/15 -, juris („Heidenau“).

<sup>43</sup> BVerfGE 124, 300 - „Wunsiedel-Entscheidung“.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. Januar 2001 - 1 BvQ 9/01 -, NJW 2001, S. 1409 <1410>.

Wichtig aber ist: Die Versammlung konnte dann jedoch an einem anderen Tag stattfinden.

**6. In verfahrensrechtlicher Hinsicht** ist darauf aufmerksam zu machen, dass nach dem Versammlungsgesetz die Versammlungen im Freien, also "unter freiem Himmel" grundsätzlich unter Angabe der Person des verantwortlichen Versammlungsleiters angemeldet werden müssen.<sup>45</sup> In einer verfassungskonformen Interpretation dient die **Anmeldepflicht** dazu, für Versammlungen im Freien wegen deren Auswirkungen die vielfach erforderlichen besonderen Vorkehrungen sicherzustellen.

Keinesfalls berechtigt schon allein ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht schematisch zum Verbot oder zur Auflösung einer Versammlung.<sup>46</sup> Denn auch so genannte **Spontanversammlungen** sind statthaft. Die Anmeldepflicht als bloße Ordnungsvorschrift entfällt wegen der Bedeutung des Versammlungsgrundrechts für solche Spontanversammlungen, die eine unmittelbare, zeitnahe Reaktion auf öffentlichkeitswirksame Ereignisse darstellen und deshalb im Interesse einer lebendigen Demokratie von besonderer Bedeutung sind.<sup>47</sup>

Wird gegen Auflagen oder gar ein Verbot einer Versammlung im Freien **gerichtlicher Rechtsschutz** vor den Verwaltungsgerichten in Anspruch genommen, so findet die Prüfung regelmäßig in einem Eilverfahren statt. Da viele Versammlungen termingebunden sind, verlangt das Bundesverfassungsgericht von den Verwaltungsgerichten bereits im Eilverfahren eine intensivere Prüfung als das in anderen Zusammenhängen geboten ist. Das Bundesverfassungsgericht selbst führt auch dann, wenn der Versammlungstermin längst vorüber ist, auf Verfassungsbeschwerde hin wegen eines fortwirkenden Rechtsschutzbedürfnisses noch eine Sachentscheidung herbei. Allerdings bleibt dann nur noch die nachträgliche Feststellung einer etwaigen Verfassungswidrigkeit möglich.

#### IV.

Generell lässt sich nach diesem Blick auf die Rechtsprechung zur Auslegung des Versammlungsgrundrechts sagen, dass das Bundesverfassungsgericht – zum Teil gegen anders lautende

---

<sup>45</sup> § 14 VersG.

<sup>46</sup> BVerfGE 69, 315 <349 ff.>.

<sup>47</sup> Vgl. Schneider, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 8 Rn. 44.

Entscheidungen von Versammlungsbehörden und auch Verwaltungsgerichten – in den letzten Jahrzehnten im Zweifel soweit möglich eher zu Gunsten der Versammlungsfreiheit entschieden hat. Auf diese Weise hat es dem Grundrecht *den* Stellenwert verschafft, der ihm seit jeher als Zeichen der Freiheit, Unabhängigkeit und Mündigkeit des selbstbewussten Bürgers zukommt. Damit hat es auch die Funktion dieses Grundrechts gestärkt, ein politisches Frühwarnsystem zu sein, um die demokratisch gewählten Organe zwischen den Wahlen auf wirklich oder auch nur vermeintlich bedeutsame Probleme aufmerksam zu machen.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!

## **DIE VERSAMMLUNGSFREIHEIT**

*Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier  
Richter des Bundesverfassungsgerichts*

### **Thesen<sup>1</sup>**

**1.** Gemäß Art. 8 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Durch Art. 8 Abs. 2 GG kann dieses Recht für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Hingegen lassen sich Versammlungen in geschlossenen Räumen nur unter unmittelbar aus der Verfassung selbst folgenden Gesichtspunkten einschränken **(II. 1.)**.

Aktuell nehmen viele Versammlungen die Asyl- und Flüchtlingspolitik der Bundesregierung zum Anlass, sowohl ablehnend als auch zustimmend **(II. 2.)**.

Das Bundesverfassungsgericht definiert die Versammlungsfreiheit ganz allgemein als das Recht zur aktiven Teilnahme am politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess und zählt es zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens. Der Versammlungsschutz umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens und soll vor allem anders denkenden Minderheiten zugutekommen **(II. 3.)**.

Das Versammlungsgrundrecht blickt auf eine wechselvolle Geschichte zurück. Heute steht es in Art. 8 GG neben vergleichbaren Garantien in der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Grundrechtecharta der EU und der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen **(II. 4.)**.

Die Versammlungsfreiheit ist neben der Meinungsfreiheit eines der zentralen Kommunikationsgrundrechte für den demokratischen Prozess. Als Demonstration erzeugt eine Versammlung mehrfache Wirkung. Sie stärkt den Einzelnen, kanalisiert ein Bündel von Einzelmeinungen zu einer kollektiven Meinung und ist bereits eine Stellungnahme an sich. Die Versammlungsfreiheit gestattet es, Unzufriedenheit, Unmut und Kritik öffentlich vorzubringen und abzuarbeiten. Sie ist damit ein politisches Frühwarnsystem. Der „Friedlichkeitsvorbehalt“ des Versammlungsgrundrechts wahrt die Balance zwischen Partizipation des Staatsbürgers an der politischen

---

<sup>1</sup> Die Zusammenfassungen wurden in russischer Sprache jeweils per Beamer visualisiert.

Willensbildung auf der einen Seite und dem Vorrang des staatlichen Handelns sowie dem staatlichen Gewaltmonopol auf der anderen Seite **(II. 5.)**.

2. Neben der Beschränkung der Versammlungsfreiheit durch das Gebot der Friedlichkeit und der Waffenlosigkeit sind alle weiteren gesetzlichen Einschränkungsmöglichkeiten im Lichte der zentralen Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie auszulegen **(III.)**.

Die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung muss der zentrale Zweck der Zusammenkunft sein, damit diese unter den Schutz der Versammlungsfreiheit von Art. 8 GG fällt. Bloße Ansammlungen von Personen, Volksfeste und Vergnügungsveranstaltungen sind deshalb keine Versammlung in diesem Sinne **(III. 1.)**.

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit schützt grundsätzlich die Entscheidung der Veranstalter über Ort, Zeitpunkt, Art und Thema der Veranstaltung. Das Recht auf freie Ortswahl erstreckt sich aber nur auf Orte, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sind **(III. 2.)**.

Die Schutzfunktion des Versammlungsgrundrechts gebietet es, eine insgesamt friedliche Versammlung vor Störungen und Ausschreitungen zu schützen. Behördliche Maßnahmen müssen sich daher in erster Linie gegen die Störer richten. Ein Verbot oder eine Auflösung der Versammlung kommt grundsätzlich erst dann in Betracht, wenn zu befürchten ist, dass eine Demonstration *im ganzen* einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder dass der Veranstalter und sein Anhang dies anstreben. Unfriedlich ist eine Versammlung erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden und dies für die Versammlung insgesamt prägend wird **(III. 3. a)**. Sitzblockaden sind nicht von vornherein unfriedlich und genießen den Schutz der Versammlungsfreiheit, sofern sie der Meinungskundgabe dienen. Dennoch kann der Staat einschreiten und die Sitzblockade wegen entgegenstehender gewichtiger Rechtsgüter beenden **(III. 3. b)**. Auch den Teilnehmern einer Gegendemonstration steht der Grundrechtsschutz zu, wenn sie mit ihrer Versammlung ihre Kritik und Ablehnung der in der Ausgangsversammlung verkündeten Meinungen zum Ausdruck bringen. Dient die Gegendemonstration allein dem Zweck, die Ausgangsversammlung zwangsweise zu verhindern, so ist sie nicht vom Versammlungsgrundrecht geschützt **(III. 3. c)**.

Auch die Kundgabe unzutreffender, unvernünftiger, rückwärtsgewandter oder schlicht geschmackloser Meinungen wird bis zur Grenze der Strafbarkeit von der Versammlungsfreiheit geschützt (**III. 4.**).

Die Freiheit, den Zeitpunkt einer Versammlung im Freien selbstbestimmt festzulegen ist nur unter besonders engen Voraussetzungen einschränkbar. In Betracht kommt selbst dann regelmäßig nur die Auflage, sie auf einen anderen Zeitpunkt zu verlegen (**III. 5.**).

Die Anmeldepflicht für Versammlungen im Freien dient dazu, wegen deren Auswirkungen für das öffentliche Leben die vielfach erforderlichen besonderen Vorkehrungen sicherzustellen. Allein ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht rechtfertigt jedoch nicht ein Verbot der Versammlung. Die Anmeldepflicht entfällt für Spontanversammlungen, die eine unmittelbare, zeitnahe Reaktion auf öffentlichkeitswirksame Ereignisse darstellen (**III. 6.**).

## СВОБОДА СОБРАНИЙ

*Судья Федерального Конституционного Суда ФРГ  
почетный д-р наук  
Вильгельм Шлукебия*

### Тезисы<sup>1</sup>

**1.** Согласно ст. 8 абз. 1 Основного Закона Германии<sup>2</sup> все немцы имеют право собираться мирно и без оружия без предварительного извещения или разрешения. В соответствии со ст. 8 абз. 2 Основного Закона Германии для собраний под открытым небом данное право может быть ограничено законом или на основании закона. Напротив, собрания в закрытых помещениях могут быть ограничены только на основании положений, вытекающих непосредственно из самой Конституции **(II. 1.)**.

В настоящее время проходит много собраний, вызванных политикой федерального правительства по вопросу беженцев, как отвергающего, так и поддерживающего характера **(II. 2.)**.

Федеральный Конституционный Суд Германии рассматривает свободу собраний в общем как право принятия активного участия в политическом процессе формирования мнения и воли, относя данное право к необходимым функциональным элементам демократического общества. Защита собрания охватывает разнообразные формы совместного поведения и должна быть полезна иначе думающим меньшинствам **(II. 3.)**.

Конституционное право собрания оглядывается на переменчивую историю. На сегодняшний день данное право закреплено в ст. 8 Основного Закона Германии наряду со сравнимыми гарантиями в Европейской Конвенции по правам человека, Хартии Европейского Союза по правам человека и общих разъяснений ООН по правам человека **(II. 4.)**.

Свобода собрания наряду со свободой слова является одним из центральных основных конституционных прав, которое направлено на общение в демократическом процессе. Как и демонстрация, собрание вызывает многократный эффект. Оно усиливает индивидуума, канализирует палитру индивидуальных

---

<sup>1</sup> Перевод Галины Лоховой.

<sup>2</sup> Основной Закон и Конституция являются синонимами в Германии.

мнений в коллективное мнение и представляет собой уже позицию. Свобода собраний позволяет публично выразить и отработать недовольство, негодование и критику. Таким образом, данное право представляет собой систему раннего политического предупреждения. Оговорка миролюбия, присущая основному конституционному праву собрания, поддерживает баланс между участием граждан в политическом формировании воли, с одной стороны, и верховенством государственной деятельности, а также государственной монополии на применение власти, с другой стороны (**II. 5.**).

**2.** Наряду с ограничением свободы собрания через требование миролюбия и отсутствия оружия, все остальные возможности ограничения, закрепленные в законе, должны быть истолкованы в свете центрального значения свободы собрания для демократии (**III.**).

Участие в формировании общественного мнения должно быть центральной задачей собрания, для того, чтобы оно было защищено свободой собрания по ст. 8 Основного Закона Германии. Простое скопление людей, народные праздники и развлекательные мероприятия не являются собранием в этом смысле (**III. 1.**).

Основное конституционное право свободы собрания защищает в основном решение организатора о выборе места, времени, вида и темы собрания. Право свободного выбора места распространяется только на те места, которые в общем доступны обществу (**III. 2.**).

**a)** Защитная функция основного конституционного права собрания проявляется в требовании защитить в общем мирное собрание от помех и нарушений общественного порядка. Административные меры должны быть поэтому направлены, в первую очередь, против нарушителя. Запрет или роспуск собрания возможен лишь, если имеются обстоятельства опасаться, что демонстрация *в целом* примет немирный ход развития или организатор или его приверженники к этому стремятся. Немирным является собрание, если существует опасность агрессивного нарушения общественного порядка против лиц или вещей либо иного насильственного действия и это пронизывает само собрание (**III. 3. a.**).

**b)** Сидячие демонстрации не являются сами по себе немирными и защищаются свободой собрания в той степени, в какой они служат выражению мнения. Однако государство может

вмешаться и прекратить сидячую демонстрацию, если ей противостоит иная весомая правовая ценность **(III. 3. b)**.

**с)** Также участники контрдемонстрации защищаются основными конституционными правами, если они своим собранием выражают критику и несогласие с выраженным в исходной демонстрации мнением. Если же контрдемонстрация преследуют лишь цель воспрепятствовать исходной демонстрации насильственным путем, то такая демонстрация не защищается основным конституционным правом собрания **(III. 3. с)**.

Также объявление неверного, безрассудного, ретроспективного и просто бестактного мнения защищается свободой собрания до границы уголовной наказуемости **(III. 4.)**.

Свобода самостоятельного установления времени проведения собрания под открытым небом ограничивается лишь особо узкими условиями. В этом случае проведение собрания переносится на другое время **(III. 5.)**.

Обязанность предварительного извещения о проведении собрания под открытым небом служит для того, чтобы обеспечить особые необходимые меры предосторожности, вызванные влиянием такого собрания на общественную жизнь. Одно только нарушение предварительного извещения не оправдывает запрет проведения собрания. Предварительное извещение не требуется для спонтанных собраний, которые представляют собой непосредственную и быструю реакцию на общественно важные события **(III. 6.)**.

**MODERNISIERUNG DES PETITIONSRECHTS IN  
DEUTSCHLAND UND EUROPA: ÖFFENTLICHE  
PETITION – EUROPÄISCHE BÜRGERINITIATIVE –  
OMBUDSMAN-INSTITUTIONEN**

*Prof. Dr. iur. Hartmut Bauer  
Universität Potsdam\**

**Gliederung**

- I.** Vom entbehrlichen Relikt vergangener Verfassungsepochen zum Hoffnungsträger bürgerschaftlicher Partizipation
- II.** Neue Petitionsformen
  - 1.** Die Öffentliche Petition
    - a)** Leitmotiv und Innovationsidee
    - b)** Rechtsgrundlagen
    - c)** Voraussetzungen und Rechtsfolgen
    - d)** Praktische Bedeutung
    - e)** Insbesondere: Erfolgsaussichten
    - f)** Zusammenfassende und ergänzende Bemerkungen
  - 2.** Die Europäische Bürgerinitiative
    - a)** Leitmotiv und Innovationsidee
    - b)** Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen
    - c)** Praktische Bedeutung und Erfolgsaussichten
  - 3.** Ombudsman-Institutionen
- III.** Zur notwendigen Einbindung des Petitionsrechts in eine zeitgerechte Partizipationskultur

## **I. Vom entbehrlichen Relikt vergangener Verfassungsepochen zum Hoffnungsträger bürgerschaftlicher Partizipation**

Das Petitionsrecht gehört zum Urgestein europäischer Rechtskultur.<sup>1</sup> Dementsprechend hat es auch in Russland eine lange Tradition – dort sind „Bittschriften von Iwan dem Schrecklichen bis Gorbatschow“<sup>2</sup> belegt und heute in den umfassenderen Kontext des in Art. 33 der Verfassung der Russischen Föderation geregelten Eingaberechts eingestellt. In Deutschland sehen allerdings manche wegen wirkungsgeschichtlicher Traditionszusammenhänge namentlich mit der Untertanenbitte<sup>3</sup> in der „Urinstitution“<sup>4</sup> des Petitionsrechts ein nicht mehr zeitgemäßes Relikt vergangener Verfassungsepochen.<sup>5</sup> In den Beratungen des Grundgesetzes stand das Petitionsrecht zeitweise sogar auf der Streichliste, weil die „Bedeutung des Petitionsrechts“ im demokratischen Rechtsstaat moderner Prägung „überwunden“ sei<sup>6</sup>. Diese Einschätzung hat sich zwar nicht durchgesetzt. Geblieben sind aber eine verbreitete Skepsis gegenüber der Leistungsfähigkeit dieses Grundrechts nach dem Vorbild des schlechten Juristenwitzes „formlos, fristlos, fruchtlos“ und

---

\* Der Beitrag geht auf mehrere Vorarbeiten zurück, die teilweise bereits veröffentlicht sind; siehe dazu insbesondere den Beitrag Partizipation durch Petition – Zu Renaissance und Aufstieg des Petitionsrechts in Deutschland und Europa, DÖV 2014, S. 453 ff. Für zupackende Unterstützung bei der Drucklegung des Beitrags danke ich meinem Mitarbeiter *Friedrich Markmann*.

<sup>1</sup> Näheres zur traditionsreichen Verankerung des Petitionsrechts in der europäischen Rechts- und Verfassungskultur bei *Hartmut Bauer*, Petitionsrecht, in: HGR V, 2013, § 117 Rn. 2 ff., 19, 20 ff., 24 ff. und 52 ff. m.w.N.; aus der Kommentarliteratur insb. *Hans Hugo Klein*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u.a., Grundgesetz, Kommentar, Art. 17 (2011) Rn. 4 ff.

<sup>2</sup> So der Untertitel der Monographie von *Margarete Mommsen*, *Hilf mir, mein Recht zu finden*, 1987.

<sup>3</sup> Dazu anschaulich *Rupert Schick*, *Petitionen. Von der Untertanenbitte zum Bürgerrecht*, 3. Aufl. 1996.

<sup>4</sup> *Hans Ludwig Rosegger*, *Petitionen, Bitten und Beschwerden*, 1908, S. 1.

<sup>5</sup> Vgl. zur Diskussion noch immer instruktiv *Karl Korinek*, *Das Petitionsrecht im demokratischen Staat*, 1977, S. 5 ff. m.w.N.; aus aktueller Sicht *Ulrich Riehm/Christopher Coenen/Ralf Lindner/Clemens Blümel*, *Bürgerbeteiligung durch E-Petitionen*, 2009, S. 50 f.

<sup>6</sup> Dazu *Klaus-Berto v. Doemming/Rudolf Werner Füßlein/Werner Matz*, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1 (1951)*, S. 1 (171).

mitunter bis heute zu beobachtende Geringschätzungen, die das Petitionsrecht in die Nähe einer Petitesse rücken.<sup>7</sup>

Dem entspricht eine auffällige Vernachlässigung<sup>8</sup> in der deutschen Staatsrechtslehre.<sup>9</sup> Die stiefmütterliche Behandlung dürfte sich nicht zuletzt aus der hierzulande viel zu einseitigen Gerichts- und Pathologieorientierung der Staatsrechtswissenschaft erklären. Denn in der Verfassungspraxis gilt das Petitionsrecht als weitgehend unproblematisch, und es ist kaum je Gegenstand öffentlichkeitswirksam ausgetragener gerichtlicher Kontroversen gewesen.<sup>10</sup> Auch mag die primäre Ausrichtung<sup>11</sup> des Petitionsrechts auf die „menschliche Purgationsfunktion des ‚Herzausschüttenkönnens‘“<sup>12</sup> eine Rolle spielen, weil sie die historisch

---

<sup>7</sup> Dazu und zur Kritik dieser Einschätzung *Hartmut Bauer*, Das Petitionsrecht: Eine Petitesse?, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 1211 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Zum Gewährleistungsgehalt der Petitionsfreiheit, in: Lerke Osterloh/Karsten Schmidt/Hermann Weber (Hrsg.), Festschrift für Peter Selmer, 2004, S. 94 (94); *Annette Guckelberger*, Aktuelle Entwicklungen des parlamentarischen Petitionswesens, 2011, S. 12; sowie allgemein zur nur geringen wissenschaftlichen Beschäftigung mit Petitionsrechtsmodernisierungen *Ulrich Riehm/Knud Böhle/Ralf Lindner*, Elektronische Petitionssysteme, 2013, S. 11.

<sup>9</sup> Monographische Bearbeitungen des (deutschen) Petitionsrechts sind in der Rechtswissenschaft rar; seltene Ausnahmen aus jüngerer Zeit: *Guckelberger* (Fn. 8); *Michael Hornig*, Die Petitionsfreiheit als Element der Staatskommunikation, 2001. Anders verhält es sich mit den Gewährleistungen auf der europäischen Ebene; dazu etwa *Annette Guckelberger*, Der Europäische Bürgerbeauftragte und die Petition zum Europäischen Parlament, 2004, und *Axel Rolf Schneider*, Petitionen zum Europäischen Parlament unter Berücksichtigung des Bürgerbeauftragten, 2009, jeweils m.w.N.

<sup>10</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass es überhaupt keine bemerkenswerten gerichtlichen Auseinandersetzungen gäbe. Ein von der Fachöffentlichkeit bislang viel zu wenig beachtetes Beispiel sind die beim VG Berlin und OVG Berlin-Brandenburg ausgetragenen Kontroversen über die Behandlung einer Petition als Öffentliche Petition; dazu *Bauer* (Fn. 7), S. 1213 ff., 1223 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Michael Brenner*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 17 Rn. 4.

<sup>12</sup> *Günter Dürig*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u.a., Grundgesetz, Kommentar, Art. 17 (1960) Rn. 1; im Original teilweise hervorgehoben.

herangewachsene Funktionenvielfalt<sup>13</sup> dieses Grundrechts verzerrt und vorschnell verkürzt.

Was immer auch die Gründe für die Vernachlässigung sein mögen – wirklich überzeugen können sie nicht. Denn mit seiner „multifunktionalen Einsetzbarkeit“<sup>14</sup> hat das Petitionsrecht jedenfalls ausgeprägte demokratisch-partizipatorische Dimensionen, die historisch und aktuell für eine wirklichkeitswissenschaftlich interessierte Verfassungsrechtslehre von besonderem Reiz sind. Bekannte historische Beispiele sind das frühere ständische Petitionsrecht, das gemeinhin als Vorläufer von Gesetzesinitiativrechten gilt,<sup>15</sup> und der massenhafte Einsatz von Petitionen als politisches Agitationsmittel im Umfeld der März-Revolution des Jahres 1848<sup>16</sup>. In der Bundesrepublik Deutschland avancierte das Petitionsrecht vor allem im Zuge der 68er-Bewegung zu einem „Zentralgrundrecht der Bürgerinitiativen“<sup>17</sup>, auch wenn Art. 17 GG in den damaligen staatsrechtlichen Partizipationsdebatten

---

<sup>13</sup> Neben der bereits erwähnten Funktion hervorzuheben sind die Interessen- und Rechtsschutzfunktionen, die Partizipations- und Integrationsfunktionen sowie Artikulations-, Informations-, Kontroll- und Innovationsfunktionen; dazu *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 14, 20, 36, 59, 65 ff., 73, 75.

<sup>14</sup> *Rupert Stettner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 17 (Drittbearbeitung 2000) Rn. 22; ähnlich *Christine Langenfeld*, Das Petitionsrecht, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 39 Rn. 9 ff. (12); *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 17 Rn. 7, 12, 16, 19; einschränkend *Klein* (Fn. 1), Art. 17 (2011) Rn. 137.

<sup>15</sup> Vgl. *Johann Heinrich Kumpf*, „Petition“, in: HRG III, 1984, Sp. 1639 (1640); mit wirkungsgeschichtlichen Bezügen zur Gegenwart etwa *Korinek* (Fn. 5), S. 8 f.; *Michael Kloepper*, Verfassungsrecht II, 2010, § 76 Rn. 5, 7; *Eckhard Barth*, Bürgerbeauftragter und Petitionsrecht im Prozeß der europäischen Verfassungsgebung, 2004, S. 196 f.

<sup>16</sup> Allein die Frankfurter Nationalversammlung soll „mit schätzungsweise 25 000 bis 30 000 Petitionen bedacht [worden sein], an denen sich vermutlich 2,5 bis 3 Millionen Menschen beteiligt haben“ (*Kumpf* [Fn. 15], Sp. 1643).

<sup>17</sup> *Josef Isensee*, Staatshoheit und Bürgerinitiativen, in: Kurt Biedenkopf/Rüdiger v. Voss (Hrsg.), Staatsführung, Verbandsmacht und innere Souveränität, 1977, S. 138 (146).

in aller Regel keine herausragende oder gar zentrale Rolle spielte<sup>18</sup>. Letzteres gilt, soweit ersichtlich, in jüngerer Zeit auch für die von den Vorgängen um „Stuttgart 21“ befeuerten Diskussionen über eine Verbesserung der Bürgerbeteiligung bei der Planung und Zulassung von Großvorhaben<sup>19</sup>.

Gleichwohl sind seit geraumer Zeit Vorstöße zu verzeichnen, die auf eine stärkere Instrumentalisierung des Petitionsrechts für politische Einflussnahme<sup>20</sup> und „Bürgerbeteiligung durch Petitionen“<sup>21</sup> drängen. Inzwischen haben die davon ausgehenden Impulse die Ausgestaltung des herkömmlichen Petitionswesens erreicht. Dort ist es in den letzten Jahren rechtsebenenübergreifend zu demokratisch inspirierten Petitionsrechtsmodernisierungen<sup>22</sup> gekommen; weitere Fortentwicklungen in diese Richtung sind im Gespräch<sup>23</sup>. Die Innovationen bereichern das Eingaberecht um neue Institute oder lassen es zumindest in neuem Licht erscheinen. Sie machen das

<sup>18</sup> Vgl. zur damaligen Partizipationsdebatte etwa die Berichte auf der Salzburger Staatsrechtslehrertagung über „Partizipation an Verwaltungsentscheidungen“ von *Robert Walter* und *Walter Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), S. 147 ff., 179 ff.; thematisch ähnlich ausgerichtet der zweite Beratungsgegenstand der Bielefelder Staatsrechtslehrertagung „Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung – Zur Lage der zweiten Gewalt“ mit Berichten von *Walter Schmidt* und *Richard Bartlsperger*, VVDStRL 33 (1975), S. 183 ff., 221 ff. Gegenbeispiel für thematische Verknüpfung mit dem Petitionsrecht: *Thomas Würtenberger*, Massenpetitionen als Ausdruck politischer Diskrepanzen zwischen Repräsentanten und Repräsentierten, ZParl. 18 (1987), S. 383 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu nur *Jan Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, sowie die Referate von *Kay Waechter* und *Thomas Mann* zum Thema „Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat“, VVDStRL 72 (2013), S. 499 ff. und 544 ff., jeweils m.w.N. In der Verfassungswirklichkeit wurde das Petitionsrecht freilich durchaus für Eingaben gegen „Stuttgart 21“ genutzt; Näheres dazu unten bei Fn. 71 ff.

<sup>20</sup> Z.B. Reinhard Bockhofer (Hrsg.), *Mit Petitionen Politik verändern*, 1999; ders. (Hrsg.), *Demokratie wagen – Petitionsrecht ändern!* 2004.

<sup>21</sup> Vgl. *Riehm/Coenen/Lindner/Blümel* (Fn. 5).

<sup>22</sup> *Hartmut Bauer*, Demokratisch inspirierte Petitionsrechtsmodernisierungen, in: *Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow* (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Würtenberger*, 2013, S. 639 ff.

<sup>23</sup> So etwa in (erneuten) Diskussionen über die Einführung eines Bürgerbeauftragten im Landesverfassungsrecht; dazu *Annette Guckelberger*, Argumente für und gegen einen parlamentarischen Ombudsmann aus heutiger Sicht, DÖV 2013, S. 613 ff.

Petitionsrecht zu einem Hoffnungsträger bürgerschaftlicher Partizipation und verbinden sich in der Diskussion nicht selten mit Visionen eines demokratischen Aufbruchs in Szenarien elektronischer Demokratie.

## II. Neue Petitionsformen

Neubelebung und Ausbau des Petitionsrechts sowie die Partizipationsdebatten sind hier nicht in der ganzen Breite aufzunehmen. Stattdessen stehen drei neue oder zumindest neu akzentuierte Petitionsformen<sup>24</sup> im Vordergrund, die mit innovativer Kraft zu einer Verbesserung bürgerschaftlicher Partizipation beitragen wollen, nämlich die Öffentliche Petition, die Europäische Bürgerinitiative und die im deutschen Verfassungsrecht vernachlässigte Ombudsman-Institution.

### 1. Die Öffentliche Petition

Parlamentspetitionen sind traditionsreiche Erscheinungsformen des Eingaberechts mit demokratisch-partizipatorischen Bezügen<sup>25</sup>, die in der bundesdeutschen Verfassungsentwicklung durch die Einrichtung eines eigenen Petitionsausschusses<sup>26</sup> eine deutliche Aufwertung erfahren haben.

---

<sup>24</sup> Allgemein zum Desiderat einer wissenschaftlich aufbereiteten Lehre von den Petitionsformen *Bauer* (Fn. 7), S. 1215 ff.

<sup>25</sup> Dies gilt unabhängig von der funktionellen Einordnung in plebiszitär-demokratische oder repräsentativ-demokratische Funktionszusammenhänge; vgl. zu diesen Kontroversen klassisch einerseits *Korinek* (Fn. 5), insb. S. 24 ff.; *Wolfgang Graf Vitzthum/Wolfgang März*, Das Grundrecht der Petitionsfreiheit, JZ 1985, S. 809 (816 f.); andererseits *Württemberg* (Fn. 18), ZParl. 18 (1987), S. 383 (386 ff.); *Langenfeld* (Fn. 14) § 39 Rn. 13; *Klein* (Fn. 1), Art. 17 (2011) Rn. 50 ff., 140 f.

<sup>26</sup> Vgl. dazu sowie zu Fortentwicklungsvorschlägen *Thomas Württemberg*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 45c (1995) Rn. 1 ff., 38 ff.; *Hans Hugo Klein*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u.a., Grundgesetz, Kommentar, Art. 45c (2011) Rn. 4 ff.; *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 45c Rn. 3 ff., 12.

Hier setzt die Öffentliche Petition an.<sup>27</sup> Sie verknüpft die konventionellen Eingaben an die Volksvertretung mit den Möglichkeiten moderner Informations- und Kommunikationstechnologien und generiert daraus in den Szenarien von e-Government<sup>28</sup> und Governance<sup>29</sup> einen *neuen Petitionstyp* mit eigenständigen Funktionen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, die sich von denen anderer Erscheinungsformen unterscheiden. In ihrer ursprünglichen Konzeption geht die Öffentliche Petition auf ein schottisches Vorbild zurück. Sie wurde zunächst 2005 als Modellversuch beim Deutschen Bundestag gestartet, später in den Regelbetrieb übernommen, wiederholt modifiziert und technisch ambitioniert fortentwickelt.<sup>30</sup> Der typologisch-systematischen Einordnung nach handelt es sich um elektronisch eingereichte Öffentliche Petitionen mit kommunikativen und partizipativen Elementen.<sup>31</sup>

### a) Leitmotiv und Innovationsidee

Funktionelles Leitmotiv der Initianten war es, „allen Nutzern [...] dieses interaktiven Instrumentariums zusätzliche Kommunikations-, Deliberations- und Partizipationsmöglichkeiten zu bieten und die repräsentative Demokratie zu stärken“<sup>32</sup>. Die Begleitforschung konstatierte alsbald einen Bedeutungszuwachs des Petitionswesens, begrüßte die Schritte zu mehr Transparenz, Zugänglichkeit und Teilhabe, rechnete die elektronischen

---

<sup>27</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden insb. *Annette Guckelberger*, Neue Erscheinungen des Petitionsrechts: E-Petitionen und öffentliche Petitionen, DÖV 2008, S. 85 (88 ff.); *Riehm/Coenen/Lindner/Blümel* (Fn. 5), insb. S. 107 ff., 207 ff.; *Ralf Lindner/Ulrich Riehm*, Modernisierung des Petitionswesens und der Einsatz neuer Medien, ZParl. 40 (2009), S. 495 (500 ff.); *Ulrich Riehm/Matthias Trénel*, Öffentliche Petitionen beim Deutschen Bundestag, ZParl. 40 (2009), S. 512 ff.; *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), insb. S. 41 ff., 233 ff.; *Bauer* (Fn. 7), S. 1217 ff.; *ders.* (Fn. 22), S. 641 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. *Margrit Seckelmann*, Wohin schwimmt die Demokratie?, DÖV 2014, S. 1 (3 f.).

<sup>29</sup> Vgl. allgemein zur Governancessstruktur des deutschen Petitionswesens *Barbara Lippa/Herbert Kubicek/Stephan Bröchler*, Bekanntheit und Ansehen des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages und Nutzung des Petitionsrechts in Deutschland, 2009, S. 21 ff.

<sup>30</sup> Dazu *Riehm/Coenen/Lindner/Blümel* (Fn. 5), S. 207 ff.; *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 51 ff.

<sup>31</sup> So *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 12.

<sup>32</sup> Petitionsbericht für 2005, BT-Drucks. 16/2500, S. 10.

Petitionssysteme zu den zentralen Aktivitäten im Bereich von E-Demokratie und E-Partizipation und stellte bereits Anfang 2009 zusammenfassend fest: „Alles in allem stecken die E-Partizipation und die parlamentarische E-Demokratie noch in den Kinderschuhen, und die darin eingebetteten E-Petitionssysteme erscheinen fast als Speerspitze einer Entwicklung hin zu größerer Transparenz der politischen Verfahren und zu einer stärkeren Bürgerbeteiligung“.<sup>33</sup> Das sieht auch der Petitionsausschuss so, der in seinen Berichten die Öffentliche Petition „als wichtigen Beitrag zu mehr e-Demokratie“<sup>34</sup> würdigt und mit erkennbarem Stolz auf den „Politikaward“ verweist<sup>35</sup>, mit dem die Innovation im Dezember 2008 ausgezeichnet wurde.

## **b) Rechtsgrundlagen**

Inzwischen ist die Öffentliche Petition „zu einer etablierten Einrichtung geworden“<sup>36</sup>. Gleichwohl finden sich dazu weder im Grundgesetz noch im Petitionsgesetz<sup>37</sup> ausdrückliche Bestimmungen. Vielmehr ist das derzeitige Design der Öffentlichen Petition im Kern in den auf § 110 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GOBT) gestützten Grundsätzen des Petitionsausschusses über die Behandlung von Bitten und Beschwerden (Verfahrensgrundsätze)<sup>38</sup> und der dazu erlassenen „Richtlinie für die Behandlung von öffentlichen Petitionen (öP) gem. Ziff. 7.1 (4) der Verfahrensgrundsätze“ (Richtlinie)<sup>39</sup> geregelt. Diese Rechtsgrundlagen enthalten auch eine Legaldefinition: „Öffentliche

---

<sup>33</sup> *Riehm/Coenen/Lindner/Blümel* (Fn. 5), S. 13 ff. (Zitat: S. 18); vgl. auch *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), insb. S. 9 f.

<sup>34</sup> Petitionsbericht für 2007, BT-Drucks. 16/9500, S. 9; ähnlich Petitionsbericht für 2012, BT-Drucks. 17/13660, S. 8.

<sup>35</sup> Petitionsbericht für 2008, BT-Drucks. 16/13200, S. 10.

<sup>36</sup> Petitionsbericht für 2012, BT-Drucks. 17/13660, S. 8 und Petitionsbericht für 2013, BT-Drucks. 18/1300, S. 8.

<sup>37</sup> Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages (Gesetz nach Artikel 45c des Grundgesetzes) vom 19.7.1975 (BGBl. I S. 1921), geändert durch Gesetz vom 5.5.2004 (BGBl. I S. 718), abgedruckt als Anlage 8 II. zum Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 127 ff.

<sup>38</sup> Zuletzt geändert mit Wirkung zum 1.1.2012 und für die 18. Wahlperiode übernommen durch Beschluss 15.1.2014, abgedruckt als Anlage 8 IV. zum Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 130 ff.

<sup>39</sup> Ebenfalls abgedruckt in Anlage 8 IV. zum Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 140 f.

Petitionen sind Bitten oder Beschwerden von allgemeinem Interesse an den Deutschen Bundestag<sup>40</sup>.

### c) Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Die beiden Regelwerke legen zugleich eine ganze Reihe von Voraussetzungen fest, denen Öffentliche Petitionen genügen müssen. Dazu gehören in formeller Hinsicht die Zuständigkeit des Petitionsausschusses, die Petitionseinreichung in elektronischer Form sowie Anforderungen an Gegenstand und Begründung des Anliegens. Inhaltlich muss die Eingabe „ein Anliegen von allgemeinem Interesse zum Gegenstand“ haben; außerdem müssen „das Anliegen und dessen Darstellung für eine sachliche öffentliche Diskussion geeignet“<sup>41</sup> sein. Die Erfüllung der Voraussetzungen überprüft der beim Petitionsausschuss eingerichtete Ausschussdienst, der hinsichtlich der Veröffentlichung im Internet einen strengen Bewertungsmaßstab anlegt.<sup>42</sup>

Führt die Überprüfung durch den Ausschussdienst zu einem negativen Ergebnis, dann wird die Eingabe als solche nicht etwa abgewiesen. Vielmehr erfolgt die weitere Behandlung der nicht als Öffentliche Petition zugelassenen Eingabe nach den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen.<sup>43</sup> Am Ende dieses allgemeinen Verfahrens steht bekanntlich kein Anspruch auf Abhilfe im Sinne des Petitors. Stattdessen hat der Petent Anspruch auf Kenntnisnahme, Prüfung und einen sachlichen „Bescheid, aus dem ersichtlich ist, wie die angegangene Stelle die Petition zu behandeln gedenkt“,<sup>44</sup> und der richtigen Ansicht nach auch begründet sein muss<sup>45</sup>. Im Ergebnis gilt dies alles auch für Eingaben, die zwar als Öffentliche Petition angenommen und zugelassen sind, in der Sache aber erfolglos bleiben.

Allerdings bestehen bei einer Eingabe, die als Öffentliche Petition angenommen ist, ganz beträchtliche Unterschiede im

---

<sup>40</sup> Nr. 2.2 Abs. 4 der Verfahrensgrundsätze (Fn. 38).

<sup>41</sup> Nr. 2.1 der Richtlinie (Fn. 39).

<sup>42</sup> Nr. 5 der Richtlinie (Fn. 39).

<sup>43</sup> Nr. 5 der Richtlinie (Fn. 39).

<sup>44</sup> BVerfGE 2, 225 (230); ähnlich BVerfGE 13, 54 (90); BVerfG (Kammer), DVBl. 1992, S. 32 (33).

<sup>45</sup> Vgl. zu dieser Streitfrage ablehnend etwa *Robert Uerpmann-Witzack*, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), *Gundgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Art. 17 Rn. 8, bejahend *Klein* (Fn. 1), Art. 17 (2011) Rn. 90 ff.; vgl. ferner *Guckelberger* (Fn. 8), S. 102 ff.; *Bauer* (Fn. 1) § 117 Rn. 38, 44, 47 m.w.N.

Verfahren der Petitionsbehandlung. Sind nämlich die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt und die erwähnten Hürden genommen, dann wird die Öffentliche Petition „im Einvernehmen mit dem Petenten auf der Internetseite des Petitionsausschusses veröffentlicht. Mit der Veröffentlichung erhalten weitere Personen oder Personengruppen über das Internet die Gelegenheit zur Mitzeichnung der Petition oder zur Abgabe eines Diskussionsbeitrages hierzu<sup>46</sup>. Rechtsfolge der Annahme einer Petition als Öffentliche Petition ist demnach zuallererst der Zugang zu der vom Petitionsausschuss bereitgestellten elektronischen Plattform, auf der das mit der Eingabe verfolgte Anliegen öffentlich gemacht, diskutiert und die Eingabe selbst durch Mitzeichnung unterstützt werden kann. In diesen Optionen für elektronische Kommunikation, Interaktion, Partizipation, Unterstützung und Mitzeichnung liegt die eigentliche Innovation der Öffentlichen Petition für die Modernisierung des Eingaberechts.<sup>47</sup>

Doch erschließt das neue Institut nicht nur diese kommunikativen und interaktiven Möglichkeiten internetgestützter Diskussionsforen. In der praktischen Handhabung können sich vielmehr noch ganz andere Wirkungen ergeben. Hervorzuheben ist zunächst vor allem das Quorum von 50.000 Unterstützern, dessen Erreichung weitere Rechtsfolgen auslöst. Solche Petitionen werden in der Ausschusssitzung einzeln aufgerufen,<sup>48</sup> und in der öffentlichen Ausschusssitzung werden regelmäßig ein Petent oder mehrere Petenten angehört,<sup>49</sup> damit sie die Petition eingehender darstellen und erläutern können. Diese weiteren Rechtswirkungen sind zwar keine Besonderheit der Öffentlichen Petition, weil sie nach den Verfahrensgrundsätzen ganz allgemein bei Sammel- und Massenpetitionen eintreten.<sup>50</sup> Doch liegt es auf der Hand, dass sich bei herkömmlichen Eingaben Unterschriftensammlungen etwa im öffentlichen Straßenraum zumindest potentiell deutlich schwieriger gestalten und wesentlich aufwendiger sind als das Einsammeln von

---

<sup>46</sup> Nr. 2.2 (4) der Verfahrensgrundsätze (Fn. 38).

<sup>47</sup> *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 81 ff.

<sup>48</sup> Nr. 8.2.1 der Verfahrensgrundsätze (Fn. 38).

<sup>49</sup> Nr. 8.4 (4) der Verfahrensgrundsätze (Fn. 38).

<sup>50</sup> Deshalb stößt die doppelte Privilegierung auch ganz allgemein auf verfassungsrechtliche Vorbehalte; dazu *Klein* (Fn. 26), Art. 45c (2011) Rn. 69, wonach die Privilegierung ohne Verfassungsänderung nicht zu haben sei.

Unterstützer-Mitzeichnungen per Mausclick in einem elektronisch unterstützten Verfahren.<sup>51</sup>

Unabhängig davon sind Öffentliche Petitionen gegenüber konventionellen Eingaben jedenfalls durch die Veröffentlichung der abschließenden Entscheidung einschließlich ihrer Begründung im Internet<sup>52</sup> privilegiert.<sup>53</sup> In der Sache schafft die Unterrichtung der Öffentlichkeit zusätzliche Transparenz und bietet damit Bürgern (und Presse) leicht zugängliche Ansatzpunkte für nachsetzende und nachhaltige Anschlusskommunikation mit dem Parlament und Abgeordneten, Ansatzpunkte für die Einflussnahme auf die öffentliche Meinung und damit insgesamt für die Teilhabe an politischen Entscheidungsprozessen.

#### **d) Praktische Bedeutung**

In der Verfassungswirklichkeit erfreut sich die Öffentliche Petition großer Beliebtheit. Schon früh als „Erfolgsmodell“<sup>54</sup> gehandelt gehört sie heute zur „Spitzengruppe des Internetangebotes des Deutschen Bundestages“<sup>55</sup> und gilt als wichtiger Beitrag für eine

---

<sup>51</sup> In der Verfassungspraxis ist (bislang) allerdings eine eher geringe Zahl an Öffentlichen Petitionen mit mehr als 50.000 elektronischen Mitzeichnungen zu verzeichnen. Das dürfte sich daraus erklären, dass trotz E-Mail und sozialer Netzwerke wie Facebook die Gewinnung von Unterstützern auch heute (noch) kein Selbstläufer ist (siehe zu Befund und Erklärungsansätzen sowie zum Folgenden *Riehm/Böhle/Lindner* [Fn. 8], S. 76 ff.). Doch ändert dies nichts an dem in der „Petition per Mausclick“ angelegten Potential, das beispielsweise Szenarien freisetzen kann, in denen sich einflussreiche und mitgliederstarke Verbände (wie der ADAC) und ebenso auflagen- wie mobilisierungsstarke Medien (wie die Bild-Zeitung) zusammenschließen und eine Öffentliche Petition etwa gegen die Einführung eines Tempo-Limits auf Autobahnen (nach dem Motto „Freie Fahrt für freie Bürger“) oder einer PKW-Maut initiieren.

<sup>52</sup> Nr. 12 der Richtlinie (Fn. 39).

<sup>53</sup> Neben der Veröffentlichung der Petition auf der Internetseite des Petitionsausschusses ist dies die zweite allein an der Rechtsform anknüpfende Privilegierung der Öffentlichen Petition gegenüber einer „normalen“ Standard-Eingabe. Erreicht die Öffentliche Petition das Quorum von 50.000 Mitzeichnungen, kommen als dritte und vierte Privilegierung, die die Öffentliche Petition freilich mit anderen Sammel- und Masseneingaben teilt, Einzelaufruf und regelmäßig auch Anhörung in öffentlicher Ausschusssitzung hinzu.

<sup>54</sup> *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 12; ähnlich bereits die frühere Begleitforschung (*Riehm/Coenen/Lindner/Blümel* [Fn. 5], S. 13).

<sup>55</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 9.

lebendige Demokratie<sup>56</sup>. Millionenfache Seitenaufrufe pro Jahr<sup>57</sup> und die inzwischen auf fast zwei Millionen angestiegene Zahl der auf der Internetseite des Petitionsausschusses angemeldeten Nutzer<sup>58</sup> veranschaulichen die praktische Bedeutung eindrucksvoll. „Der größte Teil der Besucher des Petitionsportals kommt [...] gezielt, etwa um eine bestimmte Petition mitzuzeichnen oder im Diskussionsforum dazu eigene Beiträge zur Diskussion zu stellen.“<sup>59</sup> Die elektronische Plattform bietet die Möglichkeit, Lebenssachverhalte, Gesetzgebungsvorschläge, Sachverstand, Kritik und Beschwerden aus unterschiedlichen Sichtweisen und politischen Milieus kennen zu lernen, diese Stellungnahmen in die Meinungsbildung einzubeziehen, in den politischen Prozess einzubringen und dort wirksam werden zu lassen.<sup>60</sup>

Auch wenn bei weitem nicht alle als Öffentliche Petition eingereichten Eingaben vom Petitionsausschuss auch als solche zugelassen werden, bei weitem nicht alle zugelassenen Öffentlichen Petitionen eine hohe Zahl von Mitzeichnern gewinnen können und die Erfolgsbewertung Öffentlicher Petitionen unsicher ist,<sup>61</sup> sprechen die Zahlen doch für sich. Allein 2014 gingen 5.667 Eingaben (37 % aller Petitionen) auf elektronischem Weg mit dem Web-Formular über das Petitionsportal beim Bundestag ein, haben sich im Berichtszeitraum 276.891 neue Nutzer angemeldet und wurden zu den 436 veröffentlichten Petitionen „fast 500.000 elektronische Mitzeichnungen

---

<sup>56</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 10.

<sup>57</sup> Petitionsbericht für 2011, BT-Drucks. 17/9900, S. 8; Petitionsbericht für 2012, BT-Drucks. 17/13660, S. 8; Petitionsbericht für 2013, BT-Drucks. 18/1300, S. 9; Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 9.

<sup>58</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 7.

<sup>59</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 9.

<sup>60</sup> Vgl. Präambel der Richtlinie (Fn. 39).

<sup>61</sup> Laut Petitionsbericht für 2014 (BT-Drucks. 18/4990, S. 9, 111) wurden 2014 insgesamt 436 Petitionen im Internet veröffentlicht, diskutiert und mitgezeichnet. Von diesen Öffentlichen Petitionen erreichten 16 mehr als 5.000 Mitzeichnungen (der Spitzenwert lag 2014 bei 176.523 Mitzeichnungen). Ausweislich der Begleitforschung ist seit der Einrichtung des Modellversuchs ein Anstieg der eingereichten und auch der zugelassenen Öffentlichen Petitionen zu verzeichnen (von 761 [Einreichung] und 284 [Zulassung] im Jahr 2006 über 5.113 [Einreichung] und 701 [Zulassung] im Jahr 2009 auf 4.039 [Einreichung] und 559 [Zulassung] im Jahr 2010), wobei sich die Zulassungsquote der 10%-Marke nähert; die große Mehrzahl der Öffentlichen Petitionen erhält weniger als 1.000 Mitzeichnungen (siehe zu diesen Angaben und zur schwierigen Erfolgsbewertung *Riehm/Böhle/Lindner* [Fn. 8], S. 68 ff., 76 f., 98 ff.).

registriert<sup>62</sup>. Das bestätigt den Trend hin zur Elektronisierung der Petitionspraxis, der sich schon vor Jahren in vielbeachteten Öffentlichen Petitionen niedergeschlagen hat.<sup>63</sup> In jüngerer Zeit fanden beispielsweise Öffentliche Petitionen zur Reform der Pflegeversicherung auf der Grundlage eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs gut 177.000, zur Abschaffung der Luftverkehrssteuer annähernd 150.000, zur Abschaffung der Intensiv- und Massentierhaltung bis 2020 fast 99.000 und zur Abschaffung der Hartz-IV-Sanktionen und der Leistungseinschränkung bei der Sozialhilfe mehr als 91.000 unterstützende Mitzeichnungen.<sup>64</sup> Es bedarf keiner hellseherischen Kräfte, um potentiell auch Petitionen mit die Millionengrenze überschreitenden Unterstützerzahlen für realistisch zu halten.<sup>65</sup>

#### **e) Insbesondere: Erfolgsaussichten**

Zumal im systematischen Gesamtzriff ist die Bewertung der Erfolgsaussichten derartiger Petitionen schwierig. Zur näheren Verdeutlichung der Chancen, aber auch der Probleme und Grenzen von (Öffentlichen) Petitionen müssen an dieser Stelle einige Schlaglichter genügen:

Das betrifft zunächst den Anteil der abgelehnten Petitionen, der über die Jahre hinweg sehr stark schwankt und 2014 bei knapp 37 % lag<sup>66</sup>. Indes können sich auch mit einer solchen Ablehnung positive Effekte verbinden, etwa wenn es im und durch das Petitionsverfahren gelingt, bei den Petenten Verständnis für die jeweilige staatliche Entscheidung zu wecken und sie wenn schon nicht damit auszusöhnen,<sup>67</sup> so doch wenigstens durch den dialogischen Diskurs im Gemeinwesen zu integrieren.

---

<sup>62</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 7 f.

<sup>63</sup> So etwa bei einer im Internet von über 100.000 Personen unterstützten Petition zur „Generation Praktikum“, bei einer von 25.000 Mitunterzeichner getragenen Eingabe gegen die Einführung von Wahlcomputern und bei dem von über 15.000 E-Petenten verfolgten Anliegen, die Hundesteuer abzuschaffen; dazu *Guckelberger* (Fn. 27), DÖV 2008, S. 85 (86 m.w.N.).

<sup>64</sup> Petitionsberichte für die Jahre 2013 (BT-Drucks. 18/1300, S. 100) und 2014 (BT-Drucks. 18/4990, S. 111).

<sup>65</sup> Zu möglichen Szenarien vgl. oben Fn. 51.

<sup>66</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 105. Der langjährige Durchschnitt bewegt sich dabei im Bereich von etwa 25,3 % (dazu *Riehm/Böhle/Lindner* [Fn. 8], S. 99).

<sup>67</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 8. Im Übrigen mag es aus einer übergeordneten Warte bereits als Erfolg gelten, durch die

Den Ablehnungen stehen nach den Mitteilungen des Petitionsausschusses 2013 mehr als ein Drittel im weiteren Sinn positiv erledigte Vorgänge gegenüber, „wobei einige Anfragen der Petenten bereits im Vorfeld des parlamentarischen Verfahrens abgeschlossen werden konnten“<sup>68</sup>. Zu den jedenfalls aus Sicht des Ausschusses unlängst erfolgreich abgeschlossenen Verfahren gehören zwei Öffentliche Petitionen zur „Generation Praktikum“ aus dem Jahr 2007, die nach ihrer Einreichung von über 100.000 Mitzeichnern im Internet unterstützt wurden. Für diese Eingaben hatte der Ausschuss alsbald empfohlen, sie der Bundesregierung zur Erwägung zu überweisen und den Fraktionen des Deutschen Bundestages zur Kenntnis zu geben.<sup>69</sup> Die positive Erledigung der Angelegenheit erfolgte 2012 durch die Mitteilung der Bundesregierung, dass nach zweijähriger Verhandlungsphase mit der Arbeitgeberseite ein praxisgerechter Leitfaden über Praktika vorliege, der insbesondere in Sozialversicherungsfragen auf den Schutz der Praktikanten ziele.<sup>70</sup>

Weniger zufrieden und befriedet werden die Initianten von Petitionen<sup>71</sup> gegen das Bauprojekt „Stuttgart 21“ sein.<sup>72</sup> Dazu war bereits 2008 eine vornehmlich unter denkmalschützerischen Aspekten begründete Öffentliche Petition eingereicht, zugelassen und von 3.169 Mitzeichnungen unterstützt worden<sup>73</sup>. Obschon sich die politischen Umstände seit der Einreichung völlig verändert haben, wurde nach den Massenprotesten und dem Schlichtungsverfahren im Jahr 2010 keine weitere Öffentliche „S 21-Petition“ mehr zugelassen<sup>74</sup>. Für die Betroffenen dürfte dies kaum nachvollziehbar gewesen sein, zumal über die ursprüngliche Öffentliche Petition aus

---

Bereitstellung des Petitionsverfahrens das Vertrauen der Bürger in die parlamentarische Demokratie und den Rechtsstaat zu fördern (*Riehm/Böhle/Lindner* [Fn. 8], S. 99).

<sup>68</sup> Petitionsbericht für 2013, BT-Drucks. 18/1300, S. 7.

<sup>69</sup> Petitionsbericht für 2007, BT-Drucks. 16/9500, S. 8, 35.

<sup>70</sup> Petitionsbericht für 2012, BT-Drucks. 17/13660, S. 74 f.

<sup>71</sup> In den Petitionen wurde gefordert, „das Bauprojekt ‚Stuttgart 21‘ zu stoppen, eine Volksabstimmung darüber durchzuführen und keine Mittel aus dem Bundeshaushalt für dieses Projekt zur Verfügung zu stellen“ (Petitionsbericht für 2010, BT-Drucks. 17/6250, S. 41).

<sup>72</sup> Dazu *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 71.

<sup>73</sup> Petition 1013 „Eisenbahnliegenschaftswesen - Hauptbahnhof Stuttgart vom 06.11.2008“:  
<[https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/\\_2008/\\_11/\\_06/Petition\\_1013.nc.html](https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2008/_11/_06/Petition_1013.nc.html)> (Stand: 18.3.2016).

<sup>74</sup> *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 71.

dem Jahr 2008 erst sieben Jahre später (ablehnend) entschieden wurde.<sup>75</sup>

Doch schließen solche zweifelhaften Erfahrungen erfolgreiche Petitionen gegen Großprojekte nicht aus. Ein schönes Beispiel sind die bereits vor der Bereitstellung der elektronischen Petitionssysteme seit 2003 beim Petitionsausschuss eingereichten Eingaben gegen das „Bombodrom“ in Brandenburg.<sup>76</sup> Bei diesen Eingaben handelte es sich um rund 80 Petitionen mit insgesamt über 60.000 Unterschriften, die sich gegen den geplanten Luft-Boden-Schießplatz bei Wittstock in der Kyritz-Ruppiner Heide richteten.<sup>77</sup> Nach umfangreichen Ermittlungen und einem 2007 durchgeführten Ortstermin hatte der Petitionsausschuss den Eindruck gewonnen, dass das Petitionsanliegen wegen der durch den Flugverkehr zu erwartenden Lärmbelastungen, der zu befürchtenden gravierenden Auswirkungen auf den Tourismus und der negativen Rückwirkungen auf Naturschutzgebiete der Region grundsätzlich berechtigt sei. Trotz dieser Vorbehalte, zusätzlicher Kritik des Bundesrechnungshofs an dem Vorhaben und mehrerer Gerichtsentscheidungen, nach denen die Nutzung des Geländes als Schießplatz für Kampfflugzeuge auf absehbare Zeit nicht möglich gewesen wäre, hielt das Bundesverteidigungsministerium noch im Januar 2009 an seiner Auffassung fest, dass für die Nutzung des Truppenübungsplatzes Wittstock als Luft-Boden-Schießplatz nach wie vor ein zwingender Bedarf bestünde. Vor diesem Hintergrund überwies der Bundestag auf einstimmige Empfehlung des Petitionsausschusses im Juli 2009 die Petitionen der Bundesregierung zur Erwägung. Diese Überweisung war der letztlich ausschlaggebende Anstoß für das Bundesverteidigungsministerium, auf die geplante Nutzung des Schießplatzes zu verzichten und damit zugleich einen mit

---

<sup>75</sup> Votum und Begründung des Deutschen Bundestages über die Petition 1013 „Eisenbahnliegenschaftswesen - Hauptbahnhof Stuttgart vom 06.11.2008“ vom 05.02.2015:

<[https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/\\_2008/\\_11/\\_06/Petition\\_1013/forum/Beitrag\\_1636.\\$\\$.batchsize.10.tab.1.html](https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2008/_11/_06/Petition_1013/forum/Beitrag_1636.$$.batchsize.10.tab.1.html)> (Stand: 18.3.2016).

<sup>76</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden, Petitionsbericht für 2003, BT-Drucks. 17/3150, S. 30; Petitionsbericht für 2006, BT-Drucks. 16/6270, S. 40; Petitionsbericht für 2007, BT-Drucks. 16/9500, S. 37; Petitionsbericht für 2008, BT-Drucks. 16/13200, S. 44; Petitionsbericht für 2009, BT-Drucks. 17/2100, S. 37; Petitionsbericht für 2010, BT-Drucks. 17/6250, S. 89.

<sup>77</sup> Zu einer noch 2010 eingereichten Massenpetition mit über 41.000 Zuschriften siehe Petitionsbericht für 2012, BT-Drucks. 17/6250, S. 61.

gerichtlichen und außergerichtlichen Mitteln ausgetragenen, mehr als fünfzehn Jahre währenden Streit zu beenden.<sup>78</sup>

Bei alledem ist nicht nur am Rande bemerkenswert, dass der Petitionsausschuss und die Petitionsadressaten bei der Behandlung von Eingaben häufig nicht nach dem „Alles-oder-Nichts“-Prinzip verfahren, also das mit der jeweiligen Petition verfolgte Petitem entweder zurückweisen oder ihm stattgeben. Vielmehr bemühen sich die Akteure auch um „weichere“ Problemlösungen, die dem Anliegen des Petenten zwar nicht in der begehrten, aber in anderer Form Rechnung zu tragen suchen. Ein Beispiel ist die vom Petitionsausschuss als „positiv“ bewertete Erledigung der erwähnten Eingabe zur „Generation Praktikum“, die nicht in gesetzgeberische Rechtsetzung, sondern in die Aushandlung eines praxismgerechten Leitfadens für die Gestaltung von Verträgen mündete.<sup>79</sup> Auch können, wie beim „Bombodrom“<sup>80</sup>, Entscheidungen des Petitionsausschusses bereits anderweitig vorliegende Voten gleichsam verstärken und so den letzten Impuls für ein Umdenken geben. Die Beispiele aus den wissenschaftlich bislang kaum beachteten (inhaltlichen) Verbescheidungen und Ergebnissen von Eingaben zeigen, dass das Petitionsbearbeitungsverfahren mediative Elemente aufnehmen und insoweit das herkömmliche Bitt- und Beschwerderecht zu einem Baustein modernen Konfliktmanagements<sup>81</sup> fortentwickeln kann. Dazu passt auch die Bemerkung im letzten Petitionsbericht, wonach oftmals „bereits Stellungnahmeersuchen des Petitionsausschusses bei den staatlichen Stellen eine gründlichere Abwägung des Sachverhalts“ bewirkten<sup>82</sup>. Der unmittelbar daran anschließende Hinweis, dass oftmals „auch ausführliche Gespräche der Berichterstatter unter Beteiligung von Vertretern der Bundesregierung hilfreich [waren], um Lösungswege aufzuzeigen“, unterstützt diese Einschätzung.

---

<sup>78</sup> Vgl. Petitionsbericht für 2009, BT-Drucks. 17/2100, S. 37; Petitionsbericht für 2010, BT-Drucks. 17/6250, S. 89; *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 30 mit Fn. 206.

<sup>79</sup> Dazu oben bei Fn. 69.

<sup>80</sup> Oben bei Fn. 76.

<sup>81</sup> Vgl. dazu *Steffi Menge*, 6. Staatswissenschaftliches Forum – Vom Bitt- und Beschwerderecht zum Konfliktmanagement im Staat-Bürger-Verhältnis, NVwZ 2007, S. 1275 f.

<sup>82</sup> Petitionsbericht für 2014, BT-Drucks. 18/4990, S. 8.

## f) Zusammenfassende und ergänzende Bemerkungen

Die neue Eingabeform Öffentliche Petition ist gewiss ein „Leuchtturmprojekt“<sup>83</sup> mit bemerkenswerten Erfolgen. Sie ist aber auch in mancherlei Hinsicht rechtlich prekär<sup>84</sup>. Die verfassungsrechtlichen Probleme beginnen schon bei der elektronischen Petitionseinreichung,<sup>85</sup> die der Petitionsausschuss selbst lange Zeit „aus Rechtsgründen“ als nicht (schrift-)formwährend eingestuft,<sup>86</sup> später mit wachsender Unterstützung der Literatur<sup>87</sup> aber recht souverän akzeptiert hat. Doch verbleiben auch jenseits der spezifischen Schriftformproblematik zunehmend bewusst werdende Anschlussprobleme, die hier nur kurz anzudeuten sind: Die massiven Akzentverschiebungen in der Ordnungsidee des Petitionsrechts, die Ungleich- und Sonderbehandlungen im Verfahren durch mehrfache Privilegierung der Öffentlichen Petition,<sup>88</sup> die zweifelhaften Kriterien für die Zulassung einer Eingabe als Öffentliche Petition und deren Handhabung in der Praxis sowie die Verfahrensgestaltung und die Entscheidungsbefugnisse des Ausschussdienstes<sup>89</sup> streiten in der juristischen Gesamtbewertung für das Erfordernis einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber.<sup>90</sup>

Sieht man von dem Erfordernis einer gesetzlichen Regelung ab, dann ist in der verfassungswissenschaftlichen Würdigung festzuhalten, dass mit der Öffentlichen Petition eine ausgesprochen innovative Modernisierung des Petitionswesens zur Verbesserung bürgerschaftlicher Partizipation gelungen ist. Die Öffentliche Petition

<sup>83</sup> *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 10.

<sup>84</sup> Verfassungsrechtliche Vorbehalte auch bei *Guckelberger* (Fn. 27), DÖV 2008, S. 85 (92 f.); *Klein* (Fn. 26), Art. 45c (2011) Rn. 69 ff.; *Martin Pagenkopf*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 17 Rn. 9.

<sup>85</sup> Wichtige Grundsatzkritik bei *Martin Kellner*, Die E-Petition zum Bundestag: Ein Danaergeschenk, NJ 2007, S. 56 ff.

<sup>86</sup> Dazu *Heribert Schmitz*, Einlegung einer Petition durch E-Mail?, NVwZ 2003, S. 1437 (1437).

<sup>87</sup> Aus jüngerer Zeit etwa *Guckelberger* (Fn. 27), DÖV 2008, S. 85 (86 ff.); *dies.* (Fn. 8), S. 33 ff.; *Kloepfer* (Fn. 15), § 76 Rn. 26; *Klein* (Fn. 1), Art. 17 (2011) Rn. 63; vgl. zur Diskussion *Bauer* (Fn. 14), Art. 17 Rn. 35 ff. m.w.N.

<sup>88</sup> Fn. 53.

<sup>89</sup> Zum zunehmenden Unbehagen mit den Nichtzulassungsentscheidungen des Ausschussdienstes siehe eingehender *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 70 ff.

<sup>90</sup> Näheres bei *Bauer* (Fn. 7), S. 1222 ff. m.w.N.

nutzt moderne Informations- und Kommunikationstechnologien für die Einreichung, Veröffentlichung, Mitzeichnung und Diskussion von Eingaben an den Bundestag. Das erleichtert die Einbringung von Petitionen, schafft mehr Transparenz und fördert Diskurse im Petitionsverfahren.<sup>91</sup> Der erwähnte<sup>92</sup> Politikaward bringt dies punktgenau auf den Begriff. Der Preis honoriert das E-Portal u. a. deshalb, weil es funktionell „eine einmalige Möglichkeit an Bürgerbeteiligung und Transparenz [bietet]. Dank E-Petitionen gibt es eine schnellere und transparentere Verbindung zwischen Bevölkerung und Parlament“<sup>93</sup>. Das neue elektronische Petitionssystem ist politisch ein „großer Wurf“ und schon jetzt eine Erfolgsgeschichte. Es wertet die Bedeutung von Petitionen als Bausteine und auch Pfeiler politischer Partizipation auf und setzt damit zugleich Standards, die Vorbildwirkung für die Verfassungen der deutschen Länder und andere europäische und außereuropäische Verfassungen entfalten könnten.<sup>94</sup>

## 2. Die Europäische Bürgerinitiative

Ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht ist das Petitionsrecht auch im Unionsverfassungsrecht fest verankert. Traditionsreiche eingaberechtliche Institute sind dort das Petitionsrecht zum Europäischen Parlament, das Recht zur Anrufung des Europäischen Bürgerbeauftragten und das Recht zur Kommunikation mit Unionsinstitutionen. All diese Ausprägungen des Petitionsrechts haben eine längere Vorgeschichte mit zumeist<sup>95</sup> einfachrechtlichen Vorläufern und über die Jahre hinweg durch die Aufnahme in das Primärrecht eine deutliche Aufwertung erfahren.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> Vgl. dazu auch den im Juni 2011 vorgelegten Tätigkeitsbericht 2010 des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, S. 33 ff.

<sup>92</sup> Oben bei Fn. 35.

<sup>93</sup> Petitionsbericht für 2008, BT-Drucks. 16/13200, S. 10.

<sup>94</sup> Vgl. zum innerdeutschen Diskurs *Guckelberger* (Fn. 8), S. 44 ff., und *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 108 ff., sowie zu möglichen europaweiten Ausstrahlungen *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), S. 181 ff.

<sup>95</sup> Anders allerdings das 1992 in das Gemeinschaftsverfassungsrecht eingefügte Recht zur Anrufung des Bürgerbeauftragten; über frühere erfolglose Vorstöße zu dessen Verankerung auf europäischer Ebene informieren *Guckelberger* (Fn. 9), S. 78 ff. und *Julia Haas*, *Der Ombudsmann als Institution des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2012, S. 239 ff.

<sup>96</sup> Vgl. zu Vorgeschichte und Aufnahme in das Primärrecht durch die Verträge von Maastricht (1992) und Amsterdam (1997) *Guckelberger* (Fn. 9), S. 9 ff., 22 ff.; *dies.*, *Das Petitionsrecht zum Europäischen Parlament*

Heute sind diese Eingaberechte vor allem in Art. 24 AEUV geregelt, dessen systematischer Standort zusammen mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. d AEUV den herausragenden Stellenwert des Petitionsrechts für die Unionsbürgerschaft unterstreicht. Die gesamte Entwicklung liefert mehr als bemerkenswerte Belege für den in jüngerer Zeit erfolgten Ausbau, für den mit großer Schubkraft vorangetriebenen Aufstieg und für die mittlerweile erreichte, doch sehr exponierte Stellung des Petitionsrechts im europäischen Gemeinwesen.

Für die hier interessierenden neuen Petitionsformen ist das Recht auf Kommunikation mit Unionsinstitutionen nach Art. 20 Abs. 2 lit. d, 24 Abs. 4 AEUV besonders hervorzuheben. Dieses Recht sticht vor allem wegen der Sprachenregelung ins Auge. Jenseits der Sprachenfrage nimmt das „Kommunikationsrecht“<sup>97</sup> allerdings zugleich wichtige Teilaspekte eingaberechtl. Normprogramme auf. Es garantiert nämlich das Recht, sich mit Bitten, Beschwerden und anderen Anliegen an die in der Vorschrift genannten Institutionen zu wenden. Das schließt die Befugnis ein, sich beispielsweise mit einem Rechtsetzungsanliegen an die Europäische Kommission<sup>98</sup> zu wenden und diese zu bitten, dazu konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Ein Anspruch auf ein bestimmtes Vorgehen der Kommission in dem von dem Petenten erwünschten Sinn verbindet sich damit zwar nicht, wohl aber ein Anspruch auf begründete Antwort, aus der hervorgeht, wie die Kommission die Angelegenheit weiter zu behandeln gedenkt.<sup>99</sup> Das entspricht gängigem petitionsrechtlichem Gedankengut und ist deshalb alles andere als neu.

„Neu“ ist die mit dem Vertrag von Lissabon erfolgte Fortentwicklung dieser herkömmlichen Petitionsart zu einer den bisherigen Bestand ergänzenden Europäischen Bürgerinitiative. Die Europäische Bürgerinitiative setzt an der konventionellen Eingabeform an und generiert daraus einen *neuen Petitionstyp* mit spezifischen Funktionen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, der die Optionen moderner Informations- und Kommunikationstechnologien

---

sowie das Recht zur Anrufung des Europäischen Bürgerbeauftragten im Europa der Bürger, DÖV 2003, S. 829 (830); *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 52 f., 55, 57.

<sup>97</sup> *Armin Hatje*, in: Jürgen Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 24 AEUV Rn. 4.

<sup>98</sup> Art. 24 Abs. 4 AEUV, Art. 13 Abs. 1 EUV.

<sup>99</sup> Näher dazu und zum Folgenden *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 55 f., 65 ff. m.w.N.

intensiv nutzt und in der vorliegenden Ausgestaltung ohne eine solche Elektronisierung der Petitionsprozesse kaum denkbar wäre.

### a) Leitmotiv und Innovationsidee

Die Europäische Bürgerinitiative wurde 2009 in das Unionsverfassungsrecht eingefügt und zählt für manche „als erstes direktdemokratisches Instrument zu den bedeutendsten Neuerungen des Vertrages von Lissabon“<sup>100</sup>. Die Innovation ist Reaktion auf das vielbeklagte Demokratiedefizit der Europäischen Union. Sie will aber nicht nur die „demokratische Funktionsweise der Union“ verbessern<sup>101</sup>, sondern mit integrationsverstärkendem Effekt auch die Herausbildung transnationaler Diskurse in einer europäischen Interessen- und Wertegemeinschaft unterstützen.<sup>102</sup> Dazu eröffnet die Europäische Bürgerinitiative nunmehr Unionsbürgern die Möglichkeit, die Kommission aufzufordern, geeignete Rechtsetzungsvorschläge zu einem Thema zu unterbreiten, zu dem es nach Einschätzung der Initianten eines Rechtsaktes bedarf.

Die bisweilen als „neuartiges direktdemokratisches Instrument“<sup>103</sup> bezeichnete Bürgerinitiative stößt in das Zentrum des unionalen Demokratieverständnisses vor und ist dementsprechend rechtssystematisch nicht allein in petitionsrechtlichem Kontext, sondern auch in den Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der Union geregelt. Danach beruht die Arbeitsweise der

---

<sup>100</sup> *Andreas Maurer/Stephan Vogel*, Die Europäische Bürgerinitiative, 2009, S. 5; ähnlich *Bruno Kaufmann*, Direkte Demokratie auf der transnationalen Ebene. Zur Entstehungsgeschichte der Europäischen Bürgerinitiative, in: Lars P. Feld u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, 2011, S. 201 ff.; vgl. allgemein zur Debatte über die Bürgerbeteiligung auf europäischer Ebene *Oliver Moss*, Bürgerbeteiligung am Rechtsetzungsprozess in der Europäischen Union, 2009.

<sup>101</sup> Verordnung (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Bürgerinitiative, Abl. EU Nr. 65 v. 11.3.2011, S. 1.

<sup>102</sup> *Maurer/Vogel* (Fn. 100), S. 5. Vgl. allgemein zu den Motiven, Zielen und Erwartungen auch *Annette Guckelberger*, Die Europäische Bürgerinitiative, DÖV 2010, S. 745 (745 ff.); *Walter Obwexer/Julia Villotti*, Die Europäische Bürgerinitiative. Grundlagen, Bedingungen und Verfahren, JRP 18 (2010), S. 108 ff.; *Helmut Goerlich/Benedikt Assenbrunner*, Das Europäische „Bürgerbegehren“ als Element eines supranationalen Demokratieverständnisses nach dem Vertrag von Lissabon, ZG 26 (2011), S. 268 ff.; *Benedikt Assenbrunner*, Die praktische Umsetzung der Europäischen Bürgerinitiative nach dem Vertrag von Lissabon, SächsVBl. 2011, S. 201 (203 ff.); *Bauer* (Fn. 22), S. 649 ff.

<sup>103</sup> *Maurer/Vogel* (Fn. 100), S. 5.

Union zunächst zwar auf der repräsentativen Demokratie.<sup>104</sup> Daneben suchen die Unionsorgane aber auch den Kontakt mit den Bürgern, mit Betroffenen, mit repräsentativen Verbänden und mit der Zivilgesellschaft, und bei alledem sind die Organe aufgeschlossen für bürgerschaftliche Partizipation<sup>105</sup>. Zu dieser Partizipation gehört nicht zuletzt die Europäische Bürgerinitiative<sup>106</sup>, nach deren bottom-up-Ansatz das agenda setting nicht von oben erfolgt. Denn die Benennung der konkreten Themen und der inhaltlichen Schwerpunkte liegt in der Hand der Initianten. In einen Volks- bzw. Bürgerentscheid mündet die Europäische Bürgerinitiative am Ende nicht. Doch stößt die Initiative direktdemokratisch Interaktions-, Kommunikations-, Assoziations-, Deliberations- und Partizipationsprozesse an. Damit ist sie auf der europäischen Ebene ein wichtiges Element „assoziativer und direkter Demokratie“<sup>107</sup>.

### **b) Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen**

Die Unionsverfassung regelt in Art. 11 Abs. 4 EUV, Art. 24 Abs. 1 AEUV nur Eckpunkte und Grundzüge der Europäischen Bürgerinitiative. Die näheren Bestimmungen über Verfahren und Bedingungen sind nach Art. 24 Abs. 1 AEUV vom Europäischen Parlament und vom Rat im Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung durch Verordnungen festzulegen. Diese Festlegungen erfolgten 2011 in der Verordnung über die Bürgerinitiative<sup>108</sup>. Die sekundärrechtliche Ausgestaltung enthält umfangreiche Vorschriften über Voraussetzungen, Organisation und Verfahren der Bürgerinitiative.<sup>109</sup> Sie „gilt ab 1. April 2012“<sup>110</sup>. Ergänzende Regelungen für Deutschland

---

<sup>104</sup> Art. 10 Abs. 1 EUV.

<sup>105</sup> Art. 10 Abs. 3 und 4, 11 EUV.

<sup>106</sup> Art. 11 Abs. 4 EUV.

<sup>107</sup> BVerfGE 123, 267 (369, 377 f. [Zitat: 377]).

<sup>108</sup> Fn. 101.

<sup>109</sup> Dazu *Assenbrunner* (Fn. 102), *SächsVBl.* 2011, S. 201 (201 ff.); *Michael Tiedemann*, Die sekundärrechtliche Ausgestaltung der europäischen Bürgerinitiative durch die Verordnung (EU) Nr. 211/2011, *NVwZ* 2012, S. 80 ff.; *Oliver Mader*, Bürgerinitiative, Petitionsrecht, Beschwerde zum Bürgerbeauftragten – Unionsrechtliche Formen direktdemokratischer Partizipation und ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit, *EuR* 2013, S. 348 (353 f., 356 ff.); *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 69.

<sup>110</sup> Art. 23 der Verordnung über die Bürgerinitiative (Fn. 101). Die Verordnung wurde seit ihrem Inkrafttreten mehrfach geändert und berichtigt; dabei handelt es sich neben mehr technischen Modifikationen

finden sich in dem am 1. April 2012 in Kraft getretenen Gesetz zur Europäischen Bürgerinitiative (EBIG)<sup>111</sup>.

Nach diesen Normen durchläuft die Bürgerinitiative von ihrer Vorbereitung über die Einleitung und Durchführung bis hin zur Reaktion der Kommission ein in mehrere Phasen gegliedertes Verfahren, das in dem Gesamtregelungswerk detailliert ausgeformt ist. Dazu gehören neben den Anforderungen an die Initianten und Unterzeichner auch zahlreiche Rechte und Pflichten aller Beteiligten, die phasenspezifische Inhalte haben und in das mehrstufige gestreckte Petitionsrechtsverhältnis eingestellt sind.

Das Rechtsregime ist hier nicht im Einzelnen vorzustellen. Stattdessen sind nur einige Eckpunkte kurz anzusprechen. Danach setzt die Europäische Bürgerinitiative eine Mindestzahl von wenigstens einer Million Unterzeichnern voraus. Die Unterzeichner müssen wahlberechtigte Unionsbürger (Art. 9 Satz 2 EUV) sein, derzeit aus mindestens sieben Mitgliedstaaten stammen und sich nach einem bestimmten Quorum auf die Mitgliedstaaten verteilen.<sup>112</sup> Besonders hervorzuheben ist außerdem der Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnologien namentlich bei der Option, Unterstützerbekundungen nicht nur in Papierform, sondern auch elektronisch sammeln zu können<sup>113</sup>.

Die Rechtsfolgen einer den Voraussetzungen genügenden Bürgerinitiative sind für die einzelnen Phasen des Petitionsrechtsverhältnisses differenziert geregelt. Aus der Sicht der Unionsbürger handelt es sich im Kern um aus dem Petitionswesen ganz allgemein bekannte Ansprüche auf Unterlassung (etwa von Behinderungen der Einleitung von Petitionen) und Leistung (etwa auf Entgegennahme, sachliche Prüfung und Bescheidung), denen entsprechende Pflichten der Kommission korrespondieren und die in dem Regelwerk näher konkretisiert sind. Ein Beispiel für solche Konkretisierungen ist die Verpflichtung der Kommission, Initiativen, die den rechtlichen Anforderungen genügen, innerhalb von zwei

---

vor allem um Änderungen, die durch den Beitritt Kroatiens veranlasst waren.

<sup>111</sup> Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Bürgerinitiative vom 7. März 2012, BGBl. I S. 446.

<sup>112</sup> Art. 11 Abs. 4 EUV, Art. 24 Abs. 1 AEUV, Art. 2 Nr. 1, Art. 3 und 7 in Verbindung mit Anhang I der Verordnung über die Bürgerinitiative (Fn. 101).

<sup>113</sup> Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 der Verordnung über die Bürgerinitiative (Fn. 101).

Monaten in einem dafür vorgesehenen allgemein einsehbar Online-Register zu veröffentlichen.<sup>114</sup> Ein anderes Beispiel ist die Pflicht, den Organisatoren die Möglichkeit zur Präsentation ihrer Bürgerinitiative in einer öffentlichen Anhörung einzuräumen.<sup>115</sup>

Von besonderem Interesse ist naturgemäß die Frage nach der am Ende eines allen rechtlichen Anforderungen genügenden Initiativverfahrens stehenden Reaktionspflicht der Kommission. Für deren Beantwortung ist der Wortlaut von Art. 11 Abs. 4 EUV wenig weiterführend, weil er lediglich die Aufforderung der Kommission zur Unterbreitung eines geeigneten Rechtsetzungsvorschlags als Ziel der Bürgerinitiative benennt und für die näheren Einzelheiten auf Verordnungsrecht verweist. In Art. 10 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 führt die einschlägige Verordnung dazu aus, dass die Kommission „innerhalb von drei Monaten [...] ihre rechtlichen und politischen Schlussfolgerungen zu der Bürgerinitiative sowie ihr weiteres Vorgehen bzw. den Verzicht auf ein weiteres Vorgehen und die Gründe hierfür“ darlegt.

Über die aus diesem Normenbefund zu ziehenden Konsequenzen besteht bislang keine Einigkeit. Das Meinungsspektrum reicht von der ganz allgemein formulierten Ablehnung einer Verpflichtung der Kommission zur Vorlage eines Rechtsetzungsvorschlags<sup>116</sup> über eine für den Regelfall angenommenen Pflicht der Kommission, im Rahmen ihrer Initiativbefugnisse geeignete Vorschläge zu unterbreiten,<sup>117</sup> bis hin zu einer Verpflichtung der Kommission zum Tätigwerden, „d. h. zur Vorlage eines Rechtsetzungsvorschlags“<sup>118</sup>, bei deren Erfüllung der Kommission allerdings in zeitlicher und/oder inhaltlicher Hinsicht wiederum ein mehr oder weniger breites Ermessen zustehen soll<sup>119</sup>. Wie so oft liegt bei einer an Wortlaut, Systematik und Telos

<sup>114</sup> Art. 4 der Verordnung über die Bürgerinitiative (Fn. 101); dazu *Assenbrunner* (Fn. 102), SächsVBl. 2011, S. 201 (202).

<sup>115</sup> Art. 11 der Verordnung über die Bürgerinitiative (Fn. 101).

<sup>116</sup> *Hans-Peter Folz*, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht, Handkommentar*, 2012, Art. 11 EUV Rn. 3.

<sup>117</sup> *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 4. Aufl. 2011, Art. 11 EUV Rn. 19.

<sup>118</sup> *Peter Michael Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 2. Aufl. 2012, Art. 11 EUV Rn. 42; für eine grundsätzliche Verpflichtung der Kommission, ein Legislativverfahren einzuleiten, *Mader* (Fn. 109), *EuR* 2013, S. 348 (358).

<sup>119</sup> Vgl. *Martin Nettesheim*, in: ders. (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 11 EUV (2015) Rn. 27; *Huber* (Fn. 118), Art. 11 EUV Rn. 43.

orientierten Auslegung die überzeugende Antwort gleichsam „in der Mitte“. Richtiger Ansicht nach handelt es sich weder um eine völlig „unverbindliche“<sup>120</sup> Aufforderung noch um eine strikte Verpflichtung der Kommission zur Unterbreitung eines Rechtsetzungsvorschlags, und zwar nicht einmal für den Regelfall.<sup>121</sup> Zwar ist die Kommission zu einer intensiven politischen und rechtlichen Beschäftigung mit der Bürgerinitiative verpflichtet. Doch kann am Ende dieser Befassung die Entscheidung sowohl für ein weiteres Vorgehen (etwa durch Vorlage eines Rechtsetzungsvorschlags) als auch für den Verzicht auf ein weiteres Vorgehen stehen. In die Bandbreite möglicher Entscheidungen eingeschlossen sind auch Optionen, die das Anliegen der Initiative in einem Rechtsetzungsvorschlag nur teilweise aufgreifen oder etwa unter Einsatz mediativer Elemente jenseits der Rechtsetzung liegende Wege zur Verwirklichung der mit der Initiative verfolgten Anliegen suchen.

In jedem Fall treffen die Kommission am Ende aber gesteigerte Darlegungslasten und Begründungspflichten für ihre Schlussfolgerungen und ihre Entscheidung, die wiederum Grundlage für möglichst transparente Anschlussdebatten sein können. Diese Darlegungs- und Begründungspflichten, die schon allein wegen der vorausgesetzten Unterstützung von mindestens einer Million Unionsbürger gesteigerten Anforderungen genügen müssen, sind zusammen mit den davon ausgehenden Impulsen für die weitere politisch-rechtliche Diskussion der eigentliche Kern des Abschlusses einer zulässigen Europäischen Bürgerinitiative.

### **c) Praktische Bedeutung und Erfolgsaussichten**

Die Europäische Bürgerinitiative ist ein unionsverfassungsrechtliches Novum, das erst mit dem Inkrafttreten der Begleitvorschriften zum 1. April 2012 praktikabel geworden ist. Die seither verstrichene Zeit ist zu kurz für eine aussagekräftige Zwischenbilanz. Erste Bewertungen verhalten sich eher abwartend bis eher skeptisch<sup>122</sup>. Obschon die geforderte Mindestzahl von einer Million Unterstützern lediglich etwa 0,2 Prozent der gesamten Unionsbevölkerung entspricht und im unmittelbaren Vergleich mit Quoren für direktdemokratische Partizipation namentlich auf

---

<sup>120</sup> Zumindest missverständlich BVerfGE 123, 267 (377).

<sup>121</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Guckelberger* (Fn. 102), DÖV 2010, S. 745 (753); *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 70.

<sup>122</sup> Z. B. *Huber* (Fn. 118), Art. 11 EUV Rn. 57 ff.; *Folz* (Fn. 116); *Nettesheim* (Fn. 119), Art. 11 EUV Rn. 30 m.w.N.; insgesamt positiv dagegen *Mader* (Fn. 109), EuR 2013, S. 348 (354).

Länderebene sehr moderat ist, gelten Anforderungen wie die Anzahl der Mitgliedstaaten, aus denen die Unterstützer kommen müssen, und das Mindestquorum von Unterstützungsbekundungen je Mitgliedstaat nämlich manchen als so hoch, dass die Bürgerinitiative allenfalls in seltenen Ausnahmefällen eine „funktionierende“ Handhabe biete<sup>123</sup>. Das insgesamt beachtliche Anforderungsprofil lässt vermuten, dass vornehmlich verbandsunterstützte Initiativen erfolgversprechend sein könnten.

Inzwischen dokumentiert das Amtliche Register zur Europäischen Bürgerinitiative<sup>124</sup> rege Aktivitäten. Danach haben vier Jahre nach Inkrafttreten des Regelwerks erst drei Initiativen das Verfahren vollständig durchlaufen. Mehrere Initiativen mit teilweise hohem transnationalem Bekanntheitsgrad befanden sich im Verfahren. Außerdem waren einige Initiativen vorzeitig wieder zurückgezogen und auch bereits manche Registrierungsanträge abgelehnt. Immerhin hatten rund zwei Jahre nach Einführung der Europäischen Bürgerinitiative schon mehr als fünf Millionen Bürgerinnen und Bürger über zwanzig verschiedene Initiativen unterzeichnet.<sup>125</sup>

Die erste den rechtlichen Anforderungen genügende Europäische Bürgerinitiative war die Initiative „Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht! Wasser ist ein öffentliches Gut und keine Handelsware!“. Sie hatte Mitte September 2013 ihre Unterschriftensammlung abgeschlossen und nach eigenen Angaben fast 1,9 Millionen Unterstützererklärungen erreicht<sup>126</sup>. Mit der hier gebotenen Vereinfachung richtete sich die Initiative „right2water“ gegen tatsächliche oder vermeintliche Bestrebungen der

---

<sup>123</sup> *Huber* (Fn. 118), Art. 11 EUV Rn. 57.

<sup>124</sup> Abrufbar unter:  
<<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?lg=de>>  
(Stand: 18.3.2016).

<sup>125</sup> Europäische Kommission, Mitteilung über die Europäische Bürgerinitiative „Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht! Wasser ist ein öffentliches Gut, keine Handelsware“ v. 19.3.2014, COM(2014) 177 final, S. 2.

<sup>126</sup> Vgl. Right2Water, Danke für eure Unterschrift!, abrufbar unter <<http://www.right2water.eu/de/node/434>> (Stand: 18.3.2016); danach handelt es sich um insgesamt 1.884.790 Unterschriften, von denen 1.547.859 online gezeichnet wurden. Ausweislich einer tabellarischen Zusammenstellung im Anhang zur Mitteilung der Kommission (Fn. 125), S. 3 f. (mit Hinweis auf die Vorlage weiterer Unterstützererklärungen), handelte es sich um 1.659.543 Unterzeichner, bei denen die Mindestzahl in dreizehn Mitgliedstaaten erreicht wurde.

Europäischen Union, die Wasserversorgung zwangsweise zu privatisieren. Die Initiative verbuchte es alsbald als ihren Erfolg,<sup>127</sup> nicht nur die politische Debatte über den Umgang mit Wasser beeinflusst, sondern auch maßgeblich dazu beigetragen zu haben, dass im vergangenen Sommer die Wasserversorgung bei der Modernisierung des EU-Vergaberechts aus der geplanten Richtlinie zur Konzessionsvergabe herausgenommen wurde<sup>128</sup>. Am 17.2.2014 wurden die Organisatoren von der Kommission empfangen, und noch am selben Tag erhielten sie die Gelegenheit, ihre Initiative im Europäischen Parlament vorzustellen.<sup>129</sup> Die am 19.3.2014 veröffentlichte Reaktion der Kommission<sup>130</sup> begrüßte die Initiative, beschäftigte sich eingehend mit dem Zugang zu gesundheitlich unbedenklichem Trinkwasser sowie zu Abwasserentsorgung und sagte eine ganze Reihe von konkret benannten Schritten und Maßnahmen zu, die dem Anliegen der Initiative Rechnung tragen sollen. Obschon die Kommission nicht den erhofften Gesetzesvorschlag für die Anerkennung des Menschenrechts auf Wasser unterbreitete, bewerteten die Initianten viele Aspekte positiv – so etwa „die Anerkennung, dass die Bereitstellung von Wasserversorgung und Abwasserentsorgung generell in der Verantwortung der lokalen Autoritäten liegen sollte,“ weil dies den „Trend zur Rekommunalisierung“ bestätige, der der sicherste Weg

---

<sup>127</sup> Vgl. nur Spiegel online v. 21.6.2013, Protest gegen Wasser-Privatisierung: EU kapituliert vor Bürgerinitiative, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/eu-kommissar-barnier-nimmt-wasserversorgung-von-privatisierung-aus-a-907198.html>> (Stand: 18.3.2016); Agrarheute v. 28.6.2013, EU: Wasser aus Konzessionsrichtlinie gestrichen, abrufbar unter: <<http://www.agrarheute.com/konzessionsrichtlinie-wasser>> (Stand: 18.3.2016); *Silke Ruth Laskowski*, Nachhaltige Wasserversorgung – besser ohne EU-Konzessionsvergaberichtlinie, ZUR 2012, S. 385 ff.

<sup>128</sup> Vgl. Erwägungsgrund 14a und Art. 9a des Richtlinienvorschlags vom 12.7.2013, S. 21, 60, abrufbar unter: <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-konzessions-engl,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (Stand: 18.3.2016). In der inzwischen vom Europäischen Parlament angenommenen Fassung der Konzessionsrichtlinie (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023> [Stand: 18.3.2016]) ist die Herausnahme des Wassers in Erwägungsgrund 40 und in Art. 12 geregelt.

<sup>129</sup> Mitteilung (Fn. 125), S. 2.

<sup>130</sup> Fn. 125.

sei, um Wasser aus den Binnenmarktregelungen herauszuhalten.<sup>131</sup> Inzwischen nutzen die Initianten die Initiative für weitergehende Agitationen in politischen Prozessen. Die jüngste Erfolgsmeldung betrifft eine Abstimmung des Europäischen Parlaments im September 2015, mit der das Parlament die Kommission auffordert, konkrete legislative Schritte zur Anerkennung des Menschenrechts auf Wasser und sanitäre Grundversorgung zu unternehmen.<sup>132</sup>

### 3. Ombudsman-Institutionen

Unter dem Stichwort „Neue Petitionsformen“ scheinen Ombuds-Institutionen nicht richtig eingestellt. Denn der Ombudsman hat eine lange Tradition, ist im Unionsverfassungsrecht in Gestalt des Europäischen Bürgerbeauftragten<sup>133</sup> schon seit über zwanzig Jahren fest etabliert und in der dänischen Modellvariante längst zu einem skandinavischen Exportschlager aufgestiegen.<sup>134</sup> Nach dem skandinavischen Vorbild gibt es auch in der Russischen Föderation einen Bürgerbeauftragten für Menschenrechte, der in der Verfassung bei der Staatsduma ausdrücklich erwähnt ist<sup>135</sup> und neben anderem auch Ombudsman-Funktionen wahrnimmt.<sup>136</sup> Ganz anders liegen die Dinge in Deutschland: Obschon Bürgerbeauftragte auch hierzulande sowohl auf der Bundes- als auch auf der Landesverfassungsebene nicht gänzlich fremd sind,<sup>137</sup> ist die globale Ombudsmania am deutschen Verfassungsrecht fast spurlos vorübergegangen. Indes hat

<sup>131</sup> Europäische Bürgerinitiative „Wasser ist ein Menschenrecht“, Pressemitteilung „Antwort der Kommission auf die erste Europäische Bürgerinitiative ist wenig ambitioniert“ v. 19.3.2014; abrufbar unter <<http://www.right2water.eu/de/node/477>> (Stand: 18.3.2016).

<sup>132</sup> Europäische Bürgerinitiative „Wasser ist ein Menschenrecht“, Pressemitteilung „Erfolg für die Bürgerinnen und Bürger – Erfolg für das Menschenrecht auf Wasser“ v. 8.9.2015; abrufbar unter <<http://www.right2water.eu/de/node/532>> (Stand: 18.3.2016).

<sup>133</sup> Dazu etwa *Guckelberger* (Fn. 9), S. 11 ff., 77 ff.; *Haas* (Fn. 95), S. 237 ff.

<sup>134</sup> Vgl. allgemein *Linda C. Reif*, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, 2004; *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, *Europäische Ombudsman-Institutionen*, 2008; *Haas* (Fn. 95), S. 237 ff.; *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 11 ff., 22, 25, 71 ff.

<sup>135</sup> Art. 103 Nr. 1 lit. e) Verfassung der Russischen Föderation.

<sup>136</sup> Näheres dazu und zu den in der Verfassungspraxis eingeschränkten Handlungs- und Einflussnahmemöglichkeiten bei *Christian Reitemeier*, *Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz durch die Wirtschaftsgerichte der Russischen Föderation*, 2013, S. 259 f.

<sup>137</sup> Vgl. Art. 45b GG; Art. 36 Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

es immer wieder Vorstöße zur stärkeren Verankerung der Ombudsmanidee im Bundesrecht gegeben<sup>138</sup>, und auf Länderebene war erst unlängst ein solcher Vorstoß erfolgreich<sup>139</sup>. Dies rechtfertigt es, die Anrufung von Ombudspersonen abrundend wenigstens kurz als eine in Deutschland potentiell „neue Petitionsform“ anzusprechen und einige Schlaglichter auf diese Institution zu werfen.<sup>140</sup>

Die Ombudsman-Institution ist heute weltweit verbreitet<sup>141</sup> und gilt als „Erfolgsgeschichte“<sup>142</sup>. Mit der zunehmenden Verbreitung haben sich variantenreiche Modelle ausgebildet.<sup>143</sup> Über alle Modellvielfalt hinweg ist eine zentrale Konstante die Verbesserung der demokratischen Strukturen in Sonderheit durch bürgerschaftliche Partizipation.<sup>144</sup> Unter diesem Blickwinkel soll der Ombudsman in den verschiedenen Kontexten u. a.

---

<sup>138</sup> Vgl. *Norbert Achterberg/Martin Schulte*, in: Hermann v. Mangoldt/Christian Starck/Friedrich Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 6. Aufl. 2010, Art. 45c Rn. 5 f.; *Würtenberger* (Fn. 26), Art. 45 c GG (1995) Rn. 7, 38 ff.; *Haas* (Fn. 95), S. 156 ff.; BT-Drucks. 13/3578 (Entwurf eines Gesetzes über die Bürgerbeauftragte des Deutschen Bundestages).

<sup>139</sup> Im Februar 2016 hat das Land Baden-Württemberg mit dem Gesetz über die Bürgerbeauftragte oder den Bürgerbeauftragten des Landes Baden-Württemberg vom 23.2.2016 (BW GBl. S. 151) einen Bürgerbeauftragten eingeführt. Danach gibt es auf der Länderebene statt der bislang vier nunmehr fünf Ombudsleute. Zur Diskussion im Vorfeld der baden-württembergischen Regelung vgl. *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 ff.; BW LT-Drucks. 15/7862; 15/8006; ferner allgemein sowie zu den Besonderheiten der Bürgerbeauftragten der Länder *Anne Debus*, Der Bürgerbeauftragte – Moderator, Dolmetscher und Lotse an der Schnittstelle zwischen Bürger und Staat, ThürVBl. 2009, S. 77 ff.; *Kurt Herzberg/Anne Debus*, Der Bürgerbeauftragte – Möglichkeiten und Grenzen der Ombudseinrichtung, ThürVBl. 2015, S. 77 ff.

<sup>140</sup> Näheres zur sehr viel weitläufigeren Debatte pro und contra Ombudsmann bei *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht instruktiv zur Verknüpfung von Petitionen und Ombudsman sowie zu den davon nicht selten angestoßenen Gesetzesänderungen *Karl-Peter Sommermann*, Der Defensor del Pueblo: ein spanischer Ombudsman, AöR 110 (1985), S. 267 ff.

<sup>141</sup> Statt vieler *Kucsko-Stadlmayer* (Fn. 134), S. 1.

<sup>142</sup> *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 (614).

<sup>143</sup> Vgl. nur *Kucsko-Stadlmayer* (Fn. 134), S. 62 ff., 73 ff.; *Haas* (Fn. 95), S. 331 ff., 354 ff.

<sup>144</sup> Vgl. etwa *Rüdiger Stempel*, Ombudsman für Europa, DÖV 1996, S. 241 (241, 245 f.); *Veith Mehde*, Rechtliche und rechtspolitische Potentiale von Petitionsrecht und Ombudsmanneinrichtungen, ZG 16 (2001), S. 145 (156 ff., 160); *Kathrin Groh*, Ombudsman, in: Werner Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 1684 (1684); *Haas*

- Demokratisierungsprozesse etwa in Transformationsländern nach Maximen von Good Governance<sup>145</sup> unterstützend begleiten,
- zur Transparenz staatlicher Organisationen und Verfahren beitragen,
- legislative und administrative Defizite identifizieren und unter Ausnutzung des Publizitätsgedankens öffentlich auf deren Behebung hinwirken,
- die aktive Wahrnehmung von Rechten der Bürger im Gemeinwesen anregen,
- durch eine Ausweitung der Verwaltungskontrolle eine Intensivierung der Gesetzesbindung anstreben und damit die sachlich-inhaltliche Legitimation des Verwaltungshandelns erhöhen,
- durch Annäherung von Bürgern und Verwaltung die Akzeptanz von und das Vertrauen in öffentliche Institutionen fördern,
- im Sinne von Governance-Vorstellungen nicht nur Anlaufstelle für Bürger sein, sondern gleichsam als Transformationsriemen deren Anliegen in den politischen Prozess einspeisen und dabei Reformanstöße geben,
- usw.

oder kurz zusammengefasst: die Demokratie stärken und die demokratische Funktionsweise des Gemeinwesens verbessern.

Wegen des erwähnten Variantenreichtums entzieht sich das Recht auf Anrufung von Ombudsleuten einer einheitlichen Bestimmung der für die Rechtsausübung geltenden Voraussetzungen, auch wenn es sich schon aus funktionellen Gründen regelmäßig um eher niedrigschwellige Zugangshürden handeln wird. Ähnlich verhält es sich mit den Rechtsfolgen. Üblicherweise verbindet sich mit dem Recht auf Anrufung einer Ombudsperson ein Anspruch auf Befassung, nicht aber ein Anspruch auf Abhilfe. Ein Abhilfeanspruch scheidet regelmäßig schon deshalb aus, weil der Ombudsman normalerweise über keine Kassationsbefugnisse verfügt, sondern lediglich unverbindliche Empfehlungen ausspricht<sup>146</sup>. Dabei gehen die „weichen“ Entscheidungsoptionen der Ombudsleute weit über „Alles-oder-Nichts-Empfehlungen“ hinaus. So kann die Ombudsperson bislang nicht berücksichtigte Ansätze für Konfliktlösungen generieren, auf unbürokratische Problembereinigungen etwa in Telefongesprächen oder bei kurzfristig anberaumten runden Tischen

---

(Fn. 95), S. 25, 331 ff., 388 ff., 704 ff., 707 f.; *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 (615).

<sup>145</sup> Dazu insb. *Reif* (Fn. 134).

<sup>146</sup> *Groh* (Fn. 144), Sp. 1684 f.

mit allen Beteiligten drängen,<sup>147</sup> neutrale Streitschlichtung betreiben, informell-kooperative Mechanismen des Rechts- und Interessenschutzes<sup>148</sup> bereitstellen, mediative Elemente zur Konfliktbearbeitung einsetzen, die Rolle eines Konfliktmanagers, Moderators, Dolmetschers und Lotsen einnehmen<sup>149</sup>, etc. Dass solche „weichen“ Einflussnahmen und „soft law-artigen“ Steuerungen in der Praxis nicht „verpuffen“, sondern ganz im Gegenteil beträchtliche Wirkungen haben können, zeigt ein Seitenblick auf den Europäischen Bürgerbeauftragten. Neben vielen anderen positiv abgeschlossenen Aktivitäten des Bürgerbeauftragten, die in den Jahresberichten nachzulesen sind, ist der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis<sup>150</sup> besonders hervorzuheben.<sup>151</sup> Der Kodex geht auf Vorarbeiten des Bürgerbeauftragten zurück und wurde im Jahr 2001 vom Europäischen Parlament angenommen. Er konkretisiert das in Art. 41 ChGREU geregelte Recht auf eine gute Verwaltung, wurde europaweit für Anpassungen nationaler, regionaler und lokaler Verwaltungen genutzt und hat über Europa hinaus für Aufsehen gesorgt – nach der berechtigten Selbsteinschätzung des Bürgerbeauftragten ist der Kodex eine „europäische Erfolgsgeschichte“<sup>152</sup>. Aktuell hat er die Aufforderung des Europäischen Parlaments an die Kommission inspiriert, „endlich einen Vorschlag für eine EU-Verwaltungsverfahrenordnung vorzulegen“.<sup>153</sup>

### **III. Zur notwendigen Einbindung des Petitionsrechts in eine zeitgerechte Partizipationskultur**

Drei neue Petitionsformen – drei Erfolgsgeschichten!<sup>154</sup> Die petitionsrechtlichen Erfolgsmodelle bürgerschaftlicher Partizipation

---

<sup>147</sup> *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 (618).

<sup>148</sup> *Mehde* (Fn. 144), ZG 16 (2001), S. 145 (159).

<sup>149</sup> Vgl. *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 (618).

<sup>150</sup> Näheres dazu und zum Folgenden bei *Bauer* (Fn. 1), § 117 Rn. 72 m.w.N.

<sup>151</sup> Weitere Beispiele für den „Mehrwert“ des Bürgerbeauftragten und dessen nichtförmlich-streitschlichtende Funktion bei *Jörg Gundel*, Die Stellung des Europäischen Bürgerbeauftragten im Rechtsschutzsystem der EU, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow (Hrsg.), Festschrift für Thomas Würtenberger, 2013, S. 497 (insb. 502 ff.).

<sup>152</sup> Der Europäische Bürgerbeauftragte, Jahresbericht 2005, 2006, S. 6.

<sup>153</sup> *Guckelberger* (Fn. 23), DÖV 2013, S. 613 (615).

<sup>154</sup> So eine gängige Einschätzung für die Öffentliche Petition und die Ombudsman-Institution, die sich freilich bei der Europäischen Bürgerinitiative erst noch bestätigen muss; vgl. oben bei Fn. 54, 92, 127, 142.

signalisieren zugleich grundlegende Wandlungen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Gleichwohl sind sie in Deutschland in den bisherigen Partizipationsdebatten viel zu wenig präsent. Namentlich bei der Einrichtung von Bürgerbeauftragten ist Deutschland inzwischen sogar weltweit in eine Außenseiterposition geraten.

Dieser Befund leitet zwanglos zu der Anregung über, Petitionsrecht und Petitionspraxis in der Verfassungsrechtswissenschaft künftig größere Aufmerksamkeit zu schenken, dabei den interdisziplinären Dialog insbesondere mit den Politikwissenschaften zu suchen und die dort entwickelten Governance-Modelle in die Betrachtung einzubeziehen. In die gebotene Aufarbeitung des wissenschaftlichen Desiderats eingebunden sein sollten auch weitere Petitionsformen und -praktiken, die auf den verschiedenen Ebenen des Rechts anzutreffen und in denen noch manche bislang unzureichend erschlossene Potentiale angelegt sind. Das betrifft nicht allein internationale und europäische Entwicklungskontexte. Ergänzend sei nur beispielhaft verwiesen auf das Petitionswesen in den Ländern<sup>155</sup>, das mit dem Bürgerbeauftragten in Mecklenburg-Vorpommern<sup>156</sup>, der Volkspetition in Hamburg<sup>157</sup>, dem Recht zu selbstinitiativem Tätigwerden des Petitionsausschusses in Berlin<sup>158</sup> und der in Bayern gepflegten Praxis des Petitionsausschusses, Petenten in der öffentlichen Ausschusssitzung auf Wunsch ein Rederecht einzuräumen<sup>159</sup>, Besonderheiten aufweist, die über die Ländergrenzen hinaus einer allgemeinen verfassungswissenschaftlichen Aufbereitung zugänglich und bedürftig sind. Eine solche Aufbereitung könnte sowohl die Partizipationsdebatten befruchten als auch weiterführende Hinweise für die normative Fortentwicklung des Eingaberechts und Impulse für den Ausbau von Partizipation durch Petition geben.

Doch wird es allein mit der wissenschaftlichen Bereitstellung von Gestaltungsoptionen und der Präsentation des Entwicklungspotentials nicht getan sein. Angezeigt ist vielmehr auch ein Umdenken, das die in den Köpfen zumindest latent noch immer

---

<sup>155</sup> Vgl. dazu etwa *Annette Guckelberger/Frederic Geber/Christine Zott*, Das Petitionsrecht in Hessen, Rheinland-Pfalz und im Saarland, LKRZ 2012, S. 125 ff.

<sup>156</sup> Art. 36 Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>157</sup> Art. 29 Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg.

<sup>158</sup> Art. 46 Verfassung von Berlin.

<sup>159</sup> Dazu und zur Praxis in anderen Ländern *Guckelberger* (Fn. 8), S. 78 ff. m.w.N.

anzutreffenden<sup>160</sup> historisch motivierten Reminiszenzen und Vorbehalte gegen die Leistungsfähigkeit des Petitionsrechts endgültig verabschiedet. Stattdessen ist von den Akteuren eine gedankliche Öffnung für moderne Konzeptionen und deren Einsatzbreite gefordert. Dies ebnete den Weg für eine unvoreingenommene Bestimmung des Stellenwerts von Petitionen in einer veränderten Verfassungs- und Verwaltungskultur ebenso wie dessen Abstimmung mit anderen Instituten der Bürgerbeteiligung<sup>161</sup> in modernen Kommunikations- und Beteiligungsstrukturen<sup>162</sup>, in denen die Menschen mit ihren Anliegen ernst genommen werden und „auf Augenhöhe“ einbezogen sind. Dabei zeigten sich sehr schnell weitere Aspekte des Eigen- und Mehrwerts des Petitionsrechts. Dazu gehören nicht zuletzt Optionen für eine „weiche“ Problembehandlung und jenseits von formalisierten „Alles-oder-Nichts“-Verfahren und strikten „Alles-oder-Nichts“-Entscheidungen ansetzende innovative Konfliktbearbeitungen im Sinne eines sachgerechten Konfliktmanagements namentlich im ebenenübergreifenden europäischen Petitionsverbund. Am Ende erweist sich das Petitionsrecht als unverzichtbarer Baustein und tragender Pfeiler einer zeitgemäßen demokratischen Partizipationskultur in Europa.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit nur die Diskussion bei *Riehm/Böhle/Lindner* (Fn. 8), insb. S. 35 f. m. Fn. 5, und oben bei Fn. 3 ff.

<sup>161</sup> Vgl. *Mehde* (Fn. 144), ZG 16 (2001), S. 145 (156 ff.).

<sup>162</sup> Auf diesen Aspekt ist schon in den Debatten über die Bürgerbeteiligung bei Großvorhaben frühzeitig hingewiesen worden – so namentlich von *Reinhard Wulffhorst*, Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, DÖV 2011, S. 581 (586 ff.), der eine Kommunikations- und Beteiligungsstrategie einfordert, die sich jenseits gesetzlicher Steuerung bewegt und auch normativ nicht verordnet werden kann.

<sup>163</sup> Anderweitige Funktionen (dazu oben bei Fn. 13 f.) sind dadurch nicht ausgeschlossen.

**MODERNISIERUNG DES PETITIONSRECHTS IN  
DEUTSCHLAND UND EUROPA: ÖFFENTLICHE PETITION –  
EUROPÄISCHE BÜRGERINITIATIVE – OMBUDSMAN-  
INSTITUTIONEN**

*Prof. Dr. iur. Hartmut Bauer  
Universität Potsdam*

**Abstract**

Das Petitionsrecht war lange Zeit für viele ein angestaubtes Relikt, das zunehmend an Bedeutung verliert. Doch erlebt das Petitionsrecht in den letzten Jahren eine bemerkenswerte Renaissance: Mit der Öffentlichen Petition, der Europäischen Bürgerinitiative und Ombudsman-Institutionen sind Neue Petitionsformen entstanden, die sich in der Verfassungspraxis zu Erfolgsgeschichten entwickeln. Diese Innovationen zielen auf die Verbesserung bürgerschaftlicher Partizipationsmöglichkeiten und auf die Stärkung der demokratischen Funktionsweise des Gemeinwesens. Damit regen sie zugleich eine zeitgerechte demokratische Partizipationskultur an, die den Eigen- und Mehrwert des Eingaberechts aufnimmt und in den ebenenübergreifenden europäischen Petitionsverbund einstellt.

**МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВА НА ПОДАЧУ ПЕТИЦИЙ В  
ГЕРМАНИИ И ЕВРОПЕ: ПУБЛИЧНАЯ ПЕТИЦИЯ –  
ЕВРОПЕЙСКАЯ ГРАЖДАНСКАЯ ИНИЦИАТИВА –  
ИНСТИТУТЫ ОМБУДСМЕНОВ**

*Профессор д-р юр. н. Хартмут Бауер  
Университет Потсдама*

**Аннотация<sup>1</sup>**

Право подачи петиции долгое время для многих оставалось запыленным реликтом, который все больше терял свою значимость. Однако в последние годы право подачи петиции переживает заметное возрождение: вместе с публичной петицией, европейской гражданской инициативой и введением института омбудсменов возникли новые формы петиций, которые привели к запоминающимся успехам в практике конституционного права. Эти инновации направлены на улучшение возможности гражданского участия и на усиление демократической функции общин. При этом они одновременно активируют своевременную демократическую культуру участия, которая включает в себя реальную и дополнительную ценность права подавать петиции и встраивает ее в многоуровневый европейский петиционный комплекс.

---

<sup>1</sup> Перевод Артёма Зыкова.

## UMWELTRELEVANTE GRUNDRECHTE

*apl. Prof. Dr. Carmen Thiele  
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)\**

### Gliederung

- I.** Einführung
- II.** Nationaler und europäischer Normbestand
  - 1.** Grundgesetz
  - 2.** Europäische Menschenrechtskonvention
  - 3.** Grundrechtecharta der EU
    - a)** Materiell-rechtliche Bindung der Grundrechtecharta der EU an die EMRK
    - b)** Umweltschutz
- III.** Umweltrelevante Rechtsprechung
  - 1.** Bundesverfassungsgericht
  - 2.** Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
    - a)** Recht auf Leben
    - b)** Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Wohnung)
      - aa)** *Lärmbelästigung*
      - bb)** *Luftverschmutzung*
      - cc)** *Kombination schädlicher Umwelteinwirkungen*
      - dd)** *Fazit*
    - c)** Recht auf Umweltinformation
    - d)** Recht auf Eigentum
- IV.** Schlussbemerkung

---

\* Dieser Vortrag baut auf den im Rahmen der FIREU-Konferenz „Konsolidierung des Europäischen Umweltrechts“ gehaltenen Vortrag zum Thema „Umweltrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Bedeutung für die EU-Grundrechtecharta“ am 06.06.2013 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) auf.

## I. Einführung

Umweltrecht und Grund- bzw. Menschenrechte sind zwei unterschiedliche Rechtsgebiete sowohl auf nationaler als auch auf europäischer und universeller Ebene. Diese gilt es miteinander zu verbinden, um ein Recht auf saubere Umwelt als Menschenrecht herzuleiten. Ein solches Menschenrecht findet sich als Individualrecht in Art. 11 Abs. 1 Zusatzprotokoll (ZP) zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte<sup>1</sup> und als Gruppenrecht in Art. 24 Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker (ACHPR).<sup>2</sup> Während das Recht auf Umwelt im amerikanischen Menschenrechtssystem den Menschenrechten der zweiten Dimension zugeordnet wird, regelt das afrikanische System es als ein Menschenrecht der dritten Dimension.<sup>3</sup>

Anders als in diesen regionalen Menschenrechtssystemen lassen das deutsche und europäische sowie universelle Menschenrechtssystem eine entsprechende Normierung gänzlich vermissen. Das europäische Menschenrechtssystem ist gegenüber dem Menschenrecht auf saubere Umwelt jedoch nicht indifferent. Obwohl es keine ausdrückliche Normierung dieses Rechts in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>4</sup> gibt, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einige Konventionsrechte einer umweltrechtlichen Interpretation und Rechtsfortbildung zugeführt. Nachfolgend sollen die nationale und europäische Normbestand sowie die umweltrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des EGMR untersucht werden, wobei der Schwerpunkt auf die europäische Rechtsebene gelegt wird, weil Russland wie Deutschland Vertragspartei der EMRK und des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK ist. Dabei soll der Frage nachgegangen werden, ob ein Recht auf Umwelt als Grund- bzw. Menschenrecht im Entstehen ist.

---

<sup>1</sup> „Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services.“ Zusatzprotokoll zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vom 14.11.1988, OAS Treaty Series No. 69 (1988).

<sup>2</sup> „All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development.“ Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5.

<sup>3</sup> Vgl. *R. Schmidt-Radefeldt*, Ökologische Menschenrechte, 2000, S. 37 (44).

<sup>4</sup> SEV-Nr. 005.

## II. Nationaler und europäischer Normbestand

### 1. Grundgesetz

Das Grundgesetz beinhaltet kein Grundrecht auf Umweltschutz. Der Umweltschutz wurde zwar 1994 in Art. 20a GG<sup>5</sup> als Staatszielbestimmung aufgenommen. Ein subjektives einklagbares Recht ist damit aber nicht geschaffen worden. Die Bestimmung regelt lediglich den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung.<sup>6</sup> Diese Zielvorgabe ist unbestimmt und bedarf deshalb einer konkreten Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.

Der Umweltschutz verfügt aber auch über eine grundrechtliche Dimension. So kann aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) ein ökologisches Existenzminimum mit dem Schutz eines menschenwürdigen Lebens und einer menschenwürdigen Gesundheit abgeleitet werden, wenn die ökologischen Grundbedingungen für ein solches Leben existentiell gefährdet oder ausgeschlossen sind. Die grundrechtliche Dimension des Umweltschutzes greift aber nur dann, wenn tatsächliche Umweltschäden oder -gefahren ein existentielles Ausmaß annehmen. Aus den oben genannten Grundrechten sowie Art. 14 GG (Recht auf Eigentum) ergeben sich besondere Schutzpflichten des Staates.<sup>7</sup>

Die Grundrechte kommen in verschiedenen Funktionen im Zusammenhang mit dem Umweltschutz zur Geltung: als Abwehrrechte<sup>8</sup> gegen bzw. Schutzpflichten vor Umweltbelastungen und als Grenzen staatlicher umweltrelevanter Maßnahmen. Die Grundrechte als Abwehrrechte richten sich allerdings nur gegen den Staat, während die Mehrzahl von Umweltbelastungen von Privaten ausgeht. Umweltbeeinträchtigende Maßnahmen Privater können nicht dem Staat zugerechnet werden.<sup>9</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur im Fall atomrechtlicher Genehmigungen, die eine Mitverantwortung des Staates für die von genehmigten Atomanlagen ausgehenden Gefahren auslösen. Damit nimmt das Atomrecht eine Sonderstellung ein, die das Bundesverfassungsgericht mit der finanziellen Unterstützung des Staates begründet, die die

---

<sup>5</sup> Art. 20a GG eingefügt durch Gesetz v. 27.10.1994 (BGBl. I S. 3146).

<sup>6</sup> Der Tierschutz in Art. 20a GG wurde eingefügt durch Gesetz v. 26.7.2002 (BGBl. I S. 2862).

<sup>7</sup> *Schalz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2015, Art. 20a, Rn. 8 f.

<sup>8</sup> *Kloepfer*, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, S. 15 f.

<sup>9</sup> BVerfG, 1 BvR 180/88 - „Waldsterben“.

wirtschaftliche Nutzung der Kernenergie überhaupt erst ermöglicht.<sup>10</sup> In allen anderen Fällen entfalten die Grundrechte keine abwehrrechtliche Dimension.

Im Zusammenhang mit dem Umweltschutz fließt aus den Grundrechten auch die Verpflichtung des Staates, sich schützend vor diese Rechtsgüter zu stellen.<sup>11</sup> So muss der Staat das Recht auf Leben, Gesundheit oder Eigentum der seiner Jurisdiktion unterstehenden Personen vor Umweltverschmutzungen durch Private schützen. Schutzpflichten begründen aber nur abstrakte Handlungspflichten, die sich vor allem an den Gesetzgeber richten. Dieser hat die Schutzbedürfnisse mit anderen Rechtsgütern abzuwägen. Eine Verletzung der Schutzpflichten läge vor bei Untätigkeit des Gesetzgebers im Fall eines unstreitig festgestellten Umweltproblems, bei Ungeeignetheit von Maßnahmen zur Begrenzung einer Umweltgefahr sowie bei fehlender Nutzung der Anwendung bestehender Ermächtigungen zum Erlass von Maßnahmen des Umweltschutzes, obwohl dies wegen der Intensität der Belastung von Grundrechten erforderlich wäre.

## 2. Europäische Menschenrechtskonvention

Auch die EMRK und ihre Zusatzprotokolle (ZP) enthalten kein Menschenrecht auf Umwelt. Somit kann der Umweltschutz nur dann relevant werden, wenn die Umweltbedingungen die Ausübung der Konventionsrechte beeinträchtigen bzw. erschweren. Das bedeutet, dass die Gewährleistung der Menschenrechte zunehmend von Umweltbedingungen abhängig ist. Insofern geht es nicht direkt um den Umweltschutz, sondern um die Menschenrechte. Demzufolge kann der Umweltschutz nur indirekt Relevanz in der Rechtsprechung des EGMR erlangen. Es stellen sich mithin die Fragen, ob und gegebenenfalls wie grün die Menschenrechte in der EMRK geworden sind.<sup>12</sup>

Die Auslegung der Konventionsrechte durch den EGMR basiert auf der erstmals im *Tyler*-Fall 1978 geäußerten Feststellung des Gerichtshofes, die EMRK sei ein „*living instrument*“, die im Lichte gegenwärtiger Bedingungen zu interpretieren ist.<sup>13</sup> Die sich daraus ergebende und in Übereinstimmung mit Art. 31 Abs. 3 lit. b) Wiener

---

<sup>10</sup> BVerfG, 53, 30 (57 f.) - „Mülheim-Kärlich“.

<sup>11</sup> BVerfGE 49, 89 - „Kalkar I“; BVerfGE 53, 30 - „Mülheim-Kärlich“; BVerfGE 56, 54 - „Fluglärm“.

<sup>12</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 55 f.

<sup>13</sup> EGMR, Urt. vom 25.4.1978, Beschwerde-Nr. 5856/72 (*Tyler/Vereinigtes Königreich*), Series A no. 26, Rn. 31.

Übereinkommen über das Recht der Verträge<sup>14</sup> stehende evolutive Interpretation der Konventionsrechte durch den EGMR<sup>15</sup> schließt den in Europa zunehmend an Bedeutung gewinnenden Umweltschutz als Element oder als Schranke von in der EMRK bzw. ihren Zusatzprotokollen geregelten Menschenrechten ein. Die umweltrelevante Judikatur des EGMR bezieht sich auf Abwehr- bzw. Schutzdimensionen enthaltende menschenrechtliche Teilgewährleistungen bzw. Schrankenbestimmungen wie vor allem des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK), des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), des Rechts auf (Umwelt-) Information (Art. 10 EMRK)<sup>16</sup> bzw. des Rechts auf Eigentum (Art. 1 1. ZP zur EMRK).<sup>17</sup> Darüber hinaus können auch innerstaatliche Verfahren zum Umweltschutz Gegenstand der in Art. 6 EMRK geregelten Verfahrensgarantien sein, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.<sup>18</sup>

### 3. Grundrechtecharta der EU

Die Grundrechtecharta der EU (GRC)<sup>19</sup> enthält umweltrelevante Rechte, die den vorstehend aufgeführten Rechten aus der EMRK und dem 1. ZP zur EMRK entsprechen. Nach Art. 52 Abs. 3 GRC haben das Recht auf Leben (Art. 2 GRC), das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRC), das Recht auf Informationsfreiheit (Art. 11 GRC) sowie das Eigentumsrecht (Art. 17 GRC) dieselbe Bedeutung und Tragweite wie die entsprechenden Artikel der EMRK. Darüber hinaus ist in Art. 37 GRC – anders als in der über fünfzig Jahre älteren EMRK – der Umweltschutz ausdrücklich geregelt.

---

<sup>14</sup> UNTS, vol. 1155, p. 331.

<sup>15</sup> Vgl. *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2003, S. 232 ff.; *Letsas*, The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy (March 14, 2012), S. 2; im Internet abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836> (07.01.2016).

<sup>16</sup> Vgl. *Orth*, Ein Grundrecht auf Umweltschutz in Europa?, 2007, S. 252 f.

<sup>17</sup> SEV-Nr. 009.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu *Kley-Struller*, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995, 507 (509 f.); *Meyer-Ladewig*, Das Umweltrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, NVwZ 2007, 25 (26 f.); *Theil*, Der Umfang des Umweltschutzes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, NuR 2014, 330 (332 f.).

<sup>19</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU 2012 C 326/02.

**a) Materiell-rechtliche Bindung der Grundrechtecharta der EU an die EMRK**

Nach Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRC haben die Rechte der Grundrechtecharta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die „gleiche Bedeutung und Tragweite“ wie die Konventionsrechte.<sup>20</sup> Demzufolge sind die in der Grundrechtecharta geregelten Rechte im Lichte der ihnen entsprechenden Rechte in der EMRK zu interpretieren. Zwar wird in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug genommen, ohne Berücksichtigung der Judikatur des EGMR lässt sich jedoch die „Bedeutung und Tragweite“ der Rechte nicht bestimmen.<sup>21</sup>

Nach herrschender Meinung gilt die in Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRC geregelte Entsprechung der Rechte der Grundrechtecharta auch für solche Rechte, die nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut der EMRK bzw. ihren Zusatzprotokollen entnommen werden können und erst durch die Rechtsprechung des EGMR entwickelt worden sind. Da es sich hierbei nicht um neue Rechte handelt, sondern um Konventionsrechte, die vom EGMR im Lichte gegenwärtiger Bedingungen interpretiert und weiterentwickelt werden, sind sie notwendigerweise mit umfasst.<sup>22</sup> Insofern sind für die in der Grundrechtecharta geregelten umweltrelevanten Rechte die Interpretationen der ihnen entsprechenden Rechte aus der EMRK bzw. ihren Zusatzprotokollen durch den EGMR maßgebend, um die notwendige Kohärenz zwischen Grundrechtecharta und EMRK zu sichern.

---

<sup>20</sup> Vgl. *Ziegenhorn*, Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta, 2009, S. 96 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *Naumann*, Art. 52 Abs. 3 GrCh zwischen Kohärenz des europäischen Grundrechtsschutzes und Autonomie des Unionsrechts, EuR 2008, 424 (424 f.).

<sup>22</sup> Vgl. *Goldsmith*, *The Charter of Rights – A Brake Not an Accelerator*, *EHRLR 2004*, 474 (476); *Grabenwarter*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1 (4 f.); *Griller*, Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, in: *Duschaneck/Griller* (Hrsg.), *Grundrechte für Europa – Die Europäische Union nach Nizza*, 2002, S. 131 (158); *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, 2010, S. 161 ff.

## **b) Umweltschutz**

Der Umweltschutz findet seine gesonderte Regelung in Art. 37 GRC unter dem Titel „Solidarität“. Die als Leistungsgewährleistung ausgestaltete Bestimmung enthält allerdings nur eine Pflicht zum Umweltschutz und kein Individualrecht auf Umwelt als Abwehr- oder Teilhaberecht.<sup>23</sup> Aus dem Schutzauftrag und dem Gewährleistungsinhalt folgen einerseits die Pflicht zur Unterlassung umweltschädigender Maßnahmen und andererseits die Pflicht zur Schadensprävention und gegebenenfalls Sanktionierung von Umweltbeeinträchtigungen bzw. -schäden.<sup>24</sup> Bei Art. 37 GRC handelt es sich – im Gegensatz zu den obenstehenden umweltrelevanten Individualrechten – um einen Grundsatz<sup>25</sup> und eben nicht um ein einklagbares Grundrecht.<sup>26</sup>

### **III. Umweltrelevante Rechtsprechung**

#### **1. Bundesverfassungsgericht**

Da das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich davon ausgeht, dass umweltbelastende Maßnahmen Privater dem Staat nicht zurechenbar sind, ist auf die grundrechtlichen Schutzpflichten zurückzugreifen, wonach der Staat die Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter hat. Als umweltrelevante Schutzgüter kommen insbesondere die in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Rechtsgüter – das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit – in Betracht.

Um die staatliche Schutzpflicht zu begründen, bedarf es einer Gefährdung der Schutzgüter. Fraglich ist, wie groß die Gefährdung sein muss, damit die staatliche Schutzpflicht eintritt. Mit dieser Frage musste sich das BVerfG u.a. in seinem *Kalkar I* Urteil – in dem es um den Bau eines Kernkraftwerkes und damit die friedliche Nutzung der Kernenergie ging – auseinandersetzen.<sup>27</sup> Nach Auffassung des Gerichts scheidet eine staatliche Zulassung eines Risikos aus verfassungsrechtlicher Sicht aus, „[...] wenn die Errichtung oder der Betrieb der Anlage zu Schäden führt, die sich als Grundrechtsverletzungen darstellen. Das [Atom]Gesetz nimmt insoweit jedenfalls keinen anlagespezifischen Restschaden oder

---

<sup>23</sup> Vgl. *Orth* (Fn. 16), S. 167 ff., 108 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *ebd.*, S. 267.

<sup>25</sup> Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 C 303/17 (27).

<sup>26</sup> Vgl. *Jarass*, Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht, ZUR 2011, 563 (563 f.).

<sup>27</sup> BVerfG 49, 89 (141 f.) - „Kalkar I“.

Mindestschaden irgendwelcher Art in Kauf, der im Lichte des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 oder anderer Grundrechte als Grundrechtsverletzung anzusehen wäre.<sup>28</sup> Da aber ein Restrisiko bei der Betreibung von Kernkraftwerken bestehe, hat das BVerfG den „Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge“ im Atomrecht entwickelt, wonach eine entfernte Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts für das Auslösen der staatlichen Schutzpflicht genüge.<sup>29</sup>

Nach vorstehender Rechtsprechung des BVerfG schützt das in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Recht auf körperliche Unversehrtheit den Bürger nicht nur als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Darüber hinaus ergibt sich aus seinem objektiv-rechtlichen Gehalt eben auch die Pflicht des Staates, sich schützend vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen seitens anderer zu bewahren. Mit der bis dahin noch offenen Frage, ob sich die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht lediglich auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit in biologisch-physiologischer Hinsicht beschränkt oder sich auch auf den geistig-seelischen Bereich erstreckt, befasste sich das BVerfG in seinem *Fluglärm* Urteil, in dem es um den vom Flughafen Düsseldorf-Lohhausen ausgehenden Lärm ging.<sup>30</sup> Nach Auffassung des Gerichts bewirke „[...]“ der Fluglärm nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse möglicherweise noch keine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit im engeren Sinne; jedoch ist eine nicht unerhebliche Gefährdung dieses durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsguts zu befürchten.<sup>31</sup> Insofern müsse von einer weiten Auslegung des Begriffs der körperlichen Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und einer Gleichsetzung mit dem der Gesundheit ausgegangen werden, so dass der geistig-seelische Bereich mit einzuschließen wäre.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> BVerfG ebd. (140 f.).

<sup>29</sup> BVerfG ebd. (139); BVerfGE 53, 30 (57) - „Mülheim-Kärlich“.

<sup>30</sup> BVerfGE 56, 54 (73 f.) - „Fluglärm“.

<sup>31</sup> BVerfGE ebd. (77).

<sup>32</sup> BVerfGE ebd. (74).

## 2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Trotz des Fehlens eines normativen Menschenrechts auf saubere Umwelt gibt es eine repräsentative Rechtsprechung des EGMR zu dieser Frage, wobei sich der Gerichtshof anderer Konventionsrechte bedient. Dazu zählen insbesondere das Recht auf Leben, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das Recht auf Umweltinformation sowie das Recht auf Eigentum.

### a) Recht auf Leben

Das in Art. 2 EMRK normierte Recht auf Leben ist eng verbunden mit den Umweltbedingungen, die Teil der Lebensbedingungen sind.<sup>33</sup> Da Umweltbeeinträchtigungen das Recht auf Leben bedrohen können, ist das Leben vor Umweltgefahren und -risiken staatlich zu schützen.<sup>34</sup> Unter die in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK geregelte positive Pflicht des Staates, das Recht auf Leben gesetzlich zu schützen,<sup>35</sup> lässt sich auch der Schutz des Lebens vor gesundheitsschädigenden Umwelteinflüssen subsumieren.<sup>36</sup>

Die Verletzung der aus Art. 2 EMRK folgenden umweltrechtlichen Schutzpflicht der Staaten ist in einer Reihe von Fällen vor dem EGMR gerügt worden. Obwohl es im Fall *Guerra* u.a. gegen Italien von 1998<sup>37</sup> um Umweltverschmutzungen durch austretende gefährliche Substanzen aus einer Chemiefabrik in der Nähe einer Wohnsiedlung und mehrere Unfälle mit Arsen-Vergiftungen sowie Todesfälle von an Krebs erkrankten Fabrikarbeitern ging, haben die Richter die behauptete Verletzung von Art. 2 EMRK wegen einer bereits festgestellten Verletzung von Art. 8 EMRK nicht mehr gesondert geprüft. Diesem Teil des Urteils

---

<sup>33</sup> Bereits in Art. 28 der unverbindlichen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UN-Generalversammlung (UN Doc. A/RES/217 A (III), 10.12.1948) ist der Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in der die Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können, geregelt. Darunter sind auch gesunde Umweltbedingungen zu verstehen, vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 47.

<sup>34</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (ebd.), S. 68.

<sup>35</sup> Vgl. *Frowein*, in: ders./Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 2 EMRK, Rn. 7.

<sup>36</sup> Vgl. *Pathak*, The human rights system as a conceptual framework for environmental law, in: Brown/Weiss (Hrsg.), Environmental Change and International Law – New Challenges and Dimensions, 1992, S. 213.

<sup>37</sup> EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Beschwerde-Nr. 116/1996/735/932 (*Guerra* u.a./Italien) [GK], Rep. 1998-I, Rn. 62; vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 75 ff.

schlossen sich allerdings nicht alle Richter an. In ihren abweichenden Voten vertraten die Richter *Walsh* und *Jambrek* die Auffassung, dass eine Verletzung des Rechts auf Leben vorläge bzw. hätte geprüft werden müssen. Auch wenn das Urteil im vorliegenden Fall hinsichtlich des Rechts auf Leben nicht umweltrelevant ist, so ist es doch aufschlussreich in Bezug auf das Verhältnis zwischen Art. 2 und Art. 8 EMRK. Die Richter des Gerichtshofes prüfen in der Regel zuerst, ob durch Umweltverschmutzungen in das in Art. 8 EMRK geregelte Recht auf Privatsphäre ohne Rechtfertigung eingegriffen wurde. Der Schutzbereich des Rechts auf Privatsphäre ist auch eher von Umweltbeeinträchtigungen betroffen als der des Rechts auf Leben. Bei Letzterem ist die Lebensbedrohlichkeit der Umweltverschmutzung für die betroffenen Opfer nachzuweisen. Dennoch blieb diese restriktive Auffassung des Gerichtshofes nicht kritiklos. Gefordert wird eine Rechtsfortbildung hinsichtlich der Erweiterung des Anwendungsbereiches des Rechts auf Leben auf die Gesundheit und der positiven Schutzpflichten.<sup>38</sup>

Im Fall *McGinley* und *Egan* gegen Großbritannien von 1998<sup>39</sup> beriefen sich die Beschwerdeführer u.a. auf das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), weil sie als britische Armeeinghörige in den 1950er Jahren an von Großbritannien im Südpazifik durchgeführten Atomtests im Freien ohne Schutz teilgenommen hatten und an gesundheitlichen Spätfolgen litten. Da die Ereignisse noch vor Inkrafttreten des Individualbeschwerdeverfahrens für Großbritannien stattfanden, hatte der Gerichtshof diesbezüglich keine Jurisdiktion.<sup>40</sup>

In einem weiteren die Atomtests Großbritanniens im Südpazifik betreffenden Fall – *L.C.B.* gegen Großbritannien von 1998<sup>41</sup> – rügte die an Leukämie erkrankte Tochter eines an den Tests teilgenommenen britischen Armeeinghörigen die Verletzung u.a. von Art. 2 EMRK. Großbritannien habe vor allem versäumt, die Eltern vor möglichen Gesundheitsrisiken für ihre Tochter wegen der Teilnahme des Vaters an den Atomtests zu warnen. Der Gerichtshof

---

<sup>38</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 77.

<sup>39</sup> EGMR, Urte. vom 9.6.1998, Beschwerde-Nr. 10/1997/794/995-996 (*McGinley* u. *Egan*/Vereinigtes Königreich), Rep. 1998-III; vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 78 f.

<sup>40</sup> Das Vereinigte Königreich hatte erst 1966 die Kompetenz der Europäischen Menschenrechtskommission nach Art. 25 EMRK (a.F.) und des EGMR nach Art. 46 EMRK (a.F.) für Individualbeschwerden anerkannt. EGMR, Urte. vom 9.6.1998, Beschwerde-Nr. 10/1997/794/995-996 (*McGinley* u. *Egan*/Vereinigtes Königreich), Rep. 1998-III, Rn. 68.

<sup>41</sup> EGMR, Urte. vom 9.6.1998, Beschwerde-Nr. 23413/94 (*L.C.B.*/Vereinigtes Königreich), Rep. 1998-III.

verneinte allerdings eine Verletzung der positiven Schutzpflicht Großbritanniens, weil der Kausalzusammenhang zwischen der Teilnahme des Vaters an den Atomtests und der Erkrankung der Tochter nicht hinreichend nachgewiesen werden konnte.<sup>42</sup> Der vorliegende Fall zeigt aber anschaulich, wie negative Umwelteinflüsse auch das Recht auf Leben nachfolgender Generationen betreffen können.<sup>43</sup>

Wie der EGMR im Fall *Öneryildiz* gegen die Türkei von 2004<sup>44</sup> – in dem es um eine Methangasexplosion auf einer Mülldeponie im Jahre 1993 mit zu beklagenden Todesopfern unter den benachbarten Bewohnern ging – ausführt, begründet Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK positive Verpflichtungen der Staaten, angemessene Maßnahmen zum Schutz des Lebens der seiner Jurisdiktion unterworfenen Personen zu ergreifen. Diese Verpflichtung bestehe sowohl für öffentliche als auch für private Aktivitäten, in denen das Recht auf Leben betroffen ist, wie insbesondere bei gefährlichen industriellen Aktivitäten. Die positive Verpflichtung umfasse vor allem die Pflicht zur Schaffung eines legislativen und administrativen Rahmens, der eine wirksame Abhilfe gegen Bedrohungen des Rechts auf Leben bildet. Die Pflicht beinhalte sowohl substantielle als auch prozessuale Aspekte, vor allem die Öffentlichkeit über lebensbedrohende Notfälle zu informieren sowie eine gerichtliche Untersuchung aller dadurch verursachten Todesfälle sicherzustellen.<sup>45</sup> Da die zuständigen Behörden nicht alles in ihrer Macht Stehende unternahmen, um die Anwohner vor den unmittelbaren und aufgrund von Gutachten bekannten, von der Deponie ausgehenden Gefahren zu schützen und das Strafrechtssystem den Schutz des Rechts auf Leben im innerstaatlichen Recht nicht wirksam umsetzte, hat der Gerichtshof eine Verletzung der materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekte des Rechts auf Leben festgestellt.<sup>46</sup>

Im Fall *Budayeva* u.a. gegen Russland von 2008<sup>47</sup> bestätigt der EGMR das Bestehen positiver Verpflichtungen der Staaten,

<sup>42</sup> EGMR, ebd. (Rn. 39).

<sup>43</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 80.

<sup>44</sup> EGMR, Urt. vom 30.11.2004, Beschwerde-Nr. 48939/99 (*Öneryildiz/Türkei*) [GK], ECHR 2004-XII.

<sup>45</sup> EGMR, ebd. (Rn. 71, 89 ff.).

<sup>46</sup> EGMR, ebd. (Rn. 110, 118); vgl. *Loucaides*, *Environmental protection through the jurisprudence of the European Convention on Human Rights*, BYIL 2004, 249 (256 f.).

<sup>47</sup> EGMR, Urt. vom 20.3.2008, Beschwerde-Nr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02 (*Budayeva u.a./Russland*), ECHR 2008-II.

angemessene Maßnahmen zum Schutz des Lebens der seiner Jurisdiktion unterstehenden Personen zu ergreifen.<sup>48</sup> Im Zusammenhang mit der sich im Sommer 2000 ereigneten Überflutung von Teilen der Stadt Tyrnauz in der russischen Republik Kabardino-Balkarien durch eine Geröll- und Schlammlawine, in dessen Folge Menschenleben zu beklagen waren, machten die Beschwerdeführer geltend, die Behörden hätten es versäumt, die Schutzdämme zu reparieren, die Bevölkerung vor der herannahenden Katastrophe zu warnen und eine wirksame Untersuchung des diesbezüglichen Verhaltens der Behörden vorzunehmen.<sup>49</sup> Da im vorliegenden Fall der russische Staat seinen positiven Verpflichtungen zum Schutz des Lebens angesichts der Naturkatastrophe nicht nachgekommen war, stellte der Gerichtshof auch hier folgerichtig eine Verletzung sowohl der materiell-rechtlichen als auch der verfahrensrechtlichen Aspekte des Rechts auf Leben fest.

Aus der Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Leben folgt zwar eine positive Verpflichtung der Konventionsstaaten zum Schutz des Lebens auch in Verbindung mit Umweltbedrohungen, eine Einklagbarkeit dieser Schutzpflicht durch den Einzelnen ist aber nur dann möglich, wenn der Staat seinen diesbezüglichen Pflichten nicht nachgekommen ist.<sup>50</sup> Ein einklagbares Menschenrecht auf saubere Umwelt lässt sich aus Art. 2 EMRK jedoch nicht ableiten.

## **b) Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens**

Die umweltrechtliche Bedeutung der EMRK kommt insbesondere in Verbindung mit Art. 8 EMRK – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens – zum Tragen. Die Umweltbeeinträchtigungen, die die Schutzgüter Privatleben und Wohnung gefährden können, beziehen sich insbesondere auf Lärmbelästigungen (Geräusche), Luftverschmutzungen (Gerüche) oder auch eine Kombination schädlicher Umwelteinwirkungen (z.B. Abwasser- und Abfallentsorgungsanlagen).

### **aa) Lärmbelästigung**

Spätestens seit dem Fall *Arrondelle* gegen Großbritannien aus dem Jahr 1980,<sup>51</sup> in dem es um Lärmbelästigung durch den

---

<sup>48</sup> EGMR, ebd. (Rn. 128 ff.).

<sup>49</sup> EGMR, ebd. (Rn. 124 ff.).

<sup>50</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 90.

<sup>51</sup> EKMR, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 15.7.1980, Beschwerde-Nr. 7889/77 (E.A. *Arrondelle/Vereinigtes Königreich*), *Décisions et Rapports*, vol. 19, S. 186; vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 117 f.

Flughafen Gatwick sowie dessen Autobahnzubringer ging, ist Art. 8 EMRK umweltrechtlich relevant geworden. Die Urteile im Fall *Hatton* u.a. gegen Großbritannien von 2001<sup>52</sup> bzw. 2003<sup>53</sup> zeigen besonders anschaulich die umweltrelevante Bedeutung des Art. 8 EMRK. Anwohner des Flughafens Heathrow hatten unter anderem eine Verletzung von Art. 8 EMRK wegen der Zulassung des nächtlichen Flugverkehrs und der damit zusammenhängenden gesundheitsschädigenden Lärmbelästigung gerügt. Während die Kammer von einer Verletzung des Art. 8 EMRK ausging, weil die Regierung es versäumt habe, einen fairen Ausgleich zwischen den wirtschaftlichen Interessen des Staates und der wirksamen Ausübung der aus Art. 8 EMRK folgenden Rechte der Beschwerdeführer herbeizuführen, wies die Große Kammer eine Verletzung von Art. 8 EMRK zurück. In beiden Urteilen wird der Schutz der Gesundheit unter Art. 8 EMRK subsumiert. Wie die Große Kammer ausführte, gebe es kein ausdrückliches Recht auf saubere und ruhige Umwelt in der EMRK. Aber wo der Einzelne direkt und ernsthaft durch Lärm oder andere Umweltbelastungen betroffen ist, müsse die Frage unter Art. 8 EMRK fallen.

Dabei nimmt der EGMR ausdrücklich Bezug auf seine Rechtsprechung, insbesondere auf den Fall *Powell und Rayner* gegen Großbritannien von 1990,<sup>54</sup> in dem es ebenfalls um Fluglärm ging.<sup>55</sup> Hier hatte sich der Gerichtshof mit der Frage des Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK durch Lärmbelästigungen auseinandergesetzt.<sup>56</sup> Art. 8 EMRK sei in umweltrelevanten Fällen anwendbar, entweder wenn die Immissionen direkt durch den Staat verursacht werden oder wenn die Staatenverantwortlichkeit wegen fehlender staatlicher Regulierung der privaten Industrie eintritt.

Die Große Kammer lässt indes offen, ob es sich um eine Schutzpflicht des Staates handelt, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die in Art. 8 Abs. 1 EMRK geregelten Rechte zu

---

<sup>52</sup> EGMR, Urт. vom 2.1.2001, Beschwerde-Nr. 36022/97 (*Hatton* u.a./Vereinigtes Königreich), ÖJZ 2003, 72.

<sup>53</sup> EGMR, Urт. vom 8.7.2003, Beschwerde-Nr. 36022/97 (*Hatton* u.a./Vereinigtes Königreich) [GK], ECHR 2003-VIII.

<sup>54</sup> EGMR, Urт. vom 21.2.1990, Beschwerde-Nr. 9310/81 (*Powell und Rayner/Vereinigtes Königreich*), Series A no. 172, Rn. 40; vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 119 ff.; *García San José*, Environmental protection and the European Convention on Human Rights, 2005, S. 11 f.

<sup>55</sup> EGMR, Urт. vom 8.7.2003, Beschwerde-Nr. 36022/97 (*Hatton* u.a./Vereinigtes Königreich) [GK], ECHR 2003-VIII, Rn. 96.

<sup>56</sup> EGMR, Urт. vom 21.2.1990, Beschwerde-Nr. 9310/81 (*Powell und Rayner/Vereinigtes Königreich*), Series A no. 172, Rn. 40.

gewährleisten, oder um einen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu rechtfertigenden Eingriff des Staates. Sowohl für die Schutzpflicht als auch für den staatlichen Eingriff würden vergleichbare Anforderungen gelten, so der Gerichtshof.<sup>57</sup> Einer der Schwerpunkte im *Hatton-Fall* betraf den Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) der Regierung bei der Abwägung zwischen den Interessen des Einzelnen – die unter Art. 8 Abs. 1 EMRK zu subsumierende Gesundheit – und den Gemeinschaftsinteressen – das wirtschaftliche Wohl des Landes als legitimes Ziel für die Rechtfertigung gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK.<sup>58</sup> Dabei ist die Gesundheit eigentlich nicht in Art. 8 Abs. 1 EMRK, sondern als legitimes Ziel für die Rechtfertigung in Art. 8 Abs. 2 EMRK ausdrücklich genannt. Der Gerichtshof nimmt eine Abwägung zwischen dem Schutz der Gesundheit des Einzelnen und dem wirtschaftlichen Interesse des Staates vor.<sup>59</sup>

Eine unterschiedliche Bewertung des Nachweises der wirtschaftlichen Interessen des Staates führte im *Hatton-Fall* zu unterschiedlichen Urteilen der Kammern. Während die „Kleine“ Kammer die Anforderungen hierfür hoch angesetzt hatte, senkte die Große Kammer diese wieder ab. Generelle Untersuchungen über den wirtschaftlichen Wert von Nachtflügen ohne spezifische Angaben über die Kosten des Wegfalles bestimmter Nachtflüge seien ausreichend.<sup>60</sup> Die Große Kammer stellt damit geringere Voraussetzungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die durch Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährten Rechte.<sup>61</sup> Die nicht ausreichende Berücksichtigung der Eingriffstiefe, die sogar noch hinter dem Ansatz des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in seiner Bananenmarkt-Entscheidung<sup>62</sup> bleibt,

---

<sup>57</sup> EGMR, Ur. vom 8.7.2003, Beschwerde-Nr. 36022/97 (*Hatton* u.a./Vereinigtes Königreich) [GK], ECHR 2003-VIII, Rn. 98.

<sup>58</sup> Vgl. *H. Post*, *Hatton and Others: Further clarification of the 'indirect' individual right to a healthy environment*, *Non-State Actors and International Law* 2002, S. 259 (266); vgl. dazu auch EGMR, Ur. vom 10.2.2011, Beschwerde-Nr. 30499/03 (*Dubetska* u.a./Ukraine), Rn. 141, im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>; EGMR, Ur. vom 13.12.2012, Beschwerde-Nr. 3675/04 und 23264/04 (*Flamenbaum* u.a./Frankreich), Rn. 144, NVwZ 2014, 429.

<sup>59</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 128.

<sup>60</sup> EGMR, Ur. vom 8.7.2003, Beschwerde-Nr. 36022/97 (*Hatton* u.a./Vereinigtes Königreich) [GK], ECHR 2003-VIII, Rn. 126.

<sup>61</sup> Vgl. *Hobe/Giesecke*, *Zur Vereinbarkeit von nächtlichem Fluglärm mit Artikel 8 EMRK*, ZLW 2003, 501 (508 f.).

<sup>62</sup> EuGH, Ur. vom 5.10.1994, Rs. C-280/93 (*Deutschland/Rat*), Slg. 1994, I-4973 (Rn. 76, 79).

wird in der Literatur nicht zu Unrecht scharf kritisiert.<sup>63</sup> Eine Antwort auf die Grundfrage bezüglich des Verhältnisses von Umweltschutz und wirtschaftlichen Interessen bleibt die Große Kammer im *Hutton-Fall* ebenfalls schuldig.<sup>64</sup>

An diese Rechtsprechung schließt sich auch das Urteil im Fall *Flamenbaum* u.a. gegen Frankreich von 2012<sup>65</sup> an, in dem es um die Verlängerung der Rollbahn am Deauville Flughafen geht.

Als ungerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK hat der EGMR hingegen Handlungen bzw. Unterlassungen der Behörden im Zusammenhang mit Lärmbelästigungen, verursacht durch Nacht-<sup>66</sup> bzw. Spielclubs,<sup>67</sup> gewertet.

### **bb) Luftverschmutzung**

Die zunächst für Lärmbelästigungen entwickelte Rechtsprechung hinsichtlich Art. 8 EMRK lässt sich auch auf andere Formen von Umweltbeeinträchtigungen wie Luftverschmutzungen anwenden.<sup>68</sup>

Bis zum Fall *López Ostra* gegen Spanien von 1994<sup>69</sup> hat der EGMR zwar mehrere umweltrelevante Fälle im Lichte von Art. 8 EMRK geprüft, aber noch nie zugunsten umweltrechtlicher Interessen von Beschwerdeführern geurteilt.<sup>70</sup> Im vorliegenden Fall ging es um die Errichtung einer Anlage zur Beseitigung von Abfallstoffen aus Gerbereien in der Nähe des von der Beschwerdeführerin bewohnten Hauses. Die Abgase der Anlage verursachten gravierende Belästigungen bei der ansässigen Bevölkerung. Ungeachtet des Beurteilungsspielraumes des Staates hat dieser nach Ansicht des

---

<sup>63</sup> Vgl. *Heselhaus/Marauhn*, Straßburger Springprozession zum Schutz der Umwelt, EuGRZ 2005, 549 (554).

<sup>64</sup> Vgl. *Hobe/Giesecke* (Fn. 61), S. 509.

<sup>65</sup> EGMR, Urт. vom 13.12.2012, Beschwerde-Nr. 3675/04 und 23264/04 (*Flamenbaum* u.a./Frankreich), Rn. 80 ff., NVwZ 2014, 429.

<sup>66</sup> EGMR, Urт. vom 16.11.2004, Beschwerde-Nr. 4143/02 (*Moreno Gomez/Spainien*), ECHR 2004-X, Rn. 46 ff.

<sup>67</sup> EGMR, Urт. vom 25.11.2010, Beschwerde-Nr. 43449/02, 21475/04 (*Mileva* u.a./Bulgarien), Rn. 89 ff., im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>68</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 124.

<sup>69</sup> EGMR, Urт. vom 9.12.1994, Beschwerde-Nr. 16798/90 (*López Ostra/Spainien*), Series A no. 303-C; vgl. *García San José* (Fn. 54), S. 12 ff.; *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 125 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *Sands*, Human rights, environment and the Lopez-Ostra case: context and consequences, EHRLR 1996, 597 (611).

Gerichtshofes keinen fairen Ausgleich zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Stadt und den individuellen Interessen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der effektiven Wahrnehmung ihrer Rechte gemäß Art. 8 EMRK herstellen können, so dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorlag.<sup>71</sup>

In den Fällen *Fadeyeva* gegen Russland von 2005<sup>72</sup> und *Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva und Romashina* gegen Russland von 2006<sup>73</sup> bestätigt der Gerichtshof seine umweltrelevante Rechtsprechung. Damit ein Fall unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK subsumiert werden könne, müsse hinsichtlich von Umweltverschmutzungen nachgewiesen werden, dass erstens ein Eingriff in die Privatsphäre der Beschwerdeführerin vorliegt und zweitens ein gewisser Grad der Schwere erreicht ist.<sup>74</sup> Nach Auffassung des Gerichtshofes habe es der russische Staat trotz seines weiten Ermessensspielraumes versäumt, einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Gemeinschaft und dem Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihrer Wohnung und ihres Privatlebens herbeizuführen.<sup>75</sup>

### **cc) Kombination schädlicher Umwelteinwirkungen**

In einigen umweltrelevanten Fällen resultieren die Umweltverschmutzungen aus verschiedenen Quellen, wie im Fall *Grimkovskaya* gegen die Ukraine von 2011.<sup>76</sup> Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung von Art. 8 EMRK, weil die Behörden es zuließen, dass eine Fernstraße auf einer verkehrstechnisch ungeeigneten Straße geführt wurde und sie es unterlassen hätten, die erforderlichen straßenbaulichen Maßnahmen vorzunehmen und

---

<sup>71</sup> EGMR, Urt. vom 9.12.1994, Beschwerde-Nr. 16798/90 (López Ostra/Spanien), Series A no. 303-C, Rn. 58.

<sup>72</sup> EGMR, Urt. vom 9.6.2005, Beschwerde-Nr. 55723/00 (Fadeyeva/Russland), ECHR 2005-IV.

<sup>73</sup> EGMR, Urt. vom 26.10.2006, Beschwerde-Nr. 53157/99, 53247/99, 53695/00 und 56850/00 (Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva und Romashina/Russland), Rn. 91 ff., im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>74</sup> EGMR, Urt. vom 9.6.2005, Beschwerde-Nr. 55723/00 (Fadeyeva/Russland), ECHR 2005-IV, Rn. 70.

<sup>75</sup> EGMR, ebd. (Rn. 134).

<sup>76</sup> EGMR, Urt. vom 21.7.2011, Beschwerde-Nr. 38182/03 (Grimkovskaya/Ukraine), Rn. 41 ff., im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>; vgl. auch EGMR, Urt. vom 9.11.2010, Beschwerde-Nr. 2345/06 (Deés/Ungarn), Rn. 15 ff., im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

das Umweltgeschehen zu überwachen. Die Anwohner beklagten von Lastwagen verursachten Lärm, Vibrationen und Luftverschmutzung. Die Verletzung von Art. 8 EMRK gründete der Gerichtshof auf das Fehlen einer Umweltverträglichkeitsstudie, die fehlende Einbindung der Beschwerdeführerin in den behördlichen Entscheidungsprozess und auch die Nichteinhaltung der Anforderungen der Aarhus-Konvention über den Zugang zu Informationen, Beteiligung der Öffentlichkeit an der Entscheidungsfindung und den Zugang zu den Gerichten in Umweltfragen<sup>77</sup> – eines anderen völkerrechtlichen Vertrages,<sup>78</sup> obwohl gemäß Art. 19 EMRK die Kompetenz des EGMR in der Überwachung der Verpflichtungen nur aus der EMRK und ihren Zusatzprotokollen besteht.

Vor allem beim Betrieb von Abfallentsorgungsanlagen können durch Luftverschmutzung und Lärmbelästigung gesundheitsschädliche Umweltbelastungen verursacht werden, die, wie im Fall *Giacomelli* gegen Italien von 2006, zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK führen. Hier war es den Behörden nach Auffassung des EGMR nicht gelungen, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem öffentlichen Interesse am Betrieb der Abfallentsorgungsanlage und der effektiven Wahrnehmung des Rechts des Beschwerdeführers auf Achtung seines Privatlebens sowie seiner Wohnung herzustellen.<sup>79</sup>

Auch das Nichtfunktionieren von Abfallentsorgung wegen fehlender Organisation eines ordnungsgemäßen Ablaufes der Sammlung, Aufbereitung und Entsorgung von Abfällen kann zu einer Beeinträchtigung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung führen, so im Fall *Di Sarno* u.a. gegen Italien von 2012 im Zusammenhang mit der Müllkrise in der Provinz Neapel, Region Campania.<sup>80</sup> Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung hat der EGMR die Beschwerde, in der eine Verletzung von Art. 2 und Art. 8 EMRK gerügt worden ist, nur auf der Grundlage von Art. 8 EMRK geprüft.<sup>81</sup> Obwohl der EGMR das Urteil des EuGH von 2010 hinsichtlich der italienischen Müllkrise in der Region Campania, in

---

<sup>77</sup> UNTS, vol. 2161, p. 447.

<sup>78</sup> EGMR, Urt. vom 21.7.2011, Beschwerde-Nr. 38182/03 (Grimkovskaya/Ukraine), Rn. 72, im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>79</sup> EGMR, Urt. vom 2.11.2006, Beschwerde-Nr. 59909/00 (*Giacomelli/Italien*), ECHR 2006-XII, Rn. 97.

