ISSN 1864-3716

# Bucerius Law Journal

Juli 2022

Heft 02/22

Seiten 94-154


| | | | |
|---|---|---|---|
| Aufsatz | Prof. Dr. Ram Singh<br>Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer | Die Macht des Rechts durch verflochtene Erwartungen | 94 |
| Essay | Johannes Karl Kühle | Apokalypse und Recht? Stilkritik und Update zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts | 100 |
| Unternehmens-verantwortung | Christoph Timm | Lieferkettenverantwortung: Wettbewerbsökonomische Kritik und Alternativen | 102 |
| | Thore Inselmann | Der „binäre Code" von Völkerrecht und nationalem Recht am Beispiel des Alien Tort Statute | 110 |
| Kapitalmarktrecht | Carl-Anton Sack | Green Finance – Rechtliche Möglichkeiten zur Anreizsetzung | 118 |
| | Cora Pfeiffer | Zertifizierung grüner Anlagen – zwischen Staat und Privaten | 127 |
| Arbeitsrecht | Ronja May | Möglichkeiten und Grenzen der arbeitsvertraglichen Pflicht, private Arbeitsmittel zu nutzen (am Beispiel von Essenslieferanten) | 136 |
| Strafrecht | Cathleen-Florentine Woelcke | Inwiefern die Auslieferung von Unionsbürgern durch Deutschland an Drittstaaten eine (ungerechtfertigte) Diskriminierung darstellt | 145 |


in cooperation with DLA PIPER

www.law-journal.de

BLJ

**Redaktion der Ausgabe 02/2022**

Mesut Akbaba
Benedikt Bartylla
Johanna Becker (Stellv. Vorsitzende)
Simon Bösken
Emanuel Buhl (Stellv. Vorsitzender)
Paul Bülow
Leonard Dieckow
Annika Diemke (Ressortleiterin)
Isabella Ferencz
Benedikt Folttmann
Ben Fuhrmann
Maximilian Götze
York Philipp Gräf
Hannah Güntner
Fabian Hagemeister
Sarah Heidner
Julia Heß
Leonard Jaritz
Marvin Kalmbach
Philipp Kehl
Lena Ludewig
Julius Ohletz
Cora Pfeiffer
Christoph Rathert (Ressortleiter)
Maximilian Roth
Christoph Ruholl (Vorsitzender)
Svenja Schwartz (Ressortleiterin)
Isabelle Stein
Maximilian Tränkner (Webmaster & IT)
Lars Walter
Niklas Wilde
Dr. Ivo Veit Wanwitz (Social Media)

**Impressum**

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

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

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

**Erscheinungsweise**

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich in einer Auflage von jeweils 500 Exemplaren.

**Umschlaggestaltung**

Christoph Ruholl

**Urheberrechte**

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

**Manuskripte**

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

# Call for Papers

## EINSENDUNG VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studierenden deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher vorwiegend studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 50.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) grundsätzlich nicht überschreiten. Die Zitierweise von Fundstellen sollte nach Möglichkeiten den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei RedakteurInnen gelesen und evaluiert. Diese sowie die Redaktionsleitung entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

**Bitte beachten Sie:** Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit der Autorin bzw. dem Autor und nur von dieser bzw. diesem selbst vorgenommen.

## VERÖFFENTLICHUNG STUDENTISCHER ARBEITEN

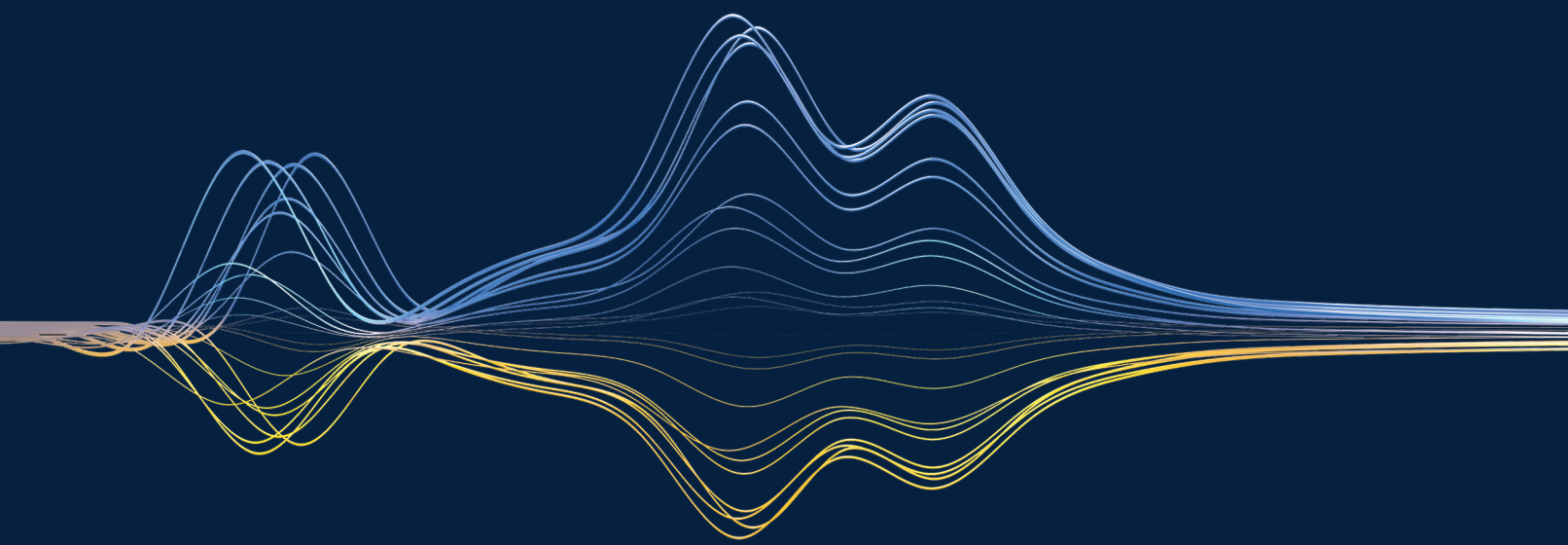
Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studierende regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminar-, Bachelor- oder Masterarbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Arbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann freuen wir uns stets über eine Übersendung an **info@law-journal.de**.

Zwei RedakteurInnen werden Deine Arbeit lesen und evaluieren. Dabei werden sie ggf. auch Umbearbeitungsvorschläge erarbeiten. Im Falle positiver Evaluierung bieten wir Dir (ggf. mit einem entsprechenden Umarbeitungsvorschlag) eine Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Bei einer eventuellen Umarbeitung wirst Du von uns natürlich mit Rat und Tat unterstützt und bist keineswegs verpflichtet, die Vorschläge unserer RedakteurInnen anzunehmen. Du entscheidest weiterhin über Form und Inhalt Deiner Arbeit.

**Bitte beachte:** Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer studentischen Arbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur“ mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch einen sehr innovativen und daher veröffentlichungswürdigen Gedanken enthalten kann. Die Note sollte Dich also nicht von einer Einreichung abhalten.

# Share our Vision
# Shape your Future



**Let’s reach new heights and achieve more together.**

Bewerben Sie sich bei DLA Piper für eine Wissenschaftliche Mitarbeit, das Referendariat oder als Associate (m/w/d)!

Frankfurt · Hamburg · Köln · München

250+ Anwältinnen und Anwälte in Deutschland

dlapipercareers.de

DLA PIPER

**dlapiper.com**

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct entities. Further details of these entities can be found at dlapiper.com.
Lawyer Advertising. Copyright @ 2021 DLA Piper. All rights reserved.

Bucerius Law Journal

**Redaktion dieser Ausgabe:** Mesut Akbaba, Benedikt Bartylla, Johanna Becker (Stellvertretende Vorsitzende), Simon Bösken, Emanuel Buhl (Stellvertretender Vorsitzender und Schatzmeister), Paul Bülow, Leonard Dieckow, Annika Diemke (Ressortleiterin Öffentliches Recht), Isabella Ferencz, Benedikt Folttmann, Ben Fuhrmann, Maximilian Götze, York Philipp Gräf, Hannah Güntner, Fabian Hagemeister, Sarah Heidner, Julia Heß, Leonard Jaritz, Marvin Kalmbach, Philipp Kehl, Lena Ludewig, Julius Ohletz, Cora Pfeiffer, Christoph Rathert (Ressortleiter Zivilrecht), Maximilian Roth, Christoph Ruholl (Vorsitzender), Svenja Schwartz (Ressortleiterin Strafrecht), Isabelle Stein, Maximilian Tränkner (Webmaster & IT), Lars Walter, Niklas Wilde, Dr. Ivo Wanwitz (Social Media)

Heft 02/2022
Seiten 94-154
18. Jahrgang
Juli 2022

Ram Singh*

# Die Macht des Rechts durch verflochtene Erwartungen

Besprechungsaufsatz zum Buch von Kaushik Basu: The Republic of Beliefs: ***A New Approach to Law and Economics***, Princeton University Press, 2018, Übersetzung aus dem Englischen von Sönke Häseler

Einleitung von Hans-Bernd Schäfer[1]

*Die Humboldt-Stiftung hat dem an der Cornell University in den USA lehrenden Wirtschaftswissenschaftler Kaushik Basu den hochangesehenen Alexander-von-Humboldt-Forschungspreis als Auszeichnung für seine wissenschaftlichen Verdienste zuerkannt. Die Preisverleihung fand im März 2022 in Bamberg statt. Im Jahr 2018 veröffentlichte Basu ein grundlegendes Werk zur Theorie des Rechts, das die Bucerius Law School bewog, ihn für zwei Monate als Forschungsprofessor einzuladen und ihn für den Humboldt-Forschungspreis vorzuschlagen. Durch die Preisverleihung ist jetzt ein mehrmonatiger Forschungsaufenthalt ab Juli 2022 an der Bucerius Law School möglich geworden, durch den die interdisziplinäre rechtswissenschaftliche Forschung und der Dialog zwischen Disziplinen gestärkt werden soll. Geplant sind Diskussionsrunden, Vorträge und Workshops, an denen insbesondere auch Studierende und Doktoranden der Bucerius Law School teilnehmen können.*

*Kaushik Basu, der seine ph.d. Arbeit bei dem ebenfalls aus Indien stammenden Nobelpreisträger Amartya Sen schrieb, hat sich über Jahrzehnte mit Problemen der ökonomischen Entwicklung, Armut, Kinderarbeit, Korruption sowie mit ökonomischen Grundsatzfragen der Spieltheorie beschäftigt. Seine Schriften haben die Wirtschaftswissenschaft und die Praxis nationaler und internationaler Organisationen stark beeinflusst. Basu war Chefberater des indischen Finanzministers und Senior Vice-president sowie Chefvolkswirt der Weltbank (2014-17). Zurzeit ist er Präsident der International Economic Association.*

*Zur Einführung unseres Gasts ist der nachfolgende Besprechungsaufsatz zu Basu's Buch „The Republic of Beliefs" über die Voraussetzungen von Rechtsstaatlichkeit besonders geeignet. Er stammt von dem Ökonomen Ram Singh, der „Law and Economics" an der Delhi School of Economics lehrt. Rechtsstaatlichkeit hat viele Voraussetzungen koordinierten Verhaltens von Staatsorganen, die Basu mit spieltheoretischen Methoden analysiert und deren Erfüllung erst die Macht des Rechts bewirkt. Basu's Forschungsergebnisse weisen Parallelen zum Böckenförde Diktum auf. „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann." Die Nähe von Basu's spieltheoretischer Rechtstheorie zu einer in Deutschland entwickelten und breit diskutierten Grundlagentheorie des Rechts machen den Autor zu einem hochinteressanten und besonders willkommenen Gast, der insbesondere mit dem Lehrstuhl für die Grundlagen des Rechts von Christian Bumke zusammenarbeiten wird.*

## A. Die ungeklärten Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts[2]

Dem angesehenen, an der Harvard Law School lehrenden amerikanischen Rechtswissenschaftler Cass Sunstein zufolge hat die Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) das juristische Denken revolutioniert. Diese Disziplin nahm großen Einfluss darauf, wie Industrienationen wichtige Rechtsprobleme analysieren und lösen. Dies gilt gleichermaßen für Fragen des Eigentumsrechts, des Vertrags- und des Deliktsrecht, des Strafrechts und des Regulierungsrechts. Gleichwohl hat die Disziplin bislang keine zufriedenstellenden Antworten auf einige zentrale Grundlagenprobleme liefern können: Warum befolgen die Menschen einige Gesetze, andere aber nicht? Warum sind einige Gesellschaften gesetzestreuer als andere? Warum ist Korruption in einigen Ländern allgegenwärtig, in anderen aber nicht? Diese Fragen haben viel theoretische und empirische Literatur sowohl in den Rechts- als auch in den Wirtschaftswissenschaften angeregt – doch brauchbare Antworten blieben bislang aus.

Kaushik Basus Buch *The Republic of Beliefs* unterzieht die Grundannahmen der ÖAR einer neuerlichen Untersuchung. Basu argumentiert, dass die Disziplin wie wir sie heute

* Ram Singh ist Professor für Volkswirtschaftslehre und Ökonomische Analyse des Rechts an der Delhi School of Economics.
1 Affiliate Professor (Law and Economics), Bucerius Law School.

2 Der folgende Text ist die deutsche Übersetzung eines Aufsatzes von Ram Singh (2020), Kaushik Basu: The republic of beliefs: A new approach to law and economics, Indian Economic Review 54 (2), 371-380

kennen außerstande ist, die oben genannten und weitere dringliche an sie gerichtete Fragen zu beantworten. Dieses Versagen findet man in allen Standardmodellen der ÖAR, sagt der Autor. Auf eindringliche Weise fordert das Buch dazu auf, die Bandbreite der ÖAR zu überdenken. Der im Buch entworfene neue Analyserahmen hat das Potenzial zu paradigmatischen Veränderungen in der ÖAR, insofern vergleichbar mit dem Effekt, den die Konzepte des Nash-Gleichgewichts (Nash, 1951) oder des Coase-Theorems (Coase, 1960) auf die Volkswirtschaftslehre hatten. Darüber hinaus bietet das Buch zahlreiche interessante Einblicke in Themen wie Führung von Organisationen, Macht und soziale Normen. Insgesamt eröffnet das Buch neue Perspektiven nicht nur auf das Recht und die Wirtschaftswissenschaften, sondern auch auf Politikwissenschaft, Philosophie und Soziologie, neben weiteren Disziplinen. Während das Buch einige der genannten Rätsel löst, an denen der Mainstream der ÖAR bislang gescheitert ist, wirft es auch neue Fragen auf, die zentral für unser Verständnis des Rechts und seiner Wirkweise sind. Zur Vereinfachung der Darstellung sollen nachfolgend einige Szenarien dienen, die in der Rechtspraxis typisch sind:

*Szenario 1*: Ein Handelsunternehmen hat seinen Sitz in einer Wohngegend. Das Geschäft ist montags bis freitags für Kunden geöffnet. Die Eigentümerin überlegt, auch am Sonnabend zu öffnen, um den Umsatz zu steigern. Der erwartete Gewinn dieser Maßnahme beträgt $G>0$ pro Woche. Jedoch würde der zusätzliche Kundenverkehr eine wöchentliche Belastung in Höhe von $B>G$ für die Anwohner bedeuten: mehr Verkehr und Lärm am Wochenende. Die Ausweitung der Öffnungszeiten würde also die soziale Gesamtwohlfahrt aller Betroffener reduzieren. Allerdings liegt die Entscheidung darüber allein bei der Geschäftsinhaberin, und als rationale Person, die ihr Vermögen zu maximieren sucht, wird sie auch sonnabends öffnen.

Die Frage ist nun: Kann das Recht den erwarteten Gewinn der Unternehmerin so ändern, dass sie die Öffnungszeiten *nicht* ausdehnt? Gemäß dem Mainstream-Modell der ÖAR: Ja. Im Standardmodell[3] gelten Menschen als rationale, gewinnmaximierende Akteure, was dem Gesetzgeber die Möglichkeit gibt, über die Veränderung der Auszahlungen („Payoffs“) Verhaltensänderungen zu erzielen (siehe insbesondere Becker, 1968). Zur Illustration erweitern wir nun das Szenario.

*Szenario 2*: Nehmen wir zusätzlich zu der in Szenario 1 geschilderten Situation an, dass der zuständige Normgeber eine neue Vorschrift erlässt, die zum Schutz der Anwohner in Wohngebieten gewerbliche Aktivitäten am Wochenende verbietet. Unser Handelsbetrieb müsste eine Strafe in Höhe von $S$ zahlen, wenn er entgegen der Vorschrift am Sonnabend öffnete. Die Strafzahlung wird mit einer Wahrscheinlichkeit $w$ fällig, also beträgt der Erwartungswert der Strafe $wS$.

Nach Becker (1968)[4] läuft das Standardargument der ÖAR wie folgt: Ohne die Vorschrift gewinnt die Unternehmerin den Betrag $G$, wenn sie am Sonnabend öffnet. Die neue Vorschrift stellt diesem Gewinn den Erwartungswert der Strafe, $wS$, entgegen. Wenn $0<G<wS$ gilt, dann wird ohne die Vorschrift am Sonnabend geöffnet, mit der Vorschrift jedoch nicht.[5] Die Vorschrift kann über ihren Einfluss auf die insgesamt erwarteten Gewinne eine Verhaltensänderung bewirken. Die Sichtweise, dass das Recht durch Haftung und Strafen die Gewinne und somit das Handeln der rechtsunterworfenen Akteure beeinflusst, spiegelt sich in vielen grundlegenden Arbeiten zum Recht wider. Kaushik Basu stellt diese von John Austin begründete Imperativentheorie, nach der das Recht nur wirkt, weil und wenn seine Verletzung eine Sanktion nach sich zieht in „*The Republic of Beliefs*“ infrage. Er argumentiert, dass das Recht allein das Verhalten Einzelner eben *nicht* ändern kann, indem es deren Payoffs beeinflusst. Dies ist die Kernaussage des Buches – subtil und dennoch weitreichend. Zur Illustration ihrer Bedeutung dient ein weiteres Szenario.

*Szenario 3*: Wir befinden uns wieder in Szenario 1, also ohne Verbot des Gewerbebetriebs am Wochenende. Allerdings gibt es einen Herrn $X$, die sich oft in der Nachbarschaft aufhält. Wenn $X$ den Betrieb an einem Sonnabend geöffnet vorfindet, verlangt er den Betrag $S$ – und er verfügt über private Machtmittel, um diese Forderung durchzusetzen. Da $X$ aber nicht immer in der Stadt ist, wird die Zahlung für eine Öffnung am Sonnabend nur mit Wahrscheinlichkeit $w$ fällig. Unter diesen Umständen wird die Eigentümerin nur dann sonnabends öffnen, wenn $G>wS$. Die Gewinnaussichten werden also durch die Anwesenheit von $X$ beeinträchtigt, und somit hängt das Verhalten der Eigentümerin von den Entscheidungen des $X$ ab.

Kann das Recht die gleiche Wirkung erzielen? Nein. Zur Erklärung gehen wir zurück zu Szenario 2, mit der geltenden Vorschrift. Damit die Vorschrift die Payoffs und das Verhalten der Unternehmerin ändern kann, muss Folgendes gelten: Sobald die Vorschrift erlassen wird, erscheint auf dem Spielfeld ein durchsetzungsstarker Akteur, z.B. ein Inspekteur oder Polizist, der die Strafe $S$ einzutreiben vermag, genau wie Herr $X$ in Szenario 3. Dieser Akteur wird (mit Wahrscheinlichkeit $w$) die Strafe auferlegen, wenn das Geschäft am Sonnabend geöffnet ist.

Genau dies ist die Annahme, die der ÖAR-Mainstream macht, wenn er argumentiert, dass das Recht die Gewinnerwartungen und das Verhalten Einzelner verändern kann. In anderen Worten ging die ÖAR bislang weitgehend davon aus, dass der Erlass einer Vorschrift per se einhergeht mit der Existenz einer Institution, die Haftung oder Strafe im Sinne der Vorschrift durchsetzen kann. Diese Institution kann aus einer einzelnen Person (z.B. dem Inspekteur) oder einer Gruppe von Personen (z.B. dem Inspekteur und seinen Vorgesetzten) bestehen. Die neoklassische ÖAR geht weiterhin davon aus, dass alle Akteure in dieser Institution die Präferenzen eines Roboters haben: Sie wollen nur den Willen des Rechts umsetzen; ein eigenes,

[3] Die Begriffe ‘neoklassisch’, ‘Standardmodell’ und ‘Mainstream’ werden hier austauschbar verwendet. Im Gegensatz zu dieser mit der University of Chicago assoziierten Herangehensweise steht jene, die auf Guido Calabresi von der Yale Law School zurückgeht und weniger streng ist bezüglich der Annahme der individuellen Rationalität.

[4] Der Richter und ÖAR-Pionier Richard Posner hat Beckers Arbeit als Urquelle der ökonomischen Literatur zu Verbrechen, seiner Eindämmung und Ahndung bezeichnet.

[5] Angenommen wird weiterhin, dass die Unternehmerin risikoneutral ist und das Geschäft bei einem Gewinn von null geschlossen bleibt.

etwa davon abweichendes Interesse kennen sie nicht.[6] *The Republic of Beliefs* argumentiert hingegen, dass diese Annahmen die Quelle einer Widersprüchlichkeit sind, die sich durch die wichtigsten Modelle dieser Disziplin zieht.

Schafft das die Existenz einer Rechtsnorm nicht automatisch eine Durchsetzungsinstanz? Nein. Zunächst scheint es, als könnte der Gesetzgeber für die Durchsetzung der Vorschriften einfach eine Organisation schaffen und für ihre personelle und finanzielle Ausstattung sorgen. Die Wirksamkeit dieser Organisation würde dann aber in erster Linie aus der geeigneten Kombination personeller und anderer Ressourcen erwachsen. Diese Organisation könnten die gleiche Wirkung jedoch auch ohne die Rechtsnorm entfalten, wenn es zu ihrem Nutzen und sie mächtig genug ist. Die Vorschrift an sich kann weder die Ressourcen erschaffen noch die Organisation, die die Ressourcen wirksam einsetzt. Selbst wenn wir annehmen, dass aufgrund der Vorschrift eine Durchsetzungsinstanz geschaffen werden und finanziell gut ausgestattet werden kann – warum sollte diese Organisation die Vorschrift dann auch durchsetzen *wollen*? Nur weil die Vorschrift das so vorsieht? Im echten Leben – in manchen Ländern mehr als in anderen, und nicht zuletzt im Heimatland des Buchautors – sehen wir eher ein kollektives Wegsehen seitens der Polizei, der Gerichte und der Bürger. In Indien ist das Erbrecht von Frauen nur ein prominentes Beispiel von vielen. Das jahrelange Hinwegsehen der Behörden über cum-ex Geschäfte und Dieselabgasmanipulationen in Deutschland sind weitere Beispiele.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verabschiedung einer Vorschrift an sich weder eine effektive Durchsetzungsinstitution schaffen kann, noch kann sie eine bereits bestehende Institution verschwinden lassen. Gäbe es eine solche effektive Institution, könnte sie die Strafe auch ohne jegliche Rechtsgrundlage verhängen– genau wie Herr X in Szenario 3. Somit ist die Inkraftsetzung einer Rechtsnorm ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen laut Basu nichts als „Tinte auf Papier". Das Buch lenkt unsere Aufmerksamkeit auf Denkfehler, welche die Modelle der Mainstream-ÖAR aufgrund dieser widersprüchlichen Annahmen plagen. Diese Modelle sehen die rechtsunterworfenen Bürger als rationale, egoistische Individuen, die jeweils ihre eigenen Gewinne zu maximieren suchen. Im Gegensatz dazu werden jene Individuen, die das Recht durchsetzen sollen, als Roboter modelliert, die nichts anderes im Sinn haben, als das Recht zu vollziehen.[7] Dies ist einer der schwerwiegenden inhärenten Fehler des Standardanalyserahmens der ÖAR.

[6] Ein Großteil der Literatur nimmt weiterhin an, dass der Gesetzgeber und seine Erfüllungsgehilfen allein nach Wohlfahrtsmaximierung streben. Für eine Kritik dieser Annahme siehe Schäfer/Singh (2018).

[7] Während ein Teil der Literatur zu Korruption und Bestechung durchaus den staatlichen Inspekteuren zugesteht, ihre privaten Präferenzen zu berücksichtigen, wird dann aber wiederum angenommen, dass die Gesetzeshüter (gewissermaßen die Inspekteure der Inspekteure) roboterhafte Präferenzen für den Vollzug des Rechts haben.

## B. Ein alternativer Analyserahmen für das Recht

Das Buch präsentiert einen alternativen Analyserahmen, der alle Beteiligten (Spieler) gemäß einheitlicher Annahmen modelliert. Alle Spieler einschließlich der Gesetzeshüter werden verstanden als rationale Individuen, die ihre exogen gegebenen Payoff-Funktionen maximieren wollen. Das Zusammenspiel aller Individuen ergibt das, was der Autor das „Spiel des Lebens" nennt. Er argumentiert überzeugend, dass das Recht keine Komponente dieses Spiels ändern kann – weder die Anzahl der Spieler noch deren Wahlmöglichkeiten oder Payoff-Funktionen. Diese Behauptung könnte formuliert werden als:

### I. *Basus Erstes Theorem: Das Recht kann das Spiel des Lebens nicht ändern.*

Im Beispiel der Ladenschlußzeiten haben wir gesehen, dass wenn sich alle Akteure einschließlich der Gesetzeshüter unter der Vorschrift genau so verhalten, wie sie es ohne die Vorschrift taten, alle den gleichen Payoff erhalten. Allgemeiner: Die gleichen Handlungen aller beteiligten Akteure führen zu den gleichen Payoffs, unabhängig davon, was das Recht sagt oder nicht sagt. „Daran ändert das Recht oder die Tinte auf dem Papier nichts", schreibt Basu.

Wie passt dies zu dem sprichwörtlichen „langen Arm des Gesetzes"? Im echten Leben ist das Recht *nicht* bedeutungslos. Wir sehen, wie es wirkt, mitunter sogar mit großer Macht. Basu argumentiert jedoch, dass die Macht des Rechts letztlich auf der Koordination der Erwartungen (*beliefs*) aller Beteiligten beruht. Beispielsweise mussten in Szenario 2 die folgenden beiden Bedingungen erfüllt sein, damit die Vorschrift den beabsichtigten Effekt haben konnte: a) Wenn die Unternehmerin am Sonnabend öffnet, muss sie mit Wahrscheinlichkeit *w* mit einer Strafe rechnen; b) der Inspekteur wird die Strafe auch tatsächlich mit derselben Wahrscheinlichkeit verhängen – weil er davon ausgeht, seinerseits bestraft zu werden oder Nachteile zu erleiden, wenn er die Strafe nicht verhängt.

In formaler Hinsicht kann das Recht ein gewünschtes Ergebnis nur dann erzielen, wenn dieses Ergebnis auch ein Gleichgewicht im Spiel des Lebens ist. Dazu einige Beispiele aus dem Buch. Das erste Beispiel ist ein Spiel mit drei Spielern. In den untenstehenden Matrizen wählt Spieler 1 zwischen den Zeilen und Spieler 2 wählt zwischen den Spalten, wobei sie jeweils die Handlungen *A* und *B* zur Auswahl haben. Spieler 3 wählt entweder die linke oder die rechte Matrix aus. Die Zahlen in den Zellen der Matrizen stehen für die Payoffs der Spieler 1, 2 und 3. Wie nennen dies das „Spiel des Lebens I".

| | A | B |
|---|---|---|
| A | 7;7;0 | 1;8;2 |
| B | 8;1;2 | 2;2;2 |

**L** (laxe Polizei)

| | A | B |
|---|---|---|
| A | 7;7; -1 | 1;6;1 |
| B | 6;1;1 | 0;0;1 |

**R** (rigorose Polizei)

Nun stellen wir uns vor, die aus diesen drei Spielern bestehende Gesellschaft einigt sich auf ein Gesetz, das

die Polizei zur Sanktionierung unerwünschten Verhaltens verpflichtet. Spieler 1 und 2 seien normale Bürger, Spieler 3 die Polizistin – da sie im „Spiel des Lebens I" spielt, nennen wir sie „Polizistin I". Handlung *A* sei das sozial ‚*wünschenswerte*' Verhalten, Handlung *B* das sozial unerwünschte Verhalten. Spielt die Polizistin Strategie *L*, legt sie gegenüber dem sozial unerwünschten Verhalten eine Laxe Haltung an den Tag – sie schaut weg. *R* hingegen ist die rigorose, st*r*enge Haltung: Schlechtes Verhalten wird mit einer Strafe von 2 belegt. Allerdings reduziert ihr Diensteifer den Payoff der Polizistin um den Betrag von 1. Die Matrizen zeigen, dass *L* ihre dominante Strategie ist. Die Handlungskombination (B,B,L) ist das einzige Nash-Gleichgewicht in reinen Strategien in diesem Spiel. Wir gehen davon aus, dass sich dieses Ergebnis auch vor der Verabschiedung des Gesetzes einstellte.

Die Mainstream-ÖAR nimmt an, dass die Gesetzeshüter schematisch dem Diktat des Rechts folgen, dass also im vorliegenden Fall die Polizistin Strategie *R* wählt, sobald das Gesetz verabschiedet ist. Auf diese Festlegung der Polizistin reagieren die Bürger optimal mit *A*. (A,A,R) ist also das erwartete Ergebnis unter dem Gesetz. Die traditionelle ÖAR sagt somit vorher, dass die Verabschiedung des Gesetzes das gesellschaftliche Gleichgewicht von (B,B,L) auf (A,A,R) verändert. Im kompletten Gegensatz dazu zeigt Basu's Buch, dass das Gesetz das Gleichgewicht *eben nicht* von (B,B,L) hin zu irgendeinem anderen Ergebnis ändern kann. Denn in diesem Spiel gibt es kein Nash-Gleichgewicht, in dem eine rationale Polizistin die Strategie *R* wählen möchte. Da das Recht keinen Aspekt im Spiel des Lebens ändern kann, kann es auch keine neuen Gleichgewichte schaffen. Auch nach der Verabschiedung des Gesetzes ist (A,A,R) kein Gleichgewicht; (B,B,L) bleibt das einzig mögliche Ergebnis. Basu argumentiert, dass ein Gesetz, das auf ein Ergebnis außerhalb des Gleichgewichts zielt, keinerlei Chance hat, befolgt zu werden, egal was dieses Gesetz sagt. In dem besprochenen Spiel führt also kein Weg am unerwünschten Verhalten der Rechtsunterworfenen vorbei.

Dennoch ist das Recht in vielen Kontexten mitnichten wirkungslos. Gemäß Basu erzielen Gesetze ihre Wirkung, indem sie ein bestehendes Gleichgewicht zu einem Fokalen Punkt erheben, mithilfe dessen die betroffenen Parteien wechselseitig zutreffende Erwartung über das Verhalten jeweils aller anderen Parteien aufbauen können. Aus diesem Prozess erwächst auch der Abschreckungseffekt des Rechts. Dies ist eine der grundlegenden Lehren des Buches.

Zur Erklärung verändern wir das Spiel von oben ein wenig und nennen es jetzt „Spiel des Lebens II". Die Änderung betrifft allein die Payoffs des Strategietupels (A,A,R). Die Gesetzeshüterin nennen wir zwecks Unterscheidung nun allerdings „Polizistin II". Das Spiel hat jetzt zwei Nash-Gleichgewichte, (B,B,L) und (A,A,R).

| | A | B |
|---|---|---|
| A | 7;7;0 | 1;8;2 |
| B | 8;1;2 | 2;2;2 |

**L**

| | A | B |
|---|---|---|
| A | 7;7;1 | 1;6;1 |
| B | 6;1;1 | 0;0;1 |

**R**

Basu zufolge wirkt das Recht in einem solchen Kontext mit multiplen Gleichgewichten durch seine suggestive Macht, indem es nämlich das erwünsche Gleichgewicht zu einem Fokalen Punkt macht. Angenommen, wir befinden uns anfangs im Gleichgewicht (B,B,L), dann aber wird das Gesetz zur Verhaltensverbesserung verabschiedet. Das Gesetz lenkt die Aufmerksamkeit aller Spieler auf das gewünschte Ergebnis (A,A,R) und macht es so zu einem Fokalen Punkt. Da auch (A,A,R) ein Nash-Gleichgewicht ist, kann das Gesetz kraft seiner suggestiven Macht erreichen, dass alle eine Verschiebung des Gleichgewichts erwarten – und ihr Verhalten entsprechend anpassen. Die Bürger gehen davon aus, dass die Polizistin nunmehr *R* spielen wird, woraufhin sie optimal mit *A* antworten. Umgekehrt ist *R* die beste Strategie für die Polizistin, wenn sie davon ausgeht, dass die Bürger *A* spielen. Der Übergang von einem gesellschaftlichen Verhaltensmuster zu einem anderen setzt also eine wechselseitig stimmige Änderung der Erwartungen aller Spieler bezüglich des Verhaltens aller anderen Spieler voraus.

Da allerdings (A,A,R) ein Nash-Gleichgewicht des Spiels ist, hätte es sich auch ohne das Gesetz als Ergebnis einstellen können. Darüber hinaus bleibt (B,B,L) auch nach der Einführung des Gesetzes ein mögliches Ergebnis. Dies ist die zweite große Behauptung des Buches. Sie könnte wie folgt formuliert werden:

## II. *Basus Zweites Theorem: Jede Kombination der Entscheidungen von Individuen, die ein Gesetz bewirken kann, kann auch ohne das Gesetz bewirkt werden.*

Professor Basu schreibt hierzu: „Obgleich sie mit Handschellen, Gefängnissen und Dienstwaffen untermauert wird, beruht die Macht des Rechts letztlich auf einer Konstellation von Erwartungen der Gesellschaftsmitglieder – Bürger, Polizei, Politiker, Richter. Diese Erwartungen sind miteinander verflochten und verwoben, teils verstärken sie sich gegenseitig, teils stehen sie sich im Weg; sie formen gewaltige Machtstrukturen, die mitunter so stark sind, dass sie den Einzelnen transzendieren; sie führen zu der Illusion eines mysteriösen, oktroyierten Diktats." Diese Sicht des Rechts bedeutet, dass Basu die berühmte These von Hobbes ablehnt, gemäß der ein Gesetz nur dann wirken kann, wenn die Macht eines Souveräns dahintersteht. Der Autor ergänzt: „Millionen von Menschen erledigen ihre täglichen Aufgaben in der Erwartung, was anderen Menschen tun werden und was diese anderen von ihnen selbst erwarten. […] In diesem Sinne sind wir die Bürger der *Republic of Beliefs*."

Die obige Logik zur Macht der Erwartungen trifft auch auf den Begriff der Macht selbst zu. Jegliche Macht erwächst aus kollektiven Erwartungen. Deshalb haben die Lehren des Buches nicht nur für die Rechts- und die Wirtschaftswissenschaften eine große Bedeutung, sondern eben auch für die Politikwissenschaft, die Philosophie, die Soziologie und die Untersuchung von Markt- und Nicht-Marktorganisationen, neben zahlreichen weiteren Forschungsfeldern. Beispielsweise ist der im Buch entwickelte Analyserahmen gleichermaßen auf soziale Normen anzuwenden. Basu argumentiert, dass Gesetze und soziale

Normen auf ähnliche Weise wirken – insofern sie denn wirken –, nämlich indem sie unsere Erwartungen formen.[8] Entgegen der verbreiteten Meinung zeigt das Buch, dass es gar keinen so großen Unterschied gibt zwischen der durch Gesetze gestifteten Ordnung und derjenigen, die allein auf Grundlage sozialer Normen entsteht. Beide Ordnungsmechanismen funktionieren dadurch, dass sie neue Fokale Punkte entstehen und alte verschwinden lassen.

Weiterhin zeigt das Buch, dass die Verhaltensaspekte des Rechts in einigen Situationen das Spiel zwischen den Menschen verändern können: Die Strategie *R* bringt der Polizistin II einen mindestens ebenso hohen Payoff ein wie der Polizistin I, unabhängig von den Entscheidungen der anderen Spieler, und einen eindeutig höheren Payoff, wenn die Bürger *A* wählen. Stellen wir uns nun die folgenden Neuinterpretationen der beiden Versionen des Spiels des Lebens vor: Polizistin I trifft ihre Auswahl ohne ein Gesetz, Polizistin II hingegen mit dem Gesetz. Der höhere Payoff von Polizistin II kann dann darauf zurückgeführt werden, dass sie, wenn das Gesetz in Kraft ist, ihre strenge Haltung als legitim erachtet. Dann hat es das Gesetz oder die Tinte auf Papier geschafft, Spiel I in Spiel II zu verwandeln, wobei ein neues Gleichgewicht und neue Möglichkeiten für die Gesellschaft geschaffen wurden.

Der neue Blick des Buchs auf die ÖAR liefert einen Erklärungsrahmen dafür, wie soziale und wirtschaftliche Phänomene wie Diskriminierung oder Kinderarbeit ohne leicht zuzuschreibende Ursachen entstehen können. Diese Perspektive bietet kontraintuitive Begründungen, warum einige Gesetze wirken, während andere kollektiv ignoriert werden. Sie begründet auch, warum aus anderen Rechtssystemen transplantierte Gesetze oftmals nicht funktionieren. Solche Erkenntnisse sind nicht zuletzt für Entwicklungsländer extrem wichtig.

Es kommt also einerseits auf die Erwartungen der Akteure untereinander an, aber auch auf ihre Erwartungen bezüglich des Rechts. Wenn zu viele Gesetze unstimmig oder uneindeutig sind, kann das die Effektivität des Rechts insgesamt beschädigen. Miteinander unvereinbare Gesetzesbestimmungen senden widersprüchliche Botschaften darüber, wie sich die Menschen verhalten sollen. Nehmen wir beispielsweise an, im Spiel des Lebens II gebe es zwei Gesetze, von denen eines nahelegt, dass (B,B,L) das gewünschte Ergebnis ist, das andere hingegen auf (A,A,R) weist. Da sie in unterschiedliche Richtungen zu wirken versuchen, können solche Gesetze die Erwartungen der Bürger nicht auf ein einzelnes Gleichgewicht lenken. Sie schaffen keinen Fokalen Punkt und stiften somit Chaos statt Ordnung. Das Buch benennt ein noch tiefergehendes Problem bei der Umsetzung des Rechts. Ein Gesetz kann nur dann einen Fokalen Punkt schaffen, wenn die Menschen den Eindruck haben, dass das Gesetz auch befolgt werden soll. Fehlt einer Gesellschaft dieser Glaube, kann das Gesetz schwerlich auch nur ein Signal bezüglich des vom Gesetzgeber erwünschten Ergebnisses zu senden, und es wird letztlich vielleicht nicht einmal wahrgenommen.

[8] Das Buch unterscheidet durchaus zwischen Rechtsnormen und sozialen Normen. Letztere sorgen dafür, dass einige prinzipiell mögliche Handlungen aus der Menge der Handlungsoptionen der Akteure herausgenommen werden.

## C. Eine Kritik

Kommen wir nun zur Kritik dieses richtungsweisenden Werkes. Der neue Analyserahmen hilft maßgeblich, einige der wichtigsten bislang bestehenden Herausforderungen der ÖAR zu überwinden. Gleichzeitig wirft das Buch aber auch einige nicht weniger herausfordernde Probleme auf. Beispielsweise könnte die Effektivität des Rechts entscheidend von der Person abhängen, die die Staatsmacht vertritt. Um dies zu verdeutlichen, vergegenwärtigen wir uns wieder das Spiels des Lebens. Der einzige Unterschied zwischen seinen beiden Varianten ist die Payoff-Struktur der Polizistin. Wenn wir die Präferenzen als exogen gegeben nehmen, können wir die beiden Varianten als Beschreibungen zweier Welten mit unterschiedlichen Gesetzeshütern verstehen. Die Polizistin ist also jeweils eine andere Person, während die Bürger in beiden Spielvarianten die gleichen sind. Wir haben oben gesehen, dass das Recht das erwünschte Verhalten der Bürger nur mit Polizistin II erzielen kann, nicht aber mit Polizistin I. Demzufolge hängen Wohl und Wehe des funktionierenden Rechtsstaates an der Person des Gesetzeshüters – eine beunruhigende Vorstellung.

Ein zweites Problem betrifft den Effekt, den die Einstellung Einzelner bezüglich eines Gesetzes auf die Effektivität eben jedes Gesetzes hat. Im echten Leben haben die Menschen ganz unterschiedliche Meinungen zur Legitimität eines jeden Gesetzes. Wir erinnern uns an das Spiel des Lebens: Im Vergleich zu Polizistin I bringt Strategie *R* der Polizistin II bedingt höhere Payoffs bei jedweder Wahl der Bürger und unbedingt höhere Payoffs, wenn sich die Bürger für die gesetzeskonforme Handlung *A* entscheiden. Wir können uns die unterschiedlichen Versionen vorstellen als zwei Situationen, die sich nur darin unterscheiden, was die Polizistin von dem Gesetz hält: Polizistin II hat demnach einen positiveren Blick auf das Gesetz oder auf die legale Handlung *A* als Polizistin I. Wir sehen also, dass die persönliche Einstellung der Gesetzeshüter zum Recht einen erheblichen Einfluss auf dessen Effektivität haben kann.

Damit verbunden ist das Problem, dass die Payoffs eines Einzelnen davon abhängen könnten, ob diese Person ein Bürger oder ein Gesetzeshüter ist. Insbesondere könnten wir uns vorstellen, dass wenn Spieler 2 in Version I als Polizist fungieren sollte, er einen ähnlichen Payoff bekommen könnte wie Polizistin II. In anderen Worten: Bei jeglicher Gruppe von Personen mit exogen gegebenen Präferenzen kann es passieren, dass sich die Gesellschaft in einer Situation entweder wie Version I oder wie Version II des Spiels wiederfindet, je nachdem, wem die Rolle der Polizei zufällt. Das bedeutet wiederum, dass in der Gesellschaft entweder Ordnung oder Chaos herrschen kann – es kommt nur darauf an, wer Polizist ist und wer Bürger. Die Frage ist also: Wie sollte eine Gesellschaft ihre Gesetze wählen, und wie ihre Gesetzeshüter?

Ein weiteres Problem betrifft die Effektivität des Rechts, wenn Informationsasymmetrien zwischen den Bürgern und den Gesetzeshütern vorliegen. Wenn sie über ihre Handlungen entscheiden, wissen die Bürger im echten Leben

selten, an welche Art von Gesetzeshüter sie geraten werden. Beispielsweise können wir die beiden Varianten des Spiels des Lebens auch als ein einziges Spiel verstehen, wobei die Polizistin entweder vom Typ I oder vom Typ II sein kann, doch diese Information hat nur die Polizei, nicht aber die Bürger. Derartige Informationsasymmetrien verändern die Struktur des Spiels und somit die Ergebnisse.

Abschließend kann man sich viele Situationen im echten Leben vorstellen, in denen die Payoffs Einzelner nicht nur von den Handlungen der beteiligten Spieler abhängen, sondern von der empfundenen Legitimität dieser Handlungen. Beispielsweise wäre es wohl in den oben diskutierten Szenarien 2 und 3 den wenigsten Bürgern egal, ob sie die Strafe an einen dubiosen Herrn X oder an einen Gesetzeshüter zahlen. Obwohl der Zahlbetrag in beiden Fällen der gleiche ist, werden die allermeisten lieber an den Staat zahlen. Auch für die Gesetzeshüter selbst wird es einen großen Unterschied machen, ob sie ihre eigenen Handlungen für mit dem Gesetz vereinbar halten. In ähnlicher Weise werden Menschen, die der Person eines bestimmten Politikers kritisch gegenüberstehen, seinen Entscheidungen im Amt eher folgen, wenn er dieses Amt rechtmäßig erlangt hat, eher denn durch verschobene Wahlen oder gar Gewalt – dies trifft selbst dann zu, wenn die Menschen von dem politischen Prozess der Amtsvergabe an sich wenig halten. Oftmals hängen die Payoffs der Spieler also nicht nur von den Handlungen ab, sondern insbesondere auch davon, ob diese Handlungen mit dem Gesetz vereinbar sind, so wie von der Art und Weise, wie dieses Gesetz zustande gekommen ist. Insofern kann das Recht also *doch* die Payoffs und somit das Spiel selbst beeinflussen. Welche legislativen Prozesse genau welchen Einfluss auf das Spiel haben, bleibt dabei weiter zu untersuchen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Buch einige der Rätsel löst, die die derzeitige ÖAR plagen. Dennoch verbleiben wichtige Fragen auf dem Weg zu einem besseren Verständnis des Rechts und seiner Wirkweise. Zur Beantwortung dieser Fragen bietet das Buch Forschern und politischen Entscheidern allerdings einen wertvollen Analyserahmen.

Literatur:

Becker, Gary S. (1968) “Crime and Punishment: An Economic Approach” *Journal of Political Economy,* 76:169-169.

Coase, Ronald H. (1960) “The Problem of Social Cost” *Journal of Law and Economics*, 3:1-44.

Diamond, Peter A. (1974) “Accident Law and Resource Allocation” *Bell Journal of Economics,* 5(2):366-405.

Nash, John F. (1951) “Non-Cooperative Games” *The Annals of Mathematics* 54(2):286-295.

Schäfer HB, Singh R (2018) Takings of Land by Self-Interested Governments: Economic Analysis of Eminent Domain. The Journal of Law and Economics 61(3):427-459.

Johannes Karl Kühle*

# Apokalypse und Recht? Stilkritik und Update zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts

## Einreichung zum Essaywettbewerb des Bundesverbands rechtswissenschaftlicher Fachschaften

Sicherlich wird die intertemporale Interpretation der Freiheitsgrundrechte durch das BVerfG[1] zurecht als verfassungsgerichtliche Revolution gefeiert. Allerdings hat das Gericht die Gelegenheit ausgelassen, der Schutzdimension der Grundrechte scharfe Konturen zu verleihen und insbesondere das von den Beschwerdeführenden eingeforderte Recht auf ein ökologisches Existenzminimum anzuerkennen. Keine vier Monate nach dem Urteil wurde Deutschland nachhaltig von der Hochwasserkatastrophe am 14.7.2021 erschüttert. Dieses Essay geht im Schwerpunkt der Frage nach, ob der normativ und rechtssprachlich bemerkenswerte Diskussionsbeitrag des Ersten Senats zum ökologischen Existenzminimum bereits einer neuen rechtlichen Beurteilung unterzogen werden muss.

## A.

„Die deutsche Sprache kennt kaum Worte für die Verwüstung, die hier angerichtet ist“, solidarisiert sich Angela Merkel mit Betroffenen im Katastrophenort Schuld (Rheinland-Pfalz).[2] Die stärksten Regenfälle seit Beginn der Wetteraufzeichnungen in Deutschland haben zu einem ungekannten Maß an Vernichtung von menschlichen Leben und wirtschaftlichen Existenzen geführt. Forschende führen die zunehmende Intensität und Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Extremwetterereignisse auf den Klimawandel zurück.[3] Die Gefahren des Klimawandels sind (spätestens) jetzt sichtbar in Deutschland angekommen.

## B.

In seinem Urteil äußert sich das BVerfG erstens zur Schutzdimension von Grundrechten und zweitens zum Recht auf ein ökologisches Existenzminimum.

Eine Verletzung der Schutzpflichten aus Art. 2 II 1, 14 I GG lehnt das BVerfG im Ergebnis ab (Rn. 143). Das BVerfG rekurriert lediglich auf seine wenig ausdifferenzierte Rechtsprechung zur Dogmatik von Schutzpflichten (Rn. 152 ff.)

Zwar bestehe eine solche Schutzpflicht auch angesichts der Gefahren durch den Klimawandel. Die Beschwerdeführenden können sich aber nicht mit Erfolg darauf berufen. Ferner sei die in die Zukunft gerichtete Wirkung dieser Schutzpflichten nicht subjektiv einklagbar (Rn. 146).

Bereits keine Klagebefugnis gewähre allerdings das „Recht auf ein ökologisches Existenzminimum“ in Anlehnung an das menschenwürdige Existenzminimum, das Art. 1 I iVm 20 I GG schützt (Rn. 113 ff.).

Das BVerfG äußert sich kurz, aber pointiert zu den Umständen, unter denen ein solches Recht anerkannt werden kann (Rn. 114 f.). Zwar sind diese Ausführungen *obiter dictum*, sie können dennoch Aufschluss darüber geben, wie das BVerfG im Angesicht von Umweltkatastrophen grundrechtliche Maßstäbe anwenden oder auch neudefinieren wird.

## C.

### I.

Das BVerfG sieht einerseits die Schnittmengen zwischen dem Schutzanspruch eines „Rechts auf ein ökologisches Existenzminimum“ und der Schutzdimension der Grundrechte aus Art. 2 II 1, 14 I GG. Diese Grundrechte schützten bereits vor „Umweltschäden mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen“.

Diese Formulierung klingt nach BVerfG-Sprech und ist auch entsprechend aussagelos. Sie ist entlehnt aus einem Nichtzulassungsbeschluss aus 2010, bei dem die Beschwerdeführerin sich gegen eine Gefahr durch im CERN-Teilchenbeschleuniger angeblich entstehende Schwarze Löcher wandte.[4] Mit dem Superlativ „apokalyptisch“ legt das BVerfG nahe, dass es Schutzpflichtverletzungen wegen unzureichender Klimawandelbekämpfung nur restriktiv und wenn überhaupt in ferner Zukunft bejahen wird. Was sich die Richter_innen des Ersten Senats hier als Schwelle vorgestellt haben, bleibt mangels weiterer Ausführungen völlig unklar.

Apokalypse in den Tälern von Ahr und Erft? Angela Merkel nennt die Szene schließlich „surreal und gespenstisch“. Am Ende dürfte klar sein, dass der Begriff der „Apokalypse“ in politischen und philosophischen, sicherlich nicht in juristischen Debatten Platz finden sollte. Darin ließe sich diskutieren, ob es nicht zynisch wäre, den im Jahre 2021 vielerorts realisierten Gefahren des Klimawandels – hitzebedingte Großbrände, starkregenbedingte Überflutungen – die Anerkennung als einigermaßen „apokalyptisch“ zu verweigern.

---

* Der Autor ist Student an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Dieser Beitrag wurde im Rahmen des KlimaEssay Wettbewerbs des Bundesverbands rechtswissenschaftlicher Fachschaften e.V. als zweitbestes Essay ausgezeichnet. Weitere prämierte Texte sind bei FAZ Einspruch, im Völkerrechtsblog und in den Hamburger Rechtsnotizen erschienen. Nähere Informationen und noch weitere Beiträge finden sich auf der Website des Wettbewerbs (www.bundesfachschaft.de/klimaessay).

1 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, NVwZ 2021, 951.

2 https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/panorama/merkel-hochwasserkatastrophe-surreal-gespenstisch-hilfe-100.html, 18.7.2021.

3 https://www.tagesschau.de/inland/studie-starkregen-101.html, 24.8.2021.

4 BVerfG, Beschluss vom 18.2.2010 – 2 BvR 2502/08, Rn. 13.

## II.

Das BVerfG geht zum Glück darüber hinaus und zieht einen eigenen Mehrwert eines Rechts auf ein ökologisches Existenzminimum in Betracht, soweit durch Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen nur Leben, körperliche Unversehrtheit und Eigentum, nicht aber „die sonstigen Voraussetzungen sozialen, kulturellen und politischen Lebens" gesichert werden könnten (Rn. 114). Dieser Gedanke wiederum wird der Sache sehr wohl gerecht und steht in einem denklogischen Zusammenhang mit der intertemporalen Interpretation von Freiheitsgrundrechten. Es kann eben nicht sein, dass die grundrechtliche *Freiheit zu emittieren* so lange den Vorrang beansprucht, dass am Ende zentrale Voraussetzungen demokratischen Zusammenlebens und immateriellen Wohlstands in Deutschland entfallen. Das BVerfG scheint diesen Satz konkret auf Schutzverpflichtungen des Gesetzgebers durch konsequente Emissionsreduktionen zu beziehen, wenn es nachfolgend auch eine Schutzpflichtverletzung durch „extreme" Anpassungsmaßnahmen für möglich hält.

Zahlreiche Reportagen veranschaulichen, wie stark neben massiven Zerstörungen und zahlreichen Todesfällen die Voraussetzungen eines nach diesen Grundzügen umrissenen Zusammenlebens in den Katastrophengebieten langfristig eingeschränkt sind.[5] Das BVerfG öffnet die Diskussion für nichtrechtliche Wertungen, wenn es formuliert, dass das ökologische Existenzminimum in einer „nach menschlichen Maßstäben lebensfeindlichen" Umwelt relevant werden kann (Rn. 114). Daran, dass gegenwärtige Lebensumstände in den betroffenen Tälern das in Deutschland vorausgesetzte Minimum an Grundversorgung unterschreiten, dürften wenig Zweifel bestehen.

Insofern hat das BVerfG sehr zutreffend erkannt, dass Gefahren durch den Klimawandel über das Lebenswichtige hinaus in zahlreiche verfassungsmäßig relevante Belange des öffentlichen Lebens ausstrahlen. Es denkt nur nicht konsequent weiter und verkennt, dass ein Recht auf ein *ökologisches* Existenzminimum effektiven und umfassenden Grundrechtsschutz ermöglichen würde. Es bestehen vielfältige Risiken durch die zunehmende Degeneration unserer Umwelt, die sich nicht auf die Verletzung von Leben, Gesundheit und Eigentum durch Gefahren des Klimawandels beschränken.

Angesichts des Realismus, den das BVerfG hier im Grundsatz an den Tag legt, muss die Kritik bestärkt werden, dass es im Jahr 2021 diesem Klima- und Umweltschutzgrundrecht die Anerkennung verweigert. War der Eintritt eines solchen Ereignisses *ex ante* schlicht unvorstellbar, auch für Richter_innen, die intensiv den aktuellen IPCC-Bericht studiert haben?

## D.

Für ein solches Recht spricht ganz besonders, dass es eben – klarer als intertemporale Freiheitsgrundrechte – überhaupt die Debatte über ein verfassungsrechtlich zu gewährleistendes Untermaß ermöglicht. Dieses ökologische Minimum unterläge keiner Abwägung mehr mit anderen freiheitsrechtlichen Belangen, die aus rechtsdogmatischen Gründen – wegen der Rechtfertigungsbedürftigkeit der staatlichen Freiheitseinschränkung – eine höhere Durchsetzungskraft aufweisen.[6] Die Gerichte könnten eine Grundrechtsverletzung allein vom Ergebnis, nämlich der Unterschreitung des Minimums her beurteilen. Daraus muss aber, wie das BVerfG offensichtlich befürchtet, kein Appell an den Gesetzgeber resultieren, durch eine gerichtlich vorgegebene Maßnahme Abhilfe zu schaffen. Vielmehr könnte sich das Gericht gewaltenteilungsbewusst darauf beschränken, die anderen Gewalten zu allen Mitteln nach ihrem Ermessen (Emissionsreduktions- oder Anpassungsmaßnahmen) verpflichten, die den Eintritt katastrophaler Zustände effektiv verhindern können.[7] Das funktioniert selbstverständlich nicht mehr, wenn Klimaschutzmaßnahmen so lange aufgeschoben werden, bis auch freiheitsgrundrechtlich höchstbedenkliche Maßnahmen alternativlos erscheinen.

Durch die Umsetzung des KSG in der urteilsgegenständlichen Fassung könne der Eintritt katastrophaler Zustände verhindert werden, das bescheinigt das BVerfG schließlich der Großen Koalition (Rn. 115). Auch hier, vier Monate später, ein großes Fragezeichen.

## E.

Insgesamt dürften die Wertungen des BVerfG in Teilen von den Ereignissen der Unwetternacht überholt worden sein. Abseits der rechtlich nicht handhabbaren Kategorie der „Apokalypse" muss die Kritik am Urteil des BVerfG hinsichtlich des Rechts auf ein ökologisches Existenzminimum und der Schutzpflichten jedoch relativiert werden. Denn bemerkenswert ist, dass die aus dem Urteil ersichtlichen Maßstäbe der besonders gelagerten Bedrohung durch den Klimawandel durchaus gerecht werden. Es überrascht hingegen, wie wenig konsequent das BVerfG diese Ansätze zu Ende denken möchte, auch wenn man zugesteht, dass eine solche Katastrophe auf deutschem Staatsgebiet im Jahr 2021 sich im Vorhineinder Vorstellungskraft vieler Menschen entzog. Nun aber bestehen konkretisierte Maßstäbe und zunehmende Erfahrungswerte, was der Klimawandel in Deutschland anrichten kann. Das lässt auf eine weitere Revolution der Verfassungsrechtsprechung hoffen. Die Stärkung grundrechtlicher Schutzpflichten und insbesondere die Anerkennung des Rechts auf ein ökologisches Existenzminimum bleibt eine unabdingbare Voraussetzung, um Rechte der heute geborenen und zukünftigen Generationen effektiv zu schützen.

---

[5] Siehe nur das Projekt „Dernau danach", https://www.zeit.de/entdecken/dernau-danach/index.

[6] Ausführlich *SRU* (2016), https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2016_2020/2019_06_SG_Legitimation_von_Umweltpolitik.pdf?__blob=publicationFile&v=13, S. 129.

[7] *Ekardt*, https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses, 8.5.2021.

Christoph Timm*

# Lieferkettenverantwortung: Wettbewerbsökonomische Kritik und Alternativen

## A. Einführung

Das ab 2023 in Kraft tretende Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten[1] (LkSG) trägt zur Umsetzung der Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte von 2011[2] bei. Es kodifiziert die Unternehmensverantwortung zur Achtung von Menschenrechten. Das LkSG stößt indes nicht ausschließlich auf Zustimmung. Für die FAZ war schnell klar, dass es sich um „ein moralisch aufgeladenes Projekt [handelt], das von Anfang an auf Missverständnissen beruht".[3] In den Mittelpunkt der Kritik ist vor allem das Argument vorgedungen, das LkSG sorge für Wettbewerbsungleichheit.[4] Dieser Befund soll Anlass geben, das LkSG einer wettbewerbsökonomischen Prüfung zu unterziehen. Dazu ist zunächst herauszuarbeiten, welche Unternehmen das LkSG trifft (B.) und welche wirtschaftlichen Konsequenzen dies nach sich zieht (C.). Das Herzstück der Arbeit bildet die wettbewerbsökonomische Analyse des LkSG unter Heranziehung regulierungstheoretischer Grundlagen (D.). Daran anknüpfend sind Regelungsalternativen zur wettbewerbsökonomischen Optimierung herauszuarbeiten (E.). Die Arbeit endet mit einem Ausblick (F.).

## B. Anwendungsbereich des LkSG

### I. Persönlicher Anwendungsbereich

#### 1. Unmittelbar betroffene Unternehmen

Das LkSG erfasst ungeachtet ihrer Rechtsform alle Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz in Deutschland haben und in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen (§ 1 Abs. 1 S. 1 LkSG). Anders als ursprünglich im Regierungsentwurf[5] vorgesehen, sind auf die Beschlussempfehlung des 11. Ausschusses[6] hin auch Unternehmen erfasst, die eine Zweigniederlassung (§ 13 d HGB) mit in der Regel 3.000 beschäftigten Arbeitnehmern in Deutschland haben (§ 1 Abs. 1 S. 2 LkSG). Damit dürfte der Gesetzgeber vor allem die in Deutschland operativ tätigen Internethändler, wie z.B. Amazon, im Blick haben.[7] Diese haben ihren Verwaltungssitz im (EU-)Ausland und konkurrieren mit deutschen Händlern. Vom 1. Januar 2024 an sinkt der Arbeitnehmerschwellenwert von 3.000 auf 1.000 (§ 1 Abs. 1 S. 3 LkSG). Die Anzahl der vom Anwendungsbereich unmittelbar erfassten Unternehmen steigt damit von ca. 900 auf 4.800.[8] Innerhalb verbundener Unternehmen (§ 15 AktG) sind im Rahmen der Schwellenwertberechnung die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer sämtlicher konzernangehöriger Gesellschaften zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 3 Hs. 1 LkSG).

#### 2. Mittelbar betroffene Unternehmen

Die von § 1 LkSG erfassten Unternehmen müssen ihre unmittelbaren Zulieferer vertraglich zur Sorgfaltskooperation verpflichten und sich die Einhaltung der menschenrechts- und umweltbezogenen Belange vertraglich zusichern lassen (vgl. § 6 Abs. 4 Nrn. 2, 4 LkSG). Die vertragliche Zusicherung muss auch umfassen, dass der unmittelbare Zulieferer die an ihn gestellten Erwartungen entlang der Lieferkette adressiert (§ 6 Abs. 4 Nr. 2 a.E. LkSG). Durch solche Vereinbarungen (sog. Weitergabeklauseln) soll sichergestellt werden, dass die Anforderungen des LkSG entlang der gesamten Lieferkette weitergereicht werden.[9] Im Ergebnis werden daher auch unterhalb des Schwellenwerts eine Vielzahl weiterer Unternehmen vom LkSG betroffen sein.[10]

### II. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken (§ 2 Abs. 2 und 3 LkSG) in Lieferketten. Der zentrale Begriff der Lieferkette wird in § 2 Abs. 5 LkSG legaldefiniert. Danach nimmt der Begriff der „Lieferkette" Bezug auf alle Produkte und Dienstleistungen des Unternehmens und umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind. Es beginnt bei der Gewinnung der Rohstoffe und reicht bis zur Lieferung an den Endkunden. Erfasst sind das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich[11], das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers[12] sowie das Handeln eines mittelbaren Zulieferers[13]. Die Lieferkette i.S.d. LkSG wird damit denkbar weit verstanden. Sie erstreckt sich nicht nur auf sämtliche Zulieferer und Vorstufen im Produktherstellungsprozess (sog. „upstream" bzw. Beschaffungsweg), sondern auch auf weitere Produktions- bzw. Absatzschritte (sog. „downstream" bzw. Absatzweg).[14] Gleichwohl bleiben Einzelfragen zum Lieferkettenbegriff i.S.d. LkSG offen, beispielsweise inwieweit mittelbare Wertschöpfungsfaktoren

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School.

1 BGBl. 2021 I 2959.

2 United Nations High Commissioner on Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights, HR/PUB/11/04.

3 Aus dem Artikel „Lieferkettengesetz: Schlichtweg weltfremd" der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 11.06.21, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kommentar-zum-lieferkettengesetz-schlichtweg-weltfremd-17385113.html. Alle zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 17.02.22 abgerufen.

4 Siehe nur BT-Drs. 19/30547.

5 BT-Drs. 19/28649.

6 BT-Drs. 19/30505, S. 6.

7 Vgl. *Langhammer,* Institut für Weltwirtschaft, BT-Wortprotokoll, Prot.-Nr. 19/126, S. 12; *Nietsch*/*Wiedemann*, NJW 2022, 1, 2.

8 BMZ, Fragen und Antworten zum Lieferkettengesetz, https://www.bmz.de/resource/blob/60000/69fe0aac1e4e7062790db534885e1f5f/faq-lieferkettengesetz.

9 *J. Schmidt*, EuZW 2021, 273, 274; *Koch*, MDR 2022, 1, 2.

10 Vgl. auch BT-Drs. 19/28649, S. 3.

11 Legaldefinition in § 2 Abs. 6 LkSG.

12 Legaldefinition in § 2 Abs. 7 LkSG.

13 Legaldefinition in § 2 Abs. 8 LkSG.

14 *Nietsch*/*Wiedemann*, CCZ 2021, 101, 103.

der Unternehmen (Maschinen, IT, Mobiliar, Kantinenverpflegung etc.) in den Anwendungsbereich fallen und wie der Begriff des „Endkunden“ auszulegen ist[15]. Die Gesetzesbegründung schweigt dazu.

# C. Wirtschaftliche Konsequenzen für Unternehmen

## I. Sorgfaltspflichten und Sanktionen

Die §§ 3-10 LkSG enthalten einen Sorgfaltspflichtenkatalog für die unter § 1 LkSG fallenden Unternehmen. Die Sorgfaltspflichten verstehen sich als Bemühenspflicht, begründen also keine Erfolgspflicht oder Garantiehaftung[16]. Sie sind grundsätzlich entlang der gesamten Lieferkette[17] zu beachten (§ 3 Abs. 1 Hs. 1 LkSG). Dieser Grundsatz wird durch ein abgestuftes Verantwortungskonzept eingeschränkt.[18] Sedes materiae für die abgestuften Sorgfaltspflichten ist § 9 Abs. 3 LkSG. Demnach besteht die Pflicht zur Durchführung bestimmter Sorgfaltsmaßnahmen bei mittelbaren Zulieferern nur anlassbezogen. Die Sorgfaltspflichten stehen außerdem stets unter Angemessenheitsvorbehalt (§ 3 Abs. 1 Hs. 1 i.V.m. Abs. 2 LkSG). Sie finden keine Anwendung, soweit sie etwas rechtlich oder tatsächlich Unmögliches von einem Unternehmen abverlangen.[19] Die umfangreichen Einzelheiten des Sorgfaltspflichtenprogramms ergeben sich aus § 3 Abs. 1 Nrn. 1-9 LkSG i.V.m. §§ 4-10 LkSG. Es umfasst die Durchführung von Risikoanalysen sowie Präventions- und Abhilfemaßnahmen, die Einrichtung eines unternehmensinternen Beschwerdeverfahrens sowie eines Risikomanagements und eine Dokumentations-, Berichts- und Grundsatzerklärungspflicht. Kurzum verpflichtet das LkSG die Unternehmen zur Einrichtung eines aus gesetzgeberischer Sicht effizienten Compliance-Management-Systems (CMS).[20] Werden die Sorgfaltspflichten nicht oder nur unzureichend erfüllt (vgl. § 24 Abs. 1 LkSG), sieht das LkSG verschiedene Sanktionsinstrumente vor. Unternehmen können von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden (§ 22 LkSG) oder Zwangs- und Bußgelder verhängt bekommen (§§ 23, 24 LkSG).

## II. Kosten für Unternehmen

### 1. Explizite und implizite Kosten

Durch das LkSG werden bei Unternehmen Kosten in unterschiedlicher Höhe anfallen. Zunächst fallen für die vom Anwendungsbereich erfassten Unternehmen einmalige explizite Kosten an. Denn die Unternehmen müssen ein neues, den Anforderungen des LkSG entsprechendes CMS implementieren bzw. ihr bestehendes CMS auf den entsprechenden Stand bringen.[21] Das Sorgfaltspflichtenprogramm der § 3 ff. LkSG ist dabei im Vergleich zu praxisbekannten CMS anspruchsvoll[22]. Es fordert etwa ein ausgesprochen weitreichendes[23] Beschwerde- und Hinweisverfahren für potenzielle Beteiligte (§ 8 Abs. 4 S. 2 LkSG). Kostensenkende Synergieeffekte können dort genutzt werden, wo ein Unternehmen bereits auf CMS-Infrastrukturen, geschultem Personal und sonstigem Compliance-Knowhow aufbauen kann. Dies wird regelmäßig auf größere Unternehmen zutreffen.[24] Neben den einmaligen Implementierungskosten fallen zur Einhaltung der laufenden Sorgfaltspflichten (vgl. § 5 Abs. 4, § 6 Abs. 5, § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 5) auch wiederkehrende explizite Kosten an. Zu denken ist an zusätzlich notwendiges Personal oder externe Dienstleister. Für die Wirtschaft werden jährlich explizite Kosten von rund 43,47 Mio. Euro erwartet; hinzu kommt ein einmaliger Aufwand von rund 109,67 Mio. Euro.[25] In der Realität wird wohl mit höheren Kosten zu rechnen sein.[26]

Die Kostenschätzung in der Gesetzesbegründung lässt indes die Einbeziehung impliziter Kosten vermissen. Die vom LkSG vorgesehenen Sanktionsinstrumente sind ausgesprochen scharf.[27] Zudem ist die Anwendung des LkSG vorerst noch nicht praxiserprobt. Unternehmen, besonders bei geringen Margen, werden sich bemühen, Sanktionen in jedem Fall zu vermeiden. Dies löst weitere Kosten bei der profunden Auswahl von Zulieferern (z.B. in Form von Zertifizierungsaudits durch externe Anbieter) und der sonstigen Praxisberatung (Unternehmens- und Rechtsberatung) aus.[28] Auch zeichnet sich das LkSG durch eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe[29] aus, die durch die bisweilen wenig konturenscharfen Definitionen der geschützten Risiken und Rechtspositionen (s. § 2 Abs. 1-3 LkSG) flankiert werden. Dies wird den Rechtsanwender vor diverse Zweifelsfragen stellen und bei den zwingenden Risikoanalysen in Graubereiche führen.[30]

### 2. Höhe der Kosten

Die Höhe der expliziten und impliziten Kosten ist auf einzelne Unternehmen bezogen schwer quantifizierbar. Die Kosten sind allen voran stark von der Beschaffenheit der Lieferketten eines Unternehmens abhängig. Schon das bloße Erfassen der eigenen Lieferkette kann sich als Mammutaufgabe entpuppen. Denklogische Voraussetzung

---

15 Hierzu und zu weiteren Einzelheiten ausf. *Nietsch*/*Wiedemann*, NJW 2022, 1, 3 ff.

16 BT-Drs. 19/28649, S 41.

17 Zum Begriff der Lieferkette i.S.d. LkSG siehe bereits unter B. II.

18 *Keilmann*/*Schmidt*, WM 2021, 717, 718.

19 Vgl. BT-Drs. 19/30505, S. 38.

20 *Gehling*/*Ott*/*Lüneborg*, CCZ 2021, 230, 231.

21 *Koch*, MDR 2022, 1, 2.

22 So auch *Nietsch*/*Wiedmann*, CCZ 2021, 101, 110, der insofern auch die ab 2024 eintretende Schwellenwertsenkung auf 1.000 Arbeitnehmer als „ambitioniert“ einstuft.

23 Die Gesetzesbegründung fordert, dass eine Beschwerde bzw. ein Hinweis auch Personen ermöglicht werden muss, die keinen Technikzugang haben bzw. über nur mangelhafte Sprach-, Lese- oder Schreibkenntnisse verfügen. Je nach Entwicklungsstand der im Einzelfall zu berücksichtigenden Region und der dort Lebenden bzw. Arbeitenden, kann dies durchaus kostspielig werden; vgl. BT-Drs. 19/28649, S. 50.

24 Etwa Unternehmen, die schon der CSR-Berichtspflicht (§ 298b HGB) unterfallen. Vgl. auch *Felbermayr et al.*, Chancen und Risiken eines Sorgfaltspflichtengesetzes, Institut für Weltwirtschaft, 2021, S. 18.

25 BT-Drs. 19/28649, S. 3.

26 *Stöbener de Mora*/*Noll*, NZG 2021, 1285, 1291 m.w.N.

27 Insb. die Bußgelder für Unternehmen sind mit bis zu 8 Mio. EUR (§ 24 Abs. 2 S. 2 LkSG i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG) bzw. mit bis zu 2 % eines Jahresumsatzes, wenn dieser 400 Mio. EUR übersteigt (§ 24 Abs. 3 LkSG), rigoros.

28 Vgl. *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 21.

29 Dazu eingehend *Kamann*/*Irmscher*, NZWiSt 2021, 249, 253 f.; *Hübner*, NZG 2020, 1411, 1414.

30 Vgl. *Gehling*/*Ott*/*Lüneborg*, CCZ 2021, 230, 232 ff., die eine „Sisyphusarbeit für das Compliance Management“ prophezeien.

zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten des § 9 LkSG ist, dass ein Unternehmen zumindest dem Grunde nach weiß, wer seine mittelbaren Zulieferer sind. Unternehmen können nicht mehr darauf vertrauen, dass jeder in der Lieferkette nur seine eigenen Vertragspartner im Blick hat. Bisher verlief es häufig so, dass unmittelbare Zulieferer (erste Ebene) die Zulieferer der zweiten Ebene identifizieren und überwachen, die wiederum die nächste Ebene identifizieren und überwachen usw. Fortan muss jedes Unternehmen eigenständig seine gesamten Zulieferer zumindest identifizieren können. Dies wird je nach Länge der Lieferkette und Geschäftsfeld erheblichen Aufwand mit sich bringen. Die dynamische Natur[31] und die vielen Komponenten von Lieferketten werden es zuweilen komplex gestalten, eine stets aktuelle Liste über Zulieferer zu führen.[32] Je nach Geschäftsfeld sind die untersten Ebenen der Lieferkette (Rohstoffbeschaffung bzw. -erzeugung) geografisch weit entfernt und besonders in Entwicklungsländern oft kleinstrukturiert. In diesen Fällen sind Lieferketten besonders schwer nachzuvollziehen. Das gilt vor allem dann, wenn das am Ende der Lieferkette stehende Unternehmen mit vielen verschiedenen Beschaffern bzw. Erzeugern kontrahiert.[33] Schließlich wird für die Kostenhöhe auch entscheidend sein, wie viel Kontrolle bzw. Verhandlungsmacht ein Unternehmen gegenüber unmittelbaren Zulieferern hat, um die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten vertraglich durchzusetzen und anforderungsgemäß zu erfüllen.[34]

### 3. Ergebnis

Das LkSG bringt explizite und implizite Kosten mit sich. Damit erhöht es die Kosten pro Lieferantenbeziehung für Unternehmen. Wenngleich die Kosten noch schwer quantifizierbar sind, lassen sich aus dem Vorgesagten folgende Korrelationen ableiten: (1) Je mehr Lieferantenbeziehungen ein Unternehmen hat, je komplexer die Lieferkette eines Unternehmens ist und je geringer die Verhandlungsmacht eines Unternehmens gegenüber seinen unmittelbaren Zulieferern ist, desto höher werden die Kosten sein. (2) Hingegen werden die Kosten umso geringer sein, je ausgereifter das vorhandene CMS eines Unternehmens ist. Freilich werden auch bei den nur mittelbar vom LkSG betroffenen Unternehmen Kosten anfallen. Deren Höhe hängt wiederum maßgeblich davon ab, inwieweit zu erfüllende Sorgfalts- und Kooperationsverpflichtungen im Rahmen von Weitergabeklauseln[35] weitergereicht werden.

## D. Wettbewerbsökonomische Analyse

### I. Ökonomisches Anliegen des LkSG: Internalisierung externer Effekte

Dem Ausbau von Lieferketten und globaler Arbeitsteilung liegt das ökonomische Bestreben zu Grunde, komparative Kostenvorteile eines Produktionsstandorts gegenüber eines anderen auszunutzen.[36] Sofern Unternehmen niedrige Produktionskosten und -standards im Ausland ausnutzen, handeln sie daher grundsätzlich ökonomisch rational, ethisch billigenswert und bei Beachtung der Freihandelsregeln auch rechtlich legitimiert. Die Bewertungsgrundlage ändert sich jedoch dann, wenn die erwirtschafteten Vorteile Produktionsbedingungen entspringen, mit denen Schäden an Mensch und Umwelt einhergehen.[37] Solche Schädigungen werden in der Wirtschaftswissenschaft als negative externe Effekte bezeichnet und treten im Zuge der von Gewinnmaximierung[38] geleiteten Globalisierungsstrategien von Unternehmen zunehmend häufiger auf.[39] Negative externe Effekte entstehen, wenn die wirtschaftliche Aktivität von Unternehmen negative Auswirkungen auf Dritte hat, die weder kompensiert werden noch die Entscheidung über die Aktivität mitbeeinflussen.[40] Die Nachteile, die Dritte erfahren, spielen bei der Gewinnmaximierungskalkulation der Unternehmen schlicht keine Rolle - es mangelt an einer Internalisierung der externen Effekte.[41] Die Nachfrage berücksichtigt in diesem Fall die verursachten volkswirtschaftlichen Kosten durch Beeinträchtigung von Mensch und Umwelt nicht vollumfänglich.[42] Dadurch entstehen „falsche“ Güterpreise, die zu Überproduktion und Wohlfahrtsverlusten führen.

An genau dieser Stelle setzt der Gesetzgeber mit dem LkSG an. Es hält Unternehmen dazu an, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken und damit in Verbindung stehende soziale Kosten (Gefahrvermeidungs- und Schadenskosten) in die Entscheidungsprozesse auf Ebene der Gewinnmaximierungskalkulation einzubeziehen.[43] Durch die Sorgfaltspflichten, die den Unternehmen auferlegt werden, wird angestrebt, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken entlang der globalen Lieferketten zu internalisieren.[44] Dadurch soll sichergestellt sein, dass produzierte Güter zu einem volkswirtschaftlich angemesseneren Preis angeboten und Überproduktion sowie Wohlfahrtsverluste

---

[31] Dazu näher *Gereffi*/*Humphrey*/*Sturgeon*, 12 Rev. of Int’l Political Econ. (2005), 78, 96 ff.

[32] *Sarfaty*, 56 Harvard Int’l L. J. (2015), 419, 433.

[33] *Kolev*/*Neligan*, Nachhaltigkeit in Lieferketten: Eine ökonomische Bewertung von Gesetzesvorschlägen, IW-Policy Paper Nr. 5, 2021, S. 5; *Rudloff*/*Wieck*, Nachhaltige Lieferketten im Agrarsektor: Wert schöpfen statt Zuliefern, SWP-Aktuell Nr. 70, 2020 S. 4.

[34] Vgl. *Sarfaty*, 56 Harvard Int’l L. J. (2015), 419, 432; *Gereffi*/*Humphrey*/*Sturgeon*, 12 Rev. of Int’l Political Econ. (2005), 78, 88; *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 18.

[35] Vgl. dazu B. I. 2.

[36] Grundlegend dazu *Mankiw*/*Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre[7], 2018, S. 579 ff.

[37] *Habersack*/*Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 159 f.; *Paschke*, RdTW 2016, 121, 122.

[38] Nach der Gewinnmaximierungshypothese wollen Unternehmen stets ihre Gewinne maximieren, indem sie ihren Umsatz erhöhen und/oder ihre Kosten senken, vgl. nur *Schäfer*/*Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts[6], 2020, S. 59 f.

[39] *Habersack*/*Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 160; vgl. auch *Samuelson*/*Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre[6], 2016, S. 72: „Je höher die Bevölkerungsdichte und je größer das Produktionsvolumen [...], desto eher entwickeln sich negative Externalitäten“.

[40] *Samuelson*/*Nordhaus* (Fn. 40), S. 71 f.

[41] Vgl. *Varian*, Intermediate Microeconomics[9], 2014, S. 670; *Schäfer*/*Ott* (Fn. 39), S. 88.

[42] *Schäfer*/*Ott* (Fn. 39), S. 88; grundlegend *Dahlman*, 22 J. of Law and Econ. (1979), 141 ff.

[43] Vgl. *Habersack*/*Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 161 f.; *Schäfer*/*Ott* (Fn. 39), S. 88.

[44] So auch schon der Aufruf der Initiative Lieferkettengesetz, https://lieferkettengesetz.de/oekonominnen-statement.

eingedämmt werden.[45] Dies steht im Einklang mit dem sog. Kosten-Nutzen-Prinzip. Diesem liegt die rechtsökonomische Wertung zugrunde, dass Nutzen und Schaden derselben Aktivität zusammenfallen müssen.[46] Dadurch wird der andernfalls bestehende Anreiz des nicht-schadenstragenden Nutzziehenden, eine immer größere Menge schädigender Güter zu produzieren, unterbunden.

## II. Grundlagen der Wettbewerbsregulierung und Maßstabsherleitung

Beim LkSG handelt es sich um eine staatlich auferlegte Einschränkung des Entscheidungsspielraums von Unternehmen, die durch Androhung von Sanktionen begleitet wird. Mithin ist das LkSG eine Regulierungsmaßnahme im klassischen Sinne.[47] In Anbetracht des Marktwirtschaftspostulats der deutschen Wirtschaftsordnung stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber überhaupt den Wettbewerb durch Einschränkungen für Unternehmen reguliert.[48] Um dieser Frage wettbewerbsökonomisch auf den Grund zu gehen, ist es von Nöten, sich zunächst mit einigen regulierungstheoretischen Grundlagen vertraut zu machen.

### 1. Normative Regulierungstheorie

In der Volkswirtschaftslehre ist die Gebotenheit von Regulierungsmaßnahmen Untersuchungsgegenstand der sog. normativen[49] Regulierungstheorie.[50] Sie fragt nach der ökonomischen Notwendigkeit staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb. Die normative Regulierungstheorie fußt dabei auf den folgenden marktwirtschaftlichen Grundsatzerwägungen.

#### a) Bedeutung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft

Ein Markt ist ein Mechanismus, mit dessen Hilfe Anbieter und Nachfrager in Beziehung treten, um Preis und Menge von Gütern zu ermitteln. Auf Märkten treffen dabei auf Angebots- und Nachfrageseite zahlreiche konkurrierende Akteure aufeinander.[51] Diese Situation bezeichnet man als Wettbewerb auf einem Markt. Die zentrale Bedeutung des Wettbewerbs auf einem Markt liegt darin, dass er Ressourcen effizient zuteilt und Verschwendung vermeidet (sog. Pareto-Effizienz bzw. Pareto-Optimum oder auch Allokationseffizienz). Pareto-Effizienz beschreibt einen Marktgleichgewichtszustand, in dem es nicht möglich ist, durch Reallokation der Ressourcen die Wohlfahrt eines Akteurs zu erhöhen, ohne zugleich die eines anderen zu verringern.[52] Nach der Grundidee von Adam Smith führt allein die berühmte unsichtbare Hand des Marktes zu diesem Marktgleichgewicht. Daher ist ein staatliches Eingreifen in der freien Marktwirtschaftsordnung grundsätzlich genau so wenig notwendig wie gewünscht.[53]

#### b) Nur ausnahmsweise Regulierung

Vor diesem Bedeutungshintergrund versteht die normative Regulierungstheorie den freien Wettbewerb auf einem Markt als Regelfall, während sie für den Ausnahmefall einer staatlichen Intervention nach Gründen fragt.[54] Dabei gilt, dass ein Eingriff in den Wettbewerb immer nur dann geboten ist, wenn er einen Nettowohlfahrtsgewinn mit sich bringt.[55] In volkswirtschaftliche Fachtermini übersetzt, entspricht dieser Rechtfertigungsmaßstab dem aus dem sog. Kaldor-Hicks-Kriterium[56] abgeleiteten Vermögensmaximierungsprinzip. Nach diesem sollen Entscheidungen über staatliche Maßnahmen so getroffen werden, dass die Summe aller durch sie bewirkten Vermögensänderungen bei den Betroffenen positiv ist.[57]

#### c) Anlässe für eine Regulierung

Die normative Regulierungstheorie kennt grundsätzlich zwei Gründe, die in marktwirtschaftlichen Ordnungen zugunsten staatlicher Eingriffe sprechen können. Sie unterscheidet zwischen Fällen des Marktversagens und Zielkonflikten.[58] Wenn der Staat einen Eingriff in den Wettbewerb vornimmt, muss er sich in jedem Fall auf das Vorliegen eines solchen Regulierungsgrundes berufen können. Sollte er dies nicht können, mangelt es schon an einer ökonomischen Indikation für den regulierenden Eingriff.

### 2. Bewertungsmaßstab

Eine fundierte Antwort, inwieweit sich das LkSG wettbewerbsökonomisch rechtfertigen lässt, liefert folglich die normative Regulierungstheorie. Aus den obigen Ausführungen zu ihr lässt sich folgender zweigliedriger Maßstab für die Bewertung des LkSG ableiten: Es muss erstens ein Regulierungsgrund vorliegen und zweitens ein Nettowohlfahrtsgewinn in Aussicht stehen.

---

[45] Vgl. *Habersack*/*Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 272; *Schäfer*/*Ott* (Fn. 39), S. 88.

[46] *Habersack*/*Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 271; *Habersack*/*Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 162.

[47] *Viscusi*/*Harrington*/*Vernon*, Economics of Regulation and Antitrust[4], 2005, S. 357.

[48] Vgl. *Viscusi*/*Harrington*/*Vernon* (Fn. 48), S. 375.

[49] In Abgrenzung zur sog. positiven Regulierungstheorie, die einen weniger wettbewerbstheoretischen *ex-post* Blickwinkel auf bereits bestehende Regulierungen einnimmt, vgl. *Schmidt*/*Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht[10], 2013, S. 54; *Möschel*, in: FS Immenga, 2004, S. 277, 279 f. Mangels Inkrafttreten des LkSG bleibt die positive Regulierungstheorie hier gänzlich außer Betracht.

[50] Siehe zum Nachfolgenden *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 38 ff.

[51] *Samuelson*/*Nordhaus* (Fn. 40), S. 56 f.

[52] Ausf. dazu *Mankiw*/*Taylor* (Fn. 37), S. 240 ff.; *Samuelson*/*Nordhaus* (Fn. 40), S. 248 ff.

[53] Vgl. *Mankiw*/*Taylor* (Fn. 37), S. 9 ff.

[54] Vgl. *Viscusi*/*Harrington*/*Vernon* (Fn. 48), S. 375.

[55] *Viscusi*/*Harrington*/*Vernon* (Fn. 48), S. 378.

[56] Nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium ist eine staatliche Maßnahme sinnvoll, wenn sie für min. ein Individuum Verbesserung bringt und die Verlierer durch die Gewinner kompensiert werden könnten. Die Kompensation muss nur hypothetisch möglich sein, wenn sie tatsächlich stattfindet, würde man von einer sog. Pareto-Verbesserung sprechen. Vgl. hierzu grundlegend *Kaldor*, 49 Econ. J. (1939), 549 ff.; *Hicks*, 8 Rev. of Econ. Studies (1941), 108 ff.

[57] *Schäfer*/*Ott* (Fn. 39), S. 23; *Cooter*/*Ulen*, Law and Economics[6], 2014, S. 42.

[58] *Basedow*, in: FS Immenga, 2004, S. 3, 8.

## III. Wettbewerbsökonomische Bewertung des LkSG

### 1. Regulierungsgrund

Zunächst müsste ein Regulierungsgrund einschlägig sein, der dem Gesetzgeber Anlass bietet, mit dem LkSG in den Wettbewerb einzugreifen.[59] Auf dem deutschen Absatzmarkt werden Güter angeboten, bei denen sich menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken, die entlang der Lieferkette auftreten, nicht in den Marktpreisen niederschlagen.[60] Das Auftreten solcher negativen externen Effekte ist ein Unterfall des Marktversagens.[61] Mithin liegt ein Regulierungsgrund vor, der den Erlass des LkSG aus wettbewerbsökonomischer Sicht dem Grunde nach rechtfertigt.

### 2. Wohlfahrtsanalyse

Damit sich das LkSG vollends wettbewerbsökonomisch rechtfertigen lässt, müsste es jedoch auch einen Nettowohlfahrtsgewinn erwarten lassen. Die Summe aller durch das LkSG bewirkten Vermögensänderungen bei den Betroffenen muss voraussichtlich positiv sein.[62]

#### a) Wohlfahrtsgewinne

##### aa) Internalisierung von Externalitäten

Durch das LkSG sollen die in Lieferketten entstehenden negativen externen Effekte internalisiert werden.[63] Marktpreise werden künftig die sozialen Kosten der Güter besser widerspiegeln. Dadurch wird Überproduktion verringert und Wohlfahrtsgewinne entstehen.[64] Bei den zu erwartenden Wohlfahrtsgewinnen ist indes zu berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem LkSG nicht alle Wettbewerbsteilnehmer auf dem inländischen Absatzmarkt gleichbehandelt. Dies kann kontraproduktive Auswirkungen haben.

##### bb) Ungleichbehandlung und Verdrängungseffekte

Insbesondere im Ausland ansässige Internethändler, die nicht ausnahmsweise unter § 1 Abs. 1 S. 2 LkSG fallen, können weiterhin ihre Güter ohne Berücksichtigung etwaiger Sorgfaltspflichten in Deutschland anbieten.[65] Das bedeutet zum einen, dass weiterhin zahlreiche Güter mit „falschen", nicht die sozialen Kosten widerspiegelnden Preisen, auf dem deutschen Absatzmarkt angeboten werden. Zum anderen haben die vom LkSG erfassten, zuvorderst deutschen Unternehmen einen Nachteil im Wettbewerb. Da es auf einem Wettbewerbsmarkt sehr viele Käufer und Verkäufer gibt, können Unternehmen den Marktpreis von Gütern grundsätzlich nicht beeinflussen.[66] Die vom LkSG erfassten Unternehmen werden daher im Wettbewerb Schwierigkeiten haben, ihre nunmehr erhöhten Kosten an die Konsumenten in Form von Preiserhöhungen weiterzureichen. Erhöht ein Unternehmen den Preis für ein Gut, so verschiebt sich die Nachfrage schlicht zu denjenigen Wettbewerbern, die identische oder substitutive[67] Güter zum unveränderten, günstigeren Preis anbieten. Dies werden vor allem jene Wettbewerber sein, die ihre Güter auf dem deutschen Absatzmarkt anbieten, ohne dabei vom LkSG und seinen Pflichten erfasst zu sein. Die logische Konsequenz von Kostenerhöhungen, die nicht durch korrespondierende Preiserhöhungen kompensiert werden können, ist das Schrumpfen der Margen der Unternehmen beim Verkauf ihrer Güter. Insbesondere in Branchen, in denen traditionell geringe Margen erzielt werden, kann die dauerhafte und im Einzelfall hohe Kostenbelastung durch das LkSG die Rentabilität eines Geschäfts stark beeinträchtigen. Dies wird Unternehmen dazu zwingen, sich teilweise oder ganz aus dem deutschen Absatzmarkt zurückzuziehen.[68] Verlorene Marktanteile würden schließlich von Wettbewerbern übernommen, die womöglich nicht dem LkSG unterliegen und deren Geschäft schlimmstenfalls mehr negative externe Effekte verursacht als das Geschäft der verdrängten Unternehmen. Wohlfahrtstechnisch bliebe die augenblickliche menschen- und umweltrechtliche Situation in solchen Verdrängungsszenarien bestenfalls erhalten, wird aber regelmäßig verschlechtert werden. Dieses Phänomen lässt sich an der Entwicklung der deutschen Textilindustrie illustrieren.[69] Deutschland verfügte bis in die 60er Jahre über eine eigene Textilfertigung. Seit 1970 hat die Branche jedoch 90% ihrer Betriebe und Beschäftigen verloren; von einer deutschen Textilindustrie ist kaum etwas übrig. Statt der deutschen Unternehmen nehmen heute Handelsketten wie H&M und Zara große Marktanteile auf dem deutschen Absatzmarkt ein. Unter welchen Bedingungen diese ihre Textilien in Asien fertigen, sollte bekannt sein.

Im Ergebnis führt die Internalisierung externer Effekte durch das LkSG zu einer selektiven Kostenerhöhung. Die betroffenen Unternehmen erleiden einen Wettbewerbsnachteil. Soweit ausländische Unternehmen weiterhin uneingeschränkt ihre Güter auf dem deutschen Markt anbieten und schrumpfende Marktanteile von kostenbenachteiligten Wettbewerbern übernehmen können, werden die Wohlfahrtsgewinne durch das LkSG eher überschaubar als überwältigend sein.

#### b) Wohlfahrtsverluste

##### aa) Ausweicheffekte

Die Aktivitäten deutscher Unternehmen in Entwicklungs- und Schwellenländern sorgen für zahlreiche Arbeitsplätze und sichern Einkommen für die Bevölkerung in den jeweiligen Ländern.[70] Zudem entstehen durch die Aktivitäten auch positive externe Effekte. Deutsche Unternehmen bringen z.B. neuere Technologien in Entwicklungs- und Schwellenländer, beeinflussen durch ihre Anforderungen die Produkt- und Produktionsstandards und beschäftigen

---

[59] Vgl. unter D. II. 1. c).
[60] Dazu schon ausf. unter D. I.
[61] *Samuelson*/*Nordhaus* (Fn. 40), S. 253 f.
[62] Vgl. unter D. II. 1. b).
[63] Dazu schon ausf. unter D. I.
[64] *Schäfer*/*Ott* (Fn. 39), S. 88; *Cooter*/*Ulen* (Fn. 58), S. 40; ausf. *Varian* (Fn. 42), S. 669 ff.
[65] Vgl. unter B. I. 1.
[66] Sie werden daher „Preisnehmer" bzw. „Mengenanpasser" genannt, *Mankiw*/*Taylor* (Fn. 37), S. 60 f.
[67] Substitutive Güter (z.B. Pullover und Sweatshirts) sind solche, die die gleichen Bedürfnisse aus der Sicht der Konsumenten befriedigen und bilden sachlich genauso wie identische Güter einen gemeinsamen Markt, vgl. *Schmidt*/*Haucap* (Fn. 50), S. 61 ff.
[68] Vgl. *Mankiw*/*Taylor* (Fn. 37), S. 74 f.
[69] Das folgende Beispiel nach *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 780 f.
[70] Konkrete empirische Daten bei *Kolev*/*Neligan* (Fn. 34), S. 20 f.

auch gering qualifizierte Arbeitskräfte, wodurch Lerneffekte entstehen können.[71]

Mit dem Anstieg der Import- bzw. Produktionskosten in einigen Ländern durch das LkSG, sinken die komparativen Kostenvorteile. Unternehmen werden deshalb ihre Beschaffungsstrategie überdenken. Insbesondere Unternehmen, deren Lieferkette besonders risikoreiche Länder umfasst, müssen erwägen, in andere Länder auszuweichen. Als Ausweichoption eignen sich Länder, die in Bezug auf menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken weniger bedenklich sind und daher weniger LkSG-Kosten auslösen. Alternativ können Lieferketten vollständig auf bestehende risikoarme Lieferbeziehungen reduziert werden, um den Kostenaufwand zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten einzudämmen.[72] Das gleiche Schicksal trifft Unternehmen, die nicht genügend Verhandlungsmacht haben, um die Pflichten des LkSG gegenüber bestehenden Zulieferern durchzusetzen.[73] Um die drakonischen Sanktionen des LkSG in jedem Fall zu meiden, werden auch sie Ausweichoptionen erwägen müssen. Diese Ausweicheffekte haben zur Folge, dass dort, wo Lieferbeziehungen abgebrochen werden, eine Nachfragelücke auf dem Faktormarkt entsteht, die von anderen Unternehmen gefüllt werden kann. Soweit dies der Fall ist, bleiben immerhin Arbeitsplätze und Einkommen im Regelfall erhalten.[74] Problematisch ist vielmehr, dass Nachfragelücken von Unternehmen gefüllt werden können, deren Aktivität weniger positive externe Effekte hervorruft und die womöglich menschenrechtliche und umweltbezogene Belange nicht beachten. Vor allem chinesische Unternehmen schenken diesen Belangen weniger Beachtung und haben oft geringere Produkt- und Produktionsstandards als deutsche Unternehmen.[75] Die Empirie zeigt beispielsweise, dass chinesische Investoren in Ländern mit schlechter Governance einen hohen Investitionsanteil im Vergleich zu westlichen Investoren haben[76] und dass chinesische Entwicklungsprojekte mit einer sinkenden Gewerkschaftsbeteiligung einhergehen.[77]

Die durch das LkSG drohenden Ausweicheffekte werden kurz gesagt zur Folge haben, dass deutsche Unternehmen durch Wettbewerber ersetzt werden, deren Aktivität weniger positive externe Effekte und zugleich mehr negative externe Effekte hervorruft. Damit wäre der Menschenrechts- und Umweltsituation in den jeweiligen Ländern alles andere als gedient; der Zweck des LkSG würde konterkariert.[78] Ausweicheffekte bedeuten somit einen klaren Wohlfahrtsverlust.

#### bb) Abkehr vom Außenhandel

Die LkSG-Kosten, die durch Lieferbeziehungen im Ausland anfallen, können gar dazu führen, dass sich überhaupt keine komparativen Kostenvorteile im Ausland mehr ergeben. Deutsche Unternehmen müssten dann wieder im Inland produzieren oder produzieren lassen, eventuell verbunden mit einer Substitution von Arbeit durch Kapital (Automatisierung).[79] Mit einer solchen Abkehr von der globalen Arbeitsteilung würden ebenfalls Wohlfahrtsverluste einhergehen.[80]

#### cc) Nicht-tarifäres Handelshemmnis

Ausländische Exporteure, die mittelbar oder unmittelbar an vom LkSG erfasste Unternehmen zuliefern, müssen die an sie vertraglich weitergereichten Pflichten[81] erfüllen. Dies erhöht ihre Exportkosten. Das LkSG stellt insofern ein sog. nicht-tarifäres Handelshemmnis dar.[82] Dies wird dazu führen, dass einige Zulieferer den deutschen Importmarkt verlassen.[83] Das wäre nicht wünschenswert, da Unternehmen, die in Industrieländer exportieren für mehr Wohlfahrt sorgen als Unternehmen, die nur den inländischen Markt bedienen. Studien zeigen z.B., dass Exporteure in Entwicklungsländern regelmäßig mehr und besser qualifizierte Arbeitskräfte beschäftigen, höhere Löhne zahlen und stärker auf Corporate Social Responsibility achten[84]. Das LkSG würde in Entwicklungsländern ausgerechnet jene Zulieferer strafen, die hohe Menschenrechts- und Umweltstandards im regionalen Vergleich haben. Auch im Hinblick auf die handelshemmende Wirkung des LkSG sind mithin beachtliche Wohlfahrtsverluste zu erwarten.

### c) Ergebnis

Die vorstehenden Ausführungen ergeben, dass die durch das LkSG zu erwartenden Wohlfahrtsverluste die Wohlfahrtsgewinne voraussichtlich übersteigen werden. Sowohl die unmittelbar und mittelbar vom LkSG betroffenen Unternehmen als auch die Zulieferregionen[85], die von diesen Unternehmen profitieren, werden mit Vermögensverlusten rechnen müssen. Vermögensgewinne, die dies aufwiegen können, sind bis auf Weiteres nicht ersichtlich. Mithin stellt das LkSG keinen Nettowohlfahrtsgewinn in Aussicht.

## 3. Fazit und Kritik

Die Einführung des LkSG lässt sich - in Ermangelung eines in Aussicht stehenden Nettowohlfahrtgewinns - weder normativ-regulierungstheoretisch rechtfertigen noch entspricht sie dem Vermögensmaximierungsprinzip (Kaldor-Hicks-Kriterium). Aus wettbewerbsökonomischer Sicht ist

---

71 *Kolev*/*Neligan* (Fn. 34), S. 21; *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 26.

72 Vgl. zu den Ausweichoptionen *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 17.

73 Vgl. unter C. II. 2.

74 In Ausnahmefällen ist in besonders kritischen Regionen aber auch Gegenteiliges denkbar. *Owen*, 48 Texas Int'l L. J. (2012), 103, 112: Sec. 1502 des Dodd-Frank Act hat ein *de facto*-Embargo gegen die Demokratischen Republik Kongo für die gesamte Mineralienbranche verhängt. Nachdem sich Unternehmen aus dem Markt zurückzogen und auf andere Regionen auswichen und die Nachfrage sich nicht anderswo hin verlagerte, sank die Nachfrage nach Mineralien um 90 %. Das stellte eine erhebliche Belastung für mehrere hunderttausende Bürger dar, die sich in der Mineralienbranche den Lebensunterhalt verdienten. Der plötzliche Einkommensverlust hatte negative Auswirkung auf die Gesundheits-, Bildungs- und Lebensmittelversorgung.

75 *Kolev*/*Neligan* (Fn. 34), S. 22.

76 *Chen*/*Dollar*/*Teng*, 32 World Bank Econ. Rev. (2018), 610, 629.

77 *Isaksson*/*Kotsadam*, 106 World Development (2018), 284, 293.

78 Ähnlich *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 781, der dies als „Bumerang-Effekt" bezeichnet.

79 *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 17.

80 Vgl. *Mankiw*/*Taylor* (Fn. 37), S. 591.

81 Dazu unter B. I. 2.

82 *Mankiw*/*Taylor* (Fn. 37), S. 597.

83 *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 26 m.w.N.

84 *Bernard et al.*, 21 J. of Econ. Perspectives. (2007), 105, 110; *Verhoogen*, 123 Q. J. of Econ. (2008), 489, 491; *Görg et al.*, 122 Business and Society Rev. (2017), 191 ff.

85 Speziell zu Gefahren für Zuliefererländer die Auflistung bei *Felbermayr et al.* (Fn. 25), S. 26.

das LkSG daher nicht geboten und eindeutig negativ zu bewerten. Durch das LkSG benachteiligt der Gesetzgeber vor allem deutsche Unternehmen, lanciert ausländische Konkurrenten in bessere Wettbewerbspositionen und droht damit den menschen- und umweltrechtlichen Status quo zu verschärfen.[86]

# E. Regelungsalternativen zum LkSG

Aus der fehlenden regulierungstheoretischen Rechtfertigung des LkSG erwächst ein entsprechendes Reformpotential.[87] Überlegungen zu Alternativen zum LkSG müssen aus wettbewerbsökonomischer Sicht der Maxime der Vermögensmaximierung (Kaldor-Hicks-Kriterium) folgen. De lege ferenda müsste dementsprechend ein Nettowohlfahrtsgewinn angestrebt werden. Konsequenterweise gilt es, Regelungsalternativen ausfindig zu machen, die die oben beschriebenen Wohlfahrtsgewinne sublimieren und den drohenden Wohlfahrtsverlusten Einhalt gebieten. Im Folgenden wird dargelegt, welche inhaltlichen Anpassungen sich zu einer solchen Wohlfahrtsoptimierung anbieten und auf welcher Ebene eine Regelungsalternative umgesetzt werden sollte.

## I. Regelungsinhalt: Notwendige Anpassungen

### 1. Neuregelung des persönlichen Anwendungsbereichs

Der persönliche Anwendungsbereich basiert de lege lata auf einem rein statistischen Ansatz.[88] Da die Anzahl der Arbeitnehmer denkbar wenig über menschenrechtliche und umweltbezogene Risikopotenziale von Unternehmen aussagt, ist ein risikobasierter Ansatz im persönlichen Anwendungsbereich, der auch kleinere und mittlere Unternehmen mit hohem Risiko erfasst[89], zu bevorzugen. Dadurch würde die Internalisierung negativer externer Effekte konsequenter adressiert und Wohlfahrt gewonnen. Darüber hinaus sollte der persönliche Anwendungsbereich auf sämtliche Unternehmen ausgedehnt[90] werden, die Dienstleistungen oder Waren auf dem inländischen Markt anbieten.[91] Dies ist notwendig, um die Benachteiligung inländischer Unternehmen gegenüber ausländischen Wettbewerbern und potenzielle Verdrängungseffekte zu verhindern. Zudem würden die Güterpreise die sozialen Kosten besser berücksichtigen, da alle anbietenden Wettbewerber gleichermaßen sorgfaltspflichtig wären. Auch hierdurch ergäben sich Wohlfahrtsgewinne.[92]

### 2. Eindämmung der Kostentreiber

Die zu erwartenden Wohlfahrtsverluste in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen[93] sind allesamt auf die Kostenerhöhungen, die das LkSG bei unmittelbar und mittelbar betroffenen Unternehmen verursacht, zurückzuführen. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, dass die wesentlichen Kostentreiber des LkSG auf das unerlässliche Minimum reduziert werden. De lege ferenda sollte darauf geachtet werden, dass die Sorgfaltspflichten nur so weit reichen, wie sie gewährleisten können, dass verpflichtete Unternehmen bestehende Lieferbeziehungen aufrechterhalten und dabei wettbewerbsfähig bleiben. Dazu ist es unerlässlich, dass die Komplexität der Lieferkette, das konkrete Geschäftsfeld inkl. des geografischen Risikokontexts und die Verhandlungsmacht des Unternehmens im Einzelfall berücksichtigt wird.[94] Ferner ist zu vermeiden, dass sich weiterzureichende Sorgfaltspflichten für ausländische Exporteure als nicht-tarifäre Handelshemmnis entpuppen. Um die impliziten Kosten zu reduzieren, sollte möglichst viel Anwendungssicherheit für die Praxis geschaffen werden, die Unternehmen vor unvorhersehbaren Sanktionen bewahrt. Auf unbestimmte Rechtsbegriffe innerhalb der Sanktionstatbestände sollte weitestgehend verzichtet werden. Sofern unbestimmte Rechtsbegriffe unumgänglich sind, ist es wichtig, dass behördliche Handreichungen zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten (vgl. § 20 LkSG) für praxistaugliche Konkretisierung sorgen, um implizite Kosten durch externe Beratungsleistungen zu senken.[95] Nach alledem würden Wohlfahrtsverluste deutlich minimiert werden.

## II. Regelungsebene: EU-Harmonisierung oder nationale Reform?

Nachdem in den letzten Jahren weltweit[96] und unter anderem auch in einigen EU-Mitgliedstaaten[97] zunehmend die Notwendigkeit von gesetzlichen unternehmerischen Sorgfaltspflichten erkannt wurde, ist auch die EU erneut[98] tätig geworden. Im Anschluss an die Empfehlungen des Europäischen Parlaments[99] hat die EU-Kommission nun die Veröffentlichung eines Richtlinienentwurfs über allgemeine Sorgfaltspflichten in Lieferketten für den 23.02.22 angekündigt.[100] Die sich anbahnende Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Lieferkettengesetze bietet Anlass zu prüfen, ob eine Regelung auf EU-Ebene (zentrale Regulierung) aus wettbewerbsökonomischer Sicht tatsächlich einer nationalen Neuregelung des LkSG (dezentrale Regulierung) vorzuziehen ist.

---

86 Ebenso *Kolev*/*Neligan* (Fn. 34), S. 22: „Insgesamt ergibt sich eine klare Pareto-Verschlechterung".

87 Vgl. *Möschel* (Fn. 50), S. 277.

88 Vgl. B. I. 1.

89 So sieht es z.B. Art. 2 Nr. 2 des Richtlinienvorschlags (RL-V) aus der Anlage zur Entschließung des Europäischen Parlaments v. 10.3.21 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen, P9_TA(2021)0073 vor.

90 Aus britischen (Modern Slavery Act 2015) und niederländischen (Wet Zorgplicht Kinderarbeid) Lieferkettengesetzen ist dieser Ansatz bereits bekannt. Auch in aktuellen Vorhaben findet sich dieser Ansatz wieder: Art. 2 Nr. 3 RL-V sowie Art. 1.3 lit. b. des niederländischen Entwurfes v. 11.3.21 für ein allg. Sorgfaltspflichtengesetz (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), Tweede Kamer, 35761-2.

91 Zur Vereinbarkeit dieses Ansatzes mit Art. 34 AEUV und dem WTO-Recht *Bäumler*, AVR 58 (2020), 464 ff.; Rechtsgutachten Initiative Lieferkettengesetz, S. 65 f., https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2020/02/200527_lk_rechtsgutachten_webversion_ds.pdf.

92 Vgl. D. III. 2. a) bb).

93 Vgl. D. III. 2. b).

94 Vgl. C. II. 2. Ähnlich auch Erwägungsgrund 18 des RL-V.

95 Vgl. C. II. 1.

96 USA: Section 1502 Dodd-Frank Act; Kalifornien: Transparency in Supply Chains Act; Großbritannien: Modern Slavery Act 2015; Australien: Modern Slavery Act 2018; Schweiz: Konzernverantwortungsinitiative.

97 Frankreich: Loi de vigilance; Niederlande: Wet Zorplicht Kinderarbeid; Österreich: Sozialverantwortungsgesetz.

98 Eine neue Verordnung (VO) über entwaldungsfreie Produkte wurde kürzlich von der EU-Kommission vorgeschlagen. Zuvor wurde bereits die Holzhandels-VO, die *Corporate Social Responsibility*-Richtlinie und die Konfliktmineralien-VO erlassen.

99 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 10.3.21, P9_TA(2021)0073.

100 Zu den bisherigen Geschehnissen auf EU-Ebene *Wagner*/*Ruttloff*, NJW 2021, 2145, 2151.

### 1. Contra Harmonisierung

Gegen eine dezentrale Regulierung und die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Lieferkettengesetze ließe sich anführen, dass verschiedene nationale Regelungen zu einem „Wettbewerb der Regulierungssysteme" führen könnten. Bei einer Vielfalt von Ausgestaltungen nationaler Lieferkettengesetze ist zu erwarten, dass sich Wettbewerbsprozesse und Wohlfahrtsergebnisse in den Einzelstaaten unterscheiden. Durch die Erfolge und Misserfolge der jeweils anderen Länder entstünden gegenseitige Lerneffekte, welche zur Optimierung der eigenen Regelungen beitragen. Eine Harmonisierung hingegen unterbindet solche Lernprozesse und birgt überdies die Gefahr, dass sie sich ex post als ökonomisch ineffizient erweist. Ein „Wettbewerb der Regulierungssysteme" ist insbesondere dann vorteilhaft, wenn eine hinreichend hohe Unsicherheit über die Auswirkungen der geplanten Regulierung und die daraus folgenden Entwicklungen besteht. Wegen der Unsicherheiten bezüglich der Auswirkungen und Entwicklungen im Zusammenhang mit dem LkSG, greift dieses Argument.[101]

### 2. Pro Harmonisierung

Erstens steht der Idee des „Wettbewerbs der Regulierungssysteme" das Argument des „ruinösen Regulierungswettbewerbs" gegenüber. Es besagt, dass eine Harmonisierung notwendig ist, da die Mitgliedstaaten ansonsten der Versuchung ausgesetzt sind, möglichst geringe oder keine Menschenrechts- und Umweltstandards in Lieferketten einzuführen, um ihren heimischen Unternehmen einen Vorteil zu verschaffen. Das Argument der „ruinösen" Konkurrenz verschiedener nationaler Regulierungen ist indes theoretisch wie empirisch umstritten, sodass es an dieser Stelle nicht schwer ins Gewicht fällt.[102] Zweitens haben nationale Lieferkettengesetze, indem sie auch das Verhalten von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beeinflussen, Auswirkungen auf Konsumenten und Wettbewerber im Ausland.[103] Aus diesem Grund ist ebenfalls eine zentrale Regulierung sinnvoll, die die Interessen aller Akteure in den Mitgliedstaaten gleichermaßen wahrt. Drittens haben harmonisierte Regelungen den Vorzug, dass sie im Binnenmarkt für Rechtssicherheit sorgen und den dort agierenden Unternehmen Kosten ersparen.[104] Gelten in allen Jurisdiktionen dieselben Sorgfaltspflichten, müssen sich Unternehmen nur mit einem einheitlichen modus operandi vertraut machen. Daran schließt sich auch das letzte und gewichtigste Argument an. Durch einen vereinheitlichten Rechtsrahmen wird innerhalb des Binnenmarktes ein level playing field geschaffen, in dem alle Wettbewerber den gleichen Pflichten unterliegen. All diese Vorteile für Konsumenten und Unternehmen, die mit einer Harmonisierung einhergehen, bedeuten gleichzeitig einen Wohlfahrtsgewinn.

### III. Fazit

Im Ergebnis ist eine europäischen Lösung vorzuziehen. Zu den Kardinalpflichten wirtschaftspolitischen Handelns gehört, dass unerwünschte Nebeneffekte der zukünftigen EU-Regelung bedacht werden.[105] Inhaltlich sollte de lege ferenda sichergestellt werden, dass gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt herrschen. Zudem sollten aus Sorgfaltspflichten herrührende Kosten den Unternehmen erlauben, auf ihren Faktormärkten außerhalb des Binnenmarktes konkurrenzfähig zu bleiben. Schließlich dürfen Sorgfaltspflichten kein nicht-tarifäres Handelshemmnis für ausländische Exporteure darstellen. Eine EU-Regelung, die diese Voraussetzungen erfüllt, würde höchstwahrscheinlich einen Nettowohlfahrtsgewinn mit sich bringen. Dann wäre sie auch wettbewerbsökonomisch gerechtfertigt und nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium sogar zur Vermögensmaximierung geboten.

## F. Ausblick

Der Aufruhr um das Lieferkettengesetz in Deutschland fügt sich in das Bild der zeitgenössischen Nachhaltigkeitsdebatten. Die Forderungen, die aus diesen Debatten erwachsen, zeichnen sich grundsätzlich durch einen unverrückbaren moralischen Impetus aus. Hört man einige Forderungen aus der Klimapolitik, so hat man bisweilen das Gefühl, dass allein der Zweck der Nachhaltigkeit (fast) jedes Mittel zu rechtfertigen vermag. Mit der Zeit gewann aber die Erkenntnis an Popularität, dass es sich beim Klimaschutz um ein globales Problem handelt, das nicht allein am deutschen Wesen genesen wird. Nicht anders verhält es sich mit der Lieferkettenthematik. Auch das LkSG ist moralisch gut gemeint, aber derzeit schlecht gemacht. Es ist richtig, dass deutsche Unternehmen eine Mitverantwortung für Menschenrechts- und Umweltstandards in ihren Lieferketten tragen. Es ist indes falsch, ein Gesetz einzuführen, dass diese Standards abzusenken droht. Auch die Lieferkettendebatte sollte lieber früher als später zur Erkenntnis gelangen, dass prekäre Lagen in Entwicklungs- und Schwellenländern nicht allein durch Anstrengungen deutscher Unternehmen beseitigt werden können. Die Probleme wurzeln in den jeweiligen Ländern selbst. Regelmäßig sind es die politischen Bedingungen und schlechten Governance-Strukturen vor Ort, die den Rahmen für Menschenrechtsverletzungen und Umweltbeeinträchtigungen in Lieferketten schaffen. Wie bei Klimafragen handelt es sich somit ebenfalls um ein Problem, dass in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Ländern gelöst werden muss. Wenngleich international harmonisierte Sorgfaltsstandards kurz- und mittelfristig unrealistisch sind, sollten vorhandene völkerrechtliche Bemühungen[106] langfristig mit Nachdruck verfolgt werden. In der Zwischenzeit sollte schnellstmöglich auf eine europäische Lösung hingewirkt werden. Bis dahin werden deutsche Unternehmen mit dem LkSG „ins Trainingslager geschickt"[107], was zugegebenermaßen herzlich wenig fruchtet, wenn „das Trainingslager" die Teilnahme am eigentlichen Wettbewerb vereitelt.

[101] Vgl. zum Ganzen *Haucap*/*Kühling*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik (ZfWP) 55 (2006), 324, 344 f.
[102] Vgl. *Haucap*/*Kühling*, ZfWP 55 (2006), 324, 340 f.
[103] Vgl. *Haucap*/*Kühling*, ZfWP 55 (2006), 324, 332 f.
[104] Vgl. *Haucap*/*Kühling*, ZfWP 55 (2006), 324, 338.
[105] Vgl. auch *Ekkenga*/*Schirrmacher*/*Schneider*, NJW 2021, 1509, 1513; *Fleischer*/*Danninger*, DB 2021, 2849, 2856.
[106] Zum völkerrechtlichen Status quo, insb. zur „United Nations treaty working group", *Thielbörger*/*Ackermann*, 24 Indiana J. of Global Legal Studies (2017), 43, 65 ff.
[107] Äußerung einer BMZ-Vertreterin im Rahmen einer Podiumsdiskussion, zitiert nach *Nietsch*/*Wiedmann*, CCZ 2021, 101, 110.

Thore Inselmann*

# Der „binäre Code" von Völkerrecht und nationalem Recht am Beispiel des Alien Tort Statute

## A. Problemaufriss

### I. Dysfunktionen der Globalisierung – Das Dilemma um Unternehmen und Menschenrechte

Multinationale Konzerne sind die Gewinner der Globalisierung.[1] Nicht selten konkurrieren ihre Haushalte nicht nur mit dem BIP von Staaten, sie übertreffen sie sogar.[2] Ihr wirtschaftlicher Einfluss nahm dabei weltweit in einem solchen Maße zu,[3] dass sie – obwohl offiziell nicht Träger von Staatsgewalt – teilweise unmittelbar und in erheblicher Weise Macht über das Leben und Wohlbefinden der Bewohner ganzer Länder ausüben.[4]

Dabei entziehen sich die Tätigkeiten multinationaler Konzerne noch immer häufig einer effektiven rechtlichen Kontrolle.[5] Just einer der großen Fortschritte der Globalisierung – die globale Arbeitsteilung[6] – ist ein Katalysator hierfür.[7] Global agierende Unternehmen strukturieren ihre Produktion und Distribution so, dass jeweils diejenige Rechtsordnung berufen ist, die für die jeweilige Tätigkeit den günstigsten rechtlichen Rahmen schafft.[8] Gepaart mit dem kapitalistischen Dogma der Gewinnmaximierung sowie einer gerade im 20. Jahrhundert noch sehr laxen Vorstellung von „corporate governance" war die Verletzung von Menschenrechten vorprogrammiert.[9] Dies geht auf Kosten von Mensch und Umwelt. Schmerzlich stellten dies etwa die Bewohner des Ogonilandes in Nigeria fest, als der Shell-Konzern mit der Militärregierung Nigerias kollaborierte, um ihre dortige Ölexploration nicht durch Proteste gefährdet zu sehen.[10] Kurzum: „One of the most outrageous consequences of the so-called global economy is you have companies that are doing business with the most brutal regimes you can imagine and they are making money at it."[11]

Einseitig die Geschäftsaktivitäten von Unternehmen anzuprangern, stellt das Problem allerdings unterkomplex dar. Vielmehr findet man sich in einem Dilemma wieder. Unternehmen sollen gerade dazu motiviert werden, in wirtschafts- und entwicklungsschwachen Ländern zu investieren;[12] denn sie haben ein großes Potential, sich positiv auszuwirken, zuvörderst durch die Schaffung von Arbeitsplätzen.[13] Gehen Staaten allerdings bei der Setzung von Investitionsanreizen so weit, dass sie Unternehmen davon entbinden, Menschenrechte der eigenen Bevölkerung zu beachten,[14] wird dies ad absurdum geführt.

### II. Das Alien Tort Statute als Retter der Menschenrechte

Gegen die eben beschriebene Entwicklung mehrte sich der Widerstand, der sich u.a. in der Beschreitung des Rechtswegs niederschlug. Als Forum nutzten die Kläger vorwiegend die USA, die mit dem Alien Tort Statute (ATS) eine einzigartige Grundlage für derartige Klagen bieten und damit lange Zeit eine Vorreiterrolle bei der nationalen Durchsetzung von Ansprüchen aus Menschenrechtsverletzungen innehatten.[15]

Progressive Richter reanimierten das fast schon in Vergessenheit geratene ATS, und es entwickelte sich eine Rechtspraxis, in der zivilrechtliche Klagen angestrengt wurden, um für völkerrechtliche Verbrechen vor innerstaatlichen Gerichten Schadensersatz zu verlangen.[16] Fortan bildete das ATS das Kernstück von Klagen, die sich auf die Verletzung von Menschenrechten stützten.[17] Denn nach über längere Zeit praktizierter Auslegung des ATS erforderten Menschenrechtsklagen von ausländischen Betroffenen nur einen minimalen Bezug zu den USA, um vor US-amerikanischen Gerichten gehört zu werden.[18] Obgleich die meisten dieser Klagen erfolglos blieben oder in einem außergerichtlichen Vergleich endeten,[19] war ihre Symbolwirkung enorm.[20] Die oft sehr medienwirksamen Prozesse sensibilisierten die Öffentlichkeit für den Menschenrechtsschutz und verliehen ihm durch ihre zivilprozessuale Ausgestaltung ein bis dahin unbekanntes Gewand.[21] Ferner haben sie einen wesentlichen Beitrag zur Entwicklung des Völkerrechts jedenfalls in den

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

1 *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 168.
2 *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 168.
3 *Weschka*, ZaöRV 2006, 625 f.
4 *Joseph*, NILR 1999, 171, 172; *Weilert*, ZaöRV 2009, 883 f.; *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 168; vgl. auch *Seibert-Fohr*, ZaöRV 2003, 195.
5 *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 168; zu den Tendenzen zur zunehmenden Regulierung von Unternehmenstätigkeiten durch *soft law Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717,
6 *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 718.
7 *Weilert*, ZaöRV, 2009, 883, 885.
8 *Weschka*, ZaöRV 2006, 625, 626; *Weilert*, ZaöRV, 2009, 883, 885.
9 Pars pro toto für ein konservatives Verständnis der sozialen Verpflichtungen von Unternehmen: *Milton Friedman*, Capitalism and Freedom, S. 133: „[…] there is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits […]".
10 *Haider*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 105.
11 *Terry Collingsworth*, Direktor des International Labor Rights Fund in 2003, siehe Lisa Girion, 1789 Law Acquires Human Rights Role, L.A. Times, June 16, 2003.
12 *Weschka*, ZaöRV 2006, 625, 626.
13 *Weilert*, ZaöRV 2009, 883, 884.
14 *Felz*, Das Alien Tort Statute S. 169.
15 *Haider*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 465; *Reimann*, IPRax 2013, 455; *Stürner*, JZ 2014, 13; *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 721, 782.
16 *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 22.
17 *Hailer*, AVR 44 (2006), 76.
18 *Haider*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 465. Diese Auslegung wurde mit dem Urteil des Supreme Courts in Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 569 U.S. (2013) aufgegeben. Nach Auffassung des Gerichtes ist die Reichweite des ATS territorial beschränkt und erfasst daher grundsätzlich keine Sachverhalte, die sich außerhalb der USA zugetragen haben. Dieser Frage soll hier allderdings nicht weiter nachgegangen werden.
19 *Haider*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 465; *Stürner*, JZ 2014, 13.
20 *Stürner*, JZ 2014, 13.; siehe auch *Reimann*, IPRax 2013, 455, 462 der das „bleibende Vermächtnis" des ATS betont; *Weinberg*, 99 Cornell L. Rev. 1471, 1472 (2014): „prideful feature of American justice".
21 *Reimann*, IPRax 2013, 455, 462.

USA beigetragen.[22]

## B. Forschungsfrage

Diese Untersuchung beschäftigt sich mit dem materiellen Recht, das Klagen unter dem ATS zugrunde liegt. Aufgrund der Transnationalität der Sachverhalte, drängt sich die Frage auf, welcher Rechtsordnung die materiellrechtlichen Normen zu entnehmen sind, die eine Schadensersatzpflicht für Völkerrechtsverstöße statuieren. Diese Fragestellung birgt besondere kollisionsrechtliche Implikationen, die das Spannungsverhältnis zwischen ATS und *federal common law* als Teil des nationalen Rechts auf der einen Seite und dem Völkerrecht als internationalem Recht auf der anderen Seite betreffen. Aber auch auf unmittelbar materiellrechtlicher Ebene gilt es das Zusammenspiel von ATS und *federal common law* auszuloten. Zunächst sollen die Anspruchsgrundlagen der ATS-Klagen identifiziert und ihre Herkunft erläutert werden. Sodann wird sich der Frage der Haftung von Unternehmen bei eigenhändiger Begehung von Völkerrechtsverletzungen sowie bei Beteiligung an solchen zugewandt.

Für alle diese Fragen ist das Verhältnis von Völkerrecht und *federal common law* entscheidend, welches vor dem Hintergrund des gewandelten Verständnisses des *federal common law* besonderer Aufmerksamkeit bedarf. Aufgezeigt werden soll der „binäre Code"[23], der zwischen dem Völkerrecht als Rechtsquelle der verhaltensregulierenden Normen und dem *federal common law* als Grundlage für Anspruchsgrundlagen unterscheidet. Anhand dieses Befundes soll abschließend geklärt werden, ob es teilweise sogar zu einer hybriden Anwendung von Völkerrecht und *federal common law* kommt.

## C. Das Alien Tort Statute

### I. Gesetzeshistorie und Rechtspraxis

Das ATS wurde bereits 1789 durch den Judiciary Act[24] eingeführt und lautet wie folgt: „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."[25]. Übersetzt bedeutet dies, dass die Bundesbezirksgerichte für solche Zivilklagen von Ausländern zuständig sind, die sich auf deliktische Verstöße gegen das allgemeine Völkerrecht oder gegen völkerrechtliche Verträge der Vereinigten Staaten stützen.

In mehrlei Hinsicht ist das ATS außergewöhnlich.[26] Pointiert wurde es als „a jurisdictional provision unlike any other in American law and of a kind apparently unknown to any other legal system in the world" beschrieben.[27] Da Gesetzgebungsmaterialien für diesen Teil des Judiciary Act fehlen,[28] erweist sich die Ermittlung der gesetzgeberischen Intention als schwierig und führte zu regen Kontroversen.[29] Die Meinungen divergieren hier stark.[30]

In der Rechtspraxis fristete das ATS fast 200 Jahre lang ein Schattendasein[31] bis es mit der Entscheidung *Filartiga v. Pena-Irala*[32] von großer Bedeutung für den weltweiten Menschenrechtsschutz wurde.[33] Die Besonderheit des ATS besteht dabei darin, dass Klagen wegen Völker- und Menschenrechtsverletzungen in einem grenzüberschreitenden Zivilprozess vor einem US-Bundesgericht gehört werden können. Der Ort der Verletzungshandlung spielt hierbei kaum eine Rolle.[34] Rechtsdogmatisch weist die Norm eine nahezu einzigartige Verbindung von völkerrechtlichen Wertungen und solchen des nationalen Rechts auf.[35] Dies macht sie zwar dogmatisch besonders interessant, der Umgang mit ihr bereitete den US-amerikanischen Richtern aber auch erhebliche Schwierigkeiten.[36]

### II. Rechtsnatur und Anspruchsgrundlage – Das Spannungsverhältnis zwischen ATS, Völkerrecht und *federal common law*

Eine dieser Schwierigkeiten besteht darin, die Anspruchsgrundlage für unter Rückgriff auf das ATS angestrengte Klagen zu identifizieren, denn die Rechtsnatur des ATS ist höchst umstritten. Ihrem Wortlaut nach „shall have [.] jurisdiction" scheint sich die Norm auf die Begründung der Zuständigkeit zu beschränken, ist somit rein prozessrechtlicher Natur. Dennoch wurde ihr teilweise eine materiell-rechtliche Funktion – sei es als unmittelbare Anspruchsgrundlage, sei es als implizite Ermächtigung zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen – beigemessen. Berufen wird sich mangels Aussagekraft des Wortlauts zumeist auf die gesetzgeberische Intention. Aufgrund der Mannigfaltigkeit der Argumente und ihrer unterschiedlichen Instrumentalisierung durch die Vertreter der verschiedenen

---

22 *Reimann*, IPRax 2013, 455, 462.

23 *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 178 fn. 702; siehe auch *Wuerth*, 85 Notre Dame L. Rev. 1931, 1932 (2010).

24 The Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 9, 1 Stat. 73.

25 28 U.S.C. § 1350. Der Begriff „law of nations" entspricht aus heutiger Sicht dem Begriff „international law", also Völkerrecht. Siehe *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 42.

26 *Reimann*, IPRax 2013, 455.

27 Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 f.3d 111, 115 (2nd Cir. 2010), Cabranes, J.

28 Die grundlegende Abhandlung zum Erlass des Judiciary Act 1789 von *Warren*, 37 Harv. L. Rev. 49 (1923) erwähnt Section 9 – den Vorläufer des heutigen ATS – an keiner Stelle. Siehe auch das Zitat von *Henry Friendly*: „This old but little used section is a kind of legal Lohengrin; although it has been with us since the first Judiciary Act, § 9, 1 Stat. 73, 77 (1789), no one seems to know whence it came." Zitat aus: IIT v. Vencap Ltd., 519 f.2d 1001, 1015 (2nd Cir. 1975).

29 *Weinberg*, 99 Cornell L. Rev. 1471, 1472 (2014): „an ancient and mysterious jurisdictional grant."; *Casto*, 18 Conn. L. Rev. 467 (1986); *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 48.

30 Siehe nur Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 713 (2004) mit Verweis auf die zahlreichen *amicus curiae*-Schriftsätze.

31 *Casto*, 18 Conn. L. Rev. 467 (1986); *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 47.

32 Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980).

33 *Hailer*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 35, S. 44; *Reynolds/Zimmer*, RIW 2012, 139, 140; *Stürner* in: JZ 2014, 13, 14; *Weschka*, ZaöRV, 2006, 625, 635.

34 *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 36.; *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 21.

35 Siehe etwa *Wuerth*, 85 Notre Dame L. Rev. 931 ff. (2010); *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 26.

36 Sarei v. Rio Tinto PLC, 671 f.3d 736, 780 (9th Cir. 2011), McKeown, J., concurring: „The Alien Tort Statute („ATS"), albeit short on words, is a perplexing statute. Giving the ink spilled in many judicial opinions, concurrences, and dissents as well as scholarly articles, this brevity has not netted clarity."

Meinungen[37] können hier nur die Leitlinien erörtert werden. Untersucht werden soll ferner nur die völkergewohnheitsrechtliche Alternative „in violation of the law of nations".[38]

## 1. Völkerrecht als Anspruchsgrundlage

Da die Verletzung von Völkerrecht Tatbestandsmerkmal des ATS ist, läge es nahe, die Anspruchsgrundlage in selbigem zu suchen. Insbesondere würde eine völkerrechtliche Anspruchsgrundlage die Schwere der unter dem ATS verhandelten Taten hinreichend zum Ausdruck bringen.[39] Dies erweist sich indes deshalb als problematisch, weil das Völkergewohnheitsrecht nur verhaltensregelnde Normen (Primärnormen) enthält.[40] Primärnormen begründen zwar eine Verhaltenspflicht, sie stellen aber nicht zugleich Sanktionsmöglichkeiten bereit, falls diese Verhaltenspflicht nicht beachtet wird.[41] Das Völkerrecht überlässt es den einzelnen Staaten, zu bestimmen, ob völkerrechtlichen Primärnormen Anspruchsgrundlagen im nationalen Recht korrespondieren.[42] Aus dem Völkerrecht ergibt sich somit keine Anspruchsgrundlage, für unter dem ATS justiziable Ansprüche.

## 2. Die Entscheidung des Supreme Court in Sosa v. Alvarez-Machain

Die Frage nach der Rechtsnatur des ATS bzw. ihm zugrundeliegender Anspruchsgrundlagen adressierte der Supreme Court in *Sosa v. Alvarez-Machain*[43] umfassend. Da das Gericht auf alle relevanten Ansichten hierzu einging, sollen diese hier anhand der Ausführungen des Gerichts erläutert werden.

### a) ATS als Anspruchsgrundlage

In den unteren Instanzen gingen Gerichte teilweise davon aus, dass dem ATS selbst eine Anspruchsgrundlage zu entnehmen sei,[44] wobei sich auf den Wortlaut des ATS „committed in violation of the law of nations" gestützt wurde.[45] In der Literatur stieß diese Ansicht auf harsche Kritik,[46] der sich der Supreme Court anschloss.[47] Zum einen unterscheide sich der Wortlaut des ATS gravierend von demjenigen einer Anspruchsgrundlage.[48] Ferner sprächen systematische Argumente gegen eines Auslegung als Anspruchsgrundlage; das ATS sei als Teil des Judiciary Act ergangen und dieser befasse sich ausschließlich mit Zuständigkeitsfragen.[49] Folglich sei die Norm rein prozessrechtlicher Natur.[50]

### b) ATS als implizite Ermächtigung zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen

Ein anderer Ansatz versteht das ATS zwar nicht als Anspruchsgrundlage, erkennt ihm aber doch eine materiellrechtliche Funktion zu. Dem ATS sei die implizite Ermächtigung der Bundesrichter zur Schaffung von *federal common law*-Anspruchsgrundlagen zu entnehmen.[51] Dieser Ansatz bewegt sich in der Tradition des in *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*[52] aufgestellten Grundsatzes, dass ein Zuständigkeitsgesetz Richter implizit zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen ermächtigen kann, wenn dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht.[53]

Bevor sich mit der Stellungnahme des Supreme Courts zu dieser Ansicht auseinandergesetzt wird, soll – der besseren Verständlichkeit halber – zunächst ein weiterer Ansatz dargestellt werden, der für die Argumentation des Supreme Courts wesentlich ist.

### c) ATS als leere prozessuale Hülle

Kritiker der ATS-Klagen sind davon überzeugt, dass es für die Schaffung einer *federal common law* Anspruchsgrundlage einer expliziten legislativen Ermächtigung bedürfe.[54] Mit dem ATS sollte zunächst nur eine Kompetenznorm zu Gunsten der Bundesgerichte geschaffen werden, die der Gesetzgeber in einem weiteren Schritt mit einer expliziten Anspruchsgrundlage versehen wollte.[55] Das ATS sei deshalb

---

[37] Vgl. *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 58; *Bradley/Goldsmith*, 66 fordham L. Rev., 319, 358 (1997); *Reynolds/Zimmer* in: RIW 2012, 139, 140.

[38] Die völkervertragliche Variante „treaty of the United States" spielt in der Rechtspraxis praktisch keine Rolle. Siehe *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 77 fn. 8.

[39] Anfängliche Ansätze, nach denen die Anspruchsgrundlage über eine kollisionsrechtliche Analyse zu ermitteln sei (Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876, 889 (2nd Cir. 1980)) oder Deliktsrecht der Einzelstaaten der USA Anwendung finden sollte (so etwa Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 f.2d 774, 782 (D.C. Cir. 1984), Edwards, J., concurring), sahen sich dem Vorwurf ausgesetzt, die Tragweite der Verbrechen nicht hinreichend zum Ausdruck zu bringen. Siehe Xuncax v. Gramajo, 886 f. Supp. 162, 183 (D. Mass. 1995): „[L]ooking to domestic tort law to provide the cause of action mutes the grave international law aspect of the tort, reducing it to no more (or less) than a garden-variety municipal tort."

[40] Filártiga v. Peña-Irala, 577 f. Supp. 860, 863 (E.D.N.Y. 1984): „[I]nternational law does not ordain detailed remedies but sets forth norms."; *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 78; *Schaub*, AVR 49 (2011), 124, 130 f.

[41] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 48; *Casto*, 18 Conn. L. Rev. 469, 475 f. (1986)

[42] Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 f.2d 774, 777, Fn. 2 (D.C. Cir. 1984) Edwards, J., concurring.

[43] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004).

[44] Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 242 (2d Cir. 1995); In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation, 25 f.3d, 1467, 1475 (9th Cir. 1994): „It is unnecessary that international law provide a specific right to sue." „We thus join the Second Circuit in concluding that the [ATS] creates a cause of action [..]"; das ATS als Anspruchsgrundlage verstehend auch *Seibert-Fohr* in: ZaöRV 2003, 195, 196.

[45] Handel v. Artukovic, 601 f. Supp. 1421, 1427 (C.D. Cal. 1985): „[T]he 'violation' language of section 1350 may be interpreted as explicitly granting a cause of action […]"; *Stephens et al.*, S. 32. Teilweise wurde die Annahme einer Anspruchsgrundlage aber auch nicht begründet. Siehe *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S 48.

[46] *Casto*, 18 Conn. L. Rev. 467, 479 f. (1986): „Any suggestion that the statute creates a federal statutory cause of action is simply frivolous.".

[47] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 713 (2004).

[48] *Casto*, 18 Conn. L. Rev. 467, 479 (1986); *ders.*, 89 Notre Dame L. Rev. 1545, 1554 (2014).

[49] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 58.

[50] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 694 (2004); siehe auch *Casto*, 18 Conn. L. Rev. 467, 479 (1986).

[51] Abebe-Jira v. Negewo, 72 f.3d 844, 848 (11th Cir. 1996); *Stephens et al.*, S. 33; *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 56 f.

[52] Textile Workers Union v. Lincoln Mills, 353 U.S. 448 (1957).

[53] *Bradley/Goldsmith*, 66 fordham L. Rev. 319, 360 (1997).

[54] *Bradley/Goldsmith*, 66 fordham L. Rev. 319, 360 (1997); *Stephens et al.* S. 34.

[55] *Bradley/Goldsmith*, 66 fordham L. Rev. 319, 360 (1997).

derzeit bedeutungslos.[56]

Diese Auffassung vertritt auch *Justice Scalia* in seiner *concurring opinion* in Sosa v. Alvarez-Machain.[57] Er stützt sich maßgeblich auf die Entscheidung des Supreme Courts in *Erie v. Tompkins*.[58] Dieser Fall markierte eine Zäsur für das Verständnis des *common law*.

#### aa) Exkurs: Vom general zum federal common law

Das Richterrecht existierte zur Zeit des Erlasses des ATS als sogenanntes *general common law*, das als naturrechtsähnlicher präexistenter Rechtskörper verstanden wurde.[59] Richter brauchten das Recht lediglich zu entdecken, wofür es keiner legislativen Ermächtigung bedurfte.[60] Der so entstandene Rechtskörper war weder Bundes- noch Staatenrecht, sondern schwebte zwischen den Polen des föderalen Kompetenzmodells.[61] Dieser naturrrechtliche Ansatz wurde durch *Erie v. Tompkins* endgültig durch ein positivistisches Verständnis ersetzt. Zum einen wurde fortan zwischen dem Richterrecht des Bundes und dem der Staaten unterschieden, ferner sollte das Richterrecht des Bundes (*federal common law*) nur in speziellen Ausnahmefällen Anspruchsgrundlagen bereitstellen.[62] Während die Schaffung von Richterrecht primär den Staaten überlassen wurde, sollte *federal common law* nur noch dann geschaffen werden können, wenn dies entweder verfassungsrechtlich zu rechtfertigen war oder eine Autorisierung seitens des Bundesgesetzgebers vorlag.[63]

#### bb) Stellungnahme des Supreme Courts

Die Mehrheit des Supreme Courts überzeugten diese Argumente nicht. Zwar widersprachen die Richter nicht den in der Erie-Entscheidung festgelegten Grundsätzen, doch sie interpretierten ihre Anwendbarkeit anders.

Erie hätte nicht vorgesehen, dass – ungeachtet der Umstände – keine neuen Anspruchsgrundlagen mehr geschaffen werden könnten.[64] Vielmehr gäbe es Enklaven, in denen Bundesrichter weiterhin *federal common law* schaffen könnten.[65] Anders als *Scalia* beruft sich die Mehrheitsmeinung hier auf die langbestehende Rechtsprechung, nach der das Völkerrecht im nationalen Recht anerkannt ist[66] und dieser Bereich eine solche Enklave darstelle, in der *federal common law* weiterhin zur Anwendung kommen könne.[67]

Dieses Verständnis wiederum sei durch die gesetzgeberische Intention bei Erlass des ATS gedeckt. Es sei abwegig, dass der Gesetzgeber rein vorsorglich Zuständigkeitsnormen schuf, um sie später mit einer entsprechenden Anspruchsgrundlage zu versehen.[68] Ferner unterstellen die Richter dem historischen Gesetzgeber, dass er – hätte er die Erie-Rechtsprechung vorausgesehen – trotzdem gewollt hätte, dass bestimmte Völkerrechtsnormen als Grundlage zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen dienen.[69]

#### d) Autorisationslose Schaffung von federal common law-Anspruchsgrundlagen

Die Position des Supreme Court lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wird eine Norm des heutigen Völkerrechts verletzt, die genauso universal anerkannt ist, wie die für den Gesetzgeber paradigmatischen Völkerrechtssdelikte des 18. Jahrhunderts,[70] können hierfür *federal common law*-Anspruchsgrundlagen geschaffen werden, ohne dass es einer legislativen Ermächtigung bedürfe.[71] Das ATS sei eine Zuständigkeitsvorschrift, die unter der Prämisse erlassen wurde, dass sich aus dem damaligen *general common law* unmittelbar Anspruchsgrundlagen für bestimmte Völkerrechtsverletzugen ergeben, die zu einer persönlichen Haftung führen können.[72] Den Standard, den die verletzten Normen erfüllen müssen, beschreibt der Supreme Court mit „specific, universal and obligatory"[73]. Zur Zeit des Erlasses des ATS erfüllten *violation of safe conducts*, *infringement of the rights of ambassadors* und *piracy* diese Anforderungen.[74]

Folgt man diesen Annahmen, so funktioniert das ATS auf dieselbe Art, wie vom historischen Gesetzgeber angedacht.[75] Erie sei nur insofern zu berücksichtigen, als große Zurückhaltung bei der Schaffung neuer Anspruchsgrundlagen geübt

---

56 *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 83.

57 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 739 ff. (2004), Scalia, J., concurring.

58 Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).

59 Sosa v. Alvarez-Machain 542 U.S. 692, 725; *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 84.

60 *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 84.

61 *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 84 f.

62 *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 85; siehe hierzu auch *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rn. 113, 235 ff.

63 Sosa v. Alvarez-Machain 542 U.S. 692, 741 (2004), Scalia, J., concurring: „Because post-*Erie* federal common law ist made, not discovered, federal courts must possess some federal-common-law-making authority before untertaking to craft it.".

64 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 729 (2004).

65 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 729 (2004).

66 Siehe etwa The Paquete Habana, U.S. 667, 700 (1900): „International law is part of our law.".

67 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 724 f. (2004): „[N]o development in the two centuries from the enactment of § 1350 to the birth of the modern line of cases beginning with Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), has categorically precluded federal courts from recognizing a claim under the law of nations as an element of common law."

68 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 719 (2004): „[T]here is every reason to suppose that the First Congress did not pass the ATS as a jurisdictional convenience to be placed on the shelf for use by a future Congress or state legislature that might, some day, authorize the creation of causes of action or itself decide to make some element of the law of nations actionable for the benefit of foreigners.".

69 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 730 (2004): „We think it would be unreasonable to assume that the first congress would have expected federal courts to lose all capacity to recognize enforceable international norms simply because the common law might lose some metaphysical cachet on the road to modern realism.".

70 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 725 (2004): „[W]e think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized.".

71 *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 83.

72 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 742 (2004): „In sum, although the ATS is a jurisdictional statute creating no new causes of action, the reasonable inference from the historical materials is that the statute was intended to have practical effect the moment it became law. The jurisdictional grant is best read as having enacted on the understanding that the common law would provide a cause of action for the modest number of international law violations with a potential for personal liability at the time.".

73 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 732 (2004). Der Supreme Court verweist insoweit bejahend auf: In re Estate of Marcos Human Rights Litigation, 25 f.3d 1467, 1475 (C.A.9 1994).

74 Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 715 (2004).

75 *Stephens et al.*, S. 34.

werden sollte.[76]

Der Unterschied zur vorgenannten Auffassung, die eine implizite Ermächtigung zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen vorsieht, besteht darin, dass der Supreme Court davon ausgeht, dass das materielle Recht eines Falles von Richtern auch ohne eine Zuständigkeitsnorm als spezifische legislative Autorisierung dem *federal common law* entnommen werden kann.[77]

Der Supreme Court erkannte somit grundsätzlich die Möglichkeit zur richterlichen Rechtsfortbildung im Bereich des ATS an. Gleichzeitig schränkte er diese aber im Vergleich zur Entscheidungspraxis der Instanzgerichte ein und forderte zu Zurückhaltung bei der Ausübung dieser Tätigkeit auf.[78]

#### e) Zwischenergebnis

Die Argumentation des Supreme Courts, dass dem ATS unmittelbar ab Verabschiedung praktische Wirkungen zukommen sollte, ist nachvollziehbar. Warum sollte der First Congress rein vorsorglich eine Zuständigkeitsvorschrift schaffen, für die noch keine Anspruchsgrundlage besteht? Ferner überzeugen die grammatikalischen, systematischen und genetischen Argumente, die gegen eine Auslegung des ATS als Anspruchsgrundlage sprechen. Ob die Unterscheidung zwischen der impliziten Ermächtigung zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen und der autorisationslosen Entnahme von Anspruchsgrundlagen überzeugt, wurde in der Literatur teilweise kritisch hinterfragt.[79]

Folgt man der Auffassung des Supreme Courts, dahingehend, dass das *federal common law* bestimmte völkerrechtliche Normen dynamisch inkorporiere und bei bestimmten Verletzungen *federal common law*-Anspruchsgrundlagen geschaffen werden können, so ergibt sich in Bezug auf den „binären Code" folgendes Bild:

Die Norm, die der Beklagte verletzt haben soll, entstammt dem Völkergewohnheitsrecht. Die Anspruchsgrundlage entstammt dem *federal common law*, mithin dem nationalen Recht.

## III. Haftung Privater bei eigenhändiger Begehung

### 1. Ursprünglich nur Haftung staatlicher Akteure

Der überkommenen Auffassung folgend, dass Völkerrecht nur durch staatliches Verhalten verletzt werden kann,[80] ging man anfangs noch davon aus, dass ein unter dem ATS justiziabler *federal common law*-Anspruch sich nur gegen solche Akteure richten kann, die in staatlicher Funktion gehandelt gehandelt haben.[81] Maßstab ist insofern das *color of law*-Kriterium, das in 42 U.S.C. § 1938 kodifiziert ist und durch richterrechtliche Grundsätze fortentwickelt wurde.[82] Ein Handeln „under color of law" soll dann vorliegen, wenn es dem Staat „fairly attributable" ist.[83] Hierzu zählt etwa das Handeln staatlicher Bediensteter, soweit dieses in Amtsausübung erfolgte.[84] Für Fälle, in denen Privatleute, ohne vom Staat angestellt oder zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben vertraglich verpflichtet zu sein, in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat stehen, hat der Supreme Court weitere konkretisierende Fallgruppen herausgearbeitet.[85]

### 2. Universelle individuelle Verantwortlichkeit

Eine Zäsur in der ATS-Rechtsprechung markierte der Fall *Kadic v. Karadzic*[86]. In ihm wurde zum ersten Mal die Frage aufgeworfen, ob neben Rechten auch unmittelbare Pflichten des Individuums aus dem Völkergewohnheitsrecht abgeleitet werden können.[87] Dies ist für die Frage bedeutsam, ob auch nicht-staatliche Akteure, die nicht unter eine der vorgenannten Fallgruppen fallen, unter dem ATS haftbar gemacht werden können. Das Gericht führte aus, dass sich das Völkerrecht in bestimmten Fällen auch an Privatpersonen wende.[88] Die Verletzung völkerrechtlich besonders geschützter Rechtsgüter sei – gleichgültig, ob sie von staatlicher Seite oder durch private Akteure vorgenommen werde – immer als Völkerrechtsverletzung zu qualifizieren.[89] Piraterie, Sklavenhandel, Flugzeugentführung, Völkermord und Kriegsverbrechen seien deshalb auch von Privatpersonen begehbar.[90]

### 3. Verantwortlichkeit juristischer Personen

Auch juristische Personen sind nach traditioneller Auffassung keine Völkerrechtssubjekte.[91] Sie sind folglich nicht an völkerrechtliche Menschenrechtsstandards gebunden.[92]

Wurde durch *Kadic v. Karadzic* zwar nur die individuelle völkerrechtliche Verantwortlichkeit *natürlicher* Personen festgestellt, war dies zugleich ein Türöffner für Klagen gegen multinationale Unternehmen, also juristische Personen.[93]

---

[76] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 726.

[77] *Hailer*, AVR 44 (2006), 76, 84.

[78] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 729 (2004): „[…] the judicial power should be exercised on the understanding that the door ist still ajar subject to vigilant doorkeeping, and thus open to a narrow class of international norms today.".

[79] Etwa *Schulz* übt hieran Kritik, hält den Ansatz der Mehrheitsmeinung im Ergebnis aber für überzeugender, als die *concurring opinion Scalias*. Siehe ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 62.

[80] In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation, 978 f.2d 493, 501 f. (9th Cir. 1992); *Schaub*, AVR 49 (2011), 125, 138; zur Wandlung dieses Verständnisses etwa *Weilert*, ZaöRV, 2009, 883 ff.

[81] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 69.

[82] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 69.

[83] Gallagher v. Neil Young Freedom Concert, 49 f.3d 1442, 1447 (10th Cir. 1995).

[84] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 69.

[85] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 70.

[86] Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995).

[87] *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 80.

[88] Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 239 (2nd Cir. 1995); siehe zur sich verändernden Stellung des Individuums im Völkerrecht *Peters*, Jenseits der Menschenrechte.

[89] Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 239: „We do not agree that the law of nations, as understood in the modern era, confines its reach to state action. Instead, we hold that certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of a state or only as private individuals."; siehe auch *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 84.

[90] Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 240 (2nd Cir. 1995).

[91] *Cassese*, International Law, S. 71; umfassende Erläuterung bei *Peters*, Jenseits der Menschenrechte, S. 90 ff.

[92] *Herdegen*, VölkerR § 13 Rn. 6; *von Falkenhausen*, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, S. 44; *Haider*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 473; *Weschka*, ZaöRV 2006, 625, 628.

[93] *Reynolds/Zimmer*, RIW 2012, 139, 141; *Felz*, Das Alien Tort Statute, S. 80.

Die Haftung *juristischer* Personen für Völkerrechtsverstöße haben einige Gerichte jedoch nicht anerkannt.[94] Der Supreme Court hat diese Frage nicht ausdrücklich entschieden.[95] Die unterschiedliche Behandlung natürlicher und juristischer Personen erscheint jedoch unter mehrlei Gesichtspunkten zweifelhaft. Sollte sich etwa ein Pirat seiner Gerichtspflichtigkeit unter dem ATS dadurch entziehen können, dass er als Pirates Inc. handelt?[96]

### a) Anwendbares Recht

Relevant für die Beantwortung der Frage ist, ob sie nach Völkerrecht oder US-Bundesrecht zu entscheiden ist.[97] Vertreter beider Auffassungen versuchen insofern die Sosa-Entscheidung fruchtbar zu machen.

Der Supreme Court stellt in Sosa fest, dass sich für bestimmte Völkerrechtsverletzungen eine *federal common law*-Anspruchsgrundlage ergeben kann. Im Anschluss an die Bestimmung des konkreten Standards, den die völkerrechtlichen Normen hierfür erfüllen müssen,[98] geht er in einer Fußnote auf die Haftung von Individuen und Unternehmen ein.[99] Es sei eine mit der Bestimmung des Standards zusammenhängende Frage, ob das Völkerrecht die Haftung bei einer Verletzung auf private Akteure (natürliche oder juristische Personen) ausdehne.[100] Daraus wird gefolgert, dass auch die Haftung juristischer Personen auf „specific, universal, and obligatory" Normen zurückzuführen sein muss.[101] Die Haftung juristischer Personen müsste selbst einen allgemeinen anerkannten völkerrechtlichen Grundsatz darstellen.[102] Dies sei jedoch nicht der Fall.[103]

Die Sosa-Entscheidung lässt sich aber auch anders interpretieren. Da die Anspruchsgrundlage dem *federal common law* entstammt, wird geschlussfolgert, dass das Bestehen und die Durchsetzbarkeit sowie sämtliche weiteren Haftungsfragen auch dem *federal common law* unterliegen.[104] Lediglich das *anspruchsbegründende* deliktische Verhalten sei am Völkerrecht zu messen,[105] das Völkerrecht bestimmt somit nur über das „Ob" der Normverletzung.[106] Die Ausführungen des Supreme Courts seien dahingehend zu interpretieren, dass es lediglich darauf ankomme, ob sich die fragliche völkerrechtliche Norm auch an natürliche bzw. juristische Personen richten kann oder nur an Staaten.[107] Nimmt man dies an, dann ist keine Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen angezeigt.[108] Genauso wie natürliche Personen haften juristische Personen nur dann nicht, wenn die verletzte völkerrechtliche Norm nicht dem Sosa-Standard entspricht oder sich nicht an natürliche oder juristische Personen richtet.[109] Hierzu sei eine „Norm-by-Norm-Analyse"[110] vorzunehmen.

Für diese Ansicht werden Wortlaut und Historie des ATS bemüht. Der Wortlaut lasse keine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen erkennen.[111] Der Gesetzgeber hätte mit dem ATS eine nationale und eben keine unmittelbar völkerrechtliche Kompensationsmöglichkeit für bestimmte Völkerrechtsverletzungen schaffen wollen.[112] Diese Auffassung orientiert sich stark am Telos des ATS und entspricht den in der Sosa-Entscheidung konturierten dogmatischen Grundsätzen.

### b) Zwischenergebnis

Der erste Ansatz, nach dem ein völkerrechtlicher Grundsatz der Unternehmenshaftung bestehen muss, ist unilateral. Die Frage der Unternehmenshaftung beurteilt sich hier ausschließlich nach dem Völkerrecht. Zweiterer Ansatz entspricht den Vorgaben des Völkerrechts dadurch, dass die völkerrechtliche Norm sich auch an Private wenden muss, die weiteren Haftungsfolgen werden aber am *federal common law* gemessen.

## IV. Haftung Beteiligter

Selten wird Unternehmen vorgeworfen, Verletzungshandlungen eigenhändig begangen zu haben.[113] Typischerweise geht es vielmehr darum, Unternehmen für die Handlungen Dritter haftbar zu machen.[114] Die Rechtfertigung einer

---

[94] Kiobel v. Royal Dutch Petroleum 621 f.3d 111, 115 (2nd Cir. 2010).

[95] *Schulz* nimmt an, der Supreme Court habe sich in Kiobel inzident für eine Haftung von Unternehmen ausgesprochen, S. 179 f. Dem schließt sich *Haider* an, siehe Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 473 f.

[96] *Stürner*, JZ 2014, 13, 21.

[97] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 177; *Stürner*, JZ 2014, 13, 21 „Vorentscheidend […]".

[98] „specific, universal, and obligatory", siehe C.III.2.d).

[99] Sosa v. Alvarez-Machain U.S. 692, 732 fn. 20. Die Fußnote steht in dem Satz, der auf die Bestimmung des Standards folgt.

[100] Sosa v. Alvarez-Machain, U.S. 692, 732 fn. 20: „A related consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual. Compare Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 f. 2d 774, 791–795 (CADC 1984) (Edwards, J., concurring) (insufficient consensus in 1984 that torture by private actors violates international law), with Kadic v. Karadzic, 70 F. 3d 232, 239–241 (CA2 1995) (sufficient consensus in 1995 that genocide by private actors violates international law).".

[101] Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 621 f.3d 111, 131 (2nd Cir. 2010); siehe auch Presbyterian Church v. Talisman Energy Inc., 582 f.3d 244, 258: „footnote 20 of Sosa, while nominally concerned with the liability of non state actors, supports the broader principle that the scope of liability for ATS violations should be derived from international law."

[102] Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 621 f.3d 111, 131 (2nd Cir. 2010).

[103] Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 621 f.3d 111, 131 (2nd Cir. 2010): „Corporate Liability is not a norm of customary international law." Das Gericht führt hierfür eine Reihe von Gründen an, deren detaillierte Erörterung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Das Gericht hat Materialien des internationalen Gerichtshofs im Nürnberger Kriegsverbrecherprozess und der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda, völkerrechtliche Verträge und völkerrechtliches Schrifttum gesichtet und kam zu dem Schluss, dass die Haftung juristischer Personen kein allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts ist. Exemplifiziert wird das an der juristischen Behandlung der I.G. Farben nach Zusammenbruch des N.S.-Regimes. Zustimmend etwa *Schaub*, AVR 49 (2011), 124, 125. *Schulz* bestreitet dies vehement, siehe ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 181 ff.

[104] Doe v. Exxon Mobil Corp., 654 f.3d 11, 41 f. (D.C. Cir. 2011); Flomo v. Firestone Natural Rubber Co., 643 f.3d 1013, 1019 (7th Cir. 2011); *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 185.

[105] *Casto*, 89 Notre Dame L. Rev. 1545, 1549 f. (2014); *Schaub*, AVR 49 (2011), 124, 131.

[106] *Theophila*, 79 fordham L. Rev. 2859, 2901 (2011).

[107] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 181; *Haider*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, S. 473.

[108] *Schaub*, AVR 49 (2011), 125, 135; *Reynolds/Zimmer*, RIW 2012, 139, 145.

[109] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 185.

[110] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 184.

[111] Doe v. Exxon Mobil Corp., 654 f.3d 11, 43 (D.C. Cir. 2011); *Reynolds/Zimmer*, RIW 2012, 139, 143; *Stanisz*, 5 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 573 (2011).

[112] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 180.

[113] *Weschka* in: ZaöRV, 625, 626 f.

[114] *Stephens et. al.*, S. 312 f.; *Reynolds/Zimmer* in: RIW 2012, 139, 143.

solchen Haftung besteht darin, dass diese Unternehmen zu Verletzungshandlungen angestiftet oder jedenfalls Beihilfe geleistet haben (aiding and abetting).[115] In den USA wird dies unter den Stichwörtern der „secondary liability"[116] oder „third party liability"[117] diskutiert. Zwar nimmt die Mehrheit der unteren Bundesgerichte eine Teilnahmehaftung für Unternehmen an,[118] teilweise wurde diese jedoch auch abgelehnt.[119] Fraglich ist wiederum welches Recht diese Frage determiniert.

### 1. Generelle Haftung Beteiligter

In Betracht kommen wiederum Völkerrecht und *federal common law*.[120] Praktisch bedeutsam wird die Frage nach dem anwendbaren Recht erst auf Tatbestandsebene, also in Bezug auf die konkreten Voraussetzungen, die vorliegen müssen, um eine Teilnahmehaftung zu begründen, denn im Grundsatz erkennen sowohl Völkerrecht als auch *federal common law* eine Teilnahmehaftung an.[121]

Einige Gerichte stützen sich auf das Völkerrecht, da die Haftung für eine Beteiligung das deliktische Primärverhalten betreffe und einen eigenen neuen Tatbestand schaffe.[122] Es ginge bei dieser Frage gerade darum, welches Verhalten verboten ist, nicht um eine bloße Ausgestaltung der Haftung.[123]

Teilweise wird dies anders gesehen. Insofern wird argumentiert, dass es bei der Teilnahmehaftung nicht um eigenständige Delikte ginge, sondern eine spezielle Form der Haftungszurechnung.[124] Dies lässt sich mit dem US-amerikanischen Verständnis der secondary liability begründen. Die secondary liability folgt dem Ansatz, dass fremdes Verschulden dem Beteiligten zugerechnet wird, der Beteiligte also nicht etwa für seine eigenen Beihilfehandlungen hafte.[125]

Letztlich kulminiert die Problematik um das anwendbare Recht in der Frage, ob man verlangt, dass der beteiligte Dritte selbstständig Völkerrecht verletzen muss,[126] oder ob man eine Völkerrechtsverletzung des unmittelbaren Täters genügen lässt.[127] Insofern lassen sich für beide Seiten triftige Argumente finden, eine zufriedenstellende „Aufschlüsselung" des binären codes ist nicht möglich.

### 2. Voraussetzungen der Zurechnung

Das Problem setzt sich fort, wenn man sich die Voraussetzungen der Zurechnung anschaut. Will man diese nach dem Völkerrecht beurteilen, wird insofern die actus reus-Rechtsprechung der ad hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda herangezogen.[128]

Hält man das *federal common law* für einschlägig, so wird sich hinsichtlich der Voraussetzungen der Haftung auf den in *Halberstam v. Welch*[129] entwickelten Standard berufen, der wiederum auf dem *Restatement (Second) of Torts* § 876 gründet.[130]

### 3. Zwischenergebnis

Bei der Frage nach der Haftung Beteiligter zeigt sich die Schwierigkeit der Aufrechterhaltung der Trennung von Primär- und Sekundärebene sehr deutlich. Die Frage, ob die Beteiligung Teil des Primärverhaltens ist, oder nur eine Frage der Haftungszurechnung ist umstritten. Teilweise wird insofern ein hybrider Ansatz vertreten, der darauf abstellt, dass das in den ATS-Fällen angewandte Völkerrecht, ohnehin *federal common law* verkörpere.[131] Die Gerichte wendeten somit immer *federal common law* an, wenn sie bestimmte materiell-rechtliche Fragen der indirekten Haftung zu beurteilen haben.[132] Dieses *federal common law* sei wiederum durch bestimmte Völkerrrechtsquellen determiniert, so dass anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen aus Quellen des Völkerrechts als auch dem nationalen Recht ermittelt werden müssten.[133]

## D. Fazit

Die ATS-Dogmatik beruht auf einer komplexen Verschränkung von Völkerrecht und nationalem Recht. In Bezug auf die Anspruchsgrundlage können die Ansätze, die ummittelbar aus dem Völkerrecht eine Anspruchsgrundlage ableiten wollen, bzw. das ATS als eigene Anspruchsgrundlage konstruieren nicht überzeugen. Der Ansatz des Supreme Courts verfolgt einen Mittelweg, der sich um die bundesrechtlichen Hürden herumlaviert und letztlich eine Trennung zwischen Primär- und Sekundärebene aufrechterhält. Völkergewohnheitsrecht bestimmt, ob eine Norm verletzt wurde und *federal common law* stellt die Anspruchsgrundlage bereit. In Bezug auf die generelle Unternehmenshaftung setzt sich dieser Ansatz fort, sofern man nicht fordert, dass die Unternehmenshaftung ein eigenständiger völkerrechtlicher

---

[115] *Stephens et al.*, S. 312 f.
[116] *Stephens et. al.*, S. 312 f.
[117] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 72.
[118] Almog v. Arab Bank, PLC, 471 f. Supp. 2d 257, 287 (E.D.N.Y. 2007); Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 456 f. Supp. 2nd 457 (S.D.N.Y. 2006); Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc., 453 f. Supp. 2d 633, 668 (S.D.N.Y. 2006), 582 f.3d 244 (2nd Cir. 2009).
[119] Doe v. Exxon Mobil Corp., 393 f. Supp. 2d 20, 24 (D.D.C. 2005).
[120] *Reinhard*, RIW 2008, 676, 679; *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 188.
[121] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 195 fn. 781. In Bezug auf das Völkerrecht: *Reinhard*, RIW 2008, 676, 679.
[122] Presbyterian Church v. Talisman Energy Inc., 582 f.3d 244, 259: „Recognition of secondary liability is no less significant a decision than whether to recognize a whole new tort in the first place."; *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 188; *Schaub*, AVR 49 (2011), 125, 133 f.; in diese Richtung auch *Seibert-Fohr*, ZaöRV 2003, 195, 201 f., die sich auf den Wortlaut des ATS stützt. Dieser setze voraus, dass die dem Beklagten vorgeworfene Deliktshandlung einen Völkerrechtsverstoß darstellt. Es sei deshalb sei eine einheitliche Prüfung am Maßstab des Völkerrechts vorzugswürdig. Zu beachten ist aber, dass *Seibert-Fohr* in diesem Beitrag davon ausgeht, dem ATS selbst sei eine Anspruchsgrundlage zu entnehmen.
[123] *Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten, S. 73.
[124] *Schaub*, AVR 49 (2011), 125, 133 f.
[125] *Schaub*, AVR 49 (2011), 125, 133 f.
[126] so etwa *Seibert-Fohr*, ZaöRV 2003, 195, 201 f.
[127] *Schaub*, AVR 49 (2011), 125, 126; *Schulz*, Das ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 188.
[128] Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1-T (Dec. 10, 1998); Prosecutor v. Musema, ICTR-96-13-T (Jan. 27, 2000).
[129] Halberstam v. Welch, 705 f.2d 472 (D.C. Cir. 1983).
[130] Sarei v. Rio Tinto, 671 f.3d 736, 771 (9th Cir. 2011), Reinhardt, J., concurring; Khulumani, 504 f.3d 227, 288, Hall, J., concurring.
[131] *Wuerth*, 85 Notre Dame L. Rev. 1931, 1955 (2010).
[132] *Schulz*, ATS und transnationale Deliktsklagen, S. 196.
[133] *Wuerth*, 85 Notre Dame L. Rev. 1931, 1952 ff.

Grundsatz sein muss.

In Bezug auf die Frage nach der Haftung Beteiligter stößt man bei dem Versuch diese Trennung aufrechtzuerhalten auf erhebliche Schwierigkeiten. Eine vollständige Entschlüsselung des „binären Codes" ist nach derzeitigem Stand nicht möglich, so dass sich insofern nur mit hybrider Rechtsanwendung zu behelfen ist.

Carl-Anton Sack*

# Green Finance – Rechtliche Möglichkeiten zur Anreizsetzung

## A. Einleitung

Am 12.12.2015 verabschiedeten 195 Staaten – darunter auch Deutschland – und die Europäische Union das Klimaschutzübereinkommen von Paris.[1] Art. 2 Abs. 1 lit. c) dieses Abkommens besagt, dass die globalen Finanzströme mit den Klimazielen in Einklang gebracht werden müssen. Denn die Transformation in eine nachhaltige Volkswirtschaft verlangt nach Anpassungen in allen Lebens- und Rechtsbereichen.[2] Zur Umsetzung der Paris Klimaziele rechnet die Europäische Kommission daher mit einem jährlichen zusätzlichen privaten Investitionsbedarf in Höhe von 180 Milliarden Euro bis 2030.[3] Um Privatkapital für solche Investitionen zu mobilisieren, bedarf es einer gezielten Anreizsetzung. Dem Finanzsystem attestiert die Europäische Kommission zur Lenkung dieser Finanzströme eine Schlüsselrolle.[4] Dies rührt aus der Tatsache, dass die Finanzmärkte aufgrund ihrer Allokationsfunktion zur Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen, zur Transformation sowie zur Beschleunigung des Wandels geeignet sind.[5] Denn sowohl der Finanzmarkt als auch Nachhaltigkeit haben eine entscheidende Gemeinsamkeit: Sie schauen beide in die Zukunft.[6]

## B. Grundlagen

Zunächst werden die Grundlagen von Green Finance und von Anreizsetzung im Recht dargestellt.

### I. Green Finance

#### 1. Begriffsbestimmung

Grundsätzlich umfasst „Finance" jede Tätigkeit auf dem Finanzmarkt, also im hiesigen Kontext insbesondere die Finanzanlage sowie das Kreditwesen.[7] Der Terminus „Green Finance" (auf Deutsch etwa „Grünes Finanzwesen") ist weder einheitlich definiert noch wird er einheitlich verwendet.[8] Nach einem Verständnis stellt Green Finance eine Unterkategorie von Sustainable Finance dar.[9] Sustainable Finance möchte die Finanzierung von Investitionen entsprechend der am Drei-Säulen-Modell der Nachhaltigkeit ausgelegten ESG[10] -Kriterien fördern.[11] Faktisch lässt sich allerdings bei den aktuellen regulatorischen Initiativen zu Sustainable Finance ein eindeutiger ökologischer Schwerpunkt des Nachhaltigkeitsbegriffs feststellen.[12] Dies zeigt sich auch in Art. 3 i.V.m. Art. 9 Taxonomie-VO, wonach bislang nur die ökologische Nachhaltigkeit für die Definition nachhaltiger Anlagen in den Blick genommen wird. Ohnehin lassen sich die meisten Aussagen aufgrund der nur geringen Abweichung im Hinblick auf die Mittelverwendung von Sustainable Finance auf Green Finance und andersherum übertragen.[13] Im Gegensatz zur mehrdimensionalen Nachhaltigkeit bei Sustainable Finance geht es bei Green Finance isoliert um die Kategorie *environment*. Teilweise wird argumentiert, dass im Rahmen von Sustainable Finance alle ESG-Kriterien gleichermaßen beachtet werden müssen. In diesem Fall müsste Green Finance mit seinem alleinigen Fokus auf ökologische Nachhaltigkeit als eigenständiger Bereich danebenstehen.[14] Unstrittig ist jedenfalls, dass es bei Green Finance darum geht, Finanzströme vorrangig in ökologisch nachhaltige Investitionen umzulenken.[15] Andere geläufige Bezeichnungen mit ähnlichen Zielrichtungen sind Environmental Finance, Climate Finance und teilweise auch Socially Responsible Investing (SRI)[16]. Zudem setzt sich Green Finance zum Ziel, zusätzliches Kapital für klimafreundliche Zwecke zu mobilisieren sowie die Stabilität und Effektivität des Finanzmarkts im Hinblick auf Nachhaltigkeitsrisiken sicherzustellen.[17]

#### 2. Grüne Produkte auf dem Finanzmarkt

Green Finance hat sich vor allem einerseits in Form von grünen Finanzinstrumenten auf dem Kapitalmarkt, andererseits durch grüne Bankgeschäfte auf dem Kreditmarkt etabliert.

##### a) Grüne Finanzinstrumente

Grüne Finanzinstrumente erfassen das gesamte Spektrum kapitalmarktgängiger Wertpapiere i.S.d. § 2 Abs. 1 WpHG,

---

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

1 BGBl. 2016, S. 1082.

2 *Dombret*, in: Stapelfeldt et al. (Hrsg.), Greening Finance, 2018, S. 5, 6.

3 COM(2018) 97 final, S. 3, im Folgenden „Aktionsplan"; HLEG, Abschlussbericht, 2018, S. 2.

4 COM, Aktionsplan, S. 1.

5 *Schoenmaker*/*Schramade*, Principles of Sustainable Finance, 2019, S. 3.

6 Ebd., S. 4.

7 Ebd.

8 BReg, Deutsche Sustainable Finance-Strategie, 2021, S. 10; LBBW, Grüne Finanzierung auf dem Vormarsch, 2019, S. 5.

9 Vgl. Bucerius Law School, Green Finance, abrufbar unter: https://www.law-school.de/forschung-fakultaet/institute-und-zentren/center-for-interdisciplinary-research-on-energy-climate-and-sustainability/forschung/green-finance (letzter Zugriff: 15.06.2022).

10 „Environment, Social, Governance".

11 *Möslein*/*Mittwoch*, WM 2019, 481, 482; *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 3; *Remer*, Gabler-Banklexikon: Sustainable Finance, abrufbar unter: https://www.gabler-banklexikon.de/definition/sustainable-finance-99711 (letzter Zugriff: 15.06.2022).

12 *Möslein*/*Mittwoch*, WM 2019, 481, 482; beispielhaft COM, Aktionsplan, S. 5; aus Anlegerperspektive *Bueren*, ZGR 2019, 813, 861.

13 LBBW (Fn. 9), S. 4.

14 *Remer*, Gabler-Banklexikon: Green Finance, abrufbar unter: https://www.gabler-banklexikon.de/definition/green-finance-99713 (letzter Zugriff: 15.06.2022); vgl. auch LBBW (Fn. 9), S. 4; für eine synonyme Verwendung Deutsche Energie-Agentur, Green & Sustainable Finance mit Fokus auf den Immobilienbereich, 2021, S. 4.

15 *Köndgen*, in: FS K. Schmidt, S. 671, 672; COM, Aktionsplan, S. 2; *Grunow*/*Zender*, Green Finance, 2020, S. 2; ähnlich *Schäfer*, Green Finance and the German banking system, 2017, S. 2; *Bueren*, ZGR 2019, 813, 874.

16 Obwohl SRI grundsätzlich das ganze Nachhaltigkeitsspektrum erfasst, ist der Begriff hauptsächlich jedenfalls aus Anlegerperspektive auf Umweltbelange gerichtet, vgl. *Berry*/*Junkus*, 112 J. Bus. Ethics (2013), 707, 715; siehe auch *Fleischer*, AG 2017, 509, 524; vertiefend *Scharlau*, Socially Responsible Investment, 2009, S. 7 ff.

17 Vgl. Bucerius Law School (Fn. 10).

ob Eigenkapitalinstrumente wie grüne Aktien oder Fremdkapitalinstrumente wie grüne Anleihen.[18] Letztere (sog. „Green Bonds") waren die ersten grünen Finanzinstrumente und haben auch heute noch den größten Marktanteil.[19] Green Bonds unterscheiden sich von konventionellen Anleihen darin, dass sie Aktivitäten finanzieren, die die Umwelt positiv beeinflussen und den Wandel der Wirtschaft hin zur Klimaverträglichkeit unterstützen.[20] Mehrheitlich dienen sie der Refinanzierung grüner Kredite.[21] Sowohl Staaten als auch private Institutionen emittieren Green Bonds.[22] Auf Anlegerseite lässt sich feststellen, dass größtenteils institutionelle Investoren nachhaltige Anlageprodukten nachfragen.[23] Grüne forderungsbesicherte Wertpapiere oder Verbriefungen (Asset Backed Securities) können genutzt werden, um einzelne grüne Kredite zu bündeln.[24] Der Kleinanleger kann über spezielle grüne Themenfonds in nachhaltige Anlagen investieren.[25]

### b) Grüne Bankgeschäfte

Unter den grünen Bankgeschäften sind insbesondere grüne Kredite i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG hervorzuheben. Bei solchen sog. „Green Loans" handelt es sich um Darlehen, die zur (Re-)Finanzierung von geeigneten „grünen Projekten" eingesetzt werden.[26] Im Kern geht es bei Projektfinanzierungen also lediglich um den vorbestimmten Einsatz der Darlehensvaluta. Die Darlehensaufnahme wird häufig an zusätzliche Mindestanforderungen bezüglich des Verwendungszwecks sowie der Projektauswahl, Mittelverwendung und eingeräumter Informationsrechte geknüpft.[27] Solche Kredite werden insbesondere von staatlichen Förderbanken angeboten, die damit klimafreundliche Investments attraktiver machen wollen.[28] Eine andere gängige Erscheinungsform von grünen Krediten sind sog. „Positive Incentive Loans" bzw. „Sustainability-linked Loans".[29] Diese knüpfen die Zinsmarge an die Klimabilanz des Unternehmens oder an die Einhaltung vorbestimmter Nachhaltigkeitsziele.[30] Das bietet dem Kreditnehmer in der Regel den Vorteil, frei über die Mittelverwendung entscheiden zu können und keiner Bindung an konkrete Umweltvorhaben zu unterliegen.[31] Die gleiche Unterscheidung ist auch bei grünen Schuldscheinen zu finden.[32]

## 3. Zeitlicher Überblick überregulatorische Initiativen

Während die Entwicklung sich anfänglich durch verschiedene Vorstöße der Marktteilnehmer auszeichnete, wurde Green Finance schnell zum Regulierungsobjekt.[33] Die wesentlichen Initiativen und Stellungnahmen werden nachfolgend skizziert.

### a) Europäische Ebene

Auf Grundlage ihrer Kompetenz aus Art. 26 AEUV wird die Regulatorik im Zusammenhang mit Green Finance primär auf Initiative der EU angestoßen. Die europäischen Bemühungen um ein nachhaltigeres Finanzwesen begannen im Herbst 2016, als die Europäische Kommission die High-Level Expert Group on Sustainable Finance (HLEG) einsetzte.[34] Im Januar 2018 veröffentlichte diese ihren Abschlussbericht „Financing a Sustainable European Economy". Die Europäische Kommission hat die Empfehlungen der HLEG im März 2018 in ihrem Aktionsplan „Finanzierung nachhaltigen Wachstums" aufgegriffen, welcher Zielrichtungen und geplante Initiativen der EU darstellte.[35] Einige der geplanten Maßnahmen aus dem Aktionsplan wurden in den Folgejahren zügig umgesetzt.[36] Der im Dezember 2019 vorgestellte „European Green Deal"[37] unterstrich nicht nur die klimapolitischen Ambitionen der aktuellen Kommission, sondern setzte mit dem „Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa"[38] auch neue Akzente im Hinblick auf Green Finance.[39] Am 06.07.2021 veröffentlichte die Kommission eine aktualisierte „Strategie zur Finanzierung einer nachhaltigen Wirtschaft",[40] die auf dem Aktionsplan aufbaut.

Daneben erhielt auch die Bankenregulierung nachhaltigkeitsbezogene Komponenten im Rahmen von Änderungen der CRD[41] und der CRR[42], welche unter anderem die EBA zu Prüfaufträgen in diesem Kontext ermächtigt. Daraufhin präsentierte die EBA im Jahr 2019 das Konsultationspapier „Draft Guidelines on loan originating and monitoring" und einen „EBA Action Plan on Sustainable Finance".[43] Die ESMA veröffentlichte im Februar 2020 eine „Strategy on Sustainable Finance" und die EZB im November 2020 einen „Leitfaden zu Klima- und Umweltrisiken".

### b) Bundesebene

Mit Blick auf Deutschland hat die Bundesregierung im Juni 2019 den Sustainable Finance Beirat eingesetzt, der im

---

[18] *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 674; zur Begriffsabgrenzung *Röh*/*Scherber*, RdF 2020, 250, 253.
[19] *Grunow*/*Zender* (Fn. 16), S. 47; *Zoeller*, Kreditwesen 2017, 862, 863.
[20] *Bueren*, ZGR 2019, 813, 829; *Schoenmaker*/*Schramade* (Fn. 5), S. 272; *Geisel*/*Spieles*, RdF 2018, 328; vertiefend *Ekkenga*/*Roth*, WM 1161 ff.
[21] *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 674.
[22] Ebd.
[23] Ebd., 676.
[24] *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 68; *Gajo*, GmbHR 2019, R93.
[25] *Grunow*/*Zender* (Fn. 16), S. 51.
[26] *Kropf*, WM 2020, 1102, 1104; *ders.* WM 2022, 162, 163.
[27] *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288 f.
[28] *Kropf*, WM 2020, 1102, 1103.
[29] Geläufig ist auch die Bezeichnung „ESG-linked Loans".
[30] *Kropf*, WM 2020, 1102, 1105; *Grunow*/*Zender* (Fn. 16), S. 50; vgl. *Bueren*, ZGR 2019, 813, 832.
[31] *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288.
[32] Ebd.,289.
[33] Ausführlich *Bueren*, ZGR 2019, 813, 835 ff.; *Möslein*/*Sørensen*, 15 Europ. Comp. L. J. (2018), 221; kritisch *Park*, 54 Stan. J. Int'l L. (2018), 1, 46 f.
[34] *Lange*, BKR 2020, 216, 217 f.
[35] Siehe bereits Fn. 3.
[36] Beispielsweise durch die Verabschiedung der Taxonomie-VO oder der Offenlegungs-VO.
[37] COM(2019) 640 final.
[38] COM(2020) 21 final.
[39] *Lange*, BKR 2020, 216, 219.
[40] COM(2021) 390 final; im Folgenden „Strategie".
[41] Richtlinie 2013/36/EU (Eigenkapitalrichtlinie).
[42] Verordnung (EU) 575/2013 (Kapitaladäquanzverordnung).
[43] Dazu *Reich*, AG 2020, R24 f.

Februar 2021 seinen Abschlussbericht „Shifting the Trillions" veröffentlichte.[44] Im Mai 2021 folgte anschließend die „Deutsche Sustainable Finance-Strategie" der Bundesregierung, welche die europäischen Initiativen berücksichtigt, aber auch auf konkrete Empfehlungen zur Stärkung des Finanzstandorts Deutschland eingeht.

Bezüglich der Bankenaufsicht ist im Wesentlichen auf das „Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken" hinzuweisen, das die BaFin im Dezember 2019 veröffentlichte.

## II. Anreizsetzung durch Recht

Bevor konkrete Möglichkeiten zur Anreizsetzung im Fall von Green Finance dargestellt werden, ist zunächst zu erörtern, was für hiesige Zwecke unter Anreizsetzung zu verstehen ist.

### 1. Zugrundeliegender Anreizbegriff

Zunächst sind auf normativer Ebene Anreizregelungen von Rechtspflichten zu unterscheiden.[45] Letztere gelten im Wege der direkten Verhaltenssteuerung unmittelbar und unbedingt, während Anreizregelungen als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung das gewünschte Verhalten gerade nicht zur Rechtspflicht erheben.[46] Die genaue Definition des Anreizbegriffs ist allerdings ungeklärt. *Johanna Wolff* spricht sich für einen engen juristischen Anreizbegriff aus. Nach diesem sind Anreize Rechtsakte, die staatlicherseits als Instrumente eingesetzt werden und unmittelbar Verhalten beeinflussen sollen, ohne dass ein Verhalten rechtlich zwingend vorgegeben wird.[47] Dem steht ein weites, eher wirkungsorientiertes Verständnis des Anreizbegriffs entgegen. So versteht beispielsweise *Ute Sacksofsky „*Anreiz" nicht einmal als einen juristischen Begriff. Vielmehr begreift sie einen Anreiz als jeden Umstand, der einen Akteur zu einem bestimmten Verhalten veranlasst oder veranlassen soll.[48]

### 2. Insbesondere: Erfassung sog. „Nudges"

Die Frage nach dem zugrundeliegenden Anreizbegriff wird vor allem für die Erfassung sog. „Nudges" relevant. Denn von diesen macht die Regulatorik zunehmend Gebrauch, beispielsweise im Verwaltungsrecht in Form von staatlichen Warnungen.[49] Auch Nudges sind genauso wie Anreize als Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung zu qualifizieren.[50] Unter Nudging sind in der Verhaltensökonomik Maßnahmen zu verstehen, die auf das Unterbewusstsein des Menschen abzielen, um ein erwünschtes Verhalten zu erreichen.[51] Nudging ist dabei ein Lenkungsinstrument, welches das Verhalten von Menschen verändert, ohne ein bestimmtes Verhalten zu ge- oder verbieten, respektive wirtschaftliche Anreize stark zu verändern. Zudem besteht für den Einzelnen beim Nudging immer die Möglichkeit, die Verhaltenslenkung einfach zu umgehen.[52] Da es sich beim Nudging nach verwaltungsrechtlicher Dogmatik in der Regel um Realakte handelt, würde eine Einordnung von „Nudging" als Anreiz mangels Rechtsaktqualität nach dem engen juristischen Verständnis ausscheiden.[53] Zudem erscheint problematisch, dass Nudges nicht unbedingt – wie sonst für Anreize typisch – konkrete Folgen an ein Verhalten knüpfen.[54] Überwiegend werden Nudges jedoch als „sanfte" Anreize eingeordnet.[55] Im Rahmen der hiesigen Darstellung soll dem weiten Verständnis gefolgt werden. So erscheint eine Erfassung von Nudges jedenfalls aufgrund der mit Anreizen vergleichbaren Wirkung konsequent.[56] Denn dieser Beitrag soll diejenigen rechtlichen Möglichkeiten vollständig aufzeigen, die eine Anreizwirkung für Green Finance entfalten können.

### 3. Abgrenzung zu anderen Maßnahmen im Green-Finance-Kontext

Mangels Anreizwirkung bleiben einige Instrumente im Kontext von Green Finance für diese Darstellung jedoch außer Betracht. Zunächst sind für die vorliegende Betrachtung Informations- bzw. Kennzeichnungsregelungenvon Anlagen als „grüne Anlagen" nicht als Anreizsetzung zu verstehen. Dies gilt insbesondere für die einheitliche Klassifikation im Rahmen der Taxonomie-VO, deren Aufgabe die Schaffung einer *common language* ist.[57] Denn die Taxonomie-VO schafft mittels einer rechtlichen Definition des Begriffs „grün" ein praktisch handhabbares Verständnis von Nachhaltigkeit.[58] Es wird sich später zeigen, dass mögliche Anreizmechanismen von der Nachhaltigkeitsdefinition der Taxonomie-VO Gebrauch machen können. Im Kern verleiht die Definition von Nachhaltigkeit dem Gedanken Ausdruck, dass Finanzmarkttransparenz eine essenzielle Voraussetzung für den Aufbau eines gut funktionierenden nachhaltigen Finanzsystems darstellt.[59] So wird etwa Greenwashing entgegengewirkt. Anders könnte die Einordnung der Informationsbereitstellung dann ausfallen, wenn die Informationen im Sinne des Gesetzgebers verhaltensbeeinflussend präsentiert werden.[60] Dieser Gedankengang lässt sich auch auf Standards wie etwa einen EU-Green-Bond-Standard übertragen.[61] Auch die Offenlegungs-VO verpflichtet primär lediglich zur Transparenz bezüglich Nachhaltigkeit.[62] Letztlich sind auch die von der Benchmark-VO eingeführten nachhaltigen Referenzwerte keine Anreize im Sinne der hiesigen Betrachtung.[63] Diese dienen lediglich der Ver-

---

44 *Müller*/*Reinke*, BB 2021, 939.

45 *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2012, S. 1580 f.

46 Ebd., S. 1580; *Böker*, Nudge im Spiegel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2021, S. 77.

47 *Wolff*, Anreize im Recht, 2020, S. 7 f.

48 *Sacksofsky* (Fn. 46), S. 1579; in diese Richtung auch *Böker* (Fn. 47), S. 77.

49 Beispiel nach der Typologie von *Gerg*, Nudging, 2019, S. 64.

50 *Böker* (Fn. 47), S. 77.

51 *Hufen*, JuS 2020, 193, 193.

52 *Gerg* (Fn. 50), S. 22; vgl. *Thaler*/*Sunstein*, Nudge, 2009, S. 89 ff.; zu Problemen dieser Definition im rechtswissenschaftlichen Kontext *Böker* (Fn. 47), S. 54 ff.

53 *Wolff* (Fn. 48), S. 21 f.

54 Vgl. *Sacksofsky* (Fn. 46), S. 1580.

55 Wörtlich *Kirchhof*, ZRP 2015, 136; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, Recht und Innovation, 2016, S. 395; in diese Richtung auch bezüglich des Aktionsplans *Möslein*/*Mittwoch*, WM 2019, 481, 483.

56 So sogar *Wolff* (Fn. 48), S. 22.

57 BReg in BT-Drucks. 19/5240 v. 24.10.2018, S. 2.

58 *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 286; zur Abgrenzung von Informationen und Nudges *Böker* (Fn. 47), S. 81.

59 *Schmidt*/*Schmotz*, DB 2018, 1033, 1038; *Bueren*, WM 2020, 1611; *ders.*, WM 2020, 1659; *Brauneck*, WM 2019, 1530, 1531.

60 Abstrakt *Böker* (Fn. 47), S. 115; abweichend *Gerg* (Fn. 50), S. 61 f.

61 Vgl. auch *Lange*, BKR 2020, 261, 270; HLEG (Fn. 3), S. 30.

62 Dazu *Kirschhöfer*, WM 2021, 1624, 1624 f.

63 Zu dieser eingehend *Ipsen*/*Plappert*, WM 2022, 209 ff.

gleichbarkeit verschiedener Anlageobjekte.[64]

# C. Anreizsetzung durch Kapitalmarktregulierung

Die derzeitigen europäischen Regelungsinitiativen setzen insbesondere auch am Kapitalmarkt an.[65] Denn Kapitalmärkte können die Finanzierung des Übergangs zu einer nachhaltigen Wirtschaft als Katalysatoren wirksam beschleunigen.[66]

## I. Regulatorische Maßnahmen

Während ein Großteil der Initiativen mangels Anreizcharakter ausscheidet, gibt es dennoch Maßnahmen der Kapitalmarktregulierung, die Anreizwirkung für grüne Finanzinstrumente entfalten.

### 1. Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz bei der Anlageberatung

Eine Maßnahme der Kapitalmarktregulierung, die Anreize für grüne Finanzinstrumente schaffen könnte, ist die verpflichtende Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz bei der Anlageberatung.

#### a) Umsetzung durch Änderung der VO (EU) 2017/565

Bislang waren Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 10 WpHG (WpDU) bei der Finanzportfolioverwaltung und Anlageberatung i.S.d. § 2 Abs. 8 Nr. 7 bzw. 10 WpHG nach § 64 Abs. 3 WpHG verpflichtet, ihre potenziellen Kunden nach deren Anlageziel, Risikobereitschaft, finanziellen Verhältnissen, Kenntnissen sowie Erfahrungen zu befragen.[67] Ab 02.08.2022 sind WpDU nach Art. 54 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EU) 2017/565 nunmehr verpflichtet, den Anleger überdies nach seiner Nachhaltigkeitspräferenz zu befragen. Rechtsgrundlage ist die von der Kommission verabschiedete Delegierte Verordnung (EU) 2021/1253 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in bestimmte organisatorische Anforderungen und Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit von Wertpapierfirmen. Die auf Grundlage der Ermächtigung in Art. 89 MiFID II[68] beruhende Verordnung konkretisiert die Explorationspflicht im Rahmen der Geeignetheitsprüfung nach Art. 25 Abs. 2 MiFID II.[69] Diese wurde durch § 64 Abs. 3 WpHG im deutschen Recht umgesetzt. Art. 2 Nr. 7–9 VO (EU) 2017/565 in zukünftiger Fassung definieren den Inhalt der Nachhaltigkeitspräferenz durch Bezugnahme auf Taxonomie-VO und Offenlegungs-VO.[70]

#### b) Bewertung

Die verpflichtende Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz ist als Anreizsetzung zu verstehen. Denn hier wird das WpDU zum Nudging eingesetzt.[71] Durch die Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz macht dieser Nudge vom sozialen Druck auf den Anleger Gebrauch, das vermeintlich „Richtige“ zu tun.[72] Infolgedessen werden sich Anleger häufiger – unter Umständen auch gegen ihren tatsächlichen Willen – für die Integration von Nachhaltigkeit in ihre Anlagestrategie entscheiden. Unabhängig von der Frage, ob von der Verleitung von Kleinanlegern bei der Anlageberatung tatsächlich eine relevante Hebelwirkung auf Investitionen in grüne Finanzanlagen ausgehen wird, ist die Maßnahme auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive kritisch zu betrachten. Denn gegen die Zulässigkeit einer Beeinflussung in der Anlageentscheidung könnte ein (unverhältnismäßiger) Eingriff in die Grundrechte des Anlegers sprechen.[73] Das Nudging erweist sich als manipulativ gegenüber dem Anleger und bisweilen bevormundend, weil es diesem ein Konzept von der „richtigen“ Anlageentscheidung auferlegt.[74] So stellt die verpflichtende Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz einen Eingriff in die Privatautonomie des Anlegers dar, welche grundrechtlich von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird.[75] Mit Blick auf den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG bedarf dieser staatliche Paternalismus einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Insbesondere durch die inhaltliche Nähe der eigenverantwortlichen Verwendung der Eigentumspositionen zum Schutzbereich von Art. 14 GG sind an die Rechtfertigung des Nudgings hohe Anforderungen zu stellen.[76]

Vor diesem Hintergrund müssen zunächst die Folgen einer Investition in grüne Anlagen für den Kleinanleger betrachtet werden. Denn falls grüne Anlagen ohnehin auch im wirtschaftlichen Interesse des Anlegers stünden, wäre der Eingriff jedenfalls im Lichte des Art. 14 GG als weniger schwerwiegend einzuordnen. Hierfür ist auf die Renditeerwartung und das inhärente Risiko grüner Anlagen abzustellen. Zunächst stellt sich die Frage, ob grüne Anlagen per se rentabler sind als herkömmliche Finanzprodukte. Die Studien deuten auf einen schwach positiven Zusammenhang zwischen Nachhaltigkeit und Rendite hin.[77] Dies ist jedoch vor dem Hintergrund auftretender

---

64 HLEG (Fn. 3), S. 55.

65 Vgl. COM, Aktionsplan; *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 62.

66 COM, Strategie, S. 2; *De Haas*/*Popov*, ECB Research Bulletin No. 64, 2019, S. 4.

67 Im Detail *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Kommentar zum Wertpapierhandelsrecht[7], 2019, § 64 WpHG Rn. 27 ff.

68 Richtlinie 2014/65/EU.

69 Vgl. *Poelzig*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Kommentar zum HGB[4], 2020, §§ 63, 64 WpHG Rn. 22; *dies.*, in: Seibt/Buck-Heeb/Harnos (Hrsg.), BeckOK Wertpapierhandelsrecht[2], 2021, § 64 WpHG Rn. 4; *Spindler*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar[3], 2020, § 64 WpHG Rn. 147 ff.; *Rothenhöfer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar[5], 2020, § 64 WpHG Rn. 53.

70 Vgl. auch *Bueren*, WM 2020, 1659, 1661.

71 *Bueren*, ZGR 2019, 813, 870; *Röh*/*Scherber*, RdF 2020, 250, 251.

72 Zu diesem Typus des Nudgings *Gerg* (Fn. 50), S. 78 ff.

73 *Backmann*, in: Stapelfeldt et al. (Hrsg.), Greening Finance, 2018, S. 221, 229.

74 Vgl. *Böker* (Fn. 47), S. 72.

75 *Wolff* (Fn. 48), S. 213 ff.; *Gerg* (Fn. 50), S. 93; vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG[16], 2020, Art. 2 Rn. 22.

76 Abstrakt zur Nähe zum Schutzbereich *Böker* (Fn. 47), S. 114; vgl. *Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG[9], 2021, Art. 14 Rn. 22; zur Erfassung des Vermögens in Form der Zusammenfassung der einzelnen Vermögensgegenstände *ders.*, in: Sachs (Fn. 77), Art. 14 Rn. 38.

77 8] *Bueren*, ZGR 2019, 813, 823 m.w.N.; positiver *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 223 f.; zu keinem klaren Ergebnis kommend *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 682 f.; *Backmann* (Fn. 74), S. 221, 225; RBC,

Mess- sowie Definitionsprobleme des Begriffs „grün" nur eingeschränkt aussagekräftig.[78] Zudem gilt zu beachten, dass beispielsweise grüne Fonds oft mit hohen Verwaltungsgebühren verbunden sind, die zu einer Verschlechterung des Ergebnisses führen.[79] Diese Mehrkosten könnten die (möglicherweise) schwach erhöhte Renditeerwartung des Anlegers kompensieren, sodass im Hinblick auf die Renditeerwartung nach gegenwärtiger Datenlage höchstens unerhebliche Abweichungen von konventionellen Anlagen zu erwarten sind. Die erwartete Rendite muss jedoch immer im Verhältnis mit dem verbundenen Risiko beurteilt werden. Zwar besteht kein nachgewiesener Zusammenhang zwischen Unternehmensnachhaltigkeit und Risiko.[80] In jedem Fall weisen Anlagen, die in ein ausschließlich grünes Portfolio investieren – etwa in Form von grünen Fonds – aber ein sog. Klumpenrisiko auf.[81] Denn weil bestimmte Investitionsobjekte bei solchen Anlagen außer Betracht bleiben müssen, sinkt die Diversifikation des Anlageportfolios zwangsläufig.[82] In der Folge hat der individuelle Anleger eine geringere Risikostreuung, wodurch sich sein unternehmensspezifisches Risiko im Vergleich zur konventionellen Anlagestrategie erhöht.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz den Kleinanleger zu einer Anlagestrategie lenkt, die im Vergleich zur konventionellen Strategie schlechteren wirtschaftlichen Konditionen unterliegt. Dies ist bedenklich und findet in der geführten Diskussion in der Regel nur unzureichend Beachtung.[83] Verfassungsrechtlich rechtfertigend ist jedoch vorzubringen, dass das Nudging als indirekte Verhaltenssteuerung eine vergleichsweise geringe Eingriffsintensität aufweist.[84] Zudem lässt sich die Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz auf die Staatszielbestimmung nach Art. 20a GG stützen. Diese ist verfassungsrechtlich bindend und kann aufgrund der Schutzpflichtenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch als Staatsaufgabe bezeichnet werden.[85]

### 2. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Börsenrecht

Weiterhin kommt die Regulierung des organisierten Kapitalmarkts im Rahmen des Börsenrechts zur Anreizsetzung in Betracht.[86]

#### a) Integrationsmöglichkeiten

Zunächst könnte bereits die Zulassung an der Börse nach § 32 BörsG von gewissen Mindestanforderungen im Hinblick auf Nachhaltigkeit abhängig gemacht werden. Diese könnten im ersten Abschnitt der BörsZulV statuiert werden. Insofern könnte man sich an Section 303A Corporate Governance Standards der NYSE orientieren. Diese stellen zwar keine Anforderungen im Hinblick auf ökologische Nachhaltigkeit auf, verpflichten potenzielle Emittenten allerdings zur Einhaltung gewisser Corporate Governance Vorgaben. So müssen potenzielle Emittenten beispielsweise nach Section 303A.04 ein unabhängiges Corporate-Governance-Komitee eingerichtet haben. Daneben könnte Börsen im Rahmen ihrer Rechtssetzungskompetenz die Zulassung in ein Börsensegment nach § 42 Abs. 1 BörsG – etwa den „Prime Standard" i.S.d. §§ 51 ff. BörsO Frankfurter Wertpapierbörse – an bestimmte Nachhaltigkeitskriterien knüpfen.[87] Letztlich könnten solche auch zur Voraussetzung für die Indexaufnahme nach Ziff. 4.1.1.1 Leitfaden zu den Aktienindizes der Deutsche Börse AG werden.[88]

#### b) Bewertung

Einerseits entfalten die Anforderungen im Rahmen des Listings Anreizwirkung, da die Börse für Unternehmen eine Möglichkeit zur Aufnahme öffentlichen Kapitals darstellt. Daneben sind die Zulassung zu einem Börsensegment sowie die Indexaufnahme mit höherer Attraktivität insbesondere gegenüber internationalen Investoren verbunden.[89] Letztere bietet dem jeweiligen Emittenten folglich geringere Refinanzierungskosten.[90]

## II. Kritische Würdigung

Mit Blick auf die vorgestellten Maßnahmen stellt sich grundlegend die Frage, ob die Regulierung des Kapitalmarkts der richtige Ort für die Förderung von Nachhaltigkeitsbelangen ist. Betrachtet man die bisherige Regulierung lässt sich dies bezweifeln. Denn die tradierten Regelungsziele des Kapitalmarktrechts sind Funktions- sowie Anlegerschutz.[91] Neuerdings erkennen einige Autoren mit Verweis auf europäische Rechtsakte die Stabilität des Finanzsystems als zusätzliches Schutzziel an.[92] Man könnte erwägen, die Förderung grüner Anlagen aufgrund ihrer stabilisierenden Zielsetzung unter Letztgenanntes zu fassen.[93] Dies kann jedoch nicht überzeugen. Denn die Stabilität des Finanzsystems ist eng zu verstehen.[94] Im Gegensatz dazu zielt die Verfolgung des Nachhaltigkeitsziels auf eine ungleich breitere Stabilisierung, welche auf die gesamte Wirtschaftstätigkeit gerichtet ist.[95] Im Ergebnis weicht die Kommission seit dem Aktionsplan daher – unabhängig von der Anerkennung der Finanzsystemstabilität als Schutzziel – vom bisherigen Verständnis des Kapitalmarktrechts ab. Dieses verfolgt nunmehr zusätzlich eine dienende Funktion für die Realwirtschaft.[96] Mit anderen Worten wird die Kapitalmarktregulation als Mittel für die nachhaltige Transformation der

Does socially responsible investing hurt investment returns?, 2019, S. 16.

78 *Bueren*, ZGR 2019, 813, 823.

79 Ebd.; *Riedl*/*Smeets*, 72 J. Fin. (2017), 2505, 2519.

80 *Gramlich*/*Finster*, 83 J. Bus. Econ. (2013), 631, 661; vgl. *Kropf*, WM 2020, 1102, 1110.

81 Zu den ökonomischen Grundlagen, insbesondere der Portfoliotheorie *Lechnowitsch*, Klumpenrisiken im Gesellschafts- und Konzernrecht vor dem Hintergrund des Aufsichtsrecht, 2019, S. 38 ff.

82 So auch FDP-BT-Fraktion in BT-Drucks. 19/7478 v. 31.1.2019, S. 2; RBC (Fn. 78), S. 6.

83 Lediglich allgemein in diese Richtung *Backmann* (Fn. 74), S. 221, 229.

84 *Gerg* (Fn. 50), S. 104.

85 BVerfGE 128, 1; siehe auch *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 1, 4; im europarechtlichen Kontext ist zudem auf Artt. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2, 21 Abs. 2 lit. f) EUV hinzuweisen.

86 Siehe auch HLEG (Fn. 3), S. 79.

87 *Bueren*, ZGR 2019, 813, 844; vgl. *Steuer*, JuS 2018, 415, 418.

88 Ebd.

89 *Steuer*, JuS 2018, 415, 418.

90 *Bueren*, ZGR 2019, 813, 844.

91 *Hopt*, ZHR 141 (1977), 389, 431.

92 *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2019, S. 7.

93 Andeutend auch COM, Aktionsplan, S. 1.

94 *Möslein*/*Mittwoch*, WM 2019, 481, 487.

95 Ebd.

96 *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 688; *Bueren*, ZGR 2019, 813, 857.

Wirtschaft eingesetzt. Folglich wird die Regulierung des Kapitalmarkts erstmals auf eine exogene Schutzrichtung erweitert.[97]

Auf die Frage, ob es sich dabei um eine begrüßenswerte Entwicklung handelt, wird aufgrund von gewissen Parallelen zur Bankenregulierung an späterer Stelle einzugehen sein.

# D. Anreizsetzung durch Bankenregulierung

Banken kommt aufgrund ihrer Funktion als Finanzintermediäre, Risikokapitalgeber und Kapitalsammelstellen eine wichtige Rolle in der realwirtschaftlichen Transformation zu.[98] Insbesondere in der EU könnte die Regulierung von Banken in Bezug auf Nachhaltigkeit besonders wirkungsvoll sein. Dies rührt aus der Tatsache, dass Banken die bedeutendsten Kapitalgeber der europäischen Realwirtschaft sind.[99] Denn der europäische Kapitalmarkt bleibt bei der Finanzierung von Investments im internationalen Vergleich zurück.[100] Die besondere Stellung der EU-Banken bedeutet einmal, dass diese nach wie vor wichtige Kapitalgeber von Unternehmen mit schlechten Nachhaltigkeitsbilanzen sind (beispielsweise im Bereich fossile Energieträger).[101] Andererseits führt der hohe Einfluss der Banken auf die Unternehmensfinanzierung aber auch dazu, dass europäische Banken von Nachhaltigkeitsrisiken besonders betroffen sein werden.[102] Es drohen beispielsweise ausfallende Kredite oder Reputationsschäden. Infolgedessen könnten europäische Banken als „Brandbeschleuniger" Klimarisiken weiter erhöhen und verteilen.[103] Dieses Risiko wurde von den Verantwortlichen der EU erkannt.[104]

## I. Regulatorische Maßnahmen

Insbesondere zur Privilegierung von grünen Bankgeschäften ist eine Anreizsetzung im Wege bankregulatorischer Maßnahmen denkbar. So setzt etwa der Aktionsplan auch an dieser Stelle an. Vor allem werden Änderungen im Hinblick auf prudenzielle Aufsichtsvorschriften erwogen sowie die vermehrte Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken im Risikomanagement der Bank vorgesehen.[105]

### 1. Einführung eines „Green Supporting Factors"

Ein vieldiskutierter Vorschlag ist die Einführung eines sog. „Green Supporting Factors".[106]

#### a) Denkbare Ausgestaltung durch Änderung der CRR

§ 10 KWG i.V.m. Art. 92 CRR statuiert die Eigenmittelanforderungen an Kreditinstitute i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR. Gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 118 CRR wird als Eigenmittel das aufsichtsrechtlich geforderte Eigenkapital von Kreditinstituten bezeichnet, das sich aus Kern- und Ergänzungskapital zusammensetzt („Säule I" des Baseler Rahmenwerks). Durch die Einführung eines Green Supporting Factors könnte die Mindesthöhe der Eigenmittel bezüglich Kreditrisiken mittels eines prozentualen Abschlags für solche Aktiva reduziert werden, die Nachhaltigkeitskriterien erfüllen.[107] Diese Idee ist dem Bankaufsichtsrecht nicht fremd. Vielmehr existiert ein solcher Faktor nach Art. 501 CRR bereits für Kredite an kleine oder mittlere Unternehmen (KMU),[108] nach dem Risikopositionen mit dem Faktor 0,85 multipliziert werden dürfen.[109] Dadurch soll die Kreditvergabe an die mittelständische Realwirtschaft erleichtert werden.[110] Mit der VO (EU) 2019/876 zur Änderung der CRR[111] wurde unter anderem Art. 501c CRR eingeführt, der die EBA beauftragt, bis 2025 die Implementierung eines eben solchen Faktors zu prüfen. Zudem wurde ein Green Supporting Factor bereits in gewissem Umfang mit Einführung von Art. 501a CRR geschaffen.[112] Dieser privilegiert die Eigenmittelanforderungen von Instituten bei der Kreditvergabe für nachhaltige Infrastrukturinvestitionen. Voraussetzung dafür ist, dass das Kreditinstitut prüft und dokumentiert, inwieweit das Investitionsobjekt zur Verfolgung der Umweltschutzzielen nach Art. 501a Abs. 1 lit. o) CRR beiträgt.[113] Eine vergleichbare Ausgestaltung wäre auch für einen „universellen" Green Supporting Factor denkbar. Nunmehr könnte allerdings auf die Nachhaltigkeitsdefinition der Taxonomie-VO verwiesen werden.[114]

#### b) Bewertung

Die Anreizwirkung eines Green Supporting Factors resultiert daraus, dass die Kapitalkosten der Banken für nachhaltige Kredite sinken. In der Folge könnten solche Kredite mit einem Zinsabschlag vergeben werden, was zur Steigerung der wirtschaftlichen Attraktivität grüner Finanzierung führt.

Diesem Vorschlag steht insbesondere die Stabilität des Finanzsystems entgegen.[115] Denn das Telos der angemessenen aufsichtsrechtlichen Eigenmittelanforderungen besteht einerseits in der Risikobegrenzung, andererseits im

---

[97] *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 688; *Stumpp*, ZBB 2019, 71, 74, 80; *Bueren*, ZGR 2019, 813, 856; *Möslein*/*Mittwoch*, WM 2019, 481, 487.

[98] *Bopp*/*Weber*, Sustainable Finance, 2020, S. 15.

[99] *Möslein*/*Mittwoch*, WM 2019, 481, 486; EFFAS, Non-Bank Financing of European Non-Financial Firms, 2016, S. 5 f.

[100] *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 64; vergleichend mit China und USA *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 291.

[101] *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 76; Fair Finance Guide, Undermining Our Future, 2015, S. iv.

[102] COM, Aktionsplan, S. 11; *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 64; eingehend *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 9 ff.

[103] *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 77.

[104] European Systemic Risk Board, Too late, too sudden, 2016, S. 2.

[105] COM, Aktionsplan, S. 3, 11; *Bopp*/*Weber* (Fn. 99), S. 15.

[106] COM, Aktionsplan, S. 11; *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288.

[107] *Bopp*/*Weber* (Fn. 99), S. 74.

[108] Ebd.; *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 82.

[109] Zur Fassung vor CRR II *Dürselen*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zum KWG und CRR[5], 2016, Art. 501 CRR Rn. 1.

[110] *Blaß*, Gabler-Banklexikon: KMU-Faktor, abrufbar unter: https://www.gabler-banklexikon.de/definition/kmu-faktor-122860 (letzter Zugriff: 15.06.2022).

[111] Auch CRR II genannt.

[112] *Bueren*, WM 2020, 1659, 1661.

[113] Vgl. *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288.

[114] So auch EBA, Action Plan on Sustainable Finance, 2019, S. 10; *Bueren*, WM 2020, 1659, 1661.

[115] *Lanfermann*, BB 2019, 2219, 2222; *Löffler*, in: Stapelfeldt et al. (Hrsg.), Greening Finance, 2018, S. 45, 51;Dombret, Kreditwesen 2018, 330, 333 f.; *Bueren*, ZGR 2019, 813, 872; *Holle*, BaFin Perspektiven 02/2019, 11, 15; HLEG (Fn. 3), S. 68; FDP-BT-Fraktion in BT-Drucks. 19/7478 v. 31.1.2019, S. 2 f.; aus diesem Grund eher einem „Brown-Penalising-Factor" zugeneigt *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 65; ebenfalls kritisch BReg in BT-Drucks. 19/5240 v. 24.10.2018, S. 6; *Schmidt*/*Schmotz*, DB 2018, 1033, 1038.

Gläubigerschutz.[116] So waren die Verschärfung der Eigenmittelanforderungen durch die Basel-III-Empfehlungen auch gerade eine Reaktion des Gesetzgebers auf die Weltfinanzkrise ab 2007.[117] Würde man die Eigenmittelanforderungen bei der Vergabe nachhaltiger Kredite merklich privilegieren, ist nicht auszuschließen, dass dies zu Instabilitäten im Finanzsystem führen wird. Denn grüne Anlagen sind nicht automatisch sicherer als herkömmliche.[118] Insbesondere sind grüne Anlagen sogar zusätzlich mit Innovationsrisiken verbunden, die infolge überhöhter Bewertung neuer Technologien entstehen.[119] Weiterhin weichen die Ausgangsbedingungen des KMU-Faktors von den hiesigen deutlich ab. Dies liegt insbesondere am finanziellen Umfang, der in quantitativer Hinsicht zur Transformation der gesamten Wirtschaft in eine nachhaltigere benötigt wird. Bei Infrastrukturinvestitionen kann häufig immerhin das Investitionsobjekt dem Kreditinstitut als Sicherheit dienen. Letztlich bestehen zudem begründete Zweifel, dass die Einführung eines Green Supporting Factors tatsächlich eine erhebliche Wirkung auf die Transformation der Realwirtschaft entfalten könnte.[120]

## 2. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken im Risikomanagement

Alternativ könnten Anreize für Grüne Finanzierung auch dadurch geschaffen werden, dass Banken Nachhaltigkeitsrisiken vermehrt im Rahmen ihres Risikomanagements („Säule II“ des Baseler Rahmenwerks) berücksichtigen müssen.[121]

### a) Integrationsbemühungen

Die Anforderungen an das Risikomanagement der Banken werden in der MaRisk geregelt. Dabei handelt es sich um eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift i.S.d. § 25a Abs. 1 KWG.[122] Ausgehend von Erwägungsgrund 44 der CRD IV sollen die Aufsichtsbehörden sicherstellen, dass Kreditinstitute über eine ihren aktuellen und etwaigen künftigen Risiken angemessene Eigenmittelausstattung verfügen. Dafür ist das Risikomanagement prinzipienorientiert ausgestaltet worden.[123] Durch diese Ausgestaltung könnten auch nachhaltigkeitsbezogene Risiken ohne regulatorischen Anpassungsbedarf im Risikomanagement Berücksichtigung finden. Die BaFin hat begonnen, solche Risiken in ihrer Aufsicht zu berücksichtigen.[124] Das Merkblatt mit Empfehlungen zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken stellt im Gegensatz zur MaRisk[125] explizit keine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift i.S.d. § 25a Abs. 1 KWG dar.[126] Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich die Praxis dennoch nach diesen Empfehlungen richten wird.[127] Im Sinne des Merkblatts handelt es sich bei Nachhaltigkeitsrisiken technisch nicht um eine eigene Risikokategorie.[128] Banken müssen die „neuen“ Risikoquellen vielmehr bei der Kreditvergabe entsprechend als Teil des Markt-, Kredit- oder operationellen Risikos einordnen.[129] Im Kontext von Nachhaltigkeitsrisiken wird in der Regel zwischen physischen Risiken, Transitions- sowie Reputationsrisiken unterschieden.[130] Erstere ergeben sich unmittelbar aus klimatischen Veränderungen, beispielsweise durch Extremwetterereignisse.[131] Transitionsrisiken entstehen durch den Wandel hin zu einer nachhaltigen Wirtschaft;[132] etwa durch Aktiva, die eine Wertminderung erlitten haben, weil das bisherige Geschäftsmodell in Folge politischer Maßnahmen obsolet ist (sog. „Stranded Assets“).[133] Reputationsrisiken, die bislang in der Diskussion noch weniger Beachtung gefunden haben, bestehen insbesondere für Unternehmen mit einer schlechten Nachhaltigkeitsbilanz sowie deren Geschäftspartner.[134]

In neuen Änderungsvorschlägen der Kommission zur Bankenregulierung im Rahmen von CRR III findet sich die aufsichtsrechtliche Berücksichtigung von ESG-Faktoren.[135] Nach Artikel 449a im Entwurf der CRR III würden Institute verpflichtet werden, ESG-Risiken offenzulegen. Dies könnte ab 2025 Anwendung finden.

### b) Bewertung

Eine Anreizwirkung entfaltet die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken im Rahmen des Risikomanagements durch den Risikoaufschlag, den das Kreditinstitut in der Regel auf den Kunden abwälzt. Folglich werden Kreditnehmer versuchen, die eigenen Nachhaltigkeitsrisiken so weit wie möglich zu reduzieren, damit Kredite besseren Konditionen unterliegen.

Im Gegensatz zur Einführung eines Green Supporting Factors kann die Würdigung von nachhaltigkeitsbezogenen Risiken im Rahmen des Risikomanagements nur dazu führen, dass Kreditinstitute ihre Eigenmittel erhöhen müs-

---

[116] *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288; Sustainable Finance Beirat, Shifting the Trillions, 2021, S. 17; vgl. auch *Ostendorf*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zum KWG und CRR[5], 2016, Art. 92 CRR Rn. 1.

[117] 18] *Fischer*/*Boegl*, in: Schimansky et al. (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch[5], 2017, § 129 Rn. 5; vgl. *COM*(2015) 468 final, Abschn. 3.1.

[118] *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 68; siehe zum Risiko grüner Anlagen schon C. I. 1. b).

[119] *Dombret*, Kreditwesen 2018, 330, 333.

[120] *Bueren*, ZGR 2019, 813, 873.

[121] *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 683; HLEG (Fn. 3), S. 43, 67.

[122] *Krimphove*, BKR 2018, 1.

[123] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 11.

[124] BReg in BT-Drucks. 19/5240 v. 24.10.2018, S. 6; insofern kann auch auf Art. 76 CRD verwiesen werden.

[125] Mindestanforderungen an das Risikomanagement (BA).

[126] *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*. Kreditwesen 2020, 285, 288.

[127] *Kropf*, WM 2020, 1102, 1110; von einem „faktischen Zwang“ zur Umsetzung sprechen *Zipperle*/*Kuthe*, DB 2020, 438, 439.

[128] Kritisch *Caselli/Figueria*, in: Migliorelli et al. (Hrsg.), Sustainability and Financial Risks, 2018, S. 31, 44.

[129] BaFin, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken, 2019, S. 15; *Kropf*, WM 2020, 1102, 1111.; *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 11.

[130] BaFin (Fn. 130), S. 14; *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 7; im Sektorvergleich *Migliorelli,* in: Migliorelli et al. (Hrsg.), Sustainability and Financial Risks, 2018, S. 1, 18.

[131] *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288; *Bopp*/*Weber* (Fn. 99), S. 23; im Detail *Ezroj*, Carbon Risk and Green Finance, 2021, S. 69 ff.

[132] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 7.

[133] *Bueren*, ZGR 2019, 813, 823; *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 3, 53, *Dombret*, Kreditwesen 2018, 330, 331; *Weiand*/*Winter*/*Rojahn*, Kreditwesen 2020, 285, 288; insofern ist auch auf § 6 Abs. 2 KWG zu verweisen, vgl. *Bopp*/*Weber*, WpG 2020, 899, 901.

[134] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 9; eingehend zur Rolle der Reputation im Unternehmensrecht *Kumpan*, in: Bauer/Schuster (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Bankensektor, 2016, S. 323 ff.

[135] COM(2021) 664 final, S. 4 f., 35 f.

sen.[136] Mithin lässt sich die dort formulierte Kritik nicht übertragen. Ein weiterer Vorteil besteht in der Vermeidung einer pauschalierenden Lösung.[137] Denn im Rahmen des Risikomanagements wird auf die Risiken des konkreten kreditsuchenden Unternehmens geschaut und diese werden individuell bewertet. Zudem wird sich eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken zumindest langfristig auch wirtschaftlich für die Kreditinstitute auszahlen.[138]

Jedoch wird auch Kritik am Verweis auf das Risikomanagement der Banken laut. Denn obwohl die Folgen von Nachhaltigkeitsrisiken für Kreditinstitute bereits heute sichtbar sind,[139] berücksichtigen Kreditinstitute diese im Risikomanagement bislang nur unzureichend.[140] Auf die zugrundliegenden Ursachen wird nachfolgend eingegangen.

### II. Kritische Würdigung

Die Umwelt unterliegt als *common good* der *tragedy of the commons*.[141] Nach der ökonomischen Theorie bedarf es in diesen Fällen Ausgleichsmechanismen, da andernfalls die Maximierung des gesellschaftlichen Gesamtnutzens nicht erreicht werden kann.[142] Die Externalitäten[143] müssen folglich internalisiert oder, mit anderen Worten, eingepreist werden.[144] Zur Internalisierung von klimaschädlichem Verhalten könnte die Regulierung der Finanzmärkte mit den vorgestellten Maßnahmen ein denkbarer Weg sein.[145]

Generell erscheint die Bankenregulierung zur Anreizsetzung aber nur bedingt geeignet. Denn damit der Marktmechanismus funktioniert, müssten solche Risiken verlässlich eingepreist sein. Beim Klimawandel treffen allerdings einige Faktoren zusammen, die die Einpreisung im Rahmen eines zuverlässigen Ausgleichsmechanismus erschweren. Zunächst haben die Auswirkungen des Klimawandels eine globale Dimension und lassen sich folglich nur schwierig abgrenzen.[146] Es bestehen weiterhin erhebliche Unsicherheiten bezüglich der Wahrscheinlichkeit, dem zeitlichen Eintritt und der Höhe von klimabedingten Schäden.[147] Durch das Fehlen solcher verlässlicher Risikokalkulationen fehlt es an einer Datengrundlage für Banken, ihr Kapital aus klimaschädlichen Investitionen abzuziehen.[148] Insofern liegt ein Marktversagen vor, das sich auf diesem Weg nur schwierig lösen lässt.[149]

Vielmehr ist zudem davor zu warnen, das aufsichtsrechtliche Mandat i.S.d. §§ 6–6b KWG leichtfertig durch die Einbeziehung unpräziser Faktoren zu verwässern.[150] Die Finanzmarktregulierung muss sich an messbaren Risiken orientieren, andernfalls drohen Zielkonflikte sowie unerwünschte Nebenwirkungen bezüglich der Finanzmarktstabilität.[151] Dieser Gedankengang gilt ebenso für Maßnahmen im Rahmen der Kapitalmarktregulierung. An dieser Stelle ist auch darauf hinzuweisen, dass es bislang in den Aufsichtsbehörden ohnehin an der nötigen Expertise zur Bewertung von Nachhaltigkeitsrisiken im Rahmen von Green Finance mangelt.[152] Der regulatorische Ansatz, den Finanzmarkt für die nachhaltige Transformation in die Pflicht zu nehmen, scheint vor diesem Hintergrund insbesondere von politischen Opportunitäten geprägt.[153] Deshalb ist nach alternativen (rechts-)politischen Möglichkeiten zur Anreizsetzung zu suchen. So können physische Risiken durch konsequente politische Maßnahmen und transitorische Risiken durch Transparenz in der klimapolitischen Planung reduziert werden.[154] Die Förderung grüner Anlagen ist durch staatliche Subventionen oder steuerlichen Begünstigung denkbar.[155] Wollte man Nachhaltigkeit im gesamten Wirtschaftssystem konsequent integrieren, sind zudem bilanzrechtliche Anpassungen denkbar. Solche könnten über die bisherigen Pflichten zur nicht-finanziellen CSR[156]-Berichterstattung nach §§ 289b ff., 315b ff. HGB hinausgehen[157] und sich auch in der finanziellen Berichterstattung niederschlagen.[158] Dabei muss jedoch immer im Auge behalten werden, dass der Weg zu einer nachhaltigen Wirtschaft nicht mit zu hoher Geschwindigkeit verfolgt werden darf. Andernfalls drohen transitorische Effekte, die das Finanzsystem und die gesamte Wirtschaft destabilisieren können.[159]

## E. Ergebnis in Thesen

1. Um die Klimaziele zu erreichen, bedarf es privater Investitionen in nachhaltige Anlagen. Zur Anreizsetzung für Green Finance nimmt die Europäische Kommission daher insbesondere Maßnahmen in den Blick, die auf die Regulierung des Finanzmarkts zielen.

---

[136] BReg in BT-Drucks. 19/5240 v. 24.10.2018, S. 6.
[137] *Bueren*, ZGR 2019, 813, 873.
[138] *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, 2017, S. 363.
[139] COM, Strategie, S. 14.
[140] BlackRock/FMA, Interim Study, 2020, S. 130 ff.
[141] Charakteristisch für *common goods* ist, dass die Nutzung eines Gutes nicht mit persönlichen Kosten verbunden ist, sondern Kosten von anderen bzw. der Gemeinschaft getragen werden, nach *Hardin*, 162 Science (1968), 1244.
[142] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 6.
[143] Externalitäten oder externe Effekte beeinflussen Dritte, ohne dass dieser Einfluss sich im Marktpreis widerspiegelt, nach *Pigou*, The Economic of Welfare, 1929.
[144] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 6; *Goulard*, ifo Schnelldienst 10/2020, 15, 15.
[145] *Müller-Debus*/*Barrett*, in: Stapelfeldt et al. (Hrsg.), Greening Finance, 2018, S. 31, 39.
[146] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 6.
[147] *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 63; *Bopp*/*Weber* (Fn. 99), S. 18; *Caselli/Figueria*, (Fn. 129), S. 31, 43 ff.
[148] *Cullen*, 20 Came. Yearbook Europ. L. Stud. (2018), 61, 63.
[149] *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 40; *Migliorelli* (Fn. 131), S. 1, 27; kritisch *Caselli/Figueria* (Fn. 129), S. 31, 53.
[150] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 13 f., *ders.*, Kreditwesen 2018, 330, 333, vgl. *Böcking*/*Bundle*, in: Hopt et al. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen[2], 2020, § 2 Rn. 50.
[151] *Dombret*, Kreditwesen 2018, 330, 333; Nachhaltigkeitsrisiken haben aber auch unmittelbar einen Einfluss auf die Finanzsystemstabilität *Migliorelli*/*Ciampoli*/*Dessertine,* in: Migliorelli et al. (Hrsg.), Sustainability and Financial Risks, 2018, S. 119, 137.
[152] *Köndgen* (Fn. 16), S. 671, 697; in diese Richtung auch ESMA, Strategy on Sustainable Finance, 2020, Abschn. 6 Ziff. 19; ähnlich *Dornseifer*, RdF 2021, 161.
[153] *Schäfer*, FAZ v. 20.04.2019, S. 27.
[154] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 8.
[155] HLEG (Fn. 3), S. 11; offen gegenüber letzteren *Dombret*, Kreditwesen 2018, 330, 334.
[156] „Corporate Social Responsibility".
[157] Eingehend *Hommelhoff*, in: FS Kübler, S. 291, 294 ff.; kritisch dazu *Hennrichs*, ZGR 2018, 206, 228 ff.
[158] Argumente dafür liefern *Böhm*, EuZW 2018, 307; Sustainable Finance Beirat (Fn. 117), S. 17; HLEG, (Fn. 3), S. 56 ff.; offen gegenüber Änderungen auch COM, Strategie, S. 14; denkbare Konzepte werden vorgestellt von *Rambaud*/*Chenet*, How to Re-Conceptualize and Re-Integrate Climate Finance Into Society Through Ecological Accounting?, 2020; *Schoenmaker/Schramade* (Fn. 5), S. 157 ff.
[159] *Dombret* (Fn. 2), S. 5, 7; *ders*., Kreditwesen 2018, 330, 331 f.

2. Die Berücksichtigung eines exogenen Faktors in der Kapitalmarktregulierung weicht vom bisherigen Verständnis des Kapitalmarktrechts ab. Die verpflichtende Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenz eines Anlegers bei der Anlageberatung nach Art. 54 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EU) 2017/565 zukünftige Fassung ist im Hinblick auf den Eingriff in die Privatautonomie des Anlegers durch das gezielte Nudging eher kritisch zu beurteilen. Eine interessante Möglichkeit zur Anreizsetzung stellt die Einbeziehung von Nachhaltigkeitskriterien in börsenrechtliche Anforderungen dar.

3. Werden nachhaltigkeitsbezogene Kriterien in die Bankenregulierung einbezogen, darf dies nicht zulasten der Finanzsystemstabilität gehen. Die Einführung eines Green Supporting Factors ist aus diesem Grund abzulehnen. Hingegen ist die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken im Risikomanagement der Banken erforderlich, um Risikopositionen angemessen zu bewerten. Vor dem Hintergrund, dass hierfür präzise Risikokalkulationen erforderlich sind, ist die Implementierung im Risikomanagement jedoch mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.

Cora Pfeiffer*

# Zertifizierung grüner Anlagen – zwischen Staat und Privaten

## A. Einleitung

Der Klimawandel stellt unsere Gesellschaft und Wirtschaft unter hohen Anpassungsdruck. Umfangreiche Investitionen sind notwendig, um etablierte Geschäftsmodelle emissionsärmer zu gestalten; Anbieter „grüner" Lösungen erwarten große Erfolge.[1] Insoweit überrascht es nicht, dass sich die Summe nachhaltiger Geldanlagen in Deutschland rasant vergrößert.[2] Die Motivationen für Investitionen in ökologisch nachhaltige Finanzanlagen sind dabei verschieden und streitbar: Während teilweise von einer Überrendite nachhaltiger Finanzanlagen ausgegangen wird,[3] investieren unter der Hypothese einer Unterrendite nachhaltiger Finanzanlagen[4] nur verantwortliche[5] Anleger.[6] Gemein ist allen Ansätzen, dass sie auf zutreffende Einschätzungen der Nachhaltigkeit von Finanzanlagen angewiesen sind. Verhindert werden muss insbesondere, dass Finanzprodukte trotz prekärer Umwelt- und Klimaleistung als „grün" oder „nachhaltig" ausgewiesen werden (*Greenwashing*[7]).

Für Investmentfonds, in denen Ende 2020 knapp ein Drittel der Summe nachhaltiger Geldanlagen in Deutschland verwaltet wurde, haben sich daher eine Reihe grüner Gütesiegel („Labels") herausgebildet. Sie zertifizieren nachhaltige Fonds und vereinen damit zwei herausfordernde Aufgaben in sich: Zum einen sollen sie die zwischen Fonds und Investor bestehende Informationsasymmetrie hinsichtlich der Nachhaltigkeitsleistung des Fonds reduzieren. Als sogenannter Informationsintermediär sind sie mithin nur dann implementierungswürdig, wenn sie ein glaubwürdiges Nachhaltigkeitsurteil abgeben können. Zum anderen ergeben sich Herausforderungen spezifisch der *nachhaltigkeitsbezogenen* Informationsintermediation daraus, dass der vielschichtige Nachhaltigkeitsbegriff in subsumtionsfähigen Kriterien operationalisiert werden muss. Bei der Erarbeitung eines nachhaltigkeitsbezogenen Anforderungsprofils an Fondsportfolios muss Ökonomik und Anreizstruktur von grünen Finanzanlagen Rechnung getragen werden.

Aus diesen Herausforderungen ergeben sich Spannungsverhältnisse und Risiken im Wirkbereich nachhaltigkeitsbezogener Informationsintermediäre, derer sich auch die Europäische Union (EU) regulatorisch angenommen hat. In der Taxonomie-VO[8] hat sie eine äußerst detaillierte Konkretisierung ihres Nachhaltigkeitsverständnisses erarbeitet. Auf Basis der Taxonomie-VO entwickelt die EU außerdem ihr eigenes Gütesiegel für Fonds – das *EU Ecolabel (EUEL)* für Finanzprodukte. Ihr Regulierungsansatz ist dabei insoweit besonders, als sie es nicht etwa unternommen hat, bestehenden Gütesiegeln Verhaltenspflichten *aufzuerlegen*. Vielmehr wählt sie mit Bezug auf Gütesiegel für grüne Fonds den Weg, sich mit eigenen Initiativen in gewisser Weise *neben* die bestehenden Zertifizierungsmechanismen zu stellen.

Damit ist die Frage aufgeworfen, wie sich die geschaffene Koexistenz von staatlichen und privaten Zertifizierungs-Initiativen auf die Funktionalität des Gesamtgefüges an Gütesiegeln auswirkt. Ihrer Beantwortung widmet sich dieser Beitrag. Dazu werden zunächst die ökonomischen Grundlagen von Informationsintermediären mit Nachhaltigkeitsbezug in Kapitalüberlassungsverträgen herausgearbeitet (B.) und das Konzept der Zertifizierung grüner Fonds erläutert (C.), um das gegenwärtige Gefüge staatlicher und privater Gütesiegel dann unter funktionalem Zugriff zu analysieren (D.). Die Forschungsschwerpunkte dieses Beitrags liegen mithin in der Herausbildung relevanter Maßstäbe für die Funktionalität von Gütesiegeln, der Charakterisierung und Konturierung staatlicher und privater Gütesiegel und der Bewertung der Funktionalität des Gefüges an staatlichen und privaten Gütesiegeln.

## B. Ökonomische Grundlagen: Labels mit Nachhaltigkeitsbezug in Kapitalüberlassungsverträgen

In einer ökonomischen Betrachtung soll zunächst die Funktion von Gütesiegeln[9] in Kapitalüberlassungsverträgen herausgearbeitet werden. Damit wird zugleich der Maßstab für die Analyse der gegenwärtigen Zertifizierungs-Aktivitäten vorgezeichnet.

### I. Nachhaltige Finanzanlagen: Problemanalyse nach der Neuen Institutionenökonomik

Während die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts begründete traditionelle neoklassische Theorie von Informationseffizienz auf dem Kapitalmarkt ausging, werden diese restriktiven Prämissen in der Neuen Institutionenökonomik auf Basis von *Coase*[10] modifiziert und in weiten Teilen

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine überarbeitete Fassung ihrer Seminararbeit dar.

1 Vgl. *Dombret*, in: Stapelfeldt/Granzow/Kopp (Hrsg.), Greening Finance: Die Rolle der Finanzwirtschaft im Übergang zu mehr Nachhaltigkeit, 2018, S. 5.

2 Nach dem *Forum Nachhaltige Gedanken (FNG)* vom Jahr 2019 auf 2020 mit einer Wachstumsrate von 25% auf insgesamt 335,3 Milliarden Euro, abrufbar unter https://www.forum-ng.org/fileadmin/News/FNG-Marktbericht-2021.pdf [zuletzt abgerufen am 20.5.2022].

3 Siehe etwa *Clark/Feiner/Viehs,* From the Stockholder to the Stakeholder: How Sustainability Can Drive Financial Outperformance (März 2015), abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2574360_code1448551.pdf?abstractid=2508281&mirid=1 [zuletzt abgerufen am 20.5.2022].

4 *Hartzmark/Sussman*, ECGI Working Paper in Finance Nr. 565/2018.

5 Zur konzeptionellen Weiterung des *homo oeconomicus* in den *Economics of Giving* siehe *Kolm*, in: Kolm/Ythier, (Hrsg.), Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity, Band I, 2006, S. 1-121.

6 Allgemein zum „Tropfen wirtschaftsethischen Öls für die Finanzwirtschaft" *Köndgen*, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 677 ff.

7 *Eberius*, WM 2019, 2143, 2145.

8 Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. L 198, S. 13.

9 Die Begriffe „Gütesiegel", „Label" und „Zertifizierung" werden in dieser Arbeit synonym verwendet.

10 *Coase*, 4. Economica (1937), 386.

abgelöst.[11] Sie geht davon aus, dass Informationen nur unvollständig vorliegen (unvollkommener Kapitalmarkt).[12] So berücksichtigt sie die Kosten von Informationsbeschaffung, -verarbeitung und -distribution, welche die Transaktionskosten[13] erhöhen.[14] Aus dem unvollkommenen Kapitalmarkt und den Transaktions- bzw. Informationskosten ergeben sich Informationsasymmetrien.[15] Besonders groß sind diese Informationsasymmetrien bei solchen Gütern, bei denen die zugesicherten Qualitätseigenschaften vom Erwerber nicht oder nur eingeschränkt überprüft werden können.[16] Auch als nachhaltig ausgewiesene Finanzprodukte werden unter diese sogenannten Vertrauensgüter subsumiert.[17]

Die Grundprobleme dieser Informationsasymmetrie werden in der Prinzipal-Agenten-Theorie abgebildet: Sie befasst sich mit der Bewältigung von kontraktbezogenen Problemstellungen zwischen einem Auftraggeber (Prinzipal – im vorliegenden Fall dem Investor), und einem Auftragnehmer (Agent – im vorliegenden Falle dem Fondsmanager) bei asymmetrischer Informationsverteilung.[18] Bei als grün ausgewiesenen Fonds sorgen *hidden characteristics*[19] und *hidden information*[20] dafür, dass die tatsächliche Nachhaltigkeit von Fonds vor Vertragsschluss nicht richtig eingeschätzt werden kann. Somit könnte es aus Sicht der Investoren im Vergleich zur wahren Umwelt- und Klimaleistung der Fonds zu einer Fehlauswahl (*adverse selection*[21]) kommen.[22] Nach Vertragsschluss besteht das Problem der *hidden intention*[23] und *hidden actions*[24]. Diese Handlungsspielräume sind dem Fondsmanagement bewusst, weshalb jede Vertragsbeziehung mit Nachhaltigkeitskriterien unter einen Opportunismusvorbehalt gestellt werden muss (*moral hazard*[25]).

### II. Labels als Informationsintermediäre mit Nachhaltigkeitsbezug

Eine Gegenmaßnahme zur Milderung dieser Agenturprobleme liegt darin, die Informationsasymmetrie zwischen Prinzipal und Agent zu reduzieren.[26] Der Investor kann vor Vertragsschluss versuchen, sich ein genaueres Bild des Fonds und Fondsmanagements zu verschaffen.[27] Nach Vertragsschluss könnte er grundsätzlich versuchen, das Fondsmanagement regelmäßig zu überwachen.[28] Diese Maßnahmen wären für den Investor jedoch mit hohen Transaktionskosten verbunden. Andererseits hat auch der Fondsmanager ein Interesse an der Reduzierung der Informationsasymmetrie. Denn Investoren berechnen das Risiko von *adverse selection* und *moral hazard* in den Erwartungswert monetärer Rückflüsse ihrer Investition ein; das Fondsmanagement muss also einen Risikozuschlag bezahlen.[29]

Somit können Labels zu einer Reduzierung der Kosten beider Parteien führen: Kann das Fondsmanagement durch eine Zertifizierung glaubhaft die Nachhaltigkeitsleistung seines Fonds signalisieren, reduzieren sich sowohl die Transaktionskosten der Investoren als auch der vom Fondsmanagement zu bezahlende Risikoaufschlag. Insoweit fungieren Labels als Informationsintermediäre[30].

### III. Schlussfolgerungen für die Zertifizierung grüner Finanzanlagen

Daraus ergibt sich die Implementierungswürdigkeit von Informationsintermediation bei nachhaltigkeitsbezogenen Kapitalüberlassungsverträgen: Das Kernargument für die Einschaltung von Informationsintermediären liegt in einem relativen Kostenvorteil, bei dem die anfallenden Informationskosten der Vertragspartner gesenkt werden. Dieser relative Kostenvorteil ist als Maxime für die Analyse und Bewertung der Zertifizierungs-Aktivitäten (D.) zu erinnern.

## C. Konzept: Zertifizierung grüner Fonds

Bevor die einzelnen Labels näher analysiert werden, soll das Konzept der Zertifizierung grüner Fonds vorbereitend erläutert und eingeordnet werden.

### I. Labels im Geflecht der Kennzeichnungen grüner Finanzanlagen

Dazu sind Labels für grüne Fonds zunächst von anderen Kennzeichnungsmechanismen – *Green Bond Standards*, Nachhaltigkeitsratingagenturen und Nachhaltigkeitsindizes – abzugrenzen.

Ein erstes Unterscheidungsmerkmal liegt im Zertifizierungsgegenstand: Während Labels an Fonds[31] vergeben

---

[11] *Oberdörster*, in: Krahnen/Stehle (Hrsg.), Empirische Finanzmarktforschung, 2009, S. 9.
[12] Vgl. *Paarz*, Einfluss der Rechnungslegung auf Finanzanalysten: Eine empirische Analyse von Prognosegenauigkeit und Bewertungsverfahren von Finanzanalysten in Deutschland, 2011, S. 8.
[13] Grundlegend *Coase* (Fn. 11), 386.
[14] *Paarz* (Fn. 13), S. 19.
[15] Vgl. *Fülbier*, Regulierung der Ad-hoc-Publizität: Ein Beitrag zur ökonomischen Analyse des Rechts, 1998, S. 118-121.
[16] Allgemein dazu *Schäfer/Ott*, Analyse des Zivilrechts[6. Auflage], 2020, S. 542.
[17] *Bueren*, ZGR 2019, 813, 858.
[18] *Berg*, Legitimation durch Informationsintermediäre mit Nachhaltigkeitsbezug: Eine institutionentheoretische Analyse und empirische Kapitalmarktuntersuchung, 2018, S 69.
[19] Die versteckten Eigenschaften des Fondsmanagers hinsichtlich grüner Fondsleistungen, vgl. *Heinke*, Bonitätsrisiko und Credit Rating festverzinslicher Wertpapiere, 1998, S. 194 f.
[20] Das verborgene Wissen des Fondsmanagers, siehe *Arrow*, in: The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st Session, Band 1, 1969, S. 39.
[21] Vgl. *Stiglitz*, 92. American Economic Review (2002), S. 472.
[22] Vgl. *Oberdörster* (Fn. 12), S. 12.
[23] Den verborgenen Absichten des Managements, siehe *Arrow* (Fn. 21), S. 39.
[24] Die dann Ausdruck der *hidden intentions* sind, siehe *Arrow* (Fn. 21), S. 39.
[25] Vgl. *Jost*, in: Jost (Hrsg.), Die Principal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, 2000, S. 26.
[26] Vgl. *Göbel*, Neue Institutionenökonomik – Konzeption und betriebswirtschaftliche Anwendungen, 2002, S. 110.
[27] Sog. *Screening*, grundlegend *Rothschild/Stiglitz*, 90. Quaterly Journal of Economics (1976), 629.
[28] *Jensen/Meckling*, 3. Journal of Financial Economics (1976), 305, 308.
[29] Vgl. *Lindemann*, Rechnungslegung und Kapitalmarkt – Eine theoretische und empirische Analyse, 2004, S. 11.
[30] Ausführlich zum Begriff *Leyens*, Informationsintermediäre des Kapitalmarkts, 2017, S. 11 ff.
[31] Genauer zu den einbezogenen Fonds unten C.II.3.

werden, betreffen *Green Bond Standards*[32] „grüne" Fremdkapitalinstrumente. Nachhaltigkeitsratingagenturen[33] dagegen arbeiten von vornherein nicht produkt-, sondern emittentenbezogen und bewerten die Nachhaltigkeit von Unternehmen.[34]

Außerdem ist ein Charakteristikum von Nachhaltigkeitsratings, dass die Anbieter ihre Nachhaltigkeitsratings auf eigene Rechnung erstellen und sie im Anschluss entgeltlich an die Anleger veräußern (*investor pays*-Modell[35]). Die Ratings werden also ohne Anstoß durch die Emittenten als sogenannte *unsolicited ratings* erstellt.[36] Demgegenüber erfolgt das Nachhaltigkeitsurteil der Labels nur auf Bewerbung seitens des Fondsmanagers (sog. *solicited* Labels[37]). Für den Überprüfungs- und Vergabeprozess verlangen die Siegelvergabeorganisationen außerdem eine Gebühr von dem Bewerber (sog. *issuer pays*-Modell[38]). Insoweit handelt es sich bei den Gütesiegeln um Zertifizierung *im engeren Sinne*.

Nachhaltigkeitsindizes schließlich unterscheiden sich funktionell von Labels dadurch, dass sie von institutionellen Investoren lizenziert werden, um darauf aufbauende Fonds zu entwickeln.[39] Demgegenüber treffen Labels ein der Portfoliozusammenstellung zeitlich nachgelagertes, binäres Nachhaltigkeitsurteil.

| **Emittentenbezogen** | **Produktbezogen** | |
|---|---|---|
| Nachhaltigkeitsratings, z.B.: | **Produkte ohne Portfoliocharakter** | **Produkte mit Portfoliocharakter (Fonds)** |
| • Vigeo Eiris | Green Bond Standards, z.B.: | Beruhen auf Nachhaltigkeitsindizes (allgemein), z.B.: |
| • Sustainalytics | • GBP (ICMA) | • EURO STOXX 50 ESG |
| • ISS | • CBI | • MSCI Europe ESG Enhanced |
| • MSCI | • EU GBS | • ... |
| • ... | • ... | Gütesiegel, z.B.: |
| | | • LuxFlag Climate Finance |
| | | • FNG |
| | | • Greenfin |
| | | • EUEL |
| | | • ... |

Quelle: Eigene Darstellung

## II. Staatliche und private Initiativen zur Zertifizierung grüner Fonds

Die aktuell im europäischen Raum verbreiteten Gütesiegel für Fonds werden teilweise in solche, die ausschließlich „grüne" Aspekte in den Blick nehmen, und solche, die sich umfassender auf ESG[40] -Aspekte beziehen, unterteilt.[41] Der vorliegende Beitrag untersucht die Labels ausschließlich darauf, wie sie die *ökologischen* Nachhaltigkeitsleistungen der Fonds bewerten. „Nachhaltigkeit" im Sinne dieses Beitrags ist mithin als *ökologische* Nachhaltigkeit zu verstehen. Allerdings werden für die Untersuchung auch die allgemein ESG-orientierten Labels betrachtet: Zum einen haben auch sie Methoden zur Bewertung des „E" entwickelt und zum anderen können reine „E-Labels" und ESG-Labels nicht trennscharf abgegrenzt werden.

Die Initiativen zur Siegelvergabe an grüne Fonds lassen sich in staatliche und private unterteilen. An staatlichen Labels des europäischen Raums sind aktuell das österreichische *Umweltzeichen*, die französischen Labels *Greenfin* und *ISR* sowie der *Nordic Swan* der nordischen Staaten zu nennen. Außerdem arbeitet die EU aktuell daran, ihr *EUEL*, das es bereits für eine Vielzahl anderer Produktgruppen gibt, auf Finanzprodukte auszuweiten. Staatlich sind diese Initiativen insoweit, als sowohl ihre Anforderungen an zertifizierungswürdige Produkte als auch das Zertifizierungsverfahren zumindest im Kern gesetzlich geregelt sind.[42]

An privaten Labels verbreitet sind die beiden Labels der *Luxembourg Finance Labelling Agency* (*LuxFlag*), das Siegel des *Forum Nachhaltige Geldanlagen* (*FNG*), sowie das belgische, von der *Central Labelling Agency* (*CLA*) vergebene *Towards Sustainability*-Label. Sie sind insoweit privat, als ihre Vergabe durch unabhängige, privatrechtliche non-profit Personenvereinigungen geregelt und vorgenommen wird und ihre (Organ-)Mitglieder aus Vertretern von Industrie und Gesellschaft bestehen.[43]

Die genannten Gütesiegel zertifizieren vor allem OGAW-Fonds[44].[45] Teilweise vergeben die Initiativen ihre Labels auch an AIFMD-konforme Fonds[46].[47]

## III. Grundstruktur der Regelwerke grüner Labels

Die Regelwerke der Labels lassen eine allen gemeine, dreigliedrige Grundstruktur erkennen: Sie verhalten sich zunächst dazu, welcher Nachhaltigkeitsbegriff der Beurteilung durch das Label zugrunde liegt (i). Auf diesem Nachhaltigkeitsbegriff aufbauend stellen sie dann materielle Anforderungen an die Portfoliozusammensetzung (ii). Letztlich enthalten alle Regelwerke noch prozedurale Bestimmungen zum Zertifizierungsverfahren (iii).

---

[32] Verbreitet sind vor allem die *Green Bond Principles* der *International Capital Markts Association (ICMA)* sowieder Standard der *Climate Bonds Initiative*. Die EU arbeitet derzeit an einem *European Green Bond Standard* (*EU GBS*), siehe COM (2021) 391 final; dazu *Veil*, WM 2020, 1093.

[33] Unter ihnen finden sich auch konventionelle Finanzdienstleister, etwa *Vigeo Eiris* oder *MSCI*.

[34] Monographisch vertieft in *Stumpp*, Nachhaltigkeitsratingagenturen: Haftung und Regulierung, 2021.

[35] *Stumpp* (Fn. 35), S. 29.

[36] *Berg* (Fn. 19), S. 137.

[37] Vgl. *Berg* (Fn. 19), S. 137.

[38] Vgl. *Stumpp* (Fn. 35), S. 29.

[39] Ein aktueller legislativer Vorstoß zum Schutz der Integrität von Nachhaltigkeitsindizes liegt in einer Erweiterung der Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, ABl. EU L 171, S. 1(Benchmark-VO).

[40] Environmental, Social, Governance.

[41] Allgemein zu den Begrifflichkeiten *Köndgen* (Fn. 7), S. 672 f.

[42] Zur Regelungstechnik siehe D.

[43] Exemplarisch zählen zu den rund 200 *FNG*-Mitgliedern etwa Banken, Kapitalanlagegesellschaften, wissenschaftliche Institutionen und NGOs und das *Towards Sustainability Label* wurde vom Verband des belgischen Finanzsektors, *Febelfin*, gegründet.

[44] Nach der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, ABl. L 302, S. 32.

[45] *Megaeva/Engelen/Van Liedekerke,* A Comparative Study of European Sustainable Finance Labels (Januar 2021), abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3790435_code451835.pdf?abstractid=3790435&mirid=1 [zuletzt abgerufen am 20.5.2022], S. 26.

[46] Deren Verwaltung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. 174 S. 1, unterfällt.

[47] *Megaeva/Engelen/Van Liedekerke* (Fn. 46), S. 26.

# D. Analyse: Funktionalität des gegenwärtigen Gefüges staatlicher und privater Zertifizierungen

Das gegenwärtige Gefüge staatlicher und privater Zertifizierungs-Aktivität soll nun vor dem Hintergrund der skizzierten Funktion von Labels als Informationsintermediäre analysiert werden. Die Analyse folgt dabei der dreigliedrigen Grundstruktur von Labels und beschäftigt sich mit der Operationalisierung des Nachhaltigkeitsbegriffs (dazu I.), den materiellen Anforderungen an die Portfoliozusammensetzung (dazu II.) und dem Zertifizierungsverfahren (dazu III.). Für jeden dieser Bausteine werden dabei zunächst die gegenwärtig von den Labels gewählten Regelungen konturiert und charakterisiert (jeweils 1.), bevor dieser Befund dann einer kritischen Würdigung unterzogen wird (jeweils 2.).

## I. Zugrunde liegender Nachhaltigkeitsbegriff

Dieser erste Teil der Analyse widmet sich also der Frage, wie die staatlichen und privaten Labels ökologische Nachhaltigkeit definieren.

### 1. Befund: Konturen und Charakteristika

Für die staatlichen Labels ist dabei die Taxonomie-VO[48] bedeutsam. Sie schafft ein EU-weites Rahmenwerk zur einheitlichen Definition von nachhaltigen Wirtschaftstätigkeiten und liegt einer Reihe weiterer EU-Rechtsakte zugrunde, die den Weg zur Verlagerung von Kapitalflüssen in nachhaltigere Wirtschaftsaktivitäten ebnen sollen.[49] Seit dem 1.01.2022 sind die staatlichen Labels für die Bestimmung, was für ihr Label als nachhaltig gilt, nach Art. 4 Taxonomie-VO an den Nachhaltigkeitsbegriff der Taxonomie-VO gebunden.[50] Dieser ist in den technischen Bewertungskriterien[51] zur Taxonomie-VO konkretisiert. Sie untergliedern Wirtschaftsaktivitäten in feinste Tätigkeitsbereiche und stellen hochgradig individualisierte technische Anforderungen, etwa an maximale Emissionswerte oder den recyclingfähigen Anteil hergestellter Waren.[52] Insgesamt zeichnen sich die technischen Bewertungskriterien durch einen hohen Grad an Bestimmtheit und Quantifizierung aus. Damit liegt den staatlichen Labels eine sperrige, aber eindeutig subsumierbare Nachhaltigkeitsdefinition zugrunde. Dies fördert die Zuverlässigkeit des Nachhaltigkeitsurteils staatlicher Labels.

Demgegenüber sind die privaten Labels nicht an die Taxonomie-VO gebunden. Sie haben auch keine vergleichbaren Systeme zur Klassifizierung von Wirtschaftstätigkeiten herausgebildet. Vielmehr bedienen sich die einzelnen Labels umfassender Verweise auf bestehende internationale Nachhaltigkeitsstandards und Rating-Mechanismen. Für das *Towards Sustainability*-Label etwa kann der Fonds seine Nachhaltigkeit entweder anhand der Übereinstimmung mit „EU-Taxonomie, SDGs, EU Green Bond Standard, ICMA Social Bond Principles etc. (sic!)“[53] bestimmen oder die Emittenten mit den besten Nachhaltigkeitsratings[54] wählen, wobei keine Anforderungen an die Quelle des Ratings gestellt werden. Das *FNG*-Label und das *LuxFlag Environment*-Label adoptieren in vergleichbarer Weise jeweils mehrere fremde Nachhaltigkeitsdefinitionen.[55] Diese undifferenzierten und alternativen Verweise auf sich erheblich unterscheidende Standards führen dazu, dass den privaten Labels ein völlig diffuser Nachhaltigkeitsbegriff zugrunde liegt. So ergeben sich beträchtlich unterschiedliche Nachhaltigkeitsurteile, wenn ein Fonds seine Nachhaltigkeit anhand der mit strengen technischen Kriterien ausgestatteten Taxonomie-VO oder anhand der viel knapper und zudem final formulierten 17 UN SDGs[56] misst.

### 2. Kritische Würdigung

Diese ausgemachten Herangehensweisen staatlicher und privater Labels, ökologische Nachhaltigkeit zu definieren, werden nun einer kritischen Würdigung unterzogen.

#### a) Taxonomie-VO als monopolistischer Nachhaltigkeitsbegriff

In der Taxonomie-VO liegt hinsichtlich des Nachhaltigkeitsbegriffs insoweit ein monopolistischer Ansatz, als alle staatlichen Labels an dieselbe Klassifikation der Taxonomie-VO gebunden[57] sind. Vor dem Hintergrund der Funktion von Labels als Informationsintermediäre erscheint dies begrüßenswert: Es entstehen einheitliche, vergleichbare und somit glaubwürdige Nachhaltigkeitsurteile. Investoren müssen keine eigene Informationssuche und -verarbeitung betreiben; das Nachhaltigkeitsurteil staatlicher Labels wirkt für die Vertragsparteien kostensenkend.

Jener Vereinheitlichung sind jedoch große Gefahren inhärent. Den vielschichtigen Begriff der Nachhaltigkeit in subsumtionsfähige Bewertungskriterien zu übersetzen, mündet in einer Fiktion: Es gibt keinen „richtigen“ Nachhaltigkeitsbegriff.[58] Dies hat mehrere Implikationen: Zum einen erscheint die Hebelwirkung eines monopolistischen Nachhaltigkeitsbegriffs vor dem Hintergrund des Charakters als Fiktion umso risikoreicher. Spezifisch bezüglich der EU-Taxonomie ist dabei zu bedenken, dass sie nicht nur den Labels zugrunde liegt, sondern Grundlage eines breit angelegten Aktionsplans[59] der Kommission auf dem Weg zu einem nachhaltigen Finanzsystem ist. Damit wird das Risiko

---

48 Sie trat am 12. Juli 2020 in Kraft und ist seit dem 1.01.2022 anzuwenden.

49 Etwa dem geplanten *EU GBS*; zu weiteren geplanten Maßnahmen siehe den Aktionsplan der Kommission, COM(2018) 97 final.

50 *Bueren*, WM 2020, 1659, 1660.

51 Die Taxonomie-VO ist also lediglich ein Rahmenrechtsakt (Level 1), welcher durch delegierte Durchführungsbestimmungen (Level 2) konkretisiert wird (Lamfalussy-Verfahren), *Stumpp*, ZBB 2019, 71, 74.

52 Siehe etwa Anhänge I und II der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2139 der Kommission.

53 *Torwards Sustainability Label*, A Quality Standard for Sustainable and Socially Responsible Financial Products, Final Text (Februar 2019), abrufbar unter https://www.towardssustainability.be/sites/default/files/files/OriginalQS_Final_201902.pdf [zuletzt abgerufen am 20.5.2022], S. 9.

54 Dazu oben B.I.

55 *LuxFlag,* Environment Label Eligibility Criteria, abrufbar unter https://www.luxflag.org/media/pdf/criteria_procedures/7b-LuxFLAG-Environment-Label-Eligibility-Criteria_032021.docx [zuletzt abgerufen am 20.5.2022], S. 1; *FNG*, Verfahrensbedingungen, S. 20.

56 A/RES/70/1.

57 Art. 4 Taxonomie-VO.

58 Vgl. *Stumpp* (Fn. 35), S. 117.

59 Siehe COM(2018) 97 final.

von ex ante möglicherweise falschen oder unvollständigen wissenschaftlichen Grundlagen des Nachhaltigkeitsbegriffs kumuliert; unbedachte Pfadabhängigkeiten und Wechselwirkungen schaffen potenziell erhebliche Fehlanreize.[60] Ferner werden individuelle Nachhaltigkeitsverständnisse von Anlegern ignoriert.[61] Auch wenn kein Marktteilnehmer gezwungen sein soll, Kapital anhand der Festlegungen der Taxonomie-VO anzulegen, trägt sie dennoch in gewisser Hinsicht Charakterzüge einer „zentralplanerischen Maßnahme", wie im Bundestag zurecht scharf kritisiert wurde.[62]

#### b) Lösungsansätze

Um hinsichtlich der zwangsweise fiktiven Nachhaltigkeitsbegriffe zu einer Risikodiversifikation zu gelangen, bieten sich auf den ersten Blick konkurrierende, privaten Initiativen entspringende Nachhaltigkeitsbegriffe an. Dass von privater Seite ein mit der Taxonomie-VO konkurrierender Nachhaltigkeitsbegriff geschaffen wird, ist jedoch unwahrscheinlich: Erstens verfügt ein hoheitlicher Regulierer über mehr personelle und finanzielle Ressourcen zur Erarbeitung eines Klassifikationssystems. Zweitens gründet das hohe Maß an Bestimmtheit der Taxonomie-VO darauf, dass es der Kommission als hoheitlichem Regulierer möglich war, zur Definition nachhaltiger Wirtschaftsaktivitäten auf andere Rechtsakte zu verweisen, die den entsprechenden Wirtschaftsbereichen entstammen und deren Autor sie zugleich ist. Drittens wird es für Fonds und realwirtschaftliche Unternehmen keinen ökonomischen Anreiz geben, ihre Finanzprodukte bzw. Wirtschaftstätigkeit an von der Taxonomie-VO grundverschiedenen Klassifikationssystemen zu messen: Schon jetzt müssen etwa Anbieter nachhaltiger Finanzprodukte nach Art. 5 und 6 Taxonomie-VO für jedes Produkt den Grad ökologischer Nachhaltigkeit anhand der EU-Taxonomie bestimmen und offenlegen. Der Lenkungsintention der Kommission entsprechend werden immer mehr Verhaltenspflichten auf den Anforderungen der Taxonomie-VO aufbauen, was Konkurrenzbegriffen kaum eine Chance lässt.[63]

Vor dem Hintergrund größerer Risikodiversifikation erscheint ein konkurrierender Standard mithin zwar wünschenswert, realistisch ist seine Herausbildung aber nicht. Handlungsbedarf besteht für die privaten Labels indes auch unter dieser Ausgangslage: Zunächst sollten die gegenwärtig vorherrschenden umfangreichen und diffusen Verweise auf andere internationale Standards im Sinne der Vereinheitlichung verschlankt und für die Zertifizierung gänzlich unbrauchbare Standards, etwa die grob gefassten UN SDGs, gestrichen werden. Denkbar ist es für private Labels, die Taxonomie-VO als Ausgangswerk zu begreifen und dann in einzelnen Punkten bewusst zu Abweichungen zu greifen, um Defizite der Taxonomie-VO aufzufangen oder andere Schwerpunkte zu setzen. Dabei ist freilich darauf zu achten, dass die Abweichungen zur Taxonomie-VO inhaltlich gut fassbar sind und klar kommuniziert werden. Außerdem können die privaten Zertifizierungs-Initiativen wichtige Beiