ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Dezember 2015 Heft 2/2015 Seiten 44 - 88

Editorial	Prof. W. Hoffmann-Riem	Legal Protection against surveillance by intelligence agencies	44
Aufsätze	Moritz Ahlers	Dynamisierung des zu gewährleistenden Universaldienstes im Zuge des technischen Fortschritts	51
	Victoria Kurczinski	Markenrechtsverletzungen im Internet	57
	Tilman Koops	Deliktische Haftung wegen Mängeln der gekauften Sache nach englischem und deutschem Recht	63
	Caroline Lasthaus	Schiedsgericht als letzte Instanz? Konsequenzen aus dem Fall Pechstein	70
	Severin Pretzel	Kollektivvertragsoffene Allgemeine Arbeitsbedingungen	76
	Eva Neumann	Völkerrechtliche Aspekte einer koreanischen Wiedervereinigung	82

www.law-journal.de

Redaktion der Ausgabe 2/2015

Mesut Akbaba
Janis Beckedorf
Julia Bräuer
Paul Bülow
Katja Bueschler
Corinna Coupette
Niklas Dehio
Ben Fuhrmann
Lauritz Gerlach
Fabian Hoell
Lucas Jürrs
Maximilian Kunzelmann
Andreas Lange
Georg Lorenz
Oliver Neuner
Fabian Paehr
Lukas Posch
Christoph Rathert
Pia Richter
Fabian Schulze
Nico Schröter
Ivo Wanwitz
Kilian Wegner

Korrespondierender Beirat

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg
Professor Dr. Frank Saliger, Tübingen

Bucerius Law Journal
Dez. 2015 Heft 2/2015 Seiten 44 - 88

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

Urheberrechte: Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

Manuskripte: Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Erscheinungsweise: Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich.

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Redaktion: Mesut Akbaba, Janis Beckedorf, Julia Bräuer, Paul Bülow, Katja Bueschler, Corinna Coupette, Niklas Dehio, Ben Fuhrmann, Lauritz Gerlach, Fabian Hoell, Lucas Jürss, Maximilian Kunzelmann, Andreas Lange, Georg Lorenz, Oliver Neuner, Fabian, Paehr, Lukas Posch, Christoph Rathert, Pia Richter, Nico Schröter, Fabian Schulze, Ivo Wanwitz, Kilian Wegner

Heft 2/2015
Seiten 44 - 88

Korrespondierender Beirat: Professor Dr. Michael Fehling, Professor Dr. Anne Röthel, Professor Dr. Frank Saliger

9. Jahrgang
07. Dezember 2015

Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem*

Legal protection against surveillance by intelligence agencies
On the need for its reform

The digitalisation of communication, its dissemination through global communication infrastructures, and the services targeting it are now a fact of social and individual life, affecting also the economic activities of companies. The 'digital revolution' has created tremendous opportunities, but it also entails new risks. In particular, the revelations of Edward Snowden have contributed to a change in the way these risks are perceived.[1] However, surveillance by state (and private) intelligence services is nothing new, even in Germany.[2]

At the same time, publication of the content of the countless secret documents that Snowden uncovered, particularly about the PRISM and Tempora programmes, revealed that the intelligence services in the U.S. and the UK were monitoring the data flowing through infrastructures for information and communication technology in a way and to an extent that most people had never before imagined. Thereafter, similar activities by France, Canada, China, Russia and other countries came to light. The Bundesnachrichtendienst, Germany´s Federal Intelligence Service, also called the BND, is likewise active in this field, and under the Act Concerning the Federal Intelligence Service (*Gesetz über den Bundesnachrichtendienst*, BNDG), is it authorised in part to conduct so-called strategic surveillance of telecommunications traffic with a cross-border connection. But to all appearances, it does not limit itself to just this.[3] Since the practices first became known, new manifestations are constantly coming to light. In the process, it has become clear that the BND was considerably more closely involved in NSA activities than had initially been presumed.[4]

The risks for citizens accumulate when state institutions, like intelligence services, not only capture data directly when communications are taking place but also access data, with or without statutory authorisation, that are available from telecommunications companies.[5] Therefore, citizens need protection against both sovereign authorities and telecommunications companies.

Accordingly, as a result of the threat potential previously described, the issue of security and its relationship to freedom are proving to have new dimensions. In terms of the state´s duty to afford protection, but also for transnational communities, a new set of tasks is emerging that, in view of rapid technological developments, the globalisation of threat sources, and the general anonymity of actors, will be difficult to manage successfully. It has become evident that existing legal systems are ill-prepared to effectively ward off all encroachments of freedom. Even though legal

---

* Professor Wolfgang Hoffmann-Riem is a former judge at the Bundesverfassungsgerichts and professor at Bucerius Law School, Hambug.

1 See *Rosenbach/Stark*, Der NSA-Komplex (2015); *Greenwald*, Die globale Überwachung (2014); *Schaar*, Überwachung total (2015); *Wolf*, Der rechtliche Nebel der deutsch-amerikanischen NSA-Abhöraffäre": US-Recht, fortbestehendes Besatzungsrecht, deutsches Recht und Geheimabkommen JZ 2013, S. 1039 et seq.; *Ewer/Thienel*, Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals, NJW 2014, pp. 30 et seq.; From literature that is more journalistic in nature, see, e.g., *Aust, Stefan/Ammann, Thomas*, Digitale Diktatur – Totalüberwachung, Datenmissbrauch, Cyberkrieg., (2014); See also *Clarke et al.*, The NSA Report (2014); while this report, which was prepared by a commission convened by the U.S. President, does not directly address Snowden´s factual findings and revelations, it does respond to them with a number of proposals, such that many of the publicised facts appear to be implicitly confirmed.

2 Regarding earlier cases of telecommunications surveillance, including problematic ones, see *Foschepoth*, Überwachtes Deutschland. Post- und Telefonüberwachung in der alten Bundesrepublik (2014).

3 Regarding BND´s activities, which seem to be partly illegal, see *Bäcker*, Strategische Telekommunikationsüberwachung auf dem Prüfstand, K&R 2014, pp. 556, 559 et seq.

4 Cf., e.g., the reports on p. 2 of the Süddeutsche Zeitung of 24 April 2015, No. 94, or Zeit Online of 4 May 2015, „Spioniert der BND bis heute für die NSA?“ Kurt Graulich, the special investigator appointed by the NSA committee of the German Parliament, apparently found instances of substantial illegality.

5 This statement should not be understood as implying that it is legally prohibited to access such data in proceedings subject to the rule of law where there is sufficient evidence of serious violations of the law.

protection against state surveillance may be possible in theory - particularly where there is a violation of national law or the European Convention of Human Rights or EU-Law - it is almost unattainable in practice.

When individuals use infrastructures for information and communication technology - for instance, by taking advantage of the many services available on the Internet - they enter into a highly complex regulatory system, one that they are in many ways incapable of influencing. In many respects, users forfeit autonomy over the technical ways in which communications are processed, as well as over the manner in which the data generated thereby are treated.[6] When personal or business data are accessed by state bodies (or private parties), legal protection by courts fundamentally presupposes that such encroachment can be identified and assessed. However, this often fails to happen due to a lack of transparency. Users are normally unaware of the way in which their communication is processed and where their data are physically located, nor can they be certain as to which authorities collect and analyse information or the manner in which this is accomplished.

The following article can treat this issue only in broad strokes. It addresses important basic legal conditions concerning protection against surveillance under national law, European law, and public international law, and concludes by citing the need to create new legal structures.

A. Possibilities for legal protection at the national level

I. Legal constraints on spying

Possibilities for legal protection are likely most feasible at the national level. To begin with, I would like to address German law in this context.

Spying, like that recently uncovered, infringes on freedoms protected under the German legal system. If so-called metadata and/or communication content is accessed using equipment located in German territory, or if it is analysed there, this clearly involves actions covered by German law, regardless of where the participants in the communication are based[7] (connection to Germany). The general German legal system protects against such encroachments (e.g. in criminal law, data-protection law, and the law concerning personality rights). Recourse to the courts is available, at least in theory, but in practice this is possible only if aggrieved parties can assert that they have been personally affected to a legally significant degree, i.e. they must at a minimum have been aware of the encroachment.

Foreign entities - even if endowed with state authority - are also generally subject to German laws for acts undertaken in German territory, such as when they „tap“ lines or store collected data in Germany.[8] Other than where these actors are exempt from the applicability of German law, such as under the NATO Status of Forces Agreement, they must obey German laws and submit to the jurisdiction of German courts.[9] Applicable here are the general prohibitions on interference and on doing harm. However, it is difficult for citizens to tell whether foreign entities endowed with state authority are staying within the limits of German law.

When German state agencies - like the BND - engage in spying, they are bound by German law, even when they use facilities that are located outside of German sovereign territory. Indeed, protection through fundamental rights, such as Art. 10 of Germany´s Basic Law (*Grundgesetz*), and the right to informational self-determination, focuses neither on the place of the encroachment by German state bodies nor on who the subject of the encroachment is. Rather, what is decisive is whether a sovereign entity subject to German law interfered with a protected good of an entity protected by German law.

When the BND discloses data to other agencies, including foreign ones, such as the NSA, this is subject to strict requirements. It may make such disclosure only with the consent of the German Chancellery and only where it involves data lawfully collected by it and whose disclosure is necessary in order to safeguard foreign-policy or security-policy concerns of the Federal Republic of Germany (section 9, para. 2, sentence 1 BNDG).

If the BND, as a German sovereign entity, were to listen in on communication traffic taking place in Germany or from or to Germany by tapping into a fibre-optic cable laid somewhere outside of Germany or into a server stationed there or by using a provider located there, this would constitute an infringement of the freedom of telecommunications (art. 10 of the Basic Law). Such action would generally not be covered by the BNDG and would in any event be unlawful unless it served to „gather information about other countries“ (art. 1, para. 2, sentence 1 BNDG) and, to the extent personal data are involved, met the requirements of art. 1, para. 2, sentence 2 BNDG.

The BND is strictly prohibited from transmitting (raw) data on a blanket basis, nor may it do so with data for which no connection whatsoever has been made to the factual preconditions for data transmission or for which the purpose of analysing such data does not justify their disclosure. Notwithstanding that the BND may perform only foreign intelligence work, it remains bound by the legal constraints on disclosure even where no data of German citizens are involved. Nationality is irrelevant when evaluating data collection and disclosure by the BND.

---

6 See, e.g., *Hoffmann-Riem,* „Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme“, JZ 2008, pp. 1009, 1011-12.

7 Cf. *Hermes,* in Dreier (ed.), Grundgesetzkommentar, vol. I (3rd ed. 2013), margin no. 43 on Art. 10.

8 A separate question is whether and to what extent fundamental rights, including objective protection mandates, also cover protection for the exercise of fundamental rights in extraterritorial areas. See infra, V

9 Espionage is not protected by immunity under international law. Cf. *Frowein,* Völkerrechtliche Fragen der Strafbarkeit von Spionen aus der ehemaligen DDR: Gutachten erstattet im Auftrag des Bundesverfassungsgerichts, 1995, pp. 18 et seq; see also *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3rd ed. 1984 (reprint 2010), § 1177. Substantively farther-reaching diplomatic immunity for actors would be conceivable only if they held diplomatic privileges; even then, in accordance with art. 41 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, they would still have to obey the law applicable in Germany.

II. In particular: Extraterritorial reach of the protection of fundamental rights

Protection of the freedom of communication primarily means protection of communication content. Insofar as protection - such as that afforded to the secrecy of telecommunications (Art. 10 of the Basic Law) - also extends to encroachments in the telecommunications network, this is intended to counteract the specific threats to which communication of this nature is exposed. Art. 10 of the Basic Law protects the non-physical transmission of information to individual recipients with the aid of telecommunications traffic.

When it comes to spying, the protection afforded to communication content would be vitiated, at least in part, if it were to depend on whether the communication was processed more or less unpredictably/coincidentally over lines in German or in non-German territory. The German Federal Constitutional Court also acknowledged this with regard to communication not tied to lines, such as that via satellites. Here, in determining whether there was interference capable of legal protection, it was sufficient that the telecommunications traffic was collected and analysed with the aid of receiving equipment stationed on German soil and that the analysis took place on German soil.[10] It expressly left open whether protection goes beyond this.[11]

In view of the reality that modern communication is accomplished using transfrontier or global infrastructures for information and communication technology, it is clear that thinking primarily in terms of categories of spatial localisation of the encroachment is no longer adequate in dealing with the actual conditions of international/global communication infrastructures and with the need for protection.[12] The global reality would otherwise overtake the protection of freedom, if not largely eviscerate it.

It goes without saying that not all worldwide communication falls within the ambit of the legal protection afforded by German fundamental rights norms. Where encroachment in a communication took place extraterritorially, such as with spying on an extraterritorial network, there has to be a connecting factor in order for German law to apply. In my opinion, this is the case when a communication is involved in which communicators communicate with recipients inside of Germany or communicators inside of Germany communicate with recipients outside of Germany. The protection that fundamental rights afford to communication, i.e. that of the freedom to freely develop one´s personality, is connected to the conduct by holders of such fundamental rights. The protection of fundamental rights of communication cannot be focused on the contingencies of a path of transport, particularly one determined by third parties without the inclusion of the communicators.

Notwithstanding any consensus on this position - and it is controversial - access to court remedies remains a problem in cases where a specific infringement was not detected. Therefore we cannot rely solely on the protection of individual/subjective rights but have to include measures based on the objective protection of fundamental rights.

III. Objective protection of fundamental rights as the point of departure for special protective measures

Not just personal development but also nearly all areas of production and services, as well as knowledge generation and the way in which a democracy functions, depend on a functioning communication infrastructure that is protected against unlawful infringement. This dependence makes clear the importance of protecting not only individual rights but also the ability of the communication system to function. For a communication infrastructure to be capable of proper functioning, the integrity of IT systems must be assured, and there has to be confidence that effective checks are in place to prevent unauthorised access of such systems. This protection must also be safeguarded against threats occasioned by the global dimension of infrastructures for information and communication technology.

State bodies are charged with ensuring such functioning as part of their general state obligations, just as they are to ensure that other public services are protected. Guidance for the fulfilment of this obligation results, in particularly, from the objective content of fundamental rights norms.

In addition to guaranteeing subjective rights, German fundamental rights norms contain objective protection mandates. This applies to communication freedoms (art. 5 of the Basic Law),[13] the fundamental right of telecommunications (art. 10 of the Basic Law),[14] the fundamental right of the home (art. 13 of the Basic Law),[15] and the fundamental right of informational self-determination,[16] as well as other fundamental rights that may be affected, such as arts. 12 (occupational freedom) und 14 (protection of property) of the Basic Law.[17] The objective content of fundamental rights may also be reduced to obligations to protect.[18]

Obligations and mandates to protect may also result from other norms. Art. 87f of the Basic Law (ensuring appropriate telecommunications services) and art. 91c of the Basic Law (development of information technology systems at the federal and state levels) relate specifically (albeit to only a limited extent) to ensuring the functioning of infrastructures for information and communication technology and thus to the protection of systems, not rights of personality.[19]

---

10 Decisions of the Federal Constitutional Court (BVerfGE) 100, pp. 313, 363-64.

11 BVerfGE 100, pp. 313, 364.

12 Cf. *Richter*,„Recht in interaktiven Umgebungen“, in Bieber/Leggewie (eds.), Grenzen der Interaktivität (2004), pp. 240, 248 et seq.

13 See BVerfGE 57, pp. 295, 319; 73, pp. 118, 152-53; 90, pp. 60, 94; 114, pp. 371, 387; 119, pp. 181, 214

14 See *Hermes*, supra note 7, at margin no. 92 on Art. 10, with further references in footnote 402.

15 See id. at margin nos. 120 et seq. on Art. 13.; *Papier*, in Handbuch der Grundrechte, vol. IV (2011), § 91 margin no. 5. SBVerfGE 89, 1, 11.

16 *Dreier*, in Dreier, Grundgesetz (2013), margin nos. 94 et seq. on Art. 2 I.

17 See generally *Wieland*, in Dreier, Grundgesetz (2013), Art. 12, margin nos. 142 et seq; Art. 14, margin nos. 195 et seq. (+)

18 About these generally, see *Stern*, „Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte. Eine juristische Entdeckung“, DÖV 2010, pp. 241 et seq., with further references.

19 For details, see *Hoffmann-Riem*, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, in Juristen Zeitung 2013, pp. 53, 58.

Essentially, it is not out of the question that obligations and mandates to protect may also make their effects felt in the international/global sphere and also come into play to counter encroachments by foreign entities endowed with state authority. Failure to fulfil state obligations to protect (i.e. a state omission) may under certain circumstances, though only with substantial hurdles, be challenged in court by resorting to the subjective rights of citizens. However, breach of an obligation to protect may also bring other sanctions with it, such as by Parliament, for instance when it brings an action against other state entities (*Organklage*) before the Federal Constitution Court (art. 93, no. 1 of the Basic Law), applies for abstract judicial review (art. 93, no. 2 of the Basic Law), adopts resolutions, or imposes political sanctions.

Of special significance to our topic is the fundamental right to the guarantee of the confidentiality, integrity, and reliability of IT systems, which the Federal Constitution Court elaborated in 2008.[20] This fundamental right was derived from an expansion of the constitutional protection of informational self-determination under arts. 1, para. 1 (protection of human dignity) and 2, para. 1 (the freedom to freely develop one´s personality) of the Basic Law. It prohibits the secret infiltration of an IT system in order to monitor system use and read storage media. Such an action is constitutionally permissible only on the basis of a law andif there are factual indications of a specific threat to a fundamentally important legal interest. In addition, such infiltration generally requires a court order.[21]

The objective reach of this fundamental rights construct is a consequence of the fact that it was developed from these fundamental rights norms with (also) objective content. It moreover suggests itself due to the Federal Constitutional Court having designated „information technology systems“ as being an object of protection. Even though this protection is guaranteed for the sake of the freedom of individual communication behaviour - the decision deals with a constitutional complaint by individuals who were potentially affected - it is specified as the protection of the important infrastructural conditions of modern telecommunications technologies, which are the prerequisite for the exercise of communication freedoms. It is only with respect to them - i.e. also to the potential threats associated with them - that the significance of the protection of reliability and integrity can be measured. This is an important basis for the confidence of citizens in IT systems, which at the same time is the prerequisite for their social acceptance and thus for their social functioning.[22]

IV. Norm-spanning obligation to guarantee

Technical infrastructures and the services necessary for their operation are based on a self-contained ensemble of hardware and software. They are used for a wide variety of communication purposes, and each of them can be covered by a variety of constitutional norms, each of these of varying legal quality (fundamental rights, infrastructure mandates, defined state objectives, etc.). It is practically impossible to enact different rules for carrying out the various obligations to guarantee, with each having a separate legal basis for the guarantee, and to ensure their effectiveness: The functioning of telecommunications infrastructures and, in particular, the Internet is resistant to such differentiations, due to the diversity and interlocking nature of the services. In view of the multi-faceted significance of infrastructures for information and communication technology for the state, society, and individual citizens, and in view of the differing threat exposures, the guarantee mandate must therefore be understood as a single whole. It includes the protection of fundamental rights, as well as that of constitutionally based infrastructure mandates and generally defined state objectives (democracy, social justice, and rule of law). The protection of individual rights goes hand in hand with the protection of systems. Without sufficient protection of systems, the ability to provide for effective protection of individuals is at risk of being vitiated, as is the use of telecommunications infrastructures for the purposes of fulfilling state obligations. The various fundamental rights norms (arts. 1, para. 1, 2, para. 1, and 10 GG), the mandates to guarantee infrastructure (arts. 87f and 91c GG), and the general defined state objectives (democracy, social justice, rule of law, art. 20 GG) lead to a norm-spanning obligation of the state to guarantee the protection of the functioning of IT systems.

There are a variety of ways to fulfil this duty, including promoting the ability to protect systems using technology and developing new software and hardware that afford stronger protection against spying. In the following, however, I will limit my remarks to legal measures.

Various normative elements therefore complement one another in protecting the proper use of IT systems. The particular legal context in which each of the individual elements is set may be of significance for the specific legal consequences, but not for the obligation itself. The constitutional obligation described in this way does not as such depend on whether its breach can be challenged and, if so, by whom and how (e.g. whether and to what extent there is court-mandated protection of individual rights), or on the particular sanctions available. The significance of normative obligations is not of necessity tied to the ability to impose a sanction for misconduct, let alone a specific legal sanction. What is decisive is the legal obligation on the responsible state bodies to assume the obligation. Whether and how state bodies can, where necessary, be compelled to fulfil their obligations - be it with the aid of the courts or only with the aid of political sanctions - is certainly not unimportant for the effectiveness of protection, but it is not decisive for the normative significance of the obligation itself.

V. Protective functions

There are several other objective protection mandates in German law. These relate to protecting infrastructures for information and communication technology, including a mandate to protect against direct encroachments by foreign sovereign entities where the target is communication within, from, or to Germany. This covers, e.g. the „tapping“ of network lines, as well as the infiltration and manipulation

---

20 BVerfGE 120, pp. 274, 313 et seq. (English translation: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080227/1bvr037007en.html).

21 Id. at Headnotes 2 and 3.

22 Cf. *Hoffmann-Riem*, supra note 6, at p. 1012.

of IT systems. However, as we now know, it is difficult to carry out such a mandate to protect where representatives of foreign sovereign authority are involved, as well as to prevent interference with communication traffic occasioned by access to communication networks outside of Germany. This difficulty does not obviate the guarantee mandate.[23] Just the opposite, it magnifies the obligation on state bodies to see to it that protective measures are put into place.

Just because foreign actors - such as, in the U.S., the NSA under the Patriot Act and the Foreign Intelligence Surveillance Act[24] - believe that their national laws entitle them to spy on the conduct of citizens of other countries by accessing infrastructures for information and communication technology, this doesn´t change the fact that German state bodies must work to protect holders of rights fundamentally safeguarded under German law against such an infringement. This will be difficult to achieve. Obviously, international agreements will have to be concluded - e.g. against infringement occasioned by encroachments in extraterritorial areas - and this will be a formidable task. The guarantee mandate provides normative guidance to German state entities when operating in the relevant trans- and international arenas. The objective must be to work toward compliance with the rule-of-law standards on which the citizens of such countries are entitled to rely, even in the case of encroachments by foreign agencies.

Since most of the larger companies involved in information and communication are headquartered in the U.S., and since they undoubtedly have an interest in having their worldwide activities protected by the U.S. government and its laws, – at least some of them have an incentive to cooperate with U.S. authorities[25], even if not obliged to do so – and to block restrictive measures by other countries. The political influence of the U.S. as a global power and the technological, infrastructural, and communicative might of large U.S. IT companies complement each other. This commercial/political/military complex is threatening to become a hegemonic structure in the world of communication. A new form of colonialism might emerge here. It is incumbent upon states, but also the EU, to prevent this from occurring.

B. Protection mandates within the framework of the EU

The protective norms applicable at the EU level also have objective content, at least in part.[26] These include the guarantees under the European Convention on Human Rights (see art. 6(2) and (3) of the Treaty on European Union (TEU)).[27] Also noteworthy in EU law are arts. 16(1) and 18(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and arts. 1, 6, 7, 8, and 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[28] , as well as fundamental freedoms in EU law (in particular, arts. 26-66 TFEU) and special arrangements in the area of freedom, security, and justice (arts. 67-89 TFEU).[29] . Mandates to protect and guarantee derive from these norms as well, which enable action to be taken and, in some cases, create an obligation to do so.[30] In view of the significance for the realisation of fundamental rights and freedom in the EU, as well as that of the obligation to promote European integration, they also have an effect on the implementation of general legal principles under EU law. For instance, they also have an impact on the fulfilment of the mandate to establish and develop trans-European telecommunications networks (arts. 170 et seq. TFEU).

To the extent that protection is achievable only through international agreements, the efforts to reach such understandings also form part of the protection mandates under EU law. European treaties provide for reciprocal support by the European Union and the Member States in fulfilling their obligations thereunder, including where fulfilment of such obligations has trans- and international aspects. Member states are obliged to coordinate their action (art. 34 TEU).

In view of the significance of the EU for many areas of life, including for the protection of essential infrastructures, it will have to come to see itself as a community for guaranteeing the freedoms not just of companies but also of individual citizens.

C. Protection mandates under international law

Obligations to protect are also recognised (at least in principle) in international law.[31] Particularly pronounced is so-called diplomatic (especially consular) protection, such as immunity

---

23 The German legal system recognises a „reservation as to what is feasible“ in other contexts as well. See, e.g., *Mehde,* Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen (2000), p. 80.

24 In the documentation published by the U.S. government at http://icontherecord.tumblr.com/post/58944252298/dni-declassifies-intelligence-community-documents, section 215 of the Patriot Act and section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act are constantly cited as forming the legal basis for foreign surveillance. See now also USA Freedom Act of 2015.

25 However, they risk losing the confidence of users, thereby threatening the success of their business models.

26 For the literature, see also the references supra, notes 13-18, and *Calliess*, „Schutzpflichten“, in Handbuch der Grundrechte, vol. II (2006), § 44, margin no. 17.

27 On the obligations to guarantee set down there, see *Grabenwarter/Pabel,* Europäische Menschenrechtskonvention, 5th ed. 2012, pp. 138 et seq.

28 In terms of the European Convention on Human Rights, arts. 8 and 10 are particularly worthy of mention. The European Court of Human Rights has held that so-called „exploratory“ or general surveillance is not permitted. See judgment of 6 September 1978, Case of Klass and Others v. Germany, application no. 5029/71; judgment of 10 February 2009, Case of Iordachi and Others v. Moldova, application no. 25198/02. Furthermore, the Court assumes that the „mere existence of legislation which allows a system for the secret monitoring of communications entails a threat of surveillance for all those to whom the legislation may be applied.“ See decision on admissibility of 29 June 2006, Weber and Saravia v. Germany, application no. 54934/00.

29 See *Papier*, „Drittwirkung“, in Handbuch der Grundrechte, vol. II (2006), margin nos. 49 et seq.

30 On the fundamental issues (particularly with regard to the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union), cf. also *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten (2011), pp. 698 et seq.

31 See, among others, *Seibert-Fohr*, „Die völkerrechtliche Verantwortung des Staats für das Handeln von Privaten: Bedarf nach Neuorientierung?“, ZaöRV 2013, pp. 43 et seq., 49 et seq., 55 et seq.; *Scheidler,* „Der Schutz deutscher Staatsangehöriger gegenüber der Hoheitsgewalt ausländischer Staaten“, DÖV 2006, pp. 417 et seq; *Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte. Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler und internationaler Menschenrechtsverträge (2012), pp. 201 et seq. and passim.

against criminal prosecution or seizure of private property.[32] Diplomatic protection has a long tradition and is set down, inter alia, as a fundamental right.[33] The normative premises underlying this protection can also be extended to the threat exposure addressed here. Efforts have to be made to expand this recognised legal doctrine through development of the law so as to enable protection to be extended beyond the cases of application covered in the past and encompass those encroachments in communication that take place in foreign or extraterritorial areas.

Also relevant are international human rights accords[34] - such as art. 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[35] (right to privacy and freedom of correspondence) and art. 19 ICCPR (right to freedom of opinion and to seek, receive and impart information). Civil rights accords are vested with objective dimensions.[36] However, there are difficulties in implementation.[37]

D. Discretion in fulfilling protection mandates

States as subjects of international law, as well as EU and state bodies, do however have discretion in implementing protection mandates.[38] In view of the great significance of freedom of communication and of the use of infrastructures for information and communication technology, German and European bodies may not in principle question the „whether" of protective measures. If failure to act gives rise to considerable risks for the protection of fundamental rights and, in general, for the functioning of IT systems, a limiting of political discretion should be considered. This may consist of obligating the responsible state and EU bodies to become active in implementing the guarantee mandate in the trans- and international area. However, because of broad discretion, the „how" is essentially up to them. But there remains the obligation to take expedient measures, such as realistically facilitating the protection of fundamental rights and maintaining the functioning of IT systems.

E. On the need to reform protection of freedom at the global level

In a globally networked world, while protection can also be guaranteed at the national level, substantial protection has to take place at the global level, or at least in a globally networked manner. States are confronted with a global challenge to accord protection to each and every (world) citizen in view of new threats. To this end, it is not enough to merely add to the many civil rights of the many users in each and every country. What is needed is a reform of the protection of freedom at the global level. This may require a paradigm shift, a further surmounting of territorial constrictions in protection of freedom, which has to be coupled with new possibilities for protection, including by courts.

While legal responses can be and must be set down in various national and supranational legal systems, such as in the European Union, they should increasingly be taken into account at the transnational level, particularly the global level. Therefore, they also necessarily form part of transnational constitutionalisation and emerging transnational law.[39]

However, it will not be easy to motivate various nations, organisations, and companies to create regulatory structures that are effective at the international and transnational level, given that they often have conflicting interests. In this regard, it would be misguided to ward off risks solely under one model or concept and to primarily view protection of freedom as a problem of protecting specific rights. In some cases, the protection of specific rights is indispensable. But to the extent that freedom is threatened by systems - here, by global IT systems committing encroachments on a massive scale - the specific threats are utterly incapable of being perceived and influenced. The protection of specific rights alone is not enough. Protection of freedom demands comprehensive protection, particularly systemic protection. Indispensable for the future are new concepts for the protection of freedom and protective measures for its globalisation, in this case, with regard to the use of global infrastructures of information and communication technology.

The designing of IT infrastructures in legal and practical terms affects powerful interests, including political influence, military clout, and the relationship between security and freedom, but also access to information that is important for the economic competition engaged in by companies and

---

32 See, e.g., *Kmentt*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, at p. 177, with further references in footnotes 93-94.

33 Id. at p. 177, footnote 94. Specifically, there is a great deal of controversy here. Cf., e.g., *Katzarov*, „Hat der Bürger ein Recht auf diplomatischen Schutz?", ÖZöR NF 8 (1957/8), pp. 434,443 et seq; comprehensively, *Stahl*, Obligations to Protect in International Law, 2012.

34 On the reach of these accords, see *Vedder*, „Die allgemeinen UN-Menschenrechtspakte und ihre Verfahren", in Handbuch der Grundrechte, vol. VI/2 (2009), § 174.

35 Data collection constitutes an interference with art. 17(1) ICCPR. See, e.g., the report of the special rapporteur for freedom of opinion, *F. Larue* (2011): According to the report, the protection of communication via the Internet is covered by the right to privacy and freedom of correspondence.

36 See, e.g., *Ziemele*, „International Protection of the Right to Privacy", Max Planck Encyclopedia of International Law (2009), No. 4. See also *Nowak,* U.N. Covenant on Civil and Political Rights. 2nd ed. 2005, pp. 379 et seq., 448-49.

37 For instance, while a complaint brought by a state before the Human Rights Committee against the U.S. or the UK is theoretically conceivable, this option is almost never used. A complaint brought by an individual under the First Optional Protocol will fail because the U.S. and the UK have not acceded to it. Nor has the U.S. submitted to the jurisdiction of the ICJ. In the context under discussion here, it is important to note that the U.S. views the ICCPR as stipulating requirements for domestic actions, and it rejects its validity for extraterritorial actions. See *Koenen* (Fn.28), p. 153.

38 Cf. BVerfGE 77, pp. 84, 106; BVerfGE 110, pp. 141, 157-58; BVerfGE 117, pp. 163, 183; BVerfGE 121, pp. 317, 350; BVerfG, NJW 2012, pp. 1062, 1063. See also Powell and Rayner v. the United Kingdom, A/172 (1990), 12 E.H.R.R. pp. 355, 369, para. 45. For an extensive treatment of the margin of appreciation and obligations to protect under the European Convention on Human Rights, see *Klatt*, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 2011, pp. 691, 711 et seq.

39 See, e.g., *Fischer-Lescano*, Globalverfassung (2005), with further references. On the limits of the capability of transnational, non-sovereign regulation generally, see *Berman*, Globaler Rechtspluralismus in: Kötter, Matthias/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates, (2009), S. 41 ff, 135; *Winter*, Transnationale Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtsstaatlichkeit, in: Das Parlament, Beilage 2009, Nr. 8, S. 9 ff.. Further considerations on transnational law can be found in *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013).

states. To this extent, power issues are highly relevant here.

In view of the many conflicting interests, it has to be expected that the bodies that are politically responsible for making decisions will only haltingly - if at all - face up to the obligation to provide an effective guarantee for concerns of freedom. This is shown at present by the feeble reactions by policymakers to the uncovered spying scandal. To all appearances, political decision-makers have knowledge of activities of intelligence services that are so explosive that they are reluctant to disclose the extent of the actions and the collaboration between various intelligence services, to facilitate public discussion, or to see to changes.

This shows that the task of reforming the protection of freedom cannot by any means be entrusted solely to politicians. Academics as well as non-profit organisations, the internet community and other parts of civil society also need to take up this issue and develop concepts of global governance and the legal structures to frame it.

Moritz Ahlers*

Dynamisierung des zu gewährleistenden Universaldienstes im Zuge des technischen Fortschritts

unter besonderer Berücksichtigung eines eventuellen „Rechts auf schnellen Internetzugang“

A. Einleitung

„Selbst auf die letzte Hallig und die höchste Alm“[1] bringt der Postbote die Post; ebenso soll - geht es nach der stellvertretenden Vorsitzenden der Grünen-Bundestagsfraktion, Bärbel Höhn - zukünftig die Versorgung mit schnellen Internetzugängen ausgestaltet sein. So müsse jeder einen Rechtsanspruch auf einen schnellen Internetzugang haben. Einen solchen gibt es bereits seit dem 1. Juli 2010 in Finnland: Jeder Finne hat seitdem einen einklagbaren Anspruch gegenüber dem Netzbetreiber auf einen Breitbandanschluss.[2] Damit war Finnland das erste Land weltweit, das den Zugang zu schnellem Internet zum Bürgerrecht erklärte.[3]

Auch hierzulande sind sich alle einig: Eine flächendeckende Versorgung mit leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastruktur ist in Zeiten der Informationsgesellschaft essenziell - sowohl für die volkswirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit als auch für die wirtschaftliche und soziale Teilhabe des Einzelnen. Dementsprechend ambitioniert sind die Ziele der Politik für den Breitbandausbau: So sollte laut der *Strategie Europa 2020*[4] der Europäischen Kommission bereits 2013 jeder Europäer Zugang zu grundlegenden Breitbanddiensten haben und sichergestellt werden, dass bis 2020 alle Europäer Zugang zu deutlich höheren Internetgeschwindigkeiten von über 30 Mbit/s haben und mindestens 50 % aller europäischen Haushalte Internetzugänge mit über 100 Mbit/s haben. Im Rahmen einer Breitbandoffensive peilt die Bunderegierung in der *Digitalen Agenda 2013-2017*[5] bis 2018 gar eine flächendeckende Versorgung von mindestens 50 Mbit/s an.

Ob die Förderung des Breitbandausbaus durch die Aktivierung des Universaldienstes flankiert werden soll, ist jedoch umstritten. So forderten die damaligen Oppositionsfraktionen im Bundestag im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens der jüngsten Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2012,[6] einen schnellen Internetzugang ausdrücklich in den Universaldienstkatalog des § 78 TKG aufzunehmen. Mehrheitsfähig war letztlich nur, § 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG insoweit zu modifizieren, als der als Universaldienst bestimmte Anschluss an ein öffentliches Telekommunikationsnetz nun auch die Datenkommunikation und die Übertragung ermöglichen muss, die für einen *funktionalen Internetzugang* ausreichen.[7]

Zu bestimmen, wie der Begriff des *funktionalen Internetzugangs* im Lichte unionsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Vorgaben auszulegen ist, ob er dynamisch verstanden werden kann und ob ein schneller Internetzugang gegenwärtig darunter fällt, ist Ziel dieser Arbeit. Zudem soll der Frage nachgegangen werden, ob mittels der Aktivierung des Universaldienstes - dem Beispiel Finnlands entsprechend - Nutzer ein einklagbares Recht auf einen schnellen Internetzugang haben sollten. Ausgehend von der Klärung, wie der Universaldienstmechanismus de lege lata geregelt ist, was unter Dynamisierung zu verstehen ist und was mit einem „schnellem Internetzugang“ gemeint ist (B), werden zunächst die unionsrechtlicher Vorgaben (C) und die der Verfassung (D) beleuchtet; daraufhin wird im Rahmen der Auslegung des § 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG deren Verhältnis geklärt, um sodann die Frage des Rechts auf schnellen Internetzugang zu beantworten (E).

B. Erläuterungen

I. Universaldienst des TKG

Im Zuge der Privatisierung und Liberalisierung des Telekommunikationssektors wurde der Universaldienst (§§ 78-87 TKG) eingeführt, um eine Grundversorgung an Telekommunikationsleistungen sicherzustellen. Damit wurde der Sorge des sogenannten „Rosinenpickens“ begegnet, wonach ein privatisierter Wettbewerb dazu führt, dass Anbieter ihre Angebote auf wirtschaftliche Ballungszentren beschränken, während die Versorgung in ländlichen Gebieten darunter leidet.[8]

Das Universaldienstregime ermöglicht der *Bundesnetzagentur* (*BNetzA*), marktmächtige Unternehmen dazu zu verpflichten, als Universaldienst definierte Leistungen zu erbringen (Universaldienstaktivierung[9]). Durch die Aktivierung erhält der Endnutzer einen Vertragsabschlussanspruch gegenüber dem verpflichteten Unternehmen (§ 84 Abs. 1 TKG). Dass die

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Bärbel Höhn in WDR 5, Morgenecho. Http://www.wdr5.de/sendungen/morgenecho/breitband110.html, letzter Abruf am 30.06.2015; vgl. auch https://gruen-digital.de/2013/06/es-wird-zeit-schnelles-internet-fuer-alle/, letzter Abruf am 17.11.2015; vgl. http://www.derwesten.de/ wirtschaft/viele-buerger-ohne-schnelles-internet-aimp-id9608088.html, letzter Abruf am 22.11.2015.

2 Dabei liegt die Mindestdatenübertragung im Downstream bei 1 Mbit/s, http://www.bbc.com/news/10461048, letzter Abruf am 17.11.2015.

3 In der Schweiz ist ein schneller Internetzugang bereits seit 2008 im Rahmen der sog. Grundversorgung geregelt: diese umfasst aktuell 2 Mbit/s, http://www.heise.de/newsticker/meldung/Schweizer-Regierung -erhoeht-Vorgaben-fuer-Internet-Grundversorgung-2443416.html, letzter Abruf am 17.11.2015.

4 *Strategie Europa 2020,* Kom(2010) 2020, S. 16; *Digitale Agenda für Europa,* Kom(2010),245, S. 22; vgl. *Schramm/Schumacher,* MMR 2013, 571 ff.

5 *Bundesregierung*, Digitale Agenda 2013-2017, S. 4.

6 BT-Drs. 17/7521 v. 26.10.2011; *Schumacher*, MMR 2011, 711 m.w.N.

7 Diese Modifikation hatte jedoch nur klarstellende Funktion, vgl. *Kühling,* DÖV 65 (2012), 409, 410 (dortige Fn. 10).

8 *Gysi* sah die Gefahr, dass sich die „alleinstehende ältere Frau in einem Dorf“ den Telefonanschluss nicht mehr leisten könne, BT-Plenarprotokoll 12/208 v. 3.2.1994, S. 17930; zum Problem des „Rosinenpickens“ *Fehling*, VerwArch 86 (1995), 600, 609 f.

9 Vgl. zur Terminologie z.B. *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409.

Aktivierung aber *ultima ratio* ist, ergibt sich aus dem mehrstufigen Verfahren der §§ 81-87 TKG, wonach vorrangiges Ziel die freiwillige Erbringung der Universaldienstleistungen ist.[10] Dieses Verfahren leitet die *BNetzA* durch die Feststellung einer Unterversorgung ein (§ 81 Abs. 1 S. 1 TKG). Logische Voraussetzung dafür ist die Definition des Universaldienstumfangs (im Falle des Internetzugangs § 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

II. Dynamisierung

Eine dynamische Norm besteht notwendig aus jedenfalls einem Rechtsbegriff, dessen Bedeutungsgehalt sich nicht aus der Norm bzw. dem Normsystem selbst - autonom - ergibt, sondern durch externe Bedingungen - heteronom - bestimmt wird. Während der Bedeutungsgehalt einer autonomen Norm also statisch ist, bemisst er sich bei einer heteronomen Norm nach dem gegenwärtigen Stand der externen Bedingungen und unterliegt dadurch dem Wandel. Konkret stellt sich die Frage, ob der Begriff des „funktionalen Internetzugangs" (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG) in seinem Bedeutungsgehalt in Abhängigkeit von der technischen bzw. sozialen Wirklichkeit zu bestimmen oder statisch zu verstehen ist (mit der Folge, dass er nur legislativ verändert werden kann).

III. Schneller Internetzugang

Technisch ist zwischen der Infrastrukturebene und der Dienstebene zu unterscheiden.[11] Der Internetzugang gehört zur Infrastrukturebene. Er kann sowohl leitungsgebunden über Glasfaser- bzw. Kupferleitungen als auch funk- oder satellitenbasiert hergestellt werden. Der Begriff des „schnellen Internetzugangs" ist ebenso wie der synonym verwendete Begriff des „Breitbandinternetzugangs" *technologieneutral* und *dynamisch*,[12] weil er keine Eingrenzung auf eine bestimmte Datenübertragungsrate (Bandbreite) vornimmt. Über die Abgrenzung zu sogenannten Schmalbandinternetzugängen[13] hinaus sind beide Begriffe wenig konturscharf. Ab welcher Bandbreite ein Internetzugang schnell bzw. breitbändig ist, ist vielmehr abhängig von der technischen Entwicklung und deren (sozialen) Verbreitungsgrad.[14]

C. Unionsrechtliche Vorgaben

Im europäischen Primärrecht finden sich keine telekommunikationsspezifischen Regelungen. Dagegen bestehen zahlreiche sekundärrechtliche Vorgaben; bezüglich des Universaldienstes namentlich in der Universaldienstrichtlinie (URL).[15] Die BRD kam der Umsetzungsverpflichtung durch Erlass des TKGs nach, welches den Universaldienst in den §§ 78 ff. TKG (ursprünglich §§ 17 ff. TKG) regelt.[16] Klärungsbedürftig ist zunächst, welche Vorgaben die URL hinsichtlich des Internetzugangs macht. Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum hinsichtlich des Universaldienstumfangs eingeräumt wird, zum anderen, ob die URL einem dynamischen Verständnis zugänglich ist.

I. Universaldienstrichtlinie

1. Dynamisierung der Universaldienstrichtlinie

a) Stammfassung

Die Stammfassung[17] (URL a.F.) bestimmte als Universaldienst, den „Anschluss an das öffentliche Telefonnetz" (Art. 4 Abs. 1 URL a.F.), der es Endnutzern ermöglicht, Datenkommunikation durchzuführen, die für einen *funktionalen Internetzugang* ausreicht (Art. 4 Abs. 2 Hs. 1 URL a.F.). Bereits die technologiespezifische Einschränkung auf den Übertragungsweg des „öffentlichen Telefonnetzes" verwehrte eine dynamische Interpretation der Stammfassung, denn sie begrenzte den Umfang des Universaldienstes auf Schmalbandanschlüsse, welche über das Telefonnetz herstellbar sind. Wie sich ausdrücklich aus Erwägungsgrund 8 ergibt, ist der Umfang des Universaldienstes darüber hinaus dahingehend eingeschränkt, dass er sich nicht auf (ebenfalls schmalbändige) ISDN-Anschlüsse erstreckt. Letztlich beschränkte sich der Universaldienst damit auf Internetanschlüsse über Telefonmodems,[18] deren technische Entwicklung 2002 bereits ausgereift war. Der URL a.F. lag also ein statisches Verständnis zugrunde.[19]

*b) **Aktuelle Fassung***

Gemäß Art. 4 Abs. 1 der aktuellen Fassung[20] (URL) ist nicht mehr der Anschluss an ein öffentliches *Telefonnetz* zugewährleisten, sondern an ein öffentliches *Kommunikationsnetz*. Unverändert muss dieser es ermöglichen, Datenkommunikation durchzuführen, die für einen funktionalen Internetzugang ausreicht (Art. 4 Abs. 2 Hs. 1 URL). Bei der Bestimmung dessen, was ein funktionaler Internetzugang ist, „sind dabei die von der Mehrzahl der Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien und die technische Durchführbarkeit" zu berücksichtigen. Damit knüpft die URL bei der Bestimmung

---

10 Bislang hat die *Deutsche Telekom AG* die in § 78 II TKG vorgesehenen Leistungen stets freiwillig erbracht, s. *BNetzA*, Jahresbericht 2014, S. 89; daher habe der Universaldienst bisher keine praktische Bedeutung gehabt, *Schneider*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht[1], 2010, § 8 Rn. 67.

11 Zu den technischen Hintergründen *Kühling*, Telekommunikationsrecht[2], 2014, Rn. 92-138.

12 *Lindner*, Die Gewährleistung des Internetzugangs im Grundgesetz, 2014, S. 97, 100 m.w.N.; ebenfalls *Baake*, Universaldienstverpflichtung für fleckendeckenden Breitbandzugang in Deutschland, Studie im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, 2011, S. 2.

13 Gemeint sind Internetzugänge die über Telefonmodems oder ISDN-Verbindungen hergestellt werden.

14 Die *Bundesregierung* geht - seit 2009 unverändert - von einer Mindestübertragungsrate von 1 Mbit/s aus, vgl. z.B. *BMWi*, Breitbandatlas 2014; die *Kommission* dagegen von 2 Mbit/s, vgl. Kom(2010) 472 endgültig, *Kühling* von etwa 1-2 Mbit/s, *Kühling* (Fn. 11), Rn. 609.

15 Richtlinie 2002/22/EG (URL a.F.) des EU-Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2009/136/EG.

16 Neben der URL setzt das TKG die Richtlinien 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) sowie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie) um.

17 2002/22/EG.

18 Die maximale Übertragungsrate eines Internetanschlusses über ein Telefonmodem beträgt 54 kbit/s. Zum Vergleich: ist bei Handyverträgen die Grenze des Datenvolumens erreicht, wird die Übertragungsgeschwindigkeit üblicherweise auf 64 kbit/s gedrosselt.

19 Kom(2011) 795; BT-Drs. 16/209 S. 82; *Gerpott*, CR 2011, 568, 569.

20 2009/136/EG.

des Umfangs maßgeblich an zwei dynamische Größen an - das gegenwärtige Nutzungsverhalten der Teilnehmer sowie den Stand der Technik. Zwar ist diese Vorgabe nicht neu - im Gegenteil: Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 blieb unverändert - allerdings enthält Art. 4 Abs. 1 URL nicht mehr die Beschränkung auf einen bestimmte Übertragungsweg: Anders als der Begriff des *Telefonnetzes* ist der des *Kommunikationsnetzes* technologieneutral;[21] er macht keine Vorgaben hinsichtlich der Übertragungsart. Dadurch wird Art. 4 URL zu einer dynamischen Norm. Der URL in der aktuellen Fassung liegt mithin ein dynamisches Verständnis des Universaldienstumfangs zugrunde.[22]

2. Untergrenze

Anders als Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV) wirken Richtlinien nicht unmittelbar, sondern sind nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Soweit die Richtlinie einen Gestaltungspielraum lässt, ist es Sache der Mitgliedstaaten, diesen auszufüllen. Klärungsbedürftig ist, ob die URL einen schnellen Internetzugang als Universaldienst zwingend vorsieht - dies ist eine Frage der Untergrenze (2.) - oder ausschließt - dies ist eine Frage der Obergrenze (3.).

Eine Auslegung des Begriffs des funktionalen Internetzugangs anhand des Wortlauts ist wenig ergiebig. Internetzugang ist ebenso wie Kommunikationsnetz ein technologieneutraler Begriff - eine qualitative Aussage über den Internetanschluss lässt sich ihm nicht entnehmen. Das Attribut *funktional* bezeichnet dagegen die Qualität des Internetzugangs. Diesbezüglich lässt es zunächst zwei grobe Einschränkungen zu: Zum einen bedeutet „funktional“ nicht optimal, so dass der Zugang nicht dem neuesten Stand der Technik entsprechen muss, zum anderen zeigt die Beiordnung des Attributs „funktional“ zum Internetzugang, dass nicht jeder beliebige Internetzugang ausreichend ist; stattdessen muss er zumindest einem gewissen qualitativen Mindeststandard entsprechen.

Ein Rückschluss vom Wortlaut des Begriffs des „funktionalen Internetzugangs“ auf eine bestimmte Mindestübertragungsrate ist indes nicht möglich. Funktional bedeutet „zweckmäßig“, oder „von der Funktion her bestimmt“. Die Funktion des Internetzugangs liegt darin, die Nutzung von Online-Anwendungen zu ermöglichen. Also erfüllt ein Internetzugang dann seine Funktion, wenn er die Übertragungsrate, die für die jeweilige Anwendung erforderlich ist, gewährleistet. Welche Anwendung der Internetzugang ermöglichen muss, lässt sich nur normativ bestimmen.

Bei dieser Bestimmung sind „die von der Mehrzahl der Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien und die technische Durchführbarkeit [zu berücksichtigen]“. (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 URL). Aus Erwägungsgrund 5 der URL geht hervor, dass dabei nicht an die Mehrheit der Nutzer in Europa insgesamt, sondern an die Mehrheit der Nutzer in den jeweiligen Mitgliedstaaten anzuknüpfen ist. Demnach ist eine einheitliche Festlegung bestimmter Übertragungsraten auf Unionsebene grundsätzlich nicht angezeigt; vielmehr ist die Definition dessen, was unter einem funktionalen Internetzugang zu verstehen ist, den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen, welchen dabei ein gewisser Spielraum geboten wird.[23]

Um das Kriterium des Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 URL einzugrenzen, ist zu klären, was unter der *Mehrzahl* zu verstehen ist und wie *Verwendung* verstanden werden muss. Unter den Wortlaut des Begriffs der „Mehrzahl der Teilnehmer“ ließe sich sowohl eine *einfache*, wie auch eine *qualifizierte* Mehrheit fassen; gleichwohl spricht bereits der Wortlaut des gesamten Satzes - maßgeblich ist die *vorherrschend* verwendete Technologie - in der Tendenz für eine qualifizierte Mehrheit. Diese Deutung wird systematisch unterstützt durch Erwägungsgrund 5, wonach die Mitgliedstaaten bei der Definition des funktionalen Internetzugangs die besonderen Bedingungen in den nationalen Märkten zu berücksichtigen haben, „wie die von der *überwiegenden Mehrheit* der Nutzer (...) verwendete Bandbreite“. Schließlich spricht der Zweck des Art. 4 Abs. 2 URL für eine deutliche Qualifizierung der Mehrheit: mittels des Universaldienstes soll - unter möglichst geringer Marktverzerrung[24] - die mit der Nichtverfügbarkeit und Nichtnutzung des Internets einhergehende soziale und wirtschaftliche Ausgrenzung verhindert werden. Je weitreichender der Universaldienstumfang festgesetzt wird, desto invasiver ist der Eingriff in den Markt. Soll der Universaldienst seiner Funktion entsprechend flächendeckend das garantieren, was von der breiten Masse bereits genutzt wird,[25] muss der Begriff der Mehrzahl im Sinne einer qualifizierten Mehrheit verstanden werden.

Aus dem Zweck des Universaldienstes ergibt sich auch, dass es bei der Verwendung auf die *tatsächlich genutzte* Bandbreite,[26] nicht auf die *vertraglich zugesicherte*[27] ankommt. Der Universaldienst soll soziale und wirtschaftliche Ausgrenzung verhindern. Ausgegrenzt wird eine Minderheit bei Nichtnutzung des Internets dadurch, dass sie nicht am „online-Leben"der Mehrheit teilhaben kann. Dieses konstituiert sich aber durch die *tatsächlich genutzte* Bandbreite, nicht durch die potentiell davon abweichende *vertraglich zugesicherte*.

Abweichend von dem Grundsatz, dass die Definition des Universaldienstes den Mitgliedstaaten überlassen sein soll, ist es der Kommission möglich, auf eine europaweit einheitliche (Unter-)Grenze hinzuwirken. So kann sie im Zuge einer verpflichtenden regelmäßigen Überprüfung des Umfangs des Universaldienstes nach Art. 15 URL dem Europäischen Parlament und dem Rat Vorschläge unterbreiten, um den Umfang zu ändern oder neu festzulegen. In ihrer letzten

---

21 *Mager*, in: Säcker, Kommentar zum TKG[3], 2013, § 78 Rn. 8; *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck´scher TKG-Kommenar[4], 2013, § 78 Rn. 5.

22 So auch *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 411; *Gerpott*, CR 2011, 568, 570; *Fetzer*, MMR 2011, 707, 708; *Schumacher*, MMR 2011, 711, 712.

23 So können in stark industrialisierten Mitgliedstaaten höhere Bandbreiten verpflichtend vorgeschrieben werden als in Mitgliedstaaten, in denen bestimmte datenverkehrsintensive Dienste eher selten genutzt werden, *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 412.

24 ErwGr. 5 in 2009/136/EG.

25 So auch *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 413.

26 Ebenso *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 412; *Fetzer*, MMR 2011, 707, 708.

27 So aber mit Verweis auf den Wortlaut Teilnehmerïn Art. 4 II 2 URL iVm der Legaldefinition in Art. 2 lit. k der RRL, 2002/21/EG, *Baake* (Fn. 12), S. 5 f.; *Schumacher*, MMR 2011, 711, 713.

Überprüfung Ende 2011[28] lehnte die Kommission eine einheitliche Einbeziehung eines Breitbandanschlusses in den Umfang des Universaldienstes noch als „zum gegenwärtigen Zeitpunkt zwar verfrüht“ ab - insbesondere die erheblichen Unterschiede der Breitbandnutzung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat stünden dem entgegen - kündigte aber an, die Entwicklung auf den Breitbandmärkten weiter zu beobachten; außerdem stellte sie bereits damals fest, dass „ein grundlegender Breitbandzugang auf nationaler Ebene in begründeten Fällen einbezogen werden könne.“[29]

3. Obergrenze

Eine explizite Obergrenze ergibt sich aus der URL ebenfalls nicht; einer beliebig hohen Festlegung eines Universaldienstumfangs stehen jedoch die Grundsätze der Technologieneutralität[30] sowie der Minimierung von Marktverzerrung[31] entgegen. Durch die Orientierung an der von einer qualifizierten Mehrheit der Nutzer gegenwärtig verwendeten Technologien (vgl. Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 URL) soll verhindert werden, dass durch die Festlegung eines Universaldienstumfangs bestimmte Übertragungsvarianten künstlich bevorzugt werden. Zudem geht aus Art. 10 Abs. 1 URL hervor, dass der Universaldienst nicht derart ausgestaltet sein darf, dass die Teilnehmer gezwungen sind für Dienste zu zahlen, die nicht notwendig oder beantragt sind.[32]

II. Zwischenergebnis

Die URL enthält weder eine verbindliche Ober- noch Untergrenze hinsichtlich des Universaldienstumfangs; stattdessen beschränkt sie sich vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips auf die Vorgabe allgemeiner Grundsätze, anhand derer die Mitgliedstaaten eine Definition des funktionalen Internetzugangs vornehmen müssen.[33] Zu berücksichtigen sind insbesondere die von einer qualifizierten Mehrheit tatsächlich genutzten Bandbreiten, dabei kommt den Mitgliedstaaten ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu,[34] wobei sie insbesondere das Gebot der Technologieneutralität und der Minimierung der Wettbewerbsverzerrung zu beachten haben.

D. Verfassungsrechtliche Vorgaben

I. Staatszielbestimmung des Art. 87 f GG

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ergeben sich die Vorgaben für einen schnellen Internetzugang als Universaldienst aus Art. 87 f GG: Gemäß Abs. 1 „gewährleistet der Bund im Bereich (...) der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen"; diese müssen allerdings, wie aus Abs. 2 hervorgeht, privatwirtschaftlich erbracht werden; während also die *Erfüllungsverantwortung* bei privaten Unternehmen liegt, trägt der Bund die *Gewährleistungsverantwortung*.[35] Art. 87 f GG statuiert als Staatszielbestimmung die verfassungsrechtliche Pflicht für den Bund,[36] für eine Grundversorgung an Dienstleistungen[37] im Telekommunikationsbereich zu sorgen.[38]

Der Umfang der Grundversorgung ist abhängig vom Stand der Technik und deren Verbreiterungsgrad[39] und damit dynamisch.[40] Allerdings kommt dem Gesetzgeber - wie sich aus dem Wortlaut des Art. 87 f Abs. 1 GG („nach Maßgabe eines Bundesgesetzes") ergibt - bei der Bestimmung eine erhebliche Einschätzungsprärogative zu.[41] Ähnlich wie im Unionsrecht richtet sich der Universaldienstumfang verfassungsrechtlich also nach den gegenwärtigen Gegebenheiten. Diese sind zwar empirisch messbar, können jedoch nur Anhaltspunkte für die rechtliche Bewertung geben, diese aber nicht ersetzen: So ist eine gleichsam verselbstständigte, rein mechanisch-konditionale Definition des Universaldienstumfangs verfassungsrechtlich nicht geboten. Vielmehr bedarf es einer qualitativen rechtlichen Bewertung der empirisch abbildbaren Wirklichkeit. Überzeugenderweise muss die Definition des Universaldienstumfangs verfassungsrechtlich also von der Frage ausgehen, welche Anwendungen für eine Teilhabe am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben als unverzichtbar einzustufen sind, um dann auf eine konkrete Bandbreite rückzuschließen. Als unverzichtbar sind gegenwärtig das Nutzen von Online-Mediatheken und Home Office einzustufen; darüber hinaus spricht vieles dafür, bereits Cloud Computing[42] zur Liste hinzuzufügen: vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht - aber auch im privaten Bereich - gewinnt Cloud Computing eine immer größere Bedeutung. Regionen, die nicht über entsprechende Infrastruktur verfügen, laufen Gefahr, durch die „digitale Spaltung“ auch in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung massiv gehemmt zu werden. Damit liegt die verfassungsrechtliche Untergrenze der Grundversorgung aktuell bei 6 Mbit/s anzusiedeln, um reguläres Cloud Computing gewährleisten.

II. Grundrechte

Bei der Konkretisierung des Grundversorgungsumfangs müssen Gesetzgeber und Anwender die Wirtschaftsgrundrechte

---

28 Kom(2011) 795 endgültig.

29 Angesichts der technischen und sozialen Entwicklungen seit 2011 ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass die Kommission im Zuge der kommenden Überprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass ein grundlegender Breitbandanschluss zum Umfang des Universaldienstes gehören sollte (angekündigt ist sie für 2016, vgl. Kom(2015) 192, S. 12).

30 So in Bezug auf leitungsgebundene und drahtlose Technologien explizit ErwGr. 4 URL; vgl. auch ErwGr. 25 URL a.F.

31 ErwGr. 5 URL.

32 Vgl. *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 413.

33 *Schumacher*, MMR 2011, 711.

34 So auch *Lindner* (Fn. 12), S. 90.

35 BVerwGE 121, 192, 196 ff.; *Gersdorf*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG[6], Band 3, 2010, Art. 87 f, Rn. 5; *ders*. JZ 2008, 831, 834; *Freund*, NVwZ 2003, 408, 409.

36 *Windthorst,* in: Sachs, Kommentar zum GG[7], 2014, Art. 87 f Rn. 9; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Loseblattkommentar zum GG[73], 2014, Art. 87 f Rn. 88.

37 Der Begriff der „Dienstleistung“ umfasst Angebote auf Dienst- und Infrastrukturebene, *Windthorst* (Fn. 36), Rn. 11; *Möstl* (Fn. 36), Rn. 70.

38 Als keine optimale Versorgung, sondern eine Mindestversorgung, vgl. *Gersdorf* (Fn. 35), Rn. 23; *Windthorst* (Fn. 36), Rn. 12.

39 Vgl. *OVG Münster*, NVwZ 2013, 86, 88; *Baake* (Fn. 12), S. 13; *Hörnig*, in: Hörnig, Handkommentar zum GG[10], 2013, Art. 87 f Rn. 3.

40 *Lindner* (Fn. 12), S. 106; *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 414; *Windthorst*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000, S. 277; *ders*. (Fn. 36), Rn. 20.

41 Dieser ergibt sich aus dem Wortlaut („nach Maßgabe eines Bundesgesetzes"), vgl. *Gersdorf* (Fn. 40), Rn. 31; *Möstl* (Fn. 36), Rn. 65.

42 Unter Cloud Computing versteht man das Konzept, Daten und Software nicht mehr einem stationären Rechner zu speichern, sondern auf einem vernetzten Zentralrechner, der Cloud", vgl. *Lindner* (Fn. 17), S. 23 m.w.N.

der Telekommunikationsunternehmen beachten:[43] so findet der in Art. 87 f Abs. 1 GG gewährte Gestaltungsspielraum seine Obergrenze im *Übermaßverbot*: Eingriffe in den durch Art. 87 f Abs. 2 GG geschützten privatwirtschaftlich organisierten Wettbewerb müssen verhältnismäßig sein;[44] die den Unternehmen aufgebürdeten Kosten dürfen nicht außer Verhältnis stehen zu dem verfolgten Zweck der Grundversorgung auf einem bestimmten Niveau.[45] Die Bestimmung einer konkreten Obergrenze kann allerdings nur auf Basis komplexer ökonomischer Daten erfolgen.[46]

III. Zwischenfazit

Aus Art. 87 f Abs. 1 GG ergibt sich eine notwendige Übertragungsrate von 6 Mbit/s. Die Bestimmung einer konkreten Obergrenze ist nur anhand ökonomischer Daten möglich; aufgrund des erheblichen Gestaltungsspielraums liegt sie wohl jenseits von 10 Mbit/s.

E. Telekommunikationsgesetz

Im Folgenden soll zunächst geklärt werden, wie sich die Vorgaben der Richtlinie und der Verfassung zueinander verhalten (I.), anschließend, wie der Begriff „funktionaler Internetzugang“ in § 78 Abs. 2 TKG auszulegen ist (II.), um abschließend die Aktivierung des Universaldienstes zu beurteilen (III.).

I. Verhältnis zwischen richtlinien- und verfassungskonformer Auslegung

Wie die Umsetzungsverpflichtung einer Richtlinie in nationales Recht folgen nach der Ansicht des EuGH[47] und der überwiegenden Literatur[48] die Notwendigkeit und Zulässigkeit der richtlinienkonformen Auslegung aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 AEUV. Die verfassungskonforme Auslegung folgt aus dem normhierarchischen Vorrang der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) und richtet sich schon dem Wortlaut nach an alle drei Gewalten.[49]

Ausgehend von einer unterschiedlichen Auffassung zur rechtskonstruktiven Grundlage des Unionsrechts kommen *EuGH* und *BVerfG* zwar zu theoretisch unterschiedlichen Vorrangkonzeptionen.[50] Namentlich geht der *EuGH*[51] von einem *absoluten*, das *BVerfG* von einem nur *relativen Anwendungsvorrang* des Unionsrechts aus. Abgesehen von drei Ausnahmekonstellationen („Solange-Vorbehalt"[52] , „Ultra-Vires-Kontrolle"[53] , „Identitätskern"[54]), - also in aller Regel[55] - kommen beide Ansichten zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Damit ist richtlinienbasiertes nationales Recht vorrangig richtlinienkonform auszulegen und nachrangig, soweit ein Spielraum verbleibt, verfassungskonform.

II. Universaldienstumfang

Ausgehend von einem Arbeitspapier des Kommunikationsausschusses der *Kommission* (COCOM) kommt eine Anwendung der URL-Vorgaben in Deutschland gegenwärtig zu einem Spielraum bei der Festlegung des Universaldienstes zwischen 5 und 12 Mbit/s. Danach müssen in einem zweistufigen Verfahren die Verfügbarkeit und die Verwendung von bestimmten Übertragungsraten ermittelt werden, damit sie als Universaldienst bestimmt werden können.[56] Zwar sind die Konkretisierungen der COCOM für die Mitgliedstaaten nicht bindend, dennoch stellen sie eine überzeugende Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 URL dar.[57] Aus Art. 87 f GG ergibt sich gegenwärtig eine Mindestübertragungsrate von 6 Mbit/s, womit der verbleibende Auslegungsspielraum des § 78 Abs. 2 TKG für die *BNetzA* zwischen 6 und 12 Mbit/s liegt.[58]

Die Entstehungsgeschichte[59] spricht dafür, dass die *BNetzA* sehr restriktiv mit diesem Spielraum umzugehen hat. Im Rahmen der TKG-Novellierung 2012 lehnten es die Fraktionen der Regierungsfraktionen aus CDU/CSU und FDP - entgegen den Anträge von den Oppositionsfraktionen bestehend aus der Fraktion der SPD, der Grünen und der Linken, die allesamt die Definition eines Breitbandinternetzugangs als Universaldienst forderten - ausdrücklich ab, den Universaldienstumfang überhaupt zu definieren. Begründet wurde dies in erster Linie damit, dass dies Investitionsanreize nehme, wodurch der marktgetriebene Ausbau der Breitbandinfrastruktur gehemmt würde. Vorzugswürdig seien im Einklang mit den Beihilfe-Vorschriften der EU[60] ausgestaltete staatliche Förderprogramme.[61]

---

43 *Windthorst* (Fn. 36), Rn. 19; *ders*, in: Scheurle/Mayen, Kommentar zum TKG[2], 2008, § 78 Rn. 17.

44 *Lindner* (Fn. 12), S. 120 f.

45 Teilweise werden zusätzlich die Vorgaben des Finanzverfassungsrechts als Begrenzung herangezogen, vgl. *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 414 ff.; ausführlich dazu *Gersdorf*, in: FS Selmer, 2004, S. 351 ff.

46 Zu den ökonomischen Konsequenzen einer Universaldienstaktivierung, *Gerpott*, CR 2011, 568, 572 ff.

47 *EuGH*, Slg. 1984, 1891 Rn. 26, m. Anm.*Birk*, NZA 1984, 145.

48 Begründet von *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 247 ff.; vgl. *Kühling,* JuS 2014, 481, 482; *Kaiser*, ZEuS 2010, 219, 224; *Roth*, EWS 2005, 385; nach **a.A.** ist auf den Vorrang des Unionsrechts abzustellen, *Lutter*,JZ 1992, 593, 604.

49 Gleiches gilt für die richtlinienkonforme Auslegung, um effektive Umsetzung des Unionsrechts zu gewährleisten (*effet utile*), *EuGH*, Slg. 1974, 1337 Rn. 12; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar[4], 2011 , Art. 288 AEUV Rn. 77.

50 Dazu *Kühling*, JuS 2014, 481-490; vgl. *Schöbener*, JA 2011, 885-894.

51 So z.B. *EuGH*, Urteil vom 8. 9. 2010 - C-409/06 - Winner Wetten.

52 BVerfGE 73, 339 - Solange I.

53 BVerfGE 89, 155, 188 - Maastricht-Urteil, dem folgend *Lindner* (Fn. 12), S. 77.

54 BVerfGE 123, 267, 344 ff. - Lissabon-Urteil.

55 *Kühling* spricht vom "juristischen Alltag", JuS 2014, 481, 485; die praktische Relevanz der Reservekompetenz des *BVerfG* tendiere gegen Null, meint *Schöbener*, JA 2011, 885, 893.

56 Auf der ersten Stufe müssen 50 % aller Haushalte über einen Festnetz- oder mobilen Breitbandanschluss verfügen, auf der zweiten müssen kumulativ 50 % aller Haushalte über einen Anschluss mit entsprechender Übertragungsrate verfügen und 80 % davon diese auch nutzen, COCOM-Vorschlag v. 19.5.2011, Nachw. bei *Baake* (Fn. 12), S. 9; vgl. auch *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 412.

57 So auch *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 412; vgl. *BNetzA*, Tätigkeitsbericht 2012/2013, BT-Drs. 18/209, S. 83, Tätigkeitsbericht 2010/2011, BT-Drs. 17/8246, S. 50; zur faktischen Wirkung formal unverbindlicher (Rechts-)Akte *von Graevenitz*, EuZW 2013, 169-174.

58 Ähnlich *Fetzer*, der bereits 2011 eine Bandbreite von mindestens 2-4 Mbit/s für verpflichtend erachtete, MMR 2011, 707, 709; *Schumacher* hielt sogar 6 Mbit/s für möglich, MMR 2011, 711, 712.

59 *Schumacher*, MMR 2011, 711 m.w.N.

60 Zur Rolle des EU-Beihilferechts beim Breitbandausbau *Freund/Bary*, MMR 2015, 230 ff.; *Solt□sz*, NJW 2014, 3128 ff.; *Petzold*, NordÖR 2012, 396 ff., *Holznagel*, NVwZ 2010, 1059 ff.

61 Zusätzlich wurden finanzverfassungsrechtliche Bedenken geäußert, vgl. dazu *Kühling,* DÖV 65 *(*2012), 409, 414.

III. Universaldienstaktivierung

Die Aktivierung des Universaldienstes durch die *BNetzA* setzt eine Unterversorgung voraus (§ 80 S. 1 TKG). In Bezug auf Internetzugänge läge diese vor, wenn die Versorgung mit Internetzugängen mit einer Übertragungsrate von mindestens 6 Mbit/s durch den Markt nicht flächendeckend zu erschwinglichen Preisen erbracht würde. Seit 2013 steht europaweit eine 100%ige Flächenabdeckung mit satellitengestützten Breitbanddiensten zur Verfügung, durch die Haushalte und Unternehmen mit Breitbandanschlüssen direkt versorgt werden können.[62] Da satellitengestützte Breitbanddienste derzeit Internetzugänge mit Übertragungsraten zwischen 10 und 22 Mbit/s gewährleisten, ist eine Aktivierung innerhalb dieses Korridors verwehrt, wenn der satellitengestützte Internetzugang mit dem über herkömmliche Übertragungstechniken hergestellten vergleichbar ist.[63] Dies hängt von vielen technischen Details[64] sowie der typischen Vertragsgestaltung ab,[65] ist im Ergebnis wohl aber anzunehmen.[66] Mangels Unterversorgung kann der Universaldienst folglich nicht aktiviert werden, womit Endnutzer auch keinen Anspruch auf einen breitbandigen Internetzugang gegenüber den Unternehmen haben.

F. Fazit

So scheint es, als habe die technische Entwicklung - insbesondere die der satellitengestützten Internetübertragung - die rechtswissenschaftliche und politische Diskussion um den Universaldienst im TKG überholt, gar auf absehbare Zeit entbehrlich gemacht.[67] In Bezug auf die Aktivierung des Universaldienstes trifft dies zu, denn falls sich satellitengestützte Internetübertragung als vergleichbare Alternative zu den herkömmlichen Übertragungsarten entpuppt und flächendeckende, bezahlbare, schnelle Internetzugänge gewährleisten kann, ist eine Aktivierung des Universaldienstes vorerst nicht möglich. Bezüglich der (dynamischen) Definition des Universaldienstumfangs gibt es jedoch durchaus Diskussionsbedarf. Zum einen ist sie mehr als bloße Voraussetzung einer möglichen Aktivierung:[68] sie stärkt - gleichsam als Drohkulisse - die Position der *BNetzA* in Verhandlungen mit den Unternehmen zwecks freiwilliger Erbringung der Universalleistung und gibt den Nutzern Orientierung hinsichtlich dessen, was als Grundversorgung anzusehen ist; zum anderen ist es eine Frage der Zeit bis der Universaldienstumfang jenseits dessen liegt, was die satellitengestützte Übertragungstechnik zu leisten vermag. Diese Zeit sollte genutzt werden, eine kontinuierliche Verwaltungspraxis im Einklang mit Unions- und Verfassungsrecht bei der dynamischen Auslegung des Begriffs des funktionalen Internetzugangsßu entwickeln. Die Schwelle, bis zu der die *BNetzA* sich damit begnügen konnte, festzustellen, dass ein Breitbandanschluss nicht vom Universaldienst erfasst ist,[69] ist jedenfalls überschritten.

---

62 *Kommission*, IP/13/968, breitbandige Satellitenverbindungen ermöglichen eine Versorgung mit einem grundlegenden Breitbandanschluss (Downloadgeschwindigkeiten von bis zu 20 Mbit/s) europaweit.

63 So wohl die *BNetzA*, BT-Drs. 18/209, S. 84; zwar von den technischen Bedingungen von 2012 ausgehend, der Sache nach ähnlich *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 412.

64 Hier kommen neben den Übertragungsraten (im Up- und Downstream) insbesondere satellitenbedingte Latenzzeiten in Betracht.

65 Abhängig von Übertragungsvolumina und Übertragungsraten bewegen sich die Tarife effektiv zwischen mtl. 35-60 ¤, vgl. https://www.internetanbieter.info/internetanbieter/dsl-per-satellit/vergleich, letzter Abruf am 17.11.2015.

66 Internet über Satellit sei eine „erträgliche Alternative", http://www.pcwelt.de/ ratgeber/Satellit-Langsam-aber-flaechendeckend-1479366.html, letzter Abruf am 17.11.2015.

67 Die Funktion des Universaldienstes als „regulatorischem Auffangnetz“ erschöpft sich in einem „nachlaufenden Lückenschluss“, um jedermann die Teilhabe am bestehenden technischen Status zu ermöglichen, vgl. *Eifert*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht[3], Band 1, 2012, § 23 Rn. 110; *Kühling*, DÖV 65 (2012), 409, 417; *Fetzer*, MMR 2011, 707, 709.

68 Diesen Aspekt verkennt *Schneider*, der aus der bisher unterbliebenen Aktivierung die *praktische* Irrelevanz des Universaldienstes schließt, (Fn. 11), Rn. 67; tendenziell richtig dagegen *Mager,* den Universaldienst als „Recht auf Vorrat"bezeichnend, (Fn. 26) vor § 78 Rn. 11.

69 So die *BNetzA* aber noch im letzten Tätigkeitsbericht 2012/2013 - Telekommunikation, BT-Drs. 18/209 v. 13.12.2013, S. 82; abzuwarten bleibt der Tätigkeitsbericht 2014/2015 Ende dieses Jahres; ein Impuls wird wohl 2016 von der Überprüfung des Universaldienstumfangs i.S.d. Art. 15 URL durch die *Kommission* ausgehen, vgl. Kom(2015) 192, S. 12.

Victoria Kurczinski*

Markenrechtsverletzungen im Internet

Selbstregulierung und ihre Grenzen im Cyberspace

A. Einführung

Seit über einem Jahrzehnt bedient sich der internationale Waren- und Dienstleistungsverkehr in kontinuierlich zunehmendem Maße des Kommunikationsmediums Internet, weshalb sich auch Marken- und Kennzeicheninhaber seither den Herausforderungen der Kennzeichenkollision und internetspezifischen Nutzungsformen ausgesetzt sehen. Trotz der Bekanntheit des Problemfeldes zeichnet sich keine zufriedenstellende Lösung in Form einer umfassenden Anpassung des staatlichen Marken- und Kennzeichenrechts ab. Vielmehr scheinen die nationalen Gesetzgeber mit der Flexibilität des Cyberspace nicht Schritt halten zu können. Vor diesem Hintergrund wird nach einer Einführung in das Markenrecht auf zwei internetspezifische Kennzeichennutzungen, *Keyword Advertising* und *Domain Grabbing*, eingegangen, um dann die Situation aus der Sicht des IZVR und IPR zu erläutern. Schließlich wird anhand der Theorie eines einheitlichen *Cyberlaw* und zwei selbstregulierten Abhilfemechanismen die Frage beantwortet, ob Selbstregulierung die passgerechtere Lösung darstellen könnte, um den virtuellen Raum des Internets für Marken- und Kennzeicheninhaber rechtlich klar zu strukturieren.

B. Grundprinzipien des Markenrechts

I. Funktionen und Territorialitätsprinzip

Marken und andere gewerbliche Kennzeichen erfüllen im geschäftlichen Verkehr spezifische Funktionen, die wertbildend für den jeweiligen Inhaber und nützlich für den Marktteilnehmer sind.[1] Dementsprechend bezweckt das gewerbliche Kennzeichenrecht ihren Schutz und ihre Gewährleistung. Ausgehend von der Herkunftsfunktion geben gewerbliche Kennzeichen Aufschluss darüber, von wem das konkrete Produkt oder die Dienstleistung ausschließlich stammt.[2] Des Weiteren macht das Kennzeichen bei entsprechenden Marktaktivitäten des Inhabers[3] Aussagen über Qualität, bewirbt die Ware oder Dienstleistung und besitzt dann sowohl eine Kommunikations- als auch eine Investitionsfunktion.[4] Zusätzlich ist das Markenrecht von dem grundlegenden Territorialitätsprinzip[5] geprägt, nach dem sich der nationale Kennzeichenschutz auf das jeweilige Hoheitsgebiet begrenzt.[6] Funktionsgewährleistung erfolgt nur innerhalb des Schutzgebietes. Die kollisionsrechtliche Ausprägung hierzu ist das Schutzlandprinzip (lex loci protectionis).[7]

II. Dreistufiger Aufbau des Markenschutzes

1. Nationaler Markenschutz in Deutschland

Auf der untersten Ebene steht der nationale Markenschutz, der sich in Deutschland vornehmlich nach dem MarkenG richtet. Im Bereich der Registermarke setzt es die europäische Markenrechts-RL um, sodass es innerhalb der obligatorischen Vorgaben der Richtlinie unionsweit vereinheitlichtes Recht darstellt.[8] Nach dem MarkenG bedarf es bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen des § 3 MarkenG nicht zwingend einer Eintragung. Neben Registermarken sind auch Benutzungsmarken, notorisch bekannte Marken sowie andere Kennzeichen geschützt. Zentrale Anspruchsgrundlagen finden sich in §§ 14, 15 MarkenG, die entweder bei doppelter Zeichen- und Waren- bzw. Dienstleistungsidentität oder bei sogenannter Verwechslungsgefahr dem Kennzeicheninhaber Schadensersatz oder einen Unterlassungsanspruch zugestehen.

2. Supranationaler Markenschutz innerhalb der EU

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip des freien Binnenmarktes und dem Territorialitätsprinzip des Markenschutzes, das nach Art. 36 S.1 AEUV zugunsten der nationalen Rechtsmonopole gelöst wurde[9], resultierte neben einer Rechtsharmonisierung über Richtlinien in der Schaffung einer einheitlichen supranationalen Gemeinschaftsmarke, geregelt in der GMV.[10] Nach dem Grundsatz der Koexistenz steht dieser Schutz neben nationalen Schutzregimen, Kollisionsfälle sind in der GMV mitgeregelt.[11] Sie statuiert eine unionsweite Registermarke[12], die aufgrund des grundsätzlichen Gleichlaufs zwischen der GMV und der Markenrechts-RL entsprechende Voraussetzungen bezüglich Inhalt, Umfang und Schranken aufweist.[13]

3. Die IR-Marke

Bei der IR-Marke, die auf dem Madrider Markenabkommen und dem dazugehörigen Protokoll basiert, handelt es sich nicht um eine Marke nach internationalem Recht, sondern nur um ein einheitliches Anmeldeverfahren.[14] Neben der Angabe einer nationalen Basismarke, die in das Markenregister

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *Campos Nave,* Einführung in das Markenrecht³, 2011, Rn. 6ff. sowie Rn. 9ff.

2 Vgl. beispielsweise EuGH GRUR 2010, 1008, 1009; EuGH, Rs. C-59/08 – *Copad/Dior*, Slg. 2009, I-03421, Rn. 22; *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Hrsg.), Markengesetz, Kommentar[11], 2015, Einl., Rn. 32ff; siehe auch ErwGr. 11 der Markenrechts-RL.

3 *Hacker,* in Ströbele/Hacker (Fn. 2), Einl., Rn. 42.

4 Vgl. EuGH, Rs. C-487/07 – *L´Oréal/Bellure*, Slg. 2009, I-05185, Rn. 58; bestätigt beispielsweise in EuGH, verb. Rs. C-236/08 bis C-238/08 – *Google und Google France*, Slg. 2010, I-02417, Rn. 77; s. auch *Lange,* Marken- und Kennzeichenrecht[2], 2012, Rn. 18ff.

5 Vgl. unter anderem BGH GRUR 2007, 884, 886.

6 *Müller,* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar[3], 2015, 6.Teil, Vorbemerkung, III Rn. 10.

7 *Drexl,* in: MüKoBGB[6], Band 11, IntImmGR, Rn. 7f.

8 Vgl. *Hacker,* in Ströbele/Hacker (Fn. 2), Einl., Rn. 17.

9 *Hacker,* in Ströbele/Hacker (Fn. 2), Einl., Rn. 7f.

10 Vgl. hierzu auch §§ 125 a ff. MarkenG.

11 *Campos Nave* (Fn. 1), Rn. 297.

12 *Götting,* Gewerblicher Rechtsschutz[10], 2014, § 66 Rn. 6; *Kirschmeck,* in Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 3 Rn. 1.

13 *Götting* (Fn. 12), § 66 Rn. 12; *Campos Nave* (Fn. 1), Rn. 296.

14 *Campos Nave* (Fn. 1), Rn. 447; *Fezer,* in: Markenrecht, Kommentar[4], 2009, Int MarkenR Rn. 4.

der WIPO eingetragen wird[15], kann ein Bündel weiterer Abkommensstaaten angegeben werden, in denen dann durch die WIPO eine Registrierung erfolgt.[16] Maßgeblich für die Schutzfähigkeit bleibt das jeweilige nationale Schutzregime. Ein international einheitliches Markenrecht existiert hingegen nicht.[17] Internationale Abkommen wie insbesondere die PVü und TRIPS führen nur zu vereinzelten Harmonisierungen und Erleichterungen.[18] Insofern ist das Markenrecht weltweit weiterhin vom Territorialitätsprinzip durchdrungen.

C. Problemstellung: Markenschutz im Cyberspace

I. Ubiquität statt Territorialität

Das Internet stellt ein technisches, international einheitliches System dar, auf dessen Inhalte grundsätzlich jeder zugreifen kann. Unterschiedliche Sprachen sowie die Systematisierung von geographischen Top Level Domains (ccTLDs)[19] führen nur faktisch zu einer gewissen Territorialisierung der Zugriffe auf Webinhalte.[20] Beherrschende Prinzipien sind somit Ubiquität und Virtualität.[21] Diese Grundkonzeption steht im direkten Konflikt mit dem Territorialitätsprinzip.[22] Die Schutzbereiche, die in der realen Welt aufgrund des beschränkten geschäftlichen Verkehrs zumeist nebeneinander existieren konnten, kollidieren im Internet miteinander. Hieraus ergeben sich bei grenzüberschreitenden Kennzeichenverletzungen Funktionsschutzprobleme sowohl für das IZVR als auch das IPR. Zudem führt die virtuelle Darstellung zu internetspezifischen Nutzungsformen, die zusätzlich auf materieller Ebene einer Einordnung bedürfen. Exemplarisch hierfür soll das *Keyword-Advertising* und *Domain Grabbing* vor den anderen Problematiken betrachtet werden.

II. Internetspezifische Nutzungsformen

1. Keyword Advertising

a) Erscheinungsformen

Beim sogenannten *Keyword Advertising*, bei Google bekannt als *Google-AdWords*, werden Schlüsselwörter bei einem Suchmaschinenbetreiber gegen Entgelt gebucht, damit die Website des jeweiligen Unternehmens bei Eingabe des Wortes in der Suchmaschinenmaske als „sponsored link“ oder als „Anzeige“ auftaucht.[23] Zu unterscheiden ist hiervon die Sonderform des *Keyword Buying*, bei dem über ein Schlüsselwort ein Platz in der regulären Trefferliste gekauft wird.[24] *Keyword Advertising* stellt die weiterentwickelte Form des *Meta Tagging* dar. *Meta Tags* sind Schlüsselwörter im nicht sichtbaren Quelltext einer Website, die von Suchmaschinen, die diese Meta-Ebene noch bei ihrer Suche berücksichtigen,[25] gefunden werden und diese Website aufgrund des Treffers dann auf einen höheren Listenplatz sortieren.[26] Kennzeichenrechtlich relevant wird diese Praxis, wenn es sich bei den gebuchten Schlüsselwörtern um geschützte gewerbliche Kennzeichen eines fremden Unternehmens handelt.[27] Das gebuchte Schlüsselwort kann in der Ergebnisanzeige sichtbar im Werbebanner der Website des Nichtinhabers auftauchen, möglich ist aber auch die Buchung als *Keyword* ohne explizites Aufführen des Kennzeichens.[28] Für die erste Variante des sichtbaren *Keyword Advertising* ergeben sich keine Unterschiede zu einer kennzeichenrechtlichen Nutzung auf einer Website, sodass Ansprüche aus §§ 14, 15 MarkenG in Betracht kommen,[29] problematisch erscheint aber die rechtliche Einordnung des unsichtbaren *Keyword Advertising*.

b) Einordnung des unsichtbaren Keyword Advertising

aa) Gleichstellung mit Meta-Tags

Ebenso wie *Meta Tags* sind die gebuchten *Keywords* für den jeweiligen Internetnutzer nur in Form seiner eigenen Eingabe in der Suchmaske, nicht jedoch im Suchergebnis sichtbar. Unsichtbares *Keyword Advertising* und *Meta Tags* verfolgen zudem das gleiche Ziel der erhöhten Kenntnisnahme durch den Internetnutzer und könnten rechtlich gleichgestellt werden.[30] Für *Meta Tags* war die Tatbestandsmäßigkeit einer markenrechtlichen Verletzung längere Zeit mangels einer unmittelbaren Wahrnehmbarkeit umstritten.[31] Insbesondere im Hinblick auf die neben der Herkunftsfunktion mitgeschützten Vertrauens-, Qualitäts- und Werbefunktionen wird inzwischen jedoch das ungeschriebene Erfordernis der markenmäßigen Benutzung hier weit verstanden[32], sodass mittelbare Verwechslungsgefahr bejaht[33] und somit ein Schadenersatzanspruch aus den §§ 14, 15 MarkenG zugesprochen wird.[34]

bb) Einschränkende Rechtsprechung

Der EuGH musste mehrmals über das *Keyword Advertising* entscheiden und schränkte die Voraussetzungen für das Vorliegen einer markenrechtlichen Verletzung ein.[35] Zunächst muss auch die Herkunftsfunktion verletzt sein, eine Beeinträchtigung der anderen Funktionen einer Marke ist nicht ausreichend.[36] Laut EuGH ist es möglich, dass *Keyword Advertising* eine solche Verletzung darstellt, wenn keine Kenntnis seitens des Verkehrs über die fehlende Verbindung zwischen Werbenden und Markeninhaber vorliegt, eine solche Verbindung aber suggeriert wird oder die Ausgestaltung der geschalteten Anzeige nicht oder nur schwer zu erkennen gibt,

---

15 *Campos Nave* (Fn. 1), Rn. 462.

16 *Campos Nave* (Fn. 1), Rn. 449f; *Fezer* (Fn. 14), Int MarkenR Rn. 4.

17 *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), 6.Teil, Vorbemerkung, III Rn.9.

18 *Sosnitza,* Deutsches und europäisches Markenrecht, 2010, § 1 Rn. 10; *Fezer* (Fn. 14), Int MarkenR Rn. 2f. und Rn. 17ff.

19 Siehe zum Begriff *Ubber,* Markenrecht im Internet, 2002, S. 37.

20 Siehe hierzu auch *Heinze,* EuZW 2011, S. 947, 948.

21 Vgl. *Schack,* MMR 2000, S. 135; *Ubber* (Fn. 19), S. 29.

22 *Ubber* (Fn. 19), S.29.

23 *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 Rn. 141.

24 *Habermeier,* in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts[3], 2010, § 42 Rn. 50; *Hüsch,* Keyword Advertising und Keyword Buying, 2006, S.142.

25 S. *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 Rn. 137.

26 *Kaufmann,* MMR 2005, S. 348; *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 Rn. 137.

27 *Hüsch* (Fn. 24), S. 139.

28 *Hüsch* (Fn. 24), S. 55.

29 *Hüsch* (Fn. 24), S. 153.

30 Vgl. beispielsweise OLG Dresden, K&R 2007, 269, 270; OLG München, MMR 2008, 334, 335; *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 Rn. 142.

31 *Hacker,* in Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 222; s. auch *Rath,* Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S.162-173.

32 *Rath* (Fn. 31) , S.168-170.

33 *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 Rn. 138.

34 Vgl. insbesondere BGH GRUR 2007, 65,66.

35 *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 230ff.

36 Vgl. EuGH, – *Google und Google France*, (Fn. 4), Rn. 82ff; *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 Rn. 145.

von welcher Partei die Waren oder Dienstleistungen stammen.[37] Scheinbar öffnete der EuGH das Tor für unsichtbares *Keyword Advertising*, so bejahten Gerichtsentscheidungen aus Österreich[38] und Frankreich[39] im Anschluss Verletzungen der Herkunftsfunktion.[40] Der BGH hingegen sieht den Verletzungstatbestand nur als erfüllt an, wenn die Anzeige in der Suchmaschine nicht als eine solche gekennzeichnet ist (somit wohl *Keyword Buying*) und diese einen expliziten Hinweis auf das fremde Kennzeichen enthält.[41] Damit führt unsichtbares *Keyword Advertising* in Deutschland zu keinen markenrechtlichen Ansprüchen[42], was unvereinbar mit dem EuGH sein könnte.[43]

2. Domain-Grabbing

a) Kennzeichenrechtliche Schutzfähigkeit der Domain

Bei einer Domain handelt es sich in erster Linie um eine einmal zu vergebende[44] physikalische Netzadresse innerhalb des weltweiten administrativen Domain-Name-Systems (DNS) des Internets[45] und nicht automatisch um ein gewerbliches Kennzeichen. Zum Erhalt einer solchen Adresse bedarf es des Abschlusses eines Registrierungsvertrages mit der zuständigen Registrierungsstelle (im Falle einer Anmeldung im Bereich der country code Top Level Domain [ccTLD] „.de“ wäre es die DENIC eG), wodurch lediglich ein relatives vertragliches Recht begründet wird. Erfüllt die Domain jedoch neben ihrer Adressfunktion einen kennzeichenrechtlichen Erwerbstatbestand des MarkenG, so kann sie hiernach kennzeichenrechtlich geschützt sein oder eingetragen werden.[46] Zudem werden Waren und Dienstleistungen, die unter einem bestimmten Domainnamen im Internet vertrieben werden, durch diesen zumindest mittelbar bezüglich ihrer betrieblichen Herkunft nach gekennzeichnet.[47]

b) Definition des Domain-Grabbing

Die Doppelrolle einer Domain als einmalig vergabefähige Adresse nach dem Prioritätsprinzip[48] im worldwide web sowie als mehrfach schutzfähiges Kennzeichen je nach Territorium[49] führt zu einem Registrierungswettlauf, in den sich häufig Unberechtigte einschalten, um aus dem verschärften Wettbewerb Profit zu schlagen. Diese Registrierungspraxis, bei der es zumeist um Bündel vieler bekannter Domainnamen und das Ziel geht, entweder direkt Profit aus der bekannten Domain oder indirekt durch einen überteuerten Verkauf an den wahren Inhaber zu schlagen, wird als *Domain-Grabbing* oder auch als *Cybersquatting* bezeichnet.[50]

c) Rechtsdurchsetzung

aa) gTLDs und ausländische ccTLDs

Handelt es sich bei der kennzeichenverletzenden Domain um eine ausländische ccTLD oder eine generische Top Level Domain (gTLD) wie beispielsweise „.com“, ergeben sich prozessrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme bei der Einklagung von Markenverletzungen vor deutschen Gerichten.[51] Selbst wenn es zu einer Zuständigkeit deutscher Gerichte und der Anwendbarkeit deutschen Rechts kommt, wird aufgrund des Territorialitätsprinzips der Urteilstenor zumeist auf den deutschen Rechtsraum beschränkt[52] und ist somit für den durch ausländische ccTLD oder gTLD abgedeckten Bereich nicht zufriedenstellend. Ein umfassendes Verbotsrecht ist auf diese Weise wohl nicht durchzusetzen.[53]

bb) Die ccTLD „.de“

Zwar ergeben sich für die Ansprüche im Rahmen der deutschen ccTLD „.de“ nicht die gleichen prozess- und kollisionsrechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten, jedoch ist auf materieller Ebene eine Rechtsdurchsetzung bei der Registrierung einer Domain durch einen Nichtinhaber problematisch. Die für einen Anspruch aus § 14 oder § 15 MarkenG erforderliche kennzeichenrechtliche Benutzung wird nicht bereits bei einer Registrierung bei der DENIC angenommen,[54] sodass einschränkend eine Erstbegehungsgefahr und damit ein hinreichend konkretes Abzeichnen einer markenrechtlichen Verletzung dargelegt werden muss. In der Regel wird aber eine nicht rechtsverletzende Benutzung nicht ganz ausgeschlossen werden können, sodass der Anspruch nicht vorliegen wird.[55] Zudem ergibt sich eine Störerhaftung der DENIC faktisch nur dann, wenn ihr ein rechtskräftiger gerichtlicher Titel gegen den Domaininhaber vorgelegt wurde.[56] Im Ergebnis ist eine Rechtsdurchsetzung markenrechtlicher Ansprüche erst ab einer kennzeichenrechtlichen Benutzung seitens des Nichtinhabers erfolgsversprechend.

III. Internationale Zuständigkeit der Gerichte

Auch bei der internationalen Zuständigkeit der Gerichte zeigen sich bei Markenrechtsverletzungen im Internet Einordnungsschwierigkeiten. Zunächst ergibt sich nach Art. 4 I Brüssel Ia-VO in Verbindung mit Artt. 62, 63 Brüssel Ia-VO für Klagen der allgemeine Gerichtsstand des Beklagtenwohnsitzes. Daneben kommen noch die alternativen deliktischen Wahlgerichtsstände des Handlungs- oder Erfolgsorts[57] nach Art. 7 Nr.2 Brüssel Ia-VO in Betracht.

---

37 Vgl. EuGH – *Google und Google France*, (Fn. 4), Rn. 82ff.

38 Vgl. beispielsweise österrOGH öBl 2011, 29, 31f.

39 Vgl. beispielsweise Cour de Cassation GRUR Int 2011, 446, 447.

40 *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 233.

41 Vgl. BGH GRUR 2013, 290, 293.

42 Vgl. für Zugeständnis von Ausnahmen BGH GRUR 2014, 182, 183.

43 S. auch *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 235.

44 *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 188.

45 *Bettinger,* Handbuch des Domainrechts, 2008, Teil 1 Rn. 4ff.

46 Vgl. BVerfG NJW 2005, 589; *Bettinger,* (Fn. 45), Teil 2 Rn. DE 108; *Bröcher,* Die Domain als Name und Kennzeichen, 2010, S. 25; *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 219.

47 *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 219.

48 *Bettinger* (Fn. 45), Teil 1 Rn. 114.

49 *Bettinger,* GRUR Int. 1997, 402.

50 *Ubber* (Fn. 19), S. 118; *Micklitz/Schirmbacher,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 4 UWG Rn. 284.

51 S. auch *Renck,* in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch[26. EL], 2008, Rn. 15ff.

52 *Renck,* in: Kilian/Heussen (Fn. 51), Rn. 18.

53 *Renck,* in: Kilian/Heussen (Fn. 51), Rn. 18f.

54 Vgl. BGH GRUR 2008, 912, 913; GRUR 2009, 484, 489; GRUR 2009, 685, 689; *Hacker,* in: Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 218.

55 Vgl. OLG Karlsruhe Mitt 2002, 144; *Hacker,* in:Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 218.

56 Vgl. BGH GRUR 2001, 1038, 1040; *Hacker,* in:Ströbele/Hacker (Fn. 2), § 14 Rn. 404.

57 Vgl. EuGH, Rs. C-21/76 – *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d´Alsace*, Slg. 1976, 01735.

1. Handlungsort

Als anknüpfungsfähiger Handlungsort wird im Rahmen des Art. 7 Nr.2 Brüssel Ia-VO der Ort des ursächlichen Geschehens angesehen.[58] In Vermeidung einer Hinzuziehung des materiellrechtlichen Tatbestandes nach Bestimmung des anwendbaren Rechts (Qualifikation *lege causae*) bemisst sich dieser nach der faktischen Handlung.[59] Trotz dieses Grundsatzes könnte man bei Internetfällen alternativ auf den Sitz desjenigen, der den entsprechenden Inhalt auf den Server hochlädt oder den Standort des Servers abstellen.[60] Im Hinblick auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit muss beachtet werden, dass die schwierige Feststellung des Serverstandortes häufig von technischen Zufälligkeiten beeinflusst wird. Aus diesem Grunde hat sich auch der EuGH für die Anknüpfung über den Sitz des Werbenden und damit den Ort des Hochladens ausgesprochen.[61] Dies hat zur Folge, dass der Gerichtsstand des Handlungsortes zumeist mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten zusammenfallen und Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO mangels Berufung eines „anderen" Gerichtsstands nicht einschlägig ist.[62]

2. Erfolgsort

a) Verletzungserfolg im Schutzland

Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO umfasst als möglichen Anknüpfungspunkt zudem den Ort, an dem der Primärschaden eingetreten ist.[63] Hierbei kommt es auf den Wirkungskreis der Verletzung an, der im Hinblick auf Internetkonstellationen Probleme aufwirft. Es könnte ausreichen, dass eine Website abrufbar ist, ebenso könnte man im Hinblick auf die Vielzahl der daraus weltweit resultierenden Gerichtsstände[64] eine Einschränkung über einen hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug fordern[65] oder eine Einordnung über die jeweilige ccTLD[66] vornehmen. Laut EuGH kann es sich beim Erfolgsort nur um einen Ort innerhalb des jeweiligen Schutzlandes des Kennzeichens handeln.[67] Im Hinblick auf Beweis- und Sachnähe zeigt sich, dass diese Übertragung des Schutzlandprinzips auf den deliktischen Gerichtsstand des Erfolgsortes begrüßenswert ist. Eine Einschränkung auf prozessrechtlicher Ebene, wie sie von einigen in der BGH-Rechtsprechung bezüglich des hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandbezugs gesehen wird,[68] wäre letztlich eine Vorwegnahme einer materiell-rechtlichen Prüfung und brächte im Hinblick auf Vorhersehbarkeit und Sachnähe im Vergleich zum Schutzlandprinzip keinen Mehrwert, würde sie doch eine ausführliche Indiziensammlung und -prüfung mit sich ziehen. Das Abstellen auf die jeweilige ccTLD verkennt die mangelnde Möglichkeit der Vereinheitlichung des Prinzips im Hinblick auf gTLDs und die hohe Missbrauchsanfälligkeit des Merkmals.[69]

b) Kognitionsbefugnis

Gemäß der vom EuGH entwickelten *Shevill*-Doktrin[70] kann der Kläger am Gerichtsstand des Erfolgsortes nur den im Staat des angerufenen Gerichts entstandenen Schaden geltend machen.[71] Nach einer Aufweichung dieses Prinzips und der Anerkennung voller Kognitionsbefugnis im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen am neu eröffneten Gerichtsstand des Interessenmittelpunktes des Klägers[72] war es strittig, ob diese Erweiterung nicht auch für gewerbliche Schutzrechte gelten müsse,[73] jedoch hat der EuGH inzwischen dieser Übertragbarkeit widersprochen.[74] Im Hinblick auf Sach- und Beweisnähe erscheint die Aufrechterhaltung der eingeschränkten Kognitionsbefugnis aufgrund der national geschützten Marken naheliegend.[75]

IV. Internationales Kennzeichenprivatrecht

Das auf gewerbliche Kennzeichenverletzungen anwendbare Recht bestimmt sich grundsätzlich nach Art. 8 I Rom II-VO. Hiernach ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, für den der Schutz im konkreten Fall beansprucht wird. Das so kodifizierte Schutzlandprinzip beherrscht national wie international das kollisionsrechtliche Immaterialgüterrecht.[76] Ebenfalls von Art. 8 Rom II-VO erfasst sind Multistate-Benutzungshandlungen im Internet, was die sogenannte Mosaikbetrachtung zur Folge hat.[77] Grundsätzlich anwendbar ist hiernach die jeweilige nationale Rechtsordnung, auf dessen Staatsgebiet eine Verletzungs- oder Benutzungshandlung beanstandet wird, was auch bei unteilbaren grenzüberschreitenden Handlungen gilt.[78] Teilweise wird eine inhaltliche Einschränkung des Prinzips gefordert, wonach bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene der Ort der tatsächlichen Verletzungshandlung heranzuziehen sei.[79] Der Wortlaut der Norm stellt jedoch nur auf das Recht des Staates ab, „für den Schutz beansprucht" wird, zudem ergibt sich aus einem Vergleich mit Art. 8 II Rom II-VO, dass hierunter nicht zwingend der Verletzungsort zu verstehen ist.[80] Letztlich handelt es sich bei Art. 8 Rom II-VO mehr als um eine bloße Konkretisierung der Er-

---

58 *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 165; **krit.** *Kur,* GRUR Int. 2014, S. 749, 752.

59 Vgl. EuGH, Rs. C-228/11 – *Melzer/MF Global,* CELEX-ID: 62011CJ0228, Rn. 35; *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 165.

60 *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 165.

61 Vgl. EuGH ZEuP 2014, S. 155, 159; *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 165.

62 *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 167.

63 *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 164; EuGH, – *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d´Alsace,* (Fn. 57).

64 S. *Lehmann/Stieper,* JZ 2012, S. 1016, 1019.

65 Vgl. BGH GRUR 2012, 621.

66 So OGH 29.5.2011 – 4 Ob 110/01.

67 *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 167.

68 Vgl. BGH GRUR 2005, 431, 433.

69 *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 162.

70 Begriff nach *McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 169.

71 Vgl. EuGH, Rs. C-68/93 – *Shevill u.a./ Presse Alliance*, Slg. 1995, I-00415.

72 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-509/09 und C-161/10 – *eDate Advertising u.a.,* Slg. 2011, I-10269; *Picht,* GRUR Int. 2013, S. 19, 21.

73 Siehe zum Meinungsstreit *Heinze,* EuZW 2011, S. 947, 950; *Spindler,* AfP 2012, S. 114, 118.

74 Vgl. EuGH ZEuP 2014, 155, 157f.

75 So auch *Lehmann/Stieper,* JZ 2012, S. 1016, 1019.

76 *Drexl*, in: MüKoBGB (Fn. 7), Rn. 6; *Unberath/Cziupka,* in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar, 2011, Art. 8 Rom II-VO Rn. 19.

77 Vgl. EuGH, – *Shevill u.a./ Presse Alliance,* (Fn. 71)*; McGuire,* ZEuP 2014, S. 160, 162; *Sack,* WRP 2008, S. 1405, 1414; *Thorn,* in: Palandt[74], 2015, Art. 8 Rom II-VO, Rn. 7.

78 *Sack,* WRP 2008, S. 1405, 1414; *ders.,* WRP 2000, S. 269, 274.

79 *Unberath/Cziupka,* in: Rauscher (Fn. 76), Art. 8 Rom II-VO Rn. 20ff; für UrhR *Weller,* ZEuP 2008, S. 252, 279-282.

80 *Sack,* WRP 2008, S. 1405, 1410f; *Unberath/Cziupka,* in: Rauscher (Fn. 76), Art. 8 Rom II-VO Rn. 21.

folgsortregel nach Art. 4 Rom II-VO, sodass man die Problematik auf die Sachrechtsebene verlagern kann.[81]

D. Selbstregulierung: Rolle und realisierbare Form im Cyberspace

Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass das staatliche Recht, ob materiell, kollisions- oder prozessrechtlich, bei grenzüberschreitenden Kennzeichenverletzungen im Internet an Herausforderungen stößt. Aus diesem Grunde ist nun zu erörtern, ob vielmehr Selbstregulierung das adäquate rechtliche Mittel für diesen ubiquitären Raum sein könnte.

I. Definitionsansätze

Selbstregulierung einheitlich und gleichzeitig präzise zu formulieren scheitert an der Vielfalt der Erscheinungsformen und den diversen dogmatischen Diskussionsfeldern.[82] Verkürzt kann der Begriff aber als die autonome oder heteronome Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung von Regelordnungen, bei denen zumindest auch Private handelnde Akteure sind, verstanden werden.[83] Heteronome oder regulierte Selbstregulierung lässt sich im Gegensatz zur autonomen Selbstregulierung (Privatautonomie[84]) auf einen staatlichen Geltungsbefehl zurückführen[85] und stellt somit eine Zwischenstufe zu staatlichem Recht dar.[86]

II. Utopie: einheitliches Cyberlaw

Insbesondere zu Beginn des neuen Jahrtausends wurde aufgrund der geringeren Bindung an Ort, Zeit und Körperlichkeit des neuen Mediums über die Notwendigkeit und Möglichkeit einer selbständigen globalen Rechtsordnung für das Internet diskutiert.[87] Auch wenn für geschlossene Gruppen Selbstregulierung als ein erfolgsversprechendes Instrument angesehen wurde,[88] so zeichnete sich mit der Zeit ab, dass für das offene Netz aufgrund der heterogenen Interessen reine Selbstregulierung nicht zufriedenstellend wäre.[89] Die wirtschaftlich stärksten Interessen würden sich durchsetzen, Minderheits- und Individualinteressen wären nicht hinreichend repräsentiert.[90] Selbst wenn es zu einem interessengerechten Regelkatalog käme, wäre eine allgemeine rechtliche Bindung mangels eines staatlichen Anwendungsbefehls problematisch, ist im Bereich der Selbstregulierung zur Bindung doch ein Vertrag notwendig.[91] Letztlich werden im Internet auch staatliche Aufgaben wahrgenommen,[92] sodass zunehmend regulatorischer Wettbewerb mit sich ergänzenden Kombinationen von staatlichem und selbstreguliertem Recht vorgeschlagen wurde.[93]

III. Selbstregulierungsansätze von Google

Google, ein Akteur im Internet mit Gatekeeper-Funktion,[94] führte vor dem Hintergrund der *AdWords*-Problematik bei unsichtbarer *Keyword* Verwendung die Möglichkeit einer Markenbeschwerde ein, wodurch nun eine Verhinderung der Schaltung von Anzeigen zu den Marken des Markeninhabers erwirkt werden kann.[95] Als selbstreguliertes Instrument kann diese Beschwerde aber als außerhalb des aus der gesetzlichen Marke fließenden Rechts gesehen werden, womit dann Eingriffe in die Rechtspositionen der Kunden von *AdWords* vorliegen können.[96] So konnte sich vor dem OLG Köln erfolgreich auf unlautere Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 10 UWG berufen werden,[97] was bisher jedoch die einzige Entscheidung in diese Richtung ist.[98]

IV. UDRP der ICANN

Die private Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) verwaltet das globale Internet-Adressierungssystem (Domain Name System [DNS]) und verfügt somit über eine Monopolstellung im Hinblick auf Erreichbarkeit im Internet.[99] Trotz ihres privaten Charakters übt das US-Handelsministerium mit seiner Aufsichtsfunktion erheblichen Einfluss aus,[100] sodass es sich um eine Form der regulierten Selbstregulierung handelt. Jede Domain muss über eine Vertragskette bei der ICANN angemeldet werden, was es der Organisation ermöglichte, eine Uniform Domain Name Resolution Policy (UDRP), die ein alternatives Streitbeilegungsverfahren für Marken- und Kennzeicheninhaber vorsieht,[101] einzuführen. Die Etablierung der Policy erfolgt über die Verpflichtung der Registrierungsstellen für gTLDs gegenüber der ICANN,[102] dass in die Registrierungsvereinbarungen mit den einzelnen Domainanmeldern die UDRP zu integrieren ist.[103] Erfasst sind somit nur gTLDs, jedoch können die nationalen Vergabestellen der ccTLDs die UDRP freiwillig in ihrer Registrierungsordnung verbindlich machen.[104] Das Streitschlichtungsverfahren eröffnet für den Rechtsinhaber eine Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit, mangels Freiwilligkeit der Vereinbarung der Policy handelt es sich bei den Schiedsstellen aber nicht um Schiedsgerichte im Sinne des § 1055 ZPO.[105]

---

81 *Unberath/Cziupka,* in: Rauscher (Fn. 76), Art. 8 Rom II-VO Rn. 21; *Sack,* WRP 2008, S. 1405, 1411-1414; *Drexl*, in: MüKoBGB (Fn. 7), Rn. 12; *Thorn,* in: Palandt (Fn. 77), Art. 8 Rom II-VO, Rn. 7.

82 S. auch *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 12 f.

83 *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 24.

84 *Langhart,* Rahmengesetz und Selbstregulierung, 1993, S. 88.

85 *Becker,* Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 81; *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 35; *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 812.

86 *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 36.

87 *Roßnagel,* MMR 2002, S. 67f; siehe auch *Mayer,* NJW 1996, S. 1782ff; *Christiansen,* MMR 2000, S. 123; *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 811f.

88 Siehe unter anderem *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 812; *Christiansen,* MMR 2000, 123, S. 125f.

89 *Roßnagel,* MMR 2002, S. 67, 69.

90 *Christiansen,* MMR 2000, S. 123, 126; *Roßnagel,* MMR 2002, S. 67, 69.

91 *Christiansen,* MMR 2000, S. 123, 125.

92 *Roßnagel,* MMR 2002, S. 67, 69.

93 *Christiansen,* MMR 2000, 123, 129.

94 Begriff nach *Rath,* (Fn. 31), S.25.

95 *Müller,* in: Spindler/Schuster (Fn. 6), § 14 MarkenG Rn. 151.

96 Vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2011, 98, 99.

97 Vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2011, 98; **krit.** *Hühner,* GRUR-Prax 2012, S. 369.

98 *Hühner,* GRUR-Prax 2012, S. 369, 371.

99 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 809; *Buck-Heeb/Dieckmann,* (Fn. 44), S. 187.

100 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 811.

101 *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 193; *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 813.

102 *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 26.

103 *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 194; *Ahlert,* Weltweite Wahlen im Internet, 2003, S. 187.

104 *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 35f.

105 *Buck-Heeb/Dieckmann* (Fn. 44), S. 194.

1. Das Verfahren

Begehrt ein Rechtsinhaber ein Verfahren nach der UDRP, so richtet er sich an einen der fünf[106] von der ICANN akkreditierten *Dispute Resolution Provider*, die die administrative Abwicklung des Verfahrens in ihren jeweiligen *Supplemental Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* ausdifferenziert haben.[107] Nach formell ordnungsgemäßer Einreichung der Beschwerde und einer Beschwerdeerwiderung des Beschwerdegegners wird von dem jeweiligen Center ein Panel einberufen, dass sich aus Experten im internationalen Markenrecht zusammensetzt, die zumeist innerhalb von 14 Tagen über die Beschwer entscheiden zu haben.[108] Geltend gemacht werden kann ein Übertragungs- bzw. Löschungsanspruch einer oder mehrerer Domains (vgl. § 3 UDRP-Rules),[109] materiell wird nur der Verletzungstatbestand der bösgläubigen Domainregistrierung umfasst (vgl. § 4 lit.a UDRP).[110]

2. Vorteile

Konzipiert als Instrument zur schnellen Erledigung von eindeutigen Domainpirateriefällen[111] und mit einer Dauer von maximal 45 Tagen,[112] bringt das Verfahren nach der UDRP einen deutlichen Zeitvorteil für den Rechtsinhaber gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit mit sich. Obwohl immer der Beschwerdeführer für die Verfahrenskosten aufzukommen hat, sind diese im Vergleich zu staatlichen Gerichtskosten relativ gering.[113] Zudem gibt es nach der Policy einen unmittelbar vollziehbaren[114] Übertragungsanspruch bei bösgläubiger Registrierung der Domain, der beispielsweise dem deutschen Recht fremd ist.[115] Durch die unmittelbare Vollziehbarkeit werden letztlich die staatlichen Gerichte entlastet.[116]

3. Probleme

Auf der anderen Seite kann es mangels einer UDRP-internen Berufungsmöglichkeit nicht zu einer Herausbildung von Fallrecht kommen,[117] zudem ergehen widersprüchliche Entscheidungen unterschiedlicher Panels, sowohl im Vergleich unterschiedlicher *Dispute Resolution Provider* als auch innerhalb eines *Dispute Resolution Providers*.[118] Die Freiwilligkeit der Unterwerfung im Bereich der ccTLDs ermöglicht es Registrierungsstellen wie beispielsweise der DENIC, Domaininhabern ein Verfahren nach der UDRP zu verwehren.[119] Verhängnisvoll kann auch die in § 3 lit.b xiii UDRP-Rules vorgesehene Gerichtsstandwahl für den Beschwerdeführer werden.[120] Neben Problemen der Anerkennung dieser Gerichtsstandwahl seitens der Gerichte und der Ablehnung der UDRP als anzuwendendes Recht wurde in einem Fall vor dem KG Berlin das Nichtbestehen eines Übertragungsanspruches im Rahmen einer negativen Feststellungsklage des Beschwerdegegners bejaht.[121] Als weiterer Kritikpunkt wird die Möglichkeit der Treuhand-Registrierung[122] angesehen, die für Beschwerdeführer Hürden bezüglich der Verfahrenssprache, des richtigen Beschwerdegegners sowie der Vorhersehbarkeit des Verfahrens aufstellt.[123]

4. Ausweitung der UDRP

Eine Ausweitung der UDRP ist zwar grundsätzlich denkbar, jedoch beschränkt sich die Aufgabe der ICANN auf die Verwaltung des DNS. Verletzungstatbestände bezüglich Website-Inhalten der UDRP zu unterwerfen, würde eine Kompetenzüberschreitung ihrerseits darstellen und auch an der praktischen Umsetzbarkeit mangels vergleichbarer Einsicht wie in das Domain-Register scheitern. Zudem ist fragwürdig, ob man die ICANN mit einer Inhaltskontrolle betrauen möchte. Die Organisation ist trotz ihres Aufbaus, in dem nationale Staaten nur im *General Advisory Committee* und nicht im höchsten Organ mitwirken dürfen,[124] in weiten Teilen vom Einfluss der USA geprägt.

E. Fazit

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zeigt sich, inwieweit ein Zusammenspiel von staatlichen Regulierungsansprüchen und Selbstregulierung funktionieren und erweitert werden kann. Die vorherrschende Rolle nationalen und in Teilen europaweiten Rechts wird im ubiquitären Internet zwar nicht aufgehoben, aber geschmälert. So unterstreicht die Reaktion von Google die Vorzüge der flexiblen privatautonomen Regulierung, die fü Fälle des *Keyword Advertising* für Marken- und Kennzeicheninhaber eine Erleichterung in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung darstellt. Die UDRP fungiert trotz des oben aufgeführten Optimierungspotentials als Vorzeigemodell für globale Selbstregulierung. Hieraus auf ein umfassendes Selbstregulierungspotential in Bezug auf andere Internet-Akteure zu schließen wäre aber ein Trugschluss. Die ICANN ist faktisch die einzige Organisation, die im Internet eine derartige Monopolstellung aufweist, sodass gesteigerte Selbstregulierung in Bezug auf das gesamte Internet nur über eine Kompetenzerweiterung der ICANN möglich wäre, was aus oben aufgeführten Gründen abzulehnen ist. Um für Marken- und Kennzeicheninhaber innerhalb des Internets hinreichenden Schutz und zufriedenstellende Rechtsverfolgung zu ermöglichen, kann neben einer Ausweitung der UDRP auf die deutsche ccTLD „.de“ eine Rechtsvereinheitlichung mit Hilfe der WIPO und damit einhergehenden völkerrechtlichen Abkommen vorangetrieben werden. Vor allem könnte angestrebt werden, aus der IR-Marke nach dem Vorbild der europäischen Gemeinschaftsmarke eine supranationale Marke zu entwickeln. Staaten werden aber in Bezug auf das Marken- und Kennzeichenrecht ihren Regulierungsanspruch nicht einfach deshalb aufgeben, weil es sich beim Internet um ein Medium mit bisher nicht vorhergesehenem Einfluss handelt. Ein solches Aufgeben wäre hinsichtlich der utopischen Vorstellungen eines einheitlichen Cyberlaw auch verfehlt.

---

106 Abrufbar unter https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en, letzter Abruf am 22.11.2015.

107 *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 65.

108 *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 77ff. und Rn. 87; s. auch § 15 UDRP-Rules.

109 nicht identisch mit der UDRP.

110 *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 194.

111 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 813; *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 194.

112 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 813.

113 Siehe hierzu die Kostenaufstellung in *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 160.

114 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 813.

115 Siehe hierzu *Schmelz,* GRUR-Prax 2012, S. 127.

116 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 813.

117 Siehe hierzu *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 162; *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 814.

118 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 814 (sowie dortige Fn. 56, 57).

119 Vgl. *Bettinger* (Fn. 45), Teil 3 Rn. 38.

120 *Schmelz,* GRUR-Prax 2012, S. 127, 129.

121 *Schmelz,* GRUR-Prax 2012, S. 127, 128.

122 Registrierung einer Domain im Namen eines Dritten, ohne dass dessen Identität offenbar wird, vgl. *Körber/Mann,* GRUR Int. 2014, S. 775, 777.

123 *Körber/Mann,* GRUR Int. 2014, S. 775, 776.

124 *Voegeli-Wenzl,* GRUR Int. 2007, S. 807, 811.

Tilman Koops*

Murphy und der Schwimmerschalter

Deliktische Haftung wegen Mängeln der gekauften Sache nach englischem und deutschem Recht

A. Einleitung

Als Haftungskategorien kennen das deutsche wie das englische Recht eine Haftung aus Vertrag und eine aus Delikt bzw. *tort*.[1] Sowohl das deutsche als auch das englische Recht lassen Ansprüche beider Ordnungen miteinander konkurrieren.[2] Daher webt der Kauf eines mangelhaften Produkts ein Netz unterschiedlicher Ansprüche,[3] deren Schnittmenge von Rechtsordnung zu Rechtsordnung variiert. Je enger der Kreis der deliktisch geschützten Interessen ist, desto weniger Vertragsverletzungen werden tatbestandlich erfasst.[4] Umgekehrt mag ein weites Deliktsrecht eine Rechtsordnung von der Notwendigkeit der Anerkennung und Ausdehnung vertraglicher Schutzpflichten entbinden.[5] In Konstellationen, in denen sich beide Haftungsordnungen überschneiden, stellt sich die Frage, welchem Haftungsregime der Vorrang gebührt.[6] Eine dieser Konstellationen ist die Haftung wegen Mängeln einer gekauften Sache. In Deutschland wie in England verschieben Gerichte hier die überkommenen Grenzen beider Haftungsregime: Mal offen, mal versteckt werden Haftungsgrenzen erweitert und wieder beschränkt.[7] Im Folgenden wird zunächst die Rechtsentwicklung in diesem Bereich in England nachvollzogen (**B.**) und mit dem deutschen Recht verglichen (**C.**). Im Anschluss soll auf das Zusammenspiel von deliktischer und vertraglicher Haftung eingegangen werden (**D.**).

B. Rechtsentwicklung in England

Das englische Haftungsrecht kennt kein abstraktes der Haftung zugrundeliegendes Prinzip. Es handelt sich nicht um ein *law of delict*, sondern um ein *law of torts*.[8] Jeder *tort* ist ein eigener spezifischen Regeln unterworfener Haftungsgrund für die Verletzung eines bestimmten Interesses.[9] Fällt eine Schädigung nicht in die Grenzen eines bestimmten *torts*, kann kein Ersatz verlangt werden. Doch war das englische Haftungsrecht in seiner Geschichte stets bereit, die Anwendungsbereiche der einzelnen *torts* zu variieren.[10] Einer der flexibelsten Tatbestände im englischen Haftungsrecht ist der *tort of negligence*. Ursprünglich nur ein Modus der Begehung eines anderen *torts*,[11] emanzipierte und wandelte er sich zu einem eigenen einheitlichen *tort*, dem *tort* fahrlässigen Verhaltens.[12]

Zentrales Element einer Haftung aus *negligence* ist das Bestehen einer Sorgfaltspflicht (*duty of care*), deren Verletzung (*breach*) zu einem kausalen Schaden (*damage and causality*) geführt haben muss.[13] Eine solche Pflicht bestand ursprünglich nur innerhalb bestimmter Fallgruppen.[14] Doch in der Entscheidung *Donoghue v Stevenson*[15] – ein Fall der Produkthaftung – gelang es *Lord Atkins*, ein allgemeines Kriterium zu definieren:[16]

„You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? (...) persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.“[17]

Eine *duty of care* besteht also nun gegenüber jedem, dessen Schädigung durch das eigene Verhalten vernünftigerweise vorhersehbar ist.

I. Haftung für Sach- und Personenschäden und der Folgeschäden

Vor *Donoghue v Stevenson* haftete dem Käufer lediglich der Verkäufer vertraglich für Sach- und Personenschäden, die durch eine mangelhafte Sache verursacht wurden.[18] Seitdem jedoch nicht mehr auf den Vertrag, sondern auf die Vorhersehbarkeit des Schadens abgestellt wurde, konnte der Kreis der haftenden Personen nach und nach ausgeweitet werden.[19] Er umfasst nunmehr die gesamte Vertriebskette.[20] Der Kreis der geschützten Personen umfasst neben dem Endabnehmer alle Personen, die mit der Sache in Berührung kommen,[21] sei es zufällig[22] oder absichtlich[23] .

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *Smith*, University of British Columbia L.R. (1985), S. 95, 95; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 903.

2 *v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I, 1996, Rn. 415; *Rogers*, Winfield&Jolowitz on Tort[18], 2010, Rn. 1-5, 1-8; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 905 f.; *Henderson v Merret* [1995] 2 AC 145 (HL) 194.

3 *Rogers* (Fn. 2), Rn. 1-5.

4 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 418.

5 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 418; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 11 ff.

6 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 413; *Rogers* (Fn. 3), Rn. 1-8.

7 *Jaffey*, Legal Studies (1985), S. 77, 77; *Markesinis/Deakin*, MLR (1992), S. 619, 619 ff.; *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S.42, 65 f.

8 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 42; *Wagner*, in: Zimmermann (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 2003, S. 189, 199; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 907.

9 *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht[12], 2013, Rn. 19; *Rogers* (Fn. 2), Rn. 2-1, 2-3; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 907.

10 *Rogers* (Fn. 2), Rn. 2-3; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 908.

11 *Zimmermann* (Fn. 1), S. 910.

12 *Letang v Cooper* [1965] QB 232 (HL) 239; *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 20; *Wagner* (Fn. 8), S.189, 203 f.; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 910.

13 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 278; *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 20; *Percy/Walton,* Charlesworth&Percy on Negligence[9], 1997, Rn. 1-25; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 911.

14 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 44.

15 [1932] AC 562 (HL).

16 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 44.

17 *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 (HL) 580.

18 *Winterbottom v Wright* [1842] 152 Eng Rep 402; *Smith*, UBC L.R. (1985), S. 95, 95 f.

19 *Percy/Walton* (Fn. 13), Rn. 14-49; *Rogers* (Fn. 2), Rn. 10-2.

20 *Percy/Walton* (Fn. 13), Rn. 14-85; *Rogers* (Fn. 2), Rn. 10-4.

21 *Percy/Walton* (Fn. 13), Rn. 14-56.

22 *Brown v Cotterill* [1934] 51 TLR 21 (KB); *Stennett v Hancock* [1939] 2 All ER 578; *Power v The Bedford Motor Co Ltd* [1959] IR 391.

23 *Barnett v H&J Packer & Co Ltd* [1940] 3 All ER 575.

II. Haftung für reine Vermögensschäden

Nicht immer beschädigt eine mangelhafte Sache jedoch absolute Rechtsgüter des Käufers. Mitunter ist der einzige Schaden, dass die Kaufsache nicht den vertraglich zugesicherten Erwartungen entspricht. Diesem Schaden geht keine Verletzung des Eigentums oder der Person des Geschädigten voran. Der Käufer erwirbt die Kaufsache bereits als mangelhafte. Sein Schaden ist reiner Vermögensschaden. Obwohl nirgends eindeutig niedergelegt, waren solche Schäden nach allgemeiner Ansicht außerhalb des Vertragsrechts nicht ersatzfähig.[24]

1. Der Weg zur Haftung für reine Vermögensschäden

Dieses Verständnis wurde durch die Entscheidung des *House of Lords* in *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partner Ltd*[25] grundlegend erschüttert. Das Gericht hielt den reinen Vermögensschaden, den die Klägerin dadurch erlitt, dass sie sich auf eine fahrlässige Falschangabe einer Bank verlassen hatte, für ersatzfähig, obwohl keine vertragliche Beziehung zwischen ihnen bestand. Es brauche keinen Vertrag; ausreichend sei eine besondere Nähebeziehung (*special relationship*) zwischen Schädiger und Geschädigtem.[26] Diese bestehe jedenfalls dann, wenn eine mit besonderen Fähigkeiten ausgestattete Partei einer anderen einen professionellen Rat erteile, sofern sie vernünftigerweise davon ausgehen müsse, dass die andere Partei auf ihren Rat vertraut.[27]

Schnell entwickelten sich – zunächst erfolglose[28] – Tendenzen diesen Haftungsumfang auch auf fahrlässiges Verhalten auszudehnen. Anfang der 1970er Jahre wurde mit den Entscheidungen *Dutton v Bognor Regis District Council*[29] und *Anns v Merton London Borough Council*[30] gerade im Bereich der Haftung wegen einer mangelhaften Kaufsache der Widerstand schließlich gebrochen. Beide Entscheidungen betrafen nahezu identische Sachverhalte: Verklagt wurde eine Gemeinde, die ihre bauaufsichtsrechtlichen Pflichten bezüglich neu gebauter Wohnhäuser vernachlässigt hatte. Errichtet und verkauft wurden diese Häuser von privaten Baugesellschaften. Nach deren Erwerb traten infolge mangelhafter Fundamente – Mängel, die bei sorgfältiger Bauaufsicht hätten vermieden werden können – Schäden an der Bausubstanz auf. Da die Käufer aus unterschiedlichen Gründen keinen Ersatz von ihren Vertragspartnern oder Versicherungen erlangen konnten, wandten sie sich mit ihren Schadensersatzbegehren an die Gemeinde.

Zwar äußerte sich der Schaden in körperlicher Form, doch war diese nur Folge des eigentlichen Grundes, der ursprünglichen Mangelhaftigkeit des Gebäudes.[31] Der Schaden beruhte darauf, dass das Haus nicht den Erwartungen der Käuferin entsprach. Er war somit reiner Vermögensschaden.[32] Dies stellte die Gerichte vor zwei Probleme: Nach dem *Hedley Byrne*-Prinzip war ein solcher reiner Vermögensschaden zwar grundsätzlich ersatzfähig, doch fehlte das eine *duty of care* begründende Vertrauen. Nach dem *Donoghue v Stevenson*-Prinzip bestand zwar eine *duty of care*, allerdings nur in Bezug auf Sach-und Personenschäden.[33]

Um den Schaden dennoch ersetzen zu können, verzichteten die Gerichte auf das Erfordernis des Vertrauens.[34] Der Sache nach wandten die Gerichte das *Donoghue v Stevenson*-Prinzip mit den Rechtsfolgen des *Hedley Byrne*-Prinzips an. In *Anns v Merton London Borough Council* fasste das *House of Lords* diese Entwicklung zusammen:

„[T]he position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter?in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (...).“[35]

Für eine einen Haftungsumfang wie nach *Hedley Byrne* begründende Nähebeziehung genügte nun wie nach *Donoghue v Stevenson* reine Vorhersehbarkeit. War die Vorhersehbarkeit einmal festgestellt, musste die Vermutung einer *duty of care* nur hinter *public policy* Erwägungen zurückstehen.[36] Prinzipiell waren somit nun auch reine Vermögensschäden stets ersatzfähig.[37]

Die Entscheidungen betrafen zwar grundsätzlich nur die Haftung der Gemeinde, doch die Gerichte machten deutlich, dass diese Haftung jeden treffe, der für den Schaden verantwortlich ist, einschließlich des Bauunternehmers.[38] Somit schufen *Dutton* und *Anns* nicht nur eine umfassende gemeindliche Haftung, sondern gleichzeitig ein Einfallstor des *law of torts* in den Kernbereich des Vertragsrechts.[39]

---

24 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 283; *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 51; *Rogers* (Fn. 2), Rn. 10-10.

25 [1964] AC 465 (HL).

26 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 55.

27 *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partner Ltd* [1964] AC 465 (HL) 502-504.

28 *Weller & Co v Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 QB 569 (QB); *Electrochrome Ltd v Welsh Plastics Ltd* [1968] 2 All ER 205 (QB); *SCM (United Kingdom) Ltd v WJ Whittall & Son Ltd* [1971] 1 QB 337 (CA); *Spartan Steel & Alloys Ltd v Martin & Co (Contractors) Ltd* [1973] 1 QB 27 (CA).

29 [1972] 1 QB 373 (CA).

30 [1978] AC 728 (HL).

31 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 65.

32 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 63.

33 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 63.

34 *Dutton v Bognor Regis District Council* [1972] 1 QB 373 (CA) 395; *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728 (HL) 730.

35 *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728 (HL) 730 (per Lord Wilberforce).

36 *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728 (HL) 730 (per Lord Wilberforce); *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 47, 61.

37 *Dutton v Bognor Regis District Council* [1972] 1 QB 373 (CA) 396; *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728 (HL) 731 ff.; *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 65; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 526.

38 *Dutton v Bognor Regis District Council* [1972] 1 QB 373 (CA) 397 f.

39 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 63 f.

2. Die Hochphase der Haftung für reine Vermögensschäden

Es liegt auf der Hand, dass eine Haftungsvoraussetzung, die von der Vorhersehbarkeit eines Schadens ausgeht und den Kreis der Anspruchsinhaber nur durch *policy* Erwägungen zu begrenzen sucht, die Gefahr birgt, die Zahl der akzeptierten Sorgfaltspflichten stark zu erhöhen.[40] Tatsächlich begannen die Gerichte im Anschluss an *Anns v Merton London Borough Council* immer häufiger reine Vermögensschäden zu ersetzen.[41] Ihren Höhepunkt erreichte diese Entwicklung in der Entscheidung *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd*[42] .[43] Das *House of Lords* gestand dem Auftraggeber eines Fabrikbaus einen Schadensersatzanspruch wegen des Mangelunwerts der Werkleistung gegen einen Subunternehmer des Auftragnehmers zu. Das Gericht war überzeugt, dass es für eine Nähebeziehung bereits ausreichte, dass der Architekt des Auftraggebers die Subunternehmer ausgesucht hatte.[44]

3. Der Abschied von der Haftung für reine Vermögensschäden

Als sei man sich erst durch *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* der Konsequenzen der Entscheidung *Anns v Merton London Borough Council* bewusst geworden, versuchte das *House of Lords* die Reichweite der deliktischen Haftung für reine Vermögensschäden zurückzudrängen und Vertrag und Delikt wieder klarer voneinander abzugrenzen.[45] Zuerst wurde die Entscheidung *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* zu einem Unterfall der Haftung aus besonderer Beziehung nach *Hedley Byrne v Heller* reduziert;[46] danach das alte Dogma bekräftigt, dass für reine Vermögensschäden wegen Sachmängeln grundsätzlich nur aus Vertrag gehaftet wird.[47] Obiter wurde allerdings der Versuch unternommen, der alten Rechtsprechung ihre Schärfe zu nehmen:[48] In einer *complex structure* sei es möglich, dass nur einzelne Bestandteile mangelhaft seien, die die übrigen – noch mangelfreien – Bestandteile beschädigten. Letztlich handelte es sich dann doch um einen Sachschaden und nicht um einen reinen Vermögensschaden.[49] In den Worten von Lord Bridge in *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England*:

„[I]t may well be arguable that in the case of complex structures (...) one element of the structure should be regarded (...) as distinct from another element, so that damage to one part of the structure caused by a hidden defect in another part may qualify to be treated as damage to other property“[50]

Die Rechtssache *Murphy v Brentwood District Council*[51] ermöglichte es dem *House of Lords* schließlich, der deliktischen Haftung für Sachmängel endgültig ihre Grundlage zu entziehen.[52] Wieder führten vom Bauunternehmer fehlerhaft geplante und gelegte Fundamente zu Schäden an der Bausubstanz, wieder hätte die Gemeinde bei Besichtigung der Pläne einschreiten müssen und wieder wurde die Gemeinde auf Schadensersatz verklagt. Der Schaden bestand allein darin, dass das Gebäude nicht den vertraglich gesicherten Erwartungen des Käufers entsprach.[53] Nach Ansicht des Gerichts war der Schaden also reiner Vermögensschaden.[54] Die *complex structure theory* wurde als künstlich zurückgewiesen.[55] Das Gericht verneinte daraufhin eine deliktische Haftung der Gemeinde[56] und des Verkäufers: Sowohl die vertragliche Risikoallokation als auch die speziellen Regeln für Ansprüche nach dem *Defective Premises Act 1972*[57] würden unterlaufen, wenn man neben ihnen noch eine deliktische Haftung zulasse.[58]

III. Zusammenfassung

Der Versuch des englischen Rechts ein belastbares Prinzip für den Ersatz reiner Vermögensschäden zu finden, fand mit *Murphy v Brentwood District Council* sein vorläufiges Ende.[59] Wie zuvor konnte danach grundsätzlich nur Ersatz für Sach- und Personenschäden verlangt werden.[60] Seitdem zerfällt das englische Haftungsrechts wieder in zwei Teile: einen deduktiven Ansatz beim Ersatz von Sach- und Personenschäden und einen induktiven, auf Fallgruppen konzentrierten Ansatz bezüglich des Ersatzes reiner Vermögensschäden.[61]

C. Rechtslage in Deutschland

Auch im deutschen Recht werden reine Vermögensschäden gegenüber Schäden an absoluten Rechtsgütern benachteiligt:[62] Von den drei allgemeinen Deliktstatbeständen des deutschen Rechts, § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 und § 826 BGB, eröffnen nur die letzten beiden einen Anspruch auf den Ersatz reiner Vermögensschäden. Diese unterliegen aber den zusätzlichen Voraussetzungen eines Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB) bzw. gegen die guten Sitten (§ 826 BGB). Doch wie auch im englischen Recht haben die Gerichte diese Diskriminierung überwunden und Ausgleich geschaffen, wenn sie es für notwendig erachtet haben.

---

40 *v. Bar*, RabelsZ 58 (1992), S. 410, 417.

41 *v. Bar*, RabelsZ 58 (1992), S. 410, 418 f.; *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 65 f.

42 [1983] 1 AC 520 (HL).

43 *v. Bar*, RabelsZ 58 (1992), S. 410 (422); *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 67.

44 *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* [1983] 1 AC 520 (HL) 533.

45 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 68 f.

46 *Muirhead v Industrial Tank Specialities Ltd* [1986] QB 507 (CA) 528; *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] 1 AC 177 (CA); *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 466, 481.

47 *Pirelli General Cable Works Ltd v Oscar Faber & Partners (A Firm)* [1983] 2 AC 1 (HL); *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] 1 AC 177 (HL) 194.

48 *v. Bar*, RabelsZ 56 (1992), S. 410 (439).

49 *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] 1 AC 177 (HL) 204, 214.

50 *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] 1 AC 177 (HL) 206 f. (per Lord Bridge).

51 [1991] 1 AC 398 (HL).

52 Das Gericht berief sich dabei auf das *Practice Statement* von 1966 (3 All ER 77), das festhielt, dass das *House of Lords* von eigenen Entscheidungen abweichen durfte.

53 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 408.

54 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 466.

55 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 478, 484.

56 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 406; *Rogers* (Fn. 2), Rn. 7-4, 7-13.

57 *Rogers* (Fn. 2), Rn. 5-16.

58 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 469, 480.

59 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 76; *Weir*, Cambridge L.J. 1991, S. 24, 24.

60 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 468.

61 *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42, 51, 73 ff..

62 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 96 f.

I. Haftung für Sach- und Personenschäden und der Folgevermögensschäden

Wie nach englischem Recht haftet der Verkäufer dem Käufer deliktisch für Sach- und Personenschäden. Sind diese Rechtsgüter verletzt, so sind nicht nur die Substanzschäden, sondern sämtliche Folgeschäden zu ersetzen. Die deliktische Haftung derjenigen, die in der Lieferkette vor dem Endabnehmer stehen, hatte das englische Recht bereits vorgezeichnet.[63] Diesem Weg ist der BGH 1968 in seinem Hühnerpest-Urteil[64] gefolgt. Er gestand der Klägerin, der Betreiberin einer Hühnerfarm, einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den Hersteller eines Impfmittels zu, das in der Hühnerfarm der Klägerin einen Ausbruch der Hühnerpest verursacht hatte.

II. Haftung für reine Vermögensschäden

Wie im englischen Recht ist das Vermögen als solches deliktisch nicht geschützt. Grundsätzlich steht dem Käufer bezüglich des Mangelunwerts der gekauften Sache also kein Deliktsschutz zu. Dennoch wird ihm von den Gerichten unter bestimmten Umständen Deliktsschutz gewährt. Wegen des *numerus clausus* der geschützten Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB konnte kein neues Schutzgut „Vermögen“ eingeführt werden. Es stellte sich daher die Frage, unter welchen Umständen ein Schaden, der der Sache selbst anhaftet, als eine Verletzung eines geschützten Rechtsguts qualifiziert werden kann. Wie für das *House of Lords*[65] kam für den BGH vor allem eine Eigentumsverletzung in Betracht.[66]

Die heutige deutsche Praxis geht auf das Schwimmerschalter-Urteil[67] des BGH aus dem Jahr 1976 zurück.[68] In dem zugrundeliegenden Fall war eine Reinigungsanlage zerstört worden, weil ein von Beginn an mangelhafter Schwimmerschalter nicht funktionierte. Der BGH hielt eine Verletzung des Eigentums an der Anlage selbst für gegeben. Begründet wurde die Eigentumsverletzung damit, dass der ursprüngliche Mangel auf ein „funktionell abgrenzbares“ Einzelteil beschränkt war und sich dann auf das im übrigen mangelfreie Eigentum des Käufers ausdehnt, also „weitergefressen“ habe.[69] Die in *Murphy v Brentwood District Council* als „künstlich“[70] zurückgewiesene *complex structure theory* hatte sich somit in Deutschland in Form der „Weiterfresserschäden“ etabliert.[71] Doch wie schon das *House of Lords* in *Murphy v Brentwood District Council* sorgte sich der BGH um das Alleinstellungsmerkmal der vertraglichen Haftung: dass nur in deren Rahmen Ersatz für enttäuschte Vertragserwartungen verlangt werden kann. Anders als das *House of Lords* bewegte diese Sorge den BGH jedoch nicht dazu, von dieser Fallgruppe Abstand zu nehmen. Stattdessen formulierte er im Gaszug-Urteil[72] das Haftungskriterium neu:[73] Für eine Eigentumsverletzung komme es nicht mehr auf eine funktionelle Abgrenzbarkeit des Bestandteils von der Restsache an, sondern auf die normative Unterscheidung zwischen Äquivalenz- und Integritätsinteresse.[74] Betrifft der Schaden das vertragliche Äquivalenzinteresse, ist der Schaden also „stoffgleich“ in der Sprache des BGH, ist eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ausgeschlossen und der Käufer auf das Vertragsrecht verwiesen.[75] „Stoffgleichheit“ besteht dann, wenn die Beseitigung oder zumindest die Entdeckung des Fehlers technisch unmöglich oder völlig unwirtschaftlich ist, sodass die Kaufsache von Anfang an völlig wertlos war.[76]

III. Zusammenfassung

Murphy v Brentwood District Council wäre vor einem deutschen Gericht nicht anders entschieden worden. Jedoch aus anderen Gründen: Was unter englischem Recht ein Fall allgemeinen Deliktsrechts war, wäre unter deutschem Recht ein Fall der Staatshaftung.

Auch unter dem Aspekt der Haftung des Verkäufers ähneln sich die in Deutschland und England erzielten Ergebnisse stark. Deliktische Sorgfaltspflichten sind grundsätzlich auf den Schutz von Körper und Eigentum beschränkt.[77] Steht allerdings eine Verletzung dieser Schutzgüter in Rede, muss die Haftung nicht weiter legitimiert werden, sondern wird nur durch das großzügige *Donoghue v Stevenson*-Prinzip begrenzt.[78] Ebenso bedarf die Haftung für die in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter keines erhöhten Begründungsaufwands: Die Rechtswidrigkeit – so sagt man – wird indiziert.[79] Reine Vermögensschäden sind grundsätzlich auf das Vertragsrecht verwiesen. Im deutschen Recht hat sich jedoch die Ausnahme der „Weiterfresserschäden“, dem deutschen Äquivalent der *complex structure theory*, etabliert.

D. Das Verhältnis der Haftung aus Delikt und Vertrag

Für den Einzelnen ist diese Differenzierung zwischen Sach- und Personenschaden, Folgeschäden und reinen Vermögensschäden indes ohne Bedeutung. Für ihn ist jeder Schaden, gleich ob Sach-, Personen- oder Vermögensschaden, ein Verlust[80] Hier bedeutete die Jedermannhaftung des Deliktsrechts eine immense Verbesserung der Rechtsstellung des Einzelnen.[81] Somit mag es zwar sein, dass *Murphy v Brentwood*

---

63 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 609.

64 BGHZ 51, 91, 91.

65 *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] 1 AC 177 (HL) 206 f., 212, 214.

66 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 150.

67 BGH, NJW 1977, 379, 380.

68 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 442.

69 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 151; *Wagner*, in: MüKoBGB, Band 5[6], 2013, § 823 Rn. 189.

70 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (478, 484).

71 *v. Bar*, RabelsZ, 56 (1992), S. 410, 439, 442; *Cane*, RabelsZ 58 (1994) S. 430, 433; *Hutchinson/Zimmermann*, ZVglRWiss 94 (1995), S. 42 (72).

72 BGH, NJW 1983, 810, 811.

73 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 151; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 69), § 823 Rn. 191.

74 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 151; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 69), § 823 Rn. 191.

75 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 151; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 69), § 823 Rn. 191.

76 *Kötz*, RabelsZ 58 (1994), S. 423, 425; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 69), § 823 Rn. 191.

77 *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 223.

78 *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 223.

79 statt vieler *Spindler*, in: Bamberger/Roth, Stand 01.11.2013. § 823 Rn. 10.

80 *Dari Mattiacci*, van Boom et al. (Hrsg.), Pure Economic Loss, Tort and Insurance Law Vol. 9, 2004, S. 167, 169.

81 *Cane*, RabelsZ 58 (1994), S. 430, 432 f.

District Council von einem deutschen Gericht nicht anders entschieden worden wäre. Doch stellt sich die Frage, ob *Murphy* so auch *richtig* entschieden worden ist und wäre.

I. Zuweisungsgehalt von Rechten

Dabei ist es hilfreich, die Frage nach der Haftung nicht auf die Frage zu reduzieren, ob die Haftung für reine Vermögensschäden nun originär vertraglich ist, oder ob tatsächlich in einer *complex structure* eine Eigentumsverletzung an einem abgrenzbaren Teil vorliegen kann. Stattdessen sollte die wirtschaftliche Bedeutung der jeweiligen Haftungsregime in den Vordergrund gestellt werden. Beide Haftungsregime schützen subjektive Rechte. Subjektive Rechte stellen die Verbindung zwischen zwei Anknüpfungspunkten her: zwischen Berechtigten aus dem Recht (Zuordnungsgehalt des Rechts) und dem Vermögensgegenstand, an dem das Recht besteht (Zuweisungsgehalt des Rechts). Subjektive Rechte grenzen also einen bestimmten Rechtsraum ab und weisen ihn ihrem Inhaber zur alleinigen Bewirtschaftung zu.[82]

1. Absolute Rechtsgüter

Nicht alle Rechte wirken jedoch gegenüber der Allgemeinheit. Nur absolute Rechte schaffen diesen persönlichen Schutzraum mit Wirkung *erga omnes*.[83] Der Gesetzgeber hat beispielsweise dem Eigentümer einer Sacher die alleinige Nutzungsbefugnis zugedacht. Nur ihm gebührt es, mit diesem Gut zu wirtschaften. Aus diesem Grund ist nach § 816 Abs. 1 BGB nicht nur die Herausgabe des Gegenwerts der Befreiung von einer Verbindlichkeit, sondern die erhaltene Gegenleistung geschuldet.[84] Und aus diesem Grund zieht ein rechtswidriger schuldhafter Eingriff in diesen Bereich eine umfassende Haftung nach sich, die im Rahmen der Schadensberechnung (Haftungsausfüllung) keine Unterscheidung zwischen den betroffenen Interessen mehr trifft. Der Eingreifende ist in einen Wirtschaftsraum eingedrungen, der ihm nicht zusteht.[85]

2. Vermögen

Als Rechtsposition ist das Vermögen zwar ebenfalls einer Person zugeordnet. Dieser Person zur ausschließlichen Disposition zugewiesen ist es allerdings nicht. Es ist vielmehr Grundlage einer ökonomisch liberalen Gesellschaft, dass alle Marktteilnehmer darum konkurrieren können, sich gerade dieses Vermögen zu eigen zu machen.[86] Die Verantwortung für dieses Vermögen trägt also grundsätzlich jeder Marktteilnehmer selbst.[87] Wie dieser andere nicht an seinem persönlichen Gewinn beteiligen muss, müssen jene sich nicht an seinem persönlichen Verlust zu beteiligen.[88] Hier eine *duty of care* oder eine drittbezogene Amtspflicht anzunehmen, hieße den Staat zur Versicherungsgesellschaft zu machen.[89] Der Einzelne muss sich vertraglich absichern oder die Kosten tragen.[90]

3. Die Rolle des Vertrags

In diesem freien Spiel der Kräfte schafft der Vertrag eine neue Güterzuordnung. Ihm ist zu entnehmen, welche Gegenstände und Interessen *inter partes* bereits dem Gegenüber zugewiesen und damit vom Vertragspartner zu schützen sind.[91] Dies erklärt, warum im Rahmen des § 285 BGB das für den Vertragsgegenstand Erhaltene und nicht nur der Wert, der der Befreiung von der Leistungspflicht nach § 275 BGB entspricht, als stellvertretendes commodum geschuldet wird.[92] Nicht zuletzt greift derselbe Gedanke bei der Haftung im Rahmen eines Rückgewährschuldverhältnisses. Hier haftet der Rückgewährschuldner nach § 346 BGB dem Rückgewährgläubiger nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, wenn er in Kenntnis seiner Rückgewährpflicht die Rückgabe der Sache schuldhaft vereitelt.[93] Zwar ist der Rückgewährschuldner noch Eigentümer der zurückzugebenden Sache, doch *inter partes* ist sie bereits dem Gegenüber zugewiesen.[94] *Inter partes* nimmt der Vertrag also diejenige Stellung ein, die *erga omnes* die absoluten Rechtsgüter einnehmen.

Wenn der Vertrag eine Sache *inter partes* als Schutzgut individualisiert, könnte *inter partes* also ebenso ein Schutz durch das Deliktsrecht geboten sein. Der deliktische Integritätsschutz bezöge sich dann auf die Integrität der versprochenen Sache. Die Besonderheit des Vertrages ist aber, dass die Parteien Art und Umfang der Zuweisung selbst bestimmen. Ebenso wie die Parteien eine Haftung für die Kaufsache vereinbaren können, können sie Haftungsansprüche wegen der Verletzung absoluter Rechtsgüter ausschließen. Sie sind frei in ihrer Gestaltung. Dabei ist das Nicht-Vereinbaren ist ebenso wichtig wie das Vereinbaren eines Schadensersatzanspruchs.

4. Zusammenfassung

Sowohl bei der Haftung aus Delikt als auch bei der Haftung aus Vertrag ist also ein Eingriff in Rechtsgüter, die einem anderen zugewiesen sind, der Grund der Haftung.

II. Auswirkungen auf die Haftung wegen Mängeln der gekauften Sache

Natürlich verliert der Käufer, wenn er eine Vertragsbeziehung eingeht, nicht den Schutz seiner erworbenen Rechte.[95] Die *erga-omnes*-Zuweisung durch die absoluten Rechtsgüter bleibt bestehen. Dementsprechend haftet auch der Vertragspartner für Verletzungen der Person oder des Eigentums. Liegt daher der BGH richtig, wenn er fragt, ob durch einen weiterfressenden Schaden Eigentum verletzt wurde?

---

82 *Jansen* (Fn. 37), S. 476.

83 *Jansen* (Fn. 37), S. 477 ff.

84 *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, Stand: 01.02.2015, § 816 Rn. 16. **A.A.** *Schwab*, in: MüKoBGB (Fn. 69), § 816 Rn. 42 f.

85 *Jansen* (Fn. 37), S. 479 ff..

86 *Jansen* (Fn. 37), S. 527.

87 *Jansen* (Fn. 37), S. 527.

88 *Jansen* (Fn. 37), S. 527.

89 *Henderson v Merrett Syndicates Ltd (No.1)* [1995] 2 AC 145 (HL) 161.

90 *Kötz*, RabelsZ 58 (1994), S. 423 (428 f.).

91 *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 399 f.; *ders.*, JZ 1987, S. 1041, 1044 f.

92 statt vieler *Emmerich*, in: MüKoBGB, Band 2^7, 2016, § 285 Rn. 30.

93 statt vieler *H. Schmidt*, in: Bamberger/Roth, Stand 01.08.2015, § 346 Rn. 58 f.

94 *Picker*, JZ 1987, S. 1041, 1044.

95 *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 232.

1. Haftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer

Die Achilles-Ferse der Doktrin der „Weiterfresserschäden" liegt jedoch darin, dass sich die *erga-omnes*-Vermögenszuweisung und die *inter-partes*-Vermögenszuweisung hinsichtlich des Vertragsgegenstandes überlagern.[96] Durch eine deliktische Haftung würde zwar eventuell die *erga-omnes*-Verteilung aufrechterhalten, doch haben die Parteien durch Vertrag gerade deutlich gemacht, dass diese zwischen ihnen nicht gelten solle. Eine Haftung nach einem anderen als dem in der *inter-partes*-Zuordnung zugrunde gelegten Haftungsregime würde diese Vermögensverteilung aus den Angeln heben. Dabei ist nicht von Bedeutung, dass dieser Anspruch deliktisch ist, sondern, dass dieser anderen Regeln folgt als das Haftungsregime, das bei der Vermögensverteilung zugrunde gelegte wurde. Somit sollte der Haftung aus Vertrag derjenigen aus Delikt Vorrang eingeräumt werden.[97]

2. Haftung gegenüber Dritten

Dieser Konflikt divergierender Vermögensordnungen entsteht insbesondere im Verhältnis zu Dritten. Die vertragliche Vermögensordnung besteht nur *inter partes*. Daher sind andere Parteien frei, dieselbe Sache zum Gegenstand ihrer vertraglichen Allokation zu machen, einer Allokation, die der Sache unter Umständen einen völlig anderen Wert beimisst. Wird eine Haftung über die Grenzen dieser Beziehung hinaus zugelassen, wird das fein austarierte System, dessen sich die Parteien im Verhältnis zueinander unterworfen haben, durchkreuzt.[98]

Ausgangspunkt sei folgender Fall:[99] Händler A bezieht seine Maschinen von Hersteller H. A verkauft diese für 100 an B, B wiederum für 300 an C. Die Sache erweist sich als infolge eines schuldhaften Fehlverhaltens des H völlig wertlos. Daraufhin verweigert C dem B die Zahlung. Zwar kann B die Zahlung von 100 an A verweigern, doch entgeht im nichtsdestoweniger ein Gewinn in Höhe von 200. Wäre ein reiner Vermögensschaden auch über das Deliktsrecht ersatzfähig, könnte B neben seinem Vertragspartner auch den H auf diesen Betrag in Anspruch nehmen. Angenommen aber, der Markt hätte sich nach dem Verkauf durch H an A nach unten entwickelt und B hätte das Produkt nicht mehr für 300, sondern nur für 30 an C verkaufen können. Durch seinen Weiterverkauf hätte B also einen Verlust von 70 gemacht. Wäre B Vertragspartner des H könnte B diesen auf Schadensersatz in Höhe von 30 in Anspruch nehmen, was dem tatsächlich entstandenen Schaden entspricht. Im oben beschriebenen Fall steht indes A zwischen B und H. Diesem schuldet H wegen der Mangelhaftigkeit der Sache Schadensersatz in Höhe von 100. Um einen Ausgleich in Höhe des tatsächlich entstanden Schadens zu erreichen, müsste B dem H seine ersparten 70 als Vorteilsausgleich zur Verfügung stellen. Dazu besteht indes keine Möglichkeit. B wird dem A vielmehr nur die Zahlung verweigern und sich ansonsten still verhalten und niemanden wissen lassen, welch unerwarteten Gewinn er durch die schädigende Handlung erzielt hat.[100]

Der Schädiger müsste also für Aufwärtsentwicklungen des Marktes zahlen, während er bei Abwärtsentwicklungen nicht entlastet würde, weil er mit seinem Vertragspartner ein festes Entgelt vereinbart hatte.[101] Dies führt dazu, dass der Schädiger Schadensersatz in einer Höhe zu leisten hätte, die regelmäßig über dem Erwartungswert des Schadens liegt.[102] In einer Vertragsbeziehung wäre dieser Effekt eingepreist. Um dieseÜbermaßhaftung zu vermeiden, sollte die dem Kaufpreis zwischen H und A zugrundeliegende Risikoallokation auch im Deliktsrecht respektiert und ein direkter Anspruch über die Lieferkette hinweg abgelehnt werden.[103]

3. Zusammenfassung

Eine deliktische Haftung für Mängel der gekauften Sache zerstört die vertragliche Vermögensallokation. Dieser normative Grund und nicht die Frage, ob eine Selbstschädigung eines Produkts eine Eigentumsverletzung darstellt, ist der eigentliche Grund, warum eine deliktische Haftung für Risiken, die durch die vertragliche Risikoallokation abgedeckt sind, nicht zugelassen werden sollte.[104] Entsprechend hat auch das *House of Lords* in *Murphy v Brentwood District Council* seine Entscheidung nicht mit vertieftenÜberlegungen zu einer Eigentumsverletzung, sondern mit der Sorge um das Vertragsrecht begründet.[105]

III. Fazit: Das Verhältnis der Haftungen aus Delikt und Vertrag

Der Gedanke der Vermögensallokation kann zur weiteren Klärung der Beziehung zwischen der Haftung aus Vertrag und Delikt fruchtbar gemacht werden. Der Grund, warum innerhalb einer Vertragsbeziehung gehaftet wird, ist, dass dem Käufer der Schutz auf Grund eines autonom vereinbarten oder gesetzlichen Haftungsregimes zugewiesen ist.

Wird diese Allokation unterlaufen, soll nicht gehaftet werden. Umgekehrt kann aber Haftung in solchen Fällen zugelassen werden, in der diese Allokation nicht gestört, sondern gerade verwirklicht wird.[106] Der BGH fragt bei der Anwendung der Weiterfresserschaden-Doktrin zwar nach einer Eigentumsverletzung, der Sache nach erhält der Geschädigte jedoch

---

96 *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 152.

97 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 443; *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 152; *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 231 f., 234.

98 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 443; *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 152; *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 231 f.

99 Der Fall folgt im wesentlichen *Goldberg*, Legal Studies (1991), S. 249, 262 f.; *Kötz/Schäfer*, Judex oeconomicus, 2003, S. 50; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts[4], 2014, S. 337.

100 *Goldberg*, Legal Studies (1991), S. 249, 262 f.; *Kötz/Schäfer* (Fn. 99), S. 50; *Schäfer/Ott*, (Fn. 98), S. 337.

101 *Goldberg*, Legal Studies (1991), S. 249, 262 f.; *Kötz/Schäfer* (Fn. 99), S. 50; *Schäfer/Ott* (Fn. 98), S. 337.

102 *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 234.

103 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 443; *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 152; *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 231 f., 234.

104 *v. Bar* (Fn. 2), Rn. 443; *Kötz/Wagner* (Fn. 9), Rn. 152; *Wagner* (Fn. 8), S. 189, 231 f., 234.

105 *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398 (HL) 469.

106 Dies ist der Grund, warum gehaftet werden sollte, wenn – wie in den Testamentsfällen (dazu *Janoschek*, in: Bamberger/Roth, Stand 01.08.2015, § 328 Rn. 60; *Zimmermann*, FamRZ 1980, 99 ff.) – der ursprüngliche Gläubiger wegfällt oder – wie in den Auskunftsfällen (dazu *Gottwald*, in: MüKoBGB (Fn. 92), § 328 Rn. 215 ff.) – nur ein anderer Gläubiger neben den ursprünglichen tritt. In beiden Fällen wurde für einen haftungsrechtlichen Schutz bezahlt, nur wurde der Zahlende selbst nicht geschädigt (*Wagner* (Fn. 8), S. 189, 237 f.).

deliktischen Ersatz für eine enttäuschte Vertragserwartung.[107] Er hält sich somit die Möglichkeit offen, zu fragen, ob das Deliktsrecht als Haftungsregelung in einem Fall nicht vielleicht angemessener ist, in dem sich beispielsweise ein Mangel typischerweise immer erst nach Eintritt der vertraglichen Verjährung zeigt, ein deliktsrechtlicher Anspruch allerdings noch nicht verjährt ist.[108] Ebenso wie sich innerhalb einer Leistungsbeziehung die Frage stellen kann, ob der gezahlte Preis der verlangten Haftung entspricht, kann sich also umgekehrt auch die Frage stellen, ob die angebotene Haftung auch dem gezahlten Preis entspricht oder ob beispielsweise eine längere Verjährung – beispielsweise im Deliktsrecht – die vertragliche Zuweisung nicht vielleicht besser abbildet.[109]

Die wichtigste Differenzierung ist demnach nicht diejenige zwischen einer Haftung aus Vertrag oder aus Delikt, sondern zwischen einer Haftung innerhalb und außerhalb von Leistungsbeziehungen. Das entscheidende Haftungskriterium lautet also nicht, ob ein Vertrag, der Wille zur Haftung oder ein enger sozialer Kontakt besteht, sondern, ob die geschützte Person oder ein Dritter für die geschützte Person für einen haftungsrechtlichen Schutz bezahlt hat und ob der Haftende liefert, wofür er bezahlt wurde.[110] Ist dies der Fall, führt die Rechtsordnung mit der Haftung nur den fehlenden Teil eines Geschäfts durch.[111] Ob hier ein Ausgleich durch eine Haftung aus Vertrag oder aus Delikt verwirklicht wird, ist irrelevant. In dieser Hinsicht lag *Lord Roskill* richtig, als er in seinem Leitvotum zu *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* anmerkte:

„I think today the proper control lies not in asking whether the proper remedy should lie in contract or instead in delict or tort, (...) [but] in establishing the relevant principles and then deciding whether the particular case falls within or without those principles.“[112]

---

107 *Cane*, RabelsZ 58 (1994), S. 430, 433.
108 *Cane*, RabelsZ 58 (1994), S. 430, 433.
109 *Cane*, RabelsZ 58 (1994), S. 430, 433.
110 *Kötz/Schäfer* (Fn. 99), S. 115.
111 *Kötz/Schäfer* (Fn. 99), S. 115 f.
112 *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* [1983] 1 AC 520 (HL) 545.

Caroline Lasthaus*

Schiedsgericht als letzte Instanz?

Konsequenzen aus dem Fall *Pechstein*

A. Gerichtsbarkeit im Sport

I. Bedeutung für den Sport

„***Sport**, der; (...) die nach bestimmten Regeln (im Wettbewerb) aus Freude an Bewegung und Spiel, zur körperlichen Ertüchtigung ausgeübte körperliche Betätigung.*“[1]

Bereits aus der Definition des *Dudens* geht hervor, dass Sport mehr ist als Bewegung und Zweckfreiheit, mehr als eine Liebhaberei, mehr als ein anarchischer Zeitvertreib.

Sport ist Leistungsvergleich. Leistungsvergleich bedeutet Wettkampf und als Grundlage eines jeden Wettkampfs bedarf es der Chancengleichheit, mithin universal geltender Leistungsbedingungen in den jeweiligen Sportarten.[2] Damit das aus Vereins- und Verbandssatzungen bestehende sportspezifische Regelwerk auch tatsächlich Chancengleichheit gewährleistet, muss es weltweit einheitlich ausgelegt und angewandt werden; es bedarf also eines autonomen Rechtsprechungssystems.[3] In Betracht kommt dazu die Einschaltung eines echten Schiedsgerichts. Ein solches bietet der Sportwelt in der Theorie Rechtssicherheit und Fairness in einem Umfang, der bei der Beurteilung durch verschiedene staatliche Gerichte nicht erreicht werden kann: Die Überprüfung durch die staatliche Justiz führt schlimmstenfalls dazu, dass für Athleten unterschiedlicher Länder unterschiedliche Maßstäbe gelten.[4] Darüber hinaus hebt sich die Schiedsgerichtsbarkeit auch aufgrund ihrer Entscheidungsschnelligkeit und der Sachkunde ihrer Richter hervor.[5]

Angesichts dieser Vorteile ist es wenig verwunderlich, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Sportsektor die dominierende Gerichtsbarkeit darstellt und den ordentlichen Rechtsweg zunehmend in ein Schattendasein gedrängt hat.[6] Eine besondere Rolle spielt dabei der in der Schweiz ansässige *Court of Arbitration for Sport* (*CAS*): Die weltweit drittgrößte[7] Schiedsinstitution wird mittlerweile von allen olympischen Sportverbänden als letzte Instanz für Streitigkeiten mit Sportbezug vorgesehen.[8]

Zwar sprachen manche Stimmen in der Literatur lange Zeit von einer „routinierten und verfassungsrechtlich unaufgeregten Koexistenz“[9] zwischen ordentlichen und Schiedsgerichten. Ein gewisses Spannungsfeld zwischen der Autonomie der Sportverbände und der staatlichen Regulierung zum Schutz der Athleten besteht jedoch seit jeher. Den Sportlern bleibt in der Regel nicht die Wahl, ob sie die in ihren Athletenvereinbarungen enthaltene Schiedsklausel unterschreiben, da es in der hierarchischen Verbandsstruktur national wie international nur einen Spitzenfachverband der jeweiligen Sportart gibt und dieser folglich eine monopolistische Stellung einnimmt (Ein-Platz-Prinzip).[10] Die Zulassung zu Trainingseinheiten und Wettbewerben (und somit ihre Berufsausübung) hängt buchstäblich an ihrer Unterschrift. Sportler, wie der Diskuswerfer *Robert Harting*, der sich erfolgreich weigerte, die Schiedsklausel seiner Athletenvereinbarung zu unterschreiben, ohne vom Sportbetrieb ausgeschlossen zu werden, stellen eine seltene Ausnahme dar.[11]

Das aktuell durch *Claudia Pechstein* angeprangerte Missverhältnis im Machtgefüge Athlet/Sportverband und die damit einhergehende Frage bezüglich der Wirksamkeit von Schiedsabreden wurden durch die mediale Aufmerksamkeit lediglich erneut in Erinnerung gerufen.[12] Im konkreten Fall wurde die Eisschnellläuferin 2009 aufgrund erhöhter Retikulozytenwerte von der *ISU* unter Mithilfe der *DESG* für zwei Jahre gesperrt.[13] Unklar war und ist bis heute, ob ihre erhöhten Blutwerte durch Manipulation oder eine Blutanomalie hervorgerufen wurden.[14] Ihre Berufung vor dem *CAS* und die im Anschluss erhobene Beschwerde vor dem Schweizer Bundesgericht wurden allesamt zurückgewiesen. Daraufhin erhob *Pechstein* Klage vor dem LG München, welches im Rahmen der Prüfung seiner Zuständigkeit die Schiedsvereinbarung für unwirksam befand.[15] Dem stimmte das OLG München im Ergebnis zu.[16]

II. Konkrete Fragestellung

Zwar erscheint eine internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die obigen Erwägungen wünschens- und begrüßenswert. Diese ist vor deutschen Gerichten jedoch nur dann nicht zu beanstanden, soweit die Rechtsordnung sie erlaubt. Die genannte Monopolstellung der Verbände wird rechtlich unter verschiedenen Aspekten – beispielsweise dem Kartellrecht[17] und der EMRK[18] – relevant. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob eine Schiedsvereinbarung

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Duden[3], 1999, Band 8, S. 3661.

2 *Pfister*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Hrsgb.), Praxishandbuch des Sportrechts[3], 2014, Einführung Rn. 2.

3 *Kluth,* GWR 2015, 83; *Pfeiffer,* SchiedsVZ 2014, 161, 165; *Steiner*, Die Autonomie des Sports, 2003, S. 13.

4 *Hail*, Spitzensport im Licht des Europäischen Kartellrechts, 2014, S. 145; *Pfeiffer,* SchiedsVZ 2014, 161, 165.

5 LG München, SchiedsVZ 2014, 100, 106; *Hail* (Fn. 4), S.145; *Voit*, in: Musielak (Hrsgb.), Kommentar zur Zivilprozessordnung[10], 2013, § 1025 Rn. 2; *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 223.

6 *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66; *Steiner* (Fn. 3), S. 15.

7 *Haas,* SchiedsVZ 2009, 73, 74.

8 *Hofmann/Cherkeh*, Sport und Management 2012, 17, 20 f.

9 *Steiner*, SpuRt 2014, 2.

10 *Pfister,* in: FS Lorenz, 1991, 171, 173; *Zuck*, SpuRt 2014, 5.

11 *Muresan/Korff*, Causa Sport 2014, 199, 200.

12 Zum Fall *Pechstein*: OLG München, SchiedsVZ 2015, 40.

13 *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 217; *Monheim,* SpuRt 2014, 90.

14 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 101 f.

15 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 104; *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 217 f.

16 OLG München, SchiedsVZ 2015, 40, 43.

17 Vgl. OLG München, SchiedsVZ 2015, 40; *Stancke,* SpuRt 2015, 46, 48.

18 Vgl. *Haas*, SchiedsVZ 2009, 73.

zugunsten des *CAS* trotz fehlenden Wahlrechts unter Berücksichtigung des Grundgesetzes wirksam ist (B.) und welche Konsequenzen sich aus der durch *Pechstein* erneut aufgeworfenen Debatte ergeben (C.). Sodann wird erörtert, wie ein zukunftsfähiges Sportschiedsgerichtsverfahren gestaltet werden könnte (D.).

B. Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zugunsten des *CAS*

Ein Freiwilligkeitsschutz der Athleten könnte sich aus dem deutschen Grundgesetz ergeben. Grundsätzlich gestattet die Privatautonomie den Parteien ihre privaten Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten.[19] Auch im Zivilprozess können die Parteien ihren Rechtsstreit durch einen Vergleich beenden (§ 278 ZPO). Solange diese Möglichkeit besteht, spricht aus privatautonomer Perspektive nichts dagegen, dass sie sich auch darauf verständigen können, dass eine private Instanz eine Entscheidung trifft, die an die Stelle der Einigung tritt.[20]

Privatautonomie birgt jedoch stets die Gefahr des Missbrauchs.[21] Bei einem Ungleichgewicht zwischen den Parteien kann die Selbstbestimmung des einen Teils schnell die Fremdbestimmung des anderen bedeuten. Bis 1998 schützte § 1025 II ZPO deshalb die unterlegene Partei: Bei Nötigung durch eine wirtschaftlich oder sozial überlegene Partei galt die Schiedsvereinbarung als nichtig.[22] Im Rahmen der ZPO-Reform wurde diese Vorschrift allerdings ersatzlos gestrichen.[23] Schiedsabreden berühren indes den in Art. 92, 101 I 2 GG garantierten Anspruch auf den gesetzlichen Richter sowie den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, i.V.m. Art. 2 I GG ergebenden Justizgewährungsanspruch.[24] Deshalb wird teilweise gefordert, dass eine Schiedsgerichtsunterwerfung und der damit einhergehende Verzicht auf den ordentlichen Rechtsweg nur „freiwillig" erfolgen können.[25]

Aufgrund der Internationalität des Sports weisen viele Schiedsvereinbarungen einen grenzüberschreitenden Bezug auf, weshalb sich aus kollisionsrechtlicher Perspektive die Frage nach dem auf die Vereinbarung anwendbaren Recht stellt. Darum ist zwischen Schiedsvereinbarungen, auf die deutsches Recht unmittelbar anwendbar ist, und solchen, die ausländischem Recht unterliegen, zu differenzieren.

I. Unmittelbare Anwendbarkeit des deutschen Rechts

1. Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht

Schiedsvereinbarungen gelten als privatrechtliche Verträge über prozessuale Beziehungen.[26] Als solche richtet sich ihre Wirksamkeit nach Privatrecht. Verfassungsrechtliche Grundsätze fließen jedoch über §§ 134, 138, 242 BGB in private Rechtsverhältnisse mit ein.[27] § 138 BGB kommt dabei die Rolle eines Korrektivs zu, „das der autonomen Rechtsgestaltung dort Grenzen setzt, wo sie Grundprinzipien unserer Rechts- und Sittenordnung übertritt".[28] Ein Freiwilligkeitsschutz könnte sich also aus § 138 I BGB i.V.m. Art. 101 II GG und dem Justizgewährungsanspruch ergeben.[29]

Zwar wird teilweise angenommen, dass ein solcher Schutz zusammen mit der Streichung des § 1025 II ZPO a.F. entfallen sei und § 138 I BGB nicht herangezogen werden dürfe.[30] Diese Ansicht verkennt jedoch, dass § 1025 II ZPO a.F. bereits als Konkretisierung des § 138 BGB galt.[31] Das Freiwilligkeitserfordernis ist Ergebnis der Ausstrahlungswirkung des Verfassungsrechts auf das Privatrecht, weshalb dem einfachen Gesetzgeber keine dahingehende Dispositionsbefugnis zukommt.[32] Im Hinblick auf die besonderen Bedürfnisse des Sports erscheint die gänzliche Ablehnung eines Freiwilligkeitsschutzes zwar nachvollziehbar, ist jedoch nicht mit der Vorstellung des schützenden Rechtsstaats vereinbar:[33] Grundsätzlich gilt, dass sich niemand an einen Schiedsspruch gebunden fühlen muss, dem er sich nicht freiwillig unterworfen hat.[34] Ein verfassungsrechtlicher Schutz wirkt somit über § 138 I BGB fort.[35]

2. Umfang eines Freiwilligkeitserfordernisses

Es stellt sich somit die Frage, wie weitreichend § 138 I BGB die Freiwilligkeit schützt, bzw. wann der Abschluss einer Schiedsabrede im Verhältnis Athlet/Verband als sittenwidrig empfunden werden kann, denn vertragliches Handeln ist selten frei von Zwängen und Kompromissen.[36]

a) Pauschale Nichtigkeit

Einerseits könnte angenommen werden, dass eine Schiedsabrede bei Ungleichgewichtslage ungeachtet der konkreten Ausgestaltung des Schiedsverfahrens per se nichtig ist, solange dem Athleten kein Wahlrecht zwischen Schiedsverfahren und ordentlichem Rechtsweg zukommt (Abschlusskontrolle).[37] Diese Ansicht vertrat das LG München im Fall *Pechstein* und lehnte seine Begründung an das *Körbuch*-Urteil des BGH an:[38] Danach kann eine Schiedsklausel, die nach Beitritt in einen Verein in dessen Satzung aufgenommen wird, aufgrund mangelnder Freiwilligkeit nicht geltend gemacht werden,

---

19 BVerfG, NJW 1996, 2021; *Ellenberger*, in: Palandt (Begr.), Kommentar zum BGB[74], 2015, überbl v § 104 Rn. 1, § 138 Rn. 1.

20 *Voit,* in: Musielak (Fn. 5), § 1025 Rn. 1.

21 *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 19), § 138 Rn. 1.

22 *Haas,* ZGR 2001, 325, 331; *Monheim*, in: Vieweg (Hrsgb.), Facetten des Sportrechts, 2009, 93, 104.

23 *Niedermaier*, SchiedsVZ 2014, 280, 282.

24 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 105; *Monheim* (Fn. 22), 93, 104.

25 Statt vieler: LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 105.

26 BGHZ 49, 384, 386; *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1355.

27 BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470; LG München I SchiedsVZ 2014, 100, 105; *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 19), § 138 Rn. 4; *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 223.

28 *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 19), § 138 Rn. 1.

29 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 105; *Haas*, ZGR 2001, 325, 328.

30 *Adolphsen*, Internationale Dopingstrafen, 2003, S. 561.

31 *Eggerstedt*, Probleme der Lizenz- und Schiedsgerichtsverträge im deutschen Berufsfu□ball, 2008, S. 128; *Haas*, ZGR 2001, 325, 332; *Kotzenberg*, Die Bindung des Sportlers an private Dopingregeln und private Schiedsgerichte, 2007, S. 139.

32 *Eggerstedt* (Fn. 31), S. 128; *Kotzenberg* (Fn. 31), S. 140; *Monheim*, SpuRt 2008, 8, 10.

33 Vgl. *Geimer,* in: Zöller (Hrsgb.), ZPO[31], 2015, Vor § 1025 Rn. 4.

34 BGH, NJW 1978, 1744, 1745; *Hail* (Fn. 7), 153.

35 *Voit*, in: Musielak (Fn. 5), § 1029 Rn. 10; *Schmidt*, ZHR 162, 265, 282.

36 Vgl. *Voit,* in: Musielak (Fn. 5), § 1029, Rn. 10; *Haas*, ZGR 2001, 325, 334.

37 *Monheim,* SpuRt 2008, 8, 10; so auch der DOSB, *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 223.

38 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 106.

wenn dieser Satzungsänderung vom unterlegenen Vereinsmitglied nicht aktiv zugestimmt wurde.[39] Zwar bezieht sich das *Körbuch*-Urteil auf eine Zustimmungsfiktion. Eine Übertragung auf den Fall einer tatsächlichen Unterzeichnung einer Schiedsklausel erscheint zunächst jedoch unter folgendem Aspekt nachvollziehbar: Im Ergebnis kann es keinen Unterschied machen, ob ein Vereinsmitglied nicht auf die bereits bestehende Mitgliedschaft verzichten kann oder ob der Beitritt unerlässlich ist. Wer aufgrund der Monopolstellung des Vereins nicht ohne bedeutenden Nachteil austreten kann, der hat auch keine Wahl, ob er beitritt.[40]

b) Weitere Umstände

Andererseits könnte man das Erfordernis eines Freiwilligkeitselements auch weit verstehen und ein solches nur dann als nicht erfüllt ansehen, wenn zusätzlich zur Ungleichgewichtslage noch weitere Umstände hinzukommen, die eine Schiedsabrede im konkreten Fall unsittlich erscheinen lassen (Inhaltskontrolle).[41]

Das OLG München äußerte sich im Fall *Pechstein*, abweichend von der Vorinstanz, nur sehr begrenzt zu der Frage der Wirksamkeit nach § 138 I BGB und setzte seinen Schwerpunkt auf eine kartellrechtliche Betrachtungsweise. Es stellte jedoch fest, dass dem *Körbuch*-Urteil keine Hinweise zu entnehmen seien, dass bereits die soziale Stellung allein ausreiche, um einen Verzicht für unfreiwillig und somit unwirksam zu erachten.[42]

c) Stellungnahme

Zwar spricht für ein Wahlrecht die Klarheit dieser Voraussetzung im Vergleich zu einer eher schwammigen Einzelfallabwägung.[43] Letztlich geht es jedoch weniger um die Frage des klarsten Indizes für eine freiwillige Schiedsgerichtsunterwerfung fernab jeglichen Zwangs, sondern darum, die Grenzen der Parteiautonomie festzusetzen.

Das BVerfG nimmt bei Vertragsschlüssen zwischen Parteien mit erheblichem Machtgefälle an, dass staatliche Regelungen eingreifen müssen, um den Grundrechtsschutz der unterlegenen Seite zu gewährleisten: Zwar ließe sich der Verfassung nicht unmittelbar entnehmen, wann ein solches Machtgefälle zu bejahen sei, man müsse jedoch beachten, dass der Schutz der schwächeren Partei gleichzeitig die Beschränkung der Freiheit des anderen bedeute.[44] Dies spricht dafür, eine Beschränkung der Vertragsfreiheit der überlegenen Verbände im Rahmen von § 138 I BGB nur in den Fällen zuzulassen, in denen der Sportler auch tatsächlich schutzwürdig erscheint. Ein solcher Schutz kann indessen nur dann geboten sein, wenn das Schiedsverfahren derart ausgestaltet ist, dass dieser Nachteile erfährt, die der ordentliche Rechtsweg nicht bereithalten würde. Ob also eine Inhalts- oder eine Abschlusskontrolle vorzunehmen ist, hängt davon ab, ob ein Schiedsverfahren stets Nachteile für die schwächere Partei birgt, oder ob von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von ordentlicher und Schiedsgerichtsbarkeit auszugehen ist und sich Nachteile nur aus dem konkret vereinbarten Schiedsgericht ergeben.[45]

Der in der Streichung des § 1025 II a.F. ZPO sowie in der Gesetzesbegründung des Schiedsverfahrensrechts klar zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wille legen eine differenzierende Betrachtungsweise nahe.[46] Danach stelle die Schiedsgerichtsbarkeit keine bedenkliche Ausnahme vom Rechtsschutzsystem dar.[47] Dieser Einschätzung des Gesetzgebers bezüglich der grundsätzlichen Gleichwertigkeit ist zuzustimmen: Sinn und Zweck des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes ist es, eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und eine verbindliche Entscheidung in angemessener Zeit zu ermöglichen.[48] Darüber hinaus soll die Unabhängigkeit des Richters nach Art. 97 GG gewährleistet sein. Ein *echtes* Schiedsgericht gem. §§ 1034 ff. ZPO erfüllt diese Voraussetzungen; gem. § 1036 ZPO ist in der Theorie insbesondere die Unabhängigkeit der Richter gesichert. Bezüglich der Schnelligkeit des Verfahrens und der Sachkunde bietet es sogar Vorteile gegenüber dem ordentlichen Gericht. Die Entscheidung ist darüber hinaus nach der *New York Convention* in den meisten Ländern durchsetzbar.[49] Eine beidseitige Schiedsvereinbarung ist somit nicht automatisch für eine Seite nachteilig. Auch der Rechtsprechung des BGH lässt sich entnehmen, dass dieser grundsätzlich die Gleichwertigkeit der Schiedsgerichte unterstellt: In einem Urteil aus dem Jahr 2005 ging er z.B. davon aus, dass eine zwischen einem Verbraucher und einer Bank im Rahmen einer Kontoeröffnung geschlossene Schiedsvereinbarung als solche keine unangemessene Benachteiligung darstelle.[50]

Neben der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Schiedsgerichten und ordentlichen Gerichten kann gegen eine pauschale Nichtigkeit mangels Wahlrecht außerdem angeführt werden, dass ein Rechtsgeschäft, welches durch widerrechtliche Drohung zustande gekommen ist und somit die unfreie Willensbildung für eine Vertragsseite bedeutet, im BGB nicht als unwirksam eingestuft wird. Stattdessen wird dem Bedrohten ein Anfechtungsrecht eingeräumt, § 123 I Var. 1 BGB. Dem kann entnommen werden, dass die gestörte Willensbildung allein nicht ausreicht, um eine Nichtigkeit zu begründen.[51] Dies spricht dafür, dass weitere Umstände neben der gestörten Vertragsparität hinzukommen müssen, um eine Nichtigkeit gem. § 138 I BGB anzunehmen.

Es lässt sich somit festhalten, dass die Annahme einer pauschalen Nichtigkeit von Schiedsvereinbarungen im Verhältnis Athlet/Verband bei Abwesenheit eines Wahlrechts ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie der überlegenen Verbände wäre. Somit ist eine Abwägung der Interessen der Athleten auf der einen und der Interessen der Sportverbände auf der anderen Seite unter Beachtung des

---

39 BGH, NJW 2000, 1713.

40 *Monheim* (Fn. 22), 93, 102.

41 *Pfister* (Fn. 2), 6. Teil Rn. 154; *Voit*, in: Musielak (Fn. 5), § 1029 Rn. 10; *Eggerstedt*, (Fn. 31), S. 129.

42 OLG München, SchiedsVZ 2015, 40, 43.

43 *Monheim* (Fn. 22), 93, 108.

44 BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470.

45 *Haas*, ZGR 2001, 325, 334 f.

46 *Haas*, ZGR 2001 325, 334.

47 Drucksache 13/5274, 12.07.1996, S. 34.

48 BVerfG, NJW 1981, 39, 41; BGH, NJW 1989, 1477.

49 *Pfister* (Fn. 2), 3. Kapitel Rn. 154.

50 BGH, SchiedsVZ 2005, 95, 97; *Niedermaier,* SchiedsVZ 2014, 280, 283.

51 *Niedermaier*, SchiedsVZ 2014, 280, 282.

zuständigen Schiedsgerichts im konkreten Einzelfall vorzunehmen.[52] Die international einheitliche Geltung rechtlicher Regeln für Wettbewerbe, Doping-Bekämpfung und andere Streitigkeiten liegt nicht allein im Verbandsinteresse, sondern stellt auch für die Athleten ein konstituierendes Element ihres Berufs dar.[53] Die Verfügung über den gesetzlichen Richter erfolgt nicht ersatzlos und ist darüber hinaus bei fairer Ausgestaltung des Schiedsverfahrens durchaus im Athleteninteresse.[54] Solange das zuständige Schiedsgericht hinsichtlich seiner Verfahrensausgestaltung der eines staatlichen Gerichts gleichkommt und die rechtsstaatlichen Mindeststandards einhält, wird der Justizgewährungsanspruch nicht verletzt und die Schiedsabrede ist nicht gem. § 138 I BGB unwirksam.[55]

3. Anwendung auf den CAS

Somit stellt sich die Frage, ob das Verfahren vor dem *CAS* dem ordentlichen Gerichtsverfahren hinsichtlich der rechtsstaatlichen Mindeststandards gleichkommt. Zwar wird der *CAS* seit seiner Abkopplung vom *IOC* vom Schweizerischen BG als echtes Schiedsgericht anerkannt.[56] Seine Ausgestaltung wird jedoch unter anderem stark für die Schiedsrichterliste, die Kostenregelungen sowie die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens kritisiert.[57]

Das Schiedsgericht wird von einem oder drei Schiedsrichtern gebildet.[58] Im Falle eines Schiedsrichters wird dieser von den Parteien gemeinsam gewählt;[59] bei dreien nominiert jede Partei je einen Schiedsrichter,[60] der Dritte wird von den zwei gewählten Schiedsrichtern gemeinsam ausgesucht.[61] Die in Frage kommenden Schiedsrichter stehen auf einer geschlossenen Liste,[62] welche ca. 300 Schiedsrichter aus 87 Ländern umfasst.[63] Was zunächst vielfältig und ausgewogen wirkt, steht tatsächlich unter überwiegendem Verbandseinfluss: Nur 1/5 der Schiedsrichter soll mit Rücksicht auf die Athleteninteressen gewählt werden.[64] Erstellt wird die Liste durch den *International Council of Arbitration for Sport*, welcher sich unter anderem aus Funktionären von Sportverbänden zusammensetzt.[65] Die Sportler haben darauf keinen Einfluss.[66] Bei einem derartigen Übergewicht der Verbände besteht die Gefahr, dass die Schiedsrichter zumindest zum überwiegenden Teil verbandsnah sind und nicht von der rechtsstaatlich erforderlichen Neutralität ausgegangen werden kann.[67]

Anders als die ZPO sieht das Verfahren vor dem *CAS* zudem kein öffentliches Verfahren vor.[68] Die Nichtöffentlichkeit kann für den Sportler aus Vertraulichkeitsgründen einen Vorteil darstellen. Bevorzugt er jedoch die damit verbundene demokratische Kontrolle gereicht es ihm zum Nachteil.[69]

Des Weiteren steht das Verfahren des *CAS* aufgrund seiner Prozesskosten in der öffentlichen Kritik.[70] Zwar sind Schiedsverfahren oft kostengünstiger als staatliche Gerichte.[71] Anders als auf dem ordentlichen Rechtsweg ist vor dem *CAS* jedoch keine Prozesskostenhilfe vorgesehen.[72] Dies könnte einkommensschwache Athleten von einer Anrufung des *CAS* abhalten.

Die Ausgestaltung des *CAS* – insbesondere die Bestellung der Schiedsrichter – birgt somit erhebliche Nachteile für die Sportler und eine Schiedsabrede zugunsten des *CAS* im strukturellen Ungleichgewicht Sportler/Verband ist folglich gem. § 138 I BGB sittenwidrig.

II. Anwendbarkeit ausländischen Rechts

Auf Schiedsvereinbarungen mit grenzüberschreitendem Bezug ist allerdings nicht stets deutsches Recht anwendbar und die aufgeworfene Frage der Freiwilligkeit stellt sich nicht in allen Rechtsordnungen.[73] Gerade Vereinbarungen zugunsten des *CAS* unterliegen oft schweizerischem Recht. Nach diesem kann sich bei unter Zwang geschlossenen Schiedsabreden zwar nach Art. 27 II ZBG die Unwirksamkeit ergeben. Eine solche wurde bei Vereinbarungen zwischen Athleten und Verbänden in der Vergangenheit jedoch noch nie bejaht.[74] Kommt das deutsche Gericht bei Anwendung des ausländischen Rechts somit zur Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zugunsten des *CAS*, so ist ausschlaggebend, inwieweit die behandelten deutschen Wertungen Berücksichtigung finden.

1. Eingriffsnormen

Dem oben dargestellten Schutz des Athleten über § 138 I BGB kommt mangels erforderlicher überindividueller Zielrichtung dieser Regelung kein internationaler Geltungsanspruch im Sinne einer Eingriffsnorm zu.[75]

2. Ordre public

Die verfassungsrechtlichen Wertungen, die über § 138 I BGB Einfluss auf das Privatrecht nehmen, könnten jedoch die Beurteilung der Wirksamkeit einer Sportschiedsgerichtsklausel zugunsten des *CAS* gem. Art. 6 EGBGB beeinflussen. Der *ordre public* kommt immer dann zum Tragen, wenn das *Ergebnis* der anzuwendenden Normen im *konkreten Fall*

---

52 Vgl. *Heermann*, JZ 2015, 362, 364.
53 *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1355.
54 *Voit*, in: Musielak (Fn. 5), § 1029 Rn. 10; *Kotzenberg* (Fn. 31), S. 141.
55 *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 225; *Kotzenberg* (Fn. 31), S. 142.
56 BGE, SchiedsVZ 2004, 208.
57 OLG München, SchiedsVZ 2015, 40, 42.
58 R40.1/R50 CAS-Regeln.
59 R40.2 Abs. 2 CAS-Regeln.
60 R40.2, R53 CAS-Regeln.
61 R40.2 Abs. 3 CAS-Regeln.
62 R33 CAS-Regeln.
63 http://www.tas-cas.org/en/arbitration/list-of-arbitrators-general-list.html, letzter Abruf am 09.06.2015.
64 OLG München, SchiedsVZ 2015, 40, 44.
65 R33 CAS-Regeln, S4 ICAS-Regeln.
66 Vgl. LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 107; *Monheim*, SpuRt 2014, 90, 92.
67 OLG München, SchiedsZV 2015, 40, 44; *Hail* (Fn. 4), S.156 f.
68 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 110.
69 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 106.
70 LG München I, SchiedsVZ 2014, 100, 106.
71 *Eggerstedt* (Fn. 31), S. 117.
72 *Münch*, in: Krüger, Rauscher (Hrsgb.), Münchener Kommentar zur ZPO[4], 2013, vor. 1025 Rn. 67; *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1355.
73 Vgl. zum schweizerischen Recht: *Göksu,* Causa Sport 2014, 356, 363.
74 *Göksu*, Causa Sport 2014, 356, 359; vgl. auch *Schulze*, IJVO 2008, 1, 13 f.
75 Vgl. BGHZ 135, 124, 139; *Looschelders*, in: Heidel et al. (Hrsgb.), Nomos Kommentar BGB Allgemeiner Teil/EGBGB[2], Band 1, 2011, § 138 Rn. 12.

mit den *wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar* ist. Wegen des Grundsatzes der Gleichwertigkeit in- und ausländischen Rechts ist der *ordre public* jedochnur sehr zurückhaltend anzuwenden.[76]

Nach Art. 6 S. 2 EGBGB greift dieser insbesondere bei Grundrechtsverletzungen. Dabei bedarf es einer differenzierenden Betrachtung dahingehend, ob das jeweilige Grundrecht für den konkreten Sachverhalt Geltung beansprucht.[77] Eine Grundrechtsverletzung durch die Anwendung einer ausländischen Norm kann nur dann angenommen werden, wenn ein ausreichender Inlandsbezug gegeben ist.[78] Ein solcher könnte bei deutschen Sportlern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit bejaht werden.[79] Die genannten deutschen Wertungen können somit über den *ordre public* berücksichtigt werden und stehen bereits der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen und nicht erst der Anerkennung des Schiedsspruchs im Weg.

C. Konsequenzen des Falls *Pechstein*

Auf Grundlage der oben angestellten Erwägungen erscheint nicht die Einschaltung von Schiedsgerichten an sich, sondern die konkrete Ausgestaltung des *CAS* mit dem Grundgesetz unvereinbar. Hinzu kommt freilich, dass nicht nur unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, sondern auch im Hinblick auf das Kartellrecht und die EMRK Zweifel an der Zulässigkeit der behandelten Schiedsvereinbarungen entstehen.[80] Hervorzuheben ist auch, dass das Verfahren um den Fall *Pechstein* noch nicht beendet ist; abzuwarten bleibt die Entscheidung des BGH.

Sollte es jedoch bei einer Entscheidung dahingehend bleiben, dass Schiedsvereinbarungen zugunsten des *CAS* in Fällen gestörter Vertragsparität im Ergebnis nach deutschem Recht unwirksam sind, so würde dies bedeuten, dass Sportler trotz Schiedsvereinbarung den ordentlichen (deutschen) Rechtsweg einschlagen könnten. Dies hätte unter anderem große rechtliche Unsicherheiten im auf Chancengleichheit ausgelegten Sport zur Folge, welche dieser so nicht verkraften könnte. Soll der *CAS* weiterhin die letzte Instanz im Sportsektor darstellen, so ist trotz vieler rechtlicher Unsicherheiten zumindest auf lange Sicht eine Reform unumgänglich.[81]

D. Lösungsansätze

Die Ansätze, den Schutz der Sportler und die Besonderheiten des Sports in einen zukunftsfähigen Ausgleich zu bringen, sind zahlreich.

I. Wahlrecht des Athleten

Einerseits könnte man dem Athleten, auch wenn dies über das rechtsstaatlich Notwendige hinausgeht, ein Wahlrecht einräumen.

1. Vor dem Konfliktfall

In der Literatur machen sich vermehrt Stimmen breit, die vor allem eine fehlende Informiertheit der Sportler monieren. Das Freiwilligkeitsproblem sei schon dadurch zu lösen, dass der *CAS* hinreichende Neutralität und Überparteilichkeit biete und man die Sportler über die Vorteile eines Sportschiedsverfahrens aufkläre. Diese würden sich dann freiwillig der Sportschiedsgerichtsbarkeit unterwerfen.[82]

Meines Erachtens spricht gegen diese Ansicht zweierlei: Erstens bedarf es, wie aufgezeigt, keines Wahlrechts. Darüber hinaus wurde der *CAS* von *Claudia Pechstein* geradezu gebrandmarkt. Insbesondere das Ergebnis der von ihr durchgeführten Petition zeigt die vorherrschende Skepsis der Sportler gegenüber dem *CAS*.[83] Auch eine geforderte „Aufklärung" der Athleten hinsichtlich der Vorteile des Schiedsgerichts würde nur begrenzt helfen: In dem Moment, in dem der Athlet eine in der Athletenvereinbarung enthaltene Schiedsklausel unterzeichnet, wird er sich in der Regel keine Gedanken bezüglich ihrer Vor- und Nachteile machen. Ein bitterer Nachgeschmack, den das Verfahren um *Pechstein* zweifellos hinsichtlich der Neutralität des *CAS* hinterlässt - und sei es nur ein irrationales Gefühl - wird ausreichen, damit er sich für den ordentlichen Rechtsweg entscheidet.

2. Im Konfliktfall

Alternativ könnte man eine Schiedsvereinbarung erst im Konfliktfall schließen. Existiert eine Streitigkeit bereits, so wird sich der Sportler die Tragweite einer Schiedsabrede viel bewusster machen. Zwar besteht auch dann das Risiko, dass er sich für den ordentlichen Rechtsweg entscheidet. Er wird seine Entscheidung jedoch mit Bedacht treffen. In vielen Fällen wird für ihn die Verfahrensschnelligkeit eine überragende Rolle spielen. Darüber hinaus kann er sich vor staatlichen Gerichten nicht immer sicher sein, dass der zuständige Richter mit der spezifischen Materie des Sportrechts gut vertraut ist. Entsprechende Unkenntnis kann eine erhebliche Entscheidungsunsicherheit mit sich bringen. Sollte man also ein klares Kriterium für die Freiwilligkeit befürworten, so wäre ein Wahlrecht im Konfliktfall sicherlich die interessengerechteste Lösung.

II. Schiedszwang

Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein (mit dem deutschen Recht vereinbarer) Schiedszwang jedoch die sicherste Variante, um dem Sport die notwendige einheitliche Rechtsprechung zu bieten.

1. Gesetzliche Anordnung einer Schiedsgerichtsbarkeit im Sport

Einerseits könnte man eine gesetzliche Regelung einführen, die für bestimmte Sportstreitigkeiten den Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs und die Durchführung eines Schiedsverfahrens vorschreibt.[84] Eine solche Regelung wäre

---

76 *Kropholler*,Internationales Privatrecht[6], 2006, S. 246f.; *Thorn*, in: Palandt (Fn. 19), Art. 6 EGBGB Rn. 4; *Rauscher*, Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht[4], 2012, Rn. 580.

77 *Kropholler* (Fn. 76), S. 251; *Thorn,* in: Palandt (Fn. 19), Art. 6 EGBGB Rn. 7.

78 BGH, NJW 1993, 848, 849; BVerfGE 31, 58, 77.

79 Vgl. *Rauscher* (Fn. 76), Rn. 592.

80 Vgl. OLG München, SchiedsVZ 2015, 40.

81 Vgl. *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1356.

82 *Monheim*, SpuRt 2008, 8, 11.

83 Zur Petition vgl. *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 219.

84 *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 226; *Heermann*, SpuRt 2015, 4, 10.

auf lange Sicht jedoch nur erfolgversprechend, wenn der *CAS* sein Verfahren tatsächlich ändert.[85] Ohne eine Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Garantien wäre eine solche Vorschrift unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ebenso angreifbar, wie die oben erörterten Schiedsklauseln. Somit müsste ein solches Gesetz die Interessen der Sportler und die Bedürfnisse der Sportwelt durch eine gründliche Abwägung und unter Nennung der notwendigen Bedingungen eines Schiedsverfahrens in Einklang bringen.[86]

2. Gesetzliche Regelung, § 11 RefE AntiDopG

Daneben findet der aktuell im Bundestag diskutierte § 11 RefE AntiDopG große Beachtung. Die Norm soll „Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Sportlern und Verbänden“ ausräumen.[87] Es handelt sich also nicht um eine gesetzlich vorgeschriebene Schiedsgerichtsbarkeit. Der Norm soll bloße deklaratorische Wirkung zukommen. Unklar ist jedoch bereits, ob sich die Vorschrift auf jegliche Schiedsvereinbarungen im Sport bezieht oder nur auf solche, die Dopingfälle betreffen.[88]

Der Gesetzgeber sollte diese Vorschrift entweder streichen oder aber verfassungskonform gestalten. Wie die gesetzliche Anordnung einer Sportschiedsgerichtsbarkeit kann eine solche Regelung nur dann zukunftsfähig sein, wenn sie die Grundrechte der Sportler in ein ausgewogenes Verhältnis mit der Verbandsautonomie bringt.[89] Es bedarf einer Vorschrift, welche die Wahrung der rechtsstaatlichen Garantien im Schiedsverfahren gewährleistet. Die jetzige bloße Feststellung des Einklangs mit der Rechtsstaatlichkeit genügt nicht.[90]

III. Reform des *CAS*

All diesen Vorschlägen ist gemein, dass sie bezüglich des *CAS* nur erfolgsversprechend sind, wenn sich dieser tatsächlich reformiert.

Hinsichtlich der Bildung des Schiedsgerichts wird teilweise eine Öffnung der Schiedsrichterliste insoweit gefordert, als dass Athleten einen Schiedsrichter ihrer Wahl nominieren können. Der Grundsatz, dass an die Unparteilichkeit von Schiedsrichtern keine geringeren Anforderungen als an den staatlichen Richter zu stellen sind,[91] gilt aber auch in Bezug auf die Athleten. Auch vor staatlichen Gerichten steht dem Sportler kein Wahlrecht bezüglich seines Richters zu und ein solches würde nur Korruption auf Sportlerseite ermöglichen. Darüber hinaus würde die Öffnung der Schiedsrichterliste auch negative Auswirkungen auf die Rechtsfortbildung und einheitliche Rechtsprechung haben, indem immer neue Schiedsrichter mit Streitigkeiten vor dem *CAS* befasst wären.[92] Schon sinnvoller erscheint es, gleiche Benennungsrechte für Sportler, Vereine und Verbände zu schaffen. Hierbei kommt jedoch erschwerend hinzu, dass es an einem zentralen Interessenvertreter aller Sportler mangelt, der eine solche Nominierung im Namen aller Sportler vornehmen könnte.[93] Deswegen sollte die Besetzung der Schiedsrichterliste von einem neutralen Dritten vorgenommen werden.[94] Dies könnte z. B. durch eine Beseitigung des personellen Übergewichts der Verbandsvertreter im *ICAS* verwirklicht werden.

Um auch einkommensschwächeren Parteien den Weg zum Schiedsgericht nicht zu versperren, sollte zumindest eine Regelung zur Prozesskostenhilfe eingeführt werden. Um jegliche Nachteile für den Sportler auszuschließen, sollte den Parteien die Wahl zwischen Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit des Verfahrens zukommen.

All diese Änderungen würden die Vorteile der Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht beeinträchtigen: Die Einheitlichkeit der Entscheidung, die Sachkunde der Richter, die Entscheidungsschnelligkeit und die häufig auch geringeren Kosten würden durch die neutrale Besetzung der Schiedsrichterliste oder eine Regelung zur Prozesskostenhilfe nicht negativ beeinflusst.[95]

E. Fazit

Der Fall *Pechstein* zeigt, dass sich – zumindest aus deutscher Sicht – noch keine verfassungsmäßige Koexistenz zwischen dem *CAS* und den ordentlichen Gerichten eingespielt hat. Zwar sind Schiedsvereinbarungen in einem strukturellen Ungleichgewicht nicht grundsätzlich unwirksam. Die Unwirksamkeit kann aber zu bejahen sein, wenn der *CAS* sein Verfahren nicht im Einklang mit unserem Rechtsstaatsgebot gestaltet. Soll dieser – und mit ihm eine einheitliche Entscheidungsfindung und Rechtsfortbildung, die für den Sport von existenzieller Bedeutung sind – der Sportwelt in Zukunft erhalten bleiben, so ist zu hoffen, dass er seine Zusammensetzung und sein Verfahren in der genannten Weise anpasst. Sollte der *CAS* sich gegenüber einer Reform sperren, könnte ein Verfahren vor den ordentlichen Gerichten trotz Schiedsvereinbarung sportartübergreifend vielen Sportverbänden drohen.

Der *ISU*-Präsident, *Ottavio Cinquanta*, hatte auf die Frage, ob er keine Schadensersatzansprüche durch *Claudia Pechstein* fürchte, einmal gesagt: „Wer ins Restaurant geht und einen guten Wein bestellt, der muss ihn auch bezahlen können.“[96]

... um bei der Restaurantmetapher des *Ottavio Cinquanta* zu bleiben...

In Deutschland wird der *ISU* und ihrem Präsidenten nun kein erlesener Rebsaft kredenzt, sondern vielmehr eine Suppenkelle gereicht, mit der sie auslöffeln können, was sie Frau *Pechstein* eingebrockt haben. Und die Rechnung serviert kein Sommelier und auch kein Schiedsgericht, sondern ein staatlicher Richter...

---

85 *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 226.

86 *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 226; *Heermann*, SpuRt 2015, 4, 10.

87 Referentenentwurf des BMJV, BMG und BMI v. 10.11.2014, www.bmg.bund.de, 43.

88 *Heermann,* SpuRt 2015, 4, 5.

89 *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1357; *Heermann*, JZ 2015, 362, 365.

90 Vgl. *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353, 1357; *Heermann,* SpuRt 2015, 4, 10.

91 *Steiner*, SpuRt 2014, 2.

92 *Monheim* (Fn. 22), 93, 113.

93 *Monheim* (Fn. 22), 93, 114 f.

94 *Monheim* (Fn. 22), 93, 115.

95 *Muresan/Korff*, Causa Sport 2014, 199, 210.

96 Vgl. *Stein*, Interview mit Claudia Pechstein, Die Welt online, 06.01.2012.

Severin Pretzel*

Kollektivvertragsoffene Allgemeine Arbeitsbedingungen

zum Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung

A. Einleitung

Die Problematik von kollektivvertragsoffenen Allgemeinen Arbeitsbedingungen spiegelt den im Arbeitsrecht allgegenwärtigen Konflikt zwischen Kollektiv- und Individualinteressen exemplarisch wieder. Allgemeine Arbeitsbedingungen eröffnen den Interessenkonflikt zwischen dem von Rationalitätsmotiven getriebenen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, der eine einzelfallgerechte vertragliche Lösung anstrebt. Sollen diese vertraglichen Regelungen durch eine Betriebsvereinbarung geändert werden, tritt eine dritte Partei hinzu, der Betriebsrat. Hierdurch wird der Konflikt um eine dritte Ebene, die Kollision von kollektivem Arbeitnehmerwillen und Individualinteresse des einzelnen Arbeitnehmers, erweitert. Rechtsprechung und Literatur versuchen schon seit Jahrzehnten, in diesem „verminten" Gelände interessengerechte Lösungen zu finden. Der Weg zu einem angemessenen Regelungsmechanismus hat erst kürzlich durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 5.3.2013 eine überraschende Wendung genommen, die in der Literatur sehr unterschiedlich aufgenommen wurde. In dieser Arbeit wird zunächst die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen dargestellt (B.I.). Im Anschluss wird dargelegt, wieso das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil anerkannte rechtliche Grundsätze vernachlässigt und hierdurch eine Regelung geschaffen hat, die in dieser Form nicht haltbar ist (B.III.3).

B. Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Arbeitsbedingungen

I. Allgemeine Arbeitsbedingungen

Allgemeine Arbeitsbedingungen sind, verkürzt formuliert, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Arbeitsrecht.[1] Sie sind vorformulierte Einheitsregelungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluss vorlegt und die so entweder direkt oder über Bezugnahmeklauseln Bestandteil des Arbeitsvertrags werden.[2] Der Oberbegriff der Allgemeinen Arbeitsbedingungen umfasst auch betriebliche Übungen sowie Gesamtzusagen.[3] Da sie einseitig gestellt werden, beinhalten Allgemeine Arbeitsbedingungen regelmäßig das Risiko, den Arbeitnehmer zu übervorteilen, weshalb sie der Kontrolle nach den allgemeinen AGB-Vorschriften unterliegen.

II. Entwicklung der Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit

Der kollektive Charakter der in der Regel mehrfach eingesetzten Allgemeinen Arbeitsbedingungen führt zur Problematik der Betriebsvereinbarungsoffenheit derselben. Im Verhältnis zwischen individuellen Arbeitsverträgen und Kollektivvereinbarungen gilt das sogenannte Günstigkeitsprinzip. Dieses besagt, dass individualvertragliche Vereinbarungen Vorrang gegenüber Betriebsvereinbarungen haben, wenn sie günstiger für den Arbeitnehmer sind. Es bedarf daher einer wie auch immer vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit um das Günstigkeitsprinzip zu umgehen. Diese kann auf zweierlei Arten herbeigeführt werden.[4] Zum einen besteht die Möglichkeit der Vereinbarung von Öffnungsklauseln, die eine Abänderung durch Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulassen, wobei auch diese Klauseln der AGB-Kontrolle unterliegen. Zum anderen hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit in verschiedenen Fallgruppen eine konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Arbeitsbedingungen angenommen.

Ursprünglich wurde eine regelmäßige konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit unter Berufung auf das Ordnungsprinzip *Nipperdeys*[5] angenommen,[6] welches besagt, dass Allgemeine Arbeitsbedingungen durch nachfolgende Kollektivvereinbarungen abgelöst werden können, die den gleichen Geltungsbereich betreffen.[7] Das BAG verwies hierbei auf die Interessenlage der Parteien, die wüssten, dass es sich um eine Regelung kollektiven Ursprungs handele.[8]

Nachdem in der Folge regelmäßig in Einzelfällen eine konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit angenommen worden war,[9] lehnte das BAG 2009 die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Arbeitsbedingungen generell ab.[10] Damit wurde auch Versuchen eine Absage erteilt, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung einen konkludenten Änderungsvorbehalt anzunehmen.[11]

Soweit also die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung zu betriebsvereinbarungsoffenen Allgemeinen Arbeitsbedingungen. Eine einschneidende Veränderung der rechtlichen Situation hat sich durch das Urteil des BAG vom 5.3.2013[12] ergeben, das im Folgenden untersucht wird.

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *Preis,* NZA 2010, 361, 362.

2 *Preis*, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag[4], 2011, Teil I B. II. 1. Rn. 3; *von Hoyningen-Huene*, in:Münchener Kommentar HGB[1], 2010,Bd. 2, vor § 59 Rn. 30; *Ebeling* Diss. 2006, S. 16.

3 *Von Hoyningen-Huene,* in:MüKoHGB, Bd. 2 (Fn. 2), vor § 59 Rn. 30; *Franzen,* NZA-Beil. 2006, 107, 114; *Picker*, in: Bieder / Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2012, 112.

4 *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[14], 2014, § 77 BetrVG Rn. 68.

5 *Nipperdey,* in: FS Lehmann, 1937, S. 257 ff.

6 BAG AP Nr. 87 zu § 242 BGB Ruhegehalt (LS); BB 1963, S. 272 ff.; BAG AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt (1970).

7 Vgl. *Nipperdey* (Fn. 5), S. 257 ff.

8 *Nipperdey* (Fn. 5), S. 257 ff.

9 BAG AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972; BAG, NZA 1988, 509 ff.; Ähnlich entschieden: BAG, NZA 2004, 271 ff.; BAG, NZA 2003, 986, 990.

10 BAG, NZA 2009, 1105 ff.

11 *Richardi,* NZA 1987, 184, 189; zustimmend *Meinel/Kiehn,* NZA 2014, 509, 514.

12 BAG NZA 2013, S. 916 ff.

III. Das Urteil des BAG vom 5.3.2013

1. Sachverhalt und Entscheidung

a) Sachverhalt

Der Kläger war 1942 geboren und seit 1980 bei der Beklagten beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis war laut der 1980 von beiden Parteien unterzeichneten „Einstellmeldung" unbefristet geschlossen. Bei der Beklagten bestand seit 1976 eine als „Versorgungsordnung" bezeichnete Gesamtbetriebsvereinbarung, die vorsah, dass eine Altersrente gezahlt würde, wenn ein Mitarbeiter nach Vollendung des 65. Lebensjahres aus der Firma ausscheide. 1992 wurde die Versorgungsordnung dahingehend neu gefasst, dass das Arbeitsverhältnis mit Mitarbeitern, die das 65. Lebensjahr vollendet hätten, ende, ohne dass es dazu einer Kündigung bedürfe. Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete durch Erreichen dieser Altersgrenze am 31.8.2007. Mit seiner Klage wandte er sich gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.[13]

b) Entscheidung

Wie die beiden Vorinstanzen wies auch das BAG die Klage ab. Die Regelung einer Altersgrenze in Betriebsvereinbarungen sei nicht diskriminierend. Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber hätten die Befugnis, eine Altersgrenze für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einer freiwilligen Gesamtbetriebsvereinbarung zu regeln. Dabei seien die Grundsätze von Recht und Billigkeit (§ 75 BetrVG) zu beachten. Diese seien gewahrt, wenn die Altersgrenze dem Zeitpunkt entspreche, zu dem Arbeitnehmer auch die Regelsaltersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen könnten. Die Vereinbarung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag verdränge auch nicht die Altersgrenzenregelung in der Gesamtbetriebsvereinbarung.[14]

c) Obiter dictum: Grundsätzlich konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit

In einem „*obiter dictum*[15] " urteilte das BAG, die Betriebsvereinbarung wäre auch deswegen wirksam, da die „Einstellmeldung" eine Allgemeine Geschäftsbedingung gewesen sei. Allgemeine Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen seien regelmäßig konkludent betriebsvereinbarungsoffen, solange sie einen kollektiven Bezug aufwiesen. Der Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers solle nur eingeschränkt werden, wenn die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich vereinbarten, dass die arbeitsvertraglichen Regelungen nicht durch Betriebsvereinbarungen abgeändert werden können. Allgemeine Arbeitsbedingungen seien grundsätzlich auf eine Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen gerichtet. Daher könne es aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass die vom Arbeitgeber gestellten Allgemeinen Arbeitsbedingungen regelmäßig durch Betriebsvereinbarung geändert werden könnten.[16]

2. Kollektiver Bezug als Voraussetzung der regelmäßigen konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen

Das BAG betont in seiner Entscheidung, dass Allgemeine Arbeitsbedingungen konkludent betriebsvereinbarungsoffen seien, wenn sie einen kollektiven Bezug aufwiesen.[17] Wann aber haben Allgemeine Arbeitsbedingungen einen kollektiven Bezug? Ist diese Bedingung wirklich eine „Schwelle" auf dem Weg zur Betriebsvereinbarungsoffenheit oder lediglich eine Scheinvoraussetzung? Die bisher gängige Definition des kollektiven Bezugs stammt vom Großen Senat des BAG. Dieser hatte im Rahmen seines Beschlusses zu ablösenden Betriebsvereinbarungen erklärt, dass ein kollektiver Bezug gegeben sei, wenn die kollektive Ausgestaltung der Einheitsarbeitsbedingungen erkennbar sei.[18] Fraglich ist, ob das BAG auch in seiner Entscheidung vom 5.3.2013 von diesem Begriff ausgegangen ist. Ein deutlicher Hinweis darauf, dass eine solche kollektive Ausgestaltung der Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Sachverhalt vorgelegen hätte, ist im Urteil nicht zu finden. Nach der Definition des Großen Senats läge daher vermutlich kein kollektiver Bezug vor. Das könnte darauf hinweisen, dass der BAG dem Großen Senat nicht folgen wollte.[19] Andererseits fehlt auch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Definition des Großen Senats, aus der eine gegenteilige Auffassung abgeleitet werden könnte. Daraus lässt sich wiederum schlussfolgern, dass das BAG dem Großen Senat einfach kommentarlos folgt.[20] Da dem Urteil hierzu wenig Stichhaltiges zu entnehmen ist, begibt man sich hier in den spekulativen Bereich.

Die Lösungsansätze in der Literatur sind entsprechend vage. Soll ein kollektiver Bezug dann angenommen werden, wenn die konkrete Regelung den Zweck hatte, der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu dienen?[21] Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es, einzelne Arbeitnehmer willkürlich schlechter zu stellen als andere Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Lage.[22] Allgemeine Arbeitsbedingungen haben grundsätzlich den Anspruch, die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer einheitlich zu gestalten und die Arbeitnehmer damit gleich zu behandeln.[23] Nach dieser Interpretation wäre die Voraussetzung des kollektiven Bezuges kein wirkliches Hindernis auf dem Wege zur Abänderung von Allgemeinen Arbeitsbedingungen. Noch anspruchsloser ist es, einen kollektiven Bezug anzunehmen, wenn eine Regelung für eine Mehrzahl von Arbeitnehmern gilt.[24] Wenn man dieser Ansicht folgt, ist der Zusatz des kollektiven Bezugs im Grunde irrelevant. Letztlich gilt so gut wie jede Allgemeine Arbeitsbedingung, ob in Form eines Formulararbeitsvertrages, einer Gesamtzusage oder einer betrieblichen übung, für eine Mehrheit von Arbeitnehmern. Damit wäre tatsächlich jede Allgemeine Arbeitsbedingung kollektivvertragsoffen.

---

13 Zsfg. in Anlehnung an *Hromadka,* NZA 2013, S. 1061; *Bauer,* Arbeitsrecht Aktuell 2013, 155.

14 Zsfg. in Anlehnung an *Bauer*, ArbRAktuell 2013, 155.

15 *Waltermann,* SAE 2013, 94, 100; *Preis/Ulber,* NZA 2014, 6.

16 Vgl. *Polloczek,* Anm. zu BAG AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972.

17 BAG, NZA 2013, 916, 921.

18 BAG, NZA 1987, 168, 171; von der Rechtsprechung übernommen etwa in BAG, NZA 1988, 509, 511.

19 So *Hromadka,* NZA 2013, 1061, 1063.

20 So *Preis/Ulber,* NZA 2014, 6, 9.

21 *Preis/Ulber,* NZA 2014, 6, 9.

22 *Schrader/Schubert,* in: Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz[3], 2013, § 2 Rn. 145.

23 *Schrader/Schubert,* in: Däubler/Bertzbach(Fn. 22), § 2 Rn. 145.

24 *Hromadka,* NZA 2013, 1061, 1063.

Es gibt keine Situation, in der ein kollektiver Bezug nicht vorliegt. Der Große Senat hat in seiner Entscheidung arbeitsvertragliche Einheitsregelungen, Gesamtzusagen und betriebliche übungen als vertragliche Regelung mit kollektivem Bezug bezeichnet.[25] In diesem Urteil ging es jedoch um den kollektiven Günstigkeitsvergleich. Einen wirklichen Aussagegehalt in Bezug auf die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit hat diese Entscheidung nicht. Bei der Voraussetzung des kollektiven Bezugs handelt es sich in Wirklichkeit um eine Scheinvoraussetzung. Sie wird die Rechtsprechungspraxis nicht davon abhalten, Allgemeine Arbeitsbedingungen als grundsätzlich für betriebsvereinbarungsoffen zu deuten.

3. Kritik

a) Intransparent und gegen die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB

Für Allgemeine Arbeitsbedingungen gilt die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB.[26] Danach hat die Partei, die sich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedient, das Risiko unklarer und unvollständiger Bestimmungen zu tragen.[27] Das hieße konkret, dass, falls die Voraussetzungen des § 305c Abs. 2 BGB nicht vorliegen und die Betriebsvereinbarung für den Arbeitnehmer nachteilig ist, von der Unwirksamkeit auszugehen ist.[28] Auch bei konkludenten Vorbehalten müssen hinreichende Anhaltspunkte für die Betriebsvereinbarungsoffenheit vorliegen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Betriebsvereinbarungsoffenheit aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen fingiert wird.[29] Laut BAG sind Allgemeine Arbeitsbedingungen regelmäßig betriebsvereinbarungsoffen. An konkreten Anhaltspunkten im Text der Allgemeinen Arbeitsbedingungen wird die Betriebsvereinbarungsoffenheit dabei nicht festgemacht. In seinem Urteil vom 5.3.2013 führt das BAG dazu lediglich knapp aus, dass die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB dem vom Gericht vertretenen Ergebnis nicht entgegenstehe. Diese Regelung greife erst, wenn „erhebliche Zweifel" an der richtigen Auslegung bestünden.[30] Der Auslegungsmaßstab für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die an eine Vielzahl von Personen gerichtet sind, richtet sich nach „den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten durchschnittlichen Vertragspartners, (...) wie sie [die AGB, *d. Verf.*] (...) unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (...). Ansatzpunkt für die insoweit gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie der gewählte Wortlaut".[31] Der Wortlaut der Allgemeinen Arbeitsbedingungen im vorliegenden Fall enthielt jedoch keine Klauseln, die auf eine Betriebsvereinbarungsoffenheit schließen lassen würden. Wie soll ein rechtlich nicht vorgebildeter durchschnittlicher Arbeitnehmer daraus die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit erkennen? Wie kann es sein, dass keine erheblichen Zweifel bei einer Auslegung bestehen sollen, die jeglicher Grundlage im Wortlaut entbehrt?

Das BAG entzieht sich in seiner Entscheidung einer Auseinandersetzung mit diesem Problem. Es unterstellt lapidar, dass es für einen verständigen und redlichen Arbeitnehmer nicht zweifelhaft sein könne, dass Allgemeine Arbeitsbedingungen grundsätzlich betriebsvereinbarungsoffen seien.[32] Das erinnert an den Maßstab, den der 10. Senat des BAG in seiner Entscheidung 2009[33] bereits verwendet hatte. Gemäß dieser Entscheidung kann der durchschnittliche und verständige Arbeitnehmer die Betriebsvereinbarungsoffenheit gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB erst erkennen, wenn ihm hinreichend klar und verständlich kommuniziert wurde, dass die Leistung betriebsvereinbarungsoffen erbracht werden sollte. Ansonsten sei die Regelung intransparent und unwirksam. Von diesem Grundsatz ist im Urteil des BAG vom 5.3.2013 keine Rede mehr. Anstatt wie bisher bei klarer und verständlicher Kommunikation, soll es dem Arbeitgeber nun plötzlich von vornherein nicht zweifelhaft sein, dass Allgemeine Arbeitsbedingungen grundsätzlich betriebsvereinbarungsoffen sind? Das klingt nach einem unterstellten Parteiwillen und wurde nicht ganz zu Unrecht bereits als „untergeschobene Rechtsgeschäftsfiktion"[34] und „modriges Trinkwasser" bezeichnet.[35] Es ist schwer nachvollziehbar, dass ein juristisch unbewanderter Arbeitnehmer wissen soll, dass das Arbeitsvertragsformular, das er gerade vorgelegt bekommen und unterzeichnet hat, jederzeit durch eine Betriebsvereinbarung abgeändert werden kann. Wenn er sich überhaupt Gedanken zu diesem Thema macht, wird er bei lebensnaher Betrachtung wohl eher auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* vertrauen, als einen konkludenten Änderungsvorbehalt anzunehmen, für den sich im Vertrag keinerlei Anhaltspunkte finden. *Pacta sunt servanda* gehört zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Belang der Vertragsfreiheit.[36] Die Vertragsfreiheit wird jedoch eingeschränkt, wenn dem Arbeitnehmer die Möglichkeit genommen wird, sich gegen den Einfluss kollektivrechtlicher Vereinbarungen zu seinen Lasten zu wehren oder sich präventiv davor zu schützen. Und genau das ist faktisch der Fall, wenn dem Arbeitnehmer eine Einsichtsfähigkeit unterstellt wird, die in der Praxis selten vorliegen wird. Dadurch wird er seiner Möglichkeit beraubt, sich vertraglich gegen diese kollektive Einflussnahme zu schützen. Umso mehr, da ihm auch die Möglichkeit der Anfechtung der Allgemeinen Arbeitsbedingungen genommen wird. Nimmt man das BAG beim Wort, würde ein Arbeitnehmer, der seine Zustimmung zu den Allgemeinen Arbeitsbedingungen wegen eines Inhalts- und Erklärungsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB anficht, unverständig und unredlich handeln. Damit würde der Anfechtungsgrund gemäß § 119 Abs. 1 S. 2 BGB wegfallen.[37]

Auch methodisch lässt sich die regelmäßige konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen nicht schlüssig begründen. Die konkludente

---

25 BAG, NZA 1987, 168 ff.

26 Vgl. *Müller-Glöge* , in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[6], 2012, Bd. 4, § 611 Rn. 62.

27 *Müller-Glöge* (Fn. 26), § 611 Rn. 62; BAG, NZA 2006, 202 ff.; *Franzen,* NZA-Beil. 2006, 107, 114; *Rolfs*, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag[4] 2011, II.O.10., Rn. 5.

28 *Worzalla,* NZA-Beil. 2006, 122, 132.

29 *Fastrich,* RdA 1994, 129, 131; *Picker* (Fn. 3), S. 113.

30 BAG, NZA 2013, 916, 920.

31 BGH, NJW 2013, 1805 ff.; BGH, NJW 2010, 2877 ff.; BGH, NJW 2013, 3647, 3649.

32 BAG, NZA 2013, 916, 921.

33 BAG, NZA 2009, 1105 ff.

34 *Preis/Ulber*, NZA 2014, 6, 9.

35 *Preis/Ulber*, NZA 2014, 6, 9.

36 *Waltermann,* SAE 2013, 94, 100.

37 *Vgl. Armbrüster*, in: MüKoBGB (Fn. 26), § 119 Rn. 137.

Betriebsvereinbarungsoffenheit setzt voraus, dass eine stillschweigende Willenserklärung durch konkludentes Handeln abgegeben wurde. Eine stillschweigende Willenserklärung wird abgegeben, wenn der Geschäftswille durch Worte oder Handlungen erklärt wird, die sinnintentional zwar auf einen anderen Zweck gerichtet sind, aus denen sich aber doch der eigentliche, in Frage stehende Wille schlüssig ergibt.[38] Die konkludente Erklärung wird dabei „zum rechtsgeschäftlichen Handeln betreffs des fraglichen Geschäfts nur dadurch, dass der Handelnde sich der Umstände bewusst ist, aufgrund deren das Handeln hinsichtlich des aus dem schlüssigen Handeln erschlossenen Geschäfts daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schließt".[39] Das bedeutet schlicht, dass der Handelnde sich im Klaren sein muss, dass er neben seinem ausdrücklichen Handeln auch ein konkludentes Rechtsgeschäft tätigt. Woraus lässt sich aber ein solcher Wille erkennen, wenn es keine Anhaltspunkte im Vertragswortlaut gibt? Dass die Betriebsvereinbarungsoffenheit mit keinem Wort erwähnt wird, spricht vielmehr dafür, dass sie auch nicht gewollt war. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit aufgrund der Formulierung, die Regelung sei mit dem Betriebsrat „abgestimmt",[40] anzunehmen, wurde teilweise bereits als unvereinbar mit § 305c Abs. 2 BGB betrachtet, da zu uneindeutig.[41] Liegt dagegen überhaupt keine Formulierung vor, kann das Gegenteil erst recht nicht ohne Zweifel angenommen werden. Ein Wille, der ? wenn überhaupt ? nur innerlich vorhanden war und nicht schriftlich gefasst wurde, kann nicht Vertragsinhalt geworden sein.[42] Auch eine fingierte, sog. „unechte"[43] Willenserklärung scheidet aus, da keine positivrechtliche Vorschrift existiert, die im konkreten Fall eine Fiktion erlauben würde.[44] Die Aufstellung einer Fiktion ist indes nicht Sache der Rechtsprechung.[45]

Dazu kommt, dass der Arbeitgeber als strukturell überlegener Vertragspartner[46] Kenntnis von den Problemen hätte haben müssen, die mit einer Verschlechterung Allgemeiner Arbeitsbedingungen einhergehen. Er hätte daher einfach einen entsprechenden Vorbehalt in die Allgemeinen Arbeitsbedingungen einbauen können. Dadurch, dass der Arbeitgeber dies versäumt hat, ist es erst recht nur billig, ihn das Risiko tragen zu lassen, das aus einer unklaren (oder sogar überhaupt nicht existenten) Formulierung entsteht.[47] Das ist einleuchtend, wenn man die Unklarheitenregelung nicht als eine Auslegungsregel, sondern vielmehr als Gefahrtragungsregel betrachtet. Sie ordnet an, wer die Belastungen zu tragen hat, die entstehen, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar auszulegen sind.[48] Der Sinn dieser Risikozuteilung ist, dass derjenige, dem die Allgemeinen Arbeitsbedingungen gestellt werden, darauf vertrauen kann, dass der Verwender sich klar und unmissverständlich ausdrückt.[49]

Das Urteil des BAG ist deswegen nicht mit dem Transparenzgebot aus § 307 Abs. 2 S. 2 BGB sowie mit der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB vereinbar. Es leuchtet nicht ein, dass der Arbeitnehmer „ohne Zweifel" erkennen soll, dass in Allgemeinen Arbeitsbedingungen ein konkludenter Änderungsvorbehalt enthalten ist. Vielmehr wäre es angemessen, den strukturell überlegenen Arbeitgeber die Last des nicht im Vertrag formulierten Änderungsvorbehalts tragen zu lassen. Die regelmäßige Annahme der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit widerspricht der Wertung des § 305c Abs. 2 BGB.

b) Gegen den Telos der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht

überhaupt wird die teleologische Grundkonzeption des AGB-Rechts konterkariert, wenn man regelmäßig von einem konkludenten Änderungsvorbehalt in Allgemeinen Arbeitsbedingungen ausgeht. Sinn der AGB-Kontrollen ist, dass der Arbeitnehmer vor dem Diktat des Arbeitgebers geschützt werden soll, der aus Rationalisierungsgründen ein Interesse an einheitlichen Arbeitsbedingungen hat.[50] Hat der Arbeitgeber zu viele Gestaltungsbefugnisse, entsteht die Gefahr, dass die strukturelle Überlegenheit des Arbeitgebers Überhandnimmt.[51] Das ist etwa der Fall bei der einseitigen Abänderung von Allgemeinen Arbeitsbedingungen, die § 308 Nr. 4 BGB verhindern soll. Bei der Abänderung durch eine Betriebsvereinbarung handelt es sich zwar nicht um eine einseitige Modifikation. Trotzdem ist die Normsetzung durch Betriebsvereinbarungen ein Akt der Fremdbestimmung für den Arbeitnehmer.[52] Der Arbeitnehmer hat zwar nach wie vor die Möglichkeit, sich durch die ausdrückliche Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsfestigkeit vor Veränderungen zu schützen. Aber Allgemeine Arbeitsbedingungen werden ja gerade dadurch charakterisiert, dass sie vom Arbeitgeber gestellt werden. Welcher Arbeitgeber sollte ein Interesse daran haben, seine Einflussnahme auf das Arbeitsverhältnis freiwillig einzuschränken? Und der Arbeitnehmer wird in der Praxis wohl kaum an die Einführung eines solchen Vorbehalts denken, ganz davon abgesehen, dass er dann wiederum die Bedingungen verhandeln müsste. Um sich die Unvereinbarkeit dieser Entscheidung mit den Gedanken der AGB-Grundsätze vor Augen zu führen, hilft auch ein Vergleich mit dem allgemeinen Zivilrecht. Man stelle sich nur vor, im allgemeinen Zivilrecht würde regelmäßig angenommen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen ohne die Beteiligung desjenigen, dem gegenüber sie gestellt wurden, zu seinem Nachteil abgeändert werden könnten. Ein Dienstleistungsunternehmen könnte in dem Fall die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber seinen langjährigen regelmäßigen Kunden einfach ändern, ohne dass der Kunde hierauf Einfluss nehmen könnte und diese Änderungen wären auch wirksam. Natürlich kann an dieser Stelle wieder auf arbeitsrechtliche Besonderheiten nach § 310 Abs. 4 BGB verwiesen werden. So unterliegen Betriebsvereinbarungen der Mitbestimmung durch den Betriebsrat als Vertreter der Arbeitnehmerschaft. Auch

38 *Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1992, Bd. 2, S. 73.

39 *Fabricius,* JuS 1966, 1-11, 50-60.

40 BAG,NZA 1988, 509 ff.; BAG AP Nr. 252 zu § 611 BGB Gratifikation.

41 *Däubler,* in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht[3], 2010, § 305c BGB Rn. 56.

42 *Säcker,* BB 2013, 2677, 2681.

43 *Säcker*, BB 2013, 2677, 2681.

44 Vgl. dazu *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Bd. 3, S. 253.

45 *Säcker*, BB 2013, 2677, 2681.

46 Vgl. *Armbrüster,* in: MüKoBGB[6], Bd. 1, 2012, § 138 Rn. 90; *Looschelders,* in: Dauner-Lieb / Heidel / Ring (Hrsg.),NomosKommentar BGB[2], 2011, Bd. 1, § 138, Rn. 147.

47 Vgl. *Säcker,* BB 2013, 2677, 2680.

48 *Schmidt-Salzer*, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, 204-212.

49 *Müller-Glöge,* in: MüKoBGB(Fn. 26),§ 611 Rn. 62.

50 *Preis/Ulber,* NZA 2014, 6, 8.

51 *Krause,* in: Clemenz/Kreft/Krause (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht[1], 2013, Einführung, Rn. 7-13.

52 *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 74.

werden in der Praxis Formulararbeitsverträge oder andere Formen der Allgemeinen Arbeitsbedingungen häufig vom Betriebsrat mitgestaltet. Nichtsdestotrotz bleibt als Fazit, dass durch die regelmäßige Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen dem Arbeitnehmer ein großer Teil des Schutzes genommen wird, der ihm durch die Einführung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht zugestanden worden war. Das Schutzinteresse, das der AGB-Kontrolle zugrunde liegt, wurde durch das Urteil des BAG verkehrt,[53] da es nun Aufgabe des Arbeitnehmers ist, sich vor Benachteiligungen durch die Allgemeinen Arbeitsbedingungen aktiv zu schützen.

c) Widerspruch zur Unwirksamkeit der Jeweiligkeitsklausel?

aa) Änderungsvorbehalt des Arbeitgebers

Bei der regelmäßigen konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen handelt es sich um einen umfassenden Änderungsvorbehalt des Arbeitgebers. Dieser ist vergleichbar mit der Vereinbarung einer dynamischen Bezugnahmeklausel auf Allgemeine Arbeitsbedingungen in ihrer jeweiligen Fassung, einer sog. Jeweiligkeitsklausel. Jeweiligkeitsklauseln auf Allgemeine Arbeitsbedingungen sind regelmäßig unwirksam.[54] Sie stellen eine unangemessene Benachteiligung nach §§ 308 Nr. 4, 307 BGB dar, da sie dem Arbeitgeber eine umfängliche Vertragsänderungskompetenz zugestehen.[55] Dies ist auch aus Gründen des Transparenzgebotes aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB problematisch,[56] da die Änderungen für den Arbeitnehmer kaum vorhersehbar sind. Wenn beispielsweise in einem Arbeitsvertrag nur die *essentialia negotii* vereinbart sind und für alle anderen Parameter über eine Jeweiligkeitsklausel auf die Allgemeinen Arbeitsbedingungen verwiesen wird, könnte der Arbeitgeber einseitig beinahe den gesamten Vertrag ändern. Eine solche Vertragsänderungskompetenz widerspricht grundsätzlichen Wertungen im allgemeinen Zivilrecht.[57] Wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer einen vorformulierten Standardvertrag vorlegt, der in der Form eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung ist und der damit zu den Allgemeinen Arbeitsbedingungen zählt, kann in Zukunft ebenfalls der komplette Vertragsinhalt ohne Einverständnis des Arbeitnehmers geändert werden. Warum ist ein solcher Änderungsvorbehalt wirksam, wenn er konkludent ist, ein ausdrücklich vereinbarter Änderungsvorbehalt ist dagegen unzulässig? Wenn eine Bezugnahmeklausel, die klar ausdrückt, dass wesentliche Vertragsinhalte jederzeit einseitig abgeändert werden können, unzulässig ist, sollte dann ein konkludenter, für den Arbeitnehmer noch schwerer erkennbarer Vorbehalt nicht erst recht abgelehnt werden? Enthält das Urteil des BAG hier nicht einen Wertungswiderspruch?

bb) Abweichende Bewertung aufgrund der Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung

Diese Frage kann mit einer Gegenfrage beantwortet werden: Entspricht eine Abänderung durch eine Betriebsvereinbarung tatsächlich einer einseitigen Abänderung durch den Arbeitgeber, mit der Folge der Unwirksamkeit gem. § 308 Nr. 4 BGB? Die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, ist unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Teil zumutbar ist.[58] Unabhängig davon, ob der Grund der Änderung besonders triftig ist, muss jedenfalls die gebotene Interessenabwägung zu einer Zumutbarkeit des Abänderungsvorbehalts für den Arbeitnehmer führen.[59] Bei einseitigen Änderungen ist hier eine Interessenabwägung durch den Arbeitgeber vonnöten. Bei Betriebsvereinbarungen ist der Sachverhalt dagegen etwas anders gelagert. Betriebsvereinbarungen sind ihrer Rechtsnatur nach Verträge gemischten Charakters zwischen Arbeitgeber und dem Betriebsrat als Vertreter der Arbeitnehmer. Anders als bei einer einseitigen Änderung durch den Arbeitgeber handelt es sich also um eine beidseitige Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Damit sind die Betriebsparteien gemeinschaftlich befugt, verbindlich wirkende Regelungen für die Arbeitnehmer im Betrieb zu erlassen. Die Betriebsparteien können jedoch nicht jeden beliebigen Gegenstand in jeder beliebigen Form in Betriebsvereinbarungen regeln. Vielmehr unterliegt die Regelungskompetenz der Betriebsparteien beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen den gesetzlichen Grenzen, der Einschränkung durch den Tarifvorrang aus § 77 Abs. 3 BetrVG sowie der Beschränkung durch höherrangige Betriebsvereinbarungen. Trotzdem indiziert die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB, die eine AGB-Kontrolle von Betriebsvereinbarungen untersagt, dass der Gesetzgeber der Betriebsvereinbarung eine Richtigkeitsgewähr unterstellt.[60] Diese Richtigkeitsgewähr gilt allerdings auch nicht unbeschränkt. Betriebsvereinbarungen unterliegen zusätzlich einer inhaltlichen Billigkeitskontrolle.[61] Da auch die Betriebsratsmitglieder vom Arbeitgeber abhängig sind und zudem nicht über das Mittel des Arbeitskampfs verfügen,[62] herrscht zwischen den Betriebsparteien keine hinreichende Parität.[63] Auch gilt die Betriebsvereinbarung an sich als fremdbestimmte Normsetzung für den Arbeitnehmer.[64] Nichtsdestotrotz ist die Betriebsvereinbarung kein einseitiger Regelungsakt des Arbeitgebers. Der Betriebsrat braucht einen Änderungsvorschlag des Arbeitgebers nur abzulehnen, um ihn wieder in der Schublade verschwinden zu lassen. In der Praxis mag es zwar vorkommen, dass der Betriebsrat kein wirkliches Gegengewicht zum Arbeitgeberwillen darstellt.

---

53 *Preis/Ulber,* NZA 2014, 6, 8.

54 *Preis,* NZA 2010, 361, 362.

55 Vgl. *Preis*, in: Müller-Glöge / Preis / Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar[14], 2014, § 310 BGB, Rn. 27.

56 *Preis*, in: ErfKomm(Fn. 55), Rn. 27.

57 Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch[73], 2014, § 305, Rn. 47.

58 BAG, NZA 2005, 465, 467.

59 BAG, NZA 2005, 465, 467.

60 *Jacobs,* in: Beck`scher Online-Kommentar Arbeitsrecht[32], 2014, § 310 BGB Rn. 14; *Hümmerich/Ebeling,* in:Däubler / Hjort / Schubert / Wolmerath (Hrsg.), NomosKommentar Arbeitsrecht[2], 2010, § 310 BGB Rn. 19.

61 BAG AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, NZA 1991, 765 ff.; BAG, NZA 1997, 535 ff.

62 BAG AP Nr. 142 zu § 242 Ruhegehalt.

63 *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 212.

64 Vgl. *Richardi,* in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz[14], 2014, § 77 Rn. 25, Rn. 53; *Eich*, NZA 2010, 1389, 1391.

Aber der Betriebsrat ist die gesetzlich vorgesehene Form der Teilnahme der Arbeitnehmer am Geschehen in ihrem Betrieb. Im Rahmen dieser Möglichkeiten nimmt der Arbeitnehmer Einfluss auf die Modifikation seiner arbeitsvertraglichen Bedingungen. Damit wird die Interessenabwägung, die bei einseitigen Änderungen vom Arbeitnehmer vorzunehmen ist, bei Betriebsvereinbarungen automatisch vorgenommen. Dadurch, dass der Betriebsrat als Vertreter der Arbeitnehmerschaft an der Änderung beteiligt wird, fließen die Interessen der Arbeitnehmer in jedem Fall in die Entscheidung über die Änderung der Allgemeinen Arbeitsbedingungen ein. Ein solcher Änderungsvorbehalt ist damit zumutbar und verstößt nicht gegen die Wertung des § 308 Nr. 4 BGB, die Jeweiligkeitsklauseln regelmäßig unwirksam macht.

4. Folgen für die Praxis

Welche Folgen hat die Annahme der regelmäßigen konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit für die arbeitsrechtliche Praxis? Zum einen macht sie die Vereinbarung von Öffnungsklauseln eigentlich überflüssig. Wenn Allgemeine Arbeitsbedingungen sowieso konkludent betriebsvereinbarungsoffen sind, bedarf es auch keiner ausdrücklichen Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit mehr. Trotzdem sollte der umsichtige Arbeitgeber einen solchen Vorbehalt in seine Allgemeinen Arbeitsbedingungen aufnehmen, um gegen alle Eventualitäten gerüstet zu sein. Dabei ist es wichtig, darauf zu achten, dass die Klausel nicht den Verdacht der Betriebsvereinbarungsfestigkeit einzelner Regelungen nahelegt. Denn so wie in der Vergangenheit die Rechtsprechung die Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen immer weiter ausgelegt hat und dabei von einer ursprünglichen Betriebsvereinbarungsfestigkeit ausgegangen ist, könnte jetzt die Entwicklung in die gegensätzliche Richtung stattfinden.

C. Fazit und Ausblick

Die Untersuchungen in dieser Arbeit haben gezeigt, dass die Behandlung von kollektivvertragsoffenen Arbeitsbedingungen in der Vergangenheit große Änderungen erfahren hat. Wie im Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag regelt das Günstigkeitsprinzip auch das Geltungsverhältnis von Allgemeinen Arbeitsbedingungen und Betriebsvereinbarung. Das Günstigkeitsprinzip hat in der Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten eine immer größere Bedeutung erfahren. Nachdem das BAGursprünglich eine ständige Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen aufgrund des Ordnungsprinzips angenommen hatte, wurden in der Folge die Hürden für verschlechternde Veränderungen durch Betriebsvereinbarungen immer höher angesetzt. Diese Entwicklung ist durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5.3.2013 grundlegend umgekehrt worden. Allgemeine Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug sind nun regelmäßig konkludent betriebsvereinbarungsoffen. Damit ist der Arbeitnehmer in der Pflicht, sich vor Änderungen seiner Arbeitsvertragsinhalte aktiv zu schützen.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit seiner Entscheidung unnötig eine ganz neue Richtung eingeschlagen. In dem Fall, der dem Urteil vom 5.3.2013 zugrunde lag, war es überflüssig, eine grundsätzliche konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen zu erkennen. Bei lebensnaher Betrachtung war die Behauptung des Klägers, er wäre davon ausgegangen, sein ganzes Leben bei der Beklagten arbeiten zu können, ohnehin nicht haltbar. Es ist daher fraglich, ob der entscheidende Senat die Tragweite seines *obiter dictums* wirklich Überblickt hat. Es leuchtet nicht ein, dass die Tendenz der vergangenen Jahre, in der die Rechtsprechung zu Recht die Wichtigkeit des Günstigkeitsprinzips betont hat, durch einen derart „ausbrechenden Rechtsakt“ auf einen Schlag rückgängig gemacht werden soll. Zu erwarten und zu wünschen ist daher, dass das Bundesarbeitsgericht in kommenden Entscheidungen einlenken und die Annahme einer „großen Öffnungsklausel“ zumindest teilweise wieder zurücknehmen wird. Ob dies über eine verstärkte Annahme von betriebsvereinbarungsfesten Regelungen oder über eine ausdrückliche Abkehr vom Prinzip der regelmäßigen Betriebsvereinbarungsoffenheit geschehen wird, bleibt abzuwarten.

Eva Neumann*

Die letzte geteilte Nation

Völkerrechtliche Aspekte einer koreanischen Wiedervereinigung

A. Einführung

Über 70 Jahre nach der faktischen Teilung des Landes sind die Fronten zwischen Nord- und Südkorea mehr denn je verhärtet und eine friedliche Wiedervereinigung scheint in weite Ferne gerückt. Dennoch beschwören Spitzenpolitiker beider Seiten kontinuierlich den Willen zur „Wiederherstellung der nationalen Einheit" mit unterschiedlicher Vehemenz und Glaubwürdigkeit.[1] Da plötzlich eintretende politische Ereignisse innerhalb kürzester Zeit die Ausgangsvoraussetzungen für eine Wiedervereinigung schaffen können, sollen im Folgenden die rechtlichen Aspekte einer Vereinigung analysiert und auf ihre Schwierigkeiten hin untersucht werden (Abschnitt D). Voraussetzung einer solchen Analyse ist es zunächst, die aktuelle Einordnung der beiden koreanischen Systeme in der völkerrechtlichen Staatenordnung darzustellen (Abschnitt C.). Diese völkerrechtliche Untersuchung knüpft wiederum an die historischen Ereignisse der Teilung Koreas an (Abschnitt B).

B. Historischer Hintergrund

Die Geschichte Koreas, welche zur Teilung der koreanischen Halbinsel geführt hat, lässt sich nur vor dem Hintergrund der geopolitischen Bedeutung Koreas verstehen. Wegen der geographischen Lage des Landes als Pufferstaat zwischen den Großmächten Russland, China und Japan war der Streit um das Hoheitsgebiet ein wesentlicher Auslöser des Ersten Chinesisch-Japanischen Krieges von 1894/95 und des Russisch-Japanischen Krieges von 1904/05 und führte schließlich zur Annexion durch Japan als Kolonie im Jahre 1910.[2]

Nach der bedingungslosen Kapitulation Japans zum Ende des Zweiten Weltkrieges im September 1945 kam es zur Teilung Koreas entlang des 38. Breitengrades. Die Rote Armee der Sowjetunion marschierte in den nördlichen Teil des Landes ein, während die US-Streitkräfte den südlichen Teil besetzten.[3] Nach Unstimmigkeiten bei der Umsetzung des gemeinsamen Zieles, Korea in die Unabhängigkeit zu führen, rief die USA im Jahr 1947 schließlich die Generalversammlung der UN an, die sich für baldige Wahlen auf dem Territorium aussprach und eine provisorische Korea-Kommission bestellte.[4] Da die Sowjetunion mit Verweis auf die fehlende Zuständigkeit der UN nicht mit der Kommission kooperierte, fanden die Wahlen nur auf dem Gebiet des heutigen Südkorea statt, wo in der Folge am 15. August 1948 die Republik Korea ausgerufen wurde.[5] In Reaktion darauf wurde im Norden am 9. September 1948 die Koreanische Demokratische Volksrepublik unter Führung Kim Il-Sungs errichtet.[6] Durch die Etablierung dieser zwei politischen Einheiten fand der Teilungsprozess vorerst seinen Abschluss.

Ein erster gewaltsamer Wiedervereinigungsversuch durch den nordkoreanischen Regierungs- und Parteichef Kim Il-Sung führte zwei Jahre später zum Koreakrieg.[7] Am 25. Juni 1950 überschritten nordkoreanische Truppen die innerkoreanische Trennlinie und konnten schon drei Tage später die Hauptstadt Seoul erobern. Nach der Aufforderung des UN-Sicherheitsrats, durch Unterstützung der Republik Korea den Weltfrieden wiederherzustellen,[8] griff der U.S.-amerikanische Präsident Truman mit US-Streitkräften in den Koreakrieg ein. Gemeinsam mit den Streitkräften Südkoreas begannen die USA eine Gegenoffensive und eroberten nahezu ganz Nordkorea.[9] Vom weiten Vorrücken in den Norden provoziert, griff auch China in den Konflikt ein und es entwickelte sich ein drei Jahre andauernder brutaler Krieg, der schließlich mit dem Waffenstillstandsabkommen vom 27. Juli 1953 beendet wurde.[10] Kern dieses Abkommens war die Errichtung einer 4 km breiten Demarkationslinie, die als demilitarisierte Pufferzone zwischen Nord- und Südkorea dienen sollte und bis heute Bestand hat.[11]

Eine erste erwähnenswerte Kontaktaufnahme und Annäherung zwischen beiden Seiten fand erst im Jahr 1972 statt, als die Regierungen beider koreanischer Staaten eine unverbindliche gemeinsame Erklärung veröffentlichten, die eine friedliche Wiedervereinigungspolitik betonte.[12] Schon ein Jahr später brach der Dialog jedoch wieder ab und erst die „Nordpolitik" des damaligen südkoreanischen Präsidenten Roh Tae-Woo in den späten 1980er Jahren, die auf eine Stärkung der wirtschaftlichen Beziehungen mit der Volksrepublik Korea ausgerichtet war, sowie das Ende des Kalten Krieges führten zu einer erneuten Zusammenkunft und dem Abschluss eines Aussöhnungs- und Nichtangriffspaktes im

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Ostasien und Ozeanien" entstanden, das im Juni 2015 von Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer und Professor Dr. Jasper Finke an der Bucerius Law School abgehalten wurde.

1 *Eschborn/ Y.-y. Kim,* KAS-Auslandsinformationen 2013, 89 f.

2 *T.-N. Chi,* Das Herrschaftssystem Nordkoreas, 1994, S. 17; *Howland,* 29 Law & Hist. Rev. (2011), 53, 60; *Armstrong,* in: Park/Roh (Hrsg.), Law and Policy on Korean Unification, 2014, S. 61, 62.

3 *Suksi,* Divided States, in: MPEPIL-Online, Rn. 21.

4 UN Doc. A/RES/112(II) v. 14.11.1947.

5 *T.-N. Chi* (Fn. 2), S. 26 f.

6 Von der UN wurde lediglich erstgenannte als rechtmäßige Regierung anerkannt, vgl. UN Doc. A/RES/195(III) v. 12.12.1948; *Constantin,* Korean War, in: MPEPIL-Online, Rn. 1.

7 *E. Y.-J. Lee,* 8 Asian Y.B. Int´l L. (1998/99), 77, 80 f.

8 UN Doc. S/RES/83 (1950) v. 27.06.1950.

9 Die UN-Generalversammlung autorisierte ausdrücklich die Mission, in ganz Korea Frieden und Stabilität wiederherzustellen, vgl. UN Doc. A/RES/376(V) v. 07.10.1950.

10 Military armistice in Korea and temporary supplementary agreement, abgedruckt in: 4.1 U.S. Treaties and Agreements Library (1953), S. 234.

11 *Crawford,* State Responsibility, 2014, S. 708; *Suksi,* Divided States, in: MPEPIL-Online, Rn. 19.

12 *T.-N. Chi* (Fn. 2), S. 133 ff.; *E. Y.-J. Lee*, 8 Asian Y.B. Int´l L. (1998/99), 77, 81 ff.; *J.-H. Roh,* in: Park/Roh (Fn. 2), S. 89, 91 ff.

Jahr 1991.[13] Obwohl sich die inter-koreanischen Beziehungen nun intensivierten, wurden die hierin vereinbarten Bestimmungen nie umgesetzt. Dennoch begann unter der Führung des südkoreanischen Präsidenten Kim Dae-jung Ende der 90er Jahre eine Entspannungspolitik („Sonnenscheinpolitik"), die eine Zusammenarbeit vor allem im nicht-staatlichen Bereich förderte. Dies mündete in einer gemeinsamen Erklärung beider koreanischer Präsidenten auf einem Gipfeltreffen im Juni 2000, in welcher der Beginn einer wirtschaftlichen Kooperation und die gegenseitige Unterstützung bei der Familienzusammenführung angekündigt wurden.[14]

Eine erneute Verschärfung erlebte der Konflikt dann durch das Bestreben Nordkoreas, sich zu einer Atommacht aufzurüsten. Während das Regime in Pjöngjang damit international immer weiter isoliert wurde,[15] verschlechterten sich auch die inter-koreanischen Beziehungen mit der Machtübernahme durch Kim Jong-un massiv.[16] Nachdem die internationalen „Sechs-Parteien-Gespräche" über die Lösung des Koreakonfliktes schon 2009 von Nordkorea boykottiert wurden, kündigte Kim Jong-un nach militärischen Zwischenfällen mit dem Süden im Jahr 2013 das Waffenstillstandsabkommen von 1953 und rief, unter Androhung eines nuklearen Präventivschlags gegen Südkorea, das Kriegsrecht aus.[17]

C. Völkerrechtlicher *status quo*

Um die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an eine koreanische Vereinigung bestimmen zu können, ist zunächst eine Einordnung des rechtlichen *status quo* auf der Koreanischen Halbinsel vorzunehmen: Würde es sich bei einer Wiedervereinigung Koreas tatsächlich um eine „Wiedervereinigung" einer „geteilten Nation" oder vielmehr um eine „Vereinigung" zweier eigenständiger Staaten handeln?

I. Untergang des koreanischen Einheitsstaates durch japanische Besetzung 1910

Nach der herrschenden Drei-Elemente-Lehre wird ein Staat als rechtliche Zurechnungseinheit durch drei Merkmale charakterisiert: ein gemeinsames Staatsvolk, ein Staatsgebiet und Staatsgewalt. [18] Das Vorhandensein dieser Elemente ist konstitutive Voraussetzung für das Bestehen eines Staates. Verliert er eines der Elemente, geht der Staat unter. [19] Die Anerkennung als Staat durch andere Staaten hat dagegen nur deklaratorische Wirkung.[20]

Korea stand schon im 19. Jahrhundert unter japanischem Einfluss, sodass seine Souveränität, welche als Teil der Staatsgewalt zu verstehen ist,[21] vereinzelt bezweifelt wurde.[22] Allerdings schlossen andere Staaten, wie Großbritannien und die USA, mit Korea Verträge, was ihre Auffassung von der Unabhängigkeit und Souveränität Koreas zum Ausdruck brachte.[23] Nach der Überführung Koreas in ein japanisches Protektorat durch die Unterzeichnung der Zweiten Japanisch-Koreanischen Übereinkunft von 1905 und die darauf folgenden Auflösungserscheinungen der koreanischen Staatsgewalt bis hin zum vollständigen Souveränitätsverlust durch den Annexionsvertrag vom 22. August 1910 wurde Korea allerdings zu einer Provinz Japans und besaß keine ordnungsgemäße Staatsgewalt mehr.[24]

Die Annexion galt vor Inkrafttreten des Gründungsstatuts des Völkerbundes unter bestimmten Voraussetzungen als legitimer Gebietserwerbstitel.[25] Erst mit Inkrafttreten der UN-Charta und unter Berücksichtigung des im Briand-Kellogg-Pakt von 1928 niedergelegten Verbots des Angriffskrieges konnte fremdes Staatsgebiet durch Annexion nicht mehr rechtmäßig erworben werden.[26] Grundsätzlich ist somit davon auszugehen, dass der Einheitsstaat Korea durch die Besetzung durch Japan seine Rechtsfähigkeit verlor.[27] Gegen die Rechtmäßigkeit des Gebietsübergangs wird eingewendet, dass der Annexionsvertrag aufgrund der Zwangslage der damaligen koreanischen Regierung fehlerhaft sei.[28] Da es unter den Kolonialmächten zu dieser Zeit jedoch anerkannte Praxis war, seine Interessen auf fremdem Hoheitsgebiet schon vor der Einverleibung zu sichern, kann aus der japanischen Einmischung in innere Angelegenheiten Koreas allein nicht auf die Unwirksamkeit der Akte der koreanischen Regierung geschlossen werden.[29] Das Völkerrechtssubjekt Korea ist folglich durch Annexion untergegangen.

II. Rechtslage während der Besetzung durch die Alliierten 1945-1948

Aufgrund der Erklärungen der Siegermächte, die koreanische Unabhängigkeit schnellstmöglich wiederherstellen zu wollen,[30] wird im Schrifttum teilweise von der Kontinuität des koreanischen Staates ausgegangen.[31] Für die Begründung des Weiterbestehens des Staates als Völkerrechtssubjekt wurde – vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um den Untergang des Deutschen Reiches 1945 – auf das völkerrecht-

---

13 *Armstrong* (Fn. 2), S. 61, 79 f.

14 *Eschborn/Y.-y. Kim* (Fn. 1), S. 101 f.

15 Zuletzt wurden die Sanktionen gegen die Führung Nordkoreas durch den UN-Sicherheitsrat in der Resolution 2094 v. 07.03.2013 verschärft, s. *K. G. Na,* 6 J. E. Asia & Int´l L. (2013), 295, 302 f.

16 Bundeszentrale für politische Bildung, Republik Korea, abrufbar unter: http://t1p.de/tqly, letzter Abruf am 22.11.2015.

17 *Ryall,* The Telegraph v. 31.01.2013, abrufbar unter: http://t1p.de/w4tc, letzter Abruf am 22.11.2015.

18 *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1921, S. 394 ff.

19 *G. Jellinek* (Fn. 18), S. 394 ff.

20 *Stein/von Buttlar,* Völkerrecht, 2012, § 5 Rn. 323.

21 *Herdegen,* Völkerrecht, 2015, § 8 Rn. 7.

22 Vgl. *Hershey,* The international law and diplomacy of the Russo-Japanese war, 1906, S. 72.

23 Korea war u.a. Vertragspartei des Zweiten Haager Abkommen von 1899 „betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs".

24 *I.-G. Na*, Die völkerrechtliche Stellung Koreas, 1991, S. 35.

25 *H. Jellinek,* Der automatische Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit durch völkerrechtliche Vorgänge, 1951, S. 111 ff.

26 Vgl. *Epping,* in: Ipsen (Hrsg.),Völkerrecht, 2014, § 5 Rn. 31; *Hofmann,* Annexation, in: MPEPIL-Online, Rn. 5 ff.

27 *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 35.

28 *C.-G. Kim,* Die staatliche Einheit Koreas, 1994, S. 42 ff. sowie *K.-W. Nam*, Völkerrechtliche und staatsrechtliche Probleme des zweigeteilten Korea, 1975, S. 81 f.

29 *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 31 f.

30 Abschnitt III, Report of the Meeting of the Ministers of Foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics, the United States of America and the United Kingdom of 26 December 1945, abrufbar unter: http://t1p.de/m9f3, letzter Abruf am 22.11.2015; Kairoer Kommuniqué v. 1.12.1943, abrufbar unter: http://t1p.de/fr5z, letzter Abruf am 22.11.2015.

31 *K.-W. Nam* (Fn. 28), S. 63; *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 76 f.

liche Kontinuitätsprinzip zurückgegriffen:[32] Solange es eine Aussicht auf Wiedereinsetzung einer effektiven Staatsgewalt gebe, existiere ein Staat auch im Sinne des Völkerrechts weiter und komme damit dem Bedürfnis der Staatengemeinschaft nach Rechtssicherheit und Verlässlichkeit nach. Erst wenn eine endgültig gesicherte Rechtslage festgestellt werden kann, verlange das Effektivitätsprinzip eine rechtliche Einordnung, die mit der tatsächlichen Lage übereinstimmt.[33] Auch ein Wiederaufleben eines untergegangenen Staates ist unter Umständen möglich.[34] Denn das Interesse der Staaten an der Erhaltung der Identität eines Völkerrechtssubjektes, um der Rechtsunsicherheit über die Folgen für das Vertragsrecht und die internationale Haftung zu entgehen, besteht grundsätzlich auch dann, wenn ein Staat vorübergehend untergegangen ist.[35] Eine Kontinuität des koreanischen Staates käme demnach in Betracht, wenn ein neuer Staat entstanden wäre, welcher im Wege der juristischen Fiktion als mit dem früheren Staat identisch angesehen werden könnte.[36] Da die Alliierten zu keiner Zeit eigene Ansprüche auf das koreanische Territorium erhoben, sondern ihrerseits von einer Fremdverwaltung ausgingen, kann während dieser Zeit nicht von der Entstehung eines neuen Staates oder der Annexion durch die Besatzungsmächte ausgegangen werden.[37] Auch die Kapitulation Japans nach dem Zweiten Weltkrieg, bei der Japan sich in der Kapitulationsurkunde verpflichtete, die Ziele der Kairoer Erklärung über die Wiedererrichtung Koreas auszuführen, stellt keinen direkten Vollzug einer Gebietsabtrennung dar.[38] Es handelt sich somit aus rechtlicher Sicht noch immer um japanisches Territorium, ein koreanischer Staat bestand während der Besatzung durch die Alliierten nicht.

III. Die Entstehung der RK und der DVRK

Dies könnte sich jedoch durch die Errichtung der Republik Korea (RK) und der Koreanischen Demokratischen Volksrepublik (DVRK) im Jahr 1948 geändert haben. Die rechtliche Einordnung der Entstehung beider Systeme und deren Staatsqualität waren lange Zeit höchst umstritten.

1. Koreatheorien

In der Lehre werden insbesondere von Vertretern, die eine rechtswidrige Annexion Koreas durch Japan im Jahr 1910 annehmen, Theorien vertreten, die ein Weiterbestehen des gesamtkoreanischen Staates zu Grunde legen. Bei Annahme einer wirksamen Annexion durch Japan ist demgegenüber eine Ablösung vom japanischen Staat Voraussetzung für die Staatsgründung. Nach beiden Auffassungen kommt wiederum sowohl das Bestehen lediglich eines Staates auf der koreanischen Halbinsel als auch das Bestehen zweier vollsouveräner Staaten in Betracht.

a) Ein-Staat-Theorien

Nach der Identitätstheorie, welche noch heute dem Staatsverständnis beider Republiken entspricht, ist einer der beiden Staaten mit dem Völkerrechtssubjekt Gesamtkorea identisch und die jeweils andere Regierung hält rechtswidrig einen Teil des Landes besetzt.[39] Auch nach der Teilordnungslehre besteht der gesamtkoreanische Staat als Völkerrechtssubjekt weiter. Allerdings stehen nach dieser Theorie Nord- und Südkorea als Teilstaaten auf einer Stufe unterhalb der vollen staatlichen Souveränität. Der gesamtkoreanische Staat existiere demnach als rechtliches Dach, welches die gleichberechtigt nebeneinander stehenden koreanischen Teilordnungen unter sich vereinigt.[40]

b) Zwei-Staaten-Theorien

Die Zwei-Staaten-Theorien gehen demgegenüber vom Bestehen zweier vollsouveräner Völkerrechtssubjekte aus und sind spätestens seit der Aufnahme Nord- und Südkoreas in die UN 1991 herrschend.[41] Nimmt man die Kontinuität des koreanischen Staates bis zum Jahr 1948 an, kommt die Dismembrationstheorie in Betracht, nach welcher der gesamtkoreanische Staat mit der Errichtung Nord- und Südkoreas als vollsouveräne Staaten untergegangen ist.[42] Demgegenüber vertritt die Sezessionstheorie, dass sich einer der beiden Staaten – nach herrschender Auffassung Nordkorea – vom weiter existierenden gesamtkoreanischen Staat durch Sezession gelöst hat und neben dem Rumpfstaat weiterbesteht.[43] Geht man nach hier vertretener Auffassung von einem Untergang des koreanischen Staates im Jahr 1910 aus, kommt die Sezession zweier eigenständiger vollsouveräner Staaten vom japanischen Territorium in Betracht. Viele japanische Autoren gingen andererseits nach der Unterzeichnung des Friedensvertrages von San Francisco zwischen den Alliierten und Japan im Jahr 1951 davon aus, dass die neu errichtete RK mit dem Staat Korea von vor der Annexion identisch sei.[44] Von diesem wiederhergestellten Gesamtkorea habe sich wiederum die DVRK durch Sezession abgelöst.[45]

2. Einordnung anhand einer völkerrechtlicher Bewertung

Zur Bestimmung der völkerrechtlichen Staatsqualität ist gemäß des Effektivitätsgrundsatzes darauf abzustellen, ob die Republik Korea und die DVRK effektive Hoheitsgewalt über ein Staatsgebiet und ein Staatsvolk innehaben. Aufgrund der Übertragung der effektiven Kontrolle und dem Entstehen einer eigenen Jurisdiktion auf dem Gebiet der RK bleibt nur

---

32 *Blumenwitz,* Was ist Deutschland?, 1982, S. 23 ff.; *Epping,* in: Ipsen (Fn. 26), § 5 Rn. 9 f.; *Teyssen,* Deutschlandtheorien auf der Grundlage der Ostvertragspolitik, 1987,S. 82 ff.

33 *Waitz von Eschen,* Die völkerrechtliche Kompetenz der Vier Mächte, 1988, S. 3.

34 *G. Jellinek* (Fn. 18), S. 286.

35 Vgl. auch die Diskussion um die Kontinuität des polnischen Staates, dargestellt in *Gelberg,* Die Entstehung der Volksrepublik Polen, 1972, S. 122 ff.

36 *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 76-77.

37 *T.-N. Chi* (Fn. 2), S. 22; *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 75 ff.; *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 96.

38 *Zemanek,* AVR 1955/56, 308, 313; *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 96.

39 Vgl. Art. 3 der Verfassung der Republik Korea: „Das Territorium der Republik Korea umfasst die koreanische Halbinsel und die dazugehörigen Inseln.“, abrufbar unter: http://t1p.de/bq5y, letzter Abruf am 22.11.2015; Art. 1 der Nordkoreanischen Verfassung verkündet, dass die DVRK ein souveräner, sozialistischer Staat sei, der die Interessen des ganzen koreanischen Volkes vertrete, abrufbar unter: http://t1p.de/hq94, letzter Abruf am 22.11.2015; auch die Vereinten Nationen legten zu Beginn des Koreakrieges die Identitätstheorie zugunsten Südkoreas zugrunde, vgl. UN Doc. A/RES/195(III) v. 12.12.1948.

40 *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 93 f.

41 UN Doc. A/RES/46 (I) v. 17.09.1991.

42 *Constantin,* Korean War, in: MPEPIL-Online, Rn. 6; *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 89-90.

43 *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 91.

44 *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 167.

45 Diese Einordnung ablehnend: *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 166.

die Schlussfolgerung, dass 1948 ein vollsouveräner Staat Südkorea entstanden ist.[46] Das Staatsgebiet erstreckt sich dabei aber nur auf den südlichen Teil des Landes, da eine effektive Staatsgewalt nördlich des 38. Breitengrades nicht etabliert werden konnte. Da sich Staatsgebiet, Staatsvolk und die Hoheitsgewalt wesentlich von denen des ehemaligen Gesamtkoreas unterscheiden, kommt auch keine Identität der Republik Korea mit dem ehemaligen Korea in Betracht.[47]

Die mögliche Entstehung eines weiteren neuen Staates im nördlichen Teil war deutlich umstrittener.[48] Zweifel an der Souveränität ergaben sich vor allem aufgrund der materiellen Abhängigkeit von der UdSSR.[49] Seit deren Auflösung kann an der rechtlichen Eigenständigkeit Nordkoreas aber kein Zweifel mehr bestehen.[50] Nach der oben dargestellten Drei-Elemente-Lehre ist mit der jeweiligen Etablierung effektiver Staatsgewalt in beiden Landesteilen anzunehmen, dass zwei vollsouveräne Einzelstaaten durch Sezession von Japan entstanden sind.[51] Zu welchem Zeitpunkt beide Staaten volle Souveränität erlangten, ist schwer zu bestimmen. In Betracht kommt, das Ende des Koreakrieges im Jahr 1953 zum Ausgangspunkt zu nehmen. Mit der offiziellen Etablierung der territorialen Grenzen beider Landesteile stellte dieses Ereignis den Abschluss des letzten einseitigen Versuchs der Eroberung des benachbarten Staatsgebietes dar.[52]

D. Lösungsmöglichkeiten der Korea-Frage

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass beide koreanischen Landesteile jeweils für sich genommen Staatsqualität aufweisen, sollen nun mögliche Modelle einer Vereinigung untersucht werden.

I. Völkerrechtliche Gestaltung

1. Gewaltsame Wiedervereinigung

Die Qualifizierung beider Landesteile als souveräne Staaten lässt die Möglichkeit einer gewaltsamen Einverleibung eines koreanischen Staates durch den jeweils anderen wegen des allgemeinen Gewaltverbots aus Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta grundsätzlich entfallen.[53] Eine Vereinigungslösung muss deshalb auf dem souveränen Willen beider Staaten beruhen und durch einen völkerrechtlichen Vertrag vollzogen werden.

2. Vereinigung durch Staatsvertrag

Trotz des ständigen Auf und Ab in den koreanischen Beziehungen kann der Wunsch zur Wiedervereinigung als politische Konstante in der Ausrichtung beider Landesteile nachgewiesen werden. Auf Grundlage des auf die Friedenssicherung ausgerichteten Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten[54] bedarf es zu einem Zusammenschluss eines völkerrechtlichen Vertrages, durch den beide Staaten ihren Willen zur Vereinigung ausdrücken. Für eine konkrete inhaltliche Ausgestaltung einer Vereinbarung kommen verschiedene Modelle in Betracht.

a) Staatenbund „Konföderation“

Als Staatenbund werden auf Gleichberechtigung beruhende, dauerhafte Zusammenschlüsse souveräner Staaten bezeichnet, die eine Kooperation auf breiter Ebene bezwecken und nicht bloß einzelne Politikfelder erfassen.[55] Die Staaten behalten dabei ihre Völkerrechtssubjektivität. Der Bund selbst ist kein Völkerrechtssubjekt, besitzt aber ebenfalls in bestimmtem Maß eine Völkerrechtspersönlichkeit.[56] Der Austritt aus einem Staatenbund ist für seine Mitglieder grundsätzlich jederzeit möglich. Eine Zusammenführung Koreas wäre in einem Modell der friedlichen Koexistenz auf der Grundlage eines vertraglich geregelten Nebeneinanders oder einer wirtschaftlich und politischen Kooperation denkbar.[57]

Dieses Modell entspricht dem erklärten politischen Zwischenziel beider Staaten.[58] Auch wenn die Ernsthaftigkeit der Beteuerungen einer solchen inter-koreanischen Kooperation durch Nordkorea immer wieder, zuletzt durch den einseitigen Widerruf des Nichtangriffspaktes durch Kim Jong-un im Jahre 2013,[59] in Frage gestellt wurde,[60] äußert sich auch der derzeitige Diktator im Sinne einer Annäherung beider Koreas. In seiner Neujahrsansprache vom 1.1.2015 sprach sich Kim Jong-un dafür aus, eine Wiedervereinigung durch die gegenseitige Akzeptanz der wirtschaftlichen und politischen Systeme zu erreichen und verwies auf die bereits erzielten Erfolge durch die gemeinsamen Erklärungen der Gipfeltreffen 2000 und 2007.[61]

Auch die Republik Korea sieht eine Wiedervereinigung in mehreren Phasen vor, die zunächst eine friedliche Koexistenz und später eine immer engere Kooperation herbeiführen sollen.[62] Dieses Konzept geht von der Gründung eines „Koreanischen Commonwealth“ als Übergangsstadium aus,

---

46 *Crawford,* The Creation of States, 2006, S. 469; zur Übertragung der Hoheitsrechte durch die USA vgl. auch UN Doc. A/RES/195(III) v. 12.12.1948; Zweifel an der Souveränität wurden auf die Abhängigkeit Südkoreas von den USA gestützt, vgl. *Cohen,* University of Pennsylvania L. Rev. (1960), 1127, 1141.

47 Hier können nach der 3-Elemente-Lehre, wie oben gezeigt, auch Legitimitätserwägungen und die Reaktion der Staatengemeinschaft nur als Indizien herangezogen werden. Da die Resolution der Generalversammlung für die UdSSR nicht rechtsverbindlich war, kann hieraus aber auch kein Argument für eine Identität mit dem Rechtssubjekt Gesamtkoreas abgeleitet werden.

48 *Crawford* (Fn. 46), S. 469 ff.

49 *K.-W. Nam* (Fn. 28), S. 112 ff.

50 Auch China und Russland üben keine Herrschaftsgewalt über das Gebiet aus und distanzieren sich zum Teil von der nordkoreanischen Führung. Beispielsweise stimmten beide der Sicherheitsratsresolution UN Doc. S/RES/2094 (2013) zu, die Sanktionen aufgrund des nordkoreanischen Atomprogramms vorsieht.

51 *I.-G. Na* (Fn. 24), S. 165; für das Bestehen zweier vollsouveräner Staaten auch *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 99 ff.

52 So auch *Crawford* (Fn. 46), S. 471 f.

53 *Crawford,* Brownlie´s Principles of Public International Law, 2012, S. 746 f.

54 Vgl. Art. 2 Nr. 1 UN-Charta.

55 *V. Arnaud,* Völkerrecht, 2014, § 2 Rn. 111.

56 *Hobe,* Völkerrecht, 2014, S. 121 f.

57 Vgl. zur Situation in Deutschland *Teyssen* (Fn. 32), S. 464 ff.

58 *H.-K. Shin,* Korea auf dem Weg zur friedlichen Wiedervereinigung, 1999,S. 197 ff.

59 Die ZEIT v. 08.03.2013, „Nordkorea kündigt Nichtangriffspakt auf“, abrufbar unter: http://t1p.de/rgn8, letzter Abruf am 17.11.2015.

60 Da kein gewohnheitsrechtlich anerkannter Fall der einseitigen Beendigung des Vertrages gegeben war und die Parteien kein Lösungsrecht vereinbart hatten (vgl. Art. 54 lit. a, 56 WVK), war die Kündigung wohl völkerrechtswidrig. Obwohl Nordkorea nie Vertragspartei der Wiener Vertragsrechtskonvention v. 23.05.1969 geworden ist, finden die Regeln größtenteils als Völkergewohnheitsrecht Anwendung, vgl. *v. Arnaud* (Fn. 55), § 3 Rn. 238 ff.

61 Vgl. *J.-U. Kim*, „The 2015 New Year´s address“ v. 01.01.2015, abrufbar unter: http://t1p.de/hv7n, letzter Abruf am 17.11.2015.

62 *T.-N. Chi* (Fn. 2), S. 141 ff.; *D.-j. Kim,* in: Han (Hrsg.), Divided Nations and Transitional Justice, 2014, S. 74 ff.

welches mit einem gemeinsamen Präsidenten-, Minister- und Parlamentsrat einen institutionellen Rahmen schaffen soll, um die Wiedervereinigung langfristig vorzubereiten.[63]

Für eine echte Vereinigung und gegen einen Staatenbund wird vielfach angeführt, dass eine Föderation nicht ausreichen wird, um den riesigen Ressourcen-Transfer vom Süden in den Norden zu bewältigen, der für eine wirtschaftliche und kulturelle Annäherung erforderlich sein wird.[64] Zudem steht einer friedlichen Kooperation entgegen, dass sich Nord- und Südkorea bis heute nicht gegenseitig als Staaten anerkannt und keinen Friedensvertrag geschlossen haben.[65] Schon die Unterzeichnung des Waffenstillstandsabkommens von 1953[66] hatte Südkorea verweigert, da dies keine Wiedervereinigung beider Landesteile vorsah.[67] Im ersten direkten Abkommen zwischen beiden Ländern, dem Vertrag über Aussöhnung, Nichtangriff, Austausch und Kooperation von 1991[68] definieren Nord- und Südkorea die innerkoreanischen Beziehungen nicht als solche zwischen zwei Staaten, sondern als „besondere Beziehungen auf dem Wege zu einer Wiedervereinigung".[69]

b) Fusion zum Bundesstaat

Ein Bundesstaat erfüllt selbst die Staatselemente und wird damit volles Völkerrechtssubjekt. Dieses Modell entspricht dem Bestreben der südkoreanischen Regierung nach der Etablierung einer „Korean National Community" während der 1990er Jahre. Auf Basis der in der Übergangsphase entworfenen gemeinsamen Verfassung soll in freien und allgemeinen Wahlen in ganz Korea ein einheitliches Parlament und eine einheitliche Regierung gewählt werden, die jedem Staatsbürger politische und wirtschaftliche Freiheit garantiert.[70]

Zu einer solchen Lösung bedarf es in Nordkorea aber wohl zunächst eines Regimewechsels. Trotz des Untergangs der Sowjetunion hält Pjöngjang an der Aufrechterhaltung des kommunistischen Systems und der strikten Verfolgung der Ideologie des revolutionären Klassenkampfes fest. Diese fundamentalen Unterschiede der politischen und wirtschaftlichen Systeme beider Staaten lassen eine Fusion zu einem Bundesstaat, der, wie es der Norden fordert, beide Systeme gleichberechtigt berücksichtigt, für kaum möglich erscheinen.[71]

c) Inkorporation

Eine weitere Lösung der Koreafrage könnte darin bestehen, dass einer der koreanischen Staaten dem anderen durch Einigungsvertrag beitritt. Würde die DVRK in die Republik Korea eingegliedert, wäre der Gesamtstaat mit der Republik Korea identisch, während die DVRK als Völkerrechtssubjekt unterginge.[72] Ein solcher Verlauf wäre wohl dann zu erwarten, wenn das nordkoreanische System aufgrund plötzlicher politischer Ereignisse zusammenbrechen würde. Nach diesem Vorbild hat sich auch die Deutsche Wiedervereinigung vollzogen, in deren Rahmen die Deutsche Demokratische Republik gemäß Art. 23 GG a.F. der Bundesrepublik Deutschland beitrat.[73]

II. Auswirkungen auf die völkerrechtlichen Regelungsbereiche

Die Diskussion der verschiedenen Vereinigungslösungen bedient nicht nur theoretisches Interesse. Schwierige Probleme können sowohl die Rechtsnachfolge in Verträge und die Nachfolge in Schulden und Staatsvermögen als auch der Übergang der Staatsangehörigkeit aufwerfen. Die Nachfolge in völkerrechtliche Verträge und die Regelungen zur Staatsangehörigkeit sollen hier beispielhaft betrachtet werden.

1. Weitergeltung nord- und südkoreanischer Staatsverträge

Auf der Grundlage der Zwei-Staaten-Theorie richtet sich die Bindung des Gesamtstaates an die von beiden Regierungen geschlossenen Verträge allein nach den Regeln des Völkerrechts über die Staatennachfolge, sofern die Staaten nichts Abweichendes vereinbaren.[74] Sollte die Wiedervereinigung wie in Deutschland durch Inkorporation der DVRK in die RK erfolgen, ist von dem Grundsatz der beweglichen Staatsgrenzen auszugehen. Demnach gelten die Verträge des weiterbestehenden Staates fort und erstrecken sich in ihrem Geltungsbereich auch über das neu erworbene Territorium. Verträge des untergehenden Staates würden erlöschen, sofern die Parteien keine andere Vereinbarung treffen.[75] Dieser Grundsatz entspricht auch der Regelung, welche in der ersten wirksamen Kodifikation im Bereich der Staatennachfolge, der Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Verträge vom 23.08.1978[76] niedergelegt ist. Wegen der vielfach gegenläufigen Staatenpraxis kann die Konvention allerdings nur mit großer Vorsicht als kodifiziertes Gewohnheitsrecht eingestuft werden.[77] In Bezug auf die Weitergeltung von Verträgen ist aber auch die Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23.05.1969 zu berücksichtigen. Bei einer Inkorporationslösung könnten sich z.B. die USA auf Art. 62 WVK berufen und vom Gemeinsamen Verteidigungspakt mit Südkorea zurücktreten. Da dieser geschlossen wurde, um vor militärischen Angriffen aus dem Norden zu schützen, entfiele mit dem

---

63 *B.-R. Ahn,* Die Wiedervereinigungsfrage Koreas, 2005, S. 10.

64 *Gumpel,* Zeitschrift für Politik 1996, 174.

65 *E. Y.-J. Lee*, 8 Asian Y.B. Int´l L. (1998/99), 77, 91 f.; *Suksi,* Divided States, in: MPEPIL-Online, Rn. 25.

66 Military Armistice in Korea and Temporary Supplementary Agreement, abgedruckt in: 4.1 U.S. Treaties and Agreements Library (1953), S. 234 ff.

67 Auch wurde der Kriegszustand damit nicht offiziell beendet, vgl. *T.-N. Chi* (Fn. 2), S. 132. Nach heutigem Verständnis kommt dem Kriegsbegriff allerdings kaum noch eigenständige Bedeutung zu,
 vgl. *Ipsen,* in: ders. (Fn. 26), § 58 Rn. 7, § 59 Rn. 10. Zur Beendigung eines bewaffneten Konflikts kommt es vielmehr auf die faktische Einstellung der vom Konfliktrecht geregelten Handlungen an, welche regelmäßig durch Waffenstillstand herbeigeführt wird, *Ipsen,* in: ders. (Fn. 26), § 61 Rn. 5 f.

68 *T.-N. Chi* (Fn. 2), S. 156 ff.; *H.-K. Shin* (Fn. 58), S. 161 ff.

69 Agreement on Reconciliation, Non-Aggression and Exchanges and Cooperation between South and North Korea, abgedruckt in: 2 Asian Y.B. Int´l L. (1992), 409.

70 Vgl. Wiedervereinigungskonzeption des Präsidenten Kim Young-Sam in der Gedenkrede zum 49. Jahrestag der Unabhängigkeit Koreas von der japanischen Kolonialherrschaft am 15. August 1994, *B.-R. Ahn* (Fn. 63), S. 28.

71 *H.-K. Shin* (Fn. 58), S. 230 ff.

72 *K.-W. Nam* (Fn. 28), S. 163 f.

73 Vgl. Art. 1 des Einigungsvertrages v. 31.08.1990 (BGBl. II 1990, S. 889).

74 *Hobe* (Fn. 56), 108 ff.

75 *Hobe* (Fn. 56), S. 109; *Oh,* 16 Emory Int´l L. Rev. (2002), 311, 345.

76 UNTS Bd. 1946, S. 3 ff.

77 *Hobe* (Fn. 56), S. 108.

Beitritt Nordkoreas die wesentliche Grundlage des Vertrages.[78] Im Falle der Fusion zum Bundesstaat ist die Rechtslage weniger eindeutig. Der Art. 31 des Abkommens regelt die Kontinuität der Vertragspflichten. Der neu entstehende Staat ist demnach ohne abweichende Vereinbarung der Parteien an die Verträge der Vorgängerstaaten gebunden, allerdings beschränkt auf das jeweilige Gebiet. Andererseits wird vertreten, bei neu entstehenden Staaten das „clean slate"-Prinzip anzuwenden. Dies würde eine Beendigung aller vertraglichen Verpflichtungen der Vorgängerstaaten bedeuten. In Bezug auf Korea entstünden neue Probleme durch die Auflösung der Bindung an den Nuklearwaffensperrvertrag.[79] Da bei der Bildung eines Bundesstaates jedoch die Staatsqualität der Vorgängerstaaten nicht vollständig erlischt, ist wohl von einer territorialen Fortgeltung der Verträge auszugehen.[80]

2. Koreanische Staatsangehörigkeit

Grundsätzlich bleibt es den Vorgänger- und Nachfolgestaaten vorbehalten, Regelungen über die Staatsangehörigkeit zu treffen.[81] Völkerrechtlich gibt es Bestrebungen, die Konsequenzen einer Staatennachfolge auf die Staatsangehörigkeit zu regeln, allerdings existieren noch keine allgemeinen Bestimmungen.[82] Denkbar wäre es, einen automatischen Wechsel mit dem Übergang der territorialen Souveränität anzunehmen, wie er in jüngerer Staatenpraxis häufig zu beobachten ist.[83] Im Falle einer Inkorporation eines der beiden koreanischen Staaten in den anderen wäre ein automatischer Übergang der Staatsangehörigkeit auch ohne Verfassungsänderung denkbar. Da beide Verfassungen von der Identitätstheorie ausgehen, nach denen der jeweilige Staat mit dem ursprünglichen Korea identisch ist, haben beide Regierungen auch Staatsangehörigkeitsgesetze erlassen, welche allen ehemaligen Bürgern Koreas die jeweilige Staatsangehörigkeit verleihen sollen.[84] Wie in Deutschland könnte dies bei einer Wiedervereinigung durch den Beitritt eines Staates zum anderen Hoheitsgebiet den Einbürgerungsakt obsolet machen.[85] Schwieriger wird die Lösung der Staatsangehörigkeitsfrage, wenn ein neues Völkerrechtssubjekt durch Fusion entsteht. Dann müsste der neu entstandene Staat aufgrund seiner Personalhoheit über das seiner Staatsgewalt unterliegende Territorium selbst neue Regelungen über die Staatsangehörigkeit seiner Bürger erlassen.[86]

E. Recht auf Wiedervereinigung?

Es bleibt die Frage, inwieweit das Bewusstsein einer kulturellen und ethnischen „nationalen" Einheit der Volksgruppe auf rechtlicher Ebene trotz Ablehnung der Kontinuität des koreanischen Gesamtstaates bei der Diskussion um mögliche Vereinigungsmodelle noch berücksichtigt werden kann. In Betracht kommt es, dieses Einheitsbewusstsein auf rechtlicher Ebene in Form eines Rechts auf Wiedervereinigung zu übersetzen. Im Folgenden wird untersucht, inwieweit sich ein solches Recht aus dem Selbstbestimmungsrecht der Völker herleiten lässt.

I. Das koreanische Volk als Träger des Selbstbestimmungsrechts der Völker

Das im Lichte des Entkolonialisierungsprozesses aus dem Völkergewohnheitsrecht entstandene Selbstbestimmungsrecht der Völker gilt spätestens seit dem Inkrafttreten der UN-Menschenrechtspakte 1976 als verbindliche Rechtsnorm des Völkerrechts mit *erga-omnes*-Charakter.[87] Träger eines solchen Rechtes ist grundsätzlich nicht nur das Staatsvolk, da das Selbstbestimmungsrecht in den Menschenrechten wurzelt und gerade gegen das Staatenrecht gerichtet sein kann. Rechtssubjekt muss das „Volk" sein, welches sich durch andere Merkmale als die des Völkerrechtssubjekts „Staat" bestimmen lässt.[88] Die genaue Definition des „Volkes" ist umstritten, als Kriterien kommen dabei objektive Elemente, wie sprachliche und kulturelle Gemeinsamkeiten, und subjektive Elemente, wie ein Zusammengehörigkeitsgefühl, in Betracht.[89] Ob die Bevölkerung Nord- und Südkoreas nach der über 70 Jahre währenden Teilung noch ein Volk darstellt, ist aufgrund der sich herausbildenden kulturellen, wirtschaftlichen und sogar sprachlichen Unterschiede umstritten. Gerade in der jüngeren Generation nimmt auch der einheitliche Volksgedanke in seiner Bedeutung ab.[90] Da bei der Bestimmung des Volksbegriffes im völkerrechtlichen Sinne auch soziologische und ethnische Faktoren eine wichtige Rolle spielen, kann hier keine abschließende Bewertung getroffen werden. Mit Blick auf die mehrtausendjährige gemeinsame Geschichte und die immer noch andauernde Teilung koreanischer Familien ist dennoch anzunehmen, dass ein enger personaler Verbund besteht. Die Selbstidentifikation als zentraler Moment lässt sich auch, wie oben gezeigt, in beiden Verfassungen nachweisen.[91]

II. Inhalt des Selbstbestimmungsrechts des koreanischen Volkes

Uneinigkeit herrscht aber auch bei der Reichweite des Selbstbestimmungsrechts. Eine Umschreibung findet sich in der durch die UN-Generalversammlung verabschiedete

---

78 *Oh*, 16 Emory Int´l L. Rev. (2002), 311, 345.

79 *M. H. Tan,* 65 S.M.U.L. Rev. (2012), 765, 772.

80 *Hobe* (Fn. 56), S. 110.

81 *Epping,* in: Ipsen (Fn. 26), § 5 Rn. 243.

82 Vgl. hierzu Venedig-Kommission des Europarats, Declaration on the Consequences of State Succession for the Nationality of Natural Persons v. 13./14.9.1996.

83 *Stein/von Buttlar* (Fn. 20), § 21 Rn. 346a.

84 Nordkorea erließ am 9. Oktober 1963 ein eigenes Staatsangehörigkeitsgesetz, das Staatsangehörigkeitsgesetz der Republik Korea gilt seit dem 20. Dezember 1948, vgl. *C.-G. Kim* (Fn. 28) , S. 83 f.

85 Da die Bundesrepublik bis 1999 kein eigenes Staatsangehörigengesetz erlassen hat, bestimmte sie die deutsche Staatsbürgerschaft nach dem Reichs- und Staatsangehörigengesetz von 1913, was von einer gesamtdeutschen Staatsangehörigkeit ausging. Bei der Wiedervereinigung war deshalb kein Einbürgerungsakt nötig, da dies auch die früheren DDR-Bürger umfasste, vgl. *Epping,* in: Ipsen (Fn. 26), § 5 Rn. 93; zur Staatsangehörigkeitsfrage auch *Ress,* Die Rechtslage Deutschlands, 1978, S. 203 ff.

86 *Heintze,* in: Ipsen (Fn. 26), § 24 Rn. 5 f.

87 IGH, East Timor Case (Portugal v. Australia), Urteil v. 30.06.1995, I.C.J. Reports 1995, 90, 102; *Thürer/Burri,* Self determination, in: MPEPIL-Online, Rn. 12 ff.; *v. Arnaud* (Fn. 55), § 2 Rn. 68 f.; niedergelegt auch in Art. 1 (2) der UN-Charta und als 5. Prinzip in der Friendly Relations Declaration, UN Doc. A/RES/2526 (XXV) v. 24.10.1970.

88 *Blumenwitz,* in: Blumenwitz/Meissner (Hrsg.), Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1984, S. 148; *Waitz von Eschen* (Fn. 33), S. 232; **a.A.** *C.-G. Kim* (Fn. 28), S. 131, der das Selbstbestimmungsrecht des koreanischen Volkes unmittelbar an das Fortbestehen des koreanischen Gesamtstaates knüpft.

89 *Waitz von Eschen* (Fn. 33), S. 239.

90 *Eschborn/Y.-y. Kim* (Fn. 1), S. 115 ff.

91 Vgl. zu den Kriterien: *Ipsen,* in: ders. (Fn. 26), § 28 Rn. 4 ff.

„Friendly-Relations-Declaration". Dort heißt es als 5. Prinzip: „alle Völker haben das Recht, frei und ohne Einmischung von außen über ihren politischen Status zu entscheiden und ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung zu gestalten, und jeder Staat ist verpflichtet, dieses Recht im Einklang mit der Charta zu achten."[92] In der Literatur wird dabei zwischen dem inneren, defensiven Selbstbestimmungsrecht und dem äußeren, offensiven Recht, welches auf Veränderung eines Territorialstatus ausgerichtet ist, differenziert.[93] Gerade als externes Recht auf Sezession aus dem Staatenverbund gerät das Recht des Volkes in Konflikt mit dem Recht der Staaten auf territoriale Integrität und ist deshalb allenfalls bei schwersten Menschenrechtsverletzungen anerkannt.[94] Bei geteilten Nationen kommt ein daraus abgeleitetes Recht auf Wiedervereinigung in Betracht. Beruhte die Teilung auf äußeren Einflüssen und war sie nicht vom Selbstbestimmungsrecht des Volkes gedeckt, stellt die Aufrechterhaltung der Teilung ein völkerrechtswidriges Verhalten dar.[95] Das Volk muss deshalb eine Reorganisation des Staates verlangen können.[96] Wegen des Spannungsverhältnisses dieses Rechtes mit der staatlichen Souveränität ist jedoch auch hier allein die innere Dimension des Selbstbestimmungsrechts anzuerkennen. Eine gewaltsame Grenzverschiebung ist deshalb ebenso völkerrechtswidrig wie eine eigenständige Reorganisation entgegen dem Willen der Staaten. Da die Völker selbst kein handlungsfähiges Völkerrechtssubjekt sind, beschränkt sich das Selbstbestimmungsrecht auf die Verpflichtung der betroffenen Staaten, auf einen Rechtsstatus hinzuwirken, der im Einklang mit dem Volkswillen steht.[97] Für die Durchsetzung der Entscheidung des koreanischen Volkes über seinen politischen Status gibt das Völkerrecht keine feste Gestaltung vor. Denkbar wäre beispielsweise eine Volksabstimmung des gesamten koreanischen Volkes genauso wie Szenarien, in denen einzelnen Personen selbst das Recht eingeräumt wird, über ihre Staatsangehörigkeit zu entscheiden. [98] Mangels universell akzeptierter formaler Verfahren lassen sich keine verfahrensrechtlichen Pflichten des Völkerrechts für die beiden koreanischen Staaten begründen, sodass sie lediglich die abstrakte Pflicht trifft, den Willen des gesamten koreanischen Volkes zu berücksichtigen.[99]

F. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass Korea heute rechtlich kaum mehr als „geteilte Nation" bezeichnet werden kann. Spätestens seit dem Waffenstillstand von 1953 bestehen zwei gleichberechtigte Staaten, für deren Vereinigung es eines völkerrechtlichen Vertrages und der gegenseitigen Akzeptanz als gleichberechtigte Akteure bedarf. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker verleiht dem koreanischen Volk nur eine schwache Rechtsposition, die es gegenüber den Staaten nicht gewaltsam durchsetzen kann.[100] Die Identifikation als einheitliches Volk wird zudem mit der immer länger andauernden Isolation beider Gesellschaften zunehmend schwächer. Schon jetzt sind die kulturellen Unterschiede stärker ausgeprägt, als es vor der Wiedervereinigung Deutschlands zwischen der BRD und der DDR der Fall war. Seit den 1970er-Jahren bestimmt die nach dem nordkoreanischen Führer Kim Il-sung entwickelte „Juche"-Ideologie alle Bereiche des Alltags in Nordkorea. Erziehung, Arbeitswelt und das kulturelle Leben sind vom kommunistischen Regime kontrolliert und überwacht.[101] Wegen der totalen Abschottung des Landes ist es den Menschen kaum möglich, sich dieser kulturellen Prägung zu entziehen. Bei einer möglichen Vereinigung der beiden koreanischen Staaten sind aufgrund der großen Unterschiede des materiellen Lebensstandards erhebliche Probleme auch bei der sozialen Integration absehbar.

Da die Teilung Gesamtkoreas gegen den Willen der Bevölkerung vollzogen wurden, sollte die Lösung der koreanischen Frage dennoch in der Hand des koreanischen Volkes selbst liegen.[102] Wird es den Staaten gelingen, sich gemeinsam auf ein solches Vorgehen zu einigen, ist der Ausgang keineswegs vorbestimmt. Denn vor dem Hintergrund der prekären wirtschaftlichen Lage Nordkoreas stieg in der südkoreanischen Bevölkerung seit den Erfahrungen aus der Deutschen Wiedervereinigung stetig die Sorge, dass die finanzielle Belastung bei einer Vereinigung von Südkorea kaum zu tragen wäre.[103] Bei einer solchen innerkoreanischen Entscheidung darf aber auch das geopolitische Interesse der ehemaligen Großmächte nicht außer Acht gelassen werden, auf deren Unterstützung es zu einer wirksamen Umsetzung ankommen wird.[104] Dabei spielt insbesondere das Kräftegleichgewicht zwischen China und den USA eine wichtige Rolle, die beide ihren Einfluss in der Region wahren wollen, jeweils aber auch ein Interesse an der Stabilisierung der Lage mit Blick auf Nordkoreas Atomprogramm haben.[105] Angesichts dieser Gleichung mit zahlreichen Unbekannten bleibt zu hoffen, dass sich die Weichen bald stellen werden, um eine Normalisierung der Lage auf der Koreanischen Halbinsel zu erreichen – sei es durch Vereinigung oder friedliche Koexistenz.

---

92 UN Doc. A/RES/2526 (XXV) v. 24.10.1970.

93 *Heintze* in: Ipsen (Fn. 26), § 8 Rn. 11.

94 Offen gelassen in IGH, Gutachten v. 22.07.2010, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independance in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, 403, 438; *v. Arnaud* (Fn. 55), § 2 Rn. 68.

95 *Seiffert,* Selbstbestimmungsrecht und deutsche Vereinigung, 1992, S. 82.

96 *Thürer/Burri,* Self determination, in: MPEPIL-Online, Rn. 40 ff.; dafür wird auch das Beispiel der Wiedervereinigung der Bundesrepublik Deutschland angeführt, vgl. *C.-G. Kim* (Fn. 28), S.132 ff.

97 *Heintze* in: Ipsen (Fn. 26), § 8 Rn. 17 ff.; *v. Arnaud* (Fn. 55), § 2 Rn. 68 f.

98 Ein Referendum wurde von der UN beispielsweise für die Lösung der Westsahara-Frage geplant, vgl. UN Doc. S/RES/658 (1990) v. 27.06.1990. Im Zusammenhang mit dem Zerfall Jugoslawiens wurde von der Badinter-Kommission gefordert, für die serbische Minderheit das Recht der Option einzuräumen, vgl. *Heintze* in: Ipsen (Fn. 26), § 8 Rn. 18.

99 Ähnlich zur Situation Deutschlands vor der Wiedervereinigung *Klein,* Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1990, S. 85.

100 *Johnson,* 12 Adelphia L.J. (1997), 93, 123 ff.

101 *M. G. D. Chan,* Korea, 2012, S. 171 ff.

102 *Pfennig,* 8 Brown J. World Aff. (2001/02), 115.

103 *Eschborn/Y.-y. Kim* (Fn. 1), S. 95 f.

104 *H.-K. Shin* (Fn. 58), S. 237; *Terry,* in: Park/Roh (Fn. 2), S. 31, 31 f.

105 *Terry,* in: Park/Roh (Fn. 2), S. 31, 48; *K. Y. Lee,* in: Stüwe/Hermannseder (Hrsg.), Die Wiedervereinigung geteilter Nationen, 2011, S. 49, 55 f.