<sup>80</sup> EGMR, Urt. vom 10.1.2012, Beschwerde-Nr. 30765/08 (*Di Sarno u.a./Italien*), NVwZ 2013, 415.

<sup>81</sup> EGMR, ebd. (Rn. 94).

dem dieser von einer Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung wegen der Anhäufung erheblicher Mengen von Abfall in öffentlichen Straßen und auf provisorischen Lagerplätzen ausging,<sup>82</sup> ausdrücklich erwähnt, prüft der EGMR nicht Art. 2 EMRK. Wenn kein konkreter Beweis für eine schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit des Einzelnen bestehe, sei Art. 8 EMRK anzuwenden, so der Gerichtshof.<sup>83</sup>

### **dd) Fazit**

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist Art. 8 EMRK nur dann anwendbar, wenn ernsthafte Umweltverschmutzungen durch unterschiedliche Medien das Wohl einzelner Personen beeinträchtigen und sie daran hindern, ihre Wohnung zu genießen, so dass ihr Privat- und Familienleben nachteilig beeinflusst wird, trotz des Fehlens einer ernststen Bedrohung für ihre Gesundheit.<sup>84</sup> Dabei müssen die nachteiligen Auswirkungen der Umweltverschmutzung ein gewisses Mindestmaß an Schwere erreichen. Für die Beurteilung des Mindestmaßes stellt der EGMR auf die Umstände des Einzelfalles ab, wobei auch der allgemeine Kontext des Umweltschutzes herangezogen werden soll.<sup>85</sup>

Offen bleibt, ob umweltrelevante Fälle nach Art. 8 EMRK als Verletzung einer positiven Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der in Art. 8 Abs. 1 EMRK geregelten Rechte oder als Eingriff, der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu rechtfertigen ist, zu prüfen sind. Da in beiden Fällen die anzuwendenden Prinzipien weitgehend gleich sind, ist der Gerichtshof hierauf nicht weiter eingegangen.

Obwohl in der EMRK kein ausdrückliches Menschenrecht auf eine saubere Umwelt geregelt ist,<sup>86</sup> hat der EGMR in seiner Rechtsprechung Art. 8 EMRK zu einer „umweltrechtlichen

---

<sup>82</sup> EuGH, Urt. vom 4.3.2010, Rs. C-297/08 (Kommission/Italien), Slg. 2010, I-1749, Rn. 114.

<sup>83</sup> EGMR, Urt. vom 10.1.2012, Beschwerde-Nr. 30765/08 (Di Sarno u.a./Italien), NVwZ 2013, 415, Rn. 108.

<sup>84</sup> EGMR, Urt. vom 10.11.2004, Beschwerde-Nr. 46117/99 (Taskin/Türkei), ECHR 2004-X, Rn. 113.

<sup>85</sup> EGMR, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 26.2.2008, Beschwerde-Nr. 37664/04 (Lars und Astrid Fägerskiöld/Schweden), S. 15, im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>; EGMR, Urt. vom 21.7.2011, Beschwerde-Nr. 38182/03 (Grimkovskaya/Ukraine), Rn. 41 ff., im Internet abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>86</sup> Vgl. J. Pätzold, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK Kommentar, 2012, Art. 8 EMRK, Rn. 38.

Generalklausel<sup>87</sup> des europäischen Menschenrechtsschutzes entwickelt.

### c) Recht auf Umweltinformation

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es in der EMRK ein Recht auf Information über Umweltgefährdungen gibt. Das in Art. 10 Abs. 1 EMRK geregelte Recht auf freie Meinungsäußerung schließt auch die Freiheit ein, Informationen zu empfangen und weiterzugeben. Nach der Rechtsprechung des EGMR lässt sich daraus allerdings weder das Recht auf Zugang zu Informationen noch die Verpflichtung des Staates ableiten, bestimmte Informationen einem Individuum zu geben.<sup>88</sup> Allerdings müsse der Staat sein Informationssystem so einrichten, dass der Einzelne sich über wesentliche Fragen informieren kann.<sup>89</sup>

In der Rechtsprechung zur EMRK wird das Recht auf Umweltinformation unter verschiedenen Artikeln geprüft. Die bis 1998 als Kontrollorgan bestehende Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) hatte im Fall *Guerra* u.a. gegen Italien das Versäumnis der Behörden, der örtlichen Bevölkerung Informationen über die Risiken und Maßnahmen im Fall eines Unfalls in der nahe gelegenen Chemiefabrik zu geben, noch als Eingriff in das Recht auf Informationsfreiheit gem. Art. 10 EMRK angesehen.<sup>90</sup> Zwar schloss sich der Gerichtshof der Ansicht der Kommission bezüglich des Bestehens einer positiven Verpflichtung des Staates zur Bereitstellung von Informationen über Umweltrisiken an betroffene Individuen an, er subsumierte diese allerdings unter Art. 8 EMRK. Das in Art. 10 EMRK geregelte Recht, Informationen zu empfangen, könne Staaten in Fällen, wie im vorliegenden, keine positive Verpflichtung auferlegen, auf eigene Initiative Informationen zu sammeln und zu verbreiten.<sup>91</sup> Nach enger Auslegung der Informationsfreiheit durch den EGMR beinhaltet die Freiheit, Informationen zu erhalten, lediglich das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu

---

<sup>87</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 135.

<sup>88</sup> EGMR, Urt. vom 26.3.1987, Beschwerde-Nr. 9248/81 (Leander/Schweden), Series A no. 116, Rn. 74; vgl. *Boyle*, Human rights and the environment: A reassessment, S. 17, im Internet abrufbar unter: <http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/Events/HumanRightsEnvironmentRev.pdf> (07.01.2016).

<sup>89</sup> Vgl. *Frowein*, in: ders./Peukert (Fn. 35), Art. 10 EMRK, Rn. 13.

<sup>90</sup> EGMR, Urt. vom 19.2.1998, Beschwerde-Nr. 116/1996/735/932 (*Guerra* u.a./Italien) [GK], Rep. 1998-I, Rn. 35.

<sup>91</sup> EGMR, ebd. (Rn. 53 ff.); vgl. *Loucaides* (Fn. 46), S. 258.

unterrichten.<sup>92</sup> Daraus erwächst keine Pflicht des Staates, staatlich vorhandene Informationen weiterzugeben.<sup>93</sup>

Wo der Staat gefährliche Aktivitäten mit unbekanntem Folgen für die Gesundheit durchführt, z.B. bei Atomtests wie im Fall *McGinley* und *Egan* gegen Großbritannien, bestehe die Pflicht zur Schaffung eines effektiven und zugänglichen Verfahrens, das Betroffenen ermöglicht, relevante Informationen zu erhalten.<sup>94</sup> Während der Gerichtshof in diesem Fall noch auf Art. 8 EMRK abgestellt hat, betonte er im Fall *Öneryıldiz* gegen die Türkei das Recht der Öffentlichkeit auf Information über gefährliche Aktivitäten, die das Recht auf Leben gefährden könnten.<sup>95</sup>

Im Urteil *Tătar* gegen Rumänien von 2009 unterstreicht der Gerichtshof die Verpflichtung der Behörden, Betroffene über die Folgen industrieller Aktivitäten für die Umwelt im Rahmen einer öffentlichen Debatte zu informieren.<sup>96</sup> Die rumänischen Behörden hätten es versäumt, den Betroffenen ausreichende und detaillierte Informationen über die Folgen der Ökokatastrophe – insbesondere das Fischsterben durch die Verschmutzung von Flüssen und dem Schwarzen Meer ausgelöst durch einen Dammbruch in einer Aufbereitungsanlage einer Goldmine – sowie über vorbeugende Maßnahmen zur Verfügung zu stellen und somit gegen Art. 8 EMRK verstoßen.<sup>97</sup> Es ist das erste Mal, dass der EGMR in einem Urteil so ausführlich Bezug nimmt auf völker- und europarechtliche Normen zum Umweltschutz, wie unter anderem auf die Aarhus-Konvention, die nicht rechtsverbindliche Resolution Nr. 1430/2005 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über industrielle Risiken, Art. 174 EG-Vertrag i.d.F von Amsterdam<sup>98</sup> zur Umweltpolitik

---

<sup>92</sup> Vgl. *Grabenwarter/ Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 23, Rn. 7.

<sup>93</sup> EGMR, Urte. vom 19.2.1998, Beschwerde-Nr. 116/1996/735/932 (*Guerra u.a./Italien*) [GK], Rep. 1998-I, Rn. 53; vgl. *Klein*, Umweltinformation im Völker- und Europarecht, 2011, S. 16 f.

<sup>94</sup> EGMR, Urte. vom 9.6.1998, Beschwerde-Nr. 10/1997/794/995-996 (*McGinley u. Egan/Vereinigtes Königreich*), Rep. 1998-III, Rn. 97, 101; vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 161 f.

<sup>95</sup> EGMR, Urte. vom 30.11.2004, Beschwerde-Nr. 48939/99 (*Öneryıldiz/Türkei*) [GK], ECHR 2004-XII, Rn. 90.

<sup>96</sup> EGMR, Urte. vom 27.1.2009, Beschwerde-Nr. 657021/01 (*Tătar/Rumänien*), RdU 2009, 132.

<sup>97</sup> EGMR, ebd. (Rn. 122).

<sup>98</sup> ABl. EG 1997 C 340/01.

und auf Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes (IGH)<sup>99</sup> sowie des EuGH.<sup>100</sup> Damit hat der EGMR völker- und europarechtliche Verpflichtungen des Staates für die Bestimmung der angemessenen Maßnahmen der Regierung hinsichtlich des Umweltschutzes bzw. -informationen herangezogen.<sup>101</sup>

In den vorstehenden Fällen ging es darum, Individuen den Zugang zu Informationen über Umweltrisiken, denen sie ausgesetzt waren, zu ermöglichen. Nach der Rechtsprechung des EGMR ergebe sich dieses Recht nicht aus Art. 10 EMRK, sondern vielmehr aus anderen umweltrelevanten Rechten, wie insbesondere Art. 8 EMRK oder auch Art. 2 EMRK.<sup>102</sup>

#### d) Recht auf Eigentum

Umweltbeeinträchtigungen können auch in den in Art. 1 1. ZP zur EMRK normierten Eigentumsschutz eingreifen, indem sie den Genuss oder die Benutzung des Eigentums einschränken bzw. im Extremfall sogar eine Eigentumsentziehung bewirken.<sup>103</sup>

Im Fall *Öneryildiz* gegen die Türkei rügte der Beschwerdeführer, der aufgrund der Gasexplosion auf der Deponie sein Haus und seinen beweglichen Besitz verloren hatte, unter anderem eine Verletzung des Art. 1 1. ZP zur EMRK.<sup>104</sup> Der Gerichtshof, der die Sache nach der ersten Regel – „right to the peaceful enjoyment of possessions“<sup>105</sup> – prüfte, stellte eine Verletzung der positiven Verpflichtung der Behörden fest, nicht alles in ihrer Macht Stehende unternommen zu haben. So wie ein kausaler Zusammenhang zwischen der groben, dem Staat zurechenbaren Fahrlässigkeit und dem Verlust von Menschenleben vorliege, bestehe

---

<sup>99</sup> IGH, Urt. vom 25.9.1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, S. 7.

<sup>100</sup> EuGH, Urt. vom 5.5.1998, Rs. C-180/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission), Slg. 1998, I-2265 ff.; EuGH, Urt. vom 5.5.1998, Rs. C-157/96 (The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union u.a.), Slg. 1998, I-2211 ff.; EGMR, Urt. vom 27.1.2009, Beschwerde-Nr. 657021/01 (Tätar/Rumänien), RdU 2009, 132, Rn. 69, 118.

<sup>101</sup> Vgl. *Shelton*, *Tätar c. Roumanie*, App. No. 67021/01, AJIL 2010, 247 (250 f.).

<sup>102</sup> Vgl. *Boyle* (Fn. 87), S. 18; *Klein* (Fn. 92), S. 27 ff.

<sup>103</sup> Vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 140 f.

<sup>104</sup> EGMR, Urt. vom 30.11.2004, Beschwerde-Nr. 48939/99 (*Öneryildiz/Türkei*) [GK], ECHR 2004-XII, Rn. 119.

<sup>105</sup> EGMR, ebd. (Rn. 133).

ein solcher auch in Bezug auf den Verlust des Hauses.<sup>106</sup> Wegen fehlender angemessener Entschädigung bejahte der Gerichtshof schließlich eine Verletzung von Art. 1 1. ZP zur EMRK.

Im Fall *Budayeva* gegen Russland von 2008 machten die Beschwerdeführer ebenfalls eine Verletzung von Art. 1 1. ZP zur EMRK geltend. Die Versäumnisse der Behörden, angemessene Maßnahmen zur Minderung des Risikos und der Auswirkungen der Naturkatastrophe zu ergreifen, würden gegen ihr Recht auf Eigentumsschutz verstoßen. Sie behaupteten insbesondere, keine angemessene Entschädigung für den Verlust ihres Eigentums – ihrer Wohnungen sowie ihres Hab und Guts – erhalten zu haben.<sup>107</sup> In Situationen, in denen es aufgrund von Ereignissen, die in die Verantwortlichkeit der Behörden fallen, zum Verlust von Leben und Eigentum kommt – wie im vorhergehenden Fall – müsse die Reichweite der für den Schutz von Gebäuden erforderlichen Maßnahmen und jene zum Schutz des Lebens der Bewohner unterschiedslos sein, so der Gerichtshof. Allerdings können die positiven Verpflichtungen des Staates bei außerhalb der Kontrolle des Menschen liegenden Naturkatastrophen nicht so weit gehen wie bei gefährlichen menschlichen Aktivitäten. Insofern müsse im vorliegenden Fall zwischen den positiven Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK und denen nach Art. 1 1. ZP zur EMRK unterschieden werden. Verpflichtete Art. 2 EMRK die Behörden dazu, alles im Bereich des Katastrophenschutzes in ihrer Macht Stehende zu unternehmen, könne die Verpflichtung zum Schutz des nicht absolut geltenden Rechts auf Achtung des Eigentums nicht über das hinausgehen, was unter den gegebenen Umständen vernünftig ist. Damit komme den Behörden in Bezug auf Art. 1 1. ZP zur EMRK ein weiterer Ermessensspielraum zu als hinsichtlich Art. 2 EMRK.<sup>108</sup> Da die Beschwerdeführer kostenlose Ersatzwohnungen und Entschädigungszahlungen erhalten haben, konnte der EGMR letztlich keine Verletzung von Art. 1 1. ZP zur EMRK feststellen.

Nach Ansicht des EGMR beinhaltet Art. 1 1. ZP zur EMRK kein Recht auf Eigentumsschutz in einer sauberen und gesunden Umwelt. Das Recht auf Eigentumsschutz wird allerdings in wirtschaftlich-finanzieller Hinsicht interpretiert. Damit können Überschneidungen der Schutzbereiche von Art. 1 1. ZP zur EMRK und Art. 8 EMRK

---

<sup>106</sup> EGMR, ebd. (Rn. 134 f.).

<sup>107</sup> EGMR, Urte. vom 20.3.2008, Beschwerde-Nr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02 (*Budayeva u.a./Russland*), ECHR 2008-II, Rn. 166.

<sup>108</sup> EGMR, ebd. (Rn. 173 ff.)

vermieden werden, zumal die Rechtfertigungsvoraussetzungen zu diesen Rechten unterschiedlichen Regelungen unterliegen.<sup>109</sup>

#### **IV. Zusammenfassung**

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, die EMRK und ihre Zusatzprotokolle des Europarates sowie die Grundrechtecharta der EU enthalten kein Grund- bzw. Menschenrecht auf eine saubere Umwelt. Der in Art. 37 GRC geregelte Umweltschutz ist lediglich als Grundsatz und nicht als einklagbares Grundrecht ausgestaltet. Dennoch haben das BVerfG für das Grundgesetz und der EGMR für die EMRK und ihre Zusatzprotokolle in ihrer jeweiligen Rechtsprechung einigen materiellen Rechten nachträglich eine umweltrechtliche Komponente zugesprochen, die normativrechtlich nicht ausdrücklich gegeben ist. Dazu sind insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Privat- und Familienleben sowie das Recht auf Eigentum zu zählen. Diese so genannte Grünfärbung von bestehenden Grund- bzw. Menschenrechten ist aber nicht ausreichend. Nicht zuletzt aufgrund zunehmender Umweltkatastrophen werden die Forderungen nach einer notwendigen normativen Regelung eines Rechts auf Umwelt als Grund- bzw. Menschenrecht auf verschiedenen Rechtsebenen lauter.

---

<sup>109</sup> Die Rechtfertigungsregelungen in Art. 8 Abs. 2 EMRK sind strenger als die in Art. 1 Abs. 1 und 2 1. ZP EMRK; vgl. *Schmidt-Radefeldt* (Fn. 3), S. 144 f.

## **UMWELTRELEVANTE GRUNDRECHTE**

*apl. Prof. Dr. Carmen Thiele  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)*

### **Thesen**

#### **I. Nationaler und europäischer Normbestand**

##### **1. Grundgesetz**

Das Grundgesetz beinhaltet kein Grundrecht auf Umweltschutz, sondern nur den Umweltschutz als Staatszielbestimmung. Der Umweltschutz verfügt gleichwohl über eine grundrechtliche Dimension, vor allem hinsichtlich des Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde), Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) oder Art. 14 (Recht auf Eigentum).

##### **2. Europäische Menschenrechtskonvention**

Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle enthalten kein Menschenrecht auf Umwelt. Eine Relevanz des Umweltschutzes ist nur dann gegeben, wenn die Umweltbedingungen die Ausübung von Konventionsrechten, insbesondere des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK), des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), des Rechts auf (Umwelt-) Information (Art. 10 EMRK) oder des Rechts auf Eigentum (Art. 1 1. ZP zur EMRK) beeinträchtigen.

##### **3. Grundrechtecharta der EU**

Die Grundrechtecharta der EU enthält umweltrelevante Rechte, die den oben aufgeführten Rechten aus der EMRK und dem 1. ZP zur EMRK entsprechen. Darüber hinaus ist in Art. 37 GRC der Umweltschutz als Grundsatz, nicht aber als Grundrecht geregelt.

#### **II. Umweltrelevante Rechtsprechung**

##### **1. Bundesverfassungsgericht**

Umweltbelastende Maßnahmen Privater sind dem Staat nicht zurechenbar. Deshalb ist auf die grundrechtlichen Schutzpflichten zurückzugreifen, wonach der Staat die Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter hat. Als umweltrelevante Schutzgüter kommen insbesondere die in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Rechtsgüter – das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit – in Betracht.

## **2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte**

### **a) Recht auf Leben**

Aus Art. 2 Abs. 1 EMRK folgt eine positive Verpflichtung der Konventionsstaaten zum Schutz des Lebens auch in Verbindung mit Umweltbedrohungen. Eine Einklagbarkeit dieser Schutzpflicht durch den Einzelnen ist aber nur möglich, wenn der Staat seinen diesbezüglichen Pflichten nicht nachgekommen ist. Ein subjektives Menschenrecht auf saubere Umwelt lässt sich aus Art. 2 EMRK jedoch nicht ableiten.

### **b) Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens**

Art. 8 EMRK ist nur dann anwendbar, wenn ernsthafte Umweltverschmutzungen durch unterschiedliche Medien das Wohl einzelner Personen beeinträchtigen und sie daran hindern, ihre Wohnung zu genießen. Art. 8 EMRK ist zu einer „umweltrechtlichen Generalklausel“ des europäischen Menschenrechtsschutzes avanciert.

### **c) Recht auf Umweltinformation**

Das Recht auf Information über Umweltrisiken lässt sich nicht aus Art. 10 EMRK ableiten, sondern lediglich aus anderen umweltrelevanten Rechten wie Art. 8 oder Art. 2 EMRK.

### **d) Recht auf Eigentum**

Aus Art 1 1. ZP zur EMRK folgt kein Recht auf Eigentumsschutz in einer sauberen und gesunden Umwelt.

## **III. Schlussbemerkung**

Das Grundgesetz, die EMRK und ihre Zusatzprotokolle sowie die EU-Grundrechtecharta enthalten kein Grund- bzw. Menschenrecht auf eine saubere Umwelt. Dennoch haben das BVerfG und der EGMR in ihrer Judikatur einigen materiellen Grund- bzw. Menschenrechten nachträglich eine umweltrechtliche Komponente zugesprochen.

## **ОСНОВНЫЕ ПРАВА В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ**

*Профессор д-р юр. наук Кармен Тиле  
Европейский Университет Виадрина Франкфурт-на-Одере*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

#### **I. Совокупность национальных и европейских правовых норм**

##### **1. Конституция Германии (Основной Закон)**

Конституция Германии не содержит основного конституционного права на защиту окружающей среды. Защита окружающей среды определена в ст. 20а Конституции ФРГ только как цель государства. Защита окружающей среды является однако составляющей некоторых основных конституционных прав, таких как например в ст. 1 ч. 1 Конституции ФРГ (человеческое достоинство), ст. 2 ч. 2 предложение 1 Конституции ФРГ (право на жизнь и физическую неприкосновенность) или ст. 15 Конституции ФРГ (право на собственность).

##### **2. Европейская Конвенция «О защите прав человека и основных свобод»**

Европейская конвенция по правам человека и дополнительные протоколы не содержат норм о правах человека, связанных с окружающей средой. Защита окружающей среды становится важной только в том случае, если условия окружающей среды нарушают исполнение прав, содержащихся в конвенции и протоколах. Особенно в случае нарушения права на жизнь (ст. 2 Европейской Конвенции), права на уважение частной и семейной жизни (ст. 8 Европейской Конвенции), права на свободу получения информации (об окружающей среде) (ст. 10 Европейской Конвенции) или защиты собственности (ст. 1 Протокола No. 1 к Европейской Конвенции).

---

<sup>1</sup> Перевод Артема Зыкова.

### **3. Хартия основных прав Европейского Союза**

Хартия основных прав Европейского Союза содержит важные для окружающей среды права, которые соответствуют перечисленным выше правам из Европейской Конвенции по правам человека, а также Протокола No. 1 к Европейской Конвенции. Более того, ст. 37 Хартии основных прав Европейского Союза содержит положение о защите окружающей среды как правовой принцип, но не как основное право.

#### **II. Судебная практика в области экологического права**

##### **1. Федеральный Конституционный Суд Германии**

Отрицательные воздействия на окружающую среду со стороны частных лиц не могут вменяться в вину государства. Поэтому в таких случаях приходится обращаться к обязанностям государства защищать основные конституционные права. В соответствии с этим государство обязано защищать правовые ценности. Характерными ценностями, нуждающимися в защите, являются, прежде всего, правовые ценности, закрепленные в ст. 2 ч. 2 предложение 1 Конституции ФРГ, такие как право на жизнь и физическую неприкосновенность.

##### **2. Европейский Суд по правам человека**

###### **а) Право на жизнь**

Из ст. 2 ч. 1 Европейской Конвенции по правам человека следует позитивная обязанность государств-участников по защите жизни от связанных с окружающей средой опасностей. Эта обязанность имеет исковую силу, только если государство не соблюдает свои обязанности в этой сфере. Субъективное право человека на незагрязненную окружающую среду однако не истекает из ст. 2 Европейской Конвенции по правам человека.

###### **б) Право на уважение частной и семейной жизни**

Ст. 8 Европейской Конвенции по правам человека применяется только в том случае, если серьезные загрязнения окружающей среды различными способами оказывают отрицательное влияние на благополучие отдельных людей и таким образом мешают им пользоваться своей квартирой. Ст. 8 Европейской Конвенции приобрела статус «генеральной клаузулы по защите окружающей среды» в рамках защиты прав человека в Европе.

**с) Право на свободу получения информации об окружающей среде**

Право на получение информации о рисках, связанных с окружающей средой, не содержится в ст. 10 Европейской Конвенции по правам человека, а только в других положениях, связанных с окружающей средой, как например ст. 8 или ст. 2 Европейской Конвенции.

**d) Защита собственности**

Ст. 1 Протокола No. 1 к Европейской Конвенции по правам человека не содержит права на защиту собственности в чистой и здоровой окружающей среде.

**III. Заключение**

Конституция ФРГ, Европейская конвенция по правам человека и дополнительные протоколы, а также Хартия основных прав Европейского Союза не содержат основных прав или прав человека на незагрязненную окружающую среду. Несмотря на это, Федеральный Конституционный Суд Германии и Европейский суд по правам человека закрепили в своей судебной практике правовую составляющую по защите окружающей среды за некоторыми основными материальными правами человека.

## **DER EINFLUSS DES EUROPÄISCHEN RECHTS AUF DAS DEUTSCHE STRAFRECHT**

*Prof. Dr. iur. Uwe Hellmann  
Universität Potsdam*

### **Gliederung**

- I.** Einführung
- II.** Kompetenz der EU zur Schaffung von strafrechtlichen Regelungen
  - 1.** Fehlen einer generellen Strafrechtssetzungskompetenz
  - 2.** Einzelne Strafrechtssetzungskompetenzen
    - a)** Geldbuße wegen Wettbewerbsverletzungen
    - b)** Strafrecht zum Schutz der finanziellen Interessen der EU
- III.** Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen
  - 1.** Schwere grenzüberschreitende Straftaten
  - 2.** Harmonisiertes Recht
- IV.** Vereinheitlichung des Strafprozessrechts
  - 1.** Europäischer Strafklageverbrauch
  - 2.** Europäischer Haftbefehl
  - 3.** Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen
- V.** Fazit

## I. Einführung

Das Strafrecht ist wohl der Bereich des Rechts, der am stärksten von historischen, kulturellen religiösen und philosophischen Traditionen der Bürger des Staates, der es geschaffen hat, geprägt wird. Das gilt jedenfalls für das deutsche Strafrecht, das – anders als das Zivilrecht – seine Wurzeln nicht im römischen, sondern im germanischen Recht hat. Dennoch finden sich im deutschen Strafrecht, wie in den Strafrechtsordnungen vieler anderer Staaten, zahlreiche Tatbestände, die aus der Umsetzung völker- oder europarechtlicher Vereinbarungen resultieren. Nicht selten bestehen weitgehend übereinstimmende Verpflichtungen sowohl aus UN-Übereinkommen und Rahmenbeschlüssen oder Richtlinien der Europäischen Union.

So liegt es z.B. bei der letzten Änderung des Strafgesetzbuchs. Am 20.6.2015 trat das Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) in Kraft.<sup>1</sup> Dieses Gesetz hat den als „Terrorismusfinanzierung“ überschriebenen Straftatbestand des § 89c in das StGB eingefügt. Da auch die Finanzierung des so genannten „Terror-Tourismus“ erfasst werden sollte bzw. zur Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen mit Strafe bedroht werden musste, ergänzte das Gesetz § 89a StGB – „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat“ – um einen Absatz 2a, der die Ausreise und sogar den Versuch der Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland zum Zweck der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat oder der Ausbildung in so genannten „Terror-Camps“ unter Strafe stellt. Die Terrorismusfinanzierung war im Übrigen zuvor nicht etwa straflos, sondern § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB a.F. bedrohte das Sammeln, Entgegennehmen oder Zurverfügungstellen „nicht unerheblicher“ Vermögenswerte für die Begehung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten mit Strafe. Nach § 129a Abs. 5 StGB ist zudem die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung – auch einer ausländischen (§ 129b StGB) – strafbar; die Finanzierung kann eine solche Unterstützung darstellen.<sup>2</sup> Der Terrorismusfinanzierung wirkt zudem § 18 Abs. 1 Außenwirtschaftsgesetz (AWG) entgegen, der Verstöße gegen Bereitstellungsverbote auf der Basis von Terrorismuslisten der UN und der EU unter Strafe stellt. Erfasst sind auch das „Bereitstellen“,

---

<sup>1</sup> BGBl. I 2015, S. 926.

<sup>2</sup> BGHSt 54, 69 (Rn. 138); *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 129 Rn. 15a.

d.h. das mittelbare oder unmittelbare Zurverfügungstellen von Vermögenswerten, sodass die gelistete Person unmittelbar die Verfügungsbefugnis darüber erlangen kann, sowie die Erbringung von Finanzdienstleistungen für eine solche Person.<sup>3</sup> § 89c StGB hat also keineswegs eine völlig neue Strafrechtslage, sondern einen „*eigenständigen Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung*“ geschaffen, der „*über den engen Anwendungsbereich*“ des § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB a.F. „*deutlich hinausgeht, indem er nun die Finanzierung terroristischer Straftaten allgemein unter Strafe stellt*“.<sup>4</sup>

Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus bestand bereits seit längerem. Deutschland hatte das Internationale Übereinkommen der UN vom 9.12.1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus<sup>5</sup> 2004 ratifiziert<sup>6</sup>; nach Art. 2 Nr. 1 dieses Übereinkommens begeht eine Straftat, „*wer gleichviel durch welches Mittel, unmittelbar oder mittelbar, widerrechtlich und vorsätzlich finanzielle Mittel bereitstellt oder sammelt mit der Absicht oder in Kenntnis dessen, dass sie ganz oder teilweise dazu verwendet werden*“, um eine in dem Übereinkommen bezeichnete – terroristische – Straftat zu begehen. Zudem verpflichtet Art. 2 Abs. 2 lit. b des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung<sup>7</sup> in der Fassung des Rahmenbeschlusses 2008/919/JI des Rates vom 28.11.2008<sup>8</sup> die Mitgliedstaaten zur Schaffung von Straftatbeständen gegen die „*Beteiligung an den Handlungen einer terroristischen Vereinigung einschließlich Bereitstellung von Informationen oder materiellen Mitteln oder durch jegliche Art der Finanzierung ihrer Tätigkeit mit dem Wissen, dass diese Beteiligung zu den strafbaren Handlungen der terroristischen Vereinigung beiträgt*“. Zur Umsetzung dieses Übereinkommens und des Rahmenbeschlusses wurden 2009 durch das GGVG § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB a.F. und andere Regelungen geschaffen.

Den Anstoß für die Einfügung des § 89c StGB gaben die Resolution 2178 (2014) des Sicherheitsrats der UN vom 24.9.2014<sup>9</sup>, die in Ziffer 6 Buchstabe b vorsieht, die Finanzierung von Reisen zu terroristischen Zwecken strafrechtlich zu verfolgen, und

<sup>3</sup> Näher dazu *Sieber/Vogel*, Terrorismusfinanzierung, 2015, S. 87 f.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 18/4087, S. 8.

<sup>5</sup> <http://www.un.org/Depts/german/uebereinkommen/ar54109.pdf>.

<sup>6</sup> BGBl. II 2003, S. 1923.

<sup>7</sup> Abl. Nr. L 164/3 ff. vom 22.6.2002.

<sup>8</sup> Abl. Nr. L 330/21 ff. vom 9.12.2008.

<sup>9</sup> [http://www.un.org/depts/german/sr/sr\\_14/sr2178.pdf](http://www.un.org/depts/german/sr/sr_14/sr2178.pdf).

Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF), die zwar keine rechtliche Wirkung für die derzeit 34 Mitgliedstaaten erzeugen, zu deren Umsetzung sich die zuständigen Minister aber durch eine „politische Selbstverpflichtung“ erklärt haben<sup>10</sup>. Den Rahmenbeschluss 2002/475/JI setzt § 89c Abs. 1 StGB im Übrigen nicht vollständig um, da Art. 3 lit. a und c auch die Einstufung des schweren Diebstahls und der Ausstellung gefälschter Verwaltungsdokumente im Zusammenhang mit „terroristischen Aktivitäten“ als „terroristische Straftaten“ fordert. Der Tatbestand der Terrorismusfinanzierung geht also auf völker- und europarechtliche Verpflichtungen zurück.

Bevor die einzelnen Aspekte des Themas näher erläutert werden, bedarf es einer Klarstellung. Der Begriff Strafrecht wird im Folgenden in einem umfassenden Sinn verstanden, er ist also nicht auf das Kriminalstrafrecht beschränkt, sondern umfasst auch das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Strafprozessrecht.

## **II. Kompetenz der EU zur Schaffung von strafrechtlichen Regelungen**

### **1. Fehlen einer generellen Strafrechtssetzungskompetenz**

Eine generelle Zuständigkeit der EU zur Schaffung von Straftatbeständen existiert nicht. Es hat in der Vergangenheit zwar vereinzelt Forderungen, ein in allen Mitgliedstaaten geltendes Europäisches Strafgesetzbuch einzuführen, gegeben.<sup>11</sup> Nach der derzeitigen Rechtslage besitzt die EU dafür aber keine Kompetenz. Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union<sup>12</sup> (EUV) gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Es bedeutet, dass die EU nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden darf, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der EU nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten. Die Schaffung eines Europäischen Strafgesetzbuches würde deshalb voraussetzen, dass die Verträge

---

<sup>10</sup> Eingehend *Sieber/Vogel* (Fn. 3), S. 39 ff.

<sup>11</sup> Einzelne Abgeordnete haben im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages und im Europäischen Parlament ein solches Europäisches Strafgesetzbuch angemahnt, *Tiedemann* in *Kreutzer/Scheuing/Sieber* (Hrsg.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, S. 133 (136).

<sup>12</sup> Abl. Nr. C 115/13 ff. vom 9.5.2008.

der EU diese Kompetenz – ausdrücklich – übertragen haben; und das ist nicht der Fall.<sup>13</sup>

## 2. Einzelne Strafrechtssetzungskompetenzen

Es gibt jedoch eng umgrenzte Kompetenzzuweisungen, die es der EU gestatten, in einzelnen Bereichen selbst strafrechtliche Regelungen zu schaffen.

### a) Geldbußen wegen Wettbewerbsverletzungen

Eine bis heute bestehende Zuständigkeit der EU, aus eigenem Recht Sanktionen wegen Wettbewerbsverstößen zu verhängen, existiert bereits seit 1958. Der am 1. Januar 1958 in Kraft getretene Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft<sup>14</sup> (EWGV) enthielt in Art. 85 das Verbot aller „*Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken*“. Art. 86 verbot die „*mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.*“ Art. 87 enthielt die Verpflichtung, „*binnen drei Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrags erläßt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze*“. Dazu gehörte „*insbesondere die Beachtung der in Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten*“. Nach diesen Vorschriften konnte die EWG also eine Verordnung, d.h. in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht, zur Einführung von Geldbußen schaffen. Dies geschah 1962 durch die Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den

---

<sup>13</sup> So schon der damalige Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) *Verloren van Themaat*, der darauf hinwies, dass die Gründungsverträge nicht zur Schaffung eines gemeinschaftsrechtlichen „Strafgesetzbuches“ im Ordnungswege ermächtigen. Die späteren Änderungen der Verträge haben daran nichts geändert.

<sup>14</sup> <http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EWG-Vertrag.pdf>.

Artikeln 85 und 86 des Vertrags,<sup>15</sup> die in Art. 15 die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen bis zur Höhe von 10 % des Vorjahresumsatzes gestattete.

Die Verbote der Kartellbildung und der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sowie die Zuständigkeit zur Verhängung von Geldbußen wurden in den EG-Vertrag und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) übernommen und finden sich heute in Art. 101 bis 103 AEUV. Die bis 30.04.2004 unverändert geltende Verordnung (EWG) Nr. 17 wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverfahrensverordnung) ersetzt, die nun in Art. 23 eine entsprechende Bußgeldvorschrift enthält. Diese Regelung weist einige Besonderheiten gegenüber dem deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht in § 81 GWB auf: Täter können Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Konzerne) sein, jedes Verhalten und sogar die Kenntnis einer für das Unternehmen befugten handelnden natürlichen Person wird als wettbewerbswidrige Handlung des Unternehmens selbst gewertet und es gibt eine „Durchgriffshaftung“ bei verbundenen Unternehmen.

Die Unternehmensgeldbuße nach Art. 23 KartellverfahrensVO stellt ein durchaus machtvolles Instrument der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Zuwiderhandlungen im Wettbewerb, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, dar. Einige wenige Beispiele aus der Sanktionierungspraxis belegen dies: Die bisher höchste Geldbuße gegen ein einzelnes Unternehmen wurde 2009 in Höhe von 1,06 Milliarden Euro gegen Intel verhängt. „Microsoft“ musste wegen desselben Marktmissbrauchsvorwurfs 497 Mio. Euro im Jahr 2004, 280,5 Mio. Euro im Jahr 2006 und 899 Mio. Euro im Jahr 2008, also insgesamt fast 1,7 Milliarden Euro Bußgeld und Zwangsgeld zahlen. Auch zahlreiche deutsche Unternehmen waren von hohen Geldbußen betroffen, z.B. der Volkswagenkonzern, gegen den 1998 102 Mio. ECU, E.ON, gegen den 2009 553 Mio. Euro und die Deutsche Bank, gegen die 2013 726 Mio. Euro verhängt wurden.

Art. 3 Abs. 1 KartellverfahrensVO verpflichtet im Übrigen die Wettbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, bei der Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts auch die europarechtlichen Vorschriften zu beachten. Deutschland hat daraufhin das Wettbewerbsrecht an das europäische Recht angepasst, sodass seit 2006 das Bundeskartellamt ebenfalls Unternehmensgeldbußen bis zur

---

<sup>15</sup> Abl. Nr. 013 vom 21.2.1962.

Höhe von 10 % des Vorjahresumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung verhängen kann.

### **b) Strafrecht zum Schutz der finanziellen Interessen der EU**

Das Europäische Parlament verfolgt seit 1995 das Ziel, die finanziellen Interessen der EU durch ein einheitliches europäisches Strafrecht zu schützen. Zur Entwicklung eines Vorschlags beauftragte das Europäische Parlament eine Arbeitsgruppe aus acht Professorinnen und Professoren, die 1997 ein „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ vorlegte<sup>16</sup>. Die Studie enthält Vorschläge für die zu berücksichtigenden Straftatbestände, Vorschriften des Allgemeinen Teils, die Schaffung einer „Europäischen Staatsanwaltschaftlichen Behörde“ und grundlegende strafprozessuale Regelungen. Die Europäische Kommission griff den Vorschlag auf und legte 2001 ein „Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft“ vor<sup>17</sup>. Die erforderlichen rechtlichen Grundlagen schuf allerdings erst der Vertrag von Lissabon. Zwar sah schon Art. 280 Abs. 4 S. 1 des EG-Vertrages vor: *„Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten beschließt der Rat gemäß dem Verfahren des Artikels 251 nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten.“* Satz 2 bestimmte aber: *„Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleiben von diesen Maßnahmen unberührt.“* Daraus wurde geschlossen, dass die Europäische Gemeinschaft alle Maßnahmen zum Schutz ihrer finanziellen Interessen mit Ausnahme strafrechtlicher Regelungen schaffen konnte. Die Nachfolgevorschrift in Art. 325 Abs. 4 AEUV lautet dagegen: *„Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union beschließen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen*

---

<sup>16</sup> Deutsche Fassung: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Köln, Berlin, Bonn, München 1998.

<sup>17</sup> KOM (2001) 715 endgültig.  
[http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/fwk-green-paper-document/green\\_paper\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-document/green_paper_de.pdf).

*Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten.*" Indem diese Vorschrift der EU die Kompetenz einräumt, die notwendigen Maßnahmen auch zur Bekämpfung der Betrügereien zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU selbst zu beschließen und die Regelung nicht mehr die Einschränkung enthält, dass das Strafrecht der Mitgliedstaaten insofern unberührt bleibt, räumt sie nach zutreffender Meinung<sup>18</sup> der EU die Kompetenz ein, unmittelbar anwendbare Straftatbestände in diesem Bereich zu schaffen. Nach Art. 86 Abs. 1 S. 1 AEUV kann die EU durch Verordnungen eine Europäische Staatsanwaltschaft einsetzen. Eine vergleichbare Regelung gab es zuvor nicht.

Obwohl die EU – durch Verordnung – die materiellen Strafvorschriften zum Schutz vor Betrügereien zum Nachteil der EU einführen könnte, hat sie sich – vermutlich um Widerstände aus den Mitgliedstaaten zu vermeiden – gegen diesen Weg entschieden. Stattdessen hat die Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug vorgelegt<sup>19</sup>. Zudem erarbeitete die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>20</sup>. Das weitere Schicksal dieser beiden Vorschläge ist derzeit schwer abzuschätzen. Insbesondere hinsichtlich der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft gibt es in den Mitgliedstaaten Vorbehalte, da noch Unklarheiten bestehen, wie die Zuständigkeiten der Europäischen und der mitgliedstaatlichen Staatsanwaltschaft voneinander abzugrenzen sind. Dennoch ist zu erwarten, dass in absehbarer Zeit eine Europäische Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU einheitliche bzw. vereinheitlichte Straftatbestände der Mitgliedstaaten anwenden wird.

---

<sup>18</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2015, § 8 Rn. 25.

<sup>19</sup> COM(2012) 363 final mit Änderungen im Ergebnis der ersten Lesung des Europäischen Parlaments vom 29.4.2014 (9024/14).

<sup>20</sup> COM(2013) 534 final; der Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA) hat dazu Stellung mm 11.12.2013 Stellung genommen, Abl. C 170/85 ff. vom 5.6.2014.

### **III. Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen**

Die Kompetenzen der EU zur Schaffung eigenen Strafrechts sind somit sehr beschränkt. In sehr viel weitgehendem Maße ist die EU aber befugt, auf eine Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten hinzuwirken.

#### **1. Schwere grenzüberschreitende Straftaten**

Nach Art. 83 Abs. 1 AEUV können das Europäische Parlament und der Rat „*durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben. Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.*“ Von dieser Kompetenz, die der Europäischen Gemeinschaft schon in Art. 31 EUV eingeräumt worden war, hat die EU ausgiebig Gebrauch gemacht. Die Ausgestaltung des Strafrechts der Mitgliedstaaten zur Bekämpfung des Terrorismus, des Menschen-, Drogen- und Waffenhandels, der Geldwäsche, der Korruption, der Fälschung von Zahlungsmitteln, der Computerkriminalität und der organisierte Kriminalität beruht heute weitgehend auf den europarechtlichen Vorgaben.

Im Gegensatz zu dem früher üblichen Vorgehen, nur die tatbestandlichen Voraussetzungen präzise zu bestimmen, den Mitgliedstaaten aber einen Spielraum für die zu verhängenden Rechtsfolgen einzuräumen, werden heute auch klare Vorgaben zu den Sanktionen gemacht. Dies lässt sich am Beispiel der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer<sup>21</sup> zeigen. Art. 2 der Richtlinie beschreibt die Tathandlungen, die im Falle der vorsätzlichen Verwirklichung unter Strafe zu stellen sind. Art. 3 verpflichtet die Mitgliedstaaten zudem, auch die Anstiftung, die Beihilfe und den Versuch mit Strafe zu bedrohen. Nach Art. 4 Abs. 1 müssen die mitgliedstaatlichen Straftatbestände für die täterschaftliche Begehung des

---

<sup>21</sup> Abl. L 101/1 ff. vom 15.4.2011.

Menschenhandels einen Strafraum vorsehen, der die Verhängung von Freiheitsstrafen bis zu mindestens fünf Jahren ermöglicht. Wird der Menschenhandel unter den in Art. 4 Abs. 2, 3 aufgeführten Erschwerungsgründen (Tatbegehung gegen ein besonders schutzbedürftiges Opfer, insbesondere gegen ein Kind, oder im Rahmen einer kriminellen Vereinigung, vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung einer Lebensgefahr, Anwendung schwerer Gewalt, Zufügung eines besonders schweren Schadens, Tatbegehung durch einen öffentlichen Bediensteten in Ausübung seines Amtes) verwirklicht, so muss der Strafraum mindestens bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe reichen. Für Anstiftung, Beihilfe und Versuch schreibt Art. 4 Abs. 4 zwar keinen konkreten Strafraum vor, die angedrohten Strafen müssen aber wirksam, angemessen und abschreckend sein und eine Auslieferung ermöglichen. Wurde die Tat durch eine Leitungsperson zugunsten einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personenvereinigung begangen, so muss das mitgliedstaatliche Recht nach Art. 6 die Verhängung einer Sanktion gegen die juristische Person oder die Personenvereinigung ermöglichen, die mindestens in einer Geldbuße oder Geldstrafe besteht; weitere Rechtsfolgen wie Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen oder Hilfen, vorübergehendes oder ständiges Verbot der Ausübung einer Handelstätigkeit, richterliche Aufsicht, richterlich angeordnete Auflösung der juristischen Person, vorübergehende oder endgültige Schließung von Einrichtungen, die zur Begehung der Straftat genutzt wurden, können angedroht werden.

Die Richtlinie enthält zudem weitere Vorgaben für das Strafrecht und Strafprozessrecht im Falle des Menschenhandels. So darf z.B. die Verfolgung der Straftaten nicht von einem Strafantrag des Opfers abhängig gemacht werden (Art. 9 Abs. 1) und die Strafverfolgungsverjährung darf erst nach Verstreichen eines „hinreichend langen Zeitraums, nachdem das Opfer die Volljährigkeit erreicht hat“, eintreten.

Nach Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV kann der Rat nach Zustimmung des Europäischen Parlaments durch einstimmigen Beschluss andere Bereiche der schweren grenzüberschreitenden Kriminalität bestimmen, in denen durch Richtlinien Mindestvorschriften für das Strafrecht der Mitgliedstaaten festgelegt werden können. Eine solche Ausdehnung der Kompetenz der EU zur Strafrechtsangleichung hat der Rat allerdings bisher nicht beschlossen.

## 2. Harmonisiertes Recht

Eine weitere Möglichkeit zur Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten eröffnet Art. 83 Abs. 2 AEUV, wenn sich *„die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind“*, erweist. Es handelt sich gewissermaßen um eine „strafrechtliche Annexkompetenz“ in Bereichen, in denen die rechtlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten bereits auf der Grundlage europarechtlicher Vorgaben vereinheitlicht worden sind. Die Wahrnehmung dieser strafrechtlichen Kompetenz ist allerdings subsidiär, weil sie von der EU nur wahrgenommen werden darf, wenn die Angleichung – auch – des Strafrechts der Mitgliedstaaten „unerlässlich“ erscheint. Das ist der Fall, wenn eine wirksame Umsetzung der Unionspolitik ohne ein vereinheitlichtes Strafrecht wesentlich erschwert würde.

Exemplarisch zeigen lässt sich die Praxis der EU an der Bekämpfung des Insiderhandels und der Marktmanipulation. Die Finanzmärkte, an denen an jedem Tag weltweit mehrere Billionen US-Dollar transferiert werden, und die Anleger bedürfen des Schutzes, weil es zahlreiche Missbrauchsmöglichkeiten gibt. Dazu ein aktuelles Beispiel, das hier vereinfacht dargestellt wird: Am 22.10.2015 begann der Strafprozess vor dem Landgericht Stuttgart gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden von Porsche, *Wendelin Wiedeking*, und den Finanzvorstand von Porsche, *Holger Härter*. Die Staatsanwaltschaft wirft ihnen vor, den Kurs der Aktien der Volkswagen-AG durch falsche Informationen manipuliert zu haben. Ob diese Vorwürfe zutreffen, muss hier dahinstehen. Die Staatsanwaltschaft geht von dem folgenden Sachverhalt aus: Im März 2008 habe der Aufsichtsrat dem Porsche-Vorstand die Zustimmung zu einer Erhöhung des Aktienanteils an VW erteilt. Obwohl Porsche bereits einen großen Anteil der VW-Aktien hielt, dementierten die Angeklagten, dass die Absicht der Übernahme der Aktienmehrheit bestand. Der Kurs der VW-Aktie sank in dieser Zeit von 400 auf 200 Euro. Am 26. Oktober 2008 legte Porsche offen, dass das Unternehmen bereits 74,1 % der VW-Aktien halte und eine Aufstockung auf 75 % anstrebe, obwohl – so die Staatsanwaltschaft – Porsche nicht über die finanziellen Mittel verfüge, um weitere Aktien zu kaufen. Darauf stieg der Kurs innerhalb von drei Tagen von 200 auf 1.000 Euro. Porsche soll dadurch einen erheblichen Gewinn erzielt haben; die Schätzungen reichen von 2,5 bis 5 Milliarden Euro. Anschließend sank der Kurs der VW-Aktie wieder erheblich. Die

Vorwürfe der Staatsanwaltschaft bestehen also vereinfacht darin, dass der Porschevorstand durch das wahrheitswidrige Bestreiten der Übernahmeabsicht zunächst den Kurs der VW-Aktie „künstlich“ niedrig gehalten habe, um die Aktien günstig erwerben zu können, und dann durch die – ebenfalls – unwahre Behauptung, weitere Aktien erwerben zu wollen, den Kurs nach oben manipuliert zu haben.

Auch durch Insiderhandel können erhebliche finanzielle Vorteile erlangt werden. Verfügt der Täter über noch nicht öffentlich bekannte Informationen, die im Falle des Bekanntwerdens der Aktienkurs voraussichtlich verändern werden, so kann der Insider davon profitieren. Ist ihm eine Information bekannt, die einen Rückgang des Kurses erwarten lässt, so kann er die von ihm gehaltenen Aktien verkaufen, bevor der Kurs tatsächlich sinkt, und dadurch einen Verlust vermeiden. Verfügt der Täter über Informationen, die einen Anstieg des Kurses erwarten lassen, so kann er zu dem noch günstigen Preis Aktien kaufen und durch den Kursanstieg nach Bekanntwerden der Insiderinformation einen Gewinn erzielen.

Es liegt auf der Hand, dass der Finanzmarkt und die Marktteilnehmer vor solchen Missbräuchen geschützt werden müssen. Die EU hatte zu diesem Zweck im Januar 2003 die Richtlinie 2003/6/EG über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch)<sup>22</sup> erlassen. Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtete die Mitgliedstaaten *„unbeschadet des Rechts, strafrechtliche Sanktionen zu verhängen“*, dafür zu sorgen, *„dass bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften gegen die verantwortlichen Personen geeignete Verwaltungsmaßnahmen ergriffen oder im Verwaltungsverfahren zu erlassende Sanktionen verhängt werden können“*. Die Mitgliedstaaten konnten also Strafvorschriften gegen den Marktmissbrauch schaffen, mussten aber jedenfalls wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Verwaltungsmaßnahmen oder Verwaltungssanktionen im innerstaatlichen Recht vorsehen. Die Umsetzung dieser Richtlinie erfolgte in den Mitgliedstaaten unterschiedlich. Deutschland schuf Straftatbestände gegen Insider-Geschäfte und Marktmanipulationen, anderen Staaten beschränkten sich auf Verwaltungsmaßnahmen oder Verwaltungssanktionen.

Es wurde eine Arbeitsgruppe „Finanzaufsicht in der EU“ eingesetzt, die nach der Analyse der Umsetzung der Richtlinie in den

---

<sup>22</sup> Abl. L 96/16 ff. vom 12.4.2003.

Mitgliedstaaten zu dem Ergebnis kam, dass „gleichwertige, starke und abschreckende Sanktionsregelungen für alle Finanzstraftaten“, die wirksam durchgesetzt werden sollten, erforderlich seien, „um die Marktintegrität zu wahren“.<sup>23</sup> Das Europäische Parlament und der Rat erließen daraufhin am 16.4.2014 zum einen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch<sup>24</sup>, die ein in allen Mitgliedstaaten geltendes Finanzmarktrecht schafft, und zum anderen die Richtlinie 2014/57/EU über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie)<sup>25</sup>.

Art. 3 Abs. 1 Marktmissbrauchsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die Vornahme von Insider-Geschäften, die Empfehlung an Dritte und die Anstiftung Dritter zum Tätigen von Insider-Geschäften „zumindest in schwerwiegenden Fällen und bei Vorliegen von Vorsatz“ mit Strafe zu bedrohen. Entsprechende Verpflichtungen zur Schaffung von Straftatbeständen enthalten Art. 4 Abs. 1 Marktmissbrauchsrichtlinie bei vorsätzlicher unrechtmäßiger Offenlegung von Insider-Informationen in schweren Fällen und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie bei vorsätzlicher schwerwiegender Marktmanipulation. Die Strafraumen bei Straftaten nach Art. 3 und 5 müssen die Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu mindestens vier Jahren zulassen (Art. 7 Abs. 2), bei Straftaten nach Art. 4 muss ein Höchstmaß von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen werden (Art. 7 Abs. 3). Anstiftung, Beihilfe und Versuch müssen in den genannten Fällen nach Art. 6 Marktmissbrauchsrichtlinie mit Strafe bedroht sein; einen konkreten Strafraumen nennt die Richtlinie jedoch nicht. Nach Artt. 8, 9 Marktmissbrauchsrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten Regelungen treffen, die sicherstellen, dass juristische Personen im Falle von Straftaten ihrer Leitungspersonen zur Verantwortung gezogen und mindestens „nichtstrafrechtliche Geldbußen“ verhängt werden können.

#### **IV. Vereinheitlichung des Strafprozessrechts**

Die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bereitet erheblich größere Probleme als die Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts, weil das Strafverfahrensrecht der Mitgliedstaaten von unterschiedlichen Prinzipien beherrscht wird. In der Mehrzahl der „kontinentalen“ Strafprozessrechtsordnungen gelten das

---

<sup>23</sup> Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/57/EU vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie); Abl. L 173/179 ff. vom 12.6.2014.

<sup>24</sup> Abl. L 173/1 ff. vom 12.6.2014.

<sup>25</sup> Fn. 23.

Legalitätsprinzip, nach dem die Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung bei Vorliegen eines Tatverdachts verpflichtet ist, und die Instruktionsmaxime, nach der das Strafgericht die materielle Wahrheit erforschen und zu diesem Zweck alle erreichbaren Beweismittel heranziehen muss, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Der „angelsächsische“ Strafprozess ist dagegen ein Parteienprozess, sodass die Anklagebehörde die Verfolgung auf bestimmte Vorwürfe beschränken kann. Erhebliche Unterschiede existieren zudem in der Ausgestaltung der Rechte des Beschuldigten, insbesondere in seinem Recht auf Akteneinsicht. Die Beweisgrundsätze stimmen nicht überein usw. Dennoch gibt es einzelne Vereinheitlichungsregelungen im Bereich des Strafprozessrechts.

### **1. Europäischer Strafklageverbrauch**

Der Grundsatz „ne bis in idem“, d.h. das Verbot, einen Beschuldigten wegen derselben Tat mehrfach zu bestrafen bzw. zu verfolgen, gilt an sich nur innerhalb des Aburteilungsstaates. Wurde der Täter in einem Staat wegen der Tat bereits verurteilt oder freigesprochen, so hindert dies die erneute Verfolgung und Bestrafung in einem anderen Staat somit nicht. Auf europäischer Ebene existieren jedoch sogar zwei Regelungen, die den Strafklageverbrauch betreffen, die aber weder hinsichtlich des sachlichen Gehalts noch im räumlichen Anwendungsbereich übereinstimmen.

Das „Schengener Durchführungsübereinkommen“ (SDÜ) vom 19.6.1990<sup>26</sup> regelt in Art. 54 das Verbot der Doppelbestrafung. Zu den „Schengen-Staaten“ gehören die EU-Staaten mit Ausnahme von Großbritannien, Irland, Bulgarien, Rumänien, Kroatien und Zypern. Beigetreten sind Island, Norwegen, die Schweiz und Liechtenstein. Das Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 SDÜ greift generell im Falle eines rechtskräftigen Freispruchs durch einen Vertragsstaat, im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung dagegen nur ein, wenn die verhängte Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann (so genannte Vollstreckungsklausel). Wurde der Täter in einem Vertragsstaat verurteilt und begibt er sich vor der Vollstreckung in einen anderen Vertragsstaat, so darf er dort also erneut verfolgt und abgeurteilt werden.

---

<sup>26</sup> Abl. L 131/43 ff. vom 1.6.2000.

Die Europäische Grundrechtscharta<sup>27</sup> (GrCh), die am 1.12.2009 in Kraft trat, enthält in Art. 59 ebenfalls das Verbot der Doppelbestrafung. Es gilt nur für Aburteilungen in einem anderen EU-Staat und es weist nicht die Einschränkung des Art. 54 SDÜ hinsichtlich der Vollstreckung auf, reicht also weiter als jene Vorschrift.

Wird der Täter in einem EU-Staat, der auch das SDÜ ratifiziert hat, verurteilt und gelingt ihm vor der Vollstreckung die Flucht in einen anderen EU-Staat, der zum Schengen-Raum gehört, so stünde Art. 50 GrCh einen erneuten Strafverfolgung entgegen, Art. 54 SDÜ ließe sie dagegen zu. Der Bundesgerichtshof steht auf dem Standpunkt, dass in einem solchen Fall das engere Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 DSÜ gilt, weil Art. 52 Abs. 1 GrCh eine gesetzliche Einschränkung der Grundrechte zulässt, wenn der Wesensgehalt des Rechtes geachtet wird; Art. 54 SDÜ sei eine solche gesetzliche Einschränkung.<sup>28</sup>

## 2. Europäischer Haftbefehl

Eine wesentliche Vereinheitlichung des Rechtshilferechts in den EU-Staaten wurde durch den Rahmenbeschluss des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Union vom 13.6.2002<sup>29</sup>, der bis zum 31.12.2003 in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt werden musste, herbeigeführt. Um den Rahmenbeschluss, der auch die Überstellung eines Bürgers des ersuchten Staates vorsieht, musste das deutsche Grundgesetz (GG) geändert werden. Art. 16 Abs. 2 GG verbot nämlich generell die Auslieferung eines Deutschen an das Ausland, der angefügte Satz 2 erlaubt dies nun in bestimmten Fällen: *„Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.“*

Die Auslieferung eines Deutschen zur Strafverfolgung in einem EU-Staat ist seither zulässig, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der ersuchende Staat eine Rücküberstellung des deutschen Staatsbürgers zur Verbüßung einer Freiheitsstrafe zusichert, wenn der deutsche Beschuldigte dies verlangt, § 80 Abs. 2 Gesetz über die Internationale Rechtshilfe (IRG). Die in dem anderen EU-Staat verhängte Freiheitsstrafe wird dann in einer deutschen

---

<sup>27</sup> Abl. C 83/389 ff. vom 30.3.2010.

<sup>28</sup> BGHSt 56, 11, Rz. 13 ff.; a.A. Böse, GA 2011, 504 (505 ff.).

<sup>29</sup> Abl. L 190/1 ff. vom 18.7.2002.

Justizvollzugsanstalt vollstreckt. Die Auslieferung eines Deutschen zur Vollstreckung einer bereits im EU-Ausland verhängten Freiheitsstrafe setzt voraus, dass der deutsche Staatsbürger der Auslieferung zustimmt, § 80 Abs. 3 IRG. Diese Regelung war im Übrigen Anlass für die Entscheidung des BGH zum Vorrang des Art. 54 SDÜ gegenüber Art. 50 GrCh.<sup>30</sup> Stimmt der deutsche Staatsbürger der Auslieferung zur Strafvollstreckung nicht zu, so steht Art. 54 SDÜ – anders als Art. 50 GrCh – einer erneuten Aburteilung nicht entgegen, sodass sich der Betroffene nicht der Bestrafung entziehen kann, weil er in Deutschland wegen derselben Tat verfolgt werden darf.

Ansonsten besteht eine grundsätzliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur Überstellung, wenn in dem ersuchenden Staat ein europäischer Haftbefehl ergangen ist. Es darf sich allerdings nicht um eine Bagatellsache handeln. Weitere Ausschlussgründe sind Strafklageverbrauch durch rechtskräftige Entscheidung über dieselbe Tat in einem anderen Mitgliedstaat und vollständige oder teilweise Verbüßung sowie Vorliegen eines Vollstreckungshindernisses (§ 83 Nr. 1 IRG), Schuldunfähigkeit nach § 19 StGB (§ 83 Nr. 2 IRG) und in bestimmten Fällen die Verurteilung in Abwesenheit (§ 83 Nr. 3 IRG). Ist die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe möglich, so erfolgt die Auslieferung nur, wenn eine Überprüfung der Vollstreckung im Aburteilungsstaat spätestens nach 20 Jahren erfolgt (§ 83 Nr. 4 IRG).

### **3. Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen**

Auf Initiative mehrerer Mitgliedstaaten vom 29.11.2001 und einer Einigung der Justizminister/innen der Mitgliedstaaten am 8.5.2003 wurde der Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen<sup>31</sup> verabschiedet. Das Vollstreckungsabkommen trat am 29.10.2010 in Kraft und wurde in Deutschland durch die Einfügung der §§ 86 ff. in das IRG in das nationale Recht umgesetzt.

Voraussetzungen für die Vollstreckung einer in einem anderen EU-Staat verhängten Geldsanktion sind ein rechtskräftiger Beschluss eines Gerichts bei strafbaren Handlungen oder einer Verwaltungsbehörde bei Ordnungswidrigkeiten. Die Anerkennung erfolgt ohne weitere Formalitäten und führt zu einer umgehenden Vollstreckung durch die zuständige Behörde des

---

<sup>30</sup> Fn. 28.

<sup>31</sup> ABl. L 76/16 ff. vom 22.3.2005.

Vollstreckungsstaates. Die Geldstrafe oder Geldbuße wird auf die gleiche Weise vollstreckt wie bei einer von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde des Vollstreckungsstaates verhängten Geldsanktion.

Ausschlussgründe sind das Fehlen oder die Unvollständigkeit der erforderlichen Bescheinigung der Richtigkeit des Inhalts der zu vollstreckenden Entscheidung durch die zuständige Behörde des Entscheidungsstaates, Strafklageverbrauch durch Entscheidung des Vollstreckungsstaates oder eines anderen Mitgliedstaates wegen desselben Sachverhalts, die mangelnde Strafbarkeit des Verhaltens im Vollstreckungsstaat und die Verjährung im Vollstreckungsstaat.

## **V. Fazit**

Das Strafrecht der Mitgliedstaaten der EU unterliegt trotz der grundsätzlichen Souveränitätsvorbehalte im Bereich des Strafrechts inzwischen erheblichen Einflüssen durch das europäische Recht. Im Bereich des materiellen Strafrechts dürfte die Vereinheitlichung weitgehend abgeschlossen sein, konkrete weitere Vorhaben sind derzeit jedenfalls nicht geplant. Im Strafprozessrecht steht die Vereinheitlichung dagegen erst am Anfang. Seit Längerem wird z.B. die Vereinheitlichung des strafprozessualen Beweisrechts der Mitgliedstaaten angestrebt, um den Transfer der in einem Mitgliedstaat gewonnenen Beweismittel in einen anderen Mitgliedstaat zu ermöglichen. Die Harmonisierung des Strafprozessrechts steht jedoch – wie dargelegt – wegen der erheblichen Unterschiede der Strukturen und der prozessualen Grundsätze vor größeren Schwierigkeiten, als dies im materiellen Strafrecht der Fall ist.

## **DER EINFLUSS DES EUROPÄISCHEN RECHTS AUF DAS DEUTSCHE STRAFRECHT**

*Prof. Dr. iur. Uwe Hellmann  
Universität Potsdam*

### **Thesen**

#### **I. Einführung**

Die Strafrechtssetzungskompetenz liegt zwar grundsätzlich nach wie vor bei den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Ausgestaltung des deutschen Strafrechts – und des Strafrechts anderer Staaten – wird aber zunehmend durch völker- oder europarechtliche Vereinbarungen und Verpflichtungen beeinflusst. Jüngstes Beispiel ist die Schaffung des Straftatbestandes der Terrorismusfinanzierung in § 89c StGB, der die Vorgaben eines EU-Rahmenbeschlusses und einer UN-Resolution in das deutsche Strafrecht umsetzt.

#### **II. Kompetenz der EU zur Schaffung von strafrechtlichen Regelungen**

Eine generelle Kompetenz der EU zur Schaffung von Straftatbeständen würde nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine Grundlage in den Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten erfordern, die aber fehlt. In eng begrenzten Teilbereichen haben die Mitgliedstaaten der EU allerdings eine Strafrechtssetzungskompetenz eingeräumt. Bereits 1958 übertrug der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) der EWG die Zuständigkeit, bei Wettbewerbsverletzungen (Kartellbildung und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) die erforderlichen Bußgeldvorschriften zu schaffen und durchzusetzen. Diese Zuständigkeit besteht bis heute. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat der EU zwar 2009 die Kompetenz verschafft, selbst Straftatbestände zur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der EU richten, zu verabschieden. Die EU hat sich aber gegen diesen Weg entschieden und plant nun, den Mitgliedstaaten durch eine Richtlinie recht präzise Vorgaben für die einheitliche Ausgestaltung der einschlägigen Straftatbestände im nationalen Strafrecht zu machen. Dieses vereinheitlichte Strafrecht soll von einer Europäischen Staatsanwaltschaft vor den Strafgerichten der

Mitgliedstaaten durchgesetzt werden. Die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft soll durch eine Verordnung, die in allen Mitgliedstaaten unmittelbar gilt, erfolgen.

### **III. Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen**

Die Verträge räumen der EU die Kompetenz ein, den Mitgliedstaaten in bestimmten Kriminalitätsbereichen Vorgaben für die Ausgestaltung ihres nationalen Strafrechts zu machen. Dies gilt zum einen für schwere, typischerweise grenzüberschreitend begangene Straftaten (z.B. Menschen-, Waffen- und Rauschgifthandel, Terrorismus und organisierte Kriminalität) und zum anderen für Straftaten in Bereichen, in das das Zivil-, Verwaltungs- oder Steuerrecht der Mitgliedstaaten bereits harmonisiert ist (z.B. Kapitalmarktrecht). Die Strafrechtsangleichung erfolgt durch Richtlinien, die die zu schaffenden Straftatbestände und die Strafrahmen recht genau vorgeben. An zahlreichen Bereichen ist das Strafrecht der Mitgliedstaaten der EU deshalb inzwischen weitgehend vereinheitlicht.

### **IV. Vereinheitlichung des Strafprozessrechts**

Das Strafprozessrecht der Mitgliedstaaten wird bisher nur in wenigen Bereichen durch das Europäische Recht beeinflusst. Der an sich auf das nationale Recht beschränkte Strafklageverbrauch durch eine rechtskräftige Aburteilung der Tat wurde 2009 durch die Grundrechtscharta auf alle Mitgliedstaaten der EU ausgedehnt. Eine weitere – ältere – Regelung des „Doppelbestrafungsverbots“ existiert seit 1990 zwischen den Staaten des Schengener Durchführungsübereinkommens. Die Auslieferung – auch eigener – Staatsbürger wurde 2004 durch die Einführung des Europäischen Haftbefehls erheblich vereinfacht. Geldstrafen und Geldbußen, die einem Mitgliedstaat verhängt worden sind, werden seit 2010 auf Ersuchen dieses Staates in anderen Mitgliedstaaten vollstreckt.

### **V. Fazit**

Das Strafrecht der Mitgliedstaaten der EU unterliegt trotz der grundsätzlichen Souveränitätsvorbehalte im Bereich des Strafrechts inzwischen erheblichen Einflüssen durch das europäische Recht. Im Bereich des materiellen Strafrechts dürfte die Vereinheitlichung weitgehend abgeschlossen sein, konkrete weitere Vorhaben sind derzeit jedenfalls nicht geplant. Im Strafprozessrecht steht die Vereinheitlichung dagegen erst am Anfang. Seit Längerem wird z.B. die Vereinheitlichung des strafprozessualen Beweisrechts der Mitgliedstaaten angestrebt, um

den Transfer der in einem Mitgliedstaat gewonnenen Beweismittel in einen anderen Mitgliedstaat zu ermöglichen. Die Harmonisierung des Strafprozessrechts steht jedoch – wie dargelegt – wegen der erheblichen Unterschiede der Strukturen und der prozessualen Grundsätze vor größeren Schwierigkeiten, als dies im materiellen Strafrecht der Fall ist.

## **ВЛИЯНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО ПРАВА НА УГОЛОВНОЕ ПРАВО ГЕРМАНИИ**

*Профессор д-р юр. наук Уве Хелльманн  
Университет Потсдама*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

#### **I. Вступление**

Полномочия на введение норм уголовного права, как и прежде, в основном находятся в руках стран Европейского Союза. Расширения и изменения немецкого уголовного права, также как и уголовного права других стран, всё больше и больше подвержено влияниям международных и европейских соглашений. Актуальный пример – создание такого состава преступления, как финансирование терроризма в ст. 89с УК ФРГ. Тем самым были реализованы предписания рамочного решения ЕС и резолюции ООН в немецком уголовном праве.

#### **II. Полномочия ЕС на создание норм уголовного права**

Для принятия общих полномочий ЕС на введение различных составов преступлений, в соответствии с принципом ограничения единичных полномочий, требуется правовая основа в договорах между государствами-членами. Такая основа однако не предусмотрена. В некоторых ограниченных областях государства-члены ЕС все же предусмотрели полномочия на введение норм уголовного права. Уже в 1958 году договором о создании Европейского Экономического Сообщества были предусмотрены полномочия Европейского Экономического Сообщества на создание и приведение в исполнение необходимых предписаний о наложении денежного штрафа при нарушениях условий добросовестной конкуренции (создание монополий и злоупотребление ведущим положением на рынке). Это право сохранилось за ЕС до сих пор. Договор о функционировании Европейского Сообщества (*нем.* AEUV) предоставил ЕС в 2009 году полномочия самостоятельно устанавливать составы преступлений в сфере борьбы с мошенничеством, затрагивающие финансовые интересы ЕС. ЕС

---

<sup>1</sup> Перевод Артема Зыкова.

не стал придерживаться этого пути и планирует с помощью Директивы давать точные предписания для создания унифицированных норм в национальном уголовном праве, которые бы охватывали приведенные выше составы преступлений. Это унифицированное уголовное законодательство должно быть реализовано европейским прокурором в уголовных судах стран ЕС. Учреждение такой Европейской прокуратуры должно быть принято указом, непосредственно действующим во всех странах ЕС.

### **III. Унификация уголовного права государств-членов ЕС в определенных областях**

Данные соглашения предоставляют ЕС полномочия давать государствам-членам четкие указания по регулированию национального уголовного права в определенных преступных областях. Это касается, прежде всего, тяжких, как правило, трансграничных преступлений (например, торговля людьми, оружием и наркотиками, терроризм и организованная преступность), а также других правонарушений в областях, в которых гражданское, административное или налоговое законодательство стран ЕС уже унифицировано (например, право рынков долгосрочного кредитования). Гармонизация уголовного законодательства осуществляется путем издания Директив, в которых довольно точно описывается создаваемая уголовная норма и наказания за ее нарушение. Таким образом, в ряде областей уголовное законодательство государств-членов ЕС сейчас в основном унифицировано.

### **IV. Унификация уголовно-процессуального права**

Уголовно-процессуальное право государств-членов ЕС на сегодняшний день лишь незначительно подверглось влиянию европейского права. Правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании после вынесения приговора, раньше ограничивалось только национальным правом, с 2009 года было расширено Хартией Европейского союза по правам человека на все страны ЕС. Еще одно, более старое, правило о «запрете двойного наказания» действует с 1990 года между странами Шенгенского соглашения. Экстрадиция, в том числе, и собственных граждан с 2004 года значительно упростилась благодаря принятию общеевропейского постановления об аресте. Денежные штрафы и взыскания,

которые были наложены в одной из стран ЕС, с 2010 года взимаются по просьбе этого государства в других странах ЕС.

#### **V. Заключение**

Уголовное право в странах ЕС, несмотря на преимущественный суверенитет в области уголовного права, на сегодняшний день подвергается значительным влияниям со стороны европейского права. В области материального уголовного права унификация в значительной мере является законченным процессом, поэтому конкретные изменения в настоящее время не планируются. В уголовно-процессуальной сфере унификация, наоборот, только начинается. Так, например, с давних пор существуют попытки унифицировать уголовно-процессуальное доказательственное право в странах ЕС с целью предоставления возможности передачи доказательств, полученных в одной из стран ЕС, в другую страну ЕС. Как уже говорилось, из-за значительных различий в структурах и процессуальных основах, унификация уголовно-процессуального права сталкивается с большими трудностями, в отличие от ситуации с материальным уголовным правом.

## **VERBRAUCHERSCHUTZ DURCH VERFAHREN – ZUR UMSETZUNG DER EU ADR-RICHTLINIE IN DEUTSCHLAND**

*Prof. Dr. iur. Wolfgang Lüke, LL.M. (Chicago)  
Technische Universität Dresden  
Richter am OLG Dresden a. D.\**

### **I. Einleitung**

Materielle Rechte des Zivilrechts bedürfen vielfach der gerichtlichen Durchsetzung. Dies geschieht in Deutschland vor allem durch Klageerhebung vor den Zivilgerichten, die Teil der ordentlichen Gerichtsbarkeit<sup>1</sup> sind. Dort entscheiden jedenfalls erstinstanzlich meist Berufsrichter als Einzelrichter.<sup>2</sup> Die Rechtsverfolgung verursacht zumindest Gerichtsgebühren.<sup>3</sup> Lässt die Partei sich anwaltlich vertreten,<sup>4</sup> so fallen weitere Gebühren für den Rechtsanwalt an.<sup>5</sup> Unter im Gesetz festgelegten Voraussetzungen kann der Einzelne für die ihn treffenden Kosten Prozesskostenhilfe beantragen.<sup>6</sup> Auf diese

---

\* Juristische Fakultät der TU Dresden, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Notarrecht und Rechtsvergleichung, Richter am OLG Dresden a. D.

<sup>1</sup> Zum Begriff der ordentlichen Gerichte, s. § 12 GVG.

<sup>2</sup> S. § 22 Abs. 4 GVG für das Amtsgericht; für das Landgericht s. einerseits die §§ 71, 75 GVG, danach bestehen sog. *Kammern* – die Spruchkörper beim Landgericht – zwar aus drei Richtern, für erstinstanzliche Verfahren entscheidet im weiten Umfang aber der sog. *originäre Einzelrichter* (§ 348 ZPO); im Übrigen kann die Kammer die Sache einem Mitglied als Einzelrichter zur Entscheidung unter näher bezeichneten Voraussetzungen übertragen, § 348a ZPO. Für die Berufungsgerichte gelten die §§ 526 f. ZPO, wonach – wiederum unter im Einzelnen genannten Voraussetzungen – die Sache zur Entscheidung übertragen werden kann. Das gilt sowohl für Landgerichte wie für Oberlandesgerichte. Lediglich beim Bundesgerichtshof entscheidet das Gericht stets als Spruchkörper und ist eine Einzelrichtübertragung nicht möglich, sondern es entscheidet der aus fünf Mitgliedern (§ 139 GVG) bestehende Senat.

<sup>3</sup> Ihre Höhe bemisst sich auf der Grundlage des Streitwerts nach dem Gerichtskostengesetz.

<sup>4</sup> Zur Postulationsfähigkeit s. § 78 ZPO, vor dem Land- und Oberlandesgericht müssen sich die Parteien anwaltlich vertreten lassen; beim BGH geschieht dies durch einen speziell beim Gericht zugelassenen Rechtsanwalt.

<sup>5</sup> Diese ergeben sich nach den Vorschriften des RVG.

<sup>6</sup> §§ 114 ff. ZPO.

Weise soll ihm der Zugang zu den ordentlichen Gerichten selbst dann ermöglicht werden, wenn er keine ausreichenden finanziellen Mittel hat. Das Gericht trifft in seinem Urteil auch eine Entscheidung über die Kostentragung.<sup>7</sup> Nach deutschem Recht hat die unterlegene Partei grundsätzlich die Kosten des Verfahrens, das heißt sowohl die Gerichtskosten als auch die Anwaltskosten des Gegners, zu tragen. Grundsätzlich steht dem Unterlegenen die Möglichkeit der Berufung offen. Unter nicht weiter darzustellenden Voraussetzungen gibt es darüber hinaus eine weitere Instanz, die nur noch die Rechtskontrolle zum Gegenstand hat (Revision, §§ 542 ff. ZPO). Das Verfahren selber ist in der Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt.<sup>8</sup>

Angesichts des Instanzengangs und der personellen Ausstattung der Gerichte sowie einer Vielfalt weiterer Gründe, die auch bei den Parteien liegen können, ist es bis zum Abschluss des Verfahrens bei Durchlaufen aller drei Instanzen möglich, dass ein Prozess insgesamt mehrere Jahre<sup>9</sup> dauert. Die Verfahren sind dann im Übrigen oft sehr aufwändig.

Zwar ist das Prozessgericht angehalten, in jeder Phase des Verfahrens auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hinzuwirken (§ 278 Abs. 1 ZPO) und der mündlichen Verhandlung geht eine Güteverhandlung voraus (§ 278 Abs. 2 ZPO); gleichwohl besteht schon seit langem eine Tendenz, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern. Bezeichnet wird damit die Streitbeilegung außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens. Nachdem durch eine entsprechende Richtlinie veranlasst<sup>10</sup> zunächst eine sehr knappe Normierung der Mediation<sup>11</sup> erfolgt ist, hat die EU-Kommission nun eine weitere Stärkung dieser Form der Streitleistung angestoßen. Dazu muss man wissen, dass die EU grundsätzlich nicht für diesen Bereich nationaler Gesetzgebung zuständig ist. Ihr obliegt lediglich die justizielle Zusammenarbeit und ihre Regelung (Artikel 81 Absatz 2

---

<sup>7</sup> Das ist die sog. Kostengrundentscheidung, s. § 91 ZPO.

<sup>8</sup> S. dazu den Beitrag von *Bernau*, Grundzüge des deutschen Zivilprozesses.

<sup>9</sup> S. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1 (2014), S. 26, 56, 76 und 102: Danach dauert das Verfahren vor Amts- und Landgerichten (als Berufungsinstanz) addiert durchschnittlich 29,1 Monate; Verfahren vor Land- und Oberlandesgerichten (als Berufungsinstanz) zusammen im Durchschnitt 45,7 Monate; für die Statistik zum BGH s. die Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2014 – Jahresstatistik – (S. 32).

