

# Bucerius Law Journal

**Redaktion dieser Ausgabe:** Fabian Afshar, Paul Bülow, Hanno Dassel, Annika Diemke, Benedikt Foltmann, Ben Fuhrmann, André Geest, Lauritz Gerlach (Webmaster/IT), York-Philipp Gräf (st. Vorsitzender), Julia Heß, Fabian Hoell, Leonard Kilian Jaritz (Vorsitzender), Anja Katharina Penners, Christoph Rathert, Leonhard Redlich (Recht und Finanzen), Jonathan Schramm (Social Media), Fabian Schulze, Isabelle Stein, Jan Stey, Antonia von Treuenfeld, Lars Walter, Ivo Veit Wanwitz

Heft 02/2018  
Seiten 73-109  
12. Jahrgang  
Dezember 2018

Philipp Overkamp\*

## Der völkische Volksbegriff und die Staatsrechtslehre des Nationalsozialismus

### A. Einleitung

Der Begriff „Volk“ prägt die gegenwärtige politische Debatte wie seit der Wendezeit nicht mehr. Statt für die Deutsche Einheit und das Ende der ostdeutschen Autokratie steht er heute für eine vermeintlich vom Bürger entfremdete Politik. Wurde einst bei den Montagsdemonstrationen gegen das SED-Regime „Wir sind das Volk“ gerufen, so hat heute die neurechte PEGIDA-Bewegung den Slogan für sich vereinnahmt. Der Begriff des „Volkes“ dient ihr, wie auch anderen populistischen und autoritären Bewegungen, zur Ab- und Ausgrenzung.<sup>1</sup> In diesem Kontext eines erstarkten Rechtspopulismus wird auch wieder vom „Völkischen“ gesprochen, etwa wenn der AfD ein „völkischer Flügel“ attestiert wird.<sup>2</sup>

Angesichts dessen soll an den spezifisch völkischen Volksbegriff und seine Rezeption durch die Staatsrechtslehre des NS-Staates erinnert werden. Es soll gezeigt werden, dass der unersetzliche Kerngedanke der völkischen Ideologie die Vorstellung ungleicher und ungleichwertiger Rassen ist.<sup>3</sup> Dies ist die spezifische Eigenart des „völkischen Volksbegriffs“, der in seinem radikalen Antipluralismus und mit seinen Homogenitätspostulaten ein, freilich extremer, Unterfall der ethnisch-kulturellen Volksvorstellung ist, die schon vor 1933 und auch nach 1945 immer wieder rezipiert wurde.<sup>4</sup> Das Volk wurde (und wird) als formaljuristisch nicht erfassbare, urwüchsige Kraft begriffen, was

einen Gegensatz zum formalistischen Staatsvolksbegriff *Jellineks*<sup>5</sup> oder zum Staats- und Wahlvolk der Weimarer Reichsverfassung bildet.<sup>6</sup> Der übergesetzliche Volksbegriff gewann im Nationalsozialismus staatstragende Qualität („völkischer Staat“); der Staatsvolksbegriff galt als überkommene Idee.<sup>7</sup> Das legte den ideologischen Grundstein für rechtlich gesteuerte Ausgrenzung und Entrechtung. Die Betrachtung des NS-Rechts kann daher darauf hindeuten, was die Überhöhung des Volkes und die Anwendung exkludierender Volksverständnisse (dazu gehören Vorstellungen kultureller Homogenität) mit sich bringen. Natürlich gilt dabei: Wer die Kultur als Ab- und Ausgrenzungsmerkmal versteht, wer eine kulturelle Homogenität gar als Bestandteil der verfassungsrechtlich determinierten Staatsvorstellung identifizieren will, ist deswegen noch lange nicht völkisch. Das völkische Rechtsdenken soll aber, als Perversion des kulturellen Volksverständnisses der Weimarer Rechtslehre, eine Warnung vor einer leichtfertigen Übernahme derartiger Denkmuster sein.

Beim Blick auf die NS-Staatsrechtslehre, welche kraft Natur ihrer Tätigkeit zu dem Versuch gezwungen war, die völkische Ideologie zu systematisieren und in ein Staatssystem zu transferieren, wird man nicht umhinkommen, zwei Befunde zu bekräftigen: zum einen die völlige Konturlosigkeit, das

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley) an der Bucerius Law School, Hamburg. Teile des Beitrags basieren auf einem unter [www.juwiss.de/43-2017](http://www.juwiss.de/43-2017) abrufbaren JuWiss-Blogbeitrag v. 13.4.2017.

<sup>1</sup> Müller, Was ist Populismus?, 5. Aufl. 2017, 26 – Der Kernanspruch aller Populisten sei: „Wir – und nur wir – repräsentieren das wahre Volk.“ Anderes gelte für die Leipziger Demonstrierenden von 1989, deren Ausruf vielmehr als „Wir sind auch das Volk“ zu verstehen sei, ebd., 85.

<sup>2</sup> Die ehemalige AfD Politikerin *Petry* forderte am 11.9.2016 in der Welt am Sonntag gar die Rehabilitation des Wortes „völkisch“. Es sei bloß das unverfängliche Attribut zum Wort „Volk“.

<sup>3</sup> Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2000), 9 (33 f.); anders, die Rassenideologie eher als Beiwerk sehend, *Lepsius*, Gab es ein Staatsrecht im Nationalsozialismus?, ZNR 26 (2004), 102 (105).

<sup>4</sup> Etwa *Liermann*, Das deutsche Volk als Rechtsbegriff, 1927, 241 ff.; *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 231; *Jerusalem*, Gemeinschaft und Staat, 1930, 71 f. Vorstellungen homogener Staatlichkeit finden sich auch bei *Heller* und werden als solche in der Maastricht-Entscheidung

des BVerfG (E 89, 155 [186]) aufgegriffen. Gemeint ist dabei allerdings soziale Homogenität im Sinne einer gemeinsamen gesellschaftlichen Diskursgrundlage, welche – anders als *Schmitts* Homogenitätskonzepte – einem autoritären Welt- und Volksverständnis gänzlich unverdächtig ist. Vgl. dazu instruktiv *Lübbe-Wolff*, Homogenes Volk, ZAR 2007, 121 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 426.

<sup>6</sup> Exemplarisch zum Volk *Schmitt* (Fn. 4), 242: „Wenn ihm verfassungsrechtlich gewisse Zuständigkeiten (Wahlen und Abstimmungen) übertragen werden, ist damit seine politische Handlungsmöglichkeit und Bedeutung in einer Demokratie keineswegs erschöpft und erledigt. Neben allen solchen Normierungen bleibt das Volk als unmittelbar anwesende – nicht durch vorher umschriebene Normierungen, Geltungen und Fiktionen vermittelte – wirkliche Größe vorhanden.“

<sup>7</sup> Etwa *Boehm*, Volkstheorie und Volkstumspolitik der Gegenwart, 1935, 21 ff.; *Koellreutter*, Deutsches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1936, 75; *Höhn*, Volk, Staat und Recht, in ders./Maunz/Swoboda, Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938, 20 ff. Perfide greift *Freisler*, trotz der „Selbstverständlichkeit, den Deutschen nach seiner Blutzusammensetzung zu bestimmen“, den Staatsvolksbegriff da wieder auf, wo es um den strafrechtlichen Tatbestand des Volksverrates geht. Für die Strafbarkeit sei die bloße Staatsangehörigkeit ausreichend (Der Volksverrat, DJZ 1935, 904 [909]).

Fehlen jedweder ernstlicheren Dogmatik im Staatsrecht des Nationalsozialismus; zum anderen aber auch die trotzdem unverminderte Verantwortung der Rechtswissenschaft, in die antisemitischen und menschenfeindlichen Tiraden der Zeit mit Eifer eingestimmt zu haben (letzteres zeitig aktuell eine Diskussion darüber, ob regimetreue Juristen der NS-Zeit weiterhin durch Kommentarbezeichnung geadelt werden sollten).<sup>8</sup>

Der Beitrag stellt zunächst die Durchmischung von Volks- und Staatsverständnis dar (B.), um sich in der Folge mit dem – vor allem rassischen – Destillat des Volksbegriffs (C.) und der Rolle der Staatsrechtslehre im Prozess der Entrechtung (D.) zu befassen.

## B. Der völkische Staat

Trotz der schon vor 1933 prominent vertretenen Vorstellung vom ethnisch oder kulturell homogenen Volk als Souverän, kann von einem „völkischen Rechtsdenken“ vor 1933 keine Rede sein.<sup>9</sup> Das völkische Denken brach stattdessen unvergleichlich abrupt, als „völkische Revolution“, in das Rechtsverständnis ein. Mit dem 30. Januar 1933 veränderte sich die deutsche Staatsrechtslehre personell<sup>10</sup> und ideologisch radikal. Binnen kurzer Zeit fanden sich zahlreiche Veröffentlichungen junger Karrieristen oder etablierter „Märzgefallener“, welche sich an der Grundlegung eines spezifisch nationalsozialistischen Staatsrechts versuchten.<sup>11</sup> Allen gemein war die Betonung des Wandels: Der Kontrast zum weitestgehend positivistisch-neutralen Rechtsverständnis der nunmehr verachteten, liberalen Weimarer Republik<sup>12</sup> bildete bis in die Endphase des selbsternannten Dritten Reichs das zentrale Narrativ des „neuen Staatsrechts“.<sup>13</sup> Im Zentrum dieser Abgrenzung stand das unterschiedliche Volksverständnis. Dabei diente der Rekurs auf das Volk im Staatsrecht nach wie vor zur Legitimierung von Recht und

Herrschaft. Doch statt durch Volksvertreter wirkte es durch den Führerwillen: Der „*im Gesetz hervortretende Wille des Führers*“ könne „*nichts anderes sein als die bewusste und geprägte Form der völkischen Gerechtigkeit.*“<sup>14</sup>

Die Trennlinie zwischen Staat und Volk löste sich im völkischen Staat auf. Zuvor galt der Staat als eine juristisch verfasste Vereinigung von Menschengruppen, während sich das Volk über gemeinsame formale, ethnische oder kulturelle Merkmale definierte.<sup>15</sup> Nun verband sich beides zum völkischen Staat: Die Symbiose mündete in der skurril anmutenden Forderung, das tradierte Konzept der juristischen Staatsperson<sup>16</sup> gänzlich aufzugeben und durch die „lebendige Volksgemeinschaft“ zu ersetzen.<sup>17</sup> Es war ein Unterfangen, das denklogisch spätestens dort scheitern musste, wo es einer juristischen Person, als Zurechnungspunkt bedurfte: so etwa im Völker- und Steuerrecht.

Konstitutiv für den Volksbegriff der Nationalsozialisten und mithin konstitutiv für den NS-Staat an sich, waren zwei Elemente, die in der völkischen Idee des 19. Jahrhunderts wurzeln: Das Gemeinschaftsideal und das Prinzip der Ungleichheit.

## I. Gemeinschaft statt Gesellschaft

Besonders das Gemeinschaftsdenken wurde als nationalsozialistische Entgegnung zur Weimarer Gesellschaft verstanden und stand so für die Ablehnung von Individualismus, Liberalismus und Pluralismus. Während die Weimarer Republik und ihre Gesellschaft in unterschiedlichste Interessengruppen, Klassen und Stände zerrissen gewesen seien, wären unter der Herrschaft der NSDAP alle Menschen in die Volksgemeinschaft eingereiht. Die Auswirkungen dieses Postulats auf das Rechtsverständnis können kaum unterschätzt werden: Laut *Küchenhoff* war Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP – „*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*“ – das „*oberste Gesetz des Nationalsozialismus*“;<sup>18</sup> Recht musste aus der Perspektive der Gemeinschaft verstanden werden.<sup>19</sup> Die Ablehnung des Individualismus brachte mit sich, dass subjektive Rechtspositionen und institutionelle Garantien pauschal negiert<sup>20</sup> und der Mensch

<sup>8</sup> Das wird v.a. mit Blick auf „den Palandt“ diskutiert, aber auch der nach Maunz benannte GG-Kommentar muss dahingehend Aufmerksamkeit erfahren, s. *van de Loo*, Den Palandt umbenennen, JZ 2017, 827 (830).

<sup>9</sup> *Ridder*, Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates, KJ 2 (1969), 221 f.; zur Ausnahme Helmut Nicolai, der schon vor 1933 von einer nationalsozialistischen Verfassung träumte, aber weder vor noch nach der Machtübernahme akademisch besonders wirkmächtig war, ebd., 238 ff.

<sup>10</sup> Dazu *Limperg*, Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in Böckenförde, Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, 44 ff.; *Rüthers*, Entartetes Recht, 1989, 129 ff.; *Dreier*, VVDStRL 60 (2000), 9 (15 ff.).

<sup>11</sup> Bspw. *Herrfahrdt*, Werden und Gestalt des Dritten Reiches, 1933; *Walz*, Das Ende der Zwischenverfassung, 1933; *Tatarin-Tarnheyden*, Werdendes Staatsrecht, 1934; *Menzel*, Grundlagen des neuen Staatsdenkens, 1934; *Forsthoff*, Der totale Staat, 1934. Diesen standen auch einige Autoren gegenüber, die sich darum bemühten, Weimarer „Traditionsbestände unter neuem Namen in die neue Zeit hinüberzuretten“, m.w.N. *Pauly*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2000), 73 (76 ff.). Beide Gruppen hatten die unberechtigte Hoffnung, den NS-Staat rechtlich zu formen. Hitler selbst hatte aber kein Interesse daran, die erlangte Machtfülle durch das Staatsrecht beschneiden zu lassen, s. *Rüthers* (Fn. 10), 21 f.; *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008, 54 f.

<sup>12</sup> Dieses Rechtsverständnis wurde schon vor 1933 durch bedeutende Teile der Staatsrechtslehre abgelehnt, s. zum Methodenstreit *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 2002, 171 ff.

<sup>13</sup> *Huber*, Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, 1 ff.; *Höhn*, Reich, Grossraum, Grossmacht, 1942, 80 ff. *Koellreutter* sah den Grund für die verabscheute „Entartung des Liberalismus“ in der Emanzipation der Juden im 19. Jahrhundert (Das Volks- und Staatsdenken unserer Zeit, RVwBl 1939, 1).

<sup>14</sup> *Huber* (Fn. 13), 244; ebenso *Koellreutter*, Deutsches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1938, 60. *Müller* (Fn. 1), 52 zeigt auf, dass die behauptete Identität von Führungsperson und Volkswille kein Spezifikum des nationalsozialistischen Führerprinzips ist, sondern sich auf alle populistischen Bewegungen übertragen lässt.

<sup>15</sup> S. etwa *Piloly*, in Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1914, „Staat und Staatswissenschaften“, 457 ff.

<sup>16</sup> Zur „Staatsperson als Endpunkt der Zurechnung“ aus Weimarer Perspektive *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, 71 ff.

<sup>17</sup> *Höhn*, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935, 72 ff.; *ders.* Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935, 142 f.; *Küchenhoff*, Nationaler Gemeinschaftsstaat, 1934, 8; *Maunz*, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934, 42 ff. Ablehnend *Schmitt*, Staat, Bewegung, Volk, 1933, 12; *Huber*, Die deutsche Staatswissenschaft, ZgesStW 95 (1934/1935), 1, (35); *Gerber*, Der politische Begriff des Volkes, AöR 31 (1940), 129. Zum Ganzen *Stolleis* (Fn. 12), 325 ff.

<sup>18</sup> *Küchenhoff* (Fn. 17), 11.

<sup>19</sup> *Koellreutter*, Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus, 1935, 6 f.; *Huck*, Grundrechte im neuen Deutschen Reich, 1936, 28 f.; *Huber* (Fn. 13), 157 f.; dazu *Anderbrügge*, Völkisches Rechtsdenken, 1978, 146 ff.; *Stolleis*, Recht im Unrecht, 1994, 101 f.

<sup>20</sup> Besonders tat sich hier *Theodor Maunz* hervor, s. (Fn. 13), 31; Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, ZgesStW 96 (1936), 72 (74);

zur Gliederperson degradiert wurde:<sup>21</sup> „*Du bist Nichts, dein Volk ist alles!*“ Den Juristen dürfte freilich bewusst gewesen sein, dass die Aufgabe subjektiv zugeordneter Rechte mit einem dramatischen Verlust an rechtlicher Ordnung und Steuerung einhergegangen wäre. Man behalf sich damit, notwendige Rechtssätze, die Individualinteressen schützten, völkisch umzudeuten. Anschaulich für dieses argumentative Vorgehen ist die Begründung der fortdauernden Notwendigkeit einer Enteignungsentschädigung in einer Dissertationsschrift von 1939:

„*Wenn einem Mitglied der Gemeinschaft die Existenzgrundlage entzogen wird, dann geht es damit der Gemeinschaft verloren oder wird aus einem nützlichen Mitglied eine Last und schließlich infolge des Fehlens einer sozialen und moralischen Bindung an die Gemeinschaft ein Schädling, wenn ihm nicht die Möglichkeit einer neuen Existenz gegeben wird.*“<sup>22</sup>

## II. Die Ungleichheit

Das Prinzip der Ungleichheit trat als anderer Zentralbegriff des nationalsozialistischen Rechts neben das Gemeinschaftsprinzip.<sup>23</sup> Während sich das Gemeinschaftsdenken nach innen richtete, nämlich gegen Ungleichheiten innerhalb der Gemeinschaft, und die Auflösung gesellschaftlicher Friktionen postulierte,<sup>24</sup> zielte das Prinzip der Ungleichheit auf das Außenverhältnis: Jeder, der nicht Bestandteil der Gemeinschaft war, war nicht nur ungleich, sondern auch ungleichwertig. Erst aus der Abwertung der Nicht-Völkischen ergab sich für die Volksgenossen der wahre Wert der Gemeinschaftszugehörigkeit. Über die Stellung des Einzelnen in Recht und Gesellschaft entschied die Volkzugehörigkeit. „Mensch“ war dagegen als vereinheitlichender Rechtsbegriff unbrauchbar geworden.<sup>25</sup> Innerhalb der Volksgemeinschaft äußerte sich dies durch die Negation subjektiver Rechte, jenseits der Volksgemeinschaft waren die Auswirkungen weitaus dramatischer: „Ungleiche“ wurden als „Minderwertige“ oder „Volksfeinde“ jenseits der Rechtsordnung verortet. Die Nürnberger Gesetze von 1935 stellten sie unter ein umfassendes, diskriminierendes Sonderrecht und verwirklichten so, in der Logik der Zeit, das Prinzip der Ungleichheit und damit den völkischen Gedanken an sich.

## C. Der völkische Volksbegriff

Doch wie konstituierte sich nun der Fixpunkt des „neuen Staates“, die Volksgemeinschaft? Klar war zumindest,

Das Verwaltungsrecht des Nationalsozialistischen Staates, in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 35 ff.; ebenso Menzel, Das Ende der institutionellen Garantien, AöR 28 (1937), 32; Höhn, Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat, in Eckhart, Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. I, 1936, 49 (57 ff.).

<sup>21</sup> Vgl. Aderbrügge (Fn. 19), 151 ff.; Schäfer, Die Rechtsstellung des Einzelnen, in Böckenförde (Fn. 10), 106 ff.

<sup>22</sup> Rhein, Die Enteignungsentschädigung im nationalsozialistischen Staat, 1939, 37. Allg. zum Spannungsverhältnis zwischen Totalitarismus und Privateigentum Fraenkel, Der Doppelstaat, 2. Aufl. 2001, 136 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Hill, Gleichheit und Artgleichheit, 1966, 205 ff.; Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, 1987, 161.

<sup>24</sup> Zur „Gleichheit aller artgleichen Volksgenossen“ Maunz, Die Staatsaufsicht, 1938, 83 f.

<sup>25</sup> Ausdrücklich Siebert, Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, in Eckhart (Fn. 20), 23 (28).

wie sich das völkische Volk *nicht* bestimmen ließ: Das Reichsbürgergesetz (RBG) von 1935 markierte die formaljuristische Abkehr vom formalen Staatsvolksbegriff.<sup>26</sup> Die neu geschaffene Reichsbürgerschaft wurde über die Staatsbürgerschaft gestellt und war für die gesellschaftliche Teilhabe des Einzelnen unerlässlich (und etwa Voraussetzung für die Bekleidung öffentlicher Ämter). Reichsbürger war nach § 2 RBG nur der Staatsbürger „*deutschen oder artverwandten Blutes, der durch sein Verhalten beweist, daß er gewillt und geeignet ist, in Treue dem deutschen Volk und Reich zu dienen*“. Die Staatsangehörigkeit war damit nur noch im außenpolitischen Kontext und eben als Tatbestandsvoraussetzung der Reichsbürgerschaft von Bedeutung.<sup>27</sup>

Auch das vor 1933 weit verbreitete kulturelle Volksverständnis, das Gemeinsamkeiten in Sprache, Sitte und Tradition betonte,<sup>28</sup> wurde nicht weiter rezipiert. Zwar verwies die NS-Staatsrechtslehre verschiedentlich auf derartige Elemente,<sup>29</sup> einen Volksbegriff leitete man aus ihnen aber nicht mehr ab. Vielmehr wurde der Spieß gewissermaßen umgedreht: Es sei überhaupt nur das artgleiche Volk in der Lage, eine gemeinsame Kultur zu entwickeln.<sup>30</sup> Kultur sei nicht konstitutiv für das Volk, sondern Rasse konstitutiv für die Kultur.

## I. Volk als Schicksalsgemeinschaft

Statt solcher tradierten Volksbegriffe wurde in der Wissenschaft mitunter auf Rosenbergs Konzept der volkseigenen Rassenseele<sup>31</sup> und ihrer Prägung durch den 1. Weltkrieg rekurriert.<sup>32</sup> Der Duktus Höhns zeugt eindeutig davon, dass ein derart esoterischer Ansatz ebenfalls nicht zur Konkretisierung des Volksbegriffs beitragen kann:

„*Diese Volksgemeinschaft war keine Ideologie, sondern das Vermächtnis des großen Krieges, der eherne Schatz, den das Frontsoldatentum mit nach Hause brachte. Im Donner der Materialschlachten ging es nicht mehr um das Einzelindividuum, um sein Glück, seine Freiheit, sein Eigentum, seine Rechte innerhalb des Staates und gegen den Staat, sondern um das Leben des Volkes. Hier wurde zum ersten Male wieder klar, daß der einzelne nichts und das Volk alles ist.*“<sup>33</sup>

Dieses Verständnis trieb die schon vor 1933 bemühte sprachliche Überhöhung eines naturhaften, urwüchsigen und unbestimmbaren Volkes auf die Spitze. Als greifbares Element hinter dem Pathos blieb nur das rassische Substrat. Höhn führt den Gedanken dann auch bis zum Kern des nationalsozialistischen Volksbegriffes weiter: „*Volksgemeinschaft*

<sup>26</sup> RGBI. I 1935, 1146.

<sup>27</sup> Koellreutter, Grundfragen unserer Volks- und Staatsgestaltung, 1936, 12 ff.

<sup>28</sup> Liermann (Fn. 4), 27; Schmitt (Fn. 4), 235; vgl. Lepsius, Die gegen-satzaufhebende Begriffsbildung, 1994, 13 ff.

<sup>29</sup> Koellreutter (Fn. 14) 67; Boehm, Volkstumswechsel und Assimilationspolitik, in FS Hedemann, 134 (138 f.); Hugelmann, Volk und Staat im Wandel des deutschen Schicksals, 27 f.

<sup>30</sup> Boehm (Fn. 29), 141; Huber (Fn. 13), 154.

<sup>31</sup> Rosenberg, Der Mythos des 20. Jahrhunderts, 33.-34. Aufl. 1934, 700.

<sup>32</sup> Küchenhoff (Fn. 16), 21; Heckel, Wehrverfassung und Wehrrecht, Teil I, 1939, 98.

<sup>33</sup> Höhn (Fn. 13), 84; ähnlich ders., Rechtsgemeinschaft (Fn. 17), 75.

ist *Artgemeinschaft*.<sup>34</sup> Das Volksschicksal ist dagegen nur terminologisches Beiwerk.<sup>35</sup> Lediglich an einer Stelle findet sich dieser Bestandteil des nationalsozialistischen Weltverständnisses tatsächlich im positiven Recht: Hatte ein Jude oder seine nahen Verwandten im ersten Weltkrieg gekämpft, wurde er in der Frühphase des Regimes durch § 3 Abs. 2 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums (BBG) gegenüber anderen „Ungleichen“ privilegiert.<sup>36</sup> Zahlreiche jüdische Beamte konnten so bis 1935 in ihren Berufen verbleiben. Es blieb jedoch eine Momentaufnahme. Mit Erlass des RBG wurden sie 1935 aus dem Staatsdienst verdrängt, ungeachtet ihres Dienstes für die Volks- und „Schicksalsgemeinschaft“.

## II. Volk als Artgemeinschaft

Trotz der Betonung, dass Rasse und Volk zwei völlig andersartige Begriffe seien,<sup>37</sup> galt „Arier“ weitgehend<sup>38</sup> gleichbedeutend mit „Volksgenosse“. Entgegen der ursprünglichen Annahme der Rassenbiologie, behaupteten die NS-Ideologen die Existenz einer spezifisch deutschen Rasse.<sup>39</sup> Die vermeintlich naturwissenschaftlich untermauerte „Rassenfrage“ schrumpfte auf den simplen Gegensatz zwischen Deutschblütigen und „Fremdblütigen“ – gemeint waren mit letzterem im Prinzip ausschließlich Juden.<sup>40</sup> Als Abgrenzungskriterium diente die „Rasse“ oder synonym „das Blut“,<sup>41</sup> was wiederum juristisch unbestimmbar blieb. § 3 BBG nahm lediglich allgemein auf „Nicht-Arier“ Bezug; der Begriff des „deutschen und artverwandten Blutes“ nach § 1 Blutschutzgesetz<sup>42</sup> blieb undefiniert. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur, selbst in der Kommentarliteratur zu den Nürnberger Gesetzen, findet sich keine Annäherung.

Das war kein unbewusstes Versäumnis.<sup>43</sup> Die dynamische, jede Festlegung vermeidende Begriffsbildung war ein zentrales Merkmal des nationalsozialistischen Rechtsver-

ständnisses.<sup>44</sup> Das erfüllte in Hinblick auf den Volksbegriff nicht nur den Zweck, staatliche Bindungen zu verhindern, sondern wirkte auch legitimierend für die NS-Ideologie an sich. Eine scharfe juristische Definition hätte die gedanklichen Brüche und naturwissenschaftlichen Unstimmigkeiten der Rassenideologie offengelegt. So wurde stattdessen alle Artgleichheit nur im Kontrast zur Ungleichheit dargestellt. Der entscheidende Begriff der NS-Rassenideologie war nicht „Deutsches Blut“, sondern „Jude“. Das Sachregister der Juristischen Wochenschrift von 1935 spricht Bände: „Arier, vgl. unter Juden“.<sup>45</sup> Ein solcher „Negativkonsens“ ist charakteristisch für das völkische Recht,<sup>46</sup> aber entsprach auch dem älteren Volksverständnis, welches (nicht nur) in *Carl Schmitts* Verfassungslehre zum Ausdruck kommt und das Volk als „negativ bestimmbare Größe“ verstand.<sup>47</sup>

### 1. Abkehr von der Rassenbiologie

Eine negative Bestimmung im Sinne der Rassenbiologie fand jedoch ebenso wenig statt. Im Zuge der Entwicklung des völkischen Judenhasses war der religiöse Antijudaismus einem rassischen Antisemitismus gewichen. Statt des Glaubens stand nunmehr die Herkunft im Vordergrund. Zur Darstellung der „jüdischen Rasse“ oder des „jüdischen Blutes“ wurde auf Abstammung und Geisteshaltung rekurriert; „die Juden“ wurden als Volk, nicht als Religionsgemeinschaft, begriffen. Womit sich die völkischen Theoretiker vor 1933 aber nicht befassen mussten, war, wie sich der einzelne Angehörige dieses Volkes konkret bestimmen ließ. Vor genau dieser Aufgabe standen im NS-Staat aber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, denn die Tatsache, dass man nicht zur Volksgemeinschaft gehörte, zeitigte, anders als das abstrakte Konzept der Volksgemeinschaft, individuelle Rechtsfolgen. Es bedurfte einer juristisch bestimmbaren Trennlinie. Wie diese sich letztlich darstellte ist bezeichnend für die fehlende dogmatische Kohärenz des „völkischen Rechts“: Der vermeintlich naturwissenschaftliche Überbau der „Rassenlehre“ – welcher freilich immer noch legitimierend und sinnstiftend herangezogen wurde – wurde verworfen und schlicht die Religionszugehörigkeit als Ausgangskriterium verwandt:<sup>48</sup> „Als nicht arisch gilt, wer von nicht arischen, insbesondere jüdischen Eltern oder Großeltern abstammt. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Großelternanteil der jüdischen Religion angehört.“<sup>49</sup> Später hieß es dann in § 5 der 1. Verordnung zum RBG: „Jude ist, wer von mindestens drei der Rasse nach volljüdischen Großeltern abstammt.“ Praktisch war es mit der Betonung der Rasse anstelle der Religion nicht weit her. Großeltern mit, wenn auch nur vorübergehender, jüdischer Religionszugehörigkeit galten nach § 2 Abs. 2 S. 2, ohne Möglichkeit des Gegenbeweises, rassistisch als Juden. Die Möglichkeit, „Unzuträglichkeiten bei der Beweisführung auszuschließen“,<sup>50</sup> wog schwerer

<sup>34</sup> Höhn (Fn. 13), 85.

<sup>35</sup> Ähnlich auch Anrich, Volk und Staat als Grundlage des Reiches, 1934, 10 f.; Boehm (Fn. 7), 35 f.; Koellreutter (Fn. 19), 6 f., 9; ders (Fn. 7), 15, 67; Hugelmann (Fn. 29), 22 f.

<sup>36</sup> § 3 Abs. 2, RGBI I, 1933, 175.

<sup>37</sup> Stuckart/Globke, Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, Bd. 1, 1936, 1; Kluge/Krüger, Verfassung und Verwaltung im Dritten Reich, 1937, 72. Zu beiden Begriffen ausf. Lepsius (Fn. 28), 32 ff., 77 ff.

<sup>38</sup> Zur Ausnahme der „unvölkischen Geisteshaltung“ s. III. 3. b).

<sup>39</sup> Diese habe durch das Überwiegen „edlen, nordischen Blutes“ beim Deutschen Volk eine „arteigene Prägung“ erfahren. Stuckart/Globke, (Fn. 37), 7; Frick, Die Rassenfrage in der deutschen Gesetzgebung, DJZ 1934, 1 (3); Lösener/Knost, Die Nürnberger Gesetze, 4. Aufl. 1941, 20.

<sup>40</sup> In diesem Kontext ausschließlich zwischen Deutschen und Juden differenzierend Nicolai, Rasse und Recht, 1933, 5; Küchenhoff (Fn. 17), 9 f.; Höhn (Fn. 7), 195; Heckel (Fn. 32), 98.

<sup>41</sup> Dem „Boden“, als zweiter Bestandteil des Begriffspaars von Blut und Boden, wurde eher ein soziologischer Einfluss zugeschrieben: „Das Volk steht in doppelter Beziehung zum Boden; es besiedelt und gestaltet ihn; aber der Boden prägt und bestimmt auch das Volk.“ (Huber [Fn. 13], 157).

<sup>42</sup> RGBI. I 1935, 1146.

<sup>43</sup> Deisz, Das Recht der Rasse, 1938, 92. Zum dynamischen Volksbegriff Huber (Fn. 17), 151. Hitler selbst bescheinigte dem Begriff, „so vielseitig auslegbar und so unbeschränkt in der praktischen Anwendung zu sein wie etwa das Wort ‚religiös‘“ (Mein Kampf, 851.-855. Aufl. 1943, 416). Vgl. Lepsius (Fn. 28), 117 f.

<sup>44</sup> Lepsius (Fn. 28), 46 ff.; ders. ZNR 26 (2004), 102 (110 ff.).

<sup>45</sup> JW 1935, 11.

<sup>46</sup> Dreier, VVDStRL 60 (2000), 9 (24); Lepsius, ZNR 26 (2004), 102 (110): „im Negativen homogen“, „im Positiven heterogen“.

<sup>47</sup> Schmitt (Fn. 4), 243 unter Zitation Schopenhauers: „Wer kein Latein versteht, gehört zum Volke.“

<sup>48</sup> Anderbrügge, (Fn. 19), 81; Majer, „Fremdvölkische“ im Dritten Reich, 1981, 118 f.; Tarrab-Maslaton, Rechtliche Strukturen der Diskriminierung der Juden im Dritten Reich, 1993, 68; Hansmann, Die Nürnberger Rassengesetze vom 15. September 1935, NJW 2005, 2648 (2650).

<sup>49</sup> 1. VO zu § 3 BBG, RGBI. I 1933, 195.

<sup>50</sup> Lösener/Knost (Fn. 39), 47; ähnlich Stuckart/Globke (Fn. 37), 63.

als die Verwirklichung rassenbiologischer Vorstellungen:<sup>51</sup> „Ein volljüdisches Großelternpaar wird sehr häufig der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört haben, sodaß sich Feststellungen über seine Rasse erübrigen.“<sup>52</sup>

Im Gegensatz zu den Juden spielten andere Entrechtete, wie Sinti, Roma und Slawen,<sup>53</sup> im Wirken der völkischen Rechtslehre nahezu keine Rolle.<sup>54</sup> Weitgehend unbeachtet blieb auch die große Zahl an Menschen, die als „Kranke“ oder „Asoziale“, Träger „minderwertiger Erbmasse“ seien und deshalb im Zuge der „Förderung der Erbgesundheit“ ausgegrenzt wurden. Die direkte Umsetzung des biologisch-darwinistischen Ansatzes im Rassendenken führte schon 1933 zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses,<sup>55</sup> das Zwangssterilisationen vorsah und durch die neu geschaffenen Erbgesundheitsgerichte durchgesetzt wurde. Kranke konnten der Volksgemeinschaft als „unnütze Esser“ nicht dienen. Das Konzept der Gliederpersönlichkeit offenbart hier seine schlimmste Seite: Der Gedanke des „lebenswerten Lebens“ mündete in der sogenannten Euthanasie, die formal illegal ablief.<sup>56</sup>

## 2. Die subjektive Komponente der Volksgenossenschaft

„Blut und Geist“ konnten in der Realität auseinanderfallen. Schon 1933 war mit § 4 BBG eine eigene Regelung für weltanschauliche Abweichler geschaffen worden. Die Reichsbürgerschaft, als politische Ausformung der Volksgemeinschaft, erforderte nach § 2 Abs. 1 RBG „Treue zu Volk und Reich“. Politisch missliebige Personen wurden, wegen „artfremder Geisteshaltung“, als Gemeinschaftsfremde diskreditiert und formal entrechtet,<sup>57</sup> das Einheitsbewusstsein (mit anderen Worten: Die „Treue zur Bewegung“) zum Merkmal des Volksbegriffs:<sup>58</sup> Der Einzelne musste sich der Volksgemeinschaft zugehörig fühlen, um zu ihr zu gehören. Das folgte nicht der Rassenbiologie, sondern der politischen Ideologie Chamberlains und Rosenbergs, welche die Geisteshaltung selbst als rassistischen Faktor verstand.<sup>59</sup>

Die psychische Seite der Volksgemeinschaft war offenkun-

dig von erheblicher gesellschaftspolitischer Bedeutung,<sup>60</sup> fand aber in Kommentierungen und Rechtslehre kaum Widerhall.<sup>61</sup> Auch hier wurde auf ideologisch-systemische Widersprüchlichkeiten mit Ignoranz reagiert. Weltanschauliche Abweichler mit „nordischem Blut“, denen Gemeinschaftsdenken und nationale Gesinnung eigentlich schon angeboren seien müssten, waren im Kontext der völkischen Idee unerklärlich.

## D. Die Staatsrechtslehre und das Sonderrecht

Trug die Staatsrechtslehre nun Konkretes zur Aussonderung und Entrechtung bei? Die Kommentierung der rassengesetzlichen Bestimmungen oblag maßgeblich Männern der Justiz- und Verwaltungspraxis,<sup>62</sup> Dreier diagnostiziert gar, die Staatsrechtslehre habe die Entrechtung und Isolation der Juden „überwiegend eher zurückhaltend“ begleitet.<sup>63</sup>

Doch die Rechtslehre hatte – durch affirmative Rezeption der völkischen Ideologie – seit 1933 einen Staat dargestellt, dessen Hauptsinn die Durchsetzung des Rassenprinzips sei, wozu dieser „den Einzelnen auch gegen seinen Willen und unter Zumutung höchster Opfer“ ergreife.<sup>64</sup> Zwar blieb die Staatsrechtswissenschaft weitgehend vage, wenn es um die konkrete Ausgestaltung des Sonderrechts ging. Sie war aber auch vor Erlass der Nürnberger Gesetze keinesfalls nur verschwurbelt-uneindeutig. Der völkische Antisemitismus innerhalb der Rechtslehre, welcher sich in der Frühphase des NS-Staates Bahn bricht, geht vielfach „überobligatorisch“ über den Stand der Entrechtung de lege lata hinaus.

So schwebte *Tatarin-Tarnheyden* für die kommende „Schädlingsgesetzgebung“ schon 1934 ein System vor, welches dem späteren RBG sehr ähnlich war.<sup>65</sup> Ferner begriff er das BBG als „Säuberungsaktion, die den deutschen Volksgeist von semitischer Erstickung befreite“.<sup>66</sup> Koellreutter sah die Entlassung jüdischer Beamter als Ausdruck einer „völkischen Gerechtigkeit“<sup>67</sup> und Forsthoff verstand die Juden 1934 als Feinde, die zunächst kenntlich und dann „unschädlich“ gemacht werden müssten.<sup>68</sup> Auf die

<sup>51</sup> Eine „erb- und rassenkundliche Untersuchung“ war zwar theoretisch denkbar, praktisch aber irrelevant (s. Deisz [Fn. 43], 312 f.).

<sup>52</sup> Stuckart/Globke (Fn. 37), 64.

<sup>53</sup> Bei der Bevölkerung der Ostgebiete, die ab 1939 nicht einmal einem formalen Sonderrecht unterworfen, sondern gleich als außerhalb jeden Rechts stehend betrachtet wurden (Majer [Fn. 23]), 102), hatte die Rassenbiologie vor dem Krieg einen hohen Anteil nordischen Blutes ausgemacht, s. Günther, Rassenkunde Europas, 3. Aufl. 1929, 129.

<sup>54</sup> Zum kaum genannten „Neger“ und „Zigeuner“ s. Majer, (Fn. 48), 125 f.

<sup>55</sup> RGBI. I 1933, 529.

<sup>56</sup> Zur auch nach zeitgenössischen Maßstäben illegalen Untätigkeit der Strafjustiz Kramer, Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS-„Euthanasie“, KJ 17 (1984), 25 ff.

<sup>57</sup> Das traf besonders Kommunisten. Köhler, „Die Juden in Deutschland“, in Eckart, Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. II, 1937, 190 (192): „Der Bolschewismus erscheint als die letzte Form jüdischer Kriminalität und zugleich als nunmehr unverhohlener jüdischer Weltherrschafsanspruch.“

<sup>58</sup> Huber (Fn. 13), 153; Heckel (Fn. 32), 100.

<sup>59</sup> Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, 1. Hälfte, 10. Aufl. 1912, 483 f. – Rasse als „Geflücht und Gemüt“; Rosenberg (Fn. 31), 116 f. – Rasse als „äußere Erscheinung der Seele“; aufgegriffen bei Nicolai (Fn. 40), 7; Stuckart/Globke (Fn. 37), 1; Kluge/Krüger (Fn. 39), 109.

<sup>60</sup> Die subjektive Seite der Volksgemeinschaft diene vornehmlich als gesellschaftliches Druckmittel, da die Kriterien zur Feststellung weltanschaulicher Loyalität gänzlich unbestimmt waren, s. Thiel, Volksgenossen unter Vorbehalt, in Schmiechen-Ackermann, „Volksgemeinschaft“, 2012, 211 ff.

<sup>61</sup> Koellreutter (Fn. 13), 83) bestimmt lapidar die Erfüllung des Arbeitsdienstes und der Wehrpflicht als Nachweis der Treue zur Bewegung. Andernorts (Fn. 27), 6) werden subjektive Voraussetzungen von ihm für unbedeutend erachtet, da sie auf die kommenden Generationen abzielen würden, welche im NS-Staat sozialisiert worden seien. Die akute, zeitgenössische Relevanz dieser zusätzlichen Voraussetzung im gesellschaftlichen Kontext wird dabei gänzlich unterschlagen. S. zum politischen Charakter des Rassenbegriffs Majer (Fn. 23), 127.

<sup>62</sup> Deisz war Rechtsanwalt, Feldscher und Knost Oberregierungsräte. Stuckard als Staatssekretär, Lösener als Ministerialrat und Globke als Oberregierungsrat waren direkt an der Entstehung der Nürnberger Gesetze beteiligt.

<sup>63</sup> Dreier, VVDStRL 60 (2000), 9 (39); ähnlich ders., Rechtszerfall und Kontinuität, Der Staat 43 (2004), 235 (240 f.).

<sup>64</sup> Gerber, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, 1933, 20.

<sup>65</sup> Tatarin-Tarnheyden, Verfassungsneubau zum völkischen Rechtsstaat, DJZ 1933, 1224 (1225); ders. (Fn. 11), 36 ff.

<sup>66</sup> Tatarin-Tarnheyden (Fn. 11), 36.

<sup>67</sup> Koellreutter, Der deutsche Führerstaat, 1934, 17.

<sup>68</sup> Forsthoff (Fn. 11), 38 f.

Nürnberger Gesetze und ihre Verordnungen reagierte die NS-Rechtslehre erwartbar euphorisch. Das umfassende Sonderrecht bildete die zuvor beschworene, radikale Trennlinie zwischen den Angehörigen der Volksgemeinschaft und den „Ungleichen“ und verwirklicht somit den völkischen Gedanken. Die Gesetze seien die „*Verfassung der Freiheit*“<sup>69</sup> oder ein „*Grundgesetz der neuen völkischen Ordnung*“<sup>70</sup>; Frank spricht in gewisser Endgültigkeit vom „*Sieg der Idee*“<sup>71</sup>. Insofern sah die Rechtswissenschaft die Entrechtung 1935 als abgeschlossen an.<sup>72</sup> Das weitere rassistisch-antisemitische Wirken konzentrierte sich weniger auf Grundfragen des Staates, sondern „selbstreinigend“ auf die Entfernung vermeintlich jüdischen Gedankengutes aus den Rechtswissenschaften.<sup>73</sup> Zum fürchterlichen weiteren Verlauf des deutschen Antisemitismus findet sich beinahe nur Schweigen, wenn auch durchaus vereinzelte Vernichtungsfantasien im Schrifttum geäußert wurden.<sup>74</sup> Das hat unterschiedliche Gründe: Zum einen gab es kriegsbedingt schlichtweg deutlich weniger Publikationen. Zum anderen lässt sich auch ein Stimmungsumschwung innerhalb der Rechtslehre ausmachen. Nicht wenige Wissenschaftler hatten das Ende des „Dritten Reiches“ nach der Niederlage in Stalingrad vorhergesehen und sich unverfänglicheren Rechtsbereichen zugewandt.<sup>75</sup> Vor allem zeigte sich aber in der Spätphase des Regimes, dass die „Selbsterstörung“<sup>76</sup> des Staatsrechts vollends abgeschlossen war: Nachdem der Führung jede rechtliche Bindung oder Kontrollbedürftigkeit abgesprochen war, blieb für das Staatsrecht kaum Raum. Der NS-Staat handelte, insbesondere im Zuge des Völkermordes, fernab von allen rechtlichen Maßstäben und war damit für die Rechtslehre nicht greifbar.

<sup>69</sup> Schmitt, DJZ 1935, 1133 (1135) – „Heute ist das deutsche Volk auch im Rechtssinne wieder deutsches Volk geworden“.

<sup>70</sup> Huber (Fn. 13), 369.

<sup>71</sup> Frank, Vorwort zu Deisz (Fn. 43), 11.

<sup>72</sup> Dies galt nicht nur innerhalb der Rechtslehre. Die geschaffene „Rechtssicherheit“ stellte für einige Juden gar eine „akzeptable Basis“ für das weitere Leben in Deutschland dar, s. Friedländer, Das Dritte Reich und die Juden, 3. Aufl. 2007, 185 ff.

<sup>73</sup> S. Heckel, Der Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl, HZ 155 (1937), 506 ff. und – gegen Kelsen polemisierend – Ule, Herrschaft und Führung im nationalsozialistischen Reich, VerwArch 45 (1940), 193 (200 f.). Schmitt forderte die „Ausmerzungen“ jüdischer Literatur aus den Bibliotheken und verlangte die Kennzeichnung jüdischer Autoren in rechtswissenschaftlichen Publikationen (Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, DJZ 1936, 1194 f.). Zum „literarischen Judenstern“ Rütters, Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere, NJW 2000, 2866 (2869).

<sup>74</sup> Das betrifft zwar keine Äußerungen durch Rechtslehrer, dürfte aber angesichts der Publikationsorte von diesen zur Kenntnis genommen worden sein. S. Noack, Der Jude und sein Recht, DR 8 (1938), 56 („Man kann eine Krankheit, eine Seuche, nur dadurch wirksam bekämpfen, daß man den Bazillus erkennt und vernichtet. Man kann ein Unkraut nur dadurch ausrotten, daß man seine Wurzeln beseitigt.“); Gross, Die rassenpolitischen Voraussetzungen zur Lösung der Judenfrage, DR 12 (1942), 2 („Wir sehen das Judentum als eine [...] Erscheinung an, die sich auf das irdische Leben außerordentlich gut verstanden hat, aber ebenso auch dem geschichtlich-irdischen Tod unterworfen ist. Und soweit es sich um die historische Erscheinung des Juden in Europa handelt, glauben wir, daß diese Todesstunde unwiderruflich gekommen ist.“). Feldscher (Rassen- und Erbpflge im deutschen Reich, 1943, 17) zitiert Hitler: Ergebnis des Krieges sei nicht „die Bolschewisierung der Erde und damit der Sieg des Judentums [...], sondern die Vernichtung der jüdischen Rasse in Europa.“

<sup>75</sup> Zur „sprechenden Stummheit“ Stolleis (Fn. 19), 143.

<sup>76</sup> Stolleis (Fn. 12), 316 ff.; Dreier, Der Staat 43 (2004), 235 (236 ff.); Mertens, Rechtsetzung im Nationalsozialismus, 2009, 149 f.

## E. Fazit

Was verrät nun der Blick auf den völkischen Volksbegriff? Zunächst offenbart er ideologische Inkohärenzen. Allen Hinweisen auf die angeblich unangreifbare naturwissenschaftliche Grundlage des Rassenprinzips zum Trotz bestimmte eine Art ideologischer Pragmatismus die konkrete Umsetzung des Sonderrechts: Der religiöse Jude wurde zum rassischen Juden erklärt. Dass derartige Unstimmigkeiten nicht rechtswissenschaftlich aufgegriffen wurden, ist nicht überraschend, spricht aber dennoch Bände. Selbst der „*Versuch [der Staatsrechtslehre], die geänderten Erscheinungsformen der Staatsrealität affirmativ nachzuzeichnen*“<sup>77</sup>, scheiterte. Das bestärkt, was andernorts schon umfassender herausgearbeitet wurde: Von einer tatsächlichen „nationalsozialistischen Rechtslehre“ kann keine Rede sein.<sup>78</sup> Die mit dem unscharfen Volksbegriff verknüpfte und gewollte Rechtsunsicherheit bedeutete für die Staatsrechtswissenschaft, gemeinsam mit der Entkernung und Dynamisierung anderer zentraler Rechtsbegriffe, die Auflösung des zu betrachtenden Gegenstands, nämlich des Staatsrechts an sich. Der völkische Volksbegriff steht damit für die fatalen Konsequenzen maximaler Unbestimmtheit und Dynamisierung.

Mit geweiteter Perspektive lässt sich anhand des Volksbegriffs der Nationalsozialisten – freilich eine einzigartig extreme Spielart – Allgemeineres zu populistisch-nationalistischen Volksvorstellungen sagen, denn just im NS-Staat wurde eine auf Exklusion gerichtete Volks- und Gesellschaftsvorstellung juristisch umgesetzt. Es gibt eine offenkundige Gemeinsamkeit zwischen dem völkischen Volksbegriff und anderen Versuchen, das Volk nicht als strikt formalisierte Menschengruppe im Sinne eines Staatsvolkes, sondern als anderweitig abgrenzbares „wahres Volk“<sup>79</sup> zu begreifen. Sie alle führen unweigerlich zur Differenzierung zwischen Volkzugehörigen und „Ungleichen“. Wird eine derartige Ideologie ins Recht transformiert, wirkt sie zwangsläufig entrechtend (wenn auch nicht notwendigerweise – und das muss betont werden – in dem extremen Maße, in dem sich das NS-Recht Bahn brach). Die deutsche Rechtslehre tut deshalb gut daran, gerade angesichts einer autoritären und populistischen Revolte, an den strikten Formalismus des Grundgesetzes zu erinnern und darüber hinaus auf (kulturelle) Homogenitätspostulate zu verzichten. Denn auch einer kulturellen Herleitung des Volksbegriffs wohnt ein exkludierendes Element inne: Wer kulturelle Eigenarten nicht teilt, gehört nicht zum Volk. Das darf im pluralen Staat des Grundgesetzes nicht sein.<sup>80</sup> Das Volk ist das Staatsvolk, die Volksangehörigen sind die Deutschen nach Art. 116 GG.<sup>81</sup> Andere Volksbegriffe haben daneben keinen Platz.

<sup>77</sup> Mertens (Fn. 76), 149 [Einschub d.d.A.].

<sup>78</sup> Anderbrügge (Fn. 19), 225 ff.; Dreier, VVDStRL 60 (2000), 9 (32 ff.); Wittreck (Fn. 11), 6 ff.; Stolleis (Fn. 19), 142. Lepsius (ZNR 26 [2004], 102 [114 f.]) will zumindest von einer NS-Staatsrechtslehre sprechen, „wenn man ihre rechtszerstörerische Wirkung gerade zu ihrem Gegenstand erklärt.“

<sup>79</sup> S. abermals zu populistischen Bewegungen der Gegenwart Müller (Fn. 1), 85.

<sup>80</sup> Während ein kulturell homogener Volksbegriff nicht als verfassungsrechtlicher Idealzustand begriffen werden darf, ist kulturelle Verfassungsauslegung – man denke etwa an die Kopftuchentscheidungen des BVerfG – grundsätzlich zulässig und mitunter notwendig, denn Verfassungen sind nun einmal ein Produkt ihrer spezifischen Kultur.

<sup>81</sup> BVerfGE 83, 37 (50 f.)

Eckart Brödermann\*

# The Choice of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in a “choice of law” clause

On the Difference, under German Law, between Choosing the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Combination with a Choice of Court Clause or in Combination with an Arbitration Clause

*This article is written for students from a triple perspective, (i) the perspective of a German practitioner who has used the UNIDROIT Principles in his private international law practice since 2001 – initially once in a while and meanwhile regularly -, (ii) the perspective of a German professor of law who seeks to describe for German students the specific German legal environment for the choice of the UNIDROIT Principles in practice, and (iii) the perspective of an author who just wrote a book on the UNIDROIT Principles.<sup>1</sup> It was a two years’ experience of daily analysis of different UNIDROIT principles, of the international restatements contained therein and of the impressive bridges which they build between different national solutions to the various aspects of international contracting. This experience has strengthened his conviction that, firstly, the UNIDROIT Principles are an excellent tool to use in the private practice of international business law, and that, secondly, ignorance of the UNIDROIT Principles is no option. In certain scenarios, it may amount to malpractice of lawyers to simply ignore their existence while businessmen may not manage cross-border matters with the necessary care if they do not even consider the functioning tool of contracting under the UNIDROIT Principles when balancing their options for cross-border contracting.<sup>2</sup> While the latter considerations may apply worldwide, the specific German law oriented argumentation below applies mutatis mutandis in the other member states of the European Union.*

Thinking about the options of choosing the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (“UNIDROIT Principles”), either in combination with a choice of court clause or in combination with an arbitration clause (hereinafter **B.**), requires awareness about the necessity to

consider the UNIDROIT Principles in the context of the choice of the applicable contractual regime (hereinafter **A.**).

## A. The Necessity to Consider the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in the Context of “Choice of Law”

Since 1994, i.e. over 20 years ago, the intergovernmental organization “International Institute for the Unification of Private Law” (“UNIDROIT”), seated in Rome, has issued four editions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.<sup>3</sup> With each edition, the Governing Council representing 63 Member States from all five continents<sup>4</sup> has added rules to the previous version by adopting proposals of the Working Group for the Preparation of the UNIDROIT Principles.<sup>5</sup> The Working Group comprised independent international experts who discuss their results with “observers” from practice<sup>6</sup> so that “all the major legal systems and geo-political areas of the world”<sup>7</sup> were represented in the recorded and documented discussions.<sup>8</sup> The 4<sup>th</sup> edition 2016 contains 211 rules<sup>9</sup> fit for use in international commercial contracts. The UNIDROIT Principles are set forth in so-called “black letter rules”. They are subject to “Official Comments” which are also developed by the Working Group and adopted by UNIDROIT.<sup>10</sup>

\* Professor of Law (University of Hamburg), formerly also a lecturer of law at Bucerius Law School, Licencié and Maître en droit (Paris V), LL.M. (Harvard), Bar Certified Specialist of International Business Law (Germany), Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (London); Honorary Managing Director of the Chinese European Arbitration Centre, Founding Partner of Brödermann Jahn RA GmbH (www.german-law.com).

<sup>1</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Nomos and Wolters Kluwer 2018) (cited as Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary).

<sup>2</sup> This observation was first developed by the author in his contribution on “The UNIDROIT Principles as a Risk Management Tool”, in: UNIDROIT, in: Eppur si muove, The Age of Uniform Law – Essays in honour of Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday, edited by UNIDROIT (2016) (cited hereafter as Brödermann, FS Bonell), p. 1283, 1301, see also Brödermann, Münchener Anwaltshandbuch, Internationales Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht Teil C, § 6, no. 117. It will be further discussed at the German „International Lawyers Day“ (Internationaler Anwaltstag) in November 2018 in Berlin, organised by the international branch of the German Bar Association (Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht of the Deutscher Anwaltsverein) which is a co-publisher of the commentary cited in note 1 (Nomos 2018).

<sup>3</sup> See e.g. Bonell, The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles, Uniform Law Review 2018, p. 15, 20 (i.e. an enlarged and adapted version of Bonell, The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles, Hague Lecture 2017); Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2018) (cited as Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary), p. 5, Introduction no. 11.

<sup>4</sup> See www.unidroit.org (there “about-unidroit/Membership”).

<sup>5</sup> For an overview of the changes made in 2004, 2010 and 2016 see Introduction to the 2016 Edition pp. vii *et seq.*

<sup>6</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Introduction no. 11 *in fine* (p. 6).

<sup>7</sup> Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 20, referring to a “group of independent experts from all the major legal systems and geo-political areas of the world”.

<sup>8</sup> The list of members and official observers of the Working Group is set forth in the Official Comments at p. X-XI and reproduced – with the kind permission of UNIDROIT – at Brödermann, UNIDROIT Principles (note 1), p. LXII *et seq.* On the operation of the Working Group see Vogenauer in Vogenauer (ed.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2<sup>nd</sup> ed. 2015 (hereinafter cited as Vogenauer/author, UNIDROIT Principles Commentary), Introduction no. 20.

<sup>9</sup> The Governing Council of UNIDROIT, Introduction to the 2016 Edition, in: UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (which contain the official comments and are therefore cited as “UNIDROIT, Official Comments”), p. viii; Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 21.

<sup>10</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles (note 1), Introduction no. 14 (p. 7).

The UNIDROIT Principles are particularly shaped to govern cross-border contracts<sup>11</sup> while national laws are essentially shaped for contracts in national contexts and rarely oriented towards "internationally accepted standards and/or the special needs of cross-border trade relationships".<sup>12</sup> In particular, the UNIDROIT Principles contain many helpful "default rules"<sup>13</sup>. They cover numerous subjects of importance in international contracts for which parties will often not have the time, budget or patience to concentrate on (e.g. foreign currency set-off - Article 8.2 UNIDROIT Principles – which national laws may not recognize<sup>14</sup>). Often, parties with different legal background – e.g. a common law background of one party and a civil law background of the other party – simply overlook possible pitfalls<sup>15</sup> because of limited comparative legal training. They are simply not even aware of the need to overcome different positions or mind-sets<sup>16</sup> (e.g. with regard to merger clauses<sup>17</sup> or interpretation<sup>18</sup> to name just a couple out of dozens of examples).

In this context, it is worth mentioning that, in the author's experience, on various occasions, both common law practitioners (e.g. from the UK or New York) and civil law practitioners (e.g. from Germany), when forced to actually concentrate on the UNIDROIT Principles have always come to the conclusion that they feel "comfortable" with the UNIDROIT Principles.<sup>19</sup>

The UNIDROIT Principles are based on a small number of underlying concepts including freedom of contract/party autonomy, bindingness of contracts (*pacta sunt servanda*), openness to usages, upholding the contract if possible (*favor*

*contractus*), the observance of good faith and fair dealing and avoidance of 'unfairness' which shall guide the settlement of issues "within the scope of these Principles but not expressly settled by them" (Article 1.6 (2)).<sup>20</sup> As the UNIDROIT Principles exclusively focus on international business-to-business contracts, they can leave aside the protection of consumers, which is a key goal of any national legislator, especially within the European Union.<sup>21</sup> Distinctly from German law, the distinction between performance (Chapter 6) and non-performance (Chapter 7) is not based on a degree of fault<sup>22</sup> (e.g. light, normal or gross negligence<sup>23</sup>). Rather, each party, i.e. usually a company or (limited) partnership, is in charge of the matters undertaken in the contract as a matter of party autonomy.<sup>24</sup> If a matter is allocated in the contract to the "sphere" of one party, that party is bound (bindingness of contract) unless a risk is allocated otherwise, in particular by an exemption clause (Art. 7.1.6<sup>25</sup>) or *force majeure* (Art. 7.1.7).<sup>26</sup> Based on the underlying concepts set forth above, the Working Group has distilled the set of 211 neutral rules, which apply unless the parties provide otherwise in the contract. Other than the observance of mandatory law (see Article 1.4 UNIDROIT Principles), the limit of contractual freedom is the observance of good faith and fair dealing which is generally expressed in Article 1.7 UNIDROIT Principles and which is expressed more specifically in a number of different rules, e.g. in Article Art. 7.1.6 UNIDROIT Principles pursuant to which an exemption clause may not provide an excessive advantage. This neutral and straightforward approach correlates with the approach in the CISG<sup>27</sup> (therefore, it ought to be familiar to any internationally practicing lawyer in Germany because the CISG is binding treaty law in Germany which takes priority over the German national law of sales in the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) pursuant to its Article 1 CISG, unless its applicability is explicitly excluded pursuant to Article 6 CISG.<sup>28</sup> For businessmen and businesswomen, that approach is simple, fair and understandable. Not once has the author witnessed confusion, by clients, on this issue during more than 15 years that he is now using the UNIDROIT Principles in practice.

Over the years, the UNIDROIT Principles have been applied by many arbitral tribunals or used by state courts<sup>29</sup> either (i)

<sup>11</sup> Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 15, 20 ("a private codification or 'restatement' of international contract law").

<sup>12</sup> Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 15, 35; see also e.g. in Vogenauer/Vogenauer UNIDROIT Principles Commentary, Introduction no. 5 with further references.

<sup>13</sup> For example, in Chapters 5 and 6 many issues for which a national law would also contain default rules (like the place or time of performance) whereby the default rules in the UNIDROIT Principles have been developed with particular regard to international transactions; see e.g. Art. 6.1.9 on currency of payment.

<sup>14</sup> For the restrictive position of German law, see e.g. Oberlandesgericht Hamm 9 October 1998 (33 U 7-98), NJW-Rechtssprechungsreport 1999, 1736; Kammergericht Berlin 6 March 2003 – 2 U 198/01.

<sup>15</sup> See Brödermann, The increasing importance of the UNIDROIT Principles in Europe - A Review in light of the 2005 Rome I Proposal -, Uniform Law Review 2006, 752 (with regard to small and medium size business units).

<sup>16</sup> See e.g. the recent overview of Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 15, 22-23 on different perspectives of civil and common law lawyers.

<sup>17</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 2.1.17 note 1.

<sup>18</sup> Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 17 (on the difficulties of interpreting foreign state law by a judge) and Brödermann, § 6 IPR MünchAnwaltshandb. IntWirtschR (note 2) no. 247, 249, 251; see also Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 4.1 notes 1-2 with further references.

<sup>19</sup> Observations heard from in-house counsels or e.g. lately at a panel focussing on „Common Law and Civil Law Perspective of the UNIDROIT Principles“ at a conference on the Chinese „Belt and Road Initiative“ by the Chinese European Arbitration Centre (www.ceac-arbitration.com) at the occasions of its 10th anniversary in Hamburg, Germany, on 13-14 September 2018 (reference is made to statements made by Roger Barton of Barton LL.P. (New York) of Gerhard Wegen of Gleiss Lutz (Stuttgart)).

<sup>20</sup> Bonell, An International Restatement, chapter 4, pp. 88-172; Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), p. 3, Introduction no. 7.

<sup>21</sup> See ECJ case C-168/05 *Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL* no. 25-28; see also ECJ case C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*.

<sup>22</sup> Vogenauer/McKendrick, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), Introduction to Section 7.4 of the PICC no. 2 and Art. 7.4.1 no. 1.

<sup>23</sup> See §§ 276 *et seq.* German Civil Code.

<sup>24</sup> See in more detail Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), p. 7, Introduction no. 15.

<sup>25</sup> See in detail Vogenauer/Schelhaas, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), Art. 7.1.6 no. 1 *et seq.*; Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 7.1.6 no. 1 *et seq.*

<sup>26</sup> See in detail Vogenauer/McKendrick, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), Art. 7.4.1 no. 6; and in more detail Vogenauer/Pichonnaz, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), Art. 7.1.7 no. 1 *et seq.*; Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 7.1.7 no. 1 *et seq.*

<sup>27</sup> See Bonell, An International Restatement, cit. pp. 65-68.

<sup>28</sup> See e.g. Brödermann/Rosengarten, Internationales Privat- und Prozessrecht (IPR/IZVR), 7th ed. 2015, no. 288-298.

<sup>29</sup> See e.g. www.unilex.info; Bonell (note 3) refers to 434 decisions, p.



because the parties have chosen the UNIDROIT Principles in their contract<sup>30</sup> or even agreed on their application during an arbitration<sup>31</sup>, or (ii) to interpret and supplement domestic law<sup>32</sup> using the UNIDROIT Principles as a "Global Background Law"<sup>33</sup> to overcome national boundaries and limits of national law.<sup>34</sup> The UNIDROIT Principles have also been integrated in multiple contracts which never led to a dispute. For example, the author's law firm is a regular user of the UNIDROIT Principles since many years, both for clients in multiple industries in Asia, Europe and USA<sup>35</sup> and for its own contracts.<sup>36</sup> Recent examples from the author's practice in 2018 include e.g. (1) a German-Indian frame contract in the textile industry on the development of software and further general cooperation between the Indian software supplier and the German employer, (2) a German-US contract on research and development in the cosmetics sector or (3) the choice of the UNIDROIT Principles in the standard terms of a US owned German company in its contracts with non-German suppliers for the purchase of materials to be used in the automotive industry. However, despite the author's numerous examples and positive experience over more than 15 years of private practice with the UNIDROIT Principles, in relation to the total number of international contracts where the choice of the UNIDROIT Principles would make sense, their actual use in practice is still extremely low.<sup>37</sup> This phenomenon is often due to ignorance of counsel unwilling to engage<sup>38</sup> into rules which he or she did not study (limited exposure

15, 30.

<sup>30</sup> See e.g. Brödermann, *The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer*, *Uniform Law Review* 2011, p. 589, 594 *et seq.*; and most recently the overview of Bonell (note 3), *Uniform Law Review* 2018, p. 15, 24-31.

<sup>31</sup> An experience made twice by the author, see (1) for an example of 2001 in a Swiss arbitration: Brödermann, *Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004 – Ein willkommenes „Werkzeug“ für die Vertragsgestaltung und für Schiedsverfahren, Recht der Internationalen Wirtschaft („RIW“)* (2004), p. 721, 723 *et seq.*; Brödermann, *UNIDROIT Principles* (note 1), p. 236-238 at Chapter 7: Nonperformance, Section 4: Damages, Introductory Remarks; Brödermann, *UNIDROIT Principles* (note 1), p. 9 at Introduction note 19.

<sup>32</sup> Cf. Preamble of the UNIDROIT Principles, para. 6; Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 2005, p. 294 *et seq.*; in detail: Meyer, *Uniform Law Review* 2016, pp. 599-611; for two Lithuanian examples see Vogenauer/Rios, *UNIDROIT Principles Commentary* (note 8), Art. 2.1.15 no. 10.

<sup>33</sup> Bonell (note 3), *Uniform Law Review* 2018, p. 16, 38.

<sup>34</sup> Bonell (note 3), *Uniform Law Review* 2018, p. 15, 16 *et seq.* (with a quote from Ingeborg Schwenzer (Switzerland) on the limits of Swiss law) and p. 38.

<sup>35</sup> Some examples have been reported in Brödermann, *Uniform Law Review* 2011 (note 30), p. 589, 594 *et seq.*

<sup>36</sup> See Brödermann, *Choice of Law and Choice of UPICC Clauses in the Shadow of the Dispute Resolution Clause*, *Hamburg Law Review* 2016, pp. 21, 26-28; Brödermann, *UNIDROIT Principles Commentary* (note 1), Art. 1.4 no. 4.

<sup>37</sup> See the critical remarks of Bonell (note 3), *Uniform Law Review* 2018, p. 15 ("The present state of the law governing international commercial contracts is hardly satisfactory.") and *passim*.

<sup>38</sup> The most extreme example witnessed by the author was once an Italian-German contract about the purchase of a German company in which the author represented the buyer (who had the better bargaining power under the circumstances of the case). The choice of law was an open issue until the last moment of the negotiations. In the end, the seller gave up an issue worth several thousand Euros in exchange for the buyer's acceptance of the choice of German law and not to insist on the choice of the UNIDROIT Principles. The opposing counsel had openly confessed his unwillingness to actually read and to concentrate on them. This anecdote was first reported by the author

to the UNIDROIT Principles during law school is no reason to ignore the UNIDROIT Principles in practice). However, as set forth hereinafter, from an objective perspective, the ignorance of the UNIDROIT Principles may constitute (unnoted) malpractice.

A central task of any business lawyer is to support its clients (companies, businesswomen, businessmen) in the realization of their business goals<sup>39</sup> in a legally compliant manner. This task includes contractual risk management.<sup>40</sup> In this respect, the mind-set of companies has changed over the past 20 years.<sup>41</sup> Today, compliance with the law is key.<sup>42</sup> Companies need to organize themselves so that they are compliant with the law. For German stock corporations, the corporate law provides explicitly that they have to organize a risk management process if risks could affect the existence of the company.<sup>43</sup> Over the years, the author has observed a number of businesses suffering serious financial trouble or even going bankrupt as a result of bad contracts (e.g. by granting unrealistic warranty periods). The legal need to act in a compliant manner and to manage risks applies also to the daily operative business.<sup>44</sup> For example, Section 43 paras. 1-2 of the German Law on Limited Liability Companies provides:

*"(1) The directors shall conduct the company's affairs with the due care of a prudent businessman. (2) Directors who breach the duties incumbent upon them shall be jointly and severally liable to the company for any damage arising."*<sup>45</sup>

Many laws around the globe contain similar corporate duties. Thus, the company law requires from the managers of a company to act diligently ("with due care") in order to be compliant with the company law and not to risk personal liability. The employment contracts for managing directors usually repeat that duty because managers are expected to operate in compliance with the law and applicable statutes.

Compared to national contracting, international contracts are always more complex.<sup>46</sup> The normal operative, economic, financial and technical risks are supplemented by a number of additional risk factors like cultural and cross-border legal

in Brödermann, *Zustandekommen von Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen. Rechtssoziologische Notizen*, in: Witzleb/Ellger/Mankowski/Remien (eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 1045 *et seq.* (1061).

<sup>39</sup> Brödermann, *Hamburg Law Review* 2016, p. 21, 22.

<sup>40</sup> Brödermann, *Risikomanagement in der internationalen Vertragsgestaltung in NJW*, 2012, 971 *et seq.*

<sup>41</sup> Brödermann, *Hamburg Law Review* 2016, p. 21, 31.

<sup>42</sup> See e.g. Brödermann, *The UNIDROIT Principles as a Risk Management Tool*, in: UNIDROIT, in: FS Bonell (note 2), p. 1283, 1286 *et seq.*

<sup>43</sup> See Section 91a German Corporate Act (*Aktiengesetz*) and Art. 4.1.3. - 4.1.4. of the Corporate Governance Code.

<sup>44</sup> Brödermann (note 40), *NJW* 2012, 971, 973 (left column)

<sup>45</sup> English version as available from the German Ministry of Justice at *Juris GmbH Juristisches Informationssystem für die BRD* at [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gmbhg/englisch\\_gmbhg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.html) (last visited on 1 October 2018).

<sup>46</sup> Brödermann, (note 40) *NJW* 2012, 971, 974 (right column). See generally Brödermann/von Dietze, *Vertragsmanagement „Vom NDA bis zur Abwicklung des Exportgeschäfts“*, in: Paschke/Graf/Olbrisch (eds.), *Hamburger Handbuch des Exportrechts*, Part 1 Chapter 2 (2d ed. 2014), pp. 60-85.

risks.<sup>47</sup> To act diligent in the sense of the company law requirements obliges the management of companies (and their lawyers) to apply diligence when choosing the legal frame and basis of an international contract. Thus, when deciding about a dispute resolution clause and choice of law, diligence is required. The freedom of choice of law and/or the freedom to choose existing and functioning international soft law like the UNIDROIT Principles must be considered when deciding if management acts "with the due care of a prudent businessman" as set forth, for example, in German company law as cited above. A company may have many reasons not to apply the UNIDROIT Principles, but there is no excuse to simply ignore them in the decision making process. They provide a modern tool which has emerged over the past 20 years in reaction to the needs of international contracting.<sup>48</sup>

Any company will be well organized to function under its home law. A German company will be organized to apply German law, a company based in New York will be used to apply New York law. This is usually not the case because of an analysis of that home law as being the best suited law for a given contract.<sup>49</sup> For example, the decision of the author's law firm to choose the UNIDROIT Principles and not German law in its contracts, is based on the decision that the UNIDROIT Principles provide the better contractual regime for cross border standard terms of business<sup>50</sup> as compared to German law when a lawyer wishes to agree on a valid limitation of liability clause in standard terms.<sup>51</sup>

Rather, the home law is a given (and often random) fact. One may assume that the company will have used its best efforts to organize its business and its standard contracts in a way which reduces risks for the company as best as possible under the circumstances. Therefore, the choice of the home law of a company will usually be acceptable from a risk management perspective (even if it is not best suited for international contracting<sup>52</sup>). In international contracts it will not always function to impose the home law of a company on the other party<sup>53</sup>. Parties with equal bargaining power will look for a neutral solution because businessmen have the perception that it may be fairer if neither of their own laws applies but some kind of neutral law.<sup>54</sup> It is in this kind of situations that due care requires to balance the possible choices of choosing a neutral state law of a third country

against the option of the UNIDROIT Principles as a neutral set of rules or the treaty solution provided by the Convention on the International Sale of Goods "CISG."<sup>55</sup> It is beyond the scope of this article to discuss when to operate with the CISG, when with the UNIDROIT Principles, and when with the CISG supplemented for those issues not covered by the CISG by the UNIDROIT Principles.<sup>56</sup> Suffice is to say that the CISG has a more narrow scope of application.<sup>57</sup> The UNIDROIT Principles cover more subjects and are fit for use for more kinds of contracts (e.g. complex or mixed contracts).

As phrased once by a German businessman, during a coffee break at the occasion of a symposium organized at the Bucerius Law School in honor of its former President Hein Kötz, if there is a need to deviate from German law and to agree on a neutral contractual regime, why not use the results of the efforts of UNIDROIT avoiding time and money on researching national alternatives for the cross-border business?<sup>58</sup>

Against this background of practical reality and corporate law need to consider the contractual option of choosing the UNIDROIT Principles, this article will now lay out that the extent of party autonomy when determining the applicable contractual regime is different depending on whether the competent body to decide about a dispute regarding a contract is a state court in Germany (or any state court of any member of the European Union) or an arbitral tribunal.

## B. The Combination of a "Choice of Law Clause" choosing the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with a dispute resolution clause

The dispute resolution regime determines who decides the dispute and which rules set the frame for the decision maker to decide if, how and to what extent to accept a "Choice of Law Clause" choosing the UNIDROIT Principles.<sup>59</sup> In Germany it makes a difference if the choice of the UNIDROIT Principles is combined with a choice of court or with an arbitration clause. For both scenarios, the article will start with a case study, interpret the choice of the UNIDROIT

<sup>47</sup> Brödermann, (note 40) NJW 2012, 971, 973 (left column), 974 (right column).

<sup>48</sup> See again Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 15, 20 ("re-statement" of international contract law").

<sup>49</sup> For the reasons why businessmen gravitate towards their home law Brödermann, Hamburg Law Review 2016, p. 21, 24-25.

<sup>50</sup> Articles 2.1.19 – 2.1.21 UNIDROIT Principles, supplemented by the general clauses on respecting the boundaries of good faith and fair dealing in notably Article 1.7 and 7.1.6 UNIDROIT Principles.

<sup>51</sup> Brödermann, Hamburg Law Review 2016, p. 21, 26-30; Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 1.4 no. 4.

<sup>52</sup> Vogenauer/Vogenauer, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), Introduction no. 5.

<sup>53</sup> Bonell, An International Restatement, 2005, p. 12; Brödermann, § 6 IPR MünchAnwaltshandb. IntWirtschR (note 2) no. 112 *et seq.* (on the impact of market power on choice of law). See also Vogenauer/Vogenauer, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), p. 2, Introduction no. 5.

<sup>54</sup> Brödermann, § 6 IPR MünchAnwaltshandb. IntWirtschR (note 2) no. 95, 208 *et seq.* (with the emphasis at no. 227 *et seq.* on the impact of the "mind-set" of the dispute resolving body).

<sup>55</sup> For a description of the wrong (historical) reasons for schematically opting out of the CISG in Germany, see Brödermann, Hamburg Law Review 2016, pp. 24-25, 35. Meanwhile several colleagues have reported at the occasion of the CEAC conference in September 2018 in Hamburg (note 19) that an insurance has covered the first known mal-practice case in which a former client sued its lawyer who had advised routinely on a choice of law clause opting out of the CISG pursuant to Article 6 CISG. The company would have won its case easily under the CISG regime (not requiring the proof of fault) but lost under the applicable national law for lack of proof of negligence of the other party. Routinely opting out of the CISG without reflection and due regard to the circumstances exposed the company to a different risk profile.

<sup>56</sup> See e.g. the choice of law option under Article 35 para. 1 lit b of the CEAC Arbitration Rules.

<sup>57</sup> See e.g. Bonell (note 3), Uniform Law Review 2018, p. 15, 32.

<sup>58</sup> Experience made in a discussion during a symposium in honour of professor Hein Kötz at Bucerius Law School on 14 May 2004, see Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Introduction no. 3.

<sup>59</sup> Brödermann, § 6 IPR MünchAnwaltshandb. IntWirtschR (note 2) no. 205 and 94.

Principles clause against the legal context applicable to the chosen decision maker and then consider the (varying) legal consequences.

## I. The Combination of a “Choice of Law Clause” choosing the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with a Choice of Jurisdiction Clause in Germany

A case study<sup>60</sup>:

A German seller – a company from Hamburg, Germany – concludes with a Chinese buyer a complex contract providing for the purchase of a variety of goods, works and general distributing services. Under the heading „Applicable Law“, they agree that: *“This contract is governed by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.* In cases of dispute, the contract provides for the jurisdiction of the state courts in Hamburg. Questions: (1) Is the choice of law clause effective? (2) Does it have any effect? (3) Did the parties validly agree on the application of the UNIDROIT Principles?

### 1. Interpretation of the “Choice of the UNIDROIT Principles Clause”

The validity of any choice of law clause needs to be determined from the perspective of the competent body who will resolve the dispute.<sup>61</sup> In the case scenario set forth above, the parties have used their freedom to determine the competent court. Article 25 of the European regulation called Brussels Ia Regulation<sup>62</sup> recognizes the choice of court clause in favor of the courts of Hamburg. Pursuant to Article 288 para. 2 of the EU Treaty<sup>63</sup>, the rules on jurisdiction in that European Brussels Ia Regulation take priority in Germany, a Member State of the European Union, over the rules on jurisdiction contained in the German law of civil procedure (*Zivilprozessordnung*). Thus, in case of a dispute, it is a German court which will refer to the private international law as applied in Hamburg, Germany, to determine the outcome of the first question.

Since 17 December 2009, the private international law of contracts to be applied by a German court in Hamburg – just like by any state courts within any Member States of the European Union – is the European regulation called Rome I Regulation<sup>64</sup> which applies directly pursuant to Article 288 para. 2 of the EU Treaty. Article 3 para. 1 of the Rome I Regulation provides: *“A contract shall be governed by the law chosen by the parties.”* This provision is interpreted (autonomously as a matter of European law) as permitting

only the choice of state law. This follows in particular from the legislative history of the regulation. While the European Commission’s draft of the Rome I Regulation did explicitly specify that *“[t]he parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognised internationally or in the Community”*<sup>65</sup>, this option was deleted because of strong objections from conservative Bars notably in Germany and France.<sup>66</sup> As a consequence, party autonomy is restricted to the choice of state law.

As the UNIDROIT Principles are no state law, the “choice of law clause” in the contract does not keep what it promises by its (wrong) heading. By referring to soft law – i.e. the UNIDROIT Principles –, it does not meet the strict requirements for a “choice of law” in the sense of Article 3 para. 1 of the Rome I Regulation. The answer to question 1 is therefore that the Choice of the UNIDROIT Principles clause is no valid choice of law clause.

Therefore, the Hamburg court will need to determine the applicable law pursuant to Article 4 of the Rome I Regulation which applies in cases where the contract do not contain a choice of law. By “subsuming” the facts of the case to the conditions of Article 4 of the Rome I Regulation (a German seller with its seat in Hamburg, a Chinese buyer, a complex contract providing for the purchase of a variety of works and services), the court will find that German law is applicable to the contract. Under the facts of the case, none of the straightforward rules for simple contracts in Article 4 para. 1 lit (a) through (h) Rome I Regulation applies. Rather, the contract contains multiple elements such as sale (lit. a) and services (lit. b). As the elements of the contract would be thus covered by more than one of the scenarios (a) to (h) of paragraph 1 Rome I Regulation, the contract is governed pursuant to Article 4 para. 2 Rome I Regulation by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract (i.e. providing goods, works and services) has its habitual residence. In the case, the German party provides the characteristic scope of work. Therefore, the law applicable at the “habitual residence of the seller” applies pursuant to Article 4 para. 2 Rome I Regulation. In the case of companies, the “habitual residence” is the seat of that company (Article 19 Rome I Regulation) which is in Germany.

German law is therefore applicable. It will thus determine the answers to questions 2 and 3 which seek to inquire if the clause, although invalid for the purposes of choice of law, still has any effect leading to the application of the UNIDROIT Principles.

Pursuant to Article 12 I lit. a Rome I Regulation, the national law determined as applicable by the rules of the Rome I Regulation is also “in charge” for the interpretation of the contract. Thus, the rules in the German civil code apply to interpret the clause on the choice of the UNIDROIT

<sup>60</sup> Based on case no. 31a in Brödermann/Rosengarten, IPR/IZVR 8<sup>th</sup> edition 2018 (to be released soon), no. 311.

<sup>61</sup> Brödermann/Rosengarten, IPR/IZVR (note 28), no. 63; § 6 IPR MünchAnwaltshandb. IntWirtschR (note 2) no. 204 *et seq.*

<sup>62</sup> Regulation No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351, 20.12.2012, pp. 1–32.

<sup>63</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390, Art. 288(2).

<sup>64</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, pp. 6–16.

<sup>65</sup> Art. 3 (2) first sentence of the Proposal on Conflicts of Laws regarding Contractual Obligations (Rome I) of 15 December 2005, COM (2005) 650 final (including an Explanatory Memorandum and the text of the Proposal itself).

<sup>66</sup> Brödermann, Hamburg Law Review 2016, p. 29, no. 31.

Principles. Section 157 German Civil Code stipulates for the interpretation of contracts: "*Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration*".<sup>67</sup> This provision is supplemented by and read together with Section 133 of the German Civil Code<sup>68</sup> on the interpretation of declarations. It reads: "*When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration.*"<sup>69</sup> Thus, the wording of the clause provides the starting point for the interpretation, but the true intention of the parties needs to be determined. In the clause at hand, the wording is eloquent: "*This contract is governed by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.*" The word "governed", used by two non-native English speaking parties, demonstrates sufficiently clearly the joint intention of the parties to *apply* the UNIDROIT Principles to the interpretation of their contract. Only the heading of the clause ("Choice of Law") is technically wrong because Article 3 para. 1 Rome I Regulation admits only the choice of state law.

As a result, the clause points in the wrong direction because, in the clause itself, the parties are not expressing any intention with regard to a *state law* which is a requirement to a true "choice of law" in the sense of Article 3 para. 1 Rome I Regulation. Pursuant to an old principle with roots in Roman law, such wrong heading is not decisive for the interpretation of the clause (*falsa demonstratio non nocet*<sup>70</sup>). The word "law" was used by the two non-native English speaking parties. It can be interpreted in a broader and less "technical" sense. The parties meant to determine the applicable contractual regime in such a way that it includes the soft law as contained in the UNIDROIT Principles.

This interpretation is also covered by the Rome I Regulation. While it does not permit the choice of soft law as a true choice of law, it does permit the "incorporation" of soft law pursuant to its recital no. 13 which reads: "*This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.*" In light of the intention of the parties that the UNIDROIT Principles shall "govern" the contract, the "Choice of Law"-clause must therefore be interpreted as such a mere "incorporation" of the UNIDROIT Principles into the contract as permitted by the Rome Regulation.<sup>71</sup>

## 2. Legal Consequences of the "Choice of the UNIDROIT Principles Clause" in the context of a choice of court clause choosing the competence of a German court

As an "incorporated" part of the contract, the UNIDROIT Principles must be read as a part of the contract. For any issue which is not stipulated otherwise in the contract itself, the default rules of the UNIDROIT Principles apply, both for the interpretation<sup>72</sup> and the supplementation of the contract<sup>73</sup>. Also, the few limits to contractual freedom such as the observance of good faith and fair dealing (Article 1.7 UNIDROIT Principles) apply as referenced already above at A.

However, if and to the extent the application of the contract as interpreted pursuant to the UNIDROIT Principles would lead to a result that violates German mandatory law, such mandatory national German law, the applicable *lex contractus*, takes priority<sup>74</sup>. The UNIDROIT Principles themselves point in their Article 1.4 in the same direction: "*Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.*" In practice, there are only few legal issues where German mandatory law would interfere with the agreed regime of the contract as stipulated, interpreted and supplemented by the UNIDROIT Principles. In commercial agency contracts, the mandatory provision of Section 89b German Commercial Code on compensation of the agent in case of termination of the contract would apply regardless of the stipulation in the contract. In the case discussed here, any clause violating the strict German law on standard terms in Section 305 *et seq.* German Civil Code would be void. While a concrete contractual provision might pass the general test of good faith and fair dealing in Article 1.7 UNIDROIT Principles, it might nonetheless be treated as void by the German judge who has to apply all mandatory law in force at the place of the competent German court including the German tight law on standard terms in Section 305 *et seq.* German Civil Code as applied by German courts. For example, when interpreting standard terms, the German courts are likely to go beyond the regime for standard clauses in the UNIDROIT Principles and apply the mandatory dispositive consumer-friendly provisions of the German Civil Code even in business-to-business standard terms as a *leitmotif* to determine their validity.<sup>75</sup> That can become troublesome from a business perspective ("B2B"), when, for example, entire global industries act distinctly from concepts developed by the German legislator for the protection of consumers in a national context ("B2C"). As a

<sup>67</sup> See § 157 German Civil Code as published by the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection at [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_157.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_157.html) (visited on 11/13/2018).

<sup>68</sup> See e.g. Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, BGB Kommentar (13<sup>th</sup> ed. 2018) (hereinafter cited as "PWW/author"), § 133 BGB no. 2; PWW/Brinkmann § 157 BGB no. 1.

<sup>69</sup> See note 68.

<sup>70</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), p. XLVIII.

<sup>71</sup> This result was first argued in Brödermann, Uniform Law Review 2011 (note 30), 589, 596; PWW/Brödermann/Wegen (note 69), IPR-Anh. I, no. 4; Vogenauer/Michaels, UNIDROIT Principles Commentary (note 8), Preamble I no. 34; See also implicitly Brödermann, § 6 IPR Münch-Anwaltschdb. IntWirtschR (note 2) no. 269 and 382-383.

<sup>72</sup> See Art. 4.2 *et seq.* UNIDROIT Principles.

<sup>73</sup> See notably the default rules in Chapters 5 and 6 of the UNIDROIT Principles as well as Art. 4.8 UNIDROIT Principles.

<sup>74</sup> See also Brödermann, Hamburg Law Review 2016, p. 21, 40 pointing at Article 9 para. 1 Rome I Regulation (a reference which is, however, not needed in the case study discussed here because the mandatory law is part of the *lex contractus*).

<sup>75</sup> Müller, AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand in IWRZ 2018, p. 154; Brödermann, Hamburg Law Review 2016, p. 21, 27 ("In a B2B context, pursuant to §§ 310, 307 subpara. 2 No. 1 BGB, a limitation of liability in standard terms and conditions may not lead to a deviation of the core obligations or the core structure of the statutory law", with further references to § 307 subpara. 2 No. 2 BGB).

result, combining the choice of the UNIDROIT Principles with a choice of court clause functions as long as there are no standard terms involved (as measured against the tight and extensive requirements of German national law<sup>76</sup>).

## II. The Combination of a „Choice of Law Clause“ choosing the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with an Arbitration Clause providing for Arbitration in Germany

A case study (variation):

In the same case as discussed at B.I.1., the clause on „Applicable Law“ referring to the UNIDROIT Principles is combined with an arbitration clause providing for arbitration in Hamburg, Germany (as Germany’s largest trading city, Hamburg has a long tradition in arbitration and actually serves as home to over 15 arbitration institutions<sup>77</sup>). Again, the question is if the choice of law clause is effective. Did the parties validly agree on the application of the UNIDROIT Principles?

### 1. Interpretation of the “Choice of the UNIDROIT Principles Clause” in the context of an arbitration clause

In this variation to the case study, the deciding body whose perspective determines the interpretation is an arbitration tribunal seating in Germany (or a Hamburg court in charge of deciding if the arbitration clause is valid<sup>78</sup>). Germany’s arbitration law is contained in the 10<sup>th</sup> Book of the German Code of Civil Procedure (Sections 1025 – 1066) and based on the UNCITRAL Model Law of arbitration. Its Section 1051 contains the international contract law (private international law) on the determination of the applicable contractual regime.

Distinctly from Article 3 para. 2 of the Rome I regulation, Section 1051 of the German Code of Civil Procedure permits parties to choose not only a state law as *lex contractus* but also “rules of law”. When enacting Section 1051 of the German Code of Civil Procedure on “choice of law”, the German legislator was thus much more permissive than the European legislator shaping Article 3 para. 2 of the Rome I regulation. It gave more room to party autonomy and thereby more freedom to maneuver to the companies desirous to determine the applicable regime for their international contract. The rule in Section 1051 of the German Code of Civil Procedure is based on Article 28 of the UNCITRAL Model Law on Arbitration<sup>79</sup>. The considerations below apply thus not only to German law but also to all other nations with an arbitration law that is based on the UNCITRAL Model Law on Arbitration.

Pursuant to the doctrine of severability of the arbitration clause from the main contract<sup>80</sup>, the arbitration clause – a distinct contract – will be interpreted in light of the provision in Section 1051 of the German Code of Civil Procedure. As it includes the possibility of choosing rules of law (soft law) as a subcategory to “choice of law”, the heading “choice of law” in the clause may be interpreted in a broad sense including the choice of soft law like the UNIDROIT Principles. In these circumstances, the clause leads directly to the applicability of the UNIDROIT Principles as the contractual regime of the contract, without any detour via an interpretation pursuant to German state law as in the scenario discussed at B.I.1. above.

As to the details, it needs to be further distinguished. In case of an *ad hoc* arbitration, Section 1051 of the German Code of Civil Procedure provides directly the source of law permitting to choose rules of law like the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

In case that the parties have agreed on arbitration under the rules of a specific arbitration organization like the International Chamber of Commerce (ICC), the German Arbitration Institution (DIS) or the Chinese European Arbitration Center (CEAC), the arbitration rules of the specific arbitration organization usually contain more specific provisions on the choice of law, also permitting the choice of rules of law like the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.<sup>81</sup>

### 2. Legal Consequences of the “Choice of the UNIDROIT Principles Clause” in the context of an arbitration clause providing for arbitration in Germany

Pursuant to Section 1051 of the German Code of Civil Procedure, the UNIDROIT Principles thus provide directly the contractual legal regime. The text of the contract will thus be supplemented by the regime of the UNIDROIT Principles including, like in the solution discussed at B.I, the numerous default rules contained in the UNIDROIT Principles (subject to regulations in the contract which have priority except for the rare situations where the UNIDROIT Principles require a correction, e.g. Art. 7.1.6 UNIDROIT Principles). Contrary to the solution discussed at B.I. German law does not automatically step in on top. Its application is more restricted. It will only step in if it is “internationally mandatory” law. This understanding is expressed in the Official Comments to the UNIDROIT Principles<sup>82</sup>. An example for such “internationally mandatory” law is the law on anti-corruption<sup>83</sup> or on the compensation of agents in case of termination in Section 89b German Commercial Code. In contrast, the German law on standard terms (which was applicable when the choice of the UNIDROIT Principles clause was combined with a choice of court clause providing for the competence of German courts) is generally not perceived as “internationally

<sup>76</sup> Section 305 b German Civil Code, *see v. Westphalen*, AGB-Recht im ersten Halbjahr 2018 in NJW 2018, p. 2238 *et seq.*

<sup>77</sup> J. Trappe, Schiedsgerichtsbarkeit, in: J. Albers (ed.), Recht und Juristen in Hamburg, Köln 1994, p.141 *et seq.*; Brödermann/Rosengarten, IPR/IZVR (note 28), no. 740.

<sup>78</sup> See Section 1032 German Code of Civil Procedure.

<sup>79</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.

<sup>80</sup> See Born, International Commercial Arbitration, Vol. I, 2<sup>nd</sup> edition 2014, p. 350.

<sup>81</sup> Article 21 ICC Rules (2017), Article 24.1 DIS-Rules (2018), Article 35 CEAC-Rules (2012).

<sup>82</sup> Official Comments, Art. 1.4, pp. 11-12.

<sup>83</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 1.4, no. 3.

mandatory" law requiring application independently of the applicable legal regime.<sup>84</sup> As the UNIDROIT Principles do contain a regime on standard terms in Articles 2.19 through 2.1.21 (which is supplemented by the general rules, e.g. on fair dealing and good faith in Article 1.7 UNIDROIT Principles), the chosen rules of the UNIDROIT Principles apply which are much more appropriate (and easier to handle) for an international business-to-business contract.<sup>85</sup> In these circumstances, there is no basis to apply the tight standards of German national law on standard terms.

Thus, the scope of applicable mandatory law is more restrictive when a choice of UNIDROIT Principles clause is combined with an arbitration clause providing for arbitration in Germany as compared with the scenario discussed above at B.I. where the choice of UNIDROIT Principles clause was combined with a choice of court clause providing for the competence of German courts.

### C. Summary and Evaluation

Corporate law or business judgment often require to consider (and to agree on) neutral rules of law like the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as compared to any given state of law. It is possible to integrate the UNIDROIT Principles in international contracts both into scenarios where they are combined with a jurisdiction clause and in scenarios where they are combined with an arbitration clause. Only the latter approach integrating arbitration brings full effect to the UNIDROIT Principles. In contrast, the combination of a choice of UNIDROIT Principles clause with a choice of court clause functions only well if the contract is individually negotiated as defined according to the tight (and over-arching) German law on standard terms<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Pfeiffer, Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens in NJW 2012, p.1169 with further references; see Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 1.4, no. 4.

<sup>85</sup> Brödermann, UNIDROIT Principles Commentary (note 1), Art. 2.1.19, no. 4.

<sup>86</sup> See above note 76.

Dr. Daniel Valdini/Matthias Klatt\*

# „Gun Jumping“ – Grundlagen und aktuelle Rechtsentwicklung

## A. Einleitung

Die allgemein gebräuchliche englische Redensart „To jump the gun“ lässt sich mit „einen Frühstart machen“ oder „voreilig sein“ übersetzen.<sup>1</sup> Im Bereich der kartellrechtlichen Fusionskontrolle bezeichnet die Formulierung „Gun Jumping“ als international gebräuchlicher *terminus technicus* hingegen die Gesamtheit der Fallstricke, die es zu vermeiden gilt, wenn Unternehmen einen bei einer nationalen Kartellbehörde oder der Europäischen Kommission (Kommission) anmeldepflichtigen Zusammenschluss planen und vorbereiten. Für Unternehmen stellt sich nämlich im Stadium vor Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens bis zur endgültigen Freigabe durch die zuständige Kartellbehörde die sehr dringliche Frage, inwiefern und zu welchem Zeitpunkt sie bestimmte Maßnahmen treffen dürfen, ohne dabei gegen das Verbot des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens vor dessen Freigabe zu verstoßen. Die Beurteilung einzelner „Vorfeldmaßnahmen“ gestaltet sich dabei schwierig, da nicht nur verschiedene mitgliedstaatliche Rechtsordnungen oder europäische Vorgaben relevant sein können, sondern auch sich zuweilen widersprechende Rechtsprechung beachtet werden muss. Darüber hinaus drohen hohe Bußgelder. Auf der anderen Seite unterliegen die zuständigen Behörden relativ kurzen Prüf Fristen. Dies mildert zwar die Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen, lässt das Bedürfnis aber nicht unberührt, möglichst schnell Klarheit bezüglich des Vorhabens zu erlangen.

Für die Situation vor der Freigabe eines Zusammenschlusses haben sich mittlerweile spezielle Stillhaltepflichten herauskristallisiert (dazu unter B.). Diese sind im europäischen (B. I.) und deutschen (B. II.) Recht zwar ähnlich, weisen aber auch in entscheidenden Punkten Unterschiede auf. Da die Normen und insbesondere der Begriff des Vollzugs weit und offen formuliert sind, um den zuständigen Behörden den notwendigen präventiven Handlungsspielraum zu gewährleisten, den diese benötigen, kommt es vor allem auf die Präzisierung durch die Rechtsprechung an. In jüngster Vergangenheit kamen hier zwei grundlegende Entscheidungen hinzu, die einer genaueren Betrachtung bedürfen (dazu unter C.). Insbesondere scheinen sich zwischen europäischer und deutscher Auslegung des Vollzugsverbots Divergenzen zu ergeben, deren Konsequenzen kritisch hinterfragt werden müssen (C. III.).

## B. Europäische und deutsche Rechtslage

Bevor die aktuelle Rechtsentwicklung anhand zweier neuer Urteile des BGH und des EuGH dargelegt werden kann,

sollen die rechtlichen Grundlagen der europäischen und deutschen Fusionskontrolle dargestellt werden. Dabei wird sich zeigen, dass auf den beiden Ebenen zwar grundsätzlich ein ähnliches Modell des Vollzugsverbotes gewählt wurde, es aber beachtliche Unterschiede bei den Zusammenschlussstatbeständen gibt. Hält man sich diesen Befund vor Augen, wird anschließend auch die unterschiedliche Auslegung der europäischen und deutschen Gerichte besser verständlich.

### I. Europäische Rechtslage: Fusionskontrollverordnung

Die Zusammenschlusskontrolle innerhalb der Europäischen Union richtet sich nach der Fusionskontrollverordnung (FKVO).<sup>2</sup> Wenn ein Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung hat, findet allein die FKVO Anwendung; das nationale Recht der Mitgliedsstaaten wird insofern verdrängt (Art. 21 Abs. 3). Ein Zusammenschluss liegt nach Art. 3 vor, wenn eine „dauerhafte Veränderung der Kontrolle“ über das Zielunternehmen stattfindet. Dies geschieht entweder in Form einer Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a) oder im Wege des Kontrollerwerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. b). Wann ein solcher Kontrollerwerb vorliegt, wird in Art. 3 Abs. 2 näher erläutert. Ausnahmetatbestände finden sich in Art. 3 Abs. 5 wieder. „Gemeinschaftsweite Bedeutung“ hat nach Art. 1 Abs. 2 ein Zusammenschluss, wenn gewisse Umsatzschwellen überschritten werden, die in Art. 1 Abs. 2 und 3 festgelegt sind.

