

HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

Aufsätze	Len Klingelmeyer	Geheimhaltung versus Öffentlichkeit im Schiedsverfahren
	Nils Grimmig	Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übermittlung personenbezogener Daten an ausländische Nachrichtendienste
Entscheidungen	Dominic Duske	Eigentumsbeeinträchtigung infolge Klimaerwärmung durch Kohlekraftwerke
	Kevin Riebe	Kein Verwaltungsrechtsweg gegen schlichte Parlamentsbeschlüsse (Aufgabe der "doppelten Verfassungsunmittelbarkeit")
Studienpraxis & Fallbearbeitung	Maximilian Swenty	Klausur im Grundkurs BGB II, 15 Punkte
	Natalia Melike Öztürk	Klausur im Allgemeinen Verwaltungsrecht, 17 Punkte
	Yasmin Etati	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 14 Punkte
	Tom Lorenz Triadan	Klausur in juristischer Methodenlehre, 15 Punkte
	Marcel Dervishi	Studienarbeit im Arbeits- und Unternehmensrecht, 16 Punkte
Varia	Patricia Moreno Blanco	Bildungschancen für Nichtakademikerkinder

Seiten 254 bis 260

Kurz & Knapp
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



fair versichert
VGH 

Finden Sie bei uns Ihre berufliche Heimat. Die VGH ist mit über 1,9 Millionen Privat- und Firmenkunden der größte regionale Versicherer in Niedersachsen. Mehrfach ausgezeichnet als Top-Arbeitgeber bieten wir Ihnen spannende Aufgaben, tolle Entwicklungsmöglichkeiten und einen sicheren Arbeitsplatz.

Individuelle Anforderungen verlangen individuelle Lösungen.

Gemeinsam mit Ihnen realisieren wir für Ihre künftigen Aufgaben einen maßgeschneiderten Karriereinstieg. In unserem Traineeprogramm werden Sie ressortübergreifend eingesetzt und durch individuelle Fördermaßnahmen gezielt und professionell auf Ihren beruflichen Weg vorbereitet. Hierbei bieten wir Ihnen einen verantwortungsvollen Freiraum, Ihr Können zu entfalten und sich fachlich und persönlich weiterzuentwickeln.

Die VGH Versicherungen suchen zum 01.10.2025 einen

Trainee Jurist (m/w/d) Rechtswissenschaften

Ihr Profil:

- ✓ Sie lernen in 18 Monaten verschiedene Bereiche des Schadenmanagements, der Produktentwicklung oder der Rechtsabteilung kennen
- ✓ Nach intensiver Einarbeitung werden Sie unmittelbar in die Bearbeitung von Großschäden, in die Vertragsgestaltung und in die Produktentwicklung sowie die Bewertung juristischer Fragen im Kontext sich ständig ändernder Gesetze und Rechtsprechungen eingebunden.
- ✓ Sie lernen alle wesentlichen Prozesse, Methoden und Verfahren des Unternehmens kennen.

Wir bieten Ihnen:

- ✓ individuell auf Sie angepasste spannende Praxisphasen und begleitende Schulungen
- ✓ umfangreiche Unterstützung ihrer beruflichen und persönlichen Weiterentwicklung
- ✓ ein attraktives Gehalt nach Tarifgruppe VI PVT mit 14,25 Gehältern
- ✓ ein unbefristetes Arbeitsverhältnis
- ✓ anteiliges Home-Office (60%), moderne Arbeitsplätze und agile Arbeitsweisen
- ✓ Teilnahme an Hansefit und vielfältige Betriebssportmöglichkeiten

Ihre Aufgaben:

- ✓ abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften (2. Staatsexamen)
- ✓ Bereitschaft zu partnerschaftlicher Zusammenarbeit
- ✓ eine selbständige, strukturierte und eigenverantwortliche Arbeitsweise
- ✓ hohes Engagement und Flexibilität

- ✓ flexible Arbeitszeitmodelle ohne Kernzeit
- ✓ umfassendes Fort- und Weiterbildungsangebot
- ✓ sehr gutes Betriebsrestaurant
- ✓ finanzielle Bezugsschussung beim Deutschland-Ticket
- ✓ betriebliche Altersversorgung und vermögenswirksame Leistungen
- ✓ Möglichkeit Sonderzahlungen in Freizeit umzuwandeln
- ✓ Fahrrad-Leasing
- ✓ vergünstigte Versicherungskonditionen

Interessiert? Jetzt bewerben.

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung! Geben Sie Ihre persönlichen Daten im Online-Bewerbungsformular an und laden Sie Anschreiben, Lebenslauf und Zeugnisse in wenigen Minuten hoch.

Für Vorabinformationen:

VGH Versicherungen
Christiane Besa-Schmidt
Telefon 0511 362-2152
www.karriere.vgh.de





Dein Karrierestart

Werde Teil unseres Teams!
Bewirb Dich jetzt – bewerbung@ksb-intax.de

KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg

Bitte wende Dich an:
Thomas Stillahn
Partner
T +49 (0) 511.85404-63
bewerbung@ksb-intax.de



KSB INTAX
Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater
Notare

EXPERTISE,
DIE ANZIEHT.



SMART PEOPLE – SMART SOLUTIONS

eckert.law

ECKERT



„Wir sind in Bewegung, und das über Grenzen hinweg.“

Als integrierte internationale Wirtschaftskanzlei in einer multidisziplinär aufgestellten Prüfungs- und Beratungsgesellschaft sind wir führend in mehr als 100 Ländern. Werde Teil unseres dynamischen Teams im Rechtsreferendariat für deine Anwalts- und Wahlstation oder im Rahmen einer Werkstudententätigkeit.

Komm dazu



**forvis
mazars**

VERLAG

Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Registernummer
VR 202863
Amtsgericht Hannover

www.hanoverlawreview.de

REDAKTION

Schriftleitung
Emily Letkemann
Marie Suong Müller
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Michel Marius Annink, Ronja Beyer, Yannik Bogel, Joanna Burbidge, Huda Demir, Nergis Demirkol, Ian Finger, Lisa Sophie Fleig, Sina Giebel (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Sebastian Hielscher, Anastasia Hondronikos, Niklas Hüneburg, Julia Sophie Kettler, Lea Kramer, Anna Lange, Johanna Lange (Redaktionsleitung Strafrecht), Mai Le, Laura Sophie Minneker, Bakshan Mirza, Maximilian Moll (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Monika Möller, Raja Mudrak, Lukas Müller (Redaktionsleitung Zivilrecht), Leon Münch, Sophia Mustafoska, Beriwan Özdemir, Stravoula Pappou, Sebastian Polzin, Jonas Rahn, Kevin Riebe, Antonia Elisabeth Riepe, Julian Römer, Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht), Patrick Semrau, Eric Scheu, Lea Stadke, Dominik Stanislavchuk (Redaktionsleitung Strafrecht), Janek Alexander Steinert, Shabnam Suleymanli, Zlatomir Talev, Ceesaying Touray, Ale Vanwesten, Nuh-Lan Vu, Dean Weigel, Jendrik Wüst

INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

Redaktioneller Hinweis: Die Seitenzahlen der Printausgabe 04/2025 sind fehlerhaft. Maßgeblich sind die Seitenzahlen der Online-Ausgabe.

DRUCK

Esf-Print (esf-print.de)
Rigistraße 9
12277 Berlin

ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:
Autor, 4 Han LR 2025, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2025, Anfangsseite (Fundstellenseite)

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur (Oxford)
Prof. Dr. Christian Wolf
Prof. Dr. Sascha Ziemann

HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift. Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, Lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Prof. Dr. Tim Brockmann
Emily Letkemann
Marie Suong Müller

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

Georg Böttcher,
Prof. Dr. Hermann Butzer,
Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.,
Dr. Nassim Eslami,
RA David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Dr. Thomas Kefß,
Prof. Dr. Stephan Meder,
PD Dr. Erol Pohlreich,
Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,
stud. iur. Arvid Tobias Rinke
Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),
Prof. Dr. Christian Wolf,
Prof. Dr. Sascha Ziemann,
Eckert Rechtsanwälte Steuerberater PartGmbB,
Forvis Mazars GmbH & Co. KG,
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB,
und
**dem Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz
Universität Hannover e.V.**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

AUFSÄTZE

Dipl.-Jur. Len Klingelmeyer	Geheimhaltung versus Öffentlichkeit im Schiedsverfahren	Seiten 220 bis 232
Dipl.-Jur. Nils Grimmig, B.A.	Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übermittlung personenbezogener Daten an ausländische Nachrichtendienste	Seiten 233 bis 242

ENTSCHEIDUNGEN

Dipl.-Jur. Dominic Duske	Eigentumsbeeinträchtigung infolge Klimaerwärmung durch Kohlekraftwerke	Seiten 243 bis 249
stud. iur. Kevin Riebe	Kein Verwaltungsrechtsweg gegen schlichte Parlamentsbeschlüsse (Aufgabe der "doppelten Verfassungsunmittelbarkeit")	Seiten 250 bis 253

KURZ & KNAPP

Prof. Dr. Christian Wolf, Dipl.-Jur. Hannah Hölzen & Dipl.-Jur. Enis Robert Dibrani	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 4/2025	Seiten 254 bis 255
Prof. Dr. Hermann Butzer & Dipl.-Jur. Daniel Müller	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 4/2025	Seiten 256 bis 258
Prof. Dr. Sascha Ziemann & stud. iur. Monika Möller	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 4/2025	Seiten 259 bis 260

STUDIENPRAXIS & FALLBARBEITUNG

stud. iur. Maximilian Swenty	Klausur im Grundkurs BGB II, 15 Punkte	Seiten 263 bis 266
stud. iur. Natalia Melike Öztürk	Klausur im Allgemeinen Verwaltungsrecht, 17 Punkte	Seiten 267 bis 271
stud. iur. Yasmin Etati	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 14 Punkte	Seiten 272 bis 277
stud. iur. Tom Lorenz Triadan	Klausur in juristischer Methodenlehre, 15 Punkte	Seiten 278 bis 281
Dipl.-Jur. Marcel Dervishi	Studienarbeit im Arbeits- und Unternehmensrecht, 16 Punkte	Seiten 282 bis 301

VARIA

stud. iur. Patricia Moreno Blanco	Bildungschancen für Nichtakademikerkinder	Seiten 302 bis 306
--	---	--------------------

Geheimhaltung versus Öffentlichkeit im Schiedsverfahren

Dipl.-Jur. Len Klingelmeyer

Der Autor war zur Zeit der Verfassung des Beitrags Studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Joachim Zekoll, LL.M. (Berkeley). Diesem dankt der Autor für die Unterstützung und das spannende Seminar, in dessen Rahmen dieser Beitrag entstanden ist.

Einschlägige Normen: §§ 299 Abs. 1, 357 Abs. 1, 1042 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, Abs. 4, 1054, 1059 Abs. 1 Nr. 1b, 2b ZPO; §§ 169 Abs. 1, 172 Nr. 2, 174 Abs. 1 GVG; § 241 Abs. 2 BGB; Art. 20 Abs. 2, Abs. 3, 20 Abs. 3 iVm. 2 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

A. Einführung

Die Spuren des Schiedsverfahrens als privates, zum staatlichen Prozess alternatives Verfahren lassen sich bis in die Antike zurückverfolgen.¹ In den letzten Jahrzehnten hat mit der zunehmenden Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs auch die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit zugenommen, da diese gerade für grenzüberschreitende Sachverhalte viele Vorteile bietet.² Geheimhaltungsmöglichkeiten werden regelmäßig als einer der zentralen Gründe für die Wahl eines Schiedsverfahrens anstelle des staatlichen Verfahrens genannt.³ Vorteilhaft kann eine Geheimhaltung besonders im Hinblick auf etwaige Geschäftsgeheimnisse sein. Aber auch abseits von Geschäftsgeheimnissen sprechen aus Sicht der Parteien oftmals gute Gründe – etwa der Schutz von Geschäftsbeziehungen – dafür, Streitigkeiten nicht in der Öffentlichkeit auszutragen.⁴ Der vertrauliche Rahmen erleichtert darüber hinaus die Vergleichsfindung.⁵ Gleichzeitig sind mögliche Schranken und Schattenseiten der Geheimhaltung neuerdings wieder in den Fokus gerückt. Zu nennen sind hier die Pechstein-Entscheidungen des EGMR und des BVerfG über mögliche Öffentlichkeitsansprüche einer Schiedspartei sowie der – von der aktuellen Bundesregierung bisher nicht wieder aufgegriffene Reformentwurf aus 2024, der sich unter anderem mit der Veröffentlichung von Schiedssprüchen auseinandersetzt.

Die hiesige Arbeit setzt sich mit eben diesen Geheimhaltungsmöglichkeiten und -grenzen auseinander. Dabei wird im Rahmen verschiedener Themenschwerpunkte das Spannungsverhältnis von Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Schiedsverfahren beleuchtet. Nach einer kurzen Darstellung der Öffentlichkeit im staatlichen Prozess (B.) wird vertieft darauf eingegangen, welche Geheimhaltungsmöglichkeiten im Schiedsverfahren rechtlich bestehen (C.). Dort wird insbesondere diskutiert, inwiefern im Schiedsverfahren Vertraulichkeitspflichten der Parteien bestehen und ob sogar eine Geheimhaltung gegenüber der jeweils anderen Streitpartei möglich wäre. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf dem Problemgeflecht, das sich aus der mangelnden Veröffentlichung von Schiedssprüchen ergibt (D.).

Die Ausführungen konzentrieren sich, soweit nicht abweichend bezeichnet, auf das deutsche Recht und auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

B. Öffentlichkeit im staatlichen Zivilverfahren

I. Das Öffentlichkeitsprinzip

Zum besseren Verständnis der Geheimhaltung im Schiedsverfahren lohnt sich ein Blick auf das vor staatlichen Zivilgerichten geltende Öffentlichkeitsprinzip. Denn gerade die Nichtgeltung dieses Prinzips im Schiedsverfahren ist es, die eine gestiegerte Geheimhaltung ermöglicht.⁶

¹ Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 4 ff.

² vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 6 zur historischen Entwicklung nach dem 2. Weltkrieg; Hoffmann, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung?, SchiedsVZ 2010, 96 (101) mit empirischen Nachweisen.

³ Harms/Macher, in: Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Aufl. 2022, § 7 Rn. 28 f.; vgl. Münch, in: Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, vor § 1025 Rn. 122 ff.; Saenger, in: Saenger, Handkommentar Zivilprozessordnung, 10. Aufl. 2023, vor § 1025 Rn. 2; vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, S. 479.

⁴ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, S. 41; Mies, Transparenz und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, BRZ 2021, 71 (80); Schack (Fn. 3), S. 479.

⁵ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; Mies (Fn. 4), BRZ 2021, 71 (80); Schack (Fn. 3), S. 479.

⁶ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 7; beachte aber S. 149 f..

Nach der Öffentlichkeitsmaxime, einfachgesetzlich in § 169 Abs. 1 GVG verankert, muss es im Grundsatz jedem möglich sein, der mündlichen Verhandlung als Zuhörer bei-zuwohnen.⁷ Das gilt im Besonderen für Pressevertreter, denen bei Kapazitätsproblemen sogar Plätze im Gerichtssaal freigehalten werden können.⁸ Die „Verhandlung“ im Sinne des § 169 Abs. 1 S. 1 GVG umfasst auch die Urteilsverkündung.⁹ Auch im Rahmen des Öffentlichkeitsgrundsatzes zu nennen ist die sogenannte „Parteiöffentlichkeit“. Sie meint das Recht der Prozessparteien, an jeder (auch nicht öffentlichen) Beweisaufnahme teilzunehmen (§ 357 Abs. 1 ZPO), die Prozessakten einzusehen (§ 299 Abs. 1 ZPO) und sich durch das Gericht über alle relevanten Prozessvorgänge zu unterrichten.¹⁰

Der Öffentlichkeitsgrundsatz in § 169 Abs. 1 GVG dient heute dazu, das Vertrauen in eine unabhängige und neutrale Rechtspflege mittels Transparenz zu stärken.¹¹ Verfassungsrechtlich ist er Teil des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2, 3 GG).¹² Die Partei-öffentlichkeit folgt aus dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), hat also ebenfalls Verfassungsrang.¹³

In den §§ 170 ff. GVG erhält der Öffentlichkeitsgrundsatz des § 169 Abs. 1 GVG einige Einschränkungen. Insbesondere ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz wichtiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse möglich, § 172 Nr. 2 GVG.¹⁴ Der Öffentlichkeitsausschluss erfolgt allerdings durch einen zuvor verhandelten Gerichtsbeschluss nach § 174 Abs. 1 GVG und steht gerade nicht im Ermessen der Parteien.¹⁵ Auch mit Blick auf die Partei-öffentlichkeit wird eine Einschränkung zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen einer Partei diskutiert.¹⁶

Insgesamt führt die Geltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im staatlichen Zivilprozess also zu nur eingeschränkten Geheimhaltungsmöglichkeiten.

II. Die Veröffentlichung von Urteilen

Auch das Gerichtsurteil kann entweder öffentlich werden oder unveröffentlicht bleiben, nachdem es den Betroffenen verkündet wurde. Urteile können dabei Informationen enthalten, die eine Streitpartei vorzugsweise nicht veröffentlicht sehen würde.

In Deutschland werden wichtige Zivilgerichtsurteile regelmäßig veröffentlicht.¹⁷ Nach herrschender Ansicht besteht hierzu bei Entscheidungen von potenziellem öffentlichen Interesse auch eine Pflicht.¹⁸ Es hängt dabei nicht vom Willen der Parteien ab, ob ein Urteil veröffentlicht wird oder nicht.

Die Öffentlichkeit der Gerichtsurteile wird allein dadurch begrenzt, dass diese anonymisiert werden.¹⁹ Die Anonymisierung führt zuweilen aber nicht zu der gewollten Geheimhaltung.²⁰ In manch anderem Staat – etwa in den USA und in Frankreich²¹ – wird im Übrigen überhaupt keine Anonymisierung vorgenommen.

Auch die Veröffentlichung von Urteilen im staatlichen Zivilprozess berührt demnach potenzielle Geheimhaltungsinteressen der Parteien.

C. Geheimhaltung im Schiedsverfahren

Schiedsgerichte sind als private Gerichte (grundsätzlich)²² nicht an das Öffentlichkeitsprinzip gebunden.²³ Im Schiedsverfahren bestehen deshalb weitergehende Geheimhaltungsmöglichkeiten als im staatlichen Zivilprozess.

I. Dimensionen der Geheimhaltung

Die verschiedenen Stoßrichtungen der Geheimhaltung im Schiedsverfahren ergeben sich weitestgehend spiegelbildlich aus dem oben (B.) Gesagten.

Personenbezogen kann zwischen der Geheimhaltung gegenüber der jeweils anderen Streitpartei sowie gegenüber der Allgemeinheit unterschieden werden.

Gegenstandsbezogen lässt sich das Verfahren selbst von

⁷ Musielak/Voit, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 21. Aufl. 2024, Einführung Rn. 49.

⁸ BGH NJW 2006, 1220, 1221; Allgayer, in: Graf, BeckOK GVG, 25. Ed. 2024, § 169 Rn. 8.

⁹ Allgayer, in: BeckOK GVG (Fn. 8), § 169 Rn. 2.

¹⁰ Musielak/Voit, in: Musielak/Voit ZPO (Fn. 7), Einführung Rn. 51.

¹¹ EGMR NJW 1986, 2177 (2178); vgl. auch Jacobs, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 9, 23. Aufl. 2020, § 169 GVG Rn. 4.

¹² BVerfG JZ 2001, 704 (705 f.).

¹³ Musielak/Voit, in: Musielak/Voit ZPO (Fn. 7), Einleitung Rn. 51.

¹⁴ Hierzu Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 172 GVG Rn. 8.

¹⁵ Vgl. Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 172 GVG Rn. 13, § 169 GVG Rn. 21.

¹⁶ Prütting/Weth, Geheimnisschutz im Prozeßrecht, NJW 1993, 576; hierzu noch unten.

¹⁷ Harms/Macher, in: Hamm (Fn. 3), § 7 Rn. 28. Das heißt nicht, dass der Großteil deutscher Gerichtsurteile veröffentlicht wird.

¹⁸ uA BVerfG ZD 2016, 77; BVerwG, NJW 1997 (2694, 2694 f.); Huff, Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte, NJW 1997, 2651 (2651 ff.); Ludyga, Die Veröffentlichung und Anonymisierung von Gerichtentscheidungen, ZUM 2021, 887 (888); aa wohl Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 169 GVG Rn. 17.

¹⁹ Harms/Macher, in: Hamm (Fn. 3), § 7 Rn. 28; Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 169 GVG Rn. 17.

²⁰ Beispiele bei Harms/Macher, in: Hamm (Fn. 3), § 7 Rn. 28 („großer Automobilhersteller mit Sitz in Wolfsburg“ [...]).

²¹ Lachmann (Fn. 4), S. 42 Rn. 146.

²² Zu einer möglichen Geltung/Ausnahme siehe S. 149 f.

²³ Buchwitz (Fn. 1), S. 3, 7.

dem Schiedsspruch unterscheiden. Wie oben gesehen können Verhandlung und Schiedsspruch (dort Urteil) öffentlich oder nichtöffentlich sein. Die Geheimhaltung des Schiedsspruches kommt freilich nur im Verhältnis zur Allgemeinheit in Frage.

II. Regelung der Geheimhaltung

Die bloße Möglichkeit, die Geheimhaltung im Schiedsverfahren auszuweiten, führt noch nicht zur Geheimhaltung. Welche Mechanismen nötig sind, um zur Geheimhaltung in ihren verschiedenen Dimensionen zu gelangen, soll deshalb im Folgenden untersucht werden.

1. Geheimhaltung gegenüber der Allgemeinheit

Zuerst wird es um die Frage gehen, wie den Parteien die Geheimhaltung der Verfahrensinhalte gegenüber der Allgemeinheit gelingt.

a) Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens

Auf erster Stufe muss gewährleistet sein, dass alle nicht für das Verfahren benötigten Personen von der Verhandlung ausgeschlossen sind. So wird das Auftauchen einer „aus Wettbewerbs- und anderen Gründen sehr interessierten Zuhörerschaft“²⁴ verhindert. Diese Stufe wird mitunter als „Nichtöffentlichkeit“ (privacy) bezeichnet²⁵ und bildet letztlich das Gegenstück zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Zivilprozess.

a) Grundsatz

An sich steht es den Parteien im Rahmen des § 1042 Abs. 3 ZPO frei, das Schiedsverfahren der Allgemeinheit gegenüber zu öffnen.²⁶ Soll die Entscheidung über die Öffentlichkeit des Verfahrens nicht dem Schiedsgericht überlassen werden (§ 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO), dann muss eine Regelung der Nichtöffentlichkeit durch die Parteien erfolgen. Diese Regelung kann aber, wenn nichts

²⁴ Wie es Lachmann (Fn. 4), S. 41 Rn. 143 formuliert.

²⁵ Vgl. Oldenstam/v. Pachelbel, Confidentiality and Arbitration – a few reflections and practical notes, SchiedsVZ 2006, 31 (32); vgl. Schack (Fn.3), S. 479.

²⁶ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; vgl. Münch, in: MüKo ZPO (Fn. 3), vor § 1025 Rn. 122 mit Hinweis auf OLG München NJOZ 2011, 413 (416) als Beispiel.

²⁷ Vgl. Holder, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2009, S. 18 f.; Prütting, Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation, in: Briner/Fortier/Berger/Bredow, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, 629 (632).

²⁸ So z.B. wohl Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha, (1984) 2 Lloyd's Rep., 373 f. (England).

²⁹ Mies (Fn. 4), BRZ 2021, 71 (74); Oldenstam/v. Pachelbel (Fn. 25), SchiedsVZ 2006, 31 (32); Lachmann (Fn. 4), S. 41 Rn 144, S. 43 Rn. 143; Münch, in: MüKo ZPO (Fn. 3), vor § 1025 Rn. 122, 123; vgl. Oxford Shipping Case Fn. 28.

³⁰ So z.B. ICC-Rules (2021), Art. 26 (3): „Save with the approval of the arbitral tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted“; LCIA-Rules (2020), Art. 19.4: „All hearings shall be held in private, unless the parties agree otherwise in writing“.

³¹ BVerfG NJW 2022, 2677.

³² EGMR SpuRt 2018, 253.

³³ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

³⁴ BVerfG NJW 2022, 2677 (2678 f.); EGMR SpuRt 2018, 253 (254).

³⁵ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

³⁶ BVerfG NJW 2022, 2677 (2680); EGMR SpuRt 2018, 253 (254 f.).

³⁷ Vgl. BVerfG NJW 2022, 2677 (2679); vgl. EGMR SpuRt 2018, 253 (254 f., 256).

anderes bestimmt wird, als konkludent vereinbart gelten, da die Nichtöffentlichkeit im Normalfall ein wichtiges Anliegen der Parteien darstellt.²⁷ Der Weg über eine konkludente Abrede wird teils auch in anderen Rechtsordnungen bestritten.²⁸ Die grundsätzliche Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens gegenüber der Allgemeinheit ist jedenfalls in Deutschland wie auch international anerkannt.²⁹ Einige Schiedsordnungen enthalten außerdem entsprechende Regelungen, die eine Nichtöffentlichkeit des Verfahrens vor Schiedsgerichten dieser Institutionen gewährleisten, soweit sich die Parteien auf die entsprechende Schiedsordnung einigen.³⁰

bb) Die „Causa Pechstein“

Eine gewisse Einschränkung hat der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit im Schiedsverfahren jüngst durch die Pechstein-Entscheidungen des BVerfG³¹ und EGMR³² erhalten. Hiernach soll bei der Entscheidung staatlicher Gerichte über die Wirksamkeit von Schiedsklauseln, und wohl auch bei der Frage nach der Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen,³³ der allgemeine Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), bzw. Art. 6 Abs. 1 EMKR, zu beachten sein.³⁴ Dieser umfasst auch den Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung.³⁵ Der mit einer Schiedsabrede regelmäßig konkludent erklärte Verzicht auf diese Öffentlichkeit erfüllt also nicht vollständig das Bild eines rechtsstaatlichen Verfahrens nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMKR. Das soll aber dann unproblematisch sein, wenn beide Parteien wirklich freiwillig die Schiedsabrede treffen und auf die Öffentlichkeit verzichten.³⁶ Problematisch ist aber der Fall, dass sich eine Partei wegen einer bestehenden Machtasymmetrie zum Abschluss der Schiedsabrede und damit konkludent zu dem Ausschluss der Öffentlichkeit gezwungen sieht.³⁷ Ist das der Fall, dann muss nach dem BVerfG praktische Konkordanz zwischen dem eigentlich

bestehenden Recht auf eine öffentliche Verhandlung und den Grundrechtspositionen der Gegenpartei hergestellt werden.³⁸ Nur so stelle die Rechtsordnung sicher, dass sich nicht „für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt“³⁹. Im Ergebnis kann ein Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung bestehen.⁴⁰ Diese Erwägungen betreffen unmittelbar eine Entscheidung über sportrechtliche Doping-Streitigkeiten vor dem CAS⁴¹, also nicht den Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die faktische Unfreiwilligkeit der Abrede ergibt sich im Sport regelmäßig daraus, dass bestimmte Verbände bezüglich eines Sportwettbewerbs eine Monopolstellung einnehmen und Sportler nur unter Annahme der gestellten Vertragsbedingungen teilnehmen können (sprich: in einigen Konstellationen ihren Beruf ausüben können). Doch ist zumindest nicht auszuschließen, dass die von dem BVerfG und EGMR getroffenen Wertungen auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit übertragbar sind.⁴² So sind auch im Handelsverkehr Konstellationen vorstellbar, in denen eine Partei der anderen Partei aufgrund ihrer starken Überlegenheit eine Schiedsklausel mit (konkurrenz) Ausschluss der Öffentlichkeit „aufzwingen“ kann.⁴³ Dann könnte nach der Pechstein-Entscheidung des BVerfG – die dem Wortlaut nach bloß die Möglichkeit der einseitigen Vertragsbestimmung genügen lässt – ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht der anderen Partei auf die Einhaltung von Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK in Form der öffentlichen Verhandlung im Raum stehen. Wie eng die Voraussetzungen für einen Öffentlichkeitsanspruch im Handelsschiedsverfahren nach der Vorstellung von BVerfG im Vergleich zum EGMR wirklich sind, ist aber noch weitestgehend unklar.⁴⁴ Da sich die Entscheidung des BVerfG stark an der des EGMR orientiert ist am wahrscheinlichsten, dass dort die Kriterien für eine bestehende Öffentlichkeitspflicht nicht weiter als durch den EGMR gefasst werden sollten.⁴⁵ Überzeugend ist deshalb, dass im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit

eine Öffentlichkeitspflicht à la Pechstein nur in den sehr engen Grenzen des EGMR in Betracht kommt. Dieser setzt den seltenen Fall voraus, dass der betroffenen Partei bei Nichtunterzeichnung des Vertrages mit der überlegenen Partei die wirtschaftliche Existenzvernichtung droht, oder aber eine gesetzliche Pflicht zum Schiedsverfahren besteht.⁴⁶

Das Schiedsverfahren im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist deshalb trotz der Pechstein-Entscheidungen kraft konkludenter (oder ausdrücklicher) Vereinbarung grundsätzlich nicht öffentlich.

b) Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens (Parteien)

Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens führt nur zu einem beschränkten Grad der Geheimhaltung, wenn die Verfahrensbeteiligten etwaige Verfahrensinhalte nach außen tragen dürfen.⁴⁷ Der unter dem Stichwort der „Vertraulichkeit“ (confidentiality) behandelten Frage, wie die Verschwiegenheit der Verfahrensbeteiligten sichergestellt werden kann, soll nun, beginnend mit den Parteien, nachgegangen werden. Die Verschwiegenheitspflicht kann dabei auf verschiedene Weise erreicht werden.

aa) Ausdrückliche Vereinbarung der Parteien

Im einfachsten Fall haben die Parteien ausdrücklich im Rahmen der Schiedsabrede- bzw. Klausel vereinbart, dass eine wechselseitige Pflicht zur Verschwiegenheit besteht. Eine solche Vereinbarung ist ohne weiteres bindend und den Parteien möglich.⁴⁸

bb) Institutionalisierte Schiedsverfahren

Vereinbaren die Parteien in der Schiedsklausel, dass ein etwaiges Schiedsverfahren mithilfe einer Schiedsinstitution (z.B. DIS; ICC) durchgeführt werden soll, so gelangt damit im Grundsatz auch die jeweilige Schiedsordnung der Institution zur Geltung.⁴⁹ In der Schiedsordnung können sich Vertraulichkeitsregelungen finden. So z.B.⁵⁰ in

³⁸ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

³⁹ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 2022, 2677 (2680): Wohl keine automatische Geltung des Öffentlichkeitsanspruchs in „unfreiwilligen“ Schiedsverfahren, sondern Bestimmung i.R. praktischer Konkordanz; allerdings Verweis auf Entscheidung EGMR SpuRt 2018, 253, 256, die von automatischer Geltung der Öffentlichkeit des Art. 6 I EMRK bei „unfreiwilligen“ Verfahren ausgeht.

⁴¹ Court of Arbitration for Sport.

⁴² So Wilhelmi, Grenzen der fremdbestimmten Schiedsvereinbarung – Konsequenzen der Pechstein-Entscheidung des BVerfG für die Sport- und die Handelsschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2024, 1 (14); Wannagat, Mehr Grundrechte Wagen – auch in der Schiedsgerichtsbarkeit, BB 2022, 2697 (2700); aA (bzw. nur in sehr engen Grenzen) Wagner/Samanci, Justizgrundrechte im schiedsverfahren?, ZEuP 2024, 533 (562, 567, 570, 573 f.).

⁴³ Vgl. Wilhelmi (Fn. 42), SchiedsVZ 2024, 1 (14).

⁴⁴ Zur möglichen Divergenz zwischen den Kriterien von BVerfG und EGMR Wagner/Samanci, (Fn. 42), ZEuP 2024, 533 (556 ff.).

⁴⁵ Vgl. Wagner/Samanci, (Fn. 42), ZEuP 2024, 533 (557, 567, 574).

⁴⁶ Ebd., 533, 574.

⁴⁷ Vgl. Münch, in: MüKo ZPO (Fn. 3), vor § 1025 Rn. 123.

⁴⁸ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 8; Lachmann (Fn. 4), S. 43.

⁴⁹ Buchwitz (Fn. 1), S. 7 f.; Lachmann (Fn. 4), S. 43.

⁵⁰ Siehe außerdem Art. 30.1 LCIA-Rules (2020).

Art. 44.1 DIS-SchO: „Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, haben die Parteien [...] über das Schiedsverfahren Stillschweigen gegenüber jedermann zu bewahren. Insbesondere dürfen die Existenz des Verfahrens, Namen von Parteien, Streitgegenstände, Namen von Zeugen und Sachverständigen, prozessleitende Verfügungen oder Schiedssprüche sowie Beweismittel, die nicht öffentlich zugänglich sind, nicht offengelegt werden.“

cc) Bestimmung durch das Schiedsgericht

Zumindest nach deutschem Recht gilt grundsätzlich, dass ein Schiedsgericht die Vertraulichkeit nicht anordnen kann. Eine materiellrechtliche Verpflichtung der Parteien zur Verschwiegenheit würde die prozessualen Kompetenzen des Schiedsgerichts aus § 1042 Abs. 4 ZPO überschreiten.⁵¹ Einige institutionelle Schiedsordnungen enthalten Regelungen, nach denen das Schiedsgericht zur Anordnung der Vertraulichkeit befugt sein soll.⁵² Einigen sich die Parteien hierauf, so kann das Schiedsgericht die materiellrechtliche Anordnung treffen.⁵³

dd) Gesetzliche Bestimmungen und völkerrechtliche Verträge

Wie auch in Deutschland⁵⁴ findet sich in den meisten Ländern keine gesetzliche Regelung, die eine Vertraulichkeitspflicht der Parteien anordnet.⁵⁵ Beispiele für eine solche Regelung liefern etwa Spanien, Frankreich, Neuseeland und Hongkong.⁵⁶

Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich in den relevanten Verträgen (z.B. in der New York Convention) keine expliziten Aussagen zur Frage der Vertraulichkeit.⁵⁷

ee) Vertraulichkeitspflicht aus der Schiedsabrede selbst

Weniger eindeutig zu beantworten ist die Frage, ob eine Verschwiegenheitspflicht auch dann besteht, wenn es

an den genannten expliziten Regelungen fehlt. In Frage kommt hier eine Pflicht aus der Schiedsabrede selbst. Die bloße Vereinbarung, Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht zu klären, müsste also eine gegenseitige Vertraulichkeitspflicht auslösen.

Lange Zeit wurde es (international) als Selbstverständlichkeit gesehen, dass eine Verschwiegenheitspflicht mit der Schiedsvereinbarung Hand in Hand geht.⁵⁸ Mit einigen zwischenzeitlich ergangenen, hiervon abweichenden Gerichtsurteilen, kann nicht mehr von einem internationalen Konsens die Rede sein.⁵⁹

(1) Gerichtsentscheidungen außerhalb Deutschlands

Im internationalen Vergleich gehen die Rechtsprechungslinien der Gerichte auseinander.

In England gilt spätestens seit Dolling-Baker v. Merrett⁶⁰, dass die Schiedsvereinbarung implizit eine Vertraulichkeitsabrede enthält. Schon dort wurde darauf hingewiesen, dass u.U. eine Offenlegung durch eine der Parteien in einem Rechtsstreit mit Dritten, wenn unbedingt nötig, ausnahmsweise möglich sein muss.⁶¹ Auch in darauffolgenden Urteilen wurden weitere Ausnahmen von der Verschwiegenheitsabrede herausgearbeitet. So z.B. bezüglich der Offenlegung des Schiedsurteils,⁶² bzw. anderer Informationen aus dem Schiedsverfahren,⁶³ durch eine Partei, soweit dies zur Durchsetzung ihrer Rechte gegenüber Dritten notwendig ist. Auch in Frankreich wird eine implizite Verschwiegenheitspflicht angenommen.⁶⁴

Anders hat in Australien der High Court of Australia in Esso/BHP v. Plowman⁶⁵ entschieden. Dort wird die Vertraulichkeit bzw. confidentiality nicht als essentieller Teil des Schiedsverfahrens gesehen und deshalb eine implizite Verschwiegenheitspflicht abgelehnt.

Auch in den USA geht laut der dortigen Rechtsprechung mit der Schiedsvereinbarung nicht automatisch eine Ver-

⁵¹ Vgl. Eslami, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 248 f.

⁵² Bspw. ICC-Rules (2021), Art. 22 (3).

⁵³ Nach teils vertretener Ansicht aber nur für den Zeitraum der Verhandlung: Eslami (Fn. 51), S. 249; aA Kahlert, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2015, S. 291 f.

⁵⁴ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 7.

⁵⁵ Smit, Case-note on Esso/BHP v. Plowman (Supreme Court of Victoria), Arb. Int. 1995, 299 (299 f.).

⁵⁶ Ley 60/2003 de Arbitraje (Spanien), Art. 24 Nr. 2; Code de Procédure Civile, Art. 1464 (4) (Frankreich); New Zealand Arbitration Act 1996 Sec. 14B (1); Hong Kong Arbitration Ordinance, Chapter 609, Sec. 18 (1).

⁵⁷ Born, International Commercial Arbitration Volume II, 3. Aufl. 2020, S. 2006.

⁵⁸ Oldenstam/v. Pachelbel (Fn. 25), SchiedsVZ 2006, 31 (32).

⁵⁹ Ebd., 31, 32.

⁶⁰ Dolling-Baker v. Merrett (1990) W.L.R., 1205.

⁶¹ Dolling-Baker v. Merrett (1990) W.L.R., 1205, 1214.

⁶² Hassneh Insurance Co. Of Israel v. Stuart Mew (1993) 2 Lloyd's Rep., 243.

⁶³ Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir (1999) 1 W.L.R., 314.

⁶⁴ Aïta v. Ojjeh (C.A. Paris) Revue de l'Arbitrage 1986, 583.

⁶⁵ Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman, Arbitration International 1995, 235.

schwiegenheitserklärung einher.⁶⁶ Gleches gilt seit dem Bulbank Case⁶⁷ für Schweden.

(2) Meinungsbild in Deutschland

Teilweise wird auch in der deutschen Literatur vertreten, dass die Schiedsabrede eine Vertraulichkeitspflicht enthält.⁶⁸ Nach wohl herrschender Meinung aber ist dies nicht der Fall.⁶⁹ Möchten die Parteien danach für Vertraulichkeit sorgen, so sind sie gehalten, eine ausdrückliche Regelung zu formulieren.⁷⁰

Unter Vertretern der erstgenannten Ansicht wird die Vertraulichkeitspflicht teilweise als Schutzpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB im Rahmen der Schiedsvereinbarung konstruiert, statt bloß von einem bestehenden Grundsatz zu sprechen.⁷¹ Anzumerken ist schon hier, dass zumindest die Anwendung der materiellrechtlichen Norm des § 241 Abs. 2 BGB auf die Schiedsvereinbarung als zugrundeliegendem Verhältnis dabei keinen Bedenken begegnet.⁷²

(3) Vorgebrachte Argumente und Stellungnahme

Den Befürwortern einer impliziten Vertraulichkeitspflicht wird von Lachmann vorgeworfen, die Vertraulichkeit mit der Nichtöffentlichkeit zu verwechseln.⁷³ Im Vergleich zur Nichtöffentlichkeit gilt die Vertraulichkeit nicht als unumstritten,⁷⁴ weshalb eine Differenzierung tatsächlich wichtig ist. Zum einen aber ist eine solche Verwechslung zumindest bei Nacimiento – auf die sich Lachmann bezieht – nicht zu finden.⁷⁵ Zum anderen sind beide Konzepte zwar zu unterscheiden, ihre sachliche Verbundenheit ist aber nicht zu leugnen. Zu Recht wird nämlich von Befürwor-

tern einer impliziten Vertraulichkeitspflicht vorgebracht, dass die anerkannte Nichtöffentlichkeit (privacy) in ihrer Wirkung stark beeinträchtigt würde, könnten die Parteien nach Belieben Inhalte des Verfahrens nach außen tragen.⁷⁶ Weiter wird gegen eine implizite Vertraulichkeitspflicht ins Feld geführt, dass Vertraulichkeit im Verfahren nie vollständig garantiert werden kann.⁷⁷ So werden tatsächlich der Vertraulichkeit gewisse Grenzen gesetzt: Erstens dadurch, dass insb. Zeugen im Schiedsverfahren von einer Vertraulichkeitsvereinbarung der Parteien ohnehin nicht erfasst wären.⁷⁸ Zweitens dadurch, dass in einem späteren Vollstreckungsverfahren vor nationalen Gerichten eine Veröffentlichung von Verfahrensinterna geschehen kann.⁷⁹ Und drittens gibt es Umstände, unter denen eine Partei zur Offenlegung von Informationen gegenüber Dritten (z.B. Behörden oder Versicherungen) qua Gesetz verpflichtet ist,⁸⁰ oder daran ein berechtigtes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat.⁸¹ Unter anderem aus diesem Ausnahmen- und Schrankengeflecht wird der Schluss gezogen, die Vertraulichkeit könne keinen essenziellen Grundsatz des Schiedsverfahrens darstellen und dürfe deshalb nicht in die Schiedsvereinbarung hineingelesen werden.⁸² Auch die Befürworter der impliziten Vertraulichkeitspflicht erkennen aber solche Ausnahmen von der Vertraulichkeitspflicht an.⁸³ Weshalb die genannten Ausnahmen und Grenzen dazu führen sollen, dass von keinem Grundsatz der Vertraulichkeit gesprochen werden kann oder weshalb sie dazu führen müssen, dass die Vertraulichkeitspflicht auch in allen anderen, nicht von den Grenzen betroffenen Fällen abzulehnen ist, erschließt sich nicht.⁸⁴

⁶⁶ United States v. Panhandle E. Corp. 118 F.R.D. (D.Del.1988), 346; Nienaber, Negotiating Arbitration Clauses with U.S. Companies, SchiedsVZ 2005, 273 (279).

⁶⁷ Supreme Court of Sweden 27 October 2000, Case No. T 1881-99 (verwendete Übersetzung: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/documentfile/getfile?portalId=89&docId=1083535&propId=1578>; zuletzt abgerufen 01.08.2025).

⁶⁸ Nacimiento, Abschied von der Vertraulichkeit im Schiedsverfahren?, BB-Beilage (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (10.); Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, S. 164 Rn. 688; Schütze/Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 126.

⁶⁹ Buchwitz (Fn. 1), S. 8; Geiben, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2001, S. 35 ff. (wobei dieser i.E zu ähnlichen Ergebnissen wie die Gegenansicht gelangt, S. 40 ff., 48 ff.); wohl Günther, Einschränkung der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen, in: Berger/Ebke/Elsing/Großfeld/Kühne, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, 341 (343); Lachmann (Fn. 4), S. 43 f.; Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, S. 458; Prütting, in: LA Böckstiegel (Fn. 27), 629 (635); wohl auch OLG Frankfurt BeckRS 2008, 3899 (Rn. 6).

⁷⁰ Buchwitz (Fn. 1), S. 8.

⁷¹ Holder (Fn. 27), S. 30 ff.; Leisinger, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, 2012, S. 146 ff., 163 (etwas unklar teils: „Nebenpflichten“).

⁷² Vgl. Kahlert (Fn. 53), S. 267.

⁷³ So Lachmann (Fn. 4), S. 42 bzgl. Nacimiento (Fn. 68), BB-Beilage (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (8 ff.).

⁷⁴ Oldenstam/v. Pachelbel (Fn. 25), SchiedsVZ 2006, 31 (32).

⁷⁵ Vgl. Ausführungen bei Nacimiento (Fn. 68), BB-Beilage (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (10).

⁷⁶ Bernstein/Wood, Handbook of Arbitration Practice, 2. Aufl. 1993, S. 145; Born (Fn. 58), S. 3045; Boyd, Expert Report of Stewart Boyd QC, Arb. Int. 1995, 265 (267); dissenting opinion of Toohey J in Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman, Arbitration International 1995, 235, 257.

⁷⁷ Mason CJ in Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman, Arbitration International, 235, 245.

⁷⁸ Lachmann (Fn. 4), S. 42.

⁷⁹ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 9.

⁸⁰ Lachmann (Fn. 4), S. 43.

⁸¹ Oldenstam/v. Pachelbel (Fn. 25), SchiedsVZ 2006, 31 (34).

⁸² Vgl. Mason CJ in Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman, Arbitration International, 235, 246; vgl. Lew, Expert Report of Dr. Julian D.M. Lew, Arb. Int. 1995, 283 (283 ff.); Prütting, in: LA Böckstiegel (Fn. 27), 629 (635).

⁸³ Siehe schon englische Rechtsprechung oben; vgl. auch Boyd (Fn. 76), Arb. Int. 1995, 265 (269).

⁸⁴ Vgl. Born (Fn. 57), S. 3048; Collins, Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings, Arb. Int. 1995, 321 (335).

Vielmehr entspricht es grundsätzlich dem Parteiinteresse, alle nicht von den Ausnahmen umfassten Fälle mit einer Vertraulichkeitspflicht zu belegen.⁸⁵ Es spricht nichts dagegen, einen Grundsatz wie folgt zu formulieren: Im Schiedsverfahren soll eine möglichst weitgehende Vertraulichkeit gewährleistet werden. Wenn schon die Parteien zumeist von einer impliziten Vertraulichkeitspflicht ausgehen,⁸⁶ warum dann nicht eine solche als implizit anerkennen? Dass im Grundsatz von einer Vertraulichkeitspflicht aus gegangen werden kann, ohne den Blick für nötige Ausnahmen zu verlieren und sich der Illusion, Vertraulichkeit sei immer und absolut gewährleistet hinzugeben, zeigt das Beispiel Englands.⁸⁷ Ein späterer Einsatz der Offenlegung einzelner Verfahrensinterna als Kampfmittel durch eine Partei würde zudem Konflikte bloß verschärfen und nicht zu einer bestmöglichen Streitbeilegung beitragen.⁸⁸

Schließlich heißt es, dass es zumindest im deutschen Recht keine Rechtsgrundlage für eine implizite Pflicht gebe.⁸⁹ Was mit der rechtlichen Grundlage gemeint ist, bzw. welche Form der Grundlage zu fordern ist, das bleibt dort offen. Die Frage ob eine konkludente Abrede vorliegt oder nicht ist eine Auslegungsfrage des Parteiverhaltens unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.⁹⁰ Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Parteabrede konkludent eine Pflicht enthält, dann ist keine weitere Rechtsgrundlage nötig. Zum Teil wird vorgetragen, dass schlichtweg zumeist keine konkludente Abrede vorläge, weil z.B. eine Partei die Veröffentlichung von Informationen während dem Prozess als Druckmittel einsetzen möchte.⁹¹ Hält man eine konkludente Abrede deshalb im Einzelfall für nicht gegeben, so besteht aber mit § 241 Abs. 2 BGB ein alternativer, im Ergebnis vorzugswürdiger, Anknüpfungspunkt.⁹² Es ist überzeugend, zum Schutz des Verfahrens sowie der Vermögensinteressen der Parteien von einer Schutzpflicht in Form der Vertraulichkeitspflicht auszugehen. Das Inter-

⁸⁵ Born (Fn. 57), S. 3044; dass die Vertraulichkeitspflicht meist dem Parteiinteresse entspricht erkennt sogar das Supreme Court of Sweden im „Bulbank“ Case No. T 1881-99 (Fn. 67), 7 an.

⁸⁶ Poorooye/Feehily, Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance, Harvard Negotiation Law Rev. (Vol. 22) 2017, 275 (281); Born (Fn. 57), S. 3044.

⁸⁷ Vgl. zur Rechtsprechung der englischen Gerichte oben.

⁸⁸ Vgl. Born (Fn. 57), S. 3044; vgl. Nacimiento (Fn. 68), BB-Beilage (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (10).

⁸⁹ Lachmann (Fn. 4), S. 43.

⁹⁰ Vgl. Würdinger, Konkludente Willenserklärung, JuS 2023, 627 (628).

⁹¹ So z.B. Kahlert (Fn. 53), S. 262.

⁹² Siehe Holder (Fn. 27), S. 30 ff.

⁹³ Born (Fn. 57), S. 3046 spricht sich auch int. für Konzept „implied by law“ aus; Ebbing, Private Zivilgerichte. Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung, 2003, S. 90 schreibt ohne Bezugnahme auf ein nötiges Interesse beider Parteien: „[...] muss gewährleistet sein, dass im Verfahren offengelegte, geheimhaltungsbedürftige Informationen nicht an unbeteiligte Dritte weitergegeben werden.“

⁹⁴ Vgl. Kahlert (Fn. 53), S. 269.

⁹⁵ Bachmann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg/Schubert, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 62.

⁹⁶ Kahlert (Fn. 53), S. 267 ff., 290.

⁹⁷ Ebd., S. 290.

⁹⁸ Ebd., S. 290.

⁹⁹ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 8; Holder (Fn. 27), S. 33.

esse einer Partei an der Geheimhaltung der Verfahrensinterna bleibt schutzwürdig, auch wenn die andere Partei die Interna nicht geheim halten möchte.⁹³ Wenn die andere Partei kein berechtigtes, konkurrierendes Interesse an der Offenlegung hat, dann ist das Geheimhaltungsinteresse zu respektieren. Das sichert § 241 Abs. 2 BGB, weil dessen Bestand nicht vom Parteikonsens abhängig ist.⁹⁴ Von der Geheimhaltungspflicht können dann in einem Abwägungsverfahren Ausnahmen gemacht werden. § 241 Abs. 2 BGB ist außerdem offen für abweichende Regelungen durch die Parteien,⁹⁵ trägt dem Einzelfall also ausreichend Rechnung. Namentlich Kahlert führt zu der Lösung über § 241 Abs. 2 BGB noch aus, dass es vorzugswürdig sei, nicht pauschal von einem bestehenden Geheimhaltungsinteresse auszugehen.⁹⁶ Er möchte mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast erreichen, dass die betroffene Partei zeigen muss, weshalb im konkreten Fall überhaupt ein Geheimhaltungsinteresse besteht und dieses das Veröffentlichungsinteresse der anderen Partei übertrumpft.⁹⁷ Wie er selbst anmerkt,⁹⁸ führt diese Lösung in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis, wie im Falle der pauschalen Anerkennung einer Geheimhaltungspflicht in § 241 Abs. 2 BGB. Denn in den Fällen, in denen ein Geheimhaltungsinteresse anerkannt ist, wird der Partei die Darlegung leichtfallen. Ebenso ist in Fällen, in denen anerkanntermaßen ein Veröffentlichungsinteresse der anderen Partei besteht, das Ergebnis im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB klar. Insgesamt spricht das oben Gesagte aber dafür, dass nach der Verkehrssitte im Schiedsverfahren ein generelles Interesse an der Geheimhaltung aller Verfahrensinterna anzuerkennen ist. Hierfür spricht auch, dass schon die Existenz eines Schiedsverfahrens eine sensible Information darstellen kann.⁹⁹ Dass die Abwägung mit Veröffentlichungsinteressen in § 241 Abs. 2 BGB von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen kann wird dadurch nicht bestritten. Im Ergeb-

nis besteht aber über § 241 Abs. 2 BGB dann auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der Parteien ein Geheimhaltungsinteresse und, wenn keine berechtigten Interessen überwiegen, eine Vertraulichkeitspflicht.

Überzeugender ist deshalb insgesamt, im Grundsatz eine in der Schiedsabrede selbst wurzelnde Vertraulichkeitspflicht (gegebenenfalls über § 241 Abs. 2 BGB) anzuerkennen, die gebotenen Ausnahmen aber zu beachten. Wünschenswert wäre aber eine klarstellende Regelung durch den nationalen Gesetzgeber, um den Unsicherheiten in der Praxis vorzubeugen.

c) Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens (Schiedsrichter)

Schon einige der institutionellen Schiedsordnungen enthalten Regelungen, nach denen für ihre Richter eine Vertraulichkeitspflicht besteht.¹⁰⁰ Es ist außerdem anerkannt, dass die Richter auch ohne ausdrückliche Regelung Kraft ihres vertraglichen Verhältnisses zu den Parteien grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.¹⁰¹

d) Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens (Dritte)

Wie bereits erwähnt, sind im Schiedsverfahren auftretende Zeugen nicht per se zur Verschwiegenheit verpflichtet. Eine solche Pflicht kann nicht aus der Abrede zwischen den Parteien folgen (Vertrag zu Lasten Dritter) und kann auch nicht durch einseitige Anordnung des Schiedsrichters begründet werden.¹⁰² Etwas anderes gilt nur für Sachverständige, die vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.¹⁰³ Soll die Verschwiegenheit der Zeugen gewährleistet werden, so sind die Parteien gehalten, eine entsprechende Vereinbarung mit ihnen zu schließen.¹⁰⁴

e) Die (Nicht-)Veröffentlichung des Schiedsspruches

Auch der Schiedsspruch am Ende des Verfahrens kann Informationen über die Parteien oder den Rechtsstreit enthalten, die nicht an die Öffentlichkeit geraten sollen. Aus

diesem Grund werden nur wenige Schiedssprüche veröffentlicht und das nur mit Zustimmung der Parteien sowie in anonymisierter Form.¹⁰⁵ Die oben für staatliche Gerichte angeführte Rechtspflicht zur Veröffentlichung besteht im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Teils enthalten institutionelle Schiedsordnungen schon Regelungen, nach denen eine Veröffentlichung des Schiedsspruchs nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Parteien möglich ist.¹⁰⁶ So wird auch das Ergebnis des Schiedsverfahrens in den meisten Fällen geheim gehalten.