<sup>10</sup> Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008, Abl. L 136 vom 24.05.2008, S. 3.

<sup>11</sup> Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012, BGBl. I, S. 1577.

Buchstaben a und c AEUV).<sup>12</sup> Das betrifft vor allem Rechtsstreitigkeiten in mehr als einem Mitgliedstaat, d.h. also das internationale Zivilprozessrecht innerhalb der EU.

Im Mai 2013 hat die EU zu diesen Rechtsfragen die Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und die Verordnung über online-Streitbeilegung (Richtlinie 2013/11/EU<sup>13</sup>, im Weiteren *ADR-Richtlinie*) verabschiedet.<sup>14</sup> Diese stützt sich auf die Kompetenz zur Ergreifung von Maßnahmen zur Erlangung eines hohen Verbraucherschutzes (Art. 169 AEUV) sowie die Zuständigkeit für die Förderung des Binnenmarktes (Art. 114 AEUV).<sup>15</sup> Damit soll die außergerichtliche Streitbeilegung in Europa zu einem flächendeckenden europäischen System weiterentwickelt werden.<sup>16</sup> Dieses System soll – so die Vorstellungen der Richtliniengeber – neben die staatliche Zivilgerichtsbarkeit treten. Nicht zuletzt zur Begründung seiner Kompetenzen sieht die EU dies als Beitrag zur Förderung des europäischen Binnenmarktes an, indem Ansprüche aus Verbraucherverträgen besser durchgesetzt werden sollen. Hier sieht die EU offenbar einen Bedarf.

Der Bundesgesetzgeber war gemäß Art. 25 der ADR-Richtlinie verpflichtet, bis zum 9. Juli 2015 die hierfür erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen. Das Bundeskabinett hat zwar am 27. Mai 2015 einen Gesetzesentwurf beschlossen und dem Bundestag vorgelegt,<sup>17</sup> dieser wurde aber erst um den Jahreswechsel durch Bundestag<sup>18</sup> und Bundesrat<sup>19</sup> beschlossen. Er enthält vor allem das *Gesetz über die Alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen (Verbraucherstreitbeilegungsgesetz-VSBG, im Weiteren: VSBG)*, das Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein soll. Neben Ausführungsvorschriften über die Verordnung zur online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, enthält der Gesetzesentwurf vom 9. Juli 2015 zahlreiche Änderungen bestehender Regelungen (Art. 6 ff.), die durch die vorgenannten

---

<sup>12</sup> Artikel 81 Absatz 2 Buchstaben a und c AEUV.

<sup>13</sup> ABl. L 165/63, vom 18.06.2013.

<sup>14</sup> Grundlegend für eine rechtsvergleichende Betrachtung mit Erörterung der Grundfragen und Landesberichten: *Steffek/Unberath* (Hrsg.), *Regulating Dispute Resolution, ADR and access to justice at the crossroads*, 2013.

<sup>15</sup> Kritisch hierzu etwa: *Meller-Hannich*, in: Althammer, *Verbraucherstreitbeilegung*, 2015, S. 19, 25 f., soweit es die Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte und den Verbraucherschutz betrifft.

<sup>16</sup> S. Erwägungsgrund Nr. 15, sowie Art. 5 Abs. 1 ADR-Richtlinie.

<sup>17</sup> BT-Drucks. 18/5089.

<sup>18</sup> Beschluss vom 3.12.2015, s. BT-Plenarprotokoll 18/143, S. 14063 f.

<sup>19</sup> Beschluss vom 29.1.2016, BR-Drucks. 3/16.

Regelungen bedingt sind. Auf sie kann im Folgenden nur im Einzelfall eingegangen werden. Die Ausführungen zeigen anhand des VSBG neue Tendenzen der Rechtsdurchsetzung im Bereich des bürgerlichen Rechts und die mit ihnen verbundenen Probleme.

Zunächst soll nach dieser Einleitung im zweiten Teil meiner Ausführungen in knappen Zügen die EU-Richtlinie vorgestellt werden (II.). Daran schließt im dritten Teil die Schilderung des Verfahrens nach dem VSBG an (III.). Im abschließenden vierten Teil soll der Entwurf des Gesetzes im Hinblick auf sich stellende grundsätzliche Fragen kritisch gewürdigt werden (IV.).

## **II. ADR-Richtlinie als Grundlage für das VSBG**

### **1. Zum Inhalt der ADR-Richtlinie**

Grundlage des VSBG ist – wie bereits ausgeführt – die ADR-Richtlinie.<sup>20</sup> Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten der EU, im Rahmen ihrer Regelungen gesetzliche Bestimmungen zur Errichtung eines Systems außergerichtlicher Streitbeilegung für Verbraucher nach den Vorgaben der Richtlinie zu schaffen. Die Richtlinie gilt für Streitigkeiten zwischen einem in der Europäischen Union niedergelassenen Unternehmen und einem in der Europäischen Union wohnhaften Verbraucher (Art. 2 Abs. 1 ADR-Richtlinie). Das Beilegungsverfahren ist auf eine Konfliktlösung im Sinne einer Beilegung im Gegensatz zur Streitentscheidung gerichtet (Erwägungsgrund Nr. 5, Art. 2 Abs. 1 ADR-Richtlinie).

Der persönlich räumliche Anwendungsbereich der Richtlinie knüpft an den Wohnsitz des Verbrauchers und die Niederlassung des Unternehmers (Art. 2 Abs. 1 ADR-Richtlinie). Soweit es die Niederlassung betrifft (Art. 4 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 ADR-Richtlinie) ist diese Anknüpfung neuartig. In der Regel stellen vergleichbare Bestimmungen allein auf den Wohnsitz ab.<sup>21</sup> Fraglich ist, ob damit der persönlich räumliche Anwendungsbereich der ADR-Richtlinie gegenüber Regelungen etwa der EuGVVO<sup>22</sup> oder der

---

<sup>20</sup> Hierzu einen Überblick gebend: *Meller-Hannich*, in: Althammer, Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 19 ff.; ausführlich und grundlegend: *Berlin*, Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten, 2014, S. 99 ff.

<sup>21</sup> z.B. Art. 4 Abs. 1 EuGVVO (Wohnsitz des Beklagten); Art. 1 Abs. 1 Mediationsrichtlinie (Wohnsitz der Parteien in unterschiedlichen Mitgliedstaaten).

<sup>22</sup> Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351/1 vom 20.12.2012.

Mediationsrichtlinie enger gefasst sein soll. Das könnte jedenfalls anzunehmen sein, wenn man von der Definition des Wohnsitzes eines Unternehmens nach der EuGVVO ausgeht. Gemäß Art. 63 Abs. 1 EuGVVO ist der Wohnsitz einer juristischen Person<sup>23</sup> deren satzungsmäßiger Sitz, der Ort der Hauptverwaltung oder jener der Niederlassung. Ob dies vom Richtliniengeber tatsächlich so gewollt ist, erscheint allerdings zumindest fraglich<sup>24</sup>, wenn man Art. 4 Abs. 2 Spiegelstrich 2 ADR-Richtlinie betrachtet, der dann wieder weitgehend an den Wohnsitz im vorgenannten Sinne anknüpft.

Die Richtlinie regelt grundsätzlich nur Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen. Diese Begriffe werden in Art. 4 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ADR-Richtlinie definiert. Die Bestimmung gilt ausschließlich für den Anwendungsbereich der Richtlinie. Maßgeblich ist der Zweck des Vertragsschlusses. Eine Person, die einen Vertrag zu gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zwecken schließt, handelt als Unternehmer; ansonsten ist sie Verbraucher. Die Vorschrift regelt die Begriffe ähnlich wie in anderen Zusammenhängen geschehen. Abweichungen ergeben sich mit Blick auf Verträge, die zweierlei Zwecken dienen. Hier gilt nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>25</sup>, dass eine Einordnung als Verbraucher nur dann in Betracht komme, wenn der berufliche oder gewerbliche Zweck „nebensächlich“ oder „untergeordnet“ sei. Nach Erwägungsgrund 18 der ADR-Richtlinie kommt eine Einordnung stattdessen als Verbraucher in Frage, wenn der gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder berufliche Zweck so untergeordnet ist, dass er das Gesamtkonzept des Geschäfts nicht überwiegt.

Nicht unter die Richtlinie fallen Streitigkeiten zwischen zwei Verbrauchern oder zwei Unternehmen. Ebenso wenig werden Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher aus einem Drittstaat von der Richtlinie erfasst.

In sachlicher Hinsicht regelt die ADR-Richtlinie das Verfahren der außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten wegen vertraglicher Verpflichtungen aus Kauf- und Dienstleistungsverträgen (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 lit. c, d ADR-Richtlinie). Nichtwirtschaftliche Leistungen von allgemeinem

---

<sup>23</sup> Für den Wohnsitz des Verbrauchers fehlt es wie bei der der EuGVVO an einer Definition, anders als dort (Art. 62 EuGVVO) aber auch an einem Verweis auf das nationale Recht. In diesem Punkt ist die Richtlinie unklar, *Rühl*, ZJP 127 (2014), 61, 66.

<sup>24</sup> Dies ablehnend, *Rühl*, ZJP 127 (2014), 61, 66.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. C-464/01 – Johannes Gruber./ BayWa, Slg. 2005 I – 458, Rn. 39, 54.

Interesse, Gesundheitsdienstleistungen und öffentliche Anbieter im Bereich der Weiter- und Hochschulbildung bleiben von der ADR-Richtlinie unberührt (Art. 2 Abs. 2 lit. h, i ADR-Richtlinie, Erwägungsgründe 13 f.). Anzuwenden ist die Richtlinie ebenfalls nicht auf die Streitbeilegung wegen außervertraglicher Ansprüche, insbesondere solcher aus Delikt.

Die Mitgliedstaaten werden durch die ADR-Richtlinie verpflichtet, ein ausreichendes Angebot entsprechender Stellen und Verfahren zu schaffen, das bestimmten Qualitätsstandards genügt (Art. 5 Abs. 1 ADR-Richtlinie). Dies ist eines ihrer zentralen Anliegen. Für alle Streitigkeiten, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, muss der Mitgliedstaat mindestens eine Streitbeilegungsstelle einrichten, die den Anforderungen der Richtlinie genügt. Dies sicherzustellen ist Pflicht der Mitgliedstaaten.

Unbenommen bleibt es den Mitgliedstaaten, den Streitbeilegungsstellen die Möglichkeit zur Ablehnung einer Schlichtung zu geben, wenn die Verfahrensordnungen Entsprechendes vorsehen. Allerdings sind dieser Möglichkeit gewisse Grenzen gesetzt, wie etwa jener von Art. 5 Abs. 4 Satz 1 lit. a bis f ADR-Richtlinie. Dazu gehört etwa, dass der Verbraucher nicht zuerst Kontakt mit dem Unternehmen aufgenommen hat oder die Streitigkeit mutwillig oder schikanös ist. Vertragliche Zugangsvereinbarungen unterliegen den Grenzen des Art. 10 Abs. 1 ADR-Richtlinie. Eine Vereinbarung zwischen beiden Seiten ist nicht verbindlich, wenn sie vor Entstehung der Streitigkeit getroffen wird und dem Verbraucher das Recht entzieht, die staatlichen Gerichte zu einem beizulegenden Streitfall anzurufen. Vor Entstehung einer Streitigkeit bindet eine solche Vereinbarung nur den Unternehmer. Der Verbraucher kann jederzeit ein staatliches Gericht anrufen und hat damit ein Wahlrecht zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Streitbeilegungsstelle.

Im Übrigen legt die ADR-Richtlinie Mindestanforderungen für das Verfahren und die Person des Schlichters fest. Für letzteren verlangt sie Unabhängigkeit und Fachkunde (Art. 6 ADR-Richtlinie). Das Schlichtungsverfahren muss fair und transparent sein (Art. 9, 7 ADR-Richtlinie). Mit der ADR-Richtlinie soll eine schnelle und kostengünstige Möglichkeit zur Streitbeilegung geschaffen werden. Die Arbeit dieser Schiedsstellen soll auch das Vertrauen des Verbrauchers in den Markt stärken (Erwägungsgrund 15 ADR-Richtlinie). Zugleich sollen der Binnenmarkt gefördert und die Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Einkauf abgebaut werden (Erwägungsgrund 3 ADR-Richtlinie).

Ein weiterer Zweck der ADR-Richtlinie besteht darin, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine flächendeckende Ausstattung der Mitgliedstaaten mit entsprechenden Schlichtungsstellen sowie die Sicherung der Qualität einer solchen Verbraucherschlichtung herzustellen. Der Richtliniengeber will damit den Zugang zu einfachen, effizienten und kostengünstigen Möglichkeiten einer Beilegung sowohl inländischer als auch grenzübergreifender Streitigkeiten erreichen (Erwägungsgrund 7 ADR-Richtlinie). Dies geschieht etwa, indem an private Verbraucherschlichtungsstellen bestimmte Anforderungen gestellt werden, damit sie als solche anerkannt sind.

Das Verfahren selber erfährt durch die Richtlinie keine detaillierte Ausgestaltung, sondern lediglich eine Regelung zu einzelnen Punkten, die gewissermaßen Mindeststandards festlegen sollen. Wichtig ist dem Richtliniengeber, dass der Schlichter nicht Beteiligter am materiellem Rechtsverhältnis, sondern eine hiervon losgelöste dritte Person ist. Grundsätzlich muss die Streitschlichtung für die Verbraucher kostenfrei sein.

## **2. Umsetzungsfrist, Entwurf und Gesetzgebungsverfahren**

Die Richtlinie setzt den Mitgliedstaaten eine Umsetzungsfrist bis zum 9. Juli 2015 (Art. 25 Abs. 1 ADR-Richtlinie). Die Bundesrepublik Deutschland konnte dieser Frist nicht genügen. Zugleich sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission eine erste Liste sämtlicher Streitbeilegungsstellen mitzuteilen (Art. 24 Abs. 2 ADR-Richtlinie). Zudem treffen alle Mitgliedstaaten Berichtspflichten über die Anwendung der Richtlinie, Entwicklung und Nutzung der Streitbeilegungsstellen sowie die Auswirkungen dieser Richtlinie auf Verbraucher und Unternehmer (Art. 26 ADR-Richtlinie).

Nachdem die Bundesregierung zunächst einen Referentenentwurf erstellt hat, ist dieser im November 2014 der Öffentlichkeit vorgestellt worden. Er fand in einer breiteren Öffentlichkeit Beachtung und löste eine höchst unterschiedliche Resonanz aus.<sup>26</sup> Auf Grundlage dieses Referentenentwurfs und unter Berücksichtigung einiger Einwände gegen einzelne Regelungen wurde der Entwurf von den Fraktionen der Regierungsparteien von CDU/CSU und SPD in den Bundestag eingebracht.<sup>27</sup> Nach erster Lesung ist der Entwurf an den Bundesrat weitergeleitet worden.

---

<sup>26</sup> S. etwa *Bubrowski*, FAZ v. 13. Juni 2015, Nr. 134, S. 10; *Drost/Kersting*, Handelsblatt vom 28. Mai 2015, Nr. 100, S. 8.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 18/5089.

Dieser beriet hierüber in seiner Sitzung am 10. Juli 2015, der zu dem Entwurf ausführlich Stellung nahm.<sup>28</sup> Dem folgten eine Gegenstellungnahme der Bundesregierung<sup>29</sup> sowie eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz.<sup>30</sup> Das letztlich durch Bundestag<sup>31</sup> und Bundesrat<sup>32</sup> beschlossene Gesetz in Form der Ausschussfassung entspricht weitgehend dem Gesetzesentwurf.

### **III. Die Verbraucherstreitbeilegung nach dem VSBG**

#### **1. Anwendungsbereich**

Soweit es den Gegenstand betrifft, erweitert das VSBG gegenüber der Richtlinie den Kreis der Verträge, der unter die Bestimmungen der Verbraucherstreitbeilegung fällt. Die Regelungen des VSBG sollen für jegliche Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) gelten. Angesichts der weiten Definition des sogenannten Dienstleistungsvertrages in Art. 4 Abs. 1 lit. d ADR-Richtlinie<sup>33</sup> ist der Unterschied zur Richtlinie aber tatsächlich nicht groß. Betroffen sind vor allem Mietverträge zwischen Unternehmer und Verbrauchern, die über die Richtlinie hinaus von den Neuregelungen des VSBG umfasst sein sollen.<sup>34</sup>

In Deutschland trifft das Gesetz auf eine Anzahl von Schlichtungsstellen die bereits anderweitig gesetzlich vorgesehen sind und existieren. Dies gilt etwa für das Versicherungswesen, die Banken, den öffentlichen Personenverkehr, die Energieversorger und die Telekommunikation. Diese Einrichtungen werden durch die neuen Regelungen nicht etwa abgelöst, sondern reguliert und ergänzt, damit es ein flächendeckendes System der Schlichtung von Verbraucherstreitigkeiten gibt.

---

<sup>28</sup> BR-Drucks. 258/15.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 18/5760 vom 12.8.2015.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 18/6904 vom 2.12.2015.

<sup>31</sup> Beschluss vom 3.12.2015, s. BT-Plenarprotokoll 18/143, S. 14063 f.

<sup>32</sup> Beschluss vom 29.1.2016, BR-Drucks. 3/16.

<sup>33</sup> Danach sind Dienstleistungsverträge jegliche Verträge, die nicht Kaufvertrag sind und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für den Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt. Nach der Terminologie des deutschen Rechts zählen hierzu also sowohl der Dienstvertrag, der Geschäftsbesorgungsvertrag als auch der Werkvertrag.

<sup>34</sup> *Stadler*, ZP 128 (2015), 165, 177.

## 2. Verbraucherschlichtungsstelle

Dies leitet zu der Frage über, wie die sogenannten Verbraucherschlichtungsstellen organisiert sind. Angesichts der Tatsache, dass Schlichtungsstellen auch von privaten Trägern unterhalten werden können, soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft nur dort in Betracht kommen, wo es keine besondere behördliche gesetzlich geregelte Verbraucherschlichtungsstelle oder eine Verbraucherschlichtungsstelle in privater Trägerschaft gibt. Hier sind dann gewissermaßen als Auffanginstitut behördliche Universalschlichtungsstellen zu schaffen. Der öffentlichen Hand kommt somit eine subsidiäre Tätigkeit in dem Umfang zu, als es zur Erreichung eines vollständigen Netzes von Verbraucherschlichtungsstellen erforderlich ist.

Nach dem Gesetz kommt der Frage der Organisation der Verbraucherschlichtungsstellen erhebliche Bedeutung zu. Dies erstaunt insoweit, als es der Schlichter ist, der das Verfahren durchführt und einen eventuellen Schlichtungsvorschlag erarbeitet, und nicht die Verbraucherschlichtungsstelle.

Durch das Gesetz werden die bereits angesprochenen eingerichteten Schlichtungsstellen teilweise anerkannte Verbraucherschlichtungsstellen. Daneben sollen neue private Schlichtungsstellen ermöglicht werden, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und daher anerkannt werden. Die privaten Schlichtungsstellen können entweder als allgemeine Verbraucherschlichtungsstellen organisiert sein, die für sämtliche Wirtschaftsbereiche, Vertragstypen oder Unternehmen allgemeinen zuständig sind, oder eben als besondere Verbraucherschlichtungsstellen, deren Tätigkeit auf bestimmte Bereiche beschränkt ist.

Den Ländern ist die – bereits angesprochene – Einrichtung behördlicher Auffangschlichtungsstellen für die zuvorstehenden Bereiche aufgegeben, die nicht abgedeckt sind.<sup>35</sup> Grundsätzlich ist die behördliche Verbraucherschlichtung gegenüber der privat organisierten nachrangig. Für die Verbraucherschlichtungsstellen gelten zwar die meisten Regeln zur privaten Schlichtungsstelle ebenfalls, sie bedürfen allerdings keiner Anerkennung; ebenso wenig gelten die weiteren Regelungen über den Widerruf und die zuständige Behörde für die Auffangschlichtungsstellen. Unberührt bleiben anderweitige Rechtsvorschriften für Schlichtungsstellen.

---

<sup>35</sup> Dies kann auch im Wege der Beleihung oder Beauftragung einer anerkannten Verbraucherschlichtungsstelle stattfinden, § 29 Abs. 3 VSBG.

Der Gesetzgeber schätzt die Risiken von Schlichtungsstellen in privater Trägerschaft offensichtlich besonders hoch ein, ohne dies näher zu begründen. Er versucht dem zu begegnen, indem er gesetzlich hohe Anforderungen dafür festlegt, die hinreichende Qualität der Tätigkeit der Schlichtungsstellen nachzuweisen und in die Liste anerkannter Schlichtungsstellen aufgenommen zu werden oder zu verbleiben. Nur wenn die gesetzlichen Anforderungen von einer Schlichtungsstelle erfüllt werden und sie in die Liste aufgenommen wird, darf sie sich als Verbraucherschlichtungsstelle bezeichnen. Das VSBG soll die Prüfung, die Anerkennung, das Berichtswesen, die Aufsicht und die Möglichkeit des Widerrufs regeln.

Der Träger der Verbraucherschlichtungsstelle sollte nach dem Gesetzesentwurf ein Verband sein. Hier gab es im Gesetzgebungsverfahren eine Konkretisierung auf den eingetragenen Verein<sup>36</sup>, da der Begriff des Verbandes bislang im deutschen Recht keinen definierten Inhalt hat. Dadurch scheidet die Möglichkeit aus, dass eine einzelne Person (die zugleich als Schlichter tätig ist) auch Träger der Verbraucherschlichtungsstelle ist. Dies war in der Tat eine Überlegung, die durchaus angestellt wurde. So stellte sich nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes die Frage, ob etwa ein Einzelanwalt, der als Schlichter tätig ist, auch eine Verbraucherschlichtungsstelle unterhalten kann.<sup>37</sup> Dies ist nun ausgeschlossen.

Das Gesetz sieht eine klare Trennung vor, wenn der Träger auch Unternehmer- oder Verbraucherinteressen wahrnimmt oder der Träger von einem solchen Verband finanziert wird. In dieser Lage müsse der Haushalt des Trägers getrennt sein und über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, die entsprechend zweckgebunden seien (§ 3 Satz 2 VSBG).

Das Anerkennungsverfahren und die Aufsicht sind in mehreren Vorschriften ausführlich geregelt (§§ 24 ff. VSBG). Schon die Anerkennung durch das Bundesamt für Justiz (§ 27 VSBG) verlangt nicht nur den Nachweis, dass eine Verfahrensordnung existiert, sondern auch einen über die hinreichende organisatorische Ausstattung des Trägers (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 VSBG).

Die behördliche Anerkennung ist zwar erforderlich, um in die Liste der (anerkannten) Verbraucherschlichtungsstellen aufgenommen zu werden. Sie ist allerdings nicht Voraussetzung für eine Tätigkeit als Schlichterstelle. Mit Inkrafttreten des Gesetzes gibt es somit die Alternative zwischen anerkannten und nicht anerkannten

---

<sup>36</sup> Siehe nunmehr § 3 VSBG.

<sup>37</sup> S. Greger, ZP 128 (2015), 137, 147 f.

Schlichtungsstellen. Nur die erstgenannten dürfen sich Verbraucherschlichtungsstellen nennen (§ 2 Abs. 3 VSBG). Ob mit der fehlenden Aufnahme in die Liste aller Verbraucherschlichtungsstellen ein Nachteil verbunden ist, lässt sich nur vermuten. Jedenfalls wird auch eine anerkannte private oder gar behördliche Verbraucherschlichtungsstelle sich nicht des gewünschten Zuspruchs erfreuen, wenn die mit ihr gemachten Erfahrungen negativ bewertet werden. Zu den nicht anerkennungsfähigen Schlichtungsstellen gehören etwa die Kundenbeschwerdestellen eines Unternehmens (§ 1 Abs. 2 VSBG).<sup>38</sup>

Abweichend vom Verfahren vor den staatlichen Gerichten oder auch Schiedsgerichten, die auf Streitentscheidung gerichtet sind, ist es das Ziel des Verbraucherstreitbeilegungsverfahrens, den Streit durch eine Schlichtung beizulegen. Das ist klar von der Streitentscheidung zu trennen. Die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie wurde bereits vom Bundesrat in seiner Stellungnahme als unsystematisch kritisiert.<sup>39</sup> Insbesondere werden verschiedene Begriffe für den Verfahrenszweck verwendet, ohne dass klar würde, ob hiermit Unterschiedliches bezeichnet werden soll. „Schlichtung“ soll nach § 19 VSBG das Verfahren sein, das mit einem einzelnen entsprechenden Vorschlag, dem so genannten Schlichtungsvorschlag, enden kann. Dies sei – so der Gesetzgeber – eine Schlichtung im engeren Sinne. An anderen Stellen ist von Streitbeilegungs- und Konfliktbeilegungsverfahren die Rede, ohne dass eine Notwendigkeit für die unterschiedlichen Begriffe erkennbar wäre. Nicht zuletzt ist der Begriff der Verbraucherschlichtungsstelle sprachlich ungenau, soll doch nicht der Verbraucher geschlichtet werden, sondern eine Streitigkeit, an der er beteiligt ist. Dies alles zeigt nicht nur sprachliche Unzulänglichkeit, sondern auch die gegenwärtig noch fehlende inhaltliche Durchdringung des Verfahrens. In weiten Bereichen gibt es letztlich keine feststehende Vorgehensweise. Das ganze führt zu einem Streitbeilegungsdurcheinander, das auch das Gegenteil von einem sinnvollen Verbraucherschutz darstellt.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> BT-Drucks. 18/5089, S. 50.

<sup>39</sup> BR-Drucks. 258/15, S. 6 f.

<sup>40</sup> Zu den Erfordernissen aus Sicht der Verbraucher: *Berlin/Braun*, ZKM 2014, 149, 151 f.

### **3. Beteiligte des Verfahrens**

#### **a) Parteien des Verfahrens**

Abweichend von der Richtlinie verwendet das Gesetz den allen deutschen Verbraucherschutzregelungen zugrundeliegenden Begriff von Verbraucher und Unternehmer (§§ 13, 14 BGB). Das führt zu begrüßenswerter Rechtsvereinheitlichung, bedeutet aber gegenüber der Richtlinie eine Erweiterung des Anwendungsbereichs, da damit auch Verträge geregelt sind, die einer unselbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden müssen. Ausdrücklich ausgenommen sind nach dem Entwurf dagegen arbeitsvertragliche Streitigkeiten (§ 4 Abs. 1 VSBG a. E.). Die Streitigkeit muss sich aus einem Verbrauchervertrag ergeben oder dessen Bestehen betreffen (§ 4 Abs. 1 VSBG). Enthält der Vertrag teilweise unternehmerische Zwecke, so ist im Hinblick auf die Feststellung der Verbrauchereigenschaft auf den überwiegenden nicht gewerblichen Leistungsumfang abzustellen (siehe schon Erwägungsgrund 18 ADR-Richtlinie). Das Gesetz lässt es zu, wenn die Verbraucherschlichtungsstelle ihre Tätigkeit auf bestimmte Vertragstypen oder Unternehmen beschränkt (§ 4 Abs. 2 VSBG). Ist dies nicht erfolgt, so führt die Bezeichnung *Allgemeine Verbraucherschlichtungsstelle* zu einer Zuständigkeit mit Ausnahme für Streitigkeiten aus Verträgen über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Gesundheitsdienstleistungen und Verträge über Weiter- und Hochschulbildung durch staatliche Einrichtungen. Streitigkeiten, für deren Beilegung andere Verbraucherschlichtungsstellen nach speziellen Rechtsvorschriften berufen sind, sind ebenfalls von der Zuständigkeit der allgemeinen Verbraucherschlichtungsstelle unter den vorgenannten Voraussetzungen ausgenommen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VSBG). Die Verbraucherschlichtungsstelle kann zudem ihre Zuständigkeit auf in einem oder mehreren Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen beschränken, muss dies dann allerdings kenntlich machen (§ 4 Abs. 2 Satz 3 VSBG). Eine weitergehende Zuständigkeit der Verbraucherschlichtungsstelle für sonstige zivilrechtliche Streitigkeiten, an denen Verbraucher und Unternehmer beteiligt sind, kann ebenfalls vorgesehen sein. Allerdings scheidet eine Kompetenz für arbeitsvertragliche Streitigkeiten ausdrücklich aus (§ 4 Abs. 3 VSBG).

Die Parteien können sich auch im Streitbeilegungsverfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Gleiches gilt für andere Personen, wenn diese zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen zugelassen sind (§ 13 Abs. 1 VSBG). Eine

Vertretungspflicht im Sinne eines Zwangs zur Vertretung darf die Verfahrensordnung der Streitbeilegungsstelle nicht vorsehen (§ 13 Abs. 2 VSBG). Hier war wieder bestimmend, dass die Kosten für den Verbraucher möglichst gering gehalten werden sollen. Da § 4 Abs. 1 VSBG darauf abstellt, dass der Antrag auf Durchführung des Verbraucherstreitbeilegungsverfahrens seitens des Verbrauchers gestellt wird, geht es in diesem Verfahren grundsätzlich um Ansprüche des Verbrauchers gegen den Unternehmer. Freilich kann, wie bereits angesprochen, die Verbraucherschlichtungsstelle ihre Zuständigkeit weiter fassen (§ 4 Abs. 3 VSBG).

### **b) Schlichter**

Angesichts seiner Einflussmöglichkeiten kommt der Person des Schlichters zentrale Bedeutung zu. Nach dem Verständnis des deutschen Gesetzestextes sind die Schlichter und nicht etwa die Verbraucherschlichtungsstellen jene, die die Schlichtung durchführen. Dies weicht – ohne dass dies schädlich wäre – von der Konzeption des Richtliniengebers ab. Sie messen der Verbraucherschlichtungsstelle somit eine andere Bedeutung bei. Während beim staatlichen Gericht die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters Grundlage jeglichen rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens ist,<sup>41</sup> kann eine gleiche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Verbraucherstreitbeilegungsverfahren nicht gewährleistet werden.<sup>42</sup> Gleichwohl verlangt die ADR-Richtlinie auch hier, dass die mit der Streitbeilegung betraute natürliche Person unabhängig und unparteiisch ist und über das erforderliche Fachwissen verfügt.<sup>43</sup> Das Gesetz sieht vor, dass der Streitmittler zunächst einmal sachlich unabhängig ist. Er unterliegt in seiner Tätigkeit keinen Weisungen. Dies gilt hier aufgrund der bestehenden organisatorischen Struktur nicht nur gegenüber den Parteien des Verfahrens, sondern vor allem gegenüber der Schlichtungsstelle.

Die Vergütung des Schlichters muss erfolgsunabhängig sein (§ 7 Abs. 2 Satz 2 VSBG). Auch eine Erfolgsprämie aufgrund eines von den Parteien übereinstimmend angenommenen Lösungsvorschlags ist unzulässig. Ausgeschlossen wird zudem die Vergütung des Streitschlichters durch einen einzelnen Unternehmer. Im Falle der Vergütung durch einen Interessenverband verlangt das

---

<sup>41</sup> Beides ist Bestandteil der Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK und der europäischen Grundrechtscharta.

<sup>42</sup> Ausführlich hierzu *Stadler, ZP* 128 (2015), 165 ff.

<sup>43</sup> Hierzu insgesamt § 7 VSBG.

Gesetz die Garantie eines eigenen, getrennten und zweckgebundenen Haushalts der Verbraucherschlichtungsstelle.

Vor allem fürchten der Richtliniengeber wie der Gesetzgeber, dass bei einer Trägerschaft durch die Unternehmenseite derartige Abhängigkeiten bestehen können. Diese Abhängigkeiten werden möglicherweise vor allem den persönlichen Bereich des Streitmittlers betreffen. Das Gesetz verlangt daher (§§ 6 Abs. 3, 7 Abs. 2 VSBG), dass der Streitmittler nicht von einem Unternehmer oder von nur einem Unternehmen, das mit einem Unternehmer verbunden ist, vergütet oder bei ihm in den letzten drei Jahren vor seiner Bestellung beschäftigt gewesen sein darf. Dies erscheint zunächst einleuchtend, schließt aber auch aus, dass ein Unternehmer eine Streitbelegungsstelle für derartige Streitigkeiten schafft. Ein Tätigkeitsverbot des Streitmittlers kann im konkreten Fall bestehen, wenn der Streitmittler früher für ein mit dem Unternehmer verbundenes Unternehmen oder einem Interessenverband Tätigkeiten ausgeübt hat, dem ein Unternehmer des betreffenden Wirtschaftsbereichs angehört. Diese Bestimmungen des Gesetzes gehen deutlich über die Anforderungen der Richtlinie hinaus. Sie sind ebenfalls sehr viel weiter als nach dem Mediationsgesetz (§ 3 Abs. 2 Satz 1 MediatG). Nach dieser Regel ist eine Person als Mediator ausgeschlossen, wenn sie in der Sache bereits für eine der Parteien tätig war.<sup>44</sup> Die Gründe für die strengeren Regeln nach dem VSBG sind unklar. Die Regelung will zunächst nicht recht überzeugen.<sup>45</sup>

Zur Absicherung der persönlichen Unabhängigkeit sieht das Gesetz vor, dass der Streitmittler für eine gewisse – das Gesetz spricht von „angemessener“ – Dauer bestellt sein muss (§ 8 Abs. 1 VSBG). Drei Jahre soll die Mindestdauer sein, eine Wiederbestellung ist zulässig. Hier kann der Gesetzgeber auf grundsätzlich positive Erfahrungen bei Banken, öffentlichen Sparkassen und Versicherungen verweisen, die Verbraucherschlichtung durch Ombudsmänner anbieten.<sup>46</sup> Auch die Abberufung des Streitmittlers als solcher ist im Einzelnen gesetzlich geregelt und schafft damit eine weitere Absicherung der persönlichen Unabhängigkeit.

Die Verbraucherschlichtungsstellen sind darin frei, statt eines Schlichtungsvorschlags mit dem Streitbelegungsverfahren andere Vorgehensweisen und Ziele zu verfolgen. In Betracht kommen etwa

---

<sup>44</sup> Auch eine parallele oder nachfolgende Tätigkeit sind ausgeschlossen, § 3 Abs. 2 Satz 2 MediatG.

<sup>45</sup> Kritisch auch *Stadler*, ZP 128 (2015), 165, 174.

<sup>46</sup> S. etwa zum Ombudsmann für Versicherungen: *Berlin*, *Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten*, 2014, S. 227 ff.

frühe neutrale Bewertung durch einen Dritten, Mediation, Adjudikation etc., um nur einige zu nennen. Anders als etwa im Mediationsverfahrens soll der Streitmittler seinen Schlichtungsvorschlag am geltenden Recht ausrichten.<sup>47</sup> Damit ist zwar eine Beachtung des Gesetzes ausgedrückt, aber die Möglichkeit zur Distanz ebenso. Der Schlichtungsvorschlag folgt jedenfalls nicht den gesetzlichen Regelungen für gerichtliche Entscheidungen.

Die Vorlage eines Schlichtungsvorschlags setzt somit entsprechende Rechtskenntnisse voraus. Nach dem Gesetz muss der Streitmittler über Rechtskenntnisse, insbesondere im Verbraucherrecht verfügen. Anders als der Entwurf verlangt das Gesetz für ihn nunmehr zusätzlich dessen Befähigung zum Richteramt oder dessen Zertifizierung als Mediator (§ 6 Abs. 2 Satz 2 VSBG). Die Frage, ob dies auch für weitere Mitglieder gilt, wenn der Streitmittler nicht eine natürliche Person, sondern ein mehrköpfiges Gremium ist (§ 7 Abs. 5 VSBG), wird vom Gesetz nicht ausdrücklich beantwortet. Weitere Bestimmungen betreffen die Frage der Befangenheit und Tätigkeitsverbote des Schlichters, auf die bereits eingegangen wurde. Die Anforderungen des Gesetzes sind streng. Das schafft zwar einerseits hohe Gewähr einer unparteiischen Tätigkeit, kann andererseits in vielen Fällen aber zu einem Ausschluss vom Amt führen. Damit kann viel Sachkompetenz verloren gehen.

Ebenfalls zu regeln ist die Frage, wie eine Partei von Ausschluss- oder Befangenheitsgründen erfährt. Das Gesetz stellt hier auf die Anzeige derartiger Umstände durch den Streitmittler ab (§ 7 Abs. 3 VSBG). Hierzu ist der Streitmittler von Gesetzes wegen nicht nur dem Träger der Schlichtungsstelle gegenüber sondern – im Vergleich zur Richtlinie weitergehend – auch den Parteien des Verfahrens verpflichtet.<sup>48</sup> Ob dies letztlich einen ausreichenden Schutz bietet, oder der Streitmittler nicht von vornherein frühere Tätigkeiten in einem bestimmten Bereich offen legen muss, ist zweifelhaft. Einerseits könnte eine Regelung im letztgenannten Sinne geeignete und kompetente Personen von dem Amt fernhalten, andererseits zeigt sich gerade etwa im schiedsgerichtlichen Verfahren, dass Offenlegungspflichten in ihrer praktischen Umsetzung problematisch sind, da den Mitgliedern des Schiedsgerichts es zunächst überlassen bleibt, die Erheblichkeit eines Umstands für Unabhängigkeit und Unbefangenheit zu beurteilen. Die Parteien werden nur selten erfahren, wenn möglicherweise der Amtsausübung entgegenstehende Umstände vorliegen. Noch

---

<sup>47</sup> Hierzu *Pelzer*, ZKM 2015, 43 ff.

<sup>48</sup> Hierzu *Stadler*, ZJP 128 (2015), 165, 176.

schwieriger wird es für sie, derartige Umstände nachzuweisen, die aus dem Persönlichkeitsbereich des Streitmittlers kommen. Allenfalls die Tatsache, dass der Streitmittler – anders als ein Schiedsrichter – den Rechtsstreit nicht entscheidet, lindert die Folgen einer solchen Regelung. Ein sachgerechtes Streitbeilegungsverfahren aber kann mit einem abhängigen oder befahenen Mittler nicht mehr stattfinden.

#### **4. Verfahren**

##### **a) Zugang zum Verfahren**

###### **aa) Antrag des Verbrauchers – Dispositionsgrundsatz**

Der Verbraucher leitet das Verfahren durch einen entsprechenden Antrag ein (§ 4 Abs. 1 VSBG). Dieser Antrag kann so wie jede weitere Stellungnahme, Belege und sonstige Mitteilungen des Verbrauchers der Schlichtungsstelle in Textform übermittelt werden (§ 11 VSBG). Es gilt also hier wie auch im Zivilprozess der Grundsatz der Dispositionsbefugnis. So endet das Streitbeilegungsverfahren, wenn der Antragsteller seinen Antrag zurücknimmt oder der weiteren Durchführung des Verfahrens widerspricht (§ 15 VSBG). Da die Teilnahme am Verfahren grundsätzlich freiwillig ist, kann das Verfahren auch dadurch beendet werden, dass der Antragsgegner erklärt, an dem Verfahren nicht teilzunehmen oder es nicht fortsetzen zu wollen. Das Gesetz räumt allerdings die Möglichkeit ein, dass die Rechtsvorschriften, Satzungen oder vertraglichen Abreden etwas Abweichendes vorsehen. Die Materialien zu diesem Punkt sind wenig erklärend. Man wird die Vorschrift wohl dahingehend einschränken müssen, dass dies eine entsprechende gesetzliche Vorschrift vorsehen muss.

###### **bb) Wirkungen der Antragstellung: materiell-rechtliche Verjährungshemmung**

Die verfahrensrechtlichen Wirkungen werden von dem Gesetz nicht eigens angesprochen. Das Verfahren genügt den Anforderungen an ein Verfahren nach § 15a EGZPO, wie § 21 Abs. 2 VSBG ausdrücklich klarstellt. Danach lässt die Durchführung eines solchen Verfahrens das nach Landesrecht gesetzlich vorgesehene Erfordernis eines Einigungsversuchs vor einer von der Landesverwaltung eingerichteten Gütestelle als Voraussetzung des Zivilprozesses entfallen.

Rechtshängigkeit wird mit einem Verbraucherschlichtungsverfahren nicht begründet. Die Parteien des Verfahrens können somit (im Wege der Leistungsklage oder der negativen Feststellungsklage) vor einem staatlichen Gericht grundsätzlich klagen. Abweichendes hierzu

können auch die Verfahrensordnungen der Schlichtungsstellen nicht vorsehen.

Die Verfahrensordnung der Verbraucherschlichtungsstelle kann allerdings regeln, dass ein bei ihr gestellter Antrag auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens durch den Streitmittler abgewiesen wird, wenn bei einer anderen Schlichtungsstelle bereits ein Verfahren zur Beilegung der Streitigkeit durchgeführt wurde oder die Streitigkeit bei einer anderen Verbraucherschlichtungsstelle „anhängig“ ist (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 VSBG). Dies ist eine Wirkung, die eine gleichzeitige Befassung mit der Sache durch zwei oder mehrere Verbraucherschlichtungsstellen ausschließen soll und damit der Rechtshängigkeit in ihrer Ausprägung entfernt vergleichbar ist. Im Verhältnis zwischen dem gerichtlichen Entscheidungsverfahren und dem außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren sieht das Gesetz vor, dass die Verfahrensordnung eine Ablehnung des Verfahrensantrags vorsehen kann, wenn ein Gericht zu der Streitigkeit bereits eine Sachentscheidung getroffen hat oder die Streitigkeit bei einem Gericht anhängig ist, es sei denn, das Gericht ordnet seinerseits nach § 278a Abs. 2 ZPO im Hinblick auf das beantragte Verbraucherschlichtungsverfahren das Ruhen des Verfahrens an (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 VSBG). Eine ähnliche Wirkung hat ein erfolgloser Antrag auf Prozesskostenhilfe, wenn die Abweisung der Prozesskostenhilfe auf die fehlende Aussicht auf Erfolg oder die Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung gestützt ist (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 lit. c VSBG).

Materiell-rechtlich führt die Antragstellung auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens zur Hemmung der Verjährung, wenn die Bekanntgabe des Antrags durch die Streitbeilegungsstelle demnächst erfolgt (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB n. F.). Diese Regelung nimmt Bezug auf § 16 VSBG, nach dem die Verbraucherschlichtungsstelle unverzüglich nach Eingang des Antrags auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens den Antragsgegner den gestellten Antrag übersenden muss. Zugleich hat die Verbraucherschlichtungsstelle beide Seiten über bestimmte Umstände zu informieren. Entsprechendes gilt für den Fall, dass Klage innerhalb von drei Monaten seit Erledigung des Streitbeilegungsverfahrens erhoben wird, wenn dieses ausnahmsweise notwendige Voraussetzung für die Erhebung der Klage ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 12 BGB n. F.).

### **cc) Ablehnung des Antrags auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens**

Der Streitmittler kann unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen die Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens ablehnen (§ 14 VSBG). Die Gründe hierzu sind vielfältig. Dabei ist zwischen solchen Gründen zu unterscheiden, die unabhängig von der Verfahrensordnung eine Ablehnung gestatten (Abs. 1) und jenen, die als Ablehnungsgrund in der Verfahrensordnung vorgesehen sein können (Abs. 2). Zu Ersteren gehört etwa die fehlende Zuständigkeit der Streitbeilegungsstelle oder das fehlende Verfahrensinteresse, wenn der streitige Anspruch nicht zuvor gegenüber dem Antragsgegner geltend gemacht worden ist. Entsprechendes gilt, wenn der Antrag offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist oder mutwillig erscheint. Zu der zweiten Gruppe der Ablehnungsgründe, die in einer Verfahrensordnung vorgesehen sein können, gehören etwa die Tatsachen, dass eine Streitbeilegung bereits durchgeführt wurde oder ein Streitwert unter- oder überschritten wird.

Offenbar bezogen auf die konkrete Einzelfallentscheidung und um Art. 5 Abs. 4 Satz 3 ADR-Richtlinie Rechnung zu tragen, gilt allgemein, dass die zuständige Behörde bei der Entscheidung über die Anerkennung den Zugang von Verbrauchern zu einer Schlichtung nicht erheblich beeinträchtigen darf (§ 14 Abs. 2 Satz 2 VSBG). So recht lässt sich mit dieser Bestimmung nichts anfangen.

### **b) Das Streitbeilegungsverfahren**

Zum Verfahren selber trifft das Gesetz nur einzelne Regelungen. Sie betreffen neben den bereits dargestellten Bestimmungen etwa die Verfahrenssprache und die mögliche mündliche Verhandlung oder das Verfahrensende. Das Gesetz gibt nicht etwa ein bestimmtes Konfliktbeilegungsverfahren – wie etwa ein Vorgehen nach der Harvard Methode – vor. Das gilt auch für das Verfahren. Weder das Gesetz noch die Richtlinie verlangen – wie bereits ausgeführt – einen Schlichtungsvorschlag als Ziel des Verfahrens. Stattdessen kann ebenso eine andere Form der Streitbeilegung verfolgt werden.

Grundsätzlich geht das Gesetz von einem schriftlichen Verfahren aus.<sup>49</sup> Dies entspricht etwa auch der europäischen Regelung in Bagatellsachen.<sup>50</sup> Für die Parteien ist ein solches

---

<sup>49</sup> Stadler, ZZP 128 (2015), 165, 181.

<sup>50</sup> Art. 8 BagatellverfahrensVO, Nr. 861/2007/EG vom 11. Juli 2007, ABl. EG L 199 vom 31.07.2007.

Verfahren offensichtlich einfacher und kostengünstiger. Sie ersparen sich so den Weg zur Schlichtungsstelle. Ob hierin zugleich ein Vorteil für den mit derartigen Verfahren vertrauten Unternehmer liegt,<sup>51</sup> muss abgewartet werden. Der Verbraucher kann den bestehenden Erfahrungs- und Kenntnisvorsprung zumindest durch Bestellung eines Vertreters ausgleichen. Eine mündliche Erörterung kommt dann in Betracht, wenn die Verfahrensordnung eine solche Möglichkeit vorsieht und die Parteien dem zustimmen.<sup>52</sup>

Das Verfahren ist nicht öffentlich. Eine Kontrolle der Schlichtung durch die Öffentlichkeit kann also nicht stattfinden.<sup>53</sup> Während die Richtlinie die Frage, wie der Streitmittler sich die notwendige Tatsachengrundlage für den Schlichtungsvorschlag verschafft, offenlässt und sich weder für den Verhandlungsgrundsatz noch für die Amtsermittlung entscheidet, folgt das VSBG wie im Zivilprozess der Idee des Verhandlungsgrundsatzes. Es sind danach also die Parteien, die die entsprechenden Tatsachen vortragen und zum Vortrag des Gegenübers Stellung nehmen können. So jedenfalls will der Gesetzgeber § 17 Abs. 1 VSBG verstanden wissen. Eine Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes würde auch letztlich keinen Sinn ergeben. Weder verfügt der Streitmittler über entsprechende Möglichkeiten zur Tatsachenfeststellung,<sup>54</sup> noch ließe sich der Bruch zum ordentlichen Zivilprozess und dem dort geltenden Verhandlungsgrundsatz erklären. Damit werden Probleme in einem nachfolgenden ordentlichen Prozess vermieden. Die Schriftlichkeit führt außerdem dazu, dass die Beweismittel eingeschränkt sind. Letztlich kommt nur der Nachweis von Tatsachen durch Beweismittel in Betracht, die im schriftlichen Verfahren möglich sind. Für den Tatsachenvortrag und die Erwiderung auf den gegnerischen Vortrag kann den Beteiligten seitens der Verbraucherschlichtungsstelle, d.h. wohl durch entsprechende Verfahrensordnungen, eine angemessene Frist gesetzt sein. Sie beträgt in der Regel drei Wochen und kann auf Antrag verlängert werden.

Um Unsicherheiten über die Tätigkeit der Verbraucherschlichtungsstelle zu vermeiden, hat diese nach Zugang

---

<sup>51</sup> So etwa *Stadler*, ZJP 128 (2015), 165, 181.

<sup>52</sup> Ob unter den genannten Voraussetzungen der Streitmittler möglicherweise sogar eine Pflicht zur mündlichen Verhandlung hat, erscheint zumindest erwägenswert. Das Gesetz gibt dem Streitmittler hier wohl ein Ermessen („kann“, § 17 Abs. 2 VSBG).

<sup>53</sup> Kritisch *Stadler*, ZJP 128 (2015), 165, 182, vor allem auch unter dem Aspekt der Schriftlichkeit.

<sup>54</sup> Hierzu im Einzelnen *Stadler*, ZJP 128 (2015), 165, 183.

eines Antrags des Verbrauchers beide Seiten über bestimmte Umstände, die im Gesetz einzelnen dargelegt sind, aufzuklären (§ 16 VSBG). Hierzu gehören etwa der Hinweis auf die Verfahrensordnung und die Internetseite, auf der sie veröffentlicht ist (§ 10 VSBG).

Die Regelungen zum Verfahren, wie etwa zur Beendigung des Verfahrens wenden sich vor allem an die Verbraucherschlichtungsstelle, die eine entsprechende Verfahrensordnung zu erlassen hat. Sie muss den Ablauf des Verfahrens in seinen wesentlichen Elementen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 VSBG) regeln. Ausgeschlossen ist es, dass die Verfahrensordnung den Verbraucher verpflichtet, sich einen ihm nicht bekannten Entscheidungsvorschlag zu unterwerfen. Der Verbraucher hat auch nach seinem Antrag auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens die Entscheidungsfreiheit, sich auf die von der Schlichtungsstelle vorgeschlagene Lösung einzulassen oder seinen Anspruch auf gerichtlichem Wege durchzusetzen. Trotz aller Gestaltungsfreiheit der anerkannten Verbraucherschlichtungsstelle ist es ihr nicht möglich, dass sie ein Schiedsverfahren oder ein Schiedsgutachten mit Bindungswirkung für den Verbraucher anbietet.<sup>55</sup> Entsprechendes gilt etwa für die Adjudikation, die Bindung haben soll, wenn keine Partei innerhalb einer vereinbarten Frist den Gerichtsweg einschlägt. Nach dem Gesetz ist die Verfahrensordnung eine der Voraussetzungen für die Anerkennung einer Verbraucherschlichtungsstelle (§ 25 Abs. 1 Nr. 1 VSBG). Sie gilt zwischen den Parteien wohl aufgrund der Vereinbarung über das Streitbeilegungsverfahren.

Bei der Verfahrensdauer folgt das Gesetz eng der Richtlinie. Nach § 20 VSBG muss das Ergebnis des Verfahrens bei einer anerkannten Verbraucherschlichtungsstelle grundsätzlich innerhalb von 90 Tagen nach Eingang der vollständigen Beschwerdeakte verfügbar sein. Das entscheidende Wort dieser Regelung ist „Eingang der vollständigen Beschwerdeakte“. Die Gesetzesbegründung verlangt hierfür, dass die Parteien ausreichend Gelegenheit hatten, ihr Anliegen vorzutragen oder zu dem Vorbringen der Gegenseite, etwaigen Gutachten oder verfahrenserheblichen Äußerungen Dritter Stellung zu nehmen.<sup>56</sup> Die Vorschrift ist somit nicht in dem Sinne auszulegen, dass ein Streitbeilegungsverfahren stets nur 90 Tage dauert. Allerdings will auch der Gesetzesentwurf in Übereinstimmung mit der Richtlinie die Voraussetzungen für eine zügige Beilegung des Streits schaffen, was

---

<sup>55</sup> *Gsell*, ZJP 128 (2015), 189, 203 f.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 18/5089, S. 63.

bei Beurteilung der Verfahrensordnung zu beachten ist. Letztlich beginnt die Frist nach dem Gesetz mit dem Eingang der Stellungnahmen nach § 17 Abs. 1 VSBG oder dem fruchtlosen Ablauf der Frist zur Stellungnahme (§ 20 Abs. 1 Satz 2 VSBG).

Für die Kosten des Verfahrens bestimmt § 23 VSBG, dass bei einem erfolglosen Antrag vom Verbraucher nur ein Beitrag in Höhe von maximal 30 Euro verlangt werden darf. Dies ist an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass der Antrag des Verbrauchers unter Berücksichtigung der gesamten Umstände als missbräuchlich zu werten ist. Auch in diesem Punkt orientiert sich der Gesetzgeber eng an den Vorgaben der Richtlinie. Letztlich ging es dem Richtliniengeber darum, dem Verbraucher den Zugang zu dieser Art der Streitbeilegung zu ermöglichen. Angesichts dessen war es ein wichtiger Aspekt, dass nur sehr geringe Entgelte für ihn mit einem solchen Verfahren verbunden sein dürfen. Die vorgenannten Grenzen gelten freilich nicht, soweit die Verfahrensordnung über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus (etwa für gesetzliche Schuldverhältnisse) eine Streitbeilegung ermöglicht. Eine weitere Regelung zu den Kosten der Schlichtung findet sich in § 31 VSBG. Dort wird angeordnet, welche Gebühren für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bei einer Universalschlichtungsstelle des Landes nach § 29 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 und 2 VSBG vom Unternehmer verlangt werden dürfen. Bei Streitwerten über 2.000 Euro ist eine Gebühr von 380 Euro vorgesehen. Im Übrigen gilt auch hier die Missbrauchsgebühr in Höhe von 30 Euro gegenüber dem Verbraucher.

## **5. Berichtspflichten**

Ohne dass hier auf Einzelheiten eingegangen werden soll, ist darauf hinzuweisen, dass die Verbraucherschlichtungsstelle erheblichen Berichtspflichten unterliegt. So muss sie jährlich einen Tätigkeitsbericht veröffentlichen. Dieser hat offenbar – so ist aufgrund der Äußerungen des Gesetzgebers zu schließen<sup>57</sup> – vor allem auch eine Art Marketingfunktion, indem er die Bekanntheit der Verbraucherschlichtung vergrößern soll. Zudem soll die Transparenz der Tätigkeit der Verbraucherschlichtungsstellen gefördert werden. Darüber hinaus hat die Verbraucherschlichtungsstelle gemäß § 34 Abs. 2 VSBG alle zwei Jahre einen Bericht mit einer umfassenden Darstellung und Bewertung ihrer Tätigkeit zu erstellen (sogenannte Evaluation). Dieser wird der für die

---

<sup>57</sup> BT-Drucks. 18/5089, S. 73.

Verbraucherschlichtungsstellen zuständigen Behörde übermittelt, die ihn auch an die Aufsichtsbehörde übermittelt. Weitere Berichtspflichten treffen die Universalschlichtungsstellen der Länder (§ 34 Abs. 2 Satz 3 VSBG) und die zentrale Anlaufstelle für Verbraucherschlichtung im Verhältnis zur europäischen Kommission (s. § 35 VSBG).

#### **IV. Bewertung des Gesetzes und des Verfahrens**

Im vorliegenden Zusammenhang kann nicht jede einzelne Bestimmung einer kritischen Bewertung unterzogen werden. Die Darstellung der Regelungen zur alternativen Streitbeilegung gibt einen Eindruck von den komplexen damit zusammenhängenden Problemen. Sie machen deutlich, dass es sich aus deutscher Sicht um ein offensichtlich noch sehr junges Gebiet handelt, das hier bislang nur unzureichend theoretisch durchdrungen ist. Es gibt zahlreiche Methoden, die mitunter gleichwertig nebeneinander stehen und deren Zweckmäßigkeit durchaus nicht gesichert ist. Dies sowie die weitgehende Überlassung des Verfahrens und seiner Regelung den einzelnen Verbraucherstreitbeilegungsstellen führt dazu, dass die gesetzlichen Vorschriften für den Nichtjuristen nur schwer verständlich und die rechtliche Lage außerordentlich unübersichtlich ist.

##### **1. Unübersichtlichkeit**

Der Verbraucher sieht sich einer Vielzahl von Einrichtungen gegenüber, deren Zuständigkeit er zunächst einmal einschätzen muss. Hat er dann die für seinen Fall zuständige Schlichtungsstelle gefunden, so gilt für diese Verfahren die von der Stelle geschaffene Verfahrensordnung neben den gesetzlichen Regelungen und der Richtlinie, die jedenfalls im Rahmen der Auslegung eine beträchtliche Rolle spielt. Hat der Verbraucher bereits an einem solchen Verfahren teilgenommen, so wird er feststellen, dass dieses, wenn es vor einer anderen Schlichtungsstelle erfolgte, ganz anders abgelaufen sein kann. Man muss vermuten, dass der Verbraucher sich spätestens dann die Übersichtlichkeit der ZPO wünscht, die in gewissem Umfang jedenfalls selbst dem juristischen Laien das Verfahren transparent macht und bei häufiger Inanspruchnahme vertraut sein lässt. Es ist wohl der bereits angesprochenen Unsicherheit über den „richtigen Weg“ geschuldet, dass jedenfalls der Gesetzgeber sich nicht zur Schaffung einer Musterverfahrensordnung in der Lage sah. Hierdurch hätte man die Unübersichtlichkeit aber eben auch die Vielfalt und den Wettbewerb der Vorgehensweisen eingeschränkt. Wenn man sich dann noch vergegenwärtigt, dass die Verfahrensordnung auch

Gegenstände zur Schlichtung zulassen kann, die nicht in den Regelungsbereich der Richtlinie und des Gesetzes fallen, mit entsprechenden Folgen für deren fehlende Anwendbarkeit, drängt sich die Frage auf, ob insoweit nicht weniger mehr gewesen wäre.

## **2. Freiwilligkeit des Verfahrens**

ADR-Richtlinie wie Gesetz (VSBG) gehen von einer Freiwilligkeit des Schlichtungsverfahrens aus. Dies wird als wesentliche Voraussetzung für den Erfolg einer Schlichtung angesehen. Ob es dabei bleibt, wird die Zukunft zeigen. Angesichts der auch verfolgten fiskalischen Interessen, über die noch zu sprechen sein wird, ist eine gewisse Skepsis angebracht, zumal es durchaus Stimmen aus dem Lager der Verbraucherschützer gibt, die jedenfalls einen Zwang zur Teilnahme seitens der Unternehmen der rechtlichen Freiwilligkeit vorzögen.

Aber auch die Frage nach der tatsächlichen Freiwilligkeit stellt sich hier wie im Mediationsverfahren. In der ausschließlichen Betrachtung des Verbrauchers als zu schützendes Rechtssubjekt darf man nicht übersehen, dass der Wettbewerb zwischen den Unternehmen dem einzelnen Unternehmer keine Wahl lassen wird. Er wird sich einem solchen Verfahren unterwerfen, um einen wettbewerblichen Nachteil zu vermeiden. Sollte Freiwilligkeit Voraussetzung sein, fehlt es hieran. Es kommt hinzu, dass die Streitigkeiten in nicht öffentlichen Verfahren nach mehr oder weniger engen Verfahrensregeln durchgeführt werden, die nur Mindeststandards erfüllen. Die Streitmittler sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, Parteien werden – wenn überhaupt – von ihren Interessen geleitet über das Verfahren in der Öffentlichkeit berichten. Ob damit eine Zunahme des Verbraucherschutzes erreicht wird, muss die Zukunft zeigen.

## **3. Entwertung materiellen Rechts**

Offenbar umstritten ist nach wie vor die Frage, ob mit der Schaffung solcher alternativen Möglichkeiten zugleich die Gefahr einer Entwertung materieller Rechtspositionen verbunden ist.<sup>58</sup> Dieser Streit muss überraschen, erscheint doch zumindest offensichtlich, dass ein Streitbelegungsverfahren, das sich am materiellen Recht nur „ausrichtet“, kaum zur Bewährung der materiell-rechtlichen

---

<sup>58</sup> Hierzu kritisch z.B. *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707; *Roth*, DRiZ 2015, 24 ff.; a. A. *Hirsch*, Festschrift f. Lorenz 2014, 159, 161 ff.; *Zekoll/Elser*, in: Althammer, Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 55 ff.

Rechtsposition beitragen kann, dient es doch nur bedingt seiner Durchsetzung. Im Vordergrund steht eben die Streitbeilegung. Die Gegenauffassung lässt sich nur verstehen, wenn man bedenkt, dass nach Auffassung des Gesetzgebers es bei diesen Verfahren wohl vor allem um Streitigkeiten gehen wird, die ohne eine solche Möglichkeit nicht ausgetragen würden. Der Grund hierfür liegt offenbar in der Geringwertigkeit des Streitgegenstands. Die bislang vor den staatlichen Gerichten ausgetragenen Streitigkeiten sollen nach seiner Vorstellung nicht oder jedenfalls überwiegend nicht betroffen sein. Sollte das zutreffen, so würden diese Rechte auch bislang schon nicht durchgesetzt und waren damit faktisch bereits entwertet.

Betrachtet man die Interessen der Verbraucher, so ist ebenfalls keineswegs gesichert, dass ihre Rechte bei einer am materiellen Recht nur orientierten Schlichtung, gestärkt werden. Hierauf wurde in der Diskussion während des Gesetzgebungsverfahrens verschiedentlich hingewiesen.

Es kommt hinzu, dass auch den Betroffenen die Prozessführung im Rahmen gerichtlicher Verfahren mit zunehmender Verbreitung alternativer Streitbeilegungsverfahren in unterschiedlichen Verfahrensordnungen immer weniger vertraut sein wird. Dies führt natürlich ebenfalls zu einer veränderten Haltung gegenüber der Rechtsdurchsetzung. Die dagegen vorgebrachten Einwände insbesondere auf Seiten des Gesetzgebers erscheinen vor allem fiskalisch begründet, wobei dies letztlich nur nachvollziehbar ist, wenn man die Kostendeckungsquote bei Bagatellverfahren betrachtet. Diese ist gering und wird ausgeglichen von „Überschüssen“ bei hohen Streitwerten. Das gilt für die Gerichte nicht anders als für die Anwälte, die nach Streitwert abrechnen. Das Streitbeilegungsverfahren ist jenseits aller modernen Neigung für den Staat genau deshalb interessant. Es kann zur Entlastung des Fiskus beitragen. Daher ist es naheliegend, dass Gesetzgeber und Exekutive hieran ein großes Interesse haben. Es versteht sich von selbst, dass diese Kosten, die der Fiskus einspart und den Unternehmen überlässt, die das System finanzieren müssen, letztlich von den Unternehmen über die Preise wieder auf die Gesamtheit der Verbraucher abgewälzt werden.

#### **4. Offene Fragen**

Das Gesetz lässt einen ganzen Bereich von Regelungen offen. Dieser betrifft die Frage, was die Grundlage für die Handlung der Verbraucherstreitbeilegungsstelle ist. Hier wird man wohl eine Parallele zum Schiedsverfahren insoweit ziehen müssen, als dass die

Parteien – jedenfalls bei privaten Trägern – einen Vertrag mit der Verbraucherstreitbeilegungsstelle schließen. Einzelheiten werden bislang noch nicht diskutiert. Diese Frage ist keineswegs nur von theoretischer Bedeutung, sondern kann sich praktisch auswirken. Verstößt der Streitmittler gegen die Verfahrensordnung oder wird dieser tätig, obgleich er einem Tätigkeitsverbot unterliegt, so stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dies für das konkrete Streitbelegungsverfahren hat. Den Betroffenen wird kaum helfen, wenn sie auf die Möglichkeit verwiesen werden, den Streitmittler zu entlassen. Der Schlichtungsvorschlag oder die Mediation ist möglicherweise von falschen Voraussetzungen ausgegangen und hat eine Seite zu Unrecht davon überzeugt, dass eine vorgeschlagene Lösung angemessen ist. Hier stellt sich zum einen die Frage, ob der Betroffene den Vertrag wieder aufheben kann, etwa durch Anfechtung, zum anderen die nach eventuellen Schadensersatzansprüchen. Hier aber beginnt die Suche nach der Anspruchsgrundlage. Geht man von einem Vertrag zwischen dem Träger der Streitbelegungsstelle und den Parteien aus, so gibt es hier eine Grundlage wegen Schlechterfüllung dieses Vertrags. Eine solche Lösung hätte die Parallelität zum schiedsgerichtlichen Verfahren für sich.

Weiter stellt sich die Frage, inwieweit Erkenntnisse dieses Verfahrens im Prozess vor den staatlichen Gerichten verwertet werden können. Der Streitmittler wird wegen seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit kaum als Zeuge für die Erklärung einer Partei im Streitbelegungsverfahren zur Verfügung stehen. Sofern aber im Streitbelegungsverfahren Dokumente vorgelegt wurden, liegen diese nunmehr auch der Gegenseite vor, die sie im Rahmen der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte im Verfahren vor den staatlichen Gerichten verwerten kann. Hier kann man den Beteiligten im Streitbelegungsverfahren nur empfehlen, nichts vorzulegen, was der Gegenseite einen eventuellen Vorteil im gerichtlichen Durchsetzungsverfahren bringt. Man muss bezweifeln, dass dies den Erfolg der Schlichtung fördern wird.

## **VERBRAUCHERSCHUTZ DURCH VERFAHREN – ZUR UMSETZUNG DER EU ADR-RICHTLINIE IN DEUTSCHLAND**

*Prof. Dr. iur. Wolfgang Lüke, LL.M. (Chicago)  
Technische Universität Dresden  
Richter am OLG Dresden a. D.*

### **Thesen**

#### **I. Einleitung**

Für den streitigen Zivilprozess steht in Deutschland Rechtssuchenden die ordentliche Gerichtsbarkeit zur Verfügung. Das betreffende Verfahren ist im Wesentlichen in der ZPO geregelt. Neben dieses System der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit ist im Zuge der Umsetzung der ADR-Richtlinie ein europaweites System außergerichtlicher Streitbeilegung für Verbraucher getreten. In Deutschland wurde hierfür der Entwurf eines Gesetzes über die Alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen (Verbraucherstreitbeilegungsgesetz; VSBG) diskutiert.

#### **II. ADR-Richtlinie als Grundlage für das VSBG**

##### **1. Zum Inhalt der ADR-Richtlinie**

Die ADR-Richtlinie regelt grundsätzlich Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern innerhalb der EU. In sachlicher Hinsicht ist sie auf die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten wegen vertraglicher Verpflichtungen aus Kauf- und Dienstleistungsverträgen beschränkt. Hierfür haben die Mitgliedstaaten ausreichend Stellen und ein bestimmten Anforderungen genügendes Verfahren zu schaffen.

Damit soll eine schnelle und kostengünstige Möglichkeit zur Streitbeilegung sowohl inländischer als auch grenzüberschreitender Streitigkeiten innerhalb der EU geschaffen werden.

##### **2. Umsetzungsfrist, Entwurf und Gesetzgebungsverfahren**

Die ADR-Richtlinie ist in Deutschland nicht fristgerecht umgesetzt worden. Der Entwurf des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes (VSBG) ist im Wesentlichen unverändert geltendes Recht geworden.

### **III. Die Verbraucherstreitbeilegung nach dem geplanten VSBG**

#### **1. Anwendungsbereich**

Die Regelungen des VSBG gelten für jegliche Verbraucherverträge.

Die einzurichtenden Verbraucherschlichtungsstellen sind neben in Deutschland teilweise bereits bestehende Schlichtungsstellen getreten.

#### **2. Verbraucherschlichtungsstelle**

Durch das VSBG werden die bereits angesprochenen eingerichteten Schlichtungsstellen teilweise anerkannte Verbraucherschlichtungsstellen. Daneben sollen neue private Schlichtungsstellen ermöglicht werden. Grundsätzlich ist die behördliche Verbraucherschlichtung gegenüber der privat organisierten nachrangig. Das Anerkennungsverfahren und die Aufsicht sind in mehreren Vorschriften ausführlich geregelt.

#### **3. Beteiligte des Verfahrens**

Das Gesetz verwendet die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ gemäß den bereits geltenden §§ 13, 14 BGB. Die Streitigkeit muss sich aus einem Verbrauchervertrag ergeben oder dessen Bestehen betreffen.

Der Streitmittler muss sachlich unabhängig sein. Er unterliegt keinen Weisungen und darf nicht erfolgsabhängig vergütet werden. Der Streitmittler muss für eine angemessene Dauer (grundsätzlich mindestens für drei Jahre) bestellt sein. Ausschluss- oder Befangenheitsgründe hat er anzuzeigen.

Die Verbraucherschlichtungsstellen können im Streitbeilegungsverfahren statt eines Schlichtungsvorschlags andere Vorgehensweisen und Ziele verfolgen. Der Schlichtungsvorschlag ist jedoch am geltenden Recht zu orientieren.

#### **4. Verfahren**

Der Verbraucher leitet das Verfahren durch Antrag ein (Dispositionsprinzip). Rechtshängigkeit wird mit einem Verbraucherschlichtungsverfahren nicht begründet. Materiell-rechtlich führt die Antragstellung auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens zur Hemmung der Verjährung. Der Streitmittler kann unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen die Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens ablehnen.

## **5. Das Streitbelegungsverfahren und Berichtspflichten**

Zum Verfahren sieht das Gesetz nur einzelne Regelungen vor. Grundsätzlich geht es von einem schriftlichen Verfahren aus, das nicht öffentlich ist. Die Parteien tragen die Tatsachen vor (Verhandlungsgrundsatz). Die Verbraucherschlichtungsstellen haben entsprechende Verfahrensordnungen zu erlassen, die den Ablauf des Verfahrens in seinen wesentlichen Elementen regeln.

Der Verbraucher hat trotz eines Antrags auf Durchführung eines Streitbelegungsverfahrens die Möglichkeit, sich auf die von der Schlichtungsstelle vorgeschlagene Lösung einzulassen oder seinen Anspruch auf gerichtlichem Wege durchzusetzen. Das Ergebnis des Verfahrens muss bei einer anerkannten Verbraucherschlichtungsstelle grundsätzlich 90 Tage nach Eingang der vollständigen Beschwerdeakte verfügbar sein. Die Verbraucherschlichtungsstellen unterliegen erheblichen Berichtspflichten.

### **IV. Bewertung des Gesetzes und Verfahrens**

Das Gebiet der alternativen Streitbeilegung ist bislang nur unzureichend theoretisch durchdrungen. Die einzelnen gesetzlichen Regelungen und die Verfahrensordnungen der Schlichtungsstellen sind sehr unübersichtlich und wenig zusammenhängend geregelt. Die Freiwilligkeit des Verfahrens erhöht nicht zwingend den Schutz der Verbraucher.

Darüber hinaus ist durch die weitere Schaffung alternativer Streitbeilegungsmöglichkeiten die Gefahr einer Entwertung der materiellen Rechtspositionen verbunden. Zudem bleiben viele Rechtsfragen ungeklärt, wie beispielsweise die der Rechtsgrundlagen für die Haftung des Streitmittlers oder die der Verwertung der Verfahrensergebnisse in späteren gerichtlichen Prozessen.

## **ЗАЩИТА ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ ЧЕРЕЗ ПРОЦЕСС: К ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ДИРЕКТИВЫ ОБ АЛЬТЕРНАТИВНОМ РАЗРЕШЕНИИ ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ СПОРОВ**

*Профессор д-р юр. наук Вольфганг Люке, LL.M. (Чикаго)  
Дрезденский технический университет  
судья Верховного Земельного Суда в Дрездене в отставке*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

#### **I. Введение**

Для проведения искового производства по гражданским делам истец в Германии может обратиться в суды общей юрисдикции. В сущности, данный процесс урегулирован в Гражданском процессуальном уложении Германии. Наряду с данной системой государственной юрисдикции по гражданским делам в ходе имплементации Директивы об альтернативном разрешении потребительских споров вступила в силу европейская система внесудебного разрешения споров для потребителей. В связи с этим в Германии обсуждался законопроект об альтернативном разрешении споров по делам потребителей (закон о разрешении споров потребителей).

#### **II. Директива об альтернативном разрешении споров как основа для закона о разрешении споров потребителей**

##### **1. К содержанию Директивы об альтернативном разрешении споров**

Директива об альтернативном разрешении споров регулирует в основном споры между потребителем и предпринимателем в рамках ЕС. В предметном отношении данная Директива ограничена внесудебным разрешением потребительских споров, вытекающих из договорных обязательств по договору купли-продажи и договору об оказании услуг. Для этого государства-члены должны создать достаточно служб и соответствующий определенным требованиям процесс.

---

<sup>1</sup> Перевод Галины Лоховой.

Таким образом, должна быть создана быстрая и недорогая возможность по разрешению споров, как на национальном уровне, так и в случае транснациональных споров в рамках ЕС.

## **2. Срок для имплементации, проект, законодательный процесс**

Директива об альтернативном разрешении потребительских споров не была имплементирована в Германии в надлежащий срок. Законопроект о разрешении споров потребителей стал, в сущности, без изменений действующим правом.

## **III. Разрешение потребительских споров согласно планируемому закону о разрешении споров потребителей**

### **1. Сфера применения**

Правила Закона о разрешении споров потребителей распространяется на все потребительские договоры. Создаваемые согласительные органы по спорам потребителей работают наряду с уже существующими согласительными органами.

### **2. Согласительные органы по спорам потребителей**

В соответствии с существующим на сегодняшний день законом о разрешении споров потребителей действующие согласительные органы частично признаны в качестве согласительных органов по спорам потребителей. Наряду с этим предоставлена возможность для создания новых частных согласительных органов. В основном ведомственные согласительные органы по спорам потребителей являются второстепенными по отношению к частным образом организованным согласительным органам. Процесс признания и надзора подробно урегулированы во многих нормах.

### **3. Участники процесса**

Закон о разрешении споров потребителей использует понятия «потребитель» и «предприниматель» согласно уже действующим нормам §§ 13, 14 ГГУ (Германское гражданское уложение). Спор должен вытекать из потребительского договора и касаться действительности такого договора.

Посредник, регулирующий спор, должен быть материально независим. Он не подчиняется ни чьим распоряжениям и с ним не может быть согласован гонорар успеха. Посредник,

регулирующий спор, должен быть назначен на разумный период времени (в основном не менее трех лет). Кроме того, он должен сообщить причины, исключающие его участие или основывающие его заинтересованность в споре.

Согласительные органы по спорам потребителей могут в производстве по урегулированию спора вместо предложения о проведении примирительного производства использовать другие методы и цели. Однако предложение о проведении примирительного производства должно ориентироваться на действующее право.

#### **4. Процесс**

Потребитель возбуждает процесс путем подачи заявления (принцип диспозитивности). Нахождение дела в судопроизводстве не связано с началом процесса примирения по потребительскому спору. Однако с материально-правовой точки зрения заявление о проведении производства по урегулированию спора ведет к приостановлению течения срока давности. Посредник, регулирующий спор, может на основании законно установленных условий отказаться от проведения производства по урегулированию спора.

#### **5. Производство по урегулированию спора и обязанность по предоставлению отчета**

Закон предусматривает отдельные правила, регулирующие процесс. В основном исходят из письменной формы процесса. Процесс не является публичным. Стороны представляют факты (принцип состязательности). Согласительные органы по спорам потребителей должны издавать соответствующие регламенты, которые регулируют порядок производства в существенных деталях.

Несмотря на заявление о проведении производства по урегулированию спора, у потребителя есть возможность принять предложенное согласительным органом решение или реализовать свое право требования судебным способом. Результат производства должен быть представлен признанному согласительному органу по спорам потребителей, как правило, в течение 90 дней после поступления в полном объеме документов по жалобе.

#### **IV. Оценка закона и процесса**

Область альтернативного производства по урегулированию спора до сих пор недостаточно теоретически

разработана. Отдельные законодательные правила и регламенты согласительных органов урегулированы неявно и не очень связно. Добровольность процесса не обязательно влечет за собой защиту потребителей.

Кроме того, путем дальнейшего создания альтернативных возможностей по урегулированию спора возникает опасность обесценивания материальных правовых позиций. К тому же остаются нерешенными многие правовые вопросы, как например, правовые положения ответственности посредника, регулирующего спор, или же использование результатов альтернативного производства в последующем судебном процессе.

## **DIE VORMERKUNG ALS SICHERUNGSMITTEL BEIM GRUNDSTÜCKSERWERB**

*Prof. Dr. iur. Dorothea Assmann  
Universität Potsdam*

### **Gliederung**

- I.** Einführung
- II.** Die einzelnen Schritte vom Grundstückskauf bis zum Rechtserwerb
  - 1.** Der Grundstückskauf (§§ 433, 311b Abs. 1 BGB)
  - 2.** Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (§§ 873, 925 BGB)
    - a)** Auflassung (§ 925 BGB)
    - b)** Eintragung in das Grundbuch
- III.** Die Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs
  - 1.** Entstehungsvoraussetzungen der Vormerkung (§§ 883, 885 BGB)
    - a)** Vormerkbarer Anspruch
    - b)** Bewilligung der Vormerkung bzw. einstweilige Verfügung
    - c)** Eintragung der Vormerkung im Grundbuch
  - 2.** Gesetzliche Wirkungen der Vormerkung
    - a)** Verfügungsschutz (§ 883 Abs. 2 BGB)
    - b)** Rangwirkung (§ 883 Abs. 3 BGB)
    - c)** Die Wirkung der Vormerkung in der Zwangsversteigerung (§ 48 ZVG)
    - d)** Die Wirkung der Vormerkung bei Insolvenz des Vormerkungsschuldners (§ 106 InsO)
    - e)** Wirkung gegenüber Erben (§ 884 BGB)
  - 3.** Rechtsnatur der Vormerkung
- IV.** Fazit

## **I. Einführung**

Zum Erwerb eines Grundstücks ist wegen des Trennungsprinzips im deutschen Recht ein dingliches Verfügungsgeschäft erforderlich. Das Trennungsprinzip besagt, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft voneinander zu trennen sind. Durch den Grundstückskaufvertrag (Verpflichtungsgeschäft) wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Grundstück zu übergeben und das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 BGB). Die Verpflichtung erfüllt der Verkäufer durch Übergabe und Übereignung des Grundstücks (Verfügungsgeschäft) gem. §§ 873, 925 BGB. Mit Abschluss des Kaufvertrags erhält der Gläubiger noch keinerlei Rechte an dem Grundstück, sondern lediglich einen Anspruch auf die Übertragung des Grundstücks. Bis zum endgültigen Rechtserwerb kann deshalb viel Zeit vergehen. Das hängt auch damit zusammen, dass sich der Rechtserwerb im Immobiliarsachenrecht in mehreren Stufen vollzieht. In dieser Zwischenzeit ist der Rechtserwerb erheblichen Gefahren ausgesetzt. Insbesondere besteht die Gefahr, dass der Verkäufer seine Verfügungsbefugnis verliert und dem Käufer das Eigentum nicht mehr verschaffen kann. Deshalb hat der Gesetzgeber zum Schutz des Gläubigers das Sicherungsmittel der Vormerkung, das in den §§ 883 ff. BGB geregelt ist, geschaffen.