Damit die Kommission ihrer Prüfungskompetenz hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt nachkommen kann, bedarf es einer Anmeldung durch die beteiligten Unternehmen, Art. 4. Danach beginnt die Kommission mit einem Vorverfahren, das zu drei Ergebnissen führen kann: *Erstens* kann festgestellt werden, dass der Zusammenschluss nicht unter die Verordnung fällt (Art. 6 Abs. 1 lit. a), *zweitens* kann die Kommission beschließen, keine Einwände gegen den Zusammenschluss zu erheben, da keine ernsthaften Bedenken bestehen (Art. 6 Abs. 1 lit. b) und *drittens* kann sie bei ernsthaften Bedenken das sog. Hauptverfahren einleiten (Art. 6 Abs. 1 lit. c). In einem solchen Hauptverfahren kann die Kommission den Zusammenschluss insbesondere für unvereinbar mit dem Binnenmarkt erklären, Art. 8 Abs. 3. Es kommt allerdings selten vor, dass die Kommission ein solches Verfahren überhaupt einleitet – die meisten Zusammenschlüsse werden bereits im Vorverfahren abschließend bearbeitet.

Das Vorverfahren darf maximal 25, das Hauptverfahren 90 Arbeitstage in Anspruch nehmen. Während dieser Zeit greift das Vollzugsverbot der europäischen Fusionskontrolle

\* Der Autor Valdini ist Rechtsanwalt, der Autor Klatt Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei White & Case LLP, Hamburg.

<sup>1</sup> Langenscheidt Collins, Großwörterbuch Englisch, Neubearbeitung 2008, S. 362.

<sup>2</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004, Nr. L 24, S. 1. Alle Artikel im Folgenden ohne Gesetzesangabe sind solche der FKVO.

aus Art. 7 Abs. 1: Bis zu einer Vereinbarkeitserklärung mit dem Binnenmarkt durch die EU-Kommission darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden.<sup>3</sup> Sollte ein Vollzug dennoch stattfinden, hat dies zunächst die schwebende Unwirksamkeit eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zur Folge, vgl. Art. 7 Abs. IV. Darüber hinaus kann die Kommission Geldbußen verhängen, die nach Art. 14 Abs. 2 lit. b) iVm Art. 5 bis zu zehn Prozent des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes betragen können. Schlussendlich können vorzeitig vollzogene Zusammenschlüsse, die mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind, wieder aufgelöst werden, vgl. Art. 8 Abs. 4 (sog. Entflechtung). An einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot sind also schwerwiegende Rechtsfolgen geknüpft.

## II. Nationale Rechtslage: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Das System der nationalen Fusionskontrolle nach dem GWB ist dem europäischen sehr ähnlich: Auch hier muss eine Anmeldung des Zusammenschlusses erfolgen (§ 39 Abs. 1 S. 1 GWB<sup>4</sup>), wenn gewisse Voraussetzungen, insbesondere Umsatzschwellen, erfüllt sind (§ 35). Nach einer ersten Phase der vorläufigen Einschätzung, die vier Wochen dauert, entscheidet das Bundeskartellamt, ob ein Hauptprüfverfahren eingeleitet werden soll (§ 40 Abs. 1). Dies geschieht nur in Ausnahmefällen.<sup>5</sup> Während der gesamten Prüfphase besteht das Vollzugsverbot nach § 41. Der Wortlaut dieser Norm verrät – genauso wie im europäischen Recht – wenig darüber, welche Reichweite diese Stillhaltepflicht eigentlich hat.

Eindeutige Unterschiede zur europäischen Rechtslage bestehen allerdings bei den Zusammenschlusstatbeständen. Während das europäische Recht lediglich die Fusion und den Kontrollerwerb kennt (s.o.), erfasst § 37 weitere Zusammenschlusstatbestände: Insbesondere liegt ein solcher auch dann vor, wenn ein Unternehmen „unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen“ ausüben kann, § 37 Abs. 1 Nr. 4. Allein durch diesen Auffangtatbestand wird die Reichweite der Zusammenschlusskontrolle im Vergleich zum europäischen Recht erweitert.<sup>6</sup> Darüber hinaus besteht bereits bei einem Anteilerwerb von 25 % eine Anmeldepflicht, § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b), was die deutsche Fusionskontrolle im Vergleich zur europäischen zusätzlich ausweitet. Da das Vollzugsverbot an den Zusammenschlusstatbestand anknüpft, hat dieses umfassende Verständnis einer Fusionskontrolle auch Auswirkungen auf dessen Auslegung.<sup>7</sup> Eine weitere Besonderheit des deutschen Kartellrechts ist die Ministererlaubnis nach § 42, mittels derer der/die BundesministerIn für Wirtschaft

und Energie unter anderem die durch das Bundeskartellamt angeordnete Entflechtung eines vor Freigabe vollzogenen, anmeldepflichtigen Zusammenschlusses verhindern kann (§ 41 Abs. 3 S. 1).

## III. Zwischenergebnis

Die europäische und deutsche Fusionskontrolle sind insbesondere hinsichtlich des Verfahrens vergleichbar. Es gibt jeweils ein Vor- und ein Hauptverfahren, während derer das Vollzugsverbot für die beteiligten Unternehmen greift. Im Falle eines Verstoßes bestehen für die zuständigen Kartellbehörden umfassende Sanktionsbefugnisse. Signifikante Unterschiede ergeben sich allerdings bei der Reichweite des Zusammenschlusstatbestands. Hier ist die deutsche Fusionskontrolle weitergehend, da sie nicht lediglich die Fusion und den Kontrollerwerb erfasst.

## C. Aktuelle Entwicklungen

Sowohl im europäischen, als auch im nationalen Kontext stellt sich die Frage, wie der Begriff des Vollzugs und damit auch die Reichweite des entsprechenden Verbots zu verstehen ist. Der weit formulierte Wortlaut der jeweiligen gesetzlichen Grundlagen ist dabei wenig hilfreich, weshalb es vor allem auf die Rechtsauslegung durch die obersten Gerichte ankommt. Diese unterscheidet sich zuweilen deutlich voneinander. Seinen Ursprung hat dies vor allem in der (bereits dargestellten) divergierenden Definition der erfassten Zusammenschlusstatbestände in der europäischen und deutschen Rechtsordnung.

### I. Die Auslegung des Vollzugsverbots durch die europäischen Gerichte

Für die europäische Rechtslage bildet die Praxis der EU-Kommission als oberste Wettbewerbsbehörde den Ausgangspunkt der Betrachtung. Wie bereits erläutert knüpft die europäische Fusionskontrolle daran an, ob ein Erwerb der Kontrolle über das Zielunternehmen stattfindet. Die Kommission nimmt dies unter bestimmten Voraussetzungen auch in Fällen an, in denen lediglich Minderheitsbeteiligungen erworben werden.<sup>8</sup> Durch diese Auffassung erweitert die Behörde den grundsätzlich engen Zusammenschlusstatbestand auf europäischer Ebene, was letztlich auch den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Vollzugsverbots erweitert. Eine klarstellende Entscheidung durch den EuGH zur Reichweite des Vollzugsverbots fehlte aber bislang.<sup>9</sup> Dies änderte sich mit der Entscheidung *Ernst & Young*, in der sich der Gerichtshof erstmals grundlegend mit der Fusionskontrolle und dem Vollzugsverbot beschäftigt hat.<sup>10</sup>

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im November 2013 schlossen die dänischen Ableger der Beratungsgesellschaften *KPMG* und *Ernst & Young* einen Fusionsvertrag. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren

<sup>3</sup> Unter gewissen Umständen ist eine Freistellung von diesem Verbot möglich, vgl. Art. 7 Abs. 3 FKVO. Dies sind jedoch Ausnahmefälle.

<sup>4</sup> Alle §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind im Folgenden solche des GWB.

<sup>5</sup> In 2017 wurden vom Bundeskartellamt insgesamt nur zehn Hauptprüfverfahren durchgeführt. Dagegen wurden in der ersten Phase der Fusionskontrolle 1239 Freigaben erteilt, s. Jahresbericht 2017, S. 10, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht\\_2017.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=5).

<sup>6</sup> Vgl. *Bechtold/Bosch*, in: *GWB Kommentar*<sup>8</sup>, 2015, § 37, Rn. 1; *Thomas*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht*<sup>5</sup>, 2014, § 37, Rn. 3.

<sup>7</sup> Dazu sogleich unter C. II.

<sup>8</sup> Entsch. v. 22.12.1997, M. 1058 – *UniChem/Alliance Santé*; Entsch. v. 30.08.2008, M. 5250 – *Porsche/Volkswagen*; Entsch. v. 23.07.2014, M. 7184 – *Marine Harvest/Morpol*. Vgl. ausführlich zur Praxis der EU-Kommission *Hoffer/Lehr*, *NZKart* 2018, S. 300, 302 ff.

<sup>9</sup> Darauf weist auch noch einmal Generalanwalt *Wahl* in seinem Schlussantrag, 18.01.2018, C-633/16, Rn. 3, hin.

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 31.05.2018 – C-633/16.



die KPMG-Gesellschaften Mitglieder eines internationalen Netzwerks von unabhängigen Wirtschaftsprüfungsunternehmen (KPMG-International). Der Fusionsvertrag mit *Ernst & Young* verpflichtete die KPMG-Gesellschaften in Dänemark dazu, den bestehenden Kooperationsvertrag zu kündigen. Der Zusammenschluss wurde im Mai 2014 unter Vorbehalt einiger Auflagen von den dänischen Kartellbehörden genehmigt. Anschließend wurde mit Wirkung zu Ende September 2014 der Kooperationsvertrag gekündigt. Im Dezember 2014 befand die dänische Kartellbehörde, dass die KPMG-Gesellschaften in Dänemark gegen das Verbot des Vollzugs eines Zusammenschlusses verstoßen hatten, indem sie den Kooperationsvertrag mit KPMG-International kündigten, bevor der Zusammenschluss durch die Kartellbehörde freigegeben worden war. Gegen diese Entscheidung erhob *Ernst & Young* Klage vor dem zuständigen dänischen Gericht, welches dem EuGH anschließend insbesondere zu der Frage ersuchte, inwiefern eine solche Kündigung eines Kooperationsvertrages dem Vollzugsverbot unterfalle.

Zunächst setzte sich der Generalanwalt *Wahl* intensiv mit den Rechtsfragen auseinander. Er kam zu dem Ergebnis, dass solche Maßnahmen nicht vom Vollzugsverbot umfasst seien, „die zwar im Zusammenhang mit dem zu einem Zusammenschluss führenden Prozess getroffen wurden, jedoch den Maßnahmen, die tatsächlich zum Erwerb der Möglichkeit führen, einen bestimmenden Einfluss auf ein Zielunternehmen auszuüben, vorausgehen und sich von diesen trennen lassen.“<sup>11</sup> Für den Fall *Ernst & Young* kam er angesichts dessen zu dem Ergebnis, dass die Kündigung des Kooperationsvertrages nicht vom Vollzugsverbot umfasst gewesen sei, da sie „in keiner Weise zum Wechsel der Kontrolle“ beigetragen habe.<sup>12</sup> Es handele sich lediglich um eine „vorbereitende Maßnahme“.<sup>13</sup>

Der EuGH setzt für seine Argumentation beim Wortlaut des Vollzugsverbots in Art. 7 Abs. 1 an und kommt zu dem Ergebnis, dass sich aus dem offenen Wortlaut die Reichweite des Vollzugsverbotes nicht konkret bestimmen lasse.<sup>14</sup> Daher greift er ergänzend auf Sinn und Zweck des Vollzugsverbots zurück.<sup>15</sup> Telos der Fusionskontrolle sei es, dass „Umstrukturierungen von Unternehmen keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachen.“<sup>16</sup> Dazu sei eine „wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse“ durch europäische Organe notwendig.<sup>17</sup> Um sich einer konkreteren Bestimmung des Vollzugsverbotes weiter zu nähern, setzt der EuGH anschließend bei dem Begriff des Zusammenschlusses aus Art. 3 an, wonach dieser bewirkt wird, wenn eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen stattfindet.<sup>18</sup> Anschließend springt der Gerichtshof wieder zur Reichweite des Vollzugs zurück:

„Der Vollzug eines Zusammenschlusses im Sinne von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 tritt somit ein, sobald die an einem Zusammenschluss Beteiligten Handlungen vornehmen,

die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitragen.“<sup>19</sup>

Der EuGH nähert sich dem Vollzugsverbot also über den fusionskontrollrechtlichen Begriff des Zusammenschlusses: Zusammenschlüsse finden durch Kontrollenerwerb statt, Vollzug liegt vor, wenn ein Beitrag zur Kontrolländerung stattfindet. Unter das Vollzugsverbot fallen demgegenüber keine Maßnahmen, die „nicht erforderlich sind, um eine Veränderung der Kontrolle (...) herbeizuführen“, weil diese „keinen unmittelbaren funktionellen Zusammenhang mit dem Vollzug des Zusammenschlusses“ aufwiesen.<sup>20</sup> Die potentiellen „Auswirkungen auf den Markt“ seien dagegen kein zu berücksichtigender Aspekt in diesem Zusammenhang.<sup>21</sup>

Auf den Fall bezogen subsumiert der EuGH dann abschließend, dass die Kündigung eines Kooperationsvertrages allgemein nicht unter das Vollzugsverbot falle. Zwar sei diese mit dem Zusammenschluss verbunden und könne diesen „begleiten und vorbereiten“, trage aber nicht zu einer „dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen“ bei.<sup>22</sup> Die *Ernst & Young*-Gesellschaften hätten dadurch nämlich „keinerlei Möglichkeit zur Einflussnahme“ auf die dänischen KPMG-Gesellschaften erhalten.<sup>23</sup>

Während der Generalanwalt eine negative Abgrenzung anstellt, also feststellt, was nicht vom Vollzugsverbot umfasst ist, formuliert der EuGH eine Formel, die positiv festhalten soll, wie das Vollzugsverbot auszulegen ist. Letztlich ist die Grundausrichtung einer eher restriktiven Auslegung der Stillhaltepflicht aber die gleiche.

## II. Die Auslegung des Vollzugsverbots durch den BGH

Im Kontext des deutschen Rechts ist, wie bereits dargestellt, § 41 Abs. 1 die für das Vollzugsverbot maßgebliche Norm. An der geplanten Übernahme von *Kaiser's Tengelmann* durch *EDEKA* und den damit einhergehenden Entscheidung(en) des BGH lassen sich sowohl dessen bisherige Praxis als auch dessen neue Auslegungstendenzen darstellen.

Zum Sachverhalt: Das Bundeskartellamt hatte die Übernahme von *Kaiser's Tengelmann* durch *EDEKA* untersagt und weitere Regelungen getroffen, die das Vollzugsverbot absichern sollten. Dabei wurde auch die Durchführung sog. Rahmenverträge für die Warenbeschaffung verboten. Diese Verträge verpflichteten *Kaiser's Tengelmann* dazu, Waren bestimmter Kategorien bei *EDEKA* einzukaufen. Bezüglich aller anderen Warenkategorien wurde *Kaiser's Tengelmann* außerdem die Möglichkeit gegeben, diese zu den gleichen Konditionen zu beziehen, wie sie dem *EDEKA*-Großhandel zugutekommen. Aufgrund der besseren Konditionen im Vergleich zum restlichen Markt, war damit zu rechnen, dass *Kaiser's Tengelmann* nunmehr seinen Bedarf weitgehend

<sup>11</sup> Schlussantrag (Fn. 9), Rn. 98.

<sup>12</sup> Schlussantrag (Fn. 9), Rn. 85.

<sup>13</sup> Schlussantrag (Fn. 9), Rn. 88.

<sup>14</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 37 ff.

<sup>15</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 40 ff.

<sup>16</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 41.

<sup>17</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 41.

<sup>18</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 44 ff.

<sup>19</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 46.

<sup>20</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 49.

<sup>21</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 50.

<sup>22</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 60.

<sup>23</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 61.

bei *EDEKA* gedeckt hätte. Damit wäre es laut Bundeskartellamt auf den Beschaffungsmärkten<sup>24</sup> zu erheblichen Veränderungen gekommen. Die Fusion war durch eine Ministererlaubnis (unter Auflagen) letztlich erlaubt worden, weshalb für *EDEKA* nunmehr noch eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde verblieb, um die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen des Bundeskartellamtes feststellen zu lassen.<sup>25</sup>

Bei seiner Untersagungsentscheidung ging das Bundeskartellamt hinsichtlich des deutschen Vollzugsverbotes von einer denkbar weiten Auslegung aus. Die Behörde vertrat die Auffassung, dass „das Vollzugsverbot auch Vorbereitungshandlungen erfasse, wenn sie als Teil eines Gesamtplans auf die Verwirklichung eines formellen Zusammenschlusstatbestandes zusteuern und bereits im Vorfeld des Zusammenschlusses nachteilige wettbewerbliche Wirkungen auslösen würden, die sich nachträglich nicht wieder vollständig aus der Welt schaffen ließen.“<sup>26</sup> Das *OLG Düsseldorf* hatte als Rechtsmittelinstanz diese Auslegung zurückgewiesen: Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot sei erst anzunehmen, wenn „der Zusammenschluss rechtlich oder tatsächlich zumindest zu einem Teil vollzogen ist, ohne dass der Teilakt selbst einen Zusammenschlusstatbestand erfüllen muss.“<sup>27</sup> Der *BGH* hat es nun etwas anders formuliert, geht mit seiner Auslegung des Vollzugsverbots aber in die gleiche Richtung:

„Unter das Vollzugsverbot können auch solche Maßnahmen oder Verhaltensweisen fallen, die, ohne selbst einen Zusammenschlusstatbestand auszufüllen, im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und geeignet sind, dessen Wirkungen zumindest teilweise vorwegzunehmen.“<sup>28</sup>

Dabei dürfen diese Maßnahmen „nicht auf die bloße Vorbereitung“ beschränkt sein.<sup>29</sup> Bisher hatte der *BGH* diese Frage offengelassen, worauf er in der aktuellen Entscheidung selbst hinweist.<sup>30</sup> Nun schließt er sich nach einer schulmäßigen Auslegung der gesetzlichen Vorschriften der eher weiten Auslegung des Vollzugsverbotes an:<sup>31</sup> Der Wortlaut sei derart offen, dass jede der bisher vertretenen Auslegungstendenzen möglich sei. Die Gesetzessystematik stehe einer weiten Auslegung des Vollzugsverbots jedenfalls nicht entgegen. Dazu setzt der *BGH* bei § 39 Abs. 6 an: Nach dieser Vorschrift müssen die Unternehmen eines Zusammenschlusses dessen Vollzug unverzüglich anzeigen. Wenn dieser Zusammenschluss in mehreren Schritten ablaufe, greife die Anzeigepflicht erst für den letzten erforderlichen Schritt. Damit solle sichergestellt werden, dass die Unternehmen ihr geplantes Vorhaben auch tatsächlich umgesetzt haben. Das Vollzugsverbot habe demgegenüber die Zielrichtung, einen geplanten Zusammenschluss solange zu verhindern, bis dessen Auswirkungen für den Wettbewerb abschließend geprüft

und geklärt seien. Die verschiedenen Normen verfolgten demnach also unterschiedliche Ziele und deshalb laufe der Begriff des Vollzuges auch nicht parallel. Der Telos des Vollzugsverbotes spreche allerdings gegen ein allzu enges Verständnis: Ziel sei es, „Veränderungen der Marktstruktur entgegenzuwirken, die zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen“. Die präventive Fusionskontrolle soll dazu beitragen, dass später „schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierende Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen“ verhindert werden können. Damit eine weite Auslegung des Vollzugsverbotes zu begründen, ist somit letztlich ein Effektivitätsargument: Um eine möglichst umfassende und frühzeitige behördliche Aufsicht der Fusionen zu gewährleisten, müssen bereits den Zusammenschluss teilweise vorwegnehmende Maßnahmen erfasst werden.

Damit hat der *BGH* zunächst eine relativ griffige Generalformel vorgelegt. Anhand von Konkretisierungen im Detail macht er sodann klar, welche Maßnahmen genau unter das Vollzugsverbot fallen können. Dies seien etwa solche, „durch die der Erwerber (...) bereits Befugnisse erhält, die er nach dem beabsichtigten Zusammenschluss nur kraft seiner Position als Inhaber der Geschäftsanteile und Gesellschafterrechte ausüben könnte, ferner Maßnahmen, die die mit dem Zusammenschluss erstrebte Integration der beteiligten Unternehmen teilweise vorwegnehmen.“<sup>32</sup> Zusätzlich könne entscheidend sein, ob die Maßnahme „zu einem Verhalten führt, das bei einem Unternehmen, das selbstständig über sein Marktverhalten entscheidet, nicht zu erwarten wäre.“<sup>33</sup> Im *EDEKA/Kaiser's Tengelmann*-Rechtsstreit hat der *BGH*, ebenso wie das *OLG Düsseldorf* und das Bundeskartellamt zuvor, eine solche dem Vollzugsverbot unterliegende Maßnahme im sog. Rahmenverträgen für Warenbeschaffung gesehen.

### III. Gemeinsamkeiten und Divergenzen

Bei der Gegenüberstellung dieser grundsätzlichen Entscheidungen zum nationalen und europäischem Vollzugsverbot lässt sich konstatieren, dass eine abweichende Auslegung durch die beiden Gerichtshöfe stattfindet.<sup>34</sup> Die Ursachen liegen aber weniger in einer Meinungsverschiedenheit, als in einem Unterschied der gesetzlichen Grundlagen (s.o.). Der Begriff des Zusammenschlusses ist innerhalb der nationalen und europäischen Fusionskontrolle nicht identisch.<sup>35</sup> Während Art. 3 Abs. 1 allein auf den Kontrollwerb des Zielunternehmens abstellt, sind in § 37 Abs. 1 noch weitere Zusammenschlusstatbestände geregelt.<sup>36</sup> So ist nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 ein Zusammenschluss auch gegeben, wenn eine „Verbindung von Unternehmen“ vorliege, wodurch ein Unternehmen „erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen“ ausüben kann. „Erheblicher Einfluss“ ist dabei etwas völlig anderes, als der (teilweise) Erwerb der „Kontrolle“ über ein Unternehmen, wie es die FKVO

<sup>24</sup> Der Beschaffungsmarkt ist derjenige zwischen den Herstellern von Waren und den Lebensmitteleinzelhändlern.

<sup>25</sup> Zu alldem *BGH*, Beschl. v. 14.11.2017 – KVR 57/16, Rn. 73 ff.

<sup>26</sup> *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 09.12.2015 – VI-Kart 1/15 (V), Rn. 75.

<sup>27</sup> *OLG Düsseldorf* (Fn. 26), Rn. 76 ff.

<sup>28</sup> *BGH* (Fn. 25), Rn. 55.

<sup>29</sup> *BGH* (Fn. 25), Rn. 60.

<sup>30</sup> *BGH* (Fn. 25), Rn. 55 mit Verweis auf Beschl. v. 11.11.2008 – KRB 47/08, Rn. 10.

<sup>31</sup> Zur folgenden Argumentation *BGH* (Fn. 25), Rn. 56 ff.

<sup>32</sup> *BGH* (Fn. 25), Rn. 61.

<sup>33</sup> *BGH* (Fn. 25), Rn. 61.

<sup>34</sup> So v. *Graevenitz*, *EUZW* 2018, 606, 607; *Herrlinger/Valdini*, *NZKart* 2018, 308 ff.

<sup>35</sup> So auch *Bach*, in: *MüKo-Kartellrecht*, Band 1<sup>2</sup>, 2008, § 37 *GWB*, Rn. 5. S. dazu auch bereits oben.

<sup>36</sup> *Herrlinger/Valdini*, *NZKart* 2018, 308, 309.

verlangt.<sup>37</sup> Die deutsche Fusionskontrolle setzt damit also bereits zu einem früheren Zeitpunkt an. Aufgrund dieses weiteren Verständnisses des Zusammenschlusses ist es auch nicht verwunderlich, dass der BGH zu einer weiten Auslegung des Vollzugsverbots gelangt. Die Divergenzen der Rechtsprechung sind also systeminhärent.

Letztlich entsteht dadurch eine Uneinheitlichkeit der nationalen und europäischen Fusionskontrolle. Dies widerspricht nicht dem Ziel einer Harmonisierung von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht aus Art. 3 VO 1/2003<sup>38</sup>, der nach seinem Wortlaut gerade nicht auf die Fusionskontrolle anwendbar ist (Abs. 3). Zwar mag man die Legitimation strengerer nationaler Regelungen infrage stellen, weil dadurch die wirtschaftlich unbedeutenderen Verhaltensweisen strenger behandelt würden, als grenzüberschreitende Sachverhalte mit stärker wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen.<sup>39</sup> Für die deutsche Fusionskontrolle bedeutet dies jedoch nicht, dass eine Angleichung hinsichtlich der Zusammenschlusstatbestände und des Vollzugsverbots rechtlich geboten ist. Wenn die nationale Fusionskontrolle einschlägig ist, wird sie durch abweichende Regelungen des Europarechts inhaltlich nicht eingeschränkt.<sup>40</sup> Hier geht es nämlich nicht um die Frage, ob Recht einheitlich angewendet wird (Rechtsanwendungsgleichheit), sondern ob einheitliche Normen bestehen (Rechtsnormgleichheit).<sup>41</sup> Bei der Herstellung von Rechtsanwendungsgleichheit sind Gerichte als Hauptakteure am Zug.<sup>42</sup> Die Normgleichheit kann allerdings nur vom Gesetzgeber realisiert werden. Will man eine völlige Angleichung der nationalen (das heißt: auf nationale Sachverhalte bezogene) an die europäische (das heißt: die grenzüberschreitende) Fusionskontrolle erreichen, kann dies nur durch eine Anpassung des Wortlauts, insbesondere des Zusammenschlusstatbestandes geschehen.

Letztlich ist aber wohl damit zu rechnen, dass sich der BGH oder ein anderes nationales Gericht bei nächster Gelegenheit per Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH rückversichern wird, ob das EU-Recht einer solchen (strengeren) nationalen Regelung entgegensteht. Wie gezeigt wurde, ist dies eigentlich nicht notwendig (der Fall).

## D. Fazit

Der BGH konnte, da der EuGH seine Entscheidung in Sachen *Ernst & Young* noch nicht erlassen hatte, zurecht darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung der europäischen Gerichte seiner Auslegung nicht entgegensteht.<sup>43</sup> Eine solche Konfliktsituation ergibt sich aber auch nach dieser Entscheidung nicht, da die nationale Fusionskontrolle für Inlandssachverhalte nicht dem europäischen Recht, insbesondere nicht der

FKVO, unterliegt. Eine vollständige Anpassung der europäischen Regelungen an das deutsche Recht der Fusionskontrolle könnte nur gelingen, wenn der Gesetzgeber den Zusammenschlusstatbestand weiter an die FKVO angleicht. Derzeit können sich aus dem Urteil *Ernst & Young* für die nationale Fusionskontrolle also keine Konsequenzen ableiten lassen. Damit ist eine gewisse Uneinheitlichkeit im europäischen Mehrebenensystem zu konstatieren, die diesem allerdings inhärent sind. Insofern ergibt sich auch keine Rechtsunsicherheit, da nun sowohl für die nationale, als auch die europäische Fusionskontrolle konkretisierte Auslegungen bestehen.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 FKVO.

<sup>38</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABi Nr. 1 L 1 S. 1.

<sup>39</sup> Zuber, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht<sup>3</sup>, 2016, Art. 4 VerfVO, Rn. 21.

<sup>40</sup> Kallfaß, in: *Lange/Bunte*, Kartellrecht Kommentar, Band 1<sup>13</sup>, 2018, § 35 GWB, Rn. 48.

<sup>41</sup> Zu dieser Entscheidung vgl. *Lohse*, DVBl. 2018, 1120, 1121.

<sup>42</sup> *Lohse* (Fn. 41), 1126 f.

<sup>43</sup> BGH (Fn. 25), Rn. 64 ff.

Giacomo Sebis\*

# Das Übereinkommen von Paris und das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten

## A. Einleitung

Am 3.12.1968 stellte die Generalversammlung der Vereinten Nationen in ihrer Resolution *Problems of the Human Environment*<sup>1</sup> fest, dass zur Bewältigung von Umweltproblemen globale Gegenmaßnahmen notwendig sind. Zum Schutze der Umwelt müssen also alle Staaten beitragen.<sup>2</sup> Deutlicher formuliert wurde diese gemeinsame Verantwortung in den darauffolgenden Jahrzehnten etwa in Prinzip 24 der Erklärung der Konferenz der Vereinten Nationen über die menschliche Umwelt<sup>3</sup> oder Prinzip 27 der Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung (Rio-Erklärung).<sup>4</sup> In einer heterogenen Staatengemeinschaft stellt sich aber die Frage, wie eine gerechte Verteilung der durch den gemeinsamen Umwelt- und Klimaschutz anfallenden Kosten zu gestalten ist.

Das in der Rio-Erklärung von 1992 erstmals ausdrücklich formulierte umweltvölkerrechtliche Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten (auf Englisch *principle of common but differentiated responsibilities - CBDR*)<sup>5</sup> bietet einen für diese Frage geeigneten Lösungsansatz. Es verkörpert den Grundgedanken, dass die Staaten der Welt zwar eine gemeinsam zu tragende Verantwortung gegenüber der Umwelt haben, die konkreten Verpflichtungen für einzelne Staaten oder Staatengruppen aber nicht identisch, sondern differenziert ausfallen. Dieses Prinzip hat bereits in einer Reihe von Umweltschutzinstrumenten Ausdruck gefunden, und die vorerst letzte Etappe der Anwendung und Entwicklung dieses Prinzips stellt das Übereinkommen von Paris (PÜ)<sup>6</sup> dar. Dieser Artikel zeigt nachfolgend auf, dass das CBDR-Prinzip das PÜ wesentlich inspiriert hat. Zugleich wird ausgeführt, inwieweit das PÜ die dem CBDR-Prinzip innewohnende Dynamik erfolgreich zum Ausdruck bringt.

## B. Das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten

Das CBDR-Prinzip hat sich aus Gerechtigkeitserwägungen im allgemeinen Völkerrecht entwickelt<sup>7</sup> und greift die

Unterschiede zwischen Staaten auf.<sup>8</sup> Es impliziert eine gerechte Lastenverteilung,<sup>9</sup> durch welche die für einen funktionierenden globalen Klimaschutz essentielle Einbindung der Entwicklungsstaaten<sup>10</sup> gewährleistet wird. Allerdings ist das CBDR-Prinzip selbst inhaltlich nicht näher konkretisiert,<sup>11</sup> sodass die Zuteilung von Pflichten multilateraler Klimaschutzverträge bedarf.<sup>12</sup>

### I. Elemente des Prinzips der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten

Das CBDR-Prinzip besteht aus zwei wesentlichen Strukturmerkmalen: Es normiert erstens eine gemeinsame Verantwortung aller Staaten für einen wirksamen Klimaschutz, und fordert zweitens differenzierte Pflichten zur Erreichung dieses Ziels.<sup>13</sup>

Die Auswirkungen verschiedener Umweltbelastungen machen vor den Grenzen von Staaten keinen Halt<sup>14</sup> und sind somit ein globales Problem.<sup>15</sup> Ein Staat alleine kann deshalb keinen wirkungsvollen Klimaschutz betreiben.<sup>16</sup> Schließlich sind im Umweltvölkerrecht mittlerweile auch die Konzepte des gemeinsamen Erbes der Menschheit<sup>17</sup> und des gemeinsamen Anliegens der Menschheit<sup>18</sup> ausformu-

lersmann, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt, 2000, S. 35 ff.; *Sands/Peel/Fabra/MacKenzie*, Principles of International Environmental Law<sup>4</sup>, 2018, S. 244.

<sup>8</sup> *Epiney*, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), 24/2007, 31, 33 f.; *Hey*, Common but Differentiated Responsibilities, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, www.mpepil.com (MPEPIL), Rn. 1; *Rajamani/Maljean-Dubois*, La mise en œuvre du droit international de l'environnement = Implementation of International Environmental Law, 2011, S. 151 ff.

<sup>9</sup> *Bruneé*, in: *Ebbeson/Okowa* (Hrsg.), Environmental Law and Justice in Context, 2009, S. 327; *Dupuy/Viñuales*, International Environmental Law, 2015, S. 73; *Kellersmann* (Fn. 7), S. 35; *Rajamani*, Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL), 2000, 120, 123 f.

<sup>10</sup> *Halvorsen* (Fn. 7), S. 67; *Gappa*, Grenzausgleichsmaßnahmen als Klimaschutzinstrument: Das Wirkungsgeflecht von Welthandelsrecht und Klimarecht unter besonderer Berücksichtigung des Prinzips der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit, 2014, S. 88 ff.

<sup>11</sup> *Epiney*, APuZ 24/2007, 31, 33 f.; *Kellersmann* (Fn. 7), S. 49.

<sup>12</sup> *Kreuter-Kirchhof*, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht: Die Kyoto-Mechanismen, 2005, S. 517.

<sup>13</sup> *Kellersmann* (Fn. 7), S. 48; *Sands/Peel/Fabra/MacKenzie* (Fn. 7), S. 246 f.

<sup>14</sup> *Halvorsen* (Fn. 7), S. 30; *Rajamani*, RECIEL 2000, 120, 121.

<sup>15</sup> *Matsui*, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 2002, 151, 153; *Stocker*, Das Prinzip des Common Heritage of Mankind als Ausdruck des Staatengemeinschaftsinteresses im Völkerrecht, 1992, S. 32 f.; *Markus*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2016, 715, 717.

<sup>16</sup> *Rajamani*, RECIEL 2000, 120, 121; *Weiss*, in: *Lang* (Hrsg.), Sustainable Development and International Law, 1995, S. 21.

<sup>17</sup> Dazu *Odenthal*, Die Umweltpflichtigkeit der Souveränität: Reichweite und Schranken territorialer Souveränitätsrechte über die Umwelt und die Notwendigkeit eines veränderten Verständnisses staatlicher Souveränität, 1998; *Stocker* (Fn. 15).

<sup>18</sup> Dazu *Biermann*, Archiv des Völkerrechts (AVR) 1996, 426; *Soltau*, in: *Carlarne/Gray/Tarasofsky* (Hrsg.), Oxford Handbook of International

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

<sup>1</sup> United Nations General Assembly, Problems of the Human Environment, 3.12.1968, GA Res 2398, UN Doc A/Res/2398 (1968).

<sup>2</sup> *Hunter/Salzman/Zaelke*, International Environmental Law and Policy<sup>2</sup>, 2002, S. 402.

<sup>3</sup> United Nations General Assembly, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 16.6.1972, UN Doc. A/CONF.48/14/REV. 1(1973); 11 ILM 1416 (1972).

<sup>4</sup> Rio Declaration on Environment and Development, 13.6.1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I); 31 ILM 874 (1992).

<sup>5</sup> Nachfolgend mit „CBDR-Prinzip“ abgekürzt.

<sup>6</sup> Paris Agreement, 12.12.2015, Dec. 1/CP.21, Annex, UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

<sup>7</sup> *Halvorsen*, Equality Among Unequals in International Environmental Law: Differential Treatment for Developing Countries, 1999, S. 3; *Kel-*

liert worden,<sup>19</sup> denen ein Ethos der Gemeinschaftlichkeit zugrunde liegt. Diese Tatsachen fordern von der gesamten Staatengemeinschaft eine Kooperation zum Schutze der Umwelt,<sup>20</sup> da ohne globales Handeln „die globale Existenzbedrohung abzuwenden“<sup>21</sup> nicht möglich ist. Insofern ist das *CBDR*-Prinzip auch mit dem umweltvölkerrechtlichen Kooperationsprinzip verknüpft.<sup>22</sup>

Der zweite Aspekt des *CBDR*-Prinzips betrifft die unterschiedlichen Verpflichtungen von Staaten. Prinzipiell verweist dieses Element auf den Umstand, dass alle Staaten einen Beitrag zum Umweltschutz leisten müssen, dieser konkrete Beitrag sich von Staat zu Staat jedoch unterscheiden kann.

Hierbei spielen nachfolgende Überlegungen eine Bedeutung. Die strikte Anwendung des völkerrechtlichen Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten auch im Kontext der Verteilung von Lasten zur Förderung des Klimaschutzes würde die faktischen Ungleichheiten zwischen Staaten verleugnen und ungleichen Akteuren gleiche Lasten zuordnen.<sup>23</sup> Dies erscheint bereits aus allgemeinen Gerechtigkeitsabwägungen problematisch.<sup>24</sup> Darüber hinaus tangiert der Aspekt der unterschiedlichen Verantwortlichkeiten das Spannungsfeld zwischen Entwicklung und Klimaschutz und soll zur Entladung von Konflikten in diesem Bereich führen.<sup>25</sup> Es wird der Forderung von Entwicklungsländern Ausdruck verliehen, dass mit einem Klimaschutz keine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entwicklung einhergehen darf.<sup>26</sup> Hier schwingt im *CBDR*-Prinzip der Gedanke intragenerationeller Gerechtigkeit mit.<sup>27</sup> Schließlich prägen zwei weitere Überlegungen die Idee einer differenzierten Verantwortung: zum einen der Verursachungsbeitrag zur Klimaschädigung, und zum anderen die Möglichkeiten, auf negative Auswirkungen von Klimaveränderungen reagieren zu können.<sup>28</sup> Diese soeben erörterten Aspekte laufen auf eine grundsätzliche Unterscheidung von Verpflichtungen für

Staaten auf Grundlage ihres Entwicklungsstandes hinaus.<sup>29</sup> Dabei sollen Industriestaaten die Führung im Klimaschutz übernehmen<sup>30</sup> und weiterreichende Pflichten haben als die Entwicklungsländer.<sup>31</sup>

## II. Niederschlag im Umweltvölkerrecht vor dem Übereinkommen von Paris

Als Geburtsstunde des *CBDR*-Prinzips ist die Rio-Erklärung zu benennen. Prinzip 7 dieser Erklärung hat das Prinzip zum ersten Mal ausdrücklich ausformuliert: „In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities.“<sup>32</sup>

Anschließend fand es noch in Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen (KRK)<sup>33</sup> sowie Art. 10 Abs. 1 des Kyoto-Protokolls zur KRK<sup>34</sup> Erwähnung, aber wie genau eine Differenzierung von Staatenverpflichtungen im Lichte einer gemeinsamen Verantwortung aussehen soll, wird in keinem dieser Verträge näher ausformuliert. Ein genauer Blick auf weitere multilaterale Umweltschutzverträge bietet mehr Aufschluss, da sie Vorschriften enthalten, welche den Industriestaaten durchaus weitreichende Vertragsverpflichtungen auferlegen, also doppelte Standards<sup>35</sup> bezüglich des Klimaschutzes für Industrie- und Entwicklungsstaaten erzeugen, und die Bedürfnisse von Entwicklungsländern berücksichtigen.<sup>36</sup>

Zunächst können Industriestaaten substantielle Verpflichtungen auferlegt werden, während Entwicklungsländer keinerlei konkrete Pflichten zu bewältigen haben.<sup>37</sup> Sofern Entwicklungsländer Handlungspflichten treffen, so ergeben sich mehrere Konstellationen. Sie erhalten entweder eine weitaus weniger scharfe Verpflichtung als Industriestaaten<sup>38</sup> oder ihnen wird für die Umsetzung eine längere Frist als den entwickelten Ländern eingeräumt.<sup>39</sup> Außerdem kann der Umfang der zu leistenden Pflichten auch von der Erfüllungshilfe der Industriestaaten abhängig gemacht werden.<sup>40</sup> Eine Unterstützung der Entwicklungsländer kann hierbei

Climate Change Law, 2016, S. 202 ff.

<sup>19</sup> Kreuter-Kirchhof (Fn. 12), S. 521; French, International Comparative Law Quarterly (ICLQ) 2000, 35, 45 f.

<sup>20</sup> Sands/Peel/Fabra/MacKenzie (Fn. 7), S. 244 f.; Perrez, Cooperative Sovereignty: from Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law, 2000, S. 259.

<sup>21</sup> Kellersmann (Fn. 7), S. 49.

<sup>22</sup> Kreuter-Kirchhof (Fn. 12), S. 521; Monien, Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts? Das Nachhaltigkeits-, Vorsorge- und Verursacherprinzip im Mehrebenensystem, 2014, S. 186; Magraw/Hawke, in: Bodansky/Bruneë/Hey (Hrsg.), Oxford Handbook of International Environmental Law, 2007, S. 630; Rajamani, RECIEL 2000, 120, 121.

<sup>23</sup> Halvorsen (Fn. 7), S. 75.

<sup>24</sup> Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, 2003, S. 10.

<sup>25</sup> Dupuy/Viñuales (Fn. 9), S. 73.

<sup>26</sup> Härtel, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, 2012, § 108 Rn. 13; Monien (Fn. 22), S. 181; ausführlich: Scharpenack, Das „Recht auf Entwicklung“, 1996.

<sup>27</sup> Hey, Advanced Introduction to International Environmental Law, 2016, S. 69; Nanda/Pring, International Environmental Law and Policy for the 21<sup>st</sup> Century<sup>2</sup>, 2012, S. 42.

<sup>28</sup> Bartholomäi, Sustainable Development und Völkerrecht: Nachhaltige Entwicklung und intergenerative Gerechtigkeit in der Staatenpraxis, 1997, S. 257; Rajamani, RECIEL 2000, 120, 121; Sands/Peel/Fabra/MacKenzie (Fn. 7), S. 244.

<sup>29</sup> Cullet (Fn. 24), S. 45 f.; Kellersmann (Fn. 7), S. 49; Kreuter-Kirchhof (Fn. 12), S. 523, 525.

<sup>30</sup> In Prinzip 7 der Rio-Erklärung anerkannt; Kellersmann (Fn. 7), S. 52; Rajamani, RECIEL 2000, 120, 122.

<sup>31</sup> Beyerlin/Marauhn, International Environmental Law, 2011, S. 64.

<sup>32</sup> Prinzip 7 der Rio-Erklärung.

<sup>33</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change, 1771 UNTS 107; S. Treaty Doc No. 102-38; U.N. Doc. A/AC.237/18 (Part II)/Add.1; 31 ILM 849 (1992).

<sup>34</sup> Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, UN Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1, Dec. 10, 1997; 37 ILM 22 (1998).

<sup>35</sup> Cullet, Transnational Environmental Law 2016, 305, 324; Kritisch: Matsui, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 2002, 151, 156.

<sup>36</sup> Prinzipien 6 und 11 Rio-Erklärung; Präambel der KRK; Art. 207 See-rechtsübereinkommen der Vereinten Nationen; Art. 2 Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht; Art. 10 Abs. 4 Baseler Giftmüllübereinkommen; Art. 11 Abs. 7 lit. d Mondvertrag.

<sup>37</sup> So etwa Art. 2 und 3 des Kyoto-Protokolls.

<sup>38</sup> Schärfere Pflichten sind für Industriestaaten in Art. 4 Abs. 2 KRK und für OECD-Staaten in Art. 4 Abs. 3 bis 5 KRK geregelt; Vorreiterrolle der Industriestaaten in Art. 3 Abs. 1 KRK ausgedrückt.

<sup>39</sup> Art. 5 Montrealer Protokoll zum Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht (Montrealer Protokoll).

<sup>40</sup> Art. 4 Abs. 7 KRK; Art. 5 Wüstenkonvention; Art. 5 Abs. 5 Montrealer Protokoll; Art. 20 Abs. 4 Biodiversitätskonvention; Art. 10 Abs. 3 Baseler Giftmüllkonvention.

sowohl auf finanzieller Ebene<sup>41</sup> als auch durch den Transfer von Technologie<sup>42</sup> erfolgen. Schließlich ist auch Hilfe im Bereich des Ausbaus von Kapazitäten möglich.<sup>43</sup>

Das *CBDR*-Prinzip erhält somit den Status eines Verteilungsschlüssels im Umweltvölkerrecht.

### III. Bedeutung des *CBDR*-Prinzips für das Umweltvölkerrecht

Das *CBDR*-Prinzip hat indes eine beträchtliche Bedeutung. Zwar ist sein konkreter rechtlicher Status nach wie vor umstritten,<sup>44</sup> häufig wird es aber, in Anlehnung an die Prinzipientheorie von *Dworkin*,<sup>45</sup> rechtstechnisch als Prinzip aufgefasst.<sup>46</sup> Ihm wird insoweit eine robuste Position im Umweltvölkerrecht eingeräumt;<sup>47</sup> eine normative Wirkung des Prinzips wird ausdrücklich anerkannt.<sup>48</sup>

Dabei hat das *CBDR*-Prinzip mehrere wichtige Auswirkungen. Zunächst erstellt es ein materielles Leitbild von internationaler Zusammenarbeit,<sup>49</sup> da es mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten bricht,<sup>50</sup> dadurch aber die Möglichkeit verstärkter internationaler Zusammenarbeit eröffnet, sodass der Kooperation im Umweltvölkerrecht eine herausragende Stellung beigemessen wird. Da das *CBDR*-Prinzip außerdem auf die individuellen Umstände der Staaten abstellt, nimmt es fortgehend Bezug zu den sich ändernden sozio-ökonomischen Umständen und erhält

dadurch eine dynamische, entwicklungs offene Komponente.<sup>51</sup> Da das internationale Klimaschutzrecht von Beginn an auf eine graduelle Entwicklung ausgelegt war,<sup>52</sup> dient die dem *CBDR*-Prinzip zugrunde liegende Dynamik einer solchen Weiterentwicklung. Schließlich beeinflusst das *CBDR*-Prinzip Vertragsverhandlungen und bedingt die Auslegung von Verträgen<sup>53</sup>.

Die dem *CBDR*-Prinzip insgesamt innewohnende Gestaltungskraft wird auch durch den Begriff des „normdirigierenden Prinzips“<sup>54</sup> verdeutlicht.

### IV. Zusammenfassung

Das *CBDR*-Prinzip verweist auf die zwingend erforderliche internationale Kooperation im Umweltvölkerrecht und ermöglicht eine vertiefte, schrittweise zustande kommende Zusammenarbeit zwischen Staaten. Der aktuellste dieser Schritte ist das Übereinkommen von Paris, welches sich, wie sogleich aufgezeigt wird, vollständig im Lichte des *CBDR*-Prinzips bewegt.

## C. Das Übereinkommen von Paris als Ausdruck des Prinzips der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten

Das PÜ wurde am 12.12.2015 auf der 21. Konferenz der Parteien zur KRK in Paris verabschiedet. Da es schon weniger als ein Jahr später, am 4.11.2016, in Kraft trat,<sup>55</sup> wurde damit ein wichtiger Impuls in Richtung eines effektiven Klimaschutzes angestoßen. Mittlerweile haben von den 197 Signatarstaaten 183 das Abkommen ratifiziert.<sup>56</sup> Darunter befinden sich auch alle wichtigen Industrie- und Schwellenländer.<sup>57</sup> Lediglich die Vereinigten Staaten von Amerika haben am 4.8.2017 offiziell ihren Austritt aus dem PÜ erklärt.<sup>58</sup>

Art. 2 Abs. 2 PÜ bezieht sich ausdrücklich auf das *CBDR*-Prinzip: „This Agreement will be implemented to reflect equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances.“<sup>59</sup>

<sup>41</sup> Art. 10 Montrealer Protokoll; Art. 4 Abs. 3, Art. 4 Abs. 4 KRK, den Finanzierungsmechanismus regelt Art. 11 KRK; das Kyoto-Protokoll bestätigt diese Verpflichtung in Art. 11 Abs. 2 lit. a und lit. b; Art. 5 Abs. 3 Montrealer Protokoll; Art. 20 Abs. 2, 21 Biodiversitätskonvention.

<sup>42</sup> Prinzip 9 Rio-Erklärung; Art. 4 Abs. 5, 4 Abs. 7 KRK; Art. 16 Abs. 2, 19 Abs. 1 und 2 Biodiversitätskonvention; Art. 8 Internationaler Vertrag für pflanzengenetische Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft; Art. 10, 5 Abs. 2 Montrealer Protokoll.

<sup>43</sup> Art. 13 Abs. 2 lit. c Internationaler Vertrag für pflanzengenetische Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft.

<sup>44</sup> *Cullet* (Fn. 24), S. 86 ff.; *Cullet*, in: *Vinuales* (Hrsg.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, 2015, S. 236; *Deleuil*, *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)* 2012, 271, 274 ff.; *Gappa* (Fn. 10), S. 110, 127 f.; *Honkonen*, *The common but differentiated responsibility principle in multilateral environmental agreements: regulatory and policy aspects*, 2009, S. 297; *Honkonen*, *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)* 2009, 257, 258; *Rajamani*, *Differential Treatment in International Environmental Law*, 2006, S. 158; *Rajamani*, *RECIEL* 2000, 120, 124.

<sup>45</sup> Zu Prinzipien im Recht: *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 29 ff.

<sup>46</sup> So *Beyerlin/Marauhn* (Fn. 31), S. 70; *Glass*, *Die gemeinsame, aber unterschiedliche Verantwortlichkeit als Bestandteil eines umweltvölkerrechtlichen Prinzipiengefüges: Konkretisierungsvorschläge für künftige Übereinkommen zum Schutz globaler Umweltgüter*, 2008, S. 22; *Schröter*, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts und ihr Beitrag zur Eindämmung des Klimawandels*, 2015, S. 249.

<sup>47</sup> *Joyner*, C. (2002). *Remarks by Christopher C. Joyner. Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 96, 358 f.

<sup>48</sup> *Deleuil*, *RECIEL* 2012, 271, 276; *Matsui*, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2002, 151, 166; So auch: *Boisson/Maljean-Dubois*, *Juristisches Umweltrecht und Entwicklung Durable* 2016, 1, 13 f.

<sup>49</sup> *Kellersmann* (Fn. 7), S. 52.

<sup>50</sup> *Kellersmann* (Fn. 7), S. 35 ff.; *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 12), S. 538; *Stone*, *American Journal of International Law (AJIL)* 2004, 276, 276 ff.; a.A.: *Jahrmarkt*, *Internationales Klimaschutzrecht: Der Weg zu einem Weltklimavertrag im Sinne gemeinsamer, aber differenzierter Verantwortlichkeit*, 2016, S. 315; *Beyerlin/Marauhn* (Fn. 31), S. 63.

<sup>51</sup> *Gappa* (Fn. 10), S. 88; *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 12), S. 538 f., 558; *Carlarne/Gray/Tarasofsky* in: *Carlarne/Gray/Tarasofsky* (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Climate Change Law*, 2016, S. 15; so auch *French*, *ICLQ* 2000, 35, 49 f.

<sup>52</sup> *Schiele*, *Evolution of International Environmental Treaties: The Case of Climate Change*, 2014, S. 102.

<sup>53</sup> *French*, *ICLQ* 2000, 35, 41.

<sup>54</sup> *Vitzthum/Proelß*, *Völkerrecht*<sup>7</sup>, Abschnitt 5, Rn. 99.

<sup>55</sup> Secretary-General of the United Nations, *Paris Agreement*, Paris, 12 December 2015, Entry into Force, C.N.735.2016.TREATIES-XXVII.7.d (Depositary Notification).

<sup>56</sup> Stand: 1.11.2018, siehe: <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification> (letzter Zugriff: 1.11.2018).

<sup>57</sup> *Germanwatch*, *Wendepunkt auf dem Weg in eine neue Epoche der globalen Klima- und Energiepolitik – Die Ergebnisse des Pariser Klimagipfels COP 21*, 2016, S. 4.

<sup>58</sup> Siehe <https://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2017/08/273050.htm> (letzter Zugriff: 10.11.2018).

<sup>59</sup> Art. 2 Abs. 2 PÜ.

## I. Gemeinsame Verantwortlichkeit

Bereits die Menge an Signatarstaaten und Ratifizierungen verdeutlicht, dass dieses Abkommen insgesamt ein globales Übereinkommen<sup>60</sup> ist und deshalb jeden Staat in seinen Wirkungsbereich einbeziehen will.<sup>61</sup> Die Präambel des PÜ bestätigt ausdrücklich, dass der Schutz des Klimas ein gemeinsames Anliegen der Menschheit ist.<sup>62</sup> Insoweit sind auch alle Staaten an die Erreichung des Ziels einer globalen Erwärmungsobergrenze aus Art. 2 Abs. 1 PÜ - aufgrund der (umstrittenen) Rechtsverbindlichkeit des PÜ<sup>63</sup> - gebunden. Außerdem müssen alle Staaten gemäß Art. 3 PÜ Selbstverpflichtungen (*Nationally Determined Contributions – NDCs*) übermitteln und diese ab 2020 alle fünf Jahre intensivieren.<sup>64</sup> Darüber hinaus kommt in der durch die Industriestaaten zur Umsetzung des Vertrages zugesicherten Unterstützung für die Entwicklungsländer der Gedanke globaler Solidarität zum Ausdruck.<sup>65</sup> Eine „solidarspezifische Bindung und Rückbindung der Pflichten an das gemeinsame Ziel“<sup>66</sup> liegt vielen umweltvölkerrechtlichen Verträgen<sup>67</sup> zugrunde und verdeutlicht das im PÜ errichtete „Solidarpaket“.<sup>68</sup>

Insgesamt drückt das PÜ die gemeinsame Verantwortlichkeit im Sinne einer *Global Partnership*<sup>69</sup> deutlich aus.

## II. Differenzierte Verantwortlichkeit

Das differenzierende Element des *CBDR*-Prinzips findet auf mehreren Ebenen Ausdruck,<sup>70</sup> wobei sich die Zuteilung von Pflichten staaten- und themenspezifisch an faktischen Bedürfnissen und Kapazitäten orientiert statt an einer abstrakten Kategorisierung.<sup>71</sup> Zwar spielen Staatenkategorien noch eine gewisse Rolle,<sup>72</sup> allerdings werden diese nirgends definiert.<sup>73</sup> Unter anderem wird dies als „prinzipienbasierte“ Herangehensweise an das *CBDR*-Prinzip aufgefasst.<sup>74</sup>

Nachfolgend werden im Überblick diejenigen Abschnitte des Übereinkommens von Paris untersucht, die sich der Differenzierung von Verpflichtungen maßgeblich widmen.

### 1. Reduzierung der Emissionen

Art. 4 bis 6 PÜ behandeln die Reduktionsverpflichtungen der Staaten. Diese sind, im Gegensatz zum Kyoto-Protokoll, nicht spezifisch vorgegeben.<sup>75</sup> Das bedeutet, dass jeder Staat grundsätzlich selbst über den zu leistenden Beitrag disponieren kann.<sup>76</sup> Art. 4 PÜ enthält dabei eine Reihe von Verhaltensstandards, welche die Ausgestaltung der Selbstverpflichtung in ein Korsett schnüren.<sup>77</sup> Indes entfalten die eingereichten NDCs für Staaten verbindliche Wirkung.<sup>78</sup>

Völkerrechtlich geschuldet sind gemäß Art. 3, 4 Abs. 2 PÜ die Definition und Konkretisierung des eigenen Klimaschutzbeitrages.<sup>79</sup> Diese Verpflichtungen sollen immer die höchsten möglichen Anstrengungen der Parteien widerspiegeln, Art. 4 Abs. 3 PÜ, und dies „*in the light of different national circumstances*.“<sup>80</sup> Letztere Wendung ist ein Zusatz zum *CBDR*-Prinzip und geht auf die gemeinsame Stellungnahme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Volksrepublik China zum Klimawandel<sup>81</sup> zurück<sup>82</sup> und könnte die Einbeziehung zusätzlicher Kriterien zur Bestimmung, wie die höchst mögliche Anstrengung eines Staates aussehen kann, möglich machen.<sup>83</sup>

Diese allgemein gültigen Verpflichtungen werden darüber hinaus von differenzierenden Vorschriften flankiert, die den Entwicklungsländern zugutekommen. In Art. 4 Abs. 1 PÜ wird den Entwicklungsländern eine längere Zeitspanne zum Erreichen des Emissionshöhepunktes zugesprochen.<sup>84</sup> Die Einreichung von sukzessiv ambitionierteren Selbstverpflichtungen wird für Entwicklungsländer durch Art. 4 Abs. 5 PÜ unter den Vorbehalt der Unterstützung durch Industriestaaten gestellt.

### 2. Anpassung

Auch in den Vorschriften zur Anpassung nach Art. 7, 8 PÜ haben alle Staaten zunächst gleiche Obliegenheiten. Art. 7 Abs. 1 PÜ fordert von der gesamten Staatengemeinschaft eine Anpassung an den Klimawandel, den Ausbau adaptiver Kapazitäten sowie die Erhöhung der Widerstandsfähigkeit

<sup>60</sup> Christoff, *Environmental Politics* 2016, 765, 780 f.; Kreuter-Kirchhof, *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl) 2017, 97, 98.

<sup>61</sup> *Jahrmart* (Fn. 50), S. 275.

<sup>62</sup> Präambel des PÜ: „Acknowledging that climate change is a common concern of humankind [...]“.

<sup>63</sup> Christoff, *Environmental Politics* 2016, 765, 775; *Jahrmart* (Fn. 50), S. 264; ausführlich zur Rechtsnatur des PÜ: Bodansky, *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (RECIEL) 2016, 142 ff.; Franzius, *FEU Research Paper No. 3/2017*, S. 1 ff.; Nüchel, *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR) 2017, 525 ff.

<sup>64</sup> Der verpflichtende Fünfjahresrhythmus wird in Art. 4 Abs. 9 PÜ eingeführt, die Steigerung der Bemühungen in Art. 4 Abs. 3 PÜ; der Beginn der nächsten Verpflichtungsperiode beginnend ab 2020 ist in Art. 23, 24 der Annahme des Übereinkommens von Paris, Konferenz der Vertragsparteien zur KRK, 21. Sitzung, UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add. 1 (Entscheidung 1/CP.21) geregelt.

<sup>65</sup> Barrett, in: Stavins/Stowe (Hrsg.), *The Paris Agreement and Beyond: International Climate Change Policy Post-2020*, Harvard Project on Climate Agreements, 2016, S. 78; Kreuter-Kirchhof, *DVBl* 2017, 97, 102 f.

<sup>66</sup> Frauenkron, *Das Solidaritätsprinzip im Umweltvölkerrecht*, 2008, S. 390.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Germanwatch* (Fn. 57), S. 11 ff.

<sup>69</sup> Prinzip 7 der Rio-Erklärung: „States shall cooperate in a spirit of global partnership [...]“.

<sup>70</sup> So Maljean-Dubois, *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (RECIEL) 2016, 151, 156 f.

<sup>71</sup> Kreuter-Kirchhof, *DVBl* 2017, 97, 100 f.

<sup>72</sup> Franzius, *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR) 2017, 515, 518.

<sup>73</sup> Maljean-Dubois, *RECIEL* 2016, 151, 156; Rajamani, *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ) 2016, 493, 513; Voigt/Ferreira, *TEL* 2016, 285, 294.

<sup>74</sup> Voigt/Ferreira, *TEL* 2016, 285, 294.

<sup>75</sup> Böhringer, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 2016, 753, 761; Jayaraman, *Review of Agrarian Studies* 2015, 42, 51 f.; Nüchel, *ZUR* 2017, 527 ff.; Sands/Peel/Fabra/MacKenzie (Fn. 7), S. 322.

<sup>76</sup> Falkner, *International Affairs* 2016, 1107, 1115; Klinsky et al., *Global Environmental Change* 2016, 170, 170 f.; Markus, *ZaöRV*, 715, 746; Mayer, *Revue juridique de l'environnement* 2016, 13, 15.

<sup>77</sup> Frank, *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR) 2016, 352, 355; Voigt, *Questions of International Law* (QIL) Zoom-in 26, 2016, 17, 19 f.

<sup>78</sup> Frank, *ZUR* 2016, 352, 355.

<sup>79</sup> Morgenstern/Dehnen, *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR) 2016, 131, 134; Rajamani, *ICLQ* 2016, 493, 498

<sup>80</sup> Art. 4 Abs. 3 PÜ.

<sup>81</sup> Verfügbar unter <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/11/11/us-china-joint-announcement-climate-change> (letzter Zugriff: 2.11.2018).

<sup>82</sup> Bodansky, *American Journal of International Law* (AJIL) 2016, 288, 299; Maljean-Dubois, *RECIEL* 2016, 151, 153.

<sup>83</sup> Maljean-Dubois, *RECIEL* 2016, 151, 153 f.

<sup>84</sup> Doelle, *Climate Law* 2016, 1, 7.

gegenüber negativen Klimaeinflüssen. Zudem muss jede Partei Informationen bezüglich der getroffenen Anpassungsmaßnahmen kommunizieren, Art. 7 Abs. 10 PÜ.

Entwickelte Staaten werden in Art. 7 PÜ indes nicht erwähnt, es werden nur Regelungen zugunsten von Entwicklungsstaaten niedergelegt.<sup>85</sup> Bezüglich der Informationspflichten profitieren sie gemäß Art. 7 Abs. 10 PÜ zunächst davon, dass die periodischen Berichte für sie keine unverhältnismäßige Bürde darstellen dürfen. Art. 7 Abs. 6 PÜ bekräftigt, dass im Rahmen von Unterstützung und internationaler Zusammenarbeit besonders auf Entwicklungsstaaten geachtet werden muss. Außerdem wird in Art. 7 Abs. 13 PÜ dauerhafte Hilfe für Entwicklungsstaaten zur Erfüllung von Art. 7 PÜ gefordert.

### 3. Erfüllungshilfe

Bereits Art. 3 PÜ zeigt auf, dass Entwicklungsstaaten zur Erfüllung der Verpflichtungen des Übereinkommens Unterstützung benötigen. Eine solche Unterstützung wird an diversen Stellen des PÜ wiederholt, erfährt durch die Vorgaben finanzieller und technologischer Unterstützung für die Entwicklungsländer in Art. 9 und 10 PÜ jedoch den deutlichsten Ausdruck.

Insbesondere Art. 9 PÜ fällt dabei aufgrund seiner asymmetrischen Pflichtenverteilung ins Gewicht, denn nach Art. 9 Abs. 1 PÜ sind primär entwickelte Staaten dazu verpflichtet, Entwicklungsländern bei der Emissionsreduzierung und Anpassung finanziell beizustehen. Art. 9 Abs. 2 PÜ ermutigt darüber hinaus weitere Staaten, an der Klimafinanzierung teilzuhaben. Dies ist eine interessante Neuentwicklung im Vergleich zu vorangegangenen Klima- und Umweltschutzinstrumenten, da nun auch andere Vertragsparteien auf freiwilliger Basis zur Finanzierung beitragen können.<sup>86</sup>

Im Ergebnis enthalten die Vorschriften zur finanziellen Unterstützung die deutlichste Zuteilung der Staatengemeinschaft und zugleich die geringsten Neuerungen im Vergleich zur KRK.

### 4. Transparenz- und Überprüfungssystem

Um die Durchsetzung der *NDCs* sowie der Klimaschutzbemühungen zu ermöglichen, wird im PÜ ein ausführliches Kontrollsystem eingeführt.<sup>87</sup> Dabei findet eine Überprüfung staatlicher Maßnahmen auf mehreren Ebenen statt.

Zunächst ist in Art. 13 PÜ ein umfassendes Transparenzsystem vorgesehen, welches zu Vertrauen zwischen den Staaten und Öffentlichkeitsbeteiligung führen soll. Allerdings ist es in diesem Zusammenhang schwerer, eine differenzierte Behandlung von Staaten zu rechtfertigen. Ziel dieser Vorschriften ist es nämlich, gegenseitiges Vertrauen

aufzubauen,<sup>88</sup> was durch unterschiedliche Pflichten unterminiert würde.<sup>89</sup> Nichtsdestotrotz werden die Bedürfnisse weniger entwickelter Staaten weiterhin berücksichtigt. So sollen etwa unverhältnismäßige Bürden für Staaten vermieden werden, Art. 13 Abs. 3 PÜ. Außerdem wird denjenigen Parteien Flexibilität bezüglich ihrer Pflichten eingeräumt, die eine solche benötigen.<sup>90</sup> Entwickelte Staaten müssen Bericht über die von ihnen gewährte technologische und finanzielle Hilfe ablegen, während Staaten, die eine solche Hilfe freiwillig im Rahmen von Art. 9 Abs. 2 PÜ bieten, Berichte abgeben können, Art. 13 Abs. 9 PÜ.

Außerdem werden die im Rahmen des Transparenzsystems eingereichten Informationen von einem technischen Expertengremium überprüft, Art. 13 Abs. 11 f. PÜ. Dieses Gremium soll den bisherigen Grad der Umsetzung der *NDCs* überprüfen, Verbesserungsmöglichkeiten aufzeigen und die Beständigkeit der bereitgestellten Informationen verfolgen.<sup>91</sup> Außerdem soll denjenigen Entwicklungsländern, die es benötigen, Unterstützung beim Aufbau von Kapazitäten geboten werden, Art. 13 Abs. 11 PÜ. Laut Art. 13 Abs. 12 PÜ soll die Überprüfung schließlich unter Berücksichtigung der Kapazitäten der jeweiligen Staaten erfolgen. Darüber hinaus richten Art. 14, 15 PÜ ein Überprüfungs- und Vertragseinhaltungssystem ein, in dessen Rahmen Prüfungen laut Art. 14 Abs. 1 PÜ auf eine gerechte Weise („*in the light of equity*“) stattfinden sollen.

