
Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Göttingen 2024

Wöbeking | Gerdemann | Büning | Griesel | Heyn
Hubert | Knoßalla | Primas | Prinz [Hrsg.]

Disruptionen im Privatrecht



Nomos

DIKE 

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Herausgegeben von der Gesellschaft
Junge Zivilrechtswissenschaft e.V.

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Göttingen 2024

Maren Wöbbing | Simon Gerdemann | Felix Büning
Moritz Griesel | Constantin Heyn | Tom Hubert
Belana Holly Knoßalla | Anne-Katrin Primas | Friederike Prinz [Hrsg.]

Disruptionen im Privatrecht



Nomos

DIKE



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-1663-1

(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-4506-2

(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-03891-818-9

(Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2025

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2025. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Vom 25. bis 27. September 2024 fand die 34. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft an der Georg-August-Universität Göttingen statt. Das Generalthema der diesjährigen Tagung lautete „Disruptionen im Privatrecht“ und gab den Anstoß zu einer fruchtbaren und vielseitigen Diskussion über aktuelle und zukünftige Umwälzungen im privatrechtlichen Bereich. Dieser Tagungsband enthält die schriftlichen Fassungen der Referate des wissenschaftlichen Programms. Er illustriert, auf welcher vielfältigen Art und Weise das Privatrecht mit disruptiven Entwicklungen konfrontiert ist und wie diese das Recht in Frage stellen oder sogar verändern können.

Beim Thema „Disruptionen im Privatrecht“ geht es dabei um mehr als nur den stetigen Wandel, der dem Recht immanent ist. Vielmehr stehen fundamentale Paradigmenwechsel im Raum, die das Privatrecht in seiner Gesamtheit betreffen. Die Beiträge der Tagung beleuchten sowohl sich verändernde Realitäten als auch normative Strömungen, die das Privatrecht prägen.

Ein erster Themenkreis beschäftigte sich mit der umfassenden Digitalisierung vieler Lebensbereiche. Den Auftakt machte *Dr. André Reinelt*, der Kontinuität und Disruption aus der Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus betrachtete und dessen weitreichende Implikationen auf das Privatrecht beleuchtete. *Arne Radeisen* widmete sich anschließend der Frage, wie das Europäische Digitalwirtschaftsrecht jenseits der traditionellen Kategorien von Unternehmer:innen und Verbraucher:innen eine nutzerzentrierte Perspektive entwickelt.

Die disruptive Wirkung der Digitalisierung auf das Privatrecht steht mittlerweile zunehmend im Zeichen Künstlicher Intelligenz, womit sich der zweite Themenkreis beschäftigte. *Dr. Daniel Timmermann* und *Dr. Andreas Lommatzsch* systematisierten mit ihrem Beitrag Optionen für die urheberrechtliche Zulässigkeit von Text und Data Mining für generative KI-Systeme. *Julia Melanie Schiestl* schloss den ersten Tag mit ihrem Vortrag zu juristischen Herausforderungen, die durch den Einsatz von KI entstehen.

Am zweiten Tag der Tagung standen tiefere Überlegungen zur gesellschaftlichen und ethischen Dimension des Privatrechts im Vordergrund. Der erste Themenkreis beschäftigte sich insbesondere mit normativen Dis-

ruptionen und der Frage nach der Durchsetzung des Privatrechts in der Zivilgerichtsbarkeit. *Antonia Werner* und *Maria Paulmichl* untersuchten Möglichkeiten der effektiven Bekämpfung sexueller Belästigung und ob es für dieses Ziel einer Neubetrachtung des (österreichischen) Zivilprozesses bedarf. Anschließend stellte *Dr. Leon Marcel Kahl* Überlegungen zu Kostenvorteilen von Zivilklagen im öffentlichen Interesse *de lege lata* und dem Bedürfnis nach deren Kostenfreiheit *de lege ferenda* an.

Selma Gather sprach über den (vermeintlichen) Tod der Privatautonomie und untersuchte, wie sich Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit zusammendenken lassen. Ferner referierte *Arnold Arpaci* über Arbeitskämpfe um Nachhaltigkeit und deren disruptive Wirkung in der Unternehmensführung. Am Nachmittag wurde Disruption im Familienrecht thematisiert. *Eileen Friederichs* untersuchte den rechtlichen Rahmen für Embryonen als Erben und die Fragestellung, ob sie vererbt werden können. *Jennifer Reh* beleuchtete abschließend die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Katalysator von familienrechtlichen Umwälzungen.

Unser herzlicher Dank gilt allen Referent:innen. Ihre Beiträge zeigen engagierte und vielfältige Ansätze, wie das Privatrecht auf disruptiven Wandel reagieren und die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts aktiv annehmen kann. Es war uns eine große Freude, diesen akademischen Austausch über die deutschen Landesgrenzen hinaus organisieren zu dürfen.

Wir danken besonders den großzügigen Förder:innen der Tagung, allen voran dem Verlag C. H. Beck und MLP. Ohne ihre Unterstützung wäre die Durchführung der Tagung nicht möglich gewesen. Besonderer Dank gebührt zudem dem Verlag Nomos für die Förderung und die umsichtige Betreuung dieses Tagungsbandes. Hier möchten wir uns insbesondere bei *Dr. Marco Ganzhorn* für die tatkräftige Unterstützung bedanken.

Die kommende 35. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft wird vom 24. bis 27. September 2025 an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden stattfinden und sich den „blinden Flecken“ der Zivilrechtswissenschaft zuwenden.

Wir hoffen, dass die Beiträge in diesem Tagungsband die verdiente akademische Resonanz finden werden und freuen uns auf die fortlaufende Diskussion über Disruptionen im Privatrecht.

Die Herausgeber:innen

Inhaltsverzeichnis

André Reinelt

Digitale Plattformen und Grundrechte – Disruption und Kontinuität
aus der Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus 9

Arne Radeisen

Jenseits von Unternehmen und Verbraucher:innen –
Die nutzer:innenzentrierte Perspektive des europäischen
Digitalwirtschaftsrechts 31

Daniel Timmermann / Andreas Lommatzsch

Urheberrechtliche Zulässigkeit des Text und Data Mining für
generative KI-Systeme: Systematisierung der Optionen für einen
kohärenten Rechtsrahmen 55

Julia Melanie Schiestl

KI am Steuer: Juristische Unfälle in der digitalen Welt 83

Maria Paulmichl / Antonia Werner

Effektive Bekämpfung sexueller Belästigung
Bedarf es einer Neubetrachtung des Zivilprozesses? 107

Leon Marcel Kahl

Kostenfreiheit für Zivilklagen im öffentlichen Interesse? 133

Selma Gather

Tod der Privatautonomie?
Diskriminierungsschutz als Rücksichtnahmepflicht 157

Arnold Arpaci

Arbeitskampf um Nachhaltigkeit: Disruption in der
Unternehmensführung? 185

Inhaltsverzeichnis

Eileen Friederichs

Embryonen als Erben, Embryonen vererben? Zur Sinnhaftigkeit
rechtsdogmatischer Begriffspaare in einer sich wandelnden Welt 213

Jennifer Reh

Karlsruhe als Katalysator familienrechtlicher Disruptionen? Eine
exemplarische Analyse entlang der gewandelten Rechtsstellung des
leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Abstammungsrecht 239

Digitale Plattformen und Grundrechte – Disruption und Kontinuität aus der Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus

Dr. André Reinelt*

I. Kontextualisierung und Fragestellung

Die hier in den Fokus gerückten digitalen Kommunikationsplattformen haben in den letzten Jahren zentrale Rollen in unterschiedlichen sozialen Bereichen eingenommen: Aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive wurde die Bedeutung der vielfältigen Kommunikationsplattformen wie beispielsweise Facebook, Instagram, X (ehemals Twitter), YouTube (Teil von Alphabet), TikTok, Reddit oder Twitch (Teil von Amazon) dahingehend beschrieben, dass ihre Verbreitung einen neuen – dritten – Strukturwandel der Öffentlichkeit darstellt.¹ Dieser ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass Nutzer*innen nicht mehr lediglich passiv öffentliche Kommunikation „konsumieren“, sondern eine verstärkt aktive Rolle an Kommunikationsinhalten einnehmen.

Solche tiefgreifenden sozialen Veränderungen, die durch digitale Plattformen ausgelöst werden, wecken wenig überraschend auch das Interesse des Rechts allgemein und des Privatrechts im Besonderen: Kommunikationsplattformen standen und stehen seit jeher in der Kritik, da sie nicht nur rechtswidrige Inhalte auf ihrer Plattform löschen, sondern aufgrund ihrer selbst gesetzten Verhaltensregeln auch rechtmäßige Inhalte entfernen und Nutzer*innen ausschließen, die vom Plattformbetreiber nicht erwünscht sind. Im Fokus stand und steht bislang schwerpunktmäßig die Löschung

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent und Habilitand am Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhl für Privatrecht und responsive Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School in Hamburg.

1 M. Eisenegger, Dritter, digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit als Folge der Plattformisierung, in: ders. et al. (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Wiesbaden 2021, S. 17 (17); aus juristischer Sicht T. Vesting, Die Rundfunkfreiheit und die neue Logik der „Content-Curation“ in elektronischen Netzwerken, JZ 2020, 975 (978 f.).

von sogenannter Hassrede, also diffamierende Meinungsäußerungen, die jedoch noch nicht die Schwelle der Strafbarkeit erreichen.²

Auch die Legislative identifizierte digitale Plattformen und ihre jeweiligen Aktionsbereiche als Arenen, die reguliert werden sollten. Im Vordergrund steht nunmehr der Legislativakt der Europäischen Union in Form des Digital Services Act³. Eine maßgebliche Begründung für die Gesetzgebungstätigkeit der Europäischen Union ist, dass (große) digitale Plattformen als wirtschaftlich und sozial mächtige (Privatrechts-)Akteure wahrgenommen werden.⁴ Auch im Privatrechtsdiskurs wird digitalen Plattformen soziale Mächtigkeit zugeschrieben.⁵ Wenn es speziell um Kommunikationsplattformen und die Löschung von nicht-rechtswidrigen Inhalten geht, wird oftmals gleichzeitig über die Frage einer (stärkeren) Grundrechtsbindung aufgrund ihrer gesellschaftlichen Stellung diskutiert.⁶ Das mag auf einen ersten Blick irritieren: Zumindest nach einem klassischen Verständnis des Privatrechts, in dem sich die Privatrechtsakteure als freie Gleiche gegenüberstehen, mit einem formellen Verständnis von Privatautonomie könnte es überraschen, dass so intensiv über die Machtpositionen eines Privatrechtsakteurs und ihre adäquate Beschreibung diskutiert wird. Unter dem traditionellen Dogma einer „nur“ mittelbaren Drittwirkung⁷ von Grundrechten mag man sich ebenfalls über die Begründung einer intensiveren Grundrechtswirkung bzw. -bindung wundern.

Dieser Beitrag beantwortet vor dem Hintergrund des Tagungsthemas „Disruptionen im Privatrecht“ daher die Forschungsfrage, ob es sich bei den beiden – durch das Aufkommen von digitalen Plattformen ausgelöst – Diskurssträngen der sozialen Mächtigkeit von Plattformen sowie der Frage einer daran anknüpfenden (intensiven) Grundrechtsbindung um solche Disruptionen handelt.

Die Forschungsfrage soll aus der Perspektive des Gesellschaftlichen Konstitutionalismus (II.) beantwortet werden. Dabei wird die These aufgestellt, dass es sich – retrospektiv – sowohl beim Diskursstrang der sozialen Mäch-

2 Grundlegend BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20 – *Facebook*.

3 Verordnung (EU) 2022/2065 vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

4 Vgl. ErwGr. 48 zum DSA: „besondere Rolle“; ErwGr. 3 zum DMA: „beträchtliche wirtschaftliche Macht“.

5 Siehe unten III.

6 Siehe unten IV.

7 Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958]; die klassische Perspektive zusammenfassend *F. Michl*, Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2017, 1062.

tigkeit (III.) als auch beim Diskursstrang der intensiveren Grundrechtsbindung (IV.) um bereits bekannte und untersuchte Phänomene in der Privatrechtswissenschaft handelt – es liegt Kontinuität und keine Disruption vor. Disruptives Potential hat jedoch – prospektiv – der Regelungszugriff des Art. 14 Abs. 4 DSA: Er zwingt uns dazu, über konkrete Gewährleistungsgelände der Unionsgrundrechte im Privatrecht nachzudenken – jenseits abstrakter Grundrechtsbindungsfragen (V.).

II. Gesellschaftlicher und digitaler Konstitutionalismus

Da die Frage nach einer Disruption nur relational bewertet und beantwortet werden kann,⁸ nimmt dieser Beitrag die Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus⁹ ein. Dabei handelt es sich um eine wissenschaftlich interdisziplinäre Strömung, insbesondere der Rechts- und Sozialwissenschaften. Sie operiert dabei insbesondere mit der gesellschaftstheoretischen Prämisse der funktionalen Differenzierung: Damit wird die moderne Gesellschaft dahingehend beschrieben, dass sie auf der Makroebene in unterschiedliche, eigenständige soziale Systeme differenziert ist, die jeweils unterschiedliche Funktionen für den Rest der Gesellschaft erfüllen. Wichtige soziale Systeme sind beispielsweise das Recht, die Wirtschaft, die Kunst oder die Öffentlichkeit.

Inhaltlich operiert diese Theorie auf zwei Ebenen: Sie beschreibt zum einen die gesellschaftlichen Prozesse, die zur Ausbildung, Verfestigung und Gefährdung dieser selbstständigen sozialen Systeme führen, insbesondere durch sozial mächtige Privatrechtsakteure. Da die Gesellschaft nicht vor den Grenzen der Nationalstaaten Halt macht, werden besonders transnationale Phänomene betrachtet.

In normativer Hinsicht geht es primär darum, diese gesellschaftlichen Machtkonstellationen derart einzuhegen, dass eine zu starke Beeinflussung der sozialen Systeme durch die jeweils anderen Systeme verhindert wird. Dazu denkt sie die innerhalb von Nationalverfassungen gegenüber dem politischen System etablierten Prinzipien wie Rechtsstaatlichkeit, Demo-

8 H. Greschke et al., Konzeptionelle Grundlagen zur Erforschung von Disruption und Disruptivität, abrufbar unter: https://tu-dresden.de/gsw/ressourcen/dateien/tudisc/TUDiSC_Konzeptpapier.pdf?lang=de.

9 Jüngst konzis A. Golia/G. Teubner, Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates, ICL Journal 2021, 357.

kratienprinzip sowie Grundrechte generalisierend und re-spezifiziert sie auf einzelne soziale Teilsysteme.

Mit dem gesellschaftlichen Konstitutionalismus als Hintergrundtheorie hat sich in den letzten Jahren eine neue Spielart dieses Denkansatzes ausdifferenziert – der digitale Konstitutionalismus. Er greift sowohl die deskriptive als auch die normative Ebene des Ansatzes auf und fragt sich insbesondere, wie konkrete institutionelle Settings in der digitalen Sphäre aussehen können und sollen. Dabei wird besonders die Notwendigkeit von limitativen Regeln identifiziert, die sich gegen die digitale Macht von bestimmten Unternehmen richtet.¹⁰

III. Soziale Mächtigkeit

Der erste Diskursstrang, der sich im Privatrechtsdiskurs identifizieren lässt und eine Disruption verursacht haben könnte, ist die Beschreibung von digitalen (Kommunikations-)Plattformen als mächtige Privatrechtsakteure. Neu und möglicherweise disruptiv kann dabei allgemein der Machttopos im Privatrecht sein und/ oder die spezifische Form der Macht, die Plattformen innehaben und ausüben.

1. Soziale Macht digitaler Plattformen im Privatrechtsdiskurs

Ein wesentlicher Topos, der sich bei der übergeordneten Frage, wie digitale Plattformen reguliert werden können und sollen, stets wiederfindet, ist der Begriff der Macht. Digitalen Plattformen wird eine wirtschaftliche und gesellschaftliche Machtposition zugeschrieben, die einen Regelungsbedarf auslöse.¹¹ Diese Macht zeichne sich u.a. durch die Verwendung von Technik aus: „Die neue Technik eröffnet für die einen neue Handlungsmöglichkeiten und schränkt die Handlungsspielräume von anderen ein.“¹² Digitale Kommunikationsplattformen lösen mehr und mehr klassische Kommunikationswege ab, sodass sie als „mächtige Kommunikationsintermediäre“¹³

10 G. Teubner/A. Golia, Digitalverfassung, JZ 2023, 625 (626).

11 So M. Kettemann et al., Anspruch und Wirklichkeit der Plattformregulierung, ZRP 2021, 138 (138, 141).

12 A. Roßnagel, Technik, Recht und Macht, MMR 2020, 222 (222).

13 J. Buchheim, Rechtfertigungszentrierte Grundrechtslehren, in: D. Müller/ L. Dittrich (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, Berlin 2022, S. 3 (18).

bezeichnet werden, die „in weitem Umfang private Kontrolle über digitale Infrastruktur ausüben“, sodass es zu einer „Ballung sozialer Macht“ komme.¹⁴ Dominanten Plattformen wie Facebook, X oder YouTube wird eine „enorme Macht“ zugeschrieben, darüber zu entscheiden, ob Nutzer*innen Zugang zu diesen demokratisch relevanten Räumen haben und inwieweit sie dort partizipieren können.¹⁵

Digitale Macht zeichne sich hier primär dadurch aus, dass Plattformen ihren jeweiligen Wirkungsbereich gestalten, regeln und regulieren.¹⁶ Dabei verknüpfen Plattformen die bereitgestellten technischen Möglichkeiten der Nutzer*innen auf der Plattform mit der Einrichtung spezifischer Institutionen und Regeln, die die Interaktionen auf der Plattform regulieren: Digitale Plattformen treten als private Gesetzgeber auf.¹⁷ *Hornkohl* hat insbesondere digitale (Kommunikations-)Plattformen im Blick, wenn sie diese mithilfe der politischen Theorie von Unternehmen als „mächtige privatrechtliche Unternehmen als intermediäre Gewalt“ beschreibt.¹⁸

2. Bewertung

Bei diesen Beschreibungen von digitalen Plattformen als sozial mächtige Privatrechtsakteure handelt es sich nicht um kategorisch neue Phänomene des Privatrechts. Vielmehr ist Macht und die Frage der adäquaten rechtlichen Regelung von Macht ein Grundproblem des Rechts.¹⁹ Längere Zeit hat man diese Frage jedoch überwiegend in der Domäne des Öffentlichen Rechts verortet: Als maßgebliche Fragen der Zeit wurde über die Herrschaftsbegründung und -begrenzung der Staatsgewalt von Nationalstaaten gesprochen.²⁰ Diese Fragen sind im Wesentlichen ausdiskutiert. Relevante Machtprobleme stellen sich heute vor allem in privatrechtlichen Kontexten,

14 *Buchheim*, Grundrechtslehren (Fn. 13), S. 4 f.

15 United Nations, A/HRC/41/41, 17.05.2019.

16 *J. Mendelsohn*, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857 (858 – 860).

17 *H. Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1 (3 – 6).

18 *L. Hornkohl*, Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen, in: *J. Croon-Gestefeld et al.* (Hrsg.), *Das Private im Privatrecht*, Baden-Baden 2022, 129 (137).

19 *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, Baden-Baden 2011, S. 106 ff.

20 *D. Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl., Frankfurt 1994, S. 34.

sodass sich der Machtdiskurs im Recht ebenfalls auf das Privatrecht verlagert.²¹

a) Machtdiskurs innerhalb der Privatrechtswissenschaft

Die Fragen von wirtschaftlicher und sozialer Macht werden seit einiger Zeit auch innerhalb der Privatrechtswissenschaft diskutiert. In Bezug auf wirtschaftliche Machtpositionen haben sich im Wettbewerbsrecht die Begriffe der Marktmacht und des Marktmachtmissbrauchs als dogmatisch feststehende Topoi etabliert.²² Seit der Bürgschaftsentscheidung des BVerfG, die maßgeblich auf die strukturelle Unterlegenheit einer Partei abgestellte,²³ gehören Machtfragen in gewissem Umfang zu einer materiell verstandenen Privatautonomie. Auch die Verbändediskussion der 70er Jahre war stark durch den Machttopos geprägt: Maßgebliche Frage der Zeit war, wie die wahrgenommene Machtposition von Verbänden rechtlich eingehegt werden konnte.²⁴ Im Privatrecht hat sich dogmatisch im Zuge dieser Diskussion der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch als besondere Form des allgemeinen Kontrahierungszwangs ausdifferenziert.²⁵ Begrifflich operieren wir noch heute mit der wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung eines Verbandes als wesentliches Tatbestandsmerkmal des Aufnahmeanspruchs.²⁶ Diese gesellschaftliche Machtposition von (Sport-)Verbänden wurde ebenfalls auf der Ebene des Unionsrechts dogmatisch reflektiert: Im Zuge der Frage der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten wurde u.a. vorgeschlagen, die Verbände wegen ihrer Normsetzungsmöglichkeit als „intermediäre Gewalten“ zu beschreiben.²⁷ Die soziale Machtstellung als Auslöser der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten hat sich nicht durchgesetzt.²⁸ Es

21 T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2013, S. 291.

22 Siehe dazu A. Fuchs, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2 *GWB*, 6. Aufl., München 2020, § 18 Rn. 18 – 29.

23 BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaft* [1993].

24 Überblick dazu bei E.-W. Böckenförde, *Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie*, *Der Staat* 15 (1976), 457.

25 Siehe dazu R. Birk, *Der Aufnahmewang bei Vereinen und Verbänden*, *JZ* 1972, 343 (343); G. Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen 1978, S. 274 – 277.

26 OLG München, Urt. v. 24.01.2019, 29 U 1781/18 Kart – *Taekwondo*, Rn. 18; BGH NJW-RR 1986, 583 – *Aikido*.

27 T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen 2004, S. 769.

28 Grundlegend EuGH, Urt. v. 06.06.2000, C-281/98 – *Angonese*, Rn. 34 – 36.

überrascht auch nicht, dass sich die Begriffe strukturelles Ungleichgewicht, soziale Macht oder intermediären Gewalten²⁹ auch für die Beschreibung von digitalen Plattformen wiederfinden lassen.³⁰

Jenseits dieser speziellen Felder, in denen die Rechtsdogmatik responsiv auf wirtschaftliche oder soziale Macht reagiert, wird seit einiger Zeit auch auf einer höheren Abstraktionsebene über die Relevanz und den Umgang mit Macht im Privatrecht nachgedacht: Bereits das Tagungsthema der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft aus dem Jahr 2012 stand unter dem Oberthema Macht im Zivilrecht³¹ und die diesjährige Tagung der SECOLA stand unter dem Titel „*contract and power*“.³² Der Sammelband „Private Macht“ aus dem Jahr 2016 bildet den aktuellen Forschungsstand innerhalb der deutschen Privatrechtswissenschaft ab und zeigt, dass Macht in einer Vielzahl von Teilrechtsgebieten relevant wird.³³ Auf der Ebene der Rechtstheorie kann dabei Macht als Reflexionsbegriff angesehen werden.³⁴ Renner hat – in Anlehnung an die soziologische Klassifikation von Machtphänomenen – eine Matrix zur Beschreibung und Einordnung von Machtphänomenen für die (Privat-)Rechtswissenschaft vorgeschlagen:³⁵ Macht kann dabei innerhalb von Interaktionen oder in Bezug auf gesellschaftliche Strukturen ausgeübt werden. Weiter kann diese Machtbeziehung jeweils kausal (ich setze X gegenüber Y durch) oder modal (ich kann die Handlungsmöglichkeiten anderer steuern) wirken. Diese vier Begriffe sind gut geeignet, um Machtphänomene auf der Ebene der Rechtstheorie zu beschreiben.

b) Modal-strukturbezogene Machtposition digitaler Kommunikationsplattformen

Macht allgemein ist damit kein neues Phänomen für die und in der Privatrechtswissenschaft. Neu und möglicherweise disruptiv kann dann lediglich die konkrete Machtposition sein, die digitale Plattformen innehaben, und

29 Jüngst L. Kroemer, *Drittwirkung der Grundrechte*, Tübingen 2024, S. 89 ff.

30 Beispielsweise bei S. Knebel, *Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten*, Baden-Baden 2018, S. 40 – 42; 106 – 109; 282 – 287.

31 M. Hauer et al. (Hrsg.), *Macht im Zivilrecht*, Stuttgart 2013.

32 <https://www.secola.org/contract-and-power-2/>.

33 F. Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2016.

34 M. Renner, *Private Macht zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie*, in: F. Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (506).

35 Renner, *Private Macht* (Fn. 34), S. 511 – 519.

die spezifische Art und Weise, wie diese ausgeübt wird bzw. wie sich diese auf andere Privatrechtsakteur*innen auswirkt.

Legt man die oben genannten Begriffe zur Spezifizierung der Machtposition von Kommunikationsplattformen an, kann diese als modal-strukturbezogene Macht beschrieben werden: Indem Plattformen insbesondere über ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen die relevanten Verhaltensregeln auf der Plattform aufstellen und diese durchsetzen, legen sie die Möglichkeiten fest, innerhalb derer die Nutzer*innen agieren können (modale Komponente). Aus der Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus ist diese Form der Machtausübung keine Neuheit: Insbesondere unter dem Begriff des Globalen Konstitutionalismus werden mächtige, global agierende Privatrechtsakteur*innen beschrieben, die einseitig die relevanten Verhaltensregeln in ihrem Wirkungsbereich festlegen.³⁶ Aus soziologisch differenzierungstheoretischer Perspektive kann auch die strukturelle Komponente dieser modalen Machtposition beschrieben werden:³⁷ Im Zuge gesellschaftlicher Differenzierung hat die Regelsetzung von Nationalstaaten in Form von nationalen Gesetzen an Bedeutung verloren. Innerhalb einzelner sozialer Systeme und Sub-Systeme (z.B. einzelne Wirtschaftsbranchen) besteht jedoch Bedarf an der Setzung von Regeln, um das Verhalten einzelner Akteur*innen innerhalb eines sozialen Systems erwartbar zu machen. Funktional differenzierte, fragmentierte Gesellschaften bilden damit teilsystemspezifisch eigene Regelordnungen aus. Meistens sind es dabei korporative Akteur*innen, also (größere) Organisationen, die diese Regeln von oben nach unten aufstellen.³⁸

Diese Regelsetzungsmacht ist auch Gegenstand der Privatrechtstheorie. Unter dem Begriff der privaten Ordnung³⁹ werden diese Regelsetzungsprozesse einerseits beschrieben, andererseits aber auch darüber nachgedacht, welche Voraussetzungen solche privat geschaffenen Ordnungen erfüllen sollten, um vom Recht als legal bzw. legitim akzeptiert werden zu können und welche rechtlichen Regulierungsmöglichkeiten diesbezüglich bestehen.⁴⁰ Hinsichtlich der Beschreibung solcher privaten Ordnungen halte ich die Begriffe von *Ellickson* für sehr gut geeignet, da er zwischen un-

36 G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, Berlin 2012, S. 72 ff.

37 R. Michaels/N. Jansen, *Private Law Beyond the State?*, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State*, Tübingen 2008, S. 69 (97).

38 Vgl. T. Sagy, *What's So Private about Private Ordering?*, *Law & Society Review* 2011, 923 (931 – 944).

39 G. Bachmann, *Private Ordnung*, Tübingen 2006.

40 Vgl. A. Röthel, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica*, *JZ* 2007, 755 (761 f.).

terschiedlichen Akteuren der Regelsetzung, der Art der Regel sowie unterschiedlichen Formen von Sanktionen differenziert.⁴¹

In normativer Hinsicht werden neben materiellen Anforderungen⁴² im Diskurs vor allem prozedurale Sicherungsmöglichkeiten diskutiert, um die Regelungsunterworfenen vor einer einseitigen Interessenausübung der Regelsetzenden zu schützen.⁴³ Genau vor diesem Hintergrund können die Entscheidungen des BGH im Fall Facebook⁴⁴ – ebenso wie die dem vorangegangene Entscheidung des BVerfG zu Stadionverboten⁴⁵ – gelesen werden: Wenn der BGH aus Art. 3 Abs. 1 GG prozedurale Pflichten in Form der Sachverhaltsaufklärung, Begründung und (vor einer Ausschlussentscheidung) einer vorherigen Anhörung dem Plattformbetreiber auferlegt,⁴⁶ sind dies Gegenrechtspositionen⁴⁷ der Nutzer*innen bei der Durchsetzung der von der Plattform selbst einseitig aufgestellten Verhaltensregeln. In der Terminologie *Ellicksons* kann auch davon gesprochen werden, dass im Regelungsregime der Plattformen zuvor ausreichende Verfahrensanforderungen vor Sanktionsentscheidungen (*procedural rules*)⁴⁸ fehlten. Dieser prozedurale Ansatz findet sich nunmehr auch im DSA wieder.⁴⁹

c) Zwischenfazit

Damit ist die Beschreibung digitaler (Kommunikations-)Plattformen als sozial mächtige Privatrechtsakteure keine Neuheit und somit auch keine Disruption im Privatrechtsdiskurs. Macht ist ein allgegenwärtiges Thema im Privatrecht. Auch die spezielle Form der modal-strukturbezogenen Machtausübung von Plattformen ist der Sache nach nicht neu. Die Phänomene der Regelsetzung und -durchsetzung auf Plattformen können mit dem rechtstheoretischen Begriff der privaten Ordnung eingefangen werden.

41 R. Ellickson, *Order without Law*, Cambridge MA 1991, S. 123 – 136.

42 Beispielsweise *Bachmann*, *Private Ordnung* (Fn. 39), S. 184 f.; 294 – 225.

43 L. Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, Weilerswist 2013, S. 221 f.; C. Engler, *Private Regelsetzung*, Berlin 2017, S. 143 – 147; 150 – 181.

44 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20 – *Facebook*.

45 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41, 46.

46 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 80 – 89; dies ordnen M. Hennemann/A. Heldt, *Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke*, ZUM 2021, 891 (890 f.) zutreffend in den Prozeduralisierungsdiskurs ein.

47 Grundlegend C. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, S. 381 – 388.

48 Ellickson, *Order* (Fn. 41), S. 132 – 135.

49 Vgl. unten V.I.

Eine Besonderheit von digitalen Kommunikationsplattformen kann jedoch darin erblickt werden, dass hier ein Privatrechtsakteur auftritt, der nicht nur für einen ganz bestimmten, spezialisierten Bereich Regeln aufstellt, wie z.B. Sportverbände für Sportler*innen⁵⁰. Die Aufmerksamkeit, die der Privatrechtsdiskurs der Machtposition digitaler Plattformen zuwendet, kann dadurch erklärt werden, dass es hier nicht um die Einhegung von Macht in eng umgrenzten sozialen, insbesondere wirtschaftlichen, Bereichen geht. Vielmehr regeln Kommunikationsplattformen die Kommunikation allgemein. Die Kommunikationsregeln betreffen umfassend die neue Form der Kommunikation der Öffentlichkeit⁵¹ und anderer sozialer Systeme, soweit die dort relevante Kommunikation auf Plattformen stattfindet. Damit ist nunmehr Kommunikation als Grundlage für Sozialität und deren Regelung durch Privatrechtsakteure Gegenstand der Forschung.

Es müssen jedoch keine grundlegend neuen Begriffe in der Forschung für die Beschreibung und Regulierung von Kommunikationsplattformen gefunden werden. Mit der Klassifizierung unterschiedlicher Machttypen, dem Begriff der privaten Ordnung und den Begriffen der Differenzierungstheorie stehen adäquate Begriffe zur Verfügung, um die private Macht von digitalen Kommunikationsplattformen nicht nur irgendwie zu beschreiben, sondern auch so, dass wir als Jurist*innen damit operieren können.

IV. Grundrechtsbindung

1. Macht und Grundrechte

Wie die Diskussion von Macht im Privatrecht soeben schon angedeutet hat, hängt die Frage der Grundrechtswirkung im Privatrecht häufig untrennbar mit den Diskursen über die Relevanz von sozialer Macht im Privatrecht zusammen: In der Bürgerschaftsentscheidung wurde die vertragliche Inhaltskontrolle aus Art. 2 Abs. 1 GG mit dem strukturellen (Macht-)Ungleichgewicht begründet.⁵² Die identifizierte soziale Macht von Verbänden war einer der Treiber der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grund-

50 Dafür steht exemplarisch der Fall Pechstein, zuletzt BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*.

51 Zum Begriff der Öffentlichkeit *O. Hoffmann/H.-J. Arlt*, Die nächste Öffentlichkeit, Wiesbaden 2015, S. 7 – 34.

52 BVerfGE 89, 214 (232) – *Bürgerschaft* [1993].

rechte.⁵³ Die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten wurde versucht mit dem Tatbestandsmerkmal der „intermediären Gewalten“ zu erfassen.⁵⁴ Die „soziale Mächtigkeit“ war – zumindest im Maßstäbeteil – ein wesentliches Argumentationskriterium im Stadionverbotsbeschluss des BVerfG, das erstmals Art. 3 Abs. 1 GG zur Mediatisierung eines Privatrechtskonfliktes aktivierte.⁵⁵ Dabei ist jedoch festzuhalten, dass sich – bis auf wenige Ausnahmen in der Literatur zur Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG⁵⁶ – der Begriff der (sozialen) Macht nicht als Auslöser für die Privatrechtswirkung von Grundrechten durchgesetzt hat: Der Begriff der Macht ist lediglich – aber immerhin – ein Abwägungstopos innerhalb der Grundrechtsabwägung.⁵⁷

2. Drittwirkungsdebatte reloaded

Der Stadionverbotsbeschluss des BVerfG hat aber jenseits des Machttopos dazu geführt, dass erneut intensiv und grundlegend über die Frage der Privatrechtswirkung von Grundrechten nachgedacht worden ist. Die prozeduralen Anforderungen, die das BVerfG aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitete, erinnerten an klassische Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsrechts,⁵⁸ so dass eine „staatsgleiche Grundrechtsbindung“ Privater postuliert wurde.⁵⁹ Bei den vom Gericht verwendeten Begriffen der sozialen Mächtigkeit⁶⁰ und der erheblichen Bedeutung für die Teilhabe am sozialen Leben⁶¹ wurde schnell vermutet, dass die gewählten Begriffe – zumindest auch – digitale

53 *F. Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 (407); zum Kontext *K. Stern*, StaatsR III/1, München 1988, S. 1586 – 1595.

54 Siehe oben III.2.a.

55 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

56 Vor dem Stadionverbotsbeschluss: *V. Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 3 Rn. 71; *F. Wollenschläger*, in: vMKS-GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 62; aufgegriffen von BGH, Urt. 15.01.2013, XI ZR 22/12.

57 Wie hier *K. Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1595; *I. Hensel/G. Teubner*, Matrix Reloaded, KJ 2014, 152 (160).

58 Zu einem darauf aufbauenden Ansatz der Privatrechtswirkung *P. Wiater*, Verwaltungsverfahren durch Private?, JZ 2020, 379 (384).

59 *C. Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (36); *Rofßnagel*, Technik (Fn. 12), 223; *Wiater*, Verwaltungsverfahren (Fn. 58), 382 – 384.

60 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

61 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

Plattformen adressieren sollten.⁶² Das BVerfG übertrug anschließend selbst die im Stadionverbotsbeschluss entwickelten Maßstäbe auf die Sperrung von Accounts im digitalen Kontext – ließ jedoch die wesentlichen Fragen offen.⁶³ Wie bereits oben dargestellt, war dies die Grundlage für den BGH, der diese Maßstäbe konkret auf die Löschung von *hate speech* auf Facebook anwendete.⁶⁴

Auch die (Privat-)Rechtswissenschaft sah die Notwendigkeit einer dogmatischen Aufarbeitung dieser neuen Dimension der Grundrechtswirkung im Privatrecht. Auch wenn der Stadionverbotsbeschluss der Auslöser war, hat sich der Diskurs hinsichtlich möglicher Anwendungsfelder einer neuen Privatrechtswirkungsdogmatik schwerpunktmäßig auf digitale (Kommunikations-)Plattformen verschoben.⁶⁵ Diskutiert werden begrifflich insbesondere eine (unmittelbare) Grundrechtsbindung⁶⁶ allgemein, eine situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung,⁶⁷ eine gesteigerte Grundrechtsbindung⁶⁸ oder eine intensivere Drittwirkung⁶⁹.

Daher können Kommunikationsplattformen grundsätzlich als Auslöser für einen erneuten Grundsatzdiskurs über das „richtige“ dogmatische Konzept der Privatrechtswirkung der Grundrechte angesehen werden. Aber folgt daraus auch, dass es sich hierbei um eine Disruption handelt?

62 Q. Weinzierl, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWissBlog Nr. 48/2018 v. 24.05.2018, <https://www.juwiss.de/48-2018/>.

63 BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, 1 BvQ 42/19 – III. Weg, Rn. 15.

64 Ausdrückliche Bezugnahme bei BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – Facebook, Rn. 83 f.

65 Deutlich bei M. Seyderhelm, Grundrechtsbindung Privater, Baden-Baden 2021, S. 231 ff.; A. Heldt, Intensivere Drittwirkung, Tübingen 2023, S. 193 ff.; Kroemer, Drittwirkung (Fn. 29), S. 7 ff.

66 S. Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11; Seyderhelm, Grundrechtsbindung (Fn. 65), S. 182 – 230; Kroemer, Drittwirkung (Fn. 29), S. 137 ff.

67 F. Michl, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910; Roßnagel, Technik (Fn. 12), 223; in diese Richtung auch Hornkohl, Politische Theorie (Fn. 18), S. 129.

68 B. Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209.

69 Heldt, Drittwirkung (Fn. 65), insb. S. 81 – 83.

3. Privatrechtswirkung jenseits von Drittwirkung und Grundrechtsbindung

Mich hat dieser Hype bezüglich der grundsätzlichen Fragen der Privatrechtswirkung von Grundrechten überrascht. Vor kurzem untersuchte *Kulick* eingehend die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze zur Horizontalwirkung der Grundrechte und kam zu dem Ergebnis, dass sie – zwar von unterschiedlichen Prämissen und Konstruktionen ausgehend – im Wesentlichen zu äquivalenten Ergebnissen kommen oder kommen können.⁷⁰ *Kumm* bringt es auf den Punkt: „*The practical difference between indirect and direct effect, however, is negligible. It concerns merely the formal construction of the legal issue and has no implications whatsoever for questions relating to substantive outcomes [...]*“⁷¹

Warum also hat der Stadionverbotsbeschluss des BVerfG und die darauf folgende Übertragung der dort entwickelten Grundsätze auf digitale (Kommunikations-)Plattformen dazu geführt, dass erneut ein Streit über die „richtige“ dogmatische Einordnung der jüngeren Entscheidung entbrannt ist? Wurden hier die Grenzen der anerkannten mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte überschritten, sodass tatsächlich eine Disruption hinsichtlich der Grundrechtsdogmatik auszumachen ist?

Das ist meiner Ansicht nach nicht der Fall. Neu ist zwar, dass in den vorgenannten Entscheidungen erstmals der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Privatrechtswirkung herangezogen worden ist.⁷² Eine grundlegende Verschiebung der Privatrechtswirkungsdogmatik der Grundrechte ist damit aber nicht verbunden. Dass sich trotzdem so viele Publikationen der letzten Jahre intensiv mit dieser Frage beschäftigen, liegt meiner Meinung nach an einem zu engen Verständnis der mittelbaren Drittwirkung:

Die klassische Sicht auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte ist dadurch geprägt, dass – in Abgrenzung zu einer unmittelbaren Drittwirkung – zwischen den an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien kein Grundrechtsverhältnis besteht. Ein solches besteht jeweils zum Staat, insbesondere zur Richter*in, die den Grundrechten dadurch Wirkung verleiht,

70 *A. Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Tübingen 2020, S. 153 – 183.

71 *M. Kumm*, Who is afraid of The Total Constitution?, German Law Journal 2006, 341 (352).

72 Siehe dazu ausführlich *A. Reinelt*, Soziale Inklusion, Baden-Baden 2023, S. 352 ff.

indem sie diese – nicht nur innerhalb der Generalklauseln⁷³ – bei der Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts berücksichtigt (sog. Auslegungskonstruktion).⁷⁴ In der Rechtsprechung des BVerfG kann dieser dogmatische Ansatz seit *Lüth*⁷⁵ bis heute gesehen werden.⁷⁶ Alternativ kann dieses Verständnis der mittelbaren Drittwirkung auch durch die normalen Grundrechtsdimensionen – der Abwehr-,⁷⁷ der Schutzpflichtendimension⁷⁸ oder beider⁷⁹ – begründet werden.

Nach beiden dogmatischen Konstruktionen sei somit – und das bleibt manchmal unausgesprochen – das einfache Recht der Anknüpfungspunkt und gleichzeitig die Grenze der Grundrechtswirkung im Privatrecht. Dieses zu enge Verständnis der mittelbaren Drittwirkung ist der Grund, warum manche in der Stadionverbotsentscheidung eine unmittelbare Drittwirkung erblickt haben:⁸⁰ Das Gericht hat nicht nur lediglich einen bereits im einfachen Recht vorhandenen Rechtsbegriff ausgelegt, sondern durch das Erfordernis prozeduraler Anforderungen an den Ausschluss – namentlich eine eigenen Sachverhaltsaufklärung, eine vorherigen Anhörung sowie eine Begründung der Entscheidung – eine eigene, selbstständige Rechtsfolge geschaffen, die die Privatrechtsakteur*in befolgen muss, wenn sie rechtmäßig handeln möchte. *Kulick* bezeichnet dieses Vorgehen als „Auslegungskonstruktion plus“:⁸¹ Zwar bleibt es in einem ersten Schritt bei einer Auslegung des einfachen Rechts. Falls dieses jedoch nicht ausreichende Begriffe bereitstellt, die „grundrechtsmediatisierend“ ausgelegt werden können, leitet das Gericht unmittelbar aus den Grundrechtspositionen bestimmte Rechtsfolgen ab. Das kann man natürlich auf einer Wertungsebene – insbe-

73 St. Rspr. BVerfGE 112, 332 (358); 129, 78 (102); 142, 74 (101); zuletzt BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 76: „insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe“.

74 *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 70), S. 84 ff.; vgl. auch *Michl*, Grundrechte (Fn. 7), 1064.

75 BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958].

76 Vgl. zuletzt die großen Entscheidungen BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 32; BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 76 – 78.

77 *Michl*, Grundrechte (Fn. 7), 1066 f.

78 *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 252 f.

79 *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999, S. 30 – 79.

80 So insbesondere *A. Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 (904, 910); vgl. dazu auch *Seydherhelm*, Grundrechtsbindung (Fn. 65), S. 91 f. Fn. 226.

81 *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 70), S. 194 – 201.

sondere aus der Perspektive der Gewaltenteilung oder aus dem Wunsch der Eigenständigkeit des Privatrechts – problematisch oder sogar falsch finden. Es ist jedoch konsequent: Es gibt keine normative Vorgabe, dass die Grundrechtswirkung im Privatrecht *ausschließlich* mediatisierend über konkrete einfachgesetzliche Normen erfolgt. Vielmehr fordern die normenhierarchisch über dem einfachen Recht stehenden Grundrechtspositionen, dass im Falle der Abwesenheit von mediatisierenden Rechtsnormen notfalls Rechtspositionen und anwendbare Rechtssätze – unmittelbar – aus den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten (fort-)entwickelt werden. Das bedeutet nicht, dass die Grundrechtswirkung „am einfachen Recht vorbei“ erfolgt: Soweit einfaches Recht vorhanden ist, erfolgt die Grundrechtswirkung mediatisierend über diese Rechtsnormen.

So lag es in den Fällen des Stadionverbots und Facebook: Die Gerichte sind unter Abwägung der Gewährleistungsgehalte der einzelnen Grundrechte, namentlich Art. 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 GG, 12 Abs. 1 sowie 14 Abs. 1 GG, zu dem Ergebnis gekommen, dass prozedurale Anforderungen an die Lösungs- bzw. Ausschlussentscheidung notwendig sind, um die Grundrechtspositionen der betroffenen Nutzer*innen zu schützen. Für solche prozeduralen Pflichten gab es jedoch keinen Anknüpfungspunkt im einfachen Recht – die grundrechtliche Gewährleistung fordert dann, dass diese prozeduralen Anforderungen unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet werden. Hieran kann man zwar die konkret abgeleiteten Anforderungen kritisieren und keine, andere, abgeschwächte oder weitergehende prozedurale Anforderungen für einen angemessenen Grundrechtsausgleich bevorzugen. Das ist jedoch eine Kritik an den konkreten Gewährleistungen der Grundrechte, nicht an der Privatrechtswirkung der Grundrechte als solcher.

4. Zwischenfazit

Die Ausführungen zeigen, dass die Frage nach der „richtigen“ grundrechtlichen Bewertung von digitalen Plattformen einen intensiven Diskurs darüber ausgelöst hat, welche dogmatische Konstruktion der Privatrechtswirkungsfrage überzeugend ist. Dies ist jedoch nicht die relevante Frage, um Privatrechtsfälle mithilfe der Grundrechte zu lösen. Entscheidend ist nicht die – sich auf einem hohen Abstraktionsniveau befindliche – Frage der Privatrechtswirkung an sich, sondern die Frage welche grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte ganz konkret im Privatrecht Wirkung entfalten

(sollen). Dafür bietet sich die dogmatische Arbeit mit Grundrechtsdimensionen an.

Vor diesem Hintergrund stellt der Privatrechtsdiskurs um die Privatrechtswirkung von Grundrechten in Fällen, in denen digitale (Kommunikations-)Plattformen beteiligt sind, keine Disruption dar. Bereits in der Vergangenheit waren als mächtig wahrgenommene Privatrechtsakteure – Verbände – Treiber des Diskurses. Aber auch inhaltlich kann kein Bruch ausgemacht werden: Der aktuelle Diskurs greift die alte dogmatische Frage nach der „richtigen“ formalen Konstruktion einer Privatrechtswirkung auf, obwohl dies nicht die Ebene ist, um die heutigen Sachprobleme zu lösen. Die vorgeschlagenen Konzepte der Grundrechtsbindung, der (un)mittelbaren Drittwirkung oder einer intensiveren Grundrechtswirkung stellen weder die bisherige Grundrechtsdogmatik in Frage, noch helfen sie auf der Sachebene. Der Diskurs hat hier an der falschen Stelle angeknüpft: Wenn sich die wesentlichen Fragen auf der Ebene der grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte stellen, dann sollte sich der Diskurs vermehrt auf diese Ebene mit einem etwas geringeren Abstraktionsniveau konzentrieren.

V. Unionsgrundrechte und Digital Services Act

Der Diskurs um die soziale Macht von digitalen (Kommunikations-)Plattformen und der Privatrechtswirkung in den Fällen, an denen sie beteiligt sind, wurde bisher in diesem Beitrag retrospektiv betrachtet. Da in den bisherigen Fällen die nationalen Grundrechte als Maßstäbe relevant wurden, hat sich der Diskurs bislang schwerpunktmäßig auf die Grundrechte des Grundgesetzes fokussiert. Mit Inkrafttreten des Digital Services Act (DSA) haben sich jedoch die wesentlichen Maßstäbe auf die Ebene des Unionsrechts verschoben.

In diesem letzten Teil zeigt der Beitrag aus einer prospektiven Perspektive, dass sich hier in Bezug auf Grundrechtspositionen offene Fragen ergeben. Anhand eines Beispiels – der Löschung von Kunst, die Nacktheit als ästhetisches Kommunikationsmittel wählt – soll demonstriert werden, welches produktive Potential die dogmatische Arbeit an konkreten Grundrechten gegenüber einer lediglich abstrakten Diskussion der Horizontalwirkungsfrage haben kann.⁸² Disruptives Potential erblickt der Beitrag darin,

82 Im europäischen Diskurs bereits vorbildlich *G. Frosio/C. Geiger*, Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime, *European Law*

dass durch die ausdrückliche Inkorporierung der Grundrechtsabwägung in Art. 14 Abs. 4 DSA die Horizontalwirkung der (Unions-)Grundrechte endgültig zum Kanon privatrechtswissenschaftlichen Arbeitens werden kann und diese Fragen nicht mehr schwerpunktmäßig der Domäne des Öffentlichen Rechts überlassen werden.

1. Status quo und offene Fragen

Art. 14 Abs. 4 DSA schlägt ein neues Kapitel des Themas der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung auf.⁸³ Mit der Norm wurde eine klare Entscheidung dahingehend getroffen, dass Plattformen im Grundsatz auch solche Inhalte löschen können, die nicht die Schwelle zur Rechtswidrigkeit überschreiten.⁸⁴ Zudem gestaltet der DSA die Rechte der Nutzer*innen primär prozedural aus. Art. 14 Abs. 1 bis 3, 5 und 6 DSA ordnet weitgehende Transparenzpflichten bezüglich AGB an. Art. 17 DSA fordert eine Begründung, wenn Plattformen Moderationsentscheidungen treffen. Nach Art. 20 DSA müssen Online-Plattformen ein nachträgliches Beschwerdeverfahren bereitstellen.

Gleichzeitig wird jedoch nicht komplett auf eine materiell-rechtliche Kontrolle der Content Moderation verzichtet: Art. 14 Abs. 4 DSA ordnet ausdrücklich an, dass Plattformen die Grundrechte der Nutzer*innen berücksichtigen müssen. Bei diesen Grundrechten handelt es sich um die Unionsrechtsgrundrechte:⁸⁵ Wenn mitgliedstaatliche Stellen den DSA anwenden, ist der Anwendungsbereich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eröffnet. Zwar prüfen der EuGH und das BVerfG jeweils nach unterschiedlichen Maßstäben, ob darüber hinaus auch nationale Grundrechte Anwendung

Journal 2023, 31; *J. Quintais et al.*, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, *German Law Journal* 2023, 881.

83 *T. Mast/C. Ollig*, The Lazy Legislature: Incorporating and Horizontalising the Charter of Fundamental Rights through Secondary Union Law, *European Constitutional Review* 2023, 462 (462 f.).

84 *R. Janal*, Impacts of the Digital Services Act on the Facebook “Hate Speech” decision by the German Federal Court of Justice, in: A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Content Regulation in the European Union*, Trier 2023, S. 119 (125 f.).

85 Davon als Selbstverständlichkeit ausgehend *Appelman et al.*, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, *VerfBlog*, 2021/9/01, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06/>.

finden.⁸⁶ Da Art. 14 Abs. 4 DSA die Frage der Vereinbarkeit von AGB mit höherrangigem einfachen Recht abschließend regelt, ist nach beiden Ansätzen der Rückgriff auf nationale Grundrechte ausgeschlossen.⁸⁷ Dies gilt nicht nur bei der Ausübung von Moderationsentscheidungen aufgrund der Plattform-AGB,⁸⁸ sondern gegenüber Verbrauchern jedenfalls aufgrund der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-Verträgen (§ 307 Abs. 1 BGB) und gegenüber Unternehmen aufgrund Art. 3 Abs. 1 lit. c P2B-VO⁸⁹ auch für die Aufstellung der Verhaltensregeln als solche.⁹⁰ Damit steht ein ausdrücklicher normativer Anknüpfungspunkt zur Verfügung, um die Grundrechte im Horizontalverhältnis zur Wirkung zu bringen,⁹¹ wobei die Norm aus normhierarchischen Gründen die Horizontalwirkung nicht anordnet, sondern sie voraussetzt.⁹² Diese neue Regelungstechnik ist bemerkenswert: Anstatt selbst eine Abwägung vorzunehmen, referiert die Gesetzgebung auf die EU-Grundrechte, um die Pflichten von Privatrechtsakteur*innen zu adressieren, anstatt diese Rechte selbst zu spezifizieren.⁹³

Eine offene Frage ist in diesem Zusammenhang, ob den Plattformen ein Entscheidungsspielraum bei der Definitionshoheit ihrer jeweiligen Verhaltensregeln zukommt.⁹⁴ Zudem verschiebt sich nunmehr die relevante Wertungsebene auf die Ebene der Unionsgrundrechte. Dort fehlt es jedoch – aufgrund der *case law*-Geprägtheit des EuGH – bis heute an einer gesicher-

86 Siehe dazu *T. Wischmeyer/P. Meißner*, Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte, NJW 2023, 2673 (2674).

87 *Wischmeyer/Meißner*, Horizontalwirkung (Fn. 86), 2674; *B. Raue*, in: F. Hofmann/ B. Raue (Hrsg.), NK-DSA, Baden-Baden 2023, Art. 14 Rn. 89.

88 Zu Plattform-AGB eingehend *D. Wielsch*, Die Ordnungen der Netzwerke, in: M. Eifert/T. Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, Baden-Baden 2018, S. 61 (64 – 71); *M. Hennemann*, Die Kuratierung virtueller Räume durch Verträge, in: B. Köhler/S. Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, Tübingen 2022, S. 15 (22 – 30); *T. Mast*, AGB-Recht als Regulierungsrecht, JZ 2023, 287.

89 Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz vom 22.06.2019.

90 So überzeugend *Janal*, Impacts (Fn. 84), S. 126.

91 *A. Röhling/J. Weil*, Die Grenzen privater Normsetzung durch soziale Netzwerke, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 148 (2023), S. 6 f.

92 So auch *Wischmeyer/Meißner*, Horizontalwirkung (Fn. 86), 2677.

93 *Mast/Ollig*, Lazy Legislature (Fn. 83), 463.

94 Siehe dazu *M. Deng*, Plattformregulierung durch europäische Werte, EuR 2021, 569 (593).

ten Dogmatik der Horizontalwirkung.⁹⁵ Dies kann natürlich als Nachteil gesehen werden, weil nicht auf die bereits zu den nationalen Grundrechten entwickelte Dogmatik zurückgegriffen werden kann. Aus der Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus kann dies aber auch als Vorteil gesehen werden: Die normative Verschiebung führt dazu, dass wir jenseits einer allgemeinen Horizontalwirkungsdogmatik über den konkreten Gehalt einzelner Grundrechte im Privatrecht nachdenken können. Der Beitrag möchte das offene, kreative Potenzial beispielhaft anhand der Löschung von künstlerischen Darstellungen von Nacktheit skizzieren. Auf das Problem eines – nicht ausdrücklich im DSA vorgesehenen – Anhörungserfordernisses kann der Text nicht mehr eingehen.⁹⁶

2. Löschung von Kunst mit Darstellungen von Nacktheit

a) Problemaufriss

Es stellt sich die Frage, ob in manchen Fällen der Löschung von Inhalten aufgrund der Verhaltensregeln einer Plattform neben einem sachlichen Grund auch ein materieller Maßstab berücksichtigt werden muss. Bislang dominiert in der Diskussion die Löschung von *hate speech* den juristischen Diskus. Dabei kann leicht vergessen werden, dass die Verhaltensregeln der Kommunikationsplattformen eine Vielzahl von Kommunikationsregeln enthalten, die sich nicht auf *hate speech* beziehen. Der Beitrag möchte daher die Aufmerksamkeit auf ein bislang kaum betrachtetes Problemfeld lenken: die Löschung künstlerischer Inhalte von Nacktheit.

Dabei enthalten die Verhaltensregeln der großen, in den USA ansässigen, Plattformen weitgehend übereinstimmende Regelungen zu Darstellungen von Nacktheit und ihrer Verwendung im künstlerischen Kontext: So stellen beispielsweise Facebook und Instagram (Meta) den Grundsatz auf, dass Darstellungen von Nacktheit im Grundsatz nicht gestattet sind. Lediglich ausnahmsweise – wenn z.B. die Darstellungen zu Bildungszwecken oder als Form von Protest verwendet werden – werden Darstellungen realer

95 Vgl. dazu *E. Frantziou*, The Horizontal Effect of the Charta of Fundamental Rights of the EU, *European Law Journal* 2015, 657; *A. Ciacchi*, The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review* 2019, 294.

96 Siehe dazu holzschnittartig einerseits *C. Unseld*, Effektiver Rechtsschutz jenseits von *effet utile*? – Art. 47 GRCh stärkt den Zugang zum Recht, *EuZW* 2024, 556 (559) und andererseits *Raue*, in: NK-DSA (Fn. 87), Art. 14 Rn. 87.

Kunstwerke mit nackten Figuren gestattet, wie z.B. Fotos von Gemälden oder Skulpturen.⁹⁷ Speziell in diesem Bereich setzen Plattformen auf die Erkennung durch KI-gestützte Systeme.⁹⁸ Weil beispielsweise Meta mehrere historische Nacktdarstellungen Wiener Museen auf seinen Plattformen löschte, schlossen sich diese zusammen und erstellten 2021 als Zeichen des Protests einen OnlyFans-Account.⁹⁹ Das Projekt Don't Delete Art (DDA) führt auf ihrer Internetseite eine ganze Galerie von gelöschten Inhalten mit näheren Informationen.¹⁰⁰ Der Facebook-Account der Filmwerkstatt Düsseldorf wurde wegen Filmstills gesperrt, auf denen nahezu gänzlich nackte indigene Personen zu sehen waren.¹⁰¹

b) Wertungsebene

Aus der differenzierungstheoretischen Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus bildet die Kunst ein eigenständiges soziales System mit dem Kommunikationscode der Ästhetik.¹⁰² Nacktheit war und ist ein wesentliches Ausdrucksmittel in der Kunst und findet sich sowohl in der klassischen Portraitalerei als auch im modernen Theater oder der Fotografie.¹⁰³ Durch digitale Kommunikationsplattformen hat sich auch die künstlerische Kommunikation verändert: Zum einen wird analog erzeugte Kunst auch im digitalen Raum beworben. So präsentieren Künstler*innen ihre Werke auf Instagram, TikTok oder Twitch. Zum anderen hat sich auch die Kunstschaftung selbst auf Plattformen verlagert. Plattformen und deren Code wird als künstlerische Arena bespielt.

Beide Aspekte werden durch die restriktiven Nacktheitsregeln eingeschränkt, da die vorgesehenen Ausnahmen in den Verhaltensregeln lediglich klassische Kunstformen – Gemälde und Skulpturen – erfassen. Doch selbst hier ist es in der Vergangenheit zu Löschungen gekommen, wie

97 Facebook-Gemeinschaftsstandards: Nacktheit und sexuelle Handlungen von Erwachsenen.

98 Dazu *Riccio et al.*, *Exposed or Erased: Algorithmic Censorship of Nudity in Art*, CHI'24.

99 <https://onlyfans.com/viennatouristboard>.

100 <https://www.dontdelete.art/gallery>.

101 LG Düsseldorf, Urt. v. 18.04.2024, 14d O 1/23.

102 *N. Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*, Frankfurt 1995.

103 Vgl. *K. Toepfer*, *Nudity and Textuality in Postmodern Performance*, *Performing Arts Journal* 1996, 76; *R. Leppert*, *The Nude*, New York 2007; *P. Meecham/J. Sheldon*, *Modern Art: A Critical Introduction*, 2. Aufl., London 2005, S. 109 ff.

der Fall der Wiener Museen zeigt.¹⁰⁴ „Moderne“ ästhetische Darstellungsformen wie die Fotografie oder Filme fallen von vornherein nicht unter die selbst gesetzte Ausnahme. Aus der Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus besteht hier die Gefahr, dass sich das Kunstsystem nicht mehr autonom selbst konstituieren kann. Um das klarzustellen: Alle sozialen Systeme sind den Einflüssen und (Anpassungs-)Zwängen anderer sozialer Systeme als ihre Umwelt ausgesetzt. Es kann daher nicht darum gehen, soziale Systeme – wie hier die Kunst – von allen externen Einflüssen abzuschirmen. Die hier eingenommene Perspektive ermöglicht es uns aber, auf einer normativen Ebene über die noch zulässigen Grenzen zu verhandeln. Konkret ist der Fremdeinfluss durch die Wertevorstellungen der Plattform stark ausgeprägt. Indiz dafür ist, dass sich Akteur*innen innerhalb des Kunstsystems gegen die „Zensur“ von künstlerischen Nacktdarstellungen einsetzen. Was als ästhetisch „zeigbar“ gilt, entscheiden immer weniger die eigentliche Akteur*innen im Kunstsystem, sondern die strukturellen Vorgaben der Plattformen.

c) Dogmatische Re-Konstruktion

Naheliegend ist ein dogmatischer Zugriff über eine Horizontalwirkung von Art. 13 S. 1 GRCh, der Kunstfreiheit. Dieses Grundrecht spielte jedoch bislang in der Rechtsprechung des EuGH in Privatrechtsfällen – vom Urheberrecht abgesehen¹⁰⁵ – keine große Bedeutung. Auch in der Literatur finden sich bislang nur allgemeine Ausführungen zur Kunstfreiheit, meistens im Kontext der Meinungsfreiheit.¹⁰⁶ Dies zeigt das enorme dogmatische Konstruktionspotential, den Gewährleistungsgehalt der Kunstfreiheit zu schärfen. Die Maßstäbe des gesellschaftlichen Konstitutionalismus können dabei die Dogmatik anleiten.

104 Vgl. auch zur Ungenauigkeit dieser Facebook-Verhaltensregel *M. Fasel/S. Weerts*, Can Facebook's community standards keep up with legal certainty? Content Moderation governance under the pressure of the Digital Services Act, *Policy & Internet* 2024, 1 (8).

105 EuGH, Urt. v. 29.07.2019, C-476/17 – *Metall-auf-Metall*, Rn. 34, 72.

106 *Frosio/Geiger*, *Fundamental Rights* (Fn. 82), 50 – 53.

Jenseits von Unternehmen und Verbraucher:innen – Die nutzer:innenzentrierte Perspektive des europäischen Digitalwirtschaftsrechts

Arne Radeisen*

I. Einleitung

Innovation spielt eine zentrale Rolle in der Digitalökonomie. Innovation zu fördern war auch Ziel des europäischen Gesetzgebers, als er den Digital Markets Act (DMA), den Digital Services Act (DSA) und den Data Act (DA) geschaffen hat.

Die klassische ökonomische Theorie beschreibt Innovation als markt-basierten Prozess.¹ Unternehmen identifizieren profitable Marktlücken, investieren in die Entwicklung neuer Produkte und bieten diese auf dem Markt an. Seit den 1970er Jahren wird dieses Modell durch eine nutzer:innenbasierte Perspektive ergänzt.² Nutzer:innen entwickeln Produkte und Dienste oft selbst, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, anstatt auf Angebote von Unternehmen zu warten. Die digitale Umgebung ist eine fruchtbare Umgebung für nutzer:innenbasierte Innovation, da Kosten für Entwicklung, Kommunikation und Verbreitung gering sind.

Das Recht kann Zugang zu Ressourcen wie Informationen und Daten ermöglichen oder erschweren. Insbesondere steuert die Regulierung der Digitalökonomie, wem und wie Zugang verschafft wird. In Märkten benötigen nur gewerbliche Unternehmen Ressourcenzugang und Verbraucher:innen brauchen lediglich Informationen und Wahlfreiheit über angebotene

* Der Autor ist Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale)) an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Autor dankt Katharina de la Durantaye für wertvolle Gespräche sowie dem gesamten Lehrstuhlteam, insbesondere Paul Suilmann, für hilfreiche Anregungen.

- 1 Vgl. *J. Schumpeter*, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung. Eine Untersuchung über Unternehmergewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus*, Berlin 1934; siehe auch *E. von Hippel*, *Free Innovation*, Cambridge, Mass. 2017, S. 6 ff. m.w.N.
- 2 *E. von Hippel*, *The Dominant Role of Users in the Scientific Instrument Innovation Process*, *Research Policy* 1976, 212; *E. von Hippel*, *The sources of innovation*, New York 1988.

Produkte und Dienste. Entsprechend hat das europäische Verbraucherrecht klassischerweise keine unmittelbar innovationsfördernde Funktion.

Nutzer:innen hingegen benötigen für innovative Produktion Zugang zu Einsatzgütern und Diffusionsmechanismen. Die europäische Regulierung der Digitalökonomie verfolgt einen breiten Ansatz. Sie schützt Nutzer:innen mit Instrumenten, die traditionell dem Verbraucherrecht zugeordnet werden, unterscheidet aber oft nicht danach, ob die Nutzung gewerblich erfolgt.

Der Beitrag untersucht, inwiefern das Unionsrecht nutzer:innenseitige Innovationen in der Digitalökonomie fördert. Hierfür werden zunächst wirtschaftswissenschaftliche Grundlagen zu Innovationsprozessen und infrastrukturellen Gütern dargestellt (II.). Anschließend wird die Rolle vom Recht bei Innovationsprozessen erörtert und gezeigt, dass das Vertragsrecht Innovation hemmen oder ermöglichen kann (III.). Mit Blick auf die untersuchten Instrumente werden dann die Rechtsbegriffe „Verbraucher:in“ und „Nutzer:in“ unionsrechtlich kontextualisiert (IV.). Schließlich werden Zugangsregeln und Schutzmechanismen untersucht, denen eine innovationsfördernde Funktion innewohnt, sowohl im Hinblick auf Daten (V.), als auch auf Plattformen (VI.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (VII.).

II. Innovationsmodelle und Wertschöpfung in der Digitalökonomie

Innovationen zu fördern ist erklärtes Ziel des europäischen Gesetzgebers bei der Regulierung der Digitalökonomie. Der DA soll laut ErwGr. 32 „die Entwicklung neuer, innovativer vernetzter Produkte oder verbundener Dienste [...] fördern“ und dient dazu, „die Entwicklung völlig neuartiger Dienste unter Nutzung der betreffenden Daten anzuregen“. Laut ErwGr. 103 sollen auch „wissenschaftliche Forschung oder zivilgesellschaftliche Initiativen“ gefördert werden. Auch der DSA dient laut ErwGr. 4, ErwGr. 9 und Art.1 Abs.1 DSA der Förderung von Innovation. Dass Innovation Schutz- und Förderungsgegenstand des DMAs ist, ergibt sich insbesondere aus ErwGr. 4, 17 und 32. Nach ErwGr. 33 ist die angemessene Wertabschöpfung für innovative Tätigkeiten auch eine Frage der Fairness.

Innovation ist also Ziel wirtschaftlicher Regulierung; was Innovation bedeutet, lässt sich mit Blick auf ökonomische Maßstäbe konkretisieren. Das Oslo-Handbuch der OECD definiert Innovation in seiner aktuellen Ausgabe als „ein neues oder verbessertes Produkt bzw. ein neuer oder

verbesserter Prozess (oder eine Kombination der beiden), das bzw. der sich von den bisherigen Produkten bzw. Prozessen der Einheit merklich unterscheidet und für potenzielle Nutzer verfügbar gemacht wurde (Produkt) bzw. in der Einheit eingeführt wurde (Prozess).³ Diese Definition umfasst ausdrücklich alle Sektoren und auch Haushalte.⁴ Außerdem sieht die Definition, im Gegensatz zur vorigen Version des Oslo-Handbuchs,⁵ keine Markteinführung als notwendige Implementierung vor. Die neuere Definition lässt auch andere Diffusionsmechanismen neben Märkten zu, etwa kollaborative Projekte oder *Commons*-Strukturen.⁶

1. Von Schumpeters Marktmodell zu nutzer:innenbasierter Innovation

Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts entwickelte *Schumpeter* seine Theorie zu Innovationsprozessen; sie prägt damit bis heute das Verständnis davon, wie neue Produkte und Dienste entwickelt werden.⁷ *Schumpeters* Kernaussage ist, dass neue Produkte auf einem Markt angeboten werden, um Profite zu erzielen.⁸ Nach diesem Modell treibt nicht primär die eigene oder fremde Bedürfniserfüllung Innovation. Neuartiges wird nicht entwickelt, um es selbst zu nutzen, sondern weil es verkauft werden kann. Kommerzielle Hersteller:innen identifizieren potenziell profitable Marktbedürfnisse, um anschließend in die Entwicklung neuer Produkte und Dienste zu investieren, welche sie dann wiederum marktseitig anbieten können.⁹ Indem kommerzielle Hersteller:innen die Entwicklungskosten an alle Abnehmer:innen verteilen können, sind sie in der Lage, große Summen in die Produktentwicklung zu investieren – Entwicklungskosten, die einzelne Nutzer:innen nicht tragen könnten.

3 OECD/Eurostat, Oslo-Handbuch 2018: Leitlinien für die Erhebung, Darstellung und Nutzung von Innovationsdaten, 4. Ausgabe, Paris 2024, S. 33.

4 Vgl. OECD/Eurostat, Oslo-Handbuch 2018 (Fn. 3), S. 33.

5 Vgl. OECD/Eurostat, Oslo Manual Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd Ed., Paris 2005, S. 47.

6 Vgl. von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 146; F. Gault, User innovation and the market, Science and Public Policy 2012, 118.

7 Vgl. J. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Fn. 1); siehe auch von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 6 ff. m.w.N.

8 Vgl. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Fn. 1), S. 99 ff.

9 Vgl. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Fn. 1), S. 99 ff.; siehe auch von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 6 f.

Seit den 1970er Jahren gerät dieses Fundament marktwirtschaftlicher Überlegungen ins Wanken. Der amerikanische Ökonom *von Hippel* vermutete, dass das Modell *Schumpeters* nur ein unvollständiges Bild von Innovationsprozessen zeichnet. Seine These: Nutzer:innen von Produkten und Diensten, sowohl in Unternehmen als auch in öffentlichen Einrichtungen und privaten Haushalten haben oft unmittelbare, eigene Bedürfnisse, die sie erfüllen wollen; sie treiben deshalb selbst neue Entwicklungen voran, um ihre Innovation selbst zu nutzen.¹⁰ Die Entwicklungskosten werden durch die mit der Nutzbarkeit des neuen Produkts verbundenen Vorteile kompensiert. Transaktionen, welche die Entwicklungskosten ausgleichen und Gewinne erzielen, werden nicht beabsichtigt. Im Gegensatz zu kommerziellen Hersteller:innen haben Nutzer:innen kontextspezifische Kenntnis von den Problemen, die zu lösen sind; sie sind nicht auf marktseitige Nachfrage angewiesen, um den eigenen Bedarf zu identifizieren.¹¹ Zunächst im Wissenschaftssektor wies *von Hippel* durch eine empirische Studie nach, dass der überwiegende Teil der von ihm untersuchten Instrumente entwickelt wurden, weil Wissenschaftler:innen diese selbst nutzen wollten.¹² In den nachfolgenden Jahren konnten *von Hippel* und andere Forscher:innen ihr Modell nutzer:innenbasierter Innovation weiter ausformulieren und theoretisch sowie empirisch unterfüttern und auf andere Sektoren übertragen.¹³

Kennzeichnend für nutzer:innenbasierte Innovation ist, dass die Entwicklung selbstbelohnend ist.¹⁴ Nutzer:innen handeln um ihre Entwicklung selbst nutzen zu können,¹⁵ aus Freude an der Entwicklung selbst, für den Lernprozess und eigene Fähigkeiten zu verbessern oder sie handeln altruis-

10 *von Hippel*, Scientific Instrument Innovation (Fn. 2); *von Hippel*, sources of innovation (Fn. 2).

11 *E. von Hippel*, "Sticky Information" and the Locus of Problem Solving: Implications for Innovation, *Management Science* 1994, 429.

12 Siehe *von Hippel*, Scientific Instrument Innovation (Fn. 2), welcher früh nachweisen konnte, dass etwa 80% der untersuchten Prototypen von Wissenschaftler:innen selbst und nicht von kommerziellen Herstellern entworfen und hergestellt wurden.

13 Vgl. m.w.N. *D. Harhoff/K. Lakhani*, 1: Revolutionizing Innovation: Fundamentals and New Perspectives, in: *Harhoff/Lakhani* (Hrsg.), *Revolutionizing Innovation: Users, Communities, and Open Innovation*, Cambridge, Mass. 2016, 1.

14 Vgl. *E. von Hippel*, *Democratizing Innovation*, Cambridge, Mass. 2005, S. 60 f.; *von Hippel*, *Free Innovation* (Fn. 1), S. 27 ff.

15 *R. Stock/P. Oliveira/E. von Hippel*, Impacts of Hedonic and Utilitarian User Motives on the Innovativeness of User-Developed Solutions, *Journal of Product Innovation Management* 2015, 389.

tisch, um anderen zu helfen.¹⁶ Da die Entwicklung selbst hinreichende Anreize schafft, teilen viele Nutzer:innen ihre Entwicklungen ohne Entgelt.¹⁷ Der gesellschaftliche Wohlfahrtsgewinn durch solche freien Innovator:innen ist deshalb immens.

Innovationen durch Nutzer:innen finden insbesondere auch im Haushaltssektor statt. Mehrere Studien konnten in den letzten Jahren nachweisen, dass privat handelnde Personen in ihrer Freizeit in erheblichem Umfang innovativ tätig sind.¹⁸ Diese Personen sind häufig freie Innovator:innen, also solche, die ohne entgeltliche Kompensation tätig werden und ihre Entwicklungen auch kompensationsfrei weitergeben.¹⁹ Diese Nutzer:innen unterscheiden sich von Verbraucher:innen. Verbraucher:innen handeln in Transaktionen. Kollaborative Innovationsprojekte und *Commons* hingegen sind transaktionsfrei. Der eigene Beitrag wird nicht synallagmatisch verknüpft mit einer Gegenleistung.

Von Hippels Theorie der „*user innovation*“ stellt das Innovationspotenzial von Produktentwicklungen durch Unternehmen nicht grundsätzlich in Frage – sie ergänzt nur das *Schumpetersche* Modell. Von freien Innovator:innen profitiert auch unternehmerische Innovation. Innovative Designs werden in der kommerziellen Entwicklungsphase übernommen und angepasst; die Produktion von marktfähigen Gütern standardisiert die Produktionsabläufe und bietet einheitliche Vertriebswege an.²⁰

Potenzielle Hemmnisse nutzer:innenbasierter Innovation sind zum einen die Herstellungskosten und zum anderen die Kosten der Kommunikation unter den Nutzer:innen.²¹ Je billiger das Experimentieren ist, desto mehr Nutzer:innen partizipieren im Innovationsprozess. Je billiger die ein-

16 Vgl. *Stock/Oliveira/von Hippel*, Hedonic and Utilitarian User Motives (Fn. 15); *E. von Hippel/J. De Jong/S. Flowers*, Comparing Business and Household Sector Innovation in Consumer Products: Findings from a Representative Study in the United Kingdom, *Management Science* 2012, 1669; *von Hippel*, Democratizing Innovation (Fn. 14), S. 60 f.; *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 27 ff. m.w.N.

17 Vgl. *von Hippel/de Jong/Flowers*, UK Consumer Products (Fn. 16), S. 1677; *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 34.

18 Vgl. *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 19 ff.

19 Vgl. *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 1 ff.

20 Vgl. *C. Hienerth*, The commercialization of user innovations: the development of the rodeo kayak industry, *R&D Management* 2006, 273.

21 Vgl. *Y. Benkler*, When von Hippel Innovation Met the Networked Environment: Recognizing Decentralized Innovation, in: Harhoff/Lakhani (Hrsg.), *Revolutionizing Innovation* (Fn. 13), S. 195 (200 f.).

zelen Nutzer:innen miteinander kommunizieren können, desto einfacher können sie kollaborieren und neuartige Entwicklungen austauschen.

In einer digitalen, vernetzten Gesellschaft können diese Hindernisse leichter überwunden werden als in der analogen. In der Digitalwirtschaft ist freie Innovation deshalb besonders präsent. Das liegt zunächst an geringen Entwicklungskosten für digitale Produkte und Dienste; über die entscheidenden Kapitalgüter wie Computer, die benötigt werden, verfügen die Nutzer:innen oft ohnehin.²² Weitere benötigte Ressourcen wie Software und Daten sind grundsätzlich nicht rival, die Nutzung durch eine Person schließt die Nutzung durch eine andere Person nicht aus.²³

Außerdem kann leicht miteinander kommuniziert werden. Nutzer:innen können sich über Online-Plattformen miteinander vernetzen, Lösungsansätze teilen und ihre neuartigen Entwicklungen verbreiten. Plattformen, wie etwa soziale Medien, sind deshalb häufig Startpunkt nutzer:innenbasierter Innovation.²⁴ Statt einzelner, isolierter Nutzer:innen handeln in einer vernetzten Gesellschaft Communities. Solche Communities können aus einem gewerblichen, nicht-gewerblichen oder gemischten Teilnehmer:innenkreis bestehen.²⁵

Diese Produktionstätigkeit beschränkt sich nicht auf innovative Produkte und Dienste. Nutzer:innen produzieren auch digitale Inhalte, die nicht notwendigerweise neu sind, aber gesellschaftlichen Wert haben, und machen diese frei verfügbar.²⁶ „User generated content“²⁷ liegen vergleichbare Mechanismen wie nutzerbasierter Innovation zugrunde: Die Entwicklung ist selbstbelohnend und Entwicklungs- und Diffusionskosten sind in der digitalen Umgebung gering.²⁸

22 Vgl. Benkler, Decentralized Innovation (Fn. 21), S. 196.

23 Vgl. Benkler, Decentralized Innovation (Fn. 21), S. 200.

24 Vgl. F. Gault, User Innovation in the Digital Economy, Foresight and STI Governance 2019, 6 (9).

25 Vgl. J. Potts/A. Torrance/D. Harhoff/E. von Hippel, Profiting from Data Commons: Theory, Evidence, and Strategy Implications, Strategy Science 2024, 1.

26 Siehe nur von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 151 ff.

27 Eine OECD-Studie definiert „user generated content“ als „i) content made publicly available over the Internet, ii) which reflects a ‘certain amount of creative effort’, and iii) which is ‘created outside of professional routines and practices’“, vgl. S. Wunsch-Vincent/G. Vickery, Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking, Paris 2007, S. 4.

28 Vgl. von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 151 ff.

2. Infrastrukturelle Güter

Innovation und Produktion in der Digitalökonomie kann nur treffend beschreiben, wer einen Blick auf die entscheidenden Ressourcen wirft, welche zur Herstellung (neuartiger) Produkte, Dienste und Prozesse benötigt werden. Innovation entsteht nicht im luftleeren Raum, sondern bedarf Einsatzgüter. Einsatzgüter der digitalen Welt haben besondere wirtschaftliche Eigenschaften. Hiernach richtet sich, wie diese verteilt werden sollten.

Viele digitale Güter lassen sich als Infrastrukturen im Sinne von *Frischmann* beschreiben. Infrastruktur in diesem Sinne ist eine abstrakte ökonomische Kategorie von Gütern. Es handelt sich nicht nur um physische Ressourcen in großem Maßstab für die allgemeine Verwendung, wie etwa Straßen. Abstrakt betrachtet sind Infrastrukturen „*shared means to many ends*“²⁹.

Infrastrukturelle Güter haben demnach drei Eigenschaften:³⁰ Erstens sind sie nicht rival; der Konsum durch eine Person schließt die Nutzung durch eine andere Person nicht aus. Zweitens dienen die Ressourcen nicht dem unmittelbaren Konsum, sondern sind Einsatzgut für die Produktion anderer Güter oder Dienste. Drittens sind diese anderen Güter oder Dienste, die mittels Infrastrukturen produziert werden, äußerst vielgestaltig. Infrastrukturen sind also nicht nur eine notwendige Vorstufe für die Produktion eines bestimmten Gutes, sondern können der Produktion vieler verschiedener privater oder öffentlicher Güter dienen.

Kern der normativen Folgerung *Frischmanns* ist, dass Infrastrukturen als *Commons* behandelt werden sollten; zu Infrastrukturen sollte möglichst diskriminierungsloser Zugang gewährt werden.³¹ Diskriminierungsloser Zugang heißt, dass nicht nach Art der Nutzung oder Nutzer:in unterschieden werden sollte, denn es kann nicht antizipiert werden, welche Nutzung oder Nutzer:in den höchsten gesellschaftlichen Wert generiert. Insbesondere gilt dies bei gemischten oder öffentlichen Infrastrukturen, also solchen Infrastrukturen, die nicht allein der Generierung von exklusiven und rivalen Gütern als Output dienen. Nicht rivale Einsatzgüter mit vielgestaltigen Outputmöglichkeiten generieren demzufolge dann den höchsten Wert,

29 B. *Frischmann*, *Infrastructure: the social value of shared resources*, New York 2012, S. 4.

30 Vgl. *Frischmann*, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 61.

31 Vgl. *Frischmann*, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 91 ff.; B. *Frischmann*, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, *Minnesota Law Review* 2005, 917.

wenn nicht ausschließlich die Personen, die das jeweilige Gut am meisten schätzen, Zugang erhalten, sondern alle, die die Einsatzressource nutzen und damit Wert generieren. Ein Markt führt nicht zur optimalen Verteilung des Guts, denn selbst wenn das Nachfragesignal akkurat den Wert für die Konsument:in abbildet, ist das nur der Wert, der jeweils vereinnahmt werden kann, ohne dass sich hieraus positive Externalitäten ableiten lassen. Zugangsregeln sollten deshalb die Zugangsgewährung nicht davon abhängig machen, ob eine kommerzielle Nutzung beabsichtigt ist oder nicht.³²

In der Digitalwirtschaft existieren viele Ressourcen mit infrastrukturellem Charakter. Im Folgenden werden zwei Kategorien betrachtet, deren besonderes wirtschaftliches Potential auch die Europäischen Kommission betont: Plattformen und Daten.

a) Plattformen

Auf Plattformen treten Nutzer:innen direkt miteinander in Kontakt. Das Angebot des Plattformdienstes besteht darin, die Interaktion der Nutzer:innen zu optimieren; diese Interaktionen können kompetitiv oder kooperativ sein.³³

Online-Plattformen haben oft infrastrukturellen Charakter.³⁴ Soziale Medien wie Facebook oder Instagram verlieren ihren Nutzen, wenn niemand Inhalte auf die Plattform stellt. Die Plattform fungiert als Intermediär.

Eine Plattform kann als Dienst sowohl öffentliche als auch private Infrastruktur sein. Die geteilten Inhalte können vielerlei Gestalt haben. Die Nutzung von Plattformen ist nicht auf den Vertrieb von Waren gegen ein Entgelt beschränkt. Die Regelungsmacht von Plattformen betrifft damit nicht nur Geschäftspartner:innen und Mitbewerber:innen in ihrer Gestaltungsautonomie, sondern auch Endnutzer:innen. Plattformen im Sinne des DSA sind damit für Nutzer:innen typischerweise gemischte Infrastrukturen. Sie dienen als Einsatzressource der Herstellung sowohl öffentlicher und privater Güter.

32 Vgl. *Frischmann*, Infrastructure (Fn. 29), S. 72 ff.

33 Siehe nur *J. van Dijck/D. Nieborg/T. Poell*, Reframing platform power, *Internet Policy Review* 2019, 1.

34 So auch *van Dijck/Nieborg/Poell*, Platform power (Fn. 33), 9.

b) Daten

Auch Daten können infrastrukturellen Charakter haben.³⁵ In ihrer Mitteilung über eine europäische Datenstrategie betont auch die Kommission die fehlende Rivalität von Daten.³⁶ Darüber hinaus erkennt sie, dass Daten nur Einsatzgüter sind und nicht unmittelbar verbraucht werden: „[D]er eigentliche Wert von Daten liegt in ihrer Nutzung und Weiterverwendung“.³⁷ In dieser Nutzung und Weiterverwendung liegt vielfältiges Innovationspotenzial, beispielhaft werden „personalisierte Medizin, eine neue Mobilität“ und der „Beitrag zum europäischen Grünen Deal“ genannt.³⁸

Auch der normativen Folgerung *Frischmanns* folgt die Kommission implizit, wenn sie (unter Berücksichtigung von möglichen datenschutzrechtlichen Bedenken) fordert, dass nicht-personenbezogene Daten „allen zugänglich sein [sollten] – ob öffentlich oder privat, ob groß oder klein, ob Start-up oder Gigant“.³⁹ Solche Bestrebungen, Daten offen als *Commons* zu teilen, bringen erhebliche Innovationsmöglichkeiten für Unternehmen und individuelle Nutzer:innen.⁴⁰

III. Recht als Ermöglichungsstruktur für Produktion und Innovation

Das Recht kann Innovation fördern. Dies kann auf unterschiedliche Weisen geschehen. Das Urheberrecht etwa macht kreative Leistungen zu marktfähigen Gütern. Dadurch schafft es Anreize für die Entwicklung weiterer Güter.⁴¹ Wenn die Entwicklung von Gütern selbstbelohnend ist, es also keiner externen Incentivierung bedarf, bedarf es derartiger Anreize nicht. Dann ist möglichst große Nutzer:innenfreiheit innovationsfördernd. Nutzer:innen sind dann frei, wenn sie effektiv viele Möglichkeiten haben, Res-

35 Vgl. *OECD*, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being, Paris 2015, S. 177 ff.

36 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Eine europäische Datenstrategie, COM/2020/66, S. 5.

37 *Europäische Kommission*, Datenstrategie (Fn. 36), S. 7.

38 *Europäische Kommission*, Datenstrategie (Fn. 36), S. 1.

39 *Europäische Kommission*, Datenstrategie (Fn. 36), S. 1.

40 Vgl. *Potts/Torrance/Harhoff/von Hippel*, Data Commons (Fn. 25).

41 M.w.N. S. *Grundmann/F. Möslein*, Vertragsrecht und Innovation – Gedanken zur Gesamtarchitektur, in: S. *Grundmann/F. Möslein* (Hrsg.), Innovation und Vertragsrecht, Tübingen 2020, S. 3 (21 ff.).

sources für beliebige Zwecke einzusetzen und ihre Produkte anschließend frei zu verteilen, ohne dabei andere Nutzer:innen einzuschränken.⁴² Entscheidend sind also Ressourcenzugang und Erhaltung von Autonomie. Der Wirkungszusammenhang zwischen Innovation und dessen Förderung und Ermöglichung durch das (Privat-)Recht ist dabei nicht beschränkt auf das Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.⁴³ Auch das Vertragsrecht spielt bei der Entwicklung neuen Wissens eine wesentliche Rolle, denn es bildet den Rahmen für die Transaktionen, die Ressourcen zugänglich machen und neue Entwicklungen verteilen.⁴⁴

IV. Nutzer:innen statt Verbraucher:innen

Nach Art. 2 lit. b) Klausel-RL⁴⁵ sind Verbraucher:innen Personen, die nicht gewerblich oder beruflich tätig sind.

Das Bild der unionsrechtlichen Verbraucher:in ist davon bestimmt, dass sie die schwache Vertragspartei und typischerweise strukturell benachteiligt ist.⁴⁶ Ihre Schwäche resultiert nach Konzeption des EuGH aus Informationsdefiziten⁴⁷ oder ungleichen Verhandlungspositionen.⁴⁸

Das Begriffsverständnis der Klausel-RL legen auch Art. 3 lit. c) DSA und Art. 2 Nr. 23 DA zugrunde. Anders als der DMA verwenden sie den Begriff der Verbraucher:in. DA, DMA und DSA knüpfen aber primär an den Status als Nutzer:in an; dieser Rechtsbegriff ist ein zentraler Ausgangspunkt für Schutzinstrumente der jeweiligen Rechtsakte.⁴⁹

42 Vgl. *Benkler*, Decentralized Innovation (Fn. 21), S. 201 f.

43 Vgl. *Grundmann/Möslein*, Vertragsrecht und Innovation (Fn. 41), S. 26 ff.

44 Vgl. *S. Grundmann/F. Möslein*, Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation, *ZfPW* 2015, 435 (438 ff.); *Grundmann/Möslein*, Vertragsrecht und Innovation (Fn. 41), S. 34 ff.; *T. Riehm*, Vertragsrecht als Infrastruktur von Innovation in: *Grundmann/Möslein* (Hrsg.) *Innovation und Vertragsrecht* (Fn. 41), S. 143 ff.

45 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95, S. 29–34.

46 Vgl. *E. Hondius*, The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis, *Journal of Consumer Policy* 2004, 245; *Meli*, Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party, *European Review of Contract Law* 2006, 159.

47 EuGH, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, Rn. 59 - Karel de Grote.

48 EuGH, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, Rn. 27 - Costea.

49 Auch der Data Governance Act kennt den Begriff der (Daten-)nutzer:in. Datennutzer:in ist gemäß Art. 2 Nr. 9 DGA eine natürliche oder juristische Person, die rechtmäßig Zugang zu bestimmten personenbezogenen oder nicht personenbezogenen

1. DA

Nutzer:in im Sinne des DAs ist nach Art. 12 Nr. 12 DA jede „natürliche oder juristische Person, die ein vernetztes Produkt besitzt oder der vertraglich zeitweilige Rechte für die Nutzung des vernetzten Produkts übertragen wurden oder die verbundenen Dienste in Anspruch nimmt“. Aus der rechtmäßigen Nutzung des Produkts oder des verbundenen Dienstes leitet der europäische Gesetzgeber die rechtmäßige Nutzbarkeit der erzeugten Daten ab.⁵⁰ Die weite Definition von Nutzer:innen umfasst sowohl gewerbliche als auch private Personen. Außerdem kann es mehrere Nutzer:innen desselben Produkts oder Dienstes geben.⁵¹ Laut ErwGr. 18 DA sollen alle rechtmäßigen Nutzer:innen des Produkts aus zwei Gründen Datenzugang haben: Erstens, weil sie an der Erzeugung der Daten mitgewirkt haben („*co-generation*“). Dieser Begründung liegt eine Gerechtigkeitserwägung zugrunde; es sollen alle, die das wirtschaftlich wertvolle Gut hergestellt haben, von diesem auch profitieren dürfen. Zweitens nennt ErwGr. 18 einen funktionalen Grund: Verschiedene Nutzer:innen können unterschiedliche Interessen an verschiedenen Formen der Nutzung haben. Hier tritt der infrastrukturelle Charakter von Daten zutage: Aufgrund fehlender Rivalität und weil die positiven Externalitäten der jeweiligen Nutzung nicht vorherbestimmt werden kann, soll ein möglichst breiter Kreis an Nutzer:innen mit Zugangsrechten ausgestattet werden.

2. DMA

Der DMA differenziert zwischen Endnutzer:innen und gewerblichen Nutzer:innen; eine übergeordnete Definition der Nutzer:in liefert er nicht.

Daten hat und diese für kommerzielle oder nicht kommerzielle Zwecke nutzen darf. Zugang i.S.d. DGA ist nach Art. 2 Nr. 13 die Datennutzung im Einklang mit bestimmten technischen, rechtlichen oder organisatorischen Anforderungen; die Daten müssen nicht heruntergeladen oder übertragen werden.

Zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung differenziert der DGA ausdrücklich nicht. Der DGA erkennt damit an, dass juristische wie natürliche Personen als rechtmäßige Datennutzer in ähnlicher Position sind, unabhängig von deren (nicht-)kommerziellen Motivation.

50 Vgl. *L. Antoine*, Datenzugangsrechte im finalen DA – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? – Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, CR 2024, 1, 3 f.

51 Siehe auch ErwGr. 18 und 21 DA.

Endnutzer:in ist nach Art. 2 Nr. 20 DMA „eine natürliche oder juristische Person, die zentrale Plattformdienste nutzt und nicht als gewerblicher Nutzer auftritt“. Gewerbliche Nutzer:in ist demgegenüber „eine natürliche oder juristische Person, die im Rahmen einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit zentrale Plattformdienste zum Zweck oder im Zuge der Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen für Endnutzer nutzt“. Der gewerbliche Charakter besteht damit im Verhältnis zu anderen Nutzer:innen. Gemeinsam haben End- und gewerbliche Nutzer:innen, dass sie den Plattformdienst in Anspruch nehmen.

Auf den ersten Blick erinnert diese Binnenunterscheidung an die bewährte Dichotomie von Unternehmer:innen und Verbraucher:innen. Allerdings trägt dieser Eindruck: Die Abgrenzung betrifft allein das Verhältnis der Nutzer:innen untereinander. Der DMA bildet ein dreiseitiges Verhältnis ab, Plattformdienste vermitteln gewerblichen Nutzer:innen den Zugang zu Endnutzer:innen.⁵² In diesem Dreiecksverhältnis ist die gewerbliche Nutzer:in gegenüber Torwächtern strukturell benachteiligt – ähnlich wie Verbraucher:innen gegenüber Unternehmen.⁵³ Die gewerbliche Nutzer:in wird, genauso wie die Endnutzer:in, durch den DMA geschützt. Dies ist untypisch, üblicherweise hat die Gewerblichkeit die Auferlegung von Pflichten zur Folge.⁵⁴

3. DSA

In der Plattformökonomie verwischen die Grenzen zwischen passiven Konsument:innen und aktiven Produzent:innen. Auch rein privat handelnde Nutzer:innen verteilen über Plattformen Produkte, etwa selbst erstellten Content. Das bildet der DSA ab: Art. 3 lit. b) DSA definiert die Nutzer:in als „jede natürliche oder juristische Person, die einen Vermittlungsdienst in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen“. Nutzer:innen, die Content auf Plattformen verbreiten, stellen damit Informationen im Sinne der Vorschrift zur Verfügung. Entsprechend erfasst die Definition nach Art. 3 lit. b) DSA sowohl aktive als auch passive Nutzer:innen. Erfasst werden sowohl kommerzielle als

52 P. Bongartz/A. Kirk in: R. Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act Gesetz über digitale Märkte, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 2 Rn. 104.

53 Vgl. ErwGr. 2, 4, 7, 13, 33 DMA.

54 Vgl. Bongartz/Kirk (Fn. 52), Art. 2 Rn. 104.

auch nicht-kommerzielle Nutzer:innen, unabhängig davon, ob sie natürliche und juristische Personen sind.⁵⁵

4. Essentielle Charakteristika von Nutzer:innen

Nutzer:innen als rechtliche Kategorie ähneln Verbraucher:innen insofern, als sie sich in einer ungleichen Verhandlungsposition befinden, die regulatorisch auszugleichen ist. Die Rolle von Verbraucher:innen im Unionsrecht ist allerdings eine fundamental andere als die von Nutzer:innen, denn der Informationszugang, den das Verbraucherrecht vermitteln soll, dient dazu, dass diese auf einem Markt Nachfragesignale entsprechend ihren Präferenzen senden. Während das nationale Vertragsrecht historisch die individuelle Person und deren Freiheit in den Mittelpunkt stellt, betrachtet das europäische Verbraucherrecht Verbraucher:innen als Vehikel zur Marktintegration.⁵⁶ Verbraucher:innen dienen damit der Funktionsfähigkeit von Märkten.⁵⁷ Entsprechend sind verbraucherrechtliche Instrumente ausgestaltet.

Nutzer:innenseitige Innovation hingegen findet nicht auf Märkten statt. Innovationen sind sowohl im gewerblichen als auch im nicht-gewerblichen Bereich zu beobachten und dienen nicht dazu, die neuartige Entwicklung marktseitig anzubieten. Nutzer:innenschutz ist damit nicht spezifischer Verbraucher:innenschutz; soweit Nutzer:innen untereinander Innovationen austauschen, findet das überwiegend in kollaborativen Strukturen statt.

Außerdem leitet der europäische Gesetzgeber aus der rechtmäßigen Inanspruchnahme von Produkten oder Diensten die Rechtmäßigkeit nachgelagerter Nutzungen ab, die es zu erhalten gilt. Der DA soll nicht nur die Nutzung eines Produkts gewährleisten, sondern auch die spätere Nutzbarkeit von Daten. Die Plattformregulierung soll nicht nur die Nutzung der Plattform, sondern auch die nachgelagerte Interaktion mit anderen Nutzer:innen gewährleisten. Ob diese nachgelagerten Nutzungen gewerblichen Charakter haben, ist durch die Gewerblichkeit der Nutzung des Produktes oder des Dienstes nicht vorherbestimmt.

55 Vgl. *F. Hofmann* in: *F. Hofmann/B. Raue*, Digital Services Act Gesetz über digitale Dienste, Baden-Baden 2023, Art. 3 Rn. 23.

56 Vgl. *M. Bartl*, Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political, *European Law Journal* 2015, 572 (581 ff. m.w.N).

57 Vgl. *M. Bartl*, Socio-Economic Imaginaries and European Private Law, in: *P. Kjaer* (Hrsg.), *The Law of Political Economy*, Cambridge 2020, S. 228 (240 ff.).

Die digitalökonomische Regulierung knüpft deshalb treffenderweise nicht an einer Unterscheidung an, die ihren Ursprung in der Funktionsweise von Märkten hat. Damit erübrigen sich auch Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Verbraucher:innen und Kleinunternehmen, etwa in Fällen von „*user entrepreneurship*“.⁵⁸

V. Datenrecht – Zugang zu Ressourcen

Eine wichtige Ressource für innovative Prozesse sind Daten. Sie können ohne hohe Kosten vervielfältigt werden und bieten sich dafür an, als geteiltes Gut verwaltet zu werden. Dem freien Teilen von Daten in kollaborativen Netzwerken können aber Ausschließlichkeitsrechte entgegenstehen.

Das europäische Datenrecht kennt kein Dateneigentum.⁵⁹ Technische Gestaltungen schaffen bereits Ausschlussmöglichkeiten, diese mussten daher nicht normativ abgesichert werden.

Auf rechtlicher Ebene können an Daten zwar immaterialgüterrechtlicher Schutz, Datenschutzrechte oder Geschäftsgeheimnisschutz bestehen.⁶⁰ Indes üben Dateninhaber:innen primär nicht rechtliche, sondern faktische Kontrolle durch technische Gestaltung aus. Die faktische Kontrolle hat der Gesetzgeber als tauglichen Vertragsgegenstand anerkannt. Mit dem Vertrag wird der *de facto* Zugang rechtlich verfestigt.⁶¹ Auf dieser norma-

58 Zu den Schwierigkeiten, ab wann die Schwelle zur Gewerblichkeit überschritten wird, siehe V. Mak, How Can Consumer Interests be Protected When Consumer Identities are Increasingly Diffuse?, in: H. Micklitz/C. Twigg-Flesner (Hrsg.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford 2023, S. 43 (51 ff.).

59 Ein absolutes Recht an digitalen Darstellungen von Handlungen, Tatsachen oder Informationen wurde in den letzten Jahren diskutiert, letztlich aber von Wissenschaft und Unionsgesetzgeber abgelehnt; vgl. M. Grünberger, Data access rules: The role of contractual unfairness control of (consumer) contracts, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz/Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Baden-Baden 2021, S. 253 (255 f.) m.w.N.

60 Vgl. J. Drexler/R. Hilty/L. Desautettes/F. Greiner/D. Kim/H. Richter/G. Surblytė/K. Wiedemann, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, GRUR Int. 2016, 914.

61 Vgl. F. Mezzanotte, Access to Data: The Role of Consent and the Licensing Scheme, in: S. Lohse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden 2017, 159.

tiven Ebene setzt der europäische Gesetzgeber an, um Zugangsregeln⁶² zu gestalten. Da die Ausschlussmöglichkeit vertraglich abgesichert wird, ist es genuine Aufgabe des Vertragsrechts, den faktischen Ausschluss anderer von der Nutzung von Daten zu regulieren.⁶³ Dabei beschränkt sich die vertragsrechtliche Regulierung nicht auf den bilateralen Interessenausgleich, sondern berücksichtigt auch den Rahmen, in dessen Kontext der individuelle Vertrag bestimmte Funktionen erfüllt.⁶⁴ Insofern steuert das (Daten-)Vertragsrecht Innovationsmöglichkeiten.⁶⁵ Es bestimmt Reichweite von Ausschluss- und gegenläufigen Zugangsmöglichkeiten. Funktional nimmt damit das europäische Datenrecht eine ähnliche Rolle wie das Immaterialgüterrecht ein.⁶⁶

1. Datenzugangsregeln des DA

Der DA regelt den Zugang zu Produktdaten und Daten verbundener Dienste.⁶⁷ Er ist ausdrücklich kein Verbraucherrecht, sondern ergänzt dieses laut Art. 1 Abs. 9 DA und ErwGr. 9 nur. Im Mittelpunkt der Verordnung stehen Datennutzer:innen. Der DA unterstellt Datennutzer:innen eine aktive Rolle. Zentrale Handlungsoptionen sind der Datenzugang *by design* (Art. 3 Abs. 1 DA) bzw. die Ausübung von Datenzugangsrechten (Art. 4 Abs. 1 DA) und die Weiterleitung von Daten (Art. 5 Abs. 2 DA). Nach Art. 3 Abs. 1 DA müssen „Produkte so konzipiert und hergestellt und verbundene Dienste so erbracht [werden], dass die bei ihrer Nutzung erzeugten Daten standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher und – soweit relevant und angemessen – direkt zugänglich sind“. Art. 4 Abs. 1 DA komplementiert diese Pflicht um ein subjektives Recht der Nutzer:in auf unverzüglichen und kostenlosen Datenzugang. Außerdem darf nach Art. 5 Abs. 1 DA die

62 Zugangsregeln steuern die Nutzbarkeit und beschränken Ausschlussmöglichkeiten; siehe grundlegend zu dieser Begrifflichkeit und Wissensteilung in Netzwerken D. Wielsch, Zugangsregeln, Tübingen 2008, S. 6 ff., S. 192 ff.

63 Vgl. Grünberger, Data access rules (Fn. 59), S. 257 ff.

64 Vgl. Grünberger, Data access rules (Fn. 59), S. 268; M. Grünberger, Verträge über digitale Güter, AcP 2018, 213 (245).

65 Siehe oben, unter III.

66 Vgl. Riehm, Vertragsrecht als Infrastruktur (Fn. 44), S. 144 f.

67 Zum (infrastrukturellen) Wert von Daten, deren Innovationspotenzial, Einsatzmöglichkeiten und existierenden Initiativen siehe nur L. Dodds/P. Wells, Data infrastructure, in: T. Davies/S. Walker/M. Rubinstein/F. Perini (Hrsg.), The State of Open Data: Histories and Horizons, Cape Town 2019, S. 260.

Nutzer:in die Weiterleitung der Daten an Dritte verlangen. Entscheidend dafür, ob der DA seine Ziele erreicht, ist aus funktionaler Perspektive, ob und wie es gelingt, die Datennutzer:innen zu aktivieren, um eine „optimale Verteilung der Daten zum Nutzen der Gesellschaft“⁶⁸ zu gewährleisten.

Eine Möglichkeit, Zugang zu regulieren, sind Klauselkontrollen. Der DA strebt eine umfassende Kontraktualisierung der Verhältnisse beteiligter Akteure an;⁶⁹ zum Teil durch echte Kontrahierungszwänge, zum Teil indem die Parteien incentiviert werden, Verträge zu schließen.⁷⁰

Diesen Verträgen macht der DA auch auf inhaltlicher Ebene Vorgaben; vor allem sollen die Vertragsbedingungen fair⁷¹ und nicht diskriminierend⁷² sein.

Der DA schützt die Zugangsinteressen von Nutzer:innen davor, durch vertragliche Bedingungen ausgehebelt zu werden, auf zwei Weisen. Erstens nimmt er essenzielle Rechte von der Disposition der Parteien aus. Art. 7 DA erklärt jede Vertragsklausel für unwirksam, welche zum Nachteil der Nutzer:in von den Rechten aus Art. 3-6 DA abweicht, also insbesondere auch von den Datenzugangsregeln aus Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 DA. Die Privatautonomie der Parteien wird formal beschränkt, um Nutzer:innen effektive Nutzungsmöglichkeiten zu erhalten.

Zweitens normieren Art. 8 Abs. 2 Alt. 1 i.V.m. 13 DA eine allgemeine Missbrauchs- bzw. (Un-)fairnesskontrolle. Danach ist jede Vertragsklausel in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung oder die Haftung und Rechtsbehelfe bei Verletzung oder Beendigung datenbezogener Pflichten, die ein Unternehmen einem anderen Unternehmen einseitig auferlegt, für letzteres Unternehmen nicht bindend, wenn sie missbräuchlich⁷³ ist. Nach Art. 13 Abs. 2 DA sind Vertragsklauseln missbräuchlich, „wenn ihre Anwendung eine grobe Abweichung von der guten Geschäftspraxis bei Datenzugang und Datennutzung darstellt oder gegen das Gebot von Treu

68 ErwGr. 2 DA.

69 So auch ErwGr. 5 DA; vgl. auch *D. Staudenmayer*, Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Datengesetz, NJW 2024, 1377 (1378).

70 Art. 4 Abs. 13 DA verlangt eine vertragliche Abrede für die Nutzung der erzeugten nicht-personenbezogenen Daten durch die Dateninhaber:in. Auch Art. 6 Abs. 1 DA setzt für die Rechtmäßigkeit der Weitergabe an Dritte nach Art. 5 Abs. 1 DA Grenzen. So hängt die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Nutzer:in und Dritter ab. Auch diese Beziehung ist vertragsrechtlich überformt.

71 Vgl. ErwGr. 44 DA.

72 Vgl. ErwGr. 45 DA.

73 Die englische Sprachfassung spricht von „unfair“.

und Glauben verstößt.“ Laut ErwGr. 58 DA soll vor allem Risiken aus einer „stärkeren Verhandlungsposition“ begegnet werden.

Diese Klauselkontrolle ist unmittelbar nur auf Verträge unter Unternehmen anwendbar. Damit ist das unmittelbare Schutzniveau, das der DA für unternehmerische Nutzer:innen bestimmt, höher als für rein privat handelnde Endnutzer:innen. Das mag zunächst verwundern. Allerdings ist die datenrechtliche Klauselkontrolle mit Blick auf andere Klauselkontrollen zu betrachten. Art.13 DA ist beschränkt auf unternehmerischen Verkehr, um Dopplung und Redundanz zu vermeiden. Die Klausel-RL, auf die der DA in ErwGr. 28 DA ausdrücklich verweist, verpflichtet Mitgliedstaaten nämlich bereits auf eine Missbrauchskontrolle zugunsten von Verbraucher:innen, welche der deutsche Gesetzgeber durch das AGB-Recht umgesetzt hat. Laut ErwGr. 9 DA ergänzt der DA die Klausel-RL und dient auch den Interessen der Verbraucher:innen. Zwar enthält ErwGr. 9 DA ein Unberührtheitspostulat. Der Schutz von Verbraucher:innen als Nutzer:innen berührt indes nicht den Schutz „in seiner Rolle als Verbraucher beim Kauf von Waren und Dienstleistungen“, wie es die Klausel-RL formuliert. Eine Missbrauchskontrolle, die auch produzierende Tätigkeiten und Innovationspotentiale ermöglichen soll, steht in keinem Zielkonflikt zur verbraucherschützenden Funktion der Klausel-RL.⁷⁴ Im Sinne der Ergänzungsfunktion, die Art.1 Abs.9 DA und ErwGr. 9 DA formulieren, lassen sich die Wertungen des DAs auf die Auslegung der Klausel-RL übertragen, denn das Schutzniveau von Verbraucher:innen sinkt hierdurch nicht.⁷⁵ Verbraucher:innen, im Sinne von nicht-kommerziell motivierten Akteur:innen, sind damit auch als Nutzer:innen in der Weise zu schützen, dass sie Zugang zu Daten als Produktions- und Innovationsressource erhalten müssen.

Eine allgemeine (Un-)fairnesskontrolle wirft jedoch Probleme auf. Fairness bzw. Missbräuchlichkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Soweit es kein dispositives Vertragsrecht gibt, welches der Gesetzgeber als fair betrachtet, gibt es keinen Maßstab, anhand dessen die Fairness beurteilt werden kann.⁷⁶ Staatliche Akteur:innen, seien es Gesetzgeber, Behörden

74 so auch S. Omlor, *Unfair Contractual Terms under the EU Data Act*, *European Review of Private Law* 2024, 173 (176 f.)

75 Vgl. D. Bomhard, *Der Anwendungsbereich des Data Act*, *MMR-Beil.* 2024, 71 (74); siehe auch F. Graf von Westphalen, *Der neue Data Act - Eine Kaskade AGB-rechtlicher Verbote im unternehmerischen Verkehr*, *BB* 2024, 515 (516 ff.).

76 Vgl. J. Drexler, *Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz - Teil 2*, *NZKart* 2017, 415 (420).

oder Justiz, unterliegen unter Umständen Wissensdefiziten, da sie selbst weder Nutzer:in noch Dateninhaber:in sind und deshalb nicht beurteilen können, wie Güter fair zu verteilen sind.⁷⁷ Deshalb könnte man zu dem Schluss kommen, dass eine gesetzliche Kontrolle der vertraglichen Absprachen fehlgeleitet ist; nur die Akteur:innen selbst können ermitteln, was eine gerechte, bilaterale Verteilung von Rechten ist.⁷⁸

Allerdings sollte es nicht den mächtigsten *Stakeholdern* überlassen werden, einseitig zu bestimmen, was fair ist: Sehr große Unternehmen regeln einseitig, wie Nutzer:innen sich zu verhalten haben, wer Kontrolle über Daten hat und wie diese Kontrolle ausgeübt wird.⁷⁹ Die Fairnesskontrolle kann diese faktische Macht einhegen. Was fair bzw. unfair ist, muss nicht der Gesetzgeber selbst formulieren. Die Kontrolle dient vielmehr einer Prozeduralisierung dezentralisierten Wissens.⁸⁰ Sie ermöglicht es, dass unterschiedliche Personen Vertragsmodelle entwerfen, welche als abstrakt gerechter Ausgleich von Interessen etabliert werden. Diese Personen können (individuelle oder kollektivierte) Akteur:innen der Digitalwirtschaft sein, aus behördlicher Sphäre stammen oder Akademiker:innen sein.⁸¹ Anhand der abstrakten Kontrolle von Modellverträgen lässt sich auf vorgeschalteter Ebene die Fairness von Klauseln feststellen. In das konkrete Vertragsverhältnis strahlt dies als (widerlegliche) Vermutung fehlender Missbräuchlichkeit ein.⁸²

Diesem Modell folgt der DA weitgehend. Die abstrakte Wertung „Fairness“ bzw. „Missbräuchlichkeit“, welcher die Datennutzungsabreden unterliegen, wird durch Modellvertragsklauseln mit Leben gefüllt, vgl. Art. 41 DA (ErwGr. 62 DA).⁸³ Die Konstruktion über Modellvertragsklauseln er-

77 Vgl. *Drexl*, Datenwirtschaft (Fn. 76), 420.

78 Vgl. *A. Metzger*, Access to and porting of data under contract law: Consumer protection rules and market-based principles, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz/Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), *Data Access* (Fn. 59), S. 287.

79 Vgl. *Grünberger*, Data access rules (Fn. 59), S. 274.

80 Vgl. *Grünberger*, Data access rules (Fn. 59), S. 276 f.

81 Siehe etwa ALI-ELI Draft Principles, abrufbar unter: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ALI-ELI_Principles_for_a_Data_Economy_Final_Council_Draft.pdf.

82 Die Fairnesskontrolle als prozeduralisierte Zugangsregel folgt dem Entwurf von *Grünberger*, Data access rules (Fn. 59); siehe auch *Omlor*, Unfair Contractual Terms (Fn. 74), 189.

83 Vgl. *Graf von Westphalen*, Data Act (Fn. 75), 516.

möglichst sektorspezifische Feinjustierungen, ohne das zugrundeliegende Zugangsparadigma zu gefährden.

Der offene Rechtsbegriff der Missbräuchlichkeit ist zudem zugänglich für außerrechtliche Erwägungen.⁸⁴ Fairness bzw. Missbräuchlichkeit beschränkt sich nicht zwingend auf das bilaterale Verhältnis, sondern erfasst auch Umstände, die außerhalb des spezifischen Rechtsverhältnisses liegen. ErwGr. 60 und ErwGr. 2 DA liegt dieses funktionale Verständnis von Fairness zugrunde, sie setzen die effektive Ausübung von Datenzugangsrechten in Zusammenhang mit Effizienzgedanken: Nach ErwGr. 2 DA verhindern missbräuchliche Vertragsbedingungen die optimale Verteilung von Daten. Die Fairnesskontrolle ist ein Vehikel, um dieses Ziel zu erreichen. Damit öffnet die Klauselkontrolle, ihrem Sinn und Zweck folgend, das Vertragsrecht für ökonomische Wertungen. Nutzer:innen Zugang zu infrastrukturellen Gütern zu gewähren, ist wohlfahrtsökonomisch sinnvoll. Es sollte deshalb nicht zwischen verschiedenen Nutzungsarten diskriminiert werden; diese normative Implikation folgt aus *Frischmanns* Analyse von Infrastrukturen.⁸⁵ Diese Wertung findet sich auch im System des DAs wieder, da dieser grundsätzlich nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Nutzer:innen differenziert. Die grundlegenden Regeln, die Art. 3-7 DA formuliert, schützen alle Nutzer:innen gleichermaßen. Über die Fairnesskontrolle können Klauseln, welche die Überführung von Daten in kollaborative Netzwerke und *Commons*-Strukturen unterbinden, für unwirksam erklärt werden.

2. Datenzugangsrechte des DMA

Der DMA erkennt, dass Nutzer:innen häufig auch Verbraucher:innen im klassischen Sinne sind.⁸⁶ Gleichzeitig versteht sich der DMA primär nicht als Verbraucher:innenschutzgesetz. Zum Teil wird bemängelt, der

84 Der Fairnessbegriff dient als Einfallstor für wissenschaftliche Erkenntnisse anderer Disziplinen; diese Konzeption folgt der responsiven Rechtsdogmatik von *M. Grünberger*, *Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze*, AcP 2019, 924; siehe auch *Grünberger*, *Data access rules* (Fn. 59), 267 ff.

85 Vgl. *Frischmann*, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 108 ff.

86 Art. 8 Abs. 1 DMA verweist etwa darauf, dass die Maßnahmen von Torwächtern im Einklang mit dem Verbraucherrecht durchgeführt werden.

DMA verschließe sich damit einem modernen Verbraucher:innenbild.⁸⁷ Allerdings muss das Verbraucher:innenrecht nicht jede individuelle, private Beteiligung an sog. Märkten abzubilden. Nicht jede private Nutzung ist auch ein Verbrauch. In einer „post-consumer“-Ära müssen Nutzer:innen nicht nur davor geschützt werden, ungewollte Entscheidungen auf dem Markt gegenüber Unternehmen zu treffen, etwa ein Produkt zu kaufen, welches der eigenen Präferenzordnung nicht entspricht. Darüber hinaus sollte das Potential von Nutzer:innen gefördert werden, selbst Produkte, Dienste und Inhalte zu schaffen und zu verteilen.

Die Datenzugangsrechte der Art. 6 Abs. 9 und Art. 6 Abs. 10 DMA sind gemeinsam zu betrachten. Beide Normen ermächtigen Nutzer:innen gegenüber Torwächtern, über Daten zu verfügen, bei deren Generierung oder Bereitstellung sie mitgewirkt haben. Insbesondere Art. 6 Abs. 9 DMA sollte nicht nur als Vorschrift zur Vermeidung von Lock-In-Effekten verstanden werden. Dann wäre es überflüssig, Endnutzer:innen selbst als potenzielle Datenempfänger:innen zu privilegieren – Art. 6 Abs. 9 DMA hätte sich in dem Fall auf die beauftragten Dritten beschränken können.⁸⁸ Indem der Unionsgesetzgeber normiert, dass Endnutzer:innen, die nicht gewerblich tätig sind, Zugang gewährt werden muss, erkennt er die Nutzungsmöglichkeiten durch Endnutzer:innen selbst an. Das Innovationspotenzial nicht gewerblicher Akteur:innen wird damit Ausdruck verliehen.

Art. 6 Abs. 9 und Abs. 10 DMA laufen damit gewissermaßen parallel. Dass sie nicht einheitlich geregelt werden, erklärt sich durch die Abgrenzung von End- und gewerblichen Nutzer:innen: Diese Binnenunterscheidung beruht darauf, dass gewerbliche Nutzer:innen auch im Verhältnis zu Endnutzer:innen adressiert werden. Im Verhältnis zu Torwächtern werden aber beide Nutzer:innengruppen mit ähnlichen Zugangsrechten ausgestattet.

3. Zwischenfazit

Sowohl DA als auch DMA erkennen das Zugangsinteresse aller Nutzer:innen als legitim an. Zum Teil werden Nutzer:innen als Verbraucher:innen

87 Vgl. *M. Grochowski*, Consumer Law for a Post-Consumer Society, *Journal of European Consumer and Market Law* 2023, 1 (2).

88 Art. 6 Abs. 9 DMA umfasst auch die Datenübertragung an Endnutzer:innen selbst; vgl. *S. Louven* in *H. Gersdorf/B. Paal* (Hrsg.), *BeckOK InfoMedienR* 45. Ed. 1.8.2023, DMA Art. 6 Rn. 135.

(bzw. Endnutzer:innen) oder als gewerbliche Nutzer:innen adressiert. Diese Unterscheidung liegt beim DA vor allem daran, dass sich dieser mit minimalen Friktionen in das bestehende Verbraucherrecht einfügen soll. Die Wertungen des DA sollten für das Verständnis verbraucherrechtlicher Klauselkontrollen aber berücksichtigt werden. Die Binnenunterscheidung des DMA beschreibt das Verhältnis der Nutzer:innen untereinander; im Verhältnis zu Dateninhaber:innen findet eine Gleichbehandlung statt.

VI. Plattformregulierung – Ressourcenzugang und Diffusion

Nutzer:innen können ihre (innovativen) Produkte und Dienste auf unterschiedliche Weisen verteilen. Entweder teilen Nutzer:innen untereinander, oder sie werden gewerblich tätig und bieten ihre Produkte oder Dienste über einen Markt an oder kommerzielle Anbieter:innen übernehmen das Produkt oder den Dienst von der Nutzer:in und bieten es/ihn wiederum marktseitig an.⁸⁹ Da Nutzer:innen häufig Produkte entwickeln, um ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und nicht um ein Marktgut anzubieten, fehlt es häufig an Anreizen, diese Entwicklungen mit anderen zu teilen.⁹⁰ Der mögliche Wohlfahrtsgewinn wird deshalb nicht ausgeschöpft. Plattformen können die Barrieren herabsenken, eigene Produkte, Dienste oder Informationen mit anderen zu teilen. Plattformen können nicht nur Märkte ermöglichen und zwischen Anbietern und Nachfragenden vermitteln, sondern auch kollaborativen *peer-to-peer*-Austausch ermöglichen. Damit verschaffen Plattformen zum einen Zugang zu Ressourcen, die durch andere Nutzer:innen zur Verfügung gestellt werden. Zum anderen dienen Plattformen zur Diffusion eigener Inhalte, Produkte und Informationen der Nutzer:innen.

89 Vgl. *L. Bengtsson/C. Edquist*, Towards a holistic user innovation policy, *International Journal of Innovation Studies* 2022, 35 (38).

90 Vgl. *C. Baldwin/E. von Hippel*, Modeling a Paradigm Shift: From Producer Innovation to User and Open Collaborative Innovation, *Organization Science* 2011, 1399; *J. Henkel/E. von Hippel*, Welfare Implications of User Innovation *Journal of Technology Transfer* 2005, 73.

1. Regulierungsmacht von Plattformen – Ausgeliefertsein von Nutzer:innen

Plattformanbieter:innen sind nicht nur in der Rolle von Marktteilnehmer:innen, sondern auch als Regulator:innen tätig.⁹¹ Sie bestimmen die Rahmenbedingungen, unter denen andere Personen miteinander interagieren. Dies beinhaltet, je nach Plattform und Plattformnutzer:innen, auch die Interaktion von Marktteilnehmer:innen. Eine reine *inter partes*-Betrachtung lässt die Netzwerkstruktur von Plattformen und die sich strukturell ergebende Position des Plattformanbieters außer Acht. Der einseitigen Gestaltungsmacht von Online-Plattformen sind alle Nutzer:innen, unabhängig vom Wesen ihrer Tätigkeit auf der Plattform, ausgeliefert.⁹²

2. Mechanismen zur Vermeidung von Stauwirkungen

Betrachtet man das Verhältnis von Nutzer:innen zur Plattform, zeigt sich, dass Zugangsregeln sich nicht allein darauf beschränken, wer Nutzer:innen der Plattform sein können. Auch die Aktivität von Nutzer:innen auf der Plattform wird durch Zugangsregeln bestimmt.

Der DSA enthält deshalb Melde- und Abhilfeverfahren für illegale Inhalte und Informationspflichten gegenüber betroffenen Nutzer:innen (Art. 16, 17 DSA), interne und externe Streitbeilegungsverfahren (Art. 20, 21) und den Schutz gegen Missbrauch (Art. 23).⁹³ Der DSA steuert damit die Moderationsmaßnahmen von Plattformen, damit diese illegale Inhalte löschen, ohne dabei aber *Overblocking* zu betreiben. Außerdem sichert der DSA prozeduralisierte Fairness in Fällen von legalen, aber AGB-widrigen Inhalten ab (Art. 17, 20, 21 DSA).

Aus makroökonomischer Sicht lässt sich diese Regulierung als Vermeidung von Stauwirkungen beschreiben. Moderationspflichten sorgen dafür, dass faktischer Ressourcenzugang und Diffusion auf Plattformen gewährleistet werden. Die Nutzbarkeit einer Plattform wird durch die Nutzung anderer beeinflusst; damit besteht für Plattformen potenzielle Rivalität. Wenn etwa Nutzer:innen auf sozialen Netzwerken ständig rechtswidrig, verstö-

91 Vgl. van Dijck/Nieborg/Poell, Platform power (Fn. 32); J. Mendelsohn, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857.

92 Vgl. M. Martini/C. Drews/P. Seeliger/Q. Weinzierl, Dark Patterns, ZfDR 2021, 47 (53).

93 Vgl. M. Berberich in: B. Steinrötter, Europäische Plattformregulierung, Baden-Baden 2023, S. 28 ff.

renden Inhalten ausgesetzt sind, hat dies einen abschreckenden Effekt, die Plattform weiter zu nutzen.⁹⁴ Heterogene Nutzung kann dazu führen, dass eine Nutzungsart andere Nutzungsarten verdrängt. Als illustratives Beispiel kann man sich eine Wiese vorstellen, auf der mehrere Tiere grasen können. Solange nur Ziegen, Schafe und Esel dort grasen, ist eine simultane Nutzung problemlos möglich; die Wiese bleibt zunächst nicht rival. Sobald aber wilde Büffel auf die Wiese gestellt werden, die die anderen Tiere angreifen, werden diese verdrängt (*cross-crowding*).⁹⁵ Diese Staueffekte können beseitigt werden, indem die Nutzungen, welche andere Nutzer:innen beeinträchtigen, beschränkt werden; es findet also eine Priorisierung von Nutzungen statt.⁹⁶ Im Fall von Plattformen können auch störende, aber rechtmäßige Inhalte solche Staueffekte hervorrufen. Soweit der DSA die Moderation solcher Inhalte ermöglicht, wird zwar das Paradigma, dass gemischte Infrastrukturen als *Commons* mit diskriminierungsloser Zugangsmöglichkeit behandelt werden sollen, eingeschränkt; diese Einschränkung dient langfristig aber dem Erhalt des infrastrukturellen Charakters.⁹⁷ Wohlfahrtsökonomisch wertvolle Innovationen werden von Nutzer:innen aller Art geschaffen. Deshalb ergibt es Sinn, wenn die Begründungspflicht nach Art. 17 und das Beschwerdemanagementsystem der Art. 20, 21 DSA an die Nutzer:innenstellung anknüpfen, ohne zwischen privater und gewerblicher Tätigkeit zu differenzieren. Alle diese Nutzer:innen sollten dazu befähigt und berechtigt werden, den infrastrukturellen Charakter von Plattformen zu erhalten.

VII. Fazit

Nutzer:innen produzieren und innovieren in dieser Rolle anders als Verbraucher:innen und Unternehmer:innen auf einem Markt. Antriebsfeder von nutzer:innenseitiger Produktion und Innovation ist kein Marktmechanismus, der dem Produktionsprozess nachgeschaltet ist, sondern die Produktion des Gutes selbst. Die Motivation kann vielgestaltig sein. Die weiten

94 K. Thomas/P. Kelley/S. Consolvo/P. Samermit/E. Bursztein, "It's common and a part of being a content creator": Understanding How Creators Experience and Cope with Hate and Harassment Online, CHI '22: Proceedings of the 2022 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems 2022.

95 Vgl. Frischmann, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 152, welchem dieses Beispiel entlehnt ist.

96 Vgl. Frischmann, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 153.

97 Vgl. Frischmann, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 155 ff.

Definitionen des Begriffs Nutzer:in in DA, DMA und DSA umfassen auch Nutzer:innen im ökonomischen Sinne. Durch die Binnendifferenzierung gewerblicher und nicht-gewerblicher Nutzer:innen, die insbesondere der DMA vornimmt und andere Instrumente ebenso zulassen, lassen sich die jeweiligen Rollen von Nutzer:innen – auf kompetitiven Märkten oder in kollaborativen Netzwerken – einfangen und abbilden.

Die Rechte, die Nutzer:innen in dieser Rolle verliehen werden, sind Zugangsregeln. Sie dienen dem Erhalt materialer Nutzungsfreiheiten, welche wiederum innovationsfördernd sein können – entsprechend dem gesetzgeberischen Ziel. Da Nutzer:innen im wirtschaftswissenschaftlichen Sinn besonders wohlfahrtsökonomisch agieren, da sie häufig Innovationsprozesse anschieben und hierfür keine Marktanreize benötigen, ist es sinnvoll, deren Wahlmöglichkeiten zu erhalten und Zugang zu wichtigen Einsatzressourcen zu verschaffen. Das zeigt sich sowohl auf Stufe der Produktion/Invention, als auch auf Stufe der Diffusion.

Nutzer:innen wird Zugang zum Einsatzgut Daten gewährt. Sowohl DMA als auch DA verleihen Nutzer:innen subjektive Zugangsrechte, um Daten mit infrastrukturellem Wert nutzen zu können. Die faktische Kontrolle über Daten ersetzt absolute Rechtspositionen an Daten. Anstelle immaterialgüterrechtlicher Zugangsregeln in Form von gesetzlichen Erlaubnistatbeständen kommt deshalb das Vertragsrecht als entscheidende Zugangsregeln zum Einsatz. Der DA kontraktualisiert die Verhältnisse der beteiligten Akteure und etabliert Klauselkontrollen.

Online-Plattformen dienen dem Zugang zu Informationen und Inhalten anderer Nutzer:innen, welche als Einsatzressource für die eigene Produktion und Innovation von Nutzer:innen dienen können. Außerdem dienen Plattformen zur Diffusion. Kapitel III des DSA dient dazu, diese Austauschmöglichkeiten für alle Nutzer:innen zu erhalten. Indem ein sicheres vertrauenswürdige Online-Umfeld geschaffen wird, bleiben auch Möglichkeiten für Nutzer:innen erhalten, nicht nur als passive Konsument:innen, sondern als aktive Produzent:innen tätig zu werden.

Urheberrechtliche Zulässigkeit des Text und Data Mining für generative KI-Systeme: Systematisierung der Optionen für einen kohärenten Rechtsrahmen

PD Dr. Daniel Timmermann / Dr.-Ing. Andreas Lommatzsch*

Erwägungsgrund 105 der KI-Verordnung¹ definiert generative KI-Systeme und fasst zugleich den regulatorischen Interessenkonflikt zusammen: „KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck, insbesondere große generative KI-Modelle, die *Text, Bilder und andere Inhalte erzeugen* können, bedeuten einzigartige *Innovationsmöglichkeiten*, aber auch *Herausforderungen für Künstler, Autoren und andere Kreative* [...]. Für die Entwicklung und das Training solcher Modelle ist der *Zugang zu riesigen Mengen an Text, Bildern, Videos und anderen Daten erforderlich*. In diesem Zusammenhang können Text-und-Data-Mining-Techniken in großem Umfang für das Abrufen und die Analyse solcher Inhalte, die *urheberrechtlich* [...] geschützt sein können, eingesetzt werden. Für jede Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte ist die *Zustimmung* des betreffenden Rechteinhabers erforderlich, es sei denn, es gelten *einschlägige Ausnahmen und Beschränkungen* des Urheberrechts.“

Die Jahrestagung der GfZ in Göttingen 2024 widmete sich „Disruptionen im Privatrecht“, wobei unter dem Ausdruck „Disruption“ die Notwendigkeit eines fundamentalen Paradigmenwechsels verstanden wird. Die Abhandlung legt dar, dass die kleinteiligen Streitigkeiten über den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 44b, 44a UrhG bzw. der zugrundeliegenden EU-Richtlinien eine vom *Telos des Urheberrechts losgelöste Eigendynamik gewonnen* haben, und zeigt gesetzgeberische Lösungsoptionen auf.

* Daniel Timmermann hat sich mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) bei Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich (Halle) habilitiert und vertritt im WS 2024/25 den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Digitalisierung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Andreas Lommatzsch forscht am DAI-Labor der TU Berlin. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich personalisierte Informationssysteme und Empfehlungssysteme. Derzeit liegt sein Forschungsschwerpunkt auf Sprachmodellen und intelligenten Konversations-Agenten. Der Autor Lommatzsch hat die technischen Ausführungen in A I 1, 2, II 2 a bb verfasst.

1 VO (EU) 2024/1689, ABl. L 12.7.2024.

Den größten Block des Beitrags bildet die Analyse der rechtlichen und technischen Ausgangslage (A). Die zusammengefassten Ergebnisse werden sodann am Zweck des Urheberrechts gespiegelt (B). Im Kern bestehen drei Optionen wie der Unionsgesetzgeber einen Rechtsrahmen ausgestalten kann, der kohärent im Sinne von technikneutral ist, weil etwaige temporäre und/oder dauerhafte Vervielfältigungen im Rahmen des Trainingsablaufs nicht länger ein Differenzierungskriterium darstellen. Zudem gilt es faktische Rückwirkungen mit dem Internationalen Privatrecht zu berücksichtigen. Dadurch führt der Beitrag das Forschungsgespräch zurück zum Telos des Urheberrechts (C). Die Abhandlung schließt mit einer kurzen politischen Stellungnahme (D).

Das Text und Data Mining tangiert neben dem Urheberrecht insbesondere das *Datenschutzrecht*. Dieses gehört ebenso nicht zum Untersuchungsgegenstand, wie die (zu verneinende²) Frage, ob generative KI neue geschützte Werke erzeugen kann.

A. Rechtliche und technische Ausgangslage

Wenn ein Softwareunternehmen beim Text und Data Mining in Verwertungsrechte des Urhebers eingreift und damit eine urheberrechtlich relevante Handlung vornimmt (I), müsste diese durch eine Schranke gerechtfertigt sein.³ Andernfalls bestünde ein Unterlassungs- und gegebenenfalls Schadensersatzanspruch.⁴ Sofern das Softwareunternehmen mit dem Urheber keinen Nutzungsvertrag abgeschlossen hat, kommt als Rechtfertigungsgrund allein eine gesetzliche Schranke in Betracht (II). Infolge der KI-Verordnung ist fraglich geworden, ob die Urheberrechtsstandards der EU auch für auswärtige Anbieter gelten (III).

2 Überzeugend nach dem Autonomiegrad von Systemen differenzierend N. Maamar, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481 (490).

3 *Terminologisch* orientiert sich die Abhandlung an Verdikten des BGH, der in einem ersten Schritt einen *Eingriff in Verwertungsrechte* und in einem zweiten Schritt i.R.d. *Widerrechtlichkeit Schrankenregelungen als Rechtfertigungsgrund* prüft (BGH GRUR 2015, 1101 (1102; 1103); BGH GRUR 2013, 503 (503)).

4 § 97 UrhG.

I. Urheberrechtlich relevante Handlungen

Das Urheberrecht findet auf *urheberrechtlich geschützte Werke* im Sinne des § 2 UrhG Anwendung. Daher ist für sämtliche als Trainingsmaterialien genutzte Inhalte gesondert zu prüfen, ob sie eine persönliche geistige Schöpfung sind (Abs. 2), was einen gewissen Grad der Individualität des jeweiligen geistigen Erzeugnisses voraussetzt⁵. Der Ausdruck Trainingsmaterial bezeichnet vorliegend eine Gruppe verwendeter Werke, mithin wird als Prämisse unterstellt, dass nach dem Urheberrecht geschützte immaterielle Gegenstände bestehen. Im Einzelfall kann eine nähere Prüfung erforderlich sein, wobei Schutz auch für die sogenannte kleine Münze besteht⁶.

Ist das Eingangstor zum Urheberrecht eröffnet, so weisen §§ 11, 15 ff. UrhG dem Urheber seine *Verwertungsrechte* zu. Aus dem beispielhaften⁷ Rechtekatalog der §§ 15 ff. UrhG kommen Eingriffe in das *Vervielfältigungsrecht* (§ 16 Abs. 1 UrhG) in Betracht. In chronologischer Hinsicht gilt es zwischen dem Training (1), dem trainierten System (2) sowie den Ausgaben des Systems (3) zu unterscheiden. Weil der Katalog nur beispielhaft ist, stellt sich die Frage, ob für das Training generativer KI als solches ein *unbenanntes Verwertungsrecht* existiert (4).

1. Vervielfältigungen im Rahmen des Trainings

Die gegenwärtig verfügbaren großen Sprachmodelle (Large Language Models, kurz "LLMs") basieren auf großen künstlichen neuronalen Netzen, die darauf trainiert werden, bei einer Anweisung an die Software mittels einer textuellen Eingabe ("Prompt") eine gute (zumeist) textuelle Antwort zu liefern. Während des Trainings werden die Gewichtungen zwischen den Knoten des Netzwerkes schrittweise angepasst. Für das Training von Sprachmodellen werden umfangreiche Sammlungen von Text-Dokumenten benötigt. Es wird dabei überwiegend ein selbstüberwachtes Lernverfahren (self-supervised learning) genutzt, mit dem das Sprachmodell *Muster in Texten und Sprache lernt*. Hierfür werden im Allgemeinen Texte aus Büchern oder der freien Enzyklopädie Wikipedia genutzt (Schritt 1). Nach dem Pre-Trai-

5 W. Bullinger in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hrsg.), UrhR-Kommentar, 6. Aufl., München 2022, § 2 UrhG Rn. 23.

6 Bullinger (Fn. 5), § 2 UrhG Rn. 24.

7 G. Schulze in: T. Dreier/G. Schulze (Hrsg.), UrhG-Kommentar, 7. Aufl., München 2022, § 15 Rn. 10.

ning erfolgt zumeist ein *Finetuning* mit aktuellen Web-Dokumenten oder im Unternehmen vorhandenen Daten, um einen aktuellen Wissensstand sicherzustellen sowie aktuelle Formulierungen anzutrainieren (Schritt 2). Zudem wird das neuronale Netzwerk mit Hilfe von Frage-Antwort-Paaren sowie Instruktionsdatensätzen darauf trainiert, zu vorgegebenen Prompts hochqualitative Antworten zu liefern (Schritt 3).

Das Ziel von Lernverfahren ist es, *Muster und Wahrscheinlichkeitsverteilungen in Dokumenten zu lernen*. Die Texte werden nicht direkt abgespeichert ("auswendig gelernt"). Vielmehr werden alle relevanten Muster ermittelt, um durch die Anwendung der Muster bei neuen Eingaben passende sinnvolle Ausgaben zu generieren. Da große Sprachmodelle mehrere Milliarden Parameter besitzen, die beim Training eingestellt werden müssen, sind ein umfangreicher Trainingsdatensatz sowie ein effektives Trainingsverfahren essentiell. Für das Training des Modells werden Texte in eine geeignete Repräsentation überführt. Der Vorgang beinhaltet das Entfernen irrelevanter Teile (z. B. Formatierungen, Meta-Daten, Navigations-Elemente), die Zerlegung in kleine sinntragende Elemente ("Token"), die meist aus 1-5 Zeichen bestehen, sowie die Repräsentation in Vektoren.

Im Rahmen des Trainings erfolgen zumeist temporäre und/oder dauerhafte *Vervielfältigungen*. Technisch zwingend erforderlich ist das indessen nicht. Erwägungsgrund 9 der DSM-Richtlinie⁸ geht zutreffend davon aus, dass es auch Fälle des Text und Data Mining geben kann, in denen keine Vervielfältigung erfolgt (sogleich a bb).⁹ Für das Training von Sprachmodellen kann ein lokaler dauerhafter Korpus (a) oder ein anhand von im Internet verfügbaren Dokumenten zusammengestellter temporärer Korpus (b) genutzt werden. In der Praxis werden die beiden Trainingsmethoden zumeist kombiniert (c).

a. Training mit lokalem dauerhaften Datenkorpus

aa. Vorteile

Für ein effektives Training eines neuronalen Netzes werden Text-Daten "vorbereitet" (Reduktion auf den Text, Zerlegung in Token). Die vorverarbeiteten Dokumente werden (meist mit optimierter Hardware) paralle-

8 RL (EU) 2019/790, ABl. L 130/92.

9 So auch BT-Drs. 19/27426, S. 88.

liert trainiert. Dies erfolgt am besten mit einem dauerhaft lokal gespeicherten Korpus. Die Trainingsmethode bietet den Vorteil, dass *Vorverarbeitungsschritte nur einmalig ausgeführt werden müssen und Daten effizient im Trainingsprozess erreichbar sind*. Probleme der Übertragung und der Unzuverlässigkeit von Web-Ressourcen werden vermieden. Zudem können Fehler beim Trainingsprozess einfacher nachvollzogen, statistische Verzerrungen ("Bias") im Trainingskorpus verhindert und die Leistungsfähigkeit des Modells effizient gegen den lokalen Korpus geprüft werden.

Dadurch lassen sich *unrichtige Daten leichter berichtigen*, was nicht zuletzt für die Erfüllung von Ansprüchen (z.B. Recht auf Berichtigung gemäß Art. 16 DSGVO) und anderen rechtlichen Pflichten wichtig sein kann. Werden die Trainingsdaten dauerhaft gespeichert, kann bei der Generierung von Antworten zudem analysiert werden, ob ein hinreichender Abstand zwischen den verwendeten Trainingsdokumenten und den vom Modell generierten Ausgaben besteht (zu § 23 UrhG unten A I 3).

bb. Möglichkeiten der Auslesung mit oder ohne temporäre Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher

Das Training der Modelle mit einem lokalen Korpus erfordert *technisch keine Vervielfältigung*.

In der *gegenwärtigen Praxis* wird der Korpus indessen vervielfältigt, etwa um Arbeitsschritte zu parallelisieren und die Prozessoren effektiv auszulasten. Ausgehend von einem (vergleichsweise) langsamen Datenträger ("Festplatte") wird der Korpus in einen schnellen Arbeitsspeicher (bzw. GPU-Speicher) übertragen und hierbei vervielfältigt. Diese Zwischenspeicherung ("Caching") im Arbeitsspeicher ist eine nicht zwingend erforderliche Optimierung, wenngleich sie in der Praxis aufgrund der Größe der LLMs für einen technisch effizienten Trainingsprozess wichtig ist.

b. Training mit Webdokumenten ohne lokalen dauerhaften Datenkorpus

Eine Alternative zur Nutzung eines dauerhaften lokalen Korpus besteht in der Nutzung von Web-Dokumenten, die lediglich temporär auf den zum Training des Sprachmodells genutzten Computer übertragen werden. Das bedeutet, dass Dokumente per "Crawler" aus dem Internet auf die zum Training genutzte Maschine geladen werden. Bei der Übertragung

der Dokumente findet eine *technisch notwendige Vervielfältigung* statt, weil die vom Webserver abgerufene Datei auf der zum Training genutzten Maschine abgelegt wird. Die (relativ) langsame und (relativ) fehleranfällige Netzwerkverbindung erfordert, dass die Web-Dokumente auf dem zum Trainieren des LLM genutzten Computer zwischengespeichert werden, um dann die Inhalte der Web-Dokumente für das Training aufzubereiten und das Training des LLMs durchzuführen. Die Zwischenspeicherung wird dabei im Allgemeinen bereits durch die Standard-Komponenten des Betriebssystems vorgenommen.

Eine *dauerhafte Speicherung ist nicht erforderlich*. Die notwendigen Schritte zur Vorbereitung einer Datei an die Erfordernisse des Trainingsalgorithmus ("Vorverarbeitung") können im flüchtigen Arbeitsspeicher erfolgen. Die Webdokumente werden zum Trainieren des Modells, namentlich zum Einstellen der geeigneten Parameter genutzt. Nach dem Training werden die Webdokumente wieder gelöscht. Um das Training effizient durchführen zu können, werden hinreichend große Caches benötigt, die insbesondere das langsame, unzuverlässige Webcrawling ausgleichen müssen. Zudem sind hinreichende Netzwerkressourcen notwendig, um eine hinreichende Menge von Webdokumenten sammeln zu können.

Mit dem Verzicht auf einen lokalen dauerhaften Datenkorpus gehen *Nachteile* einher, wie die Gefahr einer schlechten Nachvollziehbarkeit des trainierten Modells und Verzerrungen im Trainingsdatensatz. So können über schnelle Netzwerk-Leitungen erreichbare Dokumente schneller in größerer Menge gesammelt werden als Dokumente von "langsamen Webservern", weshalb von schnellen Dokumentenquellen bereitgestellte Dokumente meist beim Training bevorzugt werden, da diese schneller zur Verfügung stehen. Das kann dazu führen, dass Meinungen und Informationen aus bestimmten Regionen oder Themenbereichen beim Training unterrepräsentiert werden, da sie von langsamen Webservern gecrawlt werden müssen.

c. Kombination der Trainingsmethoden: Nutzung von Webdokumenten als Eingabe für Sprachmodelle

Beim Training von Sprachmodellen ist zwischen verschiedenen Phasen zu unterscheiden. Die Modelle erlernen das Verständnis von Sprache, trainieren Wissen (ggf. für ausgewählte Fachgebiete bzw. über aktuelle Entwicklungen) und erlernen den Umgang mit Fragen bzw. Anweisungen

("Prompts"). Vortrainierte Modelle können lediglich das in den Trainingsdaten vorhandene Wissen berücksichtigen.

Sollen besonders aktuelle bzw. besonders geschützte Dokumente bei der Generierung von Ausgaben berücksichtigt werden, wird das *Retrieval Augmented Generation (RAG)* als Methode eingesetzt. Dabei nutzt man den Umstand aus, dass aktuelle Sprachmodelle im Prompt mehrere Millionen Zeichen erlauben. Die aktuellen bzw. urheberrechtlich sensiblen Dokumente werden nicht zum Trainieren des Modells, sondern lediglich als Teil des Prompts genutzt. Dieses Vorgehen bietet folgende Vorteile:

- Die aktuellen (Web-)Dokumente werden *nur temporär benötigt* und nur für die Prompt-Erstellung genutzt. Eine dauerhafte Speicherung der zur Prompt-Erstellung verwendeten Dokumente ist nicht notwendig.
- Sollen für die Generierung von Antworten *sowohl urheberrechtlich geschützte als auch gemeinfreie Werke verwendet* werden, besteht die Möglichkeit, das Sprachmodell (LLM) lediglich mit den gemeinfreien Werken zu trainieren und die geschützten Dokumente zur Generierung von Prompts zu nutzen¹⁰.
- Nach der Generierung der Antwort kann geprüft werden, ob ein *hinreichender Abstand* zwischen den im Prompt genutzten Dokumenten und der generierten Ausgabe gegeben ist, da das Prompt temporär bis zum Abschluss des Verfahrens im Arbeitsspeicher vorgehalten wird (zu § 23 UrhG unten A I 3).
- Da bei der Generierung der Antwort vorrangig Informationen aus den Dokumenten des Prompts genutzt werden, ist die *Antwort einfacher nachvollziehbar*. Die zur Antwortgenerierung genutzten Informationen werden vorrangig aus dem Prompt extrahiert.
- Traditionelle Suchverfahren zur Ermittlung relevanter Informationen ("Websuche") werden mit Sprachmodellen zur Generierung natürlicher Antworten kombiniert.

Der limitierende Faktor ist die begrenzte Größe des Prompts. Allerdings sind viele aktuelle Modelle in der Lage, große Prompts zu verarbeiten.

10 Ob Letzteres urheberrechtlich zulässig ist und wem die Handlung zuzurechnen ist, gehört nicht zum Untersuchungsgegenstand.

2. Dauerhafte Vervielfältigungen im trainierten System?

Das trainierte System wird auf einer Festplatte gespeichert. Die kodierten Informationen (Daten) auf der Festplatte beinhalten aus den Werken extrahierte Informationen über Muster. Einzelne Informationen, also der Bedeutungsinhalt (die Semantik) können mit den Trainingswerken identisch sein. Technisch betrachtet ist die Repräsentation, also die äußere Form der Darstellung insofern anders, als die Ladezustände der Speicherzellen nicht einander entsprechen. Allerdings ist Letzteres für eine Vervielfältigung nicht zwingend erforderlich. Etwa wird die Abspeicherung in einem abweichenden Format oder in komprimierter Form für ausreichend erachtet¹¹, obgleich in diesen Fällen die Ladezustände der Speicherzellen nicht identisch sind. Hierfür spricht die Ratio: Entscheidend ist nicht die technische Repräsentation in Gestalt der Ladezustände, sondern dass eine körperliche Festlegung in den Speicherzellen erfolgt, die *geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen wahrnehmbar zu machen*¹². Für dieses Verständnis streitet ferner der Wortlaut des § 16 Abs. 1 UrhG („gleichviel [...] in welchem Verfahren“) und des Art. 2 InfoSoc-RL¹³ („auf jede Art und Weise und in jeder Form“). Eine dauerhafte Vervielfältigung im trainierten System liegt demnach vor, wenn durch bestimmte Prompts (Anweisungen an die Software) *einzelne Werke oder geschützte Werkteile wiederherstellbar sind*.¹⁴

Sofern eine Wiederherstellung der Werke nur ausgeschlossen werden kann, indem Vervielfältigungen der Werke dauerhaft abgespeichert werden, wäre die Speicherung als Vervielfältigung zu klassifizieren. *Die juristisch*

11 J. Heerma in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hrsg.), UrhR-Kommentar, 6. Aufl., München 2022, § 16 UrhG Rn. 5.

12 H.-P. Götting in: H.-P. Götting/A. Lauber-Rönsberg/N. Rauer (Hrsg.), BeckOK UrhR, Stand 1.5.2024, § 16 UrhG Rn. 4; Schulze (Fn. 7), § 16 Rn. 6.

13 RL 2001/29/EG, ABl. L 167/10.

14 Dahingehend auch M. von Welser, Generative KI und Urheberrechtsschranken, GRUR-Prax 2023, 516 Rn. 13: „Die Formulierung „auf jede Art und Weise und in jeder Form“ schließt auch Vorgänge ein, die in künstlichen neuronalen Netzen stattfinden“; P. Pesch/R. Böhme, Artpocalypse now? – Generative KI und die Vervielfältigung von Trainingsbildern, GRUR 2023, 997 (1005): „Eine Vervielfältigung liegt in Fällen von nahezu vollständig in KI-Modelle übersetzten Bildinformationen von Trainingsbildern nur in solchen Fällen nicht vor, in denen diese Festlegung dauerhaft nicht dazu geeignet ist, das Trainingsbild zu rekonstruieren“; a.A. (beim Training einer KI würden nicht die Trainingsdaten in die KI implementiert) J. Pukas, KI-Trainingsdaten und erweiterte kollektive Lizenzen, GRUR 2023, 614 (618); Maamar Fragen (Fn. 2), 483; unentschlossen R. Heine, Generative KI: Nutzungsrechte und Nutzungsvorbehalt, GRUR-Prax 2024, 87 Rn. 5.

entscheidungserhebliche technische Frage lautet demnach, ob eine Wiederherstellung der Werke ausgeschlossen und kumulativ das Trainingsmaterial gelöscht werden kann.

Große Sprachmodelle "lernen" anhand von Beispielen die in der Trainingsmenge gegebenen Regeln und Muster. Ziel ist es, die Beispiele so zu generalisieren, dass die gelernten Muster auf neue Eingaben übertragen werden können. Technisch basieren die aktuellen großen Sprachmodelle auf tiefen künstlichen *neuronalen Netzen*. Die Knoten im Netzwerk sind dabei mit gewichteten Kanten verbunden, die festlegen, wie stark ein Knoten einen anderen Knoten beeinflussen soll. Während des Trainings werden die Gewichtungen inkrementell angepasst, so dass das Netzwerk zu gegebenen Eingaben die gewünschte Ausgabe liefert.

Beim Training wird mit Sätzen oder Absätzen gearbeitet, um dem Modell die *Regeln der Sprache mit einem angemessenen Kontext anzutrainieren*. Beim Trainieren eines Sprachmodells werden keine Trainingsdokumente im Modell abgespeichert (Modell-zentrierter Ansatz im Gegensatz zu Instanz-zentrierten KI-Verfahren), sondern lediglich Gewichte, die Knoten im Netzwerk verbinden. Das Trainieren entspricht dabei dem Vorgehen beim Data Mining, bei dem Muster aus Trainingsdaten gelernt werden.

Bei der *Generierung von Ausgaben werden Wahrscheinlichkeitsmodelle genutzt*, um geeignete Token bzw. Wörter für die Ausgabe zu ermitteln. Bei der Generierung von Ausgaben wird zudem meist unter Nutzung eines Zufallszahlengenerators ein Wort aus mehreren Synonymen ausgewählt, dass mit einer hohen Wahrscheinlichkeit geeignet ist. Dies kann technisch über den Startwert (Seed) des Zufallszahlengenerators sowie den Parameter "Temperature" gesteuert werden, der festlegt, wie stark populäre Wörter präferiert werden sollen. Zudem werden beim Training von künstlichen neuronalen Netzen zumeist Methoden (z. B. "Pruning", "Drop-Out") eingesetzt, die das exakte "Auswendiglernen" von Trainingsbeispielen verhindern sollen. Das für das Training von Sprachmodellen genutzte Verfahren lässt es sehr unwahrscheinlich erscheinen, dass beim Training genutzte Texte exakt wiederhergestellt werden. Allerdings gibt es praktische Beispiele, bei denen gezeigt wurde, dass durch scheinbar sinnlose Prompts, Sprachmodelle Trainingsdaten wieder ausgeben.

Zusammenfassend ist die 1:1-Wiedergabe von Trainingsdaten unwahrscheinlich; die Wahrscheinlichkeit der exakten Wiederherstellung wird durch technische Maßnahmen reduziert. Die 1:1-Wiederherstellung ist aber trotzdem möglich und kann nicht vollständig ausgeschlossen werden. Da Trainingsdaten für Sprachmodelle in der Regel nicht gespeichert werden,

kann das Sprachmodell zumeist nicht erkennen, ob Trainingsdaten 1:1 als Ausgabe geliefert werden.

3. Exkurs: Vervielfältigungen durch Ausgaben des Systems

Auf der Output-Seite einer generativen KI gilt es, dem Urheber vorbehaltene Wiederherstellungen des Werkes (eins-zu-eins-Vervielfältigungen § 16 UrhG), dem Urheber vorbehaltene Bearbeitungen (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG) und freie Benutzungen bei hinreichendem Abstand (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG) abzugrenzen. Ein hinreichender Abstand ist bei *fehlender Wiedererkennbarkeit* der schutzbegründenden eigenschöpferischen Elemente gewahrt.¹⁵

Die Output-Seite gehört nicht zum Text und Data Mining. Die gesetzlichen Schranken der §§ 44b, 44a UrhG sind daher offenkundig nicht einschlägig. Sofern kein hinreichender Abstand besteht, benötigt der Anbieter der generativen KI demnach eine *vertragliche Befugnis*.

4. Training generativer KI-Anwendungen als unbenanntes Verwertungsrecht?

Die *bloße Benutzung* eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. So verglich der BGH die Benutzung eines Computerprogramms mit dem Lesen eines Buches, dem Anhören einer Schallplatte und dem Betrachten eines Kunstwerkes.¹⁶ Die Tatsache, dass der Werkgenuss durch Menschen urheberrechtlich freigestellt ist, bedeutet indessen nicht zwangsläufig, dass auch die „elektronische Lektüre“ zum Zweck des Text und Data Mining frei wäre. Die Folgerung „the right to read is the right to mine“¹⁷ ist unzutreffend, weil das Reading durch Menschen und das Mining durch algorithmische Systeme erfolgt. Das zweckunabhängige „right

15 BGH ZUM 2022, 547 (552); K. Grisse/ C. Kaiser, Freiheit ab Unkenntlichkeit? – Die Bedeutung der (fehlenden) Wiedererkennbarkeit für das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht, ZUM 2021, 401.

16 BGH GRUR 1991, 449 (453).

17 Pukas KI-Trainingsdaten (Fn. 14), 619. Die Anführungszeichen finden sich im Original; ähnlich Maamar Fragen (Fn. 2), 483; F. Hofmann, Retten Schranken Geschäftsmodelle generativer KI-Systeme?, ZUM 2024, 166 (170); F. Hofmann, Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht, WRP 2024, 11 Rn. 23.

to read“ ist für Menschen anerkannt. Für eine „elektronische Lektüre“ zu sämtlichen Zwecken folgt daraus kein Argument.¹⁸

Auf *Unionsebene* existiert kein Verwertungsrecht für das Training generativer KI als solches¹⁹ – die DSM-Richtlinie normiert lediglich Schranken für das Vervielfältigungsrecht. Zudem gibt es weder einen abschließenden Katalog an Verwertungsrechten noch eine mit §§ 11, 15 UrhG vergleichbare Generalklausel.

Folglich könnten §§ 11, 15 UrhG als Grundlage eines unbenannten Verwertungsrechts (Innominatfall) für das Training generativer KI in *Deutschland* dienen, weil sie die Verwertungsrechte nur beispielhaft auflisten.²⁰ Innominatfälle kommen insbesondere bei Digitalisierungssachverhalten in Betracht.²¹ Das Lesen eines Buches oder Betrachten eines Gemäldes ist vor allem deshalb urheberrechtlich nicht relevant, weil sich diese Handlungen der Konsumenten nahezu nicht kontrollieren lassen und der Gesetzgeber die Verwertungsrechte daher bei den Handlungen der Werkvermittler ansetzt.²² Die Anbieter generativer KI sind bei normativer Betrachtung eher mit Werkvermittlern vergleichbar als mit lesefreudigen Verbrauchern. Die Softwareunternehmen ziehen wirtschaftliche Früchte aus der Werkanalyse. Das streitet für die (rechtsunsichere) Annahme eines unbenannten Verwertungsrechts.

Zu wünschen wäre eine *Entscheidung des Unionsgesetzgebers*, andernfalls des Bundesgesetzgebers. Bis dahin obliegt es der *Rechtsprechung*, den nationalen Tatbestand eines (noch) unbenannten Verwertungsrechts für das Training generativer KI und die dazugehörigen Schranken festzulegen.²³ Betreffend die Schranken müsste das Gericht etwaige gesetzgeberische

18 Ausführlich zur „begriffliche[n] Verwirrung um das „right to mine““ T. Dornis/S. Stober, Urheberrecht und Training generativer KI-Modelle, Baden-Baden 2024, S. 103 ff. Die Anführungszeichen finden sich im Original.

19 Ein entsprechendes Verwertungsrecht wohl annehmend R. Meys: Data Mining Under the Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market, GRUR Int. 2020, 457 (465): „The DSM Directive acknowledges that the practice of text and data mining may involve the reproduction of copyrighted materials as well as the *extraction of contents* from a protected database, which cannot be accomplished without the consent of the relevant rightholders in the absence of any applicable exception“. Die Kursivierung findet sich nicht im Original.

20 Abstrakt (nicht zum KI-Training) Schulze (Fn. 7), § 15 Rn. 10.

21 Schulze (Fn. 7), § 15 Rn. 13.

22 H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2021, Rn. 429.

23 Abstrakt (nicht zum KI-Training) J. v. Ungern-Sternberg in: U. Loewenheim/M. Leister/A. Ohly (Hrsg.), Schricker/Loewenheim UrhR Kommentar, 6. Aufl., München 2020, § 15 UrhG Rn. 265.

Wertentscheidungen in den §§ 44a, 44b UrhG beachten: *Wenn und soweit im Rahmen des Trainings generativer KI Vervielfältigungen gesetzlich zulässig sein sollten (dazu sogleich II), umfasst die Gestattung als Minus auch das Training generativer KI als solches.*

II. Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Schranken

Wird im Rahmen des Text und Data Mining ein Werk vervielfältigt, muss die Handlung entweder aufgrund einer gesetzlichen Schranke oder einer vertraglichen Befugnis gestattet sein. Weil die Vervielfältigungen nicht zum privaten Gebrauch erfolgen, ist § 53 UrhG nicht einschlägig. Für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung enthält § 60d UrhG eine Privilegierung.²⁴ Für die untersuchungsgegenständlichen kommerziell eingesetzten generativen KI-Anwendungen kommen die Schrankenregelungen des § 44b UrhG (1) und des § 44a UrhG (2) in Betracht, die auf unionsrechtlicher Ebene dem Drei-Stufen-Test standhalten müssen (3).

1. Art. 4 DSM-RL, § 44b UrhG bei Text und Data Mining mit oder ohne Datenkorpus

Die Art. 4 DSM-Richtlinie umsetzende Vorschrift § 44b UrhG gestattet gemäß ihres Absatz 2 Satz 1 Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text und Data Mining.²⁵ Weil die Schranke temporäre und dauerhafte Vervielfältigungen erlaubt, bietet sie sich potenziell für alle Trainingsmethoden an.

a. Tendenziell keine Anwendbarkeit für das Training generativer KI

Text und Data Mining bezeichnet ausweislich der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 2 DSM-Richtlinie „eine Technik für die automatisierte Analyse von Texten und Daten in digitaler Form, mit deren Hilfe Informationen unter

24 Aufgrund des Verweises von § 60d Abs. 1 UrhG auf § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG muss das Werk für den Nutzer rechtmäßig zugänglich sein (*D. Bomhard* in: H.-P. Götting/A. Lauber-Rönsberg/N. Rauer (Hrsg.), BeckOK UrhR, Stand 15.2.2024, § 60d UrhG Rn. 15).

25 Etwaige technisch bedingte Änderungen, etwa Umwandlungen in andere Dateiformate, gestattet § 23 Abs. 3 UrhG.

anderem – aber nicht ausschließlich – über Muster, Trends und Korrelationen gewonnen werden können.“

Generative KI wird mit dem gesamten Inhalt geistiger Schöpfungen trainiert. Dies lässt sich allenfalls schwerlich unter das Gewinnen von (bestimmten) Informationen subsumieren, zumal die drei genannten Beispiele erheblich hinter einer vollständigen Erfassung des Inhalts zurückbleiben.²⁶ Auch werden die (umfassenden) Informationen nicht der menschlichen Wahrnehmung zugänglich gemacht, sondern verbleiben im trainierten System, was nach dem allgemeinen Sprachgebrauch für ein „Gewinnen“ nicht ausreichend ist.²⁷ Folglich streitet der *Wortlaut* tendenziell gegen eine Anwendung der Schranke für generative KI.

In *historischer* Hinsicht legen die Erwägungsgründe der DSM-Richtlinie nahe, dass der Unionsgesetzgeber im Jahr 2019 keine generative KI vor dem geistigen Auge hatte: Die gesetzgeberische Einschätzung, es „besteht weitgehend Einvernehmen darüber, dass diese Technik vor allem für die Forschung von besonderem Nutzen ist“²⁸, passt nicht zu ChatGPT und anderen generativen KI-Anwendungen. Wenngleich es an anderer Stelle heißt, ein Ziel sei die „Privatwirtschaft zu Innovationen anzuregen“²⁹, legen die Erwägungsgründe in der Gesamtschau nahe, dass damit die Entwicklung neuer Produkte (und nicht von Konkurrenzprodukten) gemeint ist.³⁰

Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass der Unionsgesetzgeber 2024 in der KI-Verordnung von einer Anwendbarkeit der DSM-Richtlinie auf generative KI ausgeht³¹. Die KI-Verordnung ändert die DSM-Richtlinie nicht. Eine – je nach Ansicht – deklaratorische Klarstellung oder

26 Ähnlich *H. Schack*, Auslesen von Webseiten zu KI-Trainingszwecken als Urheberrechtsverletzung de lege lata et ferenda, NJW 2024, 113 Rn. 8; tendenziell a.A. (eine Unterscheidung zwischen „in den Daten verborgenen Informationen“ und „dem Inhalt der geistigen Schöpfung“ sei nicht möglich) LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 44.

27 Die englische Fassung lautet „in order to generate information“.

28 Erwägungsgrund 8 S. 3 RL (EU) 2019/790, ABl. L 130/92.

29 Erwägungsgrund 18 S. 4 RL (EU) 2019/790, ABl. L 130/92; u.a. deshalb die Anwendbarkeit der Norm für generative KI bejahend *Maamar* Fragen (Fn. 2), 483.

30 Ausführlich zum europäischen Gesetzgebungsverfahren *Dornis/Stober*, Training (Fn. 18), S. 122 ff.

31 Erwägungsgründe 105, 99 (große generative KI-Modelle sind ein typisches Beispiel für ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck), Art. 53 Abs. 1 lit. c (geht davon aus, dass Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck Text und Data Mining iSd Art. 4 DSM-RL vornehmen können) VO (EU) 2024/1689, ABl. L 12.7.2024; LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 48 und *D. Bomhard* in: H.-P. Götting/A. Lauber-Rönsberg/N. Rauer (Hrsg.), BeckOK UrhR, Stand 15.2.2024,

konstitutive Änderung des Urheberrechts müsste als solche deklariert werden. Deshalb ist ein *systematischer* Schluss, dass generative KI aufgrund der KI-Verordnung vom Text und Data Mining-Begriff der DSM-Richtlinie umfasst sei, abzulehnen.

Gegen eine Erfassung generativer KI streiten schließlich Art. 4 Abs. 2 DSM-RL, § 44b Abs. 2 S. 2 UrhG: Vervielfältigungen dürfen nur so lange aufbewahrt werden, wie es für die Zwecke des Text und Data Mining notwendig ist. Text und Data Mining bezeichnet das Training und nicht das trainierte System. Der Gesetzgeber geht demnach davon aus, dass *sämtliche Vervielfältigungen nach dem Training löschar* sind. Weil bei generativer KI durch geschickte Prompts einzelne Werke oder geschützte Werkteile wiederherstellbar sind³², existieren die Vervielfältigungen im rechtlichen Sinne indessen so lange wie es das trainierte System gibt. Aufgrund der potenziellen Wiederherstellbarkeit ist eine vollständige Löschung im rechtlichen Sinne nicht möglich. Auch dieser Gedankengang offenbart, dass der Gesetzgeber in der DSM-Richtlinie keine generative KI erfassen wollte. Sicher ist vorliegendes Verständnis vom Anwendungsbereich der DSM-Richtlinie allerdings nicht – Klarheit vermag erst eine EuGH-Entscheidung zu schaffen.³³

Das LG Hamburg sah 2024 *die Erstellung eines Datensatzes*, der auch für das Trainieren generativer KI nutzbar ist³⁴, als gemäß § 44b UrhG erlaubte Nutzungshandlung an³⁵, ließ hingegen explizit offen, ob die Schranke auch „das Training von Künstlicher Intelligenz in seiner Gesamtheit“³⁶ gestattet, weil es diese Frage streitgegenständlich für nicht entscheidungserheblich hielt. Die im Urteil vorgenommene *Differenzierung zwischen der (streitgegenständlichen) Erstellung eines Trainingsdatensatzes und dem nachfolgenden Training*³⁷ ist technisch und chronologisch richtig. Unzutreffend ist indessen, die Erstellung eines Trainingsdatensatzes deshalb als von der

§ 44b UrhG Rn. 11b halten diesen systematischen Schluss für bedeutsamer als die Verfasser.

32 Oben AI 2.

33 Anwendbarkeit verneinend *Schack*, Auslesen (Fn. 26), Rn. 8; behägend *F. Hofmann*, Thesen (Fn. 17), Rn. 15; *de la Durantaye*, »Garbage in, garbage out« – Die Regulierung generativer KI durch Urheberrecht, ZUM 2023, 645 (651); *Maamar* Fragen (Fn. 2), 483 (ohne Begründung); *Heine*, Generative KI (Fn. 14), Rn. 12; zweifelnd *Pukas* KI-Trainingsdaten (Fn. 14), 618.

34 LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 2.

35 LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 38 ff.

36 LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 40.

37 LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 45.

Schranke umfasst anzusehen, weil die anschließenden Verwendungszwecke möglicherweise noch nicht abschließend feststehen³⁸: Die Schranke der Art. 4 Abs. 1 DSM-RL, § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG gestattet ausweislich ihres Wortlauts lediglich *zum Zwecke* des Text und Data Mining vorgenommene Vervielfältigungen. Steht die Verwendung des Datensatzes zu einer Form des Text und Data Mining nicht bereits anfänglich fest, so deckt die Schranke die vorgenommenen Vervielfältigungen zur Erstellung des Datensatzes nicht ab, weil ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Entgegen der Kammer ist eine isolierte „Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit der Erstellung des Trainingsdatensatzes als solche[r]“³⁹ nicht möglich. Vielmehr ist die Zielsetzung miteinzubeziehen, mithin bilden die Vervielfältigungen, die Erstellung des Trainingsdatensatzes und das beabsichtigte Training in seiner konkreten Form rechtlich ein unteilbares Ganzes. Vervielfältigungen zur Erstellung eines Trainingsdatensatzes sind lediglich dann zulässig, wenn der beabsichtigte anschließende Trainingsablauf als Text und Data Mining im Sinne der Schranke zu klassifizieren ist.⁴⁰

Unter der Prämisse, dass die Schranke der Art. 4 DSM-RL, § 44b UrhG Vervielfältigungen zum Training generativer KI nicht erfasst, muss das Softwareunternehmen *für die Bildung eines Datenkorpus Vervielfältigungsstücke erwerben*.

b. Maschinenlesbarer Nutzungsvorbehalt

Unter der gegenteiligen Prämisse, dass die Schranke das Training generativer KI umfasst, gestatten Art. 4 Abs. 3 DSM-RL, § 44b Abs. 3 UrhG den Rechtsinhabern, einen Nutzungsvorbehalt zu erklären. Bei online zugänglichen Werken muss dies in maschinenlesbarer Form erfolgen. Die (unklaren) Anforderungen für eine Maschinenlesbarkeit⁴¹ weisen ebenso keinen Bezug zur Forschungsfrage auf, wie die (unklare) Informationspflicht in

38 Dahingehend aber LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 46: „Die konkreten Anwendungsmöglichkeiten bei einer sich rasant entwickelnden Technologie wie der KI sind zum Zeitpunkt der Erstellung des Trainingsdatensatzes daher nicht abschließend absehbar und mithin nicht rechtssicher feststellbar“.

39 LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 46.

40 Bei Redaktionsschluss lagen noch keine Urteilsanmerkungen vor.

41 Das LG Hamburg legt den Begriff iSv „Maschinenverständlichkeit“ aus und stellt an diese niedrige Anforderungen, indem es den Einsatz von KI-Anwendungen verlangt (LG Hamburg GRUR-RS 2024, 25458 Rn. 65, 70).

der KI-Verordnung⁴², die den Inhabern von Urheberrechten die Ausübung ihres Vetorechts erleichtern soll⁴³. *Um die Optionen für einen kohärenten Rechtsrahmen zu systematisieren, genügt es zu reflektieren, dass die Möglichkeit eines Opting-Out prinzipiell besteht.*

2. Art. 5 InfoSoc-RL, § 44a UrhG bei Text und Data Mining ohne Datenkorpus

Die Schranke erlaubt temporäre Vervielfältigungshandlungen (a), deren alleiniger Zweck es ist, eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben (b).

a. Temporäre Vervielfältigungen statt Datenkorpus

aa. Relevanz der Abgrenzung

Eine generative KI kann entweder mit einem lokalen dauerhaften Datenkorpus oder mit Webdokumenten ohne dauerhaften Datenkorpus trainiert werden.⁴⁴ Die Unterscheidung zwischen dauerhaften und temporären Vervielfältigungen vermag – in Abhängigkeit von der Rechtsauffassung betreffend § 44b UrhG – in folgenden Konstellationen rechtliche Relevanz zu zeitigen:

Sofern § 44b UrhG für das Training generativer KI nicht anwendbar ist, können Vervielfältigungen allein durch § 44a UrhG gerechtfertigt werden. Das Softwareunternehmen muss folglich entweder Vervielfältigungsstücke von Werken entgeltlich erwerben, mit diesen einen Datenkorpus bilden (bis hierhin nimmt es keine urheberrechtlich relevante Handlung vor) und darf sodann (wenn § 44a UrhG einschlägig ist) die generative KI mittels temporärer Vervielfältigungen trainieren. Oder das Unternehmen liest die Werke mittels vorübergehender Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher direkt aus dem Internet aus.

Sofern § 44b UrhG (entgegen hiesiger Auffassung) für generative KI anwendbar ist, hat § 44a UrhG eine eigenständige Bedeutung, wenn der Urhe-

42 Art. 53 Abs. 1 lit. d VO (EU) 2024/1689, ABl. L 12.7.2024; dazu ausführlich und überzeugend *de la Durantaye* Garbage (Fn. 33), 655 f.

43 Erwägungsgrund 107 VO (EU) 2024/1689, ABl. L 12.7.2024.

44 Oben A I 1.

ber den Nutzungsvorbehalt (in maschinenlesbarer Form) erklärt. Sodann kann das Unternehmen das betroffene Werk entgeltlich erwerben und dem Datenkorpus hinzufügen oder das Werk mittels temporärer Vervielfältigungen direkt aus dem Internet auslesen. *Die Schranke des § 44a UrhG kennt kein Opting-Out.*

bb. Praktische Abgrenzungsschwierigkeiten

Die Abgrenzung zwischen dauerhaften und temporären Vervielfältigungen ist demnach, wenn man § 44b UrhG für nicht anwendbar hält, sehr bedeutend, und wenn man § 44b UrhG für anwendbar erachtet, im Falle des Opting-Out relevant.