Die Vormerkung sichert nicht nur den Anspruch auf Erwerb eines Grundstücks, sondern alle schuldrechtlichen Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung. Der Beitrag beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Verschaffung von Grundstückseigentum.

Das russische Recht kennt das Trennungsprinzip nicht. Vielmehr genügen für die Übertragung des Eigentums an einer Immobilie der Immobilienkaufvertrag sowie die Registrierung des Eigentumsübergangs. Der Eigentumserwerb bei Grundstücken vollzieht sich mit der Registrierung, auf die Übergabe des Grundstücks kommt es hierfür nicht an. Diese ist nur für die vollständige Erfüllung des Kaufvertrags von Bedeutung. Der Unterschied zum deutschen Recht liegt lediglich darin, dass in Deutschland die Registrierung (Eintragung im Grundbuch) Teil des dinglichen Rechtsgeschäfts ist. Sowohl im deutschen als auch im russischen Recht besteht ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB, Art. 549 Abs. 1 ZGB RF), der Grundlage für das Sicherungsmittel der Vormerkung sein kann. Anders als im deutschen Recht gelten jedoch für die Registrierung in Russland (Art. 13 des Gesetzes über die staatliche

Registrierung der Immobilienrechte und Immobiliengeschäfte) bestimmte Fristen (1 bis 15 Werktage ab Annahme der erforderlichen Dokumente). Deshalb mag die Gefahr einer zwischenzeitlich anderweitigen Verfügung etwas geringer sein als in Deutschland, wo die Eintragung in das Grundbuch mehrere Monate dauert. Andererseits kann auch in Russland zwischen dem Abschluss des Immobilienkaufvertrags und der Registrierung bei der Registrierungsbehörde einige Zeit vergehen. Sicherungsbedürftige Gefahrenlagen können z.B. beim Verkauf von neu gebauten Wohnungen vor der Teilung oder auch beim Kauf von noch zu errichtenden Immobilien<sup>1</sup> entstehen. Aus diesem Grund ist der Käufer in Russland in gleichem Maße schutzbedürftig, da die Schutzwirkung der Vormerkung vor allem vor der Stellung des Eintragungsantrags (Registrierung) Bedeutung erlangt. Da es in Russland ein dem Grundbuch vergleichbares Register gibt, wäre auch die Eintragung einer Vormerkung möglich. Aus diesem Grund möchte ich Ihnen das Sicherungsmittel der Vormerkung vorstellen.

Vom Kaufabschluss bis zum endgültigen Grundstückserwerb ist es ein langer Weg, der sich in mehreren Schritten vollzieht. Dieser soll zunächst im Einzelnen aufgezeigt und auf die damit verbundenen Gefahren für den Erwerber hingewiesen werden. Anschließend wird die Vormerkung erörtert, insbesondere ihre Entstehungsvoraussetzungen, ihre Sicherungswirkungen sowie ihre Rechtsnatur.

## **II. Die einzelnen Schritte vom Grundstückskauf bis zum Rechtserwerb**

Rechtsgrund für den dinglichen Rechtserwerb ist das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft. In den meisten Fällen handelt es sich um einen Grundstückskaufvertrag. Es kommt aber auch ein Schenkungsvertrag in Betracht.

### **1. Der Grundstückskauf (§§ 433, 311b Abs. 1 BGB)**

In dem Grundstückskaufvertrag, der gem. § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen. Durch den wirksamen Kaufvertrag erlangt der Käufer lediglich einen

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Bevzenko, Roman*, Квалификация и Последствия Сделок С Будущей Недвижимой Вещью (Typization and Consequences of Real Property Investment Transactions) (May 10, 2013), The Supreme Commercial Court of Russia Review. 2012. N 3, S. 84 ff. Verfügbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2263174>.

Anspruch auf Erfüllung dieser Verpflichtung. Das kann den Verkäufer nicht davon abhalten, das Grundstück nochmals an einen Dritten zu verkaufen. Der erste Käufer hat keine Vorrangstellung vor dem späteren Käufer. Es entscheidet allein die Erfüllung darüber, wem die Leistung letztendlich gebührt. Es gilt das Präventionsprinzip. Dieses besagt, dass derjenige Gläubiger, der zuerst die Leistung vom Schuldner erlangt bzw. erzwingt und dabei dem anderen zuvorkommt, die Leistung behalten darf.<sup>2</sup> Der andere Gläubiger ist lediglich auf Schadensersatzansprüche zu verweisen. Eine dingliche Rechtsänderung zu seinen Gunsten kann er nicht mehr erreichen.

## **2. Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (§§ 873, 925 BGB)**

Der Grundstückskaufvertrag wird seitens des Verkäufers durch die Übertragung des Eigentums am Grundstück erfüllt.

Das Grundstückseigentum erfasst im deutschen Recht auch die Gebäude, die auf dem Grundstück stehen. Diese sind gem. § 94 BGB wesentliche Bestandteile des Grundstücks, wenn sie mit dem Grund und Boden fest verbunden sind. Dazu gehören auch die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen, weil diese gem. § 94 Abs. 2 BGB wiederum wesentliche Bestandteile des Gebäudes sind. Wird also das Grundstück übertragen, bezieht sich der Eigentumserwerb auch auf die darauf befindlichen Gebäude.

Die Übertragung des Eigentums am Grundstück setzt die dingliche Einigung des Berechtigten und des Erwerbers über die Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch voraus (§§ 873 Abs. 1, 925 BGB). An dieser Stelle ist auf das im deutschen Recht geltende Abstraktionsprinzip hinzuweisen. Dieses besagt, dass das dingliche Verfügungsgeschäft von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts (Kaufvertrag) völlig unabhängig ist. Das bedeutet, wenn der Grundstückskaufvertrag unwirksam ist, bleibt die Eigentumsübertragung dennoch wirksam. Der Erwerber wird Eigentümer des Grundstücks.

### **a) Auflassung (§ 925 BGB)**

Die dingliche Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber von Grundstückseigentum (Auflassung) bedarf einer besonderen Form. Sie muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle (Notar) erklärt werden (§ 925 Abs.

---

<sup>2</sup> *De Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, S. 74.

1 BGB). Die Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam (§ 925 Abs. 2 BGB). Der Erwerbsakt besteht demnach aus zwei Teilen, der Auflassung und der Eintragung im Grundbuch. Mit Beginn des ersten Erwerbsakts (Auflassung) setzt eine gewisse Sicherung für den Erwerber ein. Wurde die Einigung notariell beurkundet, was regelmäßig der Fall ist, weil sie vor dem Notar abgegeben werden muss, ist sie bindend und kann nicht mehr einseitig widerrufen werden (§ 873 Abs. 2 BGB). Dasselbe gilt, wenn die Einigung vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht ist oder der Berechtigte dem Erwerber eine Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat (§ 873 Abs. 2 BGB). Verfügungen über das Grundstück können dadurch aber nicht verhindert werden. Auch in diesem Fall kann der Veräußerer das Grundstück noch auf einen Dritten übertragen. Wird dieser vor dem Ersterwerber im Grundbuch eingetragen, erwirbt er das Eigentum.

### **b) Eintragung in das Grundbuch**

Der Rechtserwerb ist erst mit der Eintragung im Grundbuch vollendet. Bis die Eintragung erfolgt, kann einige Zeit vergehen. Vor den Gefahren, die aufgrund der Dauer des Eintragungsverfahrens entstehen, wird der Erwerber durch die §§ 878, 892 Abs. 2 BGB, § 17 GBO geschützt.<sup>3</sup> Von Bedeutung für diesen Schutz sind das Vorliegen sämtlicher Erwerbsvoraussetzungen außer der Eintragung sowie die Stellung des Eintragungsantrags.<sup>4</sup> Der Eintragungsantrag kann entweder vom Veräußerer oder von dem Erwerber gestellt werden (Antragsgrundsatz gem. § 13 Abs. 1 GBO). Ist der Eintragungsantrag vom Veräußerer gestellt worden, läuft der Erwerber jedoch Gefahr, dass er den gesetzlichen Schutz ab Stellung des Eintragungsantrags verliert, wenn der Veräußerer diesen wieder zurücknimmt.<sup>5</sup> Deshalb empfiehlt es sich, dass der Erwerber den Eintragungsantrag selbst stellt. Allerdings benötigt er zur Eintragung noch eine formelle Eintragungsbewilligung des Veräußerers (Bewilligungsgrundsatz gem. § 19 GBO). Zudem muss der Veräußerer im Grundbuch als Berechtigter eingetragen sein

---

<sup>3</sup> Vgl. BeckOK BGB/*Eckert*, 37. Ed. 2015, § 878 Rn. 1; MüKoBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 878 Rn. 1, 4.

<sup>4</sup> BeckOK BGB/*Eckert*, 37. Ed. 2015, § 878 Rn. 16; MüKoBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 878 Rn. 7.

<sup>5</sup> Vgl. KEHE/*Volmer*, 7. Aufl. 2015, § 13 GBO Rn 48; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 16 Rn. 13; *Schöner/Stöber/Riedell/Volmer/Wilsch*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 93.

(Voreintragungsgrundsatz gem. § 39 GBO).<sup>6</sup> Dem Grundbuchamt obliegt grundsätzlich keine Prüfung des der Eintragung zugrundeliegenden dinglichen Rechtsgeschäfts (formelles Konsensprinzip).<sup>7</sup> Ausnahmsweise ist jedoch bei der Grundstücksübertragung der Nachweis der materiellrechtlichen dinglichen Einigung (Auflassung) durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 29 GBO) erforderlich (§ 20 GBO).<sup>8</sup> Ab dem Zeitpunkt der Antragstellung aufgrund einer bindenden Einigung kann dem Erwerber grundsätzlich nichts mehr passieren, es sei denn, dass das Grundbuchamt einen Fehler macht. Sollte der Veräußerer nach diesem Zeitpunkt in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt werden, etwa durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, schadet dies nicht.<sup>9</sup> Der Erwerber kann dennoch das Eigentum durch Eintragung in das Grundbuch erlangen, obwohl zu diesem Zeitpunkt nicht mehr alle Voraussetzungen für den Rechtserwerb vorliegen. Gem. § 878 BGB wird die dingliche Einigung trotz des Verlusts der Verfügungsbefugnis nicht unwirksam.

Einen weiteren Schutz gewährt § 892 Abs. 2 BGB dem gutgläubigen Erwerber. Das Grundbuch genießt öffentlichen Glauben. Ist für jemanden ein Recht im Grundbuch eingetragen, wird gem. § 891 Abs. 1 BGB vermutet, dass ihm das Recht zusteht. Ist das Grundbuch unrichtig, weil ein anderer als der wahre Eigentümer als solcher eingetragen ist, kann das Grundstück gutgläubig erworben werden, wenn kein Widerspruch im Grundbuch eingetragen und der Erwerber bei Vollendung des Rechtserwerbs keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hat (§ 892 Abs. 1 BGB). Ist zum Rechtserwerb aber nur noch die Eintragung erforderlich, schadet es dem Erwerber gem. § 892 Abs. 2 BGB nicht, wenn er nach Stellung des Eintragungsantrags die Kenntnis erlangt.<sup>10</sup> Der Sinn und Zweck, der hinter diesen Regelungen steckt, liegt darin, dass es nicht zu Lasten des Erwerbers gehen darf, wenn das Grundbuchamt für die

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 16 Rn. 39.

<sup>7</sup> Vgl. Meikel/Böttcher, 11. Aufl. 2015, GBO § 19 Rn. 4 f.; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 16 Rn. 20; *Schöner/Stöber/Riedell/Volmer/Wilsch*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 15.

<sup>8</sup> *KEHE/Munzig*, 7. Aufl. 2015, GBO § 20 Rn. 5; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 16 Rn. 36; *Schöner/Stöber/Riedell/Volmer/Wilsch*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 108.

<sup>9</sup> Vgl. *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 19 Rn. 35.

<sup>10</sup> *MüKoBGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 892 Rn. 53.

Eintragung längere Zeit benötigt und die Parteien das ihrerseits Erforderliche für den Rechtserwerb getan haben.<sup>11</sup>

Verfügt der Veräußerer nach der Antragstellung noch einmal über das Grundstück, ist der Erwerber gem. § 17 GBO geschützt. Danach müssen die Eintragungsanträge, die dasselbe Recht betreffen, in der Reihenfolge ihres Eingangs bearbeitet werden. Verstößt das Grundbuchamt jedoch gegen diese Vorschrift und trägt den späteren Erwerber als Eigentümer ein, dann wird dieser Eigentümer.<sup>12</sup>

Bis zur Stellung des Eintragungsantrags ist der Käufer gegen entgegenstehende Verfügungen des Verkäufers ungeschützt, da dieser erst im Zeitpunkt des endgültigen Rechtserwerbs durch den Käufer seine Verfügungsbefugnis über das Grundstück verliert und dementsprechend bis zu diesem Zeitpunkt noch über das Grundstück verfügen kann.

### **III. Die Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung**

Sinn und Zweck der Vormerkung liegen nun darin, den Vormerkungsberechtigten vor den Gefahren zwischen dem schuldrechtlichen Vertragsschluss und dem endgültigen Rechtserwerb des Grundstücks zu schützen, die die Erfüllbarkeit des zu sichernden schuldrechtlichen Anspruchs beeinträchtigen oder vereiteln. Der Vormerkungsschutz geht sogar noch weiter, weil bereits künftige und bedingte Ansprüche geschützt werden können (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Gefahren sind nicht nur durch das im Grundstücksrecht erforderliche Eintragungsverfahren bedingt, sondern werden hauptsächlich durch die strenge Trennung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft hervorgerufen. Die Vormerkung schützt den Käufer also hauptsächlich vor den Gefahren im Zeitraum vor der Stellung des Eintragungsantrags.<sup>13</sup> Das Grundbuch bietet durch die Möglichkeit der Eintragung ein geeignetes Instrument, den schuldrechtlichen Anspruch zu sichern. Mit der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch wird Dritten kundbar gemacht, dass eine Rechtsänderung bevorsteht. Der Erwerber eines vormerkungswidrigen Rechts muss damit rechnen,

---

<sup>11</sup> BeckOK BGB/*Eckert*, 37. Ed. 2015, § 892 Rn 14.

<sup>12</sup> BeckOK GBO/*Zeiser*, 25. Ed. 2015, § 17 Rn. 36; KEHE/*Volmer*, 7. Aufl. 2015, GBO § 17 Rn. 36; Meikel/*Böttcher*, 11. Aufl. 2015, GBO § 17 Rn. 24.

<sup>13</sup> *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 1; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, Rn. 177.

dass er sein Recht bei Geltendmachung des gesicherten Anspruchs durch den Vormerkungsberechtigten wieder verliert.<sup>14</sup> Da der Käufer durch die Eintragung der Vormerkung vor nachteiligen Veränderungen geschützt ist, wird in der Praxis die Fälligkeit des Kaufpreises von der Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Käufers abhängig gemacht.<sup>15</sup>

Im Mobiliarsachenrecht gibt es keinen vergleichbaren Schutz.<sup>16</sup> Allerdings besteht hier die Möglichkeit der bedingten Übereignung mit dem Schutz vor Zwischenverfügungen gem. § 161 BGB bis zum Eintritt der Bedingung. Dagegen ist bei der Übertragung von Grundstücken eine bedingte Auflassung gem. § 925 Abs. 2 BGB unwirksam. Die Vormerkung stellt aber nicht nur einen Ersatz für die unzulässige bedingte Auflassung oder ein Schutzinstrument wegen der längeren Dauer des Eintragungsverfahrens dar. Die Sicherungsfunktion der Vormerkung beginnt schon früher als der Schutz des § 161 BGB. Letzterer setzt eine bedingte Einigung über den Eigentumsübergang voraus, während die Vormerkung ihre Wirkungen bereits vorher entfaltet und lediglich einen künftigen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung voraussetzt.<sup>17</sup>

## **1. Entstehungsvoraussetzungen der Vormerkung**

Die Entstehungsvoraussetzungen für eine Vormerkung ergeben sich aus §§ 883, 885 BGB. Bereits aus § 883 BGB geht hervor, dass die Vormerkung zur Entstehung neben einem zu sichernden Anspruch der Eintragung bedarf. § 885 bestimmt ergänzend, aufgrund welcher Tatbestände eine Eintragung bewirkt werden kann. Dies kann auf freiwilliger Basis durch die einseitige Bewilligung des Betroffenen erfolgen oder durch eine einstweilige Verfügung gem. § 935 ZPO erzwungen werden.

### **a) Vormerkbarer Anspruch**

Mit einer Vormerkung können nur Ansprüche gegen den Rechtsinhaber auf eine dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück gesichert werden. § 883 BGB nennt Ansprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des

---

<sup>14</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 3.

<sup>15</sup> Vgl. *BGH NJW* 2007, 508 f.

<sup>16</sup> *Prinz*, Der gutgläubige Vormerkungserwerb und seine rechtlichen Wirkungen 1989, S. 164 ff.

<sup>17</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 7 f.

Inhalts oder des Rangs eines solchen Rechts. Wegen des hohen Sicherungsbedürfnisses bei Grundstückskaufverträgen ist die Eigentumsvormerkung<sup>18</sup> in der Praxis die bedeutendste Vormerkung. Der Rechtsgrund für den zu sichernden Anspruch ist ohne Bedeutung.<sup>19</sup> So kann der Anspruch auf Einräumung eines Rechts auf Gesetz, Vertrag oder einem einseitigen Rechtsgeschäft beruhen.

Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB). Eine solche Sicherung kann jedoch nicht unbegrenzt für jeden in der Zukunft denkbaren Anspruch gewährt werden. Dies würde zur Überlastung der Grundbücher sowie zu einer Einschränkung der Verkehrsfähigkeit des Rechts führen.<sup>20</sup> Vielmehr ist ein künftiger Anspruch erst dann als vormerkungsfähig anzusehen, wenn der Schuldner bereits eine gewisse Bindung eingegangen ist und sich nicht mehr einseitig von dieser lösen kann.<sup>21</sup> Eine derartige ausreichende Bindung kann zum Beispiel bei schwebend unwirksamen Verträgen angenommen werden, bei denen die endgültige Wirksamkeit des Vertrags noch von einem Erfordernis abhängt, wie z.B. einer Zustimmung oder einer behördlichen Genehmigung.<sup>22</sup>

### **b) Bewilligung der Vormerkung bzw. einstweilige Verfügung**

Die Bewilligung der Vormerkung durch denjenigen, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird (§ 885 Abs. 1 BGB), ist eine der beiden Möglichkeiten, die Eintragung einer Vormerkung zu erreichen. Die Bewilligung der Vormerkung erfolgt meist zusammen mit der dinglichen Einigung (Auflassung). Der Gläubiger eines vormerkungsfähigen Anspruchs hat jedoch nicht

---

<sup>18</sup> Meist Auflassungsvormerkung genannt. Da jedoch nicht der Anspruch, sondern die künftige Rechtsänderung vorgemerkt wird, ist die Bezeichnung Eigentumsvormerkung vorzuziehen, vgl. *Weirich* NJW 1989, 1979 (1980).

<sup>19</sup> *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 8.

<sup>20</sup> *BGH* NJW 2002, 2461 (2462); *BGHZ* 184, 182 (185) = *NJW* 1997, 861 (862 f.).

<sup>21</sup> *BGH* NJW 2002, 2461 (2462); *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 52 mwN.

<sup>22</sup> *OLG München* MittBayNot 2012, 292 (293); *KG* FGPrax 2011, 79 (81); *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rn. 197.

automatisch einen Anspruch auf Bewilligung einer Vormerkung.<sup>23</sup> Hierfür bedarf es einer gesonderten Nebenabrede.<sup>24</sup> Betroffener ist der gegenwärtige Rechtsinhaber.<sup>25</sup>

Die Vormerkung kann auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung im Grundbuch eingetragen werden. Die einstweilige Verfügung ersetzt die Bewilligung<sup>26</sup> jedoch nur, wenn sie sich gegen den von der Eintragung betroffenen Rechtsinhaber richtet.<sup>27</sup> Das Verfahren bestimmt sich nach § 936 iVm § 916 ff. ZPO, soweit nicht §§ 937 ff. ZPO abweichende Vorschriften enthalten. Voraussetzung für eine einstweilige Verfügung ist ein Verfügungsanspruch. Dabei handelt es sich um den Anspruch auf die dingliche Rechtsänderung, der glaubhaft gemacht werden muss (§ 936 iVm § 920 Abs. 2 ZPO). Ein Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung des zu sichernden Anspruchs, muss der Antragsteller entgegen §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO nicht glaubhaft machen (§ 885 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>28</sup>

### c) Eintragung der Vormerkung im Grundbuch

Hat der Rechtsinhaber eine Vormerkung bewilligt bzw. ist eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung erlassen worden, ist die Grundlage für die Eintragung gelegt. Die Eintragung einer Vormerkung unterliegt den Vorschriften der Grundbuchordnung. Die allgemeinen Voraussetzungen, wie Eintragungsantrag (§ 13 GBO), die formelle Eintragungsbewilligung des betroffenen Rechtsinhabers (§ 19 GBO) und die Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO) müssen auch bei der Eintragung der Vormerkung vorliegen. Bei einer einstweiligen Verfügung tritt an die Stelle der Eintragungsbewilligung die Vorlage der einstweiligen Verfügung, die

<sup>23</sup> BGHZ 148, 187 (191) = NJW 2001, 2883 (2884); Palandt/*Bassenge*, 75. Aufl. 2016, § 885 Rn. 8; Staudinger/*Gursky*, 2013, § 883 Rn. 26; *Schapp/Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 351; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 14; aA *OLG Hamm* BeckRS 1983, 31381329; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, Rn. 194; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 22 III 1a;

<sup>24</sup> Palandt/*Bassenge*, 75. Aufl. 2016, 885 Rn. 8; Staudinger/*Gursky*, 2013, § 883 Rn. 26; *Schapp/Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 351; *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 329 f. mwN.

<sup>25</sup> MüKoBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 885 Rn. 18; Staudinger/*Gursky*, 2013, § 885 Rn. 15.

<sup>26</sup> Soergel/*Stürner*, 13. Aufl. 2002, § 885 Rn. 2; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 15; aA *Deppert*, Der gutgläubige Erwerb der Vormerkung, 1970, S. 83 f.

<sup>27</sup> *KG FGPrax* 2011, 109 (110); *BayObLG* NJW 1986, 2578.

<sup>28</sup> *OLG Celle* BeckRS 2001, 30208324.

Eintragung kann auch aufgrund des Ersuchens des Gerichts erfolgen (§ 941 ZPO). In der Eintragung müssen der Sicherungsvermerk, also die Vormerkung, der Anspruch nach Art, Umfang und Gegenstand der Rechtsänderung, der Anspruchsschuldner<sup>29</sup> und der Anspruchsgläubiger bezeichnet werden.<sup>30</sup>

## **2. Gesetzliche Wirkungen der Vormerkung**

Die Sicherungsfunktion der Vormerkung besteht hauptsächlich in dem Schutz des Gläubigers eines schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung vor beeinträchtigenden bzw. vereitelnden Verfügungen (Verfügungsschutz gem. § 883 Abs. 2 BGB), in der Rangwirkung der Vormerkung (§ 883 Abs. 3 BGB) und der Vollwirkung gem. § 106 InsO sowie § 48 ZVG.

### **a) Verfügungsschutz gem. § 883 Abs. 2 BGB**

Gem. § 883 Abs. 2 BGB sind Verfügungen nach Eintragung einer Vormerkung insoweit unwirksam, als sie den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden. Es handelt sich um eine relative Unwirksamkeit.<sup>31</sup> Das bedeutet, dass die vormerkungswidrige Verfügung nur gegenüber demjenigen unwirksam ist, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht (vgl. § 888 Abs. 1 BGB). Die Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen ist dementsprechend in persönlicher Hinsicht beschränkt auf den Vormerkungsberechtigten. Der Vormerkungsschutz bezieht sich nur auf vormerkungswidrige Verfügungen, nicht jedoch auf schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung sowie auf Verfügungen durch den Insolvenzverwalter (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB).

Als Verfügungen sind Rechtsgeschäfte anzusehen, die unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirken, in dem sie dieses

---

<sup>29</sup> Vgl. *KG NJW* 1972, 639 (640); *Demharter*, 29. Aufl. 2014, GBO § 44 Rn. 21.

<sup>30</sup> *BGH NJW* 2008, 578 (579 Rn. 12 f.); *KG NJW* 1972, 639 (640); *MüKoBGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 885 Rn. 25; *NK-BGB/Krause*, 4. Aufl. 2016, § 885 Rn. 37; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 885 Rn. 71; vgl. *Heggen RNotZ* 2008, 213 (215).

<sup>31</sup> *MüKoBGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 883 Rn 50; *BeckOK BGB/Eckert*, 37. Ed. 2015, § 883 Rn 58; vgl. dazu auch *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 34 ff.

belasten, in seinem Inhalt verändern, übertragen oder aufheben.<sup>32</sup> Während Belastungen sowie Übertragungen von Grundstücksrechten als vormerkungswidrige Verfügungen ohne weiteres in Betracht kommen, ist dies für die Aufhebung sowie Rang- und Inhaltsänderungen eines Rechts umstritten.<sup>33</sup> Bei letzteren hält die h.M. eine Zustimmung des Dritten, zugunsten dessen eine Belastung des Rechts besteht, analog § 876 BGB für erforderlich, so dass die Aufhebung bei fehlender Zustimmung bereits aus diesem Grund unwirksam ist.<sup>34</sup>

Sachlich ist die Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen dahingehend eingeschränkt, dass sie nur eintritt, soweit die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs vereitelt oder beeinträchtigt wird.<sup>35</sup> Für die Frage der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Anspruchsverwirklichung sind der Inhalt des Anspruchs sowie die Art und der Umfang der Verfügung von Bedeutung.<sup>36</sup> Eine Verfügung ist insoweit als anspruchsvereitelnd anzusehen, als der Vormerkungsschuldner dadurch seine Verfügungsmacht verliert und ihm die Erfüllung des gesicherten Anspruchs unmöglich wird. Handelt es sich bei dem gesicherten Anspruch um einen Eigentumsverschaffungsanspruch, würde die Übertragung des betroffenen Grundstücks an einen Dritten den Anspruch des Vormerkungsberechtigten vereiteln. Durch die Übertragung an den Dritten verliert der Veräußerer sein Eigentum, sodass für ihn die Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wäre. Da die Vormerkung keine Grundbuchsperre bewirkt,<sup>37</sup> ist der

<sup>32</sup> BGHZ 101, 24 (26) = NJW 1987, 3177; 1, 294 (304); *Wolff Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 29 Rn. 31.

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 80 ff.

<sup>34</sup> Erman/*Artz*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 883 Rn. 34; MüKoBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 883 Rn. 51; Palandt/*Bassenge*, 75. Aufl. 2016, § 883 Rn. 22; aA *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 81 ff.; *U. Weber*, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, 1962, S. 132 f.

<sup>35</sup> Vgl. *Baur/Stürner* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 38.

<sup>36</sup> BGHZ 58, 395 (396) = NJW 1972, 1279; *BayObLG* DNotZ 1976, 160 (162); Palandt/*Bassenge*, 75. Aufl. 2016, § 883 Rn. 20; Staudinger/*Gursky*, 2013, § 883 Rn. 223.

<sup>37</sup> RGZ 132, 419 (424); *BayObLG* NJW-RR 2003, 293 (296); *OLG Hamm* NJW-RR 1993, 529 (530); Erman/*Artz*, 14. Aufl. 2014, § 883 Rn. 34; Staudinger/*Gursky*, 2013, § 883 Rn. 203; Soergel/*Stürner*, 13. Aufl. 2002, § 883 Rn. 2; *Feldmann*, Die Vormerkung, 1912, S. 14; *Sekler*, Die Lehre von der Vormerkung, 1904, S. 166.

Vormerkungsschuldner<sup>38</sup> weiterhin verfügungsbefugt.<sup>39</sup> Das Grundbuchamt muss die Eintragung einer vormerkungswidrigen Verfügung vornehmen.<sup>40</sup> Ein ungesicherter Gläubiger könnte die Eigentumsübertragung nicht mehr erreichen und wäre auf Schadensersatzansprüche angewiesen (vgl. § 283 BGB). An dieser Stelle setzt nun die Sicherungswirkung der Vormerkung ein. Aufgrund der relativen Unwirksamkeit wird die anspruchswidrige Verfügung negiert, sodass sich weder der Vormerkungsschuldner noch der Erwerber auf die Verfügung berufen können. Der Vormerkungsschuldner ist deshalb weiterhin zur Erfüllung verpflichtet und auch imstande.<sup>41</sup> Er kann die dingliche Einigung (Auflassung) gegenüber dem Vormerkungsberechtigten wirksam erklären. Relative Unwirksamkeit bedeutet deshalb eine bis zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs zugunsten des Vormerkungsberechtigten fingierte Unwirksamkeit, die mit der Verwirklichung des Anspruchs in eine absolute Unwirksamkeit umschlägt.<sup>42</sup>

Zur Vollendung des Rechtserwerbs bedarf es jedoch noch der Eintragung in das Grundbuch. Da der Vormerkungsschuldner nicht mehr im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, kann er die für die Eintragung erforderliche formelle Eintragungsbewilligung gem. §§ 19, 39 GBO nicht mehr abgeben. Deshalb gibt § 888 BGB dem Vormerkungsberechtigten gegen den vormerkungswidrigen Erwerber, der im Grundbuch als Eigentümer ausgewiesen ist, einen Anspruch auf Zustimmung zu seiner Eintragung. Der Vormerkungsberechtigte muss für den Eigentumserwerb also zweigleisig verfahren. Er muss seinen Anspruch aus dem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gegen den Vormerkungsschuldner auf Auflassung (dingliche Einigung gem. § 925 Abs. 1 BGB) geltend machen und von dem vormerkungswidrigen Erwerber die formelle Zustimmung (Eintragungsbewilligung) zur Eintragung gem. § 888 BGB verlangen. Erst nach der Erfüllung beider Ansprüche kann er seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erreichen.

Kann der Anspruch trotz der vormerkungswidrigen Verfügung erfüllt werden, verändert sich dadurch aber der Inhalt, der Umfang oder der Rang des Rechts, auf das er sich bezieht, liegt eine Beeinträchtigung vor. So handelt es sich bei einer

---

<sup>38</sup> Vgl. *BGH VIZ* 2001, 103 (104).

<sup>39</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 116.

<sup>40</sup> *BGH VIZ* 2001, 103 (104); *RGZ* 132, 419 (424); *LG Flensburg MittBayNot* 1999, 382 (383).

<sup>41</sup> *OLG Hamm NJW-RR* 2006, 1392 (1393).

<sup>42</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 137.

Hypothekenbestellung nach Eintragung einer Eigentumsvormerkung um eine beeinträchtigende Verfügung. Hier ist der Vormerkungsschuldner zwar weiterhin in der Lage, dem Vormerkungsberechtigten das Eigentum am Grundstück zu übertragen. Er schuldet jedoch die Übertragung eines unbelasteten Grundstücks, was ihm ohne die Sicherungsfunktion der Vormerkung nicht mehr möglich wäre. In diesem Fall verlangt die h.M. eine materiellrechtliche Aufgäbeerklärung des Vormerkungsschuldners bezüglich der Belastung.<sup>43</sup> Außerdem hat der Vormerkungsberechtigte gegen den vormerkungswidrigen Erwerber einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Belastung im Grundbuch (§ 888 BGB). Meiner Ansicht nach genügt letzteres, weil mit der Löschung der vormerkungsgesicherte Anspruch verwirklicht und dementsprechend die vormerkungswidrige Verfügung absolut unwirksam wird.<sup>44</sup>

### **b) Rangwirkung gem. § 883 Abs. 3**

Sichert die Vormerkung keinen Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums, sondern auf Einräumung eines Rechts am Grundstück, kommt dem Vormerkungsberechtigten die Rangwirkung gem. § 883 Abs. 3 BGB zugute. Danach bestimmt sich der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung. Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 879 Abs. 1 BGB zu sehen. Danach richtet sich das Rangverhältnis zwischen mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, nach der Reihenfolge der Eintragungen, wenn die Rechte in derselben Abteilung eingetragen sind (§ 879 Abs. 1 S. 1 BGB); in verschiedenen Abteilungen hat das unter Angabe des früheren Tages eingetragene Recht Vorrang (§ 879 Abs. 1 S. 2 BGB). § 883 Abs. 3 BGB verändert diese Regelung dahingehend, dass es für das Rangverhältnis nicht auf die Eintragung des Rechts, sondern auf die Eintragung der Vormerkung ankommt. Dies hat zur Folge, dass alle zwischen der Eintragung der Vormerkung und der Eintragung des endgültigen Rechts eingetragenen Rechte diesem im Rang nachgehen, obwohl sie vorher eingetragen wurden. Die Vormerkung hat insoweit rangwahrende Wirkung. Dadurch wird der Vormerkungsberechtigte automatisch gegen vormerkungswidrig

---

<sup>43</sup> NK-BGB/*Krause*, 4. Aufl. 2016, § 888 Rn. 14; MüKoBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 888 Rn. 14; Staudinger/*Gursky*, 2013, § 888 Rn. 24, 26; aA *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 135 f.; *Schapp/Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 355.

<sup>44</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 135 f.

Verfügungen gesichert. Der Vormerkungsberechtigte muss also nicht gem. § 888 BGB vom vormerkungswidrigen Erwerber die grundbuchrechtliche Bewilligung zur Rangänderung verlangen. Er erhält die Rangstelle bereits kraft Gesetzes gem. § 883 Abs. 3 BGB.<sup>45</sup>

§ 883 Abs. 3 BGB setzt die Rangfähigkeit des künftigen Rechts voraus.<sup>46</sup> Aus diesem Grund findet die Vorschrift nur Anwendung auf alle Vormerkungen bzgl. dinglicher Grundstücksbelastungen, die zueinander in einem Rangverhältnis stehen können, nicht jedoch auf die Eigentumsvormerkung selbst.

### **c) Die Wirkung der Vormerkung in der Zwangsversteigerung**

Die Vormerkung erfährt in der Zwangsversteigerung eine besondere Behandlung. Bereits § 883 Abs. 2 S. 2 BGB schützt den Vormerkungsberechtigten für den Fall der Zwangsvollstreckung gegen den Vormerkungsschuldner, indem er die relative Unwirksamkeit auch auf Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung erstreckt. Die einzelnen Akte der Zwangsversteigerung (Beschlagnahme und Zuschlag) wären dementsprechend dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam, wenn sie nach Entstehung der Vormerkung vollzogen werden. Dies hätte jedoch zur Folge, dass der Vormerkungsberechtigte seinen gesicherten Anspruch auch gegen den Ersteher durchsetzen könnte, der das Grundstück im Rahmen der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag erworben hat. Ist der Anspruch auf die Einräumung eines Rechts am Grundstück gerichtet, könnte dieses zum Nachteil des Erstehers nachträglich belastet werden, ohne dass diese Belastung bei dem Entgelt berücksichtigt worden ist. Dies soll § 48 ZVG zum Schutz des Erstehers verhindern. Nach dieser Vorschrift werden Rechte, die durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert sind, wie das eingetragene Recht berücksichtigt. Mit „Recht“ ist weder der vormerkungsgesicherte Anspruch<sup>47</sup> noch die Vormerkung selbst, sondern das künftige Recht<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> *Prinz*, Der gutgläubige Vormerkungserwerb und seine rechtlichen Wirkungen, 1989, S. 105; *Rosien*, Der Schutz des Vormerkungsberechtigten, 1994, S. 53.

<sup>46</sup> *BayObLG* NJW-RR 1991, 567.

<sup>47</sup> So aber *AK-BGB/v. Schweinitz*, 1979, § 883 Rn. 37; *Soergel/Stürner*, 13. Aufl. 2002, § 883 Rn. 40.

<sup>48</sup> *Korintenberg/Wenz*, Handbuch für die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Teil I, 6. Aufl. 1934, § 48 Anm. 5.

gemeint.<sup>49</sup> Dieses wird so behandelt, als ob es bereits eingetragen wäre. Der Rang des künftigen Rechts steht bereits fest und richtet sich gem. § 883 Abs. 3 BGB nach dem Eintragungszeitpunkt der Vormerkung. Geht dieses Recht dem Recht des Gläubigers vor, der die Zwangsversteigerung betreibt, wird es als ein auf dem Grundstück lastendes Recht angesehen und bei der Höhe des Entgelts angerechnet.<sup>50</sup> Wird das künftige Recht nicht berücksichtigt, weil es dem Recht des Gläubigers, der die Zwangsversteigerung betreibt, nachgeht, erlischt dieses (§ 52 Abs. 1 S. 2 ZVG). Der vormerkungsgesicherte Anspruch kann dann nicht mehr durchgesetzt werden. Die Funktion des § 48 ZVG iVm §§ 44, 52 ZVG besteht demnach darin, die Entstehung des künftigen Rechts zu verhindern und die Sicherungswirkung des § 883 Abs. 2 S. 2 BGB außer Kraft zu setzen, wenn ein im Gebot berücksichtigungsfähiges Recht nicht in dieses aufgenommen wird.<sup>51</sup>

Die h.M.<sup>52</sup> wendet § 48 ZVG auch auf die Eigentumsvormerkung an. Sie berücksichtigt eine Eigentumsvormerkung, die dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger vorgeht, wie andere vorgemerkte dingliche Rechte gem. § 48 ZVG im geringsten Gebot. Dies hat zur Folge, dass die Eigentumsvormerkung trotz Zuschlags bestehen bleibt (§ 52 Abs. 1 S. 1 ZVG). Bei Nichtaufnahme in das geringste Gebot würde die Eigentumsvormerkung nach dieser Ansicht allerdings erlöschen.<sup>53</sup> Der Vormerkungsberechtigte kann dann bei Bestehenbleiben der Eigentumsvormerkung von dem Ersteher die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer gem. § 888 BGB verlangen, da der Eigentümerwerb ihm gegenüber gem. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB relativ unwirksam ist.<sup>54</sup> Entsteht das künftige Recht nicht, ist der Ersteher nach der h.M. zur Zuzahlung eines Ersatzbetrags in Höhe des tatsächlichen Grundstückswert abzüglich der bestehenbleibenden

<sup>49</sup> Vgl. dazu ausf. *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 181 ff.

<sup>50</sup> Vgl. *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 184.

<sup>51</sup> Vgl. *BGH NJW* 2014, 2445 (2447 Rn. 20); *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 182 ff. (184).

<sup>52</sup> *BGH NJW* 2014, 2445 (2446 Rn. 8); *BGH NJW* 2012, 2654 (2655 Rn. 7); *Böttcher ZVG*, 5. Aufl. 2010, § 48 Rn. 3; *Staudiner/Gursky*, 2013, § 883 BGB Rn. 298 f.

<sup>53</sup> *Rosien*, Der Schutz des Vormerkungsberechtigten, 1994, S. 57.

<sup>54</sup> *BGH NJW* 2014, 2445 (2446 Rn. 9); *BGHZ* 46, 124 (127) = *NJW* 1967, 566 (567); *BGH NJW* 1996, 3147 (3148); *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 BGB Rn. 299.

Belastungen<sup>55</sup> verpflichtet (§ 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG analog).<sup>56</sup> Unabhängig davon, welche Konstellation eintritt, ist die Ersteigerung eines solchen Grundstücks ein schlechtes Geschäft, sodass sich außer dem Vormerkungsberechtigten<sup>57</sup> kaum ein Bieter finden wird.<sup>58</sup>

Der h.M. ist deshalb nicht zuzustimmen. Nach meiner Ansicht findet § 48 ZVG nur Anwendung, wenn das künftige Recht mit dem Recht des Gläubigers und den anderen zu berücksichtigenden Rechten in einem Rangverhältnis steht.<sup>59</sup> Ein solches besteht aber zwischen dem Eigentum und den anderen dinglichen Belastungen nicht. Die Eigentumsvormerkung unterfällt dementsprechend nicht § 48 ZVG. Sie bleibt bestehen, unabhängig davon, ob das Recht des betreibenden Gläubigers ihr gegenüber wirksam oder unwirksam ist. Die Zwangsversteigerung hat dann keine Auswirkung auf den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch, sodass § 883 Abs. 2 S. 2 BGB ohne Einschränkung greift.<sup>60</sup> Der Vormerkungsberechtigte (Käufer) ist gem. §§ 883 Abs. 2 S. 2, 888 BGB auch gegenüber dem Erwerber in der Zwangsversteigerung geschützt, wenn die Eigentumsvormerkung dem Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers vorgeht.<sup>61</sup> Ist die Eigentumsvormerkung nach dem Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers entstanden, kann sie ihre Wirkungen nicht entfalten, da es an der nachträglichen Vereitelung des Anspruchs iSd § 883 Abs. 2 BGB fehlt.<sup>62</sup>

#### **d) Die Wirkung der Vormerkung bei Insolvenz des Vormerkungsschuldners**

Der Vormerkungsberechtigte (Käufer) ist auch gegen Gefahren geschützt, die eine Insolvenz des Verkäufers für die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs mit sich bringt. Mit der

---

<sup>55</sup> BGH NJW 2012, 2654 (2655 Rn. 8); AK-BGB/v. Schweinitz, 1983, § 883 Rn. 38.

<sup>56</sup> BGHZ 46, 124 (128 f.) = NJW 1967, 566 (567); vgl. DSHR/Hintzen, 14. Aufl. 2013, ZVG § 50 Rn. 22.

<sup>57</sup> Joeris, Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung, 1933, S. 14.

<sup>58</sup> Kretschmar JW 1914, 561 (562); Meiser Gruchot 57 (1913), 767 (790); vgl. auch Reichel JherJb 46 (1904), 59 (124); Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, 1901, S. 199; Joeris, Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung, 1933, S. 12; Wörbelauer DNotZ 1963, 652 (656 f.).

<sup>59</sup> Reinhard Gruchot 62 (1918), 319 (324).

<sup>60</sup> Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 217 ff.

<sup>61</sup> Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 220.

<sup>62</sup> Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 233.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Verkäufer seine Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen (§ 80 InsO). Das Verfügungsrecht geht ab diesem Zeitpunkt auf den Insolvenzverwalter über. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB erweitert den Schutz der Vormerkung auf den Anspruch beeinträchtigende oder vereitelnde Verfügungen durch den Insolvenzverwalter. Der Verlust der Verfügungsbefugnis des Verkäufers hat auch zur Folge, dass er den vormerkungsgesicherten Anspruch nicht mehr erfüllen kann. Aus diesem Grund gibt § 106 InsO dem Vormerkungsberechtigten (Käufer) einen Erfüllungsanspruch gegen den Insolvenzverwalter.<sup>63</sup>

### **e) Wirkung gegenüber Erben gem. § 884 BGB**

In § 884 BGB ist der Vormerkungsschutz für den Fall des Todes des Schuldners geregelt. Nach dem Tod des Schuldners richtet sich der vormerkungsgesicherte Anspruch gegen dessen Erben. Dieser tritt als Gesamtrechtsnachfolger gem. § 1922 BGB in die Rechtspositionen des Erblassers ein und haftet gem. § 1967 BGB grundsätzlich unbeschränkt mit dem Nachlass- und dem Eigenvermögen für die Nachlassverbindlichkeiten. Allerdings beschränkt sich die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten gem. § 1975 BGB auf den Nachlass, wenn eine Nachlassverwaltung angeordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet worden ist. Insoweit steht dem Erben gegenüber den Nachlassgläubigern eine Einrede zu. Auch bei der Dürftigkeit des Nachlasses kann der Erbe die Befriedigung aus dem Nachlass verweigern, soweit dieser nicht ausreicht (§ 1990 BGB). § 884 BGB gewährleistet die Durchsetzbarkeit des vormerkungsgesicherten Anspruchs trotz der Unzulänglichkeiten des Schuldnervermögens und stellt eine Ergänzung zu § 106 InsO dar. Allerdings hat dieser Schutz in der Praxis wenig Bedeutung.

### **3. Rechtsnatur der Vormerkung**

Die Vormerkung wird von der h.M.<sup>64</sup> als ein Sicherungsmittel eigener Art angesehen, das dem Schutz des persönlichen Anspruchs dient und nur in einzelnen Beziehungen dingliche Wirkung entfaltet sowie eine gewisse dingliche Gebundenheit des Rechts zur Folge hat.

---

<sup>63</sup> Zum Schutz des vormerkungsgesicherten Gläubigers durch § 106 InsO vgl. *Piegsa* RNotZ 2010, 433 (441 ff.).

<sup>64</sup> BGHZ 200, 179 (187) = NJW 2014, 2431 (2433); BGHZ 60, 46 (49) = NJW 1973, 323 (324).

Aus diesem Grund wird sie häufig als Mischgebilde zwischen Schuld- und Sachenrecht bezeichnet.<sup>65</sup>

Im Verhältnis zu anderen Sicherungsmitteln, wie z.B. Grundpfandrechten, stellt die Vormerkung ein „Minus“ dar, da der Gläubiger durch die Vormerkung nicht besser gestellt wird bzw. nicht mehr bekommt, als ihm nach dem schuldrechtlichen Vertrag zusteht.<sup>66</sup> Die anderen Sicherungsmittel bieten dagegen immer einen Ersatz, falls der ursprüngliche Anspruch nicht mehr oder nur schwer durchzusetzen ist.

Nach meiner Ansicht<sup>67</sup> ist die Vormerkung ein materielles Sicherungsmittel ohne eigene Rechtsqualität. Sie ist ein eigenständiges, neben dem Anspruch stehendes Rechtsgebilde. Als solches stellt sie einen Grundbuchvermerk dar. Insofern kommt ihr eine Warnfunktion zu, da sie Dritte auf die bevorstehende Rechtsänderung hinweist. Damit verbunden ist die Sicherungsfunktion bzgl. des schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung.

Für den Vormerkungsschuldner bringt die Vormerkung rechtlich gesehen keine Nachteile mit sich. Er behält seine Verfügungsbefugnis und kann weiterhin über das betroffene Recht verfügen. Allerdings kann der Rechtserfolg seiner Verfügungen wieder entfallen, wenn der Vormerkungsberechtigte seinen gesicherten Anspruch geltend macht. Zudem wird er für die Erfüllbarkeit des gesicherten Anspruchs vermögend gestellt.

Für den Vormerkungsberechtigten bringt die Vormerkung den Vorteil, dass sein Anspruch erfüllbar bleibt. Weder vormerkungswidrige Verfügungen noch die Insolvenz des Vormerkungsschuldners noch die Zwangsversteigerung des betroffenen Grundstücks können die Erfüllbarkeit vereiteln.

Der Verlierer bei der Vormerkung ist der vormerkungswidrige Erwerber (Dritte). Dessen endgültiger Rechtserwerb ist von dem Willen des Vormerkungsberechtigten abhängig. Setzt dieser seinen gesicherten Anspruch durch, verliert der Dritte im Erfüllungszeitpunkt sein Recht. Der Dritte ist jedoch nicht schutzwürdig, da er durch die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch gewarnt wird.

---

<sup>65</sup> *Westermann|Gursky|Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 3 f.; *Baur|Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 61; *Hager* JuS 1990, 429.

<sup>66</sup> BGHZ 34, 254 (258 f.) = NJW 1961, 456 (457).

<sup>67</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 315 ff.

## V. Fazit

Die Vormerkung schützt den Gläubiger (Käufer) vor dem Verlust der Verfügungsbefugnis seitens des Schuldners (Verkäufers) durch anspruchsvereitende bzw. – beeinträchtigende Verfügungen des Schuldners (Verkäufers) gem. § 883 Abs. 2 BGB. Außerdem bietet sie Schutz im Zwangsversteigerungsverfahren gem. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB, § 48 ZVG und im Insolvenzverfahren gem. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB, § 106 InsO, ebenso vor einer Beschränkung der Erbenhaftung gem. § 884 BGB.

Sie gewährleistet die Verwirklichung des Sachleistungsanspruchs, indem sie dessen Erfüllbarkeit so erhält, wie sie zur Zeit der Vormerkungseintragung bestanden hat.<sup>68</sup> Der Vormerkungsschuldner (Verkäufer) bleibt in der Lage, dem Vormerkungsberechtigten die dingliche Rechtsstellung zu verschaffen, auf die der gesicherte Anspruch gerichtet ist, auch wenn er zwischenzeitlich über den Gegenstand verfügt oder anderweitig seine Verfügungsbefugnis verloren hat.<sup>69</sup>

Die Vormerkung gewährt dem Vormerkungsberechtigten (Käufer) nur Schutz vor nachträglichen Veränderungen der Rechtslage, die die Erfüllbarkeit des gesicherten Anspruchs beeinträchtigen oder vereiteln. Sie kann dem Gläubiger (Käufer) keine bessere Rechtsstellung verschaffen als er bei sofortiger Erfüllung des Anspruchs gehabt hätte. Über anfängliche Mängel des Anspruchs kann die Vormerkung nicht hinweghelfen.<sup>70</sup>

Aus der Sicherungsfunktion folgt auch die strenge Akzessorität vom Bestehen des gesicherten Anspruchs. Ohne Sicherungsobjekt kann die Vormerkung keine Wirkungen entfalten. Die Erfüllbarkeit eines nicht bestehenden Anspruchs kann nicht gesichert werden. Die Vormerkung setzt einen wirksamen Anspruch voraus; sie kann keinen Anspruch begründen oder erweitern.<sup>71</sup> Wird der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch an einen Dritten abgetreten, geht auch die Vormerkung mit über (§§ 398, 401 BGB analog).

Die Vormerkung ist ein effektives Sicherungsmittel im Grundstücksverkehr. Sie könnte eventuell auch dem Käufer im

---

<sup>68</sup> Vgl. auch *Rottenfuß*, Der gutgläubige Erwerb der Auflassungsvormerkung, 1981, S. 55 ff.

<sup>69</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 8.

<sup>70</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 8 f.

<sup>71</sup> *BGH* NJW 2005, 415 (417); *RGZ* 139, 353 (356); *BayOblG* NJW-RR 2003, 293 (296).

russischen Recht Sicherheit zwischen dem Abschluss des Immobilienkaufvertrags und der Registrierung verschaffen. Dies gilt insbesondere für den Eigentumserwerb bei Investitionsverträgen, da sich dieser ähnlich wie im deutschen Recht in zwei Stufen vollzieht.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> *Bevzenko, Roman*, Квалификация и Последствия Сделок С Будущей Недвижимой Вещью (Typization and Consequences of Real Property Investment Transactions) (May 10, 2013). The Supreme Commercial Court of Russia Review. 2012.N 3, S. 84 (88). Verfügbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2263174>.

## **DIE VORMERKUNG ALS SICHERUNGSMITTEL BEIM GRUNDSTÜCKSERWERB**

*Prof. Dr. iur. Dorothea Assmann  
Universität Potsdam*

### **Thesen**

#### **I. Einführung**

Zwischen dem Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts über den Erwerb eines Grundstücks und dem endgültigen dinglichen Rechtserwerb liegen Gefahren, die den Rechtserwerb beeinträchtigen oder vereiteln können. Insbesondere besteht die Gefahr, dass der Verkäufer in der Zwischenzeit seine Verfügungsbefugnis verliert und dem Käufer das Eigentum nicht mehr verschaffen kann. Davor soll die Vormerkung den Käufer schützen.

Da die Eigentumsübertragung auch in Russland neben dem Immobilienkaufvertrag eine Registrierung voraussetzt, ist der Käufer ebenfalls schutzbedürftig. Sicherungsbedürftige Gefahrenlagen können z.B. beim Verkauf von neu gebauten Wohnungen vor der Teilung oder auch beim Kauf von noch zu errichtenden Immobilien entstehen.

#### **II. Die einzelnen Schritte vom Grundstückskauf bis zum Rechtserwerb**

##### **1. Der Grundstückskauf (§§ 433, 311b Abs. 1 BGB)**

Mit dem Grundstückskaufvertrag erlangt der Käufer lediglich einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Verkauft der Verkäufer das Grundstück danach noch einmal an einen Dritten und überträgt das Grundstückseigentum an diesen, hat der erste Käufer das Nachsehen. Er kann das Eigentum nicht mehr erlangen und lediglich Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen.

##### **2. Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (§§ 873, 925 BGB)**

###### **a) Auflassung (§ 925 BGB)**

Die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück setzt die dingliche Einigung (Auflassung) über den Eigentumsübergang und

die Eintragung in das Grundbuch voraus (§§ 873, 925 BGB). Unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere wenn die Auflassung - wie in der Regel - notariell beurkundet worden ist, ist die Einigung unwiderruflich. Dennoch ist der Veräußerer dadurch nicht gehindert, das Grundstückseigentum auf einen Dritten zu übertragen. Davor wird der Erwerber durch die Auflassung allein nicht geschützt.

### **b) Eintragung in das Grundbuch**

Grundsätzlich müssen sämtliche Voraussetzungen für den Rechtserwerb bis zu dessen endgültiger Vollendung, also in der Regel bis zum Zeitpunkt der Eintragung vorliegen. Nach Stellung des Eintragungsantrags aufgrund einer bindenden Einigung ist der Erwerber jedoch vor dem Verlust der Verfügungsbefugnis des Veräußerers gem. § 878 BGB geschützt. Im Fall des gutgläubigen Erwerbs schadet die Erlangung der Kenntnis, dass das Grundbuch unrichtig ist, nach der Stellung des Eintragungsantrags nicht (§ 892 Abs. 2 BGB). Auch § 17 GBO gewährt einen gewissen Schutz vor späteren entgegenstehenden Verfügungen des Veräußerers, indem er die Bearbeitung der Eintragungsanträge in der Reihenfolge ihres Eingangs vorschreibt. Vor der Stellung des Eintragungsantrags ist der Erwerber jedoch ungeschützt.

## **III. Die Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung**

Die Vormerkung schützt im Bereich des Immobiliarsachenrechts vor Gefahren, die die Erfüllbarkeit des schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung beeinträchtigen oder vereiteln. Durch die Eintragung der Vormerkung wird Dritten kundbar gemacht, dass eine Rechtsänderung bevorsteht. Das Mobiliarsachenrecht bietet keinen vergleichbaren Schutz. Im Gegensatz zur Auflassung kann jedoch die dingliche Einigung unter einer Bedingung erklärt werden. Insoweit wird ein gewisser Schutz vor Zwischenverfügungen gem. § 161 BGB gewährt.

### **1. Entstehungsvoraussetzungen der Vormerkung**

Die Vormerkung setzt zu ihrer Entstehung einen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, eine materiellrechtliche Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers bzw. eine einstweilige Verfügung sowie die Eintragung im Grundbuch voraus (§ 885 BGB). Vormerkbare Ansprüche sind gem. § 883 BGB Ansprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das

Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Rangs eines solchen Rechts. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig.

## **2. Gesetzliche Wirkungen der Vormerkung**

### **a) Verfügungsschutz gem. § 883 Abs. 2 BGB**

Der Verfügungsschutz der Vormerkung bewirkt, dass vormerkungswidrige Verfügungen des Verkäufers dem Käufer gegenüber relativ unwirksam sind. Dies hat zur Folge, dass der Verkäufer trotz Verlustes seiner Verfügungsmacht durch die vormerkungswidrige Verfügung sich nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung berufen kann und weiterhin in der Lage ist, dem Gläubiger das Grundstückseigentum zu übertragen. Er kann die Auflassung (dingliche Einigung über die Eigentumsübertragung) erklären. Allerdings benötigt der Käufer zur Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch die Eintragungsbewilligung des betroffenen Rechtsinhabers. Da aber der Verkäufer aufgrund der vormerkungswidrigen Verfügung nicht mehr im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, gewährt § 888 BGB dem Vormerkungsberechtigten (Käufer) einen Anspruch gegen den vormerkungswidrigen Erwerber (Dritten) auf Zustimmung zu seiner Eintragung im Grundbuch.

### **b) Rangwirkung gem. § 883 Abs. 3 BGB**

Die Vormerkung für einen Anspruch auf Bestellung eines Rechts an einem Grundstück sichert dem Vormerkungsberechtigten den Rang vor vormerkungswidrig bestellten Rechten, indem das Recht, auf dessen Einräumung der gesicherte Anspruch gerichtet ist, an der Stelle eingetragen wird, an der die Vormerkung steht. Es geht deshalb allen nach der Vormerkung eingetragenen Rechten im Rang vor. Die Vormerkung hat insoweit rangwahrende Wirkung.

### **c) Die Wirkung der Vormerkung in der Zwangsversteigerung**

Die Vormerkung sichert den Gläubiger eines Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung auch vor Verfügungen im Wege einer Zwangsvollstreckung gegen den Vormerkungsschuldner (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB). Allerdings muss auch der Ersteher eines solchen Grundstücks einen gewissen Schutz erfahren. Ist der Anspruch lediglich auf die Einräumung eines Rechts am Grundstück gerichtet, wird dieses (das künftige Recht) gem. § 48 ZVG so behandelt, als ob

es bereits bestehen würde. Ist das Recht, aufgrund dessen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, nach der Vormerkung eingetragen, geht letztere dem Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers vor. Deshalb wird das künftige Recht in das geringste Gebot gem. § 44 ZVG aufgenommen mit der Folge, dass der Gläubiger seinen vormerkungsgesicherten Anspruch auch dem Ersteher gegenüber durchsetzen kann. Allerdings übernimmt der Ersteher alle im geringsten Gebot aufgenommenen Rechte und muss dementsprechend ein geringeres Entgelt bezahlen, da deren Wert abgezogen wird. Dem Ersteher entsteht deshalb kein Nachteil. Bestand das Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers bereits vor der Vormerkung, wird das Recht, auf das der vormerkungsgesicherte Anspruch gerichtet ist, nicht in das geringste Gebot gem. § 44 ZVG aufgenommen. Die Vormerkung erlischt gem. § 52 Abs. 1 S. 2 ZVG. Der Anspruch kann gegenüber dem Ersteher nicht mehr durchgesetzt werden. Der Vormerkungsberechtigte erhält lediglich Wertersatz, soweit der Versteigerungserlös ausreicht.

Handelt es sich um eine Eigentumsvormerkung verfährt die h.M. ebenso. Das halte ich nicht für richtig, da das künftige Eigentum nicht in einem Rangverhältnis zu den dinglichen Rechten am Grundstück steht und dementsprechend auch nicht in das geringste Gebot aufgenommen werden kann. Vielmehr greift die Schutzwirkung des § 883 Abs. 2 S. 2 BGB, wenn das Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers nach der Vormerkung eingetragen worden ist. Der Vormerkungsberechtigte (Käufer) kann seinen Anspruch gegen den Ersteher durchsetzen. Bestand das Recht, aufgrund dessen die Vollstreckung betrieben wird, bereits vor der Vormerkung, kann diese keinen Schutz gegen Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung gewähren.

#### **d) Die Wirkung der Vormerkung bei Insolvenz des Vormerkungsschuldners**

Besteht eine Vormerkung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Verkäufers kann der Vormerkungsberechtigte (Käufer) von dem Insolvenzverwalter die Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs gem. § 106 InsO verlangen.

#### **e) Wirkung gegenüber Erben gem. § 884 BGB**

§ 884 BGB regelt den Vormerkungsschutz für den Fall des Todes des Schuldners. Der Vormerkungsberechtigte soll auch vor Gefahren für die Verwirklichung des vormerkungsgesicherten

Anspruchs, die eine Beschränkung der Erbenhaftung (§§ 1975, 1990 BGB) mit sich bringt, geschützt werden, indem dem Erben die Berufung darauf verwehrt wird. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist jedoch relativ gering.

### **3. Rechtsnatur der Vormerkung**

Die Vormerkung verschafft also dem Vormerkungsberechtigten kein zusätzliches neben dem schuldrechtlichen Anspruch stehendes Sicherungsrecht, sondern schützt diesen nur vor nachteiligen Einwirkungen auf die Erfüllbarkeit. Sie ist als Sicherungsmittel eigener Art zu qualifizieren, von den Hauptwirkungen am ehestens vergleichbar mit einem Veräußerungsverbot.<sup>73</sup> Entgegen der überwiegenden Meinung ist die Vormerkung nicht als Rechtsgebilde zwischen Schuld- und Sachenrecht anzusehen, sondern allenfalls der durch sie geschützte Anspruch. Der Vormerkung kann als bloßes Sicherungsmittel keine Rechtsqualität zugesprochen werden. Sie entfaltet nur Wirkungen für den gesicherten Anspruch, die ihn verändern und in die Nähe von dinglichen Rechten rücken.

### **IV. Fazit**

Die Vormerkung ist ein effektives Sicherungsmittel für den Grundstücksverkehr. Sie gewährleistet die Erfüllbarkeit des gesicherten Anspruchs so, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglich war, und schützt den Käufer vor dem Verlust der Verfügungsbefugnis des Verkäufers bis zum endgültigen Rechtserwerb. Möglicherweise könnte sie auch im russischen Recht, insbesondere bei Investitionsverträgen, ein geeignetes Sicherungsmittel für den Käufer bis zur Registrierung der Eigentumsübertragung darstellen.

---

<sup>73</sup> *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, 316 f.; *Tiedtke* Jura 1981, 354 (361); vgl. auch *Ludwig* Rpfleger 1986, 345 (351): anspruchsidantisches Sicherungsmittel.

## **ПРЕДВАРИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСЬ КАК СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРИ ПРИОБРЕТЕНИИ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА**

*профессор д-р юр. наук Доротея Ассманн  
Университет Потсдама*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

#### **I. Введение**

Между заключением обязательственной сделки о приобретении участка и окончательным вещным приобретением права существует опасность того, что приобретение права может быть повреждено или сорвано. В особенности существует опасность того, что продавец в данный промежуток времени потеряет свое право распоряжения и не сможет передать покупателю право собственности. Предварительная запись призвана защитить покупателя от этого.

В связи с тем, что передача права собственности, точно так же как и в России, наряду с договором купли-продажи недвижимости предусматривает регистрацию, покупатель равным образом нуждается в защите. Такие опасные ситуации, нуждающиеся в защите, могут возникнуть при покупке новостроящейся в квартире перед разделом объектом недвижимости или при покупке еще строящейся недвижимости.

#### **II. Отдельные шаги от купли земельного участка до приобретения права**

##### **1. Купля земельного участка (§§ 433, 311b абз. 1 Германского Гражданского Уложения (далее - ГГУ))**

На основании договора купли-продажи земельного участка покупатель получает лишь право требования передачи собственности. Если продавец еще раз продаст земельный участок третьему лицу и передаст ему право собственности на земельный участок, первый покупатель имеет только право на получение информации из поземельной книги (*нем.* Grundbuch). Он больше не может получить право собственности, а может лишь потребовать от продавца возмещения ущерба.

---

<sup>1</sup> Перевод Галины Лоховой.

## **2. Передача собственности на земельный участок (§§ 873, 925 ГГУ)**

### **а) Соглашение о передачи права собственности (§ 925 ГГУ)**

Передача собственности на земельный участок предусматривает заключение вещного договора (соглашение о передаче права собственности) и внесение записи в поземельную книгу (§§ 873, 925 ГГУ). При определенных условиях, особенно, если соглашение о передаче права собственности, как правило, нотариально заверено, то соглашение не может быть отозвано. Однако это не мешает продавцу передать право собственности на земельный участок третьему лицу. От этого приобретатель не защищен одним лишь соглашением о передаче права собственности.

### **б) Регистрация в поземельной книге**

В основном для приобретения права необходимо, чтобы все условия были выполнены до окончательного завершения приобретения (сделки), то есть как правило до регистрации. После подачи заявления о регистрации на основании обязывающего соглашения приобретатель защищен от потери права распоряжения продавца в соответствии с § 878 ГГУ. Добросовестному приобретению не вредит знание, полученное после подачи заявления о регистрации, о том, что поземельная книга неверная (§ 892 абз. 2 ГГУ). Также § 17 Положения о порядке ведения поземельных книг гарантирует определенную защиту от издания в будущем противоположного распоряжения отчуждателем. Данная норма предписывает обработку заявлений о регистрации в последовательности их поступления. Однако перед подачей заявления о регистрации приобретатель не защищен.

## **III. Предварительная запись об обеспечении обязательно-правового требования на вещное изменение права**

Предварительная запись защищает в области недвижимого вещного права от опасностей, которые нарушают или мешают исполнимости обязательно-правового требования на вещное изменение права. Путем внесения предварительной записи третьи лица узнают о том, что предстоит правовое изменение. Однако движимое вещное право

не предоставляет подобной защиты. В отличие от соглашения о передаче права собственности вещный договор может быть заключен под условием. Таким образом, гарантируется определенная защита от промежуточных распоряжений согласно § 161 ГГУ.

### **1. Условия возникновения предварительной записи**

Для возникновения предварительной записи в поземельной книге необходимо наличие требования о вещном изменении права, обеспечительное определение, а также регистрация в поземельной книге (§ 885 ГГУ). Предварительная запись может быть внесена согласно § 883 ГГУ для обеспечения требования об уступке или о прекращении права на земельный участок или на обременяющее его право либо об изменении содержания или старшинства такого права. Внесение предварительной записи в поземельную книгу также допустимо для обеспечения будущего требования или требования под условием.

### **2. Действие предварительной записи согласно закону**

#### **а) Защитное распоряжение согласно § 883 абз. 2 ГГУ**

Защитное распоряжение предварительной записи действует таким образом, что распоряжение продавца, противоречащее предварительной записи, в отношении покупателя относительно недействительно. Это ведет к тому, что продавец, несмотря на потерю своего полномочия распоряжаться, на основании распоряжения, противоречащего предварительной записи, не может ссылаться на невозможность исполнения обязательства, и поэтому может передать покупателю собственность на земельный участок. Он может объявить соглашение о передаче права собственности (заключение вещного договора о передаче собственности). Однако для регистрации изменения права в поземельной книге покупателю необходимо разрешение на регистрацию от затронутого правообладателя. Но в связи с тем, что продавец на основании распоряжения, противоречащего предварительной записи, больше не зарегистрирован в качестве собственника в поземельной книге, § 888 ГГУ гарантирует правомочному лицу (покупателю) право требовать от противоречащего

предварительной записи приобретателя (третьего лица) согласия на его регистрацию в поземельной книге.

**в) Влияние старшинства согласно § 883 абз. 3 ГГУ**

Предварительная запись требования права на земельный участок обеспечивает правомочному лицу очередность противоречащих распоряжению требуемых прав, то есть право, на получение которого направлено обеспечительное требование, будет зарегистрировано на месте предварительной записи. Таким образом, старшинство права определяется по внесению предварительной записи. Предварительная запись обладает, в результате, действием старшинства.

**с) Действие предварительной записи при принудительной продаже с торгов**

Предварительная запись защищает кредитора, у которого имеется право требования вещного изменения в праве, даже от распоряжений путем принудительного исполнения решения против должника предварительной записи (§ 883 абз. 2 предл. 2 ГГУ). Однако приобретатель на торгах такого земельного участка тоже должен получить определенную защиту. Если право требования направлено лишь на предоставление права на земельный участок, тогда с этим (будущим) правом будут обходиться согласно § 48 Закона о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении имуществом таким образом, как будто бы это право уже возникло. Если право, на основании которого будет производиться принудительное исполнение, согласно предварительной записи уже зарегистрировано, тогда данное право обладает преимущественным значением перед правом кредитора, осуществляющего принудительное исполнение. Поэтому будущее право заносится в предложение самой низкой цены согласно § 44 Закона о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении имуществом, в результате чего кредитор может реализовать свое право требования, обеспеченное предварительной записью, также и по отношению к приобретателю на торгах.

Однако если приобретатель на торгах перенимает все в предложение самой низкой цены зарегистрированные права, он должен соответственно заплатить минимальное вознаграждение, так как удерживается стоимость данных прав. В связи с этим у приобретателя на торгах не возникает убытков. Если право кредитора, осуществляющего принудительное исполнение,

возникло до внесения предварительной записи, то право, на которое направлено обеспечительное требование, не заносится в предложение самой низкой цены согласно § 44 Закона о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении имуществом. Предварительная запись прекращает действовать согласно § 52 абз. 1 предл. 2 Закона о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении имуществом. Требование не может быть больше реализовано по отношению к приобретателю на торгах. Управомоченное предварительной записью лицо получает лишь возмещение стоимости, насколько хватит выручки от продажи с аукциона.

Если речь идет о предварительной записи перехода права собственности, господствующее мнение поступает таким же образом. Однако я считаю такой подход неверным, так как будущее право собственности не стоит в одном ранге отношений с вещными правами на земельный участок, соответственно не может быть занесено в предложение самой низкой цены. Более того в действие вступает охранный эффект § 883 абз. 2 предл. 2 ГГУ, если право кредитора, осуществляющего принудительное исполнение, согласно предварительной записи зарегистрировано. Управомоченное предварительной записью лицо (покупатель) может реализовать свое право требования в отношении покупателя на торгах. Если право, на основании которого осуществляется предварительное взыскание, возникло до предварительной записи, то не может быть гарантирована защита от распоряжения в порядке принудительного исполнения решения.

#### **d) Действие предварительной записи при банкротстве должника предварительной записи**

Если предварительная запись возникла до открытия процедуры банкротства продавца, то уполномоченное предварительной записью лицо (покупатель) может потребовать от управляющего конкурсной массой исполнить требование, обеспеченного предварительной записью, согласно § 106 Положения о несостоятельности.

#### **e) Действие предварительной записи в отношении наследника согласно § 884 ГГУ**

§ 884 ГГУ регулирует защиту предварительной записи на случай смерти должника. Управомоченное предварительной записью лицо должно быть также защищено от опасностей по

осуществлению требования, обеспеченного предварительной записью, которое влечет за собой ограничение ответственности наследников за долги наследодателя (§§ 1975, 1990 ГГУ), в результате чего наследникам запрещено ссылаться на ограничение своей ответственности. Однако практическое значение данной нормы относительно невелико.

### **3. Правовая природа предварительной записи**

Предварительная запись не создает для уполномоченного предварительной записью лица дополнительное обеспечительное право, стоящее наряду с обязательственно-правовым требованием, а лишь защищает данное лицо от негативного влияния на исполнение. Предварительная запись квалифицируется как способ обеспечения особого вида, главный эффект которого сравним с запретом на отчуждение. Вопреки преобладающему мнению, предварительная запись не рассматривается как правовое строение между обязательственным и вещным правом, она лишь защищает данные требования. Предварительной записи, которая выступает как способ обеспечения, нельзя придать правовое качество. Она распространяет свое действие только на обеспеченное право требования, которое его изменяет и двигает в сторону вещных прав.

### **IV. Вывод**

Предварительная запись – это эффективный способ обеспечения правовых сделок, связанных с земельными участками. Она гарантирует исполнимость обеспеченного требования так, как она была возможна в момент заключения договора, и защищает покупателя от потери продавцом права распоряжения до окончательного приобретения права. Возможно, предварительная запись смогла бы стать также и в российском праве, особенно в случае инвестиционных договоров, подходящим способом обеспечения для покупателя до регистрации перехода права собственности.

**DIE ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG VON  
ZAHLUNGSDIENSTLEISTERN IM DEUTSCHEN  
ZAHLUNGSVERKEHRSRECHT**

*Richterin Carolin Laue  
(Verwaltungsgericht Leipzig)*

**Gliederung**

- I.** Einleitung
- II.** Horizontaler Regelungsansatz und Haftungssystematik
- III.** Vertretenmüssen und Verschulden im Zahlungsdiensterecht
- IV.** Fehlerkategorisierung und Autorisierung
- V.** Die Beteiligung von Zwischenbanken
- VI.** Besonderheiten bei der Zahlung mit „E-Geld“
- VII.** Die Prinzipien des Zahlungsdiensterechts
- VIII.** Der Bereicherungsausgleich im Zahlungsverkehr
- IX.** Ausblick auf vergleichende Aspekte mit dem russischen Zahlungsrecht

## I. Einleitung

Der Beitrag<sup>1</sup> möchte einen Überblick über den Regelungsinhalt des Zahlungsdiensterechts geben, das in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) im Jahr 2009 neu aufgenommen wurde und neben vielen Vereinfachungen auch einige Fragen aufgeworfen hat. Abgesehen vom Überweisungsvertrag (§ 676a BGB a.F.) und Girovertrag (§ 676f BGB a.F.) in der bis zum 31.10.2009 geltenden Fassung des BGB hielt das deutsche Recht lange Zeit keine zivilrechtlichen Regelungen zum Zahlungsverkehr bereit. Erst mit Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG<sup>2</sup> wurden in das BGB umfassende Änderungen eingeführt. So kehrte man nicht nur vom „Weisungsmodell“ wieder zum „Auftragsmodell“ zurück, das bereits vor Umsetzung der Überweisungsrichtlinie 97/5/EG im Jahr 2002 gegolten hatte.<sup>3</sup> Die Haftung des Kreditinstitutes richtete sich zuvor im Wesentlichen nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die als sog. Muster-AGB von den Verbänden der Kreditwirtschaft empfohlen wurden und in der Praxis weit verbreitete Anwendung finden.<sup>4</sup> Mit der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie wurde das BGB im Bereich des Zahlungsverkehrs umfassend um die §§ 675a – 676c BGB erweitert. Als altbekannter Akteur wurde das Kreditinstitut bzw. Zahlungsinstitut mit der Benennung „Zahlungsdienstleister“ terminologisch neu gefasst. Der Beitrag möchte die Intention des europäischen Richtlinien- und nationalen Gesetzgebers und das Haftungssystem überblicksweise darstellen. An vereinzelten Stellen wird kurz Bezug auf das russische Recht genommen, um dem russischen Leser Anknüpfungspunkte aufzuzeigen.

## II. Horizontaler Regelungsansatz und Haftungssystematik

Mit der Zahlungsdiensterichtlinie wurde erstmalig ein einheitlicher Regelungsrahmen geschaffen, der alle Zahlungsformen

---

<sup>1</sup> Der Vortrag wurde auf der 4. Woche des Deutschen Rechts auf Russisch gehalten. Der vorliegende Beitrag ist eine verdichtete Zusammenfassung in deutscher Sprache.

<sup>2</sup> Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (ABl. L 319 vom 5.12.2007, S. 1).

<sup>3</sup> Schimansky/Bunte/Lwowski/Mayer, Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 49 Rn. 1a.

<sup>4</sup> Koch, Der Zahlungsverkehr in der Bankpraxis, BVR-Bankenreihe, Band 40, 2. Aufl., S. 39.

erfassen sollte. Das Novum bestand darin, dass durch die Zahlungsdiensterichtlinie ein EU- und EWR-weites kohärentes, einheitliches Regelungssystem geschaffen wurde, das sich auf alle bargeldlosen, nichtdokumentären Zahlungsformen erstrecken sollte. Zur Umsetzung dieses Regelungsziels hat sich der europäische Richtlinien- und deutsche Gesetzgeber des „horizontalen“ Regelungsansatzes<sup>5</sup> bedient. Konkret bedeutet dies, dass das BGB nicht die einzelnen Zahlungsformen erwähnt, sondern im Grundsatz abstrakte Regelungen aufstellt, die sich dann in drei Phasen des Zahlungsvorgangs unterteilen. Im Unterschied zur russischen Gesetzgebung wird das einzelne Zahlverfahren (Überweisung, Lastschrift, Kartenzahlung) nicht in einem Normenabschnitt abschließend und konkret geregelt, der sich jeweils einer bestimmten Zahlungsart widmet. Stattdessen enthalten die §§ 675c ff. BGB abstrakte Regeln, die „horizontal“ nach den einzelnen Phasen einer Zahlung (Einleitung, Autorisierung, Ausführung) gegliedert sind und durch Auslegung auf das jeweilige Zahlverfahren „heruntergebrochen“ werden müssen.<sup>6</sup> Dies führt dazu, dass dadurch die Querbezüge und Parallelen besonders betont werden, wie beispielsweise hinsichtlich der Sorgfaltspflichten des Zahlenden und der Bank (Zahlungsdienstleister) sowie bezüglich der Missbrauchsrisiken (vgl. §§ 675l, 675m, 675u, 675v BGB).<sup>7</sup>

Die Rechtsgrundlagen für die zivilrechtliche Haftung von Zahlungsdienstleistern finden sich in den §§ 675c - 676c BGB, die auf die Zahlungsdienstrichtlinie zurückgehen.<sup>8</sup> Daneben gibt es verschiedene Zahlungsverkehrsabkommen im Interbankenverkehr und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), sog. kautelarrechtliche Regelungswerke, die von hoher Praxisrelevanz sind und als Muster-AGB (AGB-Sparkassen, AGB-Sparkassen und AGB-

---

<sup>5</sup> *Bertelmann*, Das BGB-Zahlungsdienstrecht im Kontext der Single European Payments Area – Leitlinien zur richtlinienkonformen Auslegung unter vergleichender Berücksichtigung des britischen und französischen Rechts, Diss. Saarbrücken 2011, S. 102ff.;

Ellenberger/Findeisen/Nobbe/*Walz*, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, § 675 c BGB RdNr 1; *Meckel*, jurisPR-BKR 11 und 12/2009.

<sup>6</sup> So *Hadding* in FS Hüffer, 2010, S. 273 (278); Palandt/*Sprau*, 74. Aufl., Einf. v § 675c BGB Rn. 11.

<sup>7</sup> Palandt/*Sprau*, 74. Aufl., Einf v 675c BGB, Rn. 11.

<sup>8</sup> In der Bundesrepublik Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2355.

Volks-/Raiffeisenbanken) von den Zentralverbänden der Kreditwirtschaft empfohlen werden. Für den Interbankenverkehr regeln Interbankenabkommen die technischen Voraussetzungen für die Zahlungsabwicklung. Für das Interbankenverhältnis gilt bei fehlender entgegenstehender Vereinbarung grundsätzlich belgisches Recht.<sup>9</sup> Auch die SEPA-Verordnung<sup>10</sup> enthält Entgeltregelungen für Zahlungen sowie Anforderungen an Zahlungskonten, die Verfügbarkeit des Lastschriftverfahrens u. a.

Die eingangs erwähnte horizontale Regelungstechnik wurde vom Richtlinien- und Gesetzgeber weiter dadurch umgesetzt, dass der Zahlungsvorgang unabhängig von der Zahlungsart gesetzessystematisch in drei Phasen in das BGB untergliedert wurde:

- Phase 1: Einleitung des Zahlungsvorgangs, einschließlich Autorisierung und Widerruf (§§ 675c - 675m BGB)
- Phase 2: Ausführung des Zahlungsvorgangs (§§ 675n - 675t BGB)
- Phase 3: Haftung (§§ 675u - 676c BGB).

In diese drei Phasen unterteilt sich jeder Zahlungsvorgang – unabhängig von der gewählten Zahlungsform. Das bedeutet, dass die Vorschriften zum Zahlungsdienstvertrag, zur Autorisierung, die Fragen des Widerrufs und die Ausführungsfrist eines Zahlungsauftrages, das Entgeltabzugsverbot etc. auf sämtliche Zahlungsweisen Anwendung finden, unabhängig davon, ob es sich um eine Überweisung, Lastschrift oder die Zahlung mit einer Kreditkarte handelt. Der Gesetzgeber hätte bei der Umsetzung jede Zahlungsform für sich separat und speziell regeln können, wie beispielsweise der russische Gesetzgeber bei dem direct debit-Zahlverfahren (ähnlich der deutschen Lastschrift) verfahren ist, vgl. Artikel 6 des Föderalgesetzes „Über das Nationale Zahlungssystem“ und Artikel 874 – 876 Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (im Folgenden - GK RF). Dies entspräche aber nicht der Intention des europäischen Richtliniengabers. Nicht zu verkennen ist dabei, dass auf diese Weise auch das Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 28 der Zahlungsdiensterichtlinie hinsichtlich der privilegierten Behandlung bestimmter Zahlungsdienstleister gewahrt wurde. Das zahlungsrechtliche Diskriminierungsverbot besagt, dass der Zugang zugelassener und registrierter Zahlungsdienstleister, die juristische

---

<sup>9</sup> Palandt/*Sprau*, Einf v § 675c BGB, Rn. 13.

<sup>10</sup> Verordnung (EU) Nr. 260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009; SEPA – Single Euro Payments Area, umfasst die EU-Mitgliedstaaten sowie die EWR-Staaten.

Personen sind, zu Zahlungssystemen objektiv, diskriminierungsfrei und verhältnismäßig sein muss. Jede Begrenzung des Zugangs zu den Zahlungssystemen darf nur im Notfall zur Verhinderung spezifischer Risiken erfolgen, wie beispielsweise des Erfüllungsrisikos, operationellen Risikos und unternehmerischen Risikos, und wenn es für den Schutz der finanziellen und operativen Stabilität des Zahlungssystems nötig ist. Auch verfolgt die Zahlungsdiensterichtlinie das Ziel, neutrale und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Zahlungssysteme zu schaffen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 4). Eine solche Ungleichbehandlung wäre zumindest denkbar gewesen bei einer privilegierten Behandlung einzelner Zahlungsarten.

Dabei gelten manche Haftungsregelungen nur für bestimmte Zahlungskonstellationen und in einem bestimmten Rechtsverhältnis. Zur deutschen Terminologie seien kurz die einzelnen Rechtsverhältnisse genannt: das Valutaverhältnis zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger, das Deckungsverhältnis zwischen dem Zahlenden und seiner Bank sowie das Zuwendungsverhältnis zwischen der Bank des Zahlenden und dem Empfänger. Während Mängel der Autorisierung nur das Deckungsverhältnis zwischen dem Zahlenden und seinem Zahlungsdienstleister betreffen, können Mängel der Ausführung sowohl im Deckungsverhältnis als auch im Inkassoeverhältnis zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister auftreten. Die §§ 675u – 675x BGB regeln Haftungsfragen zur Autorisierung von Zahlungsvorgängen im Deckungsverhältnis, wobei die §§ 675u, 675v BGB nicht autorisierte Zahlungen betreffen, wohingegen § 675x BGB bei Rückerstattungsansprüchen des Zahlenden bei autorisierten Zahlungsvorgängen Anwendung findet.<sup>11</sup> Die §§ 675y, 676 und 676a BGB gelten bei mangelhaften, d. h. nicht oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgängen. Die §§ 675z, 676b und 676c BGB betreffen das Verhältnis der Haftungsansprüche zu anderen Ansprüchen, die Beschränkung und den Ausschluss der Haftungsansprüche sowie die Anzeigepflicht in diesem Zusammenhang.

Die Regelungen hinsichtlich der *Ausführungsphase* eines Zahlungsvorgangs erstrecken sich daher nicht nur auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlenden und seiner Bank (Deckungsverhältnis), sondern auch auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Empfänger und dessen Bank (Inkassoeverhältnis), denn der Zahlungsvorgang kann in den Fällen der sog. „Pull-Zahlungen“

---

<sup>11</sup> Palandt/*Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 74. Auflage, § 675u Rn. 1.

auch vom Empfänger eingeleitet werden (z. B. bei Lastschriften). Dennoch sind beide Rechtsverhältnisse nicht spiegelbildlich. Die Unterscheidung zwischen dem Deckungsverhältnis und dem Zuwendungsverhältnis (Inkassoverhältnis) ist für die Pflichtenverteilung und Haftung von Bedeutung.<sup>12</sup> Das BGB trifft eine Differenzierung zwischen den Zahlungsformen erst auf der Haftungsebene – mithin in der (nicht zwingenden) dritten Phase. Dabei differenziert das Gesetz danach, wer die Zahlung initiierte. Beispielsweise findet die Erstattungsregelung des § 675x BGB<sup>13</sup> nur auf Zahlungsvorgänge Anwendung, die vom Zahlungsempfänger ausgelöst worden sind, wie mittels Lastschrift oder bei bestimmten Kreditkartenzahlungen, wenn beispielsweise die Kreditkartennummer bei einem Autovermieter als Sicherheit verbleibt. Die Regelung des § 675x BGB ist daher für solche Zahlungsvorgänge nicht einschlägig, die vom Zahlenden eingeleitet wurden (wie die klassische Überweisung). Auch gilt § 675x BGB naturgemäß nur für das

---

<sup>12</sup> Palandt/*Sprau*, 74. Aufl., § 675f Rn. 15.

<sup>13</sup> § 675x BGB. Erstattungsanspruch bei einem vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelösten autorisierten Zahlungsvorgang.

(1) Der Zahler hat gegen seinen Zahlungsdienstleister einen Anspruch auf Erstattung eines belasteten Zahlungsbetrags, der auf einem autorisierten, vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgang beruht, wenn

1. bei der Autorisierung der genaue Betrag nicht angegeben wurde und
2. der Zahlungsbetrag den Betrag übersteigt, den der Zahler entsprechend seinem bisherigen Ausgabeverhalten, den Bedingungen des Zahlungsdienstleistungsvertrags und den jeweiligen Umständen des Einzelfalls hätte erwarten können; mit einem etwaigen Währungsumtausch zusammenhängende Gründe bleiben außer Betracht, wenn der zwischen den Parteien vereinbarte Referenzwechsellkurs zugrunde gelegt wurde.

Der Zahler ist auf Verlangen seines Zahlungsdienstleisters verpflichtet, die Sachumstände darzulegen, aus denen er sein Erstattungsverlangen herleitet.

(2) Im Fall von Lastschriften können der Zahler und sein Zahlungsdienstleister vereinbaren, dass der Zahler auch dann einen Anspruch auf Erstattung gegen seinen Zahlungsdienstleister hat, wenn die Voraussetzungen für eine Erstattung nach Absatz 1 nicht erfüllt sind.

(3) – (5) (...).

(6) Absatz 1 ist nicht anzuwenden auf Lastschriften, sobald diese durch eine Genehmigung des Zahlers unmittelbar gegenüber seinem Zahlungsdienstleister autorisiert worden sind.

Deckungsverhältnis – das Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlenden und seinem Zahlungsdienstleister.<sup>14</sup>

Dagegen begründet § 675y BGB eine verschuldensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstleisters in der Ausführungsphase sowohl im Deckungs- als auch im Zuwendungsverhältnis und ähnelt der Nicht- oder Schlechtleistung, die aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht bekannt ist.

Fehler im Stadium der Einleitung (Mitteilung) und Autorisierung, wie sie u. a. bei Geschäftsunfähigkeit des Zahlenden oder bei Widerruf des Zahlungsauftrags auftreten können, betreffen hingegen nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlenden und seinem Zahlungsdienstleister. Fehler wie die gekürzte oder die fehlgeleitete Ausführung werden der Ausführungsphase zugeordnet und unterfallen daher der Regelung des § 675y BGB,<sup>15</sup> der eine

---

<sup>14</sup> *Langenbucher* in Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, Kap. 3, § 675x Rn. 1.

<sup>15</sup> § 675y BGB. Haftung der Zahlungsdienstleister bei nicht erfolgter oder fehlerhafter Ausführung eines Zahlungsauftrags; Nachforschungspflicht. (1) Wird ein Zahlungsvorgang vom Zahler ausgelöst, kann dieser von seinem Zahlungsdienstleister im Fall einer nicht erfolgten oder fehlerhaften Ausführung des Zahlungsauftrags die unverzügliche und ungekürzte Erstattung des Zahlungsbetrags verlangen. Wurde der Betrag einem Zahlungskonto des Zahlers belastet, ist dieses Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgang befunden hätte. Soweit vom Zahlungsbetrag entgegen § 675q Abs. 1 Entgelte abgezogen wurden, hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers den abgezogenen Betrag dem Zahlungsempfänger unverzüglich zu übermitteln. Weist der Zahlungsdienstleister des Zahlers nach, dass der Zahlungsbetrag rechtzeitig und ungekürzt beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers eingegangen ist, entfällt die Haftung nach diesem Absatz

(2) Wird ein Zahlungsvorgang vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöst, kann dieser im Fall einer nicht erfolgten oder fehlerhaften Ausführung des Zahlungsauftrags verlangen, dass sein Zahlungsdienstleister diesen Zahlungsauftrag unverzüglich, gegebenenfalls erneut, an den Zahlungsdienstleister des Zahlers übermittelt. Weist der Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers nach, dass er die ihm bei der Ausführung des Zahlungsvorgangs obliegenden Pflichten erfüllt hat, hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers dem Zahler gegebenenfalls unverzüglich den ungekürzten Zahlungsbetrag entsprechend Absatz 1 Satz 1 und 2 zu erstatten. Soweit vom Zahlungsbetrag entgegen § 675q Abs. 1 und 2 Entgelte abgezogen wurden, hat der Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers den

Differenzierung nach der Person trifft, die den Zahlungsvorgang ausgelöst hat. So findet § 675y Abs. 2 S. 1 BGB auf Fehler im Inkasso-Verhältnis Anwendung, d. h. im Verhältnis zwischen dem Zahlungsempfänger und dessen Zahlungsdienstleister. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die den Zahlungsvorgang auslösende Erklärung nicht fehlerfrei übermittelt wurde, so dass der Zahlungsvorgang nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 675y Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeführt werden kann.

Außerdem haben die wesentlichen Haftungsregelungen des Zahlungsdiensterechts abschließenden Charakter. Die Ansprüche, die auf das gleiche Anspruchsziel wie die §§ 675u, 675y BGB gerichtet sind, treten hinter diesen Normen zurück. Das betrifft Ansprüche auf Erstattung des Überweisungsbetrags, auf Erstattung von Zinsen und Entgelten sowie auf Wiederbeschaffung und Nachverfolgung gemäß § 675y BGB; Folgeschäden aus nicht autorisierten, nicht erfolgten oder fehlerhaften Überweisungen kann der Überweisende geltend machen, soweit sie nicht von den §§ 675u, 675y BGB erfasst oder nicht im Verhältnis des Überweisenden zum Zahlungsdienstleister, sondern beispielsweise im Valutaverhältnis entstanden sind.<sup>16</sup> Anspruchsgrundlage hierfür können insbesondere jeweils die §§ 280ff., 812ff. oder 823 ff. BGB sein.<sup>17</sup> An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass die auf die Geltendmachung von Folgeschäden gerichteten Ansprüche ein Verschulden des Schuldners voraussetzen.

### **III. Vertretenmüssen und Verschulden im Zahlungsdiensterecht**

Im Unterschied zu vielen anderen Schadensersatzansprüchen des BGB, wie z. B. bei § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB verlangt die Haftung des Zahlungsdienstleisters im Zahlungsdiensterecht grundsätzlich kein Verschulden. Früher war das Leistungsstörungenrecht in den §§ 676b, 676c BGB a. F. dualistisch ausgestaltet; d. h. Ansprüche konnten sowohl verschuldensabhängig als auch verschuldensunabhängig ausgestaltet sein.<sup>18</sup> Bei

---

abgezogenen Betrag dem Zahlungsempfänger unverzüglich verfügbar zu machen.

(3) – (5) ...

<sup>16</sup> *Langenbucher* in Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, Kap. 3, § 675 z BGB Rn. 3 mwN.

<sup>17</sup> So Regierungsbegründung vgl. BT-Drucks. 16/11643, S. 118; auch *Langenbucher* in Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, Kap. 3, § 675z Rn. 3 mwN.

<sup>18</sup> MünchKomm-BGB/*Caspar*, 6. Aufl., § 675z Rn. 5.

Folgeschäden sowie bei Verzugsschäden wie z. B. eine Vertragsstrafe oder Verzugszinsen, die der Schuldner im Valutaverhältnis aufgrund einer verzögerten Überweisung entrichten muss, finden hingegen die allgemeinen Haftungsnormen des Schadensersatzrechts Anwendung (vgl. § 675z S. 2 BGB). Bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen ist § 280 BGB einschlägig und bei deliktischen Ansprüchen kommt § 823 BGB in Betracht. Beide Normen verlangen im Unterschied zu den gesetzlichen Ansprüchen des Zahlungsdiensterechts ein Vertretenmüssen bzw. ein Verschulden des schädigenden Zahlungsdienstleisters. Die Haftung für Folgeschäden, die nicht unmittelbar geregelt ist, aber aus der Formulierung des § 675z Satz 2 BGB folgt, bildet damit eine Ausnahme vom Grundsatz der verschuldensunabhängigen Haftung im Zahlungsdienstrecht. Ein Folgeschaden ist zum Beispiel in entgangenem Gewinn zu sehen oder kann bei Verzögerung des Zahlungseingangs eintreten, wenn der Empfänger gegen den Zahlenden eine Vertragsstrafe geltend macht, weil ihm der Rabatt entgangen ist, der ihm für den Fall der zügigen Zahlung gewährt worden wäre. In so einem Fall haftet der Zahlungsdienstleister nur unter der Voraussetzung, dass er den Fehler zu vertreten hat (vgl. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 BGB). Die Haftung für Folgeschäden kann auf 12.500 EUR begrenzt werden, vgl. § 675z Satz 2 BGB. Außerdem ist das Vertretenmüssen, das über das Verschulden hinausgehen kann, bei der Einschaltung von Zwischenbanken zu prüfen. Nicht zu vergessen sind ferner die Fälle, in denen der Zahlungsdienstnutzer seinerseits die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten nicht beachtet hat und er gegenüber seinem Zahlungsdienstleister für den Schaden haftet, vgl. §§ 675I, 675v BGB.

#### **IV. Fehlerkategorisierung und Autorisierung**

Bei einem Zahlungsvorgang können verschiedene „Fehler“ oder Unregelmäßigkeiten auftreten, die schließlich gegebenenfalls eine zivilrechtliche Haftung des Zahlungsdienstleisters auslösen. Beispielhaft seien genannt der rechtzeitige Widerruf des Zahlungsauftrags durch den Zahlenden und die ungeachtet dessen ausgeführte Zahlung, die den angewiesenen Zahlungsbetrag überschreitende Überweisung, die unzureichende Übermittlung (gekürzte Zahlung), die Übermittlung des Zahlungsbetrags an den falschen Empfänger (fehlgeleitete Zahlung), Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Zahlenden, Einleitung des Zahlungsvorgangs durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht,

verspätete Ausführung des Zahlungsauftrags etc.<sup>19</sup> Die genannten Fehler können grundsätzlich bei allen Zahlungsarten auftreten, d. h. unabhängig davon, ob sie beispielsweise als Überweisung oder Lastschrift erfolgen sollten.

Die entscheidende Weichenstellung für die Antwort auf die Frage, welche Haftungsnorm ausgelöst wird, ist, ob der Zahlende den Zahlungsvorgang autorisiert hat oder ob ein nicht autorisierter Zahlungsvorgang erfolgt ist. Die *Autorisierung* ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, auf welche die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung finden.<sup>20</sup> Mit ihr erteilt der Zahlende seine Zustimmung (als Einwilligung oder Genehmigung) zum Zahlungsvorgang, vgl. § 675j BGB. Die Rechtsnatur der Autorisierung ist umstritten. Dabei rankt sich der Streit um die Frage, ob die Autorisierung eine Erklärung zum Einverständnis mit dem Zahlungsvorgang ein tatsächliches Ereignis (ähnlich wie die Genehmigung des Geschäftsherrn bei § 684 Satz 2 BGB) oder eine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft im engeren Sinne darstellt. Die Problematik betrifft indirekt auch die Frage nach der Rechtsnatur des Zahlungsvorgangs selbst. Da der Bundesgerichtshof (BGH) allerdings die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen sinngemäß anwendet,<sup>21</sup> hat der Streit keine praktischen Auswirkungen. Daher finden auf die Autorisierung die allgemeinen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung einschließlich des Vertreters ohne Vertretungsmacht, die Täuschung des Zahlenden etc. Anwendung. In allen anderen Fällen gilt die Zahlung als unautorisiert. Der Zahlungsvorgang ist dann fehlerhaft und löst den Erstattungsanspruch des Zahlenden gegen seinen Zahlungsdienstleister nach § 675u BGB aus.

Hiervon streng zu unterscheiden sind die Fälle der autorisierten Zahlung. Dann – und nur dann – bestimmt sich die Haftung des Zahlungsdienstleisters nach § 675x BGB und § 675y BGB. Liegt eine wirksame Autorisierung vor, ist in einem nächsten Schritt zu untersuchen, in welchem Stadium der Fehler aufgetreten ist und wer den Zahlungsvorgang ausgelöst hat. Je nachdem, ob die Zahlung der Zahlende oder der Empfänger initiiert hat, ist Abs. 1 oder Abs. 2 der Haftungsnorm § 675y BGB bei einem Ausführungsfehler einschlägig. Die Sondernorm § 675x BGB findet hingegen nur

---

<sup>19</sup> Zur Aufzählung z.B. *Dieckmann*, WM 2015, 14, Die SEPA-Überweisung: eine unterschätzte Gefahr für Banken.

<sup>20</sup> *Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Frey*, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 675j Rn. 6.

<sup>21</sup> Zur Problematik vgl. *Palandt/Sprau*, 74. Aufl., § 675j Rn. 3.

Anwendung auf Lastschriften und andere vom Empfänger ausgelöste Zahlungsvorgänge (sog. pull-Zahlungen, da der Empfänger die Zahlung „an sich zieht“).

## **V. Die Beteiligung von Zwischenbanken**

In der Praxis häufiger als die „inhouse“-Zahlung ist der Zahlungsvorgang anzutreffen, der nur durch Heranziehung von Zwischenbanken (Drittbanken) ausgeführt werden kann. Gemeint ist, dass zwischen der Bank des Zahlenden und der Empfängerbank gegebenenfalls ein weiterer Zahlungsdienstleister agiert. In diesen Fällen haftet die erstbeauftragte Bank für die zwischengeschaltete Bank wie für eigenes Verschulden (vgl. § 675z Satz 3 BGB). Der Zurechnungszusammenhang wird jedoch unterbrochen, wenn die Zwischenbank die wesentliche Ursache für den Fehler gesetzt hat und der Zahlende diese Zwischenbank vorgegeben hat (vgl. § 675z Satz 3, 2. Hs. BGB). Dann entsteht ein Direktanspruch gegen die zwischengeschaltete Stelle. Die Haftung ist jedoch bei falscher Kundenkennung ausgeschlossen (vgl. § 675z Satz 4 BGB mit Verweis auf § 675y Abs. 3 S. 1 BGB). Die Regelung trägt letztlich dem Risiko- und Sphärengedanken sowie dem allgemeinen Grundsatz des Verursacherprinzips Rechnung.

Im Unterschied zum Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlungsdienstleister und seinem Kunden ist das Interbankenverhältnis kein zahlungsdienstrechtliches Verhältnis im engeren Sinne der §§ 675c BGB ff. Abgesehen von den Interbankenabkommen regelt das BGB das Verhältnis insoweit, dass die Bank des Zahlenden in den Fällen, in denen sie ihrem Kunden gegenüber für die fehlerhafte Ausführung des Zahlungsvorgangs haftet, die zwischengeschaltete Bank in Regress nehmen kann (§ 676a BGB). Der Bank, die bei Mängeln im Rahmen eines Zahlungsvorgangs nach § 675y BGB haftet, wird damit ein Ausgleichsanspruch im Interbankenverhältnis gewährt.

## **VI. Besonderheiten bei der Zahlung mit „E-Geld“**

Der Komplex der Zahlung mit elektronischem Geld (E-Geld, E-money) sei nur kurz umrissen. Die etwas „sperrige“ Definition von E-Geld nach europäischem Recht findet sich in der E-Geld-Richtlinie 2000/46/EG. Danach handelt es sich bei E-Geld um einen monetären Wert in Form einer Forderung gegen die ausgebende Stelle, der auf einem Datenträger gespeichert ist, der gegen Entgegennahme eines Geldbetrags ausgegeben wird und dessen Wert nicht geringer ist als der ausgegebene monetäre Wert, der von anderen Unternehmen als

der ausgebenden Stelle als Zahlungsmittel akzeptiert wird. Es kann als kartengestütztes E-Geld (Kartengeld) oder als Netzgeld auftreten, das dann auf einer Software basiert.

Grundsätzlich ist das E-Geld anderen Zahlungsformen gleichgestellt (vgl. § 675c Abs. 2 BGB). Im Unterschied zu anderen bargeldlosen Zahlungsformen hat die Zahlung mit E-Geld eine echte Bargeldersatzfunktion.<sup>22</sup> Dieser „funktionale“ Aspekt beim E-Geld, der auch in der Parallelregelung zu Kleinbetragsinstrumenten zum Ausdruck kommt (§ 675i BGB), erklärt die „Bereichsausnahmen“ für E-Geld. Denn bei nicht autorisierten Zahlungen mit E-Geld findet der Erstattungsanspruch nach § 675u BGB keine Anwendung (§ 675i Abs. 3 Satz 1 BGB). Das gleiche gilt für die Fälle, in denen der Zahlende seine Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Aufbewahrung eines Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes und der personalisierten Sicherheitsmerkmale verletzt hat und bis zu einem Betrag von 150 EUR verschuldensunabhängig (und natürlich auch bei Vorliegen von Verschulden) haftet. Denn auch § 675v BGB ist nicht anwendbar bei der Zahlung mit E-Geld (vgl. § 675i Abs. 3 Satz 1 BGB).

Allerdings gilt der Haftungsausschluss sowohl für das Erstattungsbegehren nach § 675u BGB als auch für die Haftung des Zahlenden nur für Zahlungskonten oder Kleinbetragsinstrumente mit einem Wert von 200 EUR und wenn der Zahlungsdienstleister des Zahlenden nicht die Möglichkeit hat, das Zahlungskonto oder das Kleinbetragsinstrument zu sperren. Dann erscheint der Verlustvorgang im Sinne einer Bargeldanalogie vergleichbar mit der Situation, wenn der Zahlende Bargeld aus seinem Portemonnaie verloren hätte und dieses ebenso wenig über die zahlungsdienstrechtlichen Haftungsnormen zurückerstattet verlangen könnte.<sup>23</sup>

## VII. Die Prinzipien des Zahlungsdiensterechts

Die zivilrechtlichen haftungsbestimmenden Prinzipien des deutschen Zahlungsdiensterechts lassen sich daher wie folgt zusammenfassen:

- Vollharmonisierungsgrundsatz, vgl. Art. 86 Zahlungsdienstrichtlinie;
- Horizontaler Regelungsansatz für alle Zahlungsformen;
- Dreiphasensystematik mit Gliederung des Zahlungsvorgangs in drei Phasen: Einleitung und Autorisierung (1), Ausführung (2) und Haftung (3);

---

<sup>22</sup> *Borges* in Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, Kap. 8, § 675d BGB Rdnr. 2.

<sup>23</sup> Palandt/*Sprau*, 74. Auflage, § 675u BGB Rn. 2.

- Verschuldens- und kausalitätsunabhängige Haftung bei direkten Schäden (Ausnahme: Haftung für Folgeschäden);
- Beweislast für den Nachweis der ordnungsgemäßen Ausführung trifft den Zahlungsdienstleister;
- Abstraktheit der Rechtsverhältnisse der am Zahlungsvorgang Beteiligten und daraus resultierender Ausschluss eines Einwendungsdurchgriffs;
- Schutz des Zahlungsdienstnutzers, vgl. § 675i BGB, wonach Abweichungen zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers in engen Grenzen zulässig sind;
- „Bereichsausnahmen“ für grenzüberschreitende Zahlungen mit Drittstaaten.

### **VIII. Der Bereicherungsausgleich im Zahlungsverkehr**

Im Unterschied zum russischen Recht ranken sich um die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Zahlungsverkehr in der deutschen Rechtswissenschaft eine kaum noch zu überblickende Rechtsprechung und Dogmatik. Es geht um die Frage, ob die Bank (Zahlungsdienstleister) bei einer fehlerhaft geleisteten Zahlung die Rückerstattung des Betrages direkt vom Zahlungsempfänger nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften verlangen kann. Der Ausgangspunkt ist dabei, dass in einem Zahlungsvorgang jeweils eigenständige Rechtsbeziehungen begründet werden. Die Beteiligung von Zwischenbanken ist bereicherungsrechtlich neutral und für die Frage des Durchgriffsanspruchs irrelevant. Wenn nun die Bank des Zahlenden fehlerhaft eine Zahlung an den Empfänger ausgeführt hat, ist fraglich, ob die Bank gegen diesen einen bereicherungsrechtlichen Direktanspruch auf „Rückzahlung“ des „geleisteten“ Geldbetrages hat. Da zwischen der Bank des Zahlenden und dem Zahlungsempfänger in der Regel keine vertragliche Rechtsbeziehung besteht, kommt nur ein gesetzlicher Anspruch aus Bereicherungsrecht in Betracht.

Zum Verständnis der deutschen Rechtsprechung sei kurz ein Fall aus der russischen Rechtsprechung angeführt. In seinem Informationsschreiben vom 11. Januar 2000<sup>24</sup> hat das damalige Höchste Wirtschaftsgericht der Russischen Föderation klargestellt, dass die Bank, auf deren Kosten eine fehlerhafte Zahlung an den Empfänger erfolgt ist, berechtigt ist, von diesem die Rückzahlung als

---

<sup>24</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 N 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении».

ungerechtfertigte Bereicherung zu verlangen. Dieser Rechtsauffassung lag eine doppelte Überweisung aufgrund eines fehlerhaft übermittelten Zahlungsauftrags nach missglücktem Widerruf zugrunde. Das Höchste Wirtschaftsgericht der Russischen Föderation hat der Klage der Bank des Zahlenden gegen den Zahlungsempfänger hinsichtlich eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs gemäß Art. 1102 GK RF stattgegeben mit der Begründung, dass bargeldlose Zahlungen *durch* Banken erfolgen, jedoch nicht zu ihren Lasten. Der bereicherungsrechtliche Direktanspruch der Bank des Zahlenden gegen den Zahlungsempfänger ist vom damaligen Höchsten Wirtschaftsgericht der Russischen Föderation somit bejaht worden.

Im deutschen Recht ist der direkte bereicherungsrechtliche Ausgleich gegenüber einer Abwicklung „über das Eck“ zwischen den einzelnen Beteiligten hingegen höchst umstritten, unlängst aber vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 16. Juni 2015<sup>25</sup> bejaht worden. Diese Wendung in der Rechtsprechung ist auf das neue Zahlungsdiensterecht zurückzuführen. Bis dato waren Rechtsprechung und Literatur der überwiegenden Auffassung, dass eine Direktkondition der Bank gegen den Zahlungsempfänger nur dann zulässig war, wenn nicht vorrangig zwischen dem Zahlungsempfänger und dem Zahlenden und zwischen letzterem und seiner Bank rückabzuwickeln war. Das wurde dann bejaht, wenn dem Zahlenden die Zahlung mangels Veranlassung nicht zugerechnet werden konnte, so dass der Empfänger die Zahlung nicht als „Leistung“ des Zahlenden verstehen konnte.<sup>26</sup> Das deutsche Bereicherungsrecht unterscheidet zwischen der Leistungskondition und der Nichtleistungskondition. Gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ist derjenige zur Herausgabe verpflichtet, der *durch die Leistung* eines anderen (1. Alt.) *oder in sonstiger Weise* auf dessen Kosten (2. Alt.) etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Diese Unterscheidung zwischen der Leistungskondition und der Nichtleistungskondition ist elementar für das Verständnis des deutschen Bereicherungsrechts und geht auf die sog. Trennungslehre zurück.<sup>27</sup> Dabei ist stets vorrangig innerhalb von Leistungsbeziehungen abzuwickeln

---

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 16.6.2015 - XI ZR 243/13.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu *Belling/Belling*, JZ 2010, 708, 711.

<sup>27</sup> Zur Entwicklung der Trennungslehre vgl. *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau 1934; *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel 1954, S. 333f.; *ders.*, Bereicherungsansprüche und Drittbeziehung, JZ 1962, 385ff.

(Subsidiarität der Nichtleistungskondition).<sup>28</sup> Unter „Leistung“ ist die „bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“ zu verstehen.<sup>29</sup> Da nach dem Subsidiaritätsdogma vorrangig innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen rückabzuwickeln ist, wurde der Direktanspruch in Form einer Nichtleistungskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB vereinfacht gesagt nur in den Fällen bejaht, in denen dem Zahlenden die Zahlung nicht zuzurechnen war.

Dem Prinzip der Subsidiarität der Nichtleistungskondition und der daraus resultierenden Abwicklung „über das Eck“ liegen einige begründete Überlegungen (Wertungen) zugrunde, die kurz umrissen werden sollen. Zunächst ist das Insolvenzrisiko des Zahlungsempfängers sachgerecht zu verteilen. Die Vertragspartner sind sich jeweils näher als ein Dritter, da davon auszugehen ist, dass sie sich vor Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung mit der wirtschaftlichen Situation des anderen vertraut gemacht haben. Wird der Direktanspruch bejaht, trägt nunmehr nicht der Zahlende, der mit dem Zahlungsempfänger eine vertragliche Beziehung unterhält, das Zahlungsausfallrisiko des Empfängers, sondern dieses wird auf die Bank verlagert. Auch der Schutz des Empfängers wird ins Feld geführt. Dieser verliert nämlich seine Einwendungen aus dem Valutaverhältnis, da er diese nicht auf das Zuwendungsverhältnis übertragen kann und damit nicht dem bereicherungsrechtlichen Direktanspruch der Bank des Zahlenden entgegensetzen kann. Dem Zahlungsempfänger wird ein Gläubiger aufgezwungen, den er sich nicht ausgesucht hat.<sup>30</sup> Auch der Entstehungshintergrund des BGB wird gegen einen Direktanspruch angeführt. Als das Bürgerliche Gesetzbuch zum Ende des 19. Jahrhundert konzipiert wurde, orientierte man sich zwar grundsätzlich am römischen Recht, in dem das Bereicherungsrecht seine Wurzeln hat. Die Väter des BGB entschieden sich jedoch bewusst gegen die Kodifizierung der „actio de in rem verso“ (Versionsklage), die einen bereicherungsrechtlichen Direktanspruch gegen den Bereicherten begründete. Die „actio de in rem verso“ bezog sich nach römischem Recht auf den Fall, dass eine untergeordnete Person (wie der Sklave im alten Rom) mit oder ohne Ermächtigung seines Patrons (Herrn) eine Verpflichtung einging, die zu einer Mehrung des Vermögens des Patrons führte. Dieser war

---

<sup>28</sup> Dazu vgl. *Berg*, Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB, AcP Bd. 160 (1961), S. 519 ff.; *Ehmann*, Anmerkung zu BGH NJW 1971, S. 612 ff.

<sup>29</sup> Die Definition geht zurück auf *Kötter*, Zur Rechtsnatur der Leistungskondition, AcP Bd. 153 (1954), 193 ff.

<sup>30</sup> Ausführlich hierzu *Canaris*, FS Larenz, 1973, 799, 802ff. mwN.

dann einem bereicherungsrechtlichen Anspruch des Geschädigten ausgesetzt. Genau dieser Anspruch wurde bewusst nicht in das BGB aufgenommen. Eine Bejahung des Direktanspruchs der Bank des Zahlenden gegen den Zahlungsempfänger würde diese gesetzgeberische Entscheidung untergraben.<sup>31</sup> Ein weiterer Einwand bezieht sich darauf, dass der Zahlungsempfänger für Fehler herangezogen wird, die aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlenden und dessen Bank resultieren (wie z. B. die Missachtung eines rechtzeitigen Widerrufs). Auf dieses Rechtsverhältnis hat er jedoch keinerlei Einfluss, er wird aber für die Konsequenzen herangezogen. Die Fehlerquelle liegt nicht in seiner Verantwortungssphäre, so dass es allgemeinen Haftungsgrundsätzen widerspräche, würde er in die Auseinandersetzung „hineingezogen“. Zumindest kann man dann an einer gerechten Verteilung der Risiken zweifeln. Angesichts der genannten Wertungsgesichtspunkte wurde eine Nichtleistungskondition der Bank des Zahlenden gegen den Empfänger nur dann favorisiert, wenn die Zahlung ohne wirksamen Zahlungsauftrag an den Zahlungsempfänger erfolgte und der Zahlungsempfänger die eingegangene Zahlung dem Zahlenden zurechnen durfte. Der BGH legte dieser Lösung die Lehre vom Empfängerhorizont zugrunde.<sup>32</sup>

Im Hinblick auf die jüngst aufgenommenen Regelungen § 675u BGB<sup>33</sup> und § 675z Satz 1 BGB<sup>34</sup> war diese Rechtsprechung zu überdenken. Gemäß § 675u BGB hat der Zahlungsdienstleister des Zahlenden im Fall eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs gegen diesen keinen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen. Sofern

---

<sup>31</sup> Vgl. von Caemmerer, FS Rabel, 1954, 340, 369ff.; Westermann, JuS 1968, 18.

<sup>32</sup> BGHZ 40, 272 ff. (278f.).

<sup>33</sup> § 675u BGB. Haftung des Zahlungsdienstleisters für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge.

Im Fall eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers gegen diesen keinen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen. Er ist verpflichtet, dem Zahler den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten und, sofern der Betrag einem Zahlungskonto belastet worden ist, dieses Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte.

<sup>34</sup> § 675z BGB. Sonstige Ansprüche bei nicht erfolgter oder fehlerhafter Ausführung eines Zahlungsauftrags oder bei einem nicht autorisierten Zahlungsvorgang.

Die §§ 675u und 675y sind hinsichtlich der dort geregelten Ansprüche eines Zahlungsdienstnutzers abschließend. (...)

das Zahlungskonto mit einem Betrag belastet worden ist, ist er verpflichtet, dem Zahlenden den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten und dieses Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Wie bereits ausgeführt wurde, verdrängt die Regelung des § 675u BGB wegen § 675z Satz 1 BGB andere Ansprüche im Verhältnis Zahlender und Zahlungsdienstleister, die auf das gleiche Anspruchsziel gerichtet sind – und damit auch einen etwaigen bereicherungsrechtlichen Anspruch in diesem Verhältnis. Da es aber nicht dabei verbleiben kann, dass die Bank sich nunmehr nicht an den Empfänger wenden darf, der ungerechtfertigt bereichert ist, wird unter Zugrundelegung der Neuerungen des Zahlungsdiensterechts eine Direktkondition des Zahlungsdienstleisters des Zahlenden gegen den Zahlungsempfänger nach neuester Rechtsprechung bejaht. Diese Lösung hat auch in der Literatur Anhänger gefunden, die sich auf die Intention der Zahlungsdiensterichtlinie berufen, wonach der Zahlende bei fehlerhaften unautorisierten Zahlungsvorgängen aus dem Rückabwicklungsprozess herauszuhalten ist (vgl. Art. 60 der Europarechtkonform zu finden sind. Das entscheidende Kriterium sei nunmehr die Autorisierung im Sinne des § 675j BGB; komplizierte Wertungsgesichtspunkte fänden keinen Rückhalt im Gesetz.<sup>35</sup> Auf der anderen Seite wird der neuen Rechtsprechung des BGH auch Kritik entgegengebracht. So habe der BGH nicht dargelegt, aus welchen Gründen er von seinem bisherigen Wertungskriterium des (Zahlungs)Empfängerhorizontes abweicht, denn die §§ 675j, 675u und 675z BGB beabsichtigten nur eine Klärung hinsichtlich des Deckungsverhältnisses; das Valutaverhältnis sei indes nicht von den neueren Normen betroffen.<sup>36</sup>

### **IX. Ausblick auf vergleichende Aspekte mit dem russischen Zahlungsrecht**

Im Vergleich zum russischen Recht fällt zunächst der hohe Abstraktionsgrad der deutschen Regelungen auf, die auf die horizontale Regelungstechnik der Zahlungsdiensterichtlinie zurückzuführen sind. In der russischen Gesetzgebung ist nach wie vor eine Präferenz zur Regelung des Zahlungsverkehrs in mehreren Normativakten festzustellen. Dabei können auch Verordnungen der

---

<sup>35</sup> So im Ergebnis *Lorenz*, Anmerkung zu BGH v. 16.5.2015 - XI ZR 243/13; LMK 2015, 373997.

<sup>36</sup> Vgl. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.06.2015 - XI ZR 243/13 von *Kiehle*, NJW 2015, 3093-3096.

Russischen Zentralbank eine nicht unwesentliche Rolle spielen, wie sie beispielsweise bei Bankkartenzahlungen anzutreffen sind.<sup>37</sup> Das deutsche Bankvertragsrecht unterzieht sich seit geraumer Zeit einem zunehmenden Einfluss des europäischen Richtlinien- und Verordnungsgebers, der auf Vereinheitlichung und Harmonisierung des Zahlungsverkehrs auf dem EU-Binnenmarkt gerichtet ist. Ferner lässt sich in Deutschland eine starke Kautelarpraxis der Kreditinstitute feststellen, die in den weit verbreiteten AGB-Regelwerken ihren Niederschlag findet. Hinsichtlich der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bei fehlgeschlagenen Überweisungen ist eine Abkehr der verzweigten Rechtsprechung und Dogmatik zu beobachten, die sich einer einfacheren Lösung annähert, ähnlich wie sie im russischen Recht gilt. Am Ende ist ein vernünftiger Interessenausgleich nach Risikoerwägungen zu finden. Nicht zuletzt ist der Zahlungsverkehr ein Beispiel dafür, dass der Bankkunde in der Regel keinen Einblick in die Interbankenabläufe hat.<sup>38</sup> Daher war ein Ziel des europäischen Richtliniengebers, das Risiko bei den Zahlungsdienstleistern anzusiedeln. Hierfür wurde die Autorisierung als maßgebliches Kriterium in das BGB aufgenommen, um der Praxis Rechtssicherheit zu geben.

---

<sup>37</sup> Положение об эмиссии платежных карт и об операциях, совершаемых с их использованием", утв. Банком России 24.12.2004 N 266-П, в ред. от 14.01.2015, зарегистрировано в Минюсте России 25.03.2005 N 6431.

<sup>38</sup> So auch *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2013, S. 954.

## **ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В РАСЧЕТНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ ПО ГЕРМАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ОБ ОКАЗАНИИ ПЛАТЕЖНЫХ УСЛУГ**

*судья Каролин Лауэ  
(в административном суде г. Лейпцига)*

### **Тезисы**

#### **I. Развитие правового регулирования ответственности в расчетных правоотношениях**

Германское законодательство долгое время не предусматривало подробным образом правового регулирования расчетов на законодательном уровне. Ответственность кредитных организаций регулировалась по общим правилам обязательственного права и по общим условиям, разработанными кредитными организациями. С принятием Директивы № 2007/64/ЕС о платежных услугах на внутреннем рынке правовое регулирование расчетов в Германии подверглось значительным законодательным изменениям.

#### **II. Механизм правового регулирования ответственности в расчетах**

Новшество заключалось в том, что в данной Директиве была предусмотрена единая система норм, распространяющаяся на *все* безналичные бездокументарные виды расчетов – так называемый «горизонтальный подход регулирования». Правовое регулирование гражданско-правовой ответственности банков закреплено в § 675с – § 676с Германского гражданского кодекса (ГГК), данные нормы были приняты в рамках имплементации Директивы ЕС о платежных услугах. Кроме того, существуют общие условия банков и сберегательных касс о денежных переводах, о прямом дебетовании и т.д. (*нем.* AGB-Banken, AGB-Sparkassen), а также межбанковские соглашения (*нем.* Interbankenabkommen).

Правовое регулирование расчетных правоотношений разделяет платежную операцию на три фазы:

1. инициирование платежной операции (договор о платежных услугах, авторизация, отзыв и т.д.): §§ 675с – 675m ГГК;

2. выполнение платежной операции: §§ 675n – 675t ГКК;

3. ответственность: §§ 675u – 676с ГКК.

Различие указанных трех фаз и отдельных правоотношений имеет большое значение в связи с тем, что определенные нормы ответственности действуют исключительно для определенного вида расчета. Нормы, регулирующие *выполнение* платежной операции, могут затрагивать правоотношение как между плательщиком и его банком-плательщиком (*нем. Deckungsverhältnis*), так и между получателем средств (бенефициаром) и банком-получателем (*нем. Inkasso-verhältnis, Zuwendungsverhältnis*). Ошибки на стадии *инициирования и авторизации*, как например, при отзыве платежного поручения или в случаях недееспособности плательщика, напротив, касаются только правоотношений между плательщиком и его банком-плательщиком и не затрагивают правоотношения между получателем средств (бенефициаром).

### **III. Вина**

В отличие от иных основных требований возмещения, предусмотренных в ГКК, как например, требование о возмещении ущерба, вызванного нарушением договорной обязанности (см. § 280 ГКК), и требование о возмещении вреда (§ 823 ГКК), следует отметить, что все нормы, влекущие ответственность банков в расчетных правоотношениях, т.е. § 675u ГКК, § 675x ГКК и § 675y ГКК, не требуют наличия вины банка.

Кроме того, в соответствии с § 675z абз. 1 ГКК нормы § 675u ГКК, § 675x ГКК и § 675y ГКК представляют собой окончательные положения, исключающие предъявления иных требований, направленных на достижение одинаковых целей. Тем не менее, при косвенном ущербе или убытке применяются другие нормы о возмещении ущерба (договорное требование: правила § 280 ГКК, а также внедоговорное требование, основанное на правиле § 823 ГКК). Однако в этом случае сумма ответственности может быть ограничена 12.500 евро.

### **IV. Виды ошибок и авторизация**

«Ошибки» или неточности, возникающие при осуществлении переводов денежных средств, включают в себя своевременный отзыв платежа плательщиком, перевод средств, превышающий действительную сумму, недостающий перевод средств, перевод средств неправильному получателю средств; недееспособность или ограниченная дееспособность

плательщика, инициирование платежной операции представителем без полномочия или доверенности, поддельное платежное поручение, исполнение перевода средств с опозданием и др.

В зависимости от лица, инициировавшего расчетную операцию, различают следующие виды ошибок:

1. ошибка произошла на стадии инициирования платежа или

2. ошибка произошла на стадии исполнения платежа.

От данной классификации зависит норма, устанавливающая ответственность банка, так как Германский гражданский кодекс предусматривает дифференцированную систематику регулирования ответственности банков в нормах § 675с–676с ГГК.

Если платеж считается ошибочным уже с самого начала, он является «неавторизованным» и применяется норма § 675и ГГК, устанавливающая ответственность за неавторизованные платежные операции. Согласно § 675у ГГК в случае неавторизованной платежной операции банк не вправе требовать от своего клиента компенсации суммы операции. В случае, если сумма платежной операции уже была списана со счета клиента, банк обязан вернуть счет в первоначальное состояние, зачислив на него необходимую сумму.

От этой ситуации необходимо отличать другую ситуацию: если ошибка произошла в рамках исполнения платежной операции, то платеж считается «авторизованным», а ответственность регулируется другими нормами, а именно §§ 675у и 675х ГГК. Выбор нормы, устанавливающей ответственность, зависит, прежде всего, от наличия действительной авторизации платежной операции (§ 675j ГГК).

## **V. Ответственность при участии банков-посредников**

При участии третьих банков (банков-посредников) банк несет вину за банков-посредников как собственную вину, если только в действиях банка-посредника не имеются существенные признаки вины, возникшие вследствие неисполнения предписаний пользователя платежных услуг. При косвенных убытках, как например, ущерб от просрочки, потеря скидок, требование возмещения ущерба кредитором, ответственность несет банк-посредник, а не непосредственный банк плательщика. Данное правило отражает внутренне присущий принцип

ответственности за возникновение ущерба, свойственный праву расчетов, то есть ответственность несет тот, в чьей сфере влияния возникла ошибка.

Кроме того, следует указать на то, что в тех случаях, когда банк-плательщик несет ответственность за невыполнение или неправильное выполнение платежной операции и за причину ошибок отвечает другой банк, то первый банк (банк-плательщик) может потребовать от третьего банка возмещение любых понесенных убытков (§ 676а ГК). Закон предоставляет банку право на регресс.

### **VI. Ответственность при расчетах электронными деньгами**

В отличие от других безналичных форм расчетов платежи электронными деньгами при использовании денежной карты, т.е. когда на карте скопилась определенная сумма денежных средств, обладает функцией замены денежных средств. На расчеты электронными деньгами распространяются нормы права расчетов ГК (§ 675с абз. 2 ГК), таким образом, электронные деньги приравнены к остальным безналичным формам расчетов. Исключение составляет лишь случай, когда на счету или на денежной карте находится денежная сумма, не превышающая 200 евро и у банка плательщика нет возможности заблокировать счет (см. § 675i абз. 3 ГК). В такой ситуации банк не имеет право требовать от плательщика возмещения расходов, а плательщик, в свою очередь, не может требовать от банка возврата списанной суммы при неавторизованном платеже согласно § 675и ГК.

### **VII. Принципы регулирования ответственности в расчетных правоотношениях**

Резюмируя принципы гражданско-правовой ответственности банков в расчетных правоотношениях, можно выделить следующие принципы:

- абстрактность правоотношений и недопустимость выдвижения возражений, возникший из одних правоотношений, и перенос их на другие правоотношения;
- горизонтальность регулирования расчетов, то есть применение единых общих норм, распространяющихся на все виды расчетов;

- правовое разделение платежной операции на три фазы: 1. инициирование и авторизация, 2. исполнение и 3. ответственность;

- наступление ответственности вне зависимости от вины банка и причинной связи; исключение из данного принципа составляет § 675z ГКК, т.е. при наступлении косвенного ущерба, например, в случае просрочки платежа, если кредитор (бенефициар) требует от должника (т.е. плательщика) договорную неустойку за просрочку платежа, или если, например, плательщик потеряет особенную скидку (*нем. Rabatt*), предоставленную ему за быструю оплату платежа, в таких случаях банк несет ответственность только при условии, если он совершил ошибку при наличии вины (§§ 280 абз. 2, 286, 288 ГКК); и если третий банк (банк-посредник) участвует в расчетной операции, необходимо учитывать вину и ответственность третьих банков (§ 675z ГКК и § 676a ГКК); а также при нарушении плательщиком своей обязанности, как например, если плательщику не удалось обеспечить сохранность персональных кодов безопасности (§ 675l ГКК и § 675v ГКК);

- защита прав потребителей, закрепленная в норме § 675e абз. 1 ГКК (на основании ст. 86 абз. 3 Директивы о платежных услугах), согласно которой в спорной ситуации нельзя решать в ущерб потребителю;

- трансграничные расчетные операции в пределах или за пределами третьих государств не подлежат ограничениям §§ 675c ГКК – 676c ГКК; валюта третьего государства исключена, однако здесь возможно отклонение.

### **VIII. Неосновательное обогащение и расчеты**

Огромное значение для возврата ошибочно зачисленных денежных средств в германской цивилистике имеет неосновательное обогащение. Если по вине банка произведено ошибочное зачисление средств получателю, то возникает проблема, вправе ли банк плательщика истребовать ошибочно осуществленные средства напрямую от получателя средств как неосновательно приобретенное имущество. В Германии давно ведется спор о том, вправе ли банк плательщика истребовать средства напрямую от получателя средств как неосновательно приобретенное имущество. До введения нового параграфа § 675u ГКК в германском праве суды и правоведы придерживались преобладающего мнения, согласно которому банк не мог истребовать сумму напрямую от получателя средств

как неосновательно приобретенное имущество. Указанный подход связан с тем, что неосновательное обогащение в немецком праве имеет специфику, если речь идет о правоотношениях с большим числом участников, т.е. в расчетной операции с тремя или четырьмя участниками, как например, ситуация в расчетной операции, касающейся плательщика – банка-плательщика – банка-получателя – получателя средств.

Германское гражданское право строго проводит различие между:

- неосновательным обогащением вследствие «исполнения обязательства» (*нем. Leistungskondiktion*) и
- неосновательным обогащением «иным образом» (*нем. Nichtleistungskondiktion*).

Первый случай применяется, если получатель средств приобрел что-либо, но для получения этого предмета нет правовых оснований и средства были зачислены с целью исполнения обязательства, вытекающего из договора с получателем средств. «Исполнение обязательства» определяется как «осознанное и целенаправленное увеличение чужого имущества», так называемое финальное определение понятия «исполнения обязательства» (*нем. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens*).

Такое договорное правоотношение и воля, направленная на исполнение определенного обязательства путем перевода денежных средств получателю, являются необходимой предпосылкой для того, чтобы первый случай применялся, потому что возврат неосновательно полученного имущества должен осуществиться в первую очередь между сторонами договорных правоотношений (где обязательства, которые должны быть исполнены, существуют).

Согласно германской доктрине неосновательное обогащение «вследствие исполнения обязательства» пользуется приоритетным применением перед неосновательным обогащением «иным образом» (*нем. Vorrang der Leistungskondiktion vor der Nichtleistungskondiktion*). Это означает, что возврат средств на основании неосновательного обогащения осуществляется всегда в первую очередь между сторонами, между которыми существует договорное обязательство и, следовательно, между ними может иметься кондиционное правоотношение «вследствие исполнения обязательства». Только в том случае, если неосновательное обогащение произошло не вследствие (приоритетного) исполнения обязательства, то есть, если (приоритетного) договорного

правоотношения нет, то потерпевший вправе истребовать средства на основании «неосновательного обогащения иным образом» от получателя средств.

Данный принцип субсидиарности неосновательного обогащения «иным образом» в отношении приоритетного неосновательного обогащения «вследствие исполнения обязательства» имеет в германской цивилистике значение неотразимого догмата, который подтверждается разным причинам:

Во-первых, получатель средств (то есть, приобретатель неосновательного обогащения) теряет свои возражения, который он мог бы выдвинуть из основного договора с плательщиком (например, из договора купли-продажи). Во-вторых, риск неплатежеспособности получателя средств в связи с возможным банкротством должен быть распределен справедливо. Партнер договорного правоотношения находится ближе к своему партнеру по договору, чем любое третье лицо. Если банк плательщика вправе истребовать средства от бенефициара неосновательного обогащения, то банк плательщика несет риск его неплатежеспособности. Если плательщик должен истребовать сумму от бенефициара неосновательного обогащения, то на плательщика должен быть возложен риск неплатежеспособности получателя, что оказывается справедливее, так как он выбрал получателя в качестве своего партнера основного договора, и с выбором и заключением договора у него была возможность, ознакомиться с кредитоспособностью своего партнера. В-третьих, когда Германский гражданский кодекс был разработан в конце XIX века, позиции его создателей относились в рамках неосновательного обогащения в основном к римскому праву. Римское право предусматривало так называемое «*actio de in rem verso*» (нем. *Versionsklage*), которое основывает прямую ответственность бенефициара неосновательного обогащения. Создатели ГГК сознательно *не* ввели данный вид ответственности за неосновательное обогащение в ГГК. В-четвертых, если получатель средств должен вернуть средства непосредственно банку, то это означает, что бенефициар отвечает за ошибки в правоотношении между плательщиком и банком, стороной которого он не является. Бенефициар несет риск, несмотря на то, что у него нет возможностей оказывать влияние на правоотношение между плательщиком и его банком. Если он должен отвечать за «ошибку» другого лица, такой подход способен вызвать по крайней мере некоторые сомнения в том,

распределен ли риск ответственности надлежащим образом в соответствии со сферой влияния.

На основании Директивы о платежных услугах была введена новая норма – § 675u ГК. Данная норма устанавливает, что в случае неавторизованной платежной операции банк плательщика не имеет право истребовать от плательщика возмещение своих расходов. Он обязан возместить плательщику сумму платежа незамедлительно. Если сумма была списана с платежного счета, он обязан вернуть расчетный счет в такое состояние, в котором он был бы без осуществления неавторизованной платежной операции. Иными словами, согласно § 675u ГК в случае неавторизованной платежной операции банк не вправе требовать от клиента компенсации суммы операции, а в случае, если сумма операции уже была списана со счета плательщика, банк обязан вернуть счет в первоначальное состояние, зачислив на него необходимую сумму. Для применения § 675u ГК необходимо просто ответить на вопрос, был ли платеж авторизован или нет. При этом не имеет значения, инициировал ли плательщик платеж, отозвал ли он его вовремя или с нарушением срока, а также неважно, был ли конкретный платеж когда-либо инициирован плательщиком. Сторонники в науке новой концепции прямой кондиционной претензии банка против получателя средств предлагают учитывать цель Директивы о платежных услугах – защита плательщика. Данную концепцию подтвердил недавно Верховный Суд ФРГ (*нем.* Bundesgerichtshof – BGH) в своем решении от 16 июня 2015 года, удовлетворив иск банка плательщика о прямом требовании против получателя средств, с которым у банка-истца не было договорных отношений.

Новая норма § 675u ГК устанавливает более объективные критерии в связи с тем, что § 675u ГК просто спрашивает о том, был ли платеж авторизован или нет – независимо от того, инициировал ли плательщик платеж и отозвал ли он его позже или плательщик никогда не инициировал платежную операцию.

### **IX. Заключение и короткое сравнение с российским законодательством**

Подводя итог, можно сделать вывод, что обязательственное банковское право Германии подвержено влиянию Европейского союза, которое направлено на унификацию расчетов в рамках внутреннего рынка Европейского союза.

Вторая особенность германского банковского права состоит в четко выраженной всесторонней юридической практике банков, то есть все зависит от условий договора. Закон дает только предписание, а детали регулируются банками в условиях договора. Таким образом, германское право гораздо больше зависит от договорного регулирования, нежели, чем от предписаний закона.

Сравнивая германское законодательство с российским регулированием, следует отметить, что правила по расчетам в Германии основаны на Директиве о платежных услугах и, следовательно, на «абстрактном» подходе, в то время как правила российского законодательства по расчетам отличаются детализированным подходом регулирования. Российское законодательство по расчетам содержит отдельные правила для каждого вида расчета. Так, расчеты посредством банковских карт урегулированы в отдельном положении: в Положении ЦБ «Об эмиссии платежных карт и об операциях, совершаемых с их использованием» (утв. Банком России 24.12.2004 N 266-П в ред. от 14.01.2015), расчет платежным требованием урегулирован в Гражданском Кодексе РФ и в Федеральном Законе N 166 «О национальной платежной системе», правила о расчете по инкассо предусмотрены только в Гражданском Кодексе РФ, в ФЗ «О национальной платежной системе» не закреплены нормы, касающиеся расчета по инкассо, а вместо этого данный закон регулирует в статье 6 прямое дебетование.

Относительно права неосновательного обогащения, а именно право требования банка плательщика от получателя денежных средств, складывается впечатление, что германское право приближается к другим системам права, в том числе, и к России.

## **GRUNDSÄTZE DES DEUTSCHEN ZIVILPROZESSES**

*Dr. iur. Falk Bernau  
Richter am OLG*

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht*

### **Gliederung**

- I.** Zweck und verfassungsrechtliche Verankerung des Zivilprozesses
- II.** Alternativen zum Zivilprozess
- III.** Zivilprozessrecht
  - 1.** Gesetzliche Grundlagen
  - 2.** Rechtsweg
- IV.** Verfahrensgrundsätze
  - 1.** Verfassungsrechtliche Verfahrensgrundsätze
    - a)** Anspruch auf rechtliches Gehör
    - b)** Anspruch auf faires Verfahren
    - c)** Willkürverbot
  - 2.** Zivilprozessuale Verfahrensgrundsätze
    - a)** Dispositionsgrundsatz
    - b)** Verhandlungsgrundsatz
    - c)** Grundsatz der Mündlichkeit und Schriftlichkeit
    - d)** Grundsatz der Unmittelbarkeit
    - e)** Grundsatz der Öffentlichkeit
    - f)** Konzentrationsgrundsatz
- V.** Zusammenfassung

## **I. Zweck und verfassungsrechtliche Verankerung des Zivilprozesses**

Als Zivilprozess wird das vor staatlichen Gerichten stattfindende gesetzlich geregelte Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (§ 13 GVG) bezeichnet, das auf die Feststellung und Durchsetzung privater Rechte des Einzelnen gerichtet ist. In Ausnahmefällen werden mit dem Zivilprozess öffentliche Interessen verfolgt, wie dies bei der Verbandsklage gemäß § 13 UWG und bei Klagen zur Durchsetzung von Ansprüchen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen auf der Grundlage des Unterlassungsklagengesetzes geschieht<sup>1</sup>.

Wird das dem Einzelnen zustehende Recht von anderen nicht anerkannt oder verletzt, darf der Berechtigte grundsätzlich sein Recht nicht selbst zwangsweise durchsetzen, da der Staat das Gewaltmonopol beansprucht. Das Recht auf Selbsthilfe ist auf wenige Ausnahmefälle beschränkt und muss zur Abwendung eines Rechtsverlustes zwingend geboten sein (§§ 227-229 BGB, § 562b Abs. 1 BGB, § 859 BGB, § 904 BGB, § 962 BGB). In allen anderen Fällen ist der Berechtigte auf staatliche Hilfe für die Durchsetzung seines Rechts angewiesen. Als Ausgleich für das Verbot der Selbsthilfe besteht die Verpflichtung des Staates, dem Einzelnen bei der Durchsetzung seiner Ansprüche zu helfen. Der Staatsbürger hat dementsprechend einen grundgesetzlich verbürgten Justizgewährungsanspruch gegen den Staat, dass die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere die Gerichte, ihm Rechtsschutz gewähren, der aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet wird<sup>2</sup>.

Zweck und Aufgabe des Zivilprozesses ist es, das private Recht des Einzelnen festzustellen und durchzusetzen. Durch das letztinstanzliche, unanfechtbare Urteil wird der Streit der Parteien endgültig entschieden. Die damit verbundene Herstellung des Rechtsfriedens ist aber Folge und nicht primärer Zweck richterlicher Tätigkeit. Der Zivilprozess dient zudem über den einzelnen Prozess hinaus der Rechtsfortbildung und der Einheit der Rechtsordnung. Durch die Entscheidung neuer Rechtsfragen, die dem Richter auch in Gestalt neuer Sachverhalte unterbreitet werden, die der Gesetzgeber nicht bedenken konnte, trägt er zur Weiterentwicklung des objektiven Rechts und zur Sicherung der Rechtseinheit bei (vgl. § 511 Abs. 4 S.

---

<sup>1</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 1.

<sup>2</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 6; *Rauscher*, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 8.

1 Nr. 1 ZPO, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO, § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 132 Abs. 4 GVG<sup>3</sup>. Die *Eigenständigkeit des Zivilprozessrechts* gegenüber dem materiellen Zivilrecht zeigt sich u. a. darin, dass gleich lautende Begriffe, wie z.B. Anspruch, Einrede, Anerkenntnis und Verzicht, einen anderen Inhalt haben<sup>4</sup>.

Aus dem Justizgewährungsanspruch ergibt sich auch das Recht auf ein faires Verfahren und auf Wahrung der Waffengleichheit zwischen den Parteien<sup>5</sup>, sowie i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG der Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>6</sup>. Mit dem Justizgewährungsanspruch ist es vereinbar, dass die Inanspruchnahme der Gerichte vom Gesetzgeber gebührenpflichtig gemacht wird und sich die Höhe der Gebühren an dem Streit- oder Geschäftswert orientiert<sup>7</sup>. Jedoch dürfen die Gebühren nicht außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert stehen, den das gerichtliche Verfahren für den Einzelnen hat<sup>8</sup>. Auch einer minder bemittelten Partei muss die gerichtliche Rechtsverfolgung ermöglicht werden. Das wird durch das Rechtsinstitut der Prozesskostenhilfe (§§ 114-127a ZPO) sichergestellt.

## II. Alternativen zum Zivilprozess

Die Durchführung eines Zivilprozesses ist kostspielig und aufgrund der ständig wachsenden Belastung der Gerichte immer häufiger langwierig. Von den Parteien eines Zivilprozesses sind deshalb Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung zumindest in Betracht zu ziehen. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Eröffnung dieser in der Zivilprozessordnung (ZPO) verankerten Möglichkeiten das Ziel, die Gerichte zu entlasten<sup>9</sup>. Nicht unbedenklich im Hinblick auf die Streitkultur ist es, dass langjährig in knapp 50 % der vor den Amtsgerichten erledigten Fälle der Streitwert unter 1000 Euro liegt und in knapp 20 % der Fälle um weniger als 300 Euro gestritten wird. Die Gerichtskosten dürften hier nicht annähernd die Kosten der eingesetzten Ressourcen decken<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Musielak, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 5; Rauscher, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 9, 25.

<sup>4</sup> Rauscher, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 27.

<sup>5</sup> BVerfGE 55, 72 (93 f.); BVerfGE 69, 126 (140).

<sup>6</sup> BVerfGE (Plenarentscheidung) 107, 395 (411 f.).

<sup>7</sup> BVerfGE 80, 103 (106 f.).

<sup>8</sup> BVerfGE 85, 337 (347).

<sup>9</sup> Saenger, in: HK-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 36.

<sup>10</sup> Rauscher, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 54.

So dient das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO) neben der Beweissicherung dem Zweck, einen Rechtsstreit zu vermeiden (vgl. § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO). Bei einem Streit der Parteien über Ursache oder Umfang eines Schadens kann im Wege der schriftlichen Begutachtung durch einen Sachverständigen eine Klärung herbeigeführt werden, die zu einer Konfliktlösung führt<sup>11</sup>. Da der in diesem Verfahren zugelassene Vergleich (§ 492 Abs. 3 ZPO) Vollstreckungstitel ist (§ 794 Nr. 1 ZPO), kann der Rechtsstreit auf Grundlage der aus dem Beweisergebnis gewonnenen besseren Einsicht vermieden werden<sup>12</sup>.

Eine nicht streitige Streitbeilegung kann auch durch einen Anwaltsvergleich erfolgen (§§ 796a bis 796c ZPO). Die Parteien können außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens durch ihre Rechtsanwälte einen Vergleich schließen lassen, der auf Antrag einer Partei vom Prozessgericht oder einem Notar für vollstreckbar erklärt werden kann, also so ohne Beteiligung eines Gerichts einen Vollstreckungstitel schaffen<sup>13</sup>. Der Anwaltsvergleich eignet sich für grundsätzlich einigungsbereite Parteien, da keine Partei die Kompetenz des Anwalts der Gegenseite so achten wird, wie sie die Kompetenz eines Sachverständigen in einem selbständigen Beweisverfahren achtet<sup>14</sup>.

Ein weiteres Mittel zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten stellt die Mediation dar. Bei der Mediation unterstützt ein neutraler Dritter ohne Entscheidungskompetenz, der Mediator, die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen (vgl. § 1 Abs. 2 MediationsG). Bei der Mediation greift also nicht ein Dritter in den Streit der Parteien ein, sondern die Parteien entscheiden selbst über den Ausgang des Konflikts. Der Mediator wirkt lediglich als Unterstützer und Beschleuniger im Prozess der den Parteien selbst obliegenden Konsensfindung mit. Die auf diese Weise vermiedene Gewinner-Verlierer-Konstellation von Gerichtsentscheidungen ermöglicht insbesondere in Fällen vorteilhafte Lösung, in denen die Parteien in Langzeitbeziehungen, so als Nachbarn oder in längeren Geschäftsbeziehungen miteinander verbunden sind<sup>15</sup>.

Die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten kann von den Parteien privaten Schiedsgerichten übertragen werden, die dann

---

<sup>11</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 22.

<sup>12</sup> *Rauscher*, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 56.

<sup>13</sup> *Saenger*, in: HK-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 38.

<sup>14</sup> *Rauscher*, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 57.

<sup>15</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 25a; *Saenger*, in: HK-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 39.

an die Stelle der staatlichen Gerichte treten (§§ 1025 ff. ZPO). Eine Voraussetzung dafür ist eine entsprechende Vereinbarung der Parteien, die in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden kann (§ 1029 Abs. 2 ZPO)<sup>16</sup>.

Schließlich dienen obligatorische Schlichtungsverfahren der Entlastung staatlicher Gerichte und der außergerichtlichen Streitbeilegung. Sie sind im Landesrecht der Bundesländer (§ 15a EGZPO) vorgesehen. Die Amtsgerichte sollen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu 750 Euro und in Nachbarrechts- und Beleidigungsstreitigkeiten möglichst nicht belastet werden, weshalb die Erhebung einer Klage von der vorherigen erfolglosen Durchführung eines Schlichtungsverfahrens abhängig ist<sup>17</sup>.

### **III. Zivilprozessrecht**

#### **1. Gesetzliche Grundlagen**

Die gesetzliche Regelung des Zivilprozessrechts in der Zivilprozessordnung wird durch weitere Gesetze ergänzt und insbesondere durch das Verfassungsrecht weiterentwickelt und modifiziert. Die besondere Bedeutung des Verfassungsrechts für den Zivilprozess erklärt sich dadurch, dass verfassungsrechtliche Normen gestaltend auf Gerichtsverfassung und gerichtliches Verfahren einwirken. Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut und wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die im Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt (Art. 92 GG). Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG); ihre Rechtsstellung muss gesetzlich geregelt werden (Art. 98 GG)<sup>18</sup>.

Neben der Zivilprozessordnung und dem Grundgesetz (GG) sind als wichtigste Gesetze, die zivilverfahrensrechtliche Regelungen enthalten, zu nennen: das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), das Rechtspflegergesetz (RpflG), das Deutsche Richtergesetz (DRiG), die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZVG), das Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners

---

<sup>16</sup> *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 24.

<sup>17</sup> *Saenger*, in: *Hk-ZPO*, 6. Aufl., Einf. Rn. 41.

<sup>18</sup> *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 9.

außerhalb des Insolvenzverfahrens (AnfG), das Gerichtskostengesetz (GKG), das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) und das Gesetz über die Kosten der Gerichtsvollzieher (GvKostG) .

## **2. Rechtsweg**

Die rechtsprechende Gewalt wird durch das Bundesverfassungsgericht sowie durch die im Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt (Art. 92 GG). Die im Grundgesetz genannten Bundesgerichte sind der Bundesgerichtshof (mit Hauptsitz in Karlsruhe), das Bundesverwaltungsgericht (mit Sitz in Leipzig), der Bundesfinanzhof (mit Sitz in München), das Bundesarbeitsgericht (mit Sitz in Erfurt) und das Bundessozialgericht (mit Sitz in Kassel). Diese Gerichte sind einander gleichrangig und jeweils für ein bestimmtes Fachgebiet errichtet worden. Das Bundesgericht für die ordentliche Gerichtsbarkeit, in der der Zivilprozess geführt wird, ist der Bundesgerichtshof (Art. 95 Abs. 1 GG)<sup>19</sup>. Die Bezeichnung „ordentliche Gerichtsbarkeit“ erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung; durch sie wurde zunächst der einzige der gesetzlichen „Ordnung“ entsprechende Rechtsweg geschaffen. Erst später entwickelten sich die weiteren Gerichtszweige der Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit. Nach § 13 GVG sind Zivilsachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören, die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>20</sup>. Die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind die Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und der Bundesgerichtshof mit Hauptsitz in Karlsruhe. Die funktionelle Zuständigkeit ist in der ersten Instanz zwischen dem Amtsgericht (vgl. §§ 23, 23a, 23b GVG) und dem Landgericht (vgl. § 71 GVG) geteilt<sup>21</sup>.

## **IV. Verfahrensgrundsätze**

Unter den Begriff Verfahrensgrundsätze werden die Rechtsgrundsätze gefasst, die den äußeren Ablauf eines Zivilprozesses und das Verhalten von Gericht und Parteien bestimmen. Zu ihnen gehören verfassungsrechtlich fundierte und spezifisch zivilprozessuale Prinzipien<sup>22</sup>. Nachfolgend werden die

---

<sup>19</sup> *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 16.

<sup>20</sup> *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 17.

<sup>21</sup> *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 18.

<sup>22</sup> *Saenger*, in: *Hk-ZPO*, 6. Aufl., Einf. Rn. 43; *Rauscher*, in: *Münchener Kommentar ZPO*, 4. Aufl., Einl. Rn. 287.

Grundsätze des Erkenntnisverfahrens dargestellt. Das Erkenntnisverfahren (auch Entscheidungs- oder Urteilsverfahren genannt) beinhaltet die richterliche Prüfung des mit der Klage verfolgten Anspruchs einer Partei gegen eine andere Partei. Ziel des Erkenntnisverfahrens, geregelt im 1. bis 7. Buch der ZPO, ist eine Entscheidung durch Urteil. Im Zwangsvollstreckungsverfahren gelten teilweise davon abweichende Grundsätze und Besonderheiten (geregelt im 8. Buch der ZPO).

## **1. Verfassungsrechtliche Verfahrensgrundsätze**

### **a) Anspruch auf rechtliches Gehör**

Der verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht ist in der Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich normiert, sondern wird als eine selbstverständliche Grundregel jedes rechtsstaatlichen Verfahrens vorausgesetzt und in einer Reihe von Vorschriften konkretisiert (z.B. in § 99 Abs. 2 S. 3 ZPO, § 118 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 136 Abs. 3 ZPO, § 139 ZPO, § 225 Abs. 2 ZPO)<sup>23</sup>. Er verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist allerdings erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist.

Das Bundesverfassungsgericht geht grundsätzlich davon aus, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Parteivorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. Die Gerichte sind nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Daher müssen besondere Umstände deutlich machen, dass das Gericht tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist. Das Gericht muss in seiner Entscheidung auf den wesentlichen Kern des Sachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, eingehen, es sei denn der Vortrag ist nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst sich zu dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt zu äußern, Anträge zu stellen, Tatsachen zu behaupten und dafür Beweise anzubieten. Er gibt dem Verfahrensbeteiligten auch das Recht, sich zur Rechtslage zu äußern<sup>24</sup>. Zwar verlangt der Anspruch auf

---

<sup>23</sup> *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 28.

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2009, 1585 Rn. 14.

rechtliches Gehör nicht, dass der Richter vor der Entscheidung auf seine Rechtsauffassung hinweist. Die Partei muss aber bei Anwendung der von ihr zu verlangenden Sorgfalt erkennen können, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommt. Überraschungsentscheidungen sind deshalb verboten. Von einer solchen ist auszugehen, wenn sich eine Entscheidung ohne vorherigen richterlichen Hinweis auf einen Gesichtspunkt stützt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte<sup>25</sup>. Den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens obliegt es andererseits, alle sich bietenden und nicht offensichtlich aussichtslosen prozessualen Mittel und tatsächlichen Möglichkeiten zu nutzen, um sich rechtliches Gehör zu verschaffen. Versäumen sie dies, können sie sich nicht mehr mit Erfolg auf die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör berufen<sup>26</sup>. Die Zivilprozessordnung enthält deshalb eine Reihe von Präklusionsvorschriften, wonach der Vortrag einer Partei außer Acht gelassen werden kann, soweit die Partei gegen die Pflicht zur Prozessförderung schuldhaft verstoßen hat, so in § 296, § 296a, §§ 530-532 ZPO.

### **b) Anspruch auf faires Verfahren**

Das Recht auf ein faires Verfahren ist eng mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör verbunden. Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) den Anspruch auf ein faires Verfahren als ein „allgemeines Prozessgrundrecht“ entwickelt. Das Verfahren muss so gestaltet werden, wie die Parteien des Zivilprozesses es vom Gericht erwarten dürfen<sup>27</sup>. Darunter lassen sich die Stichworte Waffengleichheit, eine eigene Fehler kompensierende und widersprüchliches Verhalten vermeidende Prozessleitung des Gerichts und Rechtsschutz in angemessener Zeit subsumieren<sup>28</sup>. Das Gericht darf sich nicht widersprüchlich verhalten<sup>29</sup>, darf aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern oder Versäumnissen keine Verfahrensnachteile für die beteiligten Parteien ableiten<sup>30</sup> und ist allgemein zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten

---

<sup>25</sup> BVerfGE 84, 188 (190); BVerfGE 86, 133 (144 f.); BVerfGE 98, 218 (263); BVerfGE 108, 341 (345 f.).

<sup>26</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 28.

<sup>27</sup> BVerfGE 57, 250 (275); BVerfGE 78, 123 (126); BVerfG, NJW 1998, 2044.

<sup>28</sup> *Rauscher*, in: Münchener Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 242-249.

<sup>29</sup> BVerfGE 69, 381 (387).

<sup>30</sup> BVerfGE 110, 339 (342).

in ihrer konkreten Situation verpflichtet<sup>31</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat es beispielsweise als einen Verstoß gegen das Gebot einer fairen Verfahrensführung gewertet, dass das Gericht die Zulässigkeit eines Rechtsmittels verneinte, weil es entgegen seiner langgeübten Praxis die unleserliche Unterschrift eines Rechtsanwalts nicht mehr als ordnungsgemäß angesehen hatte<sup>32</sup> oder weil in der Berufungsschrift das Datum und das Aktenzeichen des angefochtenen Urteils falsch angegeben wurden, obwohl durch das beigefügte Urteil erkennbar war, welches Urteil angefochten werden sollte<sup>33</sup>. Ebenso folgt aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens, dass ein Gericht mit seiner Entscheidung abwarten muss, wenn eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bzw. deren Veröffentlichung unmittelbar bevorsteht und der Rechtsstreit deshalb anders entschieden werden muss<sup>34</sup>.

### c) Willkürverbot

Das aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitete Willkürverbot greift auch prozessrechtlich gegen Fälle krasser Verkennung der Rechtslage durch die Fachgerichte ein. Extreme Fehlentscheidungen im Zivilprozess können insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Willkür durch das Bundesverfassungsgericht korrigiert werden. Gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt eine zivilgerichtliche Entscheidung dann, wenn sie zwar kein spezifisches Prozessgrundrecht verletzt, gleichwohl aber sich nicht nur in einer Verletzung einfachen Rechts erschöpft, sondern in einer solchen Weise unrichtig ist, dass der Allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt wird<sup>35</sup>. Ein Richterspruch ist willkürlich und verletzt dadurch Art. 3 Abs. 1 GG, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> BVerfGE 78, 123 (126).

<sup>32</sup> BVerfGE 75, 183 (190).

<sup>33</sup> BVerfG, NJW 1991, 3140.

<sup>34</sup> BVerfG, NJW 2005, 1931 (1932 f.).

<sup>35</sup> *Rauscher*, in: Münchner Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 250.

<sup>36</sup> BVerfGE 62, 189 (192); BVerfGE 67, 90 (94); BVerfGE 87, 273 (278).

## **2. Zivilprozessuale Verfahrensgrundsätze**

### **a) Dispositionsgrundsatz**

Die Verfahrensgestaltung in der Zivilprozessordnung ist nach dem Prinzip der Parteifreiheit und der Parteiverantwortung ausgerichtet. Auf diese Prinzipien sind sowohl der Dispositionsgrundsatz als auch der Verhandlungsgrundsatz – dazu gleich – zurückzuführen. Der Dispositionsgrundsatz – auch Verfügungsgrundsatz genannt – ist das Recht der Parteien, über den Rechtsstreit im Ganzen zu verfügen, ihn durch Initiative durch Klage oder Rechtsmittel in Gang zu setzen bzw. fortzuführen, den Streitgegenstand durch die gestellten Klageanträge zu bestimmen, den Rechtsstreit durch Prozessanträge maßgeblich zu beeinflussen und ihn auch vorzeitig, also ohne Urteil, zu beenden. Beginn und Durchführung des Zivilprozesses, welcher der Durchsetzung privater Rechte dient, sind also weitgehend dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien übertragen. Das dem Dispositionsgrundsatz entgegengesetzte Prinzip ist der *Offizialgrundsatz*, der im Strafprozess gilt und nach dem das Verfahren von Amts wegen eröffnet, durchgeführt und beendet wird. Der *Offizialgrundsatz* gilt bis auf Ausnahmen – so in Ehesachen und Kindschaftssachen – im Zivilprozess nicht<sup>37</sup>. Der Dispositionsgrundsatz ist damit das prozessuale Gegenstück zu dem im materiellen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie, deren Haupterscheinungsform die Vertragsfreiheit ist<sup>38</sup>.

### **b) Verhandlungsgrundsatz**

Der Verhandlungsgrundsatz gewährt den Parteien die Befugnis, die Tatsachen in den Prozess einzuführen, über die das Gericht zu befinden hat und auf die es sein Urteil stützt. Der Verhandlungsgrundsatz wird auch als *Beibringungsgrundsatz* bezeichnet. Nur was die Parteien vortragen (= beibringen), kann die tatsächliche Grundlage des Urteils bilden. Denn das Interesse der Parteien an der Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunktes sorgt am besten dafür, dass die erheblichen Tatsachen von ihnen dem Gericht vorgetragen und bewiesen werden. Das Gericht kann deshalb nur ihm allein bekannte Tatsachen, also *privates Wissen* der Richter,

---

<sup>37</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 35 f.; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 36. Aufl., Einl. I Rn. 5; *Rauscher*, in: Münchener Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 290 ff.

<sup>38</sup> *Saenger*, in: HK-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 64.

nicht verwerten, wenn dies im Parteivorbringen keine Stütze findet<sup>39</sup>. Deshalb dürfen Tatsachen, die in einer Beweisaufnahme dem Gericht mitgeteilt werden, nur berücksichtigt werden, wenn sie von den Parteien aufgegriffen werden<sup>40</sup>. Eine Ausnahme gilt für die Verwertung offenkundiger Tatsachen (§ 291 ZPO). Sie sind vom Gericht auch dann zu berücksichtigen, wenn keine Partei sich auf sie beruft<sup>41</sup>. Auch der Inhalt beigezogener Akten aus anderen Verfahren wird nicht ohne weiteres zum Gegenstand des Parteivorbringens. Im Lichte des den Zivilprozess prägenden Beibringungsgrundsatzes werden nur die diejenigen Teile der beigezogenen Akte zum Vorbringen der Partei, die zumindest in groben Umrissen den vorgetragenen Sachverhalt betreffen<sup>42</sup>. Eine wichtige Ergänzung erfährt der Verhandlungsgrundsatz aber durch die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, geregelt in § 138 Abs. 1 ZPO. Die Parteien müssen sich bei ihrem Tatsachenvortrag an die Wahrheit halten und dürfen nicht bewusst Falsches vortragen. Erkennt das Gericht, dass eine Partei lügt, dann darf es grundsätzlich dieses Vorbringen nicht berücksichtigen, auch wenn es von der Gegenpartei nicht bestritten wird<sup>43</sup>. Der Verhandlungsgrundsatz wird durch die gerichtliche Hinweispflicht ergänzt. Das Gericht hat im Rahmen seiner Prozessleitung darauf hinzuwirken, dass sich die Parteien rechtzeitig und vollständig erklären (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Pflicht des Gerichts zur Prozessleitung erfasst aber nicht das Einbringen oder Ergänzen von Prozessstoff. Es ist aber allein Sache der Parteien, ob und welche Folgerungen sie aus den Hinweisen des Gerichts ziehen und ihren Vortrag ergänzen<sup>44</sup>. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, welche Partei eine tatsächliche Behauptung in den Prozess einführt. Auch wenn eine Partei für sie ungünstige Tatsachen behauptet, sind sie vom Gericht zu berücksichtigen, wenn sie nicht vom Gegner bestritten werden oder wenn nicht ihr Gegenteil feststeht.

Von diesem Grundsatz, wonach es unerheblich ist, welche Partei eine Tatsachenbehauptung in den Prozess einführt, gibt es zwei Ausnahmen. Erste Ausnahme: Der Vortrag des Klägers muss stets die Schlüssigkeit seiner Klage ergeben. Ist das nicht der Fall, dann ist die Klage abzuweisen, ohne dass es insoweit darauf

<sup>39</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 37 f.

<sup>40</sup> BGH, NJW-RR 1990, 507.

<sup>41</sup> *Rauscher*, in: Münchener Kommentar ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 290 ff.

<sup>42</sup> BGH, NJW-RR 2014, 903 Rn. 15.

<sup>43</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 40.

<sup>44</sup> *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., Einl. Rn. 28.

ankommt, welche Tatsachen der Beklagte zur Verteidigung gegen die Klage vorträgt. Denn das Verteidigungsvorbringen des Beklagten kann die Klage nicht schlüssig machen. Allerdings kann sich der Kläger das Vorbringen des Beklagten ausdrücklich zu Eigen machen und damit seine Klage schlüssig werden lassen. Zweite Ausnahme: Da das Gericht den Vortrag des Klägers nicht ergänzen darf, können auch offenkundige Tatsachen die Schlüssigkeit nicht herbeiführen, solange sich der Kläger nicht darauf beruft<sup>45</sup>.

Das Gericht ist aber nur an den gemeinsamen Tatsachenvortrag der Parteien gebunden, nicht aber an eine von den Parteien übereinstimmend vorgetragene Rechtsansicht. Es hat das Vorbringen der Parteien unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten daraufhin zu prüfen, ob das Klagebegehren gerechtfertigt ist. Auch in der Beweiswürdigung ist das Gericht frei (§ 286 ZPO)<sup>46</sup>.

### **c) Grundsatz der Mündlichkeit und Schriftlichkeit**

Nach dem Grundsatz der Mündlichkeit müssen die Parteien ihre Anträge und ihren Tatsachenvortrag in der mündlichen Verhandlung vorbringen (§ 128 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann grundsätzlich nur den Streitstoff seiner Entscheidung zugrunde legen, der in die mündliche Verhandlung eingeführt wurde. Dadurch soll das Gericht einen unmittelbaren Eindruck vom Streitstoff erhalten und ihm die Sachverhaltsaufklärung erleichtert werden, da es unmittelbar Fragen an die Parteien stellen und beiden Seiten rechtliches Gehör gewähren kann<sup>47</sup>. Der Grundsatz der Mündlichkeit wird jedoch eingeschränkt. So schreibt die Zivilprozessordnung (§§ 129 ff. ZPO) vor, dass die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten ist. Zwar muss der Inhalt dieser Schriftsätze in der mündlichen Verhandlung vorgetragen werden und wird dadurch zum Gegenstand des Verfahrens gemacht, jedoch kann der Vortrag durch eine Bezugnahme auf die Schriftsätze ersetzt werden (§ 137 Abs. 3 ZPO, § 297 Abs. 2 ZPO). Die Zivilprozessordnung kombiniert somit die Prinzipien der Mündlichkeit und der Schriftlichkeit miteinander und macht sich die Vorteile beider Prinzipien nutzbar. So wird die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht durch die vorherige gründliche und konzentrierte Erörterung der Streitsache

---

<sup>45</sup> *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 312; *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 41.

<sup>46</sup> *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 322; *Saenger*, in: HK-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 66.

<sup>47</sup> *Saenger*, in: HK-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 70.

gefördert. Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze dient der Beschleunigung des Verfahrens, da Gericht und Parteien bereits vor der mündlichen Verhandlung mit dem Streitstoff insbesondere mit dem Standpunkt der Gegenpartei bekannt werden und sich so darauf einstellen können. Des Weiteren werden so einzelne Prozesshandlungen nach ihrem Inhalt und dem Zeitpunkt ihrer Vornahme genau festgehalten, so beispielsweise die Einlegung von Rechtsmitteln und ihre Begründung<sup>48</sup>.

#### **d) Grundsatz der Unmittelbarkeit**

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens bedeutet, dass die Verhandlung des gesamten Rechtsstreits innerhalb einer Instanz vor demselben Gericht stattfinden muss und dass dieses Gericht dann auch die Entscheidung zu treffen hat. Das Gericht soll seine Entscheidung unter dem eigenen unmittelbaren Eindruck von der Verhandlung und Beweisaufnahme treffen. So bestimmt § 128 Abs. 1 ZPO, dass über den Rechtsstreit „vor dem erkennenden Gericht“ zu verhandeln ist. § 355 Abs. 1 Satz 1 ZPO schreibt vor, dass die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht stattfinden muss, wovon aber in bestimmten Fällen abgewichen werden kann (§ 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO)<sup>49</sup>. Gemäß § 309 ZPO darf das Urteil nur von den Richtern gefällt werden, die an der für das Urteil maßgeblichen letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Ein Richterwechsel ist deshalb innerhalb eines laufenden Verfahrens möglich. Dadurch wird der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Zivilprozess stark eingeschränkt, denn ein Richterwechsel zwischen erstem und letztem Verhandlungstermin ist unschädlich<sup>50</sup>.

#### **e) Grundsatz der Öffentlichkeit**

Für die mündliche Verhandlung gilt im Zivilprozess der Grundsatz der Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG). Öffentlichkeit der Verhandlung bedeutet, dass jedem der Zutritt zum Verhandlungsraum freisteht und dass im Rahmen der verfügbaren Plätze eine Teilnahme an der Verhandlung als Zuhörer möglich sein muss. Die erforderliche Herstellung der Öffentlichkeit verlangt es auch, Interessenten von dem Ort und der Zeit der Verhandlung

---

<sup>48</sup> *Saenger*, in: Hk-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 71; *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 45.

<sup>49</sup> *Saenger*, in: Hk-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 72; *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 47.

<sup>50</sup> *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 369; *Saenger*, in: Hk-ZPO, 6. Aufl., § 309 Rn. 2.

rechtzeitig Kenntnis zu geben. Findet die öffentliche Verhandlung außerhalb der üblicherweise benutzten Gerichtsgebäude statt, ist darauf in geeigneter Form hinzuweisen. Der Grundsatz der Öffentlichkeit dient der Transparenz richterlicher Tätigkeit als Grundlage für das Vertrauen in eine unabhängige und neutrale Rechtspflege. Die Öffentlichkeit ist schon aus praktischen Gründen eng mit der Mündlichkeit verknüpft und bezieht sich auf Phasen des Verfahrens, für die Mündlichkeit vorgeschrieben ist, nämlich auf die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung von Urteilen und Beschlüssen (§ 169 Satz 1 GVG). Da ein berechtigtes Interesse der Parteien anzuerkennen ist, nicht alle Angelegenheiten zur Kenntnis Dritter zu bringen, muss der Öffentlichkeitsgrundsatz eingeschränkt werden. So sind Familiensachen zum Schutz der Privatsphäre nicht öffentlich (§ 170 Abs. 1 Satz 1 GVG)<sup>51</sup>.

#### **f) Konzentrationsgrundsatz**

Ob der Konzentrationsgrundsatz – auch synonym als Beschleunigungsgrundsatz bezeichnet – eine eigene Prozessmaxime darstellt, ist umstritten<sup>52</sup>. Einigkeit besteht aber dahin, dass er im Zivilprozess beachtet werden muss. Insbesondere durch die dem Gericht und den Parteien auferlegten Prozessförderungspflichten soll eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht werden. Dies findet u.a. Ausdruck in den Vorschriften über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze und den Termin vorbereitende Anordnungen des Gerichts (§ 273 Abs. 1 ZPO, § 275 Abs. 1 ZPO, § 276 Abs. 1 ZPO). Durch die Forderungen nach Prozessbeschleunigung einerseits und sorgfältiger Arbeit andererseits entsteht – auch ohne die chronische Überlastung der Gerichte – ein Spannungsverhältnis, das die richterliche Arbeit prägt. Der Konzentrationsgrundsatz bedeutet deshalb, dass der Richter den Rechtsstreit so rasch durchzuführen und zu entscheiden hat, wie ihm dies unter Ausschaltung aller vermeidbaren Verzögerungen auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles möglich ist<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 49 f.; *Saenger*, in: Hk-ZPO, 6. Aufl., Einf. Rn. 73 f.

<sup>52</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 52; *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., Einl. Rn. 337.

<sup>53</sup> *Musielak*, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl., Einl. Rn. 52.

## **GRUNDSÄTZE DES DEUTSCHEN ZIVILPROZESSES**

*Dr. iur. Falk Bernau*

*Richter am OLG*

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht*

### **Thesen**

#### **I. Zweck und verfassungsrechtliche Verankerung des Zivilprozesses**

Selbsthilfe des Rechtsuchenden zur Durchsetzung seines Anspruchs ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Als Ausgleich für das Verbot der Selbsthilfe besteht ein Justizgewährungsanspruch des Rechtsuchenden gegen den Staat. Der Zivilprozess ist das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Zweck und Aufgabe des Zivilprozesses ist es dabei, das private Recht des Einzelnen festzustellen und durchzusetzen.

#### **II. Alternativen zum Zivilprozess**

Es gibt für den Rechtsuchenden Alternativen zur der Durchsetzung seines Anspruchs in einem Zivilprozesses, so das selbständige Beweisverfahren für die Beweissicherung vor einem Gericht, so die nicht streitige Streitbeilegung durch einen Anwaltsvergleich oder die Mediation und schließlich die Entscheidung der Streitigkeit durch ein privates Schiedsgericht.

#### **III. Zivilprozessrecht**

##### **1. Gesetzliche Grundlagen**

Die gesetzliche Regelung des Zivilprozessrechts in der Zivilprozessordnung wird durch weitere Gesetzen ergänzt und insbesondere durch das Verfassungsrecht weiterentwickelt und modifiziert.

##### **2. Rechtsweg**

Das Bundesgericht für die ordentliche Gerichtsbarkeit, in der der Zivilprozess geführt wird, ist der Bundesgerichtshof. Die Bezeichnung „ordentliche Gerichtsbarkeit“ erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung der Gerichtszweige in Deutschland.

## **IV. Verfahrensgrundsätze**

Unter den Begriff Verfahrensgrundsätze werden die Rechtsgrundsätze gefasst, die den äußeren Ablauf eines Zivilprozesses und das Verhalten von Gericht und Parteien bestimmen. Hierzu gehören verfassungsrechtlich geschützte Grundsätze und spezifisch zivilprozessuale Prinzipien.

### **1. Verfassungsrechtliche Verfahrensgrundsätze**

#### **a. Anspruch auf rechtliches Gehör**

Der verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör wird in der Zivilprozessordnung vorausgesetzt und konkretisiert. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst sich zu dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt zu äußern, Anträge zu stellen, Tatsachen zu behaupten und dafür Beweise anzubieten sowie sich zur Rechtslage zu äußern.

#### **b. Anspruch auf faires Verfahren**

Das Recht auf ein faires Verfahren bedeutet, dass das gerichtliche Verfahren so ausgestaltet werden muss, wie die Parteien des Zivilprozesses es vom Gericht erwarten dürfen. Das Gericht darf sich nicht widersprüchlich verhalten, darf aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern oder Versäumnissen keine Verfahrensnachteile für die beteiligten Parteien ableiten, ist allgemein zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation verpflichtet und muss Rechtsschutz in angemessener Zeit gewähren.

#### **c. Willkürverbot**

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt, dass ein Richterspruch nicht willkürlich sein darf. Das Willkürverbot ist verletzt, wenn die Entscheidung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht.

### **2. Zivilprozessuale Verfahrensgrundsätze**

#### **a. Dispositionsgrundsatz**

Der Dispositionsgrundsatz bedeutet, dass allein die Parteien den Verlauf des Zivilprozesses von seinem Beginn bis zu seinem Ende bestimmen und das Gericht an die Anträge der Parteien gebunden ist.

### **b. Verhandlungsgrundsatz**

Der Verhandlungsgrundsatz bedeutet, dass nur die Parteien den Tatsachenstoff für den Rechtsstreit liefern, nicht der Richter. Für die Schlüssigkeit der Klage kommt es grundsätzlich allein auf den Vortrag des Klägers an. Das Gericht ist jedoch nur an den gemeinsamen Tatsachenvortrag der Parteien gebunden, nicht aber an eine von den Parteien übereinstimmend vorgetragene Rechtsansicht.

### **c. Grundsatz der Mündlichkeit und Schriftlichkeit**

Die Zivilprozessordnung kombiniert die Prinzipien der Mündlichkeit und der Schriftlichkeit miteinander und macht sich die Vorteile beider Prinzipien nutzbar. Es ist nicht der schriftliche Akteninhalt, sondern nur der mündliche Parteivortrag in der Verhandlung bedeutsam. Durch die vorbereitenden Schriftsätze werden das Gericht und die Parteien bereits vor der mündlichen Verhandlung mit dem Streitstoff insbesondere mit dem Standpunkt der Gegenpartei bekannt gemacht.

### **d. Grundsatz der Unmittelbarkeit**

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens bedeutet, dass die Verhandlung des gesamten Rechtsstreits innerhalb einer Instanz vor demselben Gericht stattfinden muss und dass dieses Gericht dann auch die Entscheidung zu treffen hat. Entscheidend ist, dass diejenigen Richter das Urteil fällen, die an der letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen haben.

### **e. Grundsatz der Öffentlichkeit**

Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung ist eine Absage an die Geheimjustiz und bedeutet, dass jedem der Zutritt zum Verhandlungsraum freisteht und dass im Rahmen der verfügbaren Plätze eine Teilnahme an der Verhandlung als Zuhörer möglich sein muss. Der Grundsatz der Öffentlichkeit dient der Transparenz richterlicher Tätigkeit als Grundlage für das Vertrauen in eine unabhängige und neutrale Rechtspflege.

### **f. Konzentrationsgrundsatz**

Der Konzentrationsgrundsatz bedeutet, dass das Gericht den Rechtsstreit so rasch durchzuführen und zu entscheiden hat, wie ihm dies unter Ausschaltung aller vermeidbaren Verzögerungen auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles möglich ist.

## **ОСНОВЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА ГЕРМАНИИ**

*д-р юр. наук Фальк Бернау  
судья Верховного Земельного Суда  
научный сотрудник Федерального Конституционного Суда ФРГ*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

#### **I. Цель и конституционно-правовое закрепление гражданского процесса**

Самопомощь истца для реализации его права требования допустима только в исключительных случаях. В качестве компенсации за запрет самопомощи истцу предоставляется право требования судебной защиты от государства. Гражданский процесс представляет собой судебный процесс по гражданским правовым спорам. Цель и задача судебного процесса состоит в том, чтобы установить и реализовать частное право определенного лица.

#### **II. Альтернативы гражданскому процессу**

У истца имеются различные способы для реализации его права требования в гражданском процессе, среди которых выделяют самостоятельное предоставление доказательств для обеспечения доказательств перед судом, бесспорное урегулирование конфликта путем заключения мирового соглашения, заверенного адвокатом, или с помощью медиации и, наконец, решение спора частным третейским судом.

#### **III. Право на гражданский процесс**

##### **1. Законодательные положения**

Законодательное регулирование права гражданского процесса, закрепленное в Гражданском процессуальном уложении Германии, дополняется также другими законами, в особенности развивается и модифицируется в свете конституционного права.

---

<sup>1</sup> Перевод Галины Лоховой.

## **2. Судебное рассмотрение дела**

Федеральный суд общей юрисдикции, в рамках которого проходит гражданский процесс, является Бундесгерихтсхоф (*нем.* Bundesgerichtshof – Федеральный верховный суд). Название «общая юрисдикция» (дословно: «регулярная юрисдикция», *нем.* ordentliche Gerichtsbarkeit) объясняется историческим развитием сфер подсудности в Германии.

### **IV. Принципы процесса**

Под понятием принципы процесса понимаются правовые принципы, которые определяют внешний порядок проведения гражданского процесса, поведение суда и сторон. К этому также относятся конституционно-правовым способом защищенные принципы, а также особые гражданско-процессуальные принципы.

#### **1. Конституционно-правовые принципы процесса**

##### **а) Право быть выслушанным**

Закрепленное в ст. 103 абз. 1 Основного Закона ФРГ конституционно-правовое право быть выслушанным предусмотрено и конкретизировано в Гражданском процессуальном уложении Германии. Право быть выслушанным охватывает собой следующие действия: решение показать лежащие в основе обстоятельства дела, составление и предъявление соответствующих заявлений, утверждение фактов и предоставление соответствующих доказательств, а также высказывание о правовом положении.

##### **б) Право на справедливый процесс**

Право на справедливый процесс означает, что судебный процесс должен быть устроен таким образом, как стороны гражданского процесса могут ожидать этого от суда. Суд не должен вести себя противоречиво, ему также запрещено из-за собственных или к нему относящихся ошибок или упущений обременять участвующие стороны процесса каким-либо процессуальным недостатком, суд в общем обязан обращать внимание на участников процесса в их конкретной ситуации, а также он должен обеспечить правовую защиту в разумный срок.

### **с) Запрет произвола**

Из ст. 3 абз. 1 Основного Закона ФРГ следует, что судебное решение не должно быть произвольным. Запрет произвола считается нарушенным, если решение ни под каким допустимым аспектом не может быть приемлемо с правовой позиции и поэтому напрашивается вывод, что данное решение основывается на мотивах, не относящихся к делу.

## **2. Гражданско-процессуальные принципы процесса**

### **а) Принцип диспозиции**

Принцип диспозиции означает, что одни только стороны определяют ход гражданского процесса от его начала до конца и суд связан ходатайствами сторон.

### **б) Принцип состязательности**

Принцип состязательности означает, что только стороны предоставляют фактический материал для правового спора, а не судьи. Для обоснованности иска решающим является исключительно выступление истца. Суд связан только совместными прениями сторон касательно фактов, а не одной правовой позицией, представленной одной из сторон.

### **с) Принцип устности и письменности**

Гражданское процессуальное уложение Германии совмещает принципы устности и письменности друг с другом и использует преимущества обоих принципов. Важным является не письменное содержание актов, а только устное выступление в судебном заседании. Однако благодаря подготовленным процессуальным документам суд и стороны имеют возможность до устного производства ознакомиться с материалами дела, в особенности с позицией противоположной стороны.

### **д) Принцип непосредственности**

Принцип непосредственности процесса означает, что слушание всего правового спора должно проходить в рамках одной инстанции перед одним и тем же судом и только данный суд обязан принимать решение. Решающим является и то, что только те судьи выносят решение, которые сами участвовали в устном производстве.

**е) Принцип публичности**

Принцип публичности судопроизводства представляет собой отказ от секретной юстиции и означает, что каждому должно быть разрешено входить в зал судебных заседаний и при наличии свободных мест участвовать в производстве в качестве слушателя. Принцип публичности служит прозрачности судебной деятельности как основа для доверия в независимое и нейтральное правосудие.

**ф) Принцип концентрации**

Принцип концентрации означает, что суд обязан провести судебное разбирательство и разрешить правовой спор как можно быстрее, исключая все предотвратимые промедления и основываясь при этом на особенностях каждого конкретного случая.

## **DIE EUROPÄISCHE CHARTA DER KOMMUNALEN SELBSTVERWALTUNG**

*Univ.-Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt  
und Wiss. Mitarbeiter Sebastian Segmiller  
Universität Potsdam*

### **I. Einleitung**

Von den Regenwäldern Französisch-Guayanas im äußersten Südwesten bis an das Kap Deschnjow auf der Tschuktschen-Halbinsel im Ostsibirischen Bergland im äußersten (Nord-) Osten – der geographische Geltungsbereich der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC)<sup>1</sup> ist weit.<sup>2</sup> Der historischen Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung für die Entwicklung des demokratischen Rechtsstaates scheint eine solche geographische Weite durchaus angemessen.

In Deutschland zeigte sich die besondere Rolle der Kommunen und ihrer Selbstverwaltung bislang insbesondere zweimal mit herausragender Deutlichkeit: Einerseits beim Wiederaufbau des Preußischen Staates nach der napoleonischen Besetzung Anfang des 19. Jahrhunderts, als die Stein'sche Städteordnung maßgeblich<sup>3</sup> die bürgerliche Mitbestimmung in den Städten stärkte und als Teil der Stein-Hardenbergschen Reformen den Wiederaufstieg der Preußischen Großmacht begünstigte. Andererseits nach Ende des Zweiten Weltkrieges in den Jahren 1945 bis 1949, als die Gemeinden

---

<sup>1</sup> Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Oktober 1985, siehe Gesetz zu der Europäischen Charta vom 15. Oktober 1985 der kommunalen Selbstverwaltung vom 22. Januar 1987, BGBl. II, 65.

<sup>2</sup> Die EKC ist in Russland seit 1998 und in Frankreich mit seinem département d'outre-mer Französisch Guyana seit 2007 in Kraft, siehe [http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures?p\\_auth=b6WBkVki](http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures?p_auth=b6WBkVki), zuletzt besucht am 07.01.2015.

<sup>3</sup> Preußische Städteordnung vom 19.11.1808, Textausgabe mit Einführung von Krebsbach, Heft 1 der Neuen Schriften des Deutschen Städtetages, Stuttgart, Köln, 1957; außerdem abgedruckt bei Engeli/Haus, Quellen, S. 101 ff.

die ersten wieder funktionierenden rechtsstaatlich-demokratischen Einheiten des am Boden liegenden Nachkriegsdeutschlands waren.<sup>4</sup>

Auch in Russland hat die Idee demokratischer Selbstverwaltung auf unterster Ebene bereits eine längere Tradition. Den in den Revolutionen 1905 und 1917 überall im Land gebildeten Arbeiter- und Soldatenräten (Sowjets) lag die Vorstellung einer volksnahen Herrschaftsausübung zugrunde, die der zaristischen Staatsgewalt, später der bürgerlichen Übergangsregierung entgegengesetzt wurde.<sup>5</sup> Eine kommunale Selbstverwaltung im eigentlichen Sinne entwickelte sich allerdings erst nach Zusammenbruch der Sowjetunion im Zuge des Perestroika-Prozesses ab 1990. Waren die ersten Ansätze kommunaler Selbstverwaltung noch eher zaghaft und die örtlichen Räte noch weitestgehend in den staatlichen Behördenapparat eingebunden, wurden mit Einführung des Artikels 12 der Verfassung der Russischen Föderation von 1993<sup>6</sup> die Kommunen aus der (nach deutscher Terminologie) unmittelbaren Verwaltung herausgelöst und die Aufsicht in eine (ebenfalls nach deutscher Terminologie) Rechtsaufsicht gewandelt.<sup>7</sup>

Heute ist in beiden aktuell geltenden Verfassungen – der deutschen und der russischen – die kommunale Selbstverwaltung verankert: Für Russland in besagtem Artikel 12 der Verfassung von 1993, für Deutschland in Art. 28 Abs. 2 GG. Seit Ende der 1980er (Deutschland) bzw. 1990er Jahre (Russland) werden diese verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zusätzlich durch die EKC flankiert.

---

<sup>4</sup> *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 21-23 und 44-45. Besonders anschaulich verdeutlicht Art. 11 IV der Bayerischen Verfassung von 1946 die Rolle der Gemeinden im Nachkriegsdeutschland: „Die Selbstverwaltung der Gemeinden dient dem Aufbau der Demokratie in Bayern von unten nach oben“. Siehe dazu unten I. 1.

<sup>5</sup> Zur Bildung der Sowjets in der Februarrevolution 1917 siehe *von Rauch*, Geschichte der Sowjetunion, S. 44/45; ferner *Gitermann*, Geschichte Russlands III, S. 487 ff. Freilich stand bei Bildung der Sowjets weniger die lokale Selbstverwaltung als vielmehr die proletarische als Gegensatz zur zaristischen bzw. bürgerlichen Herrschaftsausübung im Mittelpunkt.

<sup>6</sup> „In der Rußländischen Föderation wird die örtliche Selbstverwaltung anerkannt und garantiert. Die örtliche Selbstverwaltung ist im Rahmen ihrer Befugnisse selbständig. Die Organe der örtlichen Selbstverwaltung gehören nicht zum System der Organe der Staatsgewalt.“ Der Verfassungstext ist in deutscher Sprache einsehbar unter: <http://www.constitution.ru/de/index.htm>, zuletzt besucht am 17.12.2015.

<sup>7</sup> *Mitrochin*, Der Bürger im Staat 51, S. 122(122/123), der von einer „kommunalen Revolution“ unter Boris Jelzin spricht.

Deren eingangs erwähnter sehr weiter geographischer Geltungsbereich verspricht ein großes Harmonisierungspotential hinsichtlich der Garantie kommunaler Selbstverwaltung ihrer Mitgliedstaaten. Die Ausschöpfung eines solchen Potentials hängt jedoch maßgeblich von Inhalt und Umsetzung der EKC in den Mitgliedstaaten ab. Der vorliegende Beitrag soll daher exemplarisch den Inhalt und die Rolle der EKC im Verhältnis und im Vergleich zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland näher beleuchten. Dazu wird zunächst die Garantie kommunaler Selbstverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland skizziert (II.). Anschließend wird die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung durch die EKC dargestellt (III.). Den Abschluss bildet die Betrachtung der Umsetzung der EKC in der Bundesrepublik Deutschland (IV.).

## **II. Kommunale Selbstverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland**

Ausgehend von ihrer historischen Entwicklung (1.) soll die verfassungsrechtliche Verankerung der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz dargestellt werden (2.). Anschließend wird auf die wichtige Frage nach der verfahrensmäßigen Absicherung, d.h. nach den Rechtsschutzmöglichkeiten, eingegangen (3.).

### **1. Historische Entwicklung<sup>8</sup>**

Die Geschichte der kommunalen Selbstverwaltung im modernen Sinne beginnt in Deutschland mit der bereits eingangs erwähnten Stein'schen Städteordnung von 1808. Das nach der Napoleonischen Besatzung stark geschwächte Preußen strebte über ein Paket aus unterschiedlichen Reformen, sog. Stein-Hardenbergsche Reformen nach deren Vätern Freiherrn Heinrich vom und zum Stein<sup>9</sup> und Karl August Freiherr von Hardenberg<sup>10</sup>, den Wiederaufbau des Preußischen Staates an. Ziel der Städteordnung war die Förderung des Bürgersinns auf kommunaler Ebene und dadurch, gleichsam mittelbar, eine Stärkung des Staates selbst. Die Selbstverwaltung der Städte wurde gestärkt, das kommunale Ehrenamt betont, die staatliche Kommunalaufsicht eingeschränkt. Die

---

<sup>8</sup> Ausführlich zum Folgenden *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 19 ff.

<sup>9</sup> \*25. Oktober 1757 in Nassau; † 29. Juni 1831 in Cappenberg.

<sup>10</sup> \*31. Mai 1750 in Essenrode; † 26. November 1822 in Genua.

Geltung der Städteordnung blieb jedoch auf die Städte der östlichen Provinzen Preußens beschränkt.<sup>11</sup>

Im Deutschen Bund 1815-1866 entwickelte sich das Kommunalrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich: Im Süden tendenziell liberaler als in den übrigen Staaten, wie etwa in Preußen. In letzterem wurde 1831 die Revidierte Städteordnung<sup>12</sup> erlassen, welche die Errungenschaften der Stein'schen Städteordnung zurückdrängte und insbesondere die Staatsaufsicht wieder stärkte.<sup>13</sup>

Diese wachsenden restaurativen Tendenzen führten zur Forderung nach einer verfassungsrechtlichen Absicherung im Zuge der Revolution 1848/49. Die Paulskirchenverfassung<sup>14</sup> trug dem mit § 184 Rechnung, der die kommunale Selbstverwaltung als kollektives Grundrecht verankerte, die Gemeinden also zum Bereich gesellschaftlicher Selbstverwaltung rechnete und ihnen Schutzrechte gegen die monarchische Exekutive zubilligte. Obgleich die Paulskirchenverfassung nie in Kraft trat, führte ihr Einfluss beim Erlass der revidierten Preußischen Verfassung von 1848/50<sup>15</sup> zur Aufnahme von deren Art. 105, der die selbständige Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten unter staatlicher Aufsicht garantierte. Die in Konkretisierung dieser Bestimmung erarbeitete, in der Tendenz liberale Gemeindeordnung von 1850<sup>16</sup> währte indes nur kurz und wurde bereits 1853 wieder aufgehoben und durch auf dem Dreiklassenwahlrecht beruhende Regelungen ersetzt. In der Folge kam es innerhalb Preußens zu weiterer Rechtszersplitterung mit jeweils eigenen Städteordnungen der Provinzen.<sup>17</sup>

Weder die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867<sup>18</sup> noch die Reichsverfassung von 1871<sup>19</sup> enthielten sodann eine Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung und beließen das Kommunalrecht im Regelungsbereich der Einzelstaaten.<sup>20</sup> In der

---

<sup>11</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 4-6; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 21-23.

<sup>12</sup> Revidierte Städteordnung vom 17.3.1831, PrGS 1831 S. 10; abgedruckt bei *Engeli/Haus*, Quellen, S. 180 ff.

<sup>13</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 7; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 24-26.

<sup>14</sup> Verfassung des deutschen Reiches vom 28.3.1849, RGBl. 1849 S. 101.

<sup>15</sup> Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31.1.1850, PrGS 1850 S. 17.

<sup>16</sup> Gemeindeordnung vom 11.3.1850, PrGS 1850 S. 231; abgedruckt bei *Engeli/Haus*, Quellen, S. 310 ff.

<sup>17</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 9-13; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 27-30.

<sup>18</sup> Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16.4.1867, BGBl. 1867 S. 2.

<sup>19</sup> Reichsverfassung vom 16.4.1871, RGBl. 1871 S. 63.

<sup>20</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 11; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 32.

Folge ergaben sich im Norden des Reiches restaurative, im Süden und in Sachsen liberale Tendenzen.<sup>21</sup>

Erst in der Weimarer Reichsverfassung<sup>22</sup> wurde in Art. 127 die kommunale Selbstverwaltung wieder verfassungsrechtlich verankert. Damit gehörte sie zum Zweiten Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ und war demnach eigentlich wie auch schon in der Paulskirchenverfassung kollektives Grundrecht. Mit Gründung der Republik 1919 war jedoch die Frontstellung zwischen monarchisch dominierte Exekutive und bürgerlicher Gesellschaft entfallen. Der Staatsgerichtshof interpretierte in Korrektur dieser als systematisch verfehlt erscheinenden Einordnung Art. 127 WRV daher als institutionelle Garantie. Demzufolge waren weder bestimmte Aufgaben noch der Bestand einer Kommune geschützt und diese konnte auch keinen subjektiven Rechtsschutz beanspruchen. Art. 127 WRV verbot jedoch eine Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung und eine Marginalisierung der Kommunen hin zu einem bloßen Schattendasein.<sup>23</sup> Dies führte zu einer Beseitigung der noch vorhandenen ständischen Gestaltung in den Gemeinden und feudaler Strukturen in den Landkreisen. Die Länder passten ihre Kommunalordnungen entsprechend an, grundlegende Reformen erfolgten jedoch nicht und die bestehende Rechtszersplitterung konnte nicht überwunden werden. Das Ende der 1920er Jahre einsetzende Weltwirtschaftskrise schwächte v.a. ab 1932 viele Kommunen in finanzieller Hinsicht erheblich, was zum Teil staatliche Aufsichtsmaßnahmen nach sich zog.<sup>24</sup>

Unter nationalsozialistischer Herrschaft fiel die kommunale Selbstverwaltung als eine der ersten Institutionen dem Streben nach einem zentralistisch-totalitären Führerstaat zum Opfer. Ende 1933 wurde zunächst in Preußen die kommunale Selbstverwaltung durch Erlass des Gemeindeverfassungsgesetzes<sup>25</sup> und des Gemeindefinanzgesetzes<sup>26</sup> stark geschwächt. Durch die Deutsche Gemeindeordnung von 1935<sup>27</sup> wurden dann sämtliche Gemeinden

---

<sup>21</sup> *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 33.

<sup>22</sup> Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, RGBl. 1919 S. 1383.

<sup>23</sup> Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, RGZ 126, Anhang S. 14 (22).

<sup>24</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 15-18; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 35-38.

<sup>25</sup> Gemeindeverfassungsgesetz vom 15.12.1933, PrGS 1933 S. 427.

<sup>26</sup> Gemeindefinanzgesetz vom 15.12.1933, PrGS 1933 S. 442.

<sup>27</sup> Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935, RGBl. 1935 I S. 49; abgedruckt bei *Engeli/Haus*, Quellen, S. 673 ff.; im Folgenden: DGO.

des Reiches in Anwendung des Führerprinzips gleichgeschaltet.<sup>28</sup> Zwar wurde dadurch die bestehende Rechtszersplitterung beseitigt, Rechtssicherheit in bislang nicht gesetzlich geregelten Bereichen hergestellt und v.a. das Recht der kommunalen Wirtschaft fortgebildet. Damit einher ging jedoch eine antidemokratische Ausrichtung der inneren Gemeindeverfassung und eine erhebliche Verschärfung der staatlichen Aufsicht.<sup>29</sup>

Die Sternstunde der Gemeinden schlug in den Nachkriegsjahren ab 1945. Als eine der ersten wieder funktionierenden staatlichen Einheiten trugen die Gemeinden maßgeblich zum Aufbau der Demokratie „von unten nach oben“<sup>30</sup> bei. Die kommunale Selbstverwaltung ermöglichte die Organisation einer gesicherten Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern und Wohnraum.<sup>31</sup>

Aufgrund der Teilung Deutschlands in West und Ost verlief die Entwicklung sodann in der BRD und der DDR unterschiedlich.

Die Bundesrepublik verankerte in Anknüpfung an die WRV die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auf Verfassungsebene in Art. 28 Abs. 2 GG. Anders als in der WRV wurde sie jedoch nicht dem Grundrechtsteil, sondern dem Abschnitt „Der Bund und die Länder“ zugeordnet. Die Kommunen werden als Teil der hoheitlichen Verwaltung begriffen. Die Selbstverwaltungsgarantie ist nicht kollektives Grundrecht, sondern Institutsgewährleistung. Das Kommunalrecht wird in die Zuständigkeit der Länder zurückgegeben. Der Einfluss der zunächst übergangsweise fortgeltenden, um nationalsozialistische Elemente bereinigten Deutsche Gemeindeordnung führt jedoch zu einer inhaltlich relativ hohen Angleichung der einzelnen landesrechtlichen Regelungen.<sup>32</sup>

Die DDR gliederte demgegenüber die Kommunen immer stärker in den Zentralstaat ein und beseitigte schließlich die

---

<sup>28</sup> Obgleich die Gemeinden in eigener Verantwortung handeln sollten, hatte ihr Wirken mit den Gesetzen und Zielen der Staatführung in Einklang zu stehen, § 1 II DGO. Die alleinige Verantwortung der Gemeindeleitung lag beim Bürgermeister als Führer der Gemeinde, § 32 I DGO. Daneben war dem Beauftragten der NSDAP jederzeit ein Eingriff in die kommunalen Angelegenheiten möglich.

<sup>29</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 19-21 ff.; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 40-43.

<sup>30</sup> Art. 11 IV BayV 1946: „Die Selbstverwaltung der Gemeinden dient dem Aufbau der Demokratie in Bayern von unten nach oben.“

<sup>31</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 22.; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 44.

<sup>32</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 22-25.; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 46/47.

kommunale Selbstverwaltung restlos.<sup>33</sup> Erst kurz vor der Wiedervereinigung 1990 stellte die DDR-Kommunalverfassung<sup>34</sup> die Selbstverwaltung nach westlichem Vorbild wieder her. Sie wurde dann durch jeweiliges Landesrecht der neuen Bundesländer abgelöst, das sich an dem Vorbild der westdeutschen Länder orientierte.<sup>35</sup>

In jüngster Zeit sieht sich die kommunale Selbstverwaltung insbesondere mit vier Herausforderungen konfrontiert: Der zunehmende europarechtliche Einfluss, insbesondere im Sparkassenwesen, im öffentlichen Personennahverkehr und in der kommunalen Vergabep Praxis, erfordert immer wieder neue Anpassungen des Kommunalrechts und der gemeindlichen Verwaltungspraxis. Der Bereich der Daseinsvorsorge sieht sich zunehmend stärker werdendem „Verwirtschaftlichungsdruck“ ausgesetzt, was sich in verschiedenen Formen der Privatisierung niederschlägt. Der Bevölkerungsrückgang in ländlichen Gebieten aufgrund des demographischen Wandels zwingt zu Gebiets- und Funktionalreformen sowie zu verstärkter kommunaler Kooperation, wovon in besonderem Maße die neuen Bundesländer betroffen sind. Schließlich ist die finanzielle Lage vieler Kommunen nicht zuletzt infolge des wachsenden Aufgabenspektrums als kritisch einzustufen. Der (rechts-)praktische Umgang mit der im Folgenden zu erörternden kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28. Abs. 2 GG muss diesen Entwicklungen Rechnung tragen.

## **2. Verfassungsrechtliche Verankerung – Art. 28 Abs. 2 GG**

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie wurde bei Schaffung des Grundgesetzes 1949 in Anknüpfung unter anderem an die Tradition der WRV (s.o.) in Art. 28 Abs. 2 verankert. Bisher hat sie zwei Änderungen erfahren, welche die finanzielle Eigenständigkeit

---

<sup>33</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 26; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 49/50.

<sup>34</sup> Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung) vom 17.5.1990, DDR-GBl. 1990 I S. 255.

<sup>35</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, § 3 Rn. 27 f.; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 51 f.

der Kommunen stärken sollten.<sup>36</sup> Art. 28 Abs. 2 GG lautet in seiner derzeit gültigen Fassung<sup>37</sup>:

(2) Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.

Entsprechend ihrer historischen Entwicklung (s.o. I. 1.) und ihrer dieser Rechnung tragenden Stellung unter dem Abschnitt „Der Bund und die Länder“ wird die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nicht als Grundrecht verstanden, sondern als objektiv-rechtliche institutionelle Garantie. Anders als die WRV ermöglicht das Grundgesetz jedoch die subjektiv-rechtliche Erzwingung durch die Gemeinde.<sup>38</sup> Die so ausgestaltete Selbstverwaltungsgarantie wird zurückgehend auf Stern häufig auch durch die Garantietrias „institutionelle Rechtssubjektsgarantie“ (Institution „Gemeinde“ ist garantiert), „objektive Rechtsinstitutionsgarantie“ (selbstverantwortliche Aufgabenerfüllung ist garantiert) und „subjektive Rechtsstellungsgarantie“ (Rechtsschutz ist garantiert) beschrieben.<sup>39</sup>

Trotz fehlender Grundrechtseigenschaft weist die Selbstverwaltungsgarantie aufgrund ihres subjektiven Gewährleistungsgehalts Parallelen zu den Grundrechten auf. Ihr Gehalt kann in Anknüpfung an die grundrechtliche Dogmatik über die

---

<sup>36</sup> Einführung des Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125a) vom 27. Oktober 1994, BGBl. I, 3146; Einführung des Art. 28 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 GG durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 28 und 106) vom 20. Oktober 1997, BGBl. I, 2470.

<sup>37</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. I, 1), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91b) vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I, 2438).

<sup>38</sup> Siehe dazu unten I. 3. Verfahrensmäßige Absicherung – Kommunalverfassungsbeschwerde.

<sup>39</sup> Stern, Staatsrecht I, S. 409; siehe dazu auch *Mehde* in Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Rn. 39 ff.

Begriffe Gewährleistungsbereich, Eingriff und Rechtfertigung beschrieben werden.<sup>40</sup>

Der persönliche Gewährleistungsbereich umfasst nicht nur die Gemeinden, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, sondern auch die Gemeindeverbände (insbesondere Landkreise), Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG. Im Gegensatz zu ersteren wird letzteren jedoch verfassungsrechtlich keine Allzuständigkeit (für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) garantiert, ihr Aufgabenbereich wird vielmehr durch den Landesgesetzgeber bestimmt.<sup>41</sup>

Der sachliche Gewährleistungsbereich umfasst für die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln. Den Begriff der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ umschreibt das Bundesverfassungsgericht in seiner Rastede-Entscheidung wie folgt:

*„[...] Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft [sind] diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an.“<sup>42</sup>*

Diese Definition erweist sich als sehr abstrakt. Um die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft inhaltlich näher zu bestimmen, kann auf die Gemeindehoheiten zurückgegriffen werden. Die Gemeindehoheiten stellen typologisch verselbstständigte Ausschnitte aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie dar. Es sind dies die Gebietshoheit (Herrschaftsgewalt über die Personen im Gemeindegebiet), die Planungshoheit (Befugnis, über Nutzungsmöglichkeit der im Gemeindegebiet belegenen Grundstücke zu bestimmen), die Organisationshoheit (Festlegung von Zuschnitt, Zuständigkeit und Verfahren der/für Gemeindeorgane; einschließlich Kooperationshoheit mit anderen Gemeinden/sonstigen Rechtsträgern), die Personalhoheit (Besetzung der Organe und Ämter), die Satzungshoheit (Befugnis zum Rechtsakterlass) und die Finanzhoheit (eigenverantwortliche Mittelaufbringung und -

---

<sup>40</sup> A.A. *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 4, der jedoch im Folgenden dann ebenfalls die von der Grundrechtsdogmatik bekannten oder zumindest daran angelehnten Begriffe „Gewährleistungsbereich“ (§ 6 Rn. 13), „Eingriff“ (§ 6 Rn. 35) und „Rechtfertigung“ (§ 6 Rn. 46) bzw. „Schranken“ (§ 6 Rn. 34) verwendet.

<sup>41</sup> *Mehde* in Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Rn. 135.

<sup>42</sup> BVerfGE 79, 127 (151 f.).

verwendung; einschließlich Sparkassenhoheit als Recht, kommunale Kreditinstitute zu errichten und zu betreiben).<sup>43</sup>

Die Aufzählung dieser Hoheiten ist nicht abschließend, kann mithin nicht vollständig Aufschluss über den gemeindlichen Aufgabenbereich geben. Den Gemeinden steht ein Aufgabenfindungsrecht zu, sie können bislang unbesetzte Aufgaben in ihrem Bereich an sich ziehen.<sup>44</sup> Sie können solche neuen Aufgaben eigenverantwortlich erfüllen sowie auch bestehende anpassen und somit auf aktuelle Entwicklungen reagieren. Wie in der Rastede-Entscheidung betont, ist die Entscheidung über „Ob“ und „Wie“ der Aufgabenerfüllung grundsätzlich nicht von der gemeindlichen Verwaltungskraft, allen voran der Finanzkraft, abhängig.

Aus dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG „im Rahmen der Gesetze“ bzw. „nach Maßgabe der Gesetze“ folgt, dass jeweils ein einfacher Gesetzesvorbehalt besteht. Der Wortlaut deutet jedoch auf eine stärkere Einschränkungsmöglichkeit im Falle der Gemeindeverbände und somit – zusammen mit der an die Selbstverwaltungsgarantie lediglich anknüpfende Garantie der Gemeindeverbände und die zusätzlichen finanzrechtlichen Garantien zugunsten der Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG – auf einen Vorrang gemeindlicher vor verbandlicher Aufgabenerfüllung hin.<sup>45</sup>

Der Gesetzesvorbehalt erfasst dabei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>46</sup> nicht nur Art und Weise der Erledigung der örtlichen Angelegenheit, sondern auch die gemeindliche Zuständigkeit selbst, d.h. die Abgrenzung ihres Aufgabenkreises, freilich unter Beachtung der sogleich aufzuzeigenden Schranken-Schranken. Die Garantien der kommunalen Selbstverwaltung in den Landesverfassungen stehen ebenfalls zumeist unter einfachem Gesetzesvorbehalt.<sup>47</sup> Eingriffe aufgrund einfachen Bundes- oder Landesgesetzes, entsprechender Verordnung oder auch aufgrund Satzung überörtlicher

<sup>43</sup> *Mehde* in Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Rn. 57 ff.; vgl. auch *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 33.

<sup>44</sup> BVerfGE 83, 363 (385); 79, 127 (146/147).

<sup>45</sup> Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 11, der vom „sog. Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der unteren kommunalen Ebene“ spricht; *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 77, 80.

<sup>46</sup> BVerfGE 79, 127 (143 f.).

<sup>47</sup> Art. 71 I 2 LV BW; Art. 11 II 2 BayV; Art. 72 I LV MV; Art. 57 I NdsV; Art. 117 III SaarV; Art. 82 II 2 SächsV; Art. 87 I LV LSA; Art. 54 I LV SH; Art. 91 I, II ThürV.

Gebietskörperschaften in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie sind daher möglich.

Derartigen Beschränkungen der Selbstverwaltungsgarantie sind wiederum Schranken, sog. Schranken-Schranken, gesetzt. Nach der bereits erwähnten Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann zwischen einem Kern- und einem Randbereich der Garantie kommunaler Selbstverwaltung unterschieden werden. Im Kernbereich sind Eingriffe stets unzulässig, im Randbereich können sie (aus Gründen des Gemeininteresses) statthaft sein.<sup>48</sup> Der Kernbereich versteht das Bundesverfassungsgericht als den Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung, der nicht ausgehöhlt werden darf. Dazu gehöre zwar kein bestimmter Aufgabenkatalog, jedoch „die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen („Universalität“ des gemeindlichen Wirkungskreises)“<sup>49</sup>. Gemeint ist ein genereller Kernbereich (der Institution Gemeinde, nicht ein individueller jeder einzelnen Gemeinde), der Eingemeindungen und Zusammenschlüssen nicht entgegensteht. Dieser Kernbereich ist letztlich nicht von Allzuständigkeit und Aufgabenerfindungsrecht der Gemeinde zu unterscheiden, weshalb es überzeugender erscheint, Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen. Letzteres ist kein grundrechtliches Spezifikum, sondern folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip und ist geeignet, die Autonomiebereiche der Selbstverwaltungskörperschaften gegen staatliche Eingriffe zu sichern. Dazu scheint auch das Bundesverfassungsgericht mittlerweile zu tendieren.<sup>50</sup> Eingriffe sind danach nur zulässig, wenn sie einem verfassungsmäßigen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sind.

---

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 79, 127 (146/147, 153); *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 36-45.

<sup>49</sup> BVerfGE 79, 127 (146).

<sup>50</sup> BVerfGE 125, 141 (167): „*Sie [die kommunale Selbstverwaltung] kann insofern zwar eingeschränkt werden, ist aber nicht zu Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt [...]. Vielmehr sind dem beschränkenden Zugriff des Gesetzgebers seinerseits Schranken gesetzt. Er unterliegt insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [...]. In den Kernbereich oder Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung darf nicht eingegriffen werden.*“.

Nach beiden Ansätzen sind insbesondere „Hochzonungen“, d.h. Aufgabenübertragungen an die nächsthöhere Ebene, nicht schon aus Gründen bloßer Verwaltungsvereinfachung oder aus Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitserwägungen heraus gerechtfertigt. Vielmehr muss eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht mehr sicherzustellen sein, um solche Aufgabenverlagerungen gegen den Willen der Gemeinde zu rechtfertigen.<sup>51</sup>

### **3. Verfassungsprozessuale Absicherung durch die Kommunalverfassungsbeschwerde**

Zur verfahrensmäßigen Absicherung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG dient die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 13 Nr. 8a, 91 BVerfGG verankerte Kommunalverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Diese steht Gemeinden und Gemeindeverbänden gegen Eingriffe in Art. 28 Abs. 2 GG durch formelle und materielle Gesetze offen, ist also eine reine Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Im Falle eines Eingriffs durch Landesgesetz ist sie jedoch gegenüber Beschwerden vor dem jeweiligen Landesverfassungsgericht subsidiär, wie aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Hs. 2 GG, § 91 S. 2 BVerfGG folgt. Da in den meisten Ländern eine solche Beschwerdemöglichkeit besteht<sup>52</sup> und Eingriffe insbesondere in Gestalt von Eingemeindungen und Zwangszusammenschlüssen im Zuge von Gebietsreformen sowie Aufgabenübertragungen im Zuge von Funktionalreformen auf Landesebene erfolgen, ist die Bedeutung der Kommunalverfassungsbeschwerde nach dem Grundgesetz im Vergleich zu den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen gering.

Die jeweiligen Beschwerden nach Landesrecht ermöglichen indes eine effektive verfahrensrechtliche Absicherung der Garantie

---

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 79, 127 (157).

<sup>52</sup> Art. 68 I Nr. 4, 76 LV BW i.V.m. § 9 I Nr. 8 StGHG BW; Art. 100 BbgV i.V.m. §§ 12 Nr. 5, 51 BbgVerfGG; Art. 131 I, III HessV i.V.m. § 46 HessStGHG; Art. 53 Nr. 8 LV MV i.V.m. § 11 I Nr. 10 LVerfGG MV; Art. 54 Nr. 5 NdsV i.V.m. § 9 Nr. 10 NdsStGHG; Art. 75 Nr. 4 LV NRW i.V.m. §§ 12 Nr. 8, 52 VerfGHG NRW; Art. 130 I 2; 135 Nr. 1 LV RP i.V.m. § 2 Nr. 1 a); § 23 VerfGHG RP; Art. 97 Nr. 4, 123 SaarV i.V.m. §§ 9 Nr. 13, 55 SaarVerfGHG; Art. 81 I Nr. 5, 90 SächsV i.V.m. §§ 7 Nr. 8, 36 SächsVerfGHG; Art. 75 Nr. 7 LV LSA i.V.m. § 2 Nr. 8 LVerfGG LSA; Art. 44 II Nr. 4 LV SH i.V.m. § 3 Nr. 4 LVerfGG SH; Art. 80 I Nr. 2 ThürV i.V.m. §§ 11 Nr. 2, 31 ff. ThürVerfGHG.

kommunaler Selbstverwaltung, deren jeweilige Landesverfassungsrechtliche Verankerung in ihrem Garantiegehalt der grundgesetzlichen zumindest gleichkommt. Zahlreiche Verfahren im Zuge von Gebiets- und Funktionalreformen zeugen vom steten Kampf der Kommunen um ihre Autonomierechte.<sup>53</sup> In dieser umfassenden verfahrensmäßigen Absicherung verwirklicht sich die subjektive Rechtsstellungsgarantie als Teil der Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG. Dieser weitreichende Rechtsschutz ist sodann auch der wesentliche Vorzug der grundgesetzlichen kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gegenüber ihrer europäischen Entsprechung in der EKC, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

### **III. Kommunale Selbstverwaltung in Europa – Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC)**

Auch für die Garantie kommunaler Selbstverwaltung auf Ebene des Europarates soll zunächst deren historische Entwicklung beleuchtet werden (1.). Anschließend werden Rechtsnatur, Vertragsstaaten und Inhalt der EKC dargestellt (2.). Den Abschluss bildet wie schon zuvor die Frage nach der verfahrensmäßigen Absicherung (3.).

#### **1. Historische Entwicklung<sup>54</sup>**

Die Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Europa wird nach ersten Ansätzen in der einschlägigen Fachliteratur erstmals in der Europäischen Charta der Gemeindefreiheiten im Oktober 1953 in Versailles durch den Ersten Europäischen Gemeindetag in Form eines internationalen Dokuments festgeschrieben. Die Charta der Gemeindefreiheit stellte jedoch kein rechtsverbindliches, an Staaten gerichtetes Instrument mit Umsetzungsanspruch dar, sondern lediglich eine Absichtserklärung der europäischen Gemeinden untereinander.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Beispielhaft etwa LVerfG MV, Urteil vom 18. August 2011, Az. 21/10 (Kreisstrukturreform, Auflösung von Landkreisen); VfGBbg, Beschluss vom 16.03.2006, Az. 265/03; VfGBbg, Beschluss vom 24.06.2004, Az. 152/03 (beide Gemeindegebietsreform, Eingliederung einer Gemeinde).

<sup>54</sup> Ausführlich zur historischen Entwicklung *Schaffarzik*, Handbuch EKC, §§ 2-5.

<sup>55</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 2 Rn. 2-6.

Der Charta der Gemeindefreiheit folgten 1957 die Bildung der Europäischen Gemeindekonferenz<sup>56</sup> beim Europarat sowie Empfehlungen und Resolutionen der Beratenden Versammlung des Europarates zur kommunalen Selbstverwaltung.<sup>57</sup> 1981 legte die Europakonferenz der Gemeinden und Regionen<sup>58</sup> in einer Resolution den Entwurf für eine Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vor, der vom Ausschuss für lokale und regionale Strukturen, der Teil des Lenkungsausschusses für regionale und kommunale Fragen beim Ministerkomitee des Europarates war, neu gefasst und schließlich vom Ministerkomitee gebilligt wurde. Das Ministerkomitee sprach sich dabei auch für die Form des völkerrechtlichen Vertrages aus.<sup>59</sup> Die EKC wurde dann am 15.10.1985 von 11 Mitgliedstaaten, u.a. von Deutschland, unterzeichnet und trat nach Ratifizierung für Deutschland am 01.09.1988 in Kraft. Mittlerweile zählt sie 47 Signatarstaaten, zuletzt unterzeichnete San Marino die EKC.<sup>60</sup>

Die EKC erweist sich damit als die Frucht zahlreicher Bemühungen der kommunalen Spitzenverbände auf europäischer Ebene, neben oder an Stelle einer fehlenden nationalen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung deren völkerrechtliche Verankerung zu erreichen.<sup>61</sup>

## 2. Rechtsnatur, Vertragsstaaten, Inhalt

Die EKC ist ein völkerrechtlicher Vertrag auf Ebene des Europarates, vergleichbar der Europäischen

---

<sup>56</sup> Ab 1975 „Europakonferenz der Gemeinden und Regionen“, 1983 dann „Ständige Konferenz der Gemeinden und Regionen Europas“, seit 1994 „Kongreß der Gemeinden und Regionen Europas“ (KGRE), *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 3 Rn. 2. Zur KGRE siehe ferner *Henneke*, PdK A5 Bund, S. 51.

<sup>57</sup> Zu den diversen Empfehlungen und Resolutionen *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 3 Rn. 3 ff.

<sup>58</sup> Siehe Fn. 56.

<sup>59</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 4 Rn. 1 ff., insbesondere Rn. 13, § 5 Rn. 1 ff., insbesondere Rn. 5-7, 9-10.

<sup>60</sup> Zeichnung am 16.06.2013, Ratifizierung am 29.10.2013, Inkrafttreten 01.02.2014, siehe [http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures?p\\_auth=b6WBkVki](http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures?p_auth=b6WBkVki), zuletzt besucht am 07.01.2016.

<sup>61</sup> Siehe dazu *Stern* in: Nierhaus, Kommunale Selbstverwaltung, S. 21 (40 ff.).

Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>62</sup>. Sie sieht keinen Austausch bestimmter Leistungen vor, sondern verpflichtet zu Ausgestaltung der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung nach den Vorgaben der Charta. Damit ist sie ein sogenannter „law-making treaty“.<sup>63</sup>

Ein Beitritt ist nur Mitgliedstaaten des Europarates möglich. Die EKC ist damit ein sog. „halboffener Vertrag“.<sup>64</sup> In der Konsequenz wurde die EKC für Deutschland nur durch den Bund, nicht durch die eigentlich für das Kommunalrecht zuständigen Bundesländer unterzeichnet, die selbst nicht Mitglieder des Europarates sind.

Die EKC umfasst insgesamt 18 Artikel. Sie gliedert sich nach dem Auftaktartikel in insgesamt drei Teile. In Art. 1 EKC werden die Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 12 EKC auf die Charta verpflichtet. Art. 2 bis 11 EKC, Teil I, regeln die verschiedenen Ausprägungen der kommunalen Selbstverwaltung. Art. 12 bis 14 EKC, Teil II, machen Vorgaben zu Geltung und Kontrolle der Charta. Art. 15 bis 18 EKC, Teil III, schließlich regeln Unterzeichnung, Ratifikation, Inkrafttreten, Geltungsbereich, Kündigung und Notifikation.

Näher betrachtet werden sollen nun die bedeutsamen Teile I und II der Charta. Eine detaillierte Analyse und Kommentierung insbesondere der den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung nach der EKC definierenden Art. 2-11 EKC würde jedoch den Rahmen dieses Beitrags bei Weitem sprengen. Daher soll es mit einem groben Überblick und einer Systematisierung dieser Regelungen sein Bewenden haben. Vertiefend sei auf die ausführliche Darstellung bei *Schaffarzik*<sup>65</sup> verwiesen.

Art. 2 EKC schreibt die Verankerung der kommunalen Selbstverwaltung „in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und nach Möglichkeit in der Verfassung“ vor, beinhaltet damit eine Normierungsvorgabe mit fakultativ verfassungsrechtlicher Ausgestaltung. Art. 3 EKC definiert die kommunale Selbstverwaltung als Recht zur Regelung eines wesentlichen Teils der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung (Abs. 1), das durch demokratische gewählte Räte ausgeübt wird (Abs. 2). Art. 4 EKC

---

<sup>62</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, zuletzt geändert mit Wirkung zum 1. Juni 2010 durch das Protokoll Nr. 14 vom 13. Mai 2004.

<sup>63</sup> Allgemein zu diesen *Herdegen*, Völkerrecht, § 15 Rn. 7.

<sup>64</sup> *Schmidt*, EuR 2003, 936 (947) mit Verweis auf die Terminologie bei *Carreau*, Droit international, S. 131 „des traités entrouverts“.

<sup>65</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, §§ 11-16.

macht Vorgaben zum Umfang der kommunalen Selbstverwaltung. Er geht dabei von der grundsätzlichen Allzuständigkeit der Kommunen im Rahmen der Gesetze aus, sieht gleichzeitig aber auch die Möglichkeit von Aufgabenübertragungen über die grundlegenden Zuständigkeiten hinaus vor. Art. 5 EKC normiert eine Anhörungspflicht vor Grenzänderungen, Art. 6 EKC garantiert die Organisations- und Personalhoheit, Art. 7 EKC regelt und sichert die Rechtsstellung der kommunalen Mandatsträger. Nach Art. 8 EKC soll grundsätzlich nur eine Rechtsaufsicht über die Kommunen bestehen, die Fachaufsicht soll die Ausnahme bleiben. Art. 9 EKC garantiert die finanzielle Ausstattung der Kommunen, um ihnen eine autonome Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Art. 10 EKC sichert das Recht zur kommunalen Kooperation, Art. 11 EKC den innerstaatlichen Rechtsweg.

Im Anschluss an *Schaffarzik*<sup>66</sup> lassen sich die Normen des Teils I der EKC in Normierungs- und Definitionsanforderungen, konkrete Garantiegehalte und die Prozessgarantie des Art. 11 EKC systematisieren. Artikel 2 und 4 I EKC treffen Regelungen zur Positionierung der Selbstverwaltungsgarantie, während Art. 3 EKC eine Definition der kommunalen Selbstverwaltung liefert, ohne gleichzeitig konkrete Rechte zu verbürgen. Er ist daher stets in Verbindung mit den ihm nachfolgenden Garantien zu sehen.<sup>67</sup> Letztere werden in Form konkreter Gewährleistungen in Art. 4 Abs. II bis Art. 11 ff. EKC normiert. Zentral sind dabei Art. 4 Abs. 2 bis 4 EKC, die eine prinzipiell umfassende und ausschließliche Allzuständigkeit der kommunalen Gebietskörperschaften und einen grundsätzlichen Vorrang der bürgernächsten Behörden normieren.<sup>68</sup> Dies entspricht weitestgehend dem innerdeutschen Verständnis kommunaler Allzuständigkeit, wenngleich die aus Art. 28 Abs. 2 GG bekannte explizite Beschränkung auf die örtlichen Angelegenheiten in der Charta bewusst fehlt<sup>69</sup>, was praktisch jedoch aufgrund des Schrankenvorbehalts zu keinen abweichenden Ergebnissen führt. Die Verbürgung der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung folgt aus einer Zusammenschau mit Art. 3 I EKC („in eigener Verantwortung“).<sup>70</sup> Der Großteil der weiteren in der Charta in concreto niedergelegten Garantien findet sich ebenfalls im deutschen

<sup>66</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, §§ 12 und 13.

<sup>67</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 12 Rn. 5.

<sup>68</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 13 Rn. 3.

<sup>69</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 21 Rn. 5.

<sup>70</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 21 Rn. 8.

Recht in gleicher oder ähnlicher Form, wengleich oft nicht unmittelbar im (Verfassungs-) Normtext verankert.<sup>71</sup>

In Teil II ermöglicht Art. 13 EKC eine Beschränkung auf bestimmte Arten kommunaler Gebietskörperschaften nach dem Willen der Vertragsparteien. Grundsätzlich gilt die Charta jedoch, wie aus dessen S. 1 folgt, für alle Arten von kommunalen Gebietskörperschaften. Von besonderer Bedeutung in Teil II ist Art. 12 EKC. Diese sog. „à-la-carte-Klausel“<sup>72</sup> gibt den Vertragsstaaten die Möglichkeit, bestimmte Absätze von der Geltung für den jeweiligen Vertragsstaat auszuschließen. Jeder Vertragsstaat muss sich jedoch auf mindestens 20 Absätze des Teils I verpflichten. Zehn davon sind aus bestimmten in Art. 12 Abs. 1 EKC aufgezählten Artikeln/Absätzen zu wählen. Die à-la-carte-Klausel stellt einen Kompromiss zwischen einem politisch nicht durchsetzbaren Maximalstandard i.S.e. Bindung aller Mitgliedsstaaten an alle Bestimmungen der Charta und einer unverbindlichen Minimallösung dar. Sie hat dadurch maßgeblich zur Verbreitung der Charta beigetragen. Der Preis für diese Vorgehensweise ist allerdings ein national jeweils unterschiedliches Garantieniveau.<sup>73</sup> Teil II schließt mit der Informationspflicht nach Art. 14 EKC ab, die im Folgenden in den Blick genommen werden soll.

### **3. Verfahrensmäßige Absicherung auf Ebene des Europarates**

Die Informationspflicht nach Art. 14 EKC stellt die einzige explizit vorgesehene verfahrensmäßige Absicherung der Garantien der Charta dar. Danach hat jede Vertragspartei dem Generalsekretär des Europarats alle einschlägigen Informationen über Rechtsvorschriften und sonstige Maßnahmen, die sie erlässt oder trifft, um die Bestimmungen der Charta einzuhalten, zu übermitteln.

Eine derartige Pflicht ist – vom gänzlichen Fehlen einer Kontrollmöglichkeit abgesehen – die denkbar geringste verfahrensmäßige Absicherung. Es besteht weder die explizite Möglichkeit einer kommunalen Chartabeschwerde durch die Kommunen, vergleichbar der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK. Noch existiert die Möglichkeit einer Staatenbeschwerde

---

<sup>71</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 13 Rn. 8, allgemein auf den „nationalen Rechtskreis“ bezogen.

<sup>72</sup> *Heberlein*, DVBl. 1994, S. 1213 (1218); *Knemeyer*, in: FS Söllner, S. 507 (510).

<sup>73</sup> Vgl. *Knemeyer*, in: FS Söllner, S. 507 (509): „Flexibilität und Kompromiss ermöglichende Form“.

vergleichbar Art. 33 EMRK. Entsprechend besteht auch kein Gerichtshof vergleichbar dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Selbst wenn man dem Europarat als „implied power“ die Möglichkeit der Befassung mit kommunalen Beschwerden zugestehen möchte (und dies z.T. auch praktiziert wird)<sup>74</sup>, ist die verfahrensmäßige Absicherung auf Ebene des Europarates mangels ausdrücklich normierter Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten als schwach zu bezeichnen.<sup>75</sup>

Eine effektive Absicherung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung bleibt somit weitestgehend den Mitgliedstaaten überlassen. Eine solche innerstaatliche Absicherung entsprechend Art. 11 EKC ist jedoch nur verpflichtend, sofern der jeweilige Mitgliedstaat Art. 11 EKC als bindend anerkannt hat. Die à-la-carte-Klausel des Art. 12 EKC verbietet indes einen Verzicht auf die Geltung von Art. 11 EKC nicht.

Angesichts dieser Rechtsschutzschwäche gewinnt die Umsetzung der EKC und allen voran die Ausgestaltung innerstaatlichen Rechtsschutzes im jeweiligen Vertragsstaat umso mehr an Bedeutung. Im Folgenden soll die Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland betrachtet werden.

#### **IV. Die Umsetzung der EKC am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland**

Die Umsetzung der EKC in der Bundesrepublik erfordert einen wirksamen Vertragsschluss samt innerstaatlicher Ratifikation und eine entsprechende Transformation (1.). Gilt die Charta danach auch staatsintern, ist ihre verfahrensmäßige Absicherung durch innerstaatliches Recht zu thematisieren (2.).

##### **1. Vertragsschlusskompetenz, innerstaatliche Ratifikation und Transformation**

Die Pflege der auswärtigen Beziehungen ist in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich Sache des Bundes, so statuiert es Art. 32 Abs. 1 GG. Das Idyll der zunächst klar erscheinenden Regel wird indes durch Art. 32 Abs. 3 GG gestört. Dieser sieht im Wortlaut vor: „Soweit die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschließen“. Bereits seit den jungen Jahren der Republik herrscht Uneinigkeit

---

<sup>74</sup> So *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 15 Rn. 23 ff., 51

<sup>75</sup> *Knemeyer*, in: FS Söllner, S. 507 (513).

darüber, ob Art. 32 Abs. 3 GG dem Bund den Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf Gebieten, für welche die Länder ausschließlich zuständig sind, versagt. Ein solches Rechtsgebiet stellt das Kommunalrecht dar.<sup>76</sup>

Im Anschluss an eine Diskussion und darin vertretene Länderpositionen im Bundesrat 1955/56 werden drei Positionen unterschieden, von denen zwei Ausprägungen einer zentralistischen, eine Ausdruck einer föderalistischen Sichtweise sind. Die sog. „süddeutsche Lösung“ erblickt in Art. 32 Abs. 3 GG eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Länder für völkerrechtliche Verträge auf Gebieten ihrer ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit. Die sog. „Berliner Lösung“ und die sog. „norddeutsche Lösung“ sehen demgegenüber auch in Bereichen abschließender Ländergesetzgebungszuständigkeit die Vertragsschlusskompetenz beim Bund, wobei die norddeutsche Lösung insofern vermitteln will, als sie den Ländern – anders als die Berliner Lösung – die ausschließliche Durchführungs- bzw. Transformationskompetenz belässt.<sup>77</sup> Eine Ausbreitung der vertretenen Argumente und ein dogmatischer Entscheid des Streits erübrigen sich jedoch angesichts der staatsrechtlichen Praxis, die sich schon früh zwischen Bund und Ländern etabliert hat. Im sog. „Lindauer Abkommen“<sup>78</sup> kamen beide Seiten überein, dem Bund auch im Bereich ausschließlicher Ländergesetzgebungszuständigkeit die Vertragsschlusskompetenz zuzubilligen, jedoch nur bei gleichzeitiger Pflicht zur Einholung des Einverständnisses der Länder vor Eintritt der völkerrechtlichen Verbindlichkeit. Obgleich dem Abkommen keine rechtliche Bindungswirkung zukommt, wird es bisher beiderseits beachtet.<sup>79</sup>

Den Vorgaben des Abkommens folgend wurde auch vor Abschluss der EKC die Zustimmung der Länder eingeholt. Dies führte letztlich wegen rheinland-pfälzischer Bedenken in Bezug auf die Geltung des Art. 9 Abs. 3 EKC, der kommunale Steuern und Gebühren mit Hebesatzrechten garantiert, zu einem Vorbehalt, durch

---

<sup>76</sup> Siehe oben II. 1.

<sup>77</sup> *Nettesheim* in Maunz/Dürig, GG, Art. 32 Rn. 61-64.

<sup>78</sup> Verständigung zwischen der Bundesregierung und den Staatskanzleien der Länder über das Vertragsschließungsrecht des Bundes vom 14. November 1957, abgedruckt bei *Nettesheim* in Maunz/Dürig, GG, Art. 32 Rn. 72.

<sup>79</sup> Zum Ganzen *Nettesheim* in Maunz/Dürig, GG, Art. 32 Rn. 72 f.

den die rheinland-pfälzischen Verbandsgemeinden von der Geltung des Art. 9 Abs. 3 EKC ausgenommen werden.<sup>80</sup>

Die innerstaatliche Ratifikation im Sinne der legislativen Zustimmung zum völkerrechtlichen Vertrag erfolgt nach Art. 59 Abs. 2 GG durch einfaches Bundesgesetz, so auch bei der EKC.<sup>81</sup> Geht man mit der Transformationstheorie<sup>82</sup> und der zentralistischen „Berliner Lösung“<sup>83</sup> davon aus, dass ein völkerrechtlicher Vertrag durch das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG innerstaatliche Bindung erlangt und die Kompetenz zu dieser Transformation in nationales Recht auch im Falle ausschließlicher Länderzuständigkeit für die Materie des Vertrages beim Bund liegt, so wurde die EKC durch das Zustimmungsgesetz transformiert. Nach Auffassung der „norddeutschen“ und der „süddeutschen“ Lösung liegt demgegenüber die Transformationskompetenz bei den Ländern, die jedoch durch ihre jeweiligen Normierungen der Selbstverwaltungsgarantie die Garantien der EKC bereits innerstaatlich umgesetzt haben.<sup>84</sup> Nach beiden Auffassungen hat die EKC volle innerstaatliche Verbindlichkeit erlangt.

Die EKC hat ferner – anknüpfend an die Rangstufe des Zustimmungsgesetzes – wie auch die EMRK unstreitig den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, geht also dem Grundgesetz nach. Das gilt auch dann, wenn man die Transformationskompetenz bei den Ländern sieht.<sup>85</sup> Damit ist Art. 28 Abs. 2 GG vorrangig gegenüber der Charta. Nach Art. 31 GG sind jedoch sämtliche Landesverfassungen und Landesgesetze der Charta im Rang untergeordnet.

<sup>80</sup> Der (englische) Wortlaut des Vorbehalts ist abrufbar unter [http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/declarations?p\\_auth=sQ4Bdk2C](http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/declarations?p_auth=sQ4Bdk2C), zuletzt geprüft am 14.01.2016.

<sup>80</sup> Gesetz zu der Europäischen Charta vom 15. Oktober 1985 der kommunalen Selbstverwaltung vom 22. Januar 1987, BGBl. II, 65.

<sup>81</sup> Gesetz zu der Europäischen Charta vom 15. Oktober 1985 der kommunalen Selbstverwaltung vom 22. Januar 1987, BGBl. II, 65.

<sup>82</sup> Dazu *Heun* in: Dreier, GG, Art. 59 Rn. 46/47.

<sup>83</sup> Siehe bereits oben Fn. 77; ferner *Heintschel von Heinegg* in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 32 Rn. 9-9.4, 11; *Wollenschläger* in: Dreier, GG, Art. 32 Rn. 35.

<sup>84</sup> Die EKC stellt insofern einen sog. „Parallelvertrag“ dar, *Schmidt*, Kommunale Kooperation, S. 93. Ob diese Form der Transformation in solchen Fällen ausreichend ist, ist umstritten, kann mit BVerfGE 1, 372 (388) jedoch bejaht werden.

<sup>85</sup> Vgl. *Nettesheim* in Maunz/Dürig, GG, Art. 59 Rn. 185. Rangfrage und Transformationsfrage sind nicht identisch.

Das zieht indes keine Kollisionen nach sich, deren Folge die Brechung entgegenstehenden Landesrechts wäre. Denn sowohl die Charta als auch die landesrechtlichen Gewährleistungen sind offen für höhere Garantiestandards, sodass wechselseitige Ergänzungen möglich sind.<sup>86</sup> Dies schließt nicht aus, dass jedenfalls nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen der Charta<sup>87</sup> Änderungen des entsprechenden Landesrechts gebieten können und Kollisionen insbesondere im Fall von Novellierungen des Landesrechts prinzipiell denkbar sind. Darauf wird im Folgenden bei der Frage nach der verfahrensmäßigen Absicherung zurückzukommen sein.

## **2. Verfahrensmäßige Absicherung durch innerstaatliches Recht**

Zur verfahrensmäßigen Absicherung der EKC kommen die Kommunalverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, entsprechende Beschwerden zu den jeweiligen Landesverfassungsgerichten und die abstrakte sowie die konkrete Normenkontrolle als Rechtsbehelfe in Betracht. Ferner sind die Bedeutung des Ranges der EKC und ihre etwaige Eigenschaft als Auslegungshilfe zu betrachten.

Wie unter II. 3 aufgezeigt, erfolgt eine Absicherung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch die Möglichkeit der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG bzw. aufgrund deren Subsidiarität maßgeblich durch die jeweiligen landesrechtlichen Beschwerden. Weder erstere noch letztere bieten jedoch Rechtsschutz bei Verletzungen der EKC. Prüfungsmaßstab der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG ist ausschließlich das Grundgesetz, konkret Art. 28 GG und die die kommunale Selbstverwaltung prägenden Verfassungsbestimmungen.<sup>88</sup> Die EKC als einfaches Bundesgesetz stellt keinen tauglichen Prüfungsmaßstab dar. Ebenso verhält es sich mit den jeweiligen landesrechtlichen Beschwerden. Auch deren Prüfungsmaßstab ist auf die jeweilige Landesverfassung bzw. die dort enthaltenen Selbstverwaltungsgarantien beschränkt.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die EKC als einfaches Bundesgesetz im Rang den Landesverfassungen und sämtlichen Landesgesetzen vorgeht, diese ihr somit nicht direkt widersprechen

---

<sup>86</sup> *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 18 Rn. 26.

<sup>87</sup> Zu Frage, inwieweit die Normen der Charta (bei gegebener innerstaatlicher Geltung) unmittelbar anwendbar (self-executing) sind, *Schaffarzik*, Handbuch EKC, § 19.

<sup>88</sup> *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 93 Rn. 82.

dürfen. Das ist einerseits bei der Ausgestaltung der Landesverfassungen und des Landesrechts zu berücksichtigen. Andererseits eröffnet dies die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG im Falle von Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht, zu welchem die EKC gehört. Antragsberechtigt sind jedoch ausschließlich die Bundesregierung, jede Landesregierung und ein Viertel der Mitglieder des Bundestages. Gemeinden gehören nicht zum Kreis der Antragsberechtigten. Da die Frontlinie in Streitigkeiten über die Reichweite der kommunalen Selbstverwaltung i.d.R. zwischen dem jeweiligen Bundesland als „übergeordneter“ Körperschaft, vertreten durch die jeweilige Landesregierung, und die Gemeinde als „untergeordneter“ Körperschaft, deren Rechte beschnitten werden sollen, verläuft und der Bund regelmäßig außen vor bleibt, steht der eingeschränkte Kreis der Antragsberechtigten bei der abstrakten Normenkontrolle einem wirksamen Schutz der EKC-Garantien über eben diese eher entgegen.

Auch im Wege der konkreten Normenkontrolle ist eine Überprüfung von Landesrecht an der EKC nach Art. 100 Abs. 1 S. 1, 2 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG möglich. Wird die Vorlage trotz Chartawidrigkeit unterlassen, stellt dies eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 I 2 GG dar. Letzteres steht auch Kommunen zu und kann von diesen ausnahmsweise im Wege der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG geltend gemacht werden.<sup>89</sup> Da Eingriffe in die Kommunale Selbstverwaltung jedoch häufig direkt durch Landesgesetze erfolgen, gegen welche kein Rechtsweg zu den Instanzgerichten gegeben ist, bietet auch diese Kontrollmöglichkeit kaum effizienten Schutz.

Eine wirksame innerstaatliche verfahrensmäßige Absicherung der EKC-Garantien ist dennoch gewährleistet. Denn zum einen entspricht das innerstaatliche Schutzniveau dem der EKC, sodass bei einer Verletzung der EKC in aller Regel auch eine Verletzung der grundgesetzlichen bzw. landesverfassungsrechtlichen Garantien gegeben ist. Zum anderen kann die EKC als Auslegungshilfe bei der Interpretation der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz und in den Landesverfassungen herangezogen werden, die jeweils völkerrechtsfreundlich auszulegen sind. Diese

---

<sup>89</sup> BVerfGE 21, 362 (373); 61, 81 (104) für Gemeinden; allgemein für juristische Personen des öffentlichen Rechts *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 4.

Vorgehensweise ist von der EMRK bekannt.<sup>90</sup> Faktisch wird damit die EKC in ihrer Geltungskraft erhöht und dem Grundgesetz angenähert. So können auch im Falle etwaiger innerstaatlicher Schutzdefizite durch Interpretation der nationalen Selbstverwaltungsgarantie im Lichte der EKC deren Bestimmungen vollumfänglich zur Geltung kommen, ohne dass es einer weiteren, neben die bestehenden Verfahren tretenden Beschwerdemöglichkeit bedarf.

## **V. Zusammenfassung und Fazit**

Die kommunale Selbstverwaltung im modernen Sinne hat in Deutschland eine über 200-jährige Tradition. Местное самоуправление, в современном понимании, имеет в Германии более чем 200-летнюю традицию. Über die Revolution 1848, die Reichsgründung 1871, und die Wirren zweier Weltkriege mit zwischengeschalteter demokratisch-republikanischer Phase in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts hinweg ist sie zu einer verfassungsrechtlich garantierten Institution mit der Möglichkeit subjektiv-rechtlicher Erzwingung durch die Gemeinden erstarkt. Der sachliche Gewährleistungsbereich der Garantie kommunaler Selbstverwaltung umfasst dabei die grundsätzliche Allzuständigkeit der Gemeinden für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und deren eigenverantwortliche Regelung. Jede Beschränkung bedarf einer Rechtfertigung. Die Institution der Gemeinde selbst kann nicht abgeschafft werden.

Im Angesicht der gerade nach Ende des zweiten Weltkriegs wieder mit aller Deutlichkeit zu Tage tretenden Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung für den demokratischen Rechtsstaat wurde die EKC als völkerrechtlich bindender Vertrag erarbeitet und garantiert – aus deutscher Sicht flankierend zum Grundgesetz – seit Mitte der 1980er Jahre die kommunale Selbstverwaltung in mittlerweile 47 Mitgliedstaaten der Charta. Der Preis dieser weiten Verbreitung war das Zugeständnis an die Mitgliedstaaten in Art. 12 EKC, sich nicht vollumfänglich an alle Artikel bzw. Absätze der Charta binden zu müssen, sondern „à la carte“ auswählen zu dürfen. Das materielle Schutzniveau ist angesichts der umfassenden Garantien der EKC dennoch hoch. Damit korrespondiert jedoch keine effiziente Rechtsschutzmöglichkeit. Die Informationsverpflichtung nach Art. 14 EKC ist die denkbar schwächste verfahrensmäßige Absicherung.

---

<sup>90</sup> Zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung der Grundrechte im Hinblick auf die EMRK *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 1 Rn. 4, Art. 46 Rn. 19, 33.

Diese schwache Absicherung auf europäischer Ebene wird in der Bundesrepublik Deutschland durch eine effiziente innerstaatliche Absicherung kompensiert. Такое слабое обеспечение на европейском уровне было компенсировано в ФРГ путем эффективного внутрегосударственно урегулирования. Die im Rang eines einfachen Bundesgesetzes stehende EKC wird durch die bereits vor ihrem Inkrafttreten bestehenden landesrechtlichen Garantien der kommunalen Selbstverwaltung umgesetzt, sodass ihr Schutzniveau in den Bundesländern gewahrt ist und im Wege der jeweiligen landesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerden auch seitens der Kommunen eingefordert werden kann. Ferner sind die Regelungen der EKC bei Auslegung der Selbstverwaltungsgarantien in den Landesverfassungen und im Grundgesetz zu berücksichtigen.

Mag aus deutscher Sicht die EKC wenig Neuerungen gebracht haben und angesichts ihrer geringen verfahrensmäßigen Absicherung kein Zugewinn an Rechtsschutzmöglichkeiten für die Gemeinden zu verzeichnen sein, so ist die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Form eines völkerrechtlichen Vertrages doch ein wichtiger Meilenstein auf dem Weg hin zu einer Gemeinschaft europäischer Staaten mit gemeinsamen rechtsstaatlich-demokratischen Grundwerten. Dabei ist insbesondere ihr Einfluss auf eine rechtliche Positivierung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung in den Mitgliedstaaten zu betonen. Denn die Geschichte zeigt, dass die Eigenständigkeit der Kommunen meist eine der ersten Institutionen ist, die antidemokratisch-totalitären Regimen zum Opfer fällt. Daher kann sie in Gestalt ihrer positiv-rechtlichen Absicherung und ihrer praktischen Umsetzung als Seismograph für Bedrohungen des demokratischen Rechtsstaates dienen. Fällt die kommunale Autonomie zur Gänze, fällt die Demokratie. Und umgekehrt.

## **DIE EUROPÄISCHE CHARTA DER KOMMUNALEN SELBSTVERWALTUNG**

*Univ.-Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt  
und Wiss. Mitarbeiter Sebastian Segmiller  
Universität Potsdam*

### **Thesen**

1. Die Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung besitzt einen großen geographischen Anwendungsbereich und ein erhebliches Harmonisierungspotential.
2. Die kommunale Selbstverwaltung im modernen Sinne beginnt in Deutschland 1808 und führte über § 184 Paulskirchenverfassung und Art. 127 Weimarer Reichsverfassung zu Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz. Dabei entwickelte sich die kommunale Selbstverwaltung von einem kollektiven Grundrecht zu einer institutionellen Garantie.
3. Aktuell wird die kommunale Selbstverwaltung in Deutschland vor allem durch die Europäisierung, die geforderte Privatisierung der Daseinsvorsorge, den Bevölkerungsrückgang in den Kommunen sowie deren schwierige finanzielle Situation herausgefordert.
4. Die grundgesetzliche Garantie der Selbstverwaltung ist zwar kein Grundrecht, ähnelt aber von ihrer Struktur her mit Gewährleistungsbereich, Eingriff und Rechtfertigung des Eingriffs nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips den Grundrechten.
5. Zur Bestimmung des geschützten Inhalts der Selbstverwaltung kann bei typologischer Betrachtung auf die so genannten Gemeindehoheiten der Gebiets-, Planungs-, Organisations-, Personal-, Satzungs- und Finanzhoheit sowie auf das gemeindliche Aufgabenfindungsrecht zurückgegriffen werden.
6. Verfassungsprozessual wird die kommunale Selbstverwaltungsgarantie durch die Möglichkeit der Erhebung einer Kommunalverfassungsbeschwerde zu den Landesverfassungsgerichten oder bei deren Fehlen zum Bundesverfassungsgericht abgesichert.

7. Die Wurzeln der Europäischen Kommunalcharta liegen in der Europäischen Charta der Gemeindefreiheiten von 1953, der Bildung der Europäischen Gemeindekonferenz von 1957 sowie der Europakonferenz der Gemeinden und Regionen, die 1981 einen Entwurf der Charta vorlegte.
8. Die Europäische Kommunalcharta ist ein halboffener völkerrechtlicher Vertrag unter dem Dach des Europarates in der Form eines „law-making treaty“.
9. Die Europäische Kommunalcharta trat 1988 für Deutschland nach ihrer Ratifizierung in Kraft. Die Vertragsabschlusskompetenz lag beim Bund, auch Ratifikation und Transformation folgten der Praxis des Lindauer Abkommens zwischen dem Bund und den Ländern.
10. Die Europäische Kommunalcharta umfasst Normierungs- und Definitionsanforderungen, konkrete Gewährleistungen und eine Verfahrensgarantie. Sie geht von der prinzipiellen Allzuständigkeit der Kommunen aus, beschränkt die Aufsicht grundsätzlich auf eine Rechtsaufsicht und garantiert die finanzielle Ausstattung der Kommunen. Im Unterschied zu der Europäischen Menschenrechtskonvention kennt die Europäische Kommunalcharta aber keine Beschwerdemöglichkeit zu einem europäischen Gericht.
11. Innerstaatlich gilt die Europäische Kommunalcharta in Deutschland im Range eines einfachen Bundesgesetzes. Zwar stellt sie keinen tauglichen Prüfungsmaßstab für die Kommunalverfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht oder vor einem Landesverfassungsgericht dar. Sie kann jedoch angesichts der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als Hilfe bei der Auslegung der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Selbstverwaltungsgarantie herangezogen werden.

## **ЕВРОПЕЙСКАЯ ХАРТИЯ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ**

*профессор д-р юр. наук Торстен Инго Шмидт  
и науч. сотр. Себастиан Зегмиллер  
Университет Потсдам*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

1. Европейская хартия местного самоуправления имеет обширную географическую область применения и обладает огромным потенциалом к гармонизации.
2. Местное самоуправление в современном понимании берет начало в Германии в 1808 году и получило свое развитие посредством нормы § 184 Конституции Паульскирхе 1848 и ст. 127 Веймарской Конституции Германии в ст. 28 Абз. 2 Основного Закона. При этом местное самоуправление из коллективного основного права развилось в объективно-правовую институционную гарантию.
3. В настоящее время местное самоуправление в ФРГ столкнулось с такими проблемами, как европеизация, необходимая приватизация жизненного обеспечения, снижение количества жителей в муниципальных образованиях и также сложной финансовой ситуацией.
4. Гарантированное в Конституции право на самоуправление не является основным правом, однако по своей структуре схоже с областью гарантированной защиты основного права, то есть посягательство и оправдание такого посягательства рассматривается в соответствии с принципами соразмерности основных прав.
5. Для определения защищенного содержания самоуправления при типологическом рассмотрении можно прибегнуть к таким понятиям, как территориальный суверенитет, суверенитет в вопросах планирования, суверенитет в вопросах административного управления (включая суверенитет в вопросах кооперации), персональный суверенитет управления, суверенитет в вопросах издания местных правил,

---

<sup>1</sup> Перевод Артёма Зыкова.

уставов и положений, суверенитет в вопросах управления финансами (включая суверенитет управления сберегательными кассами), а также право урегулирования всех вопросов местных муниципальных образований.

6. На конституционно-процессуальном уровне гарантия муниципального самоуправления обеспечивается возможностью подать так называемую коммунальную конституционную жалобу в конституционный суд земли или, если таковой отсутствует, в федеральный конституционный суд Германии.
7. Европейская Хартия Местного Самоуправления уходит корнями в Европейскую Хартию Свободы Муниципальных Образований 1953 года, в образование в 1957 году Европейской Конференции Муниципальных Образований, а также Европейской Конференции Муниципальных Образований и Регионов, которые в 1981 году создали первый проект современной хартии.
8. Европейская Хартия Местного Самоуправления является полуоткрытым международным договором под эгидой Совета Европы в форме „law-making treaty“.
9. Европейская хартия местного самоуправления вступила в силу в Германии после ее ратификации в 1988 году. Полномочиями заключать такой договор обладает федерация, также ратификация и трансформация производились в соответствии с практикой Линдаурского Соглашения между Федерацией и отдельными землями.
10. Европейская хартия местного самоуправления включает в себя положения по созданию и толкованию норм, конкретные гарантии (обеспечение исполнения) и конституционную гарантию. Хартия исходит из принципиальной всесторонней юрисдикции муниципальных образований, ограничивает контроль правовым надзором и гарантирует финансовый суверенитет муниципальных объединений. В отличие от Европейской Хартии по правам человека в Европейской Хартии местного самоуправления отсутствует возможность подать жалобу в Европейский Суд.
11. На национальном уровне Европейская Хартия Местного Самоуправления имеет статус обыкновенного закона. С одной стороны, Хартия не обладает соответствующим масштабом для

проверки в рамках коммунальной конституционной жалобы перед федеральным конституционным судом или перед земельным конституционным судом. Однако в свете приверженности конституции нормам международного права Хартия используется как помощь при толковании конституционных обеспечений гарантии местного самоуправления.

## **ENTWICKLUNG DER BETRIEBLICHEN MITBESTIMMUNG IN DEUTSCHLAND**

*Dr. iur. Martin Schlüter  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Hamm/Westf.*

### **Gliederung**

- I.** Einleitung
- II.** Geschichtlicher Verlauf
  - 1. Arbeiterschutzgesetz
  - 2. Arbeiterausschüsse im Bergbau
  - 3. Vaterländischer Hilfsdienst
  - 4. Weimarer Reichsverfassung
  - 5. Betriebsrätegesetz 1920
  - 6. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 1934
  - 7. Kontrollratsgesetze
  - 8. Betriebsgewerkschaftsleitungen in der DDR
  - 9. Montanmitbestimmung
  - 10. Betriebsverfassungsgesetz 1952
  - 11. Betriebsverfassungsgesetz 1972
  - 12. Mitbestimmungsgesetz 1976
  - 13. Novelle zum BetrVG 2001
- III.** Überblick über die wesentlichen Regelungen des BetrVG
  - 1. Bildung von Betriebsräten
  - 2. Stellung und Aufgaben der Betriebsräte
- IV.** Unternehmensmitbestimmung
  - 1. Drittelbeteiligungsgesetz
  - 2. Mitbestimmungsgesetz 1976

**3.** Montan-Mitbestimmung

**V.** Zusammenfassende Bewertung

## I. Einleitung

Zunächst bedarf es einer Klarstellung, was unter „**betriebliche Mitbestimmung**“ zu verstehen ist. Üblicherweise sieht man als betriebliche Mitbestimmung die Mitwirkung des Betriebsrats, gegebenenfalls auch ähnlicher Einrichtungen, als Vertreter der Arbeitnehmer bei unternehmerischen Entscheidungen an. Diese ist heute im Wesentlichen im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) geregelt. Wir finden allerdings Bestimmungen über die betriebliche Mitbestimmung auch in einer Vielzahl sonstiger Gesetze, teilweise an schwer zu vermutender Stelle, etwa im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, im Arbeitnehmererfindungsgesetz, im Kündigungsschutzgesetz, im Arbeitszeitgesetz und im - das Arbeitslosengeld betreffenden- Sozialgesetzbuch III. Von der „betrieblichen Mitbestimmung“ abgegrenzt wird die „**Mitbestimmung auf Unternehmensebene**“, also in den Organen von Kapitalgesellschaften, etwa Aktiengesellschaften oder größeren Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Während bei der betrieblichen Mitbestimmung der Betriebsrat oder eine entsprechende Vertretung der Mitarbeiter dem Arbeitgeber als Träger der Arbeitgeberfunktion gegenübersteht, mit ihm verhandelt und gegebenenfalls mit ihm Vereinbarungen abschließt, sind die Arbeitnehmervertreter in den Unternehmensorganen (Aufsichtsrat und gegebenenfalls auch Vorstand) Teil der Unternehmensleitung. Es kann sich hier also die Situation ergeben, dass etwa in großen Kapitalgesellschaften der „**Arbeitsdirektor**“, der letztlich von den Gewerkschaften bestimmt wird, dem Betriebsrat – meist ebenfalls von Gewerkschaften dominiert – als Verhandlungspartner gegenübersteht. Die Gefahr von Interessenkollisionen ist daher nicht auszuschließen. Auf die Unternehmensmitbestimmung im engeren Sinne möchte ich am Schluss meines Referats ebenfalls noch kurz eingehen.

## II. Geschichtlicher Verlauf

1. Die ersten Ansätze für eine betriebliche Mitbestimmung ergeben sich aus dem sogenannten **Arbeiterschutzgesetz**, das die Gewerbeordnung änderte; dieses Gesetz ist am 1.6.1891 in Kraft getreten.<sup>1</sup> Der neu ins Amt gekommene Kaiser Wilhelm II. hatte zuvor in einem der sog. Februar-Erlasse vom 4.2.1890<sup>2</sup> gesetzliche

---

<sup>1</sup> RGBl I S.261.

<sup>2</sup> Deutscher Reichsanzeiger und Kgl. Preußischer Staatsanzeiger 1890 Nr. 34.

Regelungen für ständige Arbeitnehmervertretungen der gewerblichen Arbeiter gefordert. Das gut ein Jahr später verkündete Gesetz beinhaltete aber nur die **fakultative** Einführung von **Arbeiterausschüssen**. Es sah unter anderem vor, dass bei der Aufstellung und Änderung von Betriebsordnungen die Mitarbeiter anzuhören waren. Nach § 134d der 1891 neu gefassten Gewerbeordnung sollte insoweit die Anhörung eines etwa vorhandenen Arbeitsausschusses ausreichen. Die Sozialdemokraten wandten sich seinerzeit gegen eine solche Regelung, weil es sich bei freiwilligen oder auch obligatorischen Betriebsausschüssen um ein „scheinkonstitutionelles Feigenblatt“ handele.<sup>3</sup> Große Bedeutung haben diese Ausschüsse zunächst nicht erlangt.<sup>4</sup>

**2.** Praktisch wichtiger waren die durch Gesetze von 1905 und 1909 im Bereich des **Bergbaus** in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitern eingeführten **obligatorischen Arbeiterausschüsse** in Preußen und später auch in Bayern.<sup>5</sup>

**3.** Im Zusammenhang mit der Einführung des „Vaterländischen Hilfsdienstes“ während des Ersten Weltkrieges im Jahre 1916 wurden dann obligatorische Arbeiter- und Angestelltenausschüsse in Betrieben mit mehr als 50 Beschäftigten vorgeschrieben.<sup>6</sup> Nach § 12 dieses Gesetzes war Aufgabe dieser Ausschüsse die Förderung des guten Einvernehmens unter der Belegschaft und zwischen Belegschaft und Arbeitgebern. Der Aufgabenbereich beschränkte sich jedoch auf Mitsprache- und Anhörungsrechte.

**4.** Nachdem im Zusammenhang mit der Revolution des Jahres 1918 und den folgenden Auseinandersetzungen auch innerhalb der sozialdemokratischen/sozialistischen Gruppierungen die Forderungen nach Einführung eines Rätessystems verstärkt wurden, wurde bereits in der im Jahre 1919 beratenen und beschlossenen sogenannten „**Weimarer Reichsverfassung**“ die Einführung von Arbeitnehmerorganisationen vorgesehen (Art. 165 WV). Es heißt dort unter anderem:

---

<sup>3</sup> August Bebel, Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages Bd. 3 Seite 2323.

<sup>4</sup> Edenfeld, Arbeitnehmerbeteiligung im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht (2000) S.16; von Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht § 2. 1.

<sup>5</sup> von Hoyningen-Huene a. a. O.; Trappe, Unternehmensmitbestimmung und unternehmensverbundenen Stiftungen Seite 65 f., Diss. 2010.

<sup>6</sup> RGBI I 1916,1333.

*„Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt.“*

Darüber hinaus sah die Verfassung die Einführung von Bezirksarbeiterräten und eines Reichsarbeiterrates vor.

5. Nach längeren und sehr streitigen Diskussionen hat dann noch die Nationalversammlung selbst, also noch nicht der erste gewählte Reichstag, das **Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (BRG)**<sup>7</sup> verabschiedet, das der Vorläufer des heute geltenden BetrVG 1972 ist.

§ 1 dieses Gesetzes lautet:

*„Zur Wahrnehmung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) dem Arbeitgeber gegenüber und zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke sind in allen Betrieben, die in der Regel mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigen, Betriebsräte zu errichten.“* (Unterstreichung durch den Verf.)

Diese Regelung geht noch über den heutigen Gesetzesstand insoweit hinaus, als deutlich zum Ausdruck gebracht wurde, dass Betriebsräte in derartigen Betrieben **zwingend einzurichten** waren. Die Aufgaben des Betriebsrates wurden in § 66 BRG wie folgt beschrieben:

„Der Betriebsrat hat die Aufgabe:

**1. in Betrieben mit wirtschaftlichen Zwecken die Betriebsleitung durch Rat zu unterstützen, um dadurch mit ihr für einen möglichst hohen Stand und für möglichste Wirtschaftlichkeit der Betriebsleistungen zu sorgen;**

**2. in Betrieben mit wirtschaftlichen Zwecken an der Einführung neuer Arbeitsmethoden fördernd mitzuarbeiten;**

**3. den Betrieb vor Erschütterungen zu bewahren, insbesondere vorbehaltlich der Befugnisse der wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeiter und Angestellten (§ 8), bei Streitigkeiten des Betriebsrats, der Arbeitnehmerschaft, einer Gruppe oder eines ihrer Teile mit dem Arbeitgeber, wenn durch Verhandlungen keine Einigung zu erzielen ist, den Schlichtungsausschuß oder eine vereinbarte Einigungs- oder Schiedsstelle anzurufen;**

---

<sup>7</sup> RGBl. 1920 Nr. 26.

4. darüber zu wachen, dass die in Angelegenheiten des gesamten Betriebs von den Beteiligten anerkannten Schiedssprüche eines Schlichtungsausschusses oder einer vereinbarten Einigungs- oder Schiedsstelle durchgeführt werden;

5. **für die Arbeitnehmer gemeinsame Dienstvorschriften und Änderungen derselben im Rahmen der geltenden Tarifverträge** nach Maßgabe des § 75 mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren;

6. das **Einvernehmen innerhalb der Arbeitnehmerschaft sowie zwischen ihr und dem Arbeitgeber zu fördern** und für Wahrung der Vereinigungsfreiheit der Arbeitnehmerschaft einzutreten;

7. Beschwerden des Arbeiter- und Angestelltenrats entgegenzunehmen und auf ihre Abstellung in gemeinsamer Verhandlung mit dem Arbeitgeber hinzuwirken;

8. auf die Bekämpfung der Unfall- und Gesundheitsgefahren im Betriebe zu achten, die Gewerbeaufsichtsbeamten und die sonstigen in Betracht kommenden Stellen bei dieser Bekämpfung durch Anregungen, Beratung und Auskunft zu unterstützen

sowie auf die Durchführung der gewerbepolizeilichen Bestimmungen und der Unfallverhütungsvorschriften hinzuwirken;

9. an der Verwaltung von Pensionskassen und Werkwohnungen sowie sonstiger Betriebswohlfahrtseinrichtungen mitzuwirken; .....

(Hervorhebung durch Verf.)

Der Betriebsrat sollte also auch dafür verantwortlich, dass das Unternehmen möglichst erfolgreich arbeiten konnte, wobei es sich hierbei nur um eine Unterstützung der Betriebsleitung handeln sollte. Daneben traten allerdings auch die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer und die Möglichkeit der Vereinbarung von Regelungen mit dem Arbeitgeber. § 69 BRG sah ausdrücklich vor, dass die Betriebsführung (nicht also (auch) der Betriebsrat selbst!) die gemeinsam gefassten Beschlüsse durchzuführen hatte. Es heißt dort ausdrücklich „*ein Eingriff in die Betriebsleitung durch selbstständige Anordnungen steht dem Betriebsrat nicht zu*“.

§ 70 sah – über die bloße betriebliche Mitbestimmung hinaus – vor, dass in Unternehmen, für die ein **Aufsichtsrat** bestand, ein oder zwei Betriebsratsmitglieder **in** den Aufsichtsrat, also ein Unternehmensorgan selbst, mit Sitz und Stimme entsandt werden sollten. Die sollte nach Maßgabe eines besonderen noch zu erlassenden Gesetzes geschehen. Dies ist dann durch das **Gesetz**

**über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. Februar 1922**<sup>8</sup>, das die Entsendung von ein oder zwei Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat regelte, geschehen. Auch wenn diese auf die Beschlussfassung des Aufsichtsrats keinen entscheidenden Einfluss nehmen konnten, so ist durch diese gesetzliche Regelung gleichwohl erstmals über die – im BRG nicht sehr stark ausgestaltete *betriebliche* Mitbestimmung hinaus – eine erste *Unternehmensmitbestimmung* eingeführt worden. Immerhin wurde nunmehr mindestens ein Betriebsratsmitglied durch seine Anwesenheit im Aufsichtsrat in den Stand versetzt, die Unternehmensleitung zu kontrollieren und nähere Informationen einzuholen.

6. Aufgrund der Machtergreifung der Nationalsozialisten im Jahre 1933, der damit verbundenen Beseitigung freier Gewerkschaften und der Einführung einer sogenannten Deutschen Arbeitsfront (DAF), wurden die ersten Ansätze einer betrieblichen Mitbestimmung durch das **Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20. Januar 1934**<sup>9</sup> beseitigt. Das Führerprinzip wurde nunmehr auch im Bereich der Wirtschaft umgesetzt.

§ 1 des Gesetzes lautete:

*„Im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat.“*

§ 2 bestimmte:

*„(1) Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden.*

*(2) Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.“*

Die **betriebliche Mitbestimmung** war damit **abgeschafft**; die in § 5 vorgesehenen für jeweils ein Jahr bestimmten Vertrauensmänner hatten nicht die Stellung der früheren Betriebsräte, sie waren ein bloßes Beratungsorgan zur Verbesserung der Arbeitsleistung, der Gestaltung und Durchführung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, der Stärkung der Verbundenheit aller Betriebsangehörigen untereinander und mit den Betriebe, ihre Tätigkeit sollte dem *„Wohle aller Glieder der Gemeinschaft dienen“* (§ 6 AOG). Die Ämter der Vertrauensmänner wurden durch Gesetze vom 13.3.1936 und vom 9.3.1937 um jeweils ein Jahr und durch

<sup>8</sup> Reichsgesetzblatt 1922, S. 209-21.0.

<sup>9</sup> RGBl. 1934, 45.

Gesetz vom 1.4.1938 auf unbegrenzte Zeit verlängert.<sup>10</sup> Damit war auch das – ohnehin auf die vom Arbeitgeber und der NS-Betriebszellenorganisation ausgewählte Kandidaten (§ 9 AOG) beschränkte – Wahlrecht der Mitarbeiter für die Zukunft praktisch beseitigt; da, soweit nicht noch Ersatzmitglieder vorhanden waren, die Nachfolger von dem sog. Treuhänder der Arbeit gem. § 5 AOG bestellt, also nicht gewählt wurden.

**7.** Das AOG ist durch das **Kontrollratsgesetz 40 vom 30.11.1946**<sup>11</sup> mit Wirkung zum 1.1.1947 aufgehoben worden. Bereits zuvor war durch Kontrollratsgesetz Nr. 22 vom 10.4.1946<sup>12</sup>, in Kraft getreten am 17.4.1946, die Bildung von Betriebsräten ermöglicht worden. Es handelte sich hierbei jedoch nur um ein Rahmengesetz. Die Länder der westlichen Zonen entwickelten eigene Betriebsverfassungsgesetze; hierdurch ergab sich eine erhebliche Rechtszersplitterung.<sup>13</sup>

**8.** In der DDR wurden die Betriebsräte bereits durch das Gesetz vom 19. April 1950<sup>14</sup> abgeschafft; an ihre Stelle traten die **Betriebsgewerkschaftsleitungen** (§§ 4 bis 6 des Gesetzes). Schon im November 1948 war der Gewerkschaftsverband der Sowjetischen Zone beauftragt worden, die Übernahme der Tätigkeit der Betriebsräte durch die Gewerkschaft vorzubereiten.<sup>15</sup>

**9.** Im Gebiet der damaligen Bundesrepublik Deutschland (Westdeutschland) gab es erhebliche Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt eines neuen sämtliche drei Westzonen umfassenden BetrVG. Zu dessen Erlass kam es am 11. Oktober 1952. Vorausgegangen war im Zusammenhang mit der Bildung einer Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montan-Union), der die Bundesrepublik Deutschland von Anfang an beiträgt, das **Gesetz über die Montan-Mitbestimmung vom 21.5.1951**.<sup>16</sup> Durch dieses Gesetz wurde erstmals den Gewerkschaften für den Bereich der Montanindustrie ein paritätisches Mitbestimmungsrecht in den Aufsichtsräten eingeräumt. Die damalige Bundesregierung unter Bundeskanzler Adenauer war daran interessiert, dass anstelle der (west-)alliierten Kontrolle über die Montanindustrie vor allem im

---

<sup>10</sup> Broszat, Der Staat Hitlers, 4.Auflage 1974 S. 204; RGBl. I 1936 S. 335, I 1937 S. 282 und I 1938, S. 358.

<sup>11</sup> Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 229.

<sup>12</sup> Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 133.

<sup>13</sup> von Hoyningen-Huene § 2 Ziff. 3

<sup>14</sup> Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik 1950 S. 349.

<sup>15</sup> Rainer Schröder Zivilrechtskultur der DDR. Band 4 S. 94.

<sup>16</sup> BGBl. I 1951 S. 347.

Rhein-Ruhrgebiet eine europäische Aufsicht im Rahmen der sogenannten Montan-Union trat. Hierdurch wurde zwar die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf die Kontrolle der Montanindustrie nicht vollständig hergestellt, jedoch wurde die Kontrolle nunmehr einer europäischen Institution, an der die Bundesrepublik Deutschland beteiligt war, übertragen. Flankierend hierzu musste die Zustimmung der Industriegewerkschaften zu einer solchen Lösung erreicht werden. Aus diesem Grunde kam es dann trotz erheblichen Widerstandes auch in Reihen der Regierungsparteien zu einer derartig weitgehenden Unternehmensmitbestimmung in dem damals besonders wichtigen Wirtschaftsbereich der Kohle- und Stahlindustrie. Die eigentliche betriebliche Mitbestimmung sowie die Unternehmensmitbestimmung im Nicht-Montan-Bereich waren ebenfalls sehr umstritten. Insbesondere bestanden Gewerkschaften und Opposition auf einer einheitlichen Regelung für den gesamten Bereich der privaten und der öffentlichen Arbeitgeber. Letztlich kam es dann doch nur zu einer Mitbestimmungsregelung für private Unternehmen, die zudem weit unter deren Forderungen auf paritätische Beteiligung verblieb. Die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst ist bis heute in den gesonderten Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder geregelt.

**10.** Die Stellung der Betriebsräte im sogenannten **BetrVG 1952 vom 11.10.1952**<sup>17</sup> wurde gegenüber früheren Regelungen deutlich verstärkt. Bei größeren Unternehmen wurde auf Unternehmensebene eine sogenannte **Drittel-Parität eingeführt**, so dass die Arbeitnehmer ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder stellten.

**11.** Im Jahre 1972 kam es dann zu einer erneuten grundlegenden Überarbeitung des Gesetzes aus dem Jahre 1952. Auch dieses Gesetz, das sog. **Betriebsverfassungsgesetz 1972** vom 15.1.1972<sup>18</sup>, stellte eine Kompromisslösung zwischen den Regierungsparteien SPD und FDP dar. Die FDP war stärker wirtschaftsorientiert, während die SPD eine größere Nähe zu den Gewerkschaften hatte. Dieses Gesetz, auf das ich nachstehend noch näher eingehen werde, und das bis heute im wesentlichen – wengleich mit etlichen Änderungen vor allem aus dem Jahre 2001 – gilt, beinhaltet einerseits eine Stärkung der Rechte der Betriebsräte, kennt jedoch für den Bereich außerhalb von Großunternehmen und der Montanindustrie keine verstärkte Unternehmensmitbestimmung

---

<sup>17</sup> BGBl. I 1952 S. 681.

<sup>18</sup> BGBl. I 1972 S. 13).

auf der Ebene der Aufsichtsräte oder Vorstände. Zunächst sind die Mitbestimmungsregelungen des BetrVG 1952 als solche vorläufig bestehen geblieben. Inzwischen sind diese Teile – jedoch fast nur in redaktioneller Hinsicht – in ein besonderes Gesetz, das „**Drittelbeteiligungsgesetz**“<sup>19</sup> vom 18.5.2004, ausgelagert worden. Für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung in der Montanindustrie ist es im Wesentlichen bei den Regelungen des Jahres 1951 verblieben.

**12.** Für andere Großunternehmen ist durch das einige Jahre später erlassene **Mitbestimmungsgesetz**<sup>20</sup> eine nur unvollkommene Parität dadurch erreicht worden, dass letztlich der von der Arbeitgeberseite gestellte Aufsichtsratsvorsitzende das Entscheidungsrecht erhält. Auch hierauf werde ich noch eingehen. Das Gesetz war seinerzeit sehr umstritten, das Bundesverfassungsgericht hat allerdings letztlich trotz erheblicher Bedenken der Arbeitgeber die gesetzliche Regelung als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen.<sup>21</sup>

**13.** Das BetrVG 1972 ist im **Jahre 2001** von der damals regierenden Koalition aus SPD und Grünen nach längeren Auseinandersetzungen im Jahre 2001 novelliert worden<sup>22</sup>. Obwohl insgesamt 81 Paragraphen geändert worden sind, handelt es sich bei diesen Änderungen weitgehend nur um Anpassungen an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts oder an den politisch korrekten Sprachgebrauch und nur zum geringen Teil um inhaltlich bedeutendere Korrekturen.<sup>23</sup> Wichtig sind insoweit vor allem Änderungen im Wahlverfahren und in der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern für ihre Betriebsratstätigkeit.

### **III. Überblick über die wesentlichen Regelungen des BetrVG**

Die **betriebliche Mitbestimmung** im engeren Sinne bezieht sich in Deutschland auf die Tätigkeit von **Betriebsräten**, Diese (und nicht die Gewerkschaften) sind der primäre Ansprechpartner des jeweiligen Arbeitgebers. Zwar ist – nach Branchen sehr unterschiedlich – ein erheblicher Teil der Mitarbeiter, vor allem der gewerblich beschäftigten, auch Mitglied einer Gewerkschaft. In sehr

---

<sup>19</sup> 18. Mai 2004 BGBl. I S. 974).

<sup>20</sup> BGBl. I 1976 S. 1153.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 1988, 1135 (zur Einigungsstelle); s. auch Richardi/BetrVG 14. Auflage 2014, § 76 Rn. 25.

<sup>22</sup> Gesetz vom 27.7.2001, BGBl. S. 2518.

<sup>23</sup> von Hoyningen-Huene Betriebsverfassungsrecht § 2 5. c).

vielen Betrieben sind dementsprechend die Gewerkschaften durch ihre Mitglieder auch in den Betriebsräten vertreten. Die Mitglieder der Betriebsräte werden jedoch von der gesamten Belegschaft, also nicht nur von den Gewerkschaftsmitgliedern, gewählt. Erst recht können die Gewerkschaften im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung keine Vertreter in die Betriebsräte entsenden; sie haben allenfalls ein Initiativrecht zur ersten Wahl eines Betriebsrates (§ 16 Abs. 2 BetrVG). Nicht selten beraten Gewerkschaften allerdings auch den Betriebsrat bei seiner Tätigkeit. Anders als in Russland nach dem Föderalen Gesetz Nummer 95-FS vom 7. Mai 2013, durch das Art. 22 des Arbeitsgesetzbuches der Russischen Föderation geändert worden ist, obliegt die Gründung eines Betriebsrates keinesfalls dem Arbeitgeber. Der Betriebsrat ist in Deutschland nicht primär ein Beratungsorgan des Arbeitgebers. Er ist vielmehr die gesetzliche Vertretung der Arbeitnehmer, der allerdings seine Aufgaben in „*vertrauensvoller Zusammenarbeit*“ mit dem Arbeitgeber erledigt. In § 2 Betriebsverfassungsgesetz heißt es insoweit:

*„Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll und im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammen.“*

Betriebsrat und Gewerkschaften arbeiten daher zwar zusammen oder sollten dies jedenfalls tun, die Gewerkschaften sind aber nicht dem Betriebsrat gegenüber weisungsberechtigt und können auch nicht die Zusammensetzung des Betriebsrats verbindlich bestimmen. Sie können durch ihre im Betrieb tätigen Mitarbeiter lediglich auf die Wahlen und letztlich damit auch auf die Zusammensetzung des Betriebsrats Einfluss nehmen. Auch können nur die Betriebsräte, nicht aber die Gewerkschaften Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber in Form der sogenannten **Betriebsvereinbarungen** treffen. Die Gewerkschaften als solche haben kein Mitbestimmungsrecht auf betrieblicher Ebene, sie haben zwar das Recht, ihre Mitglieder im Betrieb aufzusuchen und auch in angemessener Form für ihre Gewerkschaft Werbung zu betreiben. Im Übrigen wirken die Gewerkschaften bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Wesentlichen durch den Abschluss von Tarifverträgen mit. **Vertragspartner der Gewerkschaften** sind dann **Arbeitgeberverbände oder auch einzelne Arbeitgeber**. Von Ausnahmen abgesehen, gelten Tarifverträge nur für die Mitglieder der Gewerkschaft; der Staat kann allerdings für bestimmte Branchen durch Gesetz oder durch Entscheidung des zuständigen Ministers Tarifverträge für verbindlich erklären, dann wirken sie auch

für Nicht-Mitglieder. Betriebsvereinbarungen hingegen, die von den Betriebsräten mit dem Arbeitgeber abgeschlossen werden, binden oder berechtigen alle Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebes und zwar ganz unabhängig von ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit.

## 1. Bildung von Betriebsräten

1.1. Das Gesetz spricht in § 1 Abs. 1 BetrVG davon, dass in Betrieben mit mehr als in der Regel fünf ständig beschäftigten Arbeitnehmern Betriebsräte gewählt „werden“. Diese Formulierung erweckt den Eindruck, als ob Betriebsräte zwingend zu bilden seien. Dies ist jedoch nicht zutreffend, vielmehr haben es die Arbeitnehmer (und nicht der Arbeitgeber!) letztlich in der Hand, ob es zur Bildung eines Betriebsrats kommt. Die Zahl der Beschäftigten, die durch einen Betriebsrat vertreten werden, schwankt in den einzelnen Branchen erheblich. So sind dies im Bereich der Bauwirtschaft nur 16 %, im Bereich der Produktionsgüter-Industrie 71 % und in den Bereichen Bergbau, Energie und Wasserwirtschaft 86 %.<sup>24</sup> Eine Vielzahl vor allem kleinerer und mittlerer Betriebe hat auch weiterhin keinen Betriebsrat, dies gilt vor allem für Betriebe mit weniger als 20 Mitarbeitern. Nur bei Vorhandensein von mehr als 20 wahlberechtigten Beschäftigten wird ein echter Betriebsrat mit drei Mitgliedern gebildet. Bei Betrieben mit bis zu 5 Personen wird der Betriebsrat von 1 Person gebildet (früher als „Betriebsobmann“ bezeichnet). Einen Überblick über die Häufigkeit von Betriebsräten gibt die nachstehend abgedruckte Statistik der gewerkschaftlichen Hans-Böckler-Stiftung für das Jahr 2012.<sup>25</sup>

Betriebsteile, die räumlich weit von dem Hauptbetrieb entfernt sind und durch Aufgabenbereich und Organisation verselbstständigt sind, gelten als selbstständige Betriebe (§ 4 Abs. 1 BetrVG), haben also einen eigenen Betriebsrat.

1.2 Betriebsratswahlen finden regelmäßig alle vier Jahre im Frühjahr, beim nächsten Mal im Jahre 2018, statt. Wahlberechtigt sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die 18 Jahre alt sind und in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Nicht wahlberechtigt sind unter anderem Organe einer juristischen Person und sogenannte „leitende Angestellte“. Für diese gibt es eine besondere Vertretung, nämlich den „**Sprecherausschuss der leitenden Angestellten**“. Die Festlegung, wer leitender Angestellter ist, ist relativ schwierig. In der

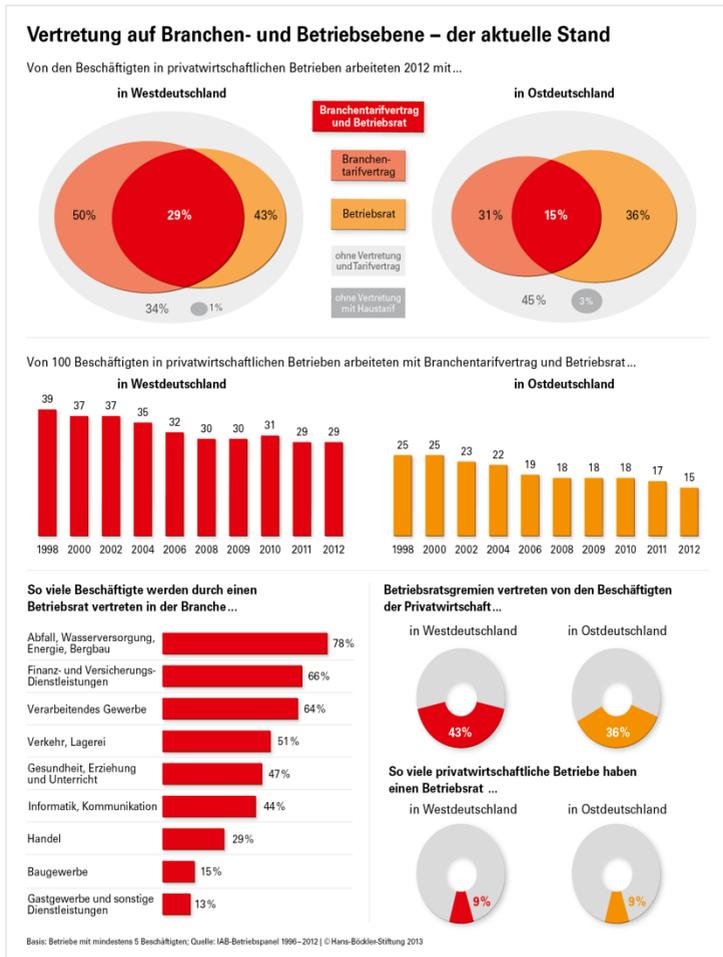
---

<sup>24</sup> <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/151680/umfrage/durch-betriebsrat-vertretene-beschaefigte-nach-branchen/>

<sup>25</sup> [http://www.boeckler.de/hbs\\_showpicture.htm?id=43196&chunk=1.](http://www.boeckler.de/hbs_showpicture.htm?id=43196&chunk=1.)

Praxis ergeben sich hier immer wieder Probleme, da die gesetzliche Definition in § 5 BetrVG häufig Auslegungsprobleme aufwirft.

1.3 Das **Wahlverfahren** ist sehr kompliziert gestaltet. Die gesetzliche Regelung des § 14 BetrVG wird durch eine zusätzliche **Wahlordnung** ergänzt. Die Bestimmungen sollen unter anderem auch eine angemessene zahlenmäßige Vertretung der Geschlechter sichern. Regelmäßig erfolgt eine sogenannte Listenwahl, wobei die Betriebsratsmitglieder in der Reihenfolge des Listenvorschlages nach dem Verhältnis der Stimmen ausgewählt werden, die auf die jeweiligen Listen entfallen. Gibt es aber nur einen Wahlvorschlag, was nicht selten vorkommt, handelt es sich um eine Persönlichkeitswahl. Es sind dann die Kandidaten gewählt, die die meisten Stimmen erhalten.



1.4 Neben dem örtlichen Betriebsrat können noch überbetriebliche Gremien bestehen. Haben mehrere juristisch selbstständige Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb, etwa im Rahmen eines Joint Venture, handelt es sich um einen gemeinsamen Betriebsrat (§ 1 Abs. 2 BetrVG). Besteht hingegen ein Unternehmen aus mehreren Betrieben, so ist zwingend auf Unternehmensebene ein **Gesamtbetriebsrat** zu bilden (§ 47 Absatz 1 BetrVG). Die Mitglieder dieses Gremiums werden von den beteiligten Betriebsräten entsandt, es findet also hier keine Urwahl

statt. In einem **Konzern** kann durch Beschluss der einzelnen Gesamtbetriebsräte ein **Konzernbetriebsrat** errichtet werden (§ 18 Absatz Ziffer 1 Aktiengesetz). Gesamt- und Konzernbetriebsrat sind nur für die Angelegenheiten zuständig, die im Gesamtunternehmen oder im Konzern nur einheitlich geregelt werden können.

1.5 Neben den Betriebsräten gibt es noch weitere Vertretungsorgane und zwar die **Jugend- und Auszubildendenvertretung** (§ 60 BetrVG), den schon erwähnten **Sprecherausschuss für die leitenden Angestellten** und eine **Schwerbehindertenvertretung** für schwer behinderte Mitarbeiter.

1.6 Aufgrund europarechtlicher Vorgaben bestehen zudem für gemeinschaftsweit tätige Unternehmen mit Sitz im Inland und für gemeinschaftsweit tätige Unternehmensgruppen mit Sitz des herrschenden Unternehmens im Inland so genannte „Europäische Betriebsräte“ (§ 2 Abs. 1 des Gesetzes über europäische Betriebsräte (EBRG) in der Fassung vom 28.10.2011. Ein solcher europäischer Betriebsrat soll Ansprechpartner für die Leitung des europaweit tätigen Unternehmens oder der entsprechenden Unternehmensgruppe sein.

## 2. Stellung und Aufgaben der Betriebsräte

2.1 Die Betriebsratsmitglieder dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden, sie dürfen weder benachteiligt noch bevorzugt werden (§ 78 BetrVG). Sie unterliegen einem besonderen Kündigungsschutz (Kündigung durch den Arbeitgeber nur aus wichtigem Grunde). In größeren Betrieben sind einzelne Betriebsratsmitglieder ganz von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. So ist etwa bei Betrieben mit 200-500 Arbeitnehmern mindestens ein Betriebsratsmitglied, bei solchen mit 1.501-2.000 Mitarbeitern sind mindestens vier Betriebsratsmitglieder freizustellen. Die übrigen Betriebsratsmitglieder sind in dem für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Umfang freizustellen.

2.2 Das Gesetz bestimmt, dass Arbeitgeber und Betriebsrat „**vertrauensvoll zusammenarbeiten**“ sollen. Insbesondere sind dem Betriebsrat selbst **Arbeitskampfmaßnahmen** untersagt. Kommt es zu einem Arbeitskampf (Streik), darf der Betriebsrat deshalb den Streik nicht organisieren; dies obliegt vielmehr der zuständigen Gewerkschaft.

2.3 Der Betriebsrat hat eine Vielzahl von Aufgaben, die sich im Einzelnen aus § 80 BetrVG ergeben. So hat er die **Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen und**

**sonstigen Vorschriften zu überwachen**, Maßnahmen zu beantragen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, die **Förderung und Sicherung der Beschäftigung** im Betrieb sowie Maßnahmen des **Arbeitsschutzes** und des **betrieblichen Umweltschutzes** anzuregen. Der Betriebsrat hat ein umfassendes **Unterrichtungsrecht** (§ 80 Abs. 2 BetrVG). In größeren Betrieben mit mehr als 100 Beschäftigten ist zusätzlich ein so genannter **Wirtschaftsausschuss** zu bilden (§ 106 BetrVG), der noch weitergehende Rechte hat.

2.4 Der Betriebsrat hat Mitbestimmungsrechte in drei Bereichen:

- **soziale Angelegenheiten** (§§ 87 ff. BetrVG)
- **personelle Angelegenheiten** (§§ 92 - 105 BetrVG)
- **wirtschaftliche Angelegenheiten** (§§ 106 ff. BetrVG).

Ein wesentlicher Teil der Aufgaben des Betriebsrats liegt in der Aushandlung und dem Abschluss von **Betriebsvereinbarungen** mit dem Arbeitgeber. Betriebsvereinbarungen können in bestimmten Fällen vom Betriebsrat auch durch Einschaltung einer sogenannten **Einigungsstelle** mit einem neutralen Vorsitzenden erzwungen werden. Die **Einigungsstelle entscheidet** in den im Gesetz genannten Fällen **verbindlich**. Betriebsvereinbarungen und derartige Sprüche der Einigungsstellen haben insoweit „**normativen Charakter**“; sie wirken auf das einzelne Arbeitsverhältnis unmittelbar ein, und begründen unmittelbar Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien. Betriebsvereinbarungen dürfen, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, die Arbeitnehmer gegenüber<sup>26</sup> dem Gesetz, Tarifverträgen oder Einzelabsprachen nicht benachteiligen. **Arbeitsentgelte** selbst können grundsätzlich **nicht Inhalt** einer Betriebsvereinbarung sein. Der Gesetzgeber möchte derartige Regelungen den Tarifvertragsparteien überlassen und den Streit über die Angemessenheit etwa einer Gehaltsregelung nicht in die Betriebe hinein verlagern. Betriebsvereinbarungen unterliegen einer arbeitsgerichtlichen Billigkeitskontrolle.<sup>27</sup> Außerdem setzen die Grundrechte der Regelungsbefugnis der Betriebspartner Schranken, etwa durch die Anwendung der Grundsätze der „**mittelbaren Drittwirkung**“ der Grundrechte.

2.5. Können sich die Betriebsparteien über einen Regelungsgegenstand nicht einigen, kann jede Seite eine **Einigungsstelle** anrufen. Diese besteht aus einem neutralen

---

<sup>26</sup> BAG (GS) AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46 = NZA 1990, 816; AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 159 = DB 2003, 1635.

<sup>27</sup> BAG AP BetrVG 1972, § 112 Nr.11 u.12.

Vorsitzenden und meistens zwei oder drei von jeder Seite benannten Beisitzern.

2.6 Eine Betriebsvereinbarung endet mit Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen sind. Regelmäßig können Betriebsvereinbarungen aber auch mit dreimonatiger Frist gekündigt werden (§ 77 Abs. 5 BetrVG). Sie wirken dann – vorbehaltlich anderweitiger Regelung – so lange nach, bis eine neue Regelung wirksam geworden ist.

2.7. Die **Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten** bezieht sich auf die in § 87 Abs. 2 BetrVG geregelten Sachverhalte. Hierzu gehören unter anderem die **Ordnung des Betriebes** und das **Verhalten der Mitarbeiter im Betrieb**, die **Lage der tatsächlichen Arbeitszeit** und ihrer Verteilung, **Sozialeinrichtungen**, Grundsätze der **betrieblichen** Lohngestaltung und Akkord- und Prämienätze.

2.8 **In personellen Angelegenheiten** bezieht sich die Mitbestimmung des Betriebsrats auf die **Personalplanung**, die **Beschäftigungssicherung**, die Ausschreibung von Arbeitsplätzen, die Erstellung von Personalfragebögen, Beurteilungsgrundsätze sowie das **Aufstellen allgemeiner Auswahl-Richtlinien**. Außerdem ist der Betriebsrat in die Regelung der Berufsbildung einzubeziehen.

Ferner bedürfen **die Einstellung und die Versetzung** von Mitarbeitern der **Zustimmung des Betriebsrats**. Bei **Kündigungen** ist der **Betriebsrat anzuhören**, lediglich die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, die stets nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig ist, bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.

2.9

a) Die Mitbestimmung **in wirtschaftlichen Angelegenheiten** bezieht sich zum einen auf die Mitwirkung in dem sogenannten **Wirtschaftsausschuss**, der in Betrieben mit mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern zu bilden ist (§ 106 BetrVG). Zwar hat der Wirtschaftsausschuss keine Entscheidungskompetenz, er ist jedoch in die Planung des Unternehmens rechtzeitig einzubeziehen, ihm gegenüber bestehen sehr weitgehende Informationsrechte, etwa auch in Bezug auf die Vorlage und Erläuterung von Bilanzen.

b) Von noch größerer Bedeutung ist jedoch die wirtschaftliche Mitbestimmung bei sogenannten **Betriebsänderungen**. Hier ist zum einen vor Durchführung der Betriebsänderung ein **Interessenausgleich** mit dem Betriebsrat anzustreben. Eine Umsetzung der Betriebsänderung vor einem derartigen ernsthaften Versuch auf Herbeiführung eines

**Interessenausgleichs** ist unzulässig. Unter einer Betriebsänderung versteht man die **Einschränkung oder Stilllegung des ganzen Betriebes oder wesentlicher Betriebsteile**, die Verlegung des ganzen Betriebes oder wesentlicher Betriebsteile, einen Zusammenschluss oder eine Spaltung, aber auch grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen und schließlich die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren. Kommt es trotz ernsthafter Verhandlungen mit dem Betriebsrat und gegebenenfalls der Einschaltung einer Einigungsstelle nicht zu einer Einigung, kann der Unternehmer allerdings die von ihm gewünschte Maßnahme auch einseitig durchführen.

Erleiden Mitarbeiter aufgrund einer solchen Maßnahme jedoch Nachteile, sind diese im Rahmen eines sogenannten **Sozialplans** auszugleichen (§ 112 Absatz 1 Satz 2 BetrVG). Ein **Sozialplan ist erzwingbar**, er kann also von der Einigungsstelle auch gegen den Willen des Unternehmers aufgestellt werden. Der Sozialplan hat die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, er begründet also **unmittelbar Rechte der Mitarbeiter**. Bei einer Betriebsstilllegung werden regelmäßig Abfindungen für die betroffenen Mitarbeiter festgesetzt, darüber hinaus gibt es aber auch vielfältige sonstige Ausgleichsmaßnahmen wie etwa Umschulungsbeihilfen, Ersatz von Fahrtkosten, Unterstützung bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz oder ähnliches.

Weicht der Unternehmer von einem Interessenausgleich ab oder führte eine Maßnahme ohne den Versuch eines Interessenausgleichs durch, schuldet er zudem den Mitarbeitern nach § 113 BetrVG einen sogenannten **Nachteilsausgleich**.

#### **IV. Unternehmensmitbestimmung**

Neben die soeben dargestellte betriebliche Mitbestimmung tritt die schon erwähnte **Unternehmensmitbestimmung** in den Gremien des Unternehmens. Hierbei werden folgende Bereiche unterschieden:

1. An die Stelle des bis dahin weiter geltenden Betriebsverfassungsgesetzes 1952 ist 2004 das bereits erwähnte **Drittelbeteiligungsgesetz** (nebst dazu gehörender Wahlordnung) getreten. Dieses gilt für

– **Aktiengesellschaften mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern** und vor dem 10.8.1994 eingetragene Aktiengesellschaften, die keine Familiengesellschaften sind

– Kommanditgesellschaft auf Aktien mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern mit entsprechender Regelung für Alt-Gesellschaften

– **Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern**; solche Gesellschaften müssen, auch wenn dies bisher in der Satzung nicht vorgesehen war, einen Aufsichtsrat bilden

– Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern.

Die Wahl der Arbeitnehmer-Aufsichtsratsmitglieder erfolgt nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl, sie werden für dieselbe Zeit gewählt, die das Gesetz oder die Satzung für die von der Hauptversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner-Seite bestimmt. Die Rechte und Pflichten der von den Arbeitnehmern gewählten Mitglieder entsprechen denen der von der Anteilseigner-Seite bestellten Aufsichtsratsmitglieder. Die Arbeitnehmer sind auf diesem Wege zwar in dem Aufsichtsratsgremium vertreten und können insoweit alle den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern zustehenden Informationen erhalten und an der Abstimmung teilnehmen, sie haben aber regelmäßig keinen entscheidenden Einfluss, sofern die Anteilseigner-Vertreter im Aufsichtsrat ihrerseits einheitlich abstimmen.

2. Politisch besonders umstritten war das **Mitbestimmungsgesetz vom 4.5.1976**. Es beruht auf einem Kompromiss zwischen dem liberalen Wirtschaftsminister der damaligen schwarz-gelben Regierung und den sozialdemokratischen Ministern. Dieses Gesetz findet Anwendung auf Unternehmen, die in der Rechtsform einer **Aktiengesellschaft**, einer **Kommanditgesellschaft auf Aktien**, einer **GmbH** oder einer **Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft** betrieben werden und in der Regel **mindestens 2.000 Beschäftigte** haben. Das Gesetz gilt **nicht für die Montanindustrie**. Bei den Unternehmen hängt die Größe des Aufsichtsrats von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer ab. Unternehmen mit in der Regel nicht mehr als 10.000 Arbeitnehmern haben jeweils sechs Aufsichtsratsmitglieder der beiden Seiten, Unternehmen mit mehr als 20.000 jeweils zehn. Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer müssen sich befinden:

– in einem Aufsichtsrat mit sechs Arbeitnehmervertretern vier Arbeitnehmer des Unternehmens und

– zwei Vertreter der Gewerkschaft,

Bei größeren Aufsichtsräten erhöhen sich die Zahlen entsprechend.

Die Arbeitnehmervertreter in Unternehmen mit nicht mehr als 8.000 Arbeitnehmern werden in unmittelbarer Wahl gewählt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer eine Wahl durch Delegierte beschließen. Ansonsten erfolgt eine Delegiertenwahl in geheimer Abstimmung und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl.

**Der Vorsitzende des Aufsichtsrats und sein Stellvertreter** werden vom Aufsichtsrat **grundsätzlich mit Zweidrittelmehrheit** gewählt. Ergibt sich keine erforderliche Mehrheit, so findet ein zweiter Wahlgang statt, wobei dann die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner den Aufsichtsratsvorsitzenden und die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer dessen Stellvertreter jeweils mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen wählen (§ 20 Abs. 1 und 2 Mitbestimmungsgesetz). Ergibt sich bei der sonstigen Abstimmung im Aufsichtsrat eine Stimmgleichheit, so hat der **Aufsichtsratsvorsitzende** bei einer erneuten Abstimmung über denselben Gegenstand, wenn sich ebenfalls Stimmgleichheit ergibt, **zwei Stimmen** (§ 29 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz). Auf diesem Wege wird erreicht, dass die Mitarbeiter letztlich doch keine volle Parität in dem Aufsichtsrat haben.

Für derartige Gesellschaften ist zudem ein so genannter **Arbeitsdirektor** zu bestellen. Dieser ist gleichberechtigtes Mitglied des Vorstandes (mit Ausnahme von Kommanditgesellschaften auf Aktien). Der Aufgabenbereich des Arbeitsdirektors wird im Gesetz nicht genau beschrieben, üblicherweise ist er jedoch für **Personal- und Sozialfragen** zuständig. Für leitende Angestellte soll der Arbeitsdirektor nach herrschender Auffassung jedoch nicht zwingend zuständig sein.<sup>28</sup>

3. Für den Bereich der Montanindustrie gilt das bereits 1951 erlassene **Montan-Mitbestimmungsgesetz**; entsprechende Regelungen finden sich im **Mitbestimmungsergänzungsgesetz**,<sup>29</sup> das ein „Auswandern“ von Montanunternehmen aus dem Geltungsbereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes verhindern soll. Praktische Bedeutung hat dieses letztgenannte Gesetz allerdings kaum mehr.

In Unternehmen, die der **Montanmitbestimmung** (Betriebszweck: Förderung von Steinkohle, Braunkohle oder Eisenerz und deren Aufbereitung und spezielle Unternehmen gemäß Gesetz

---

<sup>28</sup> Erfurter Kommentar/Oetker § 33 MitbestimmungsgG Rn. 12.

<sup>29</sup> Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-3, zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642).

Nr. 27 der Alliierten Hohen Kommission vom 16.5.1950)<sup>30</sup> unterliegen, sind zwingend **Aufsichtsräte mit elf Mitgliedern** zu bilden. Hiervon entstammen vier den Anteilseignern, vier der Arbeitnehmerseite, wobei jede Seite noch ein weiteres Mitglied entsendet. Diese weiteren Mitglieder dürfen nicht Repräsentanten der Gewerkschaft oder einer Arbeitgebervereinigung oder einer Spitzenorganisation dieser Verbände sein und auch nicht in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis zum Unternehmen stehen. Zusätzlich zu diesen zehn Mitgliedern ist ein **weiteres neutrales Mitglied** zu bestellen. Auch hier werden die Arbeitnehmervertreter in einem komplizierten Verfahren gewählt. Sie haben dieselben Rechte und Pflichten wie die von den Anteilseignern bestimmten Mitglieder. Das sogenannte „neutrale Mitglied“ ist im Aufsichtsrat mit Stimmenmehrheit zu wählen. Notfalls kann ein Vermittlungsausschuss eingeschaltet werden, der letztlich das Oberlandesgericht anrufen kann. Regelmäßig einigen sich die Aufsichtsratsmitglieder aber auf das „neutrale Mitglied“, wobei für diese Funktion sehr häufig ein ehemaliger Politiker ausgesucht wird.

Zusätzlich hat das Montanmitbestimmung-Gesetz des Jahres 1951 noch ein gleichberechtigtes Mitglied des Vorstandes, den sogenannten **Arbeitsdirektor**, installiert. Dieser kann nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter bestellt oder abberufen werden. Er hat seine Aufgabe im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben. Auch hier regelt das Gesetz die Aufgaben des Arbeitsdirektors nicht näher, es besteht jedoch Übereinstimmung darüber, dass er speziell mit dem Personal- und dem Sozialwesen im Unternehmen betraut ist.

## V. Zusammenfassende Bewertung:

Das deutsche Betriebsverfassungsrecht und die im Wesentlichen in ihm geregelten Mitwirkungsrechte des Betriebsrats sind zwar meines Erachtens nicht, wie die ehemalige rot-grüne Bundesregierung bei Einbringung der Gesetzesnovelle im Jahre 2001 wohl gemeint hat, ein wesentlicher Vorteil für die deutsche Wirtschaft; dort hieß es, die zu erwartenden Mehrkosten dieser Gesetzesänderung würden durch die Steigerung der Produktivität von Unternehmen und damit der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft kompensiert.<sup>31</sup> Sie sind aber wohl auch kein entscheidender Standortnachteil.

---

<sup>30</sup> ABl. AHK S. 229.

<sup>31</sup> BR-Drs. 140/0 S.3.

Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland hat sich aber in den letzten 60 Jahren durchaus als tragfähig erwiesen. Manche Entscheidungsprozesse in Unternehmen werden zwar, teilweise unnötig, durch die gesetzlichen Regelungen selbst oder eine zum Teil sehr komplizierte Rechtsprechung erschwert. Letztlich ist in den meisten Betrieben, die ich in meiner beruflichen Laufbahn habe kennenlernen können, aber ein *modus vivendi* zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat erzielt worden, der ein weitgehend konfliktarmes Zusammenwirken der Betriebsparteien zum Wohle des Unternehmens und seiner Beschäftigten ermöglicht hat. Zwar hätte man sich manchmal eine präzisere und einfachere (deutsche und auch europarechtliche) gesetzliche Regelung, etwa bei personellen Einzelmaßnahmen, bei der Abgrenzung des Begriffs der leitenden Angestellten oder beim Wahlverfahren, insbesondere im Bereich der Unternehmensmitbestimmung, gewünscht. Auch führen die gesetzlichen Regelungen im Rahmen der wirtschaftlichen Mitbestimmung bei Betriebsänderungen – insbesondere auch im Zusammenhang mit den europarechtlichen Vorschriften zum Betriebsübergang (§ 613a BGB bzw. Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG) – und flankierenden sehr kompliziert ausgestalteten sozialrechtlichen Bestimmungen zu teilweise unnötigen Belastungen der Unternehmen. Insgesamt hat sich jedoch die gesetzliche Regelung als praktikabel erwiesen. Sie hat immerhin dazu beigetragen, das „soziale Klima“ in deutschen Unternehmen überwiegend erträglich zu gestalten. Entsprechendes gilt – trotz aller früheren Bedenken aus Kreisen der Wirtschaft – auch für die Unternehmensmitbestimmung im engeren Sinne in den Leitungsgremien größerer Unternehmen.

## **ENTWICKLUNG DER BETRIEBLICHEN MITBESTIMMUNG IN DEUTSCHLAND**

*Dr. iur. Martin Schlüter  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Hamm/Westf.*

### **Thesen**

#### **I. Geschichtlicher Verlauf:**

1. Arbeiterschutzgesetz 1891;
2. Bergbau 1905/1909: obligatorische Arbeiterausschüsse in Preußen und Bayern;
3. Vaterländischer Hilfsdienst 1916: Arbeiter- und Angestelltenausschüsse;
4. Weimarer Reichsverfassung 1919: Anerkennung von Arbeitnehmerorganisationen; gleichberechtigte Mitwirkung an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen;
5. Betriebsrätegesetz (BRG) 1920: Betriebsräte zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer in allen Betrieben mit mindestens 20 Arbeitnehmern; 2 Betriebsratsmitglieder in Aufsichtsräten;
6. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) 1934: Abschaffung des BRG; Einführung des Führerprinzips im Betrieb; lediglich Vertrauensmänner der Mitarbeiter;
7. Kontrollratsgesetze 1946: Abschaffung des AOG; Rahmengesetz zur Einführung von Betriebsräten;
8. DDR 1950: Ersetzung der Betriebsräte durch Betriebsgewerkschaftsleitungen;
9. BR Deutschland: 1951 Montan-Mitbestimmungsgesetz für Montanunternehmen: Paritätische Mitwirkung der Arbeitnehmervertretungen in Aufsichtsräten;
10. BetrVG 1952: Drittelparität in Aufsichtsräten größerer Unternehmen; Ausweitung der betrieblichen Mitbestimmung;
11. BetrVG 1972: Wesentliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des BR, insbesondere bei der wirtschaftlichen Mitbestimmung, weiterhin Drittelparität bei Kapitalgesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern;
12. Mitbestimmungsgesetz 1976 für Großunternehmen mit mindestens 2.000 Beschäftigten: „Fast-Parität“, Stichentscheid des von den Anteilseignern bestellten Aufsichtsratsvorsitzenden möglich;

13. Novelle zum BetrVG 1972 im Jahre 2001: Erweiterung der Rechte des BR.

## **II. Geltende gesetzliche Regelung**

Grundsatz: Träger der Mitwirkungsrechte im Betrieb sind die Betriebsräte, nicht die Gewerkschaften als solche.

1. Bildung von Betriebsräten:
  - 1.1. Betriebe mit mehr als 5 wahlberechtigten Mitarbeitern; keine Verpflichtung der Arbeitnehmer, einen BR zu gründen; selbstständige Betriebsteile haben einen eigenen BR;
  - 1.2. BR-Wahlen alle 4 Jahre. Besondere Regelung für „leitende Angestellte“ (für diese „Sprecherausschuss der leitenden Angestellten“);
  - 1.3. Wahlverfahren: Eine oder mehrere Listen; bei nur einer Liste Persönlichkeitswahl, bei mehreren Listen Verhältniswahl;
  - 1.4.
    - Gemeinsamer Betriebsrat bei einheitlichem Betrieb mehrerer Unternehmen,
    - Gesamtbetriebsrat bei mehreren Betrieben eines Unternehmens,
    - Konzernbetriebsrat bei Betriebsräten mehrerer zu einem Konzern gehörenden Unternehmen;
  - 1.5. Sondergremien:
    - Jugend- und Auszubildendenvertretung,
    - Sprecherausschuss der leitenden Angestellten,
    - Schwerbehindertenvertretung;
  - 1.6. Europäischer Betriebsrat bei gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen.
2. Stellung und Aufgaben der Betriebsräte:
  - 2.1. BR-Mitglieder genießen einen besonderen Schutz, sie können nur aus „wichtigem Grund“ und mit Zustimmung des BR gekündigt werden;
  - 2.2. Arbeitgeber und BR sollen „vertrauensvoll zusammenarbeiten“;
  - 2.3. Der BR hat die Aufgabe die Interessen der Arbeitnehmer zu schützen; ihm steht ein weit gehendes Informationsrecht zu;
  - 2.4. Mitbestimmungsrechte in
    - sozialen,
    - personellen,
    - wirtschaftlichen Angelegenheiten;

- 2.5. Betriebsvereinbarungen können i.d.R. über eine Einigungsstelle erzwungen werden;
  - 2.6. Nach Auslaufen einer Betriebsvereinbarung wirkt diese vielfach bis zu einer Neuregelung weiter (sog. Nachwirkung);
  - 2.7. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten: u.a. betreffend Ordnung im Betrieb, Sozialeinrichtungen und betriebliche Lohngestaltung;
  - 2.8. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten: u.a. Personalplanung, Auswahlrichtlinien, Anhörung bei Kündigungen und Zustimmung zur Einstellung und Versetzung;
  - 2.9. Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten: Wirtschaftsausschuss, Mitbestimmung bei Betriebsänderungen (Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich).
- III. Unternehmensmitbestimmung:
1. Drittelbeteiligungsgesetz: In Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern sind 1/3 der Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmervertreter;
  2. In Großunternehmen (mindestens 2.000 Beschäftigte): Paritätische Besetzung der Aufsichtsräte, aber ggf. doppeltes Stimmrecht des von den Anteilseignern bestimmten Aufsichtsratsvorsitzenden. „Arbeitsdirektor“;
  3. Montan-Mitbestimmungsgesetz und Mitbestimmungsergänzungsgesetz: Volle Parität mit einem neutralen Vorsitzenden und einem AN-Vertreter als Arbeitsdirektor.

## **РАЗВИТИЕ УЧАСТИЯ ТРУДЯЩИХСЯ В УПРАВЛЕНИИ ПРОИЗВОДСТВОМ В ГЕРМАНИИ**

*д-р юр. наук Мартин Шлютер  
адвокат в области трудового права Хамм/Вестфалия*

### **Тезисы<sup>1</sup>**

#### **I. Историческое развитие:**

1. Закон о защите прав рабочих 1891 г.;
2. горнодобывающая промышленность 1905/1909 гг.: в Пруссии и Баварии вводятся обязательные комитеты рабочих;
3. служба помощи отечеству 1916 г.: создание комитетов рабочих;
4. веймарская конституция Германии 1919 г.: признание организаций трудящихся; принятие равноправного участия в регулировании оплаты труда и условий работы;
5. закон о советах представителей рабочих 1920 г.: создание советов рабочих для защиты экономических интересов трудящихся на всех предприятиях с числом трудящихся не меньше 20 человек; обязательно участие 2 представителей совета рабочих в наблюдательном совете;
6. закон о регулировании внутригосударственной работы 1934 г.: отмена закона о советах представителей рабочих; введение вождизма на предприятиях; только доверительные лица трудящихся;
7. ряд законов о контрольных советах 1946 г.: отмена закона о регулировании внутригосударственной работы; общий закон о внедрении производственных советов;
8. ГДР 1950 г.: замена производственных советов профсоюзными комитетами;
9. ФРГ 1951 г.: закон об участии работников в управлении предприятием в горнодобывающей промышленности: паритетное участие представителей сотрудников предприятия в наблюдательном совете;
10. закон о представительных органах работников на предприятии 1952 г.: наблюдательный совет больших предприятий должен на 1/3 состоять из представителей

---

<sup>1</sup> Перевод Артёма Зыкова.

- работников; расширение права на участие работников в управлении предприятием;
11. закон о представительных органах работников на предприятии 1972 г.: существенное расширение прав производственных советов, в особенности, при принятии экономических решений, в компаниях с более чем 500 сотрудниками совет по-прежнему на 1/3 должен состоять из представителей работников;
  12. закон об участии работников в управлении предприятием 1976 г. для больших предприятий с количеством сотрудников не менее 2.000 человек: практически полное равноправие сторон, возможно принятие решения какого-либо вопроса голосом председателя, назначенного акционером;
  13. Дополнение к закону о представительных органах рабочих на предприятии 1972 г. В 2001 году: расширение прав производственных советов.

## **II. Действующее законодательство**

Основной принцип: носителем права на участие в управление предприятием являются производственные советы, а не профсоюзы как таковые.

1. Организация производственных советов:
  - 1.1. предприятия, на которых работают более чем 5 сотрудников, имеют право голоса; сотрудники не обязаны создавать производственные советы; самостоятельные отделы предприятия имеют свои собственные производственные советы;
  - 1.2. выборы в производственный совет предприятия проводятся раз в 4 года. Особое правовое регулирование для „руководящих служащих“ (для них создается так называемый „комитет представителей руководящих работников“);
  - 1.3. порядок проведения выборов: один или несколько избирательных листов; при наличии только одного избирательного листа избиратели голосуют за определенного кандидата, при наличии нескольких избирательных листов используется пропорциональная избирательная система;
  - 1.4. – совместный производственный совет для общего предприятия, принадлежащего нескольким фирмам,

- объединенный производственный совет для группы предприятий, принадлежащих одной фирме,
  - объединенный совет концерна в случае производственных советов нескольких предприятий, входящих в один концерн.
- 1.5. Специальные органы:
- представительство молодежи и учеников производственного обучения,
  - комитет представителей руководящих работников,
  - представительство сотрудников с тяжелыми формами инвалидности;
- 1.6. Европейский производственный совет для предприятий, действующих в нескольких странах ЕС.
2. Статус и задачи производственных советов:
- 2.1. члены производственного совета пользуются особой защитой, они могут быть уволены только при наличии особой причины и согласия со стороны производственного совета;
- 2.2. работодатель и производственный совет должны вести доверительную совместную работу;
- 2.3. задача производственного совета – это защита прав работников; он обладает широким правом на получение информации;
- 2.4. право на участие в принятии решений по
  - социальным,
  - кадровым,
  - экономическим вопросам;
- 2.5. коллективные договоры, как правило, могут быть заключены при помощи примирительных органов;
- 2.6. после истечения срока действия коллективного договора он сохраняет свое действие до вступления в силу новых договоренностей (т.н. последующее воздействие);
- 2.7. право на участие в принятии решений по социальным вопросам: среди прочего касательно порядка на предприятии, систем социального обеспечения и формирования зарплат;
- 2.8. право на участие в принятии решений по кадровым вопросам: среди прочего кадровое планирование, критерии при приеме на работу, заслушивание при увольнении и согласие в вопросах найма и перевода по службе;
- 2.9. право на участие в принятии решений по экономическим вопросам: экономический совет, право на участие в

принятии решений по развитию и изменению предприятия (гармонизация интересов, социальный план и уравнивание ущерба).

**III. Участие рабочих и служащих в управлении предприятием:**

1. закон об участии 1/3 сотрудников: в компаниях с более чем 500 сотрудниками, наблюдательный совет на 1/3 должен состоять из представителей работников;
2. на больших предприятиях (минимум 2.000 сотрудников): паритет в наблюдательном совете, но в случае необходимости право двойного голоса у председателя назначенного акционерами „директора“;
3. закон об участии работников в управлении предприятием в горнодобывающей промышленности и дополнительный закон об участии работников в управлении предприятием: полный паритет с одним нейтральным председателем и одним представителем работников предприятия в роли директора.

## **ЧЕТВЕРТАЯ НЕДЕЛЯ НЕМЕЦКОГО ПРАВА**

с участием юридического факультета Потсдамского университета

Подписано в печать 26.12.2016.

Формат 60×84/16. Гарнитура «Тahoma».

Печать цифровая.

Усл. печ. л. 16,16. Тираж 25 экз.

Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Отпечатано в Издательском центре Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9