Es gibt trotzdem Versuche, die Publikation von Schiedssprüchen anzuregen und zu vereinfachen. So existiert seit 1976 das „Yearbook Commercial Arbitration“ als „Forum für die Veröffentlichung von Schiedssprüchen“¹⁰⁷. Außerdem arbeitet z.B. das ICC mit einem Opt-Out Ansatz, was die Veröffentlichung von ICC-Schiedssprüchen angeht.¹⁰⁸ Einen solchen Ansatz verfolgte auch die Ampel-Koalition in ihrem Regierungsentwurf zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts.¹⁰⁹ So sollte in § 1054b Abs. 1 ZPO geregelt werden, dass das Schiedsgericht mit Zustimmung der Parteien den Schiedsspruch veröffentlichen darf und die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der Veröffentlichung nicht innerhalb von 3 Monaten widersprochen wird.¹¹⁰ Die Reform wurde bisher nicht weiter verfolgt. Ob diese Neuregelung, soweit sie umgesetzt worden wäre, signifikante Auswirkungen gehabt hätte, das hätte sich erst in der Praxis zeigen müssen.

2. Geheimhaltung contra partem

Nicht bloß die Offenlegung von Informationen gegenüber der Allgemeinheit, sondern auch die Offenlegung gegenüber der gegnerischen Partei kann den Interessen einer Partei widersprechen. Das gilt vor allem dann, wenn das Schiedsverfahren zwischen Konkurrenten stattfindet.¹¹¹ Zu einer für die Partei misslichen Situation kommt es, wenn sie, um den Prozess zu gewinnen, bestimmte Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der Beweiserhebung preisgeben

¹⁰⁰ Art. 44.1 DIS-SchO (2018); Art. 30.2 LCIA-Rules (2020).

¹⁰¹ Lachmann (Fn. 4), S. 926 f.; Münch, in: Müko ZPO (Fn. 3), § 1052 Rn. 9; Poorooye/Feehily, (Fn. 86), Harvard Negotiation Law Rev. (Vol. 22) 2017, 275 (279).

¹⁰² Lachmann (Fn. 4), S. 42.

¹⁰³ Ebd., S. 42; vgl. Prütting, in: LA Böckstiegel (Fn. 27), 629 (636).

¹⁰⁴ Lachmann (Fn. 4), S. 42; vgl. Prütting, in: LA Böckstiegel (Fn. 27), 629 (636).

¹⁰⁵ Buchwitz (Fn. 1), S. 9; vgl. Schack (Fn. 3), S. 481.

¹⁰⁶ Art. 30.3 LCIA-Rules; Art. 44.3 DIS-SchO; R-45 (a) AAA-Rules.

¹⁰⁷ Buchwitz (Fn. 1), S. 9.

¹⁰⁸ Sec. IV C. ICC-Note 01.01.2021

(<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>; zuletzt abgerufen am 28.09.2024).

¹⁰⁹ Regierungsentwurf 26. Juni 2024 (RegE), S. 5 f. (Entwurf und Verfahren:

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html; zuletzt abgerufen am 28.09.2024); zum Ganzen auch Kiehl/Gebhard, Die Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, SchiedsVZ 2024, 173 (178).

¹¹⁰ Hierzu auch RegE, S. 44.

¹¹¹ Vgl. Sawang, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2010, S. 2.

muss.¹¹² Hierzu kommt es vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes.¹¹³

Um dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Partei gerecht zu werden, wird vor allem ein Mechanismus stark gemacht: Das sogenannte *in camera*-Verfahren.¹¹⁴ Dieses könnte vom Schiedsgericht bei Bedarf angeordnet werden. Eine beweisbelastete Partei, die nur mithilfe einer sensiblen Information den Beweis erbringen kann, legt dabei dieses Beweismittel dem Gericht vor. Doch die andere Partei darf ausnahmsweise das Beweismittel nicht einsehen.¹¹⁵ Der Konflikt mit der Parteiöffentlichkeit als Ausfluss des Rechts auf rechtliches Gehör (§§ 1059 Abs. 2 Nr. 2b, Nr. 1b, 1042 Abs. 1 S. 2 ZPO) liegt auf der Hand: Um sich effektiv gegen das Vorbringen der je anderen Partei verteidigen zu können, muss die Einsicht in die Vorgebrachten Beweismittel möglich sein. Aus diesem Grund wird das *in camera*-Verfahren teilweise als unzulässig betrachtet.¹¹⁶ Das Problem stellt sich weitestgehend parallel im staatlichen Prozess, sodass hier nur knapp darauf eingegangen werden soll. Hier ist es aber besonders relevant, da im Schiedsverfahren – anders als im staatlichen Verfahren – die Zulässigkeit des Verfahrens wegen § 1042 Abs. 1 ZPO jedenfalls noch nicht an dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage scheitert.¹¹⁷

Das *in camera*-Verfahren ist nach hier vertretener Ansicht auch im Übrigen zulässig und stellt eine sachgerechte Lösung dar. Ausgangspunkt hierfür ist die Erkenntnis, dass auch das Recht auf rechtliches Gehör und mit ihm die Parteiöffentlichkeit nicht absolut gelten.¹¹⁸ Es muss vielmehr mit den berechtigten Geheimhaltungsinteressen abgewogen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die von der Beweisaufnahme ausgeschlossene Partei nicht hilflos darsteht: Möglich wäre, dass ihre – juristisch oder technisch ausgebildeten – Parteivertreter an der Beweisaufnahme

teilnehmen und die Parteiinteressen wahrnehmen.¹¹⁹ Diese würden dann einer Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihrem Mandanten unterliegen.¹²⁰ Das widerspricht auch nicht zwingend dem Berufsbild des Anwalts.¹²¹ Ein Blick in das pretrial discovery Verfahren in den USA unterstreicht das: Dort werden ebenso Anwälte mit Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihren Mandanten eingesetzt.¹²²

D. Geheimhaltung und Normbildung

Speziell die Nichtveröffentlichung von Schiedssprüchen sollte nicht auf die Vorteile, die sie den Parteien verschafft, reduziert werden. Mit ihr sind ernstzunehmende Nachteile verknüpft. So schreibt Sandrock bereits 1989 zur Rechtsfortbildung durch die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland: „Fehlanzeige“.¹²³ Auch Hirsch beklagt 2003 diesen Umstand in seiner Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von privater und staatlicher Gerichtsbarkeit bei den 1. Petersberger Schiedstagen.¹²⁴ In einem Interview mit der Frankfurter Allgemeinen Zeitung 2023 ist die DIS-Generalsekretärin Schardt der Meinung, es brauche mehr Transparenz in der Schiedsgerichtsbarkeit und spricht in diesem Kontext auch die Veröffentlichung von Schiedssprüchen an.¹²⁵

Die Bedeutung der (Schieds-)Rechtsprechung für die Rechtsentwicklung und die aus der Nichtveröffentlichung der Schiedssprüche folgenden Probleme sollen deshalb im Weiteren untersucht werden.

I. Zur Rolle der Rechtsprechung in der Rechtsentwicklung

Zunächst gilt es sich klarzumachen, welche Rolle die Rechtsprechung, vordergründig in Deutschland, bei der Entwicklung des Rechts spielt.

Der Richter hat die Auslegung und Anwendung des Rechts

¹¹² Vgl. Sawang, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2010, S. 2.

¹¹³ Ebd., S. 2.

¹¹⁴ Befürwortend Leppin, Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis (Teil II), GRUR 1984, 695 (697 ff.); Sawang (Fn. 111), S. 14 f.; Stadler, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, NJW 1989, 1202 (1203); Stürner, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ 1985, 453 (459).

¹¹⁵ Vgl. Stadler, (Fn. 114), NJW 1989, 1202 (1203).

¹¹⁶ BGH NJW 1992, 1817; OLG Köln NJW-RR 1996, 1277; Kürschner, Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozess, NJW 1992, 1804 (1805); Lachmann, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, NJW 1987, 2206 (2209 f.); Prütting/Weth (Fn. 16), NJW 1993, 576.

¹¹⁷ Sawang (Fn. 111), S. 268, 291 f.

¹¹⁸ Stadler, (Fn. 114), NJW 1989, 1202 (1203 f.).

¹¹⁹ Vgl. Leppin (Fn. 114), GRUR 1984, 695 (697); vgl. Stadler, in: Musielak/Voit ZPO (Fn. 7), § 357 Rn. 4.

¹²⁰ Leppin (Fn. 114), GRUR 1984, 695 (697).

¹²¹ So aber Lachmann, (Fn. 116), NJW 1987, 2206 (2210).

¹²² Ausführlicher Stadler, (Fn. 114), NJW 1989, 1202 (1205).

¹²³ Sandrock, Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: Böckstiegel, Rechtsfortbildung durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, 23 (47), auch zitiert von Duve/Keller, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke?, SchiedsVZ 2005, 169 (172); der Problemkreis wird aber uA auch schon 1977 von Pfaff, Zum Problem der Veröffentlichung von Schiedssprüchen der internationalen Handels-Schiedsgerichtsbarkeit, in: Kipp/Mayer/Steinkamm, Um Recht und Freiheit. Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heyde zur Vollendung des 70. Lebensjahres, 1977, 1127 (1138) besprochen.

¹²⁴ Hirsch, Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, SchiedsVZ 2003, 49 (52).

¹²⁵ Bubrowski, „Schiedsgerichte brauchen mehr Transparenz“, Frankfurter Allgemeine Zeitung 07. Juni 2023, Nr. 130, 16.

auf einen Lebenssachverhalt zur Aufgabe.¹²⁶ Für das deutsche Recht gilt, dass seine Entscheidungen keine formelle Rechtsverbindlichkeit für die Allgemeinheit, wie sie den Gesetzen zukommt, begründet.¹²⁷ Doch ist der Richter an der Rechtsentwicklung unbestreitbar beteiligt. Zum einen kommt dem Richter neben der Auslegung und Anwendung im engeren Sinne auch (in Grenzen)¹²⁸ die Aufgabe „Lückenfüllung“ zu.¹²⁹ Dort, wo das anwendbare Rechtssystem schweigt, kommt es dazu, dass der Einzelfall durch richterliche Rechtsfortbildung gelöst wird. So wird die Rechtsmasse durch die Rechtsprechung ergänzt. Zum anderen liefern Gerichtsurteile Präjudizien für zukünftige Fälle mit vergleichbarem Sachverhalt.¹³⁰ Während in der Rechtstradition des common law Präzedenzfälle unter bestimmten Voraussetzungen erga omnes Rechtsverbindlichkeit beanspruchen,¹³¹ gilt dies hierzulande zwar nicht. Doch kann mindestens von einer faktischen Bindungswirkung der Präjudizien gesprochen werden.¹³² Zum einen gilt aus Sicht der Gerichte eine Befassungspflicht bezüglich einschlägiger, früherer Urteile.¹³³ Darüber hinaus besteht, „wenn mehrere Lösungen möglich und annähernd gleichermaßen vertretbar sind“, sogar eine Pflicht, den früheren einschlägigen Entscheidungen zu folgen.¹³⁴ Diese Befassungs- und Befolgungspflicht erinnert an die *persuasive authority* im anglo-amerikanischen Rechtskreis.¹³⁵ Zum anderen richten die Rechtsadressaten regelmäßig ihre Entscheidungen an den Maßstäben der Rechtsprechung aus.¹³⁶

Außerhalb der Judikative und hauptsächlich wird das Recht durch die Legislative fortentwickelt. Auch in diesem Rahmen ist aber die Relevanz der Rechtsprechung nicht zu vernachlässigen. Denn erst durch die Entwicklung von Rechtsprechungslinien zu den vom Gesetzgeber geschaffenen Normen wird oftmals klar, wie es um die Rechtslage in der Praxis steht und wo Nachbesserungsbedarf durch die Legislative besteht.

Für die Rechtsentwicklung und Rechtsgeltung spielt die Rechtsprechung demnach eine erhebliche Rolle.

II. Präjudizien und deren Fehlen im Schiedsverfahren

Welche Rolle spielt die Rechtsprechung aber im Rahmen des Schiedsverfahrens?

Wie im staatlichen Verfahren kommt auch im Schiedsverfahren bloß eine faktische Geltung von Präjudizien in Betracht.¹³⁷ Anders als im staatlichen Verfahren existiert im Schiedsverfahren in der Regel kein Instanzenzug und ein vergleichbarer Befolgsdruck wegen drohender Urteilsaufhebung durch das höhere Gericht besteht nicht.¹³⁸ Die faktische Geltung der Präjudizien gilt hier deshalb nur abgemildert. Soweit ein Schiedsspruch öffentlich bekannt wird, kann dieser trotzdem in vergleichbarer Weise zu staatlichen Urteilen eine Art *persuasive authority* begründen.¹³⁹ Hierfür ist kein Instanzenzug nötig: Die oben genannte Befassungs- und Befolgungspflicht findet Anwendung auch außerhalb des Instanzenzuges. Selbst, wenn man möglicherweise nicht, wie oben, von einer Befassungs- und Befolgungspflicht sprechen kann, so wird doch eine Befassung mit dem (ggf. sogar vom selben Gericht stammenden!) Präjudiz und einer Begründung von Abweichungen hiervon faktisch meist geschehen.¹⁴⁰ Der Rückgriff auf Präjudizien hat für das Schiedsgericht nämlich Vorteile: Unter anderem verleiht die Bezugnahme auf andere Schiedssprüche der Entscheidung des Richters eine stärkere Autorität und die Entscheidungsfindung wird effizienter.¹⁴¹

Die Wirkung von Präjudizien, soweit solche existieren, ist im Schiedsverfahren also von vornherein schwächer, als im staatlichen Verfahren. Trotzdem können auch hier (Schieds-) Urteile faktische Präzedenzwirkung entfalten.¹⁴² Es ist den Schiedsgerichten nicht schon ihrer Natur nach verwehrt, an der Rechtsentwicklung teilzunehmen und

¹²⁶ Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, S. 412 ff., 432; zu diesem Begriffspaar Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S. 64 ff.

¹²⁷ BVerfG NJW 1991, 2549 (2550).

¹²⁸ Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung uA Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, S. 483 ff.

¹²⁹ Vgl. Möllers (Fn. 128), S. 19 ff., 253.

¹³⁰ Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (170).

¹³¹ Hierzu Möllers (Fn. 128), S. 105 f., 302 ff.

¹³² Möllers (Fn. 128), S. 96, 101 ff. spricht sich für eine Qualifizierung der Rechtsprechung als „sekundäre Rechtsquelle“ aus; zur faktischen Geltung auch Rüthers et al. (Fn. 126), S.161; Wimalasena, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, 2016, S. 136 ff.

¹³³ Möllers (Fn. 128), S. 96.

¹³⁴ Zitat aus Ebd., S. 96.

¹³⁵ So auch Ebd., S. 96, zur *persuasive authority* S. 106.

¹³⁶ Vgl. Rüthers et al. (Fn. 126), S.161.

¹³⁷ Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (171).

¹³⁸ Ebd., 169, 171; Wimalasena (Fn. 132), S. 166 ff.

¹³⁹ Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (171).

¹⁴⁰ Wimalasena (Fn. 132), S. 168 f.

¹⁴¹ Ausführlich zu den Elementen der faktischen Präzedenzwirkung im Schiedsverfahren Wimalasena (Fn. 132), S. 170 ff.

¹⁴² Mies (Fn. 4), BRZ 2021, 71 (80 f.); Beispiele bei Wimalasena (Fn. 132), S. 190 ff.

Präjudizien zu produzieren.¹⁴³ Das Potenzial zur Teilnahme an der Rechtsentwicklung besteht vielmehr.

Festzustellen ist, dass dieses Potenzial weitestgehend ungenutzt bleibt.¹⁴⁴ Das birgt verschiedene Probleme.

1. Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung

Die mangelnde Publizität schiedsgerichtlicher Entscheidungen wirkt sich negativ auf die Entwicklung des Rechts aus. Einzelne Rechtsgebiete werden fast ausschließlich von Schiedsgerichten behandelt. Paradebeispiel hierfür ist das Unternehmenskaufrecht (Mergers & Acquisitions).¹⁴⁵ Doch auch in anderen Bereichen, wie der *lex mercatoria* des internationalen Handelsverkehrs, wird das Recht hauptsächlich durch Schiedsgerichte entwickelt.¹⁴⁶ Zu diesen Rechtsgebieten gibt es schon jetzt kaum einsehbare Rechtsprechung.¹⁴⁷ Das verhindert nicht nur, dass das Recht durch die Einzelfallentscheidung wahrnehmbar fortentwickelt wird, sondern auch die Auseinandersetzung mit dem Einzelfall durch die juristische Öffentlichkeit.¹⁴⁸ Die Rechtsentwicklung stockt.

Einige Autoren heben hervor, dass gerade im Bereich der Schiedsgerichtbarkeit aber einzig die zufriedenstellende Entscheidung des konkreten Konfliktfalles Ziel des Verfahrens sei, nicht die Rechtsentwicklung.¹⁴⁹ Generell wird dem Recht teils schon keine öffentliche Funktion über das einzelne Verfahren hinaus zugesprochen.¹⁵⁰ Betont wird die Parteiautonomie im Zivilprozess: Ob und wie die Parteien ihre Konflikte lösen liegt grundsätzlich in ihrer Hand. Eine Art Pflicht zur Mitwirkung an der Rechtsentwicklung besteht nicht.

Das greift jedoch zu kurz. Zum einen ist schon im Ansatz überzeugender, dem Recht eine Doppelfunktion unter Anerkennung auch des öffentlichen Interesses an der Rechtsentwicklung zuzuschreiben.¹⁵¹ Dass Schiedsentscheidungen Auswirkungen auch außerhalb des Einzelfalls haben können findet teils auch schon Ausdruck im Selbstver-

ständnis der Schiedsgerichte.¹⁵² Die Anerkennung von Konsequenzen außerhalb der konkreten Entscheidung durch Schiedsgerichte kann sogar ein Faktor sein, wenn es um die Integrität der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt geht.¹⁵³ Darüber hinaus ist zwar nicht zu bestreiten, dass die Konfliktlösung in den Händen der Parteien liegt und kein Anspruch der Rechtsordnung auf die Streitführung zum Zwecke der Rechtsentwicklung besteht. Das gilt auch für den staatlichen Zivilprozess. Doch lebt die Rechtsordnung, hier das Zivilrecht, von der ständigen Konkretisierung und Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung und dem anschließenden Diskurs. Faktisch konnte bisher im Zivilrecht auch ohne „Zwang zum Streit“ darauf vertraut werden, dass eine ausreichende Anzahl an Zivilrechtssubjekten vor die Gerichte zieht, und so das Recht fortentwickelt wird. Natürlich könnten sich die Parteien entscheiden, nicht vor Gericht zu ziehen. Faktisch wird dieser Weg aber stets von einem gewissen Teil konfliktierender Teilnehmer am Rechtsverkehr bestritten. Dadurch, dass sich Parteien immer noch zur „gerichtlichen Konfliktlösung“ entscheiden, diese aber vor privaten Schiedsgerichten austragen, kommt es erstmals zu der Situation, dass eben nicht auf genügend „Fallmaterial“ für den Zivilrechtsdiskurs vertraut werden kann. Wie hier gegengesteuert werden kann muss geklärt werden und kann nicht pauschal mit der Geltung der Privatautonomie abgehandelt werden.¹⁵⁴

2. Auswirkungen auf die am Schiedsverfahren Beteiligten

Es ist auch nicht überzeugend davon auszugehen, dass das einzige Interesse der Schiedsparteien und künftigen Schiedsparteien darin liegt, zu einer angemessenen Lösung ihres konkreten Streitfalles zu gelangen.¹⁵⁵ Denn so wird der Blick auf die Zeit während des Verfahrens verengt. Fehlt es bezüglich einer Rechtsfrage an einschlägiger Rechtsprechung und vielleicht sogar (mangels Rechtsprechung) an entsprechender Literatur, dann wird ein Prozess

¹⁴³ Hierzu und gegen abweichende Ansichten auch Wimalasena (Fn. 132), S. 149 ff., 154 f.

¹⁴⁴ Vgl. dazu schon oben (S. 154).

¹⁴⁵ Berger, Herausforderungen für die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2009, 289 (296).

¹⁴⁶ Zur *lex mercatoria*: Wimalasena (Fn. 132), S. 156 f.; zu Gesellschaftsrecht/M&A: Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (172).

¹⁴⁷ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (172).

¹⁴⁸ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 9.

¹⁴⁹ Nariman, International Commercial Arbitration – At the Cross-Roads, in: Briner/Fortier/Berger/Bredow, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, 555 (556); Neumayer (Redebeitrag), in: Coing/Ellwood/Fouchard/Waehler/Vondracek/Koschucharczoff/Lando/Migliazza, Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 60, 1972, 93; Pfaff, in: FS Heydte (Fn. 123), 1127 (1133) scheint Neumayer zuzustimmen.

¹⁵⁰ Näher hierzu Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (174).

¹⁵¹ Ausführlich hierzu Perschbacher/Bassett, The End of Law, Boston University Law Rev. (Vol. 84) 2004, 1 (13 ff.).

¹⁵² Wimalasena (Fn. 132), S. 179 ff.

¹⁵³ Ebd., S. 180 f.

¹⁵⁴ Zu relevanten Verfassungsgrundsätzen, die für ein Mehr an Publikationen streiten würden Kahlert, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2023, 2 (10).

¹⁵⁵ So auch Wimalasena (Fn. 132), S. 151.

für die Parteien deutlich unvorhersehbarer.¹⁵⁶ Nur schwer einschätzbar wird dadurch das Prozessrisiko sein. Das kann mitunter zu unnötigen schiedsgerichtlichen Konflikten führen.¹⁵⁷ Auch kann schon vor einem Konfliktfall die Frage auftreten, an welchen Maßstäben der Normadressat seine Entscheidungen im Detail ausrichten soll. Der Normtext selbst, soweit eine Regelung überhaupt besteht, wird hierzu oftmals nicht genügen. Ebenso wird für den Schiedsrichter eine Entscheidungsfindung unter Verwendung der Vergleichsfallmethode¹⁵⁸ erschwert.¹⁵⁹

Auch die (potenziell) am Schiedsverfahren Beteiligten haben demnach ein gewichtiges Interesse an Präjudizien im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit.

III. Lösungsansätze

Dass im Interesse der Rechtsentwicklung wie auch der Schiedsgemeinschaft die Publizität von Schiedssprüchen gefördert werden sollte wurde dargelegt. Es stellt sich nun die Frage nach dem „Wie“.

1. Einsichtsrechte und Rechtsmittelinstanz

Möglich erscheinen auf den ersten Blick auch Lösungsansätze, die keine Veröffentlichung der Schiedssprüche im engeren Sinne vorsehen. So könnte man ein Einsichtsrecht in einschlägige Schiedssprüche für Schiedsrichter und die Parteien, die ein nachweisbares, berechtigtes Interesse daran haben, einführen.¹⁶⁰ Dann könnte sich der Schiedsrichter an Präzedenzfällen orientieren und für die Parteien würde der Prozess kalkulierbarer. Ebenso könnte man an die Einführung einer Art Rechtsmittelinstanz im Schiedsverfahren denken.¹⁶¹ Als Rechtsmittelinstanz würden wohl staatliche Gerichte fungieren. Nennenswert ist auch der Vorschlag, ein Vorlageverfahren für Rechtsfragen ähnlich dem des EuGH einzuführen.¹⁶²

Bei näherem Hinsehen vermögen beide Ansätze aber nicht zu überzeugen. Ein bloßes Einsichtsrecht der Richter hilft den Parteien nicht. Um die betroffenen Geheimhaltungsinteressen zu respektieren, müssten bei einem Einsichtsrecht die Parteien zur Verschwiegenheit verpflichtet sein.¹⁶³ Das würde die Rechtsentwicklung durch öffent-

lichen Diskurs aber verhindern. Ein staatliches Gericht als Rechtsmittelinstanz würde wesentliche Vorteile des Schiedsverfahrens eliminieren: Sachexpertise der Schiedsrichter und Schnelligkeit des Verfahrens.¹⁶⁴

2. Veröffentlichungspflicht?

Nur die systematische Veröffentlichung von Schiedssprüchen vermag demnach, dem Interesse an Präjudizien gerecht zu werden.

a) Pflicht oder bloße Erleichterung?

Wie kann aber erreicht werden, dass in Zukunft ein Großteil der Schiedssprüche publiziert wird?

Als mildestes Mittel kommt zunächst in Frage, die Veröffentlichung weiterhin vom Einverständnis der Parteien abhängig zu machen. Um zumindest die Zahl veröffentlichter Schiedssprüche zu mehren, kann mit einer Zustimmungsfiktion nach Ablauf einer Äußerungsfrist gearbeitet werden.¹⁶⁵ Dass nach dieser Lösung aber eine ernsthafte Änderung des hier bemängelten Status quo eintreten würde, ist wohl nicht zu erwarten. Dafür, dass sich so plötzlich mehr Parteien mit der Veröffentlichung zufriedengeben, gibt es keine Anhaltspunkte.

Der hier diskutierte Konflikt sollte nicht einseitig zugunsten der Privatautonomie und absoluten Geheimhaltung gelöst werden. Vielmehr kann der Veröffentlichungsaversion nur durch die Einführung von Publikationsmöglichkeiten ohne Zustimmung der Parteien entgegengewirkt werden.¹⁶⁶

b) Ausformung der Pflicht

Nach hier vertretener Ansicht ist also eine Pflicht zur Publikation nötig. Es gilt zu klären, wie diese Pflicht im Einzelnen ausgestaltet sein muss, um allen betroffenen Interessen gerecht zu werden.

Um das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen angemessen zu berücksichtigen ist zunächst nötig, dass etwaige publizierte Schiedssprüche, soweit die Parteien nichts anderes gestatten, vollständig anonymisiert werden.¹⁶⁷ Für die Details der Anonymisierung können z.B. die Milan

¹⁵⁶ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (170, 173); Schack (Fn. 3), S. 481; Wimalasena (Fn. 132), S. 216 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Wimalasena (Fn. 132), S. 212 f., auch mit Hinweis zur Doppelfunktion des Rechts.

¹⁵⁸ Näheres zur Vergleichsfallmethode: Möllers (Fn. 128), S. 298 ff.

¹⁵⁹ Zu den Vorteilen von Präjudizien für den Schiedsrichter siehe schon oben (S. 24).

¹⁶⁰ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (175); Wimalasena (Fn. 132), S. 272.

¹⁶¹ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (176).

¹⁶² Vgl. Ebd., 169, 176.

¹⁶³ Ebd., 169, 175.

¹⁶⁴ Ebd., 169, 176.

¹⁶⁵ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (176 f.); hierfür Wimalasena (Fn. 132), S. 298.

¹⁶⁶ So auch Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (176 f.); aa Wimalasena (Fn. 132), S. 289 ff.

¹⁶⁷ Hierzu auch Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (177).

Guidelines eine Orientierung bieten.¹⁶⁸ Denkbar ist auch, wenigstens in Einzelfällen, die Schiedssprüche erst nach Ablauf einer „Karenzzeit“ nach Beendigung des Verfahrens zu veröffentlichen.¹⁶⁹ So wird unter anderem, die Identifizierung der Parteien weiter erschwert. Um die Rechtsentwicklung nicht zu weit zu verzögern ist aber maximal eine Karenzzeit von ca. einem Jahr angebracht.¹⁷⁰ Die Offenlegung der Person des Schiedsrichters ist im Übrigen sinnvoll, da so Rechtsprechungslinien einzelner Richter verfolgt, verglichen und vorausgesagt werden können. Auch bei der Auswahl der Schiedsrichter sind diese Informationen hilfreich.¹⁷¹

Eine Variante, die angesprochene Veröffentlichungsmöglichkeit ohne Zustimmung der Parteien zu schaffen, ist die Regelung durch den nationalen Gesetzgeber. Dieser könnte eine Veröffentlichungspflicht (mit Ausnahmen) für das Schiedsverfahren statuieren. Daneben besteht jedoch ein weiterer, gangbarer Weg. Zumindest für den Bereich der institutionalisierten Schiedsverfahren könnte den Institutionen vom Gesetzgeber ein neues Instrument (ggf. verpflichtend) an die Hand gegeben werden. Die Initiative für die Einführung dieses Instruments könnte aber auch von den Institutionen selbst kommen. Möglich wäre es, einem oberen Verwaltungsorgan oder einem eigens hierfür geschaffenen Organ der Institution das Recht einzuräumen, die ergangenen Schiedssprüche im Hinblick auf eine Veröffentlichungspflicht zu prüfen. Stellt das Organ fest, dass der Schiedsspruch Relevanz für die Fortentwicklung des Rechts oder die Rechtsklarheit in dem betroffenen Rechtsgebiet hat, so kann es die Veröffentlichung des Schiedsspruchs anordnen. Beispielsweise könnte bei ICC-Verfahren ein solches Recht dem ICC-Court anvertraut werden. Eine derartige Regelung würde zwar die Vorteile einer Veröffentlichungsmöglichkeit ohne Zustimmung der Parteien erhalten, ist im Vergleich zu einer pauschalen Veröffentlichungspflicht mit Ausnahmen aber das mildere Mittel und wird dem Einzelfall gerechter. Ein solches, transparentes Verfahren hat auch das Potenzial, die Akzeptanz der Parteien gegenüber der Veröffentlichung zu steigern. Trotz der normativen Angemessenheit dieser Lösung soll nicht verschwiegen werden, dass die Realisierung des Vorschlags in der Praxis daran scheitern könnte, dass Schiedsinstitutionen kurzfristige Wettbewerbsnachteile im Vergleich zu solchen Schiedsinstitutionen, die keine Veröffentlichungspflichten vorsehen, erleiden könnten. Gerade die Vorteile

für potenzielle Schiedsparteien in puncto Rechtssicherheit könnten langfristig aber sogar Wettbewerbsvorteile schaffen. Unter den genannten Voraussetzungen spricht Vieles für die Einführung einer Publikationsmöglichkeit für Schiedssprüche, auch ohne Zustimmung der Parteien.

E. Fazit

Im Gegensatz zum staatlichen Gerichtsverfahren spielt im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit die Geheimhaltung eine erhebliche Rolle für die Verfahrenspraxis. Dabei erscheint das Spannungsfeld von Öffentlichkeit und Geheimhaltung in verschiedenen Facetten. Aus den hier erfolgten Untersuchungen ergeben sich innerhalb dieses Spannungsfeldes die folgenden Schlüsse: Erstens ist das Schiedsverfahren außerhalb der „Pechstein-Konstellationen“ grundsätzlich nicht öffentlich. Zweitens unterliegen die Parteien im Grundsatz einer Vertraulichkeitspflicht, auch wenn es an einer ausdrücklichen Abrede fehlt. Drittens ist ein *in camera*-Verfahren zur Ermöglichung einer Geheimhaltung *contra partem* in Grenzen zulässig und wünschenswert. Viertens und abschließend birgt die weitgehende Geheimhaltung von Schiedssprüchen verschiedene praktische Probleme, denen durch die Regelung von Veröffentlichungsmöglichkeiten auch ohne Zustimmung der Parteien begegnet werden sollte.

¹⁶⁸ Hierzu Wimalasena (Fn. 132), S. 306 ff.

¹⁶⁹ Ebd., S. 302.

¹⁷⁰ Ebd., S. 302.

¹⁷¹ Ebd., S. 309 ff. (auch zu den i.E. nicht durchgreifenden Bedenken).

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übermittlung personenbezogener Daten an ausländische Nachrichtendienste

Dipl.-Jur. Nils Grimmig, B.A.

Der Autor ist seit September 2025 Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Celle. Der Aufsatz basiert auf einem Teil der mit 15 Punkten bewerteten Seminararbeit mit dem Titel „Das Zusammenwirken der Nachrichtendienste des Bundes mit ausländischen Partnerdiensten – rechtliche Möglichkeiten und Grenzen“ im Schwerpunkt Verwaltung an der Leibniz Universität Hannover, die von Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur. (Oxford) gestellt wurde. Der entsprechende Ausschnitt aus der Seminararbeit wurde für den Zweck der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift erheblich überarbeitet und erweitert.

I. Einführung

Für die Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste – also die Datenerhebung weit vor dem Eintritt einer konkreten Gefahr zur Informationsgewinnung über mögliche Gefährdungslagen¹ – ist es notwendig, die häufig unstrukturiert und ggf. unvollständig erhobenen Daten nicht nur zu filtern, sondern auch und vor allem mit Erkenntnissen anderer Stellen zu verknüpfen.² Neben der Kooperation mit inländischen Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden verstetigt und erhöht sich die Bedeutung des Zusammenwirkens mit ausländischen Nachrichtendiensten aufgrund der zunehmend globalisierten Gefährdungslage,³ etwa durch internationale Terrorgruppierungen oder hybride Kriegsführung anderer Staaten⁴. Diese internationale Kooperation, die im Kern aus einem Informationsaustausch besteht, ist für die Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit in Deutschland unerlässlich.⁵ Auf einen solchen, weitgehend auf informellen Regeln basierenden, Informationsaustausch lassen sich ausländische Nachrichtendienste indes nur dann nachhaltig ein, wenn die Zusammenarbeit auf Gegenseitigkeit (Prinzip des „*do ut des*“) beruht.⁶ Anders gewendet: Um die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland durch Zugang

zu Informationen anderer Nachrichtendienste sicherzustellen, müssen deutsche Nachrichtendienste ihrerseits (ggf. personenbezogene) Informationen an ausländische Partnerdienste übermitteln.

Dafür sieht der Gesetzgeber mittlerweile umfassende Ermächtigungsgrundlagen jeweils für das Bundesamt für Verfassungsschutz und den Militärischen Abschirmdienst in § 25a BVerfSchG (ggf. i.V.m. § 10 S. 1 MADG) sowie den Bundesnachrichtendienst in § 11e BNDG vor. Diese Normen sind häufig in unmittelbarer Reaktion auf entsprechende Entscheidungen des BVerfG⁷ im Sicherheits- und Nachrichtendienstrecht geschaffen oder geändert worden, in denen es Anforderungen an die Datenerhebung und -übermittlung durch Nachrichtendienste aufstellt und fortentwickelt hat. Hinsichtlich des Informationsaustausches zwischen inländischen Nachrichtendiensten bzw. Gefahrenabwehrbehörden gibt es zur systematischen Aufbereitung dieser Anforderungen bereits eine umfangreiche Literatur.⁸ Wie diese Anforderungen speziell auf die Übermittlung von Daten durch deutsche Nachrichtendienste in das Ausland zu verstehen sind bzw. sich darauf übertragen lassen, ist bislang indes eher seltener Gegenstand der Diskussion.⁹

¹ Vgl. BVerfGE 133, 277 (325); 162, 1 (112).

² Vgl. BVerfGE 163, 43 (86).

³ S. dazu Schmahl in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/von Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatschutzrecht, 2022, § 8 Rn. 2 ff.

⁴ Hierzu lassen sich in jüngerer Vergangenheit vor allem die Gefährdungen durch russische Spionage, Sabotage und Desinformation anführen, vor denen das Bundesamt für Verfassungsschutz (<https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/hintergruende/DE/spionage-und-proliferationsabwehr/gefaehrung-russische-spionage-sabotage-desinformation.html> [Abruf v. 10.09.2025]) ausdrücklich öffentlich warnt.

⁵ Vgl. Schöndorf-Haubold, Auf dem Weg zum Sicherheitskooperationsrecht?, in Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur, 2020, 3 (4, 9 f.). So waren seit 2010 bei insgesamt 19 vereiterten islamistischen Terroranschlägen in sieben Fällen Hinweise von ausländischen Nachrichtendiensten entscheidend; hinzu kommen unzählige Hinweise, die eine Vereitlung bereits in einem früheren Planungsstadium ermöglichten, vgl. Dahlkamp et al. in: Der Spiegel Nr. 36/2024, 19 (23).

⁶ Vgl. Dauw, Auge um Auge?, 2011, S. 94 f.; Labasque, The Merits of Informality in Bilateral and Multilateral Cooperation, IJCI 33(3), 492 (493).

⁷ Etwa zum ATDG: BVerfGE 133, 277 ff. – ATDG I und BVerfGE 156, 11 ff. – ATDG II; zum BKAG: BVerfGE 141, 220 ff.; zum BNDG: BVerfGE 154, 152 ff.; zum BayVerfSchG: BVerfGE 162, 1 ff.; zum BVerfSchG: BVerfGE 163, 43 ff.

⁸ Siehe nur Unterreitmeier, Informationen der Nachrichtendienste: „[...] Schweigen ist Gold“?: Zum Stand der Übermittlungsdogmatik in der Rechtsprechung des BVerfG (Teil 1 und 2), GSZ 2022, 251 ff., GSZ 2023, 34 ff.; Winter, Rahmenbedingungen für eine Kohärenz des Nachrichtendienstrechts, 2022, S. 103 ff., 149 ff. Vgl. insbes. auch zu der Problematik eines informationellen Trennungsprinzips zwischen Nachrichtendiensten und der Polizei: Gusy, Das Trennungsprinzip zwischen Informationen von Nachrichtendiensten und Polizei, GSZ 2021, 141 ff.

⁹ Vgl. aber auch etwa Gusy in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, IV § 2 Rn. 78 ff., Rn. 87 ff.

Dieser Aufsatz soll vor diesem Hintergrund einen Beitrag zur systematischen Erfassung der grundrechtlichen Anforderungen an die Datenübermittlung deutscher Nachrichtendienste an ausländische Partnerdienste leisten und eine Bewertung der derzeitigen Rechtslage ermöglichen. Dazu werden zunächst die Grundlagen der verfassungsrechtlichen Einordnung der Datenübermittlung (siehe II.) dargestellt, um sodann die rechtlichen Grenzen der Datenübermittlung an ausländische Partnerdienste (siehe III.) zu ermitteln. Dies ermöglicht eine kritische Bestandsaufnahme ausgewählter bestehender gesetzlicher Regelungen (siehe IV.). Schlussendlich erfolgt eine Zusammenfassung und ein Ausblick auf die weiteren Rechtsentwicklungen (siehe V.).

II. Grundlagen der verfassungsrechtlichen Einordnung der Datenübermittlung

Zunächst soll dargestellt werden, welches Recht für die Datenübermittlung an ausländische Nachrichtendienste maßstäblich ist und, ob sich aus diesem das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung ergibt.

1. Maßstäbliches höherrangiges Recht

Maßgeblich für die gesetzlichen Ermächtigungen zur Übermittlung von personenbezogenen Daten an ausländische Nachrichtendienste ist gem. Art. 20 Abs. 3 Var. 1 GG die verfassungsmäßige Ordnung (sog. Vorrang der Verfassung).¹⁰ Besonders relevant ist in diesem Zusammenhang die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte. Zwar könnte grundsätzlich auch die europäische Grundrechtecharta neben den deutschen Grundrechten oder anstelle dieser, wenn der fragliche Regelungsbereich vollständig unionsrechtlich determiniert wäre,¹¹ anwendbar sein. Die Tätigkeit der Nachrichtendienste fällt aber anders als diejenige der Polizeien – trotz fraglos zunehmen-

¹⁰ Rux in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 61. Ed. 15.3.2025, Art. 20 Rn. 165 f.

¹¹ Vgl. BVerfGE 129, 186 (199); 152, 216 (229 ff.).

¹² Vgl. Bäcker in: Dietrich et al. (Fn. 3), § 29 Rn. 15. Diese Entwicklung wird häufig als „Verpolizeilichung“ der Nachrichtendienste oder spiegelbildlich auch als „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei beschrieben, vgl. Barczak, Das Recht der Nachrichtendienste: Missstände, Entwicklungen und Perspektiven eines Rechtsgebiets in der Findungsphase, KritV 2021, 91 (104), mwN.

¹³ Richtlinie (EU) 2016/680, ABl. 2016 L 119, 89 v. 4.5.2016.

¹⁴ Ebenso von Lewinski in: Auernhammer, DSGVO, 8. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 23; Schmidt in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 14; Zerdick in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 8. Änderer Ansicht aber Bäcker in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, DSGVO, 51. Ed. 1.8.2023, Art. 2 Rn. 9.

¹⁵ Vgl. van Bernstorff/Asche in Dietrich/Eiffler (Fn. 9), II § 1 Rn. 7 ff.

¹⁶ Ausf. Schmahl, Rechtliche Auswirkungen des grundgesetzlichen Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit auf das Verhältnis zwischen deutscher Rechtsordnung und Europäischer Menschenrechtskonvention, ZaöRV 2023, 805 (807 ff.).

¹⁷ Vgl. Winter (Fn. 8), S. 351 f.; s. auch Steiner, „Big Brother Watch/Centrum für Rättvisa“: Die strategische Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, GSZ 2024, 32 (33).

¹⁸ Vgl. Hecker in: Dietrich/Eiffler (Fn. 9), III § 2 Rn. 19; Zöller, Der Rechtsrahmen für die Übermittlung personenbezogener Daten unter Beteiligung der Nachrichtendienste, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2018, 185 (188).

¹⁹ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

²⁰ Vgl. Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 238; Zöller, in: Dietrich et al. (Fn. 18), 185 (187 ff.).

²¹ BVerfGE 154, 152 (266), mwN; stRspr.

der Verringerung des funktionellen Abstandes¹² – immer noch unter den Souveränitätsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV („nationale Sicherheit“), sodass weder die DSGVO noch die JI-Richtlinie¹³ anwendbar sind (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a DSGVO bzw. Art. 2 Abs. 3 lit. a JI-Richtlinie) und mit hin in der Tätigkeit der Nachrichtendienste keine Durchführung des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh zu sehen ist.¹⁴

Auch die EMRK, die in ihrem Art. 8 Abs. 1 ein – in der Rechtspraxis einem umfassenden Datenschutzgrundrecht angenähertes¹⁵ – Recht auf Achtung des Privatlebens enthält, bleibt hier außer Betracht. Sie ist zwar neben den Grundrechten des Grundgesetzes anwendbar und kann als Auslegungshilfe dienen;¹⁶ es ergeben sich daraus bislang aber keine über das Grundgesetz und die Rechtsprechung des BVerfG hinausgehenden Anforderungen.¹⁷

2. Die Datenübermittlung als Grundrechtseingriff

Einer Datenübermittlung vorangehen muss jeweils stets eine Datenerhebung. Erhebt eine deutsche staatliche Stelle personenbezogene Daten, so stellt dies bzw. die dazu ermächtigende gesetzliche Regelung einen Eingriff mindestens in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – in speziellen Fällen in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 13 Abs. 1 GG¹⁸ – dar.¹⁹ Will ein deutscher Nachrichtendienst nun solchermaßen erhobene Daten an einen ausländischen Partnerdienst übermitteln, liegt darin eine Zweckänderung, die dem Grundsatz der Zweckbindung einmal erhobener Daten widerspricht und damit ihrerseits einen erneuten Grundrechtseingriff bedeutet.²⁰ Die Datenübermittlung teilt hinsichtlich des betroffenen Grundrechts das Schicksal der Datenerhebung.²¹ Aus dem Eingriff in ein Grundrecht folgt zugleich, abzuleiten aus dem Rechtsstaats- bzw. dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2, 3 GG) oder vorgegeben durch die Schran-

kensystematik des jeweiligen Grundrechts, das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung (sog. grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt).²²

III. Rechtliche Anforderungen an Ermächtigungen zur Datenübermittlung an ausländische Partnerdienste

Die rechtlichen Anforderungen an eine solche gesetzliche Regelung ergeben sich aus höherrangigem Recht und, wie zuvor bereits gezeigt, insbesondere aus den Grundrechten des Grundgesetzes. In Abwandlung des – auf das allgemeine Verwaltungsrecht bezogenen – Diktums von Fritz Werner²³ ließe sich also auch formulieren: „Nachrichtendienstrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht“²⁴.

1. Normenklarheit und -bestimmtheit

Bezüglich der Ausgestaltung der nach obigen Maßstäben erforderlichen gesetzlichen Grundlagen ist insbesondere der, bei heimlichen Grundrechtseingriffen neben dem Rechtsstaatsprinzip insbesondere aus den jeweils betroffenen Grundrechten herzuleitenden,²⁵ Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit zu beachten. Die Normenklarheit verlangt, dass die Regelung aus sich heraus inhaltlich verständlich ist, sodass die von ihr betroffenen Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können.²⁶ Verweisungen auf andere Normen sind zwar zulässig, aber nur soweit sie begrenzt bleiben und nicht zu unübersichtlichen Verweisungskaskaden führen.²⁷ Die Normenbestimmtheit zielt auf steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe für die Exekutive und die Möglichkeit der wirksamen Kontrolle durch die Gerichte ab und verlangt, dass der Gesetzgeber seine Regelungen so bestimmt fasst, wie es nach der Eigenart des einzuordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.²⁸

2. Verfahrensmäßige Anforderungen

Zudem ergeben sich unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz²⁹ Verfahrensanforderungen an die Übermittlung von personenbezogenen Daten.

a) Transparenz und individueller Rechtsschutz

Hierbei ist insbesondere die Transparenz der Datenerhebung und -verarbeitung zu nennen, welche zur Entstehung von Vertrauen und Rechtssicherheit und zur Einbindung des Umgangs mit Daten in den demokratischen Diskurs beitragen soll.³⁰ Dabei sind Pflichten zur Benachrichtigung und Auskunftsrechte für die von informationellen Eingriffen Betroffenen vorzusehen,³¹ damit diese eine gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle erwirken können.³² Indessen können die Benachrichtigungspflichten und Auskunftsrechte bei heimlichen informationellen Eingriffen von Nachrichtendiensten umfassend eingeschränkt werden, um eine wirksame Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten.³³

b) Rechtskontrolle

Da bei heimlichen informationellen Eingriffen die Grundsätze der Transparenz und individuellen Rechtskontrolle nur eine sehr eingeschränkte Wirkung entfalten, gewinnt das Element der Rechtskontrolle, auch im Sinne einer Ausgleichsfunktion, erheblich an Bedeutung.³⁴ Insoweit lässt sich zwischen der aufsichtlichen und der justizförmigen Kontrolle unterscheiden, wobei unter ersterer vor allem die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder sowie die Fachaufsicht verstanden werden.³⁵ Neuerdings fällt darunter jedoch auch das administrative Kontrollorgan nach §§ 40 Abs. 2 Nr. 2, 50 ff. BNDG, das als Teil des Unabhängigen Kontrollrates – aufgrund des vom BVerfG hergeleiteten Erfordernisses einer umfassenden und institutionell unabhängigen Kontrolle im Rahmen der Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND³⁶ – errichtet wurde.

²² Vgl. Grzeszick in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 97. EL Januar 2022, Art. 20 VI, Rn. 92; Rux in: BeckOK GG (Fn. 10), Art. 20 Rn. 172 ff.

²³ Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.

²⁴ Gussy, Reformperspektiven des Rechts der Nachrichtendienste, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gussy/Warg (Hrsg.), Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, 19 (21); s. auch Löffelmann/Zöller, Nachrichtendienstrecht, 2. Aufl. 2025, A. Rn. 85: „angewandtes Verfassungsrecht“.

²⁵ Etwa für Art. 10 GG, BVerfGE 113, 348 (375); vgl. auch Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 339.

²⁶ BVerfGE 156, 11 (45 f.).

²⁷ BVerfGE 154, 152 (266).

²⁸ BVerfGE 162, 1 (125).

²⁹ So BVerfGE 141, 220 (282); krit. zu dieser Verortung Alt, Kompensatorische Kontrolle heimlicher Grundrechtseingriffe, 2024, S. 290 ff.

³⁰ BVerfGE 141, 220 (282).

³¹ BVerfGE 141, 220 (282 f.).

³² BVerfGE 141, 220 (283 f.).

³³ Vgl. BVerfGE 154, 152 (287 f.).

³⁴ Vgl. BVerfGE 141, 220 (284).

³⁵ Vgl. Alt (Fn. 29), S. 236.

³⁶ BVerfGE 154, 152 (290 ff.).

Justizförmige Kontrolle findet, da individueller Rechtsschutz aufgrund der stark eingeschränkten Benachrichtigungs- und Auskunftsrechte bei heimlichen Maßnahmen kaum zu erlangen ist, insbesondere durch die G 10-Kommission (vgl. § 15 G 10)³⁷ und das gerichtsähnliche Kontrollorgan des Unabhängigen Kontrollrates nach §§ 40 Abs. 2 Nr. 1, 42 ff. BNDG statt.

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist eine Abwägung zwischen dem Eingriff und den beeinträchtigten Rechtsgütern auf der einen Seite sowie den zu schützenden Rechtsgütern auf der anderen Seite erforderlich. Für ersteres ist insbesondere die Eingriffsintensität einer heimlichen Maßnahme von Bedeutung.³⁸ Bei nachrichtendienstlichen Maßnahmen können dabei neben der Heimlichkeit der Maßnahme, welche die Eingriffsintensität schon im Ausgangspunkt deutlich erhöht,³⁹ insbesondere die Dauer oder Streubreite einer Maßnahme, die Schutzbedürftigkeit und der Umfang der erlangten Daten oder auch deren denkbare Verwendung sowie schließlich die Art der betroffenen Grundrechte eine Rolle spielen.⁴⁰ Auf der anderen Seite der Abwägung sind die Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts, aber insbesondere auch die Höhe der tatbestandlichen Schwellen für den Eingriff zu beachten.⁴¹

Für die Konkretisierung dieser Abwägungskriterien zieht das BVerfG vor allem den sog. Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung heran.⁴² Dieser wird als Ausprägung des allgemeineren datenschutzrechtlichen Zweckbindungegrundsatzes verstanden.⁴³

a) Inhalt des Kriteriums der hypothetischen Datenneuerhebung

Eine Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte ist danach nur dann zulässig, wenn ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln auch für den geänderten Zweck erfolgen dürfte.⁴⁴ Im Ergebnis orientiert sich danach das Eingriffsgewicht einer Datenübermittlungsregelung an demjenigen der vorangehenden Datenneuerhebung.⁴⁵ Daraus folgen Anforderungen einerseits an die Wichtigkeit der zu schützenden Rechtsgüter und andererseits an die tatbestandliche Übermittlungsschwelle. Das zu schützende Rechtsgut muss dabei stets besonders gewichtig sein, wozu insbesondere Leib, Leben und Freiheit einer Person sowie der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zählen.⁴⁶ Die Übermittlungsschwelle demgegenüber differenziert je nachdem, welchen Zweck die Übermittlung erfüllen soll: Erfolgt die Übermittlung zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung an Behörden mit sog. operativen Zwangsbefugnissen, so muss Voraussetzung einer Übermittlung sein, dass für das o.g. Rechtsgut im ersten Fall wenigstens eine konkretisierte Gefahr⁴⁷ und im zweiten Fall bestimmte, einen Verdacht begründende Tatsachen vorliegen.⁴⁸ Für die Übermittlung an sonstige Stellen kommt demgegenüber, sofern sie nicht über operative Zwangsbefugnisse verfügen, eine Absenkung dieser Übermittlungsschwellen in Betracht.⁴⁹

b) Kritik

Das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung sieht sich in der Literatur jedoch erheblicher Kritik, insbesondere methodischer Natur, ausgesetzt.⁵⁰ So wird die Anknüpfung hinsichtlich der Eingriffsintensität des Ersterhebungsvorgangs als dogmatisch inkonsistent empfunden.

³⁷ Allerdings hat das BVerfG (NVwZ 2025, 563 [572]) kürzlich festgestellt, dass die G 10-Kommission – bezogen auf die Ermächtigung zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 – mangels hauptamtlicher Tätigkeit ihrer Mitglieder und mangels Sicherstellung einer richterlichen Perspektive nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die in BVerfGE 154, 152 (290 ff.) entwickelt wurden, entspricht. Das BVerfG (NVwZ 2025, 563 [573]) hat diesbezüglich nicht die Nichtigkeit festgestellt, sondern eine Unvereinbarkeitserklärung mit einer befristeten Fortgeltungsanordnung bis zum 31.12.2026 getroffen. Der Gesetzgeber ist also bis dahin gefordert, die G 10-Kommission nach dem Vorbild des Unabhängigen Kontrollrates umzugestalten.