Die in früheren Jahren einfach mögliche Unterscheidung zwischen flüchtigem Arbeitsspeicher ("RAM") und persistentem Festplattenspeicher ("HDD") hat sich in den letzten Jahren verkompliziert, da *Hybrid-Systeme zum Standard geworden sind*, die sehr große Mengen von flüchtigem Arbeitsspeicher (RAM) mit etwas langsameren persistenten Speicher (SSDs) sowie sehr großen Magnet-Festplatten ("HDD") dynamisch kombinieren. Persistente Datenspeicher verwenden unterschiedliche Technologien zum Speichern von Informationen, sodass das sichere Löschen von Daten teilweise mit technischem Aufwand verbunden ist und Daten auf Datenträgern beim Löschen lediglich als "freigegeben" markiert werden, ohne dass die Daten physikalisch gelöscht wären. *In der Praxis bedeutet dies, dass bei temporären Vervielfältigungen der Speicherplatz durch das Lernprogramm für neue Aufgaben freigegeben wird, aber erst dann gelöscht bzw. überschrieben wird, wenn der Platz benötigt wird.* Daher kann es beim Eingriff in die Steuerungssoftware der Speicherelemente (z.B. von SSD-Festplatten) möglich sein, als gelöscht markierte Daten wiederherzustellen. Vor diesem Hintergrund *sind temporäre und dauerhafte Vervielfältigungen technisch nicht (mehr) trennscharf abgrenzbar.*

Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien sind sich der *Unions- und Bundesgesetzgeber über die Abgrenzungsschwierigkeiten bewusst.* So wurde die Schranke des Art. 4 DSM-RL auch geschaffen, um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen: Die Nutzer des Text und Data Mining könnten mit Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage konfrontiert sein, „ob Vervielfältigungen und Entnahmen zum Zwecke des Text und Data Mining bei rechtmäßigem Zugang zu Werken oder sonstigen Schutzgegenständen vor-

genommen werden dürfen, insbesondere wenn bei den zum Zwecke der Durchführung des technischen Vorgangs vorgenommenen Vervielfältigungen und Entnahmen möglicherweise nicht alle Bedingungen der für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen in Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen Ausnahme erfüllt sind.“⁴⁵ Der Bundesgesetzgeber hat bei der Ausgestaltung von § 44b UrhG auf eine Vergütungspflicht unter anderem verzichtet, weil „die mit Artikel 4 DSM-RL beabsichtigte Rechtssicherheit für Nutzer des Text und Data Mining nicht erreicht werden könnte, wenn in Zukunft ermittelt werden müsste, ob lediglich eine ephemere Kopie erstellt wird (dann nach § 44a UrhG in jedem Fall vergütungsfrei) oder eine sonstige Vervielfältigung (dann gegebenenfalls nach § 44b UrhG-E vergütungspflichtig).“⁴⁶

b. Streit über eigene wirtschaftliche Bedeutung

Die Analyse als solche („elektronische Lektüre“) ist – *sofern man ein unbenanntes Verwertungsrecht verneint*⁴⁷ – keine urheberrechtlich relevante Handlung und damit eine *rechtmäßige Nutzung* im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG. Flüchtige und begleitende Vervielfältigungshandlungen stellen einen integralen und wesentlichen Teil der Analyse als technisches Verfahren dar. Lebhaft diskutiert wird indessen, ob temporäre Vervielfältigungshandlungen beim Training generativer KI „keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben“⁴⁸.

Betreffend temporäre Vervielfältigungen im *Speicher eines Satellitenrecorders* subsumierte der EuGH, dass der bloße Empfang der streitgegenständlichen Sendungen als solcher, „also die Erfassung ihres Signals und ihre visuelle Darstellung im privaten Kreis“⁴⁹ keine urheberrechtliche Bedeutung haben, also eine rechtmäßige Nutzung des Werkes sind. Um der Schranke „nicht ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen, muss die wirtschaftliche Bedeutung in dem Sinne eigenständig sein, dass sie über den wirtschaftlichen Vorteil, der durch den bloßen Empfang einer Sendung mit geschützten Werken entsteht, das heißt über den Vorteil, der sich aus der

45 Erwägungsgrund 18 S. 3 RL (EU) 2019/790, ABl. L 130/92.

46 BT-Drs. 19/27426, S. 88.

47 Oben A I 4.

48 Art. 5 Abs. 1 RL 2001/29/EG, ABl. L 167/10; § 44a UrhG.

49 EuGH MMR 2011, 817 Rn. 171.

bloßen Erfassung der Sendung und ihrer visuellen Darstellung ergibt, hinausgeht.“⁵⁰ Durch die temporären Vervielfältigungen im Satellitenrecorder entsteht kein zusätzlicher wirtschaftlicher Vorteil. Ferner haben *Produktivitätssteigerungen* keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, wenn die „wirtschaftlichen Vorteile nur bei der [rechtmäßigen] Nutzung des vervielfältigten Werks entstehen, sodass sie von den Vorteilen, die sich aus der [rechtmäßigen] Nutzung des Werks ergeben, weder zu unterscheiden noch zu trennen sind.“⁵¹

Entsprechendes muss für die *elektronische Werkanalyse* gelten: Aus temporären Vervielfältigungen von Werken oder Werkteilen resultiert kein über die rechtmäßige Analyse hinausgehender Vorteil. Der mittelbare Zweck des Trainings, namentlich softwaregenerierte Konkurrenzprodukte zu schaffen, hat eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung. Das ist nach dem Wortlaut allerdings nicht erheblich. Es erschließt sich nicht, warum die wohl herrschende Meinung⁵² mit dem mittelbaren Zweck eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung des Trainingsablaufs bejaht. Als Kontrollüberlegung zur analogen Welt wird die Lektüre einer fremden Doktorarbeit nicht deshalb urheberrechtlich relevant, weil der Leser das Werk zu einer eigenen Doktorarbeit (Konkurrenzprodukt) umformulieren möchte. Ein über die elektronische Analyse hinausgehender Vorteil bestünde etwa, wenn das Softwareunternehmen die temporären Vervielfältigungen weiter veräußert⁵³ oder ein Computerprogramm (die Anwendbarkeit von § 44a UrhG unterstellt) in die Arbeitsspeicher mehrerer Rechner geladen und dadurch parallel und intensiver genutzt wird⁵⁴ (vergleichbar mit dem Kopieren eines Buches).

In der DSM-Richtlinie geht der Gesetzgeber zutreffend davon aus, dass die Schranke der Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL, § 44a UrhG „auch künftig auf Verfahren des Text und Data Mining angewandt werden sollte, die nicht die

50 EuGH MMR 2011, 817 Rn. 175.

51 EuGH ZUM 2012, 398 Rn. 51.

52 *Pesch/Böhme*, Artpocalypse (Fn. 14), 1006; *J. Sigmüller/D. Gassner*, Softwareentwicklung durch Open-Source-trainierte KI – Schutz und Haftung, RDi 2023, 124 (126); *Schack*, Auslesen (Fn. 26), Rn. 6; unentschlossen *F. Hofmann*, Thesen (Fn. 17), Rn. 14; *Maamar* Fragen (Fn. 2), 485.

53 *G. Spindler*, Text und Data Mining – urheber- und datenschutzrechtliche Fragen, GRUR 2016, 1112 (1115); praktisch erscheint das schwierig vorstellbar und zudem wäre das Verbreitungsrecht tangiert.

54 Dahingehend BGH GRUR 2011, 418 Rn.17 (zu beachten ist der Plural „weiterer Arbeitsplatzrechner“).

Anfertigung von Kopien in einem über diese Ausnahme hinausgehenden Umfang einschließen.⁵⁵ Die Schranke der Art. 4 DSM-RL, § 44b UrhG erlaubt temporäre und dauerhafte Vervielfältigungen, allerdings erfasst ihr Anwendungsbereich nach vorliegender Auffassung keine generative KI⁵⁶. Demgegenüber gestatten Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL, § 44a UrhG lediglich temporäre Vervielfältigungen, doch erstreckt sich der Zweck auf sämtliche rechtmäßige Nutzungen. *Der Anwendungsbereich ist nicht auf den Text und Data Mining-Begriff der Art. 4 DSM-RL, § 44b UrhG beschränkt und umfasst demnach auch das Training generativer KI.*

3. Tendenziell partielle Unionsrechtswidrigkeit der §§ 44a, 44b UrhG wegen Drei-Stufen-Test

Als Zwischenergebnis gestattet § 44a UrhG temporäre Vervielfältigungen zum Training generativer KI, während § 44b UrhG nicht anwendbar ist. Beide Auffassungen sind mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet. *Erachtet man die bundesgesetzlichen Schranke(n) bei rein nationaler Betrachtung für anwendbar auf das Training generativer KI, gilt es zu klären, ob die Vorschriften auf unionsrechtlicher Ebene dem Drei-Stufen-Test standhalten, der die Funktion einer „Schrankenschranke“⁵⁷ erfüllt. Wäre das nicht der Fall, so müssten entweder die Schranke(n) praeter legem unionsrechtskonform ausgelegt⁵⁸ und ihre Anwendung für generative KI im Ergebnis verneint werden oder – sofern eine unionsrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des Bundesrechts nicht möglich sein sollte – die Schranke(n) wegen des Anwendungsvorrangs⁵⁹ des Unionsrechts unangewendet bleiben.*

55 Erwägungsgrund 9 RL (EU) 2019/790, ABl. L 130/92; der Bundesgesetzgeber teilt dieses Verständnis betreffend § 44a UrhG (BT-Drs. 19/27426, S. 88).

56 Oben A II 1 a.

57 H.-P. Götting in: U. Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2021, § 30 Rn. 22. Die Anführungszeichen finden sich im Original.

58 Der EuGH legt Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL im Lichte des Absatz 5 aus und erkennt Absatz 5 keine eigenständige Bedeutung zu (EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 63; EuGH ZUM 2012, 398 Rn. 56 f.).

59 Das Unionsrecht ist über Art. 23 Abs. 1 GG Bestandteil des Maßstabs der richterlichen Tätigkeit nach Art. 20 Abs. 3 GG (*W. Kluth*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen - Schlusstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, DVBl 2004, 393 (399)); zum Verhältnis von unionsrechtskonformen Fortbildungen des nationalen Rechts und

Der in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL, Art. 7 Abs. 2 DSM-RL verankerte Drei-Stufen-Test verlangt, dass die Schranke(n) „nur in *bestimmten Sonderfällen* angewandt werden, in denen die *normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt* wird und die *berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt* werden.“ Anders als § 44a UrhG adressiert der Drei-Stufen-Test nicht lediglich Vervielfältigungshandlungen im Rahmen des Trainings, sondern bezieht mittelbare Auswirkungen ein. Durch Text und Data Mining werden die Trainingswerke mittelbar einer neuen Verwertung zugeführt⁶⁰, weil die Ausgaben der algorithmischen Systeme als Konkurrenzprodukt zu klassifizieren sein können⁶¹. Dadurch wird die normale Verwertung der geschützten Werke beeinträchtigt, weil sich normalerweise die Transaktionen verringern⁶². *Eine ungebührliche Verletzung der berechtigten Urheberinteressen wäre allenfalls bei einer Vergütungspflicht abzulehnen.* Der Drei-Stufen-Test legt demnach nahe, Text und Data Mining zum Training generativer KI als unionsrechtlich verboten einzugruppieren. Diese Auffassung muss ebenfalls als rechtsunsicher gelten.⁶³

Weil der Drei-Stufen-Test neben dem Unionsrecht auch in *völkerrechtlichen Verträgen* verankert ist (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS⁶⁴), würde seine Abschaffung eine vorherige Änderung der Verträge erfordern.

III. Keine Geltung europäischer Urheberrechtsstandards für Training in Drittstaaten

Wegen des *Schutzlandprinzips* (Art. 8 Abs. 1 Rom-II-Verordnung) ist das europäische Urheberrecht nur für in der Union vorgenommene Vervielfäl-

Anwendungsvorrang *W. Kahl* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 4 EUV Rn. 161 f.

60 *Spindler*, Fragen (Fn. 53), 1116.

61 *M. Baumann*, Generative KI und Urheberrecht – Urheber und Anwender im Spannungsfeld, NJW 2023, 3673 Rn. 15.

62 So zum Streaming über einen multimedialen Medienabspieler EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 70.

63 Für eine Unvereinbarkeit mit dem Drei-Stufen-Test *Dornis/Stober*, Training (Fn. 18), S. 142 ff.

64 „Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder“ (https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#art1).

tigungshandlungen anwendbar. Im Bereich des Satellitenrundfunks wird heute mehrheitlich vertreten, dass neben dem Urheberrecht des Sendelandes auch jenes des Empfangslandes anzuwenden ist (*Bogsch-Theorie*). Die Bogsch-Theorie lässt sich auf viele Internetsachverhalte übertragen, etwa wird ein Werk durch Streaming weltweit öffentlich zugänglich gemacht, weshalb sich Verwerter die Weltrechte einräumen lassen müssen, um keine Urheberrechtsverletzung zu riskieren.⁶⁵ Auf das Training generativer KI lässt sich die Bogsch-Theorie indessen nicht transferieren, weil dieses an einem Ort erfolgt. Lediglich die Ausgaben des trainierten Systems können weltweit durch Prompts abgerufen werden, weshalb – wenn der Output urheberrechtlich geschützte Werke oder Werkteile enthält – bezüglich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung⁶⁶ eine Anwendung der Bogsch-Theorie zu bejahen ist. *Demnach ist für das Training allein das Urheberrecht des Trainingsortes anwendbar.*

Das europäische Urheberrecht ließe sich für jene Systeme, deren Output in der EU abrufbar ist, indirekt über eine *marktortbezogene Produktregulierung* durchsetzen.⁶⁷ Einen dahingehenden Ansatz enthalten Erwägungsgrund 106 sowie Art. 53 Abs. 1 lit. c KI-Verordnung. Letzterer hält die Anbieter generativer KI-Anwendungen an, eine Strategie zur Einhaltung des Urheberrechts der Union und insbesondere zur Ermittlung und Einhaltung des in Art. 4 Abs. 3 DSM-RL, § 44b Abs. 3 UrhG vorgesehenen Nutzungsvorbehalts auf den Weg zu bringen. Allerdings ist das europäische Urheberrecht nicht tangiert und damit eingehalten, wenn das Training in anderen Erdteilen erfolgt. Deshalb ergänzt Erwägungsgrund 106: „Jeder Anbieter, der ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck in der Union in Verkehr bringt, *sollte* diese Pflicht erfüllen, unabhängig davon, in welchem Hoheitsgebiet die urheberrechtlich relevanten Handlungen, die dem Training dieser KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck zugrunde liegen, stattfinden. Dies ist erforderlich, um gleiche Wettbewerbsbedingungen für Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck sicherzustellen, unter denen kein Anbieter in der Lage sein sollte, durch die Anwendung niedrigerer Urheberrechtsstandards als in der Union einen Wettbewerbsvorteil auf dem Unionsmarkt zu erlangen.“

65 J. Drexler in: J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), MüKo, Band 13, 8. Aufl., München 2021, Art. 8 Rom-II-VO Rn. 289, 297 f. mwN.

66 So für den Output von ChatGPT Heine, Generative KI (Fn. 14), Rn. 7; *Gema/OpenAI* abhängig beim LG München I (Az.: 42 O 14139/24).

67 Ähnlich *Maamar* Fragen (Fn. 2), 486.

Eine rechtlich verbindliche marktortbezogene Produktregulierung enthält der Erwägungsgrund nicht, da erstens Begründungserwägungen eines Rechtsakts der Union rechtlich nicht verbindlich sind⁶⁸ und zweitens die „Pflicht“ lediglich erfüllt werden „sollte“.

B. Zusammenfassung der Ausgangslage und Einbeziehung der Ratio des Urheberrechts

1. Das Training generativer KI kann mit oder ohne *dauerhaften Datenkorpus* erfolgen.⁶⁹
2. Ein Training mit Webdokumenten ohne lokalen dauerhaften Datenkorpus erfordert *temporäre Vervielfältigungen*, nicht hingegen ein Training mit dauerhaftem Datenkorpus.⁷⁰
3. Möglich ist demnach mit entgeltlich erworbenen Vervielfältigungsstücken einen dauerhaften Datenkorpus zu erstellen und mit diesem das System ohne temporäre oder dauerhafte Vervielfältigungen zu trainieren. In diesem Fall erfolgt das *Training ohne Vervielfältigungshandlungen*.
4. Weil es technisch nicht möglich ist eine Wiederherstellung der Werke auszuschließen und kumulativ das Trainingsmaterial zu löschen, werden juristisch stets *dauerhafte Vervielfältigungen im trainierten System gespeichert* (die juristische Folgerung ist rechtsunsicher).⁷¹
5. Ob für das *Training als solches ein unbenanntes Verwertungsrecht (Innominatfall)* existiert, ist rechtsunsicher. Sollte dies zu bejahen sein, wären die Schrankenbestimmungen der §§ 44b, 44a UrhG entsprechend anzuwenden, sofern sie Vervielfältigungen zu Trainingszwecken erlauben.⁷²
6. Die Schranke des § 44b UrhG ist für das Training generativer KI *nicht anwendbar*, mithin darf ein dauerhafter Datenkorpus nur im Falle vertraglicher Befugnisse gebildet werden (rechtsunsicher).⁷³

68 EuGH BeckRS 2004, 74578.

69 Oben A I 1.

70 Oben A I 1.

71 Oben A I 2.

72 Oben A I 4.

73 Oben A II 1.

7. Die Schranke des § 44a UrhG ist für das Training generativer KI bei rein nationaler Betrachtung *anwendbar*, temporäre Vervielfältigungen sind demnach eigentlich stets gestattet (rechtsunsicher).⁷⁴
8. Allerdings sind die in den beiden vorherigen Nummern genannten Schrankenbestimmungen infolge des *Drei-Stufen-Tests* für das Training generativer KI nicht *anwendbar* (rechtsunsicher).⁷⁵
9. Europäische Urheberrechtsstandards gelten nicht für das *Training in Drittstaaten*.⁷⁶
10. Den unmittelbaren *Bezugspunkt des urheberseitigen Partizipationsinteresses* bilden die mittels generativer KI geschaffenen Konkurrenzprodukte. Die Frage nach einer angemessenen wirtschaftlichen Partizipation kann im Rahmen der *Schranken des Vervielfältigungsrechts* nicht sinnvoll beantwortet werden, weil sie dort systematisch nicht hingehört: Ob temporäre und/oder dauerhafte Vervielfältigungen erfolgen, bestimmt sich allein nach der technischen Ausgestaltung des Trainingsablaufs (Nr. 1-3). Auch der Gesetzgeber geht zutreffend davon aus, dass ein Text und Data Mining auch ohne Vervielfältigungshandlungen möglich ist⁷⁷. Folglich ist die *gegenwärtige Diskussion systematisch-teleologisch unpassend eingekleidet*; sie geht am Zweck des Urheberrechts vorbei.
11. Ferner besteht *kein Grund hinsichtlich der Einräumung eines Nutzungsvorbehaltsrechts zwischen temporären und dauerhaften Vervielfältigungen zu differenzieren*, wie es die §§ 44a, 44b UrhG aktuell vorsehen (wenn man die Schranken für *anwendbar* hält). Dies gilt umso mehr, als die beiden Vervielfältigungsarten technisch und juristisch nicht trennscharf abgrenzbar sind.⁷⁸ Wenn man ein Opting-Out befürwortet, sollte dieses einheitlich gelten.
12. *Die entscheidenden politischen Fragen müssten lauten, unter welchen – nicht an der Trainingsmethode anknüpfenden – Voraussetzungen das Training generativer KI zulässig sein soll (1) und ob für Ausgaben von generativen KI-Systemen eine marktortbezogene Vergütungspflicht eingeführt werden soll (2).*

74 Oben A II 2.

75 Oben A II 3.

76 Oben A III.

77 Erwägungsgrund 9 RL (EU) 2019/790, ABl. L 130/92; BT-Drs. 19/27426, S. 88.

78 Oben A II 2 a bb.

C. Gesetzgeberische Optionen für einen kohärenten Rechtsrahmen

In Betracht kommen eine gesetzliche Trainingsbefugnis ohne Vergütung (I), eine gesetzliche Trainingsbefugnis mit effektivem gesetzlichen Vergütungsanspruch (II) und der Verzicht auf ein gesetzliches Nutzungsrecht (III).

I. Option: Rechtssichere gesetzliche Trainingsbefugnis ohne Vergütung

Eine rechtssichere gesetzliche Trainingsbefugnis setzt erstens eine *rechtssicher anwendbare Schranke für temporäre und dauerhafte Vervielfältigungen* zum Zweck des Text und Data Mining voraus. Zweitens müsste das *Training als solches* rechtssicher gestattet sein. Eine Schranke für Vervielfältigungen würde als Minus auch das Training als solches umfassen (insoweit wäre eine Klarstellung sinnvoll), unabhängig davon, ob für das Training als solches ein unbenanntes Verwertungsrecht existiert.

Wenn bezüglich der Vervielfältigungen ein *Nutzungsvorbehaltsrecht* eingeführt wird, sollte dies auch für das Training als solches, also die bloße „elektronische Lektüre“ vorgesehen werden.⁷⁹ Hierfür müsste der Gesetzgeber ein Verwertungsrecht für das Training generativer KI als solches und eine dazugehörige Schranke einführen.

Die unionsrechtliche Option eines vergütungsfreien „right to mine“ *konfliktiert mit dem Drei-Stufen-Test*⁸⁰, der in völkerrechtlichen Verträgen (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS) verankert ist.

II. Option: Gesetzliche Trainingsbefugnis mit effektivem gesetzlichen Vergütungsanspruch

Sofern der Unionsgesetzgeber eine umfassende gesetzliche Trainingsbefugnis und als Relikt des Nutzungsrechts einen Vergütungsanspruch einführen möchte, müsste er erstens *für das Training als solches ein neues Verwertungsrecht* verankern, zweitens eine *umfassende (KI-)Schranke für das Vervielfältigungsrecht und das neue Verwertungsrecht* etablieren und drittens den *Vergütungsanspruch* ausgestalten.

79 Oben B Nr. 11 gilt entsprechend.

80 Die Einschätzung teilt *Schack*, Auslesen (Fn. 26), Rn. 24; skeptisch auch *Baumann*, Generative KI (Fn. 61), Rn. 15.

Letzterer sollte am Output der generativen KI und nicht am Input anknüpfen, weil zum einen nicht das Training, sondern die Ausgaben des Systems als ökonomisch relevante Nutzung der Trainingswerke zu qualifizieren sind, und zum anderen eine *marktortbezogene Vergütungspflicht* europäische und nichteuropäische Softwareunternehmen gleichermaßen betrefe und damit das gegen nahezu jede Regulierung vorgetragene Argument des Standortnachteils entkräftet. Die dem Erwägungsgrund 106 sowie dem Art. 53 Abs. 1 lit. c KI-Verordnung zugrundeliegende Intention, gleiche Wettbewerbsbedingungen herzustellen⁸¹, ist richtig. Eine marktortbezogene Vergütungspflicht wäre das richtige Instrument. Als Vorbild könnte die Geräte- und Speichermedienabgabe der §§ 54, 54b UrhG dienen, die für Hersteller, Importeure und Händler gleichermaßen gilt.⁸² Dadurch wäre die Verletzung der Urheberinteressen auf ein mit dem Drei-Stufen-Test vereinbares Maß reduziert.⁸³

III. Option: Verzicht auf gesetzliches Nutzungsrecht

Als dritte Option kann der Unionsgesetzgeber *für das Training als solches ein neues Verwertungsrecht einführen* und von einer gesetzlichen Schranke für das Training generativer KI und damit einhergehender Vervielfältigungen absehen.

Sodann benötigten Softwareunternehmen für ein Training in der EU ein *rechtsgeschäftlich eingeräumtes Nutzungsrecht*. Weil es aufgrund zu hoher Transaktionskosten nicht praktikabel ist mit jedem Rechtsinhaber individuell zu verhandeln und zu kontrahieren, wäre es sinnvoll, *Verwertungsgesellschaften als Intermediäre* zwischenzuschalten und erweiterte kollektive Lizenzmechanismen einzuführen.⁸⁴

81 Oben A III.

82 *Schack*, Auslesen (Fn. 26), Rn. 26.

83 Näher zur Idee der Vergütungspflicht für KI-Output *M. Senfleben*, A Tax on Machines for the Purpose of Giving a Bounty to the Dethroned Human Author – Towards an AI Levy for the Substitution of Human Literary and Artistic Works, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4123309 (abgerufen am 31.7.2024).

84 Ausführlich *Pukas* KI-Trainingsdaten (Fn. 14), 615 ff.

D. Politische Stellungnahme

Das Text und Data Mining, also das Training als solches greift nicht in die Verwertungsinteressen der Urheber ein.⁸⁵ Gegenteiliges gilt für die *Konkurrenzprodukte*, die mittels generativer KI angeboten werden.⁸⁶ Durch sie fallen potenzielle Käufer der Werke aus. Das berührt die Urheberinteressen.

Schranken dienen typischerweise *schutzwürdigen Belangen der Allgemeinheit*.⁸⁷ Dazu gehört das Text und Data Mining für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung (Art. 3 DSM-RL, § 60d UrhG), weil damit Innovationen gefördert werden. Hingegen dient das Training generativer KI-Anwendungen zuvörderst einzelnen Softwareunternehmen, die ihre Produkte entgeltlich anbieten. Dabei handelt es sich um eine gewerbliche und keine altruistische Tätigkeit.

Die Gesetzgebungsmaterialien zum Urhebergesetz aus dem Jahr 1962 enthalten generelle Überlegungen, die auch für die digitale Welt fruchtbar gemacht werden können: „Eine wichtige Grenze für die Einschränkung des Urheberrechts bildet vor allem der von der Rechtsprechung bereits zur Auslegung des geltenden Rechts entwickelte Gedanke, dass der *Urheber tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen ist*, der aus seinem Werk gezogen wird. Aus diesem Grundsatz folgt nicht nur, dass das Urheberrecht keinen Einschränkungen unterliegen darf, die *lediglich dem wirtschaftlichen Interesse einzelner Werknutzer dienen* [spräche für Verzicht auf gesetzliches Nutzungsrecht (Option III)]. Es muss auch vermieden werden, dass eine *an sich im Allgemeininteresse gebotene Einschränkung mittelbar zu einer nicht gerechtfertigten Förderung derartiger wirtschaftlicher Einzelinteressen* führt. In solchen Konfliktlagen erscheint es angebracht, lediglich den Verbotscharakter der betreffenden urheberrechtlichen Befugnis einzugrenzen, dem Urheber jedoch einen *Anspruch auf angemessene Vergütung* für die Benutzung seines Werkes zu belassen [spräche für gesetzliche Trainingsbefugnis mit Vergütungsanspruch (Option II)].“⁸⁸

85 Zutreffend *M. Stieper*, Die Schranken des Urheberrechts im Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2021, 776 (778).

86 So auch *Schack*, Auslesen (Fn. 26), Rn. 6, 8, 28.

87 *T. Dreier* in: T. Dreier/G. Schulze (Hrsg.), UrhG-Kommentar, 7. Aufl., München 2022, vor § 44a Rn. 3; *S. Lüft* in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hrsg.), UrhR-Kommentar, 6. Aufl., München 2022, vor § 44a UrhG Rn. 1.

88 BT-Drs. IV/270, S. 63. Die Kursivierungen finden sich nicht im Original.

Betreffend generative KI besteht ein *Angebotsoligopol*, da wenige Anbieter vielen Nachfragern gegenüberstehen. Es lässt sich darüber diskutieren, ob generative KI lediglich dem wirtschaftlichen Interesse der Anbieter oder auch dem Allgemeininteresse dient. Wenn man eine Schranke im Allgemeininteresse für geboten hält, sollte diese nicht mittelbar zu einer nicht gerechtfertigten Förderung wirtschaftlicher Einzelinteressen der Oligopolisten führen. Folglich sollte keine gesetzliche Trainingsbefugnis ohne Vergütung (Option I) bestehen. Sinnvoller sind die Optionen II und III, wobei eine *gesetzliche Trainingsbefugnis mit marktortbezogener Vergütungspflicht (Option II) den Vorteil böte, dass europäischen Softwareunternehmen kein Wettbewerbsnachteil entstünde*.

Abschließend sei angemerkt, dass die „künstliche Grenzintelligenz“⁸⁹ zeitnah erreicht sein könnte, weil das Trainingsmaterial ausgeschöpft ist. *Die Anbieter generativer KI sind auf neue qualitativ hochwertige Trainingswerke angewiesen*. Die Quantität von Beiträgen in den sogenannten sozialen Medien vermag Qualität nicht zu ersetzen. Deshalb gehen den Softwareunternehmen die Trainingsdaten aus. Eine Vergütung setzt einen Anreiz, neue hochwertige Trainingsdaten zu erstellen. Ein Rechtsrahmen, der dies nicht berücksichtigt, ist nicht innovationsfreundlich, weil generative KI ohne klugen menschlichen Input lediglich Unsinn imitiert.

89 J. Jürgens, Alles aufgesaugt, ZEIT Nr. 21/2024, S. 20, <https://www.zeit.de/2024/21/kuenstliche-intelligenz-trainingsdaten-suche-google-meta-openai> (abgerufen am 3.8.2024). Die Anführungszeichen finden sich nicht im Original.

KI am Steuer: Juristische Unfälle in der digitalen Welt

Mag. iur. Julia Melanie Schiestl*

I. Einleitung

Ein Gedankenexperiment nach *E. Awad et al.*: Stellen Sie sich vor, Sie sitzen in einem Auto mit autonomem Lenk- und Bremssystem. Unmittelbar vor Ihnen betritt ein Kind die Straße. Ein Bremsen zur Vermeidung einer Kollision ist nicht mehr möglich.

Die dem Fahrzeug zugrunde liegende künstliche Intelligenz erkennt drei Möglichkeiten:

1. Ihr Auto fährt geradeaus weiter, was unmittelbar zum Tod des Kindes führen würde.
2. Das Fahrzeug weicht nach links auf den Gehsteig aus, auf dem ein junges Pärchen spaziert, das infolge der Kollision sterben würde.
3. Das Auto weicht nach rechts aus und fährt gegen einen Baum. Der Aufprall würde zum Tod des „Fahrers“ – zu Ihrem Tod – führen.

Die KI Ihres Autos analysiert die Handlungsfolgen und entscheidet sich für die „beste“ der drei tödlichen Lösungen.

Diese Situation wirkt wie ein Science-Fiction-Szenario, doch sie ist näher an der Realität, als es auf den ersten Blick scheint. KI-gestützte Fahrzeuge sind bereits seit vielen Jahren im Einsatz. So werden etwa in Pörschach am Wörthersee (Österreich) seit 2017 selbstfahrende Busse genutzt.² Seit 2023 fahren autonome Taxis durch San Francisco (USA)³ und auch in

* Die Verfasserin ist Doktorandin und Projektmitarbeiterin am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz.

1 *E. Awad et al.*, The Moral Machine Experiment, *Nature*, 2018, 7729, S. 59 ff. Zum Experiment: <https://moralmachine.net/>

2 *M. W. Ninaus*, Es ist fix, selbstfahrende Autobusse ab Sommer in Klagenfurt unterwegs, *Kleine Zeitung*, 10. Juni 2024, online verfügbar unter <https://www.kleinezeitung.at/kaernten/klagenfurt/18549516/es-ist-fix-selbstfahrende-autobusse-ab-sommer-in-klagenfurt-unterwegs>. Näher zu diesem Projekt siehe <https://www.suraaa.at/>.

3 *T. Carroll*, State Agency Approves Autonomous Taxis Around the Clock in San Francisco, *Inside Hook*, 12. August 2023, online verfügbar unter <https://www.insidehook.com/autos/autonomous-taxis-approved-san-francisco>.

Deutschland ist autonomes Fahren – gänzlich ohne Lenker – in festgelegten Betriebsbereichen des öffentlichen Straßenverkehrs seit 2023 erlaubt.⁴

Künstliche Intelligenz berührt inzwischen jeden Aspekt des Alltags und nicht selten kommt es im Zuge des Einsatzes von KI-Systemen – wie im einleitenden Gedankenexperiment – zu Schäden. Es stellt sich nun die Frage: Wer haftet für die Schäden, die durch KI-Systeme verursacht werden? Ausgehend von dem einleitenden Gedankenexperiment beleuchtet der vorliegende Beitrag diese Frage *de lege lata*.

Im Eingangsbeispiel kommt eine Gefährdungshaftung des Halters des Fahrzeuges nach dem EKHG⁵ in Betracht. Autonome Fahrzeuge sind aber nicht die einzigen KI-Systeme, die bei schadensgeneigten Tätigkeiten zum Einsatz kommen. Bei anderen KI-Systemen ist eine Haftung des Herstellers (Produkthaftung) oder eine Verschuldenshaftung des Nutzers zu erwägen. Voraussetzung für verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche nach dem geltenden Recht in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ist der Nachweis von rechtswidrigem und schuldhaftem menschlichem Verhalten. KI-Systeme sind allerdings in der Regel hochkomplex und undurchsichtig und agieren darüber hinaus zumindest zu einem gewissen Grad autonom, sodass dieser Nachweis faktisch kaum möglich ist (sog. „Black-box“-Effekt). Nach dem geltenden Recht würden Verschuldensansprüche gegen die Nutzer von schadensverursachenden KI-Systemen deshalb oft ins Leere gehen.⁶ Abhilfe für dieses Rechtsschutzdefizit im geltenden Recht soll die mindestharmonisierende KI-Haftungsrichtlinie⁷ (derzeit noch im Entwurfsstadium) schaffen. Mit einem Konglomerat von Beweiserleichterungen für den außervertraglichen Bereich entsteht auf europarechtlicher Ebene ein „*adaptiertes*“ Haftungsregime für KI-Systeme. Im Folgenden

4 Verordnung zur Regelung des Betriebs von Kraftfahrzeugen mit automatisierter und autonomer Fahrfunktion und zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I 2022, S. 986.

5 Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 48/1959 idGF.

6 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Mai 2022 zur künstlichen Intelligenz im digitalen Zeitalter (2020/2266(INI)), ABl. C 472 vom 10.11.2022, S. 15 ff.

7 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM (2022) 496 final (im Folgenden: KI-Haftungsrichtlinie). Der Richtlinienentwurf wurde nach Abschluss der Bearbeitung dieses Beitrags zurückgezogen – siehe Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission work programme 2025, COM (2025) 45 final, Annex IV No. 32.

werden mögliche Haftungsansätze im österreichischen Recht *de lege lata* sowie die KI-Haftungsrichtlinie *de lege ferenda* näher analysiert.

II. Zum Begriff des KI-Systems

Bevor geklärt werden kann, unter welchen Umständen eine Haftung für künstliche Intelligenz auf welche Rechtsgrundlagen gestützt werden kann, ist der Begriff des KI-Systems zu definieren. Künstliche Intelligenz nimmt in der politischen Strategie der Europäischen Union eine zentrale Rolle ein – Ziel ist schließlich die „*digitale Transformation Europas*“.⁸ Um zu gewährleisten, dass KI-Systeme sicher sind und die Grundrechte und Werte der Europäischen Union respektieren, wurde die Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz erlassen (im Folgenden: AI-Act).⁹ Die Verordnung ist mit 1. August 2024 in Kraft getreten und führt unter anderem Regeln für das Risikomanagement und die Datenverwaltung ein. Außerdem verpflichtet sie die Hersteller dazu, KI-Systeme so zu konzipieren, dass ein Nachvollziehen ihrer Funktionsweise möglich ist („*erklärbare KI*“¹⁰). Da der AI-Act in Form einer Verordnung erlassen wurde, ist eine Transformation in das nationale Recht der Mitgliedsstaaten nicht erforderlich; er findet unmittelbar Anwendung.¹¹ Zu beachten ist freilich, dass es sich beim AI-Act per se nicht um eine zivilrechtliche Norm handelt, wenngleich er wohl als Schutzgesetz zu qualifizieren ist.¹² Die Verordnung stellt primär Anforderungen an die Hersteller und Betreiber von KI-Systemen bzgl der Transparenz der Systeme und der Datennutzung.

8 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Gestaltung der digitalen Zukunft Europas, COM (2020) 67 final.

9 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz - AI Act), ABl. L 1689 vom 12. Juli 2024, S. 1 (im Folgenden: AI-Act).

10 ErwGr 27 u. 59 AI-Act.

11 Siehe nur *M. Ruffert* in: *Calliess/Ruffert/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München 2022, Art 288 AEUV Rn. 21 ff. und *E. Stocker/P. Vcelouch* in: *Jaeger/Stöger* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art 288 AEUV (Stand 1.7.2023, rdb.at) Rn. 17 ff.

12 *R. Theis*, Auswirkungen der KI-Verordnung und der KI-Haftungs-Richtlinie auf die Haftung beim KI-Einsatz in der Finanzbranche, *BKR* 2024, 414 (416 f.).

Für den vorliegenden Beitrag relevant ist aber die Definition des Begriffs des KI-Systems in Art 3 Abs 1 des AI-Acts als „*maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können.*“

KI-Systeme iSd AI-Acts sind somit

1. **maschinenbasierte Systeme**,
2. die eine gewisse **Autonomie**
3. und **Anpassungsfähigkeit** aufweisen können.
4. Sie **verarbeiten Eingaben**, um ausdrücklich vorgegebene oder aus den Programmierungsvorgaben abgeleitete Ziele zu erreichen,
5. und erzeugen auf Basis der analysierten Eingaben **Ausgaben**. Diese Ausgaben können Vorhersagen, Empfehlungen, Inhalte oder Entscheidungen umfassen.
6. Die erzeugten Ausgaben des KI-Systems haben wiederum einen direkten **Einfluss auf die (physische oder virtuelle) Umgebung**, in der das System arbeitet.

Hauptwesensmerkmal von KI-Systemen ist demnach, dass sie zumindest zu einem gewissen Grad autonom agieren können. Diese Definition von KI-Systemen ist bewusst breit gefasst, um eine Vielzahl von Technologien zu erfassen und sicherzustellen, dass zukünftige Entwicklungen ebenfalls vom Anwendungsbereich des AI-Acts erfasst sind.¹³ Den folgenden Ausführungen wird diese Definition von KI-Systemen im AI-Act wegen der unionsrechtlichen Tendenz zur Begriffsharmonisierung¹⁴ zugrunde gelegt. So stellt auch die KI-Haftungsrichtlinie (näher dazu unter VI.) auf die Begriffsdefinition des AI-Acts ab.

13 Näher zur Definition des KI-Systems siehe C. Wendehorst/B. Nessler/A. Aufreiter/G. Aichinger, Der Begriff des „KI-Systems“ unter der neuen KI-VO, MMR 2024, 605.; C. Wendehorst, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), KI-VO: Verordnung über Künstliche Intelligenz: Kommentar, 1. Aufl., München 2024, Art 3 Rn. 3 ff.

14 Art 2 Abs 1 bis 4 der KI-Haftungsrichtlinie.

III. Gefährdungshaftung nach dem EKHG

KI-Systeme sind in diversen Bereichen im Einsatz – so auch, wie im Eingangsbeispiel, in Form von selbstfahrenden Autos. Im Bereich des autonomen Fahrens lässt sich die Haftungsfrage *de lege lata* vergleichsweise leicht klären: Auch autonome Fahrzeuge sind Kraftfahrzeuge iSd EKHG. Demnach kommt die im EKHG normierte Gefährdungshaftung zur Anwendung. Der Halter des autonomen Fahrzeuges haftet also grundsätzlich für Sach- und Personenschäden, die bei einem Unfall mit dem Kraftfahrzeug entstehen.¹⁵

1. Ausnahmetatbestand des „unabwendbaren Ereignisses“ und Gegenausnahme „außergewöhnliche Betriebsgefahr“

Das EKHG enthält einen wesentlichen Ausnahmetatbestand für die Erfolgshaftung des Halters. Gem § 9 Abs 1 EKHG hat der Halter nicht zu haften, wenn „*der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wurde, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Verrichtungen [...] des Kraftfahrzeugs beruhte*“. Abs 2 sieht eine Gegenausnahme für jene Unfälle vor, bei denen sich die sog außergewöhnliche Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeuges verwirklicht. Es kommt somit zur Haftungsbefreiung wegen eines unabwendbaren Ereignisses, wenn das Fahrzeug 1. technisch einwandfrei funktioniert und 2. der Halter bzw Fahrer jede zumutbare Sorgfalt eingehalten hat. Selbst wenn die Sphäre des Halters völlig mangelfrei war, haftet er trotzdem, wenn sich die außergewöhnliche Betriebsgefahr des Fahrzeuges etwa aufgrund des Verhaltens eines nicht beim Betrieb tätigen Dritten oder eines Tieres verwirklicht – zB weil eine nicht-spurhaltende Notbremsung vorgenommen wird und das Fahrzeug unlenkbar wird.¹⁶

Auf das autonome Fahren umgewälzt bedeutet diese Ausnahme Folgendes: Erkennt das autonome Fahrzeug zB wegen verschmutzter Sensoren oder wegen eines Softwarefehlers ein anderes Fahrzeug nicht rechtzeitig und fährt in der Folge darauf auf, kommt eine Haftungsbefreiung nicht

15 Siehe nur L. Windsteiger, *Autonomes Fahren*, in: Riedler (Hrsg.), *Versicherungsrecht – Versicherungspraxis*, Bd. 8, Wien 2018, S. 20 ff.

16 H. Koziol/ P. Apathy/ B. A. Koch, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Bd. III, 3. Aufl., Wien 2014, Rn. A/2/83 ff.

in Frage. § 9 EKHG verlangt nämlich für die Haftungsbefreiung, dass das Auto technisch einwandfrei funktioniert. In diesem Fall haftet folglich der Halter.¹⁷ Verursacht etwa ein Hackerangriff einen Softwarefehler und kommt es infolgedessen zu einem Unfall, greift die Haftungsbefreiung von § 9 EKHG ebenso wenig.¹⁸ Der Halter haftet analog zu den sog Marderbiss-Fällen. In diesen Fällen hat der OGH ausgesprochen, dass es auch kein unabwendbares Ereignis iSv § 9 EKHG darstellt, wenn die Bremsschläuche von einem Marder durchgebissen wurden und es deshalb zu einem Unfall kam.¹⁹ Grund dafür ist, dass das Auto in diesen Fällen eben nicht technisch einwandfrei ist – es kommt zu einem „Versagen der Verrichtungen“. Ein solches Versagen liegt immer dann vor, „wenn nicht die Wirkungen eintreten, die normal mit der Handhabung verbunden sind.“²⁰ Wird das Fahrzeug also durch einen Hackerangriff unlenkbar oder funktioniert die Fahrsoftware nicht, dann begründet das ein solches „Versagen der Verrichtungen“.²¹ Wer den Mangel des Kfz zu verantworten hat und aus welchem Grund die „Verrichtungen“ versagen, ist irrelevant. Ist eine Verrichtung fehlerhaft, greift die Haftungsbefreiung des § 9 EKHG schlichtweg nicht ein. Das ist auch insofern stimmig, als der Grund für die Erfolgshaftung des Halters die erhöhte Betriebsgefahr ist, die mit dem motorisierten Verkehr verbunden ist und durch technische Defekte des Fahrzeuges zutage tritt. Der Halter haftet also auch dann, wenn der Unfall aufgrund einer für ihn nicht kontrollierbaren, nicht sichtbaren Manipulation der Verrichtungen passiert.

Je nachdem, ob ein Hacker die gesamte Fahrzeugführung unter seine Kontrolle bringt, könnte dieser allenfalls als eigenmächtiger Schwarzfahrer gem § 6 EKHG zu qualifizieren sein. Dann würde dieser anstelle des Halters haften, sofern der Halter den vollständigen Kontrollverlust faktisch nicht verhindern kann.²²

17 Siehe nur A. Eustacchio, *Automatisiert zum Recht*, ZVR 2017, 509 (510 f.); M. Harnoncourt, *Haftungsrechtliche Aspekte des autonomen Fahrens*, ZVR 2016, 546 (548); Windsteiger, *Autonomes Fahren* (Fn. 14) S. 22 ff.

18 Näher dazu siehe F. Laher, *Hackerangriff und Haftung nach EKHG*, ZVR 2024, 191 ff.

19 OGH 07.06.1979, 8 Ob 91/79, ZVR 1980/162 mwN.

20 M. Schauer in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar*, Bd. 11, 5. Aufl., Wien 2022, § 9 EKHG Rn. 55.

21 Laher, *Hackerangriff* (Fn. 17), 192 f.

22 Laher, *Hackerangriff* (Fn. 17), 191 ff.

2. Haftung in Triage-Situationen

Geschehen Unfälle, die auf Probleme bei der Autonomisierung des Kfz zurückzuführen sind, wird die Sphäre des Halters wohl nur selten mangelfrei sein, sodass in der Regel kein Ausnahmetatbestand nach § 9 Abs 2 EKHG vorliegt. Selbst das einführende Gedankenexperiment könnte nicht in allen Handlungsalternativen einen Ausnahmefall begründen. In dem geschilderten Fall funktionieren die Verrichtungen einwandfrei; sie entscheiden sich auf der Grundlage der Programmierung ordnungsgemäß für eine der drei Lösungsalternativen. Der Halter bzw das autonome Lenk- und Fahrsystem befindet sich aber in einer Triage-Situation. Diese könnte als ein unabwendbares Ereignis qualifiziert werden und damit eine Ausnahme von der Haftung des EKHG begründen: Unabwendbar ist ein Ereignis gem § 9 Abs 2 EKHG nämlich etwa dann, „wenn es auf das Verhalten des Geschädigten, [oder] eines nicht beim Betrieb tätigen Dritten [...] zurückzuführen ist“. Im vorliegenden Fall kann der Halter des autonomen Fahrzeuges die Triage-Situation selbst bei größtmöglicher Sorgfalt nicht abwenden und sie ist „auf das Verhalten des Geschädigten“ und zugleich auf das Verhalten „eines nicht beim Betrieb tätigen Dritten“ zurückzuführen.²³ Allerdings verwirklicht sich in diesem Fall – je nach gewählter Handlungsalternative – die sog außergewöhnliche Betriebsgefahr. Der Gesetzgeber schildert in den Gesetzesmaterialien aus dem Jahre 1958 den Fall, dass ein Fußgänger auf die Straße stürzt und der Autofahrer das Lenkrad „jäh zur Seite verreißt“ und dadurch einen anderen Menschen überfährt. In diesem Fall verwirklichte sich die „außergewöhnliche Betriebsgefahr des motorisierten Verkehrs“; denn würde das schwere Auto nicht mit so großer Geschwindigkeit fahren, dann würde ein „jähes Verreißen“ des Lenkrades, nicht dazu führen, dass ein anderer Mensch geschädigt wird. Demnach haftet der Halter in dem von den Gesetzesmaterialien geschilderten Fall für den eingetretenen Schaden nach dem EKHG.²⁴ Natürlich hatte der Gesetzgeber bei Erlass des EKHG im Jahr 1958 KI-Systeme wohl noch nicht vor Augen. Wendet man diesen ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers aber auf den Eingangsfall an, haftet der Halter grds nach dem EKHG, wenn das KI-System des Fahrzeuges weglentkt und das am Gehsteig spazierende Pärchen – anstelle des auf die Straße laufenden Kindes – überfährt. Gegenüber dem Pärchen verwirklicht

23 § 9 Abs 2 EKHG, BGBl. Nr. 48/1959 idgF.

24 ErläutRV 470 BlgNR 8. GP 10 f.

sich die außergewöhnliche Betriebsgefahr iSv § 9 Abs 2 EKHG; nicht aber gegenüber dem Kind.

Bereits 1958 gab es Einwände gegen die Nichtverwirklichung der außergewöhnlichen Betriebsgefahr als Voraussetzung für die Haftungsbefreiung. So wurde befürchtet, dass Kraftfahrer in Zukunft eine Interessenabwägung vornehmen würden und, um in den Genuss der Haftungsbefreiung zu kommen, eher den auf die Straße gefallenen Fußgänger überfahren könnten als eine Notbremsung einzuleiten oder das Auto zu verreißen.²⁵ Dieser Einwand wurde aber vom Gesetzgeber als „nicht stichhaltig“ abgetan, weil eine solche Abwägung zeitlich nicht möglich wäre und das Verreißen eine instinktive Abwehrmaßnahme sei.²⁶ Dieses Argument kann hinsichtlich autonomer Fahrzeuge freilich nicht aufrechterhalten werden: KI-Systeme sind bereits dazu in der Lage, solche Entscheidungen bei entsprechender Programmierung binnen Millisekunden zu treffen. Um eine Haftung zu vermeiden, könnten autonome Fahrzeuge also durchaus so programmiert werden, dass sie in der Triage-Situation im Ausgangsfall nicht ausweichen und das Pärchen überfahren, sondern das auf die Straße laufende Kind. Naturgemäß müsste auch eine Notbremsung eingeleitet werden, um die Aufprallgeschwindigkeit soweit als möglich zu minimieren – dadurch würde die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt eingehalten und der Halter des autonomen Fahrzeuges würde nicht haften.

3. Resümee

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Haftungsregime des österreichischen EKHG weitgehend bereits auf die technischen Entwicklungen im Verkehr vorbereitet ist. Wenn ein Unfall beim Betrieb eines autonomen Kraftfahrzeuges passiert, haftet der Halter. Die Haftungsbefreiung gem § 9 EKHG wird in den durch die Benutzung autonomer Kfz neu auftretenden Fällen nur selten zur Anwendung kommen. Geschehen Unfälle, die auf Probleme infolge der Autonomisierung des Kfz zurückzuführen sind, dann wird die Sphäre des Halters wohl kaum mangelfrei sein, sodass kein unabwendbares Ereignis vorliegt.

25 ErläutRV 470 BlgNR 8. GP 10 f.

26 ErläutRV 470 BlgNR 8. GP 10 f.

IV. Verschuldenshaftung nach dem ABGB

Wenn der eingetretene Schaden die Haftungshöchstbeträge des EKHG übersteigt²⁷ oder Personen geschädigt werden, gegenüber welchen die Anwendbarkeit des EKHG ausgeschlossen ist,²⁸ dann kommt eine Gefährdungshaftung nach dem EKHG nicht in Betracht. Naturgemäß sind auch nicht nur mit KI ausgestattete Kraftfahrzeuge bei schadensgeneigten Tätigkeiten im Einsatz, sondern (primär) andere KI-Systeme, die von vornherein nicht dem Anwendungsbereich des EKHG unterliegen.

Die Haftung des Nutzers von KI-Systemen wird sich demnach zumeist nach den allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzregeln richten. Hier gilt *casum sentit dominus* – den Zufall trägt der Eigentümer. Es braucht immer eine ausreichende Rechtfertigung für die Verlagerung des Schadens vom Geschädigten auf den Schädiger. Im ABGB ist das ein objektiv sorgfaltswidriges (rechtswidriges) und subjektiv vorwerfbares (schuldhaftes) menschliches Verhalten. Wenn der Nutzer eines autonomen Fahrzeuges also zB die Sensoren vor der Fahrt nicht ordnungsgemäß auf Verschmutzungen prüft, kommt eine Verschuldenshaftung nach dem ABGB in Betracht. Der Fahrer hat sich durch das Nichtprüfen²⁹ objektiv sorgfaltswidrig verhalten. Aber in vielen, wenn nicht sogar der Mehrzahl von Fällen wird sich der Endnutzer eben nicht selbst objektiv sorgfaltswidrig verhalten haben: Ist die Software etwa aufgrund eines Programmierfehlers fehlerhaft und bremst das autonome Auto deshalb abrupt und ohne Grund ab und kommt es infolgedessen zu einem Auffahrunfall, dann hat der Fahrer selbst nicht objektiv sorgfaltswidrig gehandelt. Vom durchschnittlichen PKW-Lenker wird man nicht erwarten können, dass er die Software auf Programmierungsfehler prüft. Ganz allgemein wird sich der Endnutzer bei Fehlleistungen der KI, die etwa auf einem Softwarefehler basieren, im Regelfall nicht selbst objektiv sorgfaltswidrig verhalten haben – entwickelt und programmiert wurde die Anwendung schließlich von einem Dritten.³⁰ Dieser ist dem KI-Nutzer nach hA auch weder als Erfüllungsgehilfe gem

27 §§ 3 f. EKHG, BGBl. Nr. 48/1959 idgF.

28 §§ 15 f. EKHG, BGBl. Nr. 48/1959 idgF.

29 Eine solche Prüfpflicht ergibt sich etwa aus § 102 Abs 1 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1967 über das Kraftfahrwesen (Kraftfahrzeuggesetz 1967 – KFG 1967), BGBl. Nr. 267/1967 idgF.

30 Siehe nur *Eustacchio*, *Automatisiert* (Fn.16), 509 (510 f.); *Harnoncourt*, *Haftungsrechtliche Aspekte* (Fn.16), 546 (548); *Windsteiger*, *Autonomes Fahren* (Fn.14) S. 22 ff.

§ 1313a ABGB noch als Besorgungsgelhilfe gem § 1315 ABGB zuzurechnen.³¹ Die Verschuldenshaftung kann bei KI *de lege lata* also nur greifen, wenn der Nutzer oder eine ihm zurechenbare Person tatsächlich selbst objektiv sorgfaltswidrig gehandelt hat, wenn das KI-System also bspw mangelhaft gewartet oder überwacht wurde.

1. Analogie zur Gehilfenzurechnung gem §§ 1313a, 1315 ABGB

Dieses Problem ist nicht neu. Tatsächlich gibt es seit den 1980er-Jahren Überlegungen zur Verschuldenshaftung für sog technische Hilfsmittel – damals ging es primär um Bankbetriebsstörungen im elektronischen Zahlungsverkehr.³² Und damals wie heute³³ gab es Rufe nach einem eigenen verschuldensunabhängigen Haftungsregime für Hardware und Software, insbesondere solche, die weitgehend selbstständig agieren kann. Diese Rufe wurden aber bisher nicht erhört. Deshalb wird immer wieder eine Analogie zur Gehilfenzurechnung gem §§ 1313a und 1315 ABGB vorgeschlagen, um eine Haftung für technische Hilfsmittel zu begründen.³⁴ Dieser Ansatz findet sich auch in einem 2005 von *Griss, Kathrein* und *Koziol* präsentierten Entwurf zu einem neuen Schadenersatzrecht³⁵ und wird auch zum deutschen Recht von einem Teil der Lehre vertreten.³⁶ Eine unmittelbare Anwendung der Gehilfenzurechnung auf KI-Systeme kommt eindeutig nicht in Betracht; schließlich stellt das ABGB auf den Einsatz von Hilfspersonen – also Menschen – und nicht von sachlichen Hilfsmitteln ab.

31 Vgl. statt vieler *R. Reischauer* in: Rummel (Hrsg.), ABGB, 3. Aufl., Wien 2007, § 1295 Rn. 35 ff., 40 ff. mwN.

32 *C. Freudenthaler*, Die Giroüberweisung beim Online Banking – Rechtliche Einordnung und Haftungsfragen, Wien 2009, S. 178 ff; *G. Graf*, Rechtsfragen des Telebanking – Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Österreichischen Bankwissenschaftlichen Gesellschaft, Wien 1997; *H. Köhler*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182, 126; *H. Koziol* in: *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, Bd. III, 2. Aufl., Wien 2017, Rn. 1/161 mwN.

33 Siehe nur *G. Spindler*, Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien? Eine kritische Analyse möglicher Haftungsgrundlagen für autonome Steuerungen CR 2015, 766 (775) mwN.

34 *H. Koziol*, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 3 ff.

35 *I. Griss/G. Kathrein/H. Koziol* (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien 2006.

36 Siehe etwa *M. Wolf* in: *Soergel* (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1990, § 278 Rn. 25.

Als Argument für eine analoge Anwendung der Gehilfenzurechnung wird insb vorgebracht, dass die Ratio der Gehilfenhaftung auch beim Einsatz von technischen Hilfsmitteln greift: Der „Geschäftsherr“ bedient sich technischer Hilfsmittel zur Wahrnehmung eigener Angelegenheiten und damit in Verfolgung eigener Interessen und er gliedert die Hilfsmittel in seine eigene Sphäre ein. Wer seinen wirtschaftlichen Nutzen und seine wirtschaftlichen Chancen durch technische Hilfsmittel erhöht, soll auch für Schäden haften, die durch den Einsatz der technischen Hilfsmittel anstelle der eigenen Durchführung oder des Einsatzes von menschlichen Gehilfen entstehen.³⁷

Außerdem wird angeführt, dass sich im vertraglichen Bereich die Stellung des Gläubigers durch die Beziehung von technischen Hilfsmitteln anstelle von menschlichen Gehilfen stark verschlechtern würde, wenn der Schuldner nicht für das Fehlverhalten der technischen Hilfsmittel haftet. Beim Versagen von KI-Systemen stünde dem geschädigten Gläubiger kein Ersatzanspruch zu, weil ein Anspruch gegen die KI-Anwendung selbst (noch) nicht in Betracht kommt und ein fehlerhaftes menschliches Verhalten dem Geschäftsherrn in aller Regel nicht zugerechnet werden könne oder kausal sei. Auch im deliktischen Bereich wird argumentiert, dass es im Regelfall kein menschliches Verhalten gibt, das zurechenbar wäre.³⁸ Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass – selbst bei Zulässigkeit einer Analogie zur Gehilfenzurechnung – im deliktischen Bereich sehr wohl ein fehlerhaftes menschliches Verhalten vorausgesetzt wird: Gem § 1315 ABGB haftet der Geschäftsherr nur für „untüchtige“ oder „wissentlich gefährliche“ Gehilfen. Zieht der Geschäftsherr eine KI-Anwendung heran, die erkennbar von vornherein nicht dazu geeignet ist, die Funktion auszuüben, für die sie eingesetzt werden soll, liegt ebendarin ein eigenständiges objektiv sorgfaltswidriges menschliches Verhalten. Einzige zusätzliche Voraussetzung zur Gehilfenhaftung gem § 1315 ABGB ist, dass die „Untüchtigkeit“ der KI-Anwendung zumindest erkennbar sein musste. Durch Einsetzen einer „untüchtigen“ KI handelt der Mensch selbst objektiv sorgfaltswidrig. Dasselbe gilt bei einer „wissentlich gefährlichen“ KI-Anwendung: Wird eine autonome Fahrsoftware genutzt, die bekanntlich noch nicht ausgereift und deshalb stark unfallgeneigt ist, dann begründet das ein objektiv sorgfaltswidriges menschliches Verhalten. Der Bedarf für und der Mehrwert von

37 H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2018, Rn. D/5/4.

38 Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg.), Entwurf (Fn. 34), S. 5.

der analogen Anwendung der Gehilfenzurechnung im deliktischen Bereich erschließt sich daher nicht.

Reischauer kritisiert auch die analoge Anwendung der Gehilfenzurechnung auf technische Hilfsmittel im vertraglichen Bereich. Durch eine Haftung für technische Hilfsmittel würde ein Ungleichgewicht in der vertraglichen Haftung entstehen.³⁹ Nach hA und stRsp werden die Lieferanten von Vorprodukten einem Werkhersteller nicht als Erfüllungsgehilfen gem § 1313a ABGB zugerechnet.⁴⁰ In der Regel werden nämlich technische Hilfsmittel von Dritten und nicht vom Werkhersteller selbst hergestellt. Zieht man nun bei einem Werkvertrag, der mittels technischer Hilfsmittel erfüllt wird, eine Analogie zu § 1313a ABGB, dann würde der Werkhersteller für das technische Hilfsmittel und damit auch für eine fehlerhafte Herstellung durch den Produzenten haften. Im vergleichbaren Fall, dass der Werkhersteller einen Teil des Produkts von einem Vorlieferanten herstellen lässt, haftet er hingegen für die Mangelhaftigkeit des Vorprodukts nicht. *Reischauer* lehnt die Gleichstellung von technischen Hilfsmitteln zu Gehilfen daher ab.⁴¹ ME könnte eine unterschiedliche Behandlung von Vorprodukt und technischem Hilfsmittel allenfalls auf den Gedanken der Verantwortlichkeit für die eigene Sphäre gestützt werden. Das Vorprodukt wird von einem selbständigen Unternehmer hergestellt und grds nur soweit es weiterverarbeitet vom Werkhersteller geprüft werden muss, trifft den Werkhersteller die Verantwortung für dieses Vorprodukt. Im Gegensatz dazu wird ein technisches Hilfsmittel dauerhaft in den Betrieb eingebunden; der Geschäftsherr hat also die alleinige Herrschaftsmacht darüber.

2. Gefährdungshaftung für technische Hilfsmittel

Tatsächlich hat der Gesetzgeber in neuerer Zeit schon eine verschuldensunabhängige Haftung bei automationsunterstützter Datenverarbeitung eingeführt: Nach § 89e GOG⁴² haftet der Bund für Fehler, die durch IT-Ein-

39 *Reischauer*, ABGB (Fn. 30), Vor §§ 1293 ff Rz 13, § 1295 Rn. 40, § 1298 Rn. 19a.

40 Siehe nur OGH 30.05.1994, 1 Ob 564/94 = JBl 1995, 177; OGH 10.02.2004, 1 Ob 265/03g = JBl 2004, 648 (*M. Lukas*); OGH 22.11.2005, 1 Ob 113/05g; *Koziol*, Haftpflichtrecht (Fn. 36), Rn. D/2/36; *E. Karner/H. Koziol*, Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten. Am Beispiel der Aus- und Einbaukosten, Wien 2012, S. 45.

41 *Reischauer*, ABGB (Fn. 30), Vor §§ 1293 ff Rz 13, § 1295 Rn. 40, § 1298 Rn. 19a.

42 Gerichtsorganisationsgesetz (GOG), RGL. Nr. 1896/217 idgF. Ähnliche Bestimmungen sind auch in § 15 Abs 6 OGHG, § 3b Abs 2 SDG und § 34b Abs 1 StAG zu finden.

satz bei gerichtlichen Geschäften, einschließlich der Justizverwaltungsgeschäfte und öffentlichen Registern, entstehen. Die Haftung ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Schaden „durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Mittel der automationsunterstützten Datenverarbeitung beruht.“⁴³ Die österreichische Rechtsordnung normiert also bereits – zumindest in den engen Grenzen der staatlichen Verwaltung – eine Haftung für technische Hilfsmittel, wenn durch sie die menschlichen Gehilfen ersetzt werden. Dasselbe ist etwa in § 91b Abs 8 GOG und § 140j NO⁴⁴ für Fehler bei der Führung von bestimmten Registern und Archiven vorgesehen. Diese Bestimmungen zieht *Koziol* heran, um die analoge Anwendung von §§ 1313a, 1315 ABGB auf technische Hilfsmittel zu begründen.⁴⁵ ME ist das aber kein taugliches Argument für die Analogie: In §§ 89e Abs 1 GOG, § 91b Abs 8 GOG und § 140j NO hat der Gesetzgeber schließlich keine Haftung für technische Hilfsmittel als Gehilfen iSd §§ 1313a, 1315 ABGB vorgesehen. Vielmehr hat er sich in diesem Bereich bewusst für eine Gefährdungshaftung mit dem Ausnahmetatbestand des unabwendbaren Ereignisses entschieden und hat eben nicht die analoge Anwendung der Gehilfenzurechnung angeordnet.

Auch eine Gesamtanalogie auf der Grundlage von § 89e Abs 1 GOG, § 91b Abs 8 GOG und § 140j NO ist wohl abzulehnen. So ist angesichts der ausdrücklichen Anordnung einer Haftung für technische Hilfsmittel in der staatlichen Verwaltung zu bezweifeln, dass im allgemeinen Zivilrecht eine planwidrige – vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte – Lücke vorliegt. Die Gefährdungshaftung für technische Hilfsmittel in der staatlichen Verwaltung sollte „dem mit einem Einsatz von Computern in der Gerichtsbarkeit bei manchen verbundenen Unbehagen“ Rechnung tragen.⁴⁶ Dieses Telos lässt sich aber nicht auf das allgemeine Zivilrecht übertragen. Sohin ist es zumindest zweifelhaft, ob die Bestimmungen der §§ 89e Abs 1 GOG, § 91b Abs 8 GOG und § 140j NO eine taugliche Analogiebasis darstellen. Mit *Freudenthaler* erscheint bereits das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke fraglich.⁴⁷

43 § 89e Abs 1 S 2 GOG.

44 Notariatsordnung (NO), RGBl. Nr. 1871/75 idGF.

45 *Koziol*, Haftpflichtrecht (Fn. 36), Rn. D/5/6.

46 *G. Kodek* in Fasching/Konecny (Hrsg), 2. Aufl., Wien 2014, § 251 ZPO Rn. 21.

47 *C. Freudenthaler*, Haftung für „technische Hilfsmittel“ wie für Erfüllungsgehilfen?, ÖJZ 2011, 801 ff.

3. Resümee

Wie der BGH zu Recht bereits erkannt hat, wäre „[e]in allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden [...] utopisch“.⁴⁸ Grundsätzlich gilt *casum sentit dominus* – den Zufall trägt der Eigentümer. Es braucht immer eine ausreichende Rechtfertigung für die Verlagerung des Schadens vom Geschädigten auf den Schädiger.⁴⁹ Die analoge Anwendung der Gehilfenzurechnung erscheint mir nicht als stringenter Haftungsansatz. Im Gegensatz zu Menschen – „echten“ Gehilfen iSd §§ 1313a, 1315 ABGB – handeln KI-Systeme auf der Grundlage ihrer Programmierung und vorgegebener Daten ohne Verantwortungsbewusstsein. Im Unterschied zu früheren IT-Systemen sind KI-Systeme zwar dazu in der Lage, zu „lernen“ und ihre Verhaltensweisen anzupassen. Das führt dazu, dass sich das Verhalten der künstlichen Intelligenz zum Teil nicht mehr genau vorhersagen lässt.⁵⁰ Trotzdem fehlt es aktuellen KI-Systemen noch an einer freien Willensbildung, wie sie Menschen zu eigen ist. Dass sich das in Zukunft ändern könnte, steht außer Frage. Aktuell sind KI-Systeme aber wohl noch als bloße technische Hilfsmittel einzustufen, für deren Fehlerhaftigkeit der Nutzer gem §§ 1293 ff. ABGB nur dann haftet, wenn er die Fehlerhaftigkeit zB durch nicht ordnungsgemäße Wartung und falsche Verwendung verursacht hat oder sie zumindest für ihn erkennbar war.

Im einleitenden Gedankenexperiment hat sich der Fahrer des autonomen Fahrzeuges in keiner Weise objektiv sorgfaltswidrig verhalten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte war das autonome Fahrsystem hinreichend sicher und wurde ordnungsgemäß gewartet. Natürlich würde die Alternative des Verreisens und Auf-den-Gehsteig-Fahrens, wo das Pärchen spaziert, einen Verstoß gegen die StVO begründen.⁵¹ Insofern läge grds ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten in Form von einer Schutzgesetzverletzung vor. Dieses Verhalten wäre aber wohl aufgrund eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes nicht subjektiv vorwerfbar; das Verschulden wäre zu

48 BGH VI ZR 19/74; VI ZR 311/11

49 W. Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941, S. 28 ff u. 101 ff

50 Eingehend dazu siehe S. Gleß/T. Weigend, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW 2014, 561 (564 f.)

51 § 8 Abs 4 Straßenverkehrsordnung (StVO), BGBl. Nr. 159/1960 idGF.

verneinen und es käme in diesem Fall zu keiner Haftung des Fahrers des autonomen Fahrzeuges.⁵²

V. Produkthaftung: Auf Expansionskurs

Bei KI-Systemen gibt es naturgemäß einen Hersteller, zB den Entwickler einer Software, einen Inverkehrbringer oä. Dementsprechend kommt als Haftungsansatzpunkt auch die Produkthaftung⁵³ in Betracht.

Produkt iSv § 4 PHG⁵⁴ ist aber nur eine bewegliche körperliche Sache. Es ist deshalb ganz stark umstritten, ob KI-Systeme – als Software – vom Anwendungsbereich des aktuell in Geltung stehenden PHG umfasst sind oder nicht. Ein Teil der Lehre bejaht das, sofern die Software in irgendeiner Form verkörperlicht ist, also zB auf einem Datenträger geliefert wird oder wenn körperliche Sachen durch elektronische Impulse des KI-Systems gesteuert werden.⁵⁵ Wenn eine fehlerhafte Software als Bestandteil eines Endprodukts einen Schaden verursacht, dann sollte der Endhersteller unproblematisch haften. Dieser hat schließlich ein fehlerhaftes Endprodukt hergestellt; ob der Fehler des Endproduktes nun auf die Software oder andere Ursachen zurückzuführen ist, sei irrelevant.⁵⁶ Allgemein gibt es in der Literatur viele Ansätze, um doch eine Haftung der Hersteller von KI-Systemen nach dem PHG zu begründen.⁵⁷

Nach der neuen Produkthaftungsrichtlinie⁵⁸ wird sich dieses Problem aber nicht mehr stellen. Der Produktbegriff wird ausgeweitet: Die neue Produkthaftungsrichtlinie sieht explizit vor, dass auch unkörperliche Sa-

52 Näher zum entschuldigenden Notstand siehe S. Seiler in: Birk/bauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold (Hrsg.), StGB - Strafgesetzbuch: Praxis-kommentar, 1. Lfg, Wien 2017, § 10 StGB Rn. 1 ff.

53 Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 über die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210 vom 7. August 1985, S. 29, idGF.

54 Bundesgesetz vom 21. Jänner 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt (Produkthaftungsgesetz, PHG), BGBl. Nr. 99/1988 idGF.

55 W. Posch / U. Terlitza in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 115, 2022, § 4 PHG Rn. 16 ff. mwN.

56 Ch. Rabl, Produkthaftungsgesetz (2016) Rn. 54 ff.

57 Siehe nur Ch. Denkmaier, Produkthaftung und Digitalisierung, Wien 2023, S. 48 ff. mwN.

58 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABl. L 2853 vom 18. November 2024.

chen, wie Software, unter den Produktbegriff fallen. Nach dieser Neufassung lässt sich eine Herstellerhaftung für KI-Systeme also gut begründen, sofern ein Produktfehler vorliegt, der kausal für den Schaden war.

Im einleitenden Gedankenexperiment liegt ein solcher Produktfehler eben nicht vor – das Produkt bietet genau die Sicherheit, die es laut Algorithmus und Produktwerbung bieten soll. Nach dem Produkthaftungsrecht käme hier also eine Haftung nicht in Betracht, auch nicht nach der Neufassung der Produkthaftungsrichtlinie.

Angemerkt sei, dass die neue Produkthaftungsrichtlinie einige Beweiserleichterungen beinhaltet. Das Hauptproblem – die Nachweisbarkeit der Fehlerhaftigkeit des Produktes – wird durch entsprechende Offenlegungsverpflichtungen der Hersteller bzw Inverkehrbringer (Art 8) und durch eine Vermutungsregelung über die Fehlerhaftigkeit des Produktes (Art 9) entschärft. Ähnliches sieht auch die KI-Haftungsrichtlinie vor – ein ganz neues, eigenständiges Regelwerk der EU zur künstlichen Intelligenz (näher dazu unter VI.).

VI. Neuer Regulierungsansatz: KI-Haftungsrichtlinie

Anlässlich der erstmaligen Regulierung von künstlicher Intelligenz auf unionsrechtlicher Ebene mit dem AI-Act⁵⁹ ist die Europäische Kommission auch zu dem Schluss gekommen, dass die aktuellen verschuldensabhängigen Haftungsregeln der Mitgliedstaaten für KI-Systeme nicht geeignet sind. Die mitgliedstaatlichen Regelungen haben nämlich gemein, dass die Geschädigten eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung einer Person nachweisen müssen, die den Schaden verursacht hat.⁶⁰ Dass ein solcher Nachweis im Regelfall sehr schwierig ist, wurde bereits oben unter IV. dargelegt. Im Windschatten des AI-Acts sollte deshalb ein Regelwerk entstehen, das dieses Problem entschärft: die KI-Haftungsrichtlinie.⁶¹ Diese Richtlinie sollte nur außervertragliche, verschuldensabhängige Schadener-

59 Näher dazu unter II.

60 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM (2022) 496 final (im Folgenden: KI-Haftungsrichtlinie), S. 1 ff.

61 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM (2022) 496 final (im Folgenden: KI-Haftungsrichtlinie); Proposal for a Directive of the European Parliament and of the

satzansprüche regeln und deshalb primär im Deliktsrecht zu Veränderungen führen. Die KI-Haftungsrichtlinie sieht Beweiserleichterungen vor, um die Position der Geschädigten zu verbessern.

Anlass für den Erlass von spezifischen Haftungsregeln für künstliche Intelligenz ist das Phänomen, dass KI-Systeme ohne menschliche Aufsicht funktionieren und im Einzelfall Ergebnisse erzeugen können, die nicht vorhersehbar oder nachvollziehbar sind („*Blackbox-Effekt*“).⁶² Dieser Nachweis ist allerdings zwingende Voraussetzung für verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche nach dem geltenden Recht. Diese „*Opazität*“, wie es der Unionsgesetzgeber nennt,⁶³ also dieses Maß an Undurchsichtigkeit und Unvorhersehbarkeit bedingt durch die Autonomie von KI macht die Einführung von leicht abgeänderten Haftungsregeln notwendig.

1. Offenlegungsanspruch der Geschädigten gem Art 3

Art 3 der KI-Haftungsrichtlinie sieht eine Offenlegungspflicht der Betreiber von sog Hochrisiko-KI-Systemen vor. Nach Art 3 der KI-Haftungsrichtlinie soll Geschädigten das Recht zukommen, Informationen zu einem Hochrisiko-KI-System zu erhalten, das im Verdacht steht, einen Schaden verursacht zu haben. Zu beachten ist, dass dieser Offenlegungsanspruch grds nur für Hochrisiko-KI-Systeme gilt. Hinsichtlich der Definition dieses Begriffs verweist der Entwurf der KI-Haftungsrichtlinie auf den AI-Act. Gem Art 6 iVm Anhang I des AI-Acts handelt es sich dabei um KI, die als Sicherheitskomponente in regulierten Produkten (zB medizinischen Geräte, Fahrzeugen oder Maschinen) integriert ist. Zudem gelten eigenständige KI-Systeme, die in bestimmten Bereichen eingesetzt werden, als hochriskant. Dazu gehören ua biometrische Systeme, Systeme zur Verwaltung kritischer Infrastrukturen und Systeme, die am Arbeitsmarkt, in der Strafverfolgung und der Justiz eingesetzt werden. Das heißt, der Offenlegungsanspruch gilt

Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) - Updated version in light of changes in the AI Act. ST 12523/2024 INIT. Der Richtlinienentwurf wurde nach Abschluss der Bearbeitung dieses Beitrags zurückgezogen – siehe Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission work programme 2025, COM (2025) 45 final, Annex IV No. 32.

62 COM (2022) 496 final, S. 1 f.

63 ErwGr 61 u. 72 AI-Act.

nur für jene KI-Systeme, die aufgrund ihres potenziellen Einflusses auf die Sicherheit oder die Grundrechte von Menschen als besonders risikobehaftet eingestuft werden.⁶⁴

Gem Art 3 der KI-Haftungsrichtlinie soll einem potentiellen Geschädigten das Recht zukommen, Informationen zu einem Hochrisiko-KI-System einzuholen, das einen Schaden verursacht haben könnte. Voraussetzung für eine entsprechende gerichtliche Anordnung zur Vorlage solcher Informationen ist, dass der Geschädigte 1. die Plausibilität seines Schadenersatzanspruches ausreichend belegen kann und 2. der Betreiber des KI-Systems einem entsprechenden vorgelagerten Ersuchen des Geschädigten nicht nachgekommen ist. Bemerkenswert ist, dass dieses Auskunftsrecht keinen anhängigen Rechtsstreit erfordert – es muss noch keine Klage erhoben worden sein.

Kommt der Betreiber des KI-Systems auch der gerichtlichen Anordnung nicht nach, dann sieht Art 3 Abs 5 eine widerlegbare Vermutung für die „Nichteinhaltung der einschlägigen Sorgfaltspflicht“ vor. Das heißt, das nationale Gericht muss dann annehmen, dass der Betreiber der KI gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen hat, die vor dem eingetretenen Schaden schützen soll.

Wenn bereits ein Verfahren anhängig ist, gilt Abs 2. Dieser verlangt für eine gerichtliche Anordnung zur Vorlage von Informationen, dass der Kläger „alle angemessenen Anstrengungen unternommen hat, um die einschlägigen Beweise zu erlangen“. Das ist ein weitaus höherer Maßstab als eine schlichte Anfrage, wie sie in Abs 1 von einem potentiellen Geschädigten, der noch nicht geklagt hat, gefordert wird.

Art 3 greift eine relativ neue Entwicklung im europäischen Zivilprozessrecht auf – die Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten vor dem Prozess. Solche Pflichten finden sich auch in der Durchsetzungsrichtlinie⁶⁵ und der Richtlinie über Schadenersatz im Wettbewerbsrecht⁶⁶. Abgesehen davon ist so ein Instrument dem kontinentaleuropäischen Zivilprozessrecht bisher

64 Näher dazu siehe C. Wendehorst/B. Nessler/A. Aufreiter/G. Aichinger, „KI-Systems“ (Fn. 12), 605.

65 Art 4 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABL. L 157 vom 30. April 2004, S. 45.

66 Art 6 und 7 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach innerstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABL. L 349 vom 5. Dezember 2014, S. 1.

fremd. Natürlich gibt es einen allgemeinen Standard für die Zusammenarbeit bei der Vorlage von Beweismitteln, aber solche Mitwirkungspflichten gelten grds nur im Prozess, und es ist im Allgemeinen erforderlich, bestimmte Beweisthemen oder Beweismittel zu benennen, die vorzulegen oder näher zu behandeln sind.⁶⁷ Art 3 der KI-Haftungsrichtlinie wurde deshalb von Kritikern bereits mit dem „Discovery“-Verfahren im US-amerikanischen Recht und dem Grundsatz der vorprozessualen Offenlegung im Common Law verglichen.⁶⁸ Zu beachten ist aber, dass die KI-Haftungsrichtlinie diese Offenlegungspflicht ohnehin auf das „erforderliche“ und „verhältnismäßige“ Maß beschränkt. Auch die Einhaltung von Geschäftsgeheimnissen und der Schutz vertraulicher Informationen sollen durch die nationalen Umsetzungsnormen entsprechend sichergestellt werden. Aus diesem Grund erscheint die Regelung von Art 3 nicht exzessiv. Übermäßige Anfragen können gem Art 3 Abs 4 durch das Kriterium der Verhältnismäßigkeit abgewehrt werden. ME ist die Einführung einer Vermutung für ein Fehlverhalten tatsächlich notwendig, um einen Beweisnotstand der Geschädigten abzuwenden und die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen gegen KI-Betreiber sicherzustellen. Sie schafft auch zusätzliche Anreize, die Dokumentationsstandards des AI-Acts einzuhalten und KI-Systeme transparenter zu gestalten.

Es lässt sich natürlich (rechtspolitisch) diskutieren, ob die Verletzung einer (vor)prozessualen Pflicht die Annahme eines schädigenden Fehlverhaltens rechtfertigt – schließlich ist das Unrecht der nicht-erfolgten Offenlegung ein völlig anderes als eine fahrlässige oder vorsätzliche Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen.⁶⁹ Darauf soll aber an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, zumal dieses Phänomen wohl ganz allgemein beim Normieren einer Beweislastumkehr auftreten kann.

Auch stellt sich die Frage, wie mit den Betreibern des KI-Systems umzugehen ist, wenn sie schlicht und ergreifend nicht über die entsprechenden Protokollierungssysteme verfügen und deshalb keine Informationen haben, die sie vorlegen könnten. In diesem Fall müsste man wohl davon ausgehen,

67 Etwa § 184 des Gesetzes vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO), RGBl. Nr. 113/1895 idgF.

68 Für eine umfassende Analyse dazu siehe G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, CR 38 (2022), 689 (704).

69 D. Messner-Kreuzbauer/J. Pehm, Taming AI Through Presumptions: a Softer Approach to Tort Law Harmonisation? ZEuP 2024, 161 (171).

dass die Betreiber ihre Offenlegungspflicht durch ein vorgelagertes Versäumnis – etwa durch das Nichteinführen hinreichender Protokollierungssysteme – verletzt haben. Dennoch sollte nicht jede minimale Verletzung von Dokumentationspflichten des AI-Acts die Beweislastumkehr von Art 3 der KI-Haftungsrichtlinie auslösen. Das ginge viel zu weit. Im Einzelfall sollte das abhängig von der zu erwartenden Relevanz der Dokumentation und der Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Fehlverhaltens gemacht werden.⁷⁰

Auch Lenk- und Bremssysteme, wie jene im Eingangsbeispiel, könnten als Hochrisiko-KI-Systeme qualifiziert werden und damit von der Offenlegungspflicht umfasst sein.⁷¹ Insgesamt könnte die Offenlegungspflicht den von Hochrisiko-KI-Systemen Geschädigten ein wirksames Instrument an die Hand geben, um ihre Schadensersatzansprüche überhaupt geltend machen zu können. Die Erleichterung des Zugangs zu Beweismitteln erscheint als geeignetes Mittel, um die Durchsetzung von berechtigten Ansprüchen zu ermöglichen, die sonst aufgrund der fehlenden Transparenz und der hohen Autonomie von KI-Systemen problematisch wäre.

2. Kausalitätsvermutung gem Art 4

Mit Art 4 der KI-Haftungsrichtlinie soll überdies eine „*Beweislastumkehr*“ für die Kausalität eingeführt werden. Die Kausalitätsvermutung von Art 4 Abs 1 der KI-Haftungsrichtlinie soll grds für alle KI-Systeme gelten. Handelt es sich bei dem „*verdächtigen*“ KI-System nicht um ein Hochrisiko-KI-System, wird die Kausalitätsvermutung nur angewendet, wenn es für den Kläger übermäßig schwierig ist, den ursächlichen Zusammenhang nachzuweisen (Art 4 Abs 5).

Voraussetzung für die Kausalitätsvermutung nach Art 4 ist, dass 1. nachgewiesen wird, dass der KI-Betreiber gegen eine unionsrechtliche oder nationale Sorgfaltpflicht verstoßen hat, die vor dem eingetretenen Schaden schützen soll. Der Kläger muss also nachweisen, dass der Beklagte sich rechtswidrig verhalten hat. Außerdem muss 2. „*nach vernünftigem Ermessen*“ davon auszugehen sein, dass dieses Fehlverhalten den Output des KI-Systems oder das Versagen des KI-Systems beeinflusst hat und 3. der

⁷⁰ Messner-Kreuzbauer/Pehm, Taming AI (Fn. 68), 173 f; Siehe dazu auch *Expert Group on Liability and New Technologies*, Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Publications Office of the European Union, 2019, S. 52.

⁷¹ Art 6 Abs 1 iVm Art 3 Z 14 und Anhang I Abschnitt B Nr. 19 AI-Act.

Output bzw das Nichthandeln des KI-Systems muss kausal für den Schaden gewesen sein.

Der Mehrwert der sog Beweislastumkehr beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ausreicht, dass das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten des KI-Betreibers zum schädigenden Output des KI-Systems geführt hat. Wird beispielsweise ein KI-gesteuerter Staubsauger „verdächtigt“, einen Brand verursacht zu haben, könnten sich die Geschädigten nicht direkt auf die Vermutung berufen – selbst wenn sie beweisen, dass der Benutzer des Saugroboters die Herstelleranweisungen fahrlässig nicht befolgt hat. Vielmehr müssten sie zunächst glaubhaft machen, dass der Brand tatsächlich durch eine Leistung des Geräts verursacht wurde, zB durch Überhitzung infolge ungewöhnlich langen und häufigen Putzeinsätzen. Die Vermutung nach Art 4 würde nur belegen, dass das Fehlverhalten des Benutzers die unnötigen Putzeinsätze des Staubsaugers verursacht hat.⁷²

Wenn der Geschädigte bereits erfolgreich das Fehlverhalten des Betreibers und einen Einfluss dieses Fehlverhaltens auf die Ergebnisse des KI-Systems nachgewiesen hat und das Ergebnis des KI-Systems den Schaden verursacht hat, dann würden die meisten Gerichte in Europa das wohl bereits als Anscheinsbeweis und damit als hinreichenden Kausalitätsnachweis akzeptieren.⁷³

Dass nicht der gesamte nachzuweisende Kausalverlauf abgedeckt ist, ist ebenso im Hinblick auf die Neufassung der Produkthaftungsrichtlinie nicht stimmig. Art 9 Abs 3 des Entwurfs der neuen Produkthaftungsrichtlinie sieht eine Beweislasterleichterung für die Kausalität vor: Wenn nachgewiesen wurde, dass das Produkt fehlerhaft war und es sich um einen Schaden handelt, der typisch für diesen Produktfehler ist, dann wird die Kausalität des Produktfehlers vermutet. Art 9 Abs 4 geht sogar noch weiter: Wenn der Nachweis des Produktfehlers oder der Kausalität des Produktfehlers für den Schaden aus technischen oder wissenschaftlichen Gründen „übermäßig schwierig“ ist, dann wird die Kausalität vermutet, wenn der Geschädigte nachweist, dass 1. das Produkt zum Schaden beigetragen hat und 2. das Produkt wahrscheinlich fehlerhaft war und/oder der Produktfehler den Schaden wahrscheinlich verursacht hat. Es wäre wohl wünschenswert, die

72 Messner-Kreuzbauer/Pehm, Taming AI (Fn. 68), 173 f.

73 Zu den Voraussetzungen des Prima-facie-Beweises siehe etwa M. Spitzer, in: Kodex/Oberhammer (Hrsg.), ZPO-ON (2023) Vor §§ 266 ff ZPO Rz. 18. Zum Anscheinsbeweis im Schadenersatzrecht R. Reischauer, ABGB (Fn.30) § 1296 Rz. 4 ff.