Das genaue Verhältnis zwischen diesen Überprüfungsmechanismen ist noch nicht genau geklärt und bedarf daher einer genaueren Konturierung durch nachfolgende Konferenzen,<sup>92</sup> doch auch hier deutet sich an, dass den besonderen Bedürfnissen der Entwicklungsländer Rechnung getragen und ihnen Unterstützung geboten wird.

### III. Die Dynamik des CBDR-Prinzips

Die soeben betrachteten Mechanismen des Übereinkommens von Paris dürfen allerdings nicht einzeln betrachtet werden, sondern ergeben erst im Zusammenhang ein stimmiges Gesamtwerk, das auf einen effizienten Klimaschutz ausgerichtet ist. Dabei bedingen sich die Elemente der *NDCs*, des Transparenzsystems und der Überwachung gegenseitig und führen zu einem sich ständig weiterentwickelnden, dynamischen Mechanismus,<sup>93</sup> dessen eingebaute Nichtrücktrittsklausel<sup>94</sup> eine graduelle Verbesserung des Klimaschutzes zum Ziel hat. *Bottom-up*-Elemente der *NDCs* werden durch *Top-down*-Elemente des strengen Überwachungssystems ergänzt.<sup>95</sup>

<sup>85</sup> Voigt/Ferreira, TEL 2016, 285, 299.

<sup>86</sup> Castro, Transnational Environmental Law (TEL) 2016, 379, 383; Doelle, Climate Law 2016, 1, 15; Germanwatch (Fn. 57), S. 11, 18; Rajamani, ICLQ 2016, 493, 512; Voigt/Ferreira, TEL 2016, 285, 299.

<sup>87</sup> Doelle, Climate Law 2016, 1, 2 f.; Franzius, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2017, 515, 519 f.; Sands/Peel/Fabra/MacKenzie (Fn. 7), S. 322, 330.

<sup>88</sup> Falkner, International Affairs 2016, 1107, 1116; Jacoby/Chen/Flannery, Transparency in the Paris Agreement, MIT Joint Program on the Science and Policy of Global Change, Report 308, 2017, S. 4.

<sup>89</sup> Voigt/Ferreira, TEL 2016, 285, 300.

<sup>90</sup> Art. 13 Abs. 2, 3 PÜ.

<sup>91</sup> Art. 13 Abs. 12 PÜ.

<sup>92</sup> Bodansky, AJIL 2016, 288, 313.

<sup>93</sup> Morgenstern/Dehnen, ZUR 2016, 131, 137; Voigt, Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL) 2016, 161, 169; Voigt/Ferreira, TEL 2016, 285, 303.

<sup>94</sup> Böhringer, ZaöRV 2016, 753, 762.

<sup>95</sup> Amelung, Das Paris-Agreement: Durchbruch der Top-Down-Klimaschutzverhandlungen im Kreise der Vereinten Nationen, Otto-Wolff-Discussion-Paper Nr. 03/2016, S. 40; Böhringer, ZaöRV 2016, 753, 762; Castro, TEL 2016, 379, 383; Falkner, International



Insofern bedingen sich die Mechanismen des Übereinkommens von Paris gegenseitig, das verbindende Element ist das *CBDR*-Prinzip. Ausgedrückt durch eine nuancierte Selbstdifferenzierung der staatlichen Verpflichtungen<sup>96</sup> sowie einen hohen Grad an Solidarität zwischen den entwickelten Staaten und Entwicklungsländern legt es die Voraussetzungen für eine global angemessene, fortschreitende Weiterentwicklung des Klimaschutzes und ist damit das Drehmoment für die Dynamisierung des Klimaschutzregimes. Im Übrigen wurde die strikte Dichotomie, die noch im Kyoto-Protokoll vorherrschte, aufgegeben<sup>97</sup> und durch eine fließende Herangehensweise abgelöst.<sup>98</sup>

Diese Umsetzung des *CBDR*-Prinzips wird in der Literatur teils als Weiterentwicklung des *CBDR*-Prinzips angesehen,<sup>99</sup> teils als Neuinterpretation,<sup>100</sup> teils wird behauptet, das PÜ fände keine Lösung bezüglich des Problems der Lastenteilung.<sup>101</sup> Auf jeden Fall zeigt sich in der Dynamik des PÜ<sup>102</sup> die dynamische, entwicklungs offene Komponente des *CBDR*-Prinzips und die wichtige Rolle, die es in der Weiterentwicklung des internationalen Klimaschutzrechts einnimmt.

## D. Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das gesamte PÜ durch das *CBDR*-Prinzip geleitet wird.<sup>103</sup> Die Selbstdifferenzierung, umfangreiche Erfüllungshilfe sowie vielfältigen Erleichterungen für Entwicklungsländer können zu einer sehr feingliedrigen Zuteilung von Pflichten unter dem gemeinsamen Ziel des Klimaschutzes führen. Dabei werden sowohl das gemeinsame als auch das differenzierende Element des *CBDR*-Prinzips deutlich hervorgehoben. Die durchgehende und abgestufte Anwendung des *CBDR*-Prinzips bricht mit der bisher lediglich binären Struktur des Klimaregimes und leitet ein multipolares, fließendes Verhältnis zwischen Staaten ein. Seit der Resolution *Problems of the Human Environment* hat sich im internationalen Klimaschutzrecht viel bewegt, doch das Übereinkommen von Paris, das *CBDR*-Prinzip umfassend anwendend und anerkennend, stellt den bislang zukunftsweisendsten und differenziertesten Meilenstein dieser Entwicklung dar.

---

Affairs 2016, 1107, 1120; *Jahrmarkt* (Fn. 50), S. 265; *Rajamani*, ICLQ 2016, 493, 502, 511; *Savaresi*, University of Edinburgh School of Law Research Paper 2016/03, 1, 6; *Schlacke*, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2016, 65, 66.

<sup>96</sup> *Huggins/Karim*, Transnational Environmental Law (TEL) 2016, 427, 428; *Morgenstern/Dehnen*, ZUR 2016, 131, 133; *Rajamani*, ICLQ 2016, 493, 513; *Voigt/Ferreira*, TEL 2016, 285, 301.

<sup>97</sup> *Castro*, TEL 2016, 379, 382.

<sup>98</sup> *Bodansky*, AJIL 2016, 288, 300.

<sup>99</sup> *Kreuter-Kirchhof*, DVBl 2017, 97, 100.

<sup>100</sup> *Bodansky*, AJIL 2016, 288, 300; *Rajamani*, ICLQ 2016, 493, 509; *Sands/Peel/Fabra/MacKenzie* (Fn. 7), S. 322.

<sup>101</sup> *Schlacke*, ZUR 2016, 66.

<sup>102</sup> *Dagnet/Waskow/Elliott/Northrop/Thwaites/Mogelgaard/Krnjaic/Levin/McGray*, Staying on Track from Paris: Advancing the Key Elements of the Paris Agreement, World Resources Institute, 2016, S. 43; *Voigt/Ferreira*, TEL 2016, 285, 303.

<sup>103</sup> *Maljean-Dubois*, RECIEL 2016, 151, 156; *Voigt/Ferreira*, TEL 2016, 285, 303.

Arlette Gaudence Greitens\*

## Grundrecht auf (Auto-)Mobilität?

Reichweite der grundrechtlichen Gewährleistungen und Anforderungen an den Gesetzgeber mit Blick auf die Verkehrswende

### A. Einleitung

Die „Verkehrswende“ als politisches Ziel ist heutzutage in aller Munde. Während über Dieselfahrverbote in den Innenstädten diskutiert wird, erleben wir täglich überfüllte Straßen im Berufsverkehr. „Verkehrswende“ bedeutet heute in Deutschland: weg vom motorisierten Individualverkehr, hin zu umwelt- und gesundheitsverträglicheren Alternativen. Es kann aber auch den Verlust von Mobilität, und den Verlust eines Gefühls von Freiheit und Flexibilität bedeuten, welches viele mit dem eigenen Auto verbinden. „Mobilität“ ist im verkehrsrechtlichen Sinne die Summe der Möglichkeiten, Interessen durch Ortsveränderungen zu realisieren. Wenn das Parlament eine „Verkehrswende“ durch neue Gesetze in die Tat umsetzen will, stellt sich die Frage, ob ihm hierbei grundrechtlich gewährleistete Mobilitätsanforderungen Grenzen setzen. Gibt es ein Grundrecht auf Mobilität, und ist vielleicht sogar Automobilität grundrechtlich geschützt? Die vorliegende Arbeit wird versuchen, diese Fragen wie folgt zu beantworten: Zunächst soll der bestehende Grundrecht katalog auf Gewährleistungen von Mobilität untersucht werden. Anschließend werden Möglichkeiten zur Schaffung bisher unbenannter Grundrechte erwogen und grundlegende Gewährleistungen von Automobilität untersucht. Auf dieser Grundlage werden schließlich im letzten Abschnitt verfassungsrechtliche Anforderungen an die deutsche Gesetzgebung bei der Umgestaltung der Verkehrssituation herausgearbeitet. Der Fokus aller Erwägungen liegt auf dem städtischen Straßenverkehr in Deutschland.

### B. Grundrechtliche Gewährleistungen der Mobilität – Mobilität im Schutzbereich benannter Grundrechte

#### I. Mobilität als individuelle Grundrechtsausübung

Ein Grundrecht auf Mobilität wird in den Art. 1-19 GG nicht explizit genannt. Ortsveränderungen zu realisieren kann aber in Einzelfällen eine Form der individuellen Ausübung benannter Grundrechte in ihrer subjektiv-abwehrrechtlichen Funktion sein. So wird Mobilität in Form des Autofahrens zum Kernbereich der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit von Taxifahrerinnen. Wenn passionierte Fahrradfahrer auf die Gefahren des Straßenverkehrs aufmerksam machen wollen und sich dafür zum Fahrradfahren auf der Straße treffen, dann kann die kollektive Fortbewegung mit dem Rad sogar sowohl vom Versammlungsbegriff des Art. 8 Abs. 1 GG als auch als Meinungsäußerung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst sein. Diese speziellen Fälle, in denen „Mobilität“ in das Zentrum einer geschützten Freiheitsausübung rückt, kann man allerdings nicht zu einem Grundrechtsschutz der Mobilität verallgemeinern.

#### II. Als Teil objektiver Gewährleistungen

##### 1. Mobilität im Vorfeld der Grundrechtsausübung

Allerdings ist „mobil sein“ eine entscheidende, vorgelagerte Voraussetzung dafür, viele der Freiheiten, die von den Art. 1-19 GG geschützt sind, wahrnehmen zu können. So kann man seinen Aufenthaltsort nur wählen und ändern, wenn man die Möglichkeit hat, sich entsprechend zu ihm hinzubewegen (vgl. Art. 11 Abs. 1 GG). Die oben erwähnten Fahrradfahrer müssen den Ort der Versammlung erst einmal erreichen, die Taxifahrerinnen ebenso die Taxizentrale.

Möglicherweise können bestimmte Güter oder Handlungsweisen, die nicht explizit im Grundrecht genannt sind, von dessen Schutzbereich als Ausübungsvoraussetzung umfasst sein. Dass ein so weites Verständnis des Schutzbereiches mit den grundrechtlichen Garantien vereinbar ist, ist jedenfalls nicht mit dem Argument zu widerlegen, dass eine Voraussetzung nicht explizit im Wortlaut genannt ist. Denn juristische Begriffe haben eine dienende Funktion, sind formbar und inhaltlich anpassbar.<sup>1</sup> Zu untersuchen ist deshalb vielmehr, ob, und wenn ja, wie weit der Schutzbereich vom geschützten Kern auf vorgelagerte Handlungsweisen ausgeweitet werden kann. Der Antwort kann man sich nähern, wenn man einen Blick auf die Grundrechtsfunktionen wirft.

##### a) Abwehrrechtlicher Schutz?

Grundrechte sind in erster Linie subjektive Abwehrrechte, die die Freiheitssphären des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen schützen sollen.<sup>2</sup> Es wird vorausgesetzt, dass allen die bürgerliche Freiheit zunächst zur Verfügung steht und jedermann sie effektiv wahrnehmen kann. Unter dieser Prämisse lässt sich der Wortlaut der meisten Grundrechtsverbürgungen in den Art. 1-19 GG so verstehen, dass, wer im Besitz des jeweiligen Schutzobjekts ist, mit diesem zunächst umgehen kann, wie er oder sie will. Da die Möglichkeit der Inanspruchnahme aber gerade vorausgesetzt wird, ist diese vom grundrechtlichen Tatbestand nicht umfasst.<sup>3</sup> So spricht zum Beispiel Art. 8 Abs. 1 GG von der Freiheit sich zu versammeln und Abs. 2 davon, wann dieses Recht eingeschränkt werden kann. Er verlangt aber nicht, dass jedem Bürger auch garantiert wird, sich tatsächlich versammeln zu können – es sei denn, Hindernis ist gerade ein staatlicher Eingriff. Allerdings hält die Annahme gleicher Ausgangsbedingungen in einer sich ständig wandelnden Gesellschaft mit unterschiedlichen sozialen Schichten,

<sup>1</sup> Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, S. 17.

<sup>2</sup> BVerfGE 7, 198, 205; v. Münch/Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, Band I<sup>6</sup>, 2012, 6 Vorb. Art. 1-19 Rn. 15; Müller-Franken, in: Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG Kommentar<sup>14</sup>, 2017, Vorb. Art. 1 Rn. 17.

<sup>3</sup> Kloepfer (Fn. 1), S. 16.

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

Verdienstmöglichkeiten und Bildungsgraden der Realität nicht stand. Damit Grundrechte weiterhin effektiv wirken können, muss hierfür ein Ausgleich geschaffen werden.

## b) Objektive Gewährleistungen

Das Bundesverfassungsgericht hat schon früh den Freiheitsgarantien weitere Funktionen, die über die bloße Abwehr einschränkenden staatlichen Handelns hinausgehen, zuerkannt: Grundrechte sind auch objektive Gewährleistungen.<sup>4</sup> Aufgabe des Staates ist es also nicht nur, in Ausnahmefällen regelnd einzugreifen, sondern auch, sich aktiv schützend vor seine Bürger zu stellen und ihnen die Grundrechtswahrnehmung zu ermöglichen.<sup>5</sup> Objektive Schutzpflichten gebieten dem Staat außerdem, den Gewährleistungsgegenstand vor Verletzungen und Gefährdungen durch Dritte zu bewahren. Bei der Erfüllung dieser Schutzpflichten kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzung- und Gestaltungsspielraum zu.<sup>6</sup> Er ist aber insoweit beschränkt, als er ein bestimmtes Schutzniveau nicht unterschreiten darf (Untermaßverbot).<sup>7</sup> Es bedarf eines wirksamen Schutzes, der angemessen und ausreichend ist und auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen sowie vertretbaren Einschätzungen beruht.<sup>8</sup>

Ein solcher Schutz könnte in der Sicherung der tatsächlichen Grundrechtsausübung bestehen, welche nicht nur durch Abwehr, sondern vor allem dadurch erreicht wird, dass der Staat durch Leistungen gleiche Ausgangsbedingungen (aktiv) schafft (sog. Entstehenssicherung).<sup>9</sup> Grundrechtsvoraussetzungen sind diejenigen Umstände, die vorliegen müssen, damit ein grundrechtlicher Tatbestand – welcher dann die Möglichkeit der Grundrechtsausübung auslöst – tatsächlich erfüllt werden kann.<sup>10</sup> Der grundrechtliche Schutz einer bestehenden Position ergibt nur Sinn, wenn diese zuvor auch erworben werden konnte, etwa die Eigentumsposition in Art. 14 Abs. 1 GG. Umgekehrt ergeben Grundrechte, die den Erwerb einer bestimmten Position gewähren (z.B. die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG), nur Sinn, wenn sie anschließend auch den Bestand dieser schützen.<sup>11</sup> Um aber den Schutzbereich und die staatlichen Gewährleistungspflichten nicht uferlos auszuweiten, bedarf es einer Eingrenzung, wann bestimmte Bedingungen entstehenssichernd sind. Die Weite des Schutzbereichs ist für jedes Grundrecht unterschiedlich. Damit die Kategorie der Grundrechtsvoraussetzungen ihren Zweck erfüllt, müssen in jedem Fall diejenigen Bedingungen, die unerlässlich für die Erfüllung des grundrechtlichen Tatbestands sind, durch Schutz vor Einschränkungen (abwehrrechtlich) gesichert bzw. durch Leistungen ihre Schaffung gewährleistet werden.<sup>12</sup> Insoweit kann auch Mobilität in einem Mindestmaß vom Schutzbereich einzelner Grundrechte umfasst sein.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 205; BVerfGE 35, 79, 114; 39, 1, 41-51.

<sup>5</sup> BVerfGE 39, 1, 42.

<sup>6</sup> BVerfGE 115, 118, 159 f.

<sup>7</sup> BVerfGE 88, 203, 254 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Band II<sup>3</sup>, 2015, Art. 20 Rn. 198.

<sup>8</sup> BVerfGE 88, 203, 254.

<sup>9</sup> *Kloepfer* (Fn. 1), S. 21.

<sup>10</sup> *Kloepfer* (Fn. 1), S. 16.

<sup>11</sup> Vgl. *Kloepfer* (Fn. 1), S. 30 f.

<sup>12</sup> *Röthel*, Grundrechte in der mobilen Gesellschaft, 1997, S. 191; *Röthel*, NZV 1999, 63, 66.

## 2. Das Existenzminimum – objektive Gewährleistung und darüber hinaus?

Vom Schutz der Menschenwürde durch Art. 1 Abs. 1 GG ist i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG auch umfasst, dass jedem Menschen ein gesichertes Existenzminimum zusteht.<sup>13</sup> Die Garantie des Existenzminimums hat das BVerfG ausnahmsweise zum Inhalt eines originären Leistungsanspruchs deklariert.<sup>14</sup> Er begründet aus staatlicher Sicht zugleich eine objektive Schutzpflicht und den Auftrag an den Gesetzgeber, den Gewährleistungen aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG bei der Rechtsetzung gerecht zu werden.<sup>15</sup> Ob von diesem Schutz auch Mobilität umfasst ist und in welchem Ausmaß, hängt davon ab, ob diese in dem hier definierten Sinne Teil des Existenzminimums ist.

Grundsätzlich bestimmt der Gesetzgeber in seiner grundrechtsausfüllenden Kompetenz, welche Anforderungen an das garantierte Existenzminimum zu stellen sind.<sup>16</sup> Das BVerfG hat aber die Mindestanforderungen insofern konkretisiert, als es physische und soziale Güter, die umfasst sein sollen, benennt:

*„Er [der Leistungsanspruch] gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit (...), als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen (...).“<sup>17</sup>*

Mobilität muss also Bestandteil der Grundbedürfnisse eines Menschen in unserer heutigen Gesellschaft sein. Mobilität, also „Beweglichkeit“ im Sinne von (selbständiger) Fortbewegungsmöglichkeit ist schon notwendiger Bestandteil der physischen Existenz des Menschen: Unsere Evolution und gesellschaftliche Entwicklung sind ohne die körperliche Fähigkeit Orte zu wechseln nicht vorstellbar. Außerdem ist Mobilität wegen immer weiteren Wegen durch anwachsende Ballungszentren und Landflucht unumgänglicher und notwendiger Bestandteil menschlicher Interaktion und Kommunikation, und so auch Teil unserer sozialen Grundbedürfnisse.

Hierin könnte auch eine Antwort auf die weiterführende Frage liegen, was das Existenzminimum der Mobilität ist, welches Mindestmaß an Beweglichkeit also staatlich gewährleistet sein muss. Wenn Mobilität Voraussetzung für die Erfüllung anderer Grundbedürfnisse ist, muss der Staat die Möglichkeiten der Ortsveränderung so ausgestalten, dass jeder diese befriedigen kann. Teilweise finden sich hier Überschneidungen mit den grundrechtlichen Entstehensvoraussetzungen. Sie bieten der Gesetzgebung Orientierung in dem Versuch, den geschuldeten „Erfolg“ der Existenzsiche-

<sup>13</sup> BVerfGE 125, 175; 35, 302, 236; 45, 376, 387; 100, 271, 284.

<sup>14</sup> BVerfGE, 40, 121, 133; 125, 175, 222 f.

<sup>15</sup> BVerfGE 125, 175, 222.

<sup>16</sup> *Antoni*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), GG Kommentar<sup>12</sup>, 2018, Art. 20 Rn. 13; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar<sup>7</sup>, 2018, Art. 20 Rn. 120.

<sup>17</sup> BVerfGE 125, 175, 223.

zung zu konturieren.

Die individuelle Mobilität ist damit Bestandteil des Mindestmaßes an Grundversorgung, das die Würde des Menschen und das Sozialstaatsprinzip gebieten. Insoweit hat der Staat Mobilität nicht nur aufgrund seiner staatlichen Schutzpflichten zu achten, sondern jedermann hat ihm gegenüber einen originären Leistungsanspruch auf diese aus Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG.

### 3. Mobilität und derivative Teilhaberechte

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für jedermann ein Anspruch auf gleiche Teilhabe an staatlichen Leistungen.<sup>18</sup> In Wechselwirkung wird die staatliche Beeinflussung (und Beschränkung) durch Versorgungshandlungen dadurch legitimiert, dass er existenzielle Güter „gleich“ im Sinne von „egalitär“ verteilt.<sup>19</sup> Wenn solche Leistungen von staatlicher Seite im Bereich der Mobilität erbracht werden, um der Gewährleistungspflicht nachzukommen, besteht auch ein Anspruch auf gleiche Teilhabe, also etwa Mitbenutzung des Straßennetzes als Teil des Gemeingebrauchs.<sup>20</sup>

## C. Mobilität als eigenständiges Grundrecht

Wie schon oben dargestellt, spielt Mobilität in vielen Lebensbereichen eine elementare Rolle. Könnte man deshalb so weit gehen, ein eigenständiges Grundrecht auf Mobilität anzuerkennen? Ein Grundrecht, das die bereits bestehenden Bewegungsmöglichkeiten des Einzelnen vor Beschränkungen schützt, also etwa die Nutzung des eigenen Autos und die bestehende Verkehrsinfrastruktur, und zugleich objektiv-rechtlich ein Mindestmaß an Mobilität gewährleistet? Eine gefestigte Dogmatik zu möglichen eigenständigen Grundrechten, die nicht im Grundrechtskatalog genannt sind, gibt es nicht. Das BVerfG hat aber in einigen wenigen Fällen neue „Grundrechte“ benannt.

### I. Unbenannte Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG

Die Allgemeine Handlungsfreiheit verankert die Grundannahme unserer Verfassung, dass jeder Mensch zunächst bis zur Freiheit des anderen frei ist, im Grundrechtskatalog.<sup>21</sup> Weil es anerkannt ist, dass diese allgemein und subsidiär jegliche Form menschlichen Handelns schützt,<sup>22</sup> ist auch die Wahrnehmung von Mobilität in jeglicher Form vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG als dessen Konkretisierung

umfasst.<sup>23</sup> Das BVerfG hat aus dieser allgemeinen Freiheitsgarantie schon mehrfach bestimmte Bereiche herausgelöst und zu spezielleren Gewährleistungen konkretisiert. So hat es das „Allgemeine Persönlichkeitsrecht“<sup>24</sup> (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), aus dem sich weiterhin das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“<sup>25</sup> herausgebildet hat, aber auch die „Vertragsfreiheit“<sup>26</sup>, „Ausreisefreiheit“<sup>27</sup> und das „Taubenfüttern im Park“<sup>28</sup> zu Teilbereichen des Art. 2 Abs. 1 GG ernannt. Es stellt sich die Frage, inwiefern diese Gewährleistungen eigenständige Grundrechte darstellen und welche Begründungsstruktur sich dabei finden lässt.<sup>29</sup>

Als eigenständiges, „unbenanntes Grundrecht“ hat das BVerfG bisher nur das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ausdrücklich bezeichnet.<sup>30</sup> Dieses stellt das „passive“ Gegenstück zur „aktiven“ allgemeinen Handlungsfreiheit dar und wird aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.<sup>31</sup>

Bei den oben genannten weiteren Konturierungen des Art. 2 Abs. 1 GG durch das BVerfG lassen sich jedenfalls Abstufungen dahingehend erkennen, inwiefern sie konkrete Grundrechtsausübungen im Einzelfall oder allgemein gehaltene Teilfreiheiten mit ausfüllungsbedürftigem Gewährleistungsbereich darstellen: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird zwar aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet;<sup>32</sup> was „informationelle Selbstbestimmung“ konkret schützt, muss aber genauer bestimmt werden. Dieser besondere Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welcher sowohl eine abwehrrechtliche als auch eine objektiv-rechtliche Gewährleistung umfasst, nimmt eine Sonderstellung zwischen eigenständigem Grundrecht und lediglich konkreter Freiheitsausübung ein.<sup>33</sup> Tauben im Park zu füttern hingegen ist eine konkrete Handlung und damit lediglich individuelle Grundrechtsausübung. In seiner Unbestimmtheit entspricht ein „Recht auf Mobilität“ am ehesten dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sodass dessen Begründungsstruktur näher zu beleuchten ist.

Wenn man die benannten Freiheitsrechte als Reaktionen des Verfassungsgebers auf besondere Freiheitsgefährdungen ansieht, kann man die Benennung unbenannter Freiheitsrechte als Reaktion der Verfassungsrechtsprechung auf gesellschaftliche Entwicklungen und neu auftretende besondere Freiheitsgefährdungen sehen.<sup>34</sup> Insoweit wurde auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

<sup>18</sup> Müller-Franken, in: Hofmann/Henneke (Fn. 2), Vorb. Art. 1 Rn. 18; v. Münch/Kunig, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Vorb. Art. 1-19 Rn. 21 f.; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Band I<sup>3</sup>, 2013, Vorb. Rn. 93.

<sup>19</sup> Ronellenfitsch, DAR 1992, 321; Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, Kommentar<sup>2</sup>, 2014, Vorb. Rn. 28.

<sup>20</sup> Rebler, SVR 2017, 246, 249; Brenner, DAR 2001, 559, 560; Koch, ZfV 1994, 549, 552.

<sup>21</sup> BVerfGE 6, 32, 36-39; Dreier, in: Dreier (Fn. 18), Art. 2 Abs. 1 Rn. 28; Hofmann, in: Hofmann/Henneke, GG Kommentar<sup>14</sup>, 2017, Art. 2 Rn. 2; Lang, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG<sup>38</sup> (BeckOK GG), Art. 2 Rn. 1.

<sup>22</sup> BVerfGE 6, 32, 36 f.; Merten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band III<sup>1</sup>, 2009, § 56 Rn. 2.

<sup>23</sup> Brenner, DAR 2001, 559; Jahn, NZV 1994, 5, 6.

<sup>24</sup> BVerfGE 54, 148, 153 f.

<sup>25</sup> BVerfGE 65, 1, 41-44; 80, 367; 34, 238, 246 f.;

<sup>26</sup> BVerfGE 8, 274 328.

<sup>27</sup> BVerfGE 6, 32, 41 f.

<sup>28</sup> BVerfGE 54, 143, 144.

<sup>29</sup> S. hierzu ausführlich Röthel, (Fn. 12), S. 199-210.

<sup>30</sup> BVerfGE 54, 148, 153.

<sup>31</sup> BVerfGE 6, 32, 36 f.; 95, 267, 303; Röthel, (Fn. 12), S. 203; Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, Band I<sup>6</sup>, 2012, Art. 2 Rn. 30.

<sup>32</sup> BVerfGE 115, 166, 187; 120, 351, 360; 133, 277 Rn. 105; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar<sup>15</sup>, 2018, Art. 2 Rn. 37; Dreier, in: Dreier (Fn. 18), Art. 2 Abs. 1 Rn. 79.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 120, 351, 360; 133, 277 Rn. 105; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 32), Art. 2 Rn. 37.

<sup>34</sup> BVerfGE 54, 148, 153; Alexy, Theorie der Grundrechte (Nachdruck), 2006, S. 335.

im Zuge technischer Entwicklungen und dem Bedürfnis nach Datenschutz vom BVerfG aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelt.<sup>35</sup> Wie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schon zeigen, bedarf es zusätzlich eines besonderen Rückbezugs auf eine bereits garantierte Freiheit und die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG).

Allerdings ist dabei eines zu beachten: Schon der vorsichtige Umgang des BVerfG mit unbenannten Freiheiten zeigt, dass die Neuschaffung von Grundrechten ohne expliziten Willen des Verfassungsgebers sehr restriktiv zu handhaben ist. Sie birgt nämlich die Gefahr, dass eine Vielzahl unbenannter Grundrechte entsteht, welche vielleicht gesellschaftlich anerkannte und notwendige Werte schützen, aber sowohl die verfassungskonstituierende Macht des Gesetzgebers unterwandern als auch den gesetzgeberischen, demokratisch legitimierten Gestaltungsspielraum für einfache Gesetze erheblich einschränken würden.<sup>36</sup> Der Gefahr eines inflationären „Marktes“ neuer, unbenannter Grundrechte ist deshalb durch die sehr strenge Prüfung der Voraussetzungen zu begegnen.

Fragwürdig ist unter dieser Prämisse vor allem, ob eine besondere (neuartige) Gefahrenlage für unsere Mobilität besteht. Anders als beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung gibt es keinen technischen Fortschritt, vor deren Risiken nicht schon andere grundrechtliche Gewährleistungen hinreichenden schützen. Durch den Umzug vieler Menschen vom Land in die Stadt besteht die Gefahr, dass Menschen auf dem Land – und das betrifft vor allem ältere Generationen – von Grundversorgungsmöglichkeiten, zum Beispiel einem Arzt, und dem sozialen Leben abgeschnitten werden. Doch was die Sicherung und Schaffung von Mobilität betrifft, wird diese über Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG in ihren Mindestanforderungen für Hilfsbedürftige garantiert, sogar als subjektiver Leistungsanspruch. Wenn gesellschaftliche Entwicklungen neue Standards der Mobilität erfordern, dann verändert sich damit nur die Anforderung daran, was der Staat in Erfüllung seiner Gewährleistungsverantwortung zu leisten hat. Die „Mobilitätsfreiheit“ ist deshalb kein spezielles, unbenanntes Grundrecht, sondern vielmehr eine weitere Konkretisierung der Allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

## II. Zwischenbilanz

Aus alledem ergibt sich, dass kein einheitliches, eigenständiges Grundrecht auf Mobilität, weder benannt noch unbenannt, im Grundgesetz existiert. Wie oben herausgearbeitet, ist aber der Schutz von Mobilität an vielen Stellen des Grundrechtskatalogs sowohl subjektiv- als auch objektiv-rechtlich gewährleistet. Daraus ergeben sich für die Gesetzgebung zum einen unterschiedliche Rahmenbedingungen für die inhaltliche Ausgestaltung von Mobilität, zum anderen aber auch – je nach betroffenem Grundrecht – unterschiedliche Schrankenbestimmungen bei gesetzlichen Eingriffen.

## D. Darüber hinaus: Grundrecht auf Automobilität?

Die politische Richtung der Verkehrswende weist auf weniger motorisierten Individualverkehr und mehr Personennahverkehr in den Städten. Das eigene Auto ist für viele Bürgerinnen und Bürger insbesondere außerhalb von Großstädten mit gut ausgebautem öffentlichen Verkehrsnetz aber das meist genutzte Mittel, um von einem Ort zum anderen zu gelangen. Im Zuge möglicher Fahrverbote in Innenstädten oder Geschwindigkeitsreduzierungen auf der Autobahn stellt sich die Frage, ob solchen Maßnahmen nicht nur Mobilität als grundrechtliche Gewährleistung entgegenstehen könnte, sondern sogar ein spezielles Grundrecht auf Automobilität.

### I. Eigenständiges unbenanntes Grundrecht

Auch ein Grundrecht auf Automobilität lässt sich nicht als benanntes Grundrecht im Grundrechtskatalog finden. Möglicherweise finden sich aber verfassungsrechtlich fundierte Gründe, ein eigenständiges unbenanntes Grundrecht der Automobilität mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG anzunehmen.

Die Möglichkeit, sich in einem Kraftfahrzeug fortzubewegen, ist in jedem Fall eine Handlungsmöglichkeit, die den Schutz der Allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG genießt.<sup>37</sup> Versucht man zu begründen, dass Autofahren mehr als bloße Wahrnehmung der Handlungsfreiheit im Einzelfall ist, kann zur Orientierung am ehesten auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zurückgegriffen werden:

Für den besonderen grundrechtlichen (Menschenwürde-)Schutz gerade von Automobilität sprechen vor allem die Flexibilität und Unabhängigkeit, die mit dem Nutzen eines (eigenen) PKW einhergehen und gesellschaftlich als so wertvoll erachtet werden. Würde Automobilität reduziert, könnte ihr heutiges Niveau sinken. Doch aus der Erkenntnis, dass es sich hierbei um erstrebens- und schützenswerte Eigenschaften in einer Gesellschaft handelt, ergibt sich nur, dass sie von der vom Staat zu sichernden Mobilität umfasst sind und dass ihnen in gesetzlichen Regelungen besondere Beachtung geschenkt werden muss. Sie sind für sich genommen potentiell Teilbereiche der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Deshalb ist Automobilität zurzeit noch besonders für die Würde derjenigen essentiell, die schon in ihren Mobilitätsmöglichkeiten eingeschränkt sind, etwa gehbehinderte oder sonst körperlich eingeschränkte Personen.<sup>38</sup> Menschenwürde und Mobilitätsgewährleistungen allgemein schützen diese aber bereits hinreichend, weil Gesetzgebung und Exekutive gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden sind. Auch wenn sie per Gesetz die Verkehrsmittelnutzung ändern, müssen sie das grundrechtlich erforderliche Schutzniveau aufrechterhalten. So können im Falle von Einschränkungen des motorisierten Individualverkehrs Unterschiede gemacht werden zwischen ländlichen Regionen und der Stadt, gewerblichen und privaten Zwecken der Automobilnutzung sowie für bestimmte Personengruppen Ausnahmen und

<sup>35</sup> BVerfGE 65, 1, 41-44; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 31), Art. 2 Rn. 30; *Kunig*, Jura 1993, 595 f.

<sup>36</sup> In diese Richtung argumentiert *Sendler*, NJW 1995, 1468 f.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 17, 307, 313; BVerwGE 4, 181, 185; *Jahn*, NZV 1994, 5, 6; *Brenner*, DAR 2001, 559; *Brenner*, NZV 2009, 374, 376.

<sup>38</sup> *Ronellenfisch*, DAR 1994, 7, 10.

Sonderregelungen geschaffen werden.

Unabhängig von der Frage nach einer neuartigen Gefahrenlage für das Schutzgut der Automobilität ist eine besondere grundrechtliche Stellung entsprechend dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung schon deshalb nicht begründbar, weil sich keine Argumente für einen besonderen Schutz durch die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG gerade für Automobilität finden lassen. Auch Automobilität ist kein eigenständiges, unbenanntes Grundrecht.

## II. Punktueller Schutz durch benannte Grundrechte

Zwar können Grundrechtsvoraussetzungen im Vorfeld der Grundrechtsausübung vom Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts umfasst sein, wenn sie unerlässlich für dessen Verwirklichung sind (s.o. B.II.1.); es ist aber zweifelhaft, ob hierbei nicht nur Mobilität, also die Fortbewegungsmöglichkeit an sich, geschützt ist, sondern Platz bleibt für die Automobilität im Besonderen. Es ist nicht ersichtlich, warum ausgerechnet das Auto für die Ausübung eines bestimmten Grundrechts als Verkehrsmittel notwendig sein sollte. Dies ist vielmehr eine Frage von Verkehrsausgestaltung, grundrechtlichen Mindestanforderungen und Übermaßverbot.<sup>39</sup> Solange also nur Mobilität im Allgemeinen erforderlich ist, kann Automobilität nicht im Speziellen geschützt sein.

Allerdings kann auch das Fahren mit dem Auto Ausübung bestehender Grundrechte sein. Gerade durch das Autofahren werden viele Dienstleistungen wie Warentransporte oder Taxifahrten erbracht, sodass hier Autofahren zur zentralen Tätigkeit der Berufsausübung wird. Wichtig ist Automobilität etwa auch, um die Nutzung von Eigentum zu ermöglichen (Art. 14 Abs. 1 GG).<sup>40</sup> Im Bereich der Eigentumsgarantie ist auch noch das Anliegerrecht hervorzuheben, welches in seinem unantastbaren Kernbereich auch die angemessene Erreichbarkeit des Grundeigentums schützt.<sup>41</sup> Natürlich kann das Autofahren auch konkrete „Entfaltung der Persönlichkeit“ sein gem. Art. 2 Abs. 1 GG.

Hier ist also gerade das Auto als Verkehrsmittel vom Schutzbereich der Freiheitsgarantien umfasst. Ähnlich der Mobilität an sich genießt es dann aber nur punktuell in Einzelfällen diesen Schutz.

## III. Zwischenbilanz

Auch ein eigenständiges Grundrecht auf Automobilität gibt es nicht. Automobilität ist aber ein Teilbereich möglicher Mobilitätsgewährleistungen und wird außerdem punktuell als individuelle Freiheitsausübung geschützt.

<sup>39</sup> Zum Übermaßverbot als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes s. BVerfGE 50, 290, 341 f.; 52, 1, 30; 58, 137, 148; Müller-Franken, in: Hofmann/Henneke (Fn. 2), Vorb. Art. 1 Rn. 53.

<sup>40</sup> BVerfGE 88, 366 (377); Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Band I<sup>3</sup>, 2013, Art. 14 Rn. 55; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 32), Art. 14 Rn. 16.

<sup>41</sup> BVerwGE 94, 136, 142; 30, 235, 238 f.; Röthel, NZV 1999, 63, 65; Brenner, DAR 2001, 559, 560.

## E. Zusammenfassende Konturierung und Reichweite des grundrechtlichen Mobilitätsschutzes: Möglichkeiten und Grenzen der Verkehrswende

Nach dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt bedürfen grundrechtswesentliche staatliche Maßnahmen eines Parlamentsgesetzes.<sup>42</sup> Insoweit hat demnach auch die „Verkehrswende“ auf Ebene der Gesetzgebung zu erfolgen. In der inhaltlichen Ausgestaltung von Grundrechten kommt der Legislative allerdings grundsätzlich ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Gebunden ist sie hierbei weiterhin an die Verfassung. Schon auf Ebene der Rechtsetzung sind betroffene grundrechtswesentliche Interessen zu beachten und, wenn sie konkurrieren oder divergieren, in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.<sup>43</sup> Im Fall der Mobilität hängen die grundrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Maßnahmen der Verkehrswende demnach davon ab, innerhalb welcher grundrechtlichen Funktion oder Gewährleistung sie jeweils betroffen ist.

In die Änderung der Verkehrsstruktur in den Städten spielen verfassungsrechtlich vor allem Belange der Umwelt (Art. 20a GG), die allgemeine Lebensqualität in Städten, städteplanerische Interessen und Anliegerrechte (Art. 14 Abs. 1 S.1 GG) hinein.<sup>44</sup> Weil Autoabgase der Luftqualität, Natur und Gesundheit schaden, plädieren politische Ansätze oft dafür, den motorisierten Individualverkehr zu reduzieren, während der Öffentliche Personennahverkehr und andere alternative Verkehrsmittel gestärkt werden sollen.<sup>45</sup> Die effektivsten Maßnahmen einer solchen Verkehrswende sind Fahrverbote für den Automobilverkehr. Für solche lässt sich ins Feld führen, dass dem Staat eine Schutzpflicht von Leben und Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger obliegt.<sup>46</sup> Diese Schutzpflicht wird nicht nur relevant, wenn die Bewohner und Bewohnerinnen von Großstädten zu vielen Schadstoffimmissionen ausgesetzt sind, sondern insbesondere auch bei Unfällen mit Autos, denen jährlich tausende Menschen zum Opfer fallen.<sup>47</sup>

Wenn der Gesetzgeber Maßnahmen der „Verkehrswende“ plant, hat er zunächst den grundrechtlichen Schutz von Mobilität im Vorfeld der Grundrechtsausübung zu beachten. Die grundrechtlich garantierten Freiheiten dürfen nicht durch „zu wenig“ Regelung in ihrer Ausübung gefährdet werden<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> BVerfG NVwZ 2011, 1063; BGH NJW 1981, 569; Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 19), Vorb. Rn. 5.

<sup>43</sup> BVerfGE 71, 66, 77; 73, 301, 315; Walter, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar<sup>83</sup>, Ergänzungslieferung, 2017, Art. 93 Rn. 104.

<sup>44</sup> Brenner, DAR 2001, 359, 561; Koch/Ziehm, ZUR 2005, 406 f.

<sup>45</sup> S. etwa Sondergutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen zu Klimaschutz im Verkehrssektor 2017: [https://www.umweltrat.de/SiteGlobals/Forms/Suche/DE/Publikationensuche/Publikationensuche\\_Formular.html?nn=9726460&c12Categories\\_Themen=mobilitaet](https://www.umweltrat.de/SiteGlobals/Forms/Suche/DE/Publikationensuche/Publikationensuche_Formular.html?nn=9726460&c12Categories_Themen=mobilitaet), Stand: 29.06.2018; einen Überblick bietet Koch/Ziehm, ZUR 2005, 406.

<sup>46</sup> BVerfGE 39, 1, 41 f.; 49, 89; 141 f.; 56, 54, 73; Brenner, NZV 2009, 374, 376.

<sup>47</sup> Im Jahr 2017 lag die Anzahl der Verkehrstoten bei knapp über 3000, s. Erhebung des Statistischen Bundesamts: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185/umfrage/todesfaelle-im-strassenverkehr/>; Stand: 29.06.2018.

<sup>48</sup> S.o. Fn. 7.

Das betrifft vor allem diejenigen Freiheiten, deren Wahrnehmung davon abhängt, dass der oder die Grundrechtsberechtigte in Kontakt mit anderen Menschen tritt, also etwa die Kommunikationsgrundrechte (z.B. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. Durch die Fortbewegung mit dem Auto ist man flexibel, unabhängig und spontan. Diese Eigenschaften müssen vom ÖPNV, z.B. durch eine schnellere Taktung der Linien, durch ausgebaute Fahrradwege und moderne Verkehrskonzepte übernommen werden: Schon heute sind private Fahrräder sowie Car- und Fahrrad-Sharing-Konzepte teils effizientere, weil schnellere und günstigere, Optionen, um sich in einer Großstadt fortzubewegen. Als vorbildlich zu bezeichnen ist hier das „StadtRAD“ der Deutschen Bahn in der Freien und Hansestadt Hamburg.<sup>49</sup> Wie oben ausgeführt, dient die Entstehungssicherung dazu, es jedermann zu ermöglichen, seine Grundrechte tatsächlich wahrzunehmen. Um also gleiche Ausgangsbedingungen zu schaffen, muss sich der Gesetzgeber an den Mobilitätsbedürfnissen derjenigen orientieren, die am ehesten auf ein Auto angewiesen wären: Wer physisch nicht in der Lage ist zu laufen oder Fahrrad zu fahren, muss durch ein ausgebautes, barrierefreies Bahn- und Busnetz oder aber Taxifahrten weiterhin den Arbeits- oder Versammlungsplatz oder das Kino erreichen können.

Ergänzend und in Teilen sich überschneidend stellt das Existenzminimum eine grundrechtlich fundierte Mindestanforderung an Gesetzgebung und die Leistungsverwaltung. Diese decken allerdings nur dasjenige Mindestmaß an Mobilität ab, das für ein menschenwürdiges Dasein notwendig ist.<sup>50</sup> Vor allem für diejenigen, deren eigene Mobilität ohnehin schon eingeschränkt ist, müssen Möglichkeiten geschaffen werden, auch ohne eigenes Auto die Wohnung verlassen zu können.

Weil aber Automobilität zum Kernbereich der Grundrechtsausübung eines bestehenden Grundrechts werden kann,<sup>51</sup> darf diese auch nicht zu sehr beschränkt werden (Übermaßverbot).<sup>52</sup> So erfahren Privatpersonen in der Nutzung ihres Autos zunächst Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>53</sup> Verstärkt wird dieser Schutz noch, wenn passionierte AutofahrerInnen geltend machen, dass Autofahren – vergleichbar mit dem Taubenfüttern im Park – eine elementare Betätigung ihrer Persönlichkeitsentfaltung gem. Art. 2 Abs. 1 GG darstellt. Vorstellbar ist allerdings, dass dieser Mindestgarantie schon genüge getan wäre, wenn das individuelle Autofahren außerhalb von Städten auf Autobahnen und Landstraßen, sozusagen als „Freizeitaktivität“ (wie eben das Taubenfüttern oder „Reiten im Walde“<sup>54</sup>) noch möglich bliebe. Alternativ könnten auch nur bestimmte (Schnell-)Straßen in größeren Städten für den regulären motorisierten Individualverkehr – gegen ein Entgelt? – zugänglich sein.

Durch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG werden unter anderem diejenigen geschützt, deren Tätigkeit besonders

eng mit dem Autofahren verknüpft ist beziehungsweise darin besteht – etwa Warenlieferungs- und Taxiunternehmen sowie private Paketzusteller. Rein privatwirtschaftliche Erwägungen würden dafür sprechen, allein den privaten Individualverkehr mit dem PKW zu beschränken und den Wirtschaftsverkehr von Regelungen auszunehmen. Gerade beim Lieferverkehr könnte man sich jedoch auch die derzeitige Entwicklung von Arbeitsteilung und „In-Time-Lieferung“ zunutze machen und zum Beispiel die Straßen in Städten für LKW nur zu bestimmten Lieferzeiten befahrbar machen. Weitere Sonderregelungen wären auch für „Spontan-Dienstleistungen“ wie zum Beispiel Schlüsseldienste oder Hilfsdienste bei Rohrbrüchen denkbar.

Individualverkehr kann auch (überwiegenden) Gemeinwohlzwecken und der Erfüllung besonderer staatlicher Daseinsvorsorgepflichten dienen.<sup>55</sup> So können Straßen nicht der Polizei, notärztlichen Diensten, der Feuerwehr oder der Post verwehrt bleiben.<sup>56</sup> Deren Flexibilität und Schnelligkeit, die nicht anders als durch Autos gewährt werden kann, und die damit verbundenen Allgemeininteressen von Gesundheit, Sicherheit und Ordnung und Ähnlichem überwiegen hier die Interessen von Umweltschutz und hoher Lebensqualität.

## F. Fazit

Es zeigt sich, dass dem Staat von verfassungsrechtlicher Seite her viele Möglichkeiten offenstehen eine „Verkehrswende“ zu bewirken. Hierbei schränken grundrechtliche Gewährleistungen von Mobilität den Gesetzgeber in seinen Handlungsoptionen durch Eingriffe in Grundrechte weniger ein, sondern sind für ihn vielmehr Ansporn und Wegweiser, innovative Konzepte für die Mobilität und unseren heutigen Straßenverkehr zu finden.

<sup>49</sup> Zum Konzept und Angebot siehe: <https://stadtrad.hamburg.de>, Stand: 29.06.2018.

<sup>50</sup> BVerfGE 125, 175, Rn. 135.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 19, 348 f.

<sup>52</sup> S.o. Fn. 39.

<sup>53</sup> Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, Band I<sup>6</sup>, 2012, Art. 14 Rn. 12; Antoni, in: Hömig/Wolff (Fn. 16), Art. 14 Rn. 4.

<sup>54</sup> BVerfGE 80, 137-164.

<sup>55</sup> Zum Begriff der Daseinsvorsorge s. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 36; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 10. Aufl. 1973, S. 370; vgl. Fehling, Die Verwaltung 34 (2001), 25.

<sup>56</sup> Vgl. Brenner, DAR 2001, 359, 561.

Felix Tann (LL.B.)\*

# Verfassungskonformität der Erbschaftsbesteuerung von Unternehmensvermögen

## A. Problemaufriss und Zielsetzung

Am 17.12.2014 erklärte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)<sup>1</sup> zum dritten Mal<sup>2</sup> das Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) mit Blick auf die Begünstigung von Unternehmensvermögen für unvereinbar mit dem Grundgesetz.<sup>3</sup> Nach einem politisch konfliktanfälligen Gesetzgebungsprozess verkündete der Gesetzgeber zum 04.11.2016 im Rahmen einer „minimalinvasiven“<sup>4</sup> Reform ein neues ErbStG. Herzstück dieser Reform sind die bemängelten Verschonungsregeln für Unternehmensvermögen.

Trotz der angestrebten Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung regte sich auch an ihr zahlreiche Kritik.<sup>5</sup> Einige Kommentatoren prophezeien gar einen vierten erfolgreichen Gang zum BVerfG.<sup>6</sup> Als Folge der „Veröffentlichungsflut“<sup>7</sup> sind die vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken mittlerweile so zahlreich und ihre Ausführungen nicht nur auf einzelne Vorschriften beschränkt, sondern meist ganze Normenkomplexe umfassend,<sup>8</sup> dass eine Erörterung der verfassungsrechtlichen Unstimmigkeiten im strikten Korsett einzelner Normen wenig sinnvoll erscheint.

Die Frage nach der Verfassungskonformität des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts im Hinblick auf die Begünstigung von Unternehmensvermögen betrifft im Schwerpunkt die §§ 13a, 13b, 13c und 28a ErbStG. Diese vereinen die wesentlichen Regelungen für Steuerverschonungen im Rahmen der Übertragung von Betriebsvermögen. Neben diesem normativen Kernkomplex werden weitere Vorschriften wie § 19 ErbStG als Klammernorm zur Berechnung der Steuerlast oder § 28 ErbStG als allgemeine Stundungsregel in das Feld der Begünstigung von Unternehmensvermögen miteinbezogen. Zudem ordnet § 37 Abs. 12 ErbStG die rückwirkende Anwendung dieser zentralen Paragraphen an. Die folgende Untersuchung wird sich sowohl mit Fehlern

in einzelnen Normen, als auch mit den Regelungen zur Begünstigung von Unternehmensvermögen als Gesamtheit befassen.

Im Folgenden sollen daher die wichtigsten betroffenen Verfassungsprinzipien als Ordnungspunkte dienen, um die Verfassungskonformität des ErbStG im Hinblick auf die Begünstigung von Unternehmensvermögen zu beurteilen.

## B. Regelungstechnik im Überblick

Zur Illustration der aktuellen Regelungstechnik bei der Begünstigung von Unternehmensvermögen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht soll folgendes Beispiel dienen:

Antonia (A) erbt von ihrem Vater (V) 100 % der Anteile am familieneigenen Möbelfertigungsunternehmen (M-KG). Die M-KG beschäftigt 50 Mitarbeiter. A verfügt nicht über Privatvermögen. Der Wert der Anteile stellt vollständig begünstigtes Vermögen dar (Verwaltungsvermögensquote: 5 %) und beträgt:

- a) 15 Millionen Euro.
- b) 50 Millionen Euro.
- c) 100 Millionen Euro.

Entscheidend für die Beurteilung eines solchen Falles sind die §§ 13a, 13b, 13c und 28a ErbStG. Sie bilden die zentralen Vorschriften zur Gewährung von Begünstigungen für Unternehmensvermögen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht.<sup>9</sup> Systematisch fungieren die §§ 13a und 13c ErbStG als Normen zur Gewährung verschiedener Steuerverschonungen, die je nach Größe des übergegangenen begünstigten Vermögens unterschiedlich hoch ausfallen. Dabei lassen sich insoweit vier Varianten identifizieren:<sup>10</sup>

1. § 13a Abs. 1 ErbStG gewährt einen 85-prozentigen Verschonungsabschlag auf das begünstigte Vermögen, wenn der Erwerb die Grenze von 26 Millionen Euro nicht übersteigt (Regelverschonung<sup>11</sup>).<sup>12</sup>

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der nachfolgende Artikel stellt eine stark verkürzte Version der Examensseminararbeit zum Thema „Verfassungskonformität der Erbschaftsbesteuerung von Unternehmensvermögen“ dar. Die vollständige Version widmet sich weiteren konfliktträchtigen Problemfeldern des ErbStG, siehe Tann, Verfassungskonformität der Erbschaftsbesteuerung von Unternehmensvermögen, 2017.

<sup>1</sup> Vgl. BVerfG, Urteil v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12 –, BVerfGE 138, 136 = BStBl. II 2015, 50.

<sup>2</sup> 1. Urteil: BVerfG, Beschluss v. 22.06.1995 – 2 BvR 552/91 –, BVerfGE 93, 165 = BStBl. II 1995, 671; 2. Urteil: BVerfG, Beschluss v. 07.11.2006 – 1 BvL 10/02 –, BVerfGE 117, 1 = BStBl. II 2007, 192; 3. Urteil: BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1).

<sup>3</sup> Vgl. BVerfG v. 17.12.2015 (Fn. 1), juris-Rn. 285 ff.

<sup>4</sup> So die Ankündigung des Abteilungsleiters Sell des Bundesministeriums für Finanzen (BMF), siehe: *Riedel*, Handelsblatt, 08.01.2015.

<sup>5</sup> Exemplarisch: *Thonemann-Micker*, DB 2016, 2322; *Korezkij*, DStR 2017, 745 ff.; *Maier*, ZEV 2017, 17; *Wachter*, FR 2016, 710 f.; *Wartzin/Linnemann*, DStR 2017, 574.

<sup>6</sup> Dahingehend: *Oppel*, SteuK 2016, 477; *Roth*, GWR 2017, 96; *Viskorf/Löcherbach/Jehle*, DStR 2016, 2434.

<sup>7</sup> Vgl. *Korezkij*, DStR 2017, 745.

<sup>8</sup> Vgl. *Seer/Michalkowski*, GmbHR 2017, 614 f.; *Seer*, GmbHR 2015, 113 ff.; zur „Mehrfachprivilegierung“: *Erkis*, DStR 2016, 1447.

<sup>9</sup> Vgl. *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Hrsg.), ErbStG<sup>72</sup>, 2017, Vor §§ 13a, 13b, 13c Rn. 1 ff.; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Hrsg.), ErbStG<sup>52</sup>, 2017, § 13a Rn. 16, 21; *Crezelius*, ZEV 2016, 543; *Thonemann-Micker*, DB 2016, 2312; zur Verwaltungspraxis: Koordinierter Ländererlass v. 22.07.2017, Abschnitt 13a.1 Abs. 1 S. 1.

<sup>10</sup> **Anmerkung:** Die nachfolgenden Regelungen finden auf alle Erwerbsvorgänge nach § 1 ErbStG Anwendung, soweit eine Ausnahme im Text nicht aufgezeigt wird.

<sup>11</sup> Zur Terminologie: *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 1; *Höne*, in: Lipprosse/Seibel (Hrsg.), ErbStG, § 13a ErbStG Rn. 3; *Burwitz/Wobst*, NZG 2016, 1179; *Crezelius*, ZEV 2016, 543.

<sup>12</sup> § 13a Abs. 1 S. 1 ErbStG; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 46; *Erkis*, DStR 2016, 1445; *Crezelius*, ZEV 2016, 545; *Haas*, ZAP 2017, 634.



2. § 13a Abs. 9 ErbStG gewährt einen bis zu 30-prozentigen Vorababschlag auf das begünstigte Vermögen, wenn bestimmte Entnahme-, Übertragungs- und Abfindungsbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind.<sup>13</sup> Die Bestimmungen sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers insbesondere Familienunternehmen den Generationenübergang erleichtern.<sup>14</sup> Begrenzt ist der Vorababschlag auf maximal 30 %.<sup>15</sup> Weitergehende Bedingungen, etwa die Einhaltung einer Lohnsumme nach § 13a Abs. 3 oder Abs. 10 ErbStG oder die Einhaltung einer Wertgrenze, sind nicht zu erfüllen.
3. § 13a Abs. 10 ErbStG gewährt einen 100-prozentigen Verschonungsabschlag auf das begünstigte Vermögen, wenn der Erwerb die Grenze von 26 Millionen Euro nicht übersteigt und das begünstigungsfähige Vermögen zu höchstens 20 % aus Verwaltungsvermögen besteht (Optionsverschonung).<sup>16</sup> Für die Optionsverschonung gelten darüber hinaus eine verschärfte Lohnsummenregelung<sup>17</sup> und eine Behaltensfrist<sup>18</sup>.
4. § 13c ErbStG gewährt einen „abschmelzenden“ Verschonungsabschlag auf das begünstigte Vermögen, wenn die Freigrenze von 26 Millionen Euro überschritten wird und die sonstigen Voraussetzungen aus § 13a Abs. 1 oder Abs. 10 ErbStG erfüllt sind.<sup>19</sup> Ein entsprechender Abschlag wird nur bis zur Grenze von 90 Millionen Euro an begünstigtem Vermögen gewährt (im Fall des § 13a Abs. 10 ErbStG).<sup>20</sup>

Für den vorliegenden Beispielsfall bedeutet dies: A könnte bei a) die Regel- und die Optionsverschonung in Anspruch nehmen. Im Fall b) könnte A einen abgeschmolzenen Verschonungsabschlag wählen. Für beide Fälle gilt, dass A die jeweiligen Lohnsummen- und Behaltenserfordernisse einhalten muss. Darüber hinaus könnte A in allen drei Fällen einen Vorababschlag erhalten, sofern der Gesellschaftsvertrag der M-KG entsprechende Beschränkungen im Sinne des

§ 13a Abs. 9 ErbStG enthält.

Für die Konstellation c) (begünstigtes Vermögen in Höhe von 100 Millionen Euro) wurde § 28a ErbStG im Zuge der Erbschaftsteuerreform 2016 geschaffen. § 28a ErbStG erfasst solche Fälle, in denen der Erwerb die Grenze von 26 Millionen Euro überschreitet und eine abschmelzende Verschonung nach § 13c ErbStG nicht vorteilhaft ist oder die Grenze von 90 Millionen Euro überschritten wird und damit keine Verschonung nach den § 13a Abs. 1 oder Abs. 10 ErbStG möglich ist.<sup>21</sup> Voraussetzung für den Steuererlass ist der Nachweis durch den Erwerber, dass er persönlich nicht in der Lage ist, die anfallende Steuer aus seinem verfügbaren Vermögen zu begleichen.<sup>22</sup> Verfügbares Vermögen wiederum entspricht 50 % des im Zuge der Schenkung oder Erbschaft übergegangenen Vermögens oder des dem Begünstigten bereits zugehörigen Vermögens, soweit nicht begünstigtes Vermögen nach § 13b Abs. 2 ErbStG vorliegt.<sup>23</sup> Entsprechend könnte A im Fall c) eine Verschonungsbedarfsprüfung beantragen. Da A über kein Privatvermögen verfügt, würde in diesem Fall eine Verschonung gewährt werden.<sup>24</sup> Gleiches gilt für eine optionale Prüfung im Fall b).

Zusammengefasst stellt sich die Systematik der Begünstigungsnormen wie folgt dar: § 13a ErbStG ermöglicht die Regel- und Optionsverschonung für Erwerbe bis zu 26 Millionen sowie einen Vorababschlag für Unternehmen mit bestimmten gesellschaftsvertraglichen Beschränkungen. § 13c ErbStG eröffnet eine abschmelzende Begünstigung für Erwerbe von mehr als 26 Millionen Euro und höchsten 90 Millionen Euro. § 28a ErbStG greift für alle Erwerbe über 26 Millionen Euro ein und ermöglicht einen Erlass der Erbschaftsteuer. § 13b ErbStG liefert die notwendigen Berechnungsschemata und Definitionen zur Prüfung der Voraussetzungen der vorhergehenden Normen. § 28 ErbStG schafft die Möglichkeit einer Stundung der anfallenden Erbschaftsteuer. § 37 Abs. 12 ErbStG deklariert die rückwirkende Anwendung unter anderem der Vorschriften zur Begünstigung von Unternehmensvermögen.

## C. Ausgewählte verfassungsrechtliche Konfliktfelder

Im Rahmen der verkürzten Darstellung dieses Aufsatzes wird ein Fokus auf die verfassungsrechtlichen Probleme der Verständlichkeit und Normenklarheit (C. I.) sowie der Steuergerechtigkeit gelegt (C. II.). Über die hier dargestellten Konfliktfelder hinaus bestehen jedoch insbesondere Problemschwerpunkte bei der Rückwirkung des § 37 Abs. 12

<sup>13</sup> § 13a Abs. 9 ErbStG; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 475; *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 13a 195 f.; *Reich*, DStR 2016, 2447; *Wartenburger*, MittBayNot 2017, 225.

<sup>14</sup> Vgl. *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 187 ff.; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 473; *Roth*, GWR 2017, 95; vgl. BT-Drs. 18/8911, 38.

<sup>15</sup> § 13a Abs. 9 S. 3 ErbStG; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 487; *Moench/Weinmann*, Erstkommentierung ErbStG, § 13a Rn. 54; *Thonemann-Micker*, DB 2016, 2313; *Wartenburger*, MittBayNot 2017, 225.

<sup>16</sup> § 13a Abs. 10 ErbStG; *Höne*, in: Lipprosse/Seibel (Fn. 11), ErbStG, § 13a Rn. 3, 6; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 505; *Erkis*, DStR 2016, 1445; *Viskorf/Löcherbach/Jehle*, DStR 2016, 2425.

<sup>17</sup> Vgl. § 13a Abs. 10 Nr. 5, 6 ErbStG; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 58, 69 f.; *Söffing*, in: Götz/Meßbacher-Hönsch (Hrsg.), ErbStG, 2017, § 13a Rn. 85; *Burwitz/Wobst*, NZG 2016, 1179; *Erkis*, DStR 2016, 1445.

<sup>18</sup> Vgl. § 13a Abs. 8 Nr. 2 ErbStG; *Söffing*, in: Götz/Meßbacher-Hönsch (Fn. 17), § 13a Rn. 163; *Haas*, ZAP 2017, 636 f.

<sup>19</sup> § 13c Abs. 1 ErbStG; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13c Rn. 1; *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 13c Rn. 1 ff.; *Crezelius*, ZEV 2016, 545; *Oppel*, SteuK 2016, 475.

<sup>20</sup> § 13c Abs. 1 S. 2 ErbStG; *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 13c Rn. 9; *Höne*, in: Lipprosse/Seibel (Fn. 11), ErbStG, § 13c Rn. 12; *Burwitz/Wobst*, NZG 2016, 1179; *Erkis*, DStR 2016, 1445.

<sup>21</sup> Vgl. *Eisele*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 28a Rn. 2; *Moench/Weinmann* (Fn. 15), § 28a Rn. 1; *Erkis*, DStR 2016, 1445; *Wartenburger*, MittBayNot 2017, 226.

<sup>22</sup> Vgl. § 28a Abs. 1 S. 1 ErbStG; *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 28a Rn. 4; *Oppel*, SteuK 2016, 469; *Theuffel-Werhahn*, ZEV 2017, 17.

<sup>23</sup> Vgl. § 28a Abs. 2 ErbStG; *Eisele*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 28a Rn. 7; *Jochum*, in: Götz/Meßbacher-Hönsch (Fn. 17), ErbStG, § 28a Rn. 25; *Viskorf/Löcherbach/Jehle*, DStR 2016, 2432; *Wartin/Linnemann*, DStR 2017, 570.

<sup>24</sup> **Anmerkung:** § 28a ErbStG ist ermessensunabhängig auszuführen; vgl. *Stalleiken*, in: von Oertzen/Loose (Hrsg.), ErbStG<sup>1</sup>, 2017, § 28a Rn. 2.

EStG,<sup>25</sup> im Hinblick auf ein strukturelles Vollzugsdefizit,<sup>26</sup> mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip,<sup>27</sup> hinsichtlich einer verdeckten Vermögensbesteuerung,<sup>28</sup> bei der Besteuerung von Null- oder negativverwerben<sup>29</sup> sowie bei der Einschränkung der Rechtsformneutralität<sup>30</sup> und mit Blick auf die Benachteiligung von Einzelunternehmern<sup>31</sup> und Frauen<sup>32</sup>.<sup>33</sup>

## I. Verständlichkeit und Normenklarheit

### 1. Problemorientierter Überblick

Die im Rahmen der Erbschaftsteuerreform abgeänderten Vorschriften zur Begünstigung von Unternehmensvermögen im ErbStG sind weitreichender Kritik hinsichtlich der Verständlichkeit und Normenklarheit ausgesetzt.<sup>34</sup> Betrachtet man einzelne Vorschriften wie § 13b Abs. 2 S. 2<sup>35</sup> oder Abs. 4 Nr. 5 S. 4 ErbStG, die bereits sprachlich schwer zu entziffern sind,<sup>36</sup> und nimmt man die zahlreichen unterschiedlichen Berechnungsmodelle hinzu, die im Schrifttum kursieren,<sup>37</sup> verwundert die Kritik an der fehlenden Verständlichkeit und Normenklarheit nicht.

### 2. Verfassungsmaßstab

Um überkomplexen Regelungen Einhalt zu gebieten, zeigt der Grundsatz der Normenklarheit - oder auch der Be-

stimmtheitsgrundsatz im weiteren Sinne -<sup>38</sup> Grenzen der gesetzlichen Unbestimmtheit auf.<sup>39</sup> In Extremfällen kann eine unverständliche und unklare Norm daher verfassungswidrig sein.<sup>40</sup>

Der aktuelle Stand der Dogmatik zum Gebot der Normenklarheit stützt sich auf folgende Erkenntnis: Die Befolgung einer unverständlichen Norm kann nicht verlangt werden.<sup>41</sup> Auch hier gilt der Grundsatz: *ultra posse nemo obligatur*. Diese Erkenntnis geht aus dem Rechtsstaatsprinzip und damit aus einer Zusammenschau der Art. 20, 28 Abs. 1 GG und dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 2 GG hervor.<sup>42</sup>

Der Grad der geforderten Bestimmtheit lässt sich nicht absolut bestimmen, sondern erfordert eine Annäherung im Einzelfall.<sup>43</sup> Faktoren können unter anderem die Komplexität des zu regelnden Sachverhalts,<sup>44</sup> die Schwere des Grundrechtseingriffs<sup>45</sup> oder der Verständnishorizont der Betroffenen<sup>46</sup> sein. Zu beachten ist auch, dass sich Präzision und Verständlichkeit im Grundsatz konträr verhalten und damit ein Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz zwischen beiden Anforderungen zu suchen ist.<sup>47</sup> Damit fordert der Grundsatz der Normenklarheit im Steuerrecht die Gewährleistung eines Mindestmaßes an Orientierungssicherheit.<sup>48</sup> Dabei ist eine hinreichende Bestimmtheit und Klarheit der Norm und der damit unmittelbar zusammenhängenden Vorschriften zu fordern.<sup>49</sup> Ein Verstoß gegen die gebotene Normenklarheit wird vom BVerfG indes nur selten und in extremen oder evidenten Fällen festgestellt,<sup>50</sup> um den Gesetzgeber im Rahmen der richterlichen Selbstbeschränkung keiner Stilkontrolle zu

<sup>25</sup> Einführend: Crezelius, ZEV 2016, 543; Wachter, FR 2016, 710; Thonemann-Micker, DB 2016, 2322.

<sup>26</sup> Einführend: Lüdicke, in: ifst-Stellungnahmen, 82; Rödder und Eigenthaler in der Anhörung des Finanzausschusses: BT-Protokoll-Nr. 18/54, 37 f.; Wachter, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Hrsg.), ErbStG<sup>6</sup>, 2017, § 28a Rn. 32; Erkiš, DStR 2015, 1415.

<sup>27</sup> Einführend vgl.: BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 1 ff. (abweichendes Votum); Sachs, NJW 2015, 601.

<sup>28</sup> Einführend: Wachter, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 28a Rn. 31; Maier, ZEV 2017, 12; Englisch, DB 2015, 640; Crezelius, ZEV 2016, 545 f.; Hey, in: Zukunft der Erbschaftsteuer, 49;

<sup>29</sup> Einführend vgl.: Gebel, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 10 Rn. 246; Piltz, ZEV 2017, 256.

<sup>30</sup> Einführend: Thonemann-Micker, DB 2016, 2315 f.; vgl. auch: Uhl-Ludäscher, ErbStB 2017, 43.

<sup>31</sup> Einführend vgl.: Wachter, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 57, 587; Thonemann-Micker, DB 2016, 2316.

<sup>32</sup> Einführend vgl.: Wachter, FR 2016, 698; Thonemann-Micker, DB 2016, 2313; Kaminski, Stbg. 2016, 444.

<sup>33</sup> Weitergehende Untersuchungen zu den aufgezeigten Problembereichen finden sich in der vollständigen Arbeit: Tann, Verfassungskonformität der Erbschaftsbesteuerung von Unternehmensvermögen, 2017

<sup>34</sup> Zu nennen sind etwa: Seer/Michalkowski, GmbHR 2017, 614 ff.; Wachter, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13 Rn. 48; Wachter, FR 2016, 710; Wachter, FR 2015, 205; Wartenburger, MittBayNot 2017, 227; mit Hinweis auf die Notwendigkeit der Einhaltung des Gebotes der Normenklarheit: Papier, in: ifst-Stellungnahmen, 31; Gergusch, in: ifst-Stellungnahmen, 43.

<sup>35</sup> **Anmerkung:** § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG: „Abweichend von Satz 1 ist der Wert des begünstigungsfähigen Vermögens vollständig nicht begünstigt, wenn das Verwaltungsvermögen nach Absatz 4 vor der Anwendung des Absatzes 3 Satz 1, soweit das Verwaltungsvermögen nicht ausschließlich und dauerhaft der Erfüllung von Schulden aus durch Treuhandverhältnisse abgesicherten Altersversorgungsverpflichtungen dient und dem Zugriff aller übrigen nicht aus diesen Altersversorgungsverpflichtungen unmittelbar berechtigten Gläubiger entzogen ist, sowie der Schuldenverrechnung und des Freibetrags nach Absatz 4 Nummer 5 sowie der Absätze 6 und 7 mindestens 90 Prozent des gemeinen Werts des begünstigungsfähigen Vermögens beträgt.“

<sup>36</sup> Vgl. Wachter, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 48; Seer/Michalkowski, GmbHR 2017, 614 f.

<sup>37</sup> Dazu: Wachter, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 48.

<sup>38</sup> Zur synonymen Verwendung beider Begriffe: Grefrath, JA 2008, 711; Waldhoff/Grefrath, IStR 2013, 477; vgl. auch: Papier/Möllers, AöR 122 (1997), 184 f.; Durner, in: Maunz/Dürig, GG<sup>79</sup>, 2016, Art. 10 Rn. 136.

<sup>39</sup> Vgl. Towfigh, in: Preprints Max Planck Institut 2008, 10; Birk, DStR 2014, 72 f.; Papier/Möllers, AöR 122 (1997), 184 f.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfG, Urteil v. 26.07.2005 – 1 BvR 782/94 – BVerfGE 114, 1 = BStBl. I 2005, 2420, juris-Rn. 186 ff.; Grefrath, JA 2008, 714; Towfigh, in: Preprints Max Planck Institut 2008, 17.

<sup>41</sup> Towfigh, in: Preprints Max Planck Institut 2008, 10; vgl. auch: Birk, DStR 2014, 72; Hey, in: Tipke/Lang<sup>22</sup> (Hrsg.), § 3 Rn. 243, 245.

<sup>42</sup> Grefrath, JA 2008, 711; vgl. auch: Hey, in: Tipke/Lang (Fn. 41), § 3 Rn. 243; Jehke, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, 178 ff.; Bethge, in: M/SB/K/B, BVerfGG, § 91 Rn. 66a; **Anmerkung:** dass auch abweichende Ableitungen diskutiert werden zeigt auf: Papier/Möllers, AöR 122 (1997), 178 ff.

<sup>43</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 – BVerfGE 59, 104 = BGBl. I 1982, 327, juris-Rn. 14; Papier/Möllers, AöR 122 (1997), 185; Waldhoff/Grefrath, IStR 2013, 478 f.; vgl. zur verwandten Dogmatik bei Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG: Mann, in: Sachs, GG, Art. 80 Rn. 24 ff. BVerfG v. 24.11.1981 (Fn. 43), juris-Rn. 14; Papier/Möllers, AöR 122 (1997), 185; vgl. zur verwandten Dogmatik bei Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG: Mann, in: Sachs, GG, Art. 80 Rn. 29.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130 = BGBl. I 1991, 127 juris-Rn. 39, 45; Papier/Möllers, AöR 122 (1997), 187 f.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 12.10.1978 – 2 BvR 154/74 – BVerfGE 49, 343 = DVBl. 1979, 52, juris-Rn. 71; Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht<sup>22</sup>, 2015, § 3 Rn. 245.

<sup>46</sup> Grefrath, JA 2008, 712; Waldhoff/Grefrath, IStR 2013, 478.

<sup>47</sup> Hey, in: Tipke/Lang (Fn. 41), § 3 Rn. 246; vgl. auch: Birk, DStR 2014, 73.

<sup>48</sup> Von einer „Gesamtunschärfe“ des Normenkomplexes spricht: Hey, in: Tipke/Lang (Fn. 41), § 3 Rn. 244.

<sup>49</sup> **Anmerkung:** z. B. wurde die BFH-Vorlage zum Verlustausgleich, trotz überwältigend konträrer Auffassung in der Literatur, zurückgewiesen: BFH, Vorlagebeschluss v. 06.09.2006 – XI R 26/04 – BFHE 214, 430 = BStBl. II 2007, 167; BVerfG, Beschluss v. 12.10.2010 – 2

unterwerfen.<sup>51</sup>

### 3. Anwendung des Verfassungsmaßstabs

Überträgt man diese Leitlinien auf den Fall des ErbStG, so bewegen sich die getroffenen Regelungen noch unterhalb der Grenze zum Verstoß und damit zur Verfassungswidrigkeit. Auch wenn einige Regelungen wie der § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG überkomplex<sup>52</sup> oder sogar fehlerhaft in der gesetzgeberischen Regelungstechnik erscheinen,<sup>53</sup> ist dafür doch vor allem die besondere Komplexität des Lebensbereiches „unternehmerische Tätigkeit“ und „Bewertung und Besteuerung von Betriebsvermögen“ verantwortlich. Die angesprochene Diversität der Berechnungsmodelle deutet zwar auf eine Auslegungsbedürftigkeit der Normen hin, jedoch lässt sich die Modellvielfalt auf die ohnehin schon ausgeprägte Komplexität des Unternehmensrechts und Unternehmenssteuerrechts zurückführen. Die Vielzahl der Unternehmensausgestaltungsmöglichkeiten für den Steuerbürger führt daher zwangsläufig zu einer erhöhten Präzisionsnotwendigkeit aufseiten der Legislative, um die gewollten von den ungewollten Konstellationen zu trennen. Dieser Präzisionsbedarf führt zu einem Rückgang der sofort erfassbaren Verständlichkeit einer Norm.<sup>54</sup> Darüber hinaus betreffen die Regelungen normalerweise versierte Steuerpflichtige, da bei den angesprochenen Unternehmern von einer gegenüber der Normalbevölkerung erhöhten Kenntnis des Wirtschafts- und Steuerrechts ausgegangen werden kann. Bündelt man diese Faktoren und vergleicht die dargestellte Situation (komplexer Lebensbereich und versierter Anwender) mit der Situation im Urteil zur Einschränkung des Verlustausgleichs<sup>55</sup> (einfacher Lebensbereich und kein versierter Anwender),<sup>56</sup> in dem kein Verstoß festgestellt wurde, so kann vorliegend *a maiore ad minus* kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und das Gebot der Normenklarheit angenommen werden.<sup>57</sup>

Die erforderliche Orientierungssicherheit ist damit gewährleistet und eine Konformität mit dem Gebot der Normenklarheit gegeben.

## II. Steuergerechtigkeit

Ein weiteres verfassungsrechtliches Konfliktfeld liegt in den Bedenken hinsichtlich der Steuergerechtigkeit von Begünstigungen für Unternehmensvermögen im ErbStG. Aufgrund umfangreicher Steuerverschonungen für Betriebsvermögen über das System der §§ 13a, 13b, 13c, 28a ErbStG stellt sich die Frage nach einer ungerechten steuerlichen Bevorzugung dieser Vermögensform gegenüber anderen Vermögensarten. Die Gerechtigkeit im Steuerrecht findet ihre Ausprägung in verschiedenen Prinzipien. In Anlehnung an *Tipke* ist

Steuergerechtigkeit in der Systemhaftigkeit und damit in der Unterwerfung des Gesetzgebers unter Prinzipien und Regeln, zu erkennen.<sup>58</sup> Der „Schlüsselbegriff der Gerechtigkeit“<sup>59</sup> ist demnach der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>60</sup> Aber auch das Sozialstaatsprinzip fungiert als Dimension der Steuergerechtigkeit und vermag übermäßigen Steuerverschonungen, die die soziale Chancengleichheit beeinträchtigen, Grenzen zu ziehen.<sup>61</sup> Die Begünstigungen für Unternehmensvermögen scheinen im Konflikt mit beiden Prinzipien zu stehen.

### 1. Problemorientierter Überblick zu §§ 13a, 13b, 13c, 28a ErbStG

Die §§ 13a, 13b ErbStG ermöglichen weitreichende steuerliche Verschonungen für den Übergang von Unternehmensvermögen.<sup>62</sup> Im Zusammenspiel mit den Regeln der §§ 13c, 28a ErbStG können Betriebsvermögen aller Größenklassen potenziell Subjekt teilweiser bis vollumfassender Steuerverschonungen sein. Beispielhaft sei erneut auf A und ihren Vater (V) verwiesen (siehe Beispiel unter B.). So ist der Übergang der M-KG in den Erwerbszenarien a) bis c) durch verschiedenste Begünstigungen abgesichert und profitiert als Übergang eines Familienunternehmens sogar unabhängig von der Einhaltung weiterer gemeinwohlverpflichteter Auflagen (Lohnsummenregelung, Behaltensfristen) von einem 30-prozentigen Vorababschlag nach § 13a Abs. 9 ErbStG. Würde V der A hingegen ein Barvermögen in gleicher Höhe übertragen, kämen entsprechende Steuerverschonungen nicht in Betracht. Eine Überprivilegierung von Unternehmensvermögen im ErbStG scheint daher greifbar. Eine solche Ungleichbehandlung war auch Anknüpfungspunkt der Unvereinbarkeitserklärung der Regeln zur Begünstigung von Unternehmensvermögen a. F. mit dem Art. 3 Abs. 1 GG im jüngsten Urteil des BVerfG zum ErbStG.<sup>63</sup>

### 2. Verfassungsmaßstab

Der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verlangt die Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem und die Ungleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.<sup>64</sup> Eine Ausprägung dieses Grundgedankens ist das Folgerichtigkeitsgebot im Steuerrecht.<sup>65</sup> Danach hat der Gesetzgeber bereichsspezifische und sachgerechte Wertungen konsequent

BvL 59/06 – BVerfGE 127, 335 = BFH/NV 2010, 2387; zur Auffassung im Schrifttum etwa: *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 41), § 3 Rn. 247; *Birk*, *DStR* 2014, 73.

<sup>51</sup> *Grefrath*, *JA* 2008, 714; *Papier/Möllers*, *AöR* 122 (1997), 196 ff.

<sup>52</sup> Vgl. *Wachter*, *FR* 2015, 205; *Seer/Michalkowski*, *GmbHR* 2017, 614 f.; *Roth*, *GWR* 2017, 94 f.

<sup>53</sup> Vgl. *Wachter*, in: *Fischer/Pahlke/Wachter* (Fn. 26), *ErbStG*, § 13a Rn. 588, 590; *Wartenburger*, *MittBayNot* 2017, 228.

<sup>54</sup> Vgl. *Grefrath*, *JA* 2008, 712; *Waldhoff/Grefrath*, *IStR* 2013, 478.

<sup>55</sup> *BVerfG* v. 12.10.2010 (Fn. 50).

<sup>56</sup> Zur Situation im Urteil zum Verlustausgleich: *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 41), § 3 Rn. 247.

<sup>57</sup> *A. A. Seer/Michalkowski*, *GmbHR* 2017, 622.

<sup>58</sup> Vgl. *Tipke*, *StRO* I-III, 2015; *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 41), § 3 Rn. 4; *Tipke*, in: *Kube* (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, § 146 Rn. 2; dahingehend auch: *Birk*, *StuW* 2011, 362 f.

<sup>59</sup> *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 41), § 3 Rn. 110.

<sup>60</sup> Vgl. *Tipke*, *StRO* I, 284; *Grolig*, *Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer*, 90.

<sup>61</sup> Dahingehend: *BVerfG* v. 17.12.2014 (Fn. 1), *juris*-Rn. 1 (abweichende Meinung); vgl. *Tipke*, *StRO* I, 284 f.

<sup>62</sup> Siehe bereits C.

<sup>63</sup> Vgl. *BVerfG* v. 17.12.2014 (Fn. 1), *juris*-Rn. 220, 285 ff.

<sup>64</sup> Vgl. *BVerfG*, *Beschluss* v. 14.04.1959 – 1 BvL 23/57 – *BVerfGE* 9, 237, *juris*-Rn. 26; *BVerfG*, *Beschluss* v. 08.06.2004 – 2 BvL 5/00 – *BVerfGE* 110, 412 = *BFH/NV* 2005, *Beilage* 1, 33, *juris*-Rn. 62; *BVerfG*, *Beschluss* v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07 – *BVerfGE* 127, 224 = *BGBL* I 2010, 1766, *juris*-Rn. 50; *m. w. N.*: *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 41), § 3 Rn. 116 (Fn. 1).

<sup>65</sup> Vgl. *BVerfG*, *Beschluss* v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00 – *BVerfGE* 123, 111 = *BStBl* II 2009, 685, *juris*-Rn. 31; *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 41), § 3 Rn. 118; *Grolig*, *Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer*, 62 ff.; *a. A. Lepsius*, *JZ* 2009, 262; *Wendt*, *NVwZ* 1988, 783.

und damit folgerichtig umzusetzen.<sup>66</sup> Im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht liegt der folgerichtig umzusetzende Belastungsgrund in der gesteigerten Leistungsfähigkeit des Erben durch den Erbanfall.<sup>67</sup> Je größer das ererbte Vermögen, desto größer ist auch die Leistungsfähigkeit des Erben und entsprechend größer auch die Steuerlast.<sup>68</sup> Mit der Privilegierung von Unternehmensvermögen weicht der Gesetzgeber von dieser getroffenen Belastungsentscheidung ab.<sup>69</sup> Der Systembruch liegt in der Verschonung des begünstigten Unternehmensvermögens auf Ebene des ErbStG (§§ 13a, 13b, 13c, 28a ErbStG), obwohl die Verminderung der Leistungsfähigkeit bereits auf Ebene der Bewertung nach gemeinen Werten oder Verkehrswerten berücksichtigt wurde.<sup>70</sup> Damit wird dem Erben von Unternehmensvermögen eine über die verminderte Leistungsfähigkeit hinausgehende Begünstigung gewährt. Eine solche Abweichung kann durch außerfiskalische Lenkungs- und Förderungsziele des Gemeinwohls zu rechtfertigen sein,<sup>71</sup> sie bedingt jedoch mit steigender Ungleichbehandlung auch eine stärkere Rechtfertigungslast.<sup>72</sup> Mithin unterliegt die Stärke der Privilegierung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>73</sup> Der Förderungszweck ist in ein Verhältnis zu dem Ausmaß der Verschonung zu setzen.<sup>74</sup>

### 3. Anwendung des Verfassungsmaßstabs

Dieser Beurteilungsmaßstab wirft zunächst Fragen hinsichtlich des verfolgten Lenkungs- und Förderungsziels der Begünstigungen für Unternehmensvermögen auf. Insofern führt der Gesetzgeber im Rahmen seiner weiten Einschätzungsprärogative<sup>75</sup> die Bewahrung von kleinen und mittelständischen Familienunternehmen vor Liquiditätsengpässen in Zusammenhang mit der Erbschaftsteuerbelastung und die Sicherung der damit verbundenen Arbeitsplätze an.<sup>76</sup> Eine solche abstrakte Gefahreinschätzung seitens des Gesetzgebers stellt trotz unklarer empirischer Grundlage<sup>77</sup> eine im Rahmen der Einschätzungsprärogative zu respektierende Zielsetzung der Legislative dar.<sup>78</sup> Im Weiteren sind

die Begünstigungen auch geeignet, Liquiditätsengpässe zu verhindern, da die Reduzierung der Steuerlast den Druck auf die Entnahme von Liquidität aus dem Unternehmen reduziert. Trotz der Geeignetheit ist jedoch fraglich, ob die getroffenen Maßnahmen in den §§ 13a, 13b, 13c, 28a ErbStG auch erforderlich sind, da bereits die Alternative der Stundung der Steuerschuld nach § 28 ErbStG besteht.<sup>79</sup> Die gewährten Steuerverschonungen nach §§ 13a, 13b, 13c, 28a ErbStG zielen jedoch im Gegensatz zu § 28 ErbStG speziell auf den Erhalt des Betriebsvermögens ab und sind daher konzeptionell besser geeignet, den erstrebten Förderungs- und Lenkungszweck zu erreichen.

Letztlich müssen die getroffenen Regelungen jedoch nicht nur geeignet und erforderlich sein. Bei den gewährten Begünstigungen muss vielmehr auch eine Verhältnismäßigkeit zur resultierenden Ungleichbehandlung im engeren Sinne gewahrt sein. Eine solche Unverhältnismäßigkeit könnte dann bestehen, wenn die Kombinationsfähigkeit der verschiedenen Begünstigungen nach § 13a ff. ErbStG zu einer vollständigen Verschonung führt, ohne dass die begünstigten Unternehmen Restriktionen im Hinblick auf das gesetzliche Förderungsziel einhalten müssen (z. B. Lohnsummenregelung).

In Anbetracht der Gewährung des 30-prozentigen Vorababschlags nach § 13a Abs. 9 ErbStG neben den sonstigen Verschonungen könnte sich eine solche Akkumulation von Vergünstigungen als übermäßig erweisen.<sup>80</sup> Möglich ist etwa die Kombination des 30-prozentigen Abschlags nach § 13 Abs. 9 ErbStG mit der nachfolgenden 85-prozentigen Steuerverschonung nach § 13 Abs. 1 ErbStG, die wiederum einen 10-prozentigen „Kulanzpuffer“<sup>81</sup> nach § 13b Abs. 7 ErbStG enthält, der nicht begünstigtes Vermögen als begünstigtes Vermögen behandelt. Eine solche Summierung von Begünstigungen führt zu einer fast vollständigen Verschonung des Betriebsvermögens, ohne dass hierbei die strengeren Erfordernisse für die Lohnsummen- und Behaltensregelung im Rahmen der Optionsverschonung<sup>82</sup> nach § 13a Abs. 10 ErbStG eingehalten werden müssen. Besonders problematisch erscheint dabei, dass der Vorababschlag an keine Wertgrenzen gebunden ist und entsprechend über das Ziel der Förderung von kleinen und mittelständischen Unternehmen hinausgeht.<sup>83</sup> Eine solche Vorschrift wurde vom BVerfG im jüngsten Urteil auch nicht angemahnt und stellt damit eine nicht erzwungene Erweiterung der Begünstigungen seitens des Gesetzgebers dar.<sup>84</sup>

#### Auch wenn die Privilegierung von Unternehmensvermögen

27.09.2012 – II R 9/11 – BFHE 238, 241 = BStBl. II 2012, 899, juris-Rn. 84 ff.; *Pondelik*, SteuK 2012, 496.

<sup>79</sup> BFH, Vorlagebeschluss v. 27.09.2012 – II R 9/11 – BFHE 238, 241 = BStBl. II 2012, 899, juris-Rn. 84; *Pondelik*, SteuK 2012, 496.

<sup>80</sup> *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 585; dahingehend auch: BR-Drs. 344/1/16, 3 f.

<sup>81</sup> *Geck*, in: Kapp/Ebeling (Fn. 9), ErbStG, § 13b Rn. 180 f.; **Anmerkung:** auch als „Schmutzzuschlag“ bezeichnet: *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13b Rn. 386 ff.; *Korezkij*, DStR 2017, 745.

<sup>82</sup> Vgl. *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 504 ff.; *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), § 13a Rn. 732 ff.

<sup>83</sup> Siehe bereits: C.

<sup>84</sup> *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 585.

<sup>66</sup> *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 41), § 3 Rn. 118; vgl. *Grolig*, Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer, 24 ff.; *Pondelik*, SteuK 2012, 496; *Wernsmann*, NJW 2000, 2078.

<sup>67</sup> Vgl. *Meincke*, ErbStG, § 10 Rn. 6; *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 41), § 14 Rn. 1 f.; *Grolig*, Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer, 112.

<sup>68</sup> *Grolig*, Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer, 113.

<sup>69</sup> Vgl. *Seer*, GmbHR 2015, 114; dahingehend auch am Beispiel des § 13a Abs. 9 ErbStG: *Erkis*, DStR 2016, 1446.

<sup>70</sup> *Grolig*, Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer, 113.

<sup>71</sup> BVerfG v. 07.11.2006 (Fn. 2), juris-Rn. 98; *Meincke*, ErbStG, § 13a Rn. 2 f.; vgl. *Reich*, DStR 2015, 2751; *Richter/Welling*, FR 2015, 498; Gutachten Wissenschaftlicher Beirat BMF 2012, 26.

<sup>72</sup> Vgl. BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 125, 172; *Seer*, GmbHR 2015, 113.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 119 ff.; *Richter/Welling*, FR 2015, 498; *Seer*, GmbHR 2015, 114.

<sup>74</sup> Vgl. *Seer*, GmbHR 2015, 114.

<sup>75</sup> Vgl. BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 159; strukturell: *Wernsmann*, NJW 2000, 2079.

<sup>76</sup> BT-Drs. 18/5923, 16 ff., 21; vgl. auch: *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 2 ff.; *Stalleiken*, in: von Oertzen/Loose (Fn. 25.), ErbStG, § 13a Rn. 14; *Blumers*, DStR 2015, 1286;

<sup>77</sup> Vgl. Gutachten DIW, 113; Gutachten Wissenschaftlicher Beirat BMF 2012, 11, 30, 32; BT-Drs. 16/1350, Fragen 13 ff.; *Erkis*, DStR 2016, 1447; sowie die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung beim BVerfG: BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 149.

<sup>78</sup> Vgl. BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 143 ff.; *Birk*, in: Zukunft der Erbschaftsteuer, 55 ff.; **kritisch:** vgl. BFH, Vorlagebeschluss v.

daher auf den ersten Blick unverhältnismäßig erscheint, ist zu bedenken, dass jede der Einzelvergünstigungen für sich gerechtfertigt werden kann. § 13a Abs. 9 ErbStG trägt der verminderten Leistungsfähigkeit durch weitreichende Beschränkungen bei der Beteiligung, die nicht im Rahmen der Bewertung nach § 9 BewG berücksichtigt werden, Rechnung.<sup>85</sup> Diese Verminderung der Leistungsfähigkeit lässt sich ausschließlich auf die vorliegenden Beschränkungen zurückzuführen und liegt daher bei großen wie bei kleinen Unternehmen gleichermaßen vor.

Die Options- und Regelverschonungen nach den § 13a Abs. 1 und Abs. 10 ErbStG rechtfertigen sich über die gemeinwohlbezogenen Restriktionen der Lohnsummenregel und Behaltensfrist sowie die Begrenzung der maximalen Erwerbsgröße auf kleine und mittlere Unternehmen.<sup>86</sup> Darüber hinaus ist die Gewährung eines „Kulanzpuffers“ im Rahmen der Berechnung des begünstigten Vermögens nach § 13b Abs. 7 ErbStG mit der Freiheit des Gesetzgebers zur Typisierung zu begründen.<sup>87</sup> Dem Gesetzgeber ist insoweit bekannt, dass jedes Unternehmen über einen bestimmten Anteil an Verwaltungsvermögen verfügt, der etwa zur Kapitalstärkung dient oder einen Finanzierungspuffer darstellt, und gewährt deshalb aus Praktikabilitäts Erwägungen eine 10-prozentige Pauschale.<sup>88</sup> Diese scheint auch in ihrer Höhe von 10 % gerade in Anbetracht der früheren 50-%-Regelung für unschädliches Verwaltungsvermögen nicht unverhältnismäßig.<sup>89</sup>

Als letzter Kritikpunkt verbleibt damit die Lohnsummenregelung des § 13a Abs. 3 ErbStG. Diese greift erst ab einer Zahl von mehr als fünf Beschäftigten.<sup>90</sup> Unter dieser Grenze findet die Lohnsummenregelung keine Anwendung.<sup>91</sup> Als primäres gesetzlich inkorporiertes Instrument zur Sicherung der Arbeitsplätze, das ein Element der Förderungsziele ist, bedarf die Unanwendbarkeit der Lohnsummenregelung daher einer besonderen Rechtfertigung. Zur Begründung kann herangezogen werden, dass Betriebe mit nicht mehr als fünf Beschäftigten einen Ausnahmefall bilden. In dieser Größenkategorie kann bereits der Wegfall eines einzelnen Beschäftigten zur Nichteinhaltung der Lohnsumme führen. Die Tätigkeit des Unternehmers selbst steht außerdem deutlich stärker im Vordergrund, weshalb eine Erfassung mithilfe der starren Lohnsumme nicht angemessen erscheint.<sup>92</sup> Kritisch ist insoweit, dass durch die Beschäftigtengrenze etwa 80 % der Betriebe in Deutschland nicht erfasst sind

und damit eine Umkehrung des vom BVerfG geforderten Regel-Ausnahme-Verhältnis erfolgt.<sup>93</sup> Legt man jedoch richtigerweise die Zahl der tatsächlich im Rahmen des ErbStG übertragenen Betriebe und nicht pauschal die aller Betriebe in Deutschland zugrunde, wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis gewahrt.<sup>94</sup> Eine Rechtfertigung ist daher gegeben.

Fernerhin können auch die §§ 13c und 28a ErbStG im Lichte der Folgerichtigkeit gerechtfertigt werden. Während ersterer der steigenden Rechtfertigungslast entsprechend bei steigender Erwerbsgröße die Vergünstigung abschmelzen lässt und damit dem dargestellten Verfassungsmaßstab Folge leistet, trägt § 28a ErbStG den gesteigerten Anforderungen der Gemeinwohlzwecke durch eine weitgehende Einzelfallprüfung Rechnung, die sogar das Privatvermögen des Betroffenen einbezieht.

Damit stellen die Privilegierungen des Betriebsvermögens nach den §§ 13a Abs. 1, Abs. 9, Abs. 10, 13c, 28a ErbStG verbunden mit der Berechnung des begünstigten Vermögens nach § 13b ErbStG keine gleichheitswidrige Überprivilegierung von Betriebsvermögen dar. Die Regelungen sind diesbezüglich verfassungskonform.

## D. Ausblick

Die vorgestellten Konfliktfelder verdeutlichen die Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität des neugefassten Erbschafts- und Schenkungsteuerrechts. Bezieht man in die hier dargestellten Problemfelder etwa die rückwirkende Anwendung der §§ 13a, 13b, 13c, 28a ErbStG über den § 37 Abs. 12 ErbStG oder den in mehrfacher Hinsicht gegen das Grundgesetz verstoßenden § 28a ErbStG ein, so ist offensichtlich das ein weiterer, wahrscheinlich erfolgreicher, Gang zum BVerfG droht. Erschwerend ist zu berücksichtigen, dass die regelhafte steuerliche Verschonung von Unternehmensvermögen nach § 13a Abs. 1 ErbStG unverhältnismäßig hoch ist und damit im Konflikt mit dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG steht.<sup>95</sup> Eine Gewährleistung der Verfassungskonformität über einzelne Gesetzesänderungen ist möglich. Im Grundsatz ist jedoch eine weitreichende Reform der Begünstigungsregeln zu fordern, die das Konvolut an Ausnahmen und Rückausnahmen der aktuellen Regelung reduziert.

<sup>85</sup> *Stalleiken*, in: von Oertzen/Loose (Fn 25.), ErbStG, § 13a Rn. 221; *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 578 ff.; **Anmerkung**: Die Vorschrift stellt insoweit eine Vermengung von Bewertung und Verschonung dar: *Erkis*, DStR 2016, 1446; *Hannes*, ZEV 2016, 554; *Seer/Michalkowski*, GmbH 2017, 613.

<sup>86</sup> Siehe auch: BT-Drs. 18/5923, 21; einige Autoren empfinden diese Beschränkungen sogar als zu weitreichend: vgl. *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 247 f.

<sup>87</sup> Zur Typisierungsbefugnis: vgl. BVerfG v. 07.11.2006 (Fn. 2), juris-Rn. 96; *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 41), § 3 Rn. 147; *Grolig*, Folgerichtigkeitsgebot und Erbschaftsteuer, 175 f.

<sup>88</sup> 9]Vgl. BT-Drs. 18/8911, 43; *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13b Rn. 662; **kritisch**: *Erkis*, DStR 2016, 1444.

<sup>89</sup> *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13b Rn. 662.

<sup>90</sup> *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 69; *Höne*, in: Lipprosse/Seibel (Fn. 11), ErbStG, § 13a Rn. 18.

<sup>91</sup> *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk (Fn. 9), ErbStG, § 13a Rn. 69; *Höne*, in: Lipprosse/Seibel (Fn. 11), ErbStG, § 13a Rn. 18.

<sup>92</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8911, 37.

<sup>93</sup> Zum geforderten Regel-Ausnahme-Verhältnis: vgl. BVerfG v. 17.12.2014 (Fn. 1), juris-Rn. 220; zur Umkehrung durch die aktuelle Regelung: *Erkis*, DStR 2016, 1442.

<sup>94</sup> *Wachter*, in: Fischer/Pahlke/Wachter (Fn. 26), ErbStG, § 13a Rn. 262; BT-Drs. 18/8911, 37.

<sup>95</sup> Weitergehende Untersuchungen zu den aufgezeigten Problemkreisen finden sich in der vollständigen Arbeit: *Tann*, Verfassungskonformität der Erbschaftsbesteuerung von Unternehmensvermögen, 2017