³⁸ Löffelmann, Eingriffsintensität und Eingriffsschwelle: Eine Formel für den Gesetzgeber, GSZ 2023, 92 (93).

³⁹ BVerfGE 120, 378 (402 f.), mwN.

⁴⁰ Vgl. Löffelmann, Überwachungsgesamtrechnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2022, S. 45 f.

⁴¹ Löffelmann (Fn. 38), GSZ 2023, 92 (94).

⁴² BVerfGE 163, 43 (89), mwN; stRspr.

⁴³ BVerfGE 162, 1 (119); s. auch Löffelmann, Die Umsetzung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung – Schema oder Struktur?, GSZ 2019, 16 (17).

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 141, 220 (327 f.).

⁴⁵ BVerfGE 154, 152 (267).

⁴⁶ BVerfGE 163, 43 (92 f.).

⁴⁷ BVerfGE 162, 1 (115 f.).

⁴⁸ BVerfGE 162, 1 (118).

⁴⁹ BVerfGE 162, 1 (120).

⁵⁰ Etwa Gitter/Marscholleck, Erster Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts: Konzeptioneller Switch mit offenen Praxisfragen, GSZ 2024, 45 (46); Meiertöns, Verfassungsschutzbehörden und Grundrechtseingriffe – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum bayerischen Landesverfassungsschutzgesetz, JBÖS 2022/23, 533 (540 f.); Schneider, Die Hypothetische Datenneuerhebung – Begriff ohne Konzept, GSZ 2022, 1 (2 ff.).

Denn wenn die Übermittlung personenbezogener Daten auch nach der Ansicht des BVerfG jeweils einen eigenen neuen Grundrechtseingriff bedeute, so liege eine eigenständige Beurteilung dieses neuen Eingriffs besonders nahe.⁵¹ Demzufolge sollten statt des Vergleichs der Zwecke der Erhebung mit denjenigen der späteren Übermittlung vielmehr nur die Folgen und Verwendungszwecke der Übermittlung betrachtet werden.⁵² Dafür spreche – neben der Problematik, dass das Kriterium dann an seine Grenzen komme, wenn es einen korrespondierenden Grundrechtseingriff auf Ebene der Datenerhebung gar nicht gibt (so etwa bei Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen)⁵³ – insbesondere, dass nur die Orientierung an der neuen Verwendung sachgerecht die Eingriffsintensität der Datenübermittlung abbilden könne.⁵⁴ Denn es seien durchaus Fälle denkbar, in denen der Datenerhebungseingriff keinen schweren Grundrechtseingriff bedeute, die spätere Übermittlung aber sehr wohl – wie etwa wenn diese in das Ausland erfolgt oder mit ihr die unmittelbare Ausübung polizeilicher Zwangsbefugnisse einhergeht.⁵⁵

c) Bewertung und (modifizierte) Anwendung auf Datenübermittlung in das Ausland

Zwar ist dieser grundlegenden Kritik zuzugeben, dass das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung – wegen seines Abstellens auf die frühere Erhebungsmaßnahme – bereits im Ausgangspunkt die durch die spätere Übermittlung eintretenden Folgen und Gefährdungen untergewichtet, obwohl hierin der eigentliche (zweite) Grundrechtseingriff liegt. Gleichwohl ist an diesem grundsätzlich festzuhalten. Denn auch das BVerfG nimmt keine schematische Anwendung vor, sondern erlaubt gerade die Berücksichtigung anderer Gesichtspunkte.⁵⁶ So interpretiert es den Gedanken der hypothetischen Datenneuerhebung bei Datenübermittlungen durch Nachrichtendienste etwa bereits nicht mehr strikt befugnisbezogen (also mit

Blick auf die Eingriffsintensität der jeweiligen Ersterhebungsmaßnahme), sondern funktional, sodass alle nachrichtendienstlich erhobenen Daten hinsichtlich der Anforderungen an das zu schützende Rechtsgut grundsätzlich gleich behandelt werden.⁵⁷

Zudem haben die Schwierigkeiten bei einer schematisch verstandenen Übertragung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungen in das Ausland zu weiteren Modifikationen durch das BVerfG geführt. So findet das Kriterium auf Datenübermittlungen in das Ausland grundsätzlich ebenfalls Anwendung,⁵⁸ sodass jede Übermittlung dem Schutz eines besonders gewichtigen Rechtsguts dienen muss und die entsprechenden Übermittlungsschwellen zu beachten sind. Die konkrete gesetzgeberische Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlagen darf aber hinsichtlich der Beurteilung der für das Empfängerland zu eröffnenden Nutzung der Daten die Besonderheiten der jeweiligen ausländischen Rechtsordnungen und deren Eigenständigkeit berücksichtigen.⁵⁹ Denn die deutsche Rechtsordnung trifft hier auf eine andere Rechtsordnung mit unterschiedlichen Abgrenzungslinien, Kategorien und Wertungen, wobei das Grundgesetz diese Andersartigkeit anerkennt und respektiert.⁶⁰ So ist etwa das informationelle Trennungsprinzip in dieser Form ein spezifisch deutsches Phänomen und Nachrichtendienste verfügen in vielen anderen Ländern, auch im europäischen Ausland, über polizeiliche Zwangsbefugnisse.⁶¹ Eine Absenkung der strengen Übermittlungsschwellen könnte daher auch bereits dann in Betracht kommen, wenn die jeweilige ausländische Stelle den Ausschluss einer Weiterverarbeitung für Folgemaßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung verbindlich zusagt. Denn die Tatsache, dass Zweckbegrenzungen der Verwendung von Daten in der ausländischen Rechtsordnung nicht völlig identisch zur deutschen Rechtsordnung bestehen, schließt eine Übermittlung jedenfalls nicht von vornherein aus.⁶² Insoweit

⁵¹ So Löffelmann (Fn. 43), GSZ 2019, 16 (19); ders. (Fn. 38), GSZ 2023, 92 (96); ders., Hypothetische Datenneuerhebung und konkrete Schutzkategorien – ein kohärentes Datenverarbeitungskonzept für die Sicherheitsbehörden von Bund und Ländern, GSZ 2024, 215 (216); Müller/Schwabenbauer, Datenaustausch zwischen Sicherheitsbehörden: Bestandsaufnahme und Bemerkungen anlässlich der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz und zum Bundesverfassungsschutzgesetz, GSZ 2023, 1 (6).

⁵² Löffelmann, Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, 33 (41); Meiertöns (Fn. 50), JBÖS 2022/23, 533 (541); Schneider (Fn. 50), GSZ 2022, 1 (4 f.); Unterreitmeier (Fn. 8), GSZ 2022, 251 (256).

⁵³ Vgl. Löffelmann (Fn. 43), GSZ 2019, 16 (18).

⁵⁴ Vgl. Löffelmann (Fn. 51), GSZ 2024, 215 (216).

⁵⁵ Vgl. Löffelmann (Fn. 40), S. 50.

⁵⁶ BVerfGE 133, 277 (374); 156, 11 (50).

⁵⁷ BVerfGE 162, 1 (112); 163, 43 (93); 169, 130 (181f.). Eine Ausnahme gilt lediglich für die besonders eingeschränkten Mittel der Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung, s. dazu Löffelmann (Fn. 54), GSZ 2024, 215.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 141, 220 (341); 154, 152 (273); 162, 1 (121).

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 162, 1 (122).

⁶⁰ BVerfGE 141, 220 (344).

⁶¹ Vgl. Unterreitmeier, Informationen der Nachrichtendienste: „... Schweigen ist Gold“?: Zum Stand der Übermittlungsdogmatik in der Rechtsprechung des BVerfG (Teil 3), GSZ 2023, 81 (83 ff.).

⁶² BVerfGE 162, 1 (122).

spiegelt sich hierin auch die grundsätzlich auf Vertrauen, Zuverlässigkeit und Gegenseitigkeit basierende internationale Zusammenarbeit der Nachrichtendienste,⁶³ deren Regulationssystem weniger auf rechtlicher als auf tatsächlicher Sanktionierung (etwa durch Einschränkung oder gar Aufkündigung der Zusammenarbeit) beruht.

4. Spezielle Anforderungen an Datenübermittlungen in das Ausland

Grundsätzlich ist das Grundgesetz für die Zusammenarbeit deutscher Nachrichtendienste mit ausländischen Partnerdiensten offen, da der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Bürger auch auf einen funktionierenden Informationsaustausch mit ausländischen Stellen angewiesen sein kann.⁶⁴ Aufgrund der besonderen Situation, dass in das Ausland übermittelte Daten einem anderen Rechtsregime unterliegen und damit insbesondere den grundgesetzlichen Gewährleistungen entzogen sind,⁶⁵ stellt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber spezifische Anforderungen an die gesetzliche Regelung von Übermittlungen an ausländische Behörden, die das BVerfG zuvorderst in seinen Entscheidungen zum BKAG⁶⁶ und zum BNDG⁶⁷ entwickelt hat.

Zunächst muss die Wahrung datenschutzrechtlicher Garantien auch nach der Übermittlung im Wesentlichen gewährleistet sein. Dabei wird durch das Grundgesetz indes auch die Eigenständigkeit der ausländischen Rechtsordnungen respektiert und anerkannt, sodass die Regelungen im Empfängerstaat zur Verarbeitung personenbezogener Daten nicht denjenigen der deutschen Rechtsordnung entsprechen oder gleichwertig sein müssen.⁶⁸ Es muss vielmehr ein angemessenes Datenschutzniveau im Empfängerstaat vorliegen, das insbesondere die Beachtung der von den deutschen Diensten mitgeteilten Zweckbindung der übermittelten Daten sowie etwaige Löschungspflichten umfasst.⁶⁹ Zudem muss wenigstens im Grundsatz ein Kontrollregime im Empfängerstaat bestehen und eine grundlegende Datensicherheit angenommen werden kön-

nen.⁷⁰ Sinn und Zweck dieser Anforderung ist es, dass die grundgesetzlichen Gewährleistungen für den Schutz personenbezogener Daten nicht durch einen Informationsaustausch mit dem Ausland unterlaufen werden.⁷¹

Weiterhin müssen die elementaren Menschenrechte auch bei der Nutzung seitens des Empfängerstaates gewährleistet sein. Es ist insbesondere sicherzustellen, dass die übermittelten Daten durch den Empfängerstaat nicht genutzt werden, um bestimmte Bevölkerungsgruppen zu verfolgen, Oppositionelle zu unterdrücken oder gar Menschen völkerrechts- oder menschenrechtswidrig zu töten, zu foltern oder ohne rechtsstaatliches Verfahren zu verhaften.⁷² Denn der Staat darf keinesfalls seine Hand zu Verletzungen der Menschenwürde reichen.⁷³

Schließlich muss durch die Nachrichtendienste des Bundes auch eine Vergewisserung über diese beiden Voraussetzungen – gesetzlich vorgegeben – erfolgen. Es bedarf dabei nicht einer umfassenden Prüfung in jedem Einzelfall, sondern es genügt eine generalisierende Einschätzung der Sach- und Rechtslage im Empfängerstaat; gleichwohl muss diese generalisierende Einschätzung auch durch entgegenstehende Tatsachen erschüttert werden können.⁷⁴ Eine verbindliche Zusage der Einhaltung der obigen Voraussetzungen ist zudem grundsätzlich geeignet, etwaige Bedenken auszuräumen, sofern nicht von vornherein erwartet werden muss, dass diese Zusicherung nicht eingehalten wird.⁷⁵

5. Ausnahme für Daten aus allgemein zugänglichen Quellen?

Fraglich ist schließlich, ob eine Ausnahme für solche Daten anzuerkennen ist, die aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben wurden. Dies kann jedenfalls nicht bereits daraus hergeleitet werden, dass diese Anforderungen ausdrücklich auf solche Daten beschränkt seien, die mittels nachrichtendienstlicher Mittel erhoben wurden.⁷⁶ Denn das BVerfG hat seine diesbezügliche Rechtsprechung nicht auf solchermaßen erhobene Daten beschränkt oder an diese gar ausdrücklich geringere An-

⁶³ Vgl. Höhner, Das informationelle Verwendungsverbot im Nachrichtendienstrecht, 2024, S. 233 f.; Labasque (Fn. 6), IJICI 33(3), 492 (493 f.).

⁶⁴ BVerfGE 154, 152 (279).

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 154, 152 (273).

⁶⁶ BVerfGE 141, 220 ff.

⁶⁷ BVerfGE 154, 152 ff.

⁶⁸ BVerfGE 141, 220 (344).

⁶⁹ BVerfGE 141, 220 (344 f.).

⁷⁰ BVerfGE 141, 220 (345).

⁷¹ BVerfGE 154, 152 (274).

⁷² BVerfGE 154, 152 (275).

⁷³ BVerfGE 141, 220 (342).

⁷⁴ BVerfGE 154, 152 (275 f.).

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 140, 317 (350), mwN.

⁷⁶ So aber Gitter/Marscholleck (Fn. 50), GSZ 2024, 45 (50) mit Verweis auf BVerfGE 162, 1 (111); ähnlich Friehe, Ausschuss-Drs. 20(4)324 A, S. 10.

forderungen gestellt,⁷⁷ sondern sich dazu bisher lediglich nicht geäußert.

Gegen eine solche Ausnahme könnte sprechen, dass Daten, die durch Nachrichtendienste erhoben werden, aufgrund deren breit angelegter Beobachtungstätigkeit generell besonders schutzwürdig sind und daher hinsichtlich der Übermittlung eine Differenzierung nach dem Eingriffsge- wicht der Erhebungsmaßnahme ausgeschlossen ist.⁷⁸ Eine solche Postulierung der Differenzierung nach Eingriffsge- wicht bedingt jedoch bereits sprachlich, dass hinsichtlich der betrachteten Maßnahme zumindest auch ein Eingriff in Grundrechte vorliegt. Bei der Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen, jedenfalls solange diese nicht systematisch erhoben oder zusammengeführt wurden,⁷⁹ fehlt ein solcher jedoch.⁸⁰ Daher kann in diesem Fall auf den qualifizierten Rechtsgüterschutz und die besonde- ren Übermittlungsschwellen, die sich aus dem Kriterium der hypothetischen Datenerhebung ergeben,⁸¹ verzichtet werden.

Indes ist damit noch nicht die besondere Gefährdungslage durch eine Übermittlung personenbezogener Daten in das Ausland⁸² erfasst. Insbesondere besteht die Gefahr einer Nutzung im Empfängerstaat zu menschenrechtswidrigen Zwecken identisch auch bei personenbezogenen Daten aus allgemein zugänglichen Quellen. Als verfassungs- rechtliches Mindestmaß gilt zudem ausnahmslos, dass der Staat nicht die Hand zur Verletzung der Menschenwürde reichen darf.⁸³ Insoweit kann bei der Übermittlung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen in das Ausland zwar auf die Anforderungen aus dem Kriterium der hypothetischen Datenerhebung, nicht aber auf die Verge- wisserung über die Wahrung eines angemessenen Datenschutzniveaus und die Gewährleistung der elementaren Menschenrechte verzichtet werden.⁸⁴

IV. Kritische Bewertung bestehender gesetzlicher Rege- lungen

Der Gesetzgeber hat die oben geschilderten Maßgaben des BVerfG an die Übermittlung personenbezogener Daten

in weiten Teilen, teils „nachgerade buchstabengetreu“⁸⁵, umgesetzt. Aus dem Umstand, dass es für die Nachrichtendienste des Bundes jedoch kein einheitliches Regelwerk gibt, sondern jeweils einzelne Gesetze erlassen wurden, folgen stellenweise Kohärenzprobleme bei der Gesetzes- anpassung. Zur Verdeutlichung sollen im Folgenden zwei ausgewählte gesetzliche Regelungen kritisch betrachtet werden.

1. Übermittlung personenbezogener Daten aus allgemein zugänglichen Quellen, § 25d Abs. 1 BVerfSchG (i.V.m. § 11 S. 1 MADG), § 10a Abs. 1 BNDG

Zunächst sollen die Ermächtigungsgrundlagen zur Über- mittlung personenbezogener Daten, die zuvor aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben wurden, betrachtet werden. Dies ermöglicht für das BfV § 25d Abs. 1 BVerfSchG, der gem. § 11 S. 1 MADG auch auf den MAD anwendbar ist. Für den BND regelt dies § 10a Abs. 1 BNDG. Beide Normen erlauben gleichlautend die Übermittlung von personenbezogenen Daten, die aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben wurden, bereits bei (bloßer) Erforderlichkeit zur Erfüllung der Aufgaben des Nachrichtendienstes oder der empfan- genden Stelle. Weitere Übermittlungsschwellen – etwa in Form einer konkretisierten Gefahr – sind nicht vorgesehen. Wie zuvor bereits gezeigt, ist dies jedoch mit den grund- rechtlichen Anforderungen vereinbar, die es ausnahmsweise erlauben bei personenbezogenen Daten, die aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben wurden, von dem Erforder- nis qualifizierten Rechtsgüterschutzes und von besonderen Eingriffsschwellen im Sinne des Kriteriums der hypothetischen Datenerhebung abzusehen, solange sie nicht sys- tematisch erhoben oder zusammengeführt wurden.⁸⁶ Fol- gerichtig hat der Gesetzgeber daher auch die Übermittlung systematisch erhobener oder zusammengeführter Daten im Wege einer Rückausnahme wieder den besonderen Über- mittlungsregeln unterworfen (vgl. § 25d Abs. 2 BVerfSchG und § 10a Abs. 2 BNDG). Insoweit begegnen diese Vorschriften hinsichtlich der Datenübermittlung im Inland keinen Bedenken.

⁷⁷ BVerfGE 162, 1 (II); „Dabei ist hier [Hervorh. d. Verf.] nur über die Übermittlung von Informationen zu entscheiden, die mit nachrichtendienstlichen Maßnahmen erlangt wurden.“ S. auch Löffelmann, Ausschuss-Drs. 20(4)324 D, S. 11; Zöller, Ausschuss-Drs. 20(4)324 E, S. 15 f.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 162, 1 (12).

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 120, 274 (345); s. auch Löffelmann (Fn. 40), S. 53; Schneider (Fn. 50), GSZ 2022, 1 (5).

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 120, 274 (344 f.).

⁸¹ S. zu diesen bereits oben III. 3. a).

⁸² Siehe nur Löffelmann (Fn. 43), GSZ 2019, 16 (18); ders. (Fn. 40), S. 50; Schluckebier, Sicherheitsgewährleistung zwischen politischer Gestaltung und verfassungsrechtlicher Bindung, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, 3 (13).

⁸³ So BVerfGE 141, 220 (342).

⁸⁴ S. zu diesen bereits unter III. 4.

⁸⁵ So pointiert Gärditz, Bundesnachrichtendienst semper reformanda, DVBl. 2021, 905 (906).

⁸⁶ Siehe schon III. 5.

Anderes gilt aber für die besondere Gefährdungslage durch eine Übermittlung in das Ausland, bei der, wie gezeigt, ausnahmslos das Erfordernis der Vergewisserung über die Wahrung eines angemessenen Datenschutzniveaus und die Gewährleistung der elementaren Menschenrechte zu verlangen ist.⁸⁷ Diese Gefährdungslage wird für § 10a Abs. 1 BNDG noch durch das Übermittlungsverbot des § 9e Abs. 3, 4 BNDG, da diese Norm unterschiedslos für alle Übermittlungsvorschriften im BNDG gilt,⁸⁸ berücksichtigt. Für das BfV und den MAD ist ein Übermittlungsverbot für die Gefährdung elementarer Menschenrechte jedoch lediglich in § 25a Abs. 2 S. 2-5 BVerfSchG (i.V.m. § 11 S. 1 MADG) bei der Datenübermittlung an ausländische öffentliche Stellen geregelt. Da § 25d Abs. 1 BVerfSchG jedoch insoweit *lex specialis* ist und der Umkehrschluss aus § 25d Abs. 2 S. 1 BVerfSchG zeigt, dass die Normen der §§ 19 bis 25c BVerfSchG im Falle des § 25d Abs. 1 BVerfSchG nicht gelten sollen, kann auf dieses Übermittlungsverbot nicht zurückgegriffen werden. Mithin ist § 25d Abs. 1 BVerfSchG (i.V.m. § 11 S. 1 MADG) in dieser Hinsicht unverhältnismäßig ausgestaltet und damit verfassungswidrig. *De lege ferenda* sollte die – verfassungsgemäße – Gesetzessystematik des BNDG auf das BVerfSchG übertragen werden.

2. Übermittlungsverbote (§ 25a Abs. 2 BVerfSchG, § 9e BNDG)

Schließlich ist noch die konkrete Ausgestaltung der Übermittlungsverbote in § 25a BVerfSchG und § 9e BNDG zu untersuchen. Hier besteht wiederum der Unterschied in der Regelungssystematik, dass § 9e BNDG für alle Übermittlungen nach dem BNDG gilt, wohingegen § 25a Abs. 2 BVerfSchG eine Sonderregelung für die Übermittlung an ausländische öffentliche Stellen darstellt.

§ 9e Abs. 1 S. 1 BNDG formuliert dabei ein Übermittlungsverbot bei – das Allgemeininteresse überwiegen den – schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person (Nr. 1), entgegenstehenden überwiegenden Sicherheitsinteressen (Nr. 2) und entgegenstehenden besonderen gesetzlichen Regelungen (Nr. 3). Für Übermittlungen an ausländische öffentliche Stellen wird die Interessenabwägung des § 9e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNDG durch das Regelbeispiel des § 9e Abs. 3 BNDG und die überwiegenden Sicherheitsinteressen i.S.d. § 9e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNDG durch das Regelbeispiel des § 9e Abs. 4 BNDG konkretisiert.⁸⁹ Für die Abwä-

gung des Individualinteresses mit dem Allgemeininteresse gilt nach § 9e Abs. 3 S. 1 BNDG, den obig dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechend, dass eine Übermittlung insbesondere dann zu unterbleiben hat, wenn die Verletzung elementarer rechtsstaatlicher Grundsätzen oder aber erhebliche Menschenrechtsverletzungen in dem ausländischen Staat drohen würden, wobei nach § 9e Abs. 3 S. 2 BNDG auch Zusicherungen der empfangenden Stelle und deren Glaubhaftigkeit zu berücksichtigen sind.

Vergleichbar zu § 9e Abs. 1 S. 1 BNDG regelt auch § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 BVerfSchG drei Übermittlungsverbote. Problematisch erscheint jedoch die Formulierung des § 25 Abs. 2 S. 2 BVerfSchG,⁹⁰ wonach überwiegende schutzwürdige Interessen insbesondere dann entgegenstehen, „[...] wenn Leib, Leben oder Freiheit [Hervorh. d. Verf.] einer Person oder sonstige elementare Menschenrechte gefährdet würden oder Verletzungen von elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen drohen.“ Dass die bloße Gefährdung der Freiheit, also der körperlichen Bewegungsfreiheit,⁹¹ bereits ein Übermittlungsverbot indiziert, bedeutet letzten Endes die grundsätzliche Unzulässigkeit von Datenübermittlungen, die zum Zwecke der Ergreifung von Folgemaßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung erfolgen. Diese Formulierung überrascht zudem vor dem Hintergrund, dass weder im gleichen Gesetz bei inländischen Datenübermittlungen (vgl. § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG) noch in der Parallelvorschrift des § 9e Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 BNDG eine derart strikte abwägungsleitende Einschränkung gemacht wird. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 19 Abs. 3 Nr. 4 BVerfSchG sieht zwar ebenfalls bei Betroffenheit der Freiheit der Person ein Übermittlungsverbot vor; dies jedoch nur bei Vorliegen einer dringenden Gefahr und mit der Möglichkeit der Abwägung, wenn die Übermittlung dem Schutz ebensolcher Schutzgüter anderer Personen dient. § 9e Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 BNDG verzichtet demgegenüber völlig auf ein, allein durch die Betroffenheit der Freiheit der Person indiziertes, Übermittlungsverbot, sondern beschränkt sich auf die vom BVerfG für maßgeblich erklärten Voraussetzungen der Vergewisserung über die Wahrung eines angemessenen Datenschutzniveaus und die Gewährleistung der elementaren Menschenrechte. Bereits aus dieser systematischen Gesamtschau folgt, dass die Regelung des § 25a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG überdacht und ggf. den Rege-

⁸⁷ Siehe schon III. 5.

⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 20/8627, S. 40.

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 20/8627, S. 40 f.

⁹⁰ Für einen Hinweis darauf, dass die Formulierung des § 25 Abs. 2 S. 2 BVerfSchG problematisch sein könnte, danke ich herzlich Herrn Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur. (Oxford).

⁹¹ Vgl. dazu Di Fabio in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 55. EL Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Rn. 22 f.

lungen des § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG bzw. § 9e BNDG angepasst werden sollte.

Zudem ist der Anwendungsbereich des Übermittlungsverbotes des § 25a Abs. 2 BVerfSchG nicht eindeutig zu bestimmen. So könnte sich § 25a Abs. 2 BVerfSchG ggf. nur auf Absatz 1 der Vorschrift (Übermittlung ohne Folgemassnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung) – und nicht auch auf Absatz 4 (Verwendung für Maßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung) – beziehen. Dieses Verständnis stützend ließe sich anführen, dass der Gesetzesentwurf ursprünglich einen ausdrücklichen Verweis auf die Belange des § 25a Abs. 2 BVerfSchG in § 25a Abs. 4 S. 3 BVerfSchG-E statuiert hatte, der in den Ausschussberatungen indes gestrichen wurde.⁹² Auch die systematische Stellung direkt nach § 25a Abs. 2 BVerfSchG und der augenscheinliche Bezug darauf durch die Wendung „Die [Hervorh. d. Verf.] Übermittlung unterbleibt [...]“ sowie, dass sich § 25a Abs. 4 BVerfSchG dem Wortlaut nach nur auf die „Verwendung“ der – bereits übermittelten – Daten bezieht, sprechen dafür.

Gegen ein solches Verständnis wiederum sprechen aber entscheidend die folgenden Gesichtspunkte: Zunächst soll die Regelung des § 25a Abs. 4 BVerfSchG nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl die – erstmalige – Übermittlung als auch die nachträgliche Zustimmung zur Nutzung umfassen.⁹³ Wenn § 25a Abs. 4 BVerfSchG aber die Übermittlung personenbezogener Daten in das Ausland erlaubt, so ist nach den oben dargestellten Vorgaben des BVerfG zwingend sicherzustellen, dass ein angemessenes Datenschutzniveau und die elementaren Menschenrechte gewahrt werden. Demzufolge wäre die Norm verfassungswidrig, wenn das Übermittlungsverbot des § 25a Abs. 2 BVerfSchG auf diese nicht anwendbar sein sollte. Da hier zwei Auslegungen denkbar erscheinen, aber nur eine der beiden Alternativen mit höherrangigem Recht vereinbar ist, ergibt eine verfassungskonforme Auslegung,⁹⁴ dass § 25a Abs. 2 BVerfSchG auch auf Datenübermittlungen nach § 25a Abs. 4 BVerfSchG anzuwenden ist. Dies indes führte nach der aktuellen Rechtslage zu einem indizierten Datenübermittlungsverbot, wenn Maßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung in Form von Einschrän-

kungen der Freiheit der Person drohen. Diese Regelwirkung eines Übermittlungsverbotes erscheint vor dem Hintergrund widersprüchlich, dass § 25a Abs. 4 BVerfSchG eben gerade die Datenübermittlung zur Ergreifung von Maßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung – zumal unter erhöhten Übermittlungsschwellen und dem Erfordernis eines qualifizierten Rechtsgüterschutzes – ermöglichen soll.

Es besteht in § 25a BVerfSchG also Klarstellungsbedarf hinsichtlich des Anwendungsbereiches sowohl von § 25a Abs. 2 BVerfSchG (auch anwendbar auf § 25a Abs. 4 BVerfSchG) als auch von § 25a Abs. 4 BVerfSchG (umfasst auch die Datenübermittlung und nicht nur die Verwendung von bereits nach anderen Ermächtigungsgrundlagen übermittelten Daten). Zudem sollte zur Sicherstellung einer effektiven nachrichtendienstlichen Kooperation das Übermittlungsverbot hinsichtlich der Indizwirkung bereits allein durch bloße Beeinträchtigung der Freiheit der Person (§ 25a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG) abgeschwächt werden. In beiderlei Hinsicht bietet sich – wie auch schon oben bei § 25d BVerfSchG – die Übernahme der Regelungssystematik des BNDG an (Ermächtigung zur Datenübermittlung in § 11e BNDG und allgemein für alle Übermittlungen geltendes Verbot in § 9e BNDG).

V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich eine erhebliche – insoweit im internationalen Vergleich einzigartige⁹⁵ – Verrechtlichung der Kooperation von Nachrichtendiensten konstatieren, die vor dem Hintergrund volatiler und zunehmender globaler Gefährdungslagen nicht nur zustimmend kommentiert wird.⁹⁶ Andererseits lässt sich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung aber auch als Beitrag zu einer sicherheitsrechtlichen Systembildung, die kohärente Maßstäbe vom Polizei- bis hin zum Nachrichtendienstrecht ermöglicht, verstehen.⁹⁷ Zur Verwirklichung dieser verfassungsgerichtlichen Anforderungen hat der Gesetzgeber zwar jedes Fachgesetz einzeln angepasst. Wie oben beispielhaft an § 25a Abs. 2 und § 25d BVerfSchG gezeigt wurde, steht der festgestellten Systembildung auf Verfassungsebene jedoch keine kohärente einheitliche Umset-

⁹² Vgl. BT-Drs. 20/8626, S. 10; BT-Drs. 20/9345, S. 11.

⁹³ Vgl. BT-Drs. 20/8626, S. 31 f.

⁹⁴ Dazu etwa Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 44 f.

⁹⁵ Vgl. Kahl, Rahmenbedingungen und Notwendigkeiten internationaler Kooperationen von Nachrichtendiensten, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur, 2020, 153 (156).

⁹⁶ S. nur Barczak (Fn. 12), KritV 2021, 91 (100); Gärditz, Grundrechtliche Grenzen strategischer Ausland-Ausland-Telekommunikationsaufklärung, Ein Wegweiser durch die BND-Entscheidung des BVerfG, Urteil v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, JZ 2020, 825 (834) oder auch Gärditz, Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGrZ 2018, 6 (21 f.), der fordert, „das Sicherheitsrecht graduell zu dekonstitutionalisieren.“

⁹⁷ Vgl. Bäcker in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 28 Rn. 184, 188.

zung auf Gesetzesebene gegenüber. Eine solche systematische Überarbeitung des Nachrichtendienstrechts strebt die aktuelle Regierungskoalition aus CDU, CSU und SPD ausweislich des Koalitionsvertrages an.⁹⁸ Eine Gelegenheit zur Umsetzung dieses Ziels bietet sich dem Gesetzgeber im Rahmen des – in der vorherigen 20. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages bereits anvisierten⁹⁹ – zweiten Teils der Reform des Nachrichtendienstrechts.

⁹⁸ Vgl. CDU/CSU/SDP, Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag, S. 83, https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf (Abruf v. 10.09.2025).

⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 20/8626, S. 1.

Eigentumsbeeinträchtigung infolge Klimaerwärmung durch Kohlekraftwerke

Dipl.-Jur. Dominic Duske

OLG Hamm, Urt. v. 28.05.2025 – 5 U 15/17¹

§ 1004 BGB

¹ OLG Hamm NJW 2025, 2171 bzw. ungetkürzt in BeckRS 2025, 11476.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Der peruanische Staatsbürger P ist Eigentümer eines Grundstücks mit Wohnhaus in der peruanischen Stadt H. Es befindet sich unterhalb eines Gletschersees, dessen Volumen sich seit den 1930er-Jahren durch den anthropogenen Klimawandel fast verdoppelte; Gutachten beziffern den menschlichen Anteil hieran auf 95 %. Steigende Temperaturen destabilisieren den Permafrost und erhöhen die Instabilität der Bergflanken oberhalb des Sees. Ein Geröllabbruch könnte jederzeit eine Flutwelle auslösen und große Teile von H gefährden.

Die Wahrscheinlichkeit, dass das Grundstück des P innerhalb der nächsten 30 Jahre von einer Flut betroffen wird, liegt nach Gutachten bei 1 %. Selbst im Ereignisfall wäre dort mit maximal rund 20 cm Wasser zu rechnen, sodass erhebliche Gebäudeschäden unwahrscheinlich sind.

Energieproduzentin E betreibt Kraftwerke, die 0,38 % aller anthropogenen CO₂-Emissionen seit Industrialisierungsbeginn verursachten. Kein Großemittent überschreitet 3,6 %.

P behauptet, dass gerade diese Emissionen zu einem messbaren Teil ursächlich für den Anstieg des Wasserspiegels des Sees und damit für die drohende Gefährdung seines Grundstücks seien. Er fordert von E eine Beteiligung an den Schutzkosten, berechnet nach deren Anteil an den globalen CO₂-Emissionen, was 17.000 EUR entspricht.

E bestreitet eine hinreichend konkrete Gefährdung und die rechtliche Zurechnung ihrer Emissionen zu etwaigen klimabedingten Gefahren. Sie verweist auf § 14 BImSchG und darauf, dass ihre Emissionen im Einklang mit deutschen Gesetzen erfolgten.

Frage: Kann P von E Zahlung der 17.000 EUR verlangen?

EINORDNUNG

Kann ein einzelner Großemittent für weltweite Klimafolgen anteilig haftbar sein, obwohl der konkrete Schaden bzw. die konkrete Bedrohung auf unzählige Emissionsbeiträge zurückgeht? Neben der Beantwortung dieser Frage für den Einzelfall hat das OLG Hamm zahlreiche zentrale rechtliche Streitpunkte der Klimahaftung aufgearbeitet, die sowohl für das Studium als auch für den juristischen Fachdiskurs von erheblichem Interesse sind. Zugleich setzt sich das Gericht vertieft mit vielfältigen Problemen des § 1004 BGB auseinander – Fragen, die auch jenseits hochpolitischer Konstellationen examens- und praxisrelevant bleiben.

Hier nicht thematisiert sind Probleme des Prozess- und Rechtsanwendungsrechts.¹

LEITSÄTZE

1. Die Haftung eines CO₂-Emittenten nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB für einen drohenden Summations-, Distanz- und Langzeit(folge)schaden als (behauptete) Folge des Klimawandels ist nicht per se ausgeschlossen. Es gibt keine gesetzliche Grundlage dafür, die Klage eines von Emissionschäden betroffenen Eigentümers unter Verweis auf eine auf staatlicher bzw. politischer Ebene zu findende Lösung von vornherein abzuwehren, ohne in eine einzelfallbezogene juristische Prüfung und ggf. eine Beweiserhebung über die streitigen Tatsachen einzutreten.
2. Der Umstand, dass der Kläger in Peru lebt, hindert ihn nicht daran, einen Anspruch gegen die Beklagte aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB geltend zu machen. Die Entfernung zwischen Störungsquelle und beeinträchtigtem Eigen-

¹ Aber: Giesbert/Westarp, NVwZ 2025, 1322, Anm. zu OLG Hamm, Urt. v. 28.05.2025 – 5 U 15/17 (1323).

tum spielt keine Rolle; Nachbarschaft ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift eine Anspruchsvoraussetzung.

3. Es kommt bei der Prüfung des § 1004 BGB nicht auf die Rechtswidrigkeit der störenden Handlung an (sog. Handlungsunrecht), sondern darauf, ob der herbeigeführte Erfolg der Rechtsordnung widerspricht (sog. Erfolgsunrecht).

4. Voraussetzung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht lediglich eine potentielle, abstrakte oder theoretische, wenn auch vielleicht (nur) bei Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände bestehende Gefahr, sondern eine im Einzelfall bewirkte oder zumindest konkret drohende Eigentumsbeeinträchtigung. Bei der Analyse des Gefährdungspotentials ist daher eine situations- und ortskonkrete Betrachtung zwingend erforderlich. Der (vom Kläger geforderte) Einsatz von abstrakt begründeten sogenannten „Beschleunigungsfaktoren“ bzw. „Klimafaktoren“ ist deshalb abzulehnen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Taugliche Anspruchsgrundlage
- B. Tatbestand des § 1004 I S. 2 BGB
 - I. Eigentum
 - II. Drohende konkrete Eigentumsbeeinträchtigung
 - 1. Maßstab bei Erstbegehrungsgefahr
 - 2. Relevanter Prognosezeitraum
 - 3. Bedrohung im Einzelfall
 - Hilfsgutachten
 - III. Störereigenschaft der Beklagten (Hilfsgutachten)
 - 1. Äquivalenztheorie
 - 2. Adäquanzkausalität
 - a) Ausreichende Erheblichkeit
 - b) Relevanter Kenntnisstand
 - 3. Erhebliche Störermehrheit
 - 4. Fehlende Pflichtwidrigkeit
 - IV. Rechtswidrigkeit/ keine Duldungspflicht (Hilfsgutachten)
 - 1. Duldungspflicht nach § 906 Abs. 1 BGB (Unwesentlichkeit)
 - 2. Duldungspflicht nach § 906 Abs. 2 BGB (Ortsübliche Benutzung)
 - 3. Erst-Recht-Schluss aus § 906 Abs. 2 BGB
 - 4. Bundes-Immissionenschutzgesetz (BImSchG)

5. (Deutsche) Erlaubnisse und Genehmigungen

6. Zwischenergebnis

V. Mitverursachung des Klägers (§ 254 BGB analog) (Hilfsgutachten)

VI. Ergebnis

Anspruch des P gegen E

P könnte einen Anspruch auf Zahlung von 17.000 EUR gegen E aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m §§ 677 ff., 812 BGB haben.

A. Taugliche Anspruchsgrundlage

Fraglich ist zunächst die taugliche Anspruchsgrundlage. P verlangt eine (teilweise) Kostenübernahme für Maßnahmen zum Schutz seines Grundstücks vor einem drohenden Gletscherseeausbruch. In Betracht kommt § 1004 Abs. 1 BGB, der den sog. Eigentumsfreiheitsanspruch gewährleistet.² Ziel ist es, den gesetzlich intendierten Zustand sicherzustellen, wonach der Eigentümer befugt ist, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren und Dritte von Einwirkungen hierauf auszuschließen.³ Enthalten sind wortlautgemäß aber nur Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, mithin keine Zahlungsansprüche. Im Laufe der Zeit hat der Anwendungsbereich aber Erweiterungen erfahren:

Erstens ist auch ein Unterlassungsanspruch gegenüber erstmaligen Beeinträchtigungsgefahren anerkannt (vorbeugender Abwehranspruch).⁴ Zweitens beinhaltet er auch nicht notwendigerweise nur ein Unterlassen, sondern gemeinhin ein Verhalten, mit dem gewährleistet wird, dass sich die drohende Eigentumsbeeinträchtigung nicht realisiert, mithin den *actus contrarius* zu seiner störenden Tätigkeit,⁵ und drittens kann der Eigentümer die zur Störungsbeseitigung erforderlichen Kosten ersetzt verlangen – entweder weil (auch) ein Geschäft des Störers besorgt wurde (§§ 683, 684 BGB) oder weil der Störer unter Ersparung eigener Aufwendungen von seiner Beseitigungspflicht frei wurde und somit eine ungerechtfertigte Bereicherung erfahren hat (§§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB).⁶

Es erscheint daher zur Sicherung des genannten Eigentumsfreiheitsanspruch geboten und mithin zulässig diese Ansätze zu kombinieren und den Aufwendungsersatzanspruch auch dann zuzulassen, wenn es sich um eine vorbeugende Maßnahme handelt, die eine drohende Beein-

² Spohnheimer in: Reymann, beck-online.Großkommentar BGB, 01.08.2025, § 1004 Rn. 2.

³ Schulte-Nölke in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, § 1004, Rn. 1.

⁴ BGH NJW 2004, 3701 (3702); BGH NJW-RR 2019, 1035 (1035).

⁵ BGH NJW 2004, 1035 (1037); BGH NJW-RR 2019, 1035 (1035).

⁶ BGH NJW 2004, 603 (604); vgl. zum Wahlrechtsverlust des Störers: OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 144).

trächtigung verhindern soll.⁷

Taugliche Anspruchsgrundlage ist also § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 677 ff., 812 BGB.

ANMERKUNG

Bei Wurzelfällen⁸ ist anerkannt, dass für Sicherungsmaßnahmen, die drohende Schäden verhindern sollen, kein Vorschussanspruch besteht. Der Eigentümer ist auf Aufwendungsersatzansprüche nach Selbstvornahme oder auf Ersatzvornahme nach gerichtlicher Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB verwiesen.⁹ Maßgeblicher Unterschied zur hiesigen Konstellation ist die Vielzahl an Störern und dass P die Kosten der Sicherungsmaßnahmen faktisch unmöglich selbst vorstrecken kann.¹⁰

B. Tatbestand des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB

I. Eigentum

Als Eigentümer ist P Anspruchsberechtigter i.S.d. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

II. Drohende konkrete Eigentumsbeeinträchtigung

Dem P müsste eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S.d. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB drohen. Eine Beeinträchtigung ist jede nach Dauer und Intensität nicht ganz unerhebliche Einwirkung auf die tatsächliche oder rechtliche Herrschaftsmacht des Eigentümers,¹¹ mithin jeder dem Inhalt des Eigentums gem. § 903 BGB widersprechende Zustand.¹² Wie festgestellt ist hierbei anerkannt, dass auch eine Erstbegehungsgefahr genügen kann.¹³

1. Maßstab bei Erstbegehungsgefahr

Fraglich ist wie der Zeitraum zu bestimmen ist, innerhalb dessen ein mögliches Eintreten der Gefahr noch als „konkrete Gefahr“ gelten kann. Im Interesse des engen Wortlauts in § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen; zugleich ist das mögliche Ausmaß der drohenden Beeinträchtigung zu berück-

sichtigen.¹⁴ Erforderlich erscheint eine Gefahrenquelle, auf Grund derer ein Einschreiten geboten ist.¹⁵

2. Relevanter Prognosezeitraum

Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Gefährdung des Grundstücks des P Ergebnis vielfältiger Entwicklungen ist. Diese Veränderungen – etwa durch demografischen Wandel oder bauliche Umgestaltungen – lassen sich nur schwer verlässlich prognostizieren. Eine Überflutung könnte das Eigentum des P allerdings erheblich beeinträchtigen und auch seine Gesundheit gefährden. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Zeitraum von mehr als 30 Jahren als zu weitgehend. Ein kürzerer Zeitraum als 30 Jahre würde angesichts des erheblichen Schadenspotenzials jedoch zu restriktiv wirken. Sachgerecht erscheint es daher auf einen Prognosezeitraum von 30 Jahren abzustellen.¹⁶

3. Bedrohung im Einzelfall

Erforderlich ist also eine Gefahr, die sich innerhalb von 30 Jahren zur Eigentumsbeeinträchtigung realisieren könnte. Hier liegt die Wahrscheinlichkeit einer solchen Realisierung bei etwa 1 %. Dies erscheint vor dem Hintergrund der engen Voraussetzungen an eine Erstbegehungsgefahr als nicht ausreichend greifbar, vielmehr als äußerst unwahrscheinlich. Auch ist nicht festgestellt, dass eine solche Überflutung zu relevanten Auswirkungen für das Grundstück führen würde. Von einer relevanten konkreten Gefährdung kann damit nicht gesprochen werden.¹⁷ Ein Anspruch des P besteht in der Folge nicht. Hilfsweise wird im Folgenden die Prüfung aber fortgesetzt, etwa um den Fall abzubilden, dass ein Nachbar von P deutlich exponierter lebt.

Hilfsgutachten

III. Störereigenschaft der Beklagten

Die E müsste Störerin sein. Störer im Sinne von § 1004 Abs. 1 BGB ist insbesondere, wer die (drohende) Beeinträchtigung fremden Eigentums durch sein Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen adäquat verursacht hat und fer-

⁷ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 131 ff.).

⁸ Wurzeln ragen unterirdisch auf ein anderes Grundstück und führen dort zu Beschädigungen.

⁹ BGH NJW 2023, 3722 (Rn. 39).

¹⁰ Bedenkenswert aber Vorschussmöglichkeit nach § 887 Abs. 2 ZPO nach Beseitigungsklage.

¹¹ Raff in: Säcker et al., Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023, § 1004 Rn. 68.

¹² BGH NJW 1976, 416 (416); BGH NJW 2005, 1366 (1367).

¹³ BGH NJW 2004, 3701 (3702); BGH NJW-RR 2019, 1035 (1035).

¹⁴ Raff in: Säcker (Fn. 11), § 1004 Rn. 297.

¹⁵ BGH NJW 2009, 3787 (3787); OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 153).

¹⁶ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 330f.).

¹⁷ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 379).

ner jeder, durch dessen maßgebenden Willen der eigentumsbeeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird, wobei eine wertende Betrachtung im Einzelfall durchzuführen ist.¹⁸

1. Äquivalenztheorie

Nach der Äquivalenztheorie ist dabei zunächst jede Bedingung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele.¹⁹ Ausgehend von den gutachterlichen Feststellungen wäre eine Überschwemmung des Grundstücks von P das Ergebnis des Überströmens oder Bruchs der talseitigen Barrieren des Gletschersees infolge des durch Eis- und Felsstürze verstärkten Wasservolumens des Gletschersees, welches durch das beschleunigte Abschmelzen des Palcaraju-Gletschers verursacht wurde; dieses wiederum beruht auf dem Anstieg der lokalen Durchschnittstemperaturen, die Folge des globalen Temperaturanstiegs sind, der seinerseits auf die durch die Kraftwerke der E freigesetzten und in der Atmosphäre verdichteten CO₂-Emissionen zurückgeht.

In Anbetracht dessen, dass jeder Bruchteil eines Grades an Erwärmung zu einem schnelleren und stärkeren Abschmelzen der Gletscher und somit zu einer Steigerung der Gefahr führen, wäre die vorliegende Gefährdung und somit Störung des Eigentums ohne die Emissionen der E in rechtlich relevantem, also nicht unwesentlichem Ausmaß geringer, die konkrete Bedrohung also nicht dieselbe. Die Emissionen der R allein haben zwar keine hinreichende Bedingung für den Schadenseintritt, wohl aber eine notwendige gesetzt, sodass im Rahmen sog. komplementärer Kausalität eine Ursächlichkeit nach der Äquivalenztheorie anzunehmen ist.²⁰

2. Adäquanzkausalität

Der weite Umfang dieser Herangehensweise ist nach der Adäquanztheorie einzuschränken.²¹

a) Ausreichende Erheblichkeit

Ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht dann, wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen derartigen Erfolg herbeizuführen.²² Hier-

¹⁸ BGH NJW 1995, 2633 (2634); Raff in: Säcker (Fn. 11), § 1004 Rn. 151 ff.

¹⁹ Vgl. Oetker in: Säcker (Fn. 11), § 249 Rn. 103.

²⁰ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 175).

²¹ Flume in: Hau/Poseck, Beck'scher Online-Kommentar, 75 Ed., § 249 Rn. 284.

²² Ebd.; OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 159).

²³ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 187).

²⁴ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 189 ff.); vgl. zum vergleichbaren Waldschadensfall: BGH NJW 1988, 478.

²⁵ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 179).

²⁶ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 184).

durch sollen solche Kausalverläufe ausgeschlossen werden, die dem Schädiger „billigerweise“ nicht mehr zugerechnet werden können. Bei multikausalen Haftungsszenarien ist zu berücksichtigen, dass eine vergleichende Betrachtung der Verursachungsbeiträge zueinander erfolgen muss. Nur hierdurch kann bestimmt werden, welcher Kausalbeitrag gegenüber anderen relevant ist, und welcher nicht.²³ Nach wissenschaftlichen Erkenntnissen ist der überwiegende Teil der Klimaerwärmung, mithin 95 %, auf menschengemachte Ursachen zurückzuführen. Hieran wiederrum hat E einen Anteil von etwa 0,38 %. Die Verursachungsbeiträge der weltweit größten Emittenten liegen bei jeweils weniger als 3,6 % der Gesamtemissionen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Anteil von 0,38 % nicht als ein Umstand, der, mithin im Vergleich, als zur Erfolgs-herbeiführung vollkommen ungeeignet erscheint.²⁴

b) Relevanter Kenntnisstand

Hinsichtlich des maßgeblichen Kenntnisstands ist auf eine nachträgliche Prognose abzustellen, die sowohl sämtliche dem Schädiger bekannten Umstände als auch diejenigen umfasst, die ein optimal informierter Betrachter an seiner Stelle erkannt hätte. Heranziehen ist das gesamte menschliche Erfahrungswissen darüber, ob das Risiko eines Schadenseintritts in erheblicher Weise erhöht wurde, insoweit dieses Wissen zum Zeitpunkt der Schädigungs-handlung existierte.²⁵

Einem optimalen Betrachter war schon seit Mitte der 1960er Jahre zu erkennen, dass ein industriell deutlich gesteigerter CO₂-Ausstoß zur Klimaerwärmung und den hier relevant gewordenen Folgen führen würde. Insbesondere ist die Verbindung zwischen CO₂-Emissionen der Kohleverstromung nicht das Ergebnis einer unübersichtlichen Verkettung außergewöhnlicher Umstände, sondern ein gewöhnlicher physikalischer Effekt – genauso wie der daraus folgende atmosphärische Treibhauseffekt, der dann zu einem Schmelzen der Gletscher beitragen würde. Insbesondere ein produzierendes Unternehmen wie die E sollte dauerhaft den wissenschaftlichen Diskurs beobachten und dortige Erkenntnisse bei den eigenen Handlungen berücksichtigen.²⁶ Auch eine Adäquanzkausalität ist daher zu bejahen.

3. Erhebliche Störermehrheit

Fraglich ist, ob etwas anderes gilt, da es eine große Menge von CO₂-Emittenten gibt, die Störerin mithin nur eine unter sehr vielen ist. Daneben könnte auch eine Haftung der Eigentümerin des Gletschersees selbst aus § 1004 Abs. 1 BGB als Zustandsstörerin in Betracht kommen. Bei einer Mehrheit von Störern ist der Berechtigte aber bereits grundsätzlich nicht daran gehindert eine Einzelauswahl zutreffen, mithin braucht er sich nicht verweisen zu lassen.²⁷

4. Fehlende Pflichtwidrigkeit

Zu erwägen ist, ob etwas anderes gilt, weil das Handeln der Beklagten hier gegebenenfalls nicht pflicht- bzw. rechtswidrig war. Bereits rein systematisch kommt es für § 1004 Abs. 1 BGB aber grundsätzlich nicht auf eine Rechtswidrigkeit der störenden Handlung (Handlungsunrecht), sondern nur auf eine Rechtswidrigkeit des Zustands (Erfolgsunrecht) an.²⁸ Anders ist dies im Deliktsrecht, in welchem die Rechtswidrigkeit eines Unterlassens gesondert durch den Verstoß gegen eine Rechtspflicht zu begründen ist. Eine Übertragung dieses Prinzips hierher liegt schon allein deswegen fern, weil hier ein aktives Tun vorzuwerfen ist.²⁹ Teilweise wird im Deliktsrecht eine Rechtswidrigkeitsprüfung aber auch dann durchgeführt, wenn der Verletzungserfolg nicht im Rahmen des gewöhnlichen Handlungsablaufs, sondern vielmehr zufällig eingetreten ist, insbesondere wenn die Eigentumsbeeinträchtigung durch ein Naturereignis herbeigeführt wurde.³⁰ Geht die drohende Beeinträchtigung allein auf Naturkräfte zurück wird teilweise gefordert, dass diese durch eine Handlung oder ein pflichtwidriges Verhalten ermöglicht wurden.³¹ Eine zufällige Konsequenz zeigt sich hier in Anbetracht der gezeigten Kausalkette aber gerade nicht.³² Auch liegt kein (reines) Naturereignis vor, da die Beeinträchtigung auf menschliche Einflüsse, mithin das Freisetzen erheblicher Mengen CO₂, zurückgeht.³³ Auf eine Pflichtwidrigkeit der Handlung kommt es daher auch in diesem Fall nicht an.³⁴

Anmerkung: Die CO₂-Emissionen wurden im Originalfall nicht von der Beklagten selbst, sondern von ihren Tochtergesellschaften verursacht. Aufgrund bestehender Beherrschungsverträge (§ 308 Abs. 1 AktG) ist die Beklagte jedoch berechtigt, diesen in allen Leitungsangelegenheiten Weisungen zu erteilen. Die Entscheidung über Bau und Betrieb von Kohlekraftwerken fällt unter diese Leitungsangelegenheiten.³⁵ Damit sind die wesentlichen Emissionsentscheidungen der Töchter der Beklagten zurechenbar. Die Tochtergesellschaften handeln funktional im Einfluss- und Verantwortungsbereich der Beklagten und können im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtung wie Verrichtungshilfen behandelt werden. Die Emissionen sind der Beklagten daher rechtlich zuzurechnen,³⁶ was für eine Erfassung als unmittelbare Störerin genügt.³⁷

V. Rechtswidrigkeit / keine Duldungspflicht

Die Beeinträchtigung müsste ferner rechtswidrig sein. Dies folgt aus der Negativformulierung in § 1004 Abs. 2 BGB,³⁸ sowie für den Unterlassungsanspruch daraus, dass teleologisch überzeugend nur das Unterlassen einer rechtswidrigen Handlung verlangt werden kann.³⁹ Die Beeinträchtigung indiziert die Rechtswidrigkeit, fehlt aber im Falle einer Duldungspflicht.⁴⁰

1. Duldungspflicht nach § 906 Abs. 1 BGB (Unwesentlichkeit)

Eine Duldungspflicht käme aus § 906 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn eine Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung festzustellen wäre. Maßgeblich hierfür ist das Empfinden eines „verständigen“ Durchschnittsmenschen im Hinblick auf Natur und Zweckbestimmung des Grundstücks,⁴¹ wobei eine wesentliche Beeinträchtigung jedenfalls dann vorliegt, wenn sie dem Eigentümer nicht mehr zuzumuten wäre.⁴² Unabhängig von dem konkreten Umfang der drohenden Überflutung des Grundstücks erscheint eine solche bereits grundsätzlich nicht unwesentlich, mithin weil jede

²⁷ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 236).

²⁸ Spohnheimer in: Reymann (Rn. 3), § 1004 Rn. 471.

²⁹ BGH verlangt keine Verkehrspflichtverletzung, vgl. BGH NJW 1986, 2640; BGH NJW 1993, 925.

³⁰ BGH NJW-RR 2020, 1099 (Rn. 14); OLG Hamm NJW-RR 1999, 1324 (1324f.).

³¹ BGH NJW 1985, 1773 (1774); BGH NJW 1995, 2633 (2634).

³² OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 202).

³³ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 214).

³⁴ Zur besonders politischen Natur dieses Falls siehe: OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 230-232).

³⁵ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 199).

³⁶ Ebd.

³⁷ BGH NZM 2019, 893 (896); Raff, in: Säcker (Fn. 11), § 1004 Rn. 159.

³⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 12 Rn. 8.

³⁹ Spohnheimer in: Reymann (Fn. 2), § 1004 Rn. 47.

⁴⁰ Wellenhofer, Sachenrecht, 39. Aufl. 2024, § 24 Rn. 25.

⁴¹ Berger in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2023, § 906 Rn. 3.

⁴² BGH NZM 2005, 226 (229); zu Wesensgleichheit vgl. OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 253).

wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks hierdurch in erheblicher Form erschwert würde.⁴³ Eine Duldungspflicht nach § 906 Abs. 1 BGB ist daher abzulehnen.

2. Duldungspflicht nach § 906 Abs. 2 BGB (Ortsübliche Benutzung)

Eine Duldungspflicht käme ferner in Betracht, wenn die zu den Immissionen führende Grundstücksnutzung ortsüblich wären und wirtschaftlich vertretbare Maßnahmen sie nicht verhindern könnten, § 906 Abs. 2 BGB. Der § 906 BGB wird allgemein als „Generalnorm des zivilrechtlichen Nachbarschutzes“ verstanden, der einen Interessenausgleich unter Grundstückseigentümern sicherstellen soll, sodass sämtliche Eigentümer ihren widerstreitenden, aber prinzipiell gleichrangigen Nutzungsinteressen zugunsten einer adäquaten wirtschaftlichen Nutzung nachgehen können.⁴⁴ Die h.M. fordert hieraus, dass für eine Anwendung des § 906 BGB auch das Vorhandensein eines Nachbarschaftsverhältnisses erforderlich ist. Hierfür spricht auch der Begriff der ortsüblichen Nutzung in § 906 Abs. 2 BGB sowie der dogmatische Gedanke, dass Duldungspflichten darauf beruhen, dass Nachbarn rechtlich und tatsächlich in der Lage waren, sich gegen die Errichtung oder den Betrieb der emittierenden Anlage zur Wehr zu setzen. Es erscheint daher angemessen, privatrechtliche Ansprüche abzulehnen, wenn von diesen Möglichkeiten kein (erfolgreicher) Gebrauch gemacht wurde.⁴⁵ Mithin sollen das öffentliche und privatrechtliche Immissionsschutzrecht harmonisiert werden.⁴⁶ Wie genau diese Nachbarschaft zu bestimmen ist, ist mithin umstritten, allerdings impliziert der Wortlaut einen jedenfalls in irgendeiner Form räumlich abgrenzbaren Anwendungsbereich.⁴⁷

Die Bildung eines solchen Bereichs erscheint für ein deutsches Kraftwerk und ein peruanisches Grundstück allerdings nicht möglich. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass das Grundstück des P von der Emission in einer über die Allgemeinheit hinausgehenden Weise betroffen wäre. Ferner hatte er auch, jedenfalls faktisch, keine Möglichkeit sich gegen die Errichtung und den Betrieb des Kraftwerks juristisch zu wehren, sodass er insgesamt nicht zur Nachbarschaft der E zählen kann. Die konkrete Bedrohung des

⁴³ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 250-253).

⁴⁴ Klimke in: Krüger, beck-online.Großkommentar BGB, 15.10.2024, § 906, Rn. 2.

⁴⁵ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 266).

⁴⁶ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 267).

⁴⁷ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 266).

⁴⁸ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 257-260).

⁴⁹ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 270).

⁵⁰ Giesberts in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 74. Ed., BImSchG § 14, Rn. 1-13.

⁵¹ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 277f.).

⁵² Vgl. OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 279 – 281); Insbesondere soll das UmweltHG Geschädigte niemals schlechterstellen, sondern nur Vorteile, insb. Schadensersatz herbeiführen. Siehe hierzu §§ 1, 18 I UmweltHG.

Grundstücks von P folgt vielmehr aus einer Kausalkette, die nicht mit der räumlichen Nähe zu E in irgendeiner Verbindung steht.⁴⁸ Eine Anwendbarkeit von § 906 Abs. 2 BGB ist daher abzulehnen.

3. Erst-Recht-Schluss aus § 906 Abs. 2 BGB

Die Tatsache, dass unmittelbare Nachbarn von E gegebenenfalls einer Duldungspflicht unterliegen, könnte darauf hindeuten, dass Grundstücke außerhalb dieses Nachbarschaftsbereichs keinen weitergehenden Schutz genießen und somit ebenfalls einer Duldungspflicht unterliegen würden.

Dies erscheint aber keineswegs zwingend. Eine gewollte Schlechterstellung fernliegender Grundstücke ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich und mit dem grundrechtlich gewährleisteten Eigentumsschutz und dem Inhalt der §§ 903, 985, 1004 BGB nicht zu vereinbaren. Von wo die Beeinträchtigung eines Grundstücks ausgeht, macht für den Eigentümer mithin keinen Unterschied. Ein Grund dafür, dass der Eigentümer eines fernliegenden Grundstücks dessen Beeinträchtigung oder gegebenenfalls vollständige Zerstörung hinnehmen sollte, ohne wie der Nachbar eine Entschädigung verlangen zu können, ist nicht ersichtlich.⁴⁹

4. Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)

Ferner könnte eine Duldungspflicht aus § 14 BImSchG folgen. Dieser schließt privatrechtliche Abwehransprüche des Nachbarn gegen den Betrieb einer genehmigten Anlage regelmäßig aus und verweist auf Schutzvorkehrungen. Allerdings geht § 14 BImSchG mit einer sog. qualifizierten Betroffenheit von der gleichen Grundannahme wie § 906 Abs. 2 BGB aus. Qualifiziert betroffene Bürger hatten die Möglichkeit im Genehmigungsverfahren Einwendungen gegen den Betrieb geltend zu machen (vgl. §§ 5, 10 Abs. 3 BImSchG)⁵⁰ und P hatte diese Möglichkeit gerade nicht.⁵¹

Auch aus dem Umwelthaftungsgesetz ergibt sich nichts Abweichendes.⁵²

5. (Deutsche) Erlaubnisse und Genehmigungen

Letztlich ist in Betracht zu ziehen, dass Erlaubnisse und

Genehmigungen (aus Deutschland) für den Betrieb der Anlagen und Zertifikate nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) eine Duldungspflicht begründen könnten. Allerdings begründen behördliche Erlaubnisse nicht generell Duldungspflichten Dritter.⁵³ Ebenso lässt sich den öffentlich-rechtlichen Genehmigungsnormen – namentlich § 5 Abs. 2 BImSchG und § 4 TEHG – nicht entnehmen, dass ein Emittent allein durch die Einhaltung dieser Vorschriften stets rechtmäßig handelt.⁵⁴ Zum einen knüpft diese Auffassung ausschließlich an ein mögliches Handlungsunrecht an, während es für § 1004 BGB auf das Erfolgsunrecht ankommt.⁵⁵ Zum anderen beziehen sich die betreffenden Genehmigungen, insbesondere nach dem TEHG, lediglich auf Überlegungen zur Vereinbarkeit der Treibhausgasemissionen mit dem globalen Klima insgesamt; Aussagen über die Zumutbarkeit gegenüber individuell Betroffenen enthalten sie dagegen nicht.⁵⁶ Auch das TEHG begründet keine Duldungspflicht.

6. Zwischenergebnis

Eine Duldungspflicht ist damit nicht ersichtlich und die Rechtswidrigkeit nicht aufgehoben.

VI. Mitverursachung des Klägers (§ 254 BGB analog)

Möglicherweise könnte es für den Anspruch hinderlich sein, wenn dem P ein Mitverschulden, beziehungsweise eine Mitverursachung vorzuwerfen wäre. Die h.M. wendet § 254 BGB und für den Fall einer Mitverursachung § 254 analog auf den § 1004 BGB an, da die dortigen Ansprüche, jedenfalls in der höchstgerichtlichen Anwendung, schadenersetzende Wirkung haben und der Inhalt dann aber nicht weiter als § 823 BGB gehen dürfe;⁵⁷ dies trotz erheblicher dogmatischer⁵⁸ und systematischer⁵⁹ Bedenken. Anknüpfungspunkt hierfür könnte die Errichtung des Wohngebäudes an einem Ort, der (jedenfalls nun) entsprechend gefährdet ist, sein. Grundsätzlich erscheint es denkbar einen Anspruch aus § 1004 BGB entfallen zu lassen, wenn Vorkehrungen zur Schadensabwehr unterlassen wurden oder sich die Sache in einem erheblich mangelhaften Zustand befand.⁶⁰ Hier befindet sich das Grundstück etwa 25 Kilometer von dem See entfernt und mithin in einem urbanen Siedlungsgebiet, sodass auch ein Fahrlä-

sigkeitsvorwurf unbillig erscheint. Eine relevante Mitverursachung ist nicht ersichtlich.

VII. Ergebnis

P kann von E nicht Zahlung der 17.000 EUR verlangen.

Fazit

Es springt ins Auge, dass eine Klageabweisung mit wenigen Sätzen möglich gewesen wäre, das OLG Hamm jedoch bewusst zu einem obiter-dictum-Rundumschlag ausgeholt hat. Zahlreiche angrenzende Rechtsfragen werden ausführlich erörtert, obwohl dies für die konkrete Entscheidung nicht erforderlich gewesen wäre. Das Ergebnis erscheint sicher vertretbar, insbesondere vor dem Hintergrund bestehender BGH-Leitentscheidungen aber nicht zwingend. Besonders deutlich zeigt sich dies, wenn das OLG begründet, weshalb im Vergleich zu den „Klassikerfällen“ Abweichungen geboten sein, oder wenn es den Prognosezeitraum für das Überflutungsrisiko auf 30 Jahre begrenzt.

Wissenswert ist das Urteil, weil ähnlich gelagerte Fälle mit stärker gefährdeten Grundstücken sehr gut denkbar sind. Trotz des vom OLG Hamm betonten Einzelfallcharakters⁶¹ ist ein Wiederaufgreifen der Rechtsfragen daher dringend zu erwarten.

⁵³ BGH NJW 1998, 3264 (3265); OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 283).

⁵⁴ OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 284).

⁵⁵ Spohnheimer in: Reymann (Fn. 2), § 1004 Rn. 47.1.

⁵⁶ vgl. BGH NJW 1998, 2436 (2436); zur zeitl. Anwendbarkeit: OLG Hamm NJW 2025, 2171 (Rn. 284-286).

⁵⁷ BGH NJW 2012, 1080 (1080); Spohnheimer in: Reymann (Fn. 2), § 1004 Rn. 250.

⁵⁸ Spohnheimer in: Reymann (Fn. 2), § 1004 Rn. 252.

⁵⁹ Raff, in: Säcker (Fn. 1) § 1004 Rn. 254.

⁶⁰ BGH NJW 2012, 1080 (1080); BGH NJW 1997, 2234 (2234).

⁶¹ OLG Hamm BeckRS 2025, 11476 (Rn. 458).

Kein Verwaltungsrechtsweg gegen schlichte Parlamentsbeschlüsse (Aufgabe der "doppelten Verfassungsunmittelbarkeit")

stud. iur. Kevin Riebe

BVerwG, Urt. v. 26.03.2025 – 6 C 6.23 (OVG Berlin-Brandenburg)

§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO; § 17a GVG

Sachverhalt (gekürzt und abgewandelt)

K ist Mitglied und Unterstützer der "Boycott, Divestment and Sanctions"-Bewegung (BDS). Er organisiert seit Jahren Vorträge und Podien, die sich politisch mit dem Staat Israel auseinandersetzen und beantragt hierfür regelmäßig die Nutzung öffentlicher Räume sowie kommunale finanzielle Zuschüsse.

Die BDS-Bewegung ist eine internationale politische Kampagne, die durch Boykott-, Desinvestitions- und Sanktionsaufrufe Druck auf den Staat Israel ausüben will. Die Bewegung besteht aus einem Netzwerk von Organisationen und Einzelpersonen. Seit Jahren ruft die BDS zum Boykott israelischer Waren und Dienstleistungen auf und ist Gegenstand intensiver gesellschaftlicher und politischer Kontroversen. Befürworter sehen in ihr eine gewaltfreie Protestform zur Unterstützung palästinensischer Anliegen, Kritiker betonen antisemitische Argumentationsmuster und eine delegitimierende Ausrichtung gegenüber Israel.

Als Reaktion haben mehrere Kommunen und öffentliche Einrichtungen Leitlinien beschlossen, die einen Zugang zu öffentlichen Einrichtungen sowie die finanzielle Förderung BDS-naher Veranstaltungen einschränken.

Am 17. Mai 2019 fasste der Deutsche Bundestag auf Antrag mehrerer Fraktionen den Beschluss "Der BDS-Bewegung entschlossen entgegentreten – Antisemitismus bekämpfen" (BT-Drs. 19/10191) als schlichten Parlamentsbeschluss.

Der Kläger, der entsprechende Veranstaltungen organisiert und die BDS-Kampagne unterstützt, macht geltend, ihm sei unter Hinweis auf den Beschluss mehrfach die Nutzung öffentlicher Einrichtungen verweigert worden; außerdem habe es Anfeindungen und Redeverbote gegeben. K erhebt Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland und beantragt, den Beschluss vom 17. Mai 2019, hilfsweise bestimmte Passagen, als mit seinen Grundrechten unvereinbar und für nichtig zu erklären. Das Verwaltungsgericht Berlin hält den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO für eröffnet, weist die Klage aber im Wesentlichen ab.

Auf die Berufung stuft das OVG Berlin-Brandenburg den Rechtsstreit als verfassungsrechtlicher Art ein und erklärt den Verwaltungsrechtsweg für nicht eröffnet, weil der Bundestag als Verfassungsorgan durch schlichten Parlamentsbeschluss gehandelt habe.

Bearbeitungsvermerk:

Es ist ausschließlich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu prüfen.

EINORDNUNG

Für § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO kommt es nicht (mehr) auf die "doppelte Verfassungsunmittelbarkeit" an. Entscheidend ist, ob im Kern das Organhandeln eines Verfassungsorgans in seinen verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen streitentscheidend ist.

Wird Rechtsschutz gegen einen sog. schlichten Parla-

mentsbeschluss (politische Resolution ohne Rechtsverbindlichkeit) ersucht, liegt grundsätzlich eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art vor. Eine verwaltungsgerichtliche Prüfung kommt (nur) bei exekutiven Umsetzungshandeln der Verwaltung in Betracht. Der Verwaltungsrechtsweg ist demnach nicht eröffnet. Zuständig ist ausschließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit (regelmäßig Verfassungsbeschwerde zum BVerfG; in Nieder-

sachsen zum Staatsgerichtshof als Landesverfassungsgericht).

LEITSÄTZE

1. Die Annahme einer nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entzogenen Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art setzt nicht voraus, dass ausschließlich Verfassungsrechtssubjekte beteiligt sind (sog. "doppelte Verfassungsunmittelbarkeit"). Maßgeblich ist vielmehr, ob es im Kern des Rechtsstreits um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht.
2. Begehren Einzelpersonen Rechtsschutz gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss, das heißt eine allgemeine politische Willensäußerung des Parlaments ohne rechtliche Verbindlichkeit, handelt es sich generell um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, für die nicht der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, sondern ausschließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist.
3. Die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 GVG gilt nicht im Verhältnis von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die keinem anderen Gericht zugewiesen ist.¹

ANMERKUNG

Aufdrängende Sonderzuweisungen, bspw. aus dem Beamtenrecht (§ 54 Abs. 1 BeamtStG, § 126 Abs. 1 BBG) oder § 25 Abs. 1 JuschG, §§ 12, 112 Abs. 3 HandwO, § 54 BAföG, usw. sind mangels Sachnähe hier unbedeutlich.

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn das maßgebliche Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, öffentlich-rechtlicher Natur ist.² [...]

II. Nichtverfassungsrechtlicher Art (Abgrenzung zum Organstreitverfahren)

Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art, wenn nicht ausschließlich Verfassungsorgane um die Anwendung von Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).³

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
- I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
- II. Nichtverfassungsrechtlicher Art
 - 1. Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit
 - 2. Materielle Abgrenzung
 - 3. Schlichte Parlamentsbeschlüsse
 - a) Verfassungsrechtliche Befugnis
 - b) Vergleichbarkeit mit staatlichem Informationshandeln
 - c) Keine Einschränkung durch Grundrechte
- III. Hilfsgutachterlich: Keine abdrängende Sonderzuweisung
- B. Ergebnis

1. Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit

Zunächst ist als formelles Merkmal der Streit zwischen Verfassungsorganen oder am Verfassungsleben unmittelbar Beteiligten sowie als materielles Merkmal ein Streit über Auslegung oder Anwendung von Staatsverfassungsrecht erforderlich.⁴ Hier klagt ein Bürger gegen den Bundestag. Mithin scheitert es bereits am formellen Merkmal.

2. Materielle Abgrenzung

Die Streitigkeit könnte ferner verfassungsrechtlicher Art sein, wenn im Kern die spezifisch verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen eines Verfassungsorgans betroffen sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solchem betroffen ist.⁵ Der Bundestag hat hier eine politische Entschließung gefasst. Die Frage, ob und wie das Parlament solche Willensbekundungen treffen darf, be-

¹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 45. EL 2024, § 40, Rn. 93ff. *passim*; Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Auflage 2025, § 40 Rn. 75.

² Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Fn. 1), § 40, Rn. 200f.; Wysk (Fn. 1), § 40 Rn. 93.

³ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Fn. 1), § 40, Rn. 136f.; Wysk (Fn. 1), § 40 Rn. 89.

⁴ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Fn. 1), § 40, Rn. 136–141; Wysk (Fn. 1), § 40 Rn. 93.

⁵ Reimer, in: BeckOK VwGO, 74. Edition, Stand: 01.04.2025, § 40 Rn. 93.

trifft seine verfassungsrechtliche Rolle in der öffentlichen Willensbildung, Art. 38 Abs. 1 S. 2, Art. 20 Abs. 2 GG.

ANMERKUNG

Kernindikatoren sind die Funktion (Willensbildung vs. Sachaufgabenerfüllung), die Rechtsgrundlage (unmittelbares Verfassungsrecht vs. Annex zu einfachgesetzlicher Aufgabe) und die Bindungswirkung (politische Erklärung ohne Rechtsverbindlichkeit).

3. Schlichte Parlamentsbeschlüsse

Fraglich ist, ob das Vorgehen gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Schlichte Parlamentsbeschlüsse sind "außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens" reine politische Willensäußerungen ohne Regelungswirkung nach außen.⁶

a) Verfassungsrechtliche Befugnis

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Kompetenznorm, die Befugnis folgt unmittelbar aus der Stellung des Bundestags als zentrale Repräsentations- und Diskursinstanz der Demokratie (d.h. demokratisch legitimierte Volksvertretung), Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG. Damit nimmt das Parlament spezifisch verfassungsrechtliche Funktionen wahr.⁷

b) Vergleichbarkeit mit staatlichem Informationshandeln

Öffentliches Informationshandeln der Regierung stützt sich regelmäßig auf die Annexkompetenz zur jeweiligen Sachaufgabe und unterliegt der verwaltungsrechtlichen Kontrolle. Demgegenüber sind Parlamentsentschließungen Ausdruck verfassungsumittelbarer Willensbildung ohne einfachgesetzliche Aufgabenbindung.

ANMERKUNG

Für gewöhnlich sind Ausführungen zu staatlichem Informationshandeln im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zu verordnen, hier allerdings ein hilfreiches Element der Abgrenzung.

⁶ VG Berlin, Urt. V. 0710.2021 – VG 2 K 79/20, BeckRS 2021, 29696; Reimer, § 40 Rn. 102 ff.; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Fn. 1), VerwR, § 40, Rn. 140.

⁷ Geeignet ist hier der Vergleich von Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 GG mit bspw. Art. 30 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 Verf NRW.

⁸ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Auflage 2024, § 11 Rn. 49 f.; Reimer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Auflage 2024, § 40 Rn. 102 ff.; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Fn. 1), § 40, Rn. 149.

c) Keine Einschränkung durch Grundrechte

Weder Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG noch der allgemeine Justizgewährungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) erzwingen Fachgerichtsschutz, wenn ein Verfassungsorgan spezifisch verfassungsrechtliche Kompetenzen wahrnimmt. Rechtsschutz ist dann verfassungsrechtlich, geprüft wird die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.⁸

III. Hilfsgutachterlich: Keine abdrängende Sonderzuweisung

Der Verwaltungsrechtsweg wäre ebenso ausgeschlossen, wenn eine abdrängende Sonderzuweisung einschlägig ist. Eine abdrängende Sonderzuweisung liegt hier jedoch nicht vor.

ANMERKUNG

Im Kontext des Verwaltungsrechtsweges sind besonders § 23 Abs. 1 EGGVG nebst § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO sowie Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG zu beachten.

B. Ergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist nicht eröffnet. Die Klage vor dem Verwaltungsgericht wäre unzulässig. Zuständig für den Rechtsschutz gegen den Bundestagsbeschluss ist ausschließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit, hier in Form der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG.

Eine unmittelbare Verweisung an das Bundesverfassungsgericht kommt nicht in Betracht, da es selbst kein Fachgericht, sondern ein besonderes Verfassungsorgan ist. Die Verwaltungsgerichte können den Rechtsstreit daher lediglich endgültig abweisen, jedoch nicht an das Bundesverfassungsgericht weiterreichen. In seinem Urteil hob das Bundesverwaltungsgericht hervor, dass § 17a Abs. 2 GVG hier entsprechend nicht anwendbar ist.

Auch die Prüfungssperre nach § 17a Abs. 5 GVG steht einer Korrektur nicht entgegen, da sie im Verhältnis zur Verfassungsgerichtsbarkeit keine Anwendung findet.

FAZIT

Mit diesem Urteil präzisiert die Rechtsprechung die Prüfung des Verwaltungsrechtswegs und bestätigt die – in der Literatur auch zuvor thematisierte⁹ – Abkehr von dem Kriterium der "doppelten Verfassungsunmittelbarkeit". Zur Herleitung und Argumentation eignen sich auch weiterhin formelles und materielles Element der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit. Nur bedarf es vielmehr einer materiellen Prüfung des Kernes jedes Rechtsstreites.

⁹ Dazu Bethge, Das Phantom der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, JuS 2001, 1110; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Fn. 1), § 40 Rn. 136–142 *passim*.

BGH, Urteil vom 07.10.2025 – VI ZR 246/24, NJW 2025, 3579

Prestige und Fahrgefühl begründen keine Nutzungsausfallentschädigung

In seiner gefestigten Rechtsprechung bestätigte der BGH, dass ein Nutzungsausfallschaden nicht bestehe, soweit dem Geschädigten ein Ersatzfahrzeug zustehe, dessen Nutzung ihm zumutbar sei. Konkret lag dem BGH bei der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin schloss mit einer GmbH einen Leasingvertrag über einen Porsche 911, welchen sie ihrem Geschäftsführer zur Nutzung überließ. Infolge eines Unfalls erlitt der Porsche einen Totalschaden. Zunächst wurde die beklagte Versicherung des Unfallgegners auf Zahlung der Mietkosten für ein Ersatzfahrzeug, einen Citroen DS3 Cross, und im Anschluss auf Zahlung eines Nutzungsausfallschadens für die Porsche-Nutzung, unter Abzug der Mietwagenkosten, in Anspruch genommen.

Der BGH stellte fest, dass grundlegend sowohl Ansprüche der Klägerin selbst als auch Ansprüche des Geschäftsführers aus abgetretenem Recht in Betracht kamen. Hierbei handle es sich um unterschiedliche Streitgegenstände. Da keine Klagehäufung vorlag, könne sich die Klageschrift nur auf einen Streitgegenstand beziehen. Die Klägerin verwies in der mündlichen Verhandlung wiederholt auf die Geltendmachung der Nutzungsausfallentschädigung aus dem Recht des Geschäftsführers, sodass der BGH einen Anspruch auf eine Nutzungsausfallentschädigung aus abgetretenem Recht zugunsten der Klägerin prüfte. Grundsätzlich könne dem Leasingnehmer eine Nutzungsausfallentschädigung zustehen, wenn die fehlende Nutzungsmöglichkeit einen Vermögensnachteil nach sich ziehe. Der Mobilitätsvorteil eines Kfz sei dabei ein vermögenswerter Vorteil. An einem fühlbaren Nutzungsausfall fehle es allerdings, wenn dem Geschädigten durch einen Dritten die Nutzung eines Ersatzfahrzeugs möglich gemacht werde. Zwar könne in Anerkennung des § 843 Abs. 4 BGB der Schädiger nicht durch die Nutzungsgewährung eines Dritten positiv entlastet werden. Allerdings sei eine derartige Entlastung dann nicht anzunehmen, soweit der Dritte gleichviel ein rechtliches Interesse an der Nutzung des Geschädigten hat und den Schädiger auf Ersatz der Mietwagenkosten in Anspruch nehmen könne. Überdies beurteile sich die Zumutbarkeit anhand der alltäglichen Nutzbarkeit zur eigenwirtschaftlichen Lebensführung. Die Lebensqualität erhöhende Vorteile, wie Prestige, Fahrgefühl und individueller Genuss, seien dagegen nicht materiell ersatzfähig und damit auch nicht in der Beurteilung der Zumutbarkeit anzuführen. Entsprechend lehnte der BGH einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens aus abgetretenem Recht ab.

BGH, Urteil vom 11.09.2025 – III ZR 274/23, NJW-RR 2025, 1336

Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch aus Drittschadensliquidation

In der aktuellen Entscheidung wird vom BGH klargestellt, dass die Grundsätze der Drittschadensliquidation anzuwenden sind, soweit nicht die Beklagte, welche mit dem Kläger eine vertragliche Vereinbarung eingegangen ist, sondern eine von der Beklagten gegründete Gesellschaft für die Pflichtverletzung des Klägers einzustehen hat. Ein derartiger im Rahmen der Drittschadensliquidation abzutretender Anspruch könne mit Ansprüchen des Klägers aufgerechnet werden.

Der Kläger und die Beklagte schlossen einen Vorvertrag, nach welchem der Kläger für die Beklagte unter Zahlung von monatlich 1.000 € freiberuflich tätig werden sollte. Die von der Beklagten gegründete Gesellschaft mietete daraufhin Räumlichkeiten an, in denen der Kläger seine Tätigkeit ausüben sollte. Nachdem die Beklagte seit Februar 2019 die Zahlungen für die freiberufliche Tätigkeit einstellte und erst zum November 2020 den Vertrag mit dem Kläger kündigte, verlangte dieser klageweise die Zahlung für die ausstehende Vergütung in Höhe von 22.000 €. Hiergegen rechnete die Beklagte Forderungen der Gesellschaft aus dem Mietverhältnis wegen Nutzungsentzündigung aus § 546a Abs. 1 BGB auf. Dabei stellte der BGH klar, dass in der Weiternutzung der angemieteten Räume durch den Kläger trotz Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses eine Pflichtverletzung vorlag, die einen Schadensersatzanspruch dem Grunde nach begründet. Jedoch lag der Schaden nicht bei der Beklagten, sondern bei der von ihrer gegründeten Gesellschaft vor. Da der Schaden

in diesem Fall zufällig auf die Gesellschaft verlagert worden war, könne die Beklagte den Schadensersatzanspruch hieraus im Sinne der Drittschadensliquidation geltend machen. Gegen einen derartigen Anspruch der Beklagten müsse allerdings auch der Kläger eigene Ansprüche aufrechnen dürfen, die infolge des Beschäftigungsverhältnisses entstanden sind.

BGH, Urteil vom 06.08.2025 – VIII ZR 250/23, BeckRS 2025, 27144 = RÜ 2025, 661

Haftung des Vermieters bei Glätte trotz Beauftragung des Winterdienstes durch Wohnungseigentümergemeinschaft

Der BGH entschied über einen Haftungsstreit aus einem Mietverhältnis. Die Klägerin mietete eine Wohnung, die im Alleineigentum der beklagten Vermieterin steht und zu einer Wohnungseigentümergemeinschaft gehört. Die Wohnungseigentümergemeinschaft beauftragte einen Winterdienst mit der Reinigung der in ihrem Eigentum stehenden Wege. Die Mieterin stürzte auf einem Weg der Wohnungseigentümergemeinschaft. Im Anschluss begehrte sie klageweise Schadensersatz von ihrer Vermieterin.

Der BGH bestätigte, dass sich eine etwaige Schadensersatzforderung der Mieterin gegen die Vermieterin und nicht gegen die Wohnungseigentumsgemeinschaft richtet. Im konkreten Fall habe die Vermieterin eine Nebenpflicht verletzt, da der Weg zur Wohnung durch den unterlassenen Winterdienst nicht verkehrssicher war. Die Nebenpflicht eines Vermieters bestehe darin, einen verkehrssicheren Zugang zu der Mietsache zu gewähren. Wenn sich die Vermieterin einem Erfüllungsgehilfen bediene, hafte sie für ihn nach den vertraglichen Voraussetzungen des § 278 BGB. Der beauftragte Winterdienst habe den Weg nicht verkehrssicher hinterlassen, was sich die Vermieterin wie ihr eigenes Verschulden zurechnen lassen müsse. Die Haftung kann hingegen nicht auf die Wohnungseigentümergemeinschaft als Auftraggeber des Winterdienstes zurückgeführt werden. Vielmehr sei auf die Vermieterin als Vertragspartei ungeachtet der konkreten Eigentumsverhältnisse abzustellen. Im Ergebnis hafte die Vermieterin daher aus einem vertraglichen Anspruch.

OLG Celle, Urteil vom 11.06.2025 – 14 U 138/23, NJW-RR 2025, 1314

Schadensersatz bei Sturz in einen Sickerschacht

Das OLG Celle bestätigt mit dem vorliegenden Urteil die Haftung einer Gemeinde für einen Sturz eines Passanten in einen bedeckten Sickerschacht. Der Kläger, ein Passant, stürzte beim Spazierengehen beim Auftreten auf einen Gullydeckel in den darunter liegenden Schacht und erlitt hierbei erhebliche Verletzungen. Daraufhin forderte er klageweise von der Gemeinde die Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Heilbehandlungskosten sowie Schmerzensgeld.

Eine Gemeinde haftet nach § 2 Abs. 1 HaftPflG, soweit sie Inhaber einer Anlage ist, die aufgrund eines nicht ordnungsgemäßen Zustandes zu einem Schaden führt. Die Beweislast für das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Zustandes treffe den Inhaber der Anlage. Dieser Beweis gelang der Gemeinde nicht. Weiter könne die Gemeinde sich auch nicht auf den Ausschlussgrund der höheren Gewalt aus § 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftPflG berufen. Höhere Gewalt sei anzunehmen, wenn der Schaden durch ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen Dritter herbeigeführtes Ereignis herbeigeführt worden ist, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Inhaber der Anlage hinzunehmen ist. Zwar könne insofern das zufällige Herausheben des Schachtdeckels durch unbefugte Dritte nicht dem Wesen der Gefährdungshaftung entsprechen und damit regelmäßig eine höhere Gewalt darstellen. Daher sei die Gemeinde regelmäßig nicht verpflichtet, besondere Schutzvorrichtungen anzubringen, um etwaige Passanten zu schützen. Allerdings könne sich etwas anderes ergeben, wenn der Gemeinde aufgrund besonderer Umstände, insbesondere aufgrund früherer Vorkommnisse, hätte bekannt sein müssen, dass der Gullydeckel von unbefugten Dritten herausgehoben wird. Entsprechend hätte die Gemeinde den Gullydeckel durch besondere Schutzvorrichtungen für Passanten sichern müssen. Daher sei der Anspruch nicht aufgrund höherer Gewalt ausgeschlossen.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG - 2 BvR 934/19, Beschl. v. 29.9.2025 (religiöses Selbstbestimmungsrecht einer Diakonie)

Das religiöse Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV umfasst alle Maßnahmen, die der Sicherstellung der religiösen Dimension des Wirkens und der Wahrung der unmittelbaren Beziehung der Tätigkeit zum Grundauftrag der Religionsgemeinschaft dienen. Darunter fällt auch die rechtliche Vorsorge für die Wahrnehmung kirchlicher Dienste durch die Auswahl der Arbeitnehmer (= Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung) und den Abschluss entsprechender Arbeitsverträge.

Im Hinblick auf die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften im Bereich des Arbeitsrechts bestehen keine unüberwindbaren Widersprüche zwischen dem nationalen Verfassungsrecht und dem Unionsrecht. Im Einklang mit den einschlägigen Gewährleistungen der Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention unterscheiden Verfassungsrecht wie Unionsrecht grundsätzlich zwischen einer unzulässigen theologischen Bewertung des religiösen Ethos durch die staatlichen Gerichte einerseits und der rechtsstaatlichen Beschränkung der Durchsetzung des religiösen Selbstbestimmungsrechts im Bereich des staatlichen (Gleichbehandlungs-)Rechts andererseits.

BVerwG - 4 C 2.24, Urt. v. 20.5.2025 (zulässiger Wohnanteil im faktischen Kerngebiet)

Der Gebietscharakter wird durch das Vorkommen nur ausnahmsweise zulässiger Nutzungen noch nicht in Frage gestellt, solange beispielsweise die erkennbaren „Grundzüge der Planung“ nicht berührt werden (vgl. § 31 Abs. 1 BauGB). Etwas anderes gilt dann, wenn die vorhandenen Vorhaben sich nicht auf wirkliche Ausnahmefälle beschränken, sondern gerade als „Ausnahmen“ eine eigene prägende Wirkung auf die Umgebung ausüben. Ausgehend von der Regelungssystematik des § 7 BauNVO ist ein faktisches Kerngebiet bei einer nicht unerheblichen, d.h. über Ausnahmen hinausgehenden sonstigen Wohnnutzung ausgeschlossen.

BVerwG - 6 C 5.24, Urt. v. 15.10.2025 (Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks)

Es fehlt an der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Beitragspflicht des § 2 Abs. 1 Rundfunkbeitragsstaatsvertrages (RBStV), wenn das Gesamtprogrammangebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Anforderungen an die gegenständliche und meinungsmäßige Vielfalt und Ausgewogenheit über einen längeren Zeitraum grundsätzlich verfehlt. Die Schwelle für eine Verletzung des Äquivalenzgebots zwischen Abgabenlast und Programmqualität ist jedoch hoch. Sie muss dem weiten Spielraum des Gesetzgebers Rechnung tragen und setzt daher ein grobes Missverhältnis voraus. Zudem ist es schwierig festzustellen, ob die gebotene Abbildung der Meinungsvielfalt und deren ausgewogene Darstellung im Gesamtprogrammangebot tatsächlich gelingt. Denn die programmatische Vielfalt und Ausgewogenheit ist ein Zielwert, der sich stets nur annäherungsweise erreichen lässt. Schließlich ist der grundrechtlich verbürgten Programmfreiheit Rechnung zu tragen. Diese berechtigt und verpflichtet die Rundfunkanstalten, die sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG – unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen – ergebenden Anforderungen an die Erfüllung des Rundfunkauftrags eigenverantwortlich sicherzustellen und anhand anerkannter Maßstäbe zu bestimmen, was der Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt. Vor diesem Hintergrund ist die Verfassungsmäßigkeit des Rundfunkbeitrags erst dann in Frage gestellt, wenn das aus Hörfunk, Fernsehen und Telemedien bestehende mediale Gesamtangebot aller öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter über einen längeren Zeitraum evidente und regelmäßige Defizite hinsichtlich der gegenständlichen und meinungsmäßigen Vielfalt erkennen lässt.

**BVerwG - 6 A 4.24, Urt. v. 24.6.2025 (Rechtswidrigkeit des Compact-Verbots)**

Die hinter der COMPACT-Magazin GmbH stehende Organisation erfüllt die Anforderungen des § 2 Abs. 1 VereinsG und muss sich die Tätigkeiten ihrer Teilorganisation, des „Elsässer Kreises“, zurechnen lassen. Sie erfüllt allerdings auch unter Einbeziehung der Aktivitäten ihrer Teilorganisation nicht den Verbotsgrund des § 3 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VereinsG i. V. m. Art. 9 Abs. 2 Alt. 2 GG. Zwar vertritt sie verfassungsfeindliche Positionen. Auch lässt sich das Merkmal des Sich-Richtens gegen die verfassungsmäßige Ordnung ohne Weiteres annehmen. Jedoch erreichen die verbotsrelevanten Äußerungen und Aktivitäten des „Elsässer-Kreises“ in der Gesamtwürdigung noch nicht die Schwelle der verfassungsfeindlichen Prägung.

HessVGH - 16 B 2457/24, Beschl. v. 19.9.2025 (Ausfuhr genehmigungen für Rüstungsexporte nach Israel)

Ein Dritter, der von einem Bescheid betroffen ist, ohne dessen Adressat zu sein, hat nur dann ein Recht zur Anfechtung des Verwaltungsakts, wenn er sich auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen kann, die ihn als Dritten zu schützen bestimmt ist. Eine solche Rechtsposition ergibt sich nach dem Beschwerdevortrag des Antragstellers weder unmittelbar aus den Vorschriften des Außenwirtschaftsrechts noch aus dem Grundgesetz oder einer daran orientierten Auslegung der außenwirtschaftlichen Vorschriften.

Außerdem kann sich der Antragsteller in der vorliegenden Verfahrenskonstellation auch nicht mit Erfolg auf eine auf der Verfassung basierende Schutzwürdigkeit der deutschen Staatsgewalt berufen, die ihm als Drittem eine Befugnis zur Anfechtung der konkreten Ausfuhr genehmigungen vermitteln könnte. Deshalb kommt es auf die Frage, ob das militärische Vorgehen Israels in Gaza – wie der Antragsteller vorträgt – als völker- beziehungsweise menschenrechtswidrig angesehen werden muss, nicht mehr entscheidungserheblich an.

OVG NRW - 5 B 451/25, Beschl. v. 8.7.2025 (Grundrechtsverletzung eines Buchautors durch Warnhinweis einer Stadtbibliothek)

Der von einer öffentlichen Bibliothek in einem Buch angebrachte Hinweis „Dies ist ein Werk mit umstrittenem Inhalt. Dieses Exemplar wird aufgrund der Zensur-, Meinungs- und Informationsfreiheit zur Verfügung gestellt.“ stellt einen Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit sowie in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Autors dar. Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt, weil er von der Aufgabenzuweisung in §§ 47, 48 Kulturgesetzbuch NRW nicht erfasst ist. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass sich mündige Staatsbürger in öffentlichen Bibliotheken mit Informationen versorgen, um sich – ohne insoweit gelenkt zu werden – eine eigene Meinung zu bilden.

OVG Schleswig-Holstein - 6 MB 28/25, Beschl. v. 17.10.2025 (Presserechtlicher Auskunftsanspruch)

Die behördliche Versagung einer Auskunft gegenüber einer Vertreterin oder einem Vertreter der Presse gemäß § 4 PresseG SH stellt bei der gebotenen Auslegung aus Adressatensicht auch unter Berücksichtigung der besonderen Garantien von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einen Verwaltungsakt dar. Um eine behördliche Auskunft gerichtlich zu erstreiten, ist daher in der Hauptsache nach prinzipiell erfolglosem Widerspruchsverfahren eine Verpflichtungsklage in Form einer Versagungsgegenklage zu erheben. Der in Literatur und Rechtsprechung ganz überwiegend vertretenen Auffassung, dass in Presseangelegenheiten die Auskunftserteilung im Wege der allgemeinen Leistungsklage durchzusetzen ist, wird nicht gefolgt.

VG Hannover - 10 A 5390/23, Urt. v. 27.9.2025 (Bundespolizeiliche Maßnahmen bei der Rückreise von Fußballfans)

Sowohl der Einsatz von Reizgas gegen Personen als auch ein zielgerichtetes Zurückschieben bzw. Zurückschubsen seitens eines Beamten stellen einen schwerwiegenden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar und vermögen trotz ihrer kurzzeitigen Erledigung ein besonderes Feststellungsinteresse zu begründen. Der sofortige Einsatz von Reizgas ohne den Erlass einer vorherigen Grundverfügung war hier aber zur Abwehr eines unmittelbaren Angriffs auf die Polizeibeamten durch den erwachsenen Sohn des Klägers nach § 6 Abs. 2 VwVG gerechtfertigt, und zwar aufgrund des plötzlichen und unvermittelten Angriffs auch ohne Androhung der Anwendung von Reizgas. Diese Maßnahme wurde nicht dadurch rechtswidrig, dass der Kläger selbst nicht ihr Adressat war, sondern nur Reizgas abbekam, welches sich gegen den Angriff des Sohnes richtete.

BGH 1 StR 430/23, Urt. v. 07.08.2024 (Erfolgsqualifikation bei Mittäterexzess)

Die vier Angeklagten C, I, P und Y, der gesondert verfolgte B sowie weitere unbekannte Täter griffen den A und den Nebenkläger D an. Grund hierfür war, dass A aus der Gruppierung „E. Kurden“ aussteigen wollte und damit gegen den „Ehrenkodex“ verstieß. Zusätzlich war A mit dem Y wegen eines Mädchens in Streit geraten und mit dem gesondert verfolgten B wegen seiner Beziehung zu dessen Schwester. Auf Bitten seines Cousins Y vereinbarte I mit dem A, mit dem er selbst keine Konflikte hatte, unter einem Vorwand ein Treffen. Später erfuhren auch die anderen Angeklagten vom geplanten Treffen und beschlossen gemeinsam dem A „eine körperliche Abreibung“ zu verpassen. Während der Schlägerei, bei der A mit Fäusten und einem Schlagstock attackiert wurde, stach ein Mittäter – vermutlich der gesondert verfolgte B – A mit einem Messer ins Herz. Die Angeklagten nahmen den Messereinsatz nicht wahr. A erlag später der Verletzung. Als D dem A zur Hilfe kam, wurde er ebenfalls schwer misshandelt und erlitt starke Kopfverletzungen. Das LG verurteilte die Angeklagten unter anderem wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 224 StGB) in zwei Fällen.

Die Revision der Staatsanwaltschaft war überwiegend erfolgreich und führte zu Aufhebung und Zurückverweisung. Nach Ansicht des BGH komme auch eine Verurteilung der Angeklagten C, P und Y wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB in Betracht, da ein Mittäter nicht selbst eine tödliche Verletzung zufügen müsse. Es sei ausreichend, wenn er zur Körperverletzung beitrage und ihm Fahrlässigkeit bezüglich des Todes vorzuwerfen sei. Eine Zurechnung sei auch bei einer Exzesshandlung möglich, wenn die Tat eine tödliche Eskalation begünstigt habe. Im vorliegenden Fall sei der Messerangriff zwar ein Exzess gewesen, doch P, Y und C hätten jeweils durch ihre Mitwirkung die Tat ermöglicht. Sie hätten den Einsatz eines Schlagstocks gebilligt und sich mit anderen spontan zusammengeschlossen, wodurch das Eskalationsrisiko gestiegen sei. Dem I sei der Mittäterexzess allerdings nicht zuzurechnen, da er im Gegensatz zu den anderen keine Kenntnis vom mitgeführten Schlagstock gehabt habe und auch nicht damit gerechnet habe. Bei ihm komme allerdings ein hinterlistiger Überfall nach § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht.

BGH 4 StR 260/24, Beschl. v. 14.08.2024 (Geldwäsche gem. § 261 StGB)

Der Mitangeklagte Ö war Mitglied einer Bande, die ältere Menschen durch Telefonbetrug unter Ausgabe als Bankmitarbeiter dazu brachte, ihre Girokarten und PINs herauszugeben. In einem Fall hob Ö planmäßig 1.000 Euro ab, nutzte die Karte aber anschließend eigenmächtig weiter. Er bat den Angeklagten A – der kein Mitglied der Bande ist – Schmuck zu beschaffen und übergab ihm die Karte samt PIN. A wusste, dass die Karte aus einer Straftat stammte, kannte aber keine Details. Er kaufte Schmuck im Wert von rund 4.000 Euro, den Ö für mindestens 2.000 Euro weiterverkaufte. A erhielt 800 Euro daraus. Später klärte Ö den A über die Herkunft der Karte und die genaue Vorgehensweise der Bande auf. In einem anderen Fall, der sich eine Woche später ereignete, erhielt A von Ö erneut eine durch Betrug erlangte Karte, um damit Schmuck für ca. 11.000 Euro zu kaufen. Der Kauf scheiterte jedoch wegen Kartensperrung, sodass keine Beute erzielt wurde. Das LG verurteilte den A wegen Unterschlagung und versuchter Unterschlagung sowie den Ö wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs.

Die Verurteilung des A wegen (versuchter) Unterschlagung hielt der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Da ihm der Schmuck gem. § 929 S. 1 BGB übereignet worden sei, habe er sich gerade keine fremde Sache zugeeignet. A habe sich vielmehr wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht, da der von ihm angekaufte Schmuck aus einer rechtswidrigen Tat herrühre. Für den Erwerb habe er nämlich die aus der Betrugsvortat des Ö stammende Girokarte verwendet. Diese stelle ein Zahlungsmittel dar, über das er allein aufgrund der Vortat habe verfügen können. Der aus ihr resultierende geldwerte Vorteil setze sich in dem erworbenen Schmuck fort, der daher ebenfalls aus der Vortat erlangt und somit „bemakelt“ sei. Darüber hinaus müsse sich der Vorsatz bei der Geldwäsche auch genau darauf erstrecken, wobei es ausreiche, wenn der Täter um eine „illegalen Herkunft“ der betreffenden Gegenstände wisse oder eine solche zumindest für möglich halte und billige, was hier der Fall gewesen sei. Die Strafbarkeit wegen Geldwäsche scheitere auch nicht an § 261 Abs. 7 StGB, da es für eine Vortatbeteiligung nicht ausreiche, dass der A jedwede Straftat habe fördern

wollen. Im zweiten Fall liege hingegen keine versuchte Geldwäsche vor, da diese aufgrund einer solchen Vortatbeteiligung ausscheide. Die Betrugstat sei nämlich noch nicht beendet gewesen. Dies wäre erst der Fall, wenn der letzte vom Tatplan erfasste Vermögensvorteil beim Täter endgültig eingetreten sei und die Tat im Ganzen ihren Abschluss gefunden habe. Da dies nicht der Fall gewesen sei, habe A sukzessive Beihilfe zum Betrug geleistet. Der Schulterspruch wurde vom BGH dahingehend geändert, dass A der Geldwäsche und Beihilfe zum versuchten Betrug schuldig ist.

BGH 3 StR 245/24, Urt. v. 20.08.2024 (Rücktritt von versuchter Körperverletzung nach erfolgreichem Raub)

Der A stach mit einer Rasierklinge mehrfach in Richtung des Oberkörpers eines Passanten P, um dessen Umhängetasche an sich zu bringen. Er traf ihn dabei nicht, aber er konnte die Tasche an sich bringen. Der Geschädigte verfolgte sodann den A, konnte jedoch nur die Tasche ohne Inhalt zurückerlangen. Das LG verurteilte den A wegen vollendeten schweren Raubes und versuchter gefährlicher Körperverletzung.

Der BGH hob das Urteil auf, da das LG es rechtsfehlerhaft versäumt habe, einen möglichen Rücktritt vom Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB zu erörtern. Es sei nicht fernliegend, dass der A mit Wegnahme der Tasche sein Ziel erreicht und freiwillig von weiteren Stichen mit der Rasierklinge in Richtung des bis dahin unverletzt gebliebenen Geschädigten abgesehen habe. Auch habe der A den P im Zuge der Verfolgung nicht erneut attackiert, obwohl ihm dies rein tatsächlich möglich gewesen sei. Damit würde ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch in Betracht kommen. Zudem führe eine aufsatzbedeutende Zielerreichung und die damit verbundene (vom Täter erkannte) Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung weder zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs noch werde dadurch die Freiwilligkeit eines Rücktritts vom unbeendeten Versuch ausgeschlossen. Die Sache wurde zur erneuten Verhandlung an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen.

BGH 2 StR 211/24, Beschl. v. 09.09.2024 (Provokationsfälle bei der Notwehr)

Der Angeklagte C geriet in eine körperliche Auseinandersetzung mit Mitgliedern der Familie A und wollte sich rächen. Gemeinsam mit B fuhr er am nächsten Tag zur Wohnanschrift der Familie, um sie einzuschüchtern. Sie einigten sich darauf, dass B eine Schusswaffe mitführt, die vorrangig zur Drohung gedacht war, aber notfalls auch zum Einsatz kommen sollte. Vor Ort bedrohte B mehrere Familienmitglieder mit der Waffe. Als weitere Personen hinzukamen und auf B zugingen, feuerte er – obwohl er hätte fliehen können – insgesamt acht Schüsse in Richtung der Beine ab, wobei zwei Personen verletzt wurden. Nachdem das Magazin leer war, wurde B von seinen Gegnern auf die andere Straßenseite gedrängt, zu Boden gebracht und massiv geschlagen. Der Angeklagte griff schließlich mit Pfefferspray ein, um B zu befreien, woraufhin beide fliehen konnten. Das LG verurteilte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in fünf Fällen in Tateinheit mit Bedrohung mit einem Verbrechen.

Das Urteil hielt der Überprüfung durch den BGH nicht stand, da das LG es rechtsfehlerfrei versäumt habe, eine mögliche Nothilfe des C zugunsten von B auszuschließen. Grundsätzlich werde die Verteidigungsbefugnis des Angegriffenen sowie – aufgrund ihrer akzessorischen Natur – gleichfalls diejenige des Nothelfers eingeschränkt, wenn der Angegriffene den Angriff provoziert habe. Erfolge eine Provokation nicht absichtlich, sondern – wie hier – (nur) vorsätzlich, werde dem Täter das Notwehrrecht nicht vollständig genommen. Die Anforderungen im Hinblick auf die Verteidigung seien jedoch umso höher, je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Provokation der Notwehrlage wiege. Wer die Notwehrlage provoziert habe, müsse das Risiko hinnehmen, dass ein minder gefährliches Abwehrmittel keine gleichwertigen Erfolgschancen habe. Die Urteilsgründe ließen nach Ansicht des BGH offen, ob der von C und B begonnene Angriff nicht bereits nach den Schüssen beendet gewesen sei und damit die Rollen von Angreifer und Angegriffenen möglicherweise gewechselt haben. Dann könnten die weiteren Schläge und Tritte gegen B ihrerseits einen rechtswidrigen Angriff darstellen, gegenüber dem die Möglichkeit einer Nothilfe des A grundsätzlich eröffnet war. Zudem habe die Strafkammer zur Beurteilung der Rechtfertigung fehlerhaft auf den Zeitpunkt des Schusswaffeneinsatzes abgestellt und sie aufgrund der in diesem Zeitpunkt vorliegenden Fluchtmöglichkeit abgelehnt. Es sei aber auf den Zeitpunkt des Einsatzes des Tatwerkzeugs – hier des Pfeffersprays – abzustellen. Darüber hinaus fehle es an Feststellungen zum Verteidigungswillen des Angeklagten und zur Möglichkeit des Einsatzes milderer Mittel. Aufgrund dieser Mängel wurde der Schulterspruch aufgehoben und der Fall zur erneuten Verhandlung an eine andere Strafkammer zurückverwiesen.

Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benutzungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden – echte Bedingungen eben.

Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?
- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?
- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?
- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?
- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?
- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung von Zwischenprüfungsleistungen mit mind. 15 Punkten; von Klausuren und Hausarbeiten aus den Großen Übungen sowie Studienarbeiten mit mind. 14 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

redaktion@hanoverlawreview.de

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten „Studienklausuren“. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzudrucken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte)

Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.

Klausur im Grundkurs BGB II, 15 Punkte

stud. iur. Maximilian Swenty

Die Klausur ist in der Veranstaltung Grundkurs BGB II im Wintersemester 2024/2025 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Malte Kramme, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt:

Teil 1 (Gewichtung 70 %):

A ist Betreiberin eines Restaurants, in dem sie deutsche Küche für ihre Gäste kocht. Dementsprechend hoch ist der Durchsatz an Kartoffeln, die sie jede Woche benötigt. Bei Bedarf lässt sie sich dazu montags im Laufe des Tages Kartoffeln von dem Bauernhof des B im Nachbarort liefern. Hierzu gibt sie donnerstags oder freitags die Bestellung bei B auf. Am 16.01.2025 (Donnerstag) schreiben sich A und B folgende E-Mails:

E-Mail von A an B, 16.01.2025, 12:53 Uhr:

Lieber B, für die kommende Woche bestelle ich 50 kg Kartoffeln zum üblichen Preis von 1,00 €/kg (Gesamtpreis 50 €). Auch sonst alles wie immer. Viele Grüße A

E-Mail von B an A, 16.01.2025, 13:36 Uhr:

Hallo A, alles klar, danke! VG B

Am folgenden Wochenende wird der Mitarbeiter M des B krank, sodass er die ganze folgende Woche ausfällt. Um trotzdem den vielen offenen Bestellungen gerecht zu werden, beschließt B die Bestellungen in dieser Woche ausnahmsweise nicht – so wie sonst – zu liefern, sondern zur Abholung bei sich auf dem Hof bereitzustellen. Schließlich habe B mit seinen Kunden die Lieferung gar nicht ausdrücklich vereinbart. Er hat gehört, dass man die Lieferung explizit in den Vertrag aufnehmen müsse, um hierauf einen Anspruch zu haben. B informiert A am 20.01.25 (Montag) nachmittags darüber, dass sie die Kartoffeln nun bei ihm auf dem Hof abholen könne.

A ist in ihrem Restaurant aufgrund des Fachkräftemangels sowieso unterbesetzt und daher entsetzt, dass sie die Kartoffeln auf einmal selbst abholen soll. Die letzten Male hatte B die Kartoffeln schließlich auch immer gebracht. A ruft daher B noch am selben Abend an und fordert ihn am Telefon auf „so schnell wie möglich“ die Kartoffeln vorbeizubringen. Als B die Kartoffeln am 22.01.25 (Mittwoch) abends immer noch nicht geliefert hat, bestellt sie diese bei einem Lieferdienst. Daraufhin schreibt sie dem B, dass dieser die Kartoffeln behalten könne, da sie anderweitig Kartoffeln bestellt habe. B ist der Auffassung, er habe für den Vertrag mit A alles Nötige getan und verlangt daher nichtsdestotrotz die Zahlung des Kaufpreises.

Hat B gegen A einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung?

Bearbeitungshinweis:

Bitte beantworten Sie die Fallfrage gutachterlich.

Für die Bearbeitung sind nur Normen des BGB zu berücksichtigen.

Teil 2 (Gewichtung 30%):

- Was ist damit gemeint, dass eine Aufrechnung nur möglich ist, wenn die Forderungen gleichartig sind? Erläutern Sie dies anhand eines Beispiels.
- Welche Wirkung hat die Aufrechnung?
- Was ist der Unterschied zwischen zwingenden und dispositiven Vorschriften?
- Warum verwenden Unternehmen AGB?
- Welche Funktionen erfüllt die AGB-Kontrolle?

6. Was versteht man unter Abtretung? Muss der Schuldner einer Abtretung zustimmen?

Bearbeitungshinweis:

Bitte beantworten Sie die Fragen in ganzen Sätzen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Teil 1:

A. Anspruch des B gegen A auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 50 € gem. § 433 Abs. 2 BGB

Der B könnte gegen A einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 50 € für die Kartoffeln aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Dazu müsste ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein. Dieser bedingt eine Einigung über die essentialia negotii, die wesentlichen Vertragsbestandteile. Dazu bedarf es zweier aufeinander bezogener Willenserklärungen, dem Angebot nach §§ 145 ff. BGB und der Annahme nach §§ 147 ff. BGB.

a) Angebot der A, §§ 145 ff. BGB

Die A könnte dem B ein Angebot gemacht haben, indem sie ihm die E-Mail mit der Bestellung schickte. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die ein Vertragsschluss jemandem so angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrages nur noch von dessen Einverständnis abhängt. Die A verwendet das Wort „bestellen“ und nennt den üblichen Preis, sowie den Kaufgegenstand, nämlich 50 kg Kartoffeln. Das Zustandekommen des Vertrages hängt nur noch vom Einverständnis des B ab, mithin liegt ein Angebot vor.

Fraglich sind jedoch die genauen Modalitäten, die das Angebot der A beinhaltet. Das Angebot bezieht sich zunächst auf 50 kg Kartoffeln zum Preis von 50 €. Die A schreibt dem B es solle „alles wie immer“ sein. Diese Erklärung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont im Sinne der §§ 133, 157 BGB auszulegen.

aa) Leistungszeit, § 271 BGB

Die Auslegung ergibt, dass die übliche Leistungszeit vereinbart wurde. Die Leistung erfolgte stets am Montag im Laufe des Tages. Dies soll somit auch vereinbart werden.

bb) Leistungsort, § 269 BGB

Ein Leistungsort könnte vereinbart werden. Wenn kein Leistungsort vereinbart wurde und die Verbindlichkeit im Gewerbetrieb des Schuldners entstanden ist, hat die Leistung am Ort der Niederlassung des Gewerbetreibens

den zu erfolgen. Dies wäre hier der Hof des B.

Jedoch könnte eine Lieferung zum Restaurant des A vereinbart worden sein. Die Willenserklärung der A ist hier erneut nach dem objektiven Empfängerhorizont i.S.d. §§ 133, 157 BGB auszulegen. A verlangt „alles wie immer“. Der B hat die Kartoffeln stets zum Restaurant der A gebracht. Dies stellt also den üblichen Ablauf dar. Somit kann die A in ihrem Angebot nur die Lieferung gewollt/gemeint haben. Folglich liegt eine Bringschuld vor.

b) Annahme durch B, §§ 147 ff. BGB

Der B könnte das Angebot der A angenommen haben, indem er die zweite E-Mail an A schickte. Eine Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein uneingeschränktes Einverständnis mit dem angetragenen Vertragsschluss zu verstehen gibt. Die Worte „alles klar“ lassen im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB keinen anderen Schluss zu, als dass der B mit dem Angebot und seinen Modalitäten uneingeschränkt einverstanden ist. Eine Annahme liegt daher vor, ebenso eine Einigung.

2. Zwischenergebnis

Ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB ist mitsamt seiner Modalitäten zustande gekommen.

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte indes erloschen sein.

1. Rücktritt, § 346 Abs. 1 BGB

Ein wirksamer Rücktritt gem. § 346 Abs. 1 BGB könnte von der A erklärt worden sein.

a) Synallagmatischer Vertrag

Ein synallagmatischer (gegenseitiger) Vertrag müsste vorliegen. B hat sich zur Lieferung der Kartoffeln und A sich zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Mithin liegt ein synallagmatischer Vertrag vor.

b) Rücktrittsrecht

Die A müsste ein Rücktrittsrecht haben.

aa) Vertraglich

Die Parteien könnten ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart haben. Vorliegend sind hierfür keine Anhaltpunkte ersichtlich.

bb) Gesetzlich nach § 323 Abs. 1 BGB

Der A könnte ein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung zustehen.

(1) Nicht- oder Schlechtleistung

Es müsste Nicht- oder Schlechtleistung seitens des B vorliegen. Der B hat der A keine Kartoffeln geliefert, folglich liegt Nichtleistung vor.

(2) Fälligkeit und Durchsetzbarkeit

Der Anspruch der A gegen B müsste fällig und durchsetzbar sein. Fällig ist ein Anspruch, sobald der Gläubiger ihn fordern darf. Vorliegend wurde der Montag als Liefertermin vereinbart, mithin ist der Anspruch fällig.

Durchsetzbar ist ein Anspruch, wenn ihm keine Einreden entgegenstehen. Einreden sind nicht ersichtlich, somit ist er auch durchsetzbar.

(3) Fristsetzung

Weiterhin müsste die A dem B eine Frist gesetzt haben. Die A sagt dem B telefonisch, er solle schnellstmöglich liefern. Fraglich ist jedoch, ob dies als Fristsetzung zu verstehen ist. Dies ist im Wege der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Die Erklärung der A beinhaltet keinen Termin, zu dem geleistet werden soll. Eine Fristsetzung geht daraus somit nicht hervor. Die Fristsetzung könnte jedoch nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Ein solcher Fall liegt nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB vor, wenn der Schuldner die Leistung zu dem vereinbarten Termin nicht erbringt und die rechtzeitige Erfüllung – nach den den Vertragsschuss begleitenden Umständen – für den Gläubiger eine wesentliche Bedeutung hat. Vorliegend war der Montag als Leistungsdatum vereinbart und B liefert bis Mittwoch nicht. Die A benötigt die Kartoffeln für ihr Restaurant. Erhält sie diese nicht rechtzeitig, kann sie bestimmte Gerichte nicht mehr anbieten. Es besteht also eine wirtschaftliche Bedeutung der termingerechten Leistung, daher ist dies für die A wesentlich. Aus diesem Grund ist die Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich.

cc) Zwischenergebnis

Ein Rücktrittsrecht gem. § 323 BGB steht der A zu.

c) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Der Rücktritt müsste gegenüber dem anderen Teil erklärt worden sein. Dabei muss das Wort „Rücktritt“ nicht fallen, es genügt, wenn der Wille, nicht am Vertrag festhalten zu wollen, deutlich wird. Die A sagt dem B er könne die Kartoffeln behalten. Dies ist nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen. Der Wille der A, nicht am Vertrag festhalten zu wollen, wird deutlich. Somit

liegt eine Rücktrittserklärung, § 349 BGB, vor.

d) Kein Ausschluss, §§ 350 ff. BGB, AGB, Parteabreden

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

2. Zwischenergebnis

Ein wirksamer Rücktritt mit den Rechtsfolgen des § 346 BGB liegt somit vor.

III. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist untergegangen.

B. Endergebnis

Der B hat keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 50 € gegen A aus § 433 Abs. 2 BGB.

Teil 2:

1. Gleichartigkeit ist nötig, da die Forderung gem. § 389 BGB nur insoweit erlischt, wie sich die Forderungen decken. Schuldet der A dem B 200 € und der B schuldet dem A 100 €, so kann der A dem B lediglich 100 € geben und der B muss dem A nichts mehr geben, wenn die Aufrechnung erklärt wurde. Bei nicht gleichartigen Forderungen, wenn der A hier beispielsweise dem B ein Gemälde schuldet, kann nicht aufgerechnet werden, da die Gegenstände nicht gleichartig sind und sich daher nicht decken können.

2. Die Aufrechnung bewirkt gem. 389 BGB, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, erlöschen.

3. Zwingende Vorschriften sind solche, von denen nicht abgewichen werden darf. Von dispositiven Vorschriften darf mit Einigung der Parteien individuell abweichendes vereinbart werden.

4. AGB sind vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen. Sie vereinfachen daher Vertragsabreden und es ist kostengünstiger, da nicht jeder Vertragsschluss einzeln anwaltlich geprüft werden muss.

5. Die AGB-Kontrolle verhindert eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers durch Einbeziehungskontrolle, bestimmte unzulässige Klauseln etc.

6. Eine Abtretung ist nach § 398 BGB die Übertragung einer Forderung vom Zedent auf den Zessionär, wobei der Neugläubiger an die Stelle des Altgläubigers tritt. Der Schuldner muss dem nicht zustimmen.

VOTUM

Teil 1

Die Einleitung gelingt, indem der Obersatz nach dem Schema „Wer will was von wem woraus“ aufgebaut ist und die

Aufgabenstellung aufgreift. Als Anspruchsgrundlage wird § 433 Abs. 2 BGB richtig erkannt.

Die BearbeiterIn prüft anschließend an seinen Obersatz, ob der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB entstanden ist. Als Voraussetzung wird richtig herausgestellt, dass die Parteien einen Kaufvertrag dafür geschlossen haben müssten. Die Subsumtion unter die Definitionen der Annahme und des Angebots fallen durchaus erfreulich aus. Hier und da hätte noch mehr Sachverhaltsbezug hergestellt werden können.

Die Bearbeiterin verarbeitet vertretbar im Bereich „Anspruch entstanden“ das Problem der Leistungszeit und des Leistungsortes. Minimal stört dabei, dass sie schon im Rahmen der Prüfung der Annahme von „vereinbart“ spricht, obwohl A erstmal nur ein solches Angebot dem B anträgt. Die gewählte sprachliche Verarbeitung, hätte eher nach der Prüfung der Annahme gepasst (bspw.: „Fraglich sind ob und inwiefern eine Einigung hinsichtlich Leistungszeit und Leistungsort zustande gekommen ist...“). Dies ist aber eine Feinheit. Die Prüfung durch die Bearbeiterin ist grundsätzlich erfreulich, da sie wenigstens in den Überschriften Normenbezug herstellt. Sie erkennt zunächst richtig, dass die Parteien sich auf den Montag im Laufe des Tages als Leistungszeit geeinigt haben. Die Bearbeiterin meint sodann - ohne § 269 Abs. 2 BGB konkret zu nennen -, dass ohne eine Vereinbarung der Parteien, der Hof des B als Leistungsort einzuordnen ist. Erfreulich ist, dass die Bearbeiterin (materiell) erkennt, dass B gewerblich handelt. Die Bearbeiterin erkennt auch, dass die Parteien durch einfache Vereinbarung diese Regelung abbedingen können. Ferner - und sehr erfreulich - erkennt die Bearbeiterin, dass das Angebot der A gem. §§ 133, 157 BGB nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen ist. Die besondere Auslegungshilfe des § 269 Abs. 3 BGB wird hingegen nicht genannt. Auf das (unzutreffende) Argument des B, dass der Leistungsort bzw. „die Lieferung“ hätte ausdrücklich vereinbart werden müssen, geht die Bearbeiterin nicht direkt ein. Würde dieser Maßstab zutreffen, so wäre keine Lieferpflicht gegeben. Insofern wäre ein Eingehen erfreulich gewesen. Inhaltlich überzeugt die Subsumtion allerdings - auch in ihrer Kürze - durchaus.

Nachdem die Bearbeiterin den Kaufvertragsschluss bejaht, steigt sie darin ein, dass der Anspruch - dessen entstehen vorher nicht noch einmal separat festgestellt wird - untergegangen sein könnte. Als Erlöschen Grund wird ein Rücktritt erkannt und noch besser der § 346 Abs. 1 BGB als maßgebliche Rechtsfolgennorm. Ohne das Prüfungsprogramm noch einmal offenzulegen steigt sie unmittelbar in die Prüfung der Voraussetzungen eines wirksamen Rücktritts ein. Das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages wird vertretbar kurz gehalten, wobei sich die Subsumtion ungenau darin erschöpft herauszustellen, dass sich beide Parteien zu Leistungen verpflichtet haben. Das synallag-

matische Verhältnis, das nicht alleine durch die Zweiseitigkeit des Kaufvertrages hergestellt wird, wird erst dadurch hergestellt, dass das eine für das andere gegeben werden soll, „miteinander stehen und fallen soll“. Diese Willensverknüpfung fehlt in der Subsumtion sprachlich.

Die Bearbeiterin prüft sodann, ob der A ein Rücktrittsrecht zusteht. Ein vertragliches Rücktrittsrecht wird kurz abgelehnt und dann in die Prüfung eines möglichen (gesetzlichen) Rücktrittsrechts aus § 323 Abs. 1 BGB eingestiegen. Diese gestaffelte und an § 346 Abs. 1 BGB orientierte Prüfung überzeugt systematisch. Die Bearbeiterin, die implizit entgegen der h.M. annimmt, dass mit Nichtleistung i.S.d. § 323 BGB „Nichtvornahme der Leistungshandlung“ und nicht „Nichteintritt des Leistungserfolges“ gemeint ist, kann es sich im Rahmen der Prüfung des Prüfungspunktes „Nichtleistung trotz Fälligkeit und Durchsetzbarkeit“ leicht machen. „i“-Tüpfelchen wäre gewesen, wenn die Bearbeiterin identifiziert hätte, dass der B seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 BGB gegenüber der A zur Übergabe und Überreichung von 50 kg Kartoffeln nicht erfüllt hat.

Auch die Prüfung der Nachfristsetzung fügt sich in das sich in den Gesamteindruck ein: Die Bearbeiterin beschäftigt sich zunächst gestaffelt damit, ob A dem B überhaupt eine Frist gesetzt hat, indem sie nur von „schnellstmöglich“ meinte. Dies erfolgt auch unter Verweis auf die Auslegungsregeln in den §§ 133, 157 BGB, wobei richtiger gewesen wäre die Normen analog anzuwenden, da die Fristsetzung keine Willenserklärung ist, sondern eine geschäftsähnliche Handlung. Die Bearbeiterin meint implizit - entgegen der h.M. - dass für eine Fristsetzung ein Termin aus der Erklärung ersichtlich werden muss. Die Begründung dafür bleibt die Bearbeiterin zwar schuldig, aber in der Sache ist die Ansicht vertretbar. Besonders weil die Bearbeiterin sich dazu entschieden hat, eher § 323 Abs. 2 BGB prüfen zu wollen und ihr Wissen zur Entbehrlichkeit preiszugeben. Inhaltlich stellt sie präzise auf § 323 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB ab. Auch die Arbeit an der Norm überzeugt, wobei die Maßstabsbildung fehlt. Sie kommt im Ergebnis dazu, dass der A ein Rücktrittsrecht zusteht.

Die Prüfung der Rücktrittserklärung gelingt auch. Insbesondere wird Normenbezug hergestellt.

Einzig fehlt die Feststellung, dass A den Rücktritt konkurrenz erklärte hat. Die Bearbeiterin vergisst schließlich nicht kurz gedanklich die Ausschlussgründe zu prüfen. Da sie das Problem des Leistungsortes schon vorher abgearbeitet hat, war für sie eine Prüfung von § 323 Abs. 6 BGB unlogisch und damit nicht notwendig.

16 Punkte

Teil 2

12 Punkte

Insgesamt: 15 Punkte

Klausur im Allgemeinen Verwaltungsrecht, 17 Punkte

stud. iur. Natalia Melike Öztürk

Die Klausur ist in der Veranstaltung Allgemeines Verwaltungsrecht im Wintersemester 2024/2025 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Berit Völzmann, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt:

Das Ministerium für Soziales und Integration des Landes Niedersachsen (im Folgenden: Ministerium) fördert Freizeitaktivitäten mit Jugendlichen. Dafür sind im Landshaushalt Mittel bereitgestellt und auch Förderrichtlinien aufgestellt worden, die als förderungswürdige Projekte beispielhaft Zeltlager, Jugendherbergsaufenthalte, Bildungs- und Wanderfahrten, Seminarveranstaltungen zu allgemeinbildenden Themen, aber auch international orientierte Jugendaustauschprogramme nennen, und wonach die Förderung nur solchen Antragsteller*innen zukommen soll, die die Ziele einer pluralen und freiheitlich-demokratischen Gesellschaft unterstützen.

JS ist ein Verein, der gruppodynamische Ferienfahrten und Workshops für Jugendliche organisiert. Gestützt auf die spirituelle Kosmologie seines indischen Gründers zielen alle Aktivitäten des Vereins auf die Herstellung geistiger Einheit innerhalb der Gemeinschaft. Im Dezember 2023 beantragt JS beim Ministerium für seine Jugendarbeit eine Förderung aus Landesmitteln für seine zukünftigen Projekte in Höhe von 18.000 Euro. Bei der in den Antragsunterlagen standardmäßig abgefragten Darstellung ihrer Arbeit gibt der Verein an, dass er Seminare zu allgemeinbildenden Themen veranstalte und sich stark im Bereich internationaler Jugendaustauschprogramme engagiere. Die seiner Arbeit zugrundeliegende Lehre erwähnt JS nicht, von Seiten des Ministeriums erfolgen keine weiteren Nachfragen.

Am 07.01.2024 erhält JS einen Bewilligungsbescheid des Ministeriums, in dem ihm die beantragte Förderung in Höhe von 18.000 Euro zugesprochen wird, die „alsbald“ für die Organisation und Durchführung von Freizeitaktivitäten mit Jugendlichen, insbesondere für „Seminarveranstaltungen zu allgemeinbildenden Themen und für Jugendaustauschprogramme“ zu verwenden seien. Das Geld wird zeitgleich ausbezahlt.

Am 14.02.2024 zeigt das ZDF-Infomagazin Frontal 21 in einem Beitrag, dass es sich bei JS um eine „gefährliche Jugendsekte“ handele, die autoritär strukturiert sei und Jugendliche einer „Gehirnwäsche“ unterziehe. Sie würden ihren Familien entfremdet, verlören jeden Kontakt zur Außenwelt und gerieten in völlige Abhängigkeit. Neue Mitglieder würden insbesondere im Rahmen von Seminaren und Jugendaustauschprogrammen geworben. Weiterhin heißt es in dem Bericht – in der Sache zutreffend – dass der Sektenbeauftragte von Schleswig-Holstein bereits Anfang des Vorjahres Warnungen ausgesprochen habe, gegen die sich JS in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfolglos zur Wehr gesetzt habe.

Der für die Öffentlichkeitsarbeit des Ministeriums zuständige Referent R, der den Frontal 21-Beitrag gesehen hat, stellt sogleich Recherchen über die Praktiken von JS an. Er stellt fest, dass alle in dem Beitrag gemachten Angaben korrekt waren. Trotzdem informiert R erst am 07.02.2025 die Sachbearbeiterin SB, die im Ministerium für die Vergabe von Fördermitteln zuständig ist, über die Praktiken von JS. SB wird nun sofort tätig.

Am 18.02.2025 erhält der Vorsitzende von JS ein von SB verfasstes Schreiben des Ministeriums, mit dem er aufgefordert wird, die per Bescheid vom 07.01.2024 bewilligten und ausbezahlten Fördermittel in Höhe von 18.000 Euro unverzüglich zurückzuzahlen. Zur Begründung wird auf die dem Ministerium vorliegenden Informationen Bezug

genommen, die die Rückforderung rechtfertigen. Weil JS die an einen Projektpartner zu stellenden Anforderungen, insbesondere mit Blick auf die Förderung der Ziele einer pluralen und freiheitlich-demokratischen Gesellschaft, nicht erfülle, hätten keine Mittel an ihn ausgezahlt werden dürfen, jedenfalls nicht ohne weitere intensive Überprüfung. Eine solche habe der Verein aber selbst verhindert, als er nicht in dem gebotenen Umfang über seine interne Struktur und seine Arbeit aufklärte. JS habe das Ministerium getäuscht, jedenfalls aber wichtige Angaben verschwiegen. Das Ministerium sehe nun unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen keine andere Möglichkeit als die Förderung zurückzufordern, schon um keinen Präzedenzfall für zukünftige Verfahren zu schaffen. Jedenfalls spreche für eine Rücknahme auch die staatliche Schutzpflicht gegenüber den Kindern und Jugendlichen. Das Schreiben ist mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

JS verweigert die Rückzahlung der Förderungsmittel. Zur Begründung verweist er auf den Bewilligungsbescheid vom 7.1.2024, der einen Rechtsgrund für die Förderung darstelle und sich nach der Lage der Dinge bisher auch nicht erledigt habe; insbesondere habe die Behörde ihn nicht ausdrücklich aufgehoben. Ein Aufhebungsgrund habe auch niemals bestanden, weil alle Angaben zu den Aktivitäten des Vereins stets richtig und vollständig waren. Dass es bei der Förderungsentscheidung auch auf die konzeptionelle Grundlage der Vereinsarbeit ankomme, habe sich den Antragsunterlagen keinesfalls entnehmen lassen, weshalb man darauf verzichtet habe, sie zu schildern. Die Rückforderung kranke außerdem daran, dass JS bisher gar nicht angehört worden sei. Und würde eine Anhörung jetzt noch durchgeführt, wäre jedenfalls eindeutig die Jahresfrist verstrichen, innerhalb der Subventionen nur rückgängig gemacht werden können. Im Übrigen sei das meiste Geld im guten Glauben an die Bestandskraft der Förderung schon ausgegeben worden. 13.000 Euro seien bereits kurz nach Erhalt der Fördermittel für die Anmietung von Seminarräumen, Kost und Logis der Jugendlichen und die Bezahlung von Dozenten ausgegeben worden. Der Rest sei für die Durchführung eines internationalen Jugendaustauschprogramms fest verplant. Insoweit hätten die verantwortlichen Mitarbeiter von JS bei den Reiseveranstaltern längst die entsprechenden Buchungen vorgenommen. Da die Reisen unmittelbar bevorstünden, fielen Stornogebühren in Höhe von 5.000 Euro an.

Bitte überprüfen Sie in einem umfassenden Gutachten, ob JS zu raten ist, gegen die Rückzahlungsforderung vorzugehen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Dem JS wäre zu raten, gegen die Rückzahlungsforderung vorzugehen, wenn diese rechtswidrig ist. Fraglich ist, ob eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegt und die Forderung formell und materiell rechtmäßig ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts ist für das Handeln der Behörde eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, zumindest wenn in die Rechte eines Beteiligten eingegriffen wird. Vorliegend soll JS gewährte Leistungen zurückgewähren, was einen Eingriff darstellt, sodass eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist. In Betracht kommt mangels einer speziellen Vorschrift die Regelung des §§ 49a Abs. 1 S. 1, 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG.¹

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Rückzahlungsforderung müsste formell rechtmäßig sein.

I. Zuständigkeit

Das Ministerium müsste zuständig sein. Aus § 49a Abs. 1 VwVfG ergibt sich nicht unmittelbar die Zuständigkeit. Allerdings ist diese dogmatisch mit § 48 VwVfG verknüpft, sodass diejenige Behörde zuständig ist, die auch für die Rücknahme zuständig ist. Gem. §§ 48 Abs. 5, 3 Abs. 1 VwVfG ist das Ministerium örtlich zuständig. Die sachlich-instanzielle Zuständigkeit ergibt sich i.R.d. actus contrarius aus der Annexzuständigkeit, wonach diejenige Behörde zuständig ist, die den ersten Verwaltungsakt erlassen hat. Ausweislich des Sachverhalts ist das Ministerium zuständig.

II. Verfahren

Fraglich ist, ob JS gem. § 28 Abs. 1 VwVfG hätte angehört

¹ Auf den Verweis auf § 1 Abs. 1 NVwVfG wird im Folgenden verzichtet.

werden müssen. Dies ist erforderlich, wenn ein Verwaltungsakt in die Rechte eines Beteiligten eingreift. Die Rückzahlungsforderung stellt eine hoheitliche Maßnahme des Ministeriums, also einer Behörde (§ 1 Abs. 4 VwVfG), zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, mithin einen Verwaltungsakt (im Folgenden VA) i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar. Indem JS zur Erstattung gewährter Leistungen aufgefordert wird, wird in seine Rechte eingegriffen, sodass eine Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich ist. Entbehrlichkeitsgründe nach § 28 Abs. 2, Abs. 3 VwVfG liegen nicht vor. Indes könnte dies nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG heilbar sein. Nichtigkeitsgründe nach § 44 Abs. 1, Abs. 2 VwVfG sind nicht gegeben. Gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG ist eine fehlende Anhörung unbeachtlich, sofern diese bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt wird. JS ist bisher nicht gegen die Forderung vorgegangen, sodass auch keine Frist verstrichen ist. Der Verfahrensfehler ist heilbar.

III. Form

Formfehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere wurde der schriftliche VA ordnungsgemäß begründet gem. § 39 Abs. 1 VwVfG und nach § 37 Abs. 6 VwVfG mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

IV. Zwischenergebnis

Die Rückzahlungsforderung ist mangels Anhörung des JS formell rechtswidrig, jedoch kann dies von der Behörde geheilt werden nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Rückzahlungsforderung müsste ferner materiell rechtmäßig sein.

I. Tatbestand

Der Tatbestand des § 49a Abs. 1 VwVfG müsste erfüllt sein. Hierfür müssten Leistungen bereits erbracht worden sein und der VA mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen sein. Ausweislich des Sachverhalts wurde dem JS eine Forderung i.H.v. 18.000 Euro bereits ausgezahlt, sodass Leistungen erbracht wurden. Fraglich ist, ob der VA mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen wurde.

1. Rechtsgrundlage

Aufgrund des Vorbehalt des Gesetzes müsste eine taugliche Rechtsgrundlage für die Rücknahme vorliegen. In Betracht kommt § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwVfG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Rücknahme müsste formell rechtmäßig sein.

a) Zuständigkeit

Das Ministerium ist für die Rücknahme zuständig (s.o.).

b) Verfahren

Zwar ist eine aufgrund des Eingriffs in die Rechte der JS nach § 28 Abs. 1 VwVfG für die Rücknahme erforderliche Anhörung unterblieben, jedoch ist diese gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nachholbar und demnach heilbar.

c) Form

Die Formvorschriften müssten eingehalten worden sein. Ein VA kann gem. § 37 Abs. 1, Abs. 2 VwVfG grds. formfrei erlassen werden, sofern er hinreichend bestimmt ist. So kann ein VA grds. auch mit einem anderen verknüpft werden. In dem Schreiben vom 18.02.2025 verweist das Ministerium neben der Rückzahlungsforderung auch darauf, dass die Forderung mangels Erfüllung der Anforderungen nicht an JS hätte ausgezahlt werden dürfen. Daraus wird für JS hinreichend bestimmt ersichtlich, dass die genehmigte Forderung aufgehoben wird. Das Ministerium nimmt in der Begründung Bezug auf die Gründe, die eine Rückforderung und Aufhebung rechtfertigen, womit eine Begründung i.S.d. § 39 Abs. 1 VwVfG vorliegt. Die Formvorschriften wurden eingehalten.

d) Zwischenergebnis

Die Rücknahme ist mangels Anhörung formell rechtswidrig, dies ist jedoch gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG heilbar.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Rücknahme müsste ferner materiell rechtmäßig sein.

a) Tatbestand

Der Tatbestand des § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwVfG müsste erfüllt sein.

aa) Rechtswidriger VA

Der aufzuhebende VA müsste rechtswidrig sein. Der Bezugswilligungsbescheid vom 07.01.2024 stellt einen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar. Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken.

Fraglich ist, ob der Bescheid materiell rechtswidrig war. Eine Voraussetzung in den Förderrichtlinien ist, dass die Förderung nur solchen Antragsteller/-innen zukommen soll, die die Ziele einer pluralen und freiheitlich-demokratischen Gesellschaft unterstützen. Der JS nutzt seine Seminare und Jugendaustauschprogramme, um neue Mitglieder anzuwerben, die in den autoritär strukturierten Verein eintreten. Dort werden sie von der Außenwelt isoliert und einer „Gehirnwäsche“ unterzogen. Das Vorgehen der JS entfremdet Jugendliche aus der demokratischen Gesellschaft und schafft eine autoritäre Parallelgesellschaft, was den Zielen einer pluralen und freiheitlich-demokratischen Gesellschaft zuwiderläuft.

Mithin sind die Voraussetzungen für eine Förderung nicht gegeben. Der Bewilligungsbescheid ist materiell rechtswidrig.

bb) Begünstigend bzw. belastend

Maßgeblich ist, ob der VA begünstigend oder belastend ist. Begünstigende VA können nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG zurückgenommen werden. Ein VA ist nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG begünstigend, sofern er ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt. Dem JS wurde eine Förderung i.H.v. 18.000 Euro bewilligt, was einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet hat, sodass § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG anzuwenden sind.

cc) Geld- oder teilbare Sachleistung

§ 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG setzt eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung voraus. Die Bewilligung der Förderung i.H.v. 18.000 Euro stellt eine einmalige Geldleistung dar.

dd) Schutzwürdiges Vertrauen

Der JS müsste gem. § 48 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwVfG auf den Bestand des VA vertraut haben und dieses Vertrauen müsste schutzwürdig sein. JS hat 13.000 Euro bereits kurz nach Erhalt für Kosten der Seminare ausgegeben. Zudem hat der JS die restlichen 5.000 Euro fest für die Durchführung eines internationalen Jugendaustauschprogrammes verplant und die Buchungen vorgenommen. Der JS hat somit auf den Bestand des VA vertraut.

Fraglich ist, ob dieses Vertrauen auch schutzwürdig ist.

(1) § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG

Der JS könnte den VA durch arglistige Täuschung erwirkt haben, sodass er sich gem. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 Var. 3 VwVfG nicht auf sein Vertrauen berufen könnte. Dies setzt vorsätzlich falsche oder unvollständige Vorgaben voraus. Der JS hat die Antragsunterlagen hinsichtlich der abgefragten Angaben vollständig ausgefüllt. Aus den Angaben der Antragsunterlagen ergab sich nicht unmittelbar, dass auch die konzeptionellen Grundlagen der Vereinsarbeit maßgeblich sind. Ein Vorsatz kann nicht bejaht werden, sodass § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 Var. 3 VwVfG das Vertrauen nicht ausschließt.

(2) § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG

Indes könnte JS den VA gem. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG durch Angaben erwirkt haben, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Der JS hat die Antragsunterlagen vollständig ausgefüllt, jedoch ist er nicht auf die konzeptionelle Grundlage der Vereinsarbeit eingegangen. Fraglich ist, ob dies dem JS zur Last gelegt werden kann. Der § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG ist verschul-

densunabhängig. Jedoch gilt gem. § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde von Amts wegen den Sachverhalt zu ermitteln hat. Vorliegend ist jedoch seitens des Ministeriums keine Nachfrage erfolgt, obgleich die Information fehlte. Dies kann JS nicht zur Last gelegt werden, womit § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG nicht greift.

(3) Ausschluss nach § 48 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwVfG

Indes könnte das Vertrauen des JS in Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme gem. § 48 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwVfG ausgeschlossen sein. Zwar hat JS die Gelder bereits ausgegeben, jedoch wurden diese für Seminare eingesetzt, deren Ziele der pluralen und freiheitlich-demokratischen Gesellschaft zuwiderlaufen. Besonders unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Schutzpflicht gegenüber Kindern und Jugendlichen ist es nicht mit den Zielen der Bundesrepublik und dem öffentlichen Interesse vereinbar, Parallelgesellschaften und die Gefährdung von Jugendlichen durch eine Förderung solcher Projekte zu fördern. Jugendliche sind aufgrund ihrer Beeinflussbarkeit besonders schutzbedürftig. Das öffentliche Interesse an der Rücknahme überwiegt. Ein Vertrauen des JS ist nicht schutzwürdig.

ee) Frist

Gem. § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt möglich, in dem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, die eine Rücknahme rechtfertigen.

Vorliegend erhält die zuständige Sachbearbeiterin SB erst am 07.02.2025 Kenntnis von möglichen Gründen, wogegen der für die Öffentlichkeitsarbeit zuständige R bereits am 14.02.2024 Kenntnis erhält. Im Falle des Fristbeginns am 14.02.2024 wäre die Rücknahme verfristet. Fraglich ist, auf wessen Kenntnis es ankommt. Für die Kenntnis des R spricht, dass die Behörde gegenüber dem Bürger als Einheit auftritt und es ihr zuzulasten ist, wenn der Informationsfluss innerhalb der Behörde gestört ist. Allerdings ist es nicht zweckdienlich, wenn auf einen beliebigen Beamten im Ministerium abgestellt wird, der in keiner Weise mit dem Sachverhalt vertraut ist. Zu diesem Zeitpunkt kann die Behörde nicht erkennen, ob eine Rücknahme notwendig sein könnte. Mithin ist auf die Kenntnis der SB abzustellen. Die Jahresfrist, die am 07.02.2025 beginnt, ist am 18.02.2025 gewahrt.

ANMERKUNG

Wie wird die Frist bestimmt? §§?

b) Rechtsfolge

Gem. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG steht die Rücknahme im Er- messen der Behörde. Eine Überprüfung erfolgt nur hin- sichtlich Ermessensfehlern, § 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Die Rücknahme ist eine zulässige Rechtsfolge.

II. Rechtsfolge, § 49a VwVfG

Gem. § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG „sind“ bereits erbrachte Leis- tungen zu erstatten, womit es sich um eine gebundene Rechtsfolge handelt. Die Behörde ist verpflichtet, die ge- zahlten Leistungen zurückzufordern. Dies ist erfolgt.

D. Ergebnis

Die Rückzahlungsforderung ist formell rechtswidrig, je- doch kann dies geheilt werden. Im Übrigen ist die Forde- rung rechtmäßig.

VOTUM

Ausgezeichnete Klausurlösung! Sie haben sämtliche Pro- bleme und Fragestellungen erkannt. Nur die Berechnung der Frist (§§) fehlt noch für die volle Punktzahl.

17 Punkte

Klausur in der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 14 Punkte

stud. iur. Yasmin Etati

Die Klausur ist in der Veranstaltung Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2025 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Jochen Rauber, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt:

Die niedersächsische Landesregierung hat es sich zum Ziel gesetzt, die Treibhausgasemissionen zu mindern. Um die Bevölkerung zu eigenen Klimaschutzbeiträgen zu animieren, möchte sie umfangreiche Förderprogramme auf den Weg bringen. Im Haushaltspol, den der Landtag ordnungsgemäß festgestellt hat, sind entsprechende Fördermittel bereits vorgesehen. Um deren Ausschüttung klaren Regeln zu unterwerfen, erlässt das Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz (MUEK) eine Richtlinie über die Förderung von Photovoltaik-Batteriespeichern (PVB-RL, siehe Anlage), wonach für darin beschriebene Vorhaben Fördergelder bewilligt werden. Die Geschäftsführerin G der A-GmbH findet an der Idee gefallen, einen eigenen Beitrag zum Klimaschutz zu erbringen und dabei Unterstützung vom Land zu bekommen. Namens der A-GmbH beantragt sie beim zuständigen MUEK unter Verwendung des vorgesehenen Formulars mit der Überschrift „Batteriespeicher mit Photovoltaikanlage“ formgemäß am 14.11.2024 die Gewährung einer Zuwendung für einen Photovoltaik-Batteriespeicher. Dieser soll nach den Plänen der G mit einer Photovoltaikanlage auf dem niedersächsischen Grundstück der A-GmbH installiert werden, wo diese ein kleines Möbelhaus betreibt. Beim Ausfüllen des Formulars kreuzte sie folgende Erklärungen an: „Ich habe mit dem beantragten Vorhaben noch nicht begonnen und werde damit auch nicht vor einer Bewilligung beginnen.“ Das MUEK bestätigte kurz darauf den Eingang des Förderantrags und weist entsprechend dem Formular auf das Verbot des Vorhabenbeginns vor Zustellung des Bewilligungsbescheides hin. Schließlich bewilligt das MUEK mit Bescheid vom 16.12.2024 der A-GmbH ein Fördergeld in Höhe von insgesamt 5.000 EUR. Der Bescheid verweist auf die Geltung der PVB-RL, die ihm vollständig abgedruckt beigefügt ist. Kurze Zeit später zahlt das MUEK den bewilligten Betrag aus. Nach Abschluss der Installationsarbeiten legt die G namens der A-GmbH dem MUEK wie gefordert zwei Rechnungen eines Fachunternehmens vor, die die bestimmungsgemäße Verwendung der Fördergelder belegen sollen. Die erste Rechnung ist auf den 18.10.2024 datiert und bescheinigt die Durchführung der Montage einer Photovoltaik-Anlage auf dem Grundstück der A-GmbH an diesem Tag. Die zweite Rechnung ist auf den 26.02.2025 datiert und bescheinigt die dortige Installation eines Photovoltaik-Batteriespeichers an diesem Tag. Nach Sichtung des Verwendungsnachweises und nach vorheriger Anhörung der G hebt das MUEK mit Bescheid vom 27.03.2025 den Bewilligungsbescheid rückwirkend auf. Zudem fordert das MUEK den ausgezahlten Betrag zurück. Es führt in der formell nicht zu beanstanden Begründung aus, das Vorhaben der A-GmbH sei von Anfang an nicht förderungswürdig gewesen, weil die A-GmbH vor der Bewilligung – entgegen der Angabe im Formular – mit dem Vorhaben begonnen habe. Die Förderung werde gewährt für Vorhaben der Installation eines netzdienlichen Photovoltaik-Batteriespeichers „in Verbindung mit einer neu zu errichtenden Photovoltaikanlage“, nicht für die Nachrüstung einer bereits errichteten, existierenden Photovoltaik-Anlage mit einem Batteriespeicher. Installation der Photovoltaik-Anlage und Installation des Batteriespeichers stellen ein einheitliches unteilbares Vorhaben dar, das am 18.10.2024 begonnen worden sei. Diese Umstände seien der G bekannt gewesen, jedenfalls hätte sich ihr diese Förderungsbedingungen aufdrängen müssen, was sich die A-GmbH zurechnen lassen müsse. Das Land müsse sparsam mit dem ohnehin knappen Geld umgehen, deshalb sei es wichtig dass alle die „Spielregeln einhalten“.

G ist entsetzt, als sie den Aufhebungsbescheid liest. Sie habe die PVB-RL aufmerksam gelesen und dieser nicht entnehmen können, dass sich die Förderung auf ein einheitliches Vorhaben der Installation der Photovoltaik-Anlage und des Batteriespeichers beziehe. Maßgeblich sei allein die Installation des Batteriespeichers, der nach Erhalt des Förderbescheides erfolgt sei. Ohnehin leuchtet nicht ein, weshalb das MUEK aus diesem Grund den Bewilligungsbescheid aufhebe und das Geld zurückverlange. Denn der eigentliche Förderungszweck einer umweltfreundlichen Energieerzeugung werde ja weiterhin erreicht, wenn sich die A-GmbH wie hier erfolgt einen Photovoltaik-Batteriespeicher installieren lasse.

Die G reicht daher namens der A-GmbH beim zuständigen Verwaltungsgericht form- und fristgerecht Klage ein, mit dem

Ziel, den Aufhebungsbescheid aus der Welt zu schaffen und das erhaltene Geld nicht zurückzahlen zu müssen.

Aufgabe: Wie wird das Verwaltungsgericht Gericht über die Klage der A-GmbH entscheiden?

Hinweise:

Die Aufgabe ist in einem Rechtsgutachten zu lösen, in dem - gegebenenfalls hilfsgutachterlich - auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist. Vorschriften des Unionsrechts, des Baurechts sowie Energie und Klimaschutzrechts sind nicht zu prüfen. Nicht abgedruckte Vorschriften der Niedersächsischen Landeshaushaltsordnung (LHO) sowie der PVB-RL sind für die Bearbeitung ohne Belang. Auf die abgedruckten untenstehenden Bestimmungen wird verwiesen.

Auszug aus der Richtlinie über die Förderung von Photovoltaik-Batteriespeichern (PVB-RL)

§ 1 PVB-RL - Zuwendungszweck

(1) Das Land fördert auf Antrag aus seinen Mitteln Vorhaben der Installation eines netzdienlichen Photovoltaik-Batteriespeichers (PV-Batteriespeicher) in Verbindung mit einer neu zu errichtenden Photovoltaikanlage (PV-Anlage) durch einen Zuschuss zu den Kosten des PV-Batteriespeichers.

(2) Mit dem Förderprogramm soll ein Anreiz geschaffen werden, um die potenziellen Zuwendungsempfängerinnen und -empfänger zu Investitionen in die Treibhausgasemission reduzierende Photovoltaik und in die Anschaffung netzdienlicher PV-Batteriespeicher zu bewegen.

§ 2 PVB-RL - Voraussetzungen der Förderung

(1) Zuwendungsempfängerinnen und -empfänger sind natürliche oder juristische Personen. Sie müssen Eigentümer des mit dem Gebäude bebauten Grundstückes in Niedersachsen sein, auf dem das Vorhaben durchgeführt werden soll.

(2) Mit dem Vorhaben darf zum Zeitpunkt der Bewilligung der Förderung noch nicht begonnen worden sein. Begonnen ist das Vorhaben mit dem Eingehen erster rechtsverbindlicher Verpflichtungen, insbesondere aufgrund eines entsprechenden Leistungs oder Lieferungsvertrages.

Auszug aus der Niedersächsischen Landeshaushaltsordnung (LHO)

§ 7 LHO - Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Kosten und Leistungsrechnung

(1) Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

(2)-(3) [...]

§ 23 LHO - Zuwendungen

Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Landesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur veranschlagt werden, wenn das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.

§ 44 LHO - Zuwendungen, Verwaltung von Mitteln oder Vermögensgegenständen

(1) Zuwendungen dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 23 gewährt werden. [...]

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Die Klage der A-GmbH könnte Aussicht auf Erfolg haben.

Dazu müsste sie zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit

Die Klage der A-GmbH müsste zunächst zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsweg müsste zunächst eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Es muss

sich demnach um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Es muss sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln. Nach der modifizierten Subjekttheorie ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Dies ist der Fall, wenn die Norm einen Träger öffentlicher Gewalt einseitig berechtigt oder verpflichtet. Streitentscheidende Normen sind vorliegend unter anderem die §§ 48 ff. VwGO, die einen Träger öffentlicher Gewalt einseitig berechtigen und verpflichten.

Überdies kann auch der Inhalt des Subventionsbescheid öffentlich-rechtlicher Natur sein. Dies kann durch die so genannte Zwei- Stufen- Theorie ermittelt werden. Nach dieser kann der Subventionsbescheid in zwei Stufen dem „Ob“ der Gewährung und dem „Wie“ der Gewährung eingeteilt werden. Dabei ist die erste Stufe, das „Ob“ der Gewährung, stets öffentlich-rechtlich, da der Staat in seiner Funktion auftritt und sich nicht den gesetzlichen Bedingungen, insbesondere dem Gleichheitsgrundsatz i.S.d. Art. 3 GG entledigen kann. Es darf keine sog. Flucht ins Privatrecht erfolgen. Die Zweite Stufe, das „Wie“ hingegen, kann auch privatrechtlich z.B. durch Festlegung eines Darlehensvertrags als Auszahlungsmodalität geregelt werden. Vorliegend wurde im Subventionsbescheid jedoch die Gewährung und somit die Erste Stufe das „Ob“ geregelt. Mithin ist auch der Inhalt des Bescheids öffentlich-rechtlicher Natur.

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Mangels doppelter Verfassungsumittelbarkeit ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

3. Abdrängende Sonderzuweisungen

Es liegen auch keine abdrängenden Sonderzuweisungen vor.

4. Zwischenergebnis

Folglich liegen die Voraussetzungen der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Die A-GmbH möchte sich gegen den Aufhebungsbescheid und den Rückzahlungsbescheid wenden und begeht deren Aufhebung. Es handelt sich vorliegend folglich um zwei Maßnahmen. In Betracht kommt eine Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO. Dafür müsste es sich bei den beiden Maßnahmen um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 I 1 VwVfG iVm. § 1 NVwVfG handeln. Bei der Aufhebung des Bescheids sowie dem Rückzahlungsbescheid handelt es sich um eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Recht getroffen hat und unmittelbare Außenwirkung entfaltet. Folglich handelt es sich bei den beiden Maßnahmen um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 I 1 VwVfG. Die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1 Alt. VwGO ist statthaft.

III. Klagebefugnis § 42 II VwGO

Die A-GmbH müsste klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO sein. Als

Adressat des belastenden Verwaltungsaktes ist der Adressat nach der sog. Adressatentheorie zumindest in seinem Recht des Art. 2 I GG verletzt. Die A-GmbH ist folglich klagebefugt, Art. 19 III GG.

IV. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 II iVm. § 79 II NJG das MVEJ als Landesbehörde.

V. Prozess- und Beteiligtenfähigkeit

Die A-GmbH ist gem. § 61 I Alt. 2 VwGO beteiligten- und gem. § 61 III VwGO, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, prozessfähig. Das MUEK ist gem. § 61 III VwGO iVm. § 79 I NJG beteiligten- und gem. § 62 III VwGO, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, prozessfähig.

VI. Vorverfahren

Ein Vorverfahren nach den §§ 68 ff. VwGO ist gem. § 68 I S. 2 i.V.m. § 80 I NJG entbehrlich.

VII. Frist

Laut Sachverhalt wurde die Klagefrist i.S.d. § 74 I VwGO eingehalten.

VIII. Form und zuständiges Gericht

Die Klage wurde formgemäß und beim zuständigen Gericht erhoben.

IX. Rechtsschutzbedürfnis

Gründe, die ein mangelndes Rechtsschutzbedürfnis annehmen lassen würden, sind vorliegend nicht ersichtlich.

X. Zwischenergebnis

Die Klage der A-GmbH ist folglich zulässig.

B. Objektive Klagehäufung

Es könnte eine objektive Klagehäufung nach § 44 VwGO in Betracht kommen. Dies ist der Fall, wenn mehrere Klägerbegehren, wie vorliegend, sich gegen denselben Beklagten wenden, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist. Vorliegend wenden sich die beiden Begehren gegen denselben Beklagten, stehen im sachlichen Zusammenhang, für das dasselbe Gericht zuständig ist. Mithin liegt ein Fall der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO vor.

C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die Verwaltungsakte

rechtswidrig sind und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO.

I. Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheids

Fraglich ist, ob der Aufhebungsbescheid rechtmäßig war. Hierzu müsste der Verwaltungsakt auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhen sowie formell als auch materiell rechtmäßig sein.

1. Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorbehaltes aus Art. 20 III GG bedarf es für belastende, in die Rechte der Bürger eingreifenden Verwaltungsakte, einer Ermächtigungsgrundlage. Vorliegend kommt der § 48 II VwGO in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Aufhebungsbescheid müsste formell rechtmäßig sein.

a) Zuständigkeit

Als *actus contrarius* ist die für den Ausgangsbescheid zuständige Behörde auch für dessen Aufhebung zuständig. Folglich war das MUEK zuständig.

b) Verfahren

Die erforderliche Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG wurde durchgeführt.

c) Verfahren

Der Aufhebungsbescheid erging schriftlich und beinhaltete eine formell nicht zu beanstandende Begründung i.S.d. § 39 I VwVfG.

d) Zwischenergebnis

Der Aufhebungsbescheid war formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Aufhebung muss zudem rechtmäßig sein. Es müssten die Voraussetzungen des § 48 VwVfG vorliegen.

a) Rechtswidriger Erst-Verwaltungsakt

Der Subventionsbescheid stellt einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 I VwVfG dar, der mit der Bekanntgabe nach § 43 I VwVfG wirksam wurde. Dieser Verwaltungsakt müsste rechtswidrig sein gem. § 48 I, II VwVfG.

aa) Ermächtigungsgrundlage

Der Subventionsbescheid könnte gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößen, Art. 20 III GG und aufgrund dessen

rechtswidrig sein. Dies gilt jedoch nur, wenn der Vorbehalt des Gesetzes im Rahmen der Leistungsgewährung auch gilt. Dies ist umstritten. Nach einer Ansicht bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage auch im Rahmen der Leistungsgewährung. Dies wird damit begründet, dass die Leistungsgewährung nicht neutral sei, denn des einen Freud, sei des anderen Leids, gerade mit Hinsicht auf Wettbewerbschancen und Art. 3 I GG. Wenn die Leistungsverwaltung zu einem mittelbaren Eingriff oder Beeinträchtigung Dritter führe, seien die gleichen Voraussetzungen zu erfüllen, wie sie auch für die Eingriffsverwaltung namentlich den Vorbehalt des Gesetzes gelten. Nach der herrschenden Meinung aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG sei im Rahmen der Leistungsgewährung jegliche parlamentarische Willensäußerung und als Mindestanforderung die etatmäßige Bereitstellung der Mittel für die Zuwendung im Haushaltsplan ausreichend. Dies wurde damit begründet, dass die Leistung freiwillig gewährt wird und im Rahmen der Leistungsgewährung der Vorrang des Gesetzes Rechtsmissbräuchen insbesondere mit Hinblick auf Art. 3 I GG entgegensteht. Folglich hat auch die Leistungsverwaltung sich an Recht und Gesetz zu halten. Vorliegend wurden im Haushaltsplan, der ordnungsgemäß festgestellt wurde, die entsprechenden Fördermittel vorgesehen, die durch die Richtlinien an Regeln ergänzt werden. Folglich ist es unschädlich, dass die Leistung aufgrund von behördlichen Vorschriften erteilt wurde, da die Minimalanforderung vorliegt.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt wurde der Bescheid der Subventionsgewährung formgerecht von der zuständigen Stelle schriftlich erteilt. Mithin ist sie formell rechtmäßig.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Es müssen die Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung der Förderung vorliegen. Diese sind in § 2 PVB-RL geregelt.

4. Rechtmäßiger Empfänger

Die A-GmbH müsste rechtmäßiger Empfänger sein. Gem. § 2 I PVB-RL sind Zuwendungsempfänger natürliche oder juristische Personen. Die A-GmbH ist eine juristische Person. Darüber hinaus müsste die A-GmbH gem. § 2 II PVB-RL Eigentümer des mit dem Gebäude bebauten Grundstücks in Niedersachsen sein, auf dem das Vorhaben durchgeführt werden soll. Die A-GmbH ist Eigentümer des Möbelhauses, einem Gebäude, das auf einem Grundstück in Niedersachsen bebaut ist und auf dem das Vorhaben durchgeführt werden soll. Die A-GmbH erfüllt folglich

die Voraussetzungen als Zuwendungsempfänger in seiner Person gem. § 2 I PVB-RL.

5. Ausschluss nach § 2 II PVB-RL

Die Rechtswidrigkeit könnte sich durch einen Verstoß gegen § 2 II PVB-RL ergeben. Danach darf noch nicht mit dem Vorhaben begonnen worden sein. Begonnen hat das Vorhaben mit dem Eingehen erster rechtsverbindlicher Verpflichtungen, insbesondere aufgrund eines entsprechenden Leistungs- oder Lieferungsvertrags. Vorliegend hatte die A-GmbH jedoch bereits vor Antragstellung und Gewährung eine Photovoltaikanlage gekauft und montiert. Somit liegt ein Verstoß gegen § 2 II PVB-RL vor.

6. Rechtswidrigkeit aufgrund einer Richtlinie

Fraglich ist, ob die Rechtswidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen eine Richtlinie zulässig ist, da es bei Richtlinien an einer Außenwirkung grundsätzlich fehlt. Richtlinien wirken in erster Linie behördintern und weisen somit keine Außenwirkung vor. Eine Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften etabliert sich erst durch eine ständige Ausübung dieser Richtlinien und der Etablierung einer ständigen Praxis. Diese ständige Praxis bindet die Verwaltung, sog. Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 I GG. Wenn die Verwaltung ohne sachlichen Grund von ihrer Praxis in einem gleichen Fall abweicht, stellt dies einen Verstoß gegen Art. 3 I GG dar. Durch solche Verwaltungsvorschriften wird aufgrund des Grundsatzes der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung eine ständige Praxis bereits vor bzw. mit der ersten Anwendung angenommen. Dies nennt sich die sog. Antizipierte Selbstverwaltungspraxis. Folglich führt die Selbstbindung der Verwaltung i.V.m. dem Art. 3 I GG zu einer Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften. Mithin ist eine Rechtswidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen Richtlinien möglich.

7. Rechtmäßigkeit der Richtlinie

Der Inhalt der Richtlinie bzw. die Richtlinie selbst muss jedoch auch mit dem Recht und dem Gesetz vereinbar sein. Vorliegend könnte problematisch sein, ob die Richtlinie dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 37 I VwVfG genügt. Es müssen für den Bürger seine Pflichten und Rechte klar erkennbar und verständlich sein. Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist auch dann genüge getan, wenn er durch Auslegung ermittelt werden kann. Vorliegend behauptet G als Vertreter der A-GmbH aus der Richtlinie nicht entnehmen zu können, dass die Förderung auf ein einheitliches Vorhaben, die Installation einer Photovoltaik Anlage und die Installation

des Batteriespeichers beziehe. Der § 1 I PVB-RL enthält den Wortlaut, dass eine Installation eines Batteriespeichers in Verbindung mit einer neu zu errichtenden PV-Anlage als Vorhaben gefördert wird. Aus Sicht eines objektiven Dritten (§§ 133, 157 BGB) ist durch den Wortlaut „neu zu errichten“ und „in Verbindung mit“ erkennbar, dass das Vorhaben ein einheitliches ist, da der PV-Batteriespeicher allein in Verbindung mit einer neuen PV-Anlage als Vorhaben beschrieben wird. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist gewahrt.

8. Zwischenergebnis

Folglich verstößt die A-GmbH gegen die Voraussetzungsrichtlinie des § 2 PVB-RL, sodass die Gewährung der Subvention rechtswidrig war.

dd) Zwischenergebnis

Der Erst-Verwaltungsakt war rechtswidrig.

a) Bes. Voraussetzung Begünstigender Verwaltungsakte

Gem. § 48 I S. 2 VwGO sind begünstigende Verwaltungsakte nur unter den weiteren Einschränkungen des § 48 II-IV VwGO möglich. Der Subventionsbescheid gewährt das Recht auf Zahlung und ist mithin begünstigend.

aa) Voraussetzungen des § 48 II VwGO

Es könnte der § 48 II VwGO als weitere Einschränkung hinzukommen. Dafür müsste es sich um eine einmalige, laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung handeln. Die Subventionsgewährung enthält eine einmalige Geldleistung. Folglich müssen die Voraussetzungen des Abs. 2, insbesondere das schutzwürdige Vertrauen vorliegen.

(1) Vertrauen

Es bestehen keine entgegenstehenden Zweifel am Vertrauen. Insbesondere wurden Vermögensdispositionen getroffen.

(2) Schutzwürdigkeit

Das Vertrauen muss auch schutzwürdig sein. Gem. § 48 I 2 VwVfG ist das Vertrauen in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte die Leistung verbraucht oder Vermögensdispositionen getätigt hat. Vorliegend hat die A-GmbH zwei Rechnungen in Bezug auf die Montage einer PV-Anlage und der Installation des PV-Batteriespeichers vorgelegt und folglich Vermögensdispositionen getätigt, sodass sein Vertrauen schutzwürdig sein könnte nach der Regelungsvermutung. Gem. § 48 II 3 VwVfG kann sich der Begünstigte jedoch nicht auf das Vertrauen berufen, wenn

ein Fall des Nr. 1-3 vorliegt. In Betracht kommt vorliegend § 48 I S. 3 Nr. 2 und 3 VwVfG.

(a) § 48 I S. 3 Nr. 2 VwVfG

Nach § 48 I S. 3 Nr. 2 VwVfG kann sich der Begünstigte nicht auf das Vertrauen berufen, wenn er den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlichen Beziehungen unrichtig oder unvollständig waren. Vorliegend hat die A-GmbH mit dem Formular bestätigt, mit dem Vorhaben noch nicht begonnen zu haben. Diese Angabe stellt eine unrichtige dar, durch die der Verwaltungsakt erlassen wurde. Mithin liegt ein Fall des § 48 I S. 3 Nr. 2 VwVfG vor.

(b) § 48 I S. 3 Nr. 3 VwVfG

Die A-GmbH hat durch die von G unrichtigen Angaben im Formular zumindest grob fahrlässig die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes gekannt. Dies ist auch der A-GmbH zuzurechnen, da G Geschäftsführer ist, sodass auch § 48 I S. 3 Nr. 3 VwVfG vorliegt.

(c) Zwischenergebnis

Die A-GmbH kann sich gem. § 48 I S. 3 VwVfG nicht auf Vertrauen berufen.

b) Rechtsfolge

Gem. § 48 I S. 4 VwVfG wird der Erst-Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben, sodass es sich um eine gebundene und rechtmäßige Entscheidung handelt.

ANMERKUNG

Hier Ermessen prüfen.

a) Zwischenergebnis

Die Rücknahme gem. § 48 VwVfG ist rechtmäßig. Es liegt keine Verletzung der Rechte der A-GmbH durch den Aufhebungsbescheid vor.

II. Rechtmäßigkeit der Rückforderung

1. Ermächtigungsgrundlage

Es bedarf einer Ermächtigungsgrundlage. In Betracht kommt § 49a I VwVfG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Es bestehen keine Bedenken bzgl. der formellen Rechtmäßigkeit. Es erging ein schriftlicher Verwaltungsakt, der mit einer Begründung versehen wurde und es wurde die A-GmbH angehört.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 49a VwVfG

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 49a VwVfG müssen vorliegen.

aa) Aufhebung des VA mit Wirkung für die Vergangenheit

Der Erst-Verwaltungsakt wurde mit Wirkung für die Vergangenheit, wie bereits oben geprüft, aufgehoben. Ein Anspruch nach § 49a I VwVfG besteht dem Grunde nach.

bb) Höhe der Rückforderung

Gem. § 49a II VwVfG gelten für die Höhe der Erstattung die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung der §§ 818 ff. BGB. Problematisch erscheint, ob sich die A-GmbH auf die Einrede der Entreicherung berufen könnte, da er das Geld schon ausgegeben hat. Ob eine Entreicherung wirklich vorliegt oder nicht kann dahinstehen, da sich gem. § 49a II S. 2 VwVfG der Begünstigte nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, soweit er die Umstände kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, die zur Rücknahme des VA geführt haben. Da vorliegend eine zumindest grobe Fahrlässigkeit aufgrund der Versicherung in dem Formular vorliegt, greift der § 49a II S. 2 VwVfG. Es sind somit die 5000 € zurückzuerstatten.

4. Zwischenergebnis

Der Rückforderungsbescheid ist rechtmäßig und verletzt die A-GmbH nicht in seinen Rechten.

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

D. Ergebnis

Die Klage der A-GmbH ist zulässig, aber unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

VOTUM

Die Bearbeitung überzeugt in wesentlichen Punkten. Teils werden Stellen zu ausführlich behandelt, was von fehlender Schwerpunktsetzung zeigt. Dennoch zeigt Verf. umfangreiches Wissen im Verwaltungsrecht. Insbesondere wird erkannt, dass die RL lediglich verwaltungsintern wirkt und es auf Art. 3 I GG ankommt. Die Diskussion über den Vorhabenbegriff fehlt. Dennoch eine insgesamt gelungene Bearbeitung. Aufgrund der Stärken und Schwächen der Bearbeitung bewerte ich die Klausur mit 14 Punkten.

Klausur in Juristischer Methodenlehre, 15 Punkte

stud. iur. Tom Lorenz Triadan

Die Klausur ist in der Veranstaltung Juristische Methodenlehre im Wintersemester 2024/2025 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei PD Dr. Andreas Dieckmann, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Teil 1: Fragen und Definitionen

(2 Punkte je Antwort, insgesamt bis zu 20 Punkte)

Beantworten Sie folgende Fragen:

1. Welche beiden Gegenstände hat die „juristische Methodenlehre“?

Die juristische Methodenlehre umfasst die Rechtsquellenlehre und die konkrete Rechtsanwendung.

2. Was versteht man unter „Selbstregulierung im Privatrecht“?

Selbstregulierung im Privatrecht meint, dass nicht von staatlicher Seite, sondern durch Einwilligung, Einverständnis und Einigung der privaten Parteien reguliert wird. Man ist also für sich selbst verantwortlich.

3. Worin sieht die „ökonomische Analyse des Rechts“ die Aufgabe der Rechtsanwendung?

Die ökonomische Analyse des Rechts sieht die Aufgabe der Rechtsanwendung in der ergebnisorientierten möglichst ökonomischen Auslegung im Sinne der besten Allokation. Das heißt, der, der am effektivsten mit bestimmten Mitteln umgehen kann, sollte diese auch für das Gemeinwohl aller zur Verfügung haben. So führe der Eigennutz dieser Person letztlich im Sinne einer unsichtbaren Hand zur Wohlstandssteigerung der Allgemeinheit.

4. Was versteht man unter dem „äußeren System“, was unter dem „inneren System“?

Das äußere System hat Bedeutung in der systematischen Auslegung. Es umschreibt die rahmenggebende Einheitlichkeit der Werteordnung des Gesetzes. Das innere System beschreibt gewissermaßen die innerliche Kohärenz der Sollensnormen.

5. Nennen Sie zwei der Kollisionsregeln zur Klärung von Gesetzeskonkurrenzen!

Als Beispiele für Kollisionsregeln zur Klärung von Gesetzeskonkurrenzen gibt es die Subsidiarität und die Spezialität

(*lex specialis*). Bei der Subsidiarität tritt die entsprechende Norm hinter einer anderen zurück. Bei der Spezialität ist die Voraussetzung gegenüber anderen Normen spezieller und hat somit Vorrang.

6. Was ist das Ziel der historischen Gesetzesauslegung und in welche drei Bereiche lässt sie sich dabei untergliedern?

Das Ziel der historischen Auslegung ist, den Willen des historischen Gesetzgebers zu ergründen. Sie wird unterteilt in die historisch-soziologische, die dogmengeschichtliche und die konkret-historische Auslegung.

7. Beschreiben Sie den Inhalt einer „teleologischen Reduktion“!

Bei einer teleologischen Reduktion ist der Wortlaut einer bestimmten Norm zu weit gefasst und im Sinne eines auf Vernunft basierenden Rechtssystems bedarf es einer Verengung des Wortlauts auf den *Telos* bzw. den Sinn und Zweck der Norm. Der Wortlaut wird also auf den *Telos* reduziert.

8. Worin besteht nach der objektiven Theorie die Grenze für eine Gesetzesauslegung?

Nach der objektiven Theorie ist die Grenze der Gesetzesauslegung der Wortlaut. Dieser umschließt die Abwägungsmöglichkeiten bzw. den Diskursraum für Gerechtigkeitsvorstellungen.

9. Was versteht man unter „Urteilsheuristiken“ und „kognitiven Verzerrungen“?

Urteilsheuristiken sind gedankliche Abkürzungen in der Entscheidungsfindung. Kognitive Verzerrungen sind geistige Abweichungen von der *ratio* (Vernunft) innerhalb des Entscheidungsprozesses.

10. Beschreiben Sie den „Anker-Effekt“ („anchoring“)!

Der „Anker-Effekt“ beschreibt den Fakt, dass Menschen dazu tendieren, sich nur schwer von der ersten erlangten Information zu einer Fragestellung wieder zu lösen.

Teil 2 – Gesetzesauslegung (insgesamt bis zu 80 Punkte)**Sachverhalt:**

Alissa (A) möchte sich ein neues Notebook kaufen und stößt bei ihrer Suche im Internet auf ein Gerät, das der gewerbliche Versandhändler Bernd (B) auf seiner Homepage anbietet. Als Gegenleistung für das Notebook, das sich A auf der Website des B ausgesucht hat, vereinbaren A und B die „Zahlung“ einer entsprechenden Anzahl von Bitcoins. Nachdem A die Bitcoins an B gezahlt hat, liefert B das Notebook an A. A ist mit ihrem Kauf jetzt, wo sie das Notebook erstmals in den Händen hält, jedoch unzufrieden. Sie möchte deshalb ihre Willenserklärung auf Abschluss des Kaufvertrags mit B widerrufen und „Rückzahlung“ der Bitcoins verlangen.

A könnte gemäß § 312g Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zustehen und deshalb nach § 355 BGB einen Anspruch auf „Rückzahlung“ der von ihr an B geleisteten Bitcoins haben. Dafür müsste § 312g BGB im Verhältnis zwischen A und B jedoch überhaupt anwendbar sein. Das richtet sich nach § 312 Abs. 1 BGB. Denn danach gelten die „Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels“, d. h. des Untertitels 2 (§§ 312 – 312m BGB) und damit § 312g BGB nur dann, wenn es um einen Verbrauchervertrag geht, bei dem sich der Verbraucher „zu der Zahlung eines Preises verpflichtet“ hat. Ein Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB liegt hier vor. So ist A Verbraucherin (§ 13 BGB) und B Unternehmer (§ 14 BGB). Fraglich ist hier jedoch, ob sich A als Verbraucherin „zu der Zahlung eines Preises verpflichtet“ hat, indem sie mit B vereinbart hat, das Notebook mit Bitcoins zu „bezahlen“.

Aufgabenstellung:

Legen Sie mithilfe der juristischen Methoden das Tatbestandsmerkmal „zu der Zahlung eines Preises verpflichtet“ in § 312 Abs. 1 BGB aus.

Anmerkung zum Sachverhalt:

Bei Bitcoins handelt es sich um eine Kryptowährung und damit nicht um Geld als gesetzlichem Zahlungsmittel. Als virtuelle Währung unterfällt sie dem Begriff „digitale Darstellung eines Werts“.

Gesetzesmaterialien:

Die §§ 312 Abs. 1, 327 Abs. 1 BGB sowie die Gesetzesmaterialien zu §§ 312 Abs. 1, 312 Abs. 1a, 312 Abs. 1a S. 1 BGB-E (Seite 34 a.E. und Seite 35 der Drucksache 19/27653) wurden abgedruckt.

Anmerkung zu den Gesetzesmaterialien:

§ 312 Abs. 1 BGB-E entspricht der Gesetzesfassung von § 312 Abs. 1 BGB.

BEARBEITUNG**Auslegungshypothese:**

Bei der Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Menge der Kryptowährung Bitcoin könnte es sich um eine Verpflichtung zur „Zahlung eines Preises“ im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB handeln.

A. Gesetzesauslegung**I. Wortlautauslegung**

Zunächst ist hier der Wortlaut zu betrachten. Im engen Sinne ist zu sagen, dass mit dem Ausdruck des § 312 Abs. 1 BGB mit der Verpflichtung zur „Zahlung eines Preises“, ein monetärer Kaufpreis im Sinne von Geld als gesetzliches Zahlungsmittel gemeint ist. Kryptowährungen wie Bitcoin sind

allerdings gesetzlich nicht als Geld zu charakterisieren, sondern fallen als virtuelle Währung unter den Begriff der „digitalen Darstellung eines Werts“. Im engen Sinne fällt Bitcoin also nicht unter den Wortlaut des § 312 Abs. 1 BGB. Im weiten Sinne ist allerdings zu sagen, dass der § 312 Abs. 1 BGB nicht ausdrücklich von Geld im monetären Sinne spricht, sondern lediglich von einem „Preis“. Abstrakt gesehen ist ein Preis auch nur das Ergebnis aller wertbilden Faktoren. Unter dieser weiten Auslegungsweise des Wortlauts könnten Bitcoins als Kryptowährung auch unter dieses Tatbestandsmerkmal fallen. So kann man sich auch zur Zahlung von Bitcoins verpflichten.

II. Systematische Auslegung

Aus systematischer Sicht ist anzumerken, dass der Anwen-

dungsbereich des § 327 Abs. 1 S. 1 BGB bezüglich Verbraucherverträgen über digitale Produkte ebenfalls die Formulierung „Zahlung eines Preises“ innehat. Dies wird in der Norm des § 327 Abs. 1 S. 2 BGB dadurch modifiziert, dass ein Preis in diesem konkreten Untertitel auch eine „digitale Darstellung eines Werts“, d. h. auch Kryptowährungen umfasst. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass unter normalen Bedingungen Kryptowährungen nicht unter das Tatbestandsmerkmal eines „Preises“ subsumiert werden können und hier nur in einem speziellen Fall (*lex specialis*) eine derartige Subsumtion gestattet wird.

Aus systematischer Sicht umfasst das Tatbestandsmerkmal des „Preises“ aus § 312 Abs. 1 BGB also keine Kryptowährungen wie Bitcoin.

III. Historische Auslegung

Aus historischer Sicht lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf den § 312 Abs. 1 BGB den Begriff des „Preises“ intendiert offengelassen hat bzw. hier keine Einschränkungen im Sinne einer Legaldefinition erbracht hat, was dafürspricht, mehr als nur die klassischen Verständnisse eines „Preises“ darunter subsumieren zu dürfen.

Außerdem hat er spezifisch für die §§ 312 ff. BGB ebenso angemerkt, dass mit „Preis“ i. S. d. §§ 312 ff. BGB zwar jedenfalls Geldleistungen gemeint sind, aber auch digitale Darstellungen eines Wertes, d. h. auch Kryptowährungen wie Bitcoin, bei vorhandener vertraglicher Vereinbarung ebenfalls den Tatbestand sinngemäß erfüllen und somit gemäß dem Willen des Gesetzgebers auch unter den § 312 Abs. 1 BGB und das Tatbestandsmerkmal zur Verpflichtung zur Zahlung eines Preises zu subsumieren sind. Die historische Auslegung billigt mithin, dass Bitcoins unter das Tatbestandsmerkmal des „Preises“ i. S. d. § 312 Abs. 1 BGB subsumiert werden können, sofern eine vertragliche Vereinbarung besteht. Sie erklärt allerdings auch, dass dies nicht eindeutig dem Paragraphen zu entnehmen ist.

IV. Teleologische Auslegung

Zuletzt ist der Telos bzw. der Sinn und Zweck des § 312 Abs. 1 BGB zu ergründen. Die §§ 312 ff. BGB sollen vorrangig dem Verbraucherschutz dienen und ihnen die Möglichkeit bieten, etwaig Gebrauch von einem Widerufsrecht gem. § 312g Abs. 1 BGB machen zu können.

Hierbei geht es vor allem darum, solche Geschäfte zu erfassen, welche dem Verbraucher eine physische Ware zu kommen lassen und dem Unternehmer eine Kompensation

in Form einer Währung überschreiben. Hier hat die Art der Währung z. B. Dollar oder Euro allerdings immer mehr an Bedeutung verloren. Zusätzlich ist über die fortschreitende Digitalisierung auch der physische Aspekt der Währung immer weniger von Relevanz, sodass die meisten Verbraucherverträge heutzutage über digitale Banküberweisungen laufen und nicht mehr physisch stattfinden.

Zudem ist es für die Gefährdungslage des Verbrauchers unerheblich, ob dieser nun eine virtuelle Transaktion von Geld oder einer virtuellen Kryptowährung tätigt. Konsequenterweise müsste man also zu dem Schluss kommen, dass auch Zahlungen über digitale Darstellungen eines Wertes, d. h. Kryptowährung wie Bitcoin, unter den schützenden Normzweck der §§ 312 ff. BGB fallen, um Verbraucher zu entlasten und nicht willkürlich zu benachteiligen. Mithin spricht der Telos des § 312 Abs. 1 BGB ebenfalls dafür, dass Kryptowährungen wie Bitcoin unter das Tatbestandsmerkmal des „Preises“ subsumiert werden sollten.

B. Auslegungsergebnis

Der enge Wortlaut widerspricht zwar der These, dass Kryptowährungen wie Bitcoin unter das Tatbestandsmerkmal des Preises fallen, der weite Wortlaut lässt allerdings eine Subsumtion zumindest abstrakt erst einmal zu. Die Systematik widerspricht der möglichen Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal, da der § 327 Abs. 1 BGB zwischen einem „Preis“ und einer „Darstellung eines digitalen Werts“ differenziert. Der historische Gesetzgeber hat allerdings deutlich gemacht, dass der § 312 Abs. 1 BGB auch für Darstellungen digitaler Werte, d. h. auch Kryptowährungen Anwendung finden soll, solange diese vertraglich als Gegenleistung vereinbart wurden.

Zuletzt spricht auch der Telos des § 312 Abs. 1 BGB für eine mögliche Subsumtion von Kryptowährungen unter das Tatbestandsmerkmal zur Verpflichtung zur Zahlung eines Preises, da es primär um den Verbraucherschutz geht und eine ähnlich gefährdete Interessenlage für den Verbraucher besteht, unabhängig davon, ob die Gegenleistung in Form von monetärem Geld oder einer virtuellen Währung besteht. Dem Telos der Norm ist in der Gesetzesauslegung traditionell die größte Bedeutung bzw. das größte Gewicht zuzuordnen.

Letztlich lässt sich konstatieren, dass der weiten Wortlautauslegung, dem Willen des historischen Gesetzgebers und dem Telos der Norm zu folgen ist, auch wenn die Systematik des § 327 BGB dem eigentlich widerspricht. So wäre der Ausschluss von Kryptowährungen wie Bitcoin vom Tatbestand des § 312 Abs. 1 BGB gem. § 242 BGB nach Treu

und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zu legitimieren und entgegen dem Willen des ursprünglichen Gesetzgebers und eigentlichen Sinn und Zweck des Verbraucherschutzcharakters des § 312 Abs. 1 BGB.

C. Subsumtion / Ergebnis für den Sachverhalt

Für den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies, dass sich Alissa trotz der Zahlung in Bitcoin auf das Widerrufsrecht § 312g Abs. 1 BGB i. V. m. § 355 BGB berufen kann. Sie kann somit ihre abgegebene Willenserklärung wirksam widerrufen, womit der Vertrag als *ex nunc* nichtig bzw. untergegangen zu betrachten ist. Der Vertrag würde somit in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt werden.

VOTUM

Teil 1:

Bei der Antwort auf Frage 5 wurde die Formulierung „entsprechende Norm“ kritisiert.

Zitat des Korrektors: „Welche Norm? [H]öherrangiges Gesetz geht dem niederrangigen vor“

Teil 2:

Bei der Auslegungshypothese wurde angemerkt, dass man besser noch etwas abstrakter „digitale Darstellung eines Werts“ anstatt „Kryptowährung Bitcoin“ hätte schreiben sollen.

Zitat des Korrektors: „[B]esser allgemeiner formulieren: [D]igitale Darstellung eines Werts“

Bei der systematischen Auslegung wurde moniert, dass noch zu wenig auf den Unterschied zwischen § 312 BGB und § 327 BGB eingegangen wurde.

Zitat des Korrektors: „Noch mehr auf Unterschied zw. § 312 und § 327 eingehen“

Anmerkung:

Ein separates Schlussvotum gab es nicht.

Teil 1: 19/20

Teil 2: 74,5/80

Gesamt: 93,5 /100

Note: 15 Punkte

Studienarbeit im Arbeits- und Unternehmensrecht, 16 Punkte

Dipl.-Jur. Marcel Dervishi

Die Studienarbeit zum Thema „Umgang mit gestreckten Sachverhalten im Lichte des Art. 17 MAR“ wurde im Wintersemester 2023/24 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt.

Herzlichen Dank gebührt dabei Prof. Dr. Petra Buck-Heeb und Prof. Dr. Roland Schwarze, die sich mit der Veröffentlichung der Arbeit und des Votums einverstanden erklärt haben.

ANMERKUNG

Diese Bearbeitung wurde vor dem Inkrafttreten des sog. Listing Acts vom 04. Dezember 2024 abgeschlossen. Dadurch wurde Art. 17 MAR, insbesondere die Ad-hoc-Publizität von Zwischenschritten, maßgeblich geändert. Zur neuen Rechtslage wird auf Assmann, „Die Ad-hoc-Publizität von Zwischenschritten in gestreckten Sachverhalten nach den Änderungen von Art. 17 MAR durch den sog. Listing Act“ (ZHR 2025, 14-75), verwiesen.

Erster Teil: Einleitung

Schadensersatzansprüche in Milliardenhöhe wegen eines einzigen Fehlers? Ja, mit einem Verstoß gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht¹ ist das möglich. So läuft derzeit in diesem Kontext ein Kapitalanleger Musterverfahren gegen die VW-AG in Höhe von 4,3 Mrd. Euro.² Neben Schadensersatzansprüchen³ drohen zudem auch Bußgelder⁴, Untersagungsverfügungen und Gewinnentziehung⁵. Rechtsunsicherheit wäre hier fehl am Platz. Doch genau damit muss man in diesem Gebiet rechnen. Insbesondere die gestreckten Sachverhalte bereiten Probleme und werfen Fragen auf. Damit sind Sachverhalte gemeint, die sich über eine gewisse Zeitspanne erstrecken und von kleine-

ren Zwischenschritten geprägt sind.⁶ Also genau die Fälle, die in der Praxis die Regel darstellen. Unerwartete und plötzliche Situationen gibt es nur sehr selten.⁷ Die Frage, ob Zwischenschritte überhaupt veröffentlichtungspflichtig sein können, wurde bereits im Daimler/Geltl-Urteil des EuGH⁸ geklärt und ist inzwischen unmittelbar geltendes Gesetzesrecht.⁹ Wie man jedoch mit gestreckten Sachverhalten genau umzugehen hat, steht nicht eindeutig fest. Insbesondere stellt sich die Frage, ab wann ein Zwischenschritt eine ad-hoc-mitteilungspflichtige Insiderinformation darstellt. Dies wird teilweise als „eines der praxisrelevantesten, aber auch diffizilsten Felder des Insiderrechts“¹⁰ bezeichnet. Trotz dieser Rechtsunsicherheit müssen sich Marktteilnehmer¹¹ an diese Vorschrift halten und Maßnahmen ergreifen, um sie erfüllen zu können. Dies führt kausal zu höheren Compliance-Kosten.¹² Deshalb bezeichneten Unternehmen die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität in einer Konsultation der Europäischen Kommission auch als „belastend“¹³.

Zweiter Teil: Hauptteil

A. Sinn und Zweck des Art. 17 MAR

Um gestreckte Sachverhalte im Rahmen des Art. 17 MAR richtig einordnen zu können, muss zunächst die Ratio der Norm herausgearbeitet werden.

Die Ad-hoc-Publizität ist für die Praxis von enormer Wichtigkeit und Relevanz und stellt einen Kernbereich des

¹ Zur Terminologie Klöhn, AG 2016, 423, 429.

² Vgl. Pressemitteilung OLG Braunschweig v. 17.11.2023.

³ Vgl. bspw. §§ 97, 98 WpHG; dazu Meyer/Veil/Rönnau/Wolf, § 31 Rn. 12.

⁴ Vgl. §§ 120 Abs. 15 Nr. 6 bis 11 i.V.m. Abs. 18 WpHG.

⁵ Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 593.

⁶ VGR/Kumpam, S. 109 Rn. 1; vgl. weitere Praxisbeispiele in ErwG 17 MAR.

⁷ Kührt/Schreiber, BKR 2023, 351.

⁸ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 38.

⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 MAR.

¹⁰ Kraack, AG 2022, 267, 268 Rn. 7; vgl. auch Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160.

¹¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachform männlich, weiblich und divers verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

¹² Misterek, ZIP 2023, 400, 403.

¹³ Targeted Consultation, Question 44.

Marktmissbrauchsrechts dar.¹⁴ Der Art. 17 MAR fungiert als eine zentrale Norm zur Informationsbereitstellung im Kapitalmarktrecht. Im Wesentlichen lässt sich der Sinn und Zweck der Regelung in zwei Zielrichtungen zusammenfassen.¹⁵

I. Präventive Verhinderung von Insiderhandel

Die Ad-hoc-Publizität korreliert eng mit dem Insiderhandelsverbot aus Art. 14 MAR, da beide Vorschriften an den Begriff der Insiderinformation aus Art. 7 MAR anknüpfen.¹⁶ Gelangt ein Marktteilnehmer an kurserhebliche Informationen, die nicht dem gesamten Publikum bekannt sind, entsteht ein Ungleichgewicht an Wissen. Dadurch besteht die Gefahr, dass dieser Wissensvorsprung gezielt dafür genutzt werden könnte, vorteilhafte Transaktionen zu tätigen, die wiederum zu Lasten anderer, nicht informierter Marktteilnehmer wirken könnten.¹⁷

Sobald jedoch eine Information der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, kann sie nicht mehr Teil eines unzulässigen Insiderhandels sein. Und je kürzer dieser Wissensvorteil nur einem begrenzten Anlegerpublikum zur Verfügung steht, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass Insidergeschäfte getätigt werden.¹⁸ Durch die unverzügliche Veröffentlichungspflicht soll somit zunächst der Insiderhandel präventiv verhindert werden, indem Informationsungleichheiten abgebaut werden.¹⁹

II. Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts

Anleger werden ihr Geld nur dann investieren, wenn sie in die Integrität und Stabilität des Kapitalmarktes vertrauen können (Institutionelle Funktionsfähigkeit). Es muss insbesondere eine unbeeinflusste Preisbildung am Kapitalmarkt sichergestellt sein.²⁰ Der natürliche Marktpreis ist der geschätzte Wert, auf den sich alle Marktteilnehmer bei gleichem Zugang zu allen öffentlichen Informationen einigen würden.²¹

Durch Informationsasymmetrien kann die Preisbildung am Kapitalmarkt jedoch nicht natürlich sein.²²

Mithilfe der Ad-hoc-Publizitätspflicht werden Marktteilnehmer schnell informiert, wodurch eine Informationsasymmetrie hergestellt wird („equal access“).²³ Folglich werden „unangemessene“ Preise vereitelt und Anleger vor „Irreführung“ geschützt.²⁴ Die Ad-hoc-Publizität sichert somit die institutionelle Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, indem sie auf Marktransparenz abzielt.²⁵

B. Geltl/Daimler

Der Umgang mit gestreckten Sachverhalten im Zusammenhang mit dem Insiderrecht war lange Zeit ungeklärt und umstritten. Erst der Rücktritt des Vorstandsmitglieds Schrempp der börsennotierten Daimler AG führte dazu, dass sich deutsche Gerichte mit diesem Thema beschäftigen mussten, woraufhin der II. Zivilsenat des BGH ein Vorabentscheidungsverfahren einleitete. Der EuGH sollte im Hinblick auf Art. 1 MAD zum einen klären, ob Zwischenschritte schon für sich gesehen Insiderinformationen darstellen können oder ob dies von der Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses abhängt. Zudem sollte das Merkmal der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ präzisiert werden.²⁶

Im Ergebnis wurde entschieden, dass bei einem zeitlich gestreckten Vorgang jeder einzelne bereits eingetretene sowie zu erwartende Zwischenschritt unabhängig vom Endergebnis eine Insiderinformation sein kann.²⁷ Dadurch solle die Integrität der Finanzmärkte der Union sowie die informationelle Gleichbehandlung sichergestellt werden.²⁸

Zudem urteilte der EuGH bezüglich zukünftiger Umstände, dass die hinreichende Wahrscheinlichkeit getrennt von den Auswirkungen auf den Kurs von Finanzinstrumenten zu betrachten ist.²⁹ Dies bezwecke die Gewährleistung von Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer, indem verhindert werde, dass die Veröffentlichungspflicht zu früh greife. Es bestünde sonst die Gefahr, dass Informationen veröffent-

¹⁴ Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 488; Hopt/Kumpan, Art. 17 MAR Rn. 1; vgl. ErwG 49 MAR; Im Jahre 2013 bis 2022 veröffentlichten börsennotierte Unternehmen durchschnittlich knapp über fünf Ad-hoc-Meldungen pro Tag, siehe BaFin, Jahresbericht 2022, S. 69.

¹⁵ BGH BeckRS 2020, 40730 Rn. 332; Kapitalmarktf-HdB/Frowein/Berger, § 10 Rn. 3; vgl. ErwG 2 u. 49 MAR.

¹⁶ Gebauer/Teichmann/Zetschke, § 14 Rn. 85.

¹⁷ Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 490.

¹⁸ Poelzig, KapMarktR, Rn. 515.

¹⁹ BGH BeckRS 2020, 40730 Rn. 332; Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 490; vgl. ErwG 58 MAR.

²⁰ Poelzig, KapMarktR, Rn. 29.

²¹ Auch Fundamentalwert genannt, zu dem Begriff Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 192 ff.

²² Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 6; Weißhaupt, NZG 2019, 175.

²³ Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 490.

²⁴ BeckOK WpHR/Buck-Heeb, Art. 17 MAR Rn. 1; vgl. ErwG 49 S. 1 MAR.

²⁵ BGH BeckRS 2020, 40730 Rn. 332; Hopt/Kumpan, Art. 17 MAR Rn. 1.

²⁶ BGH NJW 2011, 309.

²⁷ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 38 u. 46.

²⁸ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 33; Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 162.

²⁹ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 50.

licht werden, die gar keine Insiderinformationen seien.³⁰ Am 03.07.2016 trat die MAR in Kraft und ersetzte die vom EuGH etwas näher präzisierte MAD nebst Durchführungsrichtlinien³¹. In Art. 7 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 MAR wurde so dann das Geltl/Daimler -Urteil des EuGH kodifiziert und die Problematik der gestreckten Sachverhalte wurde erstmals vom Gesetzgeber geregelt.³²

C. Die „Insiderinformation“ als Ausgangslage der Problematik

Nach dem System der MAR beruhen alle insiderrechtlichen Vorschriften auf demselben Begriff der Insiderinformation. Es herrscht das sog. Einheitsprinzip.³³ Somit knüpft auch der Art. 17 MAR an die Regelung des Art. 7 MAR an.³⁴ Nach Art. 7 Abs. 1a MAR sind Insiderinformationen definiert als „nicht öffentliche bekannte präzise Informationen, die (...), wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs (...) erheblich zu beeinflussen“. Art. 7 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 MAR stellen zudem klar, dass auch ein Zwischenschritt eines zeitlich gestreckten Vorgangs eine Insiderinformation sein kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dafür vorliegen.

Im Gesetz ungeregelt und von den Gerichten nicht entschieden ist jedoch die Frage, wann genau ein Zwischenschritt als Insiderinformation zu klassifizieren ist und welche Voraussetzungen dafür bestehen. Insbesondere ist noch ungeklärt, wann er präzise ist, Kursbeeinflussungspotenzial besitzt und inwiefern das Endergebnis zu berücksichtigen ist. Darüber hinaus gibt es in einem gestreckten Sachverhalt oft mehrere verschiedene Zwischenschritte, was die Bestimmung des richtigen Anknüpfungspunkts erschwert.³⁵ Aufgrund unterschiedlicher Interpretation vermag auch das Daimler/Geltl-Urteil diese Fragen nicht vollständig zu beantworten.³⁶

Die Problematik der gestreckten Sachverhalte kristallisiert sich mithin bei der Prüfung des Merkmals der Insiderinformation, speziell bei der präzisen Information und Kursrelevanz.

I. Präzise Information

Der Art. 7 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 MAR bestimmt, dass eine zukünftige Information dann präzise ist, wenn der damit gemeinte Umstand bzw. das damit gemeinte Ergebnis vernünftigerweise erwartet werden kann. Zusätzlich muss nach Abs. 2 S. 1 Hs. 2 die Information so spezifisch sein, dass sich eine Schlussfolgerung auf eine mögliche Marktveränderung ableiten ließe.

Umstände und eingetretene Ereignisse werden weit gefasst. Grundlegender Anknüpfungspunkt ist der Tatsachenkern, welcher in „innere“ und „äußere“ Tatsachen kategorisiert wird. Werturteile und Prognosen können zudem ebenfalls umfasst sein, wenn sie auf einer beweisbaren Tatsache basieren.³⁷

1. Zukünftige Zwischenschritte

Nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 und 3 MAR und ErwG 16 S. 2 MAR steht fest, dass zukünftige Zwischenschritte Insiderinformationen sein können, wenn sie vernünftigerweise zu erwarten sind. Aus den anderen Sprachfassungen ergeben sich keine Differenzen.

Die BaFin spricht hingegen in ihren norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften davon, dass bei gestreckten Sachverhalten neben dem Endergebnis nur „die auf dem Weg dahin verwirklichten Zwischenschritte als bereits eingetretene Ereignisse auf ihren Insiderinformationsgehalt hin zu überprüfen“ sind.³⁸ Diese Formulierung könnte so verstanden werden, dass die BaFin davon ausgehe, dass nur verwirklichte Zwischenschritte Insiderinformationen sein können. Diese Interpretation widerspricht indes offensichtlich dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 und 2 MAR.

Trotz unionsrechtswidrigen Verständnisses könnte die BaFin diese Auffassung dennoch faktisch durchsetzen, indem sie nicht veröffentlichte insiderrelevante zukünftige Zwischenschritte nicht sanktioniert. Zudem könnte sie den Begriff des „verwirklichten“ Zwischenschritt extensiv auslegen, was die Sachverhalte mit zukünftigen Zwischenschritten enorm verkürzen würde.

Ob die BaFin tatsächlich so handelt, ist jedoch unklar und bleibt abzuwarten.³⁹

Dennoch ist die MAR geltendes Recht und somit zu be-

³⁰ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 48.

³¹ Richtlinie 2003/124/EG v. 22.12.2003; Richtlinie 2003/125/EG v. 22.12.2003; Richtlinie 2004/72/EG v. 29.4.2004.

³² Poelzig, NZG 2016, 528, 531; vgl. ErwG 16 MAR.

³³ SZ/Kumpman/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 15.

³⁴ Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 497; Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 63.

³⁵ Augstein, S. 98 f.; Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 402; Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 161.

³⁶ Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 13.

³⁷ Vgl. dazu BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 40 f.

³⁸ BaFin, Modul C, S. 13.

³⁹ Kraack, AG 2022, 267, 269 Rn. 12.

folgen. Zukünftige Zwischenschritte können somit eigene Prüfungsobjekte sein.⁴⁰

2. Präzision

Die Präzision⁴¹ einer Insiderinformation bezieht sich ausschließlich auf die Eintrittswahrscheinlichkeit von nicht gegebenen Umständen und Ereignissen.⁴² Für zukünftige Zwischenschritte gelten dabei dieselben Voraussetzungen wie für Endziele.⁴³ Fraglich ist zunächst, wie der Begriff der Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist.

a) Wortlautauslegung

Art. 7 Abs. 1 S. 1 MAR bestimmt, dass etwas Zukünftiges dann wahrscheinlich ist, wenn es vernünftigerweise erwartet werden kann. Leicht abweichend heißt es in anderen Sprachfassungen, dass etwas „vernünftigerweise anzunehmen“⁴⁴ oder „vernünftigerweise vorhersehbar“⁴⁵ ist.⁴⁶ Das Adverb „vernünftigerweise“ wird einheitlich benutzt und ist als Kernelement zu betrachten. Mithin gibt es keine wesentlichen sprachlichen Differenzen.

Dem Begriff lässt sich nur eine vage Eingrenzung entnehmen. Die Wahrscheinlichkeit darf nicht gering sein, jedoch wird eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit nicht vorausgesetzt.

b) Auslegung mithilfe der ErwG

Der ErwG 16 S. 2 MAR präzisiert diese Voraussetzung und bejaht sie, wenn „auf der Grundlage einer Gesamtbewertung der zum relevanten Zeitpunkt vorhandenen Faktoren eine realistische Wahrscheinlichkeit besteht“. In den anderen Sprachfassungen ergibt sich auch nichts anderes.⁴⁷ Zudem stellt ErwG 16 S. 3 MAR klar, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit unabhängig von der Kursrelevanz zu betrachten ist, sodass die „Probability-Magnitude-Formel“⁴⁸ keine Anwendung findet. Ein Schluss auf einen genauen

Prüfungsmaßstab der Wahrscheinlichkeit ist jedoch nicht möglich. Es wird lediglich eine Negativabgrenzung zu unrealistischen Umständen ermöglicht.⁴⁹

c) Historische Auslegung

Die Regelungen des Art. 7 Abs. 2 S. 2 u. Abs. 3 MAR entstanden vor dem Hintergrund des Geltl/Daimler-Urteils, welches während des Gesetzgebungsverfahrens entschieden wurde.⁵⁰ Die Aussagen des Urteils wurden in die MAR übernommen.⁵¹

Der BGH hat in seiner Vorlagefrage drei Auslegungsmöglichkeiten der Wahrscheinlichkeiten dargelegt: Eine starre (1) hohe oder (2) überwiegende Wahrscheinlichkeit und (3) die flexible Probability-Magnitude-Formel.⁵² Der EuGH entschied sich ausdrücklich gegen die erste sowie letzte Auslegungsmöglichkeit.⁵³ Bzgl. der zweiten Möglichkeit äußerte sich der EuGH nicht. Folglich kann nach dem Ausschlussprinzip angenommen werden, dass sich der EuGH inzident für die Variante der überwiegenden Wahrscheinlichkeit entschieden hat.⁵⁴

Aus dem Wort „überwiegend“ ergibt sich, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts höher sein muss als das Ausbleiben.⁵⁵ Dies wird als „50% plus x“-Formel bezeichnet.⁵⁶

d) Teleologie

Der Zweck eines Wahrscheinlichkeitserfordernisses ist die Schaffung von Rechtssicherheit.⁵⁷

e) Stellungnahme

Im Ergebnis überzeugt die Herleitung der „50% plus x“-Formel in der Theorie. Die Annahme, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit höher als das Ausbleiben ist, harmoniert mit allen zuvor aufgeworfenen Begriffen im Hinblick auf den allgemeinen Sprachgebrauch. Wenn die Wahrscheinlichkeit des Ausbleibens überwiegen würde, wäre es

⁴⁰ ASM/Assmann, Art. 7 MAR Rn. 59; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 68; Seibt/Kraack, BKR 2020, 313, 314.

⁴¹ So begrifflich auch: BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 74; Leyens ZGR 2020, 256, 261; Poelzig, NZG 2016, 528, 532; Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 13.; abweichend hingegen Habersack, AG 2019, 697, 698, der die Eintrittswahrscheinlichkeit nicht als eigenes Tatbestandsmerkmal, sondern als Teil der Kursspezifität betrachtet.

⁴² BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 64.

⁴³ BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 77.

⁴⁴ FR: „peut raisonnablement penser“.

⁴⁵ PT: „razoavelmente previsível“.

⁴⁶ Nicht abweichend EN: „reasonably be expected“ u. ES: „puede esperar razonablemente“.

⁴⁷ EN: „realistic prospect“; ES: „probabilidades realistas“; FR: „perspective réaliste“.

⁴⁸ Vgl. zu dem Begriff und vergangener Problematik Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 198 f. u. SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 153 f.

⁴⁹ So auch Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 96 f.; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 47.

⁵⁰ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 11.

⁵¹ SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 46.

⁵² BGH NJW 2011, 309.

⁵³ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 46 u. 50.

⁵⁴ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 97; Poelzig, NZG 2016, 528, 532; VGR/Kumpan, S. 119 Rn. 22; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 47.

⁵⁵ BGH NJW 2013, 2114, 2118 Rn. 29.

⁵⁶ VGR/Kumpan, S. 119 Rn. 22.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 48.

verfehlt von einer vernünftigen Erwartung oder einer realistischen Wahrscheinlichkeit zu sprechen. Etwas wird erst dann realistisch oder wäre als eine vernünftige Entscheidung zu deklarieren, wenn die Erfolgschance überwiegt. Diese Betrachtungsweise steht auch mit den Zielen des Insiderrechts im Einklang, da genügend Rechtssicherheit geschaffen wird. Die Voraussetzung einer zu hohen Wahrscheinlichkeit führt zu einer zu späten ad-hoc-Mitteilungspflicht, was Insiderhandel ermöglichen könnte. Eine zu niedrige hingegen würde zu einem Informationsüberfluss führen, bei welchem letztendlich die Marktteilnehmer die Eintrittswahrscheinlichkeit bewerten müssten. Dies gefährde die Rechtssicherheit und die Finanzmarktstabilität.⁵⁸ Ein Mittelweg minimiert diese Probleme.

In der Praxis wird es jedoch nahezu unmöglich sein, genaue Eintrittswahrscheinlichkeiten zu ermitteln.⁵⁹ Selbst eine abstrakte Bestimmung wird kaum möglich sein, da jeder Sachverhalt individuell ist. Die Formel folgt zwar der Logik, jedoch werde nur eine Scheinpräzision vorgetäuscht, falls eine genaue Prozentangabe erwartet wird.⁶⁰

Hiergegen lässt sich jedoch anführen, dass in der Formel das „x“ eine unbestimmte Variable darstellt und somit gar nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine exakte Prozentangabe erwartet werde.⁶¹ Die Formel soll lediglich ausdrücken, dass der Eintritt wahrscheinlicher sein muss als das Ausbleiben.⁶² Dass ein „verständiger Anleger“ abstrakte Prozentwerte errechnen würde erscheint zweifelhaft. Die Beurteilung, ob eine Information präzise sei erfordert eine Gesamtbetrachtung aller Umstände im Einzelfall aus der Sicht eines verständigen Anlegers.⁶³ Der „50% plus x“-Formel ist im Ergebnis zuzustimmen. Eine genaue Prozentzahl muss dabei jedoch nicht bestimmt werden.⁶⁴

3. Sperrwirkung auf Konkurrenzebene

Zwischenschritte sind einem Endergebnis vorgeschaltet, sodass neben dem zukünftigen Zwischenschritt stets auch das zukünftige Endergebnis betrachtet werden muss. Diese beiden Anknüpfungspunkte sind inhaltlich eng miteinander verbunden. Folglich stellt sich die Frage, inwiefern

diese Konnexität bei der Prüfung zu berücksichtigen ist. Eine ausdrückliche Regelung zu diesem Verhältnis existiert nicht in der MAR.

Nach der Wertung des Art. 7 Abs. 2 S. 1 MAR sollen nur präzise Informationen veröffentlicht werden. Dabei könnten Fälle problematisch sein, in denen ein vorgeschalteter Zwischenschritt die Voraussetzungen einer Insiderinformation erfüllt, das zukünftige Endergebnis jedoch noch unwahrscheinlich und somit unpräzise ist. Wird nun der Zwischenschritt veröffentlicht, wird indirekt auch das Endergebnis publik, obwohl der Eintritt noch nicht wahrscheinlich ist. Dies könnte einen Wertungswiderspruch zu Art. 7 Abs. 2 S. 1 MAR darstellen.

Fraglich ist nun, ob die Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses bei dem Zwischenschritt berücksichtigt werden muss. Man könnte annehmen, dass Zwischenschritte nur Insiderinformation sein können, wenn das damit verbundene zukünftige Endergebnis präzise ist (sog. „Sperrwirkung auf Konkurrenzebene“).⁶⁵

Jedoch hat der Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 S. 2 UAbs. 3 MAR ausdrücklich geregelt, dass Zwischenschritte eines gestreckten Vorgangs für sich selbst Insiderinformationen sein können. Er geht davon aus, dass damit Insiderhandel betrieben werden könnte. Eine generelle Sperrwirkung auf Konkurrenzebene würde diese Regelung leerlaufen lassen und ist somit abzulehnen.⁶⁶

4. Abgrenzung nach Art des Zwischenschritts

Zwischenschritte sollen ad-hoc-publizitätspflichtig sein, um informationelle Gleichberechtigung herzustellen und somit die Finanzmarktintegrität zu schützen.⁶⁷ Die Voraussetzung der Präzision für zukünftige Umstände des Art. 7 Abs. 1 S. 1 MAR bezweckt hingegen Rechtssicherheit.⁶⁸ Lehnt man nun eine generelle Sperrwirkung auf Konkurrenzebene ab, verbleibt ein Spannungsverhältnis der Regelungsziele. Indem unpräzise Endergebnisse durch die Veröffentlichung von präzisen eingetretenen Zwischenschritten indirekt mitveröffentlicht werden, wird zwar der gleichberechtigte Zugang zu Informationen gestärkt, indes

⁵⁸ Möllers/Seidenschwann, NJW 2012, 2762, 2763; zu der generellen Problematik des „information overload“ Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 9.

⁵⁹ Kocher/Widder, BB 2012, 2837, 2839.

⁶⁰ Mengozzi, Schlussantrag zu C-19/11 v. 21.03.2012 = BeckRS 2012, 80624 Rn. 81 f.; Möllers/Seidenschwann, NJW 2012, 2762, 2763.

⁶¹ Augstein, S. 127.

⁶² VGR/Kumpan, S. 119 Rn. 22.

⁶³ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 99; so auch ErwG 16 S. 2 MAR.

⁶⁴ So im Ergebnis Augstein, S. 128; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 48.

⁶⁵ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 101.

⁶⁶ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 38; Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 105; Kraack, AG 2022, 267, 268 Rn. 8; Leyens, ZGR 2020, 256, 260; Poelzig, NZG 2016, 528, 532; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 52.

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 33.

⁶⁸ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 48.

leide die Rechtssicherheit darunter, da etwas Unwahrscheinliches publik wird.⁶⁹

Diesen Konflikt könnte man lösen, indem nach der Art des Zwischenschritts differenziert werde.⁷⁰ Es gebe zwei Typen von Zwischenschritten. Es sei danach zu unterscheiden, ob der Zwischenschritt seine insiderrechtliche Relevanz ausschließlich von dem zukünftigen Endergebnis ableite (nachfolgend Typ 1) oder ob er für sich genommen eine selbständige vom Endergebnis unabhängige Bedeutung hat (nachfolgend Typ 2).⁷¹ Die Qualität einer Insiderinformation meint hierbei die Kursspezifität und Kursrelevanz.⁷²

a) Beispiel

Diese abstrakte Differenzierung lässt sich am Beispiel eines Unternehmenskaufs als mehrstufigen Prozess veranschaulichen, in welcher typischerweise eine Due-Diligence-Prüfung⁷³ als Zwischenschritt vorgelagert ist. Die Information der Due-Diligence-Prüfung an sich motiviert einen Anleger in der Regel nicht zu einer (De-)Investition. Die Due-Diligence-Prüfung könnte jedoch dazu führen, dass der Unternehmenskauf wahrscheinlicher wird, was den Anleger zum (De-)Investieren verleiten würde. Dies wäre ein Fall des Zwischenschritts des Typ 2, da der Handelanreiz vom Endergebnis ausgeht.

Würde eine Due-Diligence-Prüfung hingegen ergeben, dass bspw. ein Unternehmensgrundstück überraschenderweise kontaminiert ist und dies zu einer unerwarteten finanziellen Belastung für das Unternehmen führt, hätte der Zwischenschritt eine vom Endergebnis unabhängige Relevanz. Dies wäre ein Fall des Zwischenschritts des Typ 1, da der Handelsanreiz zunächst allein vom Zwischenschritt ausgeht.⁷⁴ Dass das Endergebnis daneben auch eine Relevanz hat und durch den Zwischenschritt beeinflusst werden könnte, ist in diesem Kontext unerheblich, da es separat zu prüfen ist.

b) Herleitung der Differenzierung

Nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 MAR wird ein Zwischenschritt dann als Insiderinformation gewertet, wenn er „für sich genommen“ die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt.⁷⁵ Aus den anderen Sprachfassungen ergeben sich bzgl. dieser Formulierung keine Differenzen.⁷⁶ „Für sich genommen“ bedeute, dass der Zwischenschritt isoliert betrachtet wird und „selbstständig“ sei.⁷⁷ Im Umkehrschluss ergebe sich dann, dass es vom Endergebnis abhängige Zwischenschritte gebe.⁷⁸ Folglich ergebe sich aus dem Wortlaut, dass es mehr als eine Art von Zwischenschritten geben müsse.

Der Gesetzgeber gehe somit davon aus, dass bei Zwischenschritten des Typ 1 keine zu korrigierende Rechtsunsicherheit bestehe. Bei den Zwischenschritten des Typ 2 müsse hingegen die Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses berücksichtigt werden. Der Eintritt dieser Zwischenschritte hätten lediglich Einfluss auf die Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses. Das Interesse an der Veröffentlichung der Information unterliege dann dem Interesse der Rechtssicherheit, da sich die insiderrechtliche Relevanz aus einem unsicheren Ergebnis herleitet.⁷⁹

c) Kritik an der Differenzierung

Gegen eine zweigeteilte Differenzierung der Zwischenschritte spricht, dass so eine Unterscheidung sowie die Voraussetzung einer „insiderrechtlichen Relevanz“ nicht ausdrücklich im Gesetz stehe. Auch aus dem Wortlaut „für sich genommen“ folge nicht, dass Zwischenschritte mit Ausblendung des Endergebnisses betrachtet werden müssten. In gestreckten Sachverhalten sei es typisch, dass ein Zwischenschritt in einem Endziel mündet. Folglich sei es nicht sachgerecht diese Charakteristik auszublenden. Man müsse vielmehr den Gesamtkontext betrachten, da sonst auch die spätere Bestimmung der Kursrelevanz nicht möglich sei. Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 MAR bedeute lediglich, dass einem Zwischenschritt hinreichende Kursrelevanz zukommt. Und genau dies könne nicht genau be-

⁶⁹ Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 163.

⁷⁰ Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 164.

⁷¹ Merkner/Sustmann/Retsch, AG 2019, 621, 625; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 70; Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 164; so ein Verständnis zumindest auf Kursrelevanzebene BaFin, Modul C, S. 13; der Differenzierung zustimmend jedoch kritisch bzgl. der Terminologie Seibt/Kraack BKR 2020, 313, 314.

⁷² Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 164; die Kursrelevanz meint die Eignung zur Kursbeeinflussung nach Art. 7 Abs. 1a aE MAR und wird auch Kurserheblichkeit genannt.

⁷³ Zum Begriff Weber, Rechtswörterbuch, Due Diligence.

⁷⁴ Beispiel von Hasenauer/Ebner, GesRZ 2022, 210, 211 f.

⁷⁵ Vgl. auch ErwG 16 S. 4 MAR.

⁷⁶ EN: „by itself“; ES: „por sí misma“; FR: „en soi“

⁷⁷ SZ/Kumpf/Misterrek, Art. 7 MAR Rn. 50; Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 165.

⁷⁸ Habersack, AG 2020, 697, 700 Rn. 13.

⁷⁹ Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 164 f.

stimmt werden, wenn nicht der Gesamtkontext betrachtet würde.⁸⁰ Der Informationsgehalt eines Zwischenschrittes beziehe sich nicht nur auf das Endergebnis, sondern auf den gesamten gestreckten Vorgang als solchen. Ein Zwischenschritt sei ein eigenes Zwischenergebnis im gestreckten Vorgang und kann deshalb eine Insiderinformation sein. Eine spezifische Verknüpfung zum endgültigen „Resultat“ bestehe nicht.

Zudem komme erschwerend hinzu, dass in gestreckten Vorgängen mehrere Endergebnisse in Betracht kommen könnten. In dieser Situation sei unklar, bzgl. welchem Endergebnis der Zwischenschritt unabhängig sein müsse. Ferner würde die Differenzierung dazu führen, dass die ausdrücklich abgelehnte Sperrwirkung auf Konkurrenzebene indirekt für die Zwischenschritte des Typ 2 wirken würde.⁸¹ Ferner wird angeführt das Zwischenschritte des Typ 2 ausschließlich eine Indizwirkung für die Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses hätten.⁸²

Das Spannungsverhältnis von Rechtsunsicherheit und Finanzmarktschutz sei ein Thema der Veröffentlichungspflicht und sei auch dort zu lösen. Eine Modifizierung des Begriffs der Insiderinformation sei folglich nicht nötig.⁸³

d) Stellungnahme

Der Wortlaut überzeugt. Das Gesetz spricht in Art. 7 Abs. 2 S. 2 MAR ausdrücklich davon, dass Zwischenschritte Insiderinformationen sein „können“⁸⁴ und nicht müssen. Dies spricht auch dafür, in Art. 7 Abs. 3 MAR den Umkehrschluss zu ziehen, dass es mehrere Arten von Zwischenschritten gibt.⁸⁵

Zudem kann die Verortung im Rahmen des Begriffes der Insiderinformation nicht verfehlt sein, da sie ein Tatbestandsmerkmal der Ad-hoc-Publizitätspflicht ist und so eine hinreichende Konnexität besteht. Jedoch vermag die Verortung im Merkmal der „Präzision“ nicht zu überzeugen. Eine Wechselwirkung von Zwischenschritt und Endergebnis ist bei diesem Merkmal nicht angelegt. Für die Differenzierung von Zwischenschritten ist es notwendig, dass der Zwischenschritt auf seine Relevanz überprüft werden muss. Die Kursrelevanz stellt indes ein eigenes Tatbestandsmerkmal der Insiderinformation dar.⁸⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum diese Differenzierung schon bei

der Prüfung der „präzisen Information“ erfolgen soll. Die Prüfung der Kursrelevanz würde vorgezogen werden, um dann den Prüfungsmaßstab der Präzision so zu modifizieren, dass die Wahrscheinlichkeit des Endergebnisses bei einem bereits eingetretenen Zwischenschritt zu berücksichtigen sei. Bei dieser Betrachtungsweise wird verkannt, dass der Schwerpunkt der Prüfung bei der Kursrelevanz liegt. Es wäre nur dann konsequent und besser nachvollziehbar, das Ergebnis dieser Prüfung dort wirken zu lassen, wo der Prüfungsschwerpunkt liegt. Folglich wäre vorzugswürdiger, die Differenzierung im Merkmal der Kursrelevanz vorzunehmen.

Dies wäre auch mit der Systematik des Art. 7 MAR vereinbar. Der Art. 7 Abs. 3 MAR bestimmt, dass ein Zwischenschritt eine Insiderinformation sein kann, „falls er für sich genommen die Kriterien für Insiderinformationen gemäß diesem Artikel erfüllt“. Mithin kann sich die Vorgabe „für sich genommen“ auf alle Merkmale der Insiderinformation beziehen. Der Wortlaut verhindert somit die mögliche systematische Auslegung, dass sich der Abs. 3 nur auf den vorgelagerten Abs. 2 bezieht, welcher die „präzise Information“ konkretisiert.

Hat ein Zwischenschritt „für sich genommen“ insiderrechtliche Qualität, muss das Tatbestandsmerkmal der Kursrelevanz bejaht werden. Bei einem Zwischenschritt des Typ 2 hängt dies allein von dem Endergebnis ab. Für die Bestimmung der Präzision des Zwischenschritts ist nach der hier vertretenen Auffassung keine Abgrenzung der Zwischenschritt Art erforderlich.

5. Kursspezifität

Neben der Präzision muss eine Information kursspezifisch sein. Das ist nach Art. 7 Abs. 2 S. 1 aE MAR dann der Fall, wenn sie spezifisch genug ist, um einen Schluss auf die mögliche Kursauswirkung zuzulassen. Diese Regelung in der MAR beruht dabei auf der Geltl/Daimler-Entscheidung und ist nahezu wortidentisch.⁸⁷

Schon der Wortlaut der Norm macht deutlich, dass die Kursspezifität stark der Kurerheblichkeit ähnelt. Nach Art. 7 Abs. 4 UAbs. 1 MAR liegt Kurerheblichkeit vor, wenn ein „verständiger Anleger“ die Information als Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde.

⁸⁰ Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 15.

⁸¹ Leyens, ZGR 2020, 256, 260.

⁸² Fett, FS 25 Jahre WpHG, 1089, 1097.

⁸³ Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 16 f.; vgl. im Ergebnis auch Leyens, ZGR 2020, 256, 260.

⁸⁴ EN: „may be deemed to be“; ES: „pueden“; FR: „peuvent être“

⁸⁵ BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 86.

⁸⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 1a Var. 4 iVm. Abs. 4 UAbs. 1 MAR.

⁸⁷ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 –C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 35 u. 39.

Der EuGH urteilte ausdrücklich, dass zwischen den Tatbestandsmerkmalen „präzise(r) Information“ und „Kursrelevanz“ Unterschieden werden müsse. Die Merkmale seien „Mindestvoraussetzungen“.⁸⁸ Die Kursspezifität solle dabei dem Zweck dienen, dass „vage oder allgemeine Informationen“, die keinen Schluss auf eine Kursauswirkung zulassen, ausgesperrt werden.⁸⁹

Wie indes zwischen diesen beiden Merkmalen abzugrenzen ist, ist noch nicht vollständig geklärt.

a) Keine eigenständige Bedeutung der Kursspezifität

Es ließe sich kein Fall konstruieren, in dem eine kursrelevante Information nicht auch kursspezifisch ist. Bei der Bejahung der Kursrelevanz würde zwangsläufig auch die Kursspezifität vorliegen.⁹⁰ Andererseits sei es jedoch möglich, dass eine Information kursspezifisch, aber nicht kursrelevant sei.⁹¹ Daraus könnte man schließen, dass die Kursspezifität gar keine eigenständige Bedeutung habe.⁹² Dies widerspricht jedoch ausdrücklich der Rechtsprechung, welche als Grundlage der MAR diente.

Es wäre jedoch möglich, dass das Merkmal lediglich eine Filter-Funktion im Sinne einer Evidenzkontrolle hätte. Informationen, die ein „verständiger Anleger“ offensichtlich nicht berücksichtigen würde und somit irrelevant seien, sollen schon keine präzise Information darstellen. Bei offensichtlich irrelevanten Informationen kann somit die Eigenschaft als Insiderinformation schon vor der gesamten Prüfung der Kursrelevanz abgelehnt werden.⁹³

b) Eigenständige Bedeutung der Kursspezifität

Ferner besteht die Möglichkeit, der Kursspezifität eine eigenständige Bedeutung zuzugestehen. Dahingehend wird vertreten, dass das Merkmal eine wertende Komponente besitzt, um in Einzelfällen eine Ergebnisgerechtigkeit herzustellen. So könne einer Information aus dem „engen persönlichen Bereich“ oder dem „Bereich interner Willensbildung“ die Qualifizierung als Insiderinformation aberkannt werden, ohne die Kursrelevanz prüfen zu müssen.⁹⁴

c) Stellungnahme

Der Gesetzgeber hat die Voraussetzung der Kursspezifität seit 1989 in dem Kontext in jedem Entwicklungsschritt der Regelungsmaterie aufrechterhalten.⁹⁵ In Anbetracht dieses historischen Willens des Gesetzgebers und des Wortlauts des Gesetzes ist es wichtig, die Kursspezifität nicht außer Acht zu lassen. Mithin bleibt es jedoch eine rein dogmatische Frage. Wenn die Kursspezifität in der Kursrelevanz aufgeht, hat die Unterscheidung dieser Merkmale keine Auswirkung auf die Praxis.⁹⁶

Betrachtet man die Kursrelevanz im Kontext des gesamten Art. 7 MAR wird klar, dass die Kursrelevanz eine enge Beziehung zu allen Tatbestandsmerkmalen aufweist. Die Kursrelevanz ist in der Regel nicht gegeben, wenn ein anderes Merkmal zu verneinen ist. Daraus folgt, dass die Merkmale der Insiderinformation derart miteinander verflochten sind, dass eine vollkommene Eigenständigkeit der einzelnen Merkmale nicht besteht. Der Gesetzgeber konnte mithin nicht davon ausgegangen sein, dass eine Wechselwirkung der Merkmale unmöglich ist und dass Merkmale in der Kursrelevanz nicht aufgehen könnten. Daraus kann indes nicht geschlossen werden, dass in der Kursspezifität die Kursrelevanz mit nur einer geringeren Intensität geprüft würde. Wenn der Gesetzgeber zwei verschiedene Tatbestandsmerkmale ins Gesetz schreibt, muss davon ausgegangen werden, dass zwei verschiedene Prüfungen zu erfolgen haben.⁹⁷

Nach Art. 7 Abs. 2 S. 1 MAR bilden die Präzision und die Kursspezifität gemeinsam die „präzise Information“. Folglich ist im Gesetz angelegt, dass diese Merkmale in einem engen Verhältnis stehen. Das Merkmal der Präzision wird abstrakt nach der Eintrittswahrscheinlichkeit bestimmt. Diese Betrachtungsweise kann man übertragen. Mithin ist zu bestimmen, ob eine Information abstrakt betrachtet einen Handelsreiz auslösen kann. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die unmittelbar mit der Information in Verbindung stehen. Die konkrete Betrachtung erfolgt dann erst bei der Prüfung der Kursrelevanz.⁹⁸ Durch diese Unterscheidung von abstrakter und konkreter Betrach-

⁸⁸ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 – C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 53; EuGH, Urteil v. 11.03.2015 – C-628/13- „Lafonta“ Rn. 28.

⁸⁹ EuGH, Urteil v. 11.03.2015 – C-628/13- „Lafonta“ Rn. 31; so auch BaFin, Modul C, S. 10.

⁹⁰ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 82.

⁹¹ Hellgardt, AG 2024, 57, 60 Rn. 15.

⁹² Steinrück, S. 40.

⁹³ Bankrechtstag 2017, Seibt, 81, 89; Kapitalmarktf-HdB/Brellochs, § 1 Rn. 44; Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 82; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 28d.

⁹⁴ BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 95.

⁹⁵ SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 35.

⁹⁶ KapAnR-HdB/Buck-Heeb, § 8 Rn. 79.

⁹⁷ SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 37.

⁹⁸ Bankrechts-HdB/Hopt/Kumpan, § 86 Rn. 43; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 38; VGR/Kumpan, S. 112 Rn. 8; so im Ergebnis auch Dollenz/Simonishvili, ÖBA 2017, 668, 671.

tungsweise kann bei jedem Merkmal eine isolierte Prüfung stattfinden.

Problematisch ist, dass Fälle des Zwischenschritts des Typ 2 aus sich herausabstrakt keinen Handelsanreiz auslösen könnten, da jegliche Kursrelevanz im Endergebnis liegt. In diesen Fällen ist die Norm extensiv auszulegen. Der abstrakte Handelsanreiz setzt sich dann aus einem Zusammenspiel von Zwischenergebnis und Endergebnis zusammen.

6. Zwischenergebnis

Für die Bestimmung der „präzise(n) Information“ im Rahmen von gestreckten Sachverhalten lässt sich folgendes festhalten. Jeder eingetretene sowie zukünftige Zwischenschritt ist neben dem Endergebnis isoliert zu prüfen.

Bei allen zukünftigen Geschehnissen muss im Wege einer Gesamtbetrachtung bewertet werden, ob der Eintritt wahrscheinlicher ist als dessen Ausbleiben. Die Differenzierung von Zwischenschritten in zwei Typen überzeugt, jedoch ist es vorzugwürdig, dies im Rahmen der Kurserheblichkeit zu prüfen.

Ferner muss das Merkmal der Kursspezifität kumulativ erfüllt sein. Dies ist zu bejahen, wenn eine Information abstrakt einen Handelsreiz auslösen kann.

II. Eignung, den Kurs erheblich zu beeinflussen

Nach Art. 7 Abs. 1 lit. a aE MAR muss eine Insiderinformation dazu geeignet sein, wenn sie öffentlich bekannt würde, den Kurs erheblich zu beeinflussen. Nach Art. 7 Abs. 4 UAbs. 1 MAR haben Informationen die Eignung zur Preisbeeinflussung, „die ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde“.

1. Verständiger Anleger

Fraglich ist zunächst, was unter einem „verständigen Anleger“ zu verstehen ist. Das Gesetz definiert diesen Begriff nicht. Auf den Ebenen der „Level 2“ sowie „Level 3“-Maßnahmen ist ebenfalls keine Präzisierung zu finden.⁹⁹

Auch aus den anderen Sprachfassungen ergibt sich kein Begriff, der konkreter ist. Man könnte lediglich abwei-

chend dahingehend übersetzen, dass es „vernünftiger Anleger“ heißen würde.¹⁰⁰ Ein erheblicher Unterschied der Bedeutung ergibt sich jedoch nicht.

Aus dem Begriff „verständig“ folgt jedoch, dass der Anleger, im Gegensatz zu einem „nicht-verständigen“ Anleger, eine gewisse Qualifikation aufweisen muss. Demnach muss aus der Sicht eines „verständigen Anlegers“ eine gewisse Breite an Fachwissen zugrunde gelegt werden. Mithilfe dieses Wissens können dann Entscheidungen nach klaren und bestimmten Vorgehensweisen getroffen werden.¹⁰¹

Ferner ergibt sich aus dem Begriff, dass es nicht auf die subjektiv individuelle Sicht des handelnden Insiders oder Richters im konkreten Fall ankommt.¹⁰² Der „verständige Anleger“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und wird nicht durch Beweiserhebung ermittelt und beruht somit auf einem objektiven Konzept.¹⁰³ Was dieses Konzept jedoch genau umfasst, wird unterschiedlich bewertet. Im Hinblick auf die mögliche Ad-hoc-Publizitätspflicht und aufgrund des Normzweckes muss der Begriff so weit sein, dass alle Möglichkeiten des Insiderhandelns verhindert werden. Der Begriff darf jedoch auch nicht so weit ausgelegt werden, dass ein „Information Overload“ zulasten des Marktes entstehe. Zudem muss im Hinblick auf die drohenden Sanktionen darauf geachtet werden, dass das Merkmal subsumtionsfähig und somit im Einklang mit dem Bestimmtheitsgebot ist.¹⁰⁴

Konkret sind drei Kernfragen zu klären, um den Begriff ausreichend zu füllen:

- Wie professionell handelt der Anleger und welche Erfahrungen hat dieser am Kapitalmarkt?
- Inwiefern stützt der Anleger seine (De-)Investitionen auf rationale oder spekulative Erwägungen?
- Gibt es persönliche Präferenzen, wie eine Entscheidung getroffen wird und falls ja, wie wird dies berücksichtigt?¹⁰⁵

a) Verständiger Anleger als Individuum

Bei Betrachtung des verständigen Anlegers als Individuum, liegen dem Begriff die realen Marktteilnehmer zu Grunde. Aus den tatsächlich handelnden Anlegern wird ein Durchschnittsanleger bestimmt, der die breite Masse repräsentiert. Seine Eigenschaften sind dann maßgeblich. Dabei

⁹⁹ Langenbucher/Klöhn, § 6 Rn. 98; näher zum Lamfalussy-Verfahren Bankrechts-HdB/Kolassa, § 121 Rn. 45 ff.

¹⁰⁰ EN: „reasonable investor“; ES: „inversor razonable“; FR: „investisseur raisonnable“.

¹⁰¹ Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 188.

¹⁰² BGH NJW 2012, 1800, 1804 Rn. 42; Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 188; Poelzig, KapMarktR, Rn. 404.

¹⁰³ Langenbucher/Klöhn, § 6 Rn. 99; Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 188; vgl. ErwG 14 MAR.

¹⁰⁴ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 267; vgl. ErwG 4 u. 23 MAR.

¹⁰⁵ Meyer/Veil/Rönnau/Krause, §6 Rn.114a; ergänzend Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 189, die auch noch nach der Informationsrecherche und -auswertung fragen; ähnlich Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 268-270a, der jedoch statt der persönlichen Referenz nach dem Fundamentalwertbezug der Entscheidung fragt.

sollte der Durchschnitt aus einer Referenzgruppe mit einer gewissen fachlichen Qualifikation gebildet werden.¹⁰⁶ Nach der BaFin sei ein „verständiger Anleger“ börsenkundig, hätte Kenntnis von allen verfügbaren Informationen und würde alle Erfahrungswerte berücksichtigen, wobei kein besonderes Fachwissen vorausgesetzt wird.¹⁰⁷ Teilweise wird vertreten, dass er dabei selbst irrationale Marktreaktionen berücksichtigen würde.¹⁰⁸ Darüber hinaus würde er streng wirtschaftlich handeln, wobei jede Chance des Profits genutzt werden würde. Jede Entscheidung muss in Anbetracht aller Gesamtumstände des Einzelfalls getroffen werden, wobei alle Erfahrungswerte zu berücksichtigen seien. Eine spezielle Investitionsstrategie gebe es nicht.¹⁰⁹

b) Verständiger Anleger als Kollektiv

Bei kollektiver Betrachtung soll der „verständige Anleger“ den gesamten Markt widerspiegeln. Die Professionalität und Rationalität sollen nicht an einer Person gemessen werden, die eine bestimmte Referenzgruppe abbildet. Es muss stattdessen danach gefragt werden, wie der Kurs des Marktes auf eine Information hypothetisch reagieren würde. Somit sind solche Informationen relevant, die genügend Anleger für so wichtig erachten und aus diesem Grund (de-)investieren, sodass sich der Kurs verändert.¹¹⁰ Bei dieser Betrachtungsweise wird jedoch unterschiedlich beurteilt, ob das idealisierte Marktgeschehen der Anknüpfungspunkt sein soll¹¹¹ oder ob auch irrationale Marktreaktionen berücksichtigt¹¹² werden müssen.

Ein idealisiertes Marktgeschehen würde die Möglichkeit eröffnen, dass die Entscheidungen eines „verständigen Anlegers“ mithilfe von empirischen Kapitalmarkttheorien und Verhaltensökonomie ermittelt werden könnten. Bei der Bewertung der Kursrelevanz würden somit hauptsächlich typische Reaktionen des Kapitalmarktes und der Anleger berücksichtigt.

Das Berücksichtigen von irrationalen Reaktionen des Marktes würde hingegen dazu führen, dass die Entscheidung des Anlegers eher der Realität entspreche.¹¹³

c) Stellungnahme

Der Wortlaut der MAR spricht dafür, dass der „verständige Anleger“ ein Abbild einer individuellen Person sei. So kann nur eine reale Person „verständig“ sein. Sie muss Informationen auf der Grundlage von Fachwissen verstehen, verarbeiten und Entscheidungen treffen. Zudem kann auch nur eine reale Person Kapital am Markt anlegen und somit „Anleger“ sein. Der Gesetzgeber hätte stattdessen auch einen abstrakteren Begriff wie „Marktreaktion“ wählen können.¹¹⁴ Würde man dieser Betrachtungsweise folgen, verbliebe jedoch das Problem der Bestimmung der Referenzgruppe. Die Professionalität der Marktteilnehmer ist breit gestreut. Der Aussagegehalt eines Durchschnittswerts, der Spezialisten sowie unqualifizierte Privatanleger umfasst, ist schwach. Je qualifizierter ein Anleger ist und komplizierter ein Sachverhalt, desto eher weicht sein Status vom Durchschnitt ab. Er könnte dann das Informationsungleichgewicht ausnutzen. Gerade bei gestreckten Sachverhalten, in denen es mehrere Zwischenschritte gibt, ist die Bestimmung der Kursrelevanz kompliziert. Dies ermöglicht dem besonders qualifizierten Anleger in diesen Fällen, das Informationsungleichgewicht auszunutzen. So eine Lücke kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.¹¹⁵ Diese Problematik scheint so gelöst zu werden, dass die Referenzgruppe aus marktspezifisch börsenkundigen Anlegern gebildet wird.¹¹⁶ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass dennoch Spezialisten in schwer zu durchdringenden Sachverhalten immer noch profitieren würden.¹¹⁷ Diese Sondervorteile sollen nach dem Konzept der MAR gerade verhindert werden.¹¹⁸ Zudem ist zu kritisieren, dass es keinen real existierenden Anleger gibt, der ein allumfassendes Wissen besitzt.¹¹⁹ Es ist auch fraglich, mit welcher Methode

¹⁰⁶ Zu einer fallorientierten und ereignisabhängigen Referenzgruppe BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 133 f. u. KapitalmarktstrafR-HdB/Schröder, Kap. 2 Rn. 133.

¹⁰⁷ BaFin, Modul C, S. 11 f.

¹⁰⁸ ASM/Assmann, Art. 7 MAR Rn. 84; so früher auch BaFin, Art. 17 MAR – Veröffentlichung von Insiderinformationen (FAQs), III.5.b. (S. 8), der Hinweis für die Beachtung von irrationalen Reaktionen wurde im neuen Emittentenleitfaden der BaFin entfernt.

¹⁰⁹ Darstellend Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 192.

¹¹⁰ Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 115a; Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 193.

¹¹¹ Zu diesem Ansatz ausführlich Langebucher, AG 2016, 417, 419 f.; zur Berechnung des Erwartungswerts in diesem Kontext Hellgardt, AG 2024, 57, 61 f.

¹¹² So der BGH NJW 2012, 1800, 1804 Rn. 44, wobei dieser Entscheidung dennoch eine fundamentalwertorientierte Herangehensweise zu Grunde liegt; dazu Merkner/Sustmann/Retsch, AG 2019, 621, 623 f.

¹¹³ Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 115a; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 134.

¹¹⁴ KapitalmarktstrafR-HdB/Schröder, Kap. 2 Rn. 131; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 136.

¹¹⁵ SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 136 f.

¹¹⁶ BeckOK WpHR/Nietsch, Art. 7 MAR Rn. 133 f.; KapitalmarktstrafR-HdB/Schröder, Kap. 2 Rn. 133.

¹¹⁷ Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 204.

¹¹⁸ Vgl. ErwG 23 MAR.

¹¹⁹ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 277.

der Durchschnitt einer Referenzgruppe bestimmt werden soll. So käme bspw. eine Umfrage in Betracht. Wie praktikabel und aussagekräftig so etwas sein soll ist jedoch fragwürdig. Insbesondere ist nicht klar, welche äußeren Einflüsse in beachtet werden müssten. Problematisch wären Fälle, in denen sich ein unqualifizierter Anleger von einem Dritten fachlich beraten lassen würde. Hinzu käme die Möglichkeit der Nutzung von neuen Technologien wie der künstlichen Intelligenz. Auch die Bestimmung in welchem zeitlichen Abstand so ein Durchschnitt berechnet werden würde wäre fraglich.¹²⁰ So eine Methode würde im Ergebnis faktisch auf ein Problem der Beweiserhebung hinauslaufen.

Die Bestimmung des „verständigen Anlegers“ als normatives Konstrukt wäre praktikabler. Auch der Sinn und Zweck der MAR spricht für einen kollektiven Ansatz. Mithilfe des „verständigen Anlegers“ soll lediglich beurteilt werden, ob eine Information zu einer Kursänderung führt. Dies ist nur dann der Fall, wenn genügend Anleger darauf reagieren. Folglich muss davon ausgegangen werden, dass der „verständige Anleger“ den Markt abbilden soll und nicht eine typisierte Person.¹²¹ Aus den ErwG 14 u. 15 MAR ergebe sich, dass aufgrund aller bekannten öffentlichen Informationen eine rationale Entscheidung getroffen wird. Diese Entscheidung stellt den Erwartungswert und somit die prognostische Preisveränderung dar.¹²²

In Anbetracht der drohenden Sanktionen im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot ergibt sich zudem, dass keine Rechtsunsicherheit bestehen darf.¹²³ Es können zwar nie hundertprozentig richtige Prognosen erstellt werden, jedoch ist es möglich, Prognosen auf Tatsachen zu stützen und zu versuchen, dass sie so genau wie möglich sind. Die „sicherste“ Prognose ist mithin die, die aufgrund rationaler Erwägungen getroffen wird. Die Beachtung von irrationalen Erwartungen würde hingegen der Logik zuwiderlaufen und eine reine Spekulation ohne sachliche Rechtfertigung darstellen. Zudem bestünde die Gefahr, dass Emittenten unrelevante Informationen ad-hoc publizieren müssten, wenn irrational handelnde Anleger hinreichend darauf reagieren würden.¹²⁴

¹²⁰ So auch im Ergebnis Augstein, S. 148.

¹²¹ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 276.

¹²² So Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 274, der dies als halbstrenge Variante der Markteffizienzhypothese klassifiziert.

¹²³ Vgl. auch ErwG 4 u. 18 MAR.

¹²⁴ Misterek, ZIP 2023, 400, 401 f.

¹²⁵ A.A. SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 139, die im Ergebnis dennoch die Berücksichtigung irrationaler Entscheidungen ablehnen.

¹²⁶ So im Ergebnis auch Kapitalmarktf-HdB/Brellochs, § 1 Rn. 82; Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 271 ff.; Kumpan/Misterek, ZHR 2020, 180, 212 f.; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 114 ff.; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 136 ff.

¹²⁷ KapAnlR-HdB/Buck-Heeb, § 8 Rn. 118 f.; vgl. ErwG 14 MAR.

¹²⁸ EuGH, Urteil v. 11.03.2015 – C-628/13- „Lafonta“.

¹²⁹ BaFin, Modul C, S. 12; KapAnlR-HdB/Buck-Heeb, § 8 Rn. 120; VGR/Kumpan, S. 114 Rn. 10.

Auch der Wortlaut „wahrscheinlich“ spreche nicht dafür, dass eine irrationale Reaktion berücksichtigt werden müsste, da Prognosen nie völlig sicher sind.¹²⁵ Somit passt der Wortlaut auch, wenn die Marktreaktion mithilfe des Fundamentalwerts des Finanzinstruments vermeintlich sicher errechnet werden würde. Im Ergebnis wird nur auf eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit abgezielt.

Zudem würde eine Beachtung von irrationalen Reaktionen ein Problem im Hinblick auf die gestreckten Sachverhalte darstellen. Zwischenschritte zum Anfang eines langwirigen Prozesses könnten als Anknüpfungspunkt für unsichere und spekulative Prognosen von Anlegern dienen. Gerade im Hinblick auf das Endergebnis könnte so ein Zwischenschritt überinterpretiert werden und eine irrationale Entscheidung provozieren.

Im Ergebnis spricht mehr dafür nur rationale Reaktionen zu berücksichtigen und den „verständigen Anleger“ als Abstraktion des Kapitalmarktes zu verstehen.¹²⁶

2. Feststellung der Eignung bei Zwischenschritten

Ein „verständiger Anleger“ bewertet die Eignung einer Information zur Preisbeeinflussung im Rahmen einer Prognose zum Zeitpunkt eines möglichen Insiderhandelns. Dabei sind alle zu diesem Zeitpunkt öffentlichen und relevanten Umstände ex ante zu berücksichtigen.¹²⁷ Mit diesem Wissen wird dann rational bewertet, ob die Informationen fundamentalwertrelevant sind.

Da es lediglich auf die Eignung zu einer möglichen Kursänderung ankommt, muss der verständige Anleger aus der Information auch nicht folgern können, ob der Kurs steigt oder fällt. Es reicht mithin die Annahme, dass sich der Kurs überhaupt verändert.¹²⁸ Eine tatsächliche Veränderung kann jedoch die Eignung zur Preisbeeinflussung indizieren.¹²⁹

3. Erheblichkeit

Eine Information ist nur dann für den Markt schädlich, wenn sie einen ausreichenden Anreiz für den Anleger liefert, dass er am Markt (de-)investieren wird. Dieser Anreiz ist nur dann gegeben, wenn die erwarteten Transaktions-

und Opportunitätskosten von dem potentiellen Gewinn gedeckt werden, wobei auch vermiedene Verluste umfasst sind. Es sollen Bagatelfälle ausgefiltert werden, damit keine Informationen ad-hoc-Publizitätspflicht werden, von denen keine Gefahr für den Kapitalmarkt ausgehen.¹³⁰

Dies ist auch richtig, da Informationen, die nur zu sehr geringen Kursveränderungen führen, einen Informationsüberfluss auslösen würden, der den Kapitalmarkt schädigt.¹³¹

4. Beurteilung gestreckter Sachverhalte

Bei der Beurteilung gestreckter Sachverhalte hat das Merkmal der Kursrelevanz eine hohe Bedeutung. Da einem Ergebnis in einem mehrstufigen Vorgang viele Zwischenschritte in einem sehr frühen Stadium vorgelagert sein können, besteht die Gefahr, dass zu viele Informationen zu früh ad-hoc-publizitätspflichtig wären. Das könnte zu einer Ausuferung der Regelung führen.¹³² Dabei sind bereits eingetretene sowie präzise zukünftige Zwischenschritte eigenständige Prüfungsobjekte.¹³³

a) Eigenständige Zwischenschritte (Typ 1)

Ein Zwischenschritt hat dann eine eigenständige Kursrelevanz, wenn ein „verständiger Anleger“ die Information unabhängig vom Endergebnis als Teil seiner Anlageentscheidung heranziehen würde. Kommt ein „verständiger Anleger“ zu dem Ergebnis, dass der Zwischenschritt für sich betrachtet fundamentalwertrelevant ist, ist die Kurserheblichkeit zu bejahen. Einem verständigen Anleger kommt es dann nicht auf das Endergebnis an.¹³⁴ Somit kann auch dahinstehen, ob das Endergebnis unwahrscheinlich oder kursunerheblich ist.

Dies widerspricht auch nicht dem ErwG 16 S. 2 MAR, der eine realistische Wahrscheinlichkeit voraussetzt. Wenn der Zwischenschritt ohne Beachtung des Endergebnisses eine präzise Information darstellt und kurserheblich ist, würde in diesem Fall eine Verknüpfung mit dem Endergebnis der Regelung in Art. 7 Abs. 3 MAR widersprechen. Der Zwischenschritt erfüllt für sich genommen die Vorausset-

zung der Insiderinformation. In diesem Fall kann das später folgende Endergebnis keine Auswirkungen haben.¹³⁵ Bei dieser Zwischenschrittart ist jedoch festzustellen, dass sie selten auftritt und nicht die Regel in der Praxis darstellt. Dennoch ist diese Konstellation möglich, sodass sie in jedem Einzelfall geprüft werden muss.¹³⁶

b) Zwischenschritte mit abgeleiteter Insiderrelevanz (Typ 2)

Bei Zwischenschritten des Typ 2 stellt sich hingegen die Frage, welche Wechselwirkung zwischen dem Zwischenschritt und dem Endergebnis besteht.

a) Sperrwirkung auf Kursrelevanzebene

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass Zwischenschritte des Typ 2 nur dann Insiderinformationen sein können, wenn der Eintritt des Endergebnisses überwiegend wahrscheinlich ist. Dies wird mit der Rechtssicherheit begründet. Generell dürften Informationen der Kursrelevanz nur dann beachtet werden, wenn sie hinreichend präzise wären.¹³⁷ Dies wird „Sperrwirkung auf Kursrelevanzebene“ genannt.¹³⁸

bb) Kritik/Stellungnahme

Der Art. 7 Abs. 2 S. 2 MAR stellt eindeutig fest, dass es keine Sperrwirkung auf Konkurrenzebene gibt.¹³⁹ Durch eine Anerkennung der Sperrwirkung auf Kursrelevanzebene würde jedoch genau dies faktisch eingeführt werden. Diese wäre nicht mit der MAR vereinbar.¹⁴⁰

Ferner würde dies zu unvertretbaren Ergebnissen führen, wenn mehrere verschiedene unpräzise Endergebnisse möglich wären und klar ist, dass ein Ergebnis eintreten wird, jedoch unklar ist welches. Je mehr mögliche Szenarien in Betracht kommen, desto weniger wahrscheinlich ist es, dass eines davon präzise ist.¹⁴¹ Da jedes Ergebnis dann für sich unwahrscheinlich und somit unpräzise wäre, müsste die Sperrwirkung auf Kursrelevanzebene eingreifen. Würden jedoch mehr als die Hälfte der möglichen unpräzisen Endergebnisse zu einer Kursänderung

¹³⁰ BaFin, Modul C, S. 12; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 118; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 120.

¹³¹ Buck-Heeb, KapMarktR, Rn. 403.

¹³² Augstein, S. 177.

¹³³ Vgl. dazu C.I.1.

¹³⁴ A.A. Fett, FS 25 Jahre WpHG, 1089, 1096 f., der davon ausgeht, dass ein Anleger stets an die Bedeutung des Endergebnisses anknüpfe und Zwischenschritte lediglich ein Indiz für die Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses seien.

¹³⁵ Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 117i.

¹³⁶ SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 164; zustimmend und mit Beispielen Kallmeier, S. 100.

¹³⁷ Bachmann, DB 2012, 2206, 2209; Kallmeier, S. 113-120; Koch/Widder, BB 2012, 2837, 2840; Mülbert/Früh/Seyfried/Meyer, Rn. 12.199.; Vetter/Engel/Lauterbach, AG 2019, 160, 166 f.

¹³⁸ Zum Begriff Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 104.

¹³⁹ Vgl. C.I.3.

¹⁴⁰ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 108.

¹⁴¹ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 108; Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 18.

führen, würde ein „verständiger Anleger“ handeln.¹⁴² Zudem bestünde die Gefahr des Missbrauchs der Sperrwirkung. Emittenten könnten viele unwahrscheinliche, indes mögliche Endergebnisse künstlich erzeugen, um somit Geschehnisse als Zwischenschritte in einem mehrstufigen Sachverhalt einzuordnen.¹⁴³

Ein Widerspruch zu Art. 7 Abs. 2 S. 1 MAR ist auch nicht anzunehmen, da die Präzision ein eigenes Tatbestandsmerkmal darstellt und sich auf den Zwischenschritt selbst bezieht. Die Voraussetzung der Präzision bezieht sich nicht auf die Kursrelevanz.¹⁴⁴

Eine Sperrwirkung auf Kursrelevanzebene ist folglich abzulehnen.¹⁴⁵

cc) Probability-Magnitude-Formel

Laut dem EuGH muss ein „verständiger Anleger“ bei der Entscheidung, ob eine Information kurserheblich ist „nicht nur die ‚möglichen Auswirkungen‘ eines Ereignisses auf den Emittenten in Betracht ziehen, sondern auch den Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Ereignisses“.¹⁴⁶

Fraglich erscheint, ob diese Aussage so zu verstehen ist, dass bei den Zwischenschritten des Typ 2 die Probability-Magnitude-Formel angewendet werden kann. Mit der Formel soll der Erwartungswert berechnet werden, wenn die Beurteilung einer präzisen Information von der kursrelevanten Auswirkung in der Zukunft abhängt. Dabei wird das mögliche Ausmaß der Kursveränderung (magnitude) mit der Eintrittswahrscheinlichkeit multipliziert und auf die Gegenwart abgezinst. Je größer das mögliche Ausmaß auf den Kurs ist, desto geringer muss die Anforderung an die Eintrittswahrscheinlichkeit sein und je niedriger die Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto höher muss die Auswirkung sein.¹⁴⁷ Durch diese Herangehensweise könnte ein Zwischenschritt des Typ 2 kursrelevant sein, obwohl das Endergebnis nicht hinreichend wahrscheinlich ist.

(1) Ablehnung der Probability-Magnitude-Formel

Zum Teil wird das Urteil als Ablehnung gegenüber der Probability-Magnitude-Formel verstanden. Es wird ar-

gumentiert, dass der EuGH an einer anderen Stelle ausführte, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit nicht von dem Ausmaß der Kursveränderung abhinge.¹⁴⁸ Wenn der EuGH ausführt, dass ein „verständiger Anleger“ sowohl das Ausmaß als auch die Wahrscheinlichkeit in Betracht ziehen würde, sei damit lediglich gemeint, dass dies Faktoren in der Anlagenentscheidung berücksichtigt werden würden. Damit sei indes nicht gemeint, dass diese Wahrscheinlichkeit in einer Wechselwirkung mit dem Ausmaß stehe. Der EuGH führte einen Satz zuvor an, dass vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein Ergebnis eintrete, nur weil es spürbaren Einfluss hätte.¹⁴⁹ Diese Unabhängigkeit beider Faktoren würde sich nicht nur bei der Bestimmung der präzisen Information, sondern entsprechend auch bei der Kurserheblichkeit widerspiegeln.¹⁵⁰ Zudem sei die Formel praxisfern, da sich Wahrscheinlichkeiten und Auswirkungsmöglichkeiten schwer auf genaue Zahlen oder anderen Faktoren reduzieren lassen.¹⁵¹

(2) Annahme der Probability-Magnitude-Formel

Die entgegengesetzte Auslegung des Urteils ergibt, dass die Probability-Magnitude-Formel anerkannt wurde. Dies würde sich jedoch nicht ausdrücklich ergeben. In der Passage des EuGH, in der erklärt wird, dass ein „verständiger Anleger“ die möglichen Auswirkungen sowie die Wahrscheinlichkeit des Eintritts beachten würde, hätte deutlicher stehen müssen, dass sich die Wahrscheinlichkeitskomponente auf die Auswirkungen des Eintritts bezieht. Die Anerkennung der Probability-Magnitude-Formel sei dadurch nur indiziert.¹⁵² Die Formel zielt darauf ab einen Erwartungswert bei den Fällen zu ermitteln, bei denen die Kursrelevanz von Informationen von der zukünftigen Auswirkung abhängt. Und da auch davon auszugehen ist, dass ein „verständiger Anleger“ immer die Eintrittswahrscheinlichkeit prüfen wird, beschreibt die Probability-Magnitude-Formel genau das Verhalten eines verständigen Anlegers. Je höher das Ausmaß, desto eher ist auch anzunehmen, dass ein Anleger handeln wird. Dass ein Anleger bei einer Information mit enorm großem Einfluss gar nicht

¹⁴² Mit einem konkreten Beispiel Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 109; vgl. auch SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 188.

¹⁴³ Klöhn, ZIP 2012, 1885, 1891.

¹⁴⁴ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 110.

¹⁴⁵ So im Ergebnis auch Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 108; SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 165; Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 18; Steinrück, S. 45 f.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn.55; BGH NJW 2013, 2114, 2117 Rn. 25.

¹⁴⁷ Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 110; Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 198; Steinrück, S. 51.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 50.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 -C-19/11- „Geltl/Daimler“ Rn. 54.

¹⁵⁰ ASM/Assmann, Art. 7 MAR Rn. 45 f.; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 112.

¹⁵¹ Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 112a, der die Formel jedoch als Ausgangspunkt für die Bestimmung von Unsicherheitsfaktoren im Einzelfall als hilfreich ansieht.

¹⁵² Krötz, S. 66; Vaupel/Oppenauer, AG 2019, 502, 506; anders hingegen Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 217 u. Steinrück, S. 51, die dies als ausdrückliche Anerkennung verstehen.

handeln würde, nur weil sie unpräzise ist, ist nicht anzunehmen und sei eine irrationale Reaktion.¹⁵³

Bzgl. der Aussagen des EuGH ist zudem festzustellen, dass sie allein im Rahmen von zwei Vorlagefragen getroffen worden sind, die sich lediglich auf das Merkmal der „präzisen Information“ bezogen. Folglich dürften die Aussagen nicht auf die Kurserheblichkeit übertragen werden, da die Merkmale zu unterscheiden sind.¹⁵⁴ Zudem blieben die Tatbestandsmerkmale weiterhin getrennt, da im Ergebnis nur von der Kurserheblichkeit des Endergebnisses auf die Kurserheblichkeit des Zwischenschritts geschlossen würde.¹⁵⁵

(3) Stellungnahme

(a) Auslegung der Urteile

Klar ist, dass weder der EuGH, BGH noch die MAR ausdrücklich bestimmen, dass die Probability-Magnitude-Formel anzuwenden sei. Jedoch ist auch klar, dass diese Herangehensweise im Merkmal der Kurserheblichkeit nicht ausdrücklich abgelehnt wurde. Der EuGH umschreibt lediglich vorsichtig die grundsätzliche Annahme der Formel, welche Faktoren für eine Erwartungswert zu berücksichtigen sind. Inwiefern diese Faktoren voneinander abhängig sind wird indes nicht beantwortet, obwohl dies die Schlüsseelfrage der Formel ist. Ferner zitiert der BGH in seinem Urteil zwei Aufsätze¹⁵⁶, die die Probability-Magnitude-Formel ausdrücklich annehmen, wenn er die Beachtung von der Eintrittswahrscheinlichkeit darlegt.¹⁵⁷ Der BGH muss sich demnach mit dem Thema der Probability-Magnitude-Formel auseinandergesetzt haben und hat dennoch an dieser Stelle nicht die Abhängigkeit oder die Multiplikation der Faktoren angesprochen. Zunächst könnte man dies damit begründen, dass es in der Sache Geltl/Daimler gar nicht um das Tatbestandsmerkmal der Kurserheblichkeit, sondern um die präzise Information ging. Jedoch hat der BGH sowie auch der EuGH den Fall als Anlass gesehen, trotzdem darzulegen, dass ein „verständiger Anleger“ auch die Eintrittswahrscheinlichkeit beachtet.¹⁵⁸

Folglich kann aus den Ausführungen nur gefolgert werden, dass die Probability-Magnitude-Formel weder in seiner Gänze Anwendung finden, noch vollständig ausgeblendet werden soll.

(b) Praktische Anwendbarkeit

Eine strenge Anwendung der Theorie ist zudem in der Praxis auch nicht praktikabel, da zu viele Unsicherheitsfaktoren berücksichtigt werden müssten, die noch in der Formel als Faktoren ergänzt werden müssten. So kommt es einem verständigen Anleger nicht nur auf die Auswirkung und Eintrittswahrscheinlichkeit an. Er würde bspw. auch die Verlässlichkeit der Informationsquelle berücksichtigen. Theoretisch könnte fast jeder Umstand in die Formel eingepflegt werden, um sie zu ergänzen.¹⁵⁹ Wie jedoch die Emittenten oder Gerichte in der Lage sein sollten, die Anlageentscheidung eines verständigen Anlegers in Zahlen anzugeben, in denen jeder Unsicherheitsfaktor berücksichtigt werden soll, ist fraglich. Bei fortlaufender Ergänzung der Formel im Einzelfall würde wohl das abstrakt beste Ergebnis herauskommen, jedoch hilft dies nicht weiter, wenn die Formel nicht praktisch anwendbar ist.¹⁶⁰ Für das Merkmal der Kurserheblichkeit soll auch nur bestimmt werden, ob eine Kursveränderung zu erwarten ist oder nicht. Einen exakten Erwartungswert benötigt man dafür nicht. Der Erwartungswert stellt letztendlich nur die Entscheidung des verständigen Anlegers dar, der alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Diese Abwägung in Zahlen zu übersetzen und in eine Formel einzufügen ist nicht erforderlich.

(c) Gefahr des reinen „Magnitude-Test“

Ferner besteht bei einer strengen Anwendung der Probability-Magnitude-Formel die Gefahr, dass eine Eintrittswahrscheinlichkeit, die gegen Null tendiert von einem besonders hohen Ausmaß auf den Kurs ausgeglichen werden könnte. Das liefe auf einen reinen „Magnitude-Test“ hinaus. Im Ergebnis könnte somit eine Information kurserheblich sein, obwohl nur eine theoretische Eintrittsmöglichkeit bestünde. Ein „verständiger Anleger“ würde jedoch nicht handeln, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit gegen Null tendiert.¹⁶¹

Eine strenge Anwendung der Probability-Magnitude-Formel ist somit abzulehnen.

(d) Berücksichtigung des Einzelfalls

Die Urteile sind demnach nicht weiter zu verstehen, als

¹⁵³ Klöhn, ZIP 2012, 1885, 1887.

¹⁵⁴ Hellgardt, AG 2024, 57, 60 Rn. 14; Vaupel/Oppenauer, AG 2019, 502, 506 f.

¹⁵⁵ Poelzig, KapMarktR, Rn. 407.

¹⁵⁶ BGH NJW 2013, 2114, 2117 Rn. 25 verweisend auf Schall ZIP 2012, 1286, 1288 u. Klöhn ZIP 2012, 1885, 1891.

¹⁵⁷ Wilsing/Goslar, DStR 2013, 1610, 1611; vgl. auch SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 155.

¹⁵⁸ EuGH, Urteil v. 28.06.2012 –C-19/11– „Geltl/Daimler“ Rn. 55; BGH NJW 2013, 2114, 2117 Rn. 25.

¹⁵⁹ Vgl. SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 157.

¹⁶⁰ Vgl. SZ/Kumpan/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 160; zur Praktikabilität der Formel Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 112a.

¹⁶¹ VGR/Kumpan, S. 124 Rn. 38.

der Wortlaut hergibt. Der „verständige Anleger“ wird bei seiner Anlageentscheidung neben dem „magnitude“ auch die „probability“ berücksichtigen. Dies entspricht einer Berücksichtigung der Gesamtumstände im Sinne des ErwG 14 MAR.¹⁶² Eine starre Wechselwirkung gibt es dabei nicht. Die Wechselwirkung ist von den Umständen im Einzelfall abhängig.

(e) Mindestwahrscheinlichkeit

Ferner ist eine Mindesteintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses im Sinne von „50% plus x“ nicht zu fordern. Dafür spricht zunächst, dass wenn das Endergebnis schon hinreichend wahrscheinlich ist und der Zwischenschritt die Insiderrelevanz nur ableitet, ein „verständiger Anleger“ nur die Information des Endergebnisses für seine Anlageentscheidung nutzen wird. Auf den Zwischenschritt kommt es dann nicht mehr an.¹⁶³ Der Zwischenschritt hat dann nur eine Indizwirkung für die Eintrittswahrscheinlichkeit des Endergebnisses.¹⁶⁴

Im Einzelnen ist es auch möglich, dass eine Information so bedeutend ist, dass der Eintritt des Endergebnisses nicht überwiegend wahrscheinlich und die Information dennoch zur Kursbeeinflussung geeignet ist. Dabei kann eine Mindestwahrscheinlichkeit nicht genau angegeben werden, da eine präzise Prozentzahl nur eine Scheingenaugkeit suggeriere, da sie praktisch nicht feststellbar ist.¹⁶⁵ Zudem bewertet ein „verständiger Anleger“ die Erwartung stets rational und berücksichtigt somit keine starre Mindestwahrscheinlichkeit.¹⁶⁶ Ohne eine Mindestwahrscheinlichkeit besteht auch nicht das Problem, wie mit mehreren Auswirkungsmöglichkeiten umzugehen wäre, bei den jede Variante für sich nicht hinreichend wahrscheinlich ist.¹⁶⁷

Jedoch ist zu beachten, dass der Eintritt nicht sehr unwahrscheinlich sein darf, da in so solchen Fällen nicht davon ausgängen werden kann, dass ein „verständiger Anleger“ handeln würde. So ein Handeln ist als irrational zu qualifizieren.¹⁶⁸ Somit kann ein Zwischenschritt des Typ 2 im Ergebnis kurerheblich sein, wenn das Endergebnis unpräzise, jedoch erheblich genug ist.

¹⁶² Kapitalmarktf-HdB/Brellochs, § 1 Rn. 64.

¹⁶³ Kraack, AG 2022, 267, 268 Rn. 10.

¹⁶⁴ Vgl. Fett, FS 25 Jahre WpHG, 1089, 1096 f., der dies jedoch für alle Zwischenschritte des Typ 2 annimmt.

¹⁶⁵ Kapitalmarktf-HdB/Brellochs, § 1 Rn. 64; zur Kritik von abstrakten Prozentzahlen auf Präzisionsebene Mengozzi, Schlussantrag zu C-19/11 v. 21.03.2012 = BeckRS 2012, 80624 Rn. 81 f.

¹⁶⁶ Klöhn/Klöhn, Art. 7 Rn. 230.

¹⁶⁷ SZ/Kumpman/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 188.

¹⁶⁸ Kapitalmarktf-HdB/Brellochs, § 1 Rn. 65, der jedoch davon ausgeht, dass ein verständiger Anleger in der Regel erst dann handelt, wenn das Endergebnis überwiegend wahrscheinlich ist.

¹⁶⁹ Im Ergebnis BaFin, Modul C, S. 14, jedoch unklar, ob es eine Mindestwahrscheinlichkeit gibt; Meyer/Veil/Rönnau/Krause, § 6 Rn. 112 ff; SZ/Kumpman/Misterek, Art. 7 MAR Rn. 160; VGR/Kumpman, S. 116 Rn. 17.

¹⁷⁰ Zu dieser Frage ausführlich Klöhn, FS Hopt 2020, S. 513 ff; kritisch dazu Habersack, AG 2020, 697, 702 ff., der im Ergebnis eine hinreichende Aufdeckungswahrscheinlichkeit bei Zwischenschritten des Typ 2 in Non-Compliance-Sachverhalten voraussetzt.

c) Zwischenergebnis

Bei der Beurteilung gestreckter Sachverhalte ist nach dem Typ des Zwischenschritts zu unterscheiden. Es lassen sich mithin drei Kernaussagen treffen.

Zwischenschritte des Typ 1 können völlig losgelöst vom Endergebnis kurserheblich sein. Das Endergebnis löst keine Sperrwirkung aus. Diese Zwischenschritte stellen jedoch nicht die Regel dar.

Ein „verständiger Anleger“ berücksichtigt bei einer rationalen Entscheidung sowohl die Eintrittswahrscheinlichkeit als auch die Auswirkungsmöglichkeit. Die Wechselwirkung hängt aus der Sicht des Anlegers vom Einzelfall ab. Eine starre Anwendung der Probability-Magnitude-Formel findet nicht statt. Die Kernidee der Probability-Magnitude-Formel ist jedoch ein guter Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Kurserheblichkeit.¹⁶⁹

Eine Mindestwahrscheinlichkeit besteht nicht im Sinne einer Prozentzahl. Bei einer rationalen Entscheidung würde jedoch nicht gehandelt werden, falls der Eintritt sehr unwahrscheinlich ist.

5. Im Falle ihrer öffentlichen Bekanntheit

Nach Art. 7 Abs. 4 UAbs. 1 MAR muss die Eignung einer Information zur Kursbeeinflussung dann vorliegen, „wenn sie öffentlich bekannt würde“. Dieses Merkmal ist so zu verstehen, dass die öffentliche Bekanntheit fiktiv zu unterstellen ist, um dann die mögliche Kursauswirkung bewerten zu können. Dabei ist nicht zu berücksichtigen, ob eine hinreichende Aufdeckungswahrscheinlichkeit besteht, die in gestreckten Compliance Fällen relevant sein könnte.¹⁷⁰

D. Aufschub nach Art. 17 Abs. 4 MAR

Nach Art. 17 Abs. 4 MAR besteht für Emittenten die Möglichkeit, die Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht aufzuschieben. Bei mehrstufigen Vorgängen kann ein Zwischenschritt schon sehr früh veröffentlicht sein, sodass vor allem in diesen Fällen ein Aufschub relevant sein kann. Klarstellend bestimmt dabei Art. 17 Abs. 4 UAbs. 2 MAR, dass auch die Veröffentlichung von Zwischenschritten

aufgeschoben werden kann, soweit die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen.¹⁷¹ Der Aufschub muss dabei auf einer aktiven Entscheidung¹⁷² des Emittenten beruhen, die konkludent und auch vorsorglich¹⁷³ gefasst werden kann. Dabei ist insbesondere problematisch, wie das berechtigte Interesse zu verstehen ist.

I. Emittenteninteresse

Emittenten sind keine natürlichen Personen und können somit keine eigenen selbstgefassten Interessen haben.¹⁷⁴ Folglich muss auf die Personen abgestellt werden, die hinter dem Emittenten stehen. Das sind die Anteilseigner.¹⁷⁵ Dies wird unter anderem darauf gestützt, dass der ErwG 50 a MAR, welcher Fallbeispiele für den Aufschub nennt, auf die „Interessen vorhandener und potenzieller Aktionäre“ abstellt. Dabei wird jedoch davon ausgegangen, dass der Begriff „Aktionär“ in diesem Kontext vom Gesetzgeber fehlerhaft benutzt worden ist und es stattdessen Anteilseigner heißen müsste.¹⁷⁶

Zum anderen wird auf den Zweck der Vorschrift abgestellt, der darin besteht, dass die Geschäftschancen des Emittenten geschützt werden sollen. Von diesem wirtschaftlichen Vorteil soll diese Personengruppe unmittelbar profitieren.¹⁷⁷ Es ist folglich dann ein Emittenteninteresse zu bejahen, wenn ein Aufschub nach Art. 17 Abs. 4 MAR wirtschaftlich günstiger als eine Veröffentlichung ist.¹⁷⁸

Die BaFin definiert diesen Begriff nicht näher, geht jedoch im Hinblick auf ErwG 50 MAR davon aus, dass das Emittenteninteresse in der Regel mit dem Aktionärsinteresse übereinstimmt.¹⁷⁹

II. Berechtigung des Interesses

Konkretisiert sind die geschützten Interessen der Emittenten in einer nicht abschließenden Liste in den ESMA-Leitlinien zum Aufschub der Offenlegung von Insiderinformationen.¹⁸⁰ Diese Leitlinien beruhen auf Art. 17 Abs. 11 MAR

und sind als Level-3-Maßnahmen gerichtlich unverbindlich. Sie stellen lediglich die ständige Verwaltungspraxis dar.¹⁸¹ Die ESMA legt das Merkmal grundsätzlich eng aus, da sie es als „exception of the general rule“ ansieht.¹⁸² Die BaFin hat erklärt diesen Leitlinien nachzukommen.¹⁸³

1. Abwägungserfordernis

Für die Bestimmung der Berechtigung des Emittenteninteresses wird teilweise gefordert, dass eine Abwägung mit den Kapitalmarktinteressen anzustellen ist. Dies wird unter anderem auf den § 6 S. 1 WpAV gestützt.¹⁸⁴ Hier ist jedoch zunächst richtigerweise festzustellen, dass Art. 17 MAR autonom auszulegen ist und eine nationale Norm keine Konkretisierung darstellen kann.¹⁸⁵

2. Kritik an einem Abwägungserfordernis

Gegen eine Abwägung wird vorgebracht, dass der Gesetzgeber diese für die Aufschubregelung nicht ausdrücklich bestimmt hat. Für Art. 17 Abs. 5 MAR sieht er hingegen in ErwG 50 S. 3 MAR eine Abwägung ausdrücklich vor. Ebenfalls spreche die Systematik der Norm dagegen. In Art. 17 Abs. 4 lit. b) u. 4 lit. c) MAR werden schon Marktinteressen berücksichtigt, sodass diese Merkmale nicht nötig wären, wenn vorher schon eine allgemeine Interessenabwägung durchzuführen sei. Zudem sei eine Interessenabwägung nicht praktikabel.¹⁸⁶ Auch die Leitlinien der ESMA würden dafürsprechen.¹⁸⁷ Die Berechtigung des Interesses diene als „Rechtsmissbrauchsverbot“ und soll „nützliche Pflichtverletzungen“ verhindern.¹⁸⁸ Mithin sollen dem Emittenten nur solche Vorteile anerkannt werden, die „gerechtfertigt“ seien.¹⁸⁹

III. Stellungnahme

Das Abstellen auf das kollektive Anlegerinteresse überzeugt. Indem das Interesse auf den wirtschaftlichen Erfolgswillen konkretisiert wird, entsteht zudem Rechts-

¹⁷¹ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 136; interpretierend als Beleg für die Zulässigkeit von Generalbeschlüssen Zetsche, AG 2015, 381, 387.

¹⁷² BaFin, Modul C, S. 36; Kumpa, DB 2016, 2039, 2043.

¹⁷³ Kumpa, DB 2016, 2039, 2043; zur Zulässigkeit von Vorsorgebeschlüssen Augstein, S. 271 f. u. Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 187 f.

¹⁷⁴ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 145.

¹⁷⁵ SZ/Kumpa/Schmidt, Art. 17 MAR Rn. 202.

¹⁷⁶ Ausführlich zur Herleitung SZ/Kumpa/Schmidt, Art. 17 MAR Rn. 203.

¹⁷⁷ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 146; Vgl. ErwG 2 S. 1 aE MAR.

¹⁷⁸ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 151.

¹⁷⁹ BaFin, Modul C, S. 38.

¹⁸⁰ ESMA/2016/1478 DE.

¹⁸¹ Poelzig, KapMarktR, Rn. 49.

¹⁸² ESMA/2016/1130 Rn. 52.

¹⁸³ Siehe dazu das Schreiben der BaFin zur Anwendung der ESMA-Leitlinien.

¹⁸⁴ ASM/Assmann, Art. 17 MAR Rn. 105 u. 120; Meyer/Veil/Rönnau/Veil/Brüggemeier, §10 Rn. 102.

¹⁸⁵ BeckOK WpHR/Buck-Heeb, Art. 17 MAR Rn. 5.

¹⁸⁶ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 171; Kumpa, DB 2016, 2039, 2043 f.; Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 19.

¹⁸⁷ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 172; zust. Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 20.

¹⁸⁸ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 175.

¹⁸⁹ So Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 21 f., der auf die „Theorie der Verfügungsrechte“ zurückgreift.

sicherheit, da Auslegungsschwierigkeiten vermieden werden.

Für die Bestimmung der Berechtigung des Interesses ist zudem der Zweck der Norm zu berücksichtigen. Die Veröffentlichungspflicht sichert insbesondere durch Transparenz die informationelle Chancengleichheit und somit die institutionelle Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts ab. Der Schwerpunkt liegt im Anlegerschutz.

Die Aufschubmöglichkeit soll hingegen den Emittenten auf wirtschaftlicher Ebene schützen, da die Ad-hoc-Publizitätspflicht sehr einschneidend sein kann. Es sollen Geschäftschancen gesichert und somit Investitionsanreize gefördert werden.¹⁹⁰ Zudem nütze es den Emittenten als Korrektiv für Auslegungsschwierigkeiten des Begriffs der Insiderinformation.¹⁹¹

Sobald sich der Kapitalmarkt für Emittenten wirtschaftlich nicht mehr lohnt, werden sie ihn verlassen. Nach ErwG 2 MAR soll das Ziel „Wirtschaftswachstum und Wohlstand“ durch Marktintegrität erreicht und nicht verhindert werden.

Im Ergebnis sind jedoch die Veröffentlichungspflicht sowie die Aufschubmöglichkeit dem Marktinteresse zuzuordnen. Demnach kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Abwägung zwischen Emittenten- und Marktinteresse erforderlich ist.

Bei der Bestimmung der Berechtigung des Emittenteninteresses muss die Funktionsfähigkeit des Marktes im Ganzen berücksichtigt werden. Der Aufschub ist mithin die notwendige Begrenzung des Transparenzziels und rundet die Systematik des Art. 17 MAR insoweit ab, dass im Ergebnis die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes gesichert wird.

Es ist somit im Einzelfall abzuwägen, ob eine Veröffentlichung oder ein Aufschub dieses Ziel besser erreichen kann. Folglich ist zunächst zu ermitteln, ob überhaupt ein wirtschaftliches Interesse der Anteilseigner besteht. Danach ist zu bewerten, ob eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten ist. Dies ist dann der Fall, wenn die wirtschaftlichen Ziele ernsthaft gefährdet sind. Das ist vor allem bei Zwischenschritten in gestreckten Sachverhalten der Fall. Je früher eine Information veröffentlicht wird, desto eher wird das wirtschaftliche Endziel gefährdet, da

der Verlauf von äußeren Einflüssen gestört werden kann. Die in Art. 17 Abs. 4 lit. b) u. 4 lit. c) MAR genannten Interessen sollen hingegen nicht in der Abwägung berücksichtigt werden. Diese Merkmale müssen neben dem Emittenteninteresse kumulativ vorliegen. Daraus ergibt sich, dass diese Merkmale vom Gesetzgeber als absolut geschützte Interessen qualifiziert werden und durch kein Emittenteninteresse relativiert werden können.

Da sich im Ergebnis zudem so gut wie immer eine wirtschaftlich relevante Gefahr konstruieren lässt, läuft die Abwägung auf eine Rechtsmissbrauchskontrolle hinaus. Dies eröffnet auch nicht die Gefahr des Insiderhandels, da wenn eine Insiderinformation vorliegt, das Verbot aus Art. 14 lit. a) MAR greift.¹⁹²

IV. Verbot der Irreführung und Geheimhaltung

Ferner darf der Aufschub die Öffentlichkeit nicht in die Irre führen. Das wäre dann der Fall, wenn aus der Sicht eines verständigen Anlegers der Emittent Signale sendet, die mit der aufgeschenbenen Information in Widerspruch stehen.¹⁹³ Zudem muss der Emittent die Geheimhaltung der Information sicherstellen.¹⁹⁴ Sobald jedoch ein hinreichend präzises Gerücht über die Information im Umlauf ist, besteht eine Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht nach Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 MAR.¹⁹⁵

V. Beurteilung gestreckter Sachverhalte

Zwischenschritte in mehrstufigen Vorgängen werden in der Regel dazu geeignet sein, berechtigte Interessen der Emittenten zu beeinträchtigen. So sind alle Beispiele der ESMA in ihren Leitlinien als Zwischenschritte einzurunden.¹⁹⁶ Insofern kann angenommen werden, dass die ESMA zwar von einem Ausnahmeharakter der Aufschubmöglichkeit ausgeht, jedoch die Zwischenschritte die Ausnahmen der Veröffentlichungspflicht darstellen. In diesem Kontext kann die Aufschubmöglichkeit weit ausgelegt werden.¹⁹⁷

Es bietet sich in diesen Fällen an mit Vorsorgebeschlüssen zu arbeiten. Der Emittent kann mit einem Vorsorgebeschluss mehrere aufeinanderfolgende Zwischenschritte aufschieben, wenn sie dem ursprünglich erwarteten Ablauf entsprechen. Dennoch besteht die Pflicht zur Über-

¹⁹⁰ Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 138.

¹⁹¹ Kapitalmarktinf-HdB/Frowein/Berger, § 10 Rn. 53.

¹⁹² So im Ergebnis auch Klöhn/Klöhn, Art. 17 Rn. 175 u. Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 21 f.

¹⁹³ BeckOK WpHR/Buck-Heeb, Art. 17 MAR Rn. 372; Kumpan, DB 2016, 2039, 2044.

¹⁹⁴ Näher dazu Kumpan, DB 2016, 2039, 2044 f.

¹⁹⁵ Vgl. dazu BeckOK WpHR/Buck-Heeb, Art. 17 MAR Rn. 378 ff.

¹⁹⁶ ESMA/2016/1478 DE Rn. 8a-8f; weitere Beispiele, die auch nur aus Zwischenschritten bestehen Meyer/Veil/Rönnau/Veil/Brüggemeier, § 10 Rn. 133 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Kumpan, DB 2016, 2039, 2043; so auch der Kommentar des SMSG in ESMA/2016/1130, Annex III Rn. 25.

prüfung, ob alle Voraussetzungen zum Aufschub dauerhaft erfüllt sind.¹⁹⁸ Folglich muss auch hier stetig der Einzelfall geprüft werden. Zudem muss auch immer berücksichtigt werden, dass gem. Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 MAR auf Gerüchte reagiert werden muss. Da dies für Emittenten eine aufwändige Prüfung bedeutet, ist auch ausgeschlossen, dass durch den Aufschub gar keine Zwischenschritte mehr veröffentlicht werden. Es entsteht viel mehr ein Ausgleich von Transparenz- und Geheimhaltungsinteresse

E. Zukunftsansicht

I. Listing Act

Die EU-Kommission veröffentlichte am 07.12.2022 einen Vorschlag zu einer Verordnung (sog. EU Listing Act), in der unter anderem die MAR verändert werden sollte.¹⁹⁹ Speziell gibt es Anpassungsvorschläge für den Art. 17 MAR, was eine erhebliche Auswirkung auf den Umgang mit gestreckten Sachverhalten hätte. In dem Kontext sind folgende Änderungen relevant:

Nach Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 MAR-E sollen Zwischenschritte, die Insiderinformationen darstellen, nicht mehr ad-hoc-veröffentlichungspflichtig sein. Der Begriff der Insiderinformation wird nicht geändert.

Nach Art. 17 Abs. 1a MAR-E wird die EU-Kommission durch einen delegierten Rechtsakt ermächtigt, eine nicht abschließende Liste zu erstellen, in der veröffentlichtungspflichtige Informationen nebst maßgeblichem Zeitpunkt enthalten sind.

Nach Art. 17 Abs. 1b MAR-E müssen Emittenten gewährleisten, dass Insiderinformationen nach Art. 7 MAR bis zur Veröffentlichung geheim bleiben. Sobald eine Geheimhaltung nicht mehr sichergestellt ist, muss die Information veröffentlicht werden.

Insgesamt soll der Umfang der Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht reduziert und mehr Rechtsklarheit darüber geschaffen werden, ob und wann Information offengelegt werden muss. Diese Änderung begründet die EU-Kommission in ErwG 58 S. 2 MAR-E insbesondere damit, dass veröffentlichte Zwischenschritte nicht zur effizienten Preisbildung und Informationssymmetrie beitragen, sondern die Anleger in die Irre führen können.

II. Stellungnahme

Der Umgang mit gestreckten Sachverhalten im Rahmen

des Art. 17 MAR ist de lege lata höchst problematisch, so dass eine Reform in diesem Kontext nötig ist. Vor allem die Rechtsunsicherheit ist mit den drohenden Sanktionen nicht vereinbar. Die Einzelfallabhängigkeit erschwert dies noch mehr.

So ist die Legalausnahme für alle Typen der Zwischenschritte²⁰⁰ für die Veröffentlichungspflicht zu begrüßen. Für Emittenten herrscht mehr Rechtssicherheit, die Anleger werden mit „sicherer“ Informationen im Sinne von Endergebnissen konfrontiert und das Verbot nach Art. 14 lit. a) MAR greift dennoch bei Zwischenschritten, mit denen Insiderhandel betrieben werden könnte.

Dies stellt auch keinen großen Verlust für die Informationseffizienz dar, weil Zwischenschritte des Typ 1 praktisch sehr selten sind und die des Typ 2 eng mit dem später zu veröffentlichtendem Endergebnis zusammenhängen. Zudem hätte die Kommission die Möglichkeit, Defizite durch die Liste nach Art. 17 Abs. 1 lit. a) MAR-E auszugleichen, indem spezifische Zwischenschritte als eine Art Rücknahme aufgenommen und so wieder veröffentlichtungspflichtig werden.

So eine Liste trägt generell der Rechtssicherheit bei. Jedoch wäre es vorzugswürdiger, wenn so eine Liste rechtlich bindend wäre.²⁰¹

Ferner überzeugt die Grundidee, dass alle Insiderinformation und somit auch Zwischenschritte, geheim gehalten werden müssen. Insofern kann auch Insiderhandel vorgebeugt werden. Jedoch überzeugt es nicht, dass wenn die Geheimhaltung nicht mehr sichergestellt werden kann, eine Veröffentlichungspflicht ausgelöst wird. So eine weit gefasste Pflicht kann die spezifischen Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 MAR relativieren, da so Informationen offengelegt werden müssten, die bspw. den Emittenten gar nicht unmittelbar betreffen.²⁰² Mithin besteht bei diesem Punkt Verbesserungsbedarf.

Dritter Teil: Zusammenfassung und Lösungsvorschlag

A. Zusammenfassung

-Insiderrechtlich relevante gestreckte Sachverhalte sind in der Praxis üblich. Somit ist es von großer Bedeutung, ab wann ein Zwischenschritt veröffentlicht werden muss.

-Jeder eingetretene sowie zukünftige Zwischenschritt kann ad-hoc-publizitätspflichtig sein. Somit muss jeder isoliert geprüft werden.

¹⁹⁸ Schwarzfischer, ZBB 2022, 12, 26.

¹⁹⁹ COM(2022) 762 final.

²⁰⁰ Ebenfalls so interpretierend Veil/Wiesner/Reichert, AG 2023, 57, 63 f. Rn. 19.

²⁰¹ Als indikative Liste interpretierend und deswegen kritisierend Veil/Wiesner/Reichert, AG 2023, 57, 66 Rn. 35-38.

²⁰² Roth, BKR 2023, 514, 520.

-Kern der Diskussion ist der Begriff der Insiderinformation. Hier kristallisiert sich die Prüfung in der Kurserheblichkeit. Es bietet sich dort an, zwischen Zwischenschritten des Typ 1 und 2 zu unterscheiden. Dies ist jedoch nicht zwingend, da das Endergebnis keinerlei Sperrwirkung auslöst.

-Die Prüfung zeichnet sich durch Einzelfallabhängigkeit aus. Für die rechtliche Bewertung ist es nötig, alle Gesamtumstände zu beachten und ausgiebig aus der Sicht eines verständigen Anlegers zu prüfen. Dieser stellt eine Abstraktion des Kapitalmarktes dar und handelt rein rational. Informationen sind nur dann gefährlich, wenn sich der Kurs zulasten anderer Anleger verändern könnte. Durch diese Sichtweise lösen sich die meisten Probleme und es ergeben sich sachgerechte Ergebnisse im Umgang mit gestreckten Sachverhalten im Rahmen des Art. 17 MAR.

-Der Aufschub nach Art. 17 Abs. 4 MAR kann Rechtsunsicherheiten relativieren, jedoch besteht immer die Gefahr, dass eine Information „durchsickert“ und dadurch die Pflicht aus Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 MAR greift.

VOTUM

I.

Die vorliegende Arbeit ist in drei Teile gegliedert. Nach einer Einleitung (A.) folgt ein Hauptteil (B.). Dort wird auf den Sinn und Zweck der Ad-hoc-Mitteilungsregelung (Art. 17 MAR) eingegangen, auf das Verfahren Geltl/Daimler, den Begriff der Insiderinformation, die Möglichkeit des Aufschubs einer Veröffentlichung nach Art. 17 Abs. 4 MAR sowie einen „Zukunftsanspruch“. Im dritten Teil der Arbeit (C.) erfolgt zunächst eine Zusammenfassung, sodann ein Ratschlag für Emittenten und schließlich endet die Arbeit mit allgemeinen Verbesserungsvorschlägen.

II.

1. Die Einleitung (A, S. 1) ist sehr gut gelungen und umreißt die Problematik. Gut wäre gewesen, schon hier zu erwähnen, dass der europäische Gesetzgeber die geschilderten Probleme sieht und bestrebt ist, diese zukünftig zu vermeiden (s. Zweiter Teil, E. der Arbeit).

2. Im zweiten Teil der Arbeit (S. 2 ff.) wird zunächst der Sinn und Zweck der Regelung herausgearbeitet. Sodann wird die Geltl/Daimler-Entscheidung des EuGH referiert (S. 3 f.), die im Wesentlichen später in die MAR aufgenommen wurde.

Gut ist, dass sodann der Begriff der Insiderinformation in den Mittelpunkt gerückt wird. Dabei spielt der Begriff der Wahrscheinlichkeit eine zentrale Rolle (s. S. 6 ff.). Sehr gut gelungen ist die Stellungnahme des/der Verf. (S. 8 f.). Auch die Überlegungen zur „Sperrwirkung auf Konkurrenzebene“ sind sehr gut gelungen. Dem schließen sich Erwägungen zur Abgrenzung nach der Art des Zwischenschritts an (S. 10 ff.). Auch hier wird die Literatur im Wesentlichen aufgearbeitet und es wird am Ende auch ausführlich Stellung genommen (S. 12 f.).

Auch die Ausführungen zur Kurzspezifität sind gelungen (S. 13 ff.). Hier erfolgt ebenfalls nach der Darstellung der Literaturlage eine differenzierte Stellungnahme. Es schließt sich ein Kapitel zur Kursbeeinflussungseignung an (S. 16 ff.). Die Rückführung der Diskussion auf drei Kernfragen überzeugt. Die Erwägungen zur Frage, wie der Begriff des verständigen Anlegers auszulegen ist, sind ebenfalls gut gelungen. Positiv ist, dass auch hier wieder eine Stellungnahme erfolgt. Ebenso sind die weiteren Ausführungen zur konkreten Thematik sehr gut gelungen.

3. In Kapitel D. (S. 30 ff.) wird auf die Frage des Aufschubs

B. Ratschlag für Emittenten zum Umgang mit gestreckten Sachverhalten

Emittenten sollten sich immer einen Rechtsrat eines Sachverständigen holen und sich an diesen halten. Sie haben dann alles Zumutbare getan und könnten sich auf einen Verbotsirrtum berufen, wenn eine Verwaltungs- oder Strafbehörde gegen sie vorgeht.²⁰³ In diesem Fall wären sie abgesichert.

C. Allgemeine Verbesserungsvorschläge

Das größte Problem stellen die Rechtsunsicherheit und der mögliche „Information Overload“ dar. Um dies zu lösen bietet sich folgendes an:

- Es sollte eine zwischengeschaltete Instanz geben, die veröffentlichtungspflichtige Zwischenschritte gegenprüft und entscheidet, ob die Offenlegung dem Markt schaden würde. Das allgemeine Insiderhandelsverbot muss dabei bestehen bleiben.
- Die Leitlinien der ESMA und auch der nationalen Behörden sollten rechtlich bindend sein und nicht nur die Verwaltungspraxis darstellen.
- Es sollte eine Prüfbehörde geben, die Einzelfragen verbindlich klären kann und im ständigen Austausch mit einer qualifizierten Arbeitsgruppe eines Emittenten steht.

²⁰³ BGH BeckRS 2013, 7324; Fett, FS 25 Jahre WpHG, 1089, 1099; Klöhn/Klöhn, Art. 14 Rn. 76.

eingegangen. Dieser kommt im Hinblick auf Zwischen-schritte eine besondere Bedeutung zu. Das wird in der Arbeit auch hinreichend hervorgehoben. Wenn im Zusam-menhang mit dem Emittenteninteresse auf den Begriff der Anteilseigner abgestellt wird, hätte der konkrete Unter-schied zum Begriff des Aktionärs noch in einem Satz deut-lich gemacht werden können.

Die Überlegungen zum berechtigten Interesse sind gut gelungen (S. 32 f.). Auch hier schließen die Ausführungen mit einer Stellungnahme. Zu Recht nur knapp werden die Elemente des Verbots der Irreführung und der Geheimhal-tung thematisiert (S. 34 f.).

4. In Teil E. (S. 35 ff.) wird auf den Listing Act eingegangen. Es wird hier ebenfalls eine Stellungnahme formuliert.

5. Die Arbeit schließt mit dem Dritten Teil (S. 38 ff.). Es erfolgt knapp eine Zusammenfassung in Thesen. Der Rat-schlag für Emittenten ist etwas knapp gefasst, wenn hier auf die Einholung von Rechtsrat abgestellt wird. Zumindest in einem Satz bzw. zwei Sätzen hätte darauf eingegangen werden können, in welchen Fällen eine Berufung auf einen Rechtsrat möglich ist bzw. wo hier die Grenzen liegen. Gut gelungen sind die allgemeinen Verbesserungsvorschläge.

III.

Das Literaturverzeichnis ist ordentlich. Die Verwertung der Literatur in den Fußnoten ist sehr gut gelungen. Auf-bau und Gliederung der Arbeit sind sehr gut. Sprachlich bewegt sich die Arbeit auf sehr hohem Niveau. Alles in al-lem handelt es sich um eine erheblich überdurchschnitt-liche Leistung. Die oben geäußerten Monita fallen allesamt nicht wesentlich ins Gewicht. Die Arbeit ist daher mit

16 Punkten (sehr gut)

zu bewerten.

Bildungschancen für Nichtakademikerkinder

stud. iur. Patricia Moreno Blanco

Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften im zehnten Fachsemester an der Leibniz Universität Hannover und bereitet sich derzeit auf die erste juristische Staatsprüfung vor. Als Bildungsaufsteigerin verbindet sie dabei persönliche Erfahrungen mit wissenschaftlicher Analyse.

A. Vorwort

Bildung gilt in Deutschland als Schlüssel zum Erfolg – doch ist sie wirklich für alle gleichermaßen zugänglich? Nichtakademikerkinder haben nachweislich deutlich schlechtere Chancen auf ein Studium, obwohl ihre Leistungsfähigkeit meist der von Akademikerkindern entspricht. Woran liegt das? Wo gibt es Verbesserungspotenzial?

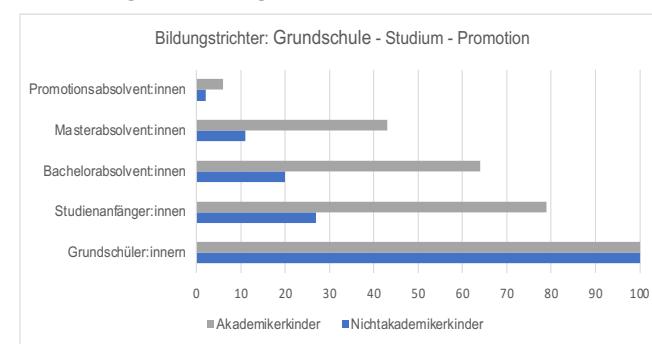
In diesem Beitrag möchte ich diese Fragen beleuchten, Statistiken vorstellen und meine persönliche Erfahrung als Erstakademikerin mit Migrationshintergrund in Kontrast zu den Zahlen setzen.

B. Bildungschancen im Allgemeinen

Nichtakademikerkinder – also Kinder, deren Eltern keinen Hochschulabschluss haben – stehen in Deutschland vor deutlich größeren Hürden im Bildungssystem als Akademikerkinder. Besonders beim Übergang in ein Studium wird diese Ungleichheit sichtbar. Neben finanziellen Faktoren spielen auch mentale Barrieren eine Rolle: Vielen fehlt das Vorbild oder die Unterstützung im familiären Umfeld.

Dass die Herkunft entscheidend ist, zeigen die Zahlen deutlich. Von 100 Nichtakademikerkindern nehmen lediglich 27 ein Studium auf – bei Akademikerkindern sind es fast dreimal so viele, nämlich 79. Auch während des Studiums setzt sich dieser Unterschied fort: 20 der Nichtakademikerkinder schaffen den Bachelorabschluss, bei Akademikerkindern sind es 64.¹ Noch deutlicher wird der Abstand beim Master: Nur 11 von 100 Nichtakademikerkindern erreichen

ihn, während es bei Akademikerkindern ganze 43 sind. Und zur Promotion gelangen schließlich gerade einmal 2 von 100.² Mit anderen Worten: Je weiter die akademische Leiter hinaufgeht, desto größer wird die Kluft.



Auch bei der Verteilung der Studienanfänger:innen zeigt sich diese Schieflage. Während in der altersgleichen Gesamtbevölkerung nur 28 % der jungen Menschen einen akademischen Hintergrund haben, stammen 55 % der Studienanfänger:innen aus akademisch gebildeten Elternhäusern.³ Kinder aus Akademikerfamilien sind unter Studienanfänger:innen daher erheblich überrepräsentiert. Umgekehrt zeigt sich eine klare Unterrepräsentation bei Studienberechtigten, deren Eltern höchstens eine berufliche Ausbildung abgeschlossen haben: Sie machen lediglich 29 % der Studienanfänger:innen aus. Besonders niedrig ist der Anteil bei Jugendlichen, deren Eltern keinerlei Berufsausbildung besitzen – hier schreiben sich nur 8 von 100 jungen Menschen an einer Hochschule ein.⁴ Dies macht also deutlich, dass Bildungschancen von jungen Menschen in Deutschland nach wie vor stark von ihrer sozialen Herkunft abhängen.⁵

¹ Bundeszentrale für politische Bildung, „Von der Grundschule zur Hochschule: Wer kommt an?“, <https://www.bpb.de/themen/bildung/dossierbildung/515729/von-der-grundschule-zur-hochschule-wer-kommt-an/> (Abruf v. 09.11.2025).

² Hochschulbildungsreport 2021, „Vom Arbeiterkind zum Doktor“, https://www.hochschulbildungsreport.de/2021/chancengerechte_bildung (Abruf v. 11.11.2025); Nancy Kracke, Daniel Buck u. Elke Middendorff, Beteiligung an Hochschulbildung. Chancen(un)gleichheit in Deutschland, DZHW Brief 3/2018, S. 5; Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2020. Ein indikatoren gestützter Bericht mit einer Analyse zu Bildung in einer digitalisierten Welt, S. 11-12.

³ Nancy Kracke, Ulrike Schwabe u. Sandra Buchholz, Neuer Bildungstrichter: Trotz Akademisierungsschub immer noch ungleicher Zugang zur Hochschule, DZHW Brief 02/2024, S. 3.

⁴ Nancy Kracke u. Sandra Buchholz, „Aufnahme eines Hochschulstudiums hängt immer noch von der Bildungsherkunft ab“, https://www.dzhw.eu/en/services/meldungen/detail?pm_id=1640 (Abruf v. 11.11.2025).

⁵ Hanna Dumont, Kai Maaz, Marko Neumann u. Michael Becker, Soziale Ungleichheiten beim Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe I: Theorie, Forschungsstand, Interventions- und Fördermöglichkeiten, 2014, S. 141-165; Markus Lörz, Soziale Ungleichheiten beim Übergang ins Studium und im Studienverlauf, 2017, S. 311-338.

Wirken der nicht-akademische Hintergrund und Migrationserfahrungen gemeinsam als Faktoren, so verstärken sich die Unterschiede nochmals. Wichtig ist dabei, dass der Begriff „Migrationshintergrund“ sehr unterschiedliche Lebenssituationen umfasst und daher nicht pauschal betrachtet werden kann. Die Forschung unterscheidet häufig zwischen Schüler:innen, die selbst nach Deutschland zugewandert sind (erste Generation), solchen, die in Deutschland geboren wurden, deren Eltern jedoch zugewandert sind (zweite Generation), und Schüler:innen, bei denen nur ein Elternteil zugewandert ist (sogenannte 2,5. Generation).

Daten der PISA-Studie 2018 zeigen, dass sich diese Unterschiede deutlich auf die Bildungschancen auswirken.⁶ So besuchen lediglich 16,1 % der Schüler:innen der ersten Generation ein Gymnasium. In der zweiten Generation steigt dieser Anteil auf 30,3 % und bei der 2,5. Generation auf 35,7 %. Schüler:innen ohne Migrationshintergrund erreichen hingegen eine Quote von 43 %.⁷ Am deutlichsten wird die Kluft, wenn man die erste Generation mit Kindern ohne Migrationshintergrund vergleicht – der Unterschied beträgt fast 27 Prozentpunkte.⁸

Sehr deutlich zeigen sich die Unterschiede zudem bei den Lesekompetenzen. Während Jugendliche der 2,5. Generation beinahe vergleichbare Werte wie ihre Mitschüler:innen ohne Zuwanderungsgeschichte erreichen, liegen die Leistungen von Schüler:innen der zweiten Generation spürbar niedriger. Am schwächsten schneiden Schüler:innen der ersten Generation ab, die aufgrund sprachlicher und struktureller Herausforderungen nach ihrer Zuwanderung die geringsten Kompetenzwerte aufweisen. Diese Befunde machen deutlich, dass Migrationserfahrungen je nach Generation in sehr unterschiedlichem Maße mit Bildungsnachteilen verbunden sind und dass sich diese Effekte zusätzlich verstärken, wenn keine akademische Bildungstradition in der Familie vorhanden ist.

Wie lässt sich diese Kluft erklären? Die Forschung belegt, dass diese Ungleichheiten nicht allein auf schulische Leistungen zurückzuführen sind. Bildungsforscherinnen wie Nancy Kracke und Sandra Buchholz betonen, dass soziale

Faktoren über viele Kanäle wirken. Oft entscheiden weniger Talent und Motivation über den Bildungsweg, sondern vielmehr antizipierte Kosten, fehlende Informationen oder die Angst vor Überforderung.

Trotzdem gibt es auch positive Entwicklungen. Laut dem Statistischen Bundesamt hat sich der Schulerfolg junger Menschen mit Migrationshintergrund in den vergangenen Jahren verbessert.⁹ In Nordrhein-Westfalen, wo besonders viele Menschen aus Zuwandererfamilien leben, erlangten 2016 bereits rund 20 % der ausländischen Schulabgänger:innen die Hochschulreife – doppelt so viele wie noch 2005. Gleichzeitig ist die Zahl der Jugendlichen, die mit Hauptschulabschluss oder ganz ohne Abschluss die Schule verlassen, deutlich gesunken. Dennoch bleibt die Lücke groß: Knapp 42 % der Jugendlichen ohne Migrationshintergrund erreichen das Abitur – also mehr als doppelt so viele wie bei den ausländischen Schulabgänger:innen. Verschärft hat sich die Situation zuletzt durch die Folgen der COVID-Pandemie.

C. Eigene Erfahrung als Nichtakademikerkind mit Migrationshintergrund

Die zuvor dargestellten Zahlen wirken auf den ersten Blick sehr abstrakt – bis man ihnen ein Gesicht gibt. Für viele junge Menschen aus nicht-akademischen Familien mit Migrationsgeschichte, mich eingeschlossen, sind diese Statistiken gelebte Realität. Einige der beschriebenen Hürden habe ich selbst erlebt. Im Folgenden zeige ich daher, wie sich diese strukturellen Muster in meinem eigenen Bildungsweg widerspiegeln – und an welchen Stellen meine Erfahrung von den Zahlen abweicht.

Die erste Hürde war die Suche nach einem Gymnasium und die Eingliederung in eine „normale“ Klasse. Als ich aus Spanien nach Deutschland zog, war ich fast am Ende der 7. Klasse. Mein Ziel war es immer, später Rechtsanwältin zu werden, weshalb die allgemeine Hochschulreife entscheidend für mich war. Die Suche nach einem Gymnasium gestaltete sich allerdings schwierig: Aufgrund meiner fehlenden Deutschkenntnisse erhielt meine Familie zahlreiche Absagen. Hinzu kam Verwirrung über das deutsche Schulsystem und ein Mangel an zugänglichen Informationen.

⁶ Mirjam Weis, Katharina Müller, Julia Mang, Jörg-Henrik Heine, Nicole Mahler u. Kristina Reiss, in: Reiss/Weis/Klieme/Köller (Hrsg.), PISA 2018. Grundbildung im internationalen Vergleich, S. 129 – 160.

⁷ Simone Grellmann, „Wie prägt der Migrationsstatus den Bildungserfolg?“, <https://www.bpb.de/themen/bildung/dossier-bildung/520131/wie-praeagt-der-migrationsstatus-den-bildungserfolg/> (Abruf v. 11.11.2025).

⁸ dies.

⁹ Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2018. Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zu Wirkungen und Erträgen von Bildung, S. 121.

Nach etwa zwei Monaten wurden wir schließlich fünfzig – allerdings mit einem Rückschlag: Ich wurde trotz guter Leistungen in Spanien auf die 6. Klasse zurückgestuft, und der Gymnasiumsbesuch war zunächst auf drei Monate begrenzt. Anschließend musste ich verpflichtend ein Jahr lang eine Sprachlernklasse einer Hauptschule besuchen, die Schüler:innen aus vielen Ländern und mit stark unterschiedlichen sprachlichen Vorkenntnissen zusammenführte. Das Altersspektrum reichte von 11 bis 16 Jahren. Individuelle Förderung war kaum möglich, da manche Schüler:innen selbst das lateinische Alphabet noch nicht beherrschten. Für mich bedeutete dies: Trotz meiner schulischen Vorbildung in Spanien musste ich erneut den Umgang mit Buchstaben und Zahlen erlernen, obwohl ich schon Algebra und Termumformungen beherrschte. Auch die Kommunikationssprache war größtenteils Englisch, wodurch eine Integration in den regulären Jahrgang praktisch nicht stattfand.

Nach Abschluss der Sprachlernklasse begann erneut die Suche nach einem Gymnasium – wieder ohne Erfolg. Der einzige Weg zur allgemeinen Hochschulreife führte daher über die Realschule. Dort kam ich in die 8. Klasse und konnte schnell Anschluss finden. Der Austausch im regulären Unterricht und die neuen Freundschaften halfen mir besonders dabei, meine Deutschkenntnisse zu verbessern. Gegen Ende der 10. Klasse sprach ich mit meiner Klassenlehrerin über meinen Wunsch, aufs Gymnasium zu wechseln und später Rechtswissenschaften zu studieren. Ihre Reaktion überraschte mich: Sie riet mir, lieber eine Ausbildung zu machen. Zwar meinte sie es nicht böse, doch spürte ich deutlich, dass man mir einen universitären Bildungsweg nicht zutraute. Meine Deutschkenntnisse reichten zwar für den Unterricht und den Alltag, doch grammatische Lücken führten zu Selbstzweifeln. Trotz wiederholter Ablehnung aufgrund meiner Herkunft und Sprachbarrieren wollte ich meinen Wunsch nicht aufgeben.

Dank guter Leistungen am Ende der 10. Klasse erreichte ich den erweiterten Sekundarabschluss I und wagte den Schritt zur allgemeinen Hochschulreife. Nach drei intensiven Jahren, unzähligen Stunden am Schreibtisch und vielen Momenten der Verzweiflung erreichte ich schließlich mein Abitur. 2020 begann ich mitten in der COVID-Pandemie mein Studium der Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover. Diese Phase war allerdings mit Ängsten und Unsicherheiten verbunden: Als Kind einer Arbeiterfamilie fehlten mir Vorbilder, die denselben Weg

gegangen waren. Niemand konnte mir Tipps zur Studienvorbereitung oder zum Student:innenleben geben. Am meisten belastete die finanzielle Unsicherheit: Nachdem ich die aufwendige BAföG-Antragstellung gemeistert hatte, stellte ich schnell fest, dass eine Nebentätigkeit unverzichtbar war, da meine Familie mich nicht unterstützen konnte. Eine Nebentätigkeit während des Studiums ist zwar weit verbreitet und in vielen Fällen unproblematisch. Doch gerade im Fach Rechtswissenschaften, das durch hohen Lern- und Prüfungsdruck geprägt ist, kann die Vereinbarkeit von Studium und Arbeit besonders herausfordernd sein – insbesondere für Studierende ohne familiäre finanzielle Unterstützung. Ich selbst musste von Beginn an zahlreiche, oft schlecht bezahlte und sowohl körperlich als auch psychisch belastende Nebenjobs übernehmen. Diese Doppelbelastung wirkte sich deutlich auf meine Studienleistungen aus: Neben starker Erschöpfung führte sie auch zu einer Verschlechterung meiner Noten. Das Beispiel verdeutlicht, wie stark finanzielle Zwänge den Studienerfolg beeinflussen können, während Studierende aus Akademikerfamilien, die auf Unterstützung ihrer Eltern zählen können, von dieser Belastung oft weniger betroffen sind.

Rückblickend zeigen sich in meinem Bildungsweg viele der gleichen Hürden, die auch die Statistiken beschreiben: fehlende Informationen, finanzielle Schwierigkeiten, Zweifel an den eigenen Fähigkeiten und die Frage, ob ein Studium realistisch ist. Besonders die sprachliche Barriere erschwerte die Suche nach einer passenden Schule erheblich, und meine Familie konnte aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse nur eingeschränkt helfen. Ohne BAföG wäre ein Studium für mich kaum möglich gewesen.

Der Bildungsweg über eine Ausbildung, wie es meine Klassenlehrerin empfahl, wäre deutlich leichter gewesen – nicht in Bezug auf den Lernstoff, sondern hinsichtlich der kürzeren Dauer (drei Jahre Ausbildung statt fünf Jahren Studium) und der geringeren Kosten. Dennoch bin ich stolz, dass ich trotz Zurückstufung, Sprachlernklasse, Umweg über die Realschule und Finanzierungsschwierigkeiten zielführend und motiviert geblieben bin.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Zwar durfte ich als Nichtakademikerkind mit Migrationshintergrund (erste Generation) den universitären Bildungsweg einschlagen, doch objektiv betrachtet waren meine Chancen auf ein Studium vergleichsweise gering. Mein Weg spiegelt viele statistische Trends wider, zeigt aber zugleich, dass gezielte

Förderung – etwa in den Bereichen Sprache, Information und finanzielle Unterstützung – den Bildungsweg für Kinder wie mich deutlich erleichtern könnte.

D. Stellungnahme: Verbesserungsbedarf aufgrund unzureichender Fördermittel

Obwohl sich die Bildungschancen für junge Menschen mit Migrationshintergrund in den letzten Jahren verbessert haben, zeigt meine eigene Erfahrung, dass für Nichtakademikerkinder in der Praxis weiterhin viele Hürden bestehen. Der Bildungsweg für diese Gruppe muss dringend vereinfacht werden – etwa durch gezielte Stipendien, individuelle Förderprogramme und eine stärkere Berücksichtigung ihrer spezifischen Bedürfnisse.

Zur finanziellen Förderung: Zwar existieren Stipendien wie das Deutschlandstipendium, das neben Leistung auch soziale Kriterien wie Engagement, Bildungsaufstieg oder besondere persönliche Hintergründe berücksichtigt. Doch die Chancen auf eine Vergabe sind angesichts der Vielzahl an Bewerbungen gering. Besonders problematisch ist zudem § 5 Abs. 3 der Richtlinie für das „Deutschlandstipendium“ an der Leibniz Universität Hannover: Für ausländische Studierende ist lediglich eine Quote von 5 % vorgesehen.¹⁰ Damit sinken die Förderchancen ausgerechnet für die Gruppe, die besonders auf Unterstützung angewiesen ist.

Auch das BAföG wird kontrovers diskutiert – sei es wegen der aufwendigen Bürokratie oder der unzureichenden Bedarfssätze. Zwar trägt das BAföG zur Chancengleichheit im Bildungswesen bei, allerdings reicht es allein nicht aus, um studienbedingte Kosten zu decken. So beträgt die Wohnpauschale seit dem Wintersemester 2024/2025 380 €,¹¹ während eine Einzimmerwohnung in Hannover im Schnitt rund 500 € kostet. Damit liegt der BAföG-Bedarfssatz sogar unter dem Grundbedarf beim Bürgergeld. Verschärfend kommt hinzu, dass das BVerfG jüngst entschied, aus dem sozialstaatlichen Auftrag ergebe sich keine spezifische Handlungspflicht des Staates zur existenzsichernden Förderung von Hochschulbildung. Der Anspruch auf ausreichende Leistungen entfällt also, wenn eine existenzsichernde Arbeit aufgenommen werden könnte – auch wenn dies faktisch das Studieren unmöglich macht.¹² Sozialhilfen

wie Bürger- oder Wohngeld stehen Studierenden in der Regel ebenfalls nicht offen.¹³

Um die Dimension zu verdeutlichen: Ein klassisches Bachelorstudium an einer staatlichen Universität kostet im Durchschnitt rund 36.000 €,¹⁴ für einen anschließenden Master kommen weitere etwa 23.000 € hinzu. Bei angenommenen monatlichen Lebenshaltungskosten von rund 1.000 € summieren sich diese Ausgaben während der Regelstudienzeit von 36 Monaten für den Bachelor zusätzlich zu den Studiengebühren. Ohne familiäre Unterstützung ist daher eine Nebentätigkeit daher oft unumgänglich – mit spürbaren Folgen. Die Doppelbelastung aus Job und Studium kann nicht nur die Studienleistungen verschlechtern, sondern auch die Studiendauer verlängern. Hinzu kommt, dass häufig Mittel für Studienmaterialien oder Auslandsaufenthalte fehlen, wodurch sich die Bildungschancen weiter verengen.¹⁵

Folglich lässt sich sagen: Förderinstrumente existieren, doch in der Praxis sind sie für viele Nichtakademikerkinder nur eine unzureichende Stütze, zu der nur ein kleiner Bruchteil Zugang hat. Das eigentliche Ziel – allen Talenten unabhängig von Herkunft und finanziellen Ressourcen den Zugang zur Hochschulbildung zu ermöglichen – ist damit noch lange nicht erreicht. Zugespitzt formuliert könnte man daher sagen: In Deutschland wird Bildung zum Teil immer noch vererbt.

E. Fazit: Appell an Förder:innen, Universitäten und Politik

Zusammenfassend zeigt sich: Für Kinder aus Nichtakademikerfamilien bleibt der Weg an die Universität in Deutschland ein schwerer und steiniger. Hohe Hürden, geringe Chancen auf Förderung und unklare Perspektiven machen den Bildungsaufstieg zu einer besonderen Herausforderung. Zwar existieren Programme wie das Deutschlandstipendium oder das BAföG, doch in der Praxis reichen sie nicht aus, um gleiche Chancen zu gewährleisten – zumal das BVerfG jüngst entschied, dass der Staat bereits ausreichend handele.

Der universitäre Bildungsweg ist damit zwar theoretisch offen, in der Realität aber für viele kaum erreichbar. Wenn

¹⁰ Vgl. § 5 Abs. 3 Richtlinie für das „Deutschlandstipendium“ an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover ab dem WS 2024/2025.

¹¹ Studentenwerk Hannover, <https://www.studentenwerk-hannover.de/geld/alles-zum-bafoeg/bafoeg-faq> (Abruf v. 11.11.2025).

¹² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.09.2024 – 1 BvL 9/21; HanLR EdW 01-2025.

¹³ Studentenwerk Hannover, <https://www.studentenwerk-hannover.de/geld/sonstige-geldquellen> (Abruf v. 11.11.2025).

¹⁴ Studentenwerk Hannover, <https://www.studentenwerk-hannover.de/studienkosten> (Abruf v. 11.11.2025).

¹⁵ Laura u. Nadine, „Wird Bildung in Deutschland vererbt?“, <https://www.lehrer-news.de/blog-posts/wird-bildung-in-deutschland-vererbt> (Abruf v. 11.11.2025).

zu einer nicht-akademischen Herkunft die Faktoren Migrationshintergrund und finanzielle Schwierigkeiten hinzukommen, erscheint ein Studium nahezu unmöglich. Die Kostenfrage – von Wohnraum über Studienmaterial bis hin zu Auslandsaufenthalten – ist dabei nach wie vor ungelöst.

Es bleibt daher festzuhalten: Bildungschancen in Deutschland hängen noch immer stark von Herkunft und finanziellen Ressourcen ab. Ein echter Wandel erfordert, dass Barrieren konsequent abgebaut und Talente unabhängig von ihrem familiären Hintergrund gefördert werden.

Mein Appell richtet sich daher an Universitäten, Politik und private Förderer:innen Geben Sie Kindern aus Nichtakademikerfamilien die Unterstützung, die sie brauchen – sei es durch Stipendien, individuelle Mentoring-Programme oder gezielte Sprach- und Informationsangebote. Nur wenn wir die Potenziale dieser jungen Menschen konsequent fördern, können wir verhindern, dass Talente verloren gehen und Bildung ein Privileg bleibt. Zeigen Sie Kindern wie mir damals, dass Bildung wirklich zugänglich ist und Träume mit Fleiß und Arbeit Realität werden können.

Wenn es schnell gehen muss...



ESF-PRINT.DE

Ihre Druckerei für:

Abschlußzeitungen

Abibücher

Bücher

Festschriften

Gemeindebriefe

Hochzeitszeitungen

Prospekte

Schulplaner

Spiralbindungen

Vereinshefte

Bereits ab 5 Stück bestellbar



esf-print.de

Kostenloser bundesweiter Versand

Keine Vorkasse, alles auf Rechnung

Sofortproduktion mit modernsten Maschinen

Farb- und Schwarzweißdruck

Kostenloser Probbedruck bei allen gebundenen Produkten

Einfach Online kalkulieren und bestellen

ABENTEUER REFERENDARIAT

Gut vorbereitet ins Referendariat – für einen erfolgreichen Berufseinstieg

Viele Absolvent*innen sagen im Rückblick:
„Hätte ich das vorher gewusst, hätte ich einiges anders gemacht.“

Damit dir das nicht passiert, haben wir diesen Workshop konzipiert.

Antworten auf die entscheidenden Fragen - von der Stationenwahl über
das 2. Staatsexamen bis hin zu Finanzen, Versicherungen und dem
Berufseinstieg.

10.
FEBRUAR | **18**
Uhr



Georg Böttcher
Certified Financial Planner®

**Dein
Referententeam**

**Ort
Luther**
Berliner Allee 26
30175 Hannover



**Dr. Zacharias-Alexis
Schneider**
LL.B., LL.M.





HANOVER LAW REVIEW