Beweisregeln der KI-Haftungsrichtlinie an jene des Neuentwurfs der Produkthaftungsrichtlinie anzugleichen. Ein Grund für die Divergenz dieser Regeln ist nicht ersichtlich, bezwecken doch beide Normen eine Erleichterung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Lichte der „Blackbox“-Problematik von hochkomplexen technischen Systemen.

Ein weiteres Problem: Art 4 Abs 2 und 3 sehen anspruchsvollere Voraussetzungen für die Vermutung bei Anbietern und Nutzern von Hochrisiko-KI-Systemen vor, was es paradoxerweise schwieriger macht, mit einer Klage Erfolg zu haben. Bei einem Schadenersatzanspruch gegen den Betreiber eines Hochrisiko-KI-Systems sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Kausalzusammenhangs „nur“ dann erfüllt, wenn der Anbieter eine der fünf in Art 4 Abs 2 aufgeführten Pflichten verletzt hat. Diese Pflichten ergeben sich aus dem AI-Act und umfassen Regeln für die Datenverwaltung sowie Gestaltungsgrundsätze wie Transparenz, menschliche Aufsicht, Genauigkeit und Cybersicherheit. Im Falle eines Schadenersatzanspruchs gegen den Nutzer eines risikobehafteten KI-Systems sollen die Voraussetzungen für die Vermutung erfüllt sein, wenn der Nutzer das KI-System nicht gemäß der Betriebsanleitung genutzt hat, das KI-System selbst Eingaben ausgesetzt hat, die nicht dem Verwendungszweck des Systems entsprechen oder das KI-System nicht hinreichend überwacht hat. Aus der Sicht der zivilrechtlichen Haftung ist die Einschränkung der Kausalitätsvermutung für KI-Systeme mit hohem Risiko so eindeutig sinnwidrig, dass ein redaktioneller Fehler naheliegt. Schließlich ist es ein anerkannter Grundsatz, dass ein höheres Risiko eine strengere Haftung rechtfertigt, nicht eine eingeschränktere. Daher müssen auch andere Formen des Fehlverhaltens die Kausalitätsvermutung auslösen, wie es auch bei KI-Systemen mit geringem Risiko der Fall ist. Womöglich sollten damit bloß die Anforderungen des AI-Act, die nur für Hochrisiko-KI-Systeme gelten, betont werden.⁷⁴

Weder die kürzlich veröffentlichte Aktualisierung des Entwurfs der KI-Haftungsrichtlinie⁷⁵ noch das Ex-ante-Impact-Assessment, das im Auftrag des Europäischen Parlaments durchgeführt wurde,⁷⁶ gehen auf diese Problematiken ein. Es bleibt abzuwarten, ob die Kausalitätsvermutung der KI-Haftungsrichtlinie auf den gesamten Kausalverlauf erstreckt und damit

74 *Messner-Kreuzbauer/Pehm*, Taming AI (Fn. 61), 173 f.

75 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) - Updated version in light of changes in the AI Act. ST 12523/2024 INIT.

76 *P. Hacker*, Complementary impact assessment – Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, PE 762.861.

auch an die wohl praktikablere Kausalitätsvermutung der Produkthaftungsrichtlinie angepasst wird.

3. Resümee

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Umsetzung der KI-Haftungsrichtlinie mit dem Offenlegungsanspruch von Art 3 und der Kausalitätsvermutung von Art 4 eine Neuerung im österreichischen Zivil- und Zivilprozessrecht darstellen wird. Ob diese Normen wirklich zu einer Erleichterung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen führen werden, bleibt abzuwarten. Zu beachten ist, dass die KI-Haftungsrichtlinie auf außervertragliche Schadenersatzansprüche beschränkt ist; im Hinblick auf vertragliche Schadenersatzansprüche bringt die Richtlinie keinerlei Neuerungen.

Für das einleitende Gedankenexperiment bringt auch die KI-Haftungsrichtlinie nichts Neues. Sie ordnet keine Gefährdungshaftung an. Es bleibt vielmehr weiterhin bei einer Verschuldenshaftung mit Beweiserleichterungen, die noch nicht völlig durchdacht erscheinen.

VII. Conclusio

Intelligente Verkehrssteuerung, autonome Trading-Software im Finanzsektor⁷⁷, KI-gestützte Gesundheitsdiagnostik, Smart Homes – künstliche Intelligenz erfasst bereits sämtliche Lebensbereiche und es ist davon auszugehen, dass KI-Systeme in Zukunft immer mehr den Weg in unseren Alltag finden werden. *De lege lata* kann das österreichische Haftungsrecht autonom handelnde KI, bei der es keine weitreichenden Überwachungspflichten gibt und die nicht unter eine Sondernorm der Gefährdungshaftung fällt, noch nicht bewältigen. Aufgrund der „Blackbox“-Problematik ist der Nachweis eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens, der zwingende Voraussetzung für verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche ist, faktisch unmöglich.

Wenngleich der Entwurf der mindestharmonisierenden KI-Haftungsrichtlinie einen Beitrag zum Abbau dieses Rechtsschutzdefizits leistet, erscheinen insbesondere die darin vorgesehenen Beweiserleichterungen noch

77 Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd (2020) SGCA(1) 02.

nicht völlig durchdacht. Es bleibt abzuwarten, ob die KI-Haftungsrichtlinie in diesem Punkt noch überarbeitet wird, sodass sie auch tatsächlich einen effektiven Mehrwert für den Kausalitätsnachweis bringt.

In Zukunft – *de lege ferenda* – wird sich wohl doch zumindest die Frage nach einer Gefährdungshaftung nach dem Vorbild des EKHG bzw von § 89e Abs 1 GOG, § 91b Abs 8 GOG und § 140j NO stellen.

Effektive Bekämpfung sexueller Belästigung

Bedarf es einer Neubetrachtung des Zivilprozesses?

Mag.^a Maria Paulmichl / Mag.^a Antonia Werner*

I. Einleitung

Sexuelle Belästigung und andere Formen sexualisierter Gewalt gewinnen vermehrt an gesellschaftlicher Sichtbarkeit, weil Betroffene vermehrt öffentlich davon berichten. Besonders deutlich zeigt sich diese Entwicklung an der #MeToo-Bewegung:¹ Der Hashtag wurde innerhalb kürzester Zeit weltweit und millionenfach genutzt, um Solidarität zu bekunden und durch das Teilen eigener Erfahrungen auf das Ausmaß sexueller Übergriffe aufmerksam zu machen.² Jüngst zeichnet auch der Fall *Pelicot*³ dieses Bild: Die Betroffene kämpfte um einen öffentlichen Prozess, um dem Thema Gehör zu verschaffen,⁴ und unzählige Menschen solidarisieren sich mit ihr.⁵

* Die Autorinnen sind Doktorandinnen und Universitätsassistentinnen (*prae doc*) am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Universität Innsbruck.

- 1 Die #MeToo-Bewegung geht zurück auf die Aktivistin *Tarana Burke* und erlangte ihre Bekanntheit durch die Vorwürfe gegen den Hollywood-Produzenten *Harvey Weinstein* (siehe nur *L. Schneider*, #MeToo – Just Another Symptom of Neoliberal Feminism? in: *Cognitio/F.Ius* [Hrsg.], Gender und Recht. Perspektiven aus den Legal Gender Studies, Bielefeld 2023, S. 35 [36 m.w.N.]).
- 2 *Schneider*, #MeToo (Fn. 1), S. 35. Zum Antrieb der gesellschaftlichen Debatte durch #MeToo siehe auch *K. Koerber-Risak*, „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin, in *N. Bäck-Knapp/A. Harmer/N. Renzenbrink* (Hrsg.), *Litigation PR*, 1. Aufl., Wien 2021, S. 103.
- 3 Vgl. z.B. *O. Meiler*, *Mutmaßliche Vergewaltigung. Ein Prozess, wie ihn Frankreich noch nicht erlebt hat*, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 2.9.2024, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/panorama/avignon-frankreich-prozess-vergewaltigung-mann-ehfrau-lux.PvRKDqmtZppsPfiZ4u6g6?reduced=true&login=> (Abrufdatum: 24.10.2024).
- 4 Siehe etwa *S. Brändle*, *Vergewaltigungsopfer Gisèle Pelicot: „Ich bin eine völlig zerstörte Frau“*, in: *Der Standard* vom 23.10.2024, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/3000000241927/vergewaltigungsopfer-gisele-pelicot-ich-bin-eine-voellig-zerstoerte-frau> (Abrufdatum: 24.10.2024).
- 5 Vgl. *Le Monde avec AFP*, *En France, des milliers de personnes manifestent en soutien à Gisèle Pelicot et aux victimes de viol*, in: *Le Monde* vom 14.9.2024, abrufbar unter <https://www.lemonde.fr/societe/article/2024/09/14/en-france-des-centaines-de-perso>

Trotzdem gibt es weiterhin zahlreiche Fälle, in denen sexuelle Übergriffe ohne rechtliche Konsequenzen bleiben; häufig entscheiden sich Betroffene nämlich gegen eine strafrechtliche Anzeige oder verzichten auf die zivilrechtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche (näher unten II.2, II.3). Deshalb kommt die Frage auf, ob die bestehenden rechtlichen Sanktions- und Schutzinstrumente hinreichend geeignet sind, sexualisierte Gewalt effektiv zu bekämpfen und wirksam davor zu schützen. Diese Frage möchte der vorliegende Beitrag im Speziellen zum Thema der *sexuellen Belästigung* und deren Bekämpfung im *Zivilrechtsweg* näher untersuchen. Nach einer kurzen Konkretisierung der Ausgangslage (II) soll dazu sowohl die Effektivität der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen als auch von Unterlassungsansprüchen *de lege lata* geprüft werden (III), um abschließend Lösungsvorschläge *de lege ferenda* zur Diskussion zu stellen (unten IV).

II. Grundlegung

1. Begriff der sexuellen Belästigung

Weder im österreichischen noch im deutschen nationalen Recht gibt es eine einheitliche Definition von sexueller Belästigung: Während beispielsweise der strafrechtliche Tatbestand der sexuellen Belästigung (§ 218 öStGB, § 184i dStGB) nur bestimmte körperliche Übergriffe von vergleichsweise „geringer“ Intensität umfasst,⁶ normieren antidiskriminierungsrechtliche Vorschriften Schadenersatzansprüche für jedes der sexuellen Sphäre zugehörige Verhalten, das die Würde der Betroffenen beeinträchtigt oder eine solche Würdeverletzung bezweckt (vgl. § 6 Abs. 2 GIBG,⁷ § 3 Abs. 4 AGG,⁸ näher noch unten III.2.a); demnach ist sexuelle Belästigung also einerseits nicht auf körperliche Handlungen beschränkt, andererseits werden Übergriffe jeder Intensität erfasst.⁹

nnes-manifestent-en-soutien-a-gisele-pelicot-et-aux-victimes-de-viol_6317508_3224.html (Abrufdatum: 24.10.2024).

6 Zum Katalog der (weiteren) Sexualstraftatbestände vgl. §§ 201 ff. öStGB, §§ 174 ff. dStGB.

7 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung vom 23.6.2004 (BGBl. I 2004/66).

8 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006 (BGBl. I 2006 S. 1897).

9 Vgl. nur M. Windisch-Graetz in: M. Neumayr/G. Reissner (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Wien 2018, § 6 GIBG Rn. 2, 5; H. Hopf/K. Mayr/

Auf völkerrechtlicher Ebene bietet die Definition des Art. 40 der Istanbul-Konvention¹⁰ bedeutende Anhaltspunkte. Danach umfasst sexuelle Belästigung „jede Form von ungewolltem sexuell bestimmtem verbalem, non-verbalem oder körperlichem Verhalten mit dem Zweck oder der Folge, die Würde einer Person zu verletzen, insbesondere wenn dadurch ein Umfeld der Einschüchterung, Feindseligkeit, Erniedrigung, Entwürdigung oder Beleidigung geschaffen wird [...]“. Es wird also nicht nur körperliches Verhalten erfasst (körperliche Belästigung), sondern auch Gestik, Mimik oder Symbolik (nonverbale Belästigung) sowie mündlich oder schriftlich geäußerte Bemerkungen, Scherze oder Fragen (verbale Belästigung).¹¹

Auch dem vorliegenden Beitrag soll dieses Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden. Das erscheint deshalb zweckmäßig, weil Art. 40 Istanbul-Konvention nicht nur die „allgemeingültigste“ Definition liefert – sie ist eben nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkt –, sondern auch normativ verbindlich ist: Sowohl Österreich als auch Deutschland haben die Istanbul-Konvention ratifiziert und sich daher zur Umsetzung ihrer Vorgaben verpflichtet;¹² gem. Art. 40 *leg cit* müssen alle genannten Formen von sexueller Belästigung mit rechtlichen – nicht zwingend strafrechtlichen – Sanktionen belegt werden.

2. Verbreitung von sexueller Belästigung

Zur Erfassung des Ausmaßes von sexueller Belästigung in unserer Gesellschaft und zur gezielten Entwicklung von Maßnahmen zur Problembewältigung sind aussagekräftige empirische Studien notwendig. Die Europäische Union hat dies erkannt und auf die Notwendigkeit der verbesserten

J. Eichinger/G. Erler in: H. Hopf/K. Mayr/J. Eichinger/G. Erler (Hrsg.), GIBG. Gleichbehandlung – Antidiskriminierung, 2. Aufl., Wien 2021, § 6 GIBG Rn. 20 je m.w.N.

10 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, SEV Nr. 210.

11 Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, SEV Nr. 210, S. 83.

12 Für Österreich siehe Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 1.9.2014 (BGBl. III 2014/164); für Deutschland Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 26.7.2017 (BGBl. II 2017 S. 1026).

Erhebung von Daten über geschlechtsbezogene Gewalt hingewiesen.¹³ Zum jetzigen Stand muss jedoch noch berücksichtigt werden, dass die bereits vorhandenen Studien nicht immer aktuell sind, nicht alle Lebensräume untersuchen und auch nicht alle Personengruppen berücksichtigen. Dazu kommt das bereits erwähnte uneinheitliche Verständnis von sexueller Belästigung.¹⁴ Dennoch zeichnen die Studien ein Gesamtbild, das diesem Beitrag zugrunde gelegt werden kann, wobei auch bedacht werden sollte, dass die Dunkelziffern oft noch höher geschätzt werden.¹⁵

Einer umfassenden Studie der EU Grundrechte Agentur zufolge haben innerhalb der Europäischen Union 45–55 % der befragten Frauen seit ihrem 15. Geburtstag sexuelle Belästigung erfahren.¹⁶ Vergleichsweise gering ist die Anzahl der Befragten, die auch rechtliche Schritte gegen die Belästigung einleiteten: So gaben 35 % an, mit *niemandem* über den Vorfall gesprochen zu haben, während nur 4 % die Polizei kontaktierten und unter 1 % sich an Anwält:innen wandten.¹⁷ Auch wenn die Studie aus dem Jahr 2014 stammt, kommt ihr weiterhin besondere Bedeutung zu, weil sie sexuelle Belästigung in *jedem Lebensbereich* untersucht.

Demgegenüber fokussieren sich aktuellere Studien, soweit ersichtlich, „nur“ auf sexuelle Belästigung am *Arbeitsplatz*: Nach den im Jahr 2022 veröffentlichten ersten Ergebnissen¹⁸ der von Eurostat koordinierten EU-weiten Erhebung „*EU survey on gender-based violence*“¹⁹ haben zwischen 11–41 % der erwerbstätigen Frauen (je nach Mitgliedstaat) sexuelle Belästi-

13 ErwGr. 88, 89, Art. 44 RL 2024/1385/EU zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt; Mitteilung der Kommission. Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020-2025, COM (2020) 152 final.

14 Siehe dazu soeben 1.

15 Vgl. allg. zu sexualisierter Gewalt L. Sautner, *Viktimologie. Die Lehre von Verbrechenopfern*, 1. Aufl., Wien 2014, S. 39; L. Sautner/M. Halbig in A. Deixler-Hübner/R. Fucik/M. Mayrhofer (Hrsg.), *Gewaltschutz und familiäre Krisen. Kommentar*, 1. Aufl., Wien 2018, S. 1153.

16 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Violence against women: an EU-wide survey*, 2014, S. 95 ff., abrufbar unter https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf (Abrufdatum: 10.10.2024).

17 FRA, *EU-wide survey* (Fn. 16), S. 115 f.

18 *EU survey on gender-based violence (EU-GBV) – first results, 2022 edition*, S. 10, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/7870049/15323622/KS-FT-22-005-EN-N.pdf/315d443b-ba8d-e607-3ce0-845f642a8c00?version=1.0&t=1669371271599> (Abrufdatum: 10.10.2024).

19 Umfasst sind 18 Mitgliedstaaten, darunter Österreich; Deutschlands Datensammlung wurde hingegen nicht von Eurostat koordiniert, siehe dazu *EU survey* (Fn. 18).

gung am Arbeitsplatz erfahren, wobei nur 1,4–12 % (wiederum abhängig vom Mitgliedstaat) die Übergriffe auch gemeldet haben. In Deutschland wurden ausweislich einer Studie aus dem Jahr 2019 in einem Zeitraum von drei Jahren 9 % der befragten Personen am Arbeitsplatz sexuell belästigt.²⁰ In Österreich hat eine Studie aus dem Jahr 2021 ergeben, dass 26,59 % der erwerbstätigen Frauen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz erfahren haben.²¹ In absoluten Zahlen waren hierzulande zum damaligen Zeitpunkt also von 2.779.707 erwerbstätigen Frauen 736.613 betroffen.²² Im selben Jahr wurden 100 Personen²³ und im Jahr 2023 103 Personen²⁴ wegen sexueller Belästigung *strafrechtlich* verurteilt.²⁵ Zur Frage, wie oft in Österreich *zivilrechtlich* gegen sexuelle Belästigung vorgegangen wird, sind keine aussagekräftigen Statistiken ersichtlich. Am Gesamtbild ist jedoch erkennbar, dass es im Verhältnis zur Häufigkeit von sexueller Belästigung selten zu rechtlichen Konsequenzen kommt.

3. Durchsetzungshindernisse

Der Grund dafür, dass gegen sexuelle Belästigung vergleichsweise selten rechtlich erfolgreich vorgegangen wird, liegt darin, dass die Inanspruchnahme rechtlicher Schutzinstrumente für Betroffene mit zahlreichen Hürden verbunden ist. Diese können in drei Kategorien zusammengefasst werden: 1) Beweisschwierigkeiten, 2) psychologische Faktoren auf Seite der Betroffenen sowie 3) unzureichende Sensibilisierung in der Gesellschaft.

20 M. Schröttele/K. Meshkova/C. Lehmann, Umgang mit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz – Lösungsstrategien und Maßnahmen zur Intervention – Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2019, S. 58, 193.

21 Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen in Österreich – Prävalenzstudie beauftragt durch Eurostat und das Bundeskanzleramt, Statistik Austria (Hrsg.), Wien 2022, S. 41, abrufbar unter https://www.statistik.at/fileadmin/publications/Geschlechtsspezifische-Gewalt-gegen-Frauen_2021_barrierefrei.pdf (Abrufdatum: 10.10.2024).

22 Prävalenzstudie (Fn. 21), S. 41.

23 Statistik Austria, Verurteilungsstatistik 2021, erstellt am 8.6.2022, abrufbar unter <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/kriminalitaet-und-sicherheit/verurteilungs-und-wiederverurteilungsstatistik> (Abrufdatum: 10.10.2024).

24 Statistik Austria, Verurteilungsstatistik 2023, erstellt am 11.6.2024, abrufbar unter <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/kriminalitaet-und-sicherheit/verurteilungs-und-wiederverurteilungsstatistik> (Abrufdatum: 10.10.2024).

25 Natürlich darf dabei nicht außen vorgelassen werden, dass der Begriff der „sexuellen Belästigung“ gem. § 218 öStGB eng gefasst ist (dazu bereits oben II.1.).

Bei sexuellen Übergriffen bestehen regelmäßig in besonderem Maße Beweisschwierigkeiten. Denn Übergriffe spielen sich sehr häufig in einem „intimen“ Umfeld oder zumindest ungesehen ab, womit es in aller Regel keine Zeug:innen gibt und sich in einem Gerichtsverfahren Behauptung gegen Behauptung gegenübersteht.²⁶ Aufgrund der rechtsstaatlich zentralen Zweifelsregel „*in dubio pro reo*“ kommt es somit im Strafverfahren – sofern dieses überhaupt bis zur Anklage fortgeführt wird –²⁷ in vielen Fällen zu Zweifelsfreisprüchen.²⁸ Das Beweisproblem stellt sich auch im Zivilprozess; im Antidiskriminierungsrecht wurde auf diese Problematik reagiert, indem entsprechende Beweiserleichterungen geschaffen wurden (ausf. dazu noch unten III.2.b).

Können Übergriffe nicht nachgewiesen werden, verstärkt sich außerdem das Problem des sogenannten „*victim blaming*“: Die Schuld für das Geschehene wird nicht der Person zugeschrieben, von welcher der Übergriff ausging, sondern der betroffenen Person selbst.²⁹ Dementsprechend ist die betroffene Person Anschuldigungen ausgesetzt, den Übergriff provoziert zu haben, sich nicht gewehrt zu haben oder aber auch falsche Vorwürfe zu erheben; mitunter droht ihr sogar der Vorwurf der Verleumdung oder eine Unterlassungsklage.³⁰

Schließlich führt die unzureichende Sensibilisierung der Gesellschaft dazu, dass Betroffene, die sich für ein Gerichtsverfahren entschieden haben, in diesem Verfahren mit weiteren Problemen konfrontiert werden. Sexuelle

26 ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 19; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler (Fn. 9), § 12 GIBG Rn. 127; vgl. auch Schröttle/Meshkova/Lehmann, Studie (Fn. 20), S. 134.

27 Im Jahr 2013 endeten nur 9,7 % der angezeigten Vergewaltigungen gem. § 201 öStGB in einer Anklage; vgl. Österreichischer NGO-Schattenbericht für GREVIO, 2016, S. 145, abrufbar unter https://www.efeu.or.at/seiten/download/GREVIO-Schattenbericht_2016_de.pdf (Abrufdatum: 24.10.2024); S. Aziz, #MeToo – Der Umgang mit Opfern sexualisierter Gewalt, *juridikum* 2018, 34.

28 Siehe nur M. Burghard in: Deixler-Hübner/Fucik/Mayrhofer, *Gewaltschutz* (Fn. 15), S. 1395.

29 Zur Definition siehe etwa M. Schwarz-Schlöglmann in: Deixler-Hübner/Fucik/Mayrhofer, *Gewaltschutz* (Fn. 15), S. 17; Schröttle/Meshkova/Lehmann, Studie (Fn. 20), S. 129.

30 Aziz, #MeToo (Fn. 27), 34 f.; vgl. auch Schröttle/Meshkova/Lehmann, Studie (Fn. 20), S. 127 f., 132 f.; United Nations Department of Economic and Social Affairs, *The World's Women 2015 – Trends and Statistics*, 2015, S. 159, abrufbar unter https://unsstats.un.org/unsd/gender/downloads/WorldsWomen2015_report.pdf (Abrufdatum: 29.10.2024); FRA, *EU-wide survey* (Fn. 16), S. 69. Natürlich ist es unabdingbar, dass in den Fällen, in denen Menschen tatsächlich zu Unrecht eines Übergriffs beschuldigt werden, wirksame rechtliche Maßnahmen zur Abhilfe bestehen.

Übergriffe werden nämlich häufig bagatellisiert und der betroffenen Person wird folglich angelastet, sie übertreibe.³¹ Diese Bagatellisierung spiegelt sich nicht zuletzt in der Debatte um die strafrechtliche Verfolgung von körperlicher sexueller Belästigung wider: Der „Po-Grapsch-Paragraf“ (§ 218 Abs. 1a öStGB) wird zum Teil als überzogen angesehen, weil er der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts zuwiderlaufe.³²

Bei den im Folgenden zu untersuchenden Rechtsschutzinstrumenten gilt es mitzudenken, inwiefern und in welchem Ausmaß die genannten Durchsetzungshindernisse bestehen.

III. *De lege lata: Durchsetzung von Schadenersatz- und Unterlassungsansprüchen*

1. Allgemeines

Wie eingangs schon erwähnt (oben I) möchte der vorliegende Beitrag die Effektivität der Rechtsdurchsetzung sowohl für Schadenersatz- als auch für Unterlassungsansprüche (gesondert) untersuchen. Dazu wird jeweils zuerst auf die relevanten Anspruchsgrundlagen eingegangen, um anschließend zivilprozessuale Probleme zu diskutieren.

2. Schadenersatz

a) Anspruchsgrundlagen

aa) Schadenersatzansprüche nach dem GIBG (AGG)

Zunächst stellt sexuelle Belästigung – zurückgehend auf unionsrechtliche Vorgaben –³³ einen *Diskriminierungsgrund* dar. Bei Vorliegen der Voraus-

31 Aziz, #MeToo (Fn. 27), 34 f.; FRA, EU-wide survey (Fn. 16), S. 69.

32 Siehe nur A. Tipold in: O. Leukauf/H. Steininger (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Kommentar inkl. Update 2020, Wien 2020, § 218 StGB Rn. 19/5 m.w.N.

33 Vgl. insb. RL 76/207/EWG, RL 2002/73/EG sowie RL 2000/78/EG, RL 2000/43/EG, RL 2006/54/EG; siehe außerdem EuGH C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415 (zum Ganzen *W. Mazal* in: M. Windisch-Graetz [Hrsg.], Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Wien 2022, § 7 GIBG Rn. 1 ff.); vgl. übrigens auch die Präambel zur Istanbul-Konvention, SEV Nr. 210, S. 3 f.

setzungen stehen Betroffenen somit Schadenersatzansprüche auf Grundlage der einschlägigen antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften zu. Für die Zwecke dieses Beitrags ist insbesondere das für den Privatrechtsverkehr maßgebliche österreichische GIBG³⁴ von Bedeutung; dieses weist wesentliche Parallelen mit dem deutschen AGG³⁵ auf.

Der Tatbestand der sexuellen Belästigung umfasst nach dem GIBG,³⁶ wie schon angedeutet (oben II.1), jedes unerwünschte körperliche, verbale oder nonverbale sexualisierte Verhalten, das die Würde der betroffenen Person beeinträchtigt oder eine solche Würdeverletzung bezweckt (vgl. § 6 Abs. 2, § 35 GIBG).³⁷ Der Diskriminierungsgrund der sexuellen Belästigung kann entweder im Zusammenhang mit einem (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis verwirklicht werden (§ 6 i.V.m. § 1 GIBG)³⁸ oder aber beim Empfang bestimmter öffentlich zugänglicher Güter und Dienstleistungen (§ 35 i.V.m. § 30 Abs. 1 GIBG).³⁹ Folglich fallen beispielsweise auch sexuelle Belästigungen in Bars oder Nachtclubs grundsätzlich in den Schutzbereich des GIBG.⁴⁰ Geschieht die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, können Betroffenen zum einen – anders als nach dem AGG –⁴¹ Schadenersatzansprüche gegen die belästigende Person selbst zustehen, zum anderen aber auch gegen Arbeitgebende, die es schuldhaft unterlassen, wirksame Abhilfe

34 Siehe schon oben Fn. 7.

35 Oben Fn. 8.

36 Siehe auch § 3 Abs. 4 AGG.

37 Ausf. zu § 6 GIBG *Windisch-Graetz* (Fn. 9), § 6 GIBG Rn. 1 ff.; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* (Fn. 9), § 6 GIBG Rn. 17 ff. m.w.N.; *Mazal* (Fn. 33), § 7 GIBG Rn. 18 ff., 36 ff.

38 Vgl. auch § 3 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 1. Z. 1-4 AGG.

39 Nach dem AGG stellt sexuelle Belästigung im Zivilrechtsverkehr jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes keinen Diskriminierungsgrund dar (§ 3 Abs. 4 AGG *e contrario*); siehe auch *J. Bauer/S. Krieger/J. Günther* in: *J. Bauer/S. Krieger/J. Günther* (Hrsg.), *Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz: Kommentar*, 5. Aufl., München 2018, § 3 AGG Rn. 51; zur a.A. vgl. bei *M. Horcher* in: *W. Hau/R. Poseck, BeckOK BGB*, 70. Aufl., München 2024, § 3 AGG Rn. 76. Zur Forderung der Erweiterung des Diskriminierungsgrundes der sexuellen Belästigung auf den Zivilrechtsverkehr vgl. das Grundlagenpapier der Unabhängigen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung, Stand November 2023, S. 4, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/Sonstiges/20230718_AGG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (Abrufdatum: 24.10.2024).

40 Vgl. zu Belästigungen in einem Gasthaus *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* (Fn. 9), § 38 GIBG Rn. 13.

41 Siehe nur *G. Thüsing* in: *F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. I, 9. Aufl., München 2021, § 15 AGG Rn. 7; *M. Benecke* in: *Hau/Poseck, BeckOK BGB* (Fn. 39), § 15 AGG Rn. 17, 50.

gegen Belästigung durch Dritte zu schaffen (§ 12 Abs. 11 GIBG).⁴² Bei sexueller Belästigung im sonstigen Privatrechtsverkehr – beispielsweise in einem Nachtclub – ist umstritten, ob das GIBG nur für Belästigungen seitens der Leistungserbringenden oder auch seitens Dritter (anderer Gäste) gilt.⁴³

In beiden Bereichen umfasst der Schadenersatzanspruch der Betroffenen sowohl den Ersatz des materiellen als auch des immateriellen Schadens, wobei der immaterielle Schaden mit mindestens EUR 1000,- zu bemessen ist (§ 12 Abs. 11, § 38 Abs. 2 GIBG). Damit soll der Entschädigung zugleich abschreckende Wirkung zukommen und der Bagatellisierung von sexueller Belästigung entgegengesteuert werden.⁴⁴ Das AGG sieht keine gesetzliche Mindesthöhe vor, wenngleich auch der Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG Präventivfunktion zukommen soll.⁴⁵

bb) Schadenersatzansprüche auf Grundlage des ABGB (BGB)

Trotz des beachtlichen praktischen Anwendungsbereichs des GIBG (soeben aa) gibt es wichtige Lebensbereiche, die nicht in dessen Schutzbereich fallen. Das betrifft beispielsweise sexuelle Belästigung auf der Straße oder im sonstigen öffentlichen Raum, aber auch in privaten Wohnräumen.⁴⁶ Sind weder das GIBG noch andere antidiskriminierungsrechtliche Vorschriften anwendbar, muss auf „allgemeine“ zivilrechtliche Regelungen zurückgegriffen werden.

42 Siehe nur *Windisch-Graetz* (Fn. 9), § 6 GIBG Rn. 6 ff.; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* (Fn. 9), § 6 GIBG Rn. 6; *Mazal* (Fn. 33), § 7 GIBG Rn. 62b ff.

43 Da § 38 Abs. 2 GIBG Schadenersatzansprüche gegenüber „dem/der Belästiger/in“ normiert, wird die Haftung Dritter in der Literatur befürwortet (vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* [Fn. 9], § 38 GIBG Rn. 13; *M. Lee* in: *Windisch-Graetz, GIBG* [Fn. 33], § 31 GIBG Rn. 5). Von der Gleichbehandlungskommission (GBK), einer beim Bundeskanzleramt eingerichteten Stelle zur Überprüfung von Verletzungen des im GIBG normierten Gleichbehandlungsgebots (vgl. Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft vom 15.3.1979 [BGBl. 1979/108]), wurde dieser aber – bei Belästigungen auf einem Passagierflug seitens eines anderen Fluggasts – entgegen des klaren Wortlauts des § 38 Abs. 2 GIBG verneint (GBK September 2008 III/32/07, *Flugpassagiere*, S. 8).

44 OGH 9 ObA 87/15g; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* (Fn. 9), § 6 GIBG Rn. 12, § 12 GIBG Rn. 117.

45 *M. Schlachter* in: R. Müller-Glöggle/U. Preis/I. Gallner/I. Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Bd. 51, 24. Aufl., München 2024, § 15 AGG Rn. 7; vgl. auch BAG 8 AZR 371/20 NZA 2022, 341.

46 Zu Belästigungen beim Empfang von Gütern und Dienstleistungen siehe oben aa).

Dabei kommt *prima vista* eine Haftung gem. § 1328 ABGB⁴⁷ in Betracht. Danach haftet die belästigende Person für den entstandenen Vermögensschaden und immateriellen Schaden,⁴⁸ wenn sie die betroffene Person „durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses“ zu einer geschlechtlichen Handlung missbraucht.⁴⁹ In der Literatur wird betont, die Norm schütze das Persönlichkeitsrecht auf sexuelle Selbstbestimmung.⁵⁰ Allerdings werden unter „geschlechtlicher Handlung“ nach herrschender Auffassung nur körperliche Verhaltensweisen verstanden,⁵¹ womit verbale und nonverbale Belästigungen von vornherein nicht auf Grundlage des § 1328 ABGB sanktioniert werden können. Zwar begründen diese Belästigungsformen unter Umständen eine Verletzung der Ehre⁵² oder der Privatsphäre.⁵³ Ob damit allerdings ein lückenloser Schutz gewährleistet wird, ist zweifelhaft.⁵⁴ Die Frage, ob der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts

47 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1.1.1812 (JGS. Nr. 946/1811).

48 Die Höhe der auf Grundlage des § 1328 ABGB regelmäßig zugesprochenen Beträge immateriellen Schadenersatzes ist schwer recherchierbar, weil die Entscheidungen des OGH vorwiegend den Zuspruch von Teilschadenersatz im Rahmen der Privatbeteiligung im Strafverfahren betreffen; siehe nur den Rechtssatz des OGH RIS-Justiz RS0031614; ebenso bereits R. Reischauer in: P. Rummel (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 3. Aufl., Wien 2004, § 1328 ABGB Rn. 14.

49 Im Detail siehe insb. die ausführliche Kommentierung von K. Danzl in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch (Hrsg.), Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Wien 2023, § 1328 ABGB Rn. 1 ff. m.w.N.; ebenso E. Karner, Die Neuregelung des Ersatzes ideeller Schäden bei geschlechtlichem Mißbrauch, JBl 1997, 685.

50 Danzl (Fn. 49), § 1328 ABGB Rn. 1; Karner, Neuregelung (Fn. 49), 687; Reischauer (Fn. 48), § 1328 ABGB Rn. 1; F. Harrer/E. Wagner in: M. Schwimann/G. Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 6, 4. Aufl., Wien 2016, § 1328 ABGB Rn. 1; B. Koch in: P. Bydliniski/S. Perner/M. Spitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 7. Aufl., Wien 2023, § 16 ABGB Rn. 6; vgl. auch JAB 407 BlgNR 20. GP S. 2.

51 Vgl. nur Harrer/Wagner (Fn. 50), § 1328 ABGB Rn. 2; Danzl (Fn. 49), § 1328 ABGB Rn. 11 f. m.w.N. Unter den Tatbestand des § 1328 ABGB fallen auch entwürdigende Berührungen (§ 218 öStGB).

52 Vgl. § 1330 ABGB, näher Reischauer (Fn. 48), § 1330 ABGB Rn. 1 ff.; K. Danzl/ E. Karner in: Bydliniski/Perner/Spitzer, ABGB (Fn. 50), § 1330 ABGB Rn. 1 ff.

53 Vgl. § 1328a ABGB; näher Danzl (Fn. 49), § 1328a ABGB Rn. 1 ff.; Danzl/Karner (Fn. 52), § 1328a ABGB Rn. 1 ff. Zur Überschneidung mit dem Schutz vor Hass im Netz vgl. Mazal (Fn. 33), § 7 GlBG Rn. 17a.

54 Allenfalls könnte noch direkt auf § 16 ABGB zurückgegriffen werden, der die Persönlichkeit und Menschenwürde als solche schützt; vgl. dazu allgemein Koch (Fn. 50), § 16 ABGB Rn. 3; F. Meissel in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB (Fn. 49), § 16 ABGB Rn. 2; siehe außerdem C. Mokrejs-Weinhappel, Zivilprozessuale Maßnahmen

der sexuellen Selbstbestimmung tatsächlich auf die Verhaltensweisen des § 1328 ABGB zu begrenzen ist oder weiter gefasst werden könnte, bedarf u.E. somit weiterer Diskussion.⁵⁵

§ 825 BGB, der in großen Teilen gleich lautet wie § 1328 ABGB, wird demgegenüber kein bedeutender praktischer Anwendungsbereich attestiert, weil die tatbestandsmäßigen Handlungen ohnehin entweder Schutzgesetzverletzungen (§ 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 174 ff. dStGB) oder Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen.⁵⁶ Während die strafrechtlichen Normen gem. §§ 174 ff. dStGB nahezu ausschließlich körperliche Handlungen sanktionieren, ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht von vornherein auf solche beschränkt.⁵⁷ Somit können unter Umständen auch verbale oder nonverbale Belästigungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen.⁵⁸

zur Bekämpfung von „Hass im Netz“. Das neue Mandatsverfahren nach § 549 ZPO, ÖJZ 2021, 53 (55), die eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sowohl für „Upskirting“ als auch das Versenden von „*dick pics*“ soweit ersichtlich unmittelbar aus § 16 ABGB ableitet.

- 55 Wie genau das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zu definieren und abzugrenzen ist, dürfte nämlich bei weitem noch nicht hinreichend geklärt sein; vgl. in anderem Zusammenhang S. Baer, „Sexuelle Selbstbestimmung“? in: C. Lohrenscheit (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht*, Baden-Baden 2009, S. 89 (96); ebenso D. Valentiner, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung – Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit*, Baden-Baden 2021, S. 17 ff., 411.
- 56 Zu den Schutzgesetzverletzungen vgl. A. Staudinger in: R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Aufl., Baden-Baden 2024, § 825 BGB Rn. 1; G. Wagner in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, *BGB* (Fn. 41), Bd. VII, 9. Aufl., München 2021, § 825 BGB Rn. 16; zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht vgl. C. Kern in: R. Stürner (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Aufl., München 2023, § 825 BGB Rn. 1 f.; ebenso C. Förster in: Hau/Poseck, *BeckOK BGB* (Fn. 39), § 825 BGB Rn. 2.
- 57 Dieses stellt nämlich einen „offenen“ Tatbestand dar, vgl. z.B. BGH I ZR 277/03 NJW 2007, 684.
- 58 Vgl., wenn auch im konkreten Fall verneinend, OLG Frankfurt 15 U 103/97 NJW-RR 2000, 976 zu sexuell bestimmten Äußerungen; ohne Unterscheidung nach der Form der Belästigung vgl. auch Thüsing (Fn. 41), § 15 AGG Rn. 51, 54. Zur notwendigen Intensität des Eingriffs für die Gewährung des Anspruchs auf Geldentschädigung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts siehe R. Rixecker in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, *BGB* (Fn. 41), Anhang zu § 12 BGB Rn. 360 ff. m.w.N.

b) Individualrechtsschutz

Zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen können Betroffene unabhängig davon, ob sie ihren Anspruch aus dem GIBG oder dem ABGB ableiten, eine Leistungsklage einbringen. Damit die Klage auch erfolgreich ist, muss das Gericht nach dem Regelbeweismaß der öZPO mit hoher Wahrscheinlichkeit davon überzeugt sein, dass die betroffene Person von der beklagten Partei sexuell belästigt wurde.⁵⁹ Gerade die Führung dieses Beweises ist aber oft mit gewissen Schwierigkeiten verbunden (dazu bereits II.3). Darauf wird auch in den Materialien zum GIBG hingewiesen: Dort findet sich die Aussage, dass „in der Praxis vor allem bei sexueller Belästigung oft nur Behauptung gegen Behauptung steht“ und deshalb „die Erbringung des vollen Beweises äußerst schwierig [ist]“.⁶⁰

Im Bereich des GIBG wurde deshalb versucht, den Nachweis der sexuellen Belästigung zu erleichtern:⁶¹ Betroffene müssen das Vorliegen des Diskriminierungstatbestands nur „glaubhaft“ machen (§ 12 Abs. 12 S. 1, § 38 Abs. 3 S. 1 GIBG).⁶² Der beklagten Partei obliegt es, „zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen“ (§ 12 Abs. 12 S. 3, § 38 Abs. 3 S. 3 GIBG). Ob diese Beweiserleichterung zugunsten der Betroffenen von den Gerichten hinreichend berücksichtigt wird, wird jedoch von Teilen der Lehre⁶³ und, dem Vernehmen nach, auch der Praxis in Frage stellt.

Die auf Unionsrecht zurückzuführende⁶⁴ Beweisregelung gilt nicht zu Unrecht als eine der meistdiskutierten Bestimmungen des GIBG, da

59 S. Apostol/Y. Hofbauer, Sexuelle Integrität – Rechtlicher Schutz und dessen Durchsetzung, Wien 2020, 2. Kapitel Rn. 2.14; zum Regelbeweismaß der öZPO siehe nur RIS-Justiz RS0110701; W. Rechberger in: H. Fasching/A. Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze, Bd. III/1, 3. Aufl., Wien 2017, Vor § 266 ZPO Rn. II f. m.w.N.

60 ErläutRV 307 BlgNR. 22. GP S. 19; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler (Fn. 9), § 12 GIBG Rn. 127.

61 Auch das AGG enthält eine besondere beweisrechtliche Regelung (vgl. Art. 22 *leg cit*).

62 Hopf/Mayr/Eichinger/Erler (Fn. 9), § 12 GIBG Rn. 128; Apostol/ Hofbauer, Integrität (Fn. 59), 2. Kapitel Rn. 2.7, 3. Kapitel Rn. 3.51.

63 Apostol/Hofbauer, Integrität (Fn. 59), 3. Kapitel Rn. 3.51; vgl. E. Greif/S. Ulrich, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht, 2. Aufl., Wien 2019, Rn. 472 m.w.N.

64 Siehe nur A. Kletečka/S. Köck in: Windisch-Graetz, GIBG (Fn. 33), § 12 GIBG Rn. 6 f., 56.

sie scheinbar Beweislastumkehr⁶⁵ mit Beweismaßreduzierung vermischt.⁶⁶ Nimmt man jedoch das zivilprozessuale Verständnis von Glaubhaftmachung (Überzeugung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, sohin von über 50 %)⁶⁷ ernst, handelt es sich bei der Regelung „nur“ um eine Beweismaßreduzierung zugunsten der Betroffenen. Das Gericht muss nämlich nur mehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon überzeugt werden, dass die sexuelle Belästigung stattgefunden hat.⁶⁸ Eine Beweislastumkehr⁶⁹ zugunsten der Betroffenen findet hingegen nicht statt.⁷⁰ Gelingt es beiden Parteien nicht, die von ihnen behaupteten Tatsachen glaubhaft zu machen (jeweils unter 50 %) und kann folglich nicht festgestellt werden, ob es zu einer sexuellen Belästigung gekommen ist (*non liquet*), wirkt sich dies zulasten der klagenden Partei aus und die Klage ist abzuweisen. Die Klage ist entgegen dem irreführenden Wortlaut des § 12 Abs. 12 S. 3 GIBG und der Materialien⁷¹ aber ebenso abzuweisen, wenn das Gericht beide Varianten für gleich wahrscheinlich hält und andere Varianten ausschließt (sozusagen ein „echtes 50:50“), da der klagenden Partei in diesem Fall die geforderte Glaubhaftmachung nicht gelungen ist.

c) Kollektiver Rechtsschutz

aa) Allgemeines

Wie die #MeToo-Bewegung gezeigt hat (oben I), kann es für Betroffene psychologisch stärkend sein, gemeinschaftlich gegen sexuelle Belästigung vorzugehen. Damit stellt sich die Frage, ob zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus sexueller Belästigung auch kollektive Rechts-

65 So die Materialien (ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 19); vgl. auch RIS Justiz RS0111216 (T4); OGH 8 ObA 69/09v JBl 2010, 392; 8 ObA 6/21x Arb 13.787.

66 Ausf. dazu siehe auch *Kletečka/Köck* (Fn. 64), § 12 GIBG Rn. 57; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* (Fn. 9), § 12 GIBG Rn. 123 ff., insb. 129, 132 f., 137 je m.w.N.; *T. Klicka*, Beweismaß und Beweislast bei Diskriminierungstatbeständen, ZAS 2009/29, 190 (Anm. zu OGH 9 ObA 177/07f); *J. Eichinger*, DRdA 2005/34, 424 (Anm. zu OGH 9 ObA 46/04m).

67 Allg. zur Glaubhaftmachung siehe etwa RIS-Justiz RS0040276; *Rechberger* (Fn. 59), Vor § 266 ZPO Rn. 16, § 274 ZPO Rn. 1; *W. Rechberger/T. Klicka* in: *Rechberger/Klicka* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., Wien 2019, § 274 ZPO Rn. 1 m.w.N.

68 Siehe auch *Klicka*, Beweismaß (Fn. 66), 190 (190); *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* (Fn. 9), § 12 GIBG Rn. 129.

69 Allgemein zur Beweislast siehe nur *Rechberger* (Fn. 59), Vor § 266 ZPO Rn. 20 ff.

70 Siehe auch *Kletečka/Köck* (Fn. 64), § 12 GIBG Rn. 57.

71 ErläutRV 307 BlgNR. 22. GP S. 19.

schutzmaßnahmen zur Anwendung kommen können, die diesem Phänomen Rechnung tragen.

bb) Gemeinsame Klageführung: Aktive Streitgenossenschaft

Denkbar wäre zunächst die gemeinsame Klageführung in Form einer aktiven Streitgenossenschaft. Dazu müssen den Betroffenen zumindest *gleichartige Ansprüche* zustehen, die auf einem *im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen Grund* beruhen (§ 11 Z. 2 öZPO).⁷² Da es der Bildung einer aktiven Streitgenossenschaft i.S.d. § 11 Z. 2 öZPO nach herrschender Auffassung weder entgegensteht, wenn die einzelnen Begehren unterschiedlich formuliert werden, noch, wenn bestimmte Sachverhalte nur für einzelne Streitgenossen vorliegen,⁷³ kann eine solche im konkreten Fall u.E. dann angenommen werden, wenn mehrere Personen in ähnlicher Weise von derselben Person belästigt wurden.⁷⁴ In Betracht kommen beispielsweise Belästigungshandlungen an mehreren Arbeitskolleg:innen, und zwar auch dann, wenn diese in zeitlich und räumlich getrenntem Kontext stattfinden.⁷⁵ Praktisch ist die Bildung einer Streitgenossenschaft natürlich nur möglich, wenn die Betroffenen voneinander Bescheid wissen und sich zur gemeinsamen Klageführung zusammenschließen.

72 Vgl. auch § 60 dZPO.

73 Siehe nur *B. Schneider* in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze (Fn. 59), Bd. II/1, 3. Aufl., Wien 2014, § 11 ZPO Rn. 21 ff.

74 Mehrere belästigende Personen könnten hingegen nur dann gemeinsam geklagt werden, wenn sie auch gemeinschaftlich agierten, vgl. OGH 6 Ob 316/02t; ebenso *K. Bünnigmann* in: M. Anders/B. Gehle (Hrsg.), Zivilprozessordnung Kurzkomm. Bd. I, 82. Aufl., München 2024, § 59 ZPO Rn. 6.

75 Da der Sachverhalt bei der formellen Streitgenossenschaft i.S.d. § 11 Z. 2 öZPO, im Gegensatz zur materiellen Streitgenossenschaft i.S.d. § 11 Z. 1 öZPO (zur Abgrenzung vgl. *Schneider* [Fn. 73], § 11 ZPO Rn. 6 ff.; ebenso *M. Trenker/T. Widschwentner*, Zur Abgrenzung von materieller und formeller Streitgenossenschaft und ihren prozessualen Folgen, JAP 2018/2019, 234 [235 f.]), nicht *derselbe*, sondern nur ein *im wesentlichen gleichartiger* sein muss, ist es u.E. nicht erforderlich, dass eine einheitliche Belästigungshandlung vorliegt.

cc) Sammelklage

Wenngleich sich dies in der Praxis bisher, soweit ersichtlich, nicht etabliert hat, bestünde außerdem die Möglichkeit einer sogenannten „Sammelklage österreichischer Prägung“,⁷⁶ wie sie – vor allem vor Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie –⁷⁷ insbesondere im Verbraucherrecht genutzt wurde.⁷⁸ Dabei treten Anspruchsberechtigte ihre Ansprüche an einen bestimmten Rechtsträger im Wege der Inkassoession ab und dieser klagt die gebündelten Ansprüche im eigenen Namen ein.⁷⁹ Typischerweise wird zudem das Prozesskostenrisiko von Prozessfinanzierenden gegen ein Erfolgshonorar übernommen.⁸⁰ Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Sammelklage ist nach der Rechtsprechung, dass sowohl die Anforderungen für eine objektive Klagenhäufung i.S.d. § 227 öZPO erfüllt sind,⁸¹ als auch, dass ein „im wesentlichen gleicher Anspruchsgrund“ vorliegt und „im Wesentlichen gleiche Fragen tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die die Hauptfrage oder eine ganz maßgebliche Vorfrage aller Ansprüche betreffen“ zu beurteilen sind.⁸²

Dieses Modell ist grundsätzlich auch bei sexueller Belästigung vorstellbar:⁸³ Die Sammelklage ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt und damit

76 Näher A. Klauser/K. Huber, Die Zulässigkeit der Sammelklage österreichischer Prägung am Beispiel der Verfahren VKI gegen VW, VbR 2019, 19; G. Kodek, Die Sammelklage nach österreichischem Recht. Ein neues prozeßrechtliches Institut auf dem Prüfstand, ÖBA 2004, 615.

77 RL 2020/1828/EU; zur Umsetzung in Österreich vgl. z.B. F. Scholz-Berger, Kollektive Rechtsdurchsetzung von Abhilfeansprüchen nach Umsetzung der Verbandsklagen-RL in Österreich, ecolx 2024, 583; P. Anzenberger/J. Mühlbacher, Die Verbandsklagen-Richtlinie-Umsetzungs-Novelle (VRUN) – Teil 1, RdW 2024, 735; P. Anzenberger/J. Mühlbacher, Die Verbandsklagen-Richtlinie-Umsetzungs-Novelle (VRUN) – Teil 2, RdW 2024, 810; für Deutschland siehe z.B. P. Röthemeyer, Das Verbraucherschiedsdurchsetzungsgesetz (VDuG) zur Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie – Die neue Abhilfeklage, VuR 2023, 332.

78 Vgl. Scholz-Berger, Rechtsdurchsetzung (Fn. 77), 588.

79 Rechberger/Klicka (Fn. 67), § 227 ZPO Rn. 4 m.w.N. Für Deutschland vgl. auch z.B. BGH II ZR 84/20 NJW 2021, 3046.

80 Klauser/Huber, Sammelklage (Fn. 76), 19 f.; L. Planitzer in: G. Kodek/P. Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Aufl., Wien 2023, § 227 ZPO Rn. 12.

81 Ausf. dazu A. Geroldinger in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze (Fn. 59), § 227 ZPO Rn. 1 ff.

82 Vgl. OGH 4 Ob 116/05w JBl 2006, 48. Krit. Klauser/Huber, Sammelklage (Fn. 76), 20; Planitzer (Fn. 80), § 227 ZPO Rn. 13.

83 Anstelle der Inkassoession wäre auch eine gewillkürte Prozessstandschaft denkbar, die aber in Österreich nach herrschender, wenn auch zunehmend in Frage gestellter Auffassung unzulässig ist (zum Ganzen siehe nur M. Trenker, Einvernehmliche Par-

nicht auf bestimmte Rechtsstreitigkeiten beschränkt; sie wird außerdem durch die Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie nicht berührt und steht daher weiterhin offen.⁸⁴ Die Hürden der Prozessführung, die für Betroffene von sexueller Belästigung bestehen (oben II.3), könnten auf diesem Weg u.E. erheblich reduziert werden, weil Betroffene den Prozess nicht selbst einleiten und sogar – sofern die Bereitschaft zur Prozesskostenfinanzierung besteht – das Prozesskostenrisiko nicht tragen müssten.

3. Unterlassung

a) Allgemeines

Ob Schadenersatzansprüche aber in allen Fällen angemessene Abhilfe schaffen und sexuelle Belästigung nachhaltig zurückdrängen können, ist zweifelhaft.⁸⁵ Dauert die Belästigung noch fort, kann der rechtswidrige Zustand durch die Pflicht zur Entschädigungszahlung nämlich nicht unmittelbar beendet werden; genauso wenig versichert Schadenersatz, dass die belästigende Person nicht wiederholt Belästigungshandlungen vornimmt. Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts wird dementsprechend – für jeden Diskriminierungstatbestand – die Erweiterung des GlBG auf Unterlassungsansprüche gefordert.⁸⁶ Außerhalb des Antidiskriminierungsrechts lassen sich Unterlassungsansprüche infolge sexueller Belästigung u.E. bereits *de lege lata* begründen (sogleich b).

teidisposition im Zivilprozess – Parteiautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren, Wien 2020, S. 371 ff. m.w.N.). Zur gewillkürten Prozesstandschaft in Deutschland siehe hingegen nur *W. Lindacher/W. Hau* in: T. Rauscher/R. Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 6. Aufl., München 2020, Vor § 50 Rn. 61 ff. m.w.N.

84 Siehe nur *Scholz-Berger*, Rechtsdurchsetzung (Fn. 77), 588. Die (neue) Verbandsklage auf Abhilfe i.S.d. §§ 623 ff. öZPO kommt hingegen nicht in Betracht, weil ihr Anwendungsbereich auf die Wahrung der Interessen von Verbraucher:innen beschränkt ist (vgl. nur Art. 1 RL 2020/1828/EU).

85 Zur fraglichen Höhe der Ersatzbeträge gem. § 1328 ABGB siehe oben Fn. 48.

86 Zu den diesbezüglichen Forderungen des Klagsverbands – einem Dachverband verschiedener NGOs, der Betroffene bei der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen aus dem GlBG unterstützt – siehe *P. Haller*, Drei Forderungen für einen besseren Diskriminierungsschutz, abrufbar unter <https://www.klagsverband.at/archives/20086> (Abrufdatum: 24.10.2024).

b) Anspruchsgrundlagen

Wie schon erwähnt (oben 2.a).bb) kann sexuelle Belästigung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellen; Persönlichkeitsrechtsverletzungen begründen nicht nur Schadenersatzansprüche, sondern auch Unterlassungsansprüche.⁸⁷ In Deutschland ist das – gestützt auf § 1004 BGB analog – auch bei Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung anerkannt.⁸⁸ Für Österreich muss schon allein deshalb dasselbe gelten, weil § 20 ABGB ohne Unterscheidung für jede Persönlichkeitsrechtsverletzung Unterlassungsansprüche normiert.⁸⁹ Hinzu kommt, dass nach soweit ersichtlich unbestrittener herrschender Meinung sowohl Verletzungen der Privatsphäre als auch der Ehre Unterlassungsansprüche begründen.⁹⁰ Da die Rechtsordnung den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung auch an anderen Stellen mit jenem der Privatsphäre und der Ehre gleichsetzt⁹¹ bzw. sogar höher bewertet,⁹² sprechen somit zusätzlich systematische Gründe dafür, auch bei der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung Unterlassungsansprüche zu gewähren.⁹³

87 Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht vgl. nur *Rixecker* (Fn. 58), Anhang zu § 12 BGB Rn. 325 ff. m.w.N.; für Österreich siehe nur *Meissel* (Fn. 54), § 16 ABGB Rn. 157 ff m.w.N.

88 Vgl. *Thüsing* (Fn. 41), § 15 AGG Rn. 51, 54; *Rixecker* (Fn. 58), Anhang zu § 12 BGB Rn. 325 ff.

89 Allgemein *Koch* (Fn. 50), § 20 ABGB Rn. 1; speziell zur Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vgl. *C. Koller* in: *Kodek/Oberhammer*, ZPO (Fn. 80), § 549 ZPO Rn. 4; ebenso *Mokrejs-Weinhappel*, Maßnahmen (Fn. 54); anders hingegen die Darstellung der Rechtsfolgen bei *Harrer/Wagner* ([Fn. 50], § 1328 ABGB Rn. 11 ff.) und bei *Danzl/Karner* ([Fn. 52], § 1328 ABGB Rn. 7 f.), die Unterlassungsansprüche bei Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung jedenfalls nicht ausdrücklich zuerkennen.

90 Zur Privatsphäre vgl. z.B. RIS-Justiz RS0121886 (T7); OGH 6 Ob 256/12h JBl 2013, 309; *Danzl* (Fn. 49), § 1328a ABGB Rn. 91 ff. m.w.N.; zur Ehre siehe z.B. RIS-Justiz RS0008987; OGH 6 Ob 285/01g; *Danzl* (Fn. 49), § 1330 ABGB Rn. 176 ff.

91 Siehe insb. die i.W. gleichlautenden schadenersatzrechtlichen Normen der §§ 1328, 1328a, 1330 ABGB.

92 Vgl. die notwehrfähigen Rechtsgüter in § 3 öStGB.

93 Zu Unterlassungsansprüchen aus sexueller Belästigung vgl. auch das für die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) – einer beim Bundeskanzleramt eingerichteten Stelle, an die sich Betroffene infolge Verletzungen des GIBG wenden können (vgl. §§ 3 ff. GBK/GAW-Gesetz) – erstattete Gutachten *B. Beclin*, Gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Haftpflichtigen und der Verantwortung für Dritte nach dem III. Teil des GIBG, 2010, S. 8, abrufbar unter <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/dam/jcr:521dece7-b5ca-4175-a568c5a695bc8a25/Gutachtliche%20Stellungnahme%20zur%20Frage%20der%20Haftpflichtigen.pdf> (Abrufdatum: 24.10.2024).

c) Individualrechtsschutz

Zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen können sich Betroffene mit einer Unterlassungsklage zur Wehr setzen, um (künftige) Belästigungen zu unterbinden.⁹⁴ Im Gerichtsverfahren muss wiederum der Beweis für die sexuelle Belästigung erbracht werden.⁹⁵ Ist dies gelungen, obliegt es der beklagten Partei, den Wegfall der – für den Klagserfolg vorausgesetzten – Wiederholungsgefahr zu behaupten und zu beweisen.⁹⁶ Droht den Betroffenen hingegen erstmalig eine sexuelle Belästigung und bringen sie deshalb eine vorbeugende Unterlassungsklage ein, müssen sie die Erstbegehungsgefahr behaupten und beweisen.⁹⁷ Im Gegensatz zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (dazu oben 2) bestehen keinerlei Beweiserleichterungen; das GIBG normiert ja keine Unterlassungsansprüche.⁹⁸

Schwierigkeiten bereitet bei Unterlassungsklagen außerdem die Formulierung des Klagebegehrens: Dieses muss nämlich zum einen hinreichend bestimmt sein, sodass bei einer Verletzung eine Zwangsvollstreckung auf Unterlassung bewilligt werden kann,⁹⁹ zum anderen soll aber auch vermieden werden, dass die beklagte Partei das Unterlassungsgebot durch die Vornahme ähnlicher Handlungen umgeht, die nicht vom Begehren umfasst wurden.¹⁰⁰ Bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wird es daher jedenfalls nicht ausreichen, bloß „die Unterlassung von sexueller Belästigung“ zu begehren. Aufgrund des weiten Begriffs (oben II.1) bedarf es vielmehr einer Konkretisierung. Sofern die beklagte Partei außerdem beispielsweise „nur“ verbal belästigt hat, bräuchte es für ein weites Begehren, das auch körperliche Belästigung mitumfasst, den Nachweis einer Erst-

94 Allgemein zur Unterlassungsklage *W. Rechberger/D. Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Wien 2017, Rn. 600. Bei Vorliegen der Voraussetzungen steht Betroffenen außerdem die Beantragung einer einstweiligen Verfügung zu (vgl. §§ 382b-d EO).

95 Vgl. nur *Rechberger* (Fn. 59), Vor § 266 ZPO Rn. 20.

96 Siehe nur RIS-Justiz RS0037661; *Geroldinger* (Fn. 81), § 226 ZPO Rn. 35.

97 Allg. zur vorbeugenden Unterlassungsklage siehe nur RIS-Justiz RS0010479; OGH 9 Ob 54/08v RdW 2009, 644; *Geroldinger* (Fn. 81), § 226 ZPO Rn. 35; *Rechberger/Simotta*, Grundriss (Fn. 94), Rn. 602 m.w.N.

98 Siehe dazu oben III.3.a).

99 Siehe nur RIS-Justiz RS0000878; OGH 8 Ob 651/87 ÖJZ 1989/6 (EvBl); 1 Ob 594/94 SZ 67/138; 5 Ob 66/23a; *Geroldinger* (Fn. 81), § 226 ZPO Rn. 141; *T. Klicka* in: P. Angst/ P. Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Aufl., Wien 2015, § 355 EO Rn. 8.

100 Siehe nur *Geroldinger* (Fn. 81), § 226 ZPO Rn. 36; *Klicka* (Fn. 99), § 355 EO Rn. 8/1.

begehungsgefahr. Folglich wäre es sinnvoller, die erfolgte Belästigung genau zu beschreiben und anzugeben, um welche Art der Belästigung (verbal, nonverbal, körperlich) es sich handelt. Zur Verhinderung einer Umgehung kann darüber hinaus begehrt werden, dass ähnliche Belästigungen, wie beispielsweise bedeutungsgleiche Äußerungen, unterlassen werden sollen.¹⁰¹

d) Kollektiver Rechtsschutz

Auch zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen kommen kollektive Rechtsschutzmaßnahmen in Betracht: Wie bei Schadenersatzansprüchen steht zunächst die Bildung einer aktiven Streitgenossenschaft offen (siehe dazu oben 2.c).bb).¹⁰² Eine Sammelklage (oben 2.c).cc) muss u.E. hingegen ausscheiden, weil Unterlassungsansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Wege der Zession nicht abgetreten werden können.¹⁰³

4. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Beweisführung für Betroffene bei jeder Form der Rechtsdurchsetzung potenziell Schwierigkeiten bereitet (zur Beweiserleichterung nach dem GIBG siehe oben 2.a).aa). Psychologisch hemmende Faktoren, wie *victim blaming* (näher oben II.3), können durch kollektive Rechtsschutzmaßnahmen bedeutend abgemildert werden (oben 2.c); 3.d). Aufbauend auf diesem Befund soll in der Folge der Frage nachgegangen werden, wie die Rechtsschutzmöglichkeiten für Betroffene *de lege ferenda* gestärkt werden könnten.

101 Vgl. RIS-Justiz RS0037581 (T2); OGH 4 Ob 2283/96f.

102 Zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen in Form einer aktiven Streitgenossenschaft vgl. z.B. OGH 6 Ob 153/18w MR 2019, 12 (mehrere Geschädigte aus einer Beleidigung i.S.d. § 1330 ABGB); 5 Ob 91/09g MietSlg 61.665 (mehrere Wohnungseigentümer:innen zur Geltendmachung von Ansprüchen gem. § 364 Abs. 3 ABGB).

103 Höchstpönliche Rechte können jedenfalls dann nicht abgetreten werden, wenn diese von einer anderen als der berechtigten Person nicht sinnvoll ausgeübt werden können (vgl. G. Ertl in: P. Rummel, ABGB [Fn. 48], § 1393 ABGB Rn. 2), was u.E. auf Unterlassungsansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzung zutrifft. Zur gewillkürten Prozessstandschaft siehe schon oben Fn. 83.

IV. De lege ferenda: Verbandsklage auf Unterlassung?

1. Allgemeines

Die österreichische Rechtsordnung hat in Konstellationen, die als besonders schutzwürdig angesehen werden und meist eine Vielzahl von Personen betreffen könnten, Verbandsklagen vorgesehen,¹⁰⁴ mit denen öffentliche Interessen bzw. spezifisch kollektive Gruppeninteressen geltend gemacht werden können.¹⁰⁵ So wurde mit der kürzlich in Kraft getretenen Verbandsklagen-Richtlinie-Umsetzungs-Novelle (VRUN)¹⁰⁶ sogenannten „Qualifizierten Einrichtungen“ eine Verbandsklagebefugnis zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen im öffentlichen Interesse (genauer: im kollektiven Interesse von Verbraucher:innen, vgl. § 619 Abs. 1 öZPO) eingeräumt. Verbandsklagen zielen darauf ab, jenes „Rechtsschutzdefizit auszugleichen, das (angeblich) durch das Versagen der traditionellen Rechtsverfolgungsmöglichkeiten [...] entstanden ist“.¹⁰⁷ Auch das Antidiskriminierungsrecht kennt dieses Rechtsinstrument, wenn auch nur eingeschränkt: So können bspw. der Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern sowie die Behindertenanwaltschaft gem. § 13 Abs. 1 BGStG eine Klage auf Feststellung und bei Kapitalgesellschaften i.S.d. § 221 Abs. 3 UGB sogar auf Unterlassung und Beseitigung einer Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung einbringen. Bei Verletzung des GIBG besteht die Möglichkeit einer Verbandsklage auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (§ 12 Abs. 4–6 GBK/GAW-Gesetz).¹⁰⁸

Für den Anwendungsbereich des GIBG wird außerdem die Einführung einer (zusätzlichen) Verbandsklage gefordert, da die bestehenden Mittel

104 Siehe für das Verbraucherrecht §§ 28 ff. KSchG oder die mit der Verbandsklagen-Richtlinie-Umsetzungs-Novelle (Bundesgesetz vom 17.7.2024 [BGBl. I 2024/85]) kürzlich eingeführten §§ 619 ff, §§ 623 ff öZPO; für den unlauteren Wettbewerb § 14 UWG.

105 N. Schoibl, Die Verbandsklage als Instrument zur Wahrung "öffentlicher" oder "überindividueller" Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht, ZfVR 1990, 3 (7 ff.).

106 Siehe Fn. 104. Siehe dazu auch oben III.2.c).

107 Schoibl, Verbandsklage (Fn. 105), 3.

108 Ausf. dazu siehe etwa D. Hattenberger in: Windisch-Graetz, GIBG (Fn. 33), § 12 GBK/GAW-G Rn. 14 ff.; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler (Fn. 9), § 12 GBK/GAW-G Rn. 12–18; Schoibl, Verbandsklage (Fn. 105), 28 ff.

nicht in allen Fällen als effektiv und wirksam erachtet werden;¹⁰⁹ Vergleichbares ist in Deutschland für das AGG zu beobachten.¹¹⁰ Der Wunsch nach einer Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes ist durchaus nachvollziehbar: Dem Vernehmen nach handelt es sich häufig um dieselbe Person, die (verschiedene) Personen sexuell belästigt; die einzelnen Betroffenen schrecken jedoch häufig vor einer Klage zurück (oben II.2, II.3). Die Gesetzgebung hat gerade in Fällen, bei denen der Individualrechtsschutz selten in Anspruch genommen wird, Verbandsklagen eingeführt. So dient die Verbandsklage nach § 28 Abs.1 KSchG auch den Interessen der einzelnen Verbraucher:innen, für die es sich ausweislich der Materialien¹¹¹ wirtschaftlich nicht lohnt, Zeit, Mühe und Geld zu investieren und ein Gerichtsverfahren anzustrengen.¹¹² Auch mit der Feststellungsklage gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz wollte die Gesetzgebung das Prozesskostenrisiko der von Diskriminierung Betroffenen verringern, worin der Hauptgrund gesehen wurde, dass so wenig Betroffene von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hatten, ihre Ansprüche auf Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes einzuklagen.¹¹³

Auch das Unionsrecht stellt nun ein Verbandsklagerecht in Aussicht: Im Mai 2024 hat die Europäische Union zwei verpflichtende Richtlinien zu Standards für Gleichbehandlungsstellen¹¹⁴ verabschiedet. Darin vorgesehen ist auch, dass Gleichbehandlungsstellen in Gerichtsverfahren tätig werden können müssen, wobei als mögliche Umsetzungsalternative das Recht vorgeschlagen wird, „*Gerichtsverfahren im eigenen Namen einzuleiten, um das öffentliche Interesse zu schützen*“.¹¹⁵

109 Siehe die Forderungen des Klagsverbands (Fn. 86) sowie den Gleichbehandlungs-Blog der GAW, Wo kein:e Kläger:in, da kein:e Richter:in, abrufbar unter <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/aktuelles-und-services/gleichbehandlungs-blog/Wo-keine-Klaegerin--da-keine-Richterin.html> (Abrufdatum: 10.10.2024).

110 Siehe die Forderungen des Bündnis AGG Reform – Jetzt! abrufbar unter https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf (Abrufdatum: 10.10.2024).

111 ErläutRV 744 BgNR 14. GP 41.

112 G. Kathrein/T. Schoditsch in: Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB (Fn. 50), § 28 KSchG Rn. 1.

113 Hopf/Mayr/Eichinger/Erler (Fn. 9), § 12 GBK/GAW-G Rn.14; vgl. OGH 9 ObA 12/03k DRdA 2005, 55 (Bei); vgl. Hattenberger (Fn. 108), § 12 GBK/GAW-G Rn. 17.

114 RL 2024/1499/EU; RL 2024/1500/EU.

115 Art. 10 Abs. 3 lit. c RL 2024/1499/EU; Art. 10 Abs. 3 lit. c RL 2024/1500/EU. Siehe dazu auch die Ausführungen der GAW, abrufbar unter <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/Gleichstellungspolitik/Standards-fuer-Gleichbehandlungsstellen.html> (Abrufdatum: 24.10.2024).

Im Folgenden soll daher überlegt werden, wie die Einführung eines originären Anspruchs zur Unterlassung von sexueller Belästigung für Verbände konkret aussehen könnte. Dabei erfolgt eine Orientierung an bereits etablierten Verbandsklagen auf Unterlassung sowie an den geäußerten Reformvorschlägen.

2. Potenzielle Ausgestaltung

Damit Verbände Kenntnis von sexueller Belästigung erhalten, bedarf es einer Anlaufstelle für Betroffene. Dafür bieten sich bereits etablierte Einrichtungen an, wie die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW).¹¹⁶ Wird einer – oder u.E. besser: mehreren – solcher Einrichtungen auch das Klagsrecht eingeräumt, sollte jedenfalls eine Zustimmungspflicht der Betroffenen für die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs eingeführt werden.¹¹⁷ Zum einen wird der Prozess ohne deren Beteiligung nämlich kaum erfolgreich sein. Zum anderen wenden sich Betroffene an diese Einrichtungen, um Beratung und Unterstützung zu erfahren; müssten sie befürchten, dass ihr Anliegen entgegen ihrem Willen vor Gericht gebracht wird, bestünde die Gefahr, dass sie aus Angst davor die vorhandenen Hilfsangebote gar nicht mehr in Anspruch nehmen.

Fraglich ist auch, ob die (sofortige) Klagserhebung immer der sinnvollste Weg ist: Gerichtsverfahren sind aufwendig, kostspielig und mit einem gewissen Prozessrisiko verbunden. Auch zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen nach dem GIBG werden dem Vernehmen nach häufig außergerichtliche Lösungen angestrebt. Folglich scheint es sinnvoll, ein sogenanntes Abmahnverfahren einzuführen, wie es die österreichische – und auch die deutsche – Rechtsordnung bereits kennt (siehe für Österreich etwa § 28 Abs. 2 KSchG oder den mit der VRUN eingeführten § 619 Abs. 3 öZPO, für Deutschland § 13 dUWG).

116 Siehe dazu bereits oben Fn. 93.

117 Auch § 12 Abs. 5 GBK/GAW-Gesetz fordert eine Zustimmung der Betroffenen zur Geltendmachung einer Feststellungsklage (zu dieser oben IV.1.). Beim Anspruch der Arbeitgeber:innen wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen ihrer Mitarbeiter:innen gem. § 20 Abs. 2 ABGB wurde kritisiert, dass dieser Anspruch ohne Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer:innen durchgesetzt werden kann (siehe dazu etwa *D. Dokalik/C. Mokrejs-Weinhappel*, Die Bekämpfung von „Hass im Netz“ mit den Mitteln des Zivilrechts – Die Änderungen im ABGB, ÖJZ 2021, 309 [314 f.] m.w.N.; *A. Anderl/I. Woltran*, Zivilrechtliche Aspekte des Hass-im-Netz-Paketes – Eine kritische Auseinandersetzung, *ecolex* 2021, 193 [193 f.]).

Bei den (nicht obligatorischen)¹¹⁸ Abmahnverfahren gem. § 28 Abs. 2 KSchG und gem. § 619 Abs. 3 öZPO fällt die Wiederholungsgefahr beispielsweise für die Verwendung rechtswidriger AGB weg, wenn Unternehmen nach Abmahnung eines hierzu befugten Verbands in angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgeben.¹¹⁹ Die Wiederholungsgefahr soll ausweislich der Materialien zum KSchG dann wieder aufleben, wenn (trotz Abgabe der Unterlassungserklärung) erneut gegen die Unterlassungspflicht verstoßen wird.¹²⁰ Auch die GAW schlägt für jede Form der Diskriminierung nach dem GIBG ein vorgelagertes Abmahnungsverfahren vor und führt dazu aus, dass Unternehmen dadurch die Möglichkeit gegeben werden würde, weitere Klagen zu verhindern, indem sie unverzüglich einen gesetzeskonformen Zustand herstellen.¹²¹

Die Einführung eines solchen Verfahrens für die Unterlassung von sexueller Belästigung würde mit zahlreichen Vorteilen einhergehen: Zum einen kämen Betroffene (zumindest vorerst) nicht in die oft unangenehme Situation, im Gerichtsverfahren aussagen zu müssen. Darüber hinaus erhielten sie (implizit) eine Anerkennung dessen, was ihnen passiert ist. Zum anderen ginge mit der mit Konventionalstrafe besicherten Unterlassungserklärung auch eine Präventivwirkung einher: Bei einem (nochmaligen) Verstoß gegen die Unterlassungspflicht müsste die verpflichtete Person zum einen die Konventionalstrafe zahlen – diese dürfte natürlich nicht zu niedrig ausfallen –¹²² und hätte darüber hinaus (aufgrund des Wegfalls der Wiederholungsgefahr) eine Unterlassungsklage zu befürchten.

Aber auch für die unterlassungspflichtige Person brächte das Abmahnverfahren Vorteile: Ist sie einsichtig und hat ohnehin nicht vor, nochmals ein rechtswidriges Verhalten zu setzen, könnte sie dadurch einem Gerichtsverfahren entgehen. Hält sie die Vorwürfe dagegen für nicht plausibel,

118 RIS-Justiz RS0121960; *Kathrein/Schoditsch* (Fn. 112), § 28 KSchG Rn. 8; vgl. ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 32.

119 Für das KSchG siehe etwa RIS-Justiz RS0121960; *Kathrein/Schoditsch* (Fn. 112), § 28 KSchG Rn. 8; vgl. ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 32; für § 619 Abs. 3 öZPO *P. Leupold/M. Eder*, Die Verbandsklage auf Unterlassung, VbR 2024, 84 (87).

120 ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 32.

121 Siehe dazu den Gleichbehandlungs-Blog der GAW (Fn. 115).

122 Der VKI verlangt beispielsweise pro Klausel und pro Verstoß ca. EUR 700, was vom OGH nicht beanstandet wurde (OGH 1 Ob 96/17z VbR 2017, 171; *Kathrein/Schoditsch* [Fn. 112], § 28 KSchG Rn. 8). Zu überlegen wäre, gesetzliche Mindestgrenzen einzuführen, um eine allzu schlechte Verhandlungsbasis für die Verbände zu vermeiden.

hätte sie in einem Gerichtsverfahren die Möglichkeit, ihre Unschuld zu beweisen. Damit bestünde keine Zwangslage zur Abgabe einer Unterlassungserklärung. Im Übrigen könnte man belästigende Personen vor gesellschaftlichen Sanktionen schützen, indem man das Abmahnverfahren anonym ausgestaltet. Und letztlich wäre das Abmahnverfahren kostengünstig und würde Gerichte entlasten.¹²³

Soll schließlich dennoch ein Gerichtsverfahren angestrengt werden, ist noch zu überlegen, wie der Prozess finanziert werden könnte. U.E. erschiene es durchaus sinnvoll, die Kosten von öffentlicher Hand tragen zu lassen: Wie bereits aufgezeigt (oben II.2) handelt es sich bei sexueller Belästigung um ein weit verbreitetes gesellschaftliches Problem, von dem viele Personen betroffen sind, den Statistiken zufolge insb. Frauen. Mit den Verbandsklagen könnte dem (kollektiven) Interesse dieser schützenswerten Personengruppen Rechnung getragen werden. Darüber hinaus würde damit aber auch das öffentliche Interesse der Gleichstellung der Geschlechter gefördert, zu der sich gem Art. 7 Abs. 2 B-VG Bund, Länder und Gemeinden ausdrücklich bekennen. Eine öffentliche Finanzierung wäre auch deshalb notwendig, weil eine private Kostenfinanzierung durch Dritte¹²⁴ wohl kaum erwartet werden könnte: Mit den auf Unterlassung von sexueller Belästigung gerichteten Klagen würde kein wirtschaftliches Interesse verfolgt werden, womit keine Leistung erzielt werden könnte, die eine attraktive Beteiligungsquote in Aussicht stellen würde. Schließlich wird auch in den Art. 4 der Richtlinien über Standards für Gleichbehandlungsstellen gefordert, dass die Mitgliedstaaten „gemäß ihren nationalen Haushaltsverfahren sicher[stellen], dass jede Gleichbehandlungsstelle mit den [...] finanziellen Ressourcen ausgestattet wird“.

3. Fazit

Das Konzept, Einrichtungen einen originären Anspruch auf Unterlassung einzuräumen, würde jedenfalls erheblich dazu beitragen, bestehende Durchsetzungshindernisse zu reduzieren: Der Nachweis der sexuellen Belästigung dürfte unter Umständen jedenfalls dann leichter fallen, wenn es mehrere Betroffene und damit mehrere Zeug:innen gibt, die bereit sind,

123 Vgl. zum Abmahnverfahren gem. § 28 Abs. 2 KSchG OGH 6 Ob 24/III JBl 2013, 37; Kathrein/Schoditsch (Fn. 112), § 28 KSchG Rn. 8 je m.w.N.

124 Die Finanzierung einer Verbandsklage durch Dritte erlaubt § 6 Abs. 1 QEG. Siehe dazu etwa Scholz-Berger, Rechtsdurchsetzung (Fn. 77), 585 f.

auszusagen. Außerdem dürften sich die psychologisch hemmenden Faktoren, wie insbesondere *victim blaming*, auf Seite der Betroffenen reduzieren, weil diese der belästigenden Person nicht alleine gegenüberstehen und auch nicht als klagende Partei auftreten müssten. Im Verbandsklageverfahren würde außerdem der Fokus stärker von den Betroffenen hin zur belästigenden Person gerückt werden. Nicht zuletzt wäre die Verbandsklage auch dazu geeignet, zur Sensibilisierung der Gesellschaft beizutragen, weil im Idealfall mehrere Fälle (erfolgreich) vor Gericht gebracht werden könnten.

Kostenfreiheit für Zivilklagen im öffentlichen Interesse?

Dr. Leon Marcel Kahl*

I. Einführung

Ursprung von Zivilklagen im öffentlichen Interesse in Deutschland dürften die prozessualen Diskussionen rund um den Erlass des AGB-Gesetzes vom 9. Dezember 1976 sein.¹ Hier schlossen die Vorschläge etwa die vorgängige staatliche Genehmigung von AGB genauso ein wie die Bereitstellung von Musterbedingungen für verschiedene Vertragstypen.² Gesetz wurden dann die §§ 13–22 AGBG, Vorgängernormen des heutigen Unterlassungsklagengesetzes. Sie schützten eine Vielzahl von Personen gegen die Verwendung rechtswidriger allgemeiner Geschäftsbedingungen und gaben Verbänden Klagerechte auf Unterlassung und Widerruf.

In jüngerer Zeit sind Zivilklagen Einzelner zugunsten vieler in neue Dimensionen vorgedrungen. Die Stichwörter hierzu lauten Musterfeststellungs- und Klimaklagen. Letztere haben dabei Befürchtungen von „Selbstgesetzgebung“ mittels des Gehilfen Justiz ausgelöst und auch zu politischen Verwerfungen geführt. So wollte der CDU-Parteitag im Jahr 2018 darauf hinwirken, dem Deutschen Umwelthilfe e.V. Fördermittel aus dem Bundeshaushalt zu entziehen und seine Gemeinnützigkeit prüfen zu lassen.³

Dieser Beitrag untersucht anhand von vier Musterfällen, inwieweit Zivilklagen im öffentlichen Interesse kostenmäßig zu begünstigen sind. Im ersten Schritt erörtert er dafür, inwieweit die Musterfälle als Zivilklagen im öffentlichen Interesse einzuordnen sind. Im zweiten Schritt betrachtet der Beitrag, welche Kostenvorteile derartigen Klagen *de lege lata* bereits

* Universitätsassistent (post doc) am Institut für Zivilverfahrensrecht, Wien. Herzlicher Dank gebührt Ingrid Schindlmaißer für die Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags.

1 BGBl. 1976 I, 3317.

2 Überblick bei P. Schlosser, Verfahrenskontrolle unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZRP 1975, 148.

3 Spiegel Online, CDU will Gemeinnützigkeit der Umwelthilfe prüfen lassen, 8.12.2018, verfügbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/cdu-will-gemeinnuetzigkeit-der-umwelthilfe-pruefen-lassen-a-1242687.html>, zuletzt abgerufen am 22.9.2024.

zukommen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den eigenen außergerichtlichen Kosten, den Gerichtsgebühren und den außergerichtlichen Kosten des Gegners. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick darauf, inwiefern weitere Kostenvorteile *de lege ferenda* erstrebenswert sind.

II. Vier Musterfälle

Eine wichtige erste Frage lautet: Wann erfolgt eine Zivilklage im öffentlichen Interesse?

Wie öffentliche Interessen betroffen sein können, ist leicht zu sehen bei den im März 2021 entschiedenen Verfassungsbeschwerden wegen einer Schutzpflichtverletzung mangels ausreichender Klimaschutzmaßnahmen gegen die Bundesrepublik Deutschland.⁴ Hier ist anhand von Beklagtem und Klageziel eindeutig, dass öffentliche Interessen Verfahrensgegenstand waren. Beklagter war die Bundesrepublik als Träger hoheitlicher Gewalt; Klageziel waren gesetzgeberische Handlungen. Vor dem BVerfG ist das Verfahren jedenfalls gerichtsseitig bereits kostenfrei, § 34 Abs. 1 BVerfGG.

Schwieriger aber ist die Lage, wenn Private untereinander streiten. Dafür wollen wir vier Musterfälle heranziehen. Sie entstammen schon entschiedenen oder noch andauernden Prozessen.

1. Luciano gegen RWE

Erster Musterfall ist die Klage des Bauern Luciano gegen die RWE AG. Er verklagte das Unternehmen im Jahr 2015 vor dem Landgericht Essen auf Schutzmaßnahmen zur Sicherung seines Grundstücks vor einer Gletscherschmelze in Peru.⁵ Der Prozess dauert noch an und befindet sich derzeit vor dem OLG Hamm.⁶ Ein stattgebender Urteilstenor nützt hier unmittelbar nur dem Kläger. Soweit Dritte vom Urteil profitieren, leben sie in Peru. Die deutsche Öffentlichkeit wird durch den Spruch nicht geschützt. Ihr nützen allenfalls die gerichtlichen Ausführungen als Vorbild für

4 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30.

5 Klageschrift der Rechtsanwälte Günther vom 23.11.2015, verfügbar unter <https://rwe.climatecase.org/de/rechtliches>, zuletzt abgerufen am 22.9.2024.

6 The climate case, Raúl vs. RWE, Rechtliches, verfügbar unter: <https://rwe.climatecase.org/de/rechtliches>.

andere Prozesse. Freilich können diese aber in einem erheblich größeren Umfang Autoritätskraft haben als bei anderen Urteilen. Denn das Thema des Prozesses, nämlich Schutzmaßnahmen vor Klimaschäden durch einen Treibhausgasemittenten, betrifft auch die Allgemeinheit.

2. Deutsche Umwelthilfe gegen Wintershall Dea

Der zweite Musterfall ist die Klage dreier Vorstandsmitglieder des Deutschen Umwelthilfe e.V. gegen die Wintershall Dea AG.⁷ Die Kläger begehren gestützt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, dass die Beklagte ihre Erdöl- und Erdgasförderung beschränkt und sich ab 2026 nicht mehr an der Eröffnung von Öl- und Gasfeldern beteiligt. Hier ergibt sich das öffentliche Interesse direkt aus dem Antrag: Die Allgemeinheit würde von den Schutzmaßnahmen profitieren; zugleich müsste sie höhere Preise für Öl und Gas zahlen. Sie ist vom Antrag unmittelbar betroffen. Die Kläger nutzen also das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Einfallstor für eine Popularklage.

3. Bundesverband Verbraucherzentralen gegen Airbeat-One

Der dritte Musterfall ist die Klage des Bundesverbands der Verbraucherzentralen gegen den Veranstalter des Airbeat-One-Festivals.⁸ Der Beklagte forderte im Rahmen eines Cashless-Bezahlsystems für die Rückerstattung des überschüssigen Guthabens nach dem Festival eine Gebühr in Höhe von 2,50 EUR. Der Kläger griff mit Erfolg die Verwendung der AGB an, verlangte aber erfolglos Rückzahlung an die Verbraucher. Hier spricht für das öffentliche Interesse schon der Charakter des Klägers als anspruchsberechtigte Stelle in Form eines qualifizierten Verbraucherverbands gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG. Hinzu kommt, dass er die Ansprüche von geschätzt 195.000 Verbrauchern geltend machte.⁹

7 Klageschrift der Rechtsanwälte Geulen & Klinger vom 4.10.2021, verfügbar unter https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20211004_14659_complaint.pdf, zuletzt abgerufen am 29.01.2025.

8 BGH, Urteil v. 11.9.2024 – I ZR 168/23.

9 Zur Besucherzahl: DJ Magazin, Airbeat One Review, 29.7.2019, verfügbar unter: <https://www.dj-magazin.de/airbeat-one-2019-review/>, zuletzt abgerufen am 22.9.2024.

4. Financialright gegen Lkw-Kartellanten

Schwierigkeiten bereitet das bloße Massenargument als Ausdruck öffentlichen Interesses aber in folgender vierter und letzter Konstellation: Die financialright claims GmbH verklagte mehrere Lkw-Hersteller wegen Absprachen im Zusammenhang mit Lkw-Verkäufen auf 560 Mio. EUR aus 70.000 abgetretenen Ansprüchen von über 3.000 Abnehmern.¹⁰ Die durchschnittliche Forderungshöhe liegt bei 8.000 EUR, die durchschnittlichen Forderungen pro Abnehmer bei knapp 190.000 EUR. Hier handelt es sich um eine Massenklage infolge eines Kartellrechtsverstößes. Der Klage fehlt allerdings ein gesetzlicher Rahmen wie bei einer Musterfeststellungsklage nach dem KapMuG oder dem VDuG. Es liegt insofern nahe, dass hier von der Vielzahl betroffener Interessen nicht auch auf ein öffentliches Interesse zu schließen ist.

5. Gesamtschau: Kriterien für Klagen im öffentlichen Interesse

In der Gesamtschau lassen sich Zivilklagen im öffentlichen Interesse anhand einer Reihe von Kriterien einordnen. Diese lauten: Wen betrifft das Urteil? Wirkt der Tenor für viele? Können viele andere sich später auf die Rechtsausführungen berufen? Sind die geltend gemachten Interessen solche der Öffentlichkeit?

Gerade die letzte Frage bereitet Schwierigkeiten. Denn an der Klage der Deutschen Umwelthilfe ist zu sehen: Dass öffentliche Interessen betroffen sind, heißt noch nicht, dass die Klage auch im öffentlichen Interesse erfolgt. Zu bestimmen, was im öffentlichen Interesse liegt, ist nicht dem Kläger anheimgestellt. Vielmehr bedarf es einer Vorformung durch das Gesetz. Hiernach fragt der folgende Abschnitt.

III. Gesetzliche Vorschriften betreffend öffentliche Interessen im Zivilprozess

Das Gesetz bietet an drei Stellen Hinweise auf öffentliche oder allgemeine Interessen im Zivilprozess, die jeweils in Verbindung mit Kosten stehen.

10 Fall nach OLG München Kartellsenat, Urteil v. 28.3.2024 – 29 U 1319/20 Kart (nicht rechtskräftig).

1. Allgemeine Interessen im Rahmen der Prozesskostenhilfe

Die erste Stelle betrifft die Prozesskostenhilfe für juristische Personen mit Sitz innerhalb der EU oder des EWR. Hier erhält eine Partei Prozesskostenhilfe unter anderem dann, wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder -verteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde, § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO. Solche allgemeinen Interessen fasst die Rechtsprechung eher weit. Ein allgemeines Interesse liegt danach in zwei Konstellationen vor: erstens wenn außer den Gesellschaftern ein erheblicher Kreis von Personen in Mitleidenschaft gezogen würde; dazu gehört, dass bei Prozessverlust eine große Zahl von Arbeitsplätzen gefährdet wäre, oder dass bei erfolgreicher Rechtsverfolgung viele Kleingläubiger befriedigt werden könnten. Wer Kleingläubiger ist, soll sich nicht nach der Forderungshöhe richten, sondern diejenigen erfassen, die wegen begrenzter Finanzkraft sozialen Schutzes bedürfen.¹¹ Übertragen auf die Massenklagen lässt sich hieraus folgern, dass reine finanzielle Interessen auch nicht in Massen ein öffentliches Interesse begründen können, sondern darüber hinaus eine Schutzwürdigkeit der Betroffenen erforderlich ist. Die Lkw-Kartell-Klage läge also nicht im öffentlichen Interesse, die Verbraucherschutz-Klage über eine Rückerstattungsgebühr jedoch ebenso wie wohl eine Verbraucher-Massen-Dieselsklage.

Zweitens besteht ein allgemeines Interesse, wenn die juristische Person gehindert würde, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen.¹² Dafür genügen noch nicht allgemeine wirtschaftliche Interessen des Klägers oder die Beantwortung allgemein interessierender Rechtsfragen.¹³ Auch einen Revisionszulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) an der Seite zu haben, kann also kein allgemeines Interesse begründen. Zweck der Regelung ist nach der Rechtsprechung allerdings nicht, allgemeine Interessen besonders zu schützen, sondern im Gegenteil zu verhindern, dass mittellose Verbände ihre wirtschaftlichen Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verfolgen; ihre Existenzberechtigung gründe darauf, ihre Ziele aus eigener Kraft verfolgen zu können.¹⁴

11 OLG Frankfurt a. M. Beschluss v. 3.3.2006 – 2 W 64/05, BeckRS 2006, 12475; BFH Beschluss v. 15.10.1992 – I B 84/92, RPfl. 1993, 290.

12 BGH, Beschluss v. 9.11.2021 – II ZR 224/20, BeckRS 2021, 39293 Rn. 8 mwN.

13 OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss v. 5.7.2019 – 1 O 463/19, NordÖR 2020, 204, juris-Rn. 6.

14 BGH, Beschluss v. 9.11.2021 – II ZR 224/20, BeckRS 2021, 39293 Rn. 7 mwN; betreffend die Allgemeinheit schon BT-Drs. 8/3068, S. 26.

2. Öffentliche Interessen im Rahmen der Anti-SLAPP-Richtlinie

Nach einem zweiten Ansatz dafür, das öffentliche Interesse zu bestimmen, lässt sich in der Anti-SLAPP-Richtlinie suchen.¹⁵ Sie dient dem Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, wie Journalisten, Wissenschaftlern oder Nichtregierungsorganisationen. Die Richtlinie betrifft offensichtlich unbegründete Klagen und missbräuchliche Gerichtsverfahren in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug (Art. 1). Sie sieht Mechanismen wie eine Sicherheitsleistung für die (tatsächlichen) Prozesskosten des Beklagten (Art. 10, 14 Abs. 1) oder eine frühzeitige Klageabweisung vor (Art. 11). Sich öffentlich zu beteiligen bedeutet, grob gesagt, sich zu Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu äußern (Art. 4 Nr. 1). Diese fasst die Richtlinie weit und mit Blick auf typische Äußerungen. Von öffentlichem Interesse sind etwa Angelegenheiten über Grundrechte, öffentliche Gesundheit, Sicherheit, Umwelt oder Klima (lit. a), Tätigkeiten einer natürlichen oder juristischen Person, die eine Persönlichkeit des öffentlichen Lebens im öffentlichen oder privaten Sektor ist (lit. b), Vorwürfe der Korruption, des Betrugs oder anderer Straftaten (lit. d) sowie Tätigkeiten zum Schutz der in Art. 2 EUV verankerten Werte, einschließlich der Bekämpfung von Desinformation (lit. e).¹⁶

Die Elemente aus dieser Liste sind nur schwer für Zivilklagen im öffentlichen Interesse fruchtbar zu machen. Denn Gegenstand der von der Richtlinie erfassten Klagen sind nicht die Angelegenheiten von öffentlichem Interesse selbst, sondern sie betrifft Klagen, die aufgrund von öffentlicher Beteiligung des Beklagten gleich mit welchem Klageziel gegen diesen erhoben wurden. Wenn man also im Rahmen der Richtlinie ein unmittelbar geschütztes öffentliches Interesse finden will, so sind das im Wesentlichen die von Art. 5 GG geschützten Äußerungen.

Freilich können gerade die in Art. 4 Nr. 1 lit. a genannten Angelegenheiten – Grundrechte, öffentliche Gesundheit, Sicherheit, Umwelt oder Klima – wenigstens mittelbar Gegenstand von Zivilklagen sein. Anders als bei den von der Anti-SLAPP-Richtlinie erfassten Äußerungen ist hier aber durch

15 Richtlinie (EU) 2024/1069 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 über den Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offensichtlich unbegründeten Klagen oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), ABL. L vom 16.4.2024 S. 1–14.

16 Art. 4 Nr. 2 lit. c ist zu weit von möglichen Zivilverfahren entfernt und daher oben nicht genannt: „Angelegenheiten, die von einem gesetzgebenden, vollziehenden oder gerichtlichen Organ geprüft werden, oder jegliche andere offizielle Verfahren.“

den Akt der Klage selbst noch nicht klar, ob diese auch schützenswert ist, also im öffentlichen Interesse erfolgt. Denn es erscheint zwar berechtigt anzunehmen, dass jede journalistische oder wissenschaftliche Äußerung dem demokratischen Rechtsstaat oder wissenschaftlichen Fortschritt nützt. Jedoch verfolgt eine Klimaklage wie die des peruanischen Bauern Luciano zunächst allein ein eigenes und kein öffentliches Interesse. Auch für Klagen wie die der deutschen Umwelthilfe, deren Tenor die Öffentlichkeit treffen würde, kommt die allen Prozessen innewohnende Unsicherheit hinzu: Es ist nicht klar, ob die Kläger sich gerichtlich durchsetzen werden. Mit anderen Worten: Liegt eine Klage bereits dann im öffentlichen Interesse, wenn sie den Klimaschutz betrifft, oder erst dann, wenn sie Erfolg hat und diesem so – in Ausgleich mit anderen Interessen – tatsächlich zuträglich ist? Das Prozessrecht muss bereits im ersten Stadium entscheiden. Und hier bietet sich nur der Rückgriff auf das an, was der Gesetzgeber bereits als schutzwürdig erachtet, indem er Kläger besserstellt: Das sind in Deutschland die Regelungen betreffend Unterlassungsklagen sowie Kapitalanlage- und andere Musterverfahren. Im Ergebnis also lässt sich aus der Definition von Angelegenheiten von öffentlichem Interesse in der Anti-SLAPP-Richtlinie nichts herleiten für die Frage, wann Zivilklagen im öffentlichen Interesse erfolgen.

3. Gebührenbefreiung im Rahmen der Landesjustiz(kosten)gesetze

Der dritte Ansatzpunkt sind die Vorschriften der Mehrheit der Bundesländer über den Erlass von Gerichtskosten, wenn es zur Förderung öffentlicher Zwecke geboten erscheint. Einfallstor hierfür ist § 2 Abs. 3 GKG, wonach von der im GKG festgelegten Kostenfreiheit solche landesrechtlichen Vorschriften unberührt bleiben, die in weiteren Fällen eine sachliche oder persönliche Befreiung von Kosten gewähren. Elf von 16 Ländern sehen hierzu annähernd wortlautgleiche Vorschriften vor, wonach Gerichtskosten erlassen werden können, wenn es zur Förderung öffentlicher Zwecke geboten erscheint. Wie diese Vorschriften ausgelegt werden, bleibt dunkel:

Die verfügbaren Gesetzesmaterialien der Länderparlamente enthalten keine Hinweise; sie verweisen betreffend die Existenz der Vorschriften überhaupt auf die lange Praxis in anderen Bundesländern¹⁷ oder auf die

17 LT Brandenburg Drs. 1/2926, S. 24; LT Mecklenburg-Vorpommern Drs. 1/3218, S. 18; LT Sachsen Drs. 1/1881, S. 8.

Verordnung über die Einführung der Reichshaushaltsordnung in der Justizverwaltung aus dem Jahr 1935.^{18, 19} Nach dieser wiederum konnten allerdings Gebühren nur bei erheblichen Härten für den Zahlungspflichtigen gestundet werden. Von öffentlichen Zwecken war keine Rede. Vielfach sind Ministerien für die Entscheidung über den Erlass zuständig (etwa § 85 Abs. 3 S. 1 Landesjustizgesetz Schleswig-Holstein). Anfragen über Erfahrungen hier blieben aber oft schon deswegen ohne Erfolg, weil die Ministerien ihre Befugnis auf die Präsidenten und Direktoren der Gerichte übertragen haben und keine Statistik über deren Entscheidungen führen.²⁰ Allein das Land Bremen hatte in den letzten fünf Jahren einen einzigen Antrag auf Kostenerlass nach dem annähernd wortlautgleichen § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Bremisches Justizkostengesetz. Dieser betraf den Erlass von Gerichtskosten aus einer Nachlassangelegenheit (Kosten für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses).²¹ Eine Entscheidung stand im Zeitpunkt der Auskunft noch aus.

Rechtsprechung zur Auslegung dieser Vorschriften fehlt vollständig: Zu § 9 Baden-Württembergisches Landesjustizkostengesetz (BWLJKG) sind sechs Entscheidungen veröffentlicht. Keine davon behandelt Abs. 2 Nr. 1 über den Erlass zur Förderung öffentlicher Zwecke.²² Ebenso liegt es in den übrigen Ländern, die Vorschriften vorsehen: § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Brandenburgisches Justizkostengesetz,²³ § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Bremisches Justizkostengesetz,²⁴ § 12 Abs. 1 S. 1 Var. 2 Hamburger Justizkostengesetz,²⁵ § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Justizkostengesetz Mecklenburg-Vorpommern,²⁶ § 109 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Niedersächsisches Justizgesetz,²⁷ § 123 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Justizgesetz

18 Verordnung vom 20.3.1935, RGBl. 1935 I, 406. LT-Mecklenburg-Vorpommern Drs. 1/3218, S. 18; LT Nordrhein-Westfalen Drs. 6/1404, S. 9; LT Schleswig-Holstein Drs. 6/803, S. 7.

19 Ohne Angabe LT Sachsen-Anhalt Drs. 1/2566 S. 14.

20 Etwa Auskunft des Justizministeriums Sachsen-Anhalt vom 19.9.2024 unter Verweis auf AV des MJ vom 28.8.2007 – 5602-205.2, JMBL. LSA. 2007, 261; Auskunft der Senatorin für Justiz und Verfassung vom 9.10.2024 unter Verweis auf die Allgemeine Verfügung über den Erlass von Ansprüchen gemäß § 12 des Bremischen Justizkostengesetzes vom 1. April 2019, -5602/2-.

21 Auskunft der Senatorin für Justiz und Verfassung vom 9.10.2024.

22 Juris-Recherche NORM:"9 JKostG BW" vom 18.9.2024, Rechtsprechung, 6 Treffer.

23 Juris-Recherche NORM:"8 JKostG BB" vom 18.9.2024, Rechtsprechung, 2 Treffer ohne Erwähnung der betreffenden Nummer.

24 Juris-Recherche NORM:"12 JKostG BR" vom 18.9.2024, Rechtsprechung, 0 Treffer.

25 Juris-Recherche NORM:"12 JKostG HA" vom 19.9.2024, Rechtsprechung, 0 Treffer.

26 Juris-Recherche NORM:"8 JKostG MV" vom 19.9.2024, Rechtsprechung, 0 Treffer.

27 Juris-Recherche NORM:"109 NJG" vom 19.9.2024, Rechtsprechung, 0 Treffer.

Nordrhein-Westfalen,²⁸ § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 saarländisches Landesjustizkostengesetz,²⁹ § 68 Abs. 2 Nr. 1 sächsisches Justizgesetz,³⁰ § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Justizkostengesetz Sachsen-Anhalt³¹ und § 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Landesjustizgesetz Schleswig-Holstein³² sind alle ohne einschlägige Entscheidungen.

Genau wie die fehlende Rechtsprechung deutet auch die Inexistenz in den übrigen fünf Bundesländern in Richtung Unerheblichkeit des Befreiungsgrundes: Rheinland-Pfalz und Thüringen kennen keine solchen Vorschriften. Hessen sieht eine Gebührenbefreiung nur bei Geschäften zu öffentlichen Zwecken vor, die auf Ersuchen von Verwaltungsbehörden vorgenommen werden, § 6 Nr. 2 Hessisches Justizkostengesetz. Bayern kennt überhaupt nur einen Kostenerlass bei der Überlassung von Gerichtsentscheidungen an nicht am Verfahren Beteiligte (Anlage zu Art. 1 Abs. 3 Landesjustizkostengesetz, Gebührenverzeichnis Nr. 5.2 Abs. 2). Das Land Berlin hat die betreffende Vorschrift des § 2 Justizgebührenbefreiungsgesetz abgeschafft und in § 59 Landeshaushaltsordnung und §§ 66 f. Berliner Justizgesetz überführt. Diese enthalten indessen keinen Gebührenerlass zur Förderung öffentlicher Zwecke mehr. Ausweislich der Gesetzesmaterialien des Berliner Abgeordnetenhauses schaffte man den Tatbestand ab, weil er bislang keine praktische Bedeutung erlangt habe.³³

Dass keine Rechtspraxis auffindbar ist, macht die Vorschriften freilich nicht unauslegbar. Ihr Wortlaut ist, wie gesehen, so weit, dass sich daran nur schwer knüpfen lässt. Systematisch bietet sich kein Blick auf die typischen weiteren Nummern neben den öffentlichen Zwecken – besondere Härten für den Zahlungspflichtigen oder sonst besondere Gründe der Billigkeit (vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 BWLJKG) –, weil diese eine andere Zielrichtung haben.

Was öffentliche Zwecke sein können, lässt sich aber aus den jeweils umliegenden Vorschriften über eine persönliche Gebührenfreiheit ableiten. So

28 Juris-Recherche NORM:"123 Justizgesetz NRW" vom 20.9.2024, Rechtsprechung, 2 Treffer ohne Erwähnung der betreffenden Nummer.

29 Juris-Recherche NORM:"6 JKostG SL" vom 20.9.2024, Rechtsprechung, 1 Treffer ohne Erwähnung der betreffenden Nummer.

30 Juris-Recherche NORM:"68 SächsJG" vom 20.9.2024, Rechtsprechung, 2 Treffer ohne Erwähnung der betreffenden Nummer.

31 Juris-Recherche NORM:"8 JKostG LSA" vom 20.9.2024, Rechtsprechung, 0 Treffer.

32 Juris-Recherche NORM:"85 LJG" vom 20.9.2024, Rechtsprechung, 0 Treffer.

33 Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/2863 v. 7.8.2020, S. 95, verfügbar unter: <https://www.parlament-berlin.de/ados/18/Recht/vorgang/r18-0241-v.pdf>, zuletzt abgerufen am 18.9.2024.

sieht etwa § 7 Abs. 2 S. 1 BWLJKG eine Kostenbefreiung für Körperschaften vor, die gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken im Sinne des Steuerrechts dienen. Ähnliche Vorschriften kennen alle anderen Bundesländer bis auf Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt.³⁴ Nur § 12 Abs. 1 Nr. 1 Bremisches Justizkostengesetz nennt öffentliche, gemeinnützige und mildtätige Zwecke nebeneinander. Mit gemeinnützigen und mildtätigen Zwecken wird auf §§ 52 f. Abgabenordnung (AO) verwiesen. Die Mehrzahl der Bundesländer kennt Gebührenfreiheit gemeinnütziger oder mildtätiger Vereinigungen neben einer Gebührenfreiheit bei Förderung öffentlicher Zwecke. Wenige Bundesländer stellen nur entsprechende Vereinigungen gebührenfrei,³⁵ wenige andere sehen keine gesonderte Gebührenfreiheit für solche Vereinigungen vor;³⁶ alle kennen aber mindestens eine der beiden Vorschriften. Auch die Länder ohne gesonderte Gebührenfreiheit für gemeinnützige Vereinigungen wollen diese bei den Gebühren wohl nicht benachteiligen. Nahe liegt daher, dass öffentliche Zwecke jedenfalls die in §§ 52 f. AO genannten gemeinnützigen und mildtätigen Zwecke einschließen sollen. Insofern wird eine Gebührenfreiheit auch derjenigen Partei gewährt, die solche Zwecke verfolgt, ohne eine Vereinigung zu sein. Zu beachten ist dabei allerdings dieses: Nach den Landesgesetzen genügt nicht, dass öffentliche Zwecke jeweils gefördert werden, sondern der Kostenerlass muss zur Förderung öffentlicher Zwecke geboten erscheinen. Das spricht dafür, dass ohne den Erlass der öffentliche Zweck nicht verfolgt werden könnte oder mit dem Erlass eine erhebliche Erleichterung des Zwecks einhergehen muss.

Die für die obigen Beispiele relevanten gemeinnützigen Zwecke bestehen dann, wenn die Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern, § 52 Abs. 1 S. 1 AO. Daran fehlt es, wenn der Kreis der Geförderten fest abgeschlossen ist (Familie, Belegschaft eines Unternehmens) oder infolge seiner Abgrenzung,

34 Art. 9 S. 1 Bayerisches Landesjustizkostengesetz, § 66 Abs. 2 S. 1 Justizgesetz Berlin; § 6 Abs. 2 S. 1 Brandenburgisches Justizkostengesetz („steuerbegünstigte Zwecke“ und damit Verweis auf § 51 Abs. 1 S. 1 AO); § 11 Abs. 2 S. 1 Hamburger Justizkostengesetz; § 7 Abs. 1 S. 1 Hessisches Justizkostengesetz; § 108 Abs. 2 S. 1 Niedersächsisches Justizgesetz; § 122 Abs. 2 S. 1 Justizgesetz Nordrhein-Westfalen; § 1 Abs. 2 S. 1 Justizgebührenbefreiungsgesetz Rheinland-Pfalz; § 4 Abs. 2 S. 1 Saarländisches Landesjustizkostengesetz, § 69 Abs. 1 S. 1 Sächsisches Justizgesetz; § 84 Abs. 2 S. 1 Landesjustizgesetz Schleswig-Holstein; § 6 Abs. 1 Nr. 5 Thüringer Justizkostengesetz.

35 Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Thüringen.

36 Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt.

insbesondere nach räumlichen oder beruflichen Merkmalen, dauernd nur klein sein kann, Satz 2. Nach einer Literaturstimme ist die Förderung eines Rechtsstreits nicht gemeinnützig, weil hierdurch bloß ein Einzelinteresse gefördert werde.³⁷ Wir haben allerdings gesehen, dass in den Musterfällen die Klagen durchaus einer Mehrzahl von Personen zugutekommen. Indessen dürfte am zu kleinen Kreis der Geförderten der öffentliche Zweck der Klage des Bauern Luciano scheitern. Denn er klagt zunächst nur für sich; der Schutz anderer ist eine Nebenfolge. Bei der Klage wegen des Lkw-Kartells erhält dem Antrag nach zwar auch nur die Klägerin den Schadensersatz, allerdings ist von vornherein bezweckt, dass sie diesen größtenteils an die hinter ihr stehenden Zedenten ausschüttet.

Sind die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO erfüllt, sieht Abs. 2 S. 1 eine Liste von als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennenden Tätigkeiten vor. Davon sind hier erheblich die Förderung des Umwelt- und Klimaschutzes (Nr. 8 Var. 2) sowie die Förderung des Verbraucherschutzes (Nr. 16 Var. 2). Das schließt die Massenklage wegen des Lkw-Kartells von den öffentlichen Interessen aus. Als Klagen im öffentlichen Interesse bleiben damit die Klage gegen Wintershall sowie die Klage gegen den Festival-Betreiber. Anders als in den Ausführungen zur Anti-SLAPP-Richtlinie lässt sich hier auch unabhängig vom Prozessausgang ein öffentliches Interesse bejahen. Denn das Gesetz stuft bereits die Tätigkeit für Umwelt- oder Verbraucherschutz als förderungswürdig ein. Nicht erheblich ist insofern, ob sie prozessual Erfolg hat.

IV. Kostenvorteile im geltenden Recht

Bei den Kostenvorteilen lassen sich eigene und gegnerische außergerichtliche Kosten sowie Gerichtsgebühren betrachten. Dieser Abschnitt analysiert diese Posten jeweils gesondert. Zu Beginn steht allerdings eine Untersuchung der Streitwerthöhe. Denn diese wirkt sich auf sämtliche Kostenelemente aus.

1. Streitwerthöhe

Ein niedriger Streitwert fördert Klagen im öffentlichen Interesse, weil er das gesamte Kostenrisiko niedrig hält. Es gibt vier Möglichkeiten, wie

37 E.-M. Gersch in: F. Klein, Abgabenordnung-Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 52 Rn. 6.

sich ein niedriger Streitwert äußern kann: im Maximalstreitwert, in der gesetzlichen Streitwertbestimmung, gegebenenfalls durch einen Regelstreitwert, in einer Streitwertminderung sowie rein tatsächlich in der fehlenden Anpassung von Maximal- und Regelstreitwert.

a) Höchstwert

Anders als in Österreich, das keine Grenze vorsieht, liegt der gesetzliche Streithöchstwert in Deutschland bei 30 Mio. EUR, § 39 Abs. 2 GKG. Das führt zu maximalen Gerichtsgebühren von rund 360.000 EUR in erster Instanz. Durch die Bezugnahme in § 23 Abs. 1 S. 1 RVG entscheidet der Höchstwert auch über die maximalen Anwaltsgebühren. Diese betragen in erster Instanz ca. 300.000 EUR pro Partei.^{38, 39} Zweck dessen ist, das Kostenrisiko der Parteien zu begrenzen.⁴⁰

Das Gesetz kennt aber einige niedrigere Streitwertbegrenzungen,⁴¹ von denen hier diejenigen nach § 48 Abs. 1 S. 2 und 3 GKG relevant sind. Nach Satz 2 beträgt der Streitwert bei Klagen aufgrund des UKlaG und Musterfeststellungsklagen maximal 250.000 EUR. Damit ist das Kostenrisiko in erster Instanz auf knapp 22.000 EUR begrenzt.⁴² Satz 3 sieht für Abhilfeverfahren sowie Verfahren über die Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrags nach dem VDuG einen maximalen Streitwert von 300.000 EUR vor. Das Kostenrisiko in erster Instanz liegt hier bei ca. 24.500 EUR.⁴³ Ursprung dessen ist die in § 22 des AGB-Gesetzes aus dem Jahr 1976 festgelegte Höchstgrenze von 500.000 DM. Hiermit sollten insbesondere Verbraucherverbände vor einem unbegrenzten Prozessrisiko geschützt werden.⁴⁴

Beim Streitwert von 250.000 EUR beträgt das Anwaltshonorar nur ca. 6.000 EUR netto. Bei einem Stundensatz von 300 EUR entspricht das bloß

38 Berechnung nach Deutscher Anwaltverein, Prozesskostenrechner, verfügbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/apps/prozesskostenrechner>.

39 Gesamtkosten 2. Instanz 1,16 Mio. EUR, 3. Instanz 1,52 Mio. EUR.

40 W. Schindler, BeckOK KostR, 46. Ed. 1.1.2024, § 39 GKG vor Rn. 1; J. Dorndörfer in Binz/Dörndorfer/Zimmermann, Gerichtskostengesetz-Kommentar, 5. Auflage 2021, § 39 Rn. 3 („Kalkulation des Kostenrisikos“).

41 Liste bei W. Schindler, KostR (Fn. 40), § 39 GKG Rn. 36.

42 Ca. 6.950 EUR Gerichtsgebühren und 7.400 EUR Anwaltskosten pro Seite. Kostenrisiko 2. Instanz 26.000 EUR, 3. Instanz 34.000 EUR.

43 2. Instanz 29.000 EUR, 3. Instanz 38.500 EUR.

44 BT-Drs. 7/5422, S. 13, die Ausschussminderheit wollte demgegenüber DM 200.000 genügen lassen.

20 Arbeitsstunden. Daher wurde in der Literatur darüber diskutiert, inwieweit die Kostenrisikoverringerung Spielräume der Verbände dafür ergebe, sich Beratung oberhalb der gesetzlichen Gebühren zu leisten.⁴⁵ Nach Auskunft mehrerer Verbraucherschutzverbände wird allerdings derzeit in aller Regel nach RVG abgerechnet.⁴⁶

b) Streitwertbestimmung und Regelstreitwert

Indessen ist damit noch nicht gesagt, dass die betreffenden Massenverfahren stets zu Höchststreitwerten entschieden würden. Etwa in der Airbeat-One-Klage ermittelte das erstinstanzliche Gericht nicht nach dem wirtschaftlichen Interesse des beklagten Festivalbetreibers von 2,50 EUR mal 195.000 Gäste und landete so beim Maximalstreitwert. Vielmehr setzte es den Streitwert bloß auf 30.000 EUR.⁴⁷ Das Kostenrisiko erster Instanz lag damit bei nur 7.000 EUR.⁴⁸ Bei Klagen von Verbraucherschutzverbänden entscheidet nämlich nicht das wirtschaftliche Interesse des Beklagten oder etwa der Zugang zur Revisionsinstanz über den Streitwert, sondern das allgemeine Interesse an der Ausschaltung einer Klausel. Damit sollen Verbraucherverbände vor unangemessenen Kostenrisiken geschützt werden, wenn sie im Interesse der Allgemeinheit die Aufgabe wahrnehmen, den Rechtsverkehr von unwirksamen AGB zu befreien.⁴⁹ Das führt sogar dazu, dass die Rechtsprechung für Unterlassungsklagen pro angegriffene Klausel einen regelmäßigen Höchststreitwert von 2.500 EUR ansetzt.⁵⁰ Hier ist das Kostenrisiko erster Instanz auf 1.700 EUR beschränkt.⁵¹ Ausnahmen davon

45 P. Röthemeyer, *Musterfeststellungsklage*, 2. Aufl. 2020, § 48 GKG Rn. 2 mwN.

46 Verbraucherzentrale Bundesverband vom 23.9.2024 (mehrheitlich Abrechnung nach RVG; teilweise Stundensatzvergütung mit Obergrenze); Verbraucherzentrale Bayern vom 17.9.2024 (ausschließlich nach RVG, wegen Finanzierung mit öffentlichen Mitteln keine andere Finanzierung möglich); Verbraucherzentrale Brandenburg vom 17.9.2024 (regelmäßig nach RVG, Abrechnung auf Honorarbasis nur im Ausnahmefall vorgesehen und bislang nur selten erfolgt); Verbraucherzentrale Hessen vom 17.9.2024 (nur eine Musterfeststellungsklage und diese über RVG abgerechnet); Verbraucherzentrale Sachsen vom 11.9.2024 (ausschließlich RVG; falls künftig Prozessfinanzierung eine Rolle spielen, gegebenenfalls Stundensatzvergütung mit Obergrenzen).

47 LG Rostock, Urteil v. 15.12.2020 – 3 O 1091/19.

48 2. Instanz 8.200 EUR, 3. Instanz 10.900 EUR.

49 BGH, Beschluss v. 13.10.2020 – VIII ZR 25/19, MDR 2020, 1526, juris-Rn. 8 mwN.

50 BGH, Beschluss v. 27.2.2018 – VIII ZR 147/17, CuR 2018, 15, juris-Rn. 6.

51 2. Instanz 2.000 EUR, 3. Instanz 2.650 EUR.

macht der Bundesgerichtshof indes, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Klausel über den Verwender und seine Vertragspartner hinausgeht, nämlich etwa auch andere Kreditinstitute und deren Kunden betrifft; das führte zu Streitwerten von 25.000 EUR, sodass eine Nichtzulassungsbeschwerde statthaft war (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).⁵²

Orientierte man sich für die Wertberechnung nämlich am wirtschaftlichen Wert, käme man vielfach auf Höchststreitwerte. Denn eine wertorientierte Berechnung müsste etwa folgende Faktoren einbeziehen: den Kostenvorteil der AGB pro Anwendungsfall, die Zahl der Anwendungsfälle, die Anwendungswahrscheinlichkeit sowie den Zeitraum der Verwendung. Handelte es sich um eine dauerhaft verwendete Klausel, wäre nach § 48 Abs. 1 S. 1 GKG in Verbindung mit § 9 ZPO 3,5 mal der einjährige Bezug zu berechnen. Für den Fall eines Angriffs auf die Airbeat-One-Klausel betrüge der wirtschaftliche Wert bei einem Festival mit jährlich ca. 195.000 Besuchern und Cashless-Bezahlungssystem also rund 1,7 Mio. EUR. Das Kostenrisiko in erster Instanz läge bei 72.000 EUR.⁵³

c) Gesetzliche Streitwertminderung

Als drittes bestehen Regelungen zur Minderung des Streitwerts für eine von beiden Parteien. § 5 UKlaG verweist hier auf die Härtefallregelung des § 12 Abs. 3 UWG, die sich sonst auch in zahlreichen Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes mit typischerweise hohen Streitwerten findet (etwa § 144 PatG, § 142 MarkG, § 26 GebrMG). Nach dieser Vorschrift kann eine Partei beantragen, die Kosten nach einem nur für sie geminderten Streitwert zu berechnen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Zweck der Vorschrift ist, wirtschaftlich schwache Parteien vor einem Ungleichgewicht gegenüber ihren finanzstärkeren Gegnern zu bewahren.⁵⁴ Das geschieht, indem allein für sie der geringere Gebührenstreitwert gilt. Unterliegt die schwache Partei, erhält ihr Gegner seine außergerichtlichen und die gerichtlichen Kosten nur anteilig erstattet. Siegt sie, trägt ihr Anwalt das Risiko, seine über den reduzierten Wert hinausgehenden gesetzlichen Gebühren vom Gegner zu erhalten.

52 BGH, Beschluss v. 10.12.2013 – XI ZR 405/12, ZIP 2014, 96, juris-Rn. 6 mwN.

53 2. Instanz 86.500 EUR, 3. Instanz 113.500 EUR.

54 BT-Drs. 17/13057, 26.

In der Gesamtschau erweitert die Streitwertminderung die enge Prozesskostenhilfe für juristische Personen in §§ 114 Abs. 1, 116 S. 1 Nr. 2 ZPO: Im Tatbestand ist für sie weder ein allgemeines Interesse noch eine hinreichende Erfolgsaussicht nötig. In der Rechtsfolge wird die Partei gestellt wie ein Prozesskostenhilfeempfänger, der die Prozesskosten zum Teil nicht aufbringen kann. Eine Möglichkeit zur späteren Aufhebung der Bewilligung wie in § 124 ZPO ist dabei nicht vorgesehen. Das BVerfG erklärte die Regelung für vereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Gebot prozessualer Waffengleichheit (Art. 103 Abs. 1 GG); es rekurrierte auf die unterschiedliche Wirtschaftskraft der Prozessparteien und deren materielle Angleichung durch die Vorschrift.⁵⁵

Je nach Reduzierung mag für eine Partei ein Minderungsantrag sogar günstiger sein als Prozesskostenhilfe. Die Rechtsprechung ist bei der Anwendung der Streitwertminderung jedoch zurückhaltend. So beantragte ein in drei Instanzen unterlegener Verbraucherverband erfolglos die Herabsetzung des Streitwerts von 25.000 EUR auf 3.000 EUR. Die Reduktion hätte die gesamten Unterliegenskosten für den Kläger von 24.000 EUR auf 6.400 EUR gemindert; sie wäre insofern günstiger gewesen als ein erfolgreicher Prozesskostenhilfeantrag, bei dem der Kläger 9.500 EUR gegnerischer Anwaltskosten hätte tragen müssen (§ 123 ZPO). Der BGH ließ den Vortrag des Klägers nicht genügen. Zwar seien an Verbraucherverbände weniger strenge Maßstäbe anzulegen als an Wettbewerbsverbände, weil jene im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert seien. Der Kläger habe jedoch weder seine tatsächliche wirtschaftliche Belastung durch Parallelverfahren dargelegt noch, ob er infolge der Prozesskosten wirtschaftlich gefährdet sei.⁵⁶

d) Inflationsbedingte Streitwertminderung

Die letzte Methode, die Kostenlast durch Streitwerte zu mindern, ist Untätigkeit über lange Zeit. Weil die Gerichtskosten und Rechtsanwaltsvergütung degressiv sind, also mit steigendem Streitwert prozentual abnehmen,

55 BVerfG, Kammerbeschluss v. 16.1.1991 – 1 BvR 933/90, NJW-RR 1991, 1134, juris-Rn. 6–8; kritisch mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG und die Möglichkeit zum Erfolgshonorar *J. Gruber*, Ist die Streitwertbegünstigung mit dem Verfassungs- und dem Unionsrecht zu vereinbaren?, GRUR 2018, 585 (587 f.).

56 BGH, Beschluss v. 28.6.2016 – X ZR 97/14, juris-Rn. 5–9.

und weil sie nicht häufig angepasst werden,⁵⁷ profitieren die Parteien ohnehin schon von der allgemeinen Teuerung. Wenn dazu noch die Streitwerte nicht angepasst werden, obwohl das wirtschaftliche Interesse der Parteien steigt, führt dies faktisch dazu, dass die Kostenlast sich mindert.

So ist der Maximalstreitwert von 500.000 DM seit der Einführung im Jahr 1976 unverändert geblieben. Damals sprach sich die Minderheit im Rechtsausschuss des Bundestags für eine Grenze von nur 200.000 DM aus.⁵⁸ Sie hat sich nun mehr als durchgesetzt. Was im Jahr 1976 500.000 DM waren, hat Ende 2023 einen Wert von 776.671,75 EUR; Grundlage dessen ist eine Preissteigerung von 203,81 %.⁵⁹ Der heutige Streithöchstwert liegt mit 250.000 EUR bei weniger als einem Drittel davon.

Bei den Regelstreitwerten ist nicht der Gesetzgeber, sondern die Rechtsprechung untätig geblieben. Grundlage des geringen Regelstreitwerts von 2.500 EUR pro angegriffener Klausel war, die Verbraucherverbände vor unangemessenen Kostenrisiken zu schützen.⁶⁰ Freilich führt die fehlende Anpassung nun dazu, dass ihnen erhebliche Kostenvorteile zukommen. Der BGH ließ noch bis ins Jahr 2000 den Wert pro Klausel von 3.000 DM unangetastet.⁶¹ Untergerichte setzten Streitwerte bereits Ende der 90er Jahre bei bis zu 5.000 DM an.⁶² Im Jahr 2007 hielt der BGH dann eine Bewertung von mehr als 2.500 EUR je angegriffener Klausel im auf Unterlassung gerichteten Verbandsprozess für nicht geboten.⁶³ Seitdem hat sich diese

57 Nach der letzten Anpassung der Gebührentabelle für Rechtsanwälte im Jahr 2021 hat der Bundestag am 31.1.2025 eine Erhöhung der Wertgebühren um ca. 6 % beschlossen, Gesetzentwurf der Abgeordneten Konstantin Kuhl ua, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes und des Justizkostenrechts, S. 2, 17.12.2024, verfügbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/20/142/2014264.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.9.2024.

58 S.o. Fn. 44.

59 Statista, Inflationsrate in Deutschland von 1950 bis 2023 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/4917/umfrage/inflationsrate-in-deutschland-seit-1948/>; die Berechnung auf dieser Datengrundlage erfolgte durch ChatGPT.

60 BGH o. bei Fn. 49.

61 BGH, Beschluss v. 18.7.2000 – VIII ZR 12/00, NJW-RR 2001, 352, juris-Rn. 4; BGH, Beschluss v. 15.4.1998 – VIII ZR 317/97, NJW-RR 1998, 1465, juris-Rn. 3 (Änderung jeweils offengelassen).

62 LG München I, Beschluss v. 8.9.1997 – 7 O 18843/96, NZM 1998, 33 (5.000 DM); OLG Stuttgart, Beschluss v. 25.2.1997 – 2 W 6/97, NJW-RR 1997, 891, juris-Rn. 21 (2.000 bis 5.000 DM).

63 BGH, Beschluss v. 28.9.2006 – III ZR 33/06, NJW-RR 2007, 497, juris-Rn. 3.

Bewertung nicht verändert.⁶⁴ Tatsächlich liegt der Wert von 5.000 DM im Jahr 2000 Ende 2023 bei 4.038,79 EUR.⁶⁵ Die Kosten müssten daher statt bei 1.700 EUR in erster Instanz bei 2.500 EUR liegen.⁶⁶

e) Gesamtschau

In der Gesamtschau sind die Kostenvorteile erheblich, die den Klägern im dritten und vierten Musterfall Airbeat und Lkw-Kartell zukommen. Im dritten Fall werden hiermit durch den Kläger verfolgte öffentliche Interessen bevorzugt. Im vierten Fall macht sich die deutsche Justiz mit Gerichtskosten von nur rund 360.000 EUR in erster Instanz im Wettbewerb der Gerichtssysteme attraktiv, ohne dass hier öffentliche Interessen der Parteien in Rede stünden. Zum Vergleich: Beim Streitwert von 560 Mio. EUR betragen die Gerichtskosten vor österreichischen Gerichten erster Instanz 6.724.000 EUR;⁶⁷ vor einem DIS-Schiedsgericht mit drei Schiedsrichtern liegen sie bei 1.246.000 EUR.⁶⁸

Die anderen beiden Musterfälle des Bauern Luciano und der Deutschen Umwelthilfe profitieren von den Streitwertvorteilen allerdings nicht, weil sie nach dem (wirtschaftlichen) Interesse der Beteiligten bemessen werden, § 48 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GKG, § 3 ff. ZPO.⁶⁹

64 BGH, Beschluss v. 29.7.2015 – IV ZR 45/15, juris-Rn. 3; BGH, Beschluss v. 5.2.2019 – VIII ZR 277/17, NJW 2019, 1531, Rn. 9 f. (ohne Wertnennung); K. Herget in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 3 ZPO Rn. 16.II.

65 Zur Berechnung s.o. in Fn. 59.

66 2. Instanz 2.900 EUR, 3. Instanz 3.900 EUR. Zu den Kosten bei 2.500 EUR Streitwert s.o. bei und in Fn. 51.

67 Gemäß §§ 6, 14 Gerichtsgebührengesetz in Verbindung mit Tarifpost 1 betragen die Gebühren 1,2 % vom jeweiligen Streitwert zuzüglich rund 4.200 EUR, verfügbar unter: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002667&FassungVom=2021-08-23>. In 2. und 3. Instanz steigen die Gebühren auf Sockelbeträge von rund 6.000 EUR und 8.000 EUR plus 1,8 % bzw. 2,4 % des Berufungs- bzw. Revisionsinteresses an.

68 DIS, Gebührenrechner, 2 Parteien, verfügbar unter: <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/gebuehrenrechner>.

69 Der Bauer Luciano berechnete den Streitwert in der Klageschrift nach dem Verkehrswert seines bedrohten Hauses (o. Fn. 5), S. 39.

2. Rechtsanwaltsgebühren

Grundsätzlich gibt der Streitwert die Rechtsanwaltsgebühren vor, weil geringere als die gesetzlichen Gebühren in gerichtlichen Angelegenheiten unzulässig sind, § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO in Verbindung mit § 4 Abs. 1 S. 1 RVG. Das Gesetz kennt als Ausnahmen hiervon die pro-bono-Beratung sowie die Vereinbarung eines Erfolgshonorars, wodurch sich immerhin die Kosten des eigenen Rechtsanwalts reduzieren lassen. Das Honorar der Gegenseite lässt sich über das Einfallstor der öffentlichen Interessen nicht antasten.

a) Pro-bono-Beratung

Eine Beratung pro bono wegen Verfolgung öffentlicher Interessen kommt nicht in Betracht. Sie ist nach § 49b Abs. 1 S. 2 BRAO zulässig im Einzelfall bei besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers, insbesondere dessen Bedürftigkeit. Das ist immer dann der Fall, wenn die Voraussetzungen einer Beratungshilfe vorliegen, § 4 Abs. 1 S. 3 RVG, die im Wesentlichen dieselben Anforderungen stellt wie eine Prozesskostenhilfe, § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Beratungshilfegesetz. Auch genügt ein besonderes Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant, etwa Verwandtschaft, Freundschaft oder die anwaltliche Tätigkeit für einen Mitarbeiter. Nicht gestattet ist der Gebührenverzicht, um hierdurch Bekanntheit zu erlangen.⁷⁰ Denn hier liegt der Grund des Verzichts nicht in der Person des Auftraggebers, sondern in der Werbung für den Rechtsanwalt. Genauso steht es bei einem Gebührenverzicht, wenn der Mandant mit seiner Klage öffentliche Zwecke verfolgt. Entscheidend ist dann nämlich nicht, wer der Auftraggeber ist, sondern zu welchem Zweck er klagt. Von der Begünstigung des § 49b Abs. 1 S. 2 BRAO sind derartige Klagen daher nicht erfasst.

b) Erfolgshonorar

Als zweites in Betracht kommt, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren. Nach § 4a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 RVG setzt das voraus, dass der Auftraggeber im Einzelfall bei verständiger Betrachtung ohne Erfolgshonorar von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Die Vorgängerfassung des § 4a Abs. 1 S. 1

⁷⁰ R. Kilimann in: D. Weyland (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, 11. Aufl. 2024, § 49b BRAO Rn. 12.

RVG aF⁷¹ rekurrierte maßgeblich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten; diesen Bezug strich der Gesetzgeber mit seiner Reform aus August 2021.⁷² Entscheidend ist nun, was unter verständiger Betrachtung zu verstehen ist. Dem OLG Dresden genügte dafür ein erhebliches Kostenrisiko auf Seiten des Klägers durch Sachverständigengutachten.⁷³ Nach den Gesetzesmaterialien reicht ein bestimmtes allgemeines Prozessrisiko aus, etwa in Arzthaftungsangelegenheiten.⁷⁴ Bereits zu § 4a Abs.1 S.1 RVG aF entschied das LG Berlin, dass nicht bloß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten, sondern auch seine Bewertung der finanziellen Risiken dabei zu berücksichtigen seien, ob ein Erfolgshonorar zulässig sei.⁷⁵

Zwar sind nach der neueren Gesetzesfassung also nicht mehr die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten maßgeblich. Wirtschaftliche Erwägungen, konkret das Kosten- und Verlustrisiko, spielen aber nach wie vor die Hauptrolle. Erfolgt eine Klage vorwiegend altruistisch, so ist das wirtschaftliche Interesse des Klägers gering zu bewerten, was für die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars spricht. Hinzu kommt bei manchen Klagen im öffentlichen Interesse das besonders hohe Prozessrisiko, weil die Kläger hier juristisch Neuland betreten und ihr Obsiegen alles andere als offensichtlich erscheint.

Für die vier Musterfälle bedeutet das: Viel spricht dafür, dass der Bauer Luciano ein Erfolgshonorar vereinbaren darf. Er ist nicht reich. Der Beweis, dass RWE die Gletscherschmelze mitverursache, ist schwierig; das OLG hat hier ein umfängliches Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben.⁷⁶ Insofern ist das Prozessrisiko für den Kläger sehr hoch. Auch die Kläger der Deutschen Umwelthilfe haben nur ein geringes unmittelbares wirtschaftliches Interesse am Erfolg ihrer Klage; dagegen sind die Verlustrisiken bei dem von ihnen angesetzten Streitwert von 90.000 EUR⁷⁷ erheblich.

Anders liegt es in den letzten beiden Fällen. Der Bundesverband Verbraucherzentralen geht routinemäßig gegen AGB vor. Er hat für die Prozesskosten ein Budget vorgesehen. Für ein Erfolgshonorar sprach im Aus-

71 BGBl. 2008 I, 1000.

72 BGBl. 2021 I, 3415.

73 OLG Dresden, Beschluss v. 1.3.2022 – 4 W 3/22, NJW 2022, 1627, Rn. 8.

74 BT-Drs. 16/8916, S. 14.

75 LG Berlin Urt. v. 2.12.2010 – 10 O 238/10, BeckRS 2010, 30448, Abschnitt II.3.a. unter Verweis auf BT-Drs. 16/8916, S. 14.

76 The climate case, Beweisaufnahme, verfügbar unter: <https://rwe.climatecase.org/de/rechtliches>, zuletzt abgerufen am 24.9.2024.

77 Klageschrift (o. Fn. 7), S. 85 ff.

gangsfall allerdings, dass der Kläger eine Rückzahlung an die Festivalbesucher auf Grundlage des wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruchs verlangte und es sich dabei um eine bis dahin nicht höchstrichterlich entschiedene und hochumstrittene Rechtsfrage handelte.⁷⁸ Auch Zweck der *financialright* ist, Prozesse zu führen; ihr wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Prozesses ist überragend. Einzig Prozesskosten und -risiko sind hier Argumente für ein Erfolgshonorar.

3. Gebührenbefreiungstatbestände

Bei der Erörterung, was ein öffentliches Interesse ist, haben wir bereits die landesrechtlichen Gebührenbefreiungstatbestände betrachtet und dabei gesehen, dass diese denjenigen von den Gerichtsgebühren befreien können, der allgemein gemeinnützige Zwecke verfolgt oder der konkret im öffentlichen Interesse klagt und bei dem die Befreiung dann geboten erscheint. Wir haben auch gesehen, dass die Vorschriften offenbar praktisch nicht genutzt werden, wo doch jegliche Rechtsprechung dazu fehlt. Dieser Eindruck wird bestätigt durch eine Anfrage beim Bundesverband der Verbraucherzentralen, wo die Vorschriften ebenfalls nicht bekannt waren.⁷⁹

Im Übrigen besteht eine Tendenz dazu, die Gebührenfreiheit für bestimmte Interessengruppen abzuschaffen. So wurden etwa die Kostenbefreiung für das Deutsche Rote Kreuz mit dem Erlass des DRK Gesetzes im Jahr 2008 und die Gebührenbefreiung milder Stiftungen vor dem BGH nach § 1 Nr. 1 Reichsgerichtsgebührenfreiheitsverordnung im Jahr 2013 aufgehoben.⁸⁰

V. *Kostenfreiheit de lege ferenda?*

Will man *de lege ferenda* Kostenfreiheit für Klagen im öffentlichen Interesse gewähren, so liegen orientiert am bestehenden Recht die Vorschriften über die Prozesskostenhilfe als Anknüpfungspunkt nahe. Denkbar wäre etwa, nach dem Vorbild des § 114 Abs. 1 ZPO eine Prozesskostenhilfe auch dann zu gewähren, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung im öffentlichen In-

78 S. zur Wiedergabe der Standpunkte BGH, Urteil v. 11.9.2024 – I ZR 168/23, juris-Rn. 29–32.

79 Auskunft Team Sammelklagen vom 23.9.2024.

80 J. Dorndörfer, in: BeckOK KostR, 46. Ed. 1.1.2024, § 2 GKG Rn. 9.

teresse liegt und hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Dafür muss aber das verfolgte Ziel im Verhältnis zum Aufwand stehen. Das ist einerseits anhand der bereits bestehenden Kostenvorteile im geltenden Recht zu messen, andererseits an den rechtstatsächlichen Schwierigkeiten, die bei Klagen im öffentlichen Interesse bestehen. Nach deren Betrachtung fehlt ein Bedürfnis für einen weitergehenden Schutz.

Die bestehenden rechtlichen Schutzmechanismen sind dreigeteilt: Ganz erheblich profitieren Kläger von niedrigen Streitwerten. Hierdurch sinken die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten. Daneben eröffnet sich im Einzelfall die Möglichkeit für den Kläger, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren. Schließlich bietet die Mehrheit der Bundesländer Vorschriften zur Gebührenbefreiung von den Gerichtskosten, wenn der Kläger ein öffentliches Interesse verfolgt und der Kostenerlass für dieses Interesse geboten erscheint.

Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel daran, dass ein Bedürfnis besteht, den Schutz *de lege ferenda* auszuweiten. Diese werden rechtstatsächlich verstärkt. Freilich ist hier eine statistische Erhebung schwierig, weil die Dunkelziffer derjenigen, die mangels Finanzierung von einer Klage absehen, kaum messbar ist. Dass sie aber klein ist, erscheint plausibel: Für die Klagen von qualifizierten Einrichtungen wie im Airbeat-Musterfall stellt sich die Frage schon gar nicht, weil sie vielfach öffentlich finanziert sind. So speiste sich etwa der Etat der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen im Jahr 2023 zu über 80 % aus Mitteln von Bund, Land und Kommunen.⁸¹ Hinter Klägern wie der financialright stehen finanzstarke Prozessfinanzierer.⁸² Und auch die Deutsche Umwelthilfe verfügte im Jahr 2022 über ein Budget von rund 16,5 Mio. EUR von denen sie knapp 20 % (3,1 Mio. EUR) aus Abmahnungen und Gerichtsverfahren einnahm und ca. 10 % (1,5 Mio. EUR) dafür ausgab.⁸³ Damit bleiben noch Naturalparteien wie der Bauer Luciano. Er aber kann vor Gericht bereits jetzt Prozesskostenhilfe beantragen, wenn seine Klage hinreichende Aussicht auf Erfolg verspricht. Und

81 Finanzierung der Verbraucherzentrale NRW, verfügbar unter: <https://www.verbraucherzentrale.nrw/ueberuns-nrw/finanzierung-nrw>, zuletzt abgerufen am 24.9.2024.

82 S. dazu etwa *M. Chmielewski*, Münchner Lkw-Prozess: Financialright trennt sich von Hausfeld, JUVE vom 2.2.2024, verfügbar unter: <https://www.juve.de/verfahren/muenchner-lkw-prozess-financialright-trennt-sich-von-hausfeld/>, zuletzt abgerufen am 24.9.2024.

83 Deutsche Umwelthilfe, Jahresbericht 2023, verfügbar unter: https://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/DUH_Publikationen/DUHWelt_23/DUHWelt_4_2023_JB_final.pdf, zuletzt abgerufen am 24.9.2024.

auch er setzt offenbar auf eine Gruppenfinanzierung, indem er sich durch Spenden finanzieren lässt.⁸⁴

VI. Zusammenfassung

1. Zivilklagen im öffentlichen Interesse bestehen in Deutschland institutionalisiert wohl seit dem Erlass des AGB-Gesetzes im Jahr 1976. In jüngerer Zeit sind neben die hierdurch ermöglichten Unterlassungsklagen von Verbänden die Musterfeststellungs- und Klimaklagen getreten.
2. Vor Zivilgerichten ist nicht offensichtlich, wann eine Klage im öffentlichen Interesse erfolgt. Zur Untersuchung lassen sich vier Musterfälle bilden: eine Klimaklage im eigenen und im fremden Interesse, die Klage eines Verbraucherschutzverbands und die Klage eines Klagevehikels, das massenhaft Ansprüche von Geschädigten geltend macht. Zentrale Frage dabei ist: Sind die im Prozess verfolgten Interessen solche der Öffentlichkeit?
3. Aus dem Gesetz lassen sich hier wenige Anhaltspunkte gewinnen. § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO verlangt für die Prozesskostenhilfe zugunsten juristischer Personen allgemeine Interessen. Darunter fällt nicht bereits, dass allgemein interessierende Rechtsfragen entschieden werden. Zahlreiche Landesjustiz(kosten)gesetze sehen eine Gerichtsgebührenbefreiung vor, wenn es zur Förderung öffentlicher Interessen geboten erscheint. Hier bietet sich an, auf die Gemeinnützigkeit nach § 52 AO zurückzugreifen; darunter fallen auch Tätigkeiten zugunsten des Klima- und Verbraucherschutzes (Abs. 2 Nrn. 8, 16).
4. Kostenvorteile im geltenden Recht können die eigenen und gegnerischen außergerichtlichen Kosten sowie die Gerichtskosten betreffen. Auf alle drei wirkt der Streitwert. Hier hält das geltende Recht mit Höchststreitwerten, klärgünstiger Streitwertbestimmung, niedrigen Regelstreitwerten sowie inflationsbedingter Streitwertminderung bereits einen Strauß an Kostenvorteilen vor. Hinzu kommt die Möglichkeit, im Einzelfall ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, ebenso wie die landesrechtlichen Gebührenbefreiungstatbestände. Offenbar sind letztere in der Praxis aber ungebrauchlich.
5. Für weitergehende Kostenvorteile oder gar eine Kostenfreiheit bei Zivilklagen im öffentlichen Interesse *de lege ferenda* besteht kein Bedürfnis.

84 The climate case, Spenden, verfügbar unter: <https://rwc.climatecase.org/de/spenden>, zuletzt abgerufen am 24.9.2024.

Denn Kläger werden durch niedrige Streitwerte ohnehin schon besser gestellt auf Kosten der Beklagten, die oft ein großes wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben und daher erhebliche Ressourcen hierfür aufwenden müssen, die auch dann verloren gehen, wenn sie erfolgreich sind. Darüber hinaus bietet es sich an, zunächst die landesrechtlichen Vorschriften über Gebührenbefreiung von den Gerichtskosten zu nutzen, um Kläger kostenmäßig (noch) besser zu stellen. Erst wenn das nicht genügt, sollte man näher über die Einführung einer Prozesskostenhilfe für zugunsten der Öffentlichkeit agierende Private nachdenken.

Tod der Privatautonomie?

Diskriminierungsschutz als Rücksichtnahmepflicht

Selma Gather*

Wenn Disruption, wie in diesem Band, verstanden wird als erhebliche Störung, einschneidende Veränderung oder fundamentaler Paradigmenwechsel, dann ist wohl kaum einem zivilrechtlichen Gesetz in der jüngeren Vergangenheit größeres disruptives Potential zugeschrieben worden als dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).¹ Die Reaktionen der Privatrechtswissenschaft angesichts der (drohenden) Verabschiedung des Gesetzes im Jahr 2006 waren zum Teil jedenfalls alarmistisch.² Es war vom „Ende der Privatautonomie“³ und der Einführung einer „Tugendrepublik der neuen Jakobiner“⁴ die Rede. Auch heute, knapp zwanzig Jahre nach Verabschiedung des AGG, werden privatrechtliche Diskriminierungsverbote noch kontrovers diskutiert.⁵

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht und Doktorandin an der Freien Universität Berlin.

- 1 Plastisch H. Reichold, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit, JZ 2004, 384 (385): „Die [...] Antidiskriminierungs-Richtlinien [...] drohen der Zivilrechtswissenschaft nach den Erschütterungen der Schuldrechtsreform 2001 mit neuen heftigen Eruptionen wegen sozialpolitisch veranlassten Veränderungen vormals liberaler Privatrechtssätze.“
- 2 Exemplarisch T. Reppen, Antidiskriminierungsrecht: die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 11 ff.;
- 3 E. Picker, Antidiskriminierungsgesetz: Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 ff.
- 4 F. Säcker, „Vernunft statt Freiheit!“. Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, 286 ff.
- 5 Dies zeigt sich insb. an den zahlreichen seit Verabschiedung des AGG verfassten Monographien zu dem Thema, s. nur M. Grünberger, Personale Gleichheit: der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013; F. Kainer, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, bislang unveröffentlichte Habilitationsschrift 2011; A. V. Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, Baden-Baden 2010; A. Leidinger, Die Idee des unionalen Antidiskriminierungsrechts, i.E. 2025; A. K. Mangold, Demokratische Inklusion und Recht: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Tübingen 2021; A. Reinelt, Soziale Inklusion: Der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht, Baden-Baden 2023.

Dieser Beitrag möchte die These der Disruption des Privatrechts durch Diskriminierungsverbote hinterfragen. Er setzt dabei an bei der dogmatischen Integration des AGG in das allgemeine Zivilrecht. Kernthese des Beitrags lautet: Das AGG ist eine Konkretisierung allgemeiner Rücksichtnahmepflichten im Rechtsgeschäftsverkehr. Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote sind dem Vertrauensschutz zuzuordnen. So verstanden, fügen sie sich bruchlos in die Grundstrukturen des bürgerlichen Rechts ein.⁶

I. Das AGG...

Das AGG verbietet Diskriminierungen im Zivilrecht.⁷ Das Gesetz trägt den Titel „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“. Der Titel verspricht damit mehr, als das Gesetz beinhaltet. Denn das AGG statuiert keine allgemeine *Gleichbehandlungspflicht*, sondern enthält *Diskriminierungsverbote*, die außerdem nur in zwei ausgewählten Bereichen des Zivilrechts gelten.

1. Das AGG: Ein Antidiskriminierungsgesetz

Das AGG ist, erstens, ein Antidiskriminierungsgesetz.⁸ Es zielt darauf, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Es verbietet, entlang der genannten Kategorien zu benachteiligen (§§ 6, 19 AGG). Damit begründet es gerade nicht die Pflicht, im Privatrechtskontakt gleich zu behandeln. Es verbietet nicht jede unsachliche Differenzierung. Es adressiert ein deutlich spezifischeres Phänomen, nämlich die materiell nachteilige Behandlung von Personen aufgrund ihrer Zuordnung zu kategorial bestimmten Gruppen, sprich Diskriminierung.⁹

6 Der Beitrag gibt damit einige Ergebnisse der Dissertation der Autorin wieder, S. Gather, *Ohne Ansehen der Person – Diskriminierungsverbote als Vertrauensschutz* (2024).

7 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 414).

8 So im Gesetzgebungsprozess auch noch bezeichnet, s. BT-Drs. 15/4538; BT-Drs. 15/5019; BT-Drs. 15/5755.

9 Zu diesem Diskriminierungsbegriff S. Baer/N. Markard, in: H v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3, Rn. 418; A. K. Mangold/M.

Die verschiedenen Formen, die Diskriminierungen annehmen können, sind in § 3 AGG definiert: Verboten sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen sowie Belästigungen. Wird gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, können Betroffene Beseitigung der Diskriminierung und Unterlassung für die Zukunft verlangen. Ist ein Schaden entstanden, kann dieser im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden. Dies umfasst auch etwaige immaterielle Schäden (sog. Schmerzensgeld).¹⁰

2. Begrenzte Anwendungsbereiche

Das AGG gilt, zweitens, nur in zwei ausgewählten Bereichen des Zivilrechts: im Beschäftigungskontext¹¹ und beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen¹². Im Folgenden wird ausschließlich letzterer Anwendungsbereich fokussiert. Laut amtlicher Überschrift des entsprechenden Abschnitts bietet er Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr. Vom Diskriminierungsverbot umfasst ist der „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist der Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots im allgemeinen Zivilrechtsverkehr grundsätzlich¹³ weiter dadurch bestimmt, dass (Quasi-)Massengeschäfte betroffen sein müssen, das heißt insbesondere „zivilrechtliche[] Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“.

Wenn es im Folgenden um diesen Anwendungsbereich nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 AGG geht, wird zwar ebenfalls vom „allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot“ gesprochen. Aber es zeigt sich, dass auch dieses Diskriminierungsverbot so „allgemein“ nicht ist, wenn es lediglich Geschäfte über öffentlich zugängliche Waren betrifft.

Payandeh, Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht: Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Tübingen 2022, S. 3 (5 f.).

¹⁰ Siehe insgesamt § 21 AGG.

¹¹ Abschnitt 2, §§ 6 ff. AGG.

¹² Abschnitt 3, §§ 19 ff. AGG.

¹³ Gilt nicht für rassistische Benachteiligungen, s. § 19 Abs. 2 AGG.

3. Beispielhafte Fälle

Konkret bedeutet die Geltung des AGG im fokussierten Bereich: Marktleihende, die ihre Waren öffentlich angeboten haben, dürfen nicht diskriminieren. Sie dürfen insbesondere ihre Vertragsentscheidung nicht nach den in § 19 Abs. 1 AGG genannten Kategorien treffen. Wer beispielsweise eine Veranstaltungsvilla vermietet, darf diese nicht einem homosexuellen Paar zu seiner Hochzeit verweigern.¹⁴ Wer eine Diskothek betreibt, darf nicht People of Colour aufgrund ihrer Hautfarbe an der Tür abweisen.¹⁵ Wer (eine Vielzahl von) Wohnungen vermietet, darf Mieterhöhungsverlangen nicht ausschließlich an Mieter:innen türkischer oder arabischer Herkunft adressieren.¹⁶ Wer eine Arztpraxis betreibt, darf einer sehbehinderten Patientin nicht den Zugang mit ihrer Führhündin verweigern.¹⁷ Nicht zwangsläufig zulässig, aber jedenfalls vom AGG nicht erfasst, sind indes beispielsweise Diskriminierungen im Bereich des Familienrechts sowie bei der Gründung von Vereinen oder Gesellschaften.

II. ... als Disruption des Privatrechts

Trotz des in zweierlei Hinsicht begrenzten Geltungsbereichs ist das AGG, wie eingangs erwähnt, verbreitet als große Herausforderung für das Privatrecht wahrgenommen worden. Nun gibt es aus Perspektive der Privatrechtswissenschaft verschiedene Möglichkeiten, mit Neuem, das nicht so recht zum Alten passen mag, umzugehen.

1. Läuten der Totenglocken

So kann man das Alte für tot erklären.¹⁸ Freilich können die bereits zitierten, stark beunruhigten Reaktionen aus der Rechtswissenschaft auf das AGG heute relativiert werden. Sie müssen eher dem rechtspolitischen als dem rechtswissenschaftlichen Diskurs zugeschlagen werden. Zudem hat sich in den knapp 20 Jahren seit Verabschiedung des AGG gezeigt, dass das

14 LG Köln NJW 2016, 510 (511 f.).

15 OLG Stuttgart, NJW 2012, 1085 (1085 f.).

16 AG Tempelhof-Kreuzberg, WuM 2015, 73 (75 f.).

17 BVerfG NJW 2020, 1282 (1282 f.).

18 So beispielsweise *Reppen*, Totenglocke (Fn. 2), S. 11.

liberale Privatrecht noch nicht an seinem Ende angekommen ist. Dennoch werden private Diskriminierungsverbote als Bedrohung wahrgenommen, und dies auf zwei fundamentalen Ebenen. Bedroht sei zum einen die Vertragsfreiheit. Bedroht sei aber auch die moralische Integrität des Privatrechts an sich.

a) Gefahr für die Vertragsfreiheit

Auf erster Ebene werden Diskriminierungsverbote als Gefahr für die (Vertrags-)Freiheit wahrgenommen. Im Ausgangspunkt steht ein antagonistisches Verständnis von Freiheit und Gleichheit.¹⁹ Diskriminierungsverbote werden als Eingriff in die Vertragsfreiheit der Verpflichteten verstanden, der so gravierend sei, dass er kaum zu rechtfertigen sei. Freiheit des Willens bedeute eben auch Willkür, es gelte das Flum'sche Dictum „*stat pro ratione voluntas*“.²⁰ Dem widerspreche es, wenn das AGG Vertragsentscheidungen einer Motivationskontrolle unterziehe. Vertragsfreiheit beinhalte essentiell auch die Freiheit zur Diskriminierung.²¹ Die Diskriminierungsverbote des AGG beraubten der Freiheit also ihres Kerns.

19 Zum konflikthaften Verhältnis von Freiheit und Gleichbehandlung bspw. *P. Badura*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten, *ZaöRV* 2008, 347 (353 ff.); *G. Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), 355; *Dittmann*, Privatrechtliche Diskriminierungsverbote aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 81 ff.; *M. Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), 298; *M. Mahlmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, *ZEuS* 2002, 407 (420 f.); *J. Neuner*, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: S. Leible/M. Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. 73 (77 ff.); *D. Schwab*, Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland, *DNotZ* 2006, 649 (669 ff.).

20 Siehe nur *T. Lobinger*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, in: Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit* (Fn. 2), S. 99 (104); *K. Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in *K. Riesenhuber/Y. Nishitani* (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?*, S. 21; *Säcker*, *Tugendrepublik* (Fn. 4), 286.

21 *Riesenhuber*, *Privatautonomie* (Fn. 20), *E. Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, *JZ* 2003, 540 (540). „Diskriminierung“ wird in dem Zusammenhang indes häufig gleichgesetzt mit schlichter Differenzierung, was freilich den Diskriminierungsbegriff verfehlt.

b) Aushöhlung der liberalen Grundanlage

Darüber hinaus sollen Diskriminierungsverbote die moralischen Grundlagen des Privatrechts als Ganzes bedrohen. Statt der liberalen Freiheitsmoral des Privatrechts, die essentiell von Selbstverantwortung, Willensfreiheit und Freiheit von staatlicher Beeinflussung lebe, stülpe das Antidiskriminierungsrecht dem Privatrecht eine diesem fremde „Sozialmoral“ über.²² Die formale Ethik des subjektiven Rechts werde bedroht durch einen moralpädagogischen Impetus privater Gleichbehandlungspflichten.²³ Es drohe dem Privatrecht eine „Veröffentlichlichung“.²⁴ Statt der zivilistischen Gerechtigkeit der *iusiustitia commutativa* folgten Diskriminierungsverbote distributiven, also „öffentlichen“, Gerechtigkeitsmaßstäben. Mit der Rechtsgleichheit aller Akteure sei das einzig relevante Gleichheitsproblem im Privatrecht bereits gelöst, weil „sämtliche Private ohne Unterschied zur gegenseitigen ‚Diskriminierung‘ berechtigt“ seien. Die Verbesserung der „Teilhabe für Personen, die von Natur aus benachteiligt sind“, sei eine „über die formale Gleichberechtigung hinausgehende tatsächliche Gleichstellung“ und als solche „im Ausgangspunkt Aufgabe des öffentlichen Rechts.“²⁵ Mit dem AGG scheint aus dieser Perspektive die finale Wende zu einem sozialpolitisch überformten Privatrecht vollzogen.²⁶

2. Paradigmenwechsel

Diese Untergangserzählung stellt Michael Grünberger auf den Kopf, wenn er – u.a. angesichts des AGG – einen Paradigmenwechsel im Privatrecht ausruft.²⁷ Grünbergers Erzählung nach komme der Freiheit keine vorrangige Rolle im Privatrecht (mehr) zu.²⁸ Das Privatrecht sei (auch) wesentlich geprägt von einem „Prinzip der personalen Gleichheit“, wonach im Aus-

22 T. Pfeiffer, Editorial, ZGS 2002, 165.

23 Reichold, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 391.

24 Reichold, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 391; Repgen, Totenglocke (Fn. 2), S. 45.

25 Lobinger, Vertragsfreiheit (Fn. 20), S. 116, 121.

26 Zu dieser Verfallserzählung im größeren Kontext verschiedener „Beschränkungen“ der Privatautonomie s. A. Röthel, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: C. Bumke/A. Röthel, Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 92 (95 ff).

27 Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 5), hier S. 52.

28 Ebd., S. 750.

gangspunkt jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig sei.²⁹ Der so konzipierte Gleichbehandlungsgrundsatz sensibilisiere das Recht für die ungleiche Verteilung von Freiheiten, die es in seiner Umwelt gibt.³⁰ Jede Person könne eine sie betreffende Ungleichbehandlung als solche rechtlich thematisieren und eine Rechtfertigung dafür verlangen.³¹ Je nach Kontext der Konfliktsituation gelte ein abgestuftes System akzeptabler Rechtfertigungsgründe.³²

Bei Licht betrachtet ist dieser „Paradigmenwechsel“ jedoch nur eine dem AGG wohlgesonnenere Beschreibung der Abkehr vom „vormals liberalen“³³ Privatrecht. Michael Grünbergers Rechtfertigung geht zudem deutlich weiter, als das, was das AGG bringt: Er rekonstruiert einen *allgemeinen* Gleichbehandlungsanspruch. Nach seinem Konzept wird jede privatrechtliche Freiheitsausübung grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig, sofern sie eine Ungleichbehandlung zur Folge hat. Skeptiker werden hier (zurecht) sagen: Wenn jeder Freiheitsgebrauch mit der Pflicht zur Rechtfertigung belastet ist, kann von Freiheit nur noch eingeschränkt die Rede sein.³⁴ Und wo Gleichheit die Freiheit verdrängt, sei nicht mehr von Privatrecht zu sprechen, zumindest nicht von jenem, wie wir es kennen.³⁵ Die Disruption führt auch in dieser Erzählung zum Bruch mit den tradierten Strukturen und Prinzipien.

29 Ebd. S. 749 ff.

30 Ebd. S. 929 f.

31 Ebd. S. 802.

32 Ebd. S. 824 ff.

33 Reichold, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 385.

34 Es stellt sich zudem die Frage, wie attraktiv ein Privatrechtsmodell ist, in dem die genaue Kontur subjektiver Freiheiten immer erst noch im „Rechtfertigungsdiskurs“ bestimmt werden muss; kritisch hierzu *Leidinger*, Antidiskriminierungsrecht (Fn. 5), § 4 I.2.b; skeptisch gegenüber der Begründbarkeit eines allgemein zivilrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs auch *M. Auer*, Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit, in: S. Grundmann/J. Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, Tübingen 2021, S. 67 (81 ff.)

35 Vgl. *K. Adomeit*, Diskriminierung: Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622 (1623): „Ein Privatrecht, das den Teilnehmern am Rechtsverkehr nicht mehr die freie Entscheidung belässt, wen man sich als Vertragspartner wünscht und wen nicht, ist eigentlich kein Privatrecht mehr.“

III. Weg der Versöhnung: dogmatische Integration

Je nach Standpunkt können private Diskriminierungsverbote also als Ausdruck einer „Veröffentlichung“ des Privatrechts und dessen Totenglocke oder als Marker eines Paradigmenwechsels im bürgerlichen Recht verstanden werden. In beiden Erzählungen aber ist ihr Einfluss auf das klassisch-liberale Privatrecht disruptiv.

1. Frage nach der dogmatischen Verortung des AGG

Es gibt jedoch eine Alternative. Sie besteht in der dogmatischen Rekonstruktion des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots. Denn neben eher theoretischen Auseinandersetzungen um das (richtige) Verhältnis von Freiheit und Gleichheit³⁶ oder um Wesen und Bedeutung von Vertrag³⁷ und Vertragsfreiheit³⁸ im Angesicht von Diskriminierungsverboten hat in den vergangenen Jahren auch eine Diskussion um die *dogmatische* Einordnung der AGG-Nichtdiskriminierungspflicht stattgefunden. Auch dieser Diskurs nimmt im Ausgangspunkt das AGG als „Herausforderung“³⁹ für das Privatrecht wahr. Er ist aber bemüht, das AGG nicht von vornherein als einen diesem „implantierter Fremdkörper“⁴⁰ zu brandmarken, sondern die Diskriminierungsverbote durch das Instrumentarium der Privatrechtsdogmatik mit den Grundstrukturen des Zivilrechts zu versöhnen. Es geht dabei um die Frage, ob das AGG essentiell Deliktsrecht darstellt, oder Vertragsrecht, oder gar etwas anderes.

Auch wenn die Auseinandersetzung mit der dogmatischen Einordnung weniger lautstark – und weniger kontrovers – geführt worden ist, berührt sie nicht minder grundsätzliche Fragen. Diese betreffen sowohl Strukturfragen des Privatrechts als auch die Frage nach Programmatik und Legitimation von zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten.

36 Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 5).

37 Reinelt, Soziale Inklusion (Fn. 5).

38 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit (Fn. 5).

39 T. Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), 28 (80).

40 Jestaedt, Diskriminierungsschutz (Fn. 19), 350.

2. Diskriminierungsverbote als Deliktsrecht

Wo die Frage nach der „Privatrechtskonformität“ des AGG aus Perspektive der Rechtsdogmatik gestellt wird, ist bislang die Auffassung herrschend, dass privates Antidiskriminierungsrecht im Kern Deliktsrecht sei. Danach stelle die Diskriminierung im Privatrechtsverkehr eine Herabwürdigung dar. Die §§ 19 ff. AGG sollen diesen Persönlichkeitsrechtsverletzungen begegnen und seien daher als Deliktsrecht zu verstehen.⁴¹

Die Idee, bei privaten Diskriminierungsverboten handele es sich um Deliktsrecht, überzeugt nicht. Dies kann im Rahmen dieses Beitrags indes nur angerissen und nicht vertieft werden:⁴² Zum einen ist es verkürzend, das Unrecht von Diskriminierungen auf die Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Personen zu reduzieren.⁴³ Auf diese Art lässt sich schon der Katalog der geschützten Kategorien kaum erklären. Es kann genauso verletzend sein, wegen der Größe der Nase oder anderer persönlicher Eigenschaften benachteiligt zu werden. Die Auswahl der in § 1 AGG genannten Kategorien ist aber nicht beliebig. Die Kategorien sind Ausdruck von historisch gewachsenen gesellschaftlichen Hierarchieverhältnissen.⁴⁴ Diskriminierungen sind also nicht allein deswegen normativ problematisch, weil sie Betroffene herabwürdigen, sondern weil sie Ausdruck von struktureller Exklusion sind. Die Rekonstruktion der §§ 19 ff. AGG als Deliktsrecht wird darüber hinaus dem geltenden Recht nicht gerecht. Insbesondere das Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist auf dem Boden deliktsrechtlicher Lesarten eigentlich nicht zu erklären,⁴⁵ ebenso wenig wie der spezifische

41 *J. Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, Berlin 2012, insb. S. 125 ff.; *F. Hartmann*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, in: C. Herresthal/D. Kaiser/M. Stoffels (Hrsg.), Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2018, S. 104 ff., Rn. 6, 8; *Lobinger*, Perspektiven (Fn. 39), 82 ff.; *F. Rödl/A. Leidinger*, Diskriminierungsschutz im Zivilrechtsverkehr, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 9), S. 927 ff.

42 Vertiefend *Gather*, Ohne Ansehen (Fn. 6), § 3 A.

43 Grundlegend *S. Baer*, Würde oder Gleichheit?, Baden-Baden 1995; *U. Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., Baden-Baden 1996; für eine pluralistische Fundierung von Antidiskriminierungsrecht auch *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 5), S. 355 ff.; *M. Hong*, Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts: Würde, Gleichheit, Freiheit und Demokratie, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 9), S. 67 ff.

44 Nur wenige persönlichkeitsrechtliche Rekonstruktionsangebote reflektieren diese strukturelle Dimension des Diskriminierungsunrechts, insb. *Rödl/Leidinger*, Diskriminierungsschutz (Fn. 41), S. 934 f.

45 So auch *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 5), S. 555.

Zuschnitt des Anwendungsbereichs des AGG auf den rechtsgeschäftlichen Bereich.

Entscheidend ist aber, dass trotz – oder vielleicht wegen – ihrer nur begrenzten Fähigkeit, Diskriminierungsverbote zu tragen, die persönlichkeitsrechtliche Lesart weithin als alternativlos präsentiert wird. Nur wenn Diskriminierungsverbote im Kern als Integritätsschutz rekonstruiert würden, stünden sie im Einklang mit dem überkommenen Zivilrechtssystem. Alternativ käme nur in Betracht, das AGG entweder als Instrument von Verteilungs- oder Sozialpolitik oder als Mittel moralpädagogischer Verhaltenssteuerung zu verstehen.⁴⁶ Beide Lesarten liefen auf eine unzulässige Instrumentalisierung des Zivilrechts für im Kern öffentlich-rechtliche Anliegen hinaus.⁴⁷ Auf ihrem Boden sei das AGG privatrechtsdogmatisch nicht zu verarbeiten. Es zeigt sich, wie eng die oben angerissenen Grundlagenfragen mit der Frage der dogmatischen Verortung zusammenliegen: Der Persönlichkeitsschutz wird als alleinige Möglichkeit identifiziert, das AGG in das hergebrachte Haftungssystem des Zivilrechts zu integrieren und einen Bruch mit den grundlegenden Strukturen und moralischen Prämissen zu verhindern.⁴⁸

IV. Nichtdiskriminierung als Rücksichtnahmepflicht

Hier soll eine Alternative zur deliktsrechtlichen Lesart angeboten werden. Diese besteht darin, die §§ 19 ff. AGG als Konkretisierung vor- bzw. außervertraglicher Rücksichtnahmepflichten – also als *culpa in contrahendo* (c.i.c.) – zu verstehen.⁴⁹ Es soll gezeigt werden: Diskriminierungsverbote können jenseits des Deliktsrechts privatrechtlich rekonstruiert werden, und dies ohne ihren emanzipatorischen Gehalt aufzugeben.

1. Wesen der Rücksichtnahmepflichten

Kenner:innen der Materie mag es ironisch erscheinen, dass das AGG gerade mittels der Rekonstruktion als c.i.c. mit dem Zivilrecht versöhnt

46 Lobinger, Perspektiven (Fn. 39), 83 f.

47 Hartmann, AGG (Fn. 41), S. 104 ff. (Rn. 7 f.); Lobinger, Perspektiven (Fn. 39), 83 f.

48 So auch K. Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, S. 1 (19).

49 In diese Richtung schon D. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000, S. 396 ff.

werden soll. Denn die Zivilrechtswissenschaft hatte jahrzehntelang ähnlich große Probleme, vor- und außervertragliche Rücksichtnahmepflichten in die zivilrechtlichen Grundstrukturen zu integrieren. Um die Diskriminierungsverbote als Rücksichtnahmepflicht rekonstruieren zu können, muss sich also zunächst Rechtsnatur und Funktion von Rücksichtnahmepflichten vor Augen geführt werden.

a) Einordnung nach dem Gesetz

Einmal von Rudolph von Jhering „entdeckt“,⁵⁰ wurde engagiert gestritten über die dogmatische Natur der sogenannten *culpa in contrahendo*.⁵¹ Die Parallelen zur heute in Bezug auf Diskriminierungsverbote geführten Diskussion sind durchaus bemerkenswert: Auch Rücksichtnahmepflichten im geschäftlichen Kontakt waren auf den ersten Blick kaum zu vereinbaren mit einem auf Individualismus und Selbstverantwortung fußenden liberalen Privatrecht. So traf der Vorwurf der Verwirklichung einer privatrechtsfremden Sozialmoral beispielsweise auch Aufklärungspflichten.⁵² Gleichzeitig herrschte lange Zeit Uneinigkeit darüber, wie Rücksichtnahmepflichten zivilrechtsdogmatisch einzuordnen seien. Es gab ein starkes deliktsrechtliches Lager⁵³ und insbesondere in der Frühphase der Auseinandersetzung auch eine Strömung, die die sogenannte *culpa in contrahendo* rechtsgeschäftlich⁵⁴ zu rekonstruieren versuchte.

50 R. v. Jhering, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JhJhb 4 (1861) 1861, 1 ff.

51 Ausführlich nachzulesen bei J. Benedict, *Culpa in contrahendo*, Bd. 1, Historisch-kritischer Teil, Tübingen 2018.

52 Näher unten.

53 Stellvertretend C. v. Bar, *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln u.a. 1980, S. 220 ff., 312 ff.; D. Medicus, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. 1, 1981, S. 479 (490 ff.); R. Thiemann, *Culpa in contrahendo: ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen 1984, S. 29 ff.

54 Paradigmatisch H. Siber, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, JhJhb 70 (1921), 223 (258 ff.); ferner H. Stoll, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, LZ 1923, 532 (544 f.); F.-S. Evans-v. Krbeek, *Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzungen?*, AcP 179 (1979), 85 (96 ff.).

Durchgesetzt hat sich schließlich eine dritte Idee, wonach die c.i.c. als Vertrauenshaftung zu verstehen ist.⁵⁵ Die Einordnung außervertraglicher Rücksichtnahmepflichten als Vertrauensschutz liegt heute auch dem Gesetz zugrunde. Seit der Schuldrechtsreform von 2001 haben Rücksichtnahmepflichten ihre Grundlage in §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. In der Sprache des Gesetzes beruht die Haftung aus c.i.c. auf einem „rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis“ (§ 311 BGB), welches die Pflicht zur „Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ mit sich bringt (§ 241 Abs. 2 BGB). Für seine Entstehung ist ein geschäftlicher Kontakt ausschlaggebend, insbesondere die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder „die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut“ (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Hier kann nicht allen Fragen nachgegangen werden, die sich mit Blick auf dieses „rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnis“ stellen.⁵⁶ Festzuhalten und für die weitere Argumentation von Interesse bleibt an dieser Stelle lediglich zweierlei: Erstens ist die *culpa in contrahendo* heute weit mehr als nur „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“, sondern beinhaltet eine allgemeine Rücksichtnahmeverpflichtung im Rechtsgeschäftsverkehr, die weit in das Vorfeld von Vertragsschlüssen hineinreicht.⁵⁷ Diese Rücksichtnahmeverpflichtung hat, zweitens, offenbar ihren Grund im Vertrauensschutz.

b) Rücksichtnahmepflichten als normativer Vertrauensschutz

Zentral für die Einordnung von Rücksichtnahmepflichten ist dementsprechend ihre Begründung mit dem Vertrauensgedanken. Auf jenen Begründungszusammenhang wird im Folgenden eingegangen, denn er ist aufklärungsbedürftig.⁵⁸ Der Vertrauensschutz ist, so die heute herrschende Auf-

55 Grundlegend *Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501 ff.; C.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

56 Vertiefend *Gather*, Ohne Ansehen (Fn. 6), § 4.

57 V. *Emmerich*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl., München 2022, § 311 Rn. 47 ff.

58 Dies ist vielfach und zu Recht kritisiert worden, s. G. *Frotz*, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: C. Faistenberger/H. Mayrhofer (Hrsg.), Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 163 (170): Die These, die c.i.c. rechtfertige sich aus dem Vertrauensgedanken, sei „niemals überzeugend be-

fassung, der tragende Legitimationsgedanke für die besondere Rücksichtnahmeverpflichtung im rechtsgeschäftlichen Kontakt.⁵⁹ Aber weiter reicht die Auskunft häufig nicht. Der Zusammenhang von Vertrauen und Pflicht muss also erhellt werden, und dies nicht zuletzt mit Blick auf die hier zentrale These. Denn auf den ersten Blick mag es nicht gerade einleuchten, dass Diskriminierungsverbote etwas mit Vertrauen zu tun haben sollen. Wer häufig Diskriminierungserfahrungen macht, wird regelmäßig gerade *nicht* darauf vertrauen, beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen nicht diskriminiert zu werden.

aa) Vertrauen als normative Verhaltenserwartung

Damit angesprochen ist jedoch ein verbreitetes Missverständnis über den zivilrechtlichen Vertrauensschutz. Dieses Missverständnis besteht darin, das haftungsbegründende Vertrauen bestehe in natürlichem, also psychologisch nachweisbarem, Vertrauen. Das trifft aber jedenfalls für den außervertraglichen Vertrauensschutz, wie er in §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geregelt ist, nicht zu. Rücksichtnahmepflichten gründen nicht auf den Schutz tatsächlich-psychologischen Vertrauens. Ich bin nicht verpflichtet zu Rücksichtnahme, *weil* – und folgerichtig nur *wenn* – mir die andere Seite im geschäftlichen Kontakt in besonderem Maße vertraut, etwa weil ich eine besonders vertrauenswürdige Person bin oder diesen Ruf habe. Ich kann im Gegenteil gerade dann zur Rücksichtnahme verpflichtet sein, wenn sie mir misstraut.

Denn verstanden als psychologisches Faktum ist Vertrauen als rechtliches Haftungskriterium völlig ungeeignet.⁶⁰ Das liegt einmal daran, dass Vertrauen in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit zu häufig vorkommt.

gründet worden“; sehr kritisch und sehr ausführlich *Benedict*, *Culpa in contrahendo* (Fn. 51); ferner *M. Frost*, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, Berlin 1981, spricht auf S. 43 von „erschreckenden Begründungslücken“; ebenso *M. Keller*, *Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung*, Berlin 2007, S. 19 ff.

59 *J. Busche*, *Anbahnung von Schuldverhältnissen*, in: *Herresthal/Kaiser/Stoffels* (Hrsg.), *Staudinger Eckpfeiler* (Fn. 41), S. 311 Rn. 13; *C. Herresthal*, in: *B. Gsell/W. Krüger u.a.* (Hrsg.), *beck-online Großkommentar*, 15. Februar 2024, § 311 Rn. 196; differenzierend *Emmerich* (Fn. 57), § 311 Rn. 43.

60 Kritisch auch *Benedict*, *Culpa in contrahendo* (Fn. 51), S. 457 ff.; *Frotz*, *culpa in contrahendo* (Fn. 58), S. 171; *J. Gernhuber*, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen 1989, S. 179; *Keller*, *Rechtskreisöffnung* (Fn. 58), S. 90 ff.; *J. Köndgen*, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981, S. 98, 115; *E. Picker*, *Positive Forderungsverletzung und culpa*

Als Haftungskriterium ernst genommen, müsste es eine unüberschaubare Verrechtlichung diverser Sozialbeziehungen zur Folge haben. Zum anderen überzeugt der Begründungszusammenhang von tatsächlichem Vertrauen und Rücksichtnahmeverpflichtung schon theoretisch nicht. In moralischer Hinsicht mag es zutreffen, dass zu besonderer Rücksicht verpflichtet ist, wer besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. Weshalb aber aus Vertrauen eine *zivilrechtliche* Pflicht folgen soll, bedarf einer anderen Begründung.

Die Verpflichtung zu rücksichtsvollem Verhalten kann also nicht allein damit begründet werden, dass mir eine Person im Einzelfall *tatsächlich* besonderes Vertrauen schenkt. Das ist heute weitestgehend anerkannt.⁶¹ Der außervertraglichen Vertrauenshaftung geht es vielmehr um einen normativen Begriff von Vertrauen. Geschützt wird das Vertrauen darin, dass sich mein Gegenüber im rechtsgeschäftlichen Kontakt redlich verhält,⁶² also: Rücksicht nimmt auf meine Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Das haftungsbegründende „Vertrauen“ wird daher treffend auch als *normative Verhaltenserwartungen* bezeichnet.⁶³ Die c.i.c. – genauer die außervertragliche Rücksichtnahmeverpflichtung – sichert diese Verhaltenserwartungen rechtlich ab. Das so verstandene Vertrauen ist normativ, weil es nicht darum geht, ob tatsächlich vertraut *wird*, sondern ob vertraut werden *darf*. Es wird insoweit auch von „Vertrauendürfen“ oder „legitimen Verhaltenserwartungen“ gesprochen.⁶⁴ Der Vertrauensschutz ist schließlich auch deshalb normativ, weil wir vertrauen *müssen*, um überhaupt miteinander in Kontakt zu treten. Nur wenn ich meinem Gegenüber vertraue, dass er oder

in contrahendo, AcP 183 (1983), 369 (421 ff.); *ders.*, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041 (1046).

61 Ausdrücklich selbst C.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: C.-W. Canaris/ K. Schmidt u.a. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, München 2000, Bd. I, S. 129 (195).

62 *Busche* (Fn. 59), S. 311 Rn. 14; ferner *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, Bd. I, S. 106.

63 *M. Bohrer*, Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach 1980, S. 92 f.; *Frost*, Schutzpflichten (Fn. 58), S. 82; *Köndgen*, Selbstbindung (Fn. 60), S. 116; *W. Küpper*, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen, Berlin 1988, S. 36; *Larenz*, Schuldrecht (Fn. 62), S. 106; *ders.*, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, in: W. Flume/P. Raisch/E. Steindorf (Hrsg.), Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, S. 397 (414); *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993, S. 103–105; *ders.*, Die Dogmatik der Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, in: H. Grigoleit/J. Petersen (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 425 (444); *W. Thiele*, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 (652).

64 *Köndgen*, Selbstbindung (Fn. 60), S. 116.

sie Rücksicht nimmt auf mich, lasse ich mich auf den Kontakt überhaupt erst ein. Vertrauensschutz ist also Voraussetzungsschutz. Er sichert die Voraussetzungen dafür, dass Menschen miteinander in Kontakt treten können.

bb) Absicherung gleicher rechtsgeschäftlicher Autonomie

Vor diesem Hintergrund werden Rücksichtnahmepflichten häufig eher funktionalistisch erklärt. Danach sollen Rücksichtnahmepflichten der Ermöglichung eines reibungslosen Rechtsgeschäftsverkehrs dienen.⁶⁵ Der Rechtsgeschäftsverkehr sei auf den Schutz von Verhaltenserwartungen angewiesen, weil er sonst untragbar durch permanentes Misstrauen behindert würde. Rücksichtslosigkeit sei nicht zu vereinbaren mit einer Gemeinschaft, „die auf den möglichst störungsfreien, gefahrlosen Ablauf des rechtsgeschäftlichen Verkehrs angewiesen ist und sich eine ihren lebenswichtigen Bedürfnissen entsprechende Privatrechtsordnung schaffen muss“.⁶⁶ Der rechtliche Schutz des Vertrauens in rücksichtsvolles Verhalten anderer Teilnehmer:innen des geschäftlichen Verkehrs sei damit eine Funktionsbedingung des Rechtsgeschäftsverkehrs.⁶⁷

An dieser funktionalistischen Betrachtung ist prinzipiell nichts auszusetzen, aber sie greift etwas zu kurz. Denn auf einer tieferen Ebene geht es um die Ermöglichung gleicher Freiheit in gegenseitiger Abhängigkeit. Dies sei im Folgenden erläutert.

Das Privatrecht ist eine Ordnung, in deren Zentrum die Idee gleicher Freiheit steht.⁶⁸ Das Rechtsgeschäft ist dabei *das* Mittel des Privatrechts,

65 *Frost*, Schutzpflichten (Fn. 58), S. 82; *Frotz*, culpa in contrahendo (Fn. 58), S. 174; *Küpper*, Scheitern von Vertragsverhandlungen (Fn. 63), S. 38 ff.; *Larenz*, Schuldrecht (Fn. 62), S. 106; *Larenz*, culpa in contrahendo (Fn. 63), S. 41 f.; *Singer*, Vertrauenshaftung (Fn. 63), S. 444, 448; *R. Welser*, Das Verschulden bei Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281 (284 f.); in diese Richtung auch *F. Kamp*, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten, Wiesbaden 2020, S. 223; stärker rechtsökonomisch gewendet *M. Lehmann*, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1233 (1239).

66 *Frotz*, culpa in contrahendo (Fn. 58), S. 174. Zu dieser institutionellen Schutzrichtung des Vertrauensschutzes s. auch *M. Weber*, Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluß, AcP 192 (1992), 390 (419 f., insb. 420 Fn. 155).

67 *Singer*, Vertrauenshaftung (Fn. 63), S. 448.

68 *S. F. Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, Baden-Baden 2015.

um diese Freiheit auszuüben.⁶⁹ Das bürgerliche Recht als Ordnung gleicher Freiheit stattet seine Subjekte damit mit der Freiheit aus, die eigenen Angelegenheiten selbstbestimmt durch Rechtsgeschäft zu gestalten – das ist gemeint mit Privatautonomie. Diese Freiheit ist selbstlegitimierend⁷⁰, weil und wenn sie gerade nicht instrumentell verstanden wird, also um ihrer selbst willen im Zentrum der Ordnung steht. Wir sind nicht in erster Linie frei, *um* bestimmte Dinge zu tun, oder weil so am effizientesten Bedürfnisse befriedigt und Güter verteilt werden. Bürgerlich-rechtliche Freiheit bedeutet in erster Linie Freiheit *von*, also insbesondere die Freiheit, niemandem gehorchen zu müssen und grundsätzlich selbst über den eigenen Freiheitsgebrauch entscheiden zu können.⁷¹ Es ist die Freiheit, den *eigenen* Handlungsplänen nachgehen zu können. Es geht also um Autonomie. Das ist der Kern bürgerlich-rechtlicher Freiheit.⁷²

Doch diese Freiheit – als Autonomie – ist mit der Herausforderung konfrontiert, dass sie in ihrer Verwirklichung essentiell von anderen Menschen abhängig ist. Damit angesprochen ist die Erkenntnis, dass Vertragsfreiheit immer nur im Zusammenwirken mit mindestens einer anderen Person zu realisieren ist.⁷³ Insofern liegt es von vornherein neben der Sache, die Gewährleistung von Willensfreiheit oder Willkür gegen Diskriminierungsverbote in Stellung zu bringen. Denn der Wille allein bewegt im Vertrag nichts. Es geht immer um die Vereinigung des eigenen Willens mit dem mindestens einer anderen Person. Vertragsfreiheit ist also inhärent abhängige Freiheit.⁷⁴

69 Paradigmatisch *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992, Bd. 2, S. 1, 23; außerdem *C.-W. Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 200 (2000), 273 (277); *J. Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023, S. 329; ausdrücklich bezogen auf die Funktion von Rücksichtnahmepflichten ferner *Welser*, Verschulden bei Vertragsschluss (Fn. 65), 284 f.

70 *Auer*, Materiale Gleichheit (Fn. 34), S. 70.

71 Prägnant *F. Rödl*, Gleiche Freiheit und Austauschgerechtigkeit, in: M. Grünberger/N. Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2017, S. 180.

72 Es sei betont, dass damit nichts über die Grenzen dieser Freiheit gesagt ist, die sich schon aus der Freiheit selbst, aber auch aus den (weiteren) Strukturelementen des Privatrechts ergeben können.

73 In diese Richtung im Kontext von Diskriminierungsverboten auch *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit (Fn. 5), S. 97 f.; *D. Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105 (106); *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit (Fn. 49), S. 347 ff.

74 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit (Fn. 5), S. 95 ff. spricht in diesem Zusammenhang von Vertragsfreiheit als „immanent gebundener“ Freiheit. Allgemein zu relatio-

Rücksichtnahmepflichten liegt diese Idee tragend zugrunde. Rücksichtnahme ist Ermöglichungsbedingung, dass sich Privatrechtssubjekte vertrauensvoll in die Abhängigkeit eines Gegenübers begeben können, die darin liegt, dass sie in der Verwirklichung ihrer rechtsgeschäftlichen Autonomie aufeinander angewiesen sind.

cc) Besondere Vulnerabilität im rechtsgeschäftlichen Kontakt

Dieser grundlegende Gedanke spiegelt sich auch im Gesetz. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB spricht von der „Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ „im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung“. Es ist auch hier anerkannt, dass die „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ zentral sind für die Rechtfertigung von Rücksichtnahmepflichten.⁷⁵ Doch auch an dieser Stelle bleibt das Wesentliche allzu häufig unausgesprochen – nämlich die Antwort auf die Frage: Worin besteht der Legitimationszusammenhang genau? Weshalb folgt aus „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ die Pflicht zur Rücksichtnahme? Die Antwort könnte schließlich auch lauten: aus Fremdverantwortung, etwa weil mein Gegenüber zu schwach ist, sich selbst zu schützen. Der Vorwurf „sozialer“, „zivilrechtsfremder“ Gerechtigkeit wäre im Raum.

Wer so denkt, verfehlt aber den eben angerissenen tieferen Sinn von Rücksichtnahmepflichten im Rechtsgeschäftsverkehr. Denn der Formel der „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ liegt die eben angesprochene inhärente Abhängigkeit rechtsgeschäftlicher Autonomie zugrunde. Wir sind, wie erläutert, in der Ausübung unserer rechtsgeschäftlichen Autonomie immer abhängig von anderen. Wir müssen uns auf andere einlassen, um eigene Handlungspläne zu realisieren. Ferner werden wir – und das ist in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB angesprochen – in dem Moment, in dem wir uns auf andere einlassen, verletzlicher, vulnerabler. In Kontakt zu treten, bedeutet, die eigene Isolation aufzugeben und sich in Bezug auf ein bestimmtes Gegenüber verletzlich zu machen. Diese spezifische Vulnerabilität ist angesprochen, wenn § 311 Abs. 2 BGB von „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ spricht und zwar präzise „im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäft-

nen Konzepten von Autonomie D. Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, S. 132 ff. m.w.N.

75 Herresthal (Fn. 59), § 311 Rn. 291.

liche Beziehung“. Die besonderen Einwirkungsmöglichkeiten sind also eine Umschreibung der besonderen Vulnerabilität im geschäftlichen Kontakt.⁷⁶

Rücksichtnahmepflichten tragen dieser Abhängigkeit und zugleich Vulnerabilität Rechnung. Um die Voraussetzungen zu gewährleisten, dass sich Personen trotzdem aufeinander (rechtsgeschäftlich) einlassen, bedarf es des Schutzes des Vertrauens, dass das Gegenüber auf die eigene Vulnerabilität Rücksicht nimmt. Rücksichtnahmepflichten sichern diese legitime Verhaltenserwartung rechtlich ab. Damit ermöglichen sie einerseits einen funktionsfähigen Rechtsgeschäftsverkehr. In erster Linie stellen sie aber Ermöglichungsbedingungen⁷⁷ rechtsgeschäftlicher Autonomie dar. Rücksichtnahmepflichten konkretisieren, welches Verhalten wir voneinander erwarten dürfen, wenn wir uns als freie Gleiche im Rechtsgeschäftsverkehr begegnen.⁷⁸ Treffend hat Canaris die zivilrechtliche Vertrauenshaftung in diesem Sinne bezeichnet als „Haftung kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr“.⁷⁹

c) Zwischenfazit

Es lassen sich also zwei Strukturmerkmale des vor- und außervertraglichen Vertrauensschutzes festhalten. Erstens, der Vertrauensschutz dient nicht dem Schutz tatsächlichen Vertrauens, sondern dem Schutz normativer Verhaltenserwartungen. Zweitens, der Schutz dieser normativen Verhaltenserwartung legitimiert sich durch den Umstand, dass die rechtsgeschäftliche Freiheit eine abhängige ist. Rücksichtnahmepflichten reagieren auf die spezifische Vulnerabilität, die sich aus der (notwendigen) Aufgabe der eigenen Isolation und dem Einlassen auf eine:n Andere:n ergibt. Sie gewährleisten, dass wir uns trotz dieser Vulnerabilität in die spezifische Abhängigkeit einer anderen Person begeben, die darin besteht, dass wir in rechtsgeschäftliche

76 Der Vulnerabilität wird – inhaltlich gleichbedeutend – teils unter dem Stichwort der „Rechtskreisöffnung“ entscheidende Bedeutung in der Begründung von Rücksichtnahmepflichten zugemessen, vgl. *Frost*, Schutzpflichten (Fn. 58), S. 54; *Keller*, Rechtskreisöffnung (Fn. 58), S. 125 ff.

77 Der Begriff ist entliehen von *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 5), S. 394 f. (in Anschluss an Habermas). Ermöglichungsbedingungen sind gerade keine „Gelingensgarantie“, sondern die rechtliche Absicherung von Mindestvoraussetzungen für das tatsächliche Gelingen eines Ideals.

78 *D. Medicus/J. Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, II. Aufl., Heidelberg 2016, bezeichnen Rücksichtnahmepflichten treffend als den „Kodex des richtigen Verhaltens“ im Rechtsgeschäftsverkehr (dort Rn. 445).

79 *Canaris*, Vertrauenshaftung (Fn. 55), S. 442 f.

Beziehung treten (wollen). Vertrauen in die Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards ist also Ermöglichungsbedingung, um sich (vertrauensvoll) im Rechtsgeschäftsverkehr begegnen zu können.

2. Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr als Rücksichtnahmepflichten

Wird der (vor- bzw. außervertragliche) Vertrauensschutz so verstanden, fällt die Einordnung von Diskriminierungsverboten als gesetzgeberische Konkretisierung von allgemeinen Rücksichtnahmepflichten leicht.

a) Diskriminierungsschutz als normative Verhaltenserwartung

Genau wie Rücksichtnahmepflichten sichert die Pflicht zur Nichtdiskriminierung eine normative Verhaltenserwartung ab. Diese normative Verhaltenserwartung besteht darin, bei öffentlich angebotenen Gütern nicht aufgrund einer der in § 19 Abs. 1 AGG genannten Diskriminierungskategorien vom Zugang zum Vertrag ausgeschlossen zu werden. Wenn Rücksichtnahmepflichten ausweisen, welches Verhalten erwartet werden darf, wenn Privatrechtssubjekte in (potentiell) rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, dann ist es auf Anhieb einleuchtend, die Abwesenheit von Diskriminierung zu jenen schützenswerten Redlichkeitserwartungen zu zählen.⁸⁰

aa) Anlass: Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr

Die konkrete gesetzliche Fassung des Anwendungsbereichs des allgemein zivilrechtlichen Anwendungsbereichs stützt diese Lesart. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG greifen die Diskriminierungsverbote des AGG beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Nach herrschender Meinung steht ein Gut „der Öffentlichkeit zur Verfügung“, sobald die Verpflichteten die Ware öffentlich

⁸⁰ So schon *J. Kandler*, Sanktionsregelungen für Verstöße gegen die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie, Heidelberg 2003, S. 115; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit (Fn. 49), S. 404 f.

angeboten haben.⁸¹ Exemplarisch hierfür ist das Anbieten auf einer Webseite, das Auslegen der Ware in einem Laden oder Annoncen in Zeitungen. Davon umfasst sind auch *invitationes ad offerendum*.⁸² Wer also einmal öffentlich seine Bereitschaft signalisiert hat, über eine bestimmte Ware ins Geschäft kommen zu wollen, ist an Diskriminierungsverbote gebunden.

Es ist herausgestrichen worden, dass das öffentliche Anbieten der Ware für die Rechtfertigung der Nichtdiskriminierungspflicht entscheidend ist. Das öffentliche Angebot erwecke die Erwartung, dass das Geschäft auch zu den Bedingungen des Marktes zugänglich ist. Manche meinen sogar, dass mit dem öffentlichen Angebot ein „Versprechen merkmalsneutraler Entscheidung“⁸³ einhergehe, das die Anbietenden qua Selbstbindung verpflichte⁸⁴. Dieses Versprechen ist freilich kein rechtsgeschäftlich bindendes. Die Erwartung ist auch keine, die die Anbietenden notwendig erwecken *wollen*. Einige mögen sich innerlich oder sogar explizit gerade vorbehalten, mit bestimmten Personen, die sie einer der § 1 AGG-Kategorien zuordnen, nicht zu kontrahieren – ohne dass dies sie von der Nichtdiskriminierungspflicht befreit. Denn Nichtdiskriminierung ist eine Erwartung, die die Anbietenden mit ihrem Auftreten auf dem Markt normativ bindet.

Diese Struktur teilt die Nichtdiskriminierungserwartung mit den allgemeinen Rücksichtnahmepflichten: Diese konstituieren eine spezifische Verhaltensordnung für den Rechtsgeschäftsverkehr, welcher sich die Teilnehmenden nicht entziehen können. Es handelt sich bei der Nichtdiskriminierungserwartung, wie sie Dagmar Schiek bereits zutreffend beschrieben hat, um eine derjenigen „erweiterten Verhaltenserwartungen an ein geschäftliches Agieren in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit des Marktes“.⁸⁵

81 Für viele C. Armbrüster, in: P. Westermann/B. Grunewald/G. Maier-Reimer (Hrsg.), *Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 16. Aufl., Köln 2020, § 2 AGG Rn. 27; B. Franke, in: W. Däubler/T. Beck (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 2 Rn. 59.

82 G. Thüsing, in: *Münchener Kommentar* (Fn. 57), § 2 AGG Rn. 28; U. Wendeling-Schröder/A. Stein, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar*, München 2008, § 19 Rn. 8.

83 O. Mörsdorf, *Ungleichbehandlung als Norm*, Tübingen 2018, S. 247.

84 E. Picker, *Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht*, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, Karlsruhe 2005, S. 7 (30).

85 Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit* (Fn. 49), S. 406.

bb) Normativität der Nichtdiskriminierungserwartung

Die Normativität der Nichtdiskriminierungserwartung findet ferner Ausdruck an einer weiteren entscheidenden Stelle im AGG. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist der Diskriminierungsschutz grundsätzlich beschränkt auf sogenannte Massengeschäfte.⁸⁶ Massengeschäfte sind solche Geschäfte, die „typischerweise ohne Ansehen der Person (...) zustande kommen“. Diese Bestimmung wird häufig missverstanden dahingehend, dass Geschäfte „ohne Ansehen der Person“ nur jene umfassen sollen, bei denen der Vertragsschluss gänzlich standardisiert abläuft, weil es für die Anbietenden vollkommen ohne Belang ist, wer Vertragspartner:in wird. Erfasst wären in dieser Lesart lediglich Verträge beispielsweise im Supermarkt oder andere anonyme Alltagsgeschäfte. Nicht erfasst wären hingegen insbesondere Mietverträge über Wohnraum, denn Mieter:innen werden in der Regel anhand vielfältiger Kriterien, also „in Ansehen“ ihrer Person, ausgewählt. Eine solche Lesart passt schon aus systematischen Gründen nicht, denn § 2 Abs. 1 Nr. 8 nennt explizit „Wohnraum“ als ein Gut, welches in den Anwendungsbereich des AGG fällt.

Richtigerweise ist das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ daher normativ zu verstehen.⁸⁷ Laut der Regierungsbegründung wird ein Schuldverhältnis ohne Ansehen der Person begründet, wenn gerade die in § 1 AGG genannten Merkmale keine Rolle spielen.⁸⁸ Die Formel der Regierungsbegründung hat nur dann einen guten Sinn, wenn sie normativ verstanden wird. Denn es kann nicht darauf ankommen, bei welchen Geschäften *tatsächlich* nicht nach den Diskriminierungskategorien differenziert wird. Dann bestünde Diskriminierungsschutz gerade dort nicht, wo besonders stark diskriminiert wird: Wo beispielsweise typischerweise nach Geschlecht oder Herkunft differenziert wird, griffe das Diskriminierungsverbot nicht.⁸⁹

86 Das Erfordernis des Massengeschäfts gilt indes nicht für rassistische Diskriminierungen, s. § 19 Abs. 2 AGG.

87 So auch Mörsdorf, Ungleichbehandlung (Fn. 83), S. 247; G. Wagner/N. Potsch, Haftung für Diskriminierungsschäden, JZ 2006, 1085 (1097).

88 BT-Drs. 16/1780, S. 41; zustimmend J.C. Dammann, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, Berlin 2005, S. 351; Looschelders, Schutz vor Diskriminierung (Fn. 73), 108.

89 O. Mörsdorf, in: BeckOGK (Fn. 59), § 19 AGG Rn. 31; T. Pfeiffer, Antinomien im Gleichbehandlungsrecht, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 981 (989); Thüsing (Fn. 82), § 19 AGG Rn. 17.

Der Begriff „ohne Ansehen der Person“ ist daher – ganz im Sinne des normativen Vertrauensschutzes – so zu verstehen, dass bei der Begründung, Durchführung und Beendigung die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Gründe keine Rolle spielen *dürfen*.⁹⁰

Dass die Geschäfte „ohne Ansehen der Person“ geschlossen werden, sagt also aus: Aus Perspektive des bürgerlichen Rechts darf das Ansehen der Person, sofern es geschützte Merkmale betrifft, bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Schuldverhältnissen – also im rechtsgeschäftlichen Verkehr – keine Rolle spielen. Denn das dürfen (potentielle) Vertragspartner:innen im Sinne des Vertrauensschutzes erwarten. Wer mit Geschäftseröffnung den Rechtsgeschäftsverkehr betritt, ist verpflichtet zu rücksichtsvollem Verhalten. Dazu gehört, nicht zu diskriminieren.

b) Diskriminierungsschutz als Ermöglichungsbedingung rechtsgeschäftlicher Autonomie

Oben wurde herausgearbeitet, dass Rücksichtnahmepflichten dem Umstand Rechnung tragen, dass die bürgerlich-rechtliche Freiheit mit der inhärenten Herausforderung konfrontiert ist, in ihrer Verwirklichung auf andere Menschen angewiesen zu sein. Indem Rücksichtnahmepflichten auf die spezifische Vulnerabilität im rechtsgeschäftlichen Kontakt reagieren, stellen sie Ermöglichungsbedingungen rechtsgeschäftlicher Autonomie dar.

Dies trifft auch auf Diskriminierungsverbote zu. Von Diskriminierung Betroffene machen überproportional häufig die Erfahrung, vom Versprechen gleicher Freiheit *de facto* ausgeschlossen zu werden, weil ihnen ein Vertragsschluss verwehrt wird – sei es der Mietvertrag, der Veranstaltungsraum oder der Einlass in die Diskothek. Diskriminierungsbetroffene bekommen die spezifische Vulnerabilität in der Abhängigkeit von anderen also besonders empfindlich zu spüren. Diskriminierungsverbote folgen damit genau der Idee von Rücksichtnahmepflichten. Sie halten den Zugang zum Vertrag frei von diskriminierenden Beschränkungen. Hier wie dort geht es um die Ermöglichung der Verwirklichung von Freiheit in Abhängigkeit von anderen.

In der Rekonstruktion als Rücksichtnahmepflicht wird damit das spezifische Unrecht von Diskriminierungen erfolgreich in die deontologische

90 So auch *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung (Fn. 83), S. 247; *Wagner/Potsch*, Diskriminierungsschäden (Fn. 87), 1097.

Sprache des bürgerlichen Rechts übersetzt.⁹¹ Diese Übersetzung gelingt deliktsrechtlichen Rekonstruktionen, wie oben angedeutet, nicht. Sie müssen das Unrecht der Diskriminierung auf die Persönlichkeitsverletzung reduzieren, die mit Diskriminierungen im allgemeinen Zivilrechtsverkehr einhergehen kann, aber nicht muss. Verstanden als Rücksichtnahmepflichtverletzung werden demgegenüber weitere Facetten des Unrechts abgebildet. Es geht nicht (allein) um eine Herabwürdigung oder die Negation der eigenen Individualität. Schließlich kann es auch verletzend sein, wenn beispielsweise ein Vertragsschluss aufgrund von Missfallen der Frisur des Gegenübers verweigert wird. Solche persönlichen Präferenzen sind aber grundsätzlich hinzunehmen. Bei Diskriminierung geht es aber um mehr als nur individuelle Willkür, die alle Marktteilnehmer:innen treffen kann. Es geht um die Verweigerung von Teilhabe aufgrund strukturell wirkender Hierarchieverhältnisse, um Exklusion. Ein Paradefall solcher Exklusion ist der diskriminierend verweigerte Vertragsschluss.⁹² Jede diskriminierende Vertragsverweigerung wirkt an diesem System von Ein- und Ausschlüssen mit und perpetuiert gesellschaftliche Strukturen von Hierarchie und Ungleichheit. Wie jede Diskriminierung ist sie Ausdruck historischer Benachteiligung, bewirkt Exklusion und beruht auf Hierarchisierungen, die sie zugleich fortschreibt.⁹³

In dieser strukturellen Dimension liegt das Problem für die rechtsgeschäftliche Autonomie, die in ihrer Verwirklichung, wie erläutert, abhängig ist. Diskriminierende Praktiken wirken als Barrieren beim Zugang zur rechtsgeschäftlichen Selbstverwirklichung. Jede rechtsgeschäftliche Interaktion ist für Diskriminierungs Betroffene mit der Gefahr behaftet, von Exklusionsmechanismen betroffen zu sein, gegenüber welchen sie ohnmächtig sind. Das allgemein zivilrechtliche Diskriminierungsverbot hält die Verpflichteten dazu an, auf diese spezifische Vulnerabilität Rücksicht zu nehmen. Die §§ 19 ff. AGG besagen aus dieser Perspektive: Auch von Diskriminierung betroffene Menschen haben die gleiche Freiheit wie alle anderen, sich vertrauensvoll rechtsgeschäftlich auf andere Private einzulassen.

91 Zu dieser Herausforderung und dem damit verbundenen Risiko von Übersetzungsverlusten A. Somek, Neolibérale Gerechtigkeit: Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts, DZPhil 51 (2003), 45 (insb. 48 ff.), wenn auch ausgehend von einem teleologischen Verständnis von Antidiskriminierungsrecht, das hier nicht geteilt wird.

92 Vgl. Reinelt, Soziale Inklusion (Fn. 5), S. 182 ff.

93 S. Baer, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 9), S. 223 (253 ff.).

c) Ergebnis

Die § 19 ff. AGG – das ist das Ergebnis – können als gesetzliche Konkretisierung außervertraglicher Rücksichtnahmepflichten nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verstanden werden. Sie stellen keinen Fremdkörper im BGB dar. Die Gesetzgebung hat schlicht erkannt, dass tradierte Hierarchien der Ungleichheit ein normatives Problem für die rechtsgeschäftliche Autonomie sind, und dies mit dem AGG zum Ausdruck gebracht.

V. Schlussbetrachtung

Abschließend sei der Ertrag dieser Rekonstruktion betrachtet.

1. Privatrechtstheoretischer und -dogmatischer Ertrag

Die Rekonstruktion des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes als Vertrauensschutz vollzieht eine Standortbestimmung von Antidiskriminierungsrecht im Privatrecht. Sie tut dies in bester Tradition der Rechtsdogmatik, deren Kernaufgabe es ist, das geltende Recht ernst zu nehmen, als einheitliche Ordnung zu begreifen und auf seinen tieferen Sinn hin zu befragen. Das geltende Recht dient dabei sowohl als allererster Bezugspunkt als auch als Prüfmaßstab für das Ergebnis.

a) Diskriminierungsverbote als Teil der Privatrechtsmoral

So zeigte sich: Die Diskriminierungsverbote der §§ 19 ff. AGG können privatrechtsimmanent rekonstruiert werden. Sie fügen sich in die Grundstrukturen des liberalen Zivilrechts sein, indem sie als gesetzgeberische Konkretisierung von Rücksichtnahmepflichten im rechtsgeschäftlichen Kontakt verstanden werden. Sie bedeuten damit nicht das Ende des Privatrechts oder ein Bruch mit dessen grundlegenden Strukturen. Aus der hier eingenommenen Perspektive sind weder Rücksichtnahmepflichten im Allgemeinen noch Diskriminierungsverbote im Besonderen Ausdruck eines sozialetischen Prinzips der Fremdverantwortung, welches potentiell in

Konflikt mit dem Prinzip der Freiheit steht.⁹⁴ Es geht ihnen nicht darum, Menschen an *irgendeine* moralische Verantwortung gegenüber ihren Mitmenschen zu erinnern, die beliebig (z.B. verteilungspolitisch) motiviert sein kann. Rücksichtnahmepflichten beschreiben vielmehr, welches Verhalten wir voneinander erwarten dürfen, wenn wir uns als freie Gleiche im Rechtsgeschäftsverkehr begegnen, eben weil wir alle gleich sind in unserer Abhängigkeit voneinander. Aus dieser Perspektive zeigt sich, dass es mit der rechtsgeschäftlichen Autonomie nicht zu vereinbaren ist, wenn bestimmte Marktteilnehmer:innen von Zugang zu und Teilhabe an Tauschgeschäften strukturell ausgeschlossen werden. Die liberale Ordnung wird also „durch Diskriminierungsverbote nicht gefährdet, sondern verteidigt“.⁹⁵

b) Rekonstruktion als Auslegungshilfe

Die Erkenntnis, dass Diskriminierungsverbote zivilrechtsdogmatisch als besondere Rücksichtnahmeverpflichtung im Rechtsgeschäftsverkehr einzuordnen sind, bringt auch praktischen Gewinn. So ist die genaue Reichweite des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG derzeit umstritten. Die Rechtsanwenderin muss sich namentlich fragen: Wann stehen Güter und Dienstleistungen „der Öffentlichkeit zur Verfügung“? Unter welchen Umständen werden Geschäfte „ohne Ansehen der Person“ geschlossen? Wann hat das Ansehen der Person „nachrangige Bedeutung“? Weil diese Fragen in Rechtsprechung und Literatur aktuell ungeklärt sind, wird noch uneinheitlich beantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen beispielsweise bei Verträgen über (Wohn-)Raummiete, Kredite, ärztliche und andere therapeutische Dienstleistungen oder beim Besuch von Musikveranstaltungen der AGG-Diskriminierungsschutz greift.⁹⁶

Werden die §§ 19 ff. AGG als Konkretisierung von Rücksichtnahmepflichten nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verstanden, zeigt sich: Der An-

94 Sowohl Rücksichtnahmepflichten als auch Diskriminierungsverboten wurde dies unterstellt. Für Rücksichtnahmepflichten vgl. *Benedict*, *Culpa in contrahendo* (Fn. 51), S. 444; *Frotz*, *culpa in contrahendo* (Fn. 58), S. 173; für Diskriminierungsverbote u.a. *Lobinger*, *Vertragsfreiheit* (Fn. 20); *Picker*, *Antidiskriminierung* (Fn. 21); *Reichold*, *Sozialgerechtigkeit* (Fn. 1), 391.

95 *M. Coester*, *Diskriminierungsschutz und Privatrechtssystem*, in: Heldrich/Prölss/Koller u.a. (Hrsg.), *Festschrift Canaris* (Fn. 59), S. 115 (124).

96 Vertiefend *Gather*, *Ohne Ansehen* (Fn. 6), § 1.

wendungsbereich des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots ist weit auszulegen. Weil Rücksichtnahmepflichten grundsätzlich bei jedem geschäftlichen Kontakt greifen, besteht bei all den genannten Verträgen die Pflicht, nicht zu diskriminieren. Die „Öffentlichkeit“, von der § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG spricht, meint also präzise den Rechtsgeschäftsverkehr. Das nur scheinbar engere „Massengeschäft“ i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist wie erläutert nur sinnvoll als normatives Merkmal zu begreifen. Denn im Rechtsgeschäftsverkehr gilt Pflicht zur Rücksichtnahme bei jeglichem geschäftlichen Kontakt, und nicht nur in einem engen Bereich vollständig standardisierter Geschäfte.⁹⁷

2. Fazit: Ende der Vertragsfreiheit?

Dieser Beitrag startete mit der Beobachtung, dass das AGG als Disruption für das Privatrecht wahrgenommen wurde, weil mit privaten Diskriminierungsverboten die Vertragsfreiheit ihres Wesens beraubt werde. In ähnlicher Stoßrichtung wird vielfach vertreten, die Vertragsfreiheit der Anbietenden gebiete eine enge Auslegung des allgemein zivilrechtlichen Anwendungsbereichs des AGG.⁹⁸ Nur wenn ein weites geschäftliches Betätigungsfeld vom Diskriminierungsverbot verschont werde, bliebe den Anbietenden ein „Arcanum persönlicher Entscheidungsfreiheit“.⁹⁹

Wird nun das allgemein zivilrechtliche Diskriminierungsverbot als Konkretisierung allgemeiner Rücksichtnahmepflichten im Rechtsgeschäftsverkehr begriffen, verschiebt sich entscheidend die Perspektive. Zum einen wird deutlich, dass Diskriminierungsverbote die liberale Ordnung nicht gefährden, sondern verteidigen. Sie ermöglichen, dass auch von Diskriminierung Betroffene vertrauensvoll in rechtsgeschäftliche Beziehung treten können.

Akzeptiert man, dass Diskriminierungsverbote zu denjenigen Rücksichtnahmepflichten gehören, die auf dem Terrain des Rechtsgeschäftsverkehrs zivilrechtlich gelten, ist nicht einzusehen, weshalb rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit zu Diskriminierung berechtigen soll. Diskriminierungsschutz bedeutet nicht, dass Vertragspartner:innen nicht mehr nach viel-

97 Vertiefend *ebd.*, § 5.

98 Für viele *K. Adomeit/J. Mohr*, Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten, 2. Aufl., Stuttgart/München 2011, § 19 Rn. 160.

99 *Pfeiffer*, Antinomien (Fn. 89), 989 f.

fältigen Kriterien ausgesucht werden können. Es geht schlicht darum, bestimmte Kriterien auszusortieren, eben weil an sie anzuknüpfen rücksichtslos ist. Treffend ist in Bezug auf die allgemeine Rücksichtnahmeverpflichtung festgehalten worden, was folgerichtig auch für die Nichtdiskriminierungspflicht gilt: Die c.i.c. stellt nicht die (negative) Vertragsfreiheit infrage, sondern „es wird vielmehr nur eine Verhaltenshaftung anlässlich der Vertragsverhandlungen statuiert, die auf den Redlichkeitserwartungen des Verhandlungspartners basiert“.¹⁰⁰ Werden Diskriminierungsverbote als solch unabdingbare Verhaltensstandards im rechtsgeschäftlichen Verkehr verstanden, dürfte die Sorge um die Entscheidungsfreiheit also an Impetus verlieren.

100 Busche (Fn. 59), S. 328 Rn. 47.

Arbeitskampf um Nachhaltigkeit: Disruption in der Unternehmensführung?

*Arnold Arpaci**

I. Einleitung

Der Beitrag soll die Zulässigkeit eines Arbeitskampfs um nachhaltige Unternehmensführung beleuchten. Damit sind Auseinandersetzungen um wirtschaftliche Entscheidungen im Unternehmen zwischen den Beschäftigten und der Gewerkschaft auf der einen und der Unternehmensführung auf der anderen Seite gemeint. Es geht also nicht um die typischen Arbeitskampfthemen wie Arbeitslohn und Urlaub, sondern um Fragen wie Produktionsprozesse und Produkte. Hier geht es also beispielsweise um die Frage, ob die Beschäftigten die Arbeitgeberin¹ durch Arbeitskampf daran hindern können, auf der Jagd nach kurzfristiger Rendite allein auf fossil betriebene SUVs zu setzen.² Man kann insofern auch von Arbeitskämpfen und Tarifverträgen zur Unternehmenspolitik sprechen.³ Der politische Streik gegen den Staat wird hier dagegen nicht behandelt.

Naturgemäß kann ein solcher Beitrag nur einen knappen Überblick bieten.⁴ Ziel ist dabei weniger einen bestehenden Forschungsstand abzubilden, sondern bisher unterbeleuchtete Aspekte ins Blickfeld zu rücken.

* Der Autor ist Doktorand an der Freien Universität Berlin.

- 1 In diesem Beitrag wird für Arbeitgeber*innen die weibliche und für Arbeitnehmer*innen die männliche Form verwendet. Gemeint sind alle Geschlechter.
- 2 Zu aktuellen Beispielen für die „Konversionsbewegung“ siehe *J. Kaiser*, Rückkehr der Konversionsbewegung?, *PROKLA* 53 (2023), 35; zum ökologischen Bewusstsein der Arbeiter und der Bedeutung einer echten Mitbestimmung für das Gelingen der Transformation, siehe: *K. Dörre/ S. Liebig/ K. Lucht/ J. Sittel*, Klasse gegen Klima? Transformationskonflikte in der Autoindustrie, *Berlin J Soziol* 34 (2024), 9, 30 f, 40; zur Bedeutung für die Demokratie: *J. Kiess/ A. Wesser-Saalfrank/ S. Bose/ A. Schmidt/ E. Brähler/ O. Decker*, Arbeitswelt und Demokratie in Ostdeutschland - Erlebte Handlungsfähigkeit im Betrieb und (anti) demokratische Einstellungen, Frankfurt am Main 2023, S. 47 ff.
- 3 Zum Begriff *W. Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? - Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, Frankfurt am Main 2016, S. II.
- 4 Eine tiefere Erörterung demnächst in *A. Arpaci*, Arbeitskampf um Wirtschaftsbedingungen, erscheint 2025.

Dabei wird zunächst die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes des Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Förderung von Wirtschaftsbedingungen und das Verhältnis der Ergebnisse zum Demokratieprinzip untersucht. Sodann wird das Tarifvertragsgesetz betrachtet, um zu ergründen, was es über die Zulässigkeit von unternehmenspolitischen Streikzielen aussagen kann. Im letzten Schritt werden die Leitlinien der Prüfung der praktischen Konkordanz mit der unternehmerischen Freiheit skizziert.

II. Auslegung der „Wirtschaftsbedingungen“ des Art. 9 Abs. 3 GG

Entscheidend für die hier im Zentrum stehende Frage nach der Zulässigkeit nachhaltigkeitsorientierter Kampfziele sind die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Begriffe „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“.

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert gegenüber der allgemeinen Vereinigungsfreiheit in Abs. 1 das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Damit ist nicht nur die individuelle Koalitionsfreiheit geschützt, sondern auch die *kollektive Koalitionsfreiheit*. Diese schützt unter anderem auch die koalitionsspezifische Betätigung und damit die Tarifautonomie und den Arbeitskampf.⁵ Man kann sich das wie folgt vorstellen: Wäre in Art. 9 Abs. 3 GG nicht von „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ die Rede, sondern von Turn- und Sportbedingungen, dann wäre nicht nur das Gründen von Turn- und Sportvereinen geschützt. Auch die so gegründeten Turn- und Sportvereine als solche würden verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Das würde auch ihre spezifische Tätigkeit umfassen, zB ein Angebot von Turn- und Sportveranstaltungen oder entsprechende Teams vorzuhalten. Wäre diese Tätigkeit verunmöglicht, würde es auch keinen Sinn ergeben, einen Turn- und Sportverein zu gründen. Der verfassungsrechtliche Schutz muss sich also auch auf die Betätigung im Sinne der genannten Zwecke erstrecken, sonst wäre er im Ganzen sinnlos.⁶ Die in Art. 9 Abs. 3 GG in Wirklichkeit gemeinten „Koalitionen“, also Gewerkschaften und Arbeitgeberinnenverbände, veranstalten nun keine Sportveranstaltungen, sondern schließen Tarifverträge, und führen, um diese aushandeln zu können, Arbeitskämpfe. Diese koalitionsspezifische Tätigkeit und damit auch die Tarifautonomie selbst werden also durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützt.

5 Statt vieler: BVerfG, NZA 2020, 667 (Rn. 14); BVerfG, DB 2014, 956 (Rn. 23).

6 Nur bei entsprechender Lesart sei die Koalitionsfreiheit "sinnvoll" BVerfGE 18, 18 (26).

Die hier interessierende Frage ist nun, was zulässige Regelungsmaterien der Tarifautonomie sind. Das hier erdachte Beispiel hilft auch diese Frage richtig zu beantworten. Um die Parallele mit dem Turn- und Sportverein noch etwas konkreter zu machen, schauen wir uns den TSV Holtensen 1910 in Göttingen an. Dessen Angebot umfasst neben Turnen, ua Tennis, Tischtennis, Wandern und va Fußball.⁷ Das widerspricht nicht dem Namen. Es heißt ja Turn- und Sportverein. Er bleibt seinem Namen also treu, auch wenn er Sportveranstaltungen oder -gruppen anbietet, die nicht „turnen“. Ebenso kann eine Gewerkschaft, verstanden als „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen-Vereinigung“, auch einen Arbeitskampf führen, der sich reinen Wirtschaftsbedingungen widmet. Diese Ansicht, dass sowohl Arbeits- als auch Wirtschaftsbedingungen zulässige Regelungsmaterien der Tarifautonomie sind, wird hier als die „Wortlautgetreue Auslegung“ bezeichnet. Poscher⁸, Linsenmaier⁹ und Treber¹⁰ können zu dieser Gruppe gezählt werden.

Die noch herrschende Meinung, die hier als Anhänger*innen der „Groh-Theorie“¹¹ zusammengefasst wird, sieht das ganz anders. Damit sind all jene gemeint, die der Auffassung sind, der allgemeinere Begriff „Wirtschaftsbedingungen“ werde durch den engeren Begriff „Arbeitsbedingungen“ eingeschränkt.¹² So können nach Scholz nicht alle Wirtschaftsbedingungen Gegenstand der Tarifautonomie sein, sondern nur die „Bedingungen, un-

7 Vgl. <https://www.tsvholtensen1910.de>, 23.09.2024.

8 R. Poscher, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht, RdA 2017, 235.

9 W. Linsenmaier, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, Art. 9 GG Rn. 23.

10 J. Treber, § 188. Grundlagen des Koalitionsrechts, in: G. Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch- Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, München 2023 (Rn. 21).

11 Die Bezeichnung Groh-Theorie wurde gewählt, da diese Ansicht auf Überlegungen beruht, die zuerst von Wilhelm Groh hervorgebracht wurden, siehe W. Groh, Koalitionsrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1923, S. 26; Maßgeblich verbreitet wurden sie anschließend durch H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1./2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930, S. 418 f.

12 Statt vieler, jeweils stellvertretend für ihre Zeit: G. Hütter-Brungs, Tarifautonomie und unternehmerische Freiheit - Privatautonome Legitimation als Grund und Grenze tarifvertraglicher Regelungen, Tübingen 2020, S. 58 f.; A. Söllner, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, in: G. Müller (Hrsg.), Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Band 16- Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis, Berlin 1979, 19 26 f.; Nipperdey (Fn. 11), S. 418 f.

ter denen der Arbeitnehmer abhängige Arbeit leistet und der Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigen darf“.¹³ Was unter diesen Vorzeichen unter „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ subsumierbar ist, ist damit noch nicht geklärt – soll hier aber nicht weiter erörtert werden.¹⁴ Dass diese Auslegungstechnik, legt man den allgemeinen Sprachgebrauch zugrunde, nicht so ganz überzeugen kann, zeigt die Parallele zu den Turn- und Sportvereinen. Man würde demnach vom TSV Holtensen 1910 verlangen, dass er bei seinem vielfältigen Sportangebot¹⁵ *immer gleichzeitig* auch turnt. Zurecht würde niemand den zahlreichen TSVn einen Satzungsverstoß vorwerfen, wenn sie sich in dieser als Turn- und Sportverein bezeichnen und (dennoch) Fußballteams unterhalten.

In der Gruppe wird das restriktive Verständnis nun va durch die historische Auslegung begründet. So sei die ähnliche Formulierung „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ in § 152 der Gewerbeordnung des deutschen Reiches vor 1919 eng ausgelegt worden. Diese Auslegungstechnik sei dann auch für die 1919 entstandene Formulierung „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ maßgeblich.¹⁶ Als Beleg wird hierfür stets eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1887¹⁷ herangezogen, bzw. auf *Nipperdey* verwiesen, der mit dieser Entscheidung argumentiert.¹⁸ Einer genaueren Überprüfung hält das jedoch nicht stand. In der eigentlich einschlägigen Entscheidung aus dem Jahr 1905¹⁹ stellte das Reichsgericht ganz ausdrücklich klar, dass

13 R. Scholz, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Begr.), Grundgesetz, 104. EL Aufl., München 2024, Art. 9 GG Rn. 264.

14 Nach F. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht - Band I: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997, S. 220 wäre die Frage, ob ein Betrieb stillgelegt werden soll „Arbeits- und Wirtschaftsbedingung ersten Ranges“; nach Scholz (Fn. 13), Art. 9 GG Rn. 257 sind nicht einmal die traditionsreichen Besetzungsregelungen erfasst.

15 Vgl. <https://www.tsvholtensen1910.de/>, 23.09.2024.

16 Vgl. nur *Hütter-Brungs*, Tarifautonomie (Fn. 12), S. 35 f. mwN.

17 RGSt 16, 383.

18 Statt vieler: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 14), S. 219; *F. Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie - Dargest. am Funktionszusammenhang von Unternehmens-, Betriebs- u. Tarifautonomie, Berlin 1987, S. 75; *K. Misera*, Tarifmacht und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel, Berlin 1969, 24f.; *P. Schlaffke*, Regelungen zur Weiterbildung im Tarifvertrag - Eine Untersuchung von Sozialpartner-Vereinbarungen und ihrer Bedeutung unter Berücksichtigung gesetzlicher Vorgaben, Köln 1996, S. 64f.; *Hütter-Brungs*, Tarifautonomie (Fn. 12), S. 36; *C. Frank*, Der Gewerkschaftsbegriff des MitbestG im Lichte der kollektiven Koalitionsfreiheit, Berlin 2023, S. 171.

19 RGSt 38, 161.

die Formulierung „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ weit auszulegen sei und alle Arbeitsbedingungen erfasse.²⁰ So sah das auch die Kommentarliteratur der Zeit.²¹ Hält die hM nun an ihrer Methodik fest, kann sie nach der Korrektur der historischen Fakten nun nur noch zum Ergebnis kommen, dass alle Wirtschaftsbedingungen erfasst sind.

Andere Autor*innen sind der Ansicht, dass allein die Regelung der Arbeitsbedingungen vom Schutzbereich erfasst seien. Sie werden hier als Lehren der „Arbeitgeberautorität über die Wirtschaftsbedingungen“ zusammengefasst. So wird zB von *Höpfner*²² argumentiert, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezeichneten zwei Zwecke für zwei unterschiedliche Arten der Betätigung. Auf die Tarifautonomie beziehe sich jedoch nur die Nennung der Arbeitsbedingungen, hinsichtlich Wirtschaftsbedingungen sei lediglich politische Interessensvertretung (wie schon nach Abs. 1) gestattet. Solch eine Spaltung der Koalitionsbetätigungsfreiheit findet jedoch keinen Anker im Wortlaut. Auch der Rückverweis in dem später angefügten S. 3, der sogar Notstandsmaßnahmen gegen „Arbeitskämpfe [...] zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ verbietet, spricht auf der Ebene der Systematik gegen dieses Ergebnis. Andere argumentieren, dass der Begriff „Wirtschaftsbedingungen“ bloß die Kehrseite der „Arbeitsbedingungen“ aus der Arbeitgeberperspektive bezeichne.²³ Warum sich der

20 Ausführlichere Darstellung in: A. *Arpaci*, Macht über Wirtschaftsbedingungen, in: P. Keller/H. Michels/J. Tegel (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht im Arbeitsrecht*- Tagungsband junge Arbeitsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2025.

21 Vgl. G. *Rohmer*, in: R. von Landmann (Begr.), *Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, 5. Aufl. Aufl., München 1907, § 152 S. 547; F. *Steinbach*, *Gewerbeordnung - Mit Nebengesetzen und den Ausführungsbestimmungen für Preußen und Bayern*, München, Berlin 1910, S. 297; E. *Neukamp*, *Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, Tübingen 1912, S. 423; L. *Ebermayer*/ F. *Galli*/ G. *Lindenberg*, *Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches* - Band III, Berlin 1913, S. 305; K. *Flesch*/ F. *Hiller*/ H. *Luppe*, *Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, Berlin, Boston, Erscheinungsort nicht ermittelbar 1915, S. 429; P. *Krückmann*, *Der Boykott im Lohnkampf*, AcP 113 (1915), 167 (176 f.); F. *Hoffmann*, *Die Gewerbe-Ordnung - mit allen Ausführungsbestimmungen f. d. Deutsche Reich und Preussen*, Berlin 1917, S. 541.

22 C. *Höpfner*, *Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen*, RdA 2020, 129 (136); *Frank*, *Gewerkschaftsbegriff* (Fn. 18), S. 186; ähnlich auch T. *Lobinger*, § 3 *Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und -verlagerungen?*, in: V. *Rieble* (Hrsg.), *Zukunft des Arbeitskampfes*, München 2005, 55 (67 ff.).

23 Schon früh: W. *Zöllner*, *Arbeitsrecht - Ein Studienbuch*, München 1977, S. 74; nunmehr ebenso gemeinschaftlich: W. *Zöllner*/ K.-G. *Loritz*/ C. W. *Hergenröder*, *Arbeitsrecht*, München 2015, S. 120; C. W. *Hergenröder*, in: G. *Annuß* (Begr.), *Arbeitsrecht*,

Verfassungsgeber einer solch untypischen Tautologie bedient haben sollte,²⁴ wird dabei nicht begründet.

Auch die historische Auslegung spricht für das oben als „wortlautgetreue Auslegung“ dargestellte Verständnis. An dieser Stelle kann jedoch nicht auf alle Einzelheiten der geschichtlichen Entwicklung eingegangen werden.²⁵ Besonders hingewiesen werden soll nur darauf, dass schon vor Erlass der Weimarer Reichsverfassung eine akzeptierte Tarifpraxis bestand, die sich der Regelung von Wirtschaftsbedingungen widmete.²⁶ Das Reichsarbeitsministerium musste gegenüber der Nationalversammlung nur klarstellen, dass „Tarifbestimmungen, die andere Verhältnisse, etwa die Produktion oder den Absatz, betreffen [...] nur die tarifgebundenen Personen [verpflichten]“ und nicht an der Allgemeinverbindlicherklärung teilnehmen.²⁷ Eine Einschränkung dieser gewerkschaftlichen Betätigung wäre in jener Zeit nicht mehrheitsfähig gewesen.²⁸

Wenn nun Art. 9 Abs. 3 GG auch die tarifautonome Regelung von „Wirtschaftsbedingungen“ schützt, ist dadurch nicht nur etwas über die vom Schutzbereich umfassten Regelungsgegenstände (zB Nachhaltigkeit im Unternehmen) gesagt. Mittelbar gibt die Nennung von Wirtschaftsbedingungen auch Auskunft über „die personelle Reichweite der Regelungsbezugnis“²⁹ der Koalitionen, dh in wessen Angelegenheiten sie tätig werden

11. Aufl., Köln 2024, Art. 9 GG Rn. 40; *H. Hanau*, in: M. Becker/M. Holthaus/B. Ulrici (Begr.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 9 GG Rn. 23.

24 *Hütter-Brungs*, *Tarifautonomie* (Fn. 12), S. 30 f. mwN; so auch schon *Söllner*, *Begriffspaar* (Fn. 12), S. 23.

25 Ausführlich hierzu demnächst *Arpaci*, *Arbeitskampf* (Fn. 4).

26 Siehe Auflistung bei *H. Sinzheimer*, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag - Eine privatrechtliche Untersuchung*, Berlin 1907/1977, S. 52 ff.; *P. Lotmar*, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, *ArchfsGuS* 15 (1900), 1 (13 ff.).

27 Aktenstück 215 in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung - Band 335. Anlagen zu den stenographischen Berichten*, Berlin 1920, S. 6 der Drucksache.

28 Vgl. nur Abgeordneter *Koch-Weser* (DDP) gerichtet gegen einen Änderungsantrag der USPD: „Wir fürchten eine Einschränkung der Gewerkschaften in ihrer Tätigkeit und werden alles tun, um das zu verhindern“, in: *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung - Band 336. Anlagen zu den stenographischen Berichten*, Berlin 1920, S. 398.

29 Nicht zu verwechseln mit der im einfachen Recht geregelten Normsetzungsbefugnis! Zu den Begriffen: *K. Klocke*, *Tarifautonomie und Außenseiter*, Tübingen 2023, S. 263; *D. Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsrecht von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 2010, S. 106.

dürfen.³⁰ Der Verfassungstext setzt damit denklogisch voraus, dass sich die Regelungsbefugnis auch auf Außenseiter-Arbeitnehmer erstreckt. Denn es muss berücksichtigt werden, dass die Koalitionen in Art. 9 Abs. 3 GG gerade nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft konstituiert wurden. Gleichzeitig hat die Regelung der Wirtschaftsbedingungen in einem Unternehmen notwendigerweise zumindest indirekt Auswirkungen auf *alle* Arbeitnehmer eines Unternehmens. Da ohne Zwangsmitgliedschaft aber kaum ein hundertprozentiger Organisationsgrad der Beschäftigten zustande kommen kann (abgesehen von Closed-Shop-Regelungen), muss es schon deshalb in Art. 9 Abs. 3 GG eingeschrieben sein, dass dieser die Regelungsbefugnis der Gewerkschaft auch auf Verhältnisse der Außenseiterarbeitnehmer erstreckt.

Zusammengenommen lässt dies auch Rückschlüsse auf das Telos des verfassungsrechtlichen Schutzes der Tarifautonomie zu. So geht es nicht allein darum, die strukturelle Unterlegenheit beim Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln „Arbeitsbedingungen“ zu ermöglichen. Die Tarifautonomie dient auch der Demokratisierung der Wirtschaftsführung.

III. Demokratieprinzip

Gegen eine umfassende *personelle* Reichweite der Tarifmacht wird auf ein „Legitimationserfordernis“ der Tarifwirkung verwiesen. Dies geschieht häufig unter Verweis auf die ältere Rechtsprechung des BVerfG zu Allgemeinverbindlichkeit³¹ und Bergmannversorgungsschein³². Demnach sollen Normwirkungen, die nicht privatautonom oder (unmittelbar) staatlich legitimiert sind, gegen das Demokratieprinzip verstoßen.³³ Unter Rechtfertigungsdruck steht unter diesen Vorzeichen jedoch nicht nur die unmittelbare und zwingende Wirkung auf den Außenseiter. Auch schuldrechtliche

30 Für eine umfassende Regelungsbefugnis: BVerfG, NZA 2020, 253 (Rn. 13); für eine beschränkte Regelungsbefugnis BAGE 137, 231 (Rn. 48); dies einordnend: *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), 263 f.

31 BVerfGE 44, 322.

32 BVerfGE 64, 208.

33 Vgl. *M. Löwisch/ V. Rieble*, Tarifvertragsgesetz - Kommentar, München 2017, Grundl. Rn. 51; *F. Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014, S. 103 ff.

Abreden mit dem (tarifgebundenen) Arbeitgeber, welche sich indirekt auf Außenseiter-Arbeitnehmer auswirken, sollen mit der Hilfe dieser Logik zurückgedrängt werden.³⁴ Selbst die Lehre von der Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht erscheint vor diesem Verständnis als Angriff auf das Demokratieprinzip.³⁵ Eine umfassende Darstellung der Diskussionen muss hier unterbleiben. Es sollen lediglich zwei Aspekte dargestellt werden, wie die hier herausgearbeiteten Erkenntnisse zur Deutung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Regelungsmaterien die Debatte befruchten können.

Wie aufgezeigt, lässt sich aus der Erwähnung von Wirtschaftsbedingungen auf einen weiten Schutzbereich hinsichtlich der persönlichen Regelungsmacht schließen. Das Ergebnis zieht noch weitere Kreise. Liegt Art. 9 Abs. 3 GG das aufgezeigte Verständnis zugrunde, kann Art. 20 GG nicht im gleichen Atemzug diese Befugnis aushebeln. Man würde dem Grundgesetz ein eingeschriebenes Paradoxon unterstellen, wenn man einen derart engen Demokratiebegriff anlegen würde. Ein solches Demokratieverständnis, das das Grundgesetz in Widerspruch zu sich selbst stellt, kann ihm nicht untergeschoben werden.³⁶

Auch die zwei zitierten älteren Entscheidungen³⁷ haben keine überzeugenden Argumente für ein engeres Demokratieverständnis der Verfassung geliefert. *Klocke* hat bereits darauf hingewiesen, dass die Entscheidungen heute nicht mehr maßgeblich sein können, denn die hM ging damals noch davon aus, dass die kollektive Koalitionsfreiheit und damit die Tarifautonomie nur in ihrem Kernbereich geschützt sei.³⁸ Diese Ansicht hat das BVerfG später verworfen,³⁹ sodass die damals gegebene Begründung heute so nicht mehr zu erwarten wäre.

34 Eine im Ergebnis extreme Positionierung findet sich bei *F. Hertenstein*, Die schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien - Unter besonderer Berücksichtigung schuldrechtlicher Verpflichtungen des Arbeitgebers zu einem unternehmerischen Verhalten, Frankfurt a.M 2017, S. 157 ff.; vgl. auch Darstellung bei *Hütter-Brungs*, Tarifautonomie (Fn. 12), S. 89 f.

35 Vgl. *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), Grundl. Rn. 114.

36 Siehe zur Erforderlichkeit den Normen einen sinnvollen Gehalt zu unterstellen: *F. Rödl*, Zur Kritik rechtspositivistischer Menschenrechtskonzeption, in: *M. Wasmaier-Sailer/M. Hoesch* (Hrsg.), Die Begründung der Menschenrechte, Tübingen 2017, 29 (39 f.).

37 BVerfGE 44, 322; BVerfGE 64, 208.

38 *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), S. 210 ff. mwN.

39 BVerfGE 93, 352-361; BVerfGE 94, 268; BVerfGE 100, 271; BVerfG, NZA 2020, 1118 (Rn. 14).

Darüber zeigt sich in den Entscheidungen aber auch ein strukturelles Missverständnis, welches mit Blick auf das zuvor Entfaltete nun besonders deutlich zutage tritt. Die Entscheidungen, die beide von dem zweiten Senat stammen, fallen in der Begründung kurz aus. Der Senat meinte wohl, sich nicht näher mit der Ausdeutung des Demokratieprinzips beschäftigen zu müssen und verwies auf die Entscheidung des ersten Senates des BVerfG in dem Facharztbeschluss⁴⁰ aus dem Jahr 1972.⁴¹ Als zweiter Leitsatz wird in dieser Entscheidung hervorgehoben:

„Das Facharztwesen darf nicht ausschließlich der Regelung durch Satzungen der Ärztekammern (Facharztordnungen) überlassen werden. Mindestens die ‚statusbildenden‘ Bestimmungen muß der Gesetzgeber selbst treffen.“⁴²

Für die auf Pflichtmitgliedschaft gründenden Ärztekammern kann dies durchaus überzeugen. Könnten sie selbst statusbildende Bestimmungen erlassen, könnten sie im Extremfall ihre eigene Basis stetig erweitern. Es ist auch ohne weiteres verständlich, dass die Eingriffsbefugnis aufgrund der Satzungshoheit von öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften im Wesentlichen auf die eigenen Mitglieder beschränkt ist.

Die oben dargestellten Erkenntnisse zeigen aber, dass das nicht dazu verleiten darf, diese Konzeption auf die zur Regelung der Wirtschaftsbedingungen berufenen freiwilligen Verbände zu erstrecken. Diese unterscheiden sich nicht nur durch fehlenden Beitrittszwang. Wenn man den Vergleich mit den auf Pflichtmitgliedschaften basierenden Kammern erzwingen möchte,⁴³ ist die Parallele anders zu ziehen. Der Mitgliederbasis der Pflichtmitgliedschaft entspricht idS die Menge derjenigen, auf die sich die oben dargestellte Regelungsbefugnis erstreckt. Diese geht über den Mitgliederbestand des freiwilligen Verbandes hinaus. Das geht aber im Verhältnis zur Pflichtmitgliedschaft für den Außenseiter nicht mit einem Defizit der Mitbestimmungsmöglichkeit einher.

Anders als in den öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit Pflichtmitgliedschaft kann Widerspruch zur bisherigen Verbandspolitik nicht allein

40 BVerfGE 33, 125.

41 Verwiesen wird in beiden Entscheidungen auf BVerfGE 33, 125, 158 die Seitenangabe entspricht Juris Rn. 106; vgl. BVerfGE 44, 322 (Rn. 74); BVerfGE 64, 208 (Rn. 25).

42 BVerfGE 33, 125 Leitsatz 2.

43 Überzeugender der Vergleich zur politischen Aushandlung unter dem Stichwort „Tarifbürgerschaft“, vgl. F. Rödl, Der Tarifvertrag: Ausdruck privater oder politischer Autonomie?, WSI-Mitteilungen 2023, 168 (174 f.).

dadurch wirkmächtig werden, dass man sich in den internen Gremien durchsetzt. Die positive Koalitionsfreiheit beinhaltet auch das Recht, konkurrierende Verbände zu gründen.⁴⁴ Es besteht die Möglichkeit, dass diese sich durch eine „Abstimmung mit Füßen“ gegenüber dem alten Verband und gegenüber dessen Vereinbarungen durchsetzt.⁴⁵ Der Versuch, die gleichen Prüfungsmaßstäbe hinsichtlich der Zulässigkeit von einzelnen Regelungen bei freien Koalitionen und öffentlich-rechtlichen Zwangsmitgliedschaften anzulegen, kann also nicht gelingen. Es ist zu berücksichtigen, dass es individuelle Freiheitsausübung darstellt, ob und welcher Koalition man sich anschließt. Darauf baut der kollektive, demokratische Prozess auf, der der wirkmächtigen Koalition das Setzen von Regeln erlaubt. Insofern entzieht sich die Regelungstätigkeit der Koalitionen auch der zB von *Bachmann* unterstellten Bipolarität, wenn er als entscheidenden Strukturunterschied von öffentlichen und privaten Verbänden angibt, dass es eine Exit-Option gibt.⁴⁶ Für die Tarifautonomie gilt: Es gibt zwar eine Exit-Option hinsichtlich des Verbandes, aber keine Exit-Option zum Austritt aus dessen potenziellen Wirkungskreis. Dafür gibt es neben der Möglichkeit der Mitwirkung an bestehenden Verbänden die positive Freiheit, diesen Wirkungskreis mit einem konkurrierenden Verband selbst zu gestalten.

Dass tarifautonome Regelung nicht als zu rechtfertigender Widerspruch zur Demokratie gesehen wurde, lässt sich auch deutlich an der Begründung des *Lemgoer Entwurfs* zum TVG ablesen. Dort wird die ans Werk zu setzende Tarifautonomie auch „als grundlegende Erscheinungsform einer volkstümlichen Demokratie“⁴⁷ bezeichnet. Dass dem parallel entstehenden Grundgesetz ein Demokratieverständnis eingeschrieben sein soll, welches die auch im TVG angelegten Außenseiterwirkungen (vgl. nur § 3 Abs. 2 iVm § 4 Abs. 1 S. 2 TVG) gleichsam wieder zurückdrängen soll, kann kaum angenommen werden. Die Tarifautonomie ist in diesem Sinne eine „poli-

44 Dann treten mehrere freie Verbände an, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern.

45 Dies zeigt auch, dass es vom Gewährleistungsgehalt umfasst ist, dass der Staat eine Kollisionsregel vorzuhalten hat. Mit diesem Ergebnis wohl auch: *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), S. 295.

46 *G. Bachmann*, Private Ordnung - Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006, S. 188.

47 *TVG Entwürfe*, Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes vom 9.4.1949, ZFA 1973, 129 (132).

tische Autonomie⁴⁸ zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.⁴⁹

IV. Tarifrecht

Nach der hM beschreiben die Begriffe „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ nicht nur den Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit, sondern sind auch für das einfache Recht die maßgebliche Umgrenzung dessen, was Gegenstand tariflicher Regelung sein kann.⁵⁰ Die in § 1 Abs. 1 TVG dargestellten Alternativen zeigen dabei verschiedene Regelungstechniken auf. Für Regelungen zu Nachhaltigkeit im Unternehmen sind besonders die Möglichkeiten, schuldrechtliche Verpflichtungen der Tarifparteien zu vereinbaren und Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen zu setzen, interessant.

1. Arbeitskampf um schuldrechtliche Verpflichtungen

Die Legitimität von Streikforderungen gerichtet auf schuldrechtliche tarifvertragliche Regelungen wird jedoch bisweilen in Frage gestellt.⁵¹ Soll dieses Ergebnis (auch) aus dem TVG abgeleitet werden,⁵² stünde es im

48 RödL, Ausdruck privater oder politischer Autonomie? (Fn. 43), 174 f.

49 In diesem Sinne kann auch von einer erweiterten Autonomie gesprochen werden, so Klocke, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), S. 265 ff.; zurückgehend auf: W. Bogs, Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Göttingen (Hrsg.), Festschrift Für Julius Von Gierke- Zu Seinem Goldenen Doktorjubiläum Am 25. Okt. 1948, Berlin/Boston 1950 Reprint 2016, 39 (60); Begriffsschöpfung durch O. von Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, S. 152 f.

50 BAGE 171, 264 (Rn. 47); I. Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, Einleitung zum GG Rn. 50; W. Däubler, in: W. Däubler (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Einleitung Rn. 124.

51 Gegen ein Streikrecht zB Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), § 1 Rn. 1311 mwN; für ein Streikrecht zB LAG Nürnberg NZA-RR 2023, 539, 541 mwN.

52 So zB Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), § 1 Rn. 1311 ff. mwN; es gibt auch jene, die dies aus Art. 9 Abs. 3 GG und einer auf die Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen beschränkten Tarifautonomie ableiten wollen, zB: F. Bayreuther, Lehren aus den Lokführerstreikentscheidungen des LAG Hessen für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht, NZA 2024, 649 (655); Höpfner, Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen (Fn. 22), 139 Insofern bedarf es hier keiner erneuten Auseinandersetzung, da dazu das Wesentliche unter B. und C. gesagt wurde.

Konflikt mit dem hier herausgearbeiteten Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit. Eigentlich bietet der Wortlaut des § 1 TVG für eine solche Restriktion auch keinen Anlass. Dieser nennt „Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ in einer Reihe mit den übrigen Tarifnormen. Das BAG hat bisher ebenfalls die Möglichkeit, schuldrechtliche Tarifverträge zu schließen, anerkannt:

„Ein Tarifvertrag kann daher [Wortlaut § 1 Abs. 1 TVG] sowohl schuldrechtliche als auch normative Bestimmungen enthalten.“⁵³

Auch aus dem Umstand, dass beide Arten der Regelungstechnik mit einem „und“ verbunden sind, lässt sich nicht schließen, dass ein Tarifvertrag immer auch Rechtsnormen enthalten müsse, um als ein solcher zu gelten. Das erschließt sich schon dadurch, dass das Ergebnis in der Sache nicht weiterführend wäre: Die Tarifvertragsparteien wären lediglich dazu genötigt, eine möglicherweise ganz nebensächliche Rechtsnorm zu schaffen, um ihre geplanten schuldrechtlichen Regelungsgegenstände niederzulegen. Auch der an den Verhandlungen des TVGs maßgeblich beteiligte *Herschel* bestätigte dies im Nachgang⁵⁴: In dem „und“

„sollte aber keine Entscheidung darüberliegen, daß ein Tarifvertrag stets diesen Inhalt zur Gänze aufweisen müsse. Es bestand nicht die Absicht, einen solchen Inhalt doppelter Art für jeden Tarifvertrag zwingend zu verlangen.“⁵⁵

Nun wird aber behauptet, „Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ sei dahingehend zu verstehen, dass entweder nur sogenannte Flankennormen⁵⁶ vereinbart werden könnten oder nur Gegenstände, die auch Inhalt einer Tarifnorm sein könnten.⁵⁷ Wenn auch rein schuldrechtliche Tarifverträge ermöglicht sein sollten, scheidet es aber schon logisch aus, dass mit „Rechte und Pflichten“ nur flankierende Normen gemeint sein sollen.

53 BAG, BeckRS 2017, 129004 (Rn. 29).

54 Auch, wenn bei der nachträglichen Befragung von Personen, die an Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren, eine gewisse Vorsicht geboten ist, besteht hier kein Anhaltspunkt, der an der Authentizität zweifeln lässt. Vgl. zur Methodik Ausführungen bei *T. Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers - Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, Tübingen 2017, S. 205.

55 *W. Herschel*, Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZFA 1973, 183 (186).

56 Vgl. *C. Frank*, Die Forderung einer gemeinsamen Antragstellung auf Allgemeinverbindlicherklärung als zulässiges Streikziel, ZESAR 2024, 217 (222 f.).

57 Vgl. *S. Greiner*, "Tarifsozialplan" bei Betriebsübergang?, NZA 2008, 1274 (1277).

Auch sonst gibt der Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVG für solcherlei Restriktionen nicht viel her. Warum „Rechte und Pflichten“ direkt an erster Stelle der Norm steht, obwohl dem nur eine dienende und damit nachgeordnete Funktion zukommen soll, kann jedenfalls nicht recht einleuchten. Der Versuch, bei einer Aufzählung von Alternativen (Rechte und Pflichten und Tarifnormen) jedem Tatbestandsmerkmal eine ähnliche Reichweite in der Auslegung zu geben, ist zwar bisweilen eine plausible Auslegungsmethode. Es kann jedoch dann nicht überzeugen, wenn der Unterschied in der Reichweite des Tatbestandsmerkmals auch bewusste Unterschiede in der Rechtsfolge beinhaltet. So gelten die „Rechte und Pflichten“ eben nur inter partes, während die Rechtsnormen nach § 4 Abs. 1 TVG auch andere erfassen. Wenn nun in dem schuldrechtlichen Teil *mehr* vereinbart werden kann als in den Normen, stört das nicht die Konsistenz der Reihe – sofern man eine solche überhaupt verlangen kann.

Um entgegen dem weiten Wortlaut nun dennoch zu einer restriktiven Auslegung zu kommen, bedürfte dies jedenfalls sehr triftiger Gründe. Dass sich dies nicht aus der Eigenlogik der Tarifautonomie ergibt, wurde schon unter II. erörtert. Auch aus der historischen Auslegung ergibt sich nichts anderes.

a) Historische Auslegung

Betrachtet man die Entstehung des TVG und dessen Vorgeschichte, kann eine Einschränkung der Möglichkeit, schuldrechtliche Verpflichtungen vorzusehen und zu erstreiken, nicht überzeugen.

Im frühen Tarifvertragsrecht lassen sich im Wesentlichen drei Perioden unterscheiden, die für das Verständnis des TVG fruchtbar gemacht werden können. Die Zeit vor dem Inkrafttreten der Tarifvertragsordnung (TVVO) vom 23. Dezember 1918,⁵⁸ die Zeit unter Geltung der TVVO bis zur Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. Oktober 1923⁵⁹ und die Zeit danach.

Vor der TVVO waren die Tarifvertragsparteien darauf beschränkt, rein schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen. Lediglich *Lotmar*⁶⁰ war der

58 RGL. 1918, S. 1456.

59 Veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger 1923, Nr. 253, S. 3.

60 *P. Lotmar*, Der Arbeitsvertrag - durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder, Berlin 1902/ 2001, S. 780.

Ansicht, schon mit Mitteln des BGB eine unmittelbare und zwingende Wirkung für die Arbeitsvertragsparteien konstruieren zu können, konnte sich damit aber nicht durchsetzen.⁶¹ Das Reichsgericht erkannte 1910 zumindest an, dass es sich bei Teilen des Tarifvertrags um Regelungen zugunsten Dritter handeln kann.⁶² Neben Verpflichtungen, den Beschäftigten gewisse Lohn- und Arbeitsbedingungen zu gewähren, die potentiell auch Arbeitsvertragsgegenstand hätten sein können, wurden zwischen den Tarifvertragsparteien auch zahlreiche Vereinbarungen getroffen, die die wirtschaftliche Betriebsführung betrafen.⁶³

Mit der TVVO wurde 1918 zwar die Möglichkeit geschaffen, Inhaltsnormen mit unmittelbarer Wirkung für die Arbeitsverhältnisse zu erzeugen, im Übrigen waren die Tarifvertragsparteien aber weiterhin darauf verwiesen, schuldrechtliche Abreden zu treffen. Diese Möglichkeit wurde auch nicht eingeschränkt.⁶⁴ So wurden die oben beschriebenen unternehmenspolitischen Tarifvertragsgegenstände weiterhin schuldrechtlich geregelt.⁶⁵

Dies gilt auch für den Arbeitskampf: In Streiks der Zeit war besonders die Forderung der Wiedereinstellung von entlassenen Arbeitnehmern ein zentrales Arbeitskampffthema.⁶⁶ Auch das konnte nur schuldrechtlich geregelt werden. Eine Beschränkung der Arbeitskampffreiheit auf die nach der TVVO allein möglichen Inhaltsnormen wurde nicht angenommen. Die Möglichkeit, Abschlussnormen, Betriebsnormen und betriebsverfassungs-

61 F. Sitzler, Tarifvertragsrecht - I. Abschnitt d. Verordnung vom 23. Dez. 1918, Berlin 1921, S. 18 f.

62 RGZ 73, 92 (105 f.).

63 Siehe nur Auflistung bei *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (1907) (Fn. 26), S. 52 ff.; *Lotmar*, Tarifverträge (Fn. 26), 13 ff.

64 „Mit diesem Satze [§ 1 S. 1 TVVO] hat der Gesetzgeber nicht etwa den allein möglichen, nicht den gesetzlich allein zulässigen Inhalt eines Tarifvertrags festlegen, sondern dem klaren Wortlaute nach nur denjenigen Teil seines Inhalts genau umschreiben wollen, auf den sich der von ihm neu eingeführte Grundsatz der Unabdingbarkeit bezieht [...]. § 1 a. a. O. handelt also nur von den Arbeitsnormen und ihrer Bedeutung für die Einzelarbeitsverträge verbietet aber nicht die Aufnahme anderer, [...] reinschuldrechtlicher Bestimmungen in den Tarifvertrag. Sie ist nach dem Inkrafttreten der TVVO. ebenso zulässig wie früher und allgemein üblich.“, so RGZ III, 166 (170 f.).

65 Vgl. Aktenstück 215 in Verhandlungen der Nationalversammlung, Band 335 (Fn. 27), S. 6 der Drucksache.

66 „Psychologisch und wirtschaftlich ist diese Klausel oft das wichtigste Stück des TV. und dasjenige, bei dem die Einigung der Parteien oft am schwersten herbeizuführen ist.“, so treffend: *O. Kahn-Freund*, Umfang der normativen Wirkung des Tarifvertrages und Wiedereinstellungsklausel, Berlin 1928, S. 79.

rechtliche Normen zu setzen, sah die TVVO nicht vor. Auch eine ausdrückliche Regelung, dass schuldrechtliche Verpflichtungen im Tarifvertrag eingegangen werden können, enthielt die TVVO noch nicht. Dennoch ging man von einer allgemeinen Vertragsfreiheit der Tarifparteien aus.⁶⁷ Die grundsätzliche Zulässigkeit des Inhalts von Tarifverträgen richtete sich weiterhin bloß nach den Bestimmungen des BGB.⁶⁸

Diese umfassende Freiheit unterschied sie auch von den durch das Betriebsrätegesetz von 1920⁶⁹ eingesetzten Betriebsräten. *Flatow* brachte das wie folgt auf den Punkt:

"Schließlich sind die Gewerkschaften als reine privatrechtliche Vereinigungen, wenn auch mit öffentlich-rechtlichem Einschlag, in der Gestaltung des Inhaltes ihrer Vereinbarung mit der Arbeitgeberseite **keinerlei Schranken** unterworfen, während die Betriebsvertretung nur so weit Vereinbarungen treffen kann, wie der Rahmen des BRG. es gestattet."⁷⁰

Die rechtswissenschaftliche Debatte der Zeit war beherrscht von der Frage der Reichweite der unmittelbaren und zwingenden Wirkung. Streit bestand nicht darüber, ob etwas vereinbart und erstrebt werden konnte, sondern hinsichtlich der Abgrenzung, ob es sich „nur“ um eine schuldrechtliche Abrede handelte oder um eine Norm mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die Tarifunterworfenen.⁷¹ Denn schuldrechtlicher Tarifvertrag verpflichtet nur die Tarifvertragsparteien. Hinsichtlich der Mitglieder besteht insofern nur ein schwacher Einwirkungsanspruch. Da die praktische Durchsetzung von schuldrechtlichen Regelungen in Flächentarifverträgen deshalb häufig scheiterte, forderte *Sinzheimer* lege ferenda eine Erweiterung der Normsetzungsbefugnis:

„Wir müssen den Umfang der Vertragsautonomie erweitern, indem wir ihr nicht nur den Inhalt der Arbeitsverträge, sondern auch alle anderen Beziehungen unterwerfen, die sich aus den Abschluß-, Solidar- und Durchführungsbestimmungen eines Tarifvertrags ergeben. Das Kernpro-

67 „Im übrigen geht der Tarifvertrag in der Praxis dank der allgemeinen Vertragsfreiheit über die Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses weit hinaus,“ so: *G. Flatow/ O. Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, Berlin, Heidelberg 1931, S. 25.

68 Vgl. *Sitzler*, Tarifvertragsrecht (Fn. 61), S. 12.

69 RGL. 1920, S. 147-174.

70 *G. Flatow*, Gewerkschaften und Betriebsräte, in: W. Kaskel (Hrsg.), Koalitionen und Koalitionskampfmittel- Arbeitsrechtl. Seminarvortr., Berlin 1925, 157 (158).

71 *Kahn-Freund*, Umfang der normativen Wirkung (Fn. 66); *Sitzler*, Tarifvertragsrecht (Fn. 61), S. 15.

blem der künftigen Tarifrechtsreform ist daher die Frage nach der Erweiterung der normativen Funktion des Tarifvertrags.⁷²

Zu der von *Sinzheimer* geforderten Erweiterung sollte es erst 1949 mit der Verabschiedung des TVG kommen. In der Weimarer Republik war dagegen schon ab 1923 mit der Schlichtungsverordnung⁷³ die Tarifautonomie auf dem Rückzug. Kreative (schuldrechtliche) Regelungen in Tarifverträgen dürften schon deshalb abgenommen haben, weil eine entsprechende Kampfforderung vor dem Hintergrund eines drohenden Zwangstarifvertrags nur noch schwer durchsetzbar gewesen sein dürfte. Im Nationalsozialismus wurde durch Zerschlagung der Gewerkschaften und durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) das Führerprinzip im Betrieb durchgesetzt.⁷⁴

Nach dem Krieg wurde am 30. November 1946 mit Kontrollratsgesetz Nr. 40 das AOG aufgehoben und mit Erlass des Kontrollrats vom 12. April 1946 der Abschluss von Tarifverträgen erlaubt.⁷⁵ Es blieb jedoch zunächst die *Lohnstopverordnung* vom 12.10.1939 in Kraft. Erst ab November 1948 wurden insoweit wieder Spielräume eröffnet. Somit waren zunächst nur Tarifverträge über andere Fragen als Löhne möglich.⁷⁶

In der Bi-Zone wurde 1949 mit dem TVG die Tarifautonomie nicht nur wiederhergestellt, sondern die Möglichkeiten, Normen mit unmittelbarer und zwingender Wirkung zu schaffen, gar erheblich erweitert. Aus dieser Entwicklung lässt sich aber kaum der Umkehrschluss ziehen, dass schuldrechtliche Verpflichtungen, die über die Friedens- und Durchführungspflicht oder „Flankennormen“ hinausgehen, nicht mehr möglich sein sollten. Dies zeigt sich schon daran, dass ausdrücklich aufgenommen wurde, dass der Tarifvertrag die „Rechte und Pflichten“ regelt. Dass damit nur Durchführungs- und Friedenspflicht gemeint sein soll, erscheint durch einen Vergleich mit der TVVO unrealistisch. Denn die TVVO kam ohne Verweis auf ebendiese aus und es wurde nicht bezweifelt, dass sie Teil des Tarifvertrags sind.

72 *H. Sinzheimer*, Das Kernproblem der Tarifrechtsreform (1924), in: O. Kahn-Freund/T. Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie- Gesammelte Aufsätze und Reden* Band 1, Frankfurt 1976, 216 (218).

73 Veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger 1923, Nr. 253, S. 3.

74 Eindrücklich: *G. Freytag*, *Die Betriebsverfassung*, Dresden 1935, S. 1 ff.

75 *Herschel*, Entstehung (Fn. 55); *Däubler* (Fn. 50), Einleitung Rn 37.

76 *Däubler* (Fn. 50), Einleitung Rn. 37.

Mit dem TVG wurden im Vergleich zur TVVO die Möglichkeiten erweitert und nicht beschränkt. Da zur Zeit der TVVO und WRV unstrittig Arbeitskämpfe für schuldrechtliche Gegenstände möglich waren, muss das auch für das TVG und GG gelten. Wäre eine Beschränkung im Vergleich zur Rechtslage unter der TVVO bezweckt gewesen, wäre dies sicher ausdrücklich zur Sprache gekommen.

b) Zwischenfazit

Eine Beschränkung des Tarifvertrags und des Streikrechts auf Friedens- und Durchführungspflicht oder tarifnormflankierende Regelungen findet keinen Anker im Wortlaut des TVG. Die historische Tarifpraxis zeigt, dass die Tarifparteien Tarifvertragsfreiheit genossen und zu deren Aushandlung Arbeitskämpfe gerade auch für nur schuldrechtlich regelbare Gegenstände führten. Dies ist durch ausdrückliche Erwähnung in § 1 Abs. 1 TVG, dass der Tarifvertrag die „Rechte und Pflichten“ regelt, bestätigt worden. Wenn sich eine Beschränkung der Erkämpfbarkeit wie dargetan nicht aus einem entsprechend beschränkten Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ergibt, kann sie kaum im TVG gefunden werden.

Wer sie dennoch meint zu finden, müsste diese – das ist die Konsequenz aus dem unter II. gesagten – als zu rechtfertigenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit prüfen.

2. Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen

Ein weiterer Streitpunkt im TVG, welcher unmittelbar mit dem hier herausgearbeiteten Schutzbereich der Tarifautonomie im Kontakt steht, ist die Auslegung des § 1 Abs. 1 TVG in Hinblick auf die Möglichkeit, Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen zu setzen.

Geht es um Regelungen zur Nachhaltigkeit in der Auseinandersetzung um einen Haus- oder Firmentarifvertrag, bedarf es, nach dem zu schuldrechtlichen Verpflichtungen gesagten, eigentlich keiner Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlicher Normen zur Regelung von Nachhaltigkeitsfragen. Die Arbeitgeberin kann sich direkt schuldrechtlich zu entsprechenden Handlungen verpflichten. Anders schaut es jedoch im Flächentarifvertrag aus. Vertragspartei ist hier grundsätzlich nur der tarifschließende Arbeitgeberinnenverband. Dieser agiert in der Regel auch nicht als mit Vollmacht ausgestatteter Vertreter. Hinsichtlich konkreter Handlungen der Unterneh-

men besteht insofern nur ein Einwirkungsanspruch gegen den Verband auf seine Mitglieder. Eine unmittelbare Verpflichtung der Mitgliedsunternehmen im Flächentarifvertrag ist nur durch Setzung von Tarifnormen zu erreichen. Dafür könnte die in § 1 TVG vorgesehene Möglichkeit, betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen zu setzen, geeignet sein.

Dabei kann an dieser Stelle keine Auseinandersetzung mit allen Aspekten der gegenwärtigen Diskussion um das Verständnis der Normtypen erfolgen.⁷⁷ Im Folgenden werden zwei gängige Argumentationsmuster, die zu einem restriktiven Verständnis führen sollen, näher untersucht.

a) Keine Trennung zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung

§ 1 Abs. 1 TVG spricht von Rechtsnormen, die „betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen“, ohne dies näher zu beschreiben. Auch aus den Gesetzesmaterialien lässt sich kein eindeutig zugewiesener Bedeutungsgehalt entnehmen. In der Begründung des *Lemgoer Entwurfs* heißt es hinsichtlich der Betriebsnormen lediglich, dass es um Fragen geht, „deren Bedeutung über das einzelne Arbeitsverhältnis [hinausreicht] und deren tarifvertragliche Normierung daher bislang mindestens zweifelhaft war.“⁷⁸

Beide Normtypen teilen sich den Begriffsteil „betrieb“, der der Auslegung bedarf. Heute wird mit Blick auf die verschiedenen gesetzlichen Grund-

77 Vgl. hierfür *K. Nebe*, in: *W. Däubler* (Begr.), *Tarifvertragsgesetz*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 1 Rn. 347 ff.; *T. Dieterich*, *Tarif- und Betriebsautonomie - ein Spannungsverhältnis*, in: *G. Annuß* (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag*, München 2007, 117 (117 ff.); *J. L. Teusch*, *Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag*, Berlin 2007; *C. Arnold*, *Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter - Zur Legitimation der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis*, Berlin 2007; *R. Giesen*, *Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb - Gegenstand und Reichweite betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen*, Tübingen 2002; *B. Friese*, *Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung*, Berlin 2000; *T. Dieterich*, *Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen*, in: *T. Klebe/P. Wedde/M. Wolmerath* (Hrsg.), *Recht und soziale Arbeitswelt - Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1999, 451 (451 ff.); *H. Ingelfinger*, *Arbeitsplatzgestaltung durch Betriebsnormen*, Berlin 1996; *C. Schmidt-Eriksen*, *Tarifvertragliche Betriebsnormen - Zum Konflikt individueller und kollektiver Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und zur Reichweite tarifvertraglicher Gestaltungsmacht gegenüber dem Arbeitgeber*, Baden-Baden 1992; *A. Hueck*, *Normen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen*, BB 4 (1949), 530.

78 *TVG Entwürfe*, Materialien (Fn. 47), 134.

lagen zwischen der betrieblichen (BetrVG) und der Unternehmensmitbestimmung (MontanMitbestG, MitbestG und DrittelbG) unterschieden. Mit Blick auf die in den Gesetzen vorgesehenen Befugnisse wird bei der betrieblichen Mitbestimmung an die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und bei der Unternehmensmitbestimmung an die wirtschaftliche Mitbestimmung gedacht. Insofern könnten diese Normtypen, mit den Begriffen Betrieb, bzw. der Betriebsverfassung, so verstanden werden, dass die wirtschaftliche Seite ausgeklammert werde.⁷⁹ Das wäre ein Ergebnis, welches im Konflikt mit dem durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelten verfassungsrechtlichen Schutz, die Wirtschaftsbedingungen tarifautonom zu regeln, stünde.

Doch dieser Widerspruch löst sich auf, berücksichtigt man die Begriffsbedeutung im entstehungszeitlichen Kontext. Sowohl das Betriebsrätegesetz von 1920,⁸⁰ als auch das nach dem TVG erlassene Betriebsverfassungsgesetz von 1952⁸¹ enthielten Regelungen, die heute als Gegenstände der Unternehmensmitbestimmung bezeichnet würden. So war die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in die Aufsichtsräte in § 70 BRG vorgesehen. Dies wurde auch deutlich in der Gesetzesbegründung ausgedrückt, so hatten die Betriebsvertretungen zwei Arten von Aufgaben:

„einerseits die Wahrung der sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) des Betriebes, andererseits die Einflußnahme auf Betriebsleitung und Betriebsleistung“⁸²

Die Kommentatoren *Flatow* und *Kahn-Freund* charakterisierten die Betriebsverfassung wie folgt:

„Sämtliche Organe der Betriebsverfassung sind [...] ihrer Rechtsnatur nach wirtschaftsparlamentarische Organe der ‚Betriebe‘“⁸³

Das wirtschaftliche Gebiet war also keinesfalls begrifflich ausgeklammert. Die im Gesetz angelegte wirtschaftliche Mitbestimmung konnte auch durch

79 So selbst *Däubler* (Fn. 50), Einleitung Rn.126 dabei zeigt auch § 106 Abs.1 BetrVG, dass dem BetrVG keine strikte Trennung entnommen werden kann.

80 RGBl. 1920, S. 147-174.

81 BGBl. 1952, Teil I, S. 681.

82 Begründung S.19, zitiert nach: *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz (Fn.67), S. 27; der Begriff „Betriebsleitung“ umfasste in jener Zeit auch das, was man heute als „Unternehmensleitung“ fassen würde, besonders deutlich auch bei *L. Brentano*, Die Gegner der Koalitionsfreiheit, Soziale Praxis 8 (1899), 1329, 1335.

83 *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz (Fn. 67), S. 33.

Tarifvertrag erweitert werden.⁸⁴ Dies setzte sich auch nach dem TVG im Betriebsverfassungsgesetz von 1952 fort. Auch dieses beinhaltete das, was heute in Abgrenzung zur betrieblichen Mitbestimmung als Unternehmensmitbestimmung bezeichnet würde. Das BetrVG 1952 enthielt die Regeln zur Unternehmensmitbestimmung in den §§ 76 ff. Erst 2004⁸⁵ wurde die Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat als Kern der Unternehmensmitbestimmung begrifflich von der betrieblichen Mitbestimmung geschieden und in ein eigenes Gesetz außerhalb der „Betriebsverfassung“ überführt.⁸⁶ Der entstehungszeitliche Kontext spricht also gegen ein enges Verständnis, welches die wirtschaftliche Mitbestimmung ausklammert. Von einer trennscharfen Begriffsbildung der Rechtswissenschaft jenseits der gesetzlichen Grundlage kann in jener Zeit auch nicht gesprochen werden.⁸⁷

Man könnte nun aber versucht sein, das begriffliche Verständnis zu aktualisieren. Methodisch überzeugend wäre dies, wenn man dem Gesetzgeber einen Willen unterstellen könnte, dass er 2004 auch eine (indirekte) Änderung des TVG im Sinn hatte. Die Materialien geben dafür aber nichts her. Letztlich gebietet es vor dem Hintergrund des hier dargestellten Schutzbereichs auch das Gebot der verfassungskonformen Auslegung, sich am historischen Kontext der Gesetze zur Deutung zu orientieren.

b) Keine Restriktion aufgrund der Rechtsfolge

Der aktuelle Diskurs um Betriebsnormen wird beherrscht von der Regelung der Rechtsfolge in § 4 Abs.1 S.2, § 3 Abs.2 TVG. Der Umstand, dass die Normen unmittelbar und zwingend auf Außenseiter-Arbeitnehmer wirken, führe demnach zu einer einschränkenden Auslegung.⁸⁸ Prägnant bringt *Nebe* diesen Ansatz auf den Punkt:

84 *Flatow*, Gewerkschaften (Fn. 71), S. 168.

85 BGBl. 2004, Teil I, S. 974.

86 Das in diesen Punkten bis dahin fortgeltende Betriebsverfassungsgesetz 1952 wurde mit der Einführung des Drittelbeteiligungsgesetzes außer Kraft gesetzt, siehe BGBl. 2004, Nr. 25, S. 979.

87 Vgl. *D. Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, München 1988, S. 13 ff.; *T. Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969, S. 128 ff.; *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz (Fn. 67), S. 36 f.; *R. Passow*, Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925, S. 26, alle genannten sprechen fundiert gegen eine bisweilen behauptete Hegemonie der Lehre von *E. Jacobi*, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926, Leipzig 1927, S. 1 ff.

88 BAGE 86, 126; BAG, AP Nr 1 zu § 3 TVG Betriebsnormen; BAGE 64, 368.

„Die durch § 3 Abs. 2 vorgenommene Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs von Betriebsnormen wirkt auch auf ihren sachlichen Regelungsbereich zurück.“⁸⁹

Dem muss auf zwei Ebenen widersprochen werden. Zum einen hat schon *Dieterich* mit Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien zum TVG zutreffend herausgearbeitet, dass das Definieren der Betriebsnormen allein über ihre Besonderheit der Rechtsfolge nicht überzeugen kann.⁹⁰ Diese kann nicht essentiell für ihren Charakter gewesen sein, da die frühen Entwürfe zum TVG, obgleich sie schon Betriebsnormen vorsahen, noch keine besondere Regelung zur Rechtsfolge kannten.⁹¹ Die heute bekannte Rechtsfolge wurde erst gegen Ende der Beratungen auf Vorschlag von *Herschel* eingefügt.⁹² Möchte man den Vorentwürfen also nicht unterstellen, dass sie insofern sinnlose Regelungen vorschlugen, kann man kaum von der zunächst nicht vorhandenen Rechtsfolge auf den intendierten Sinn schließen.

Selbst wenn man nun von dem Erfordernis ausgeht, dass Außenseiterwirkungen von Tarifverträgen aufgrund von höherrangigem Recht möglichst zu vermeiden seien, dann sollte das nur zu einer Einschränkung auf Ebene der Rechtsfolge (Außenseiterwirkung) führen. Aus diesem Grunde die Möglichkeit zu beschränken, eine tarifgebundene Arbeitgeberin mittels Betriebsnorm zu verpflichten, überzeugt nicht.

Mit dem hier zuvor ausgebreiteten Verständnis der personellen Reichweite der tariflichen Regelungsmacht⁹³ sind entsprechende Restriktionen zudem ohnehin nicht erforderlich. Auch das Art. 20 GG zu entnehmende Demokratieprinzip erfordert dies nicht. Es zwingt insofern nur den Staat, Kollisionsregeln bereitzuhalten für den Fall, dass Betriebsnormen von konkurrierenden Gewerkschaften aufeinandertreffen.⁹⁴

c) Zwischenfazit und Normdurchsetzung

Denkt man nun diese beiden Aspekte zusammen, kann von einem Konflikt des TVG mit dem hier vertretenen Verständnis des verfassungsrechtli-

89 *Nebe* (Fn. 77), § 1 Rn. 363.

90 *T. Dieterich*, Die betrieblichen Normen nach dem Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949 - Thomas Dieterich, Heidelberg 1964, S. 31.

91 Vgl. *TVG Entwürfe*, Materialien (Fn. 47), 130 u. 143.

92 *TVG Entwürfe*, Materialien (Fn. 47), 151.

93 Siehe II.

94 Siehe III.

chen Schutzes der Tarifautonomie keine Rede mehr sein. Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen erfassen nach der entstehungszeitlichen Bedeutung auch rein wirtschaftliche Aspekte, die in der Fachsprache heute nicht der betrieblichen, sondern der Unternehmensmitbestimmung zugerechnet werden. Mit diesen Normtypen kann die einzelne Arbeitgeberin auch im Flächentarifvertrag an unternehmenspolitische Regelungen gebunden werden (durch Betriebsnorm). Es können aber auch Organe und deren Kompetenzen zur Entscheidung von wirtschaftlichen Fragen bestimmt werden (durch betriebsverfassungsrechtliche Norm).

Nach der Frage, was mit diesen Normtypen vereinbart werden kann, stellt sich jedoch auch die Frage, wie das Vereinbarte durchgesetzt werden kann. § 3 Abs. 2 TVG spricht deutlich aus, dass die tarifgebundene Arbeitgeberin durch Rechtsnormen des Tarifvertrages über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen verpflichtet ist. Wer allerdings durch sie berechtigt ist, wer das Einhalten der Verpflichtung der Arbeitgeberin also einklagen kann, ist durch das TVG nicht so deutlich ausgesprochen.

Durch die Einfügung von § 4 Abs. 1 S. 2 TVG könnte man auf die Idee kommen, dass die Durchsetzung der Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen allein auf die individualrechtliche Ebene verschoben und die Geltendmachung durch die Gewerkschaft damit ausgeschlossen worden sein sollte. Das gibt der Wortlaut der Norm aber nicht her. So gelte nach § 4 Abs. 1 S. 2 TVG der Satz 1 nur entsprechend, deshalb kann nicht auf einen Erfüllungsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers geschlossen werden.⁹⁵ Außerdem spricht § 3 Abs. 2 TVG die Geltung dieser Rechtsnormen *nur* für die Betriebe aus und eben nicht auch wechselseitig für die (Außenseiter-) Arbeitnehmerinnen. Auch die Behauptung allein dem Betriebsrat obliege die Durchsetzung der Normen nach § 3 Abs. 2 TVG,⁹⁶ erscheint für das TVG systemwidrig. Es erwähnt an keiner Stelle den Betriebsrat. Dass die Durchsetzung der Normen dem Zufall überlassen bleiben soll, ob vor Ort ein Betriebsrat existiere, kann auch nicht so recht überzeugen.

Es spricht viel dafür, dass die Betriebsnormen gerade geschaffen wurden, um die Schwäche des schuldrechtlichen Anspruchs der Gewerkschaft im Flächentarifvertrag (bloßer Einwirkungsanspruch) zu beseitigen (siehe oben IV. 1. a)). § 4 Abs. 1 S. 2 ist in der Zusammenschau mit § 3 Abs. 1 und 2 TVG so zu verstehen, dass die Tarifparteien einen direkten Anspruch gegen

95 So schon BAG NZA 1990, 886, 889.

96 So zB Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), § 4 Rn. 20 f.

die tarifgebundenen Arbeitgeberinnen auf Einhaltung der Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen haben.

V. Praktische Konkordanz

Im letzten Prüfungsschritt ist zu klären, ob bzw. welche Arbeitskampfforderungen gerichtet auf Nachhaltigkeit im Unternehmen die in Art. 12 Abs. 1 GG wurzelnde unternehmerische Freiheit verletzen.

Im Folgenden wird keine umfassende Darstellung der anzustellenden Prüfung stattfinden können. Inwiefern Tarifverträge und darauf gerichtete Arbeitskampfforderungen an den Grundrechten zu prüfen sind, ist auf allen Ebenen umstritten. Es gibt zwar weitgehende Einigkeit darüber, dass die Tarifunterworfenen nicht schrankenlos der Tarifnormsetzung durch die Koalitionen ausgeliefert werden dürfen, die genaue dogmatische Verortung der Grundrechtsprüfung und deren Prüfungsdichte ist aber weitgehend ungeklärt und hängt auch wesentlich vom Verständnis der Tarifautonomie ab.⁹⁷ Ohne auf die Einzelheiten einzugehen, sollen daher nur einige grundlegende Überlegungen zur Struktur der Prüfung der unternehmerischen Freiheit angestellt werden, welche sich aus den Ergebnissen der Reichweite der Tarifautonomie ergeben.⁹⁸

Leitend für die folgende Betrachtung ist die Erkenntnis, dass das Telos hinter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie die Demokratisierung der Wirtschaftsführung ist.⁹⁹ Diese Betrachtung rückt auch die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers in den Blick. Insofern erscheint auch eine Abwägung bloß zwischen der unternehmerischen Freiheit und der Koalitionsfreiheit verkürzt. Die unternehmerische Freiheit ist in Art. 12 Abs. 1 GG zu verorten.¹⁰⁰ Gleichrangig schützt dieser aber auch die Berufsfreiheit jedes Arbeitnehmers. Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers wäre aber im Verhältnis zu jener der Unternehmerin verkürzt, wenn erstere nur die unmittelbaren Arbeitsbedingungen in den Blick nehmen würde. Dies deckt

97 Grundlegend: *D. Ulber*, in: W. Däubler (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Einleitung Rn. 205 ff.; beispielhaft für die Rechtsprechung BAGE 169, 163; beispielhaft für eine zurückgenommene Prüfung *Jacobs*, in: H. Wiedemann (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl., München 2023, Einleitung Rn. 312 ff.

98 Umfassend zum Verhältnis zur unternehmerischen Freiheit: *W. Däubler*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht - Eine unantastbare Größe?, Saarbrücken 2012.

99 Siehe II.

100 Vgl. *Ulber* (Fn. 97), Einleitung Rn. 483 ff.

sich auch mit den empirisch feststellbaren Interessen der Arbeitnehmer. In einer Untersuchung der Stepstone Group¹⁰¹ gaben 84 % der Befragten an, dass sie bei einem Jobwechsel gezielt nach einem nachhaltigen Unternehmen suchen. Ein Drittel der Beschäftigten stimmt gar der Aussage zu, dass sie ihre bisherige Beschäftigung kündigen würden, wenn ihre Arbeitgeberin sich in einem nicht nachhaltigen oder umweltschädlichen Projekt engagieren würde.¹⁰² Aufgrund der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt können sie sich mit ihren Interessen aber erst durch kollektive Wahrnehmung in der Koalition Gehör verschaffen.¹⁰³ Art. 9 Abs. 3 GG kann insofern auch als Instrument des Ausgleichs zwischen der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer- und Berufsfreiheit der Arbeitgeberinnenseite begriffen werden.¹⁰⁴

Aus dieser Betrachtung lassen sich auch Grenzen ableiten. Die Berufswahlfreiheit der Arbeitgeberin wäre verletzt, wenn sie ihre Geschäfte vollständig aufgeben möchte, aber daran (dauerhaft) durch Streik und Tarifvertrag gehindert werden soll. Insofern kann völlig zurecht differenziert werden zwischen der Auseinandersetzung um einen von vielen Standorten einer größeren Kapitalgesellschaft (Berufsausübungsfreiheit) und der Auseinandersetzung um die Schließung des einzigen Standorts (Berufswahlfreiheit).¹⁰⁵ Anders, als das LAG Hessen 2015 meinte,¹⁰⁶ sprechen gegen solch eine Differenzierung auch nicht Gleichheitsgesichtspunkte, denn Ungleiches ist auch ungleich zu behandeln. Die Erforderlichkeit der Berück-

101 „Die Studienreihe “Hiring Trends Index” ist eine quartalsweise erscheinende Untersuchung von The Stepstone Group. Dafür wurden im Zeitraum vom 6. bis 18. Juni 2024 online 3.700 deutsche Arbeitnehmende sowie 500 Recruiter und Recruiterinnen befragt.“ C. Delorme, Recruiting Trends 2024 – aktuelle Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt, <https://www.stepstone.de/e-recruiting/hr-wissen/arbeitsmarkt/recruiting-trends/>, 01.11.2024.

102 C. Delorme, Green Recruiting: Mit Nachhaltigkeit im Recruiting punkten, <https://www.stepstone.de/e-recruiting/hr-wissen/recruiting/nachhaltigkeit-recruiting/>, 01.11.2024.

103 F. Rödl, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: M. Bieder/F. Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2012, 81 (94 ff.).

104 Vgl. J. Heuschmid, in: W. Däubler (Begr.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 1017 mwN.

105 So auch Linsenmaier (Fn. 9), Art. 9 Rn. 75; dem zustimmend auch Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, ArbR 2019, 231; aA. P. S. Fischinger, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, Berlin 2006, S. 160 ff.

106 Hessisches Landesarbeitsgericht, NZA 2015, 1337-1342 (Rn. 80).

sichtigung des personalen Grundzugs der Berufsfreiheit wurde schon vom BVerfG betont:

„Darüber hinaus unterscheidet er sich jedoch von ihr [Regelung in Art. 151 III WRV] durch seinen personalen Grundzug: Der ‚Beruf‘ wird in seiner Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen verstanden, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten; die Arbeit als ‚Beruf‘ hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde“¹⁰⁷

Insofern kann auch nicht überzeugen, pauschal und einseitig zugunsten der Berufsfreiheit der Unternehmerinnen (zulasten der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer und der Koalitionsfreiheit) einen Kernbereich auszumachen, der „Investitionen, Produktion und Vertrieb“ aus der Tarifautonomie ausklammert.¹⁰⁸ Dies ergibt sich schon logisch aus dem oben bestimmten Schutzbereich der Tarifautonomie. Wenn diese die Regelung von „Wirtschaftsbedingungen“ einschließt, dann können diese Aspekte nicht pauschal Teil des Kernbereichs der unternehmerischen Freiheit sein. Vielmehr will das Grundgesetz gerade die ansonsten einseitige Herrschaft der Arbeitgeberin über solche Entscheidungen durch Art. 9 Abs. 3 GG demokratisieren.¹⁰⁹ Eine Beschränkung der regelbaren Wirtschaftsbedingungen bedarf daher besonderer Gründe. Man wird wohl zB zu einer anderen Gewichtung kommen, wenn es sich bei der Arbeitgeberin um eine mit ihrem Privatvermögen haftende Einzelkauffrau handelt oder um eine OHG, mit persönlich haftenden natürlichen Personen. Im Übrigen wurde auch zu recht angemerkt, dass hinsichtlich der Gewichtung der unternehmerischen Freiheit zwischen Firmentarifvertrag (weniger Gewicht, da unmittelbare Selbstbindung) und Verbandstarifvertrag differenziert werden kann.¹¹⁰

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Frage der praktischen Konkordanz mit der unternehmerischen Freiheit nicht durch pauschale Lösungen beantwortet werden kann. Insofern besteht noch weiterer For-

107 BVerfGE 50, 290 (Rn. 171).

108 So aber das BAG, NZA 1990, 886 (889), dies geschah jedoch noch bevor das BVerfG aufklärte, dass die kollektive Koalitionsfreiheit nicht nur in ihrem Kernbereich geschützt ist.

109 Siehe oben II. und III.

110 *Ulber* (Fn. 97), Einleitung Rn. 534; *Dieterich*, betrieblichen (Fn. 90), S. 77.

schungsbedarf. Innerhalb der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ ist die tarifliche Regelbarkeit dabei aber die Regel. Die Ausnahmen bedürfen der besonderen Begründung.

VI. Zusammenfassung

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Arbeitskampfs um nachhaltige Unternehmensführung wird also in vielen Fällen zu bejahen sein. Es handelt sich hierbei um Wirtschaftsbedingungen. Deren Regelung ist vom verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie umfasst. Insofern geht die personelle Reichweite der Regelungsbefugnis auch über die Gruppe der Gewerkschaftsmitglieder hinaus. Dass bei der Regelung von Wirtschaftsbedingungen im Unternehmen die Angelegenheiten von Außenseitern betroffen sind, steht auch nicht im Konflikt mit dem Demokratieprinzip. Auch das Tarifrecht zeigt sich offen für Regelungen zur Nachhaltigkeit im Unternehmen. In Haustarifverträgen wird sich die Regelung in Form von schuldrechtlichen Verpflichtungen der Arbeitgeberin anbieten. Das Streikrecht ist dabei nicht an die Regelungstechnik gebunden. Die Arbeitskampfgeschichte war geprägt von Streiks, die als wesentliches Ziel Gegenstände hatten, die nur schuldrechtlich zu waren. Das TVG hat diese Möglichkeit nicht eingeschränkt. Es gestattet darüber hinaus, betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen mittels Rechtsnormen zu regeln. Dies ermöglicht den Tarifparteien, Wirtschaftsbedingungen auch im Flächentarifvertrag zu gestalten. Im Einzelfall kann eine tarifliche Regelung zur nachhaltigen Unternehmensführung bzw. eine entsprechende Arbeitskampfforderung wegen unverhältnismäßigen Eingriffs in die Berufsfreiheit des Unternehmers rechtswidrig sein. Dies bedarf aber besonderer Umstände, denn die Verfassung überlässt die Aushandlung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Tarifautonomie.

Ob die Rechtsprechung den hier geäußerten Argumenten folgen kann, wird sich erst zeigen, wenn ihr ein geeigneter Fall zur Entscheidung vorliegt. Für die Gewerkschaften bedeutet das Aufstellen einer neuartigen Arbeitskampfforderung aber ein erhebliches Haftungsrisiko,¹¹¹ welches zu

111 Stellt sich die Streikforderung und damit nach der noch hM der ganze Arbeitskampf nachträglich als rechtswidrig heraus, kann sich die Gewerkschaft einem Anspruch der Arbeitgeberin auf Schadenersatz aus § 823 Abs.1 BGB iVm. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ausgesetzt sehen. Trotz gewisser

einer Selbstzensur führt.¹¹² Daher dürfte die Rechtswissenschaft in der Zukunft noch ausgiebig um diese Fragen streiten können.

Zugeständnisse bei der Verschuldensprüfung handelt es sich für Gewerkschaften um ein kaum kalkulierbares Risiko. Vgl. BAGE 152, 213 (Rn. 31); BAGE 155, 347 (Rn. 61); BAGE 104, 155 (Rn. 55).

- 112 In einem Fall hat die Gewerkschaft versucht noch in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren zu bestreiten, dass der Streik eine unternehmenspolitische Zielsetzung hatte. Zwar folgte das LAG dem Vortrag der Gewerkschaft auf tatsächlicher Ebene nicht, auf rechtlicher Ebene hatte das entscheidende Gericht aber gar nichts an der Zielsetzung auszusetzen: Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, ArbR 2019, 231 (Rn. 95).

Embryonen als Erben, Embryonen vererben? Zur Sinnhaftigkeit rechtsdogmatischer Begriffspaare in einer sich wandelnden Welt

Eileen Friederichs, M.A.*

Fortschritt ist seit jeher Quelle und Grund von Disruptionen im Recht. Während heute oft gesellschaftliches Fortschreiten, wie die Globalisierung, zu rechtlichen Paradigmenwechseln führt, zieht auch der ursprüngliche Kern des Fortschritts – technisch-naturwissenschaftliche Weiterentwicklung – noch immer neue, teils tiefgreifende Disruptionen in der Rechtsordnung nach sich. Dies betrifft auch den Bereich der artifiziellen Reproduktion, in welchem die Möglichkeiten seit der Eröffnung der ersten Samenbanken in den 1960er-Jahren und der Geburt des ersten „test-tube-babys“ im Jahr 1978 rapide fortgeschritten sind. Heute ist etwa das „social freezing“ von Eizellen ein verbreitetes gesellschaftliches Phänomen, das einen ganzen Industriezweig begründet hat. Aufgrund des Verbots der Überproduktion von *in vitro*-Embryonen¹ im Sinne der sonderstrafrechtlichen Norm des § 8 Embryonenschutzgesetz (ESchG) und des gleichzeitig bestehenden Bedürfnisses einer Absicherung im Falle des Scheiterns der Implantation² werden darüber hinaus im Rahmen der *in vitro*-Fertilisation regelmäßig Embryo-

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Privatrecht und Grundlagen des Rechts (Prof. Dr. Bertram Lomfeld) an der Freien Universität Berlin. Sie dankt allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern der 34. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft in Göttingen für die Diskussionsbeiträge und Anregungen.

- 1 *In vitro*-Embryonen sind solche, die außerhalb des weiblichen Körpers zur Entstehung gekommen sind. *Ex vivo*-Embryonen sind solche, die sich noch außerhalb des weiblichen Körpers befinden. *In vivo*-Embryonen sind solche, die bereits in den Uterus implantiert wurden.
- 2 Je nach Statistik liegt die Erfolgsquote bei 9 bis 30 % pro Befruchtungsdurchgang; werden dann lediglich die im ESchG vorgesehenen drei Embryonen entnommen, riskiert man entweder das endgültige Scheitern der artifiziellen Herbeiführung einer Schwangerschaft oder die Notwendigkeit einer erneuten hormonellen Behandlung der Wunschmutter, die mit gesundheitlichen Risiken, wie etwa einem erhöhten Risiko an Ovarialkarzinomen zu erkranken oder das Ovariale Überstimulationssyndrom zu erleiden, einhergeht.

nen im Vorkernstadium eingefroren.³ Das Vorkernstadium zeichnet sich dadurch aus, dass die Spermienzelle zwar bereits in die Hülle der Eizelle eingedrungen ist, allerdings noch keine Kernverschmelzung stattgefunden hat. So entsteht noch kein Embryo iSd Sonderstrafrechts, jedoch bestehen weibliches und männliches Erbgut bereits dergestalt nebeneinander, dass sie nicht mehr voneinander zu trennen sind. In diesem Stadium, das nach ca. 6 bis 8 Stunden eintritt, wird der befruchteten Eizelle erst Wasser entzogen und durch Kryoprotektiva ersetzt, um dann in flüssigem Stickstoff bei ca. -196° Celsius eingefroren zu werden.⁴ Beim Auftauen erfolgt die Kernverschmelzung unaufhaltsam, das heißt, das Schicksal beider Keimzellen hängt unauflösbar voneinander ab. Heute ist es mittels dieses Prozesses möglich „Embryonen“ über mehrere Jahrzehnte (!) hinweg in flüssigem Stickstoff einzufrieren und sodann gebrauchsfähig zu machen.⁵

Diese medizinischen Neuerungen fordern das bestehende Recht heraus. Insbesondere die Auslagerung aus dem weiblichen Körper sowie die zeitlich gestreckten Befruchtungsvorgänge scheinen im Widerspruch zu den Normen zu stehen, die das BGB für den Schutz ungeborenen Lebens kennt.

Dieser Aufsatz soll daher aufarbeiten, inwiefern das geltende Zivilrecht mit den Auswirkungen der Kryokonservierung umgehen kann und einen ersten Zugriff zur möglichen Auflösung der Konfliktlinien bieten, indem gefragt wird, ob der kryokonservierte Embryo erbrechtlich zu schützen ist und wem er zuzuordnen ist. Konkret soll sich der Frage angenommen werden, ob für den Schutz ungeborenen Lebens entwickelte rechtsdogmatische Begriffspaare trotz dieser Weiterentwicklung noch Ordnung schaffen können oder aber ihre Bedeutung zumindest teilweise eingebüßt haben. Hierfür wird zunächst nachvollzogen, warum die Rechtswissenschaft überhaupt mit Begriffen und Begriffspaaren arbeitet, um einen Maßstab für Disruptionen dieser zu entwickeln (A.). Hierauf aufbauend wird die erste Disruption eines Begriffspaares infolge der artifiziellen Reproduktion herausgearbeitet und eine Antwort auf die Frage der Reichweite des § 1923 II BGB erarbeitet, die über das bloße Abstellen auf das Begriffspaar „*nasciturus/nondum con-*

3 Im Folgenden werden die Begriffe Vorkernstadien, 2PN-Zellen und kryokonservierte Embryonen synonym verwendet, da *de lege lata* lediglich Vorkernstadien kryokonserviert werden können und insofern eine klare Begriffszuweisung gegeben ist.

4 Vgl. *Leopoldina*, Neubewertung des Schutzes von In-vitro-Embryonen in Deutschland, 2021, S. 15 Fn. 20.

5 Vgl. die Geburt von Molly Gibson, die aus einem Embryo, der 27 Jahre lang eingefroren war, geboren wurde (<https://www.nytimes.com/2020/12/03/science/tennessee-embryo-donate.html>).

ceptus“ hinausgeht (B.). Zuletzt soll unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Eigentumsfähigkeit der 2PN-Zellen ein Vorschlag zur Auflösung der aus der konsequenten Anwendung der Rechtsprechung unter Berücksichtigung der normativen Grundlagen entstehenden Disruption des Begriffspaares „Rechtssubjekt/Rechtsobjekt“⁶ gemacht werden (C.).

A. Ausgangspunkt: Ordnung und Chaos im Recht

I. Stellung und Funktion der Rechtsdogmatik

Rechtliche Begriffe und Kategorien verfolgen als Produkte der Rechtsdogmatik keinen Selbstzweck, sondern erfüllen den Zweck der Ordnung des Rechts. Dieser konkrete Zweck der Rechtsdogmatik leitet sich aus drei Einsichten ab. Erstens ist das Recht eine menschengemachte Materie und muss daher auch für den Menschen verständlich sein. Damit es von Menschen verstanden werden kann und wir hierfür nicht auf Maschinen oder künstliche Intelligenzen angewiesen sind, müssen wir es, zweitens, kognitiv versteh- und verwertbar machen. Das heißt, dass wir zumindest konzeptionell dazu in der Lage sein müssen, den Rechtsstoff zu überblicken. Es genügt nicht, dass wir den Rechtsstoff noch nicht einmal dann in den Grundzügen präsent haben, wenn wir uns intensiv mit ihm beschäftigen.⁷ Das eröffnet wiederum die dritte Einsicht: Um den Rechtsstoff zumindest konzeptionell überblicken zu können, müssen wir ihn abstrakt(er) fassen, damit wir ihn schneller und klarer verstehen können.

Daher ist eine Aufgabe der Rechtswissenschaft die Darstellung des Rechtsstoffes in möglichst klarer und übersichtlicher Weise, um die Anwendung praktikabel(er) zu machen und durch die höhere Übersichtlichkeit Rechtssicherheit in Gestalt der erhöhten Vorhersehbarkeit der rechtlichen Entscheidung zu schaffen.⁸ Zu diesem Zwecke muss der Rechtsstoff zunächst begrifflich durchdrungen und sodann systematisiert werden.⁹ Hierzu können Kategorien, spezieller: Begriffspaare, einen Beitrag leisten, da sie

6 E. Obergfell, Tiere als Mitgeschöpfe im Zivilrecht, RW 2016, 388 (391).

7 F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, S. 1 ff.

8 C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983, S. 19.

9 C. Bumke, Rechtsdogmatik, Tübingen 2017, S. 46.

Recht operationalisieren und kognitiv verwertbar machen,¹⁰ indem einige Normen Begriff *A*, andere Normen Begriff *B* zugeordnet werden und somit darüber entschieden wird, welche Norm im konkreten Fall, der mithilfe der Begriffe ins Recht übersetzt wird, zur Anwendung kommt.¹¹ Indem Kategorien und Begriffe Normen allgemein-abstrakt¹² einordnen, kann also Ordnung ins Denken gebracht werden.

Für diese Ordnung¹³ ist in der rechtswissenschaftlichen Arbeitsteilung die Rechtsdogmatik¹⁴ zuständig. Sie durcharbeitet rechtswissenschaftliche Sätze begrifflich-systematisch auf einem hohen Niveau, unterbreitet einen Satzvorschlag für die Lösung von Fällen und denkt alternative Lösungsmöglichkeiten an.¹⁵ Hierdurch wird Ordnung ins einstweilige Chaos des Rechts gebracht. Die Erarbeitung u.a. von Begriffen¹⁶ sowie ihre anschließende Systematisierung mithilfe der Kategorisierung dieser Begriffe ist hierbei ganz maßgebend,¹⁷ da hierdurch „Wertungsprobleme als Denkprobleme“ gefasst werden und damit eine Rationalitätskontrolle ermöglicht wird.¹⁸

10 A. S. Gold/H. E. Smith, Sizing Up Private Law, *The University of Toronto Law Journal* 2020, 489 (501 f.).

11 Vgl. hierzu I. Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 5. Aufl., Göttingen 2023, S. 28.

12 K. Engisch, Die Konkretisierung als Hinwendung zum „Typus“, in: S. Meder et al. (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*, Göttingen 2018, S. 228 (229 [239]).

13 Neben die Ordnungsfunktion treten v.a. die Stabilisierungs-, Entlastungs-, Fortschritts-, Kontrollfunktion und technische Funktion, statt vieler R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 326 ff.; B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie und juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2022, Rn. 321 ff. Zu den Aufgaben vgl. Bumke, *Rechtsdogmatik* (Fn. 9), S. 45 ff.

14 Zur Kritik am Begriff der Rechtsdogmatik, vgl. U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübingen 1973, S. 7 ff., 21, 32.

15 Alexy, *Argumentation* (Fn. 13), S. 337.

16 Vgl. dies als Unterbegriffsbildung einordnend R. Wank, *Die juristische Begriffsbildung*, München 1985, S. 133 ff.

17 Bumke, *Rechtsdogmatik* (Fn. 9), S. 46.

18 J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, AcP 1972, 97 (103 f.).

II. Maßstab der Disruption

Diese Ordnungsfunktion wird von der Stabilisierungsfunktion flankiert, wonach durch das institutionelle Betreiben der Rechtsdogmatik Lösungen reproduzierbar und damit stabil werden.¹⁹ Diese Stabilisierung meint, dass eine einmal gefundene ordnende dogmatische Lösung so lange beizubehalten ist, bis so gute Gründe geliefert werden, dass der Bruch mit der Tradition gerechtfertigt ist.²⁰ Für das vorliegende Thema etwa bedeutet dies, dass das Begriffspaar *nasciturus* und *nondum conceptus*, das im Rahmen der „partielle[n] Extension“ der Rechtsfähigkeit²¹ oder der „Bestimmungen zugunsten Ungeborener“²² den Reproduktionssachverhalt ins Recht übersetzt, so lange heranzuziehen ist, bis es zu keinen interessengerechten Lösungen mehr führt, die die Lebensumstände widerspiegeln, mithin Lösungen gefunden werden müssen, die die gesetzgeberischen Wertungen überzeugender übersetzen.²³ Daher, so die These, kommt es für die Berufung auf kategoriale Unterscheidungen oder Rechtsbegriffe darauf an, ob sie ihrer Ordnungsfunktion noch nachkommen können und damit kein Bruch mit der Tradition gerechtfertigt ist. Zum einen müssen sie daher intuitiv sein, das heißt, sie müssen auf den ersten Blick einleuchten.²⁴ Zum anderen müssen Kategorien einen Unterschied machen, das heißt, aufgrund der Kategorien muss klar werden, dass Situationen anders behandelt werden müssen, abhängig davon, ob die Situation in Kategorie A oder Kategorie B fällt.²⁵ Disruption dogmatischer Begriffe und Kategorien meint mithin die „Zerstörung von Gewissheiten und [...] Abkehr von Gewohnheiten“,²⁶ wenn diese Gewissheiten und Gewohnheiten unter veränderten Lebensumständen keine Ordnung mehr in das Chaos des Rechts zu bringen vermögen, weil sie mangels adäquater Übersetzung schlicht keinen Unterschied mehr machen.

19 Alexy, Argumentation (Fn. 13), S. 326.

20 Alexy, Argumentation (Fn. 13), S. 327, 216 f.

21 J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023, § 11 Rn. 12 ff.

22 D. Leipold, BGB I, 11. Aufl., Tübingen 2022, § 30 Rn. 8 ff.

23 Vgl. D. Reuter, Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit, AcP 2007, 673 (674).

24 D. Kennedy, The Stages of the Decline of the Public/Private Divide, University of Pennsylvania Law Review 1982, 1349 (1349).

25 Kennedy, Stages (Fn. 24), 1349.

26 W. Hoffmann-Riem, Digitale Disruption und Transformation – Herausforderungen für Recht und Rechtswissenschaft, in: M. Eifert (Hrsg.), FS Hoffmann-Riem, Baden-Baden 2020, S. 143 (143).

B. „Nasciturus“ und „nondum conceptus“, oder: Wie Kategorien den Blick auf das Recht versperren können

Solch eine Disruption zeigt sich zunächst beim Versuch der Beantwortung der Frage, ob § 1923 II BGB Anwendung auf kryokonservierte Embryonen findet. Nach § 1923 II BGB ist derjenige, der zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, so zu behandeln, als wäre er vor dem Erbfall geboren. Mit der Lebendgeburt²⁷ wird dann mit Rückwirkung auf den Erbfall angenommen, dass das Kind bereits vor dem Erbfall lebte. Es handelt sich also um eine klassische rechtliche Fiktion,²⁸ die darüber hinweghilft, dass das Recht zu erben davon abhängt, rechtsfähig zu sein und die Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB erst mit der vollendeten Geburt beginnt.²⁹ Dies wirft die Frage auf, was „bereits gezeugt“ meint.

I. Unbefriedigende Lösung anhand der Begriffe *nondum conceptus* und *nasciturus*

Teils wird versucht diese Frage anhand des Begriffspaares *nondum conceptus* und *nasciturus* zu entscheiden. *Nasciturus* wird hierbei losgelöst von der Wortherkunft³⁰ als festgelegt auf die Embryonal- und Fötalphase verwendet.³¹ *Nondum conceptus* kann hingegen als „einer, der noch nicht gezeugt ist“ verstanden werden.³²

Schack und *Neuner* streiten auf dieser Grundlage etwa dafür, dass vor der Kernverschmelzung noch kein *nasciturus* bestünde, sodass auch § 1923 II BGB nicht auf kryokonservierte 2PN-Zellen anwendbar sei.³³ Zu dieser Annahme kommen beide ohne Rekurs auf die Zwecke, die Sys-

27 *H. Brox/W.-D. Walker*, *Erbrecht*, 30. Aufl., München 2024, § 1 Rn. 10; *A. Röthel*, *Erbrecht*, 18. Aufl., München 2020, § 6 Rn. 8.

28 Hierzu *K. Larenz*, *Methodenlehre*, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 262; *A. von Tuhr*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band II*, München/Leipzig 1914, S. 13, 22 ff.

29 Zur Wirkweise siehe unten B.III.

30 Partizip Futur von *nasci* [lat.]: „einer, der noch geboren wird“.

31 *Neuner*, *Allg. Teil* (Fn. 21), § 11 Fn. 40.

32 Zur Terminologie vgl. *M. Roller*, *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, Berlin 2013, S. 18 mWn.

33 *H. Schack*, *Weiterleben nach dem Tode – wie lange? Postmortale Begrenzungen subjektiver Rechte*, JZ 2019, 864 (869); *J. Neuner*, *Der nondum conceptus im Privatrecht*, JuS 2019, 1 (2). Noch enger auf den Zeitpunkt der Nidation abstellend *J. Ellenberger*, in: *C. Grüneberg* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 83. Aufl. 2023, § 1 Rn. 8.

tematik und den Wortlaut des § 1923 II BGB, sondern vielmehr mithilfe der kategorialen Einordnung als *nasciturus*, welcher erst mit der Kernverschmelzung entstände.³⁴ Daher überrascht es wenig, dass sie die 2PN-Zellen in die Grenzen des Begriffs des *nondum conceptus* einschließen, ohne weiter zu hinterfragen, ob dies interessengerecht ist. Ihnen zufolge seien die Kindeswohlinteressen des dann entstehenden Kindes hinreichend durch die Möglichkeit der Einsetzung als Nacherben nach § 2101 Nr. 1 BGB abgedeckt, obwohl zumindest *Neuner* sieht, dass dies „etwas nachteilhafter“ sei.³⁵

Dass dies den expliziten Schutzzweck des § 1923 II BGB verkennt und darüber hinaus auch die ins Feld geführten praktischen Probleme, insbesondere die fehlende Auseinandersetzungsmöglichkeit der Erbengemeinschaft nach § 2043 I BGB vor der Lebendgeburt,³⁶ umgehbar sind, wird unten zu zeigen sein.³⁷ An dieser Stelle soll es zunächst darum gehen, dass bereits die Begriffe des *nasciturus* und *nondum conceptus* schlicht nicht auf die Situation kryokonservierter 2PN-Zellen passen. Denn der *nondum conceptus* erfährt deswegen geringeren Schutz, weil seine Existenz erst noch in der Planungsphase steht und damit mehr Zwischenschritte gegangen werden müssen, um zur Existenz zu kommen – welche Eizelle auf welche Spermienzelle treffen wird, ist noch gänzlich unbestimmt. Er ist mithin noch nicht real, nichts „was wirklich schon da ist“, sondern vielmehr etwas Mögliches.³⁸ Die kryokonservierte 2PN-Zelle hingegen ist keine reine Möglichkeit, sondern „etwas, das wirklich schon da ist“ – die genaue Zusammensetzung des Erbguts ist bereits gegeben, die Verbindung ist hergestellt. Es ist bereits sicher, dass die Verschmelzung der Keimzellen unaufhaltsam mit dem Auftauen erfolgen wird und damit ein Auseinanderdividieren nicht mehr möglich ist. Genau aus dieser Eizelle und dieser Samenzelle wird das Kind entstehen. Darüber vermag auch nicht der Einwand hinwegzuhelfen, dass „Zeugung und die Geburt“ bei Vorkernstadien noch völlig offen seien.³⁹ Denn dies stimmt bei kryokonservierten Embryonen nur bedingt. Bei ihnen ist bereits klar, dass grundsätzlicher Zeugungswille besteht, dass genau diese genetische Komposition vorliegen wird und dass diese genetische Komposition nicht mehr auseinander zu dividieren

34 *Neuner*, *nondum conceptus* (Fn. 33), 1.

35 *Neuner*, *nondum conceptus* (Fn. 33), 2; *Schack*, Weiterleben (Fn. 33), 870.

36 *Schack*, Weiterleben (Fn. 33), 870.

37 Siehe unten B.II.

38 *E. Morenz*, Der privatrechtliche Schutz des *nasciturus*, *Zeitz* 1909, S. 8.

39 Vgl. *Neuner*, *nondum conceptus* (Fn. 33), 2.

ist. Die 2PN-Zelle ist also nichts rein Ideales oder Hypothetisches, sondern besteht bereits in Gestalt der nebeneinander bestehenden Zellen, sie ist bereits aus der reinen Planungsphase heraus. Gleichzeitig passt der Begriff des *nasciturus* auch nicht vollständig. Denn dieser wird genutzt, um pauschal alle Normen, die bereits gezeugtes Leben im Embryonal- oder Fötalstadium, das sich in aller Regel im Uterus befindet, schützen, zur Anwendung zu bringen. Er ist auf die Situation einer bereits begonnenen vierzigwöchigen Gestation zugeschnitten. Diese Pauschalität passt aufgrund der radikal veränderten Reproduktionsmöglichkeiten nicht, denn weder befinden sich die kryokonservierten Embryonen im Uterus noch wäre ihr zugeordneter Status als *nasciturus* auf vierzig Wochen begrenzt.

Es entsteht also eine Zwischenstufe zwischen der reinen Planung und der zeitlich absehbaren Durchführung. Damit sind Vorkernstadien nicht eindeutig den abstrakten Begriffen *nasciturus* und *nondum conceptus* zuzuordnen.⁴⁰ Sie können also nicht mittels dieser abstrakten Kategorien ins Recht und für die konkrete Rechtsanwendung übersetzt werden. Stattdessen muss die Frage, welche Normen Anwendung auf die 2PN-Zelle finden, für die konkrete Norm mit ihrer jeweiligen Rechtsfolge untersucht werden. Hierfür ist die Auslegung jeder das menschliche Vorleben schützende Norm anhand der ihr eigenen Historie, Systematik und Telos vorzunehmen. Abstrakte Rechtsbegriffe, wie *nasciturus* oder *nondum conceptus*, sind nur so lange sinnvoll, wie sie dazu geeignet sind, die kognitive Verwertbarkeit von Recht tatsächlich zu verbessern. Wo abstrakte Rechtsbegriffe hingegen Verwirrung stiften, wie zum Beispiel hinsichtlich kryokonservierter Embryonen, die weder klar dem einen noch dem anderen Begriff zugeordnet werden können, sollten sie nicht mehr herangezogen werden. Denn Begriffspaare sind Ausdruck und Ergebnis der Rechtsdogmatik, welche es sich unter anderem zum Ziel gemacht hat, rechtliche Normen zu ordnen. Wo sie dies nicht mehr kann, weil ihre abstrakten Begriffe Lebenssachverhalte nicht mehr erklären können, sollte sie sich besser der Klarstellung konkreter Normen widmen. Denn erst wenn der Inhalt einzelner Normen geklärt ist, kann überhaupt erst versucht werden, diese Normen kategorial zu ordnen. Die Lösung liegt also in erster Linie in der Zuwendung zum Gesetz selbst.

40 So iE auch P. Mankowski, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.7.2015 – II-1 UF 83/13, FamRZ 2015, 1979 (1980).

II. Auslegung statt gesetzesblinde Kategorienanwendung

1. Familiensolidarität unabhängig der Zeugungsumstände

Der Schutzzweck des § 1923 II BGB besteht darin, Kinder, deren Existenz bereits vor dem Erbfall angestoßen wurde, am Nachlass der Eltern zu beteiligen.⁴¹ Hierdurch soll der Nachlass vor allem an die jüngere Generation weitergegeben werden.⁴² Teilweise wird hieraus gezogen, dass selbst die bloße Samenspende, mit deren Hilfe nach dem Todesfall des Vaters eine Eizelle befruchtet wird (sog. postmortale Befruchtung), für die Erfüllung des Schutzzwecks des § 1923 II BGB genügen solle.⁴³ Dem ist auch zuzustimmen; gleichzeitig muss dann erst recht die schon weiter fortgeschrittene 2PN-Zelle, bei der immerhin schon gesichert feststeht, welche spezifische Eizelle auf welches spezifische Spermium trifft, als ebenso schutzwürdig angesehen werden.⁴⁴

Die Idee der gleichmäßigen Nachlassbeteiligung der Abkömmlinge, unabhängig vom Zeitpunkt der Geburt, die sich hinter § 1923 II BGB verbirgt, lässt sich auf eines der strukturprägenden Prinzipien jedes Erbrechts zurückführen: die (teilweise) Familiengebundenheit des Vermögens infolge der familiären Solidaritätspflichten.⁴⁵ Diese Familiengebundenheit ist Auswuchs der Antwort auf den Grundkonflikt „Familienerbrecht versus Testierfreiheit“⁴⁶ und ist normativ u.a. darauf gestützt, dass Eltern eine Solidaritätspflicht gegenüber ihren Abkömmlingen in Gestalt der Min-

41 *D. Leipold*, Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens in: W. H. Rechberger/R. Welsler (Hrsg.), Festschrift für Kralik, Wien 1986, S. 469 (473).

42 *D. Leipold*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 1923 Rn. 19.

43 *Leipold*, FS Kralik (Fn. 41), S. 473; *Röthel*, ErbR (Fn. 27), § 6 Rn. 9.; für eine analoge Anwendung *H. Brox*, Die künstliche Befruchtung der Ehefrau durch den Samen des Ehemannes nach dessen Tod und das Erbrecht des Kindes nach seinem Vater, in: W. Küper/J. Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, S. 965 (972).

44 Ebenso *Leipold*, FS Kralik (Fn. 41), S. 477.

45 Hierzu auch *G. Otte*, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, Berlin, Einl zum ErbR Rn. 50, der hieraus jedoch nicht die gleichen Rückschlüsse für Vorkernstadien zieht. Vgl. ferner *Röthel*, ErbR (Fn. 27), § 1 Rn. 16; *A. Dutta*, Warum Erbrecht?, Tübingen 2014, S. 385 ff.

46 *D. Klippel*, Familie versus Eigentum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1984, 117 (117 f.).

destbeteiligung und Nutzungsteilhabe am Vermögen haben,⁴⁷ da sie ihre Existenz kausal verursacht haben und damit auch für ihr Wohlergehen verantwortlich sein sollten.⁴⁸ Zu Lebzeiten wird diesen Solidaritätsüberlegungen durch die Unterhaltspflichten (§§ 1601 ff. BGB) genügt. Über den Tod hinaus wird die Solidarität durch die gesetzliche Erbfolge, §§ 1924 ff. BGB, die in typisierender Annahme von dem Solidaritätswillen des Erblassers seiner Familie gegenüber ausgeht, sowie dem Pflichtteilsrecht nach §§ 2301 ff. BGB, das eine Mindestsolidarität⁴⁹ verwirklicht, erfüllt. Da beide Instrumente die Erbfähigkeit voraussetzen, überlässt der Gesetzgeber mit § 1923 II BGB die Solidaritätspflichten nicht dem Zufall der „verspäteten“ Geburt, sondern erweitert den Schutz ab dem Zeitpunkt der für das Kind zufälligen Existenzverursachung. Diese Überlegungen tragen auch für das Kind, das aus dem kryokonservierten Embryo entsteht. Da das Kind keinen Einfluss auf seine späte Geburt hat, sollte es den vermögensrechtlichen Schutz des Kindes nicht beeinflussen können, ob die 2PN-Zelle in der Reorte oder im Eileiter entstanden ist. Beides ist aus Sicht des Kindes reiner Zufall und kann nicht die Familiensolidaritätsüberlegungen beeinflussen, die zu den Grundfesten des Erbrechts gehören.

Über diese strukturprägenden Überlegungen kann auch nicht der Einwand hinweghelfen, dass durch eine extensive Auslegung des § 1923 II BGB ein „Mittel zur Manipulation der Erbfolge“ geschaffen würde.⁵⁰ Dies erkennt, dass § 1923 II BGB sich schützend vor das künftige Kind stellt, das die Art und Weise der eigenen Zeugung nicht zu verantworten hat und damit vor negativen Auswirkungen eben dieser zu schützen ist. Zudem ist das Erbrecht ohnehin durch Ungewissheiten infolge der unbegrenzten Verwandtenerbfolge geprägt,⁵¹ sodass etwaige Rechtsunsicherheitsbedenken nach gesetzgeberischer Wertung hinter die des Schutzes der Kinder des Erblassers zurücktreten.⁵² Daher spricht die Familiensolidarität für eine weite Auslegung des § 1923 II BGB, die auch Kinder, die aus kryokonservierten Embryonen entstehen, schützt.

47 Dutta, Erbrecht? (Fn. 45), S. 399.

48 Naturrechtlich bereits *J. Locke*, *Two Treatises of Government*, London 1988, I. § 88.

49 Zur Mindestsolidarität siehe *Dutta*, Erbrecht? (Fn. 45), S. 427.

50 *Otte* (Fn. 45), § 1923 Rn. 26a; dieser Vorwurf basiert auf einem einzelnen Vorfall in Australien.

51 *P. S. Fischinger*, in: *Soergel* (Begr.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 14. Aufl., Stuttgart 2020, § 1923 Rn. 10.

52 *Röthel*, Erbrecht (Fn. 27), § 6 Rn. 9; *Brox/Walker*, Erbrecht (Fn. 27), § 1 Rn. 10.

2. Entgegenstehende praktische Überlegungen?

Könnten aber praktische Probleme, die sich aus der Fiktion der Erbfähigkeit nach § 1923 II BGB für Vorkernstadien ergeben, gegenüber dem Schutzzweck überwiegen?

a. Eingefrorene Erbengemeinschaft

Ein praktisches Problem ist die fehlende Auseinandersetzungsmöglichkeit der Erbschaft bis zur Geburt des künftigen (Mit-)Erben nach § 2043 BGB. Vor der Auseinandersetzung sind die Miterben u.a. in ihrer Verfügungsbefugnis dergestalt beschränkt, dass sie nur gemeinschaftlich verfügen und Leistungen empfangen können.⁵³ Dieser Zustand der beschränkten Verfügung und gemeinschaftlichen Verwaltung⁵⁴ kann durch Auseinandersetzung beendet werden, es sei denn, dass die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind. § 2043 BGB verfolgt den Zweck, die Interessen des künftigen Erbens zu schützen und auch für die Gläubiger eine zweckmäßige Lösung zu präsentieren.⁵⁵ Der BGB-Gesetzgeber entschied sich im Laufe des Gesetzgebungsprozesses für eben diese Ausgestaltung, da die Teilung nur für eine „verhältnismäßig kurze Zeit auszusetzen“ sei, sodass eine Vorteilung, bei der „auf die Frucht 3 Theile gerechnet werden“, und eine anschließende Nachteilung unverhältnismäßig viel Aufwand – auch für die Gläubiger – bedeuten würde und darüber hinaus die Interessen des künftigen Erben belasten würde.⁵⁶ Dass sich die Lebensverhältnisse inzwischen ganz grundlegend geändert haben, liegt auf der Hand. So ist aus der „verhältnismäßig kurze[n] Zeit“ eine unbestimmt lange Zeit geworden, da durch die Möglichkeit der Kryokonservierung auch ein Generationensprung möglich wird. So wurden erst jüngst Kinder geboren, die zuvor 27 (!) Jahre als Embryonen eingelagert waren. Eine derart lange Schwebezeit ist für die Erbengemeinschaft sehr belastend. Kann diese erbrechtliche Bredouille einfach so hingenommen werden oder muss die Unsicherheit doch gegenüber der Familiensolidarität überwiegen?

53 § 2040 BGB.

54 § 2038 BGB. Zur Reichweite vgl. S. *Lettmaier*, in: Soergel (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Aufl., Stuttgart 2020, § 2038 Rn. 7.

55 Mot V 690 f.

56 Mot V 690 f.

b. Enterbung als Schutz des künftigen Erbens und Entlastung der aktuellen Erben

Insgesamt können allein diese praktischen Überlegungen nicht genügen, um die durch § 1923 II BGB verwirklichte Familiensolidarität auszublenden. Vielmehr können sie durch die Instrumente, die das BGB dem Erblasser an die Hand gibt, gelöst werden. Zuvorderst ist hier die Enterbung der kryokonservierten Embryonen nach § 1937 BGB zu nennen. Auf den ersten Blick scheint es widersprüchlich, erst für den Schutz des künftigen Erben zu streiten und dann seine Enterbung vorzuschlagen. Dieser Widerspruch wird jedoch unmittelbar durch die Schutzlogik des BGB aufgelöst: Bei Enterbung hat das künftige Kind, sofern ihm zuvor Erbfähigkeit zugesprochen wird, einen Pflichtteilsanspruch gegen die Erben nach § 2303 I BGB. Durch die Anordnung des (schuldrechtlichen) Pflichtteilsanspruchs in Fällen der Enterbung wird eine Schutzschicht für das künftige Kind geschaffen, die es ohne die anerkannte Erbfähigkeit nicht hätte. Denn nur durch die Zuerkennung der potentiellen Erbfähigkeit wird überhaupt Raum dafür geschaffen, dass Pflichtteilsansprüche entstehen können und damit der Nutzungsteilhabe und Versorgungspflicht der Eltern, auch nach ihrem Tod, Sorge getragen werden kann.

Dem könnte entgegnet werden, dass dieser „Kunstgriff“ in die extensive Auslegung des § 1923 II BGB nicht notwendig sei, da Eltern auch ihren noch nicht gezeugten Kindern nach § 2178 BGB Vermächtnisse bestellen können.⁵⁷ Daher würde die Einordnung als „gezeugt“ keine tatsächlichen Vorteile bringen, sondern lediglich die Systematik des BGB untergraben. Dieser Einwand verkennt jedoch die grundsätzliche gesetzliche Entscheidung für den willensunabhängigen erbrechtlichen Schutz der Abkömmlinge.⁵⁸ Ein Vermächtnisanspruch oder die Einsetzung als Nacherbe hängt hingegen einzig von der Willkür des Erblassers ab, der dann das Kind bedenkt oder auch nicht.⁵⁹ Der Pflichtteilsanspruch nach Enterbung gem. § 2303 I BGB ist dagegen gesetzlich zwingend und bildet damit den besonderen Schutzanspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern ab. Der Anspruch des Kindes auf Solidarität gegen seine Eltern soll nicht von den Zufälligkeiten des elterlichen Willens abhängig gemacht werden. Daher hat sich die Rechtsordnung für einen Ausgleich zwischen Privatautono-

57 Vgl. *Neuner*, nondum conceptus (Fn. 33), 2.

58 Hierzu oben B.II.1.

59 Hierzu *Brox*, Künstliche Befruchtung (Fn. 43), S. 973.

mie hinsichtlich des Vererbens mittels der Möglichkeit der letztwilligen Verfügungen (§ 1937 BGB) und dem Familienerbrecht mittels der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB) sowie hilfsweise den Pflichtteilsansprüchen (§§ 2303 ff. BGB) entschieden und damit diesen Urkonflikt aufgelöst.⁶⁰ Würde nun doch die Art der Zeugung ins Zentrum gerückt und der Konflikt zugunsten der Testierfreiheit, inklusive der Vermächtnisse, entschieden, würden die elterlichen Entscheidungen darüber, wie das Kind entstehen soll, auf dem Rücken des Kindes ausgetragen. Dieses würde seines Mindestanspruchs am Familienvermögen⁶¹ beraubt, nur weil die Art und Weise seiner Zeugung nicht der gesellschaftlichen Norm entspricht und neuartig ist. Diese Mindestbeteiligung ergibt sich auch aus Art. 6 II GG, wonach der Pflichtteil sich aus der Solidarität der familiären Beziehungen herleitet, welche „regelmäßig durch Abstammung“ und „zumeist durch familiäres Zusammenleben“ untermauert werden.⁶² Dass tatsächlich als Familie zusammengelebt wurde, was bei der Austragung der eingefrorenen Embryonen nach dem Erbfall nicht der Fall ist, um den Pflichtteilsanspruch auszulösen, nimmt das Bundesverfassungsgericht gerade nicht an. Würde aufgrund der Unsicherheiten für die Erbengemeinschaft auf die Vermächtnismöglichkeiten verwiesen, würde der Schutz des später geborenen Kindes von der Willkür der Erblasser abhängen. Gerade dieser Schutz soll jedoch nicht willkürlich sein, sondern feststehen. Gerade deswegen sollte das Risiko nicht beim später geborenen Kind liegen. Wird hingegen die Beteiligung des später geborenen Kindes, ungeachtet der Zeugungsart, die Regel, hängt, lediglich die Entlastung der Erbengemeinschaft und damit der Komfort sowie das Wie der konkreten Begünstigung von der Willkür der Erblasser ab, nicht jedoch die Solidarität, also das Ob der Begünstigung. Um der Idee der erbrechtlichen Familiensolidarität Ausdruck zu verleihen, ist es daher unerlässlich, das Ob der Beteiligung der Abkömmlinge nicht von den Auswirkungen für das Wie der Begünstigung der übrigen Erben abhängig zu machen.

60 Vgl. zu den Grundkonflikten des (Ver)Erbens *Klippel*, Familie versus Eigentum (Fn. 46).

61 Hiermit ist nicht etwa ein Vermögen einer eigenständigen Person „Familie“, vgl. hierzu *G. W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 17. Aufl., Frankfurt a.M. 2021, § 170, gemeint, sondern vielmehr ein verfassungsrechtliches Familienvermögen im Sinne auch materieller Verantwortung füreinander bei rechtlicher Eigenständigkeit der einzelnen Familienmitglieder.

62 BVerfGE 112, 332 (Rn. 73).

Dies deckt sich im Ergebnis damit, dass es auch bei der natürlichen Befruchtung nicht darauf ankommt, ob der relevante Geschlechtsakt kurz vor dem Erbfall stattgefunden hat, sodass sich mangels Zeitablaufs noch keine Blastozyste aus den Keimzellen gebildet hat, sondern diese noch als Pronuklei nebeneinander in der Membran bestehen. Mit anderen Worten also „erst“ eine 2PN-Zelle besteht. Vielmehr würde niemand auf die Idee kommen, die Anwendung des § 1923 II BGB zu verneinen, wenn der Erbfall kurz nach dem relevanten Geschlechtsverkehr, jedoch vor der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle,⁶³ eintritt, mithin erst eine 2PN-Zelle im Eileiter besteht.⁶⁴ Eine Differenzierung bei *ex vivo*-Embryonen vorzunehmen und damit die Familiensolidarität ungleich zu verteilen, erscheint dann jedenfalls verkürzt. Ein starres Festhalten am Begriffspaar *nasciturus/nondum conceptus* steht also der interessengerechten Rechtsfindung und -gestaltung im Weg und versperrt den Blick auf die aus Familiensolidaritätsgründen gebotene Zuerkennung der Erbfähigkeit.

III. Vorwirkung des § 1923 II BGB

Doch folgt aus der Erbfähigkeit tatsächlich eine partielle Rechtsfähigkeit?⁶⁵ Knackpunkt bei der Beantwortung der Frage, ob bereits vor der Lebendgeburt eine partielle Rechtsfähigkeit anzunehmen ist, ist, ob neben der rückwirkenden Fiktion der „rechtzeitigen“ Geburt auch eine rechtliche Wirkung vor der Geburt eintritt. Dass eine solche Vorwirkung in Gestalt eines An-

63 Vgl. zum Ablauf der Befruchtung im Eileiter, P. Kaiser, in: H.-L. Günter/J. Taupitz/P. Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl., Stuttgart 2014, A. II. Rn. 40.

64 Hierzu Brox, Künstliche Befruchtung (Fn. 43), S. 972.

65 Insgesamt dies bejahend bereits L. Enneccerus/H. C. Nipperdey, Bürgerliches Recht, 15. Aufl., Tübingen 1959, § 84 II 3 Fn. 8; Ellenberger (Fn. 33), § 1 Rn. 7; Leipold (Fn. 42), § 1923 Rn. 31; B. Müller-Christman, in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, Stand: 01.08.2024, § 1923 Rn. 11; S. Hähnchen, Der werdende Mensch, JURA 2008, 161 (162). Gar für eine Vollrechtsfähigkeit, die jedoch zu weit geht, vgl. E. Wolf, Das Erbrecht des ungeborenen Kindes, in: K. Slapnicar (Hrsg.), FS v. Lüptow, Berlin 1991, 195 (210). Für eine partielle Rechtsfähigkeit ferner R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016, Rn. 157. Für eine Einordnung als Anwartschaftsrecht Roller, Rechtsfähigkeit (Fn. 32), S. 155; Neuner, Allg. Teil (Fn. 21), § 11 Rn. 22. Für eine aufschiebend bedingte Rechtsfähigkeit C. Hillgruber, Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten, JZ 1997, 975 (976 f.). Überblickartig F. Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, München 1963, S. 114 ff. Eine Vorwirkung ablehnend M. W. J. Tegelkamp, in: G. Müller-Engels (Hrsg.), beck.online Großkommentar, Stand: 01.08.2024, § 1923 Rn. 32.

wartschaftsrechts im Zeitraum zwischen dem Erbfall und der Geburt bestehen muss, ergibt sich aus der Notwendigkeit einer Sperrwirkung während des Schwebezustands sowie aus den Handlungsmöglichkeiten mit Wirkung für und gegen den Bereits-Gezeugten im Schwebezustand. Es handelt sich dabei um ein Anwartschaftsrecht, da trotz der bloßen Teilverwirklichung bereits wichtige Indikatoren für die Einschlägigkeit des Familienerbrechts gegeben sind und diese nur noch von der Lebendgeburt abhängt.

Die Notwendigkeit einer Sperrwirkung zeigt sich bereits anhand des folgenden Szenarios: Stellen wir uns vor, dass der Embryo bei seiner Lebendgeburt Alleinerbe nach § 1924 I BGB würde, da er der einzige (Putativ-)Abkömmling ist und damit einziger Erbe erster Ordnung ist. Die Eltern sind nicht miteinander verheiratet, es gibt kein Testament. Damit würde nur seine Erbenstellung bei der Lebendgeburt nach § 1930 BGB die Berufung der Erben zweiter Ordnung, also insb. die Berufung der Großeltern nach § 1925 BGB, sperren. Würden wir nun annehmen, dass keine Vorwirkung vor der Geburt entsteht, d.h. insb. § 1930 BGB keine Wirkung entfaltet, würden zunächst die Großeltern als Erben zweiter Ordnung berufen. Diese könnten dann frei über die Erbschaft verfügen, bis nichts mehr für den später Geborenen übrigbleibt. Es käme also jedenfalls zu einem material entleerten Schutz der vermögensrechtlichen Absicherung infolge der Schwebezeit. Darüber hinaus müssten dann auch bei echter Rückwirkung auf den Erbfall die Großeltern rückwirkend zu Erbschaftsbesitzern nach § 2018 BGB werden. Denn ihre Erbenstellung würde aufgrund von § 1930 BGB mit der Lebendgeburt gesperrt und damit rückwirkend entfallen. Dies kann weder im Sinne der Großeltern, die dann alles, was sie aus der Erbschaft erlangt haben, herausgeben müssten, noch im Interesse des Rechtsverkehrs sein, da dies zu vielfältigen Rückabwicklungen führen würde. Daher ist es nur interessengerecht, dass eine Vorwirkung eintreten muss, damit nicht nachrangige Ordnungen zuerst berufen und dann wieder entrufen werden, weil ihr (gesetzliches) Erbrecht nachrangig entfällt.

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung mehrfach entschieden, dass bereits im Schwebezustand des § 1923 II BGB eine Ausschlagung mit Wirkung für und gegen den später Geborenen möglich ist.⁶⁶ Hieraus lässt sich schließen, dass bereits eine dergestalt sichere und nicht mehr einseitig störbare Aussicht auf die Erbschaft besteht, dass diese bereits vor dem tatsächlichen Erfolgen als „nicht erfolgt“ angesehen werden kann. Am prä-

66 OLG Stuttgart NJW 1993, 2250 (2250); OLG Oldenburg NJW 1994, 651.

gnantesten zeigt sich die Vorwirkung in § 1963 BGB, der den Schutz des § 1923 II BGB um einen Unterhaltsanspruch der werdenden Mutter bei Bedürftigkeit ergänzt.⁶⁷ Trotz des Wortlauts („aus dem Nachlass“) richtet sich der Anspruch, wie jeder Anspruch iSd § 194 BGB, gegen eine bestimmte Person.⁶⁸ Im Fall der Alleinerbschaft des bereits gezeugten Kindes richtet sich der Anspruch also gegen den erwarteten Erben selbst.⁶⁹ Damit jedoch jemand Anspruchsgegner sein kann, muss dieser zumindest hinsichtlich dieses Anspruchs rechtsfähig sein, also Träger dieser Pflicht sein können. In Zusammenschau mit § 1923 II BGB ergibt sich dann auch, dass der Gesetzgeber sehr wohl von einer Teilrechtsfähigkeit für den Erbfall ausgeht, die darauf gerichtet ist, schon vor der Lebendgeburt vermögensrechtlichen Schutz in Gestalt von Unterhaltsansprüchen, die während der Schewezeit vor der Lebendgeburt gewährt werden, und in Gestalt von Sperrwirkungen, die das spätere Aufrücken ermöglichen, zu bieten.

Damit jedoch in der Systematik des Zivilrechts ein Anwartschaftsrecht bestehen kann, muss es einen Rechtsinhaber geben. Rechtsinhaber kann nur sein, wer Rechtssubjekt ist.⁷⁰ Daher findet sich in § 1923 II BGB zugleich die Zuerkennung der partiellen Fähigkeit, Träger von erbrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein.⁷¹

C. „Rechtssubjekt“ und „Rechtsobjekt“ – ausschließlich ein Ausschließlichkeitsverhältnis?

Unabhängig davon, wie die künftigen Rechte des Embryos zu schützen sind, steht die Frage, wie mit dem Embryo während der Kryokonservierung zu verfahren ist. Denn iRd § 1923 II BGB kommt es auf die Absicherung des künftigen Kindes an, also des Kindes, das dann auch tatsächlich zur Entstehung kommt. Hingegen ist vor der Entstehung zu fragen, wem die Entscheidungsbefugnis im Schewebezustand zuzuordnen ist. Auf-

67 M. Zimmer, in: H. Prütting/G. Wegen/G. Weinreich, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., Hürth 2023, § 1963 Rn. 1.

68 Wolf, Erbrecht (Fn. 65), S. 196.

69 T. Mešina, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, Berlin, § 1963 Rn. 9.

70 Zur Idee, dass § 1923 II BGB über einen *subjektlosen* Zeitraum hinweghilft hingegen J. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurt a.M., 2. Aufl. 1969, S. 169.

71 Vgl. insb. Hillgruber, Nachleben (Fn. 65), 976 f.; Neuner, Allg. Teil (Fn. 21), § 11 Rn. 22. Siehe auch OLG Stuttgart NJW 1993, 2250 (2250).

grund der Extrakorporalität der Embryonen müssen Entscheidungen über diese getroffen werden, die sich fundamental von *in vivo*-Embryonen unterscheiden und damit Zuordnungskonflikte aufwerfen, die sich bis vor der Möglichkeit der Kryokonservierung nicht stellten. Denn Rechte der Frau an körperlicher und reproduktiver Selbstbestimmung überlagern diese Entscheidungen nicht in gleicher Weise wie bei der Intrakorporalität von Embryonen, wo das Recht an ihrer körperlichen Selbstbestimmung so stark überwiegt, dass allenfalls eine Besprechungspflicht aus ehelichen Solidaritätspflichten abgeleitet werden könnte.⁷² Als Kehrseite fällt für den Embryo der natürliche Schutz des mütterlichen Organismus⁴ weg, sodass er besonders dem Zugriff Dritter preisgegeben wird.⁷³ Wer entscheidet in dieser besonderen Situation darüber, ob und wann der Embryo zur Gestation gebracht wird oder ob er endgültig zerstört wird? In der gelebten Praxis werden in aller Regel Verträge mit den Fortpflanzungskliniken geschlossen, die vorsehen, dass nur zu Lebzeiten beider Keimzellspender und gemeinschaftlich über die Embryonen verfügt werden darf. Da Embryonen häufig kryokonserviert werden, um den gemeinsamen Reproduktionswunsch trotz schwerer die Fertilität störende Erkrankungen oder trotz des Alters künftig erfüllen zu können,⁷⁴ offenbart sich bereits auf den ersten Blick das Konfliktpotential.

I. Vorschlag der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung musste erstmals Ende der 2000er-Jahre Stellung zu diesen Fragen beziehen.⁷⁵ Ein sehnlicher Wunsch sowohl der Klägerin als auch des später verstorbenen Ehemanns war es miteinander ein Kind zu zeugen. Hierfür waren sie seit 2002 in reproduktionsmedizinischer Behandlung in der Klinik, die später auch die neun kryokonservierten Embryonen verwahrte. Nach dem Tod des Ehemanns verlangte die Klägerin

72 A. Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 1353 Rn. 42; D. Coester-Waltjen, FamRZ 2015, 1982. Eine Austragungspflicht der Ehefrau bejahend hingegen R. Stürner, Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1994, S. 85.

73 H.-L. Günther, in: H.-L. Günther/J. Taupitz/P. Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl., Stuttgart 2014, B. IV. Rn. 50.

74 Zum Kind als das der Liebe ureigenstes Erzeugnis H. Arendt, Vita Activa, 20. Aufl., München 2019, S. 309.

75 LG Neubrandenburg, Urt. v. 12.08.2009 – 2 O 111/09; OLG Rostock BeckRS 2010, 12238.

die Herausgabe der Embryonen, um sich diese in einer polnischen Reproduktionsklinik implantieren zu lassen. Dies verweigerte die deutsche Klinik unter Verweis auf die mögliche Strafbarkeit der postmortalen Befruchtung.

Die zentrale rechtliche Frage war daher, ob hinsichtlich des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB rechtliche Unmöglichkeit nach § 275 BGB infolge des möglichen Verstoßes gegen § 4 I Nr. 3 ESchG vorliegt.⁷⁶ Unstrittig wurde hingegen angenommen, dass die kryokonservierten 2PN-Zellen Gegenstand eines dinglichen Anspruchs sein können und dass das Eigentumsrecht des verstorbenen Ehemanns auf die eine oder andere Weise auf die noch lebende Ehefrau übergegangen ist, ohne dies näher auszuführen. Hinsichtlich der Einordnung als tauglicher Anspruchsgegenstand iSd § 985 BGB wird darauf verwiesen, dass sich mit der Trennung vom Körper solche Körperteile, die nicht der Bewahrung von Körperfunktionen dienen oder zur Wiedereingliederung bestimmt sind, analog § 953 BGB in Eigentum wandeln.⁷⁷ Hieraus schließt das LG Neubrandenburg, dem sich das OLG Rostock in der Sache anschließt, dass Gameten vor der Verschmelzung, also als 2PN-Zellen, eigentumsfähig seien.⁷⁸

Wenige Jahre später wurden das LG Freiburg und das OLG Karlsruhe mit der entgegengesetzten Rechtsfrage betraut: Hat der überlebende Ehemann einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, um die kryokonservierten Embryonen, die mit seiner verstorbenen Ehefrau erzeugt wurden, seiner neuen Ehefrau implantieren zu lassen? Das LG Freiburg sah zwar, dass zu Lebzeiten Eigentumsrechte der verstorbenen Ehefrau bestanden hätten, diese jedoch vom persönlichkeitsrechtlichen Bezug dergestalt überlagert seien, dass ein sachenrechtlicher Rechtsübergang auf den Erben nicht in Betracht käme.⁷⁹ Hier überrascht dann zumindest, dass nicht gefragt wird, ob das Eigentumsrecht aus der Angehörigenzuordnung höchstpersönlicher Rechte nach dem Tod abgeleitet werden kann.⁸⁰ Auch wird trotz des postu-

76 Verneinend LG Brandenburg, Urt. v. 12.08.2009 – 2 O 111/09 Rn. 31 ff.; Anspruch bejahend hingegen OLG Rostock BeckRS 2010, 12238 LS. 3. Ferner M. Mayr, „Rechte am Embryo“ – Zivil- und familienrechtliche Fragestellungen im Rahmen der in-vitro-Fertilisation, NZFam 2018, 913 (914 ff.).

77 LG Neubrandenburg, Urt. v. 12.08.2010 – 2 O 111/09 Rn. 24 auf (wohl) BGHZ 124, 52 verweisend, was jedenfalls schief erscheint, da der BGH die Zerstörung von Spermazellen hier gerade als Körperverletzung und nicht als Eigentumsverletzung eingeordnet hat. Zur Vererbbarkeit noch getrennter Keimzellen vgl. L. Kunz, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, Berlin, § 1922 Rn. 284 ff.

78 LG Neubrandenburg, Urt. v. 12.08.2010 – 2 O 111/09 Rn. 25 ff.

79 LG Freiburg BeckRS 2015, 126655 Rn. 19.

80 Vgl. etwa BGHZ 15, 249 (259); 50, 133 (139 f.).

lierten „Untergangs“ der Eigentumsrechte mit dem Tode der Ehefrau nicht gefragt,⁸¹ ob die kryokonservierten Vorkernstadien dann herrenlos werden oder aufgrund des Wegfalls der Eigentumsrechte der Ehefrau Alleineigentum des Ehemanns entsteht. Dies erscheint widersprüchlich, da das Miteigentumsrecht der verstorbenen Ehefrau genutzt wird, um die Aktivlegitimation des Ehemanns zu verneinen – wenn ihr Eigentumsrecht jedoch untergegangen ist, besteht kein Miteigentumsrecht der Ehefrau mehr, das sperren könnte.

II. Eigentum zur Stabilisierung und Festigung der Erwartungen

Ob diese Rechtsprechungslinien im Einzelnen richtig sind oder ob die oben skizzierten Probleme gegen die konkrete rechtliche Herangehensweise nach dem Todesfall sprechen, muss für diesen Aufsatz nicht geklärt werden. Geklärt werden soll jedoch, ob die Eigentumsordnung *prima facie* passend für die Interessen der Kryokonservierung ist.

Die Gründe dafür Eigentumsrechte zu verleihen sind plural.⁸² Neben der Eröffnung von Handlungsspielräumen außerhalb der eigenen Person (*Freiheitsaspekt von Eigentum*)⁸³ stabilisieren Eigentumsrechte, die dazu befähigen, andere von dem Gegenstand auszuschließen,⁸⁴ Erwartungshaltungen (*Sicherheitsaspekt von Eigentum*).⁸⁵ Der Sicherheitsaspekt von Eigentumsrechten zielt darauf ab, dass ich die gesicherte Erwartung haben darf, genau diesen Gegenstand ohne Abstimmung mit anderen zu nutzen und damit auch mein Leben mit diesem Gegenstand planen zu können. Ein simples Beispiel für diese Funktion von Privateigentumsrechten bietet etwa das Fahrrad, das für den Arbeitsweg gebraucht wird. Bestünde lediglich ein inklusives Nutzungsrecht, d.i. das Recht das Fahrrad für meine Zwecke zu nutzen, das allerdings nicht dazu befugt, andere von der Nutzung auszuschließen, da diese ein ebenbürtiges Nutzungsrecht haben, könnte ich meinen morgendlichen Arbeitsweg entweder gar nicht einplanen, da das Fahrrad möglicherweise bereits von anderen genutzt wird oder muss mich

81 OLG Karlsruhe BeckRS 2016, 106673 Rn. 15.

82 B. Lomfeld, Property: Philosophy of, in: M. Sellers/S. Kirste (Hrsg.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht 2023, S. 2855 (2857 ff.).

83 Vgl. hierzu Hegel, *Grundlinien* (Fn. 61), § 41.

84 Ein solches Eigentumsrecht ist auch § 903 S. 1 BGB.

85 J. Bentham, *Theory of Legislation*, London 1871, S. 111. Siehe ferner L.T. Hobhouse, *The Elements of Social Justice*, 3. Aufl., London 1949, S. 157 ff.

einem Verteilungsverfahren unterwerfen, um das Fahrrad zumindest an einigen Tagen im Monat nutzen zu dürfen. Ein exklusives Eigentumsrecht befugt hingegen dazu, alle anderen von der Nutzung auszuschließen, sodass die Nutzung des Fahrrads planbar wird und damit meine Erwartungen hinsichtlich dieses Teils meines Lebens stabilisiert werden.

Hinsichtlich der Zuordnung kryokonservierter Embryonen ist das Interesse an Planbarkeit noch größer. Die Vorkernstadien werden eingefroren, um abzusichern, dass überhaupt noch Keimzellen verfügbar sind, sollte nicht unmittelbar mit der Implantation begonnen werden, oder dass noch Keimzellen im Falle des Scheiterns der ersten drei Implantationszyklen vorhanden sind. Gründe hierfür sind insbesondere das erhöhte Alter der Wunschmutter oder ernsthafte Erkrankungen eines der Wunschelternteile, die die Fruchtbarkeit bspw. infolge der Behandlung erheblich stören oder sogar zerstören. Um dennoch die Möglichkeit offen zu halten, genetisch verwandte Kinder zu zeugen, werden 2PN-Zellen kryokonserviert. Hierdurch wird die Erwartungshaltung geschaffen, dass die Reproduktionsmöglichkeit, die (zu Recht) von der Verfassung geschützt wird,⁸⁶ (fort-)besteht. Diese Planungssicherheit beinhaltet, genau diese 2PN-Zellen verwenden zu dürfen und andere von der Nutzung, zB für Forschungszwecke, ausschließen zu können, und damit klar zu wissen, dass genau diese nebeneinander bestehenden Keimzellen für die Fortpflanzung genutzt werden können. Dies ließe sich nicht in vergleichbarer Weise über eine Konstruktion als Körperrecht(e) lösen.⁸⁷ Denn während uns Miteigentumsrechte nach §§ 1008 ff. BGB durchaus bekannt sind und Konflikte rechtlich greif- und lösbar sind, sind dem Rechtssystem Mitkörperrechte gänzlich unbekannt, sodass die Ausgestaltung mehr als unklar erscheint und jedenfalls Rechtsunsicherheit mit sich bringt.

Diesen Planbarkeitserwägungen kann auch eine analoge Anwendung von § 1810 BGB n.F.⁸⁸ nicht adäquat dienen. Denn diese Norm ist darauf gerichtet, künftige Rechte des Embryos im Falle der Lebendgeburt auszuüben.⁸⁹ Daneben muss jedoch überhaupt erst zugeordnet werden, wem die

86 Vgl. zu den verschiedenen Positionen, C. Hillgruber, Gibt es ein Recht auf ein Kind?, JZ 2020, 12 mwN.

87 Etwa angelehnt an BGHZ 124, 52.

88 Hierfür Mayr, Fragestellungen (Fn. 76), 919 f. Siehe ferner BVerfG v. 11.1.2017 – 1 BvR 2322/16 Rn. 14.

89 A. Schneider, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 1810 Rn. 1.

Entscheidungsbefugnis darüber, ob diese Lebendgeburt infolge der Implantation stattfinden wird, zusteht.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen gegen die Einordnung als Eigentumsgegenstand keine Einwände. Zwar gibt das Verfassungsrecht vor, dass auch beginnendes Leben staatlich zu schützen ist, und zwar auch gegenüber der Mutter,⁹⁰ sodass die Einordnung als dispositionsfähiges Eigentumsobjekt dieser Schutzpflicht zuwiderlaufen könnte.⁹¹ Allerdings beruft sich das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auf den Zeitraum ab der Nidation, sodass insbesondere das Vorkernstadium, um das es bei der Kryokonservierung geht, nicht umfasst ist.⁹² Daher steht auch (anders als beim „fertig“ geborenen Menschen) verfassungs- und menschenrechtlich nichts der Annahme entgegen, die Embryonen vor der Nidation und erst recht vor der Kernverschmelzung der Eigentumsordnung zu unterwerfen.

Daher sind die Vorkernstadien eigentumsfähig⁹³ und damit Rechtsobjekt.

III. Disruption des Begriffspaares „Rechtssubjekt/Rechtsobjekt“ – fluides Verständnis statt starrer Unterscheidung?

Kryokonservierte Embryonen sind also sowohl erbfähig als auch eigentumsfähig. Dies verwundert auf den ersten Blick, da das zivilrechtliche Denken gemeinhin strikt zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt⁹⁴ unterscheidet. Zwischen diesen Begriffen gibt es keine Schnittmenge,⁹⁵ da das Rechtssubjekt (potentielle) Herrscherin über einen Rechtskreis ist, in dem die Rechtsobjekte eingeschlossen sind. Rechtsobjekt ist demnach „ein wert-

90 BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (251 f.).

91 Siehe auch EGMR NJW 2016, 3705 Rn. 215.

92 Vgl. zur verfassungsrechtlichen Diskussion H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 1 I Rn. 73, 82 ff. Vgl. ferner *Leopoldina*, Neubewertung (Fn. 4), S. 34.

93 Siehe J.-M. Mössner, in: J. Hager (Hrsg.), BeckOGK-BGB, Stand: 15.03.2024, § 90 Rn. 16.1 mwN.

94 Zur zentralen Stellung im Privatrecht, vgl. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 124 f.

95 *Leipold*, BGB I (Fn. 22), § 30 Rn. 5; ähnlich *Bork*, Allgemeiner Teil (Fn. 65), Rn. 230. Vgl. ferner P. Kreutz, Das Objekt und seine Zuordnung, Baden-Baden 2017, S. 50 f., 434.

haftes Etwas, das von einem Rechtssubjekt gehabt zu werden vermag⁹⁶ und kann gerade nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein, sondern ist stets nur Bezugspunkt,⁹⁷ während das Rechtssubjekt Normadressat ist.⁹⁸

Was es für das Begriffspaar „Rechtssubjekt/Rechtsobjekt“ bedeutet, dass der kryokonservierte Embryo sowohl Träger von erbrechtlichen Pflichten und Rechten als auch Objekt von Eigentumsrechten ist, lässt sich anhand der von *Duncan Kennedy* entworfenen Entwicklungsstufen von Kategorien erklären.⁹⁹ Diese zeichnen nach, wie einmal gebildete Kategorien ihre Bedeutung verlieren und welche Entwicklungsstufen sie dabei durchlaufen. Auf den vorliegenden Fall passt die dritte Entwicklungsstufe: der Kategorienkollaps. Hiernach kollabieren Kategorien dann, wenn Kategorie *Y* Attribut *A* und Kategorie *X* Attribut *B* zugewiesen ist und nun Situationen auftreten, in denen zugleich Attribut *A* und Attribut *B* vorliegen,¹⁰⁰ sodass die klare Unterscheidbarkeit zwischen Kategorie *Y* und Kategorie *X* entfällt, da eine Schnittmenge entsteht. Um diesen Kollaps aufzuzeigen, müssen wir uns zunächst auf den Inhalt der infrage stehenden Kategorien berufen.

Der Kategorie Rechtssubjekt ist das Attribut „konzeptionelles Handeln-Können“ zuzuordnen und ist damit auf die Kant'sche Idee des vernunftbegabten Menschen zurückzuführen,¹⁰¹ der sich selbst binden und verpflichten kann.¹⁰² Die Rechtsordnung hat das „Handeln-Können“ abstrahiert und nimmt dies für jeden fertig geborenen Menschen, gleich seiner konkreten Fähigkeiten, an, vgl. § 1 BGB, Art. 1 I GG.¹⁰³ Es kommt also nicht darauf an, dass konkret sondern dass konzeptionell gehandelt werden kann.¹⁰⁴ Die Kategorie Rechtsobjekt hingegen steht dem diametral gegenüber. Das ihr zugehörige Attribut lautet „Zuordnungsfähigkeit“. Es soll damit gerade „be“handelt werden und nicht selbst handeln. Durch diese „Be“handlungsfähigkeit wird den „Handeln-Könnenden“ zugleich die äußere Freiheit oder Gestalt gegeben, indem ihm etwas außerhalb seiner eigenen Selbst zugeord-

96 *G. Husserl*, *Der Rechtsgegenstand – Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin 1933, S. 1. Hervorhebung der Verfasserin.

97 Treffend *T. Montasser*, *Lexikon der Rechtsbegriffe*, Eltville am Rhein 1991, S. 403.

98 *Bork*, *Allgemeiner Teil* (Fn. 65), Rn. 151; *Leipold*, *BGB I* (Fn. 22), § 30 Rn. 1.

99 *Kennedy*, *Stages* (Fn. 24).

100 *Kennedy*, *Stages* (Fn. 24), 1351 f.

101 *J.-E. Schirmer*, *Rechtsfähige Roboter?*, *JZ* 2016, 660 (663).

102 *Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, AA IV 446; *ders.*, *Die Metaphysik der Sitten*, AA VI 382.

103 *Kritisch Fabricius*, *Relativität* (Fn. 65), S. 235 ff.

104 *D. Medicus/J. Petersen*, *Allg. Teil*, 11. Aufl. 2016, Rn. 1039.

net wird.¹⁰⁵ Im Ausgangspunkt gibt es also keine Schnittmenge zwischen den Kategorien.

Durch die Möglichkeit der Kryokonservierung ist nun ein Wandel von einem genuinen Rechtsobjekt zu einem Rechtssubjekt zu begleiten, der zuvor undenkbar war, wodurch eine Schnittmenge entsteht. Denn bei *in vivo*-Schwangerschaften sind die einzelnen Keimzellen nie Eigentum, sondern stets Körperteil, sodass auch Körperteile, und nicht Eigentumsgegenstände, im Eileiter zur 2PN-Zelle werden und später dort verschmelzen. Keine der Zellen, die den späteren Embryo, Fötus und das spätere Kind ausmachen, ist entsprechend je als Eigentumsgegenstand bzw. Rechtsobjekt zu behandeln. Anders sieht das bei *in vitro*-Fertilisationen aus. Bei ihnen können Zuordnungskonflikte entstehen, die zuvor nicht denkbar waren und sich in der Extrakorporalität der Embryonen begründen. Im Gegensatz zu *in vivo*-Zeugungen, bei denen Embryonen *pars viscerum matris* sind, müssen nun Entscheidungen darüber getroffen werden, wann sie wo und wie genutzt werden. Um diese Entscheidungen zu treffen, müssen sie einer handlungsfähigen Entität zugeordnet werden. Sie sind also im Ausgangspunkt zu „be“handeln. Gleichzeitig werden sie jedoch in absehbarer Zeit zu „konzeptionell Handelnden“, was bereits in diesem frühen Stadium Vorwirkung entfalten muss. Diese Vorwirkung wird über die teilweise Zuerkennung von Rechtsfähigkeit gewährleistet.¹⁰⁶ Damit ist in ein und demselben Moment das Attribut der „Zuordnungsfähigkeit“ und des „konzeptionell Handeln-Könnens“ erfüllt, sodass das Begriffspaar nicht mehr ohne Schnittmenge auskommt; vielmehr befinden sich die kryokonservierten Embryonen zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt.

Dadurch kollabiert die klare Unterscheidung, denn kryokonservierte Embryonen vereinen beide Attribute in sich. Dies bedeutet jedoch in der Folge nicht, dass das Begriffspaar nicht weiterhin einen Mehrwert für die Rechtsanwendung und -lehre haben kann. Vielmehr sollte es jedoch als Typus gedacht werden, mithin als etwas vergleichsweise Konkretes,¹⁰⁷ das sich dadurch auszeichnet, dass „Endpunkte der Strecke festgelegt“ werden.¹⁰⁸ Die konkreten Endpunkte sind dann etwa „jeder lebendgeborene

105 Hegel, Grundlinien (Fn. 61), Zus. zu § 41, §§ 40, 42.

106 Hierzu siehe oben B.III.

107 Vgl. Engisch, Konkretisierung (Fn. 12), S. 228 (229 [239]).

108 Wank, Begriffsbildung (Fn. 16), S. 127.

Mensch ist gesichert Rechtssubjekt¹⁰⁹ und „jede nichtlebendige Sache ist gesichert Rechtsobjekt“. Die weitere Zuordnung erfolgt dann anhand der Ähnlichkeiten zu Endpunkt A oder Endpunkt B. Als ersten Zugriff hat diese Unterscheidung dann weiterhin den Vorteil, auf stilisierten Komponenten zu fußen und damit den Zugang zur Materie zu vereinfachen.¹¹⁰ Für den zweiten Zugriff eröffnet sie darüber hinaus jedoch eine Auseinandersetzung über den bloßen Hinweis, dass diese Entitäten der einen Seite des Begriffspaars zugeordnet werden, jene Entität der anderen Seite, hinaus. Hier muss dann auf die Funktionen der Begriffe abgestellt werden. Die Funktion des Begriffs „Rechtssubjekt“ besteht darin, zumindest konzeptionell handeln zu können und hierfür den Status durch die Rechtsordnung verliehen zu bekommen. Die Funktion des Begriffs „Rechtsobjekt“ besteht darin, jemandem etwas zuordnen zu können und es mithin behandeln zu können. Daher müssen Fragen für einzelne Entitäten separat und ergebnisoffen analysiert werden, wenn sie nicht dem einen oder dem anderen Eckpunkt deutlich entsprechen, um komplexe(re) Lebens- und Rechtsrealitäten abzubilden.

Ob es langfristig einer dritten Kategorie zwischen Handelnden und Behandelten bedarf, um veränderte Lebensrealitäten widerzuspiegeln,¹¹¹ ist eine Frage, die dieser Aufsatz nicht zu klären vermag. Fest steht jedoch, dass Forschungsbedarf hinsichtlich der Bestandskraft des Begriffspaars „Rechtssubjekt/Rechtsobjekt“ besteht, die über die Diskussion der Rechtsfähigkeit autonomer Systeme¹¹² oder Roboter¹¹³ hinausgeht.

D. Schluss

Abschließend ist festzuhalten, dass das Privatrecht auch mit reproduktionsmedizinischen Neuerungen adäquat umgehen kann. Um wertungsmäßig richtige Lösungen herbeizuführen, muss es sich allerdings (zumindest teilweise) von herkömmlichen Begriffen und Begriffspaaren lösen. Nur so kann ein klarerer Blick auf die Normen gewonnen werden und so der Klarstellungsfunktion der Rechtswissenschaft genügt werden. Ein bloßes

109 Zur Pluralität der Rechtsfähigkeit allgemein E. Ehrlich, Die Rechtsfähigkeit, Berlin 1909, S. 2.

110 Hierzu Gold/Smith, Sizing Up (Fn. 10), 501.

111 Tiere als dritte Kategorie einführend, Obergfell, Mitgeschöpfe (Fn. 6), 413 ff.

112 Siehe nur G. Teubner, Digitale Rechtssubjekte?, AcP 2018, 155.

113 Schirmer, Roboter (Fn. 101).

Verstecken hinter Begriffen, wie *nasciturus* oder *nondum conceptus*, genügt nicht. Auch die starre Unterscheidung von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt bildet komplexe Lebensrealitäten in Teilen nicht mehr ab. Stattdessen sind sie funktional und als Spektrum zu begreifen, sodass auch Zwischenstellungen möglich werden.

Karlsruhe als Katalysator familienrechtlicher Disruptionen? Eine exemplarische Analyse entlang der gewandelten Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Abstammungsrecht

Jennifer Reh*

I. Einführung

Die letzte umfassende Reform des Abstammungs- und Kindschaftsrechts erfolgte im Jahr 1998 durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG).¹ Die familiäre Lebenswirklichkeit hat sich seitdem in Folge gewandelter gesellschaftlicher Wertvorstellungen und des reproduktionsmedizinischen Fortschritts stark verändert.² Neben die sog. Kernfamilie, bestehend aus verschiedengeschlechtlichen Eltern mit den von ihnen genetisch abstammenden Kindern, treten zunehmend alternative Familienkonstellationen, in denen die Kinder genetisch nicht von ihren rechtlichen Eltern abstammen oder mehr als zwei Bezugspersonen die Elternrolle wahrnehmen.³ Sozialwissenschaftlich wird dieser familiäre Wandel als Pluralisierung von Elternschaft beschrieben.⁴

Es ist ein bekannter Befund, dass das geltende Familienrecht die Pluralisierung von Elternschaft nicht angemessen abbildet. In der Literatur wird daher schon seit langem eine konzeptionelle Neuausrichtung insb. des Abstammungsrechts – als dem maßgeblichen Teilrechtsgebiet für die

* Die Autorin ist Doktorandin am Lehrstuhl für Dt. Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Georg-August-Universität Göttingen. Für wertvolle Anregungen während der Vorbereitung des Beitrags dankt sie Prof. Dr. Eva Schumann und Prof. Dr. Henrike von Scheliha.

1 Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts v. 16.12.1997, in Kraft getreten zum 1.1.1998, BGBl. I 2942.

2 Siehe zu Letzterem die Beiträge in D. Coester-Waltjen et al. (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014, Göttingen 2015.

3 Zu aktuellen Zahlen BMFSFJ (Hrsg.), Familienreport 2024, Berlin 2024, S. 36 ff.

4 Dazu L. A. Vaskovics, Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft. Konzept zur Analyse von Elternschafts- und Elternkonstellationen, in: D. Schwab/L. A. Vaskovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Opladen 2011, S. 11 ff.

rechtliche Anerkennung und Absicherung gelebter Elternschaft – gefordert.⁵ Ein grundlegender Reformbedarf wird auch auf gesetzgeberischer Ebene gesehen; bereits konkretisierte Reformvorschläge des BMJ schafften jedoch weder in der 19.⁶ noch in der 20. Legislaturperiode⁷ den Weg ins ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Dieser Zustand gesetzgeberischer Stagnation wurde in den vergangenen zwei Jahrzehnten durch zahlreiche korrigierende Einzelreformen durchbrochen, die häufig durch die ordentliche Gerichtsbarkeit,⁸ das BVerfG⁹ oder den EGMR¹⁰ angestoßen bzw. ausdrücklich angemahnt worden sind.

Aus aktuellem Anlass wird in diesem Beitrag das Verhältnis von Karlsruhe und Berlin hinsichtlich grundlegender familienrechtlicher Reformprozesse beleuchtet. Unter der übergreifenden Tagungsperspektive wird der Frage nachgegangen, ob das BVerfG als Katalysator familienrechtlicher Dis-

-
- 5 Siehe nur *T. Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, F 7 f.; BMJV (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht. Abschlussbericht, Köln 2017, S. 13 ff.
 - 6 Vgl. Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts v. 13.3.2019. Zum Reformstand Ende der 19. Legislaturperiode *K. Lugani*, Warten auf die Abstammungsrechtsreform, ZRP 2021, 176 (176 f.).
 - 7 Vgl. Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts (Abstammungsrechtsreformgesetz – AbReG) v. 9.12.2024, der im Wesentlichen auf dem bereits im Okt. 2024 „geleakten“ – ressortübergreifend nicht abgestimmten – Referentenentwurf beruht. Dazu *G. Lies-Benachib/W. Keuter/T. Helms*, Referentenentwürfe werden zu Diskussionsentwürfen: Unterhaltsrecht, Kindschaftsrecht, Abstammungsrecht, FamRZ 2025, 154 (154, 156).
 - 8 Dazu *A. Röthel*, Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: E. Schumann (Hrsg.), Gesetz und richterliche Macht, Berlin 2020, S. 161 (163 ff.).
 - 9 Dazu *G. Britz*, Familienrechtsreform und Verfassungsrecht, in: I. Götz/K. Schnitzler (Hrsg.), 40 Jahre Familienrechtsreform, München 2017, S. 19 (20 ff.); *D. Schwab*, Modernisierung des Familienrechts durch das Bundesverfassungsgericht, AnwBl 2009, 557; *H. Willekens*, Die Geschichte des Familienrechts in Deutschland seit 1794, in: S. Meder et al. (Hrsg.), Frauenrecht und Rechtsgeschichte, Köln 2006, S. 135 (158 f., 163 f.).
 - 10 Dazu *H. v. Scheliha*, Abstrakt-generell oder konkret-individuell. Der Schutz der Familie, der Eltern und des Kindes in der EMRK und im Grundgesetz, in: S. Lukosek/A. Schlüter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 7, Berlin 2024, S. 559 ff.; *E. Schumann*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht, in: dies. (Hrsg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum, Berlin 2015, S. 163 ff.; *P. M. Schulze*, Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR, Frankfurt a.M. 2012, S. 71 ff.

ruptionen fungiert. Die Analyse des disruptiven Potentials der Verfassungsrechtsprechung erfolgt dabei – vor dem Hintergrund des neuen Grundsatzurteils des BVerfG vom 9. April 2024 (1 BvR 2017/21) – exemplarisch entlang der gewandelten Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Abstammungsrecht.

II. Die Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Abstammungsrecht

Die Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Abstammungsrecht hat sich seit dem KindRG bis heute schrittweise vom „juristischen Niemand“ zum jedenfalls verfassungsrechtlich gleichberechtigten Elternteil gewandelt.¹¹ Außerrechtlich wurde diese Entwicklung, neben dem wissenschaftlichen Fortschritt bei der genetischen Abstammungsfeststellung, durch veränderte gesellschaftliche Anschauungen über die Rolle des Vaters sowie entwicklungspsychologische Erkenntnisse zur Kindeswohl-dienlichen Eltern-Kind-Zuordnung begleitet.¹² Innerrechtlich wurde bzw. wird dieser Wandel im Wechselspiel zwischen Karlsruhe und Berlin ausgehandelt.

Jene Rechtsentwicklung ist aus mehreren Gründen besonders geeignet, das disruptive Potential der familienrechtsbezogenen Verfassungsrechtsprechung aufzuzeigen: Zum einen handelt es sich nicht nur um die bedeutendste Reformentwicklung im Abstammungsrecht seit 1998, sondern im Wesentlichen um ein Reformprodukt der Verfassungsrechtsprechung.¹³ Zum anderen stellen die Karlsruher Judikate zum Anfechtungsrecht des „nur“ leiblichen Vaters jeweils Leitentscheidungen zum Gewährleistungsgehalt des Elterngrundrechts aus Art. 6 II 1 GG dar, das die wichtigste verfassungsrechtliche Stellschraube für den Zugang zur rechtlichen Elternschaft bildet.

11 *H. Radtke*, 75 Jahre Grundgesetz – Entwicklungen im Familienverfassungsrecht in der Rückschau. Teil 2, FF 2024, 342 (347).

12 Dazu *A.-C. Brock*, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, Frankfurt a.M. 2020, S. 276 ff.

13 Der EGMR hat diesen Rechtswandel im Abstammungsrecht nur mittelbar beeinflusst. Näher dazu die Ausführungen in Fn. 77. Demgegenüber ist der hier nicht näher behandelte Wandel der Rechtsstellung des leiblichen Vaters im Kindschaftsrecht maßgeblich auf die Rechtsprechung des EGMR zurückzuführen. Dazu *Schumann*, Gerichtshof (Fn. 10), S. 195 ff.

Eine nähere Einordnung der Rechtsentwicklung setzt zunächst die Skizzierung der geltenden Grundlagen der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung voraus (1.), bevor auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG eingegangen wird (2.).

1. Einfachrechtliche Grundlagen: Die Eltern-Kind-Zuordnung im Abstammungsrecht

Die Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters wird relevant, wenn rechtliche und leibliche Elternschaft auseinanderfallen und daher ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem leiblichen Vater und dem (zweiten) rechtlichen Elternteil besteht.

Rechtlicher Elternteil ist die Person, die dem Kind statusrechtlich zugeordnet ist, während der leibliche Elternteil die Person ist, von der das Kind genetisch abstammt, wobei es in der hier betrachteten Konstellation auf die genetische Abstammung durch natürliche Zeugung ankommt. Die Divergenz zwischen rechtlicher und leiblicher Vaterschaft wird durch die abstammungsrechtlichen Zuordnungsregeln der §§ 1592 ff. BGB ermöglicht. Die erste rechtliche Elternstelle wird gem. § 1591 BGB stets durch die das Kind gebärende Frau besetzt. Die zweite rechtliche Elternstelle wird nach geltendem Recht¹⁴ gem. § 1592 BGB durch den Mann besetzt, der 1.) zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, der 2.) die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter nach § 1595 I BGB anerkannt hat, oder der 3.) als Vater gerichtlich festgestellt worden ist. Einzig für die dritte Zuordnungsvariante ist die genetische Abstammung durch ein Abstammungsgutachten nachzuweisen.¹⁵

14 Die exklusive Ausrichtung der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung auf heterosexuelle Elternpaare wird zu Recht kritisiert, vgl. nur *P. Reuß*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 1591 Rn. 52 ff.; *L. Chebout/A. Sanders/D.-S. Valentiner*, Nicht von schlechten Eltern – Verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, 3694. Zur Konventionskonformität nun aber EGMR v. 12.11.2024, Nr. 46808/16 (R.F. and Others vs. Germany). Krit. *H. v. Scheliha*, Anmerkung, FamRZ 2025, 38. Die folgenden Ausführungen orientieren sich zur besseren Nachvollziehbarkeit der verfassungsgerichtlichen Erwägungen – auch im Wortlaut – an der geltenden Rechtslage. Bei Einführung der Co-Mutterschaft gelten die Ausführungen – bei gleicher Interessenlage – entsprechend für das Konkurrenzverhältnis von rechtlicher Co-Mutter und leiblichem Vater. Siehe dazu auch Fn. 102.

15 *M. Wellenhofer*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 9. Aufl., München 2024, § 1592 Rn. 1. Dazu auch *Brock*, Prinzipien (Fn. 12), S. 89 ff.

Zu einem – aus Sicht des leiblichen Vaters ungewollten¹⁶ – Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Vaterschaft kann es kommen, wenn die verheiratete Mutter das Kind mit einem anderen Mann als ihrem Ehemann gezeugt oder wenn die nicht verheiratete Mutter der Vaterschaftsanerkennung durch einen anderen Mann als dem leiblichen Vater des Kindes zugestimmt hat. Ist dem Kind ein anderer Mann als rechtlicher Vater zugeordnet, besteht für den leiblichen Vater nach geltendem Recht keine Möglichkeit, den Status der rechtlichen Vaterschaft parallel zu erlangen. Es gilt das sog. Ein-Vater-Prinzip, wonach jedem Kind nur ein Vater statusrechtlich zugeordnet werden kann.¹⁷ Als Konsequenz der fehlenden rechtlichen Vaterschaft ist der „nur“ leibliche Vater kein Inhaber der rechtlichen Elternverantwortung, sodass er insb. von der Wahrnehmung der elterlichen Sorge nach §§ 1626 ff. BGB ausgeschlossen ist.¹⁸ Gem. § 1685 II bzw. § 1686a BGB hat er unter bestimmten Voraussetzungen nur ein Recht auf Umgang mit dem Kind und auf Auskunft über dessen persönliche Verhältnisse.¹⁹

Die primäre Vater-Kind-Zuordnung kann auf der Sekundärebene im Wege der Vaterschaftsanfechtung gem. §§ 1599 ff. BGB korrigiert werden, sofern sie nicht der genetischen Verbindung entspricht.²⁰ Die erfolgreiche Vaterschaftsanfechtung führt nach § 1599 I BGB mit Wirkung für die Vergangenheit zum Erlöschen des Statusverhältnisses zwischen Kind und rechtlichem Vater, sodass auf diese Weise der Weg für die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zum leiblichen Vater frei wird.²¹

Für den leiblichen, nicht rechtlichen Vater ist nach der gesetzlichen Konstruktion folglich die Berechtigung zur Vaterschaftsanfechtung entscheidend, um die rechtliche Elternverantwortung für sein Kind zu erlangen. Dabei stehen sich das Bestandsinteresse des rechtlichen Vaters und das Zuordnungsinteresse des leiblichen Vaters gegenüber. Hinzutritt das Interesse des Kindes an einer verantwortungsbereiten Vaterperson.²² Bei der Ausge-

16 Das von allen potenziellen rechtlichen Eltern gewollte Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Elternschaft, insb. bei privater bzw. offizieller Samenspende oder in Adoptionsfällen, wird in diesem Beitrag aufgrund der abweichenden Interessenlage nicht behandelt.

17 Dazu *D. Balzer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.7.2024, § 1592 Rn. 127 ff.

18 Eingehend *H. v. Scheliha*, Familiäre Autonomie und autonome Familie, Baden-Baden 2019, S. 47 ff.

19 Dazu *M. Eckebrecht*, „Die geänderte Stellung des Vaters“, NZFam 2016, 673 (677 ff.).

20 *N. Dethloff*, Familienrecht, 33. Aufl., München 2022, S. 302.

21 Zu weiteren Rechtsfolgen *J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl., München 2020, S. 596 ff.

22 *F. Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, Tübingen 2015, S. 261 f.

staltung der Anfechtungsregeln ist also die entscheidende Wertungsfrage, welche Bedeutung der genetischen Verbindung gegenüber der etablierten rechtlichen Statusbeziehung unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes beigemessen wird.

2. Die Entwicklung des Anfechtungsrechts des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Aushandlungsprozess zwischen Karlsruhe und Berlin

Ausgangspunkt der Rechtsentwicklung ist das KindRG von 1998, durch das die Regelungen zur Vaterschaftsanfechtung neu geordnet wurden.²³ Nach §§ 1600, 1600b I BGB 1998 waren nur der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind zur Vaterschaftsanfechtung innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis der anfechtungsrelevanten Umstände berechtigt. Von einer Anfechtungsberechtigung des leiblichen Vaters nahm der Reformgesetzgeber ausdrücklich Abstand: Dessen grundsätzlich anerkanntes Zuordnungsinteresse musste dem absolut zu schützenden Wohl der „sozialen Familie“ weichen.²⁴ Dieser vollständige Ausschluss eines eigenen Zugangs zur rechtlichen Vaterschaft stellte den „nur“ leiblichen Vater – trotz entgegenstehender Forderungen in der Literatur²⁵ – zunächst vollkommen rechtlos.

a) Beschluss des BVerfG vom 9. April 2003 (1 BvR 1724/01)

Dies änderte sich mit Beschluss des BVerfG vom 9. April 2003,²⁶ in welchem sich Karlsruhe erstmals mit der Frage auseinandersetzte, welche

23 Bis 1998 wurde zwischen der Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes – zu der neben dem Ehemann seit 1961 gem. § 1596 BGB 1961 auch das (eheliche) Kind sehr eingeschränkt berechtigt war – und der seit 1970 möglichen Anfechtung der Anerkennungserklärung – zu der gem. § 1600g I BGB 1970 der rechtliche Vater, die Mutter und das (nichteheliche) Kind berechtigt waren – differenziert. Die Vereinheitlichung des Kindschaftsstatus durch das KindRG erforderte eine Neuausrichtung der Vaterschaftsanfechtung. Zur Rechtsentwicklung im 20. Jahrhundert siehe *P. Sauer*, Die Vaterschaftsanfechtung, Aachen 1999, S. 56 ff.

24 BT-Drs. 13/4899, 57 f. Ähnlich schon BT-Drs. V/2370, 32.

25 Dazu *E. Schumann*, Die nichteheliche Familie, München 1998, S. 273 ff. mwN.

26 BVerfGE 108, 82.

Rechtsposition dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater im Abstammungsrecht von Verfassungen wegen einzuräumen sei.²⁷

Der Entscheidung lag eine Konstellation zugrunde, in der der leibliche Vater vor der Geburt des Kindes mit der Mutter zusammengelebt und in den ersten Lebensmonaten überwiegend die Betreuung des Kindes übernommen hatte. Seinem Antrag auf Vaterschaftsanerkennung stimmte die Mutter nicht zu; sein Antrag auf gerichtliche Vaterschaftsfeststellung wurde abgewiesen, da die Mutter zwischenzeitlich der Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes zugestimmt hatte. Der rechtliche Vater nahm aber keinen Anteil an der Pflege und Erziehung des Kindes, vielmehr handelte es sich um eine sog. Gefälligkeitsanerkennung, um den leiblichen Vater aus der rechtlichen Elternschaft zu verdrängen. Der leibliche Vater rügte die Verletzung seines Elterngrundrechts durch den absoluten Ausschluss von der Vaterschaftsanfechtung vor dem BVerfG.²⁸

Neben der konkreten Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 1600 BGB 1998 konkretisierte der Erste Senat in der Entscheidung von 2003 die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 6 II 1 GG hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung in Mehrelternkonstellationen.

aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die abstammungsrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung

Für die Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters ist zunächst entscheidend, ob er als Elternteil im Sinne des Art. 6 II 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist. Gem. Art. 6 II 1 GG ist die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Aufgrund der Normgeprägtheit des Elterngrundrechts bedarf die damit geschützte und gewährleistete Elternverantwortung der einfachrechtlichen Ausgestaltung. Dabei besteht grundsätzlich ein weiter gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum, der durch verfassungsrechtliche Vorgaben begrenzt ist.²⁹

27 Das Ur. beschäftigte sich auch mit dem Umgangsrecht des leiblichen Vaters. Dazu *M. v. Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung im Verfassungsstaat, Tübingen 2021, S. 529 ff.

28 Vgl. BVerfGE 108, 82 (90 ff.).

29 Eingehend *A. Sanders*, Mehrelternschaft, Tübingen 2018, S. 119 ff., 144 ff.

Diese verfassungsrechtlichen Grenzen konkretisierte das BVerfG 2003 in Bezug auf die abstammungsrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung, indem es Strukturmerkmale des Elterngrundrechts herausarbeitete, die bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung zu beachten sind.³⁰ Dazu gehören die vorrechtliche Verankerung des Elterngrundrechts als „natürliches“ Recht,³¹ die Verknüpfung von Elterngrundrecht und einfachrechtlicher Elternverantwortung im Sinne einer umfassenden Rechte- und Pflichtenstellung gegenüber dem Kind³² sowie die Kindeswohlausrichtung des Elterngrundrechts.³³

Aufgrund der Normgeprägtheit des Elterngrundrechts sind seit jeher die rechtlichen Eltern als Schutzsubjekt anerkannt.³⁴ Das BVerfG stellte 2003 jedoch klar, dass sich aus der vorrechtlichen Verankerung des Elterngrundrechts ergebe, dass auch die leiblichen Eltern eines Kindes unabhängig von einer einfachgesetzlichen Statuszuweisung verfassungsrechtlich geschützt seien.³⁵ Aufgrund der „natürlichen“ Anknüpfung des Elterngrundrechts sei der Gesetzgeber zwar grundsätzlich zu einer abstammungsgemäßen Eltern-Kind-Zuordnung angehalten; er dürfe jedoch an gesetzliche Typisierungen anknüpfen.³⁶ Komme es infolgedessen auf einfachrechtlicher Ebene zu einem Auseinanderfallen von leiblicher und rechtlicher Vaterschaft, begründe dies eine „verfassungsrechtlich relevante Väterpluralität“.³⁷

Die damit bestehende verfassungsrechtliche Konkurrenzsituation zwischen rechtlichem und leiblichem Vater löste das BVerfG durch eine gestufte Interpretation des Gewährleistungsgehalts des Art. 6 II 1 GG auf: Während dem rechtlichen Vater als Träger des Elterngrundrechts dessen

30 Die explizite Herausstellung als „prägende Strukturmerkmale“ des Art. 6 II 1 GG erfolgte erst durch das BVerfG-Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 Rn. 34. 2003 wurden die Strukturmerkmale aber bereits inhaltlich adressiert, was sich auch in den Verweisen im Urt. v. 2024 spiegelt. Letzteres stellt dahingehend also keine (umfassende) materielle Neuausrichtung dar, sondern knüpft an die Maßstabbildung aus 2003 an, vereinfacht jedoch den dogmatischen Zugriff durch eine terminologische Klarstellung.

31 BVerfGE 108, 82 (100). Auch BVerfGE 59, 360 (376); BVerfG (Fn. 30), Rn. 34.

32 BVerfGE 108, 82 (102). Auch BVerfGE 61, 358 (372); BVerfG (Fn. 30), Rn. 34, 49.

33 BVerfGE 108, 82 (101 f.). Auch BVerfGE 133, 59 (77); BVerfG (Fn. 30), Rn. 49, 51 f.

34 Vgl. BVerfGE 108, 82 (101). Auch BVerfGE 24, 119 (150); 133, 59 (79).

35 BVerfGE 108, 82 (100 f.).

36 BVerfGE 108, 82 (100).

37 v. Landenberg-Roberg, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 512. Siehe auch BVerfGE 108, 82 (101).

umfassender Gewährleistungsgehalt zugestanden wurde,³⁸ sollte die verfassungsrechtliche Elternstellung des leiblichen Vaters diesem nur einen verfahrensrechtlichen Zugang zur Grundrechtsträgerschaft vermitteln. Durch Art. 6 II 1 GG wurde demnach nur sein Interesse, die Stellung als rechtlicher Vater einzunehmen, geschützt.³⁹

Der leibliche, nicht rechtliche Vater wurde dem rechtlichen, nicht leiblichen Vater damit verfassungsrechtlich nicht gleichgestellt, vielmehr etablierte das BVerfG eine verfassungsrechtliche „Zwei-Klassen-Elternschaft“.⁴⁰ Diese stand unter der Prämisse, dass die Trägerschaft des Elterngrundrechts stets auf zwei Elternteile beschränkt sei.⁴¹ Das BVerfG begründete dies vor allem mit der Kindeswohlausrichtung des Elterngrundrechts: Während eine gleichberechtigte Wahrnehmung der Elternverantwortung durch zwei Elternteile dem Kindeswohl diene, sei bei mehr als zwei gleichberechtigten Elternteilen eine effektive und kindeswohldienliche Verantwortungswahrnehmung mit Blick auf die in Mehrelternkonstellationen regelmäßig bestehenden Rollen- und Kompetenzkonflikte nicht gewährleistet. Zudem fehle es an der im Kindesinteresse notwendigen Verantwortungsklarheit und Verantwortungskontinuität.⁴²

Die exklusive Grundrechtsträgerschaft der rechtlichen Eltern folgte dem BVerfG aus der notwendigen Verknüpfung von Elterngrundrecht und einfachrechtlicher Elternverantwortung: Die Trägerschaft des Elterngrundrechts sei aufgrund der notwendigen Pflichtenbindung an das Innehaben einfachrechtlicher Elternverantwortung geknüpft, die nach der Konzeption des BGB ausschließlich den rechtlichen Eltern zustehe.⁴³ Das BVerfG interpretierte die Trägerschaft des Art. 6 II 1 GG folglich in strenger Akzes-

38 BVerfGE 108, 82 (103).

39 BVerfGE 108, 82 (104). Über die verfassungsdogmatische Einordnung dieser verfassungsgerichtlichen Konstruktion auf Ebene des personellen oder sachlichen Schutzbereichs bzw. als gewährleistungsspezifische Gestaltungsvorgabe wurde in den letzten 20 Jahren viel diskutiert, statt vieler S. *Kallikat*, Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, Baden-Baden 2021, S. 56 ff. mwN. Aufgrund des BVerfG-Urt. v. 9.4.2024 ist diese Diskussion nun hinfällig, weshalb auf eine nähere Erörterung verzichtet wird.

40 Dazu *Sanders*, Mehrelternschaft (Fn. 29), S. 172; v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 514.

41 BVerfGE 108, 82 (101).

42 Vgl. BVerfGE 108, 82 (101 ff.). Eingehend zur Argumentation des BVerfG *Kallikat*, Dogma (Fn. 39), S. 78 ff.; v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 515 ff.; *Sanders*, Mehrelternschaft (Fn. 29), S. 165 ff.

43 Vgl. BVerfGE 108, 82 (102 f.). Dazu eingehend *Kallikat*, Dogma (Fn. 39), S. 50 ff.

sorietät zum einfachrechtlichen Elternstatus⁴⁴ und räumte dem einfachen Gesetzgeber damit – aus normhierarchischer Sicht nicht nachvollziehbar – die Definitionsmacht über die verfassungsrechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters ein.⁴⁵

bb) Verfassungsgerichtliche Prüfung der Anfechtungsregeln

Was bedeuteten diese Erwägungen für die konkrete Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung? Dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater wurde lediglich ein durch das Freiwerden der rechtlichen Vaterstelle aufschiebend bedingtes „Anwartschaftsrecht“ in Bezug auf die Trägerschaft des Elterngrundrechts zugestanden.⁴⁶ Sein verfassungsrechtlich geschütztes Zuordnungsinteresse gewährleistete dabei keine vorrangige Berücksichtigung bei der Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung,⁴⁷ da „[d]ie Abstammung wie die sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft [...] gleichermaßen den Gehalt von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG aus[machen]“.⁴⁸ Das BVerfG betonte zwar das verfassungsrechtliche Gebot, alle grundgesetzlich geschützten Interessen in die gesetzgeberische Abwägung einzubeziehen, stellte das konkrete Abwägungsergebnis aber in das gesetzgeberische Ermessen.⁴⁹

Die in § 1600 BGB 1998 getroffene Abwägungsentscheidung zu Gunsten der über Art. 6 I GG ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Interessen der rechtlich-sozialen Familie wurde somit im Grundsatz nicht beanstan-

44 P. Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, Berlin 2018, S. 194; G. Britz, Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Bd. II/1, München 2017, P II (14 f.).

45 Krit. M. Jestaedt, Eltern im Rechtssinne: Identität und Differenz des Eltern-Begriffs von GG und BGB, in: K. Hilbig-Lugani/P. M. Huber (Hrsg.), Moderne Familienformen, Berlin 2019, S. 13 (26 ff.); v. Landenberg-Roberg, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 512 ff.

46 So Sanders, Mehrelternschaft (Fn. 29), S. 167; Wapler, Kinderrechte (Fn. 22), S. 188; U. Lembke, Was darf der Staat? Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: A. Röthel/B. Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Frankfurt a.M. 2014, S. 37 (54 f.). Ähnlich M. Coester, Reformen im Kindschaftsrecht, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), 20. Deutscher Familiengerichtstag vom 18. bis 21. September 2013 in Brühl, Bielefeld 2014, S. 43 (52). Krit. zu dieser Einordnung Kallikat, Dogma (Fn. 39), S. 60 f.

47 BVerfGE 108, 82 (105 f.).

48 BVerfGE 108, 82 (106).

49 BVerfGE 108, 82 (106).

det.⁵⁰ Allerdings stellte das BVerfG fest, dass diese Schutzinteressen nur dann ins Gewicht fallen dürften, wenn die rechtlichen Eltern und das Kind tatsächlich eine schutzwürdige soziale Familie bildeten. Bloß abstrakte Schutzinteressen könnten den absoluten Ausschluss des leiblichen Vaters vom verfahrensrechtlichen Zugang zur Trägerschaft des Elterngrundrechts im Wege der Vaterschaftsanfechtung hingegen nicht begründen.⁵¹ Das BVerfG erklärte § 1600 BGB 1998 daher insoweit für mit Art. 6 II 1 GG unvereinbar, als dass dem „nur“ leiblichen Vater das Recht zur Vaterschaftsanfechtung auch dann vorenthalten wurde, wenn gar keine schützenswerte sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinen rechtlichen Eltern bestand.⁵²

cc) Würdigung des disruptiven Potentials der BVerfG-Entscheidung von 2003

In Bezug auf das disruptive Potential der Verfassungsrechtsprechung von 2003 lässt sich Folgendes resümieren: Das BVerfG räumte dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater zwar erstmalig⁵³ eine verfassungsrechtliche Rechtsposition ein. Als Elternteil „zweiter Klasse“ wurde die einfachrechtlich zwingend zu gewährleistende Durchsetzung seines Elterngrundrechts aber auf Konstellationen begrenzt, in denen die „intakte“ rechtlich-soziale Familiengemeinschaft nicht gestört wurde. Angesichts dieser verfassungsgerichtlichen Minimalvorgaben für die abstammungsrechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters erscheint das disruptive Potential der BVerfG-Entscheidung von 2003 gering.

Dies zeigt sich auch mit Blick auf die über die konkrete Entscheidungskonstellation hinausgehenden Erwägungen: Aus der verfassungsgerichtlichen Konstruktion der „Zwei-Klassen-Elternschaft“ entwickelten Teile der Literatur das verfassungsrechtliche Dogma der Zwei-Elternschaft, wonach ein Kind von Verfassungs wegen nur zwei rechtliche Elternteile haben könne.⁵⁴ Die Frage nach der Zulässigkeit einer statusrechtlichen Mehrel-

50 BVerfGE 108, 82 (106 ff.).

51 BVerfGE 108, 82 (109 f.).

52 BVerfGE 108, 82 (99).

53 Näher dazu v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 508 f.

54 Eingehend *Kallikat*, Dogma (Fn. 39), S. 43 ff. Siehe auch *A. Röthel*, Wie viele Eltern trägt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: *Hilbig-Lugani/Huber* (Hrsg.), Familienformen (Fn. 45), S. 129 (131 ff.).

ternschaft⁵⁵ und einer entsprechenden Disruption des Abstammungsrechts wurde in nachfolgenden Reformdiskursen zum Teil unter Verweis auf die Entscheidung von 2003 verneint.⁵⁶

b) Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der
Vaterschaft vom 23. April 2004

Der Eindruck eines geringen disruptiven Potentials der Entscheidung von 2003 bestätigt sich in der gesetzgeberischen Umsetzung durch das am 30. April 2004 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft.⁵⁷

In § 1600 I Nr. 2, II BGB wurde dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater ein Anfechtungsrecht unter der Voraussetzung eingeräumt, dass zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht bzw. zum Todeszeitpunkt bestanden hat. Nach der Legaldefinition des § 1600 III 1 BGB liegt diese unwiderleglich vor, wenn der rechtliche Vater für das Kind tatsächlich Verantwortung trägt bzw. getragen hat.⁵⁸ Die Beweislast für das Nichtbestehen der sozial-familiären Beziehung obliegt – trotz Anknüpfung an die für Dritte regelmäßig nicht einsehbare private Familienführung – dem leiblichen Vater.⁵⁹ Maßgeblicher Zeitpunkt für das (Nicht-)Bestehen ist dabei – nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁶⁰ – der Erlass der Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz des Anfechtungsverfahrens.⁶¹ Besteht zum Zeitpunkt der Anfechtungserklärung

55 Statt vieler *Reuß*, Theorie (Fn. 44), S. 192 ff.

56 So *Britz*, Referat (Fn. 44), P 13 f.; *F. Osthold*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, Baden-Baden 2016, S. 99 f. A.A. *Jestaedt*, Eltern (Fn. 45), S. 34 f.; v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 520 ff.; *Sanders*, Mehrelternschaft (Fn. 29), S. 333 ff.; *Coester*, Reformen (Fn. 46), S. 53; *Röthel*, Eltern (Fn. 54), S. 135 f. Zum Diskussionsstand *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier/F. Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 6 Rn. 341 mwN.

57 Gesetz v. 23.4.2004, BGBl. I 598.

58 BGHZ 170, 161 Rn. 15, 31 f.

59 Dazu *T. Rauscher*, in: J. v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4: Familienrecht, Berlin 2011, § 1600 Rn. 44a.

60 Zuletzt BGH FamRZ 2018, 275 (277 f.); a.A. OLG Karlsruhe FamRZ 2010, 1174 (1175); OLG Brandenburg BeckRS 2016, 124510 Rn. 22.

61 Wenn der rechtliche Vater bereits verstorben ist, ist der Todeszeitpunkt entscheidend. Im Einzelnen *Reuß* (Fn. 14), § 1600 Rn. 87 f. Die redaktionelle Klarstellung in § 1600 III 1 BGB, wonach die sozial-familiäre Beziehung „im maßgeblichen Zeitpunkt“ bestehen muss, erfolgte durch das Gesetz zur Ergänzung des Rechts der Anfechtung der Vaterschaft v. 13.3.2008, BGBl. I 313.

noch keine sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater und hat die Anfechtung daher zunächst Aussicht auf Erfolg, kann sich dies je nach Verfahrensdauer ändern und zur Abweisung des Anfechtungsantrags führen.

Die zweijährige, kenntnisabhängige Anfechtungsfrist wird zudem gem. § 1600b I 2 Hs. 2 BGB nicht durch das Vorliegen einer sozial-familiären Beziehung gehemmt.⁶² Das bedeutet, dass die Anfechtungsfrist auch dann ungehindert abläuft, wenn die sozial-familiäre Beziehung zwischen Kind und rechtllichem Vater durchgängig besteht und die Anfechtung für den leiblichen Vater daher faktisch ausgeschlossen ist. Eine spätere Statuskorrektur nach Fristablauf bei Wegfall der sozial-familiären Beziehung scheidet aus Gründen der Rechtssicherheit und Statusbeständigkeit aus.⁶³

Durch die Reformlösung von 2004 wurde dem „nur“ leiblichen Vater damit zwar ein eigener, aber in sachlicher und zeitlicher Hinsicht stark eingeschränkter Zugang zur rechtlichen Vaterschaft gewährt. Bei der Reform orientierte sich der Gesetzgeber insoweit eng an den verfassungsgerichtlichen Erwägungen⁶⁴ und setzte diese nahezu deckungsgleich um. Zum einen wurde lediglich für die konkret vom BVerfG zu entscheidende Konstellation der sog. Gefälligkeitsanerkennung durch den rechtlichen Vater Abhilfe geschaffen.⁶⁵ Anders gelagerte, gleichwohl ausgleichsbedürftige Konstellationen, wie z. B. die bewusste Verzögerung des Anfechtungsverfahrens bis zum Aufbau einer sozial-familiären Beziehung zum rechtlichen Vater⁶⁶ oder die Berücksichtigung einer eigenen sozial-familiären Beziehung des Kindes zum leiblichen Vater,⁶⁷ wurden im Reformprozess nicht erörtert und mussten hinter der pauschalierten Reformlösung zurücktreten. Der Mutter wurde damit faktisch die Entscheidung überlassen, welcher Mann rechtlicher Vater des Kindes werden soll.⁶⁸

Zum anderen erhob der Gesetzgeber die vom BVerfG als Differenzierungskriterium herangezogene „sozial-familiäre Beziehung“ zum entscheidenden (negativen) Tatbestandsmerkmal der Anfechtungsberechtigung des leiblichen Vaters.⁶⁹ Anders als das BVerfG erachtete der Gesetzgeber da-

62 Wellenhofer (Fn. 15), § 1600b Rn. 11.

63 Vgl. BT-Drs. 15/2253, 11, 15.

64 Vgl. BT-Drs. 15/2253, 9.

65 So auch Rauscher (Fn. 59), § 1600 Rn. 10; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (Fn. 21), S. 588; v. Scheliha, Autonomie (Fn. 18), S. 138.

66 So der Sachverhalt vor dem OLG Karlsruhe FamRZ 2010, 1174 (1175).

67 Zu weiteren Fallkonstellationen Reuß (Fn. 14), § 1600 Rn. 86 f.

68 Wellenhofer (Fn. 15), § 1600 Rn. 15. Ähnlich Rauscher (Fn. 59), § 1600 Rn. 12.

69 Vgl. BT-Drs. 15/2253, 11.

bei nicht die sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu beiden rechtlichen Eltern,⁷⁰ sondern allein die sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater für maßgeblich.⁷¹ Mit diesem abstrakt-generellen Vorrang der rechtlich-sozialen Vaterschaft antizipierte und generalisierte der Gesetzgeber die Kindeswohldienlichkeit der fortbestehenden Statusbeziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater.⁷² Folge der Reform war insofern ein offener Wertungswiderspruch zwischen der voraussetzungsreichen Anfechtungsbeziehung des leiblichen Vaters und der voraussetzungsfreien Anfechtung durch die Mitglieder der rechtlich etablierten Familie, da der Schutz der sozial-familiären Beziehung gegenüber letzteren überhaupt keine Rolle spielt.⁷³

Im Ergebnis erfolgte durch die Reform von 2004 also keine Disruption im Abstammungsrecht. Zwar wurde eine eigene abstammungsrechtliche Rechtsposition des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters anerkannt, ihre Durchsetzbarkeit aber auf Ausnahmefälle beschränkt. Statt einer grundlegenden Neukonzeption der Anfechtungsregeln blieb die mit dem KindRG getroffene Interessenabwägung im Grundsatz erhalten.

c) Urteil des BVerfG vom 9. April 2024 (1 BvR 2017/21)

Trotz der aufgeführten Kritikpunkte und reger Reformdiskurse in der Literatur⁷⁴ wurde die Reformlösung in mehreren Entscheidungen des BGH⁷⁵

70 Vgl. v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 527 f.

71 Krit. *Wellenhofer* (Fn. 15), § 1600 Rn. 15; *Helms*, Gutachten (Fn. 5), F 45.

72 v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 534 f., 538; *I. Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrelternschaft, Tübingen 2016, S. 64; *Wellenhofer* (Fn. 15), § 1600 Rn. 28. Krit. *Rauscher* (Fn. 59), § 1600 Rn. 40; *T. Helms*, Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Vaterstellung (Fn. 46), S. 19 (33).

73 Dazu v. *Scheliha*, Autonomie (Fn. 18), S. 461 ff.; *E. Schumann*, Elternschaft nach Kinderwunschbehandlung, in: K. Beier et al. (Hrsg.), Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter, Berlin 2020, S. 69 (91). Zu weiteren Wertungswidersprüchen im Vergleich zum Adoptionsrecht *Wellenhofer* (Fn. 15), § 1600 Rn. 16.

74 Für eine konkret-individuelle Kindeswohlprüfung *M. Wellenhofer*, Die Schranken des Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters gem. § 1600 II, III BGB, FamRZ 2017, 898 (901 ff.); *Rauscher* (Fn. 59), § 1600 Rn. 14 ff. Für ein einheitliches, bloß fristgebundenes Anfechtungsrecht *Helms*, Gutachten (Fn. 5), F 51. Für eine statusrechtliche Mehrvaterschaft *Plettenberg*, Vater (Fn. 72), S. 92 ff.; *K. Aust*, Das Kuckskuckskind und seine drei Eltern, Frankfurt a.M. 2015, S. 279 ff.; *S. Schröder*, Wer hat das Recht zur rechtlichen Vaterschaft?, Frankfurt a.M. 2014, S. 249 ff.

75 BGHZ 170, 161; BGH FamRZ 2018, 41; FamRZ 2018, 275; FamRZ 2021, 1127.

und des BVerfG⁷⁶ zunächst für verfassungskonform gehalten. Auch der EGMR stellte bisher keine Konventionswidrigkeit in Bezug auf Art. 8 I (iVm. Art. 14 I) EMRK fest.⁷⁷ Erst exakt 21 Jahre nach der ersten Leitentcheidung hat der Erste Senat mit Urteil vom 9. April 2024 einen grundlegenden Korrekturbedarf bei der Ausgestaltung der Anfechtungsberechtigung des leiblichen Vaters konstatiert.

Der Entscheidung lag eine Konstellation zugrunde, in der der leibliche Vater und die Mutter für etwa ein Jahr bis kurz nach der Geburt des Kindes als Paar zusammengelebt hatten. Nach der Trennung hatte der leibliche Vater zunächst täglichen, später wöchentlichen Umgang mit dem Kind. Seinem Antrag auf Vaterschaftsanerkennung stimmte die Mutter nicht zu. Sein Antrag auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wurde abgewiesen, weil mittlerweile der neue Partner der Mutter die Vaterschaft mit deren Zustimmung anerkannt hatte. Das durch den leiblichen Vater eingeleitete Anfechtungsverfahren vor dem Familiengericht war zunächst mit Blick auf eine zum Entscheidungszeitpunkt noch fehlende sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtllichem Vater und Kind erfolgreich. Durch die von der Mutter erhobene Beschwerde vor dem OLG Naumburg wurde die Entscheidung aufgehoben, weil im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt

76 BVerfGK 14, 322; BVerfG FamRZ 2014, 277; FamRZ 2015, 817. Im Kammerbeschluss v. 25.9.2018 (BVerfG FamRZ 2019, 124) hat das BVerfG bereits auf die nach Art. 6 II 1 GG notwendige Effektivität des Anfechtungsverfahrens hingewiesen. Eine mögliche Verfassungswidrigkeit des § 1600 II, III 1 BGB wurde jedoch mit Verweis auf eine mögliche verfassungskonforme Auslegung des für das Vorliegen der sozial-familiären Beziehung „maßgeblichen Zeitpunkts“ in § 1600 III 1 BGB nicht thematisiert. Der BGH hat mit Beschl. v. 24.3.2021 (BGH FamRZ 2021, 1127) ein Abweichen von der Maßgeblichkeit des Entscheidungszeitpunkts in der letzten Tatsacheninstanz auf absolute Ausnahmefälle beschränkt. Dazu *F. Osthold*, Anmerkung, FF 2024, 308 (309 f.). Zuletzt wurde 2020 eine gegen § 1600 II, III BGB gerichtete Verfassungsbeschwerde wegen Unzulässigkeit abgewiesen, vgl. BVerfG BeckRS 2020, 2656.

77 EGMR Urte. v. 22.3.2012, Nr. 45071/09 (*Ahrens vs. Germany*); Urte. v. 22.3.2012, Nr. 23338/09 (*Kautzor vs. Germany*); Urte. v. 10.3.2013, Nr. 42719/15 (*Markgraf vs. Germany*): Art. 8 I EMRK schütze zwar das Interesse des leiblichen Vaters am Aufbau einer familiären Beziehung zu seinem Kind („intended family life“), aufgrund eines fehlenden mitgliedstaatlichen Konsens folge daraus aber keine Pflicht, dem leiblichen Vater überhaupt eine Vaterschaftsanfechtung zu ermöglichen. Im Urte. v. 7.6.2024, Nr. 9525/19 (*Vagdalt vs. Hungary*) hat der EGMR nun eine effektivere Ausgestaltung der Vater-Kind-Zuordnung für den leiblichen Vater im ungarischen Recht gefordert, womit sich eine Abkehr von der bisher zurückhaltenden EGMR-Linie im Abstammungsrecht andeutet. Zum Ganzen v. *Scheliha*, Abstrakt-generell (Fn. 10), S. 579 f.

mittlerweile eine sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind bestand.⁷⁸

Der leibliche Vater rügte vor dem BVerfG die Verletzung seines Elterngrundrechts, weil § 1600 II, III BGB es ihm in der Anwendung durch das OLG unmöglich macht, die rechtliche Vaterschaft für sein Kind zu erlangen. Der Erste Senat rekonturierte in seiner Entscheidung zum einen die maßstabsbildenden Erwägungen zur abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung in Mehrelternkonstellationen und nahm zum anderen eine differenzierende Gewichtung der materiellen Abwägungsgesichtspunkte bei der Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung vor.

aa) Rekonturierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die abstammungsrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung

Zunächst hat der Erste Senat die durch das Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Vaterschaft bedingte verfassungsrechtliche Väterpluralität unter Heranziehung der prägenden Strukturmerkmale des Elterngrundrechts⁷⁹ anders aufgelöst als noch in der Entscheidung von 2003: So folge aus der notwendigen Verknüpfung von Elterngrundrecht und einfachrechtlicher Elternverantwortung gerade keine zwingende Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft auf zwei Elternteile.⁸⁰ Der leibliche Vater sei „jedenfalls“ – auch unabhängig von einer status- oder fachrechtlichen Zuweisung der Elternverantwortung – Träger des Elterngrundrechts.⁸¹ Fallen leibliche und rechtliche Elternschaft auf einfachrechtlicher Ebene auseinander, seien folglich mehr als zwei Elternteile Träger des Elterngrundrechts.⁸² Die durch die Entscheidung von 2003 etablierte verfassungsrechtliche „Zwei-Klassen-Elternschaft“ wird damit ausdrücklich aufgegeben⁸³ und die Grundrechtsträgerschaft von der statusrechtlichen Elternstellung entkoppelt.

Diese – nunmehr normhierarchisch konsequente – Auflösung der Gesetzesakzessorietät bei der Bestimmung der Grundrechtsträgerschaft kehrt

78 BVerfG (Fn. 30), Rn. 9 ff.

79 BVerfG (Fn. 30), Rn. 34, 44 f.

80 BVerfG (Fn. 30), Rn. 41.

81 BVerfG (Fn. 30), Rn. 42, 38 f. Dazu A. Sanders, Anmerkung, JZ 2024, 559 (660 f.); M. v. Landenberg-Roberg, Elternpluralität und Grundgesetz, JZ 2024, 530 (538).

82 BVerfG (Fn. 30), Rn. 42.

83 BVerfG (Fn. 30), Rn. 41 mit Verweis auf BVerfGE 108, 82 (102 ff.); 133, 59 (78).

der Erste Senat in der Folge nicht in eine Verfassungsakzessorietät der Stausebene um. Vielmehr wird im Urteil betont, dass aus der Pluralität der Grundrechtsträger kein Anspruch auf eine einfachrechtlich gleichberechtigt ausgestaltete Mehrelternschaft folge.⁸⁴ Der Gesetzgeber könne die verfassungsrechtliche Mehrelternschaft zwar auf der Stausebene spiegeln, dem Kind also mehr als zwei rechtliche Elternteile statusrechtlich zuordnen, verfassungsrechtlich geboten sei eine solche statusrechtliche Mehrelternschaft jedoch nicht.⁸⁵ Der strukturprägenden Kopplung von Elterngrundrecht und einfachrechtlicher Elternverantwortung könne auch bei Festhalten an der statusrechtlichen Zwei-Elternschaft durch eine verhältnismäßige Ausgestaltung der Anfechtungsregeln Rechnung getragen werden.⁸⁶

Diese explizite Rechtsprechungsänderung bzw. -klarstellung – die Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft des „nur“ leiblichen Vaters einerseits und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der statusrechtlichen Mehrelternschaft andererseits – stützt das BVerfG primär auf entwicklungspsychologische Erkenntnisse: Dem Kindeswohl regelmäßig abträgliche Kompetenzstreitigkeiten und Schwierigkeiten bei der Verantwortungszuordnung in Mehrelternkonstellationen haben ihre Ursache demnach nicht in der Grundrechtsträgerschaft als solcher oder der Anzahl rechtlicher Eltern auf der Stausebene. Eine verfassungs- bzw. statusrechtliche Mehrelternschaft sei daher nicht von vornherein mit dem Kindeswohl unvereinbar und stehe der strukturprägenden Kindeswohlausrichtung des Elterngrundrechts nicht entgegen.⁸⁷ Potenziellen Rollen- und Kompetenzkonflikten in Mehrelternkonstellationen müsse der Gesetzgeber folglich nicht zwingend durch einen Ausschluss auf Stausebene begegnen, sondern könne diese auch durch eine abgestufte Rechte- und Pflichtenstellung auf „Fachebene“, insb. mittels differenzierender Ausgestaltung der sorgerechtlichen Befugnisse, aufgreifen.⁸⁸

Mit dieser dogmatisch überzeugenden Rekonturierung des Gewährleistungsgehalts des Art. 6 II 1 GG weitet das BVerfG den Grundrechtsschutz des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters bedeutend aus, der nun als verfassungsrechtlich gleichberechtigter Elternteil gilt. Mit den damit einher-

84 BVerfG (Fn. 30), Rn. 34.

85 BVerfG (Fn. 30), Rn. 42.

86 BVerfG (Fn. 30), Rn. 45 ff.

87 BVerfG (Fn. 30), Rn. 60 ff.

88 BVerfG (Fn. 30), Rn. 43, 59. Zur Sinnhaftigkeit einer Mehrelternschaft in der vorliegenden Konstellation *Sanders*, Anmerkung (Fn. 81), 562; *B. Heiderhoff*, Ein großer Lobgesang des BVerfG auf den leiblichen Vater als irritierendes Störgeräusch, NJW 2024, 1700 (1702 f.); *P. Langer*, Anmerkung, NZFam 2024, 551 (553).

gehenden Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der statusrechtlichen Mehrelternschaft wird zugleich der gesetzgeberische Ausgestaltungsradius erweitert bzw. werden die in dieser Hinsicht bestehenden Unsicherheiten in der Verfassungsinterpretation beseitigt.

bb) Verfassungsgerichtliche Revision des Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters

In Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung betont das BVerfG, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verpflichtet sei, eine statusrechtliche Elternschaft des leiblichen Vaters neben den rechtlichen Eltern einzuführen. Bei Festhalten an der statusrechtlichen Zwei-Elternschaft biete die Korrektur der statusrechtlichen Zuordnung im Wege der Vaterschaftsanfechtung dem leiblichen Vater grundsätzlich ein verfassungskonformes Verfahren zur Erlangung der rechtlichen Elternschaft, sofern dieses verhältnismäßig ausgestaltet sei.⁸⁹

Diesbezüglich stellt der Erste Senat klar, dass die aktuelle Ausgestaltung des § 1600 II, III 1 BGB dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade nicht genügt.⁹⁰ Zwar bestehe auch nach der Rechtsprechungsänderung zur verfassungsrechtlichen Stellung des leiblichen Vaters kein abstraktes Rangverhältnis zwischen leiblicher und rechtlich-sozialer Vaterschaft, sodass in die gesetzgeberische Abwägung alle verfassungsrechtlich geschützten Interessen – namentlich des Kindes, der sozialen Familie, des rechtlichen und des leiblichen Vaters sowie der Mutter – einzubeziehen seien.⁹¹ Hinsichtlich der in § 1600 II, III 1 BGB getroffenen abstrakt-generellen Interessenabwägung nimmt der Erste Senat aber eine differenzierende Gewichtung der materiellen Abwägungsgesichtspunkte vor: Nach der gesetzlichen Konstruktion finde weder eine eigene (ggf. auch nur vormalig) bestehende sozial-familiäre Beziehung zwischen leiblichem Vater und Kind, die ebenfalls durch Art. 6 I GG verfassungsrechtlich geschützt sei, noch ein frühzeitiges und umfassendes Bemühen des leiblichen Vaters um die rechtliche Vaterschaft hinreichende Berücksichtigung.⁹² Der (Miss-)Erfolg des Anfechtungsverfahrens stehe dadurch außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten des leiblichen Va-

89 BVerfG (Fn. 30), Rn. 45 ff., 69 f.

90 BVerfG (Fn. 30), Rn. 47, 81.

91 BVerfG (Fn. 30), Rn. 48 ff., 90.

92 BVerfG (Fn. 30), Rn. 49, 81 ff., 91 f.

ters; sein Zugang zur rechtlichen Vaterschaft sei vielmehr von „Zufällen der zeitlichen Abfolge der Ereignisse, dem Willen der Mutter, den Einwirkungsmöglichkeiten des Jugendamts und der Auslastung der Familiengerichte abhängig“.⁹³ Zudem habe die rechtliche Vaterschaft sogar dann Vorrang, wenn gar keine sozial-familiäre Beziehung mehr zwischen rechtllichem Vater und Kind bestehe, weil es keine Möglichkeit der Wiederaufnahme eines abgeschlossenen Anfechtungsverfahrens gebe. Der leibliche Vater werde dadurch dauerhaft aus der rechtlichen Elternstellung verdrängt, obwohl dieser bei Wegfall der sozial-familiären Beziehung zum rechtlichen Vater keine konfligierenden Grundrechte entgegenstünden.⁹⁴ Die Gewährleistung von Statusklarheit und Statusbeständigkeit allein könne diese Beschränkung mangels verfassungsrechtlichen Gewichts nicht rechtfertigen.⁹⁵ Auch generalisierte Kindesinteressen sprächen laut BVerfG nicht für eine solche Restriktion, da jedenfalls bei fehlender sozial-familiärer Beziehung zum rechtlichen Vater keine generelle Schutzbedürftigkeit des Kindes im Hinblick auf den Ausschluss der rechtlichen Elternschaft des leiblichen Vaters bestehe.⁹⁶ Das Anfechtungsverfahren sei aus den genannten Gründen im Ergebnis nicht hinreichend effektiv ausgestaltet und beeinträchtige den leiblichen Vater daher unangemessen in seinem Elterngrundrecht.⁹⁷

Den durch Art. 6 II 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Zugang des leiblichen Vaters zur rechtlichen Elternschaft stärkt das BVerfG damit hinsichtlich seiner Durchsetzbarkeit. Dem Gesetzgeber ist aufgegeben, die Rechtslage bis zum 30. Juni 2025 mit der Verfassung in Einklang zu bringen: Laut BVerfG könne der Verfassungsverstoß – bei Festhalten an der statusrechtlichen Zwei-Elternschaft – entweder durch eine Effektivierung der Anfechtungsvoraussetzungen oder durch die Einräumung rechtlicher Elternverantwortung für den leiblichen Vater, auch unabhängig von einer etwaigen Statuszuordnung, behoben werden.⁹⁸ Diesbezüglich betont der Erste Senat das gesetzgeberische Gestaltungsermessen und hält sich mit gesetzeskonkretisierenden Vorgaben zurück.

93 BVerfG (Fn. 30), Rn. 93.

94 BVerfG (Fn. 30), Rn. 84, 96 f.

95 BVerfG (Fn. 30), Rn. 81, 84, 97.

96 BVerfG (Fn. 30), Rn. 99 ff. Krit. *Heiderhoff*, Lobgesang (Fn. 88), 1702; *P. Reuß*, Anmerkung, FamRZ 2024, 863 (865).

97 BVerfG (Fn. 30), Rn. 30, 67, 71 ff. Ähnlich schon BVerfG FamRZ 2019, 124 (126).

98 BVerfG (Fn. 30), Rn. 110, 112 f.

cc) Würdigung des disruptiven Potentials der BVerfG-Entscheidung von 2024

Was lässt sich zum disruptiven Potential der Verfassungsrechtsprechung aus dieser neuen Entscheidung ziehen? Das BVerfG interpretiert den Schutzbereich des Art. 6 II 1 GG in Mehrelternkonstellationen grundlegend neu.⁹⁹ Der leibliche, nicht rechtliche Vater ist nunmehr verfassungsrechtlich gleichberechtigter Elternteil und nicht mehr Elternteil „zweiter Klasse“. Für die konkrete Ausgestaltung der Vater-Kind-Zuordnung bedeutet diese paradigmatische Stärkung der verfassungsrechtlichen Position des leiblichen Vaters, dass seine verfassungsrechtlich geschützten Interessen nicht mehr pauschal hinter der rechtlich-sozialen Vaterschaft zurücktreten dürfen, sondern vom Gesetzgeber sorgfältig und umfassend zu würdigen sind. Damit ist keine verfassungsrechtliche „Biologisierung“ des Abstammungsrechts verbunden.¹⁰⁰ Die rechtlichen, nicht leiblichen Eltern werden in der Folge nicht zu Grundrechtsträgern „zweiter Klasse“ degradiert,¹⁰¹ vielmehr ist der Gesetzgeber gehalten, in Konstellationen der verfassungsrechtlichen Mehrelternschaft eine einzelfallgerechte Lösung auf Status- und/oder Fachebene zu gewährleisten, bei der die gleichrangigen Verfassungsgüter in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind.¹⁰² Dabei misst das BVerfG dem konkreten Kindeswohl das entscheidende Gewicht bei.¹⁰³ Der Schutz der sozial-familiären Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater ist vor diesem Hintergrund weiterhin zulässiger Abwägungsgesichtspunkt. Da es sich dabei aber um eine Realbeziehung handelt, ist jedoch die zwangsläufige

99 Zur verfassungsdogmatischen Bedeutung *v. Landenberg-Roberg*, Elternpluralität (Fn. 81), 536 ff.

100 Krit. in diese Richtung *Heiderhoff*, Lobgesang (Fn. 88), 1702 f.

101 *Sanders*, Anmerkung (Fn. 81), 560.

102 Die Ausführungen des BVerfG beschränken sich auf die konkrete Mehrelternkonstellation, in der der leibliche Vater nicht (bewusst) auf die rechtliche Vaterschaft verzichtet hat. Anders gelagerte Konstellationen werden in den Entscheidungsgründen mangels Sachzusammenhangs konsequenterweise nicht aufgegriffen. Das Urte steht der Einführung einer statusrechtlichen Co-Mutterschaft in Fällen einer offiziellen oder privaten Samenspende insofern nicht entgegen, da der leibliche Vater in diesen Fällen in der Regel von vornherein keine Elternverantwortung wahrnehmen möchte und auf seine Elternrolle verzichtet. Dazu *Sanders*, Anmerkung (Fn. 81), 560 f.

103 Siehe auch *v. Scheliha*, Abstrakt-generell (Fn. 10), S. 580 f.; *Sanders*, Anmerkung (Fn. 81), 563.

Dynamik und Veränderlichkeit der sozialen Realität in der Interessenabwägung hinreichend zu berücksichtigen.¹⁰⁴

Die abstrakt-generelle Eltern-Kind-Zuordnung auf der Primärebene wird damit – bei Festhalten an der statusrechtlichen Zwei-Elternschaft – deutlich stärker als bisher der konkret-individuellen Korrektur auf der Sekundärebene zugänglich gemacht.¹⁰⁵ Über die Etablierung der verfassungsrechtlichen Mehrelternschaft hinausgehend, wurzelt das hohe disruptive Potential des Urteils in dieser verfassungsrechtlich vorgegebenen, konkret-individuellen Reformperspektive für das Abstammungsrecht. Insgesamt wird damit die Offenheit der Verfassung gegenüber der faktischen Pluralisierung von Elternschaft betont.¹⁰⁶ Durch den weiten Umsetzungsspielraum des Urteils erschöpft sich die rechtspolitische Einflussnahme Karlsruhes insoweit in einem Appell in Richtung Berlin, die vielfältige Lebensrealität in den notwendigen Reformarbeiten umfassend und differenzierend zu berücksichtigen.

d) Ausblick: Diskussionsentwurf des BMJ vom 9. Dezember 2024

In näherer Zukunft wird eine große Disruption des Abstammungsrechts durch Einführung einer statusrechtlichen Mehrelternschaft wohl ausbleiben. Der noch in der 20. Legislaturperiode am 9. Dezember 2024 veröffentlichte Diskussionsentwurf des BMJ für ein Abstammungsrechtsreformgesetz (AbReG-E) lässt aber eine umfassende Revision der Regelungen zur Vaterschaftsanfechtung erkennen,¹⁰⁷ die auch die disruptiven Erwägungen des BVerfG berücksichtigt.¹⁰⁸

Die Anfechtung durch den leiblichen Vater, aber auch durch die Mutter und das Kind, soll bei Vorliegen einer schutzwürdigen sozial-familiären

104 Ähnlich *Sanders*, Anmerkung (Fn. 81), 562 f.; v. *Landenberg-Roberg*, Elternpluralität (Fn. 81), 537 f.; v. *Scheliha*, Abstrakt-generell (Fn. 10), S. 580.

105 Nach geltendem Recht ist die konkrete Kindeswohlbedienlichkeit lediglich für die Vaterschaftsanfechtung durch den gesetzlichen Vertreter gem. § 1600a IV BGB Voraussetzung. Dazu *Wellenhofer* (Fn. 15), § 1600a Rn. 13 ff.

106 Ähnlich v. *Landenberg-Roberg*, Elternpluralität (Fn. 81), 537; *Langer*, Anmerkung (Fn. 88), 554; v. *Scheliha*, Abstrakt-generell (Fn. 10), S. 580. Krit. *Heiderhoff*, Lobgesang (Fn. 88), 1700 ff.

107 Vgl. §§ 1597–1597i AbReG-E, Diskussionsentwurf (Fn. 7), S. 13 ff.

108 Der Entwurf wurde erst nach Fertigstellung des Manuskripts veröffentlicht. Eine ausführliche Besprechung findet sich bei *T. Helms*, Referententwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts v. 4.10.2024, *FamRZ* 2024, 1917 (1920 ff.).

Beziehung zwischen dem Kind und dem zweiten rechtlichen Elternteil gem. § 1597i I AbReG-E nur Erfolg haben, wenn der Fortbestand der rechtlichen Elternschaft nicht der Billigkeit entspricht. Bei Minderjährigkeit des Kindes soll diejenige Entscheidung billig sein, die dem Kindeswohl unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten am besten entspricht. In der Interessenabwägung soll nach § 1597i II AbReG-E insb. das Erlangungsinteresse des leiblichen Vaters berücksichtigt werden, das bei einer eigenen schutzwürdigen sozial-familiären Beziehung zum Kind besonders schwer wiegt.¹⁰⁹

Solange eine schutzwürdige sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum zweiten rechtlichen Elternteil besteht, soll nach § 1597c IV 2 AbReG-E die zweijährige Anfechtungsfrist gehemmt werden. Die Hemmung soll nach S. 3 enden, sobald die anfechtungsberechtigte Person Kenntnis von Umständen erlangt, die für den Wegfall der Schutzwürdigkeit der sozial-familiären Beziehung sprechen.¹¹⁰ In § 1597i IV AbReG-E werden als abschließende Regelbeispiele¹¹¹ für den Wegfall der Schutzwürdigkeit u. a. der Tod des rechtlichen Elternteils, ein mind. einjähriger Umgangsabbruch oder eine bestehende Haushaltsgemeinschaft von leiblichem Vater, Mutter und Kind genannt.

Diese Reformvorschläge orientieren sich an der vom BVerfG als Alternative zur statusrechtlichen Mehrelternschaft erwogenen konkret-individuellen, Kindeswohlorientierten Ausrichtung der Vaterschaftsanfechtung. Vor dem Hintergrund der Umsetzungsoffenheit des BVerfG-Urteils wird dabei eine eigenständige Reformperspektive eingenommen, die die verfassungsrechtlichen Erwägungen weiterdenkt. Dies zeigt sich besonders deutlich in der revidierten Fristhemmung, die den Wegfall der Schutzwürdigkeit der sozial-familiären Beziehung nicht nur in der vom BVerfG angesprochenen Konstellation der „Zweit-Anfechtung“ berücksichtigt.¹¹² Zu bedenken ist allerdings, dass keine eigenen Kriterien für die abstammungsrechtliche Kindeswohlprüfung vorgegeben werden und die Entwurfsbegründung selbst die eindeutige Bestimmbarkeit der Kindeswohldienlichsten Entscheidung bezweifelt.¹¹³ Ob die damit einhergehende Entscheidungsmacht der Familiengerichte sich als praxistauglichere und tatsächlich Kindeswohldienlichere

109 Diskussionsentwurf (Fn. 7), S. 189 f.

110 Diskussionsentwurf (Fn. 7), S. 177 f.

111 Diskussionsentwurf (Fn. 7), S. 191.

112 Vgl. Diskussionsentwurf (Fn. 7), S. 177 f., 186 ff.

113 Vgl. Diskussionsentwurf (Fn. 7), S. 189. Krit. zur Übertragung der für Sorge- und Umgangsverfahren entwickelten Kindeswohlkriterien auf Abstammungsverfahren

Lösung gegenüber einer statusrechtlichen Mehrelternschaft mit differenzierender Verantwortungszuweisung auf sorgerechtlicher Ebene erweist, wird sich zeigen. Für den Moment ist zu hoffen, dass diese Reformpläne in der 21. Legislaturperiode zügig weitergedacht und mit der Fachöffentlichkeit diskutiert werden, um rechtzeitig vor Ablauf der Umsetzungsfrist jedenfalls für die Vaterschaftsanfechtung eine nachhaltige Reformlösung zu finden.

Dass es in diesem Zuge zu einer umfassenden Reform des Abstammungsrechts kommen wird, ist angesichts der wenigen verbleibenden Zeit bis zum 30. Juni 2025 und der gerade erst neu konstituierten parlamentarischen Mehrheit unwahrscheinlich. Wünschenswert wäre, dass die dringend notwendige Gesamtreform des Abstammungsrechts und weiterer Teilbereiche des Familienrechts nicht wieder ans Ende der Legislatur geschoben, sondern von Anfang an proaktiv verfolgt wird – nur so kann der Gesetzgeber den bisherigen Modus der familienrechtlichen „Reparaturgesetzgebung“ durchbrechen.

III. Beobachtungen zum disruptiven Potential der Verfassungsrechtsprechung im Familienrecht

Die exemplarische Analyse der gewandelten Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Abstammungsrecht zeichnet insgesamt ein ambivalentes Bild des disruptiven Potentials der Verfassungsrechtsprechung im Familienrecht. Dabei ist zwischen dem disruptiven Wandel in der Interpretation des Familienverfassungsrechts und den verfassungsgerichtlichen Möglichkeiten einer disruptiven Einwirkung auf das BGB-Familienrecht zu differenzieren.

Zunächst zeigt sich, dass das BVerfG eine lebendige Verfassungsinterpretation praktiziert, die der Dynamik familiärer Lebensrealitäten grundsätzlich offen gegenübersteht.¹¹⁴ Das BVerfG rezipiert den familialen Wandel in der Auslegung des Art. 6 GG – auch unter disruptiver Neuausrichtung seiner bisherigen Spruchpraxis. Disruptionen im Familienverfassungsrecht erfolgen dabei nicht ad hoc, sondern schrittweise unter Heranziehung wis-

BMJV, Arbeitskreis (Fn. 5), S. 52. Siehe auch *Helms*, Referentenentwurf (Fn. 108), 1922.

114 *H. Radtke*, 75 Jahre Grundgesetz – Entwicklungen im Familienverfassungsrecht in der Rückschau. Teil 1, FF 2024, 271 (271). Dazu allg. *A. Vofßkuhle*, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, JuS 2019, 417.

senschaftlich konsentierter Erkenntnisse bzw. genauer Prüfung der gesellschaftlichen Entwicklungen.¹¹⁵

Hinsichtlich einer potenziell disruptiven Einwirkung auf das BGB-Familienrecht erscheint die Rechtsprechung des BVerfG demgegenüber zurückhaltender.¹¹⁶ Die Entscheidung von 2003 und die daran anschließende Reform von 2004 verdeutlichen, dass nicht jede verfassungsgerichtliche Intervention eine Disruption im BGB-Familienrecht nach sich zieht. Paradigmatische Einwirkungsmöglichkeiten des BVerfG sind dabei auch von vornherein beschränkt: Das BVerfG kann der Sache nach nur über die Verfassungswidrigkeit der konkret gerügten Einzelregelung entscheiden;¹¹⁷ es ist dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen, ob er die darüberhinausgehenden verfassungsgerichtlichen Erwägungen und Impulse für eine umfassendere Reform berücksichtigt.¹¹⁸

Hinsichtlich der Interventionskraft des BVerfG zeigt die exemplarische Analyse zudem, dass das BVerfG bisweilen eher vorsichtig agiert und Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung abwartet.¹¹⁹ Die gesetzgeberische Ermahnung wird insoweit als *ultima ratio* beansprucht, wenn keine anderen Möglichkeiten zur Herstellung eines verfassungskonformen Zustands bestehen.¹²⁰ Die konkrete rechtspolitische Gestaltungsmacht des BVerfG hängt zudem auch davon ab, wie eng sich der Gesetzgeber an den verfassungsgerichtlichen Vorgaben orientiert. Zum „Ersatzgesetzgeber“¹²¹ wird das BVerfG vor allem dann, wenn sich der Gesetzgeber aus der

115 Siehe auch BVerfGE 133, 59 (79 ff.). Dazu G. Britz, Wandel von Ehe- und Familienvorstellungen im und durch Verfassungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016, S. 291 (297 f.). Krit. zur „diagnostischen“ Tätigkeit des BVerfG im Kontext des Art. 6 I GG D. Hirzel, Macht und Methode, Berlin 2023, S. 184 ff.; C. Bäcker, Begrenzter Wandel, AöR 2018, 339.

116 Ähnlich zur Rolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit Röthel, Bewältigung (Fn. 8), S. 193 ff.

117 Vgl. H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu et al. (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 63. EL Juni 2023, § 78 Rn. 39 ff.

118 Zur Bindungswirkung der Maßstabsbildung des BVerfG O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 161 ff.

119 In diesen Zusammenhang lassen sich mit Blick auf die Reformpläne der Bundesregierung zur Einführung der Co-Mutterschaft auch die bisher nicht verhandelten Normkontrollanträge und Verfassungsbeschwerden gegen § 1592 Nr. 1 BGB wegen verfassungswidriger Diskriminierung queerer Elternpaare einordnen. Krit. Chebout et al., Eltern (Fn. 14), 3694 f.

120 Ähnlich defensiv BVerfGE 107, 150 (179 f.).

121 Dazu Lepsius, Gewalt (Fn. 118), S. 165 f. mwN.

Entscheidungsverantwortung zieht und auf die enge Umsetzung verfassungsgerichtlicher Minimalvorgaben beschränkt.¹²² Die Gesetzesreformen, die in den letzten Jahren im Abstammungs- und Kindschaftsrecht auf Veranlassung des BVerfG ergangen sind,¹²³ beschränken sich auf einen solchen flickenartigen Reparaturbetrieb,¹²⁴ der zu zahlreichen Wertungswidersprüchen und Leerstellen im geltenden Familienrecht geführt hat.¹²⁵ Der Weg zu einer kohärenten familienrechtlichen Reformgesetzgebung bedingt insoweit aber auch eine dogmatisch klare Verfassungsinterpretation seitens des BVerfG: Je eindeutiger die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch das BVerfG artikuliert werden – ohne damit notwendigerweise die einfachrechtlichen Gestaltungskorridore konkret vorzuzeichnen –, desto deutlicher tritt der das BGB-Familienrecht prägende und formende verfassungsrechtliche Rahmen als Orientierung für den Gesetzgeber hervor.

Gesamtbetrachtend lässt sich mit Blick auf die eingangs aufgeworfene Frage Folgendes resümieren: Karlsruhe fungiert in erster Linie als Katalysator familienrechtlicher Einzelreformen. Das BVerfG erhöht bei anhaltender Untätigkeit des Gesetzgebers dessen reformgebende Reaktionsgeschwindigkeit durch mahnende Interventionen. Dabei setzt Karlsruhe auch, aber nicht immer disruptive Impulse. Die disruptive Ausrichtung einer umfassenden Gesamtreform der einzelnen Teilbereiche des Familienrechts liegt insoweit in der Entscheidungsverantwortung Berlins. Unter Berücksichtigung des zunehmenden Einflusses des EGMR im Familienrecht erscheinen familienrechtliche Disruptionen insgesamt als langwierige, mehrstufige Prozesse, die maßgeblich vom Reformwillen des Gesetzgebers abhängen.

122 Ähnlich zum Reformgesetz von 2004 orientierte sich der Gesetzgeber auch bei der Reform des Sorgerechts des Vaters eines nichtehelichen Kindes von 2013 (BGBl. I 795) eng an den Vorgaben aus BVerfGE 127, 133 (164 f.). Dazu v. *Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Fn. 27), S. 502 ff.

123 So wurde z. B. das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren v. 26.3.2008, BGBl. I 441, durch BVerfGE 117, 202 veranlasst. Dazu *Brock*, Prinzipien (Fn. 12), S. 265 ff.

124 So auch *C. Straub*, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht, Baden-Baden 2020, S. 454 f.; *Coester*, Reformen (Fn. 46), S. 44 f.

125 Ein weiteres „Opfer“ der Reparaturgesetzgebung ist die unvollkommene Rechtsstellung des nichtehelichen Stiefelternteils, vgl. BMFSFJ (Hrsg.), Neunter Familienbericht, Berlin 2021, S. 96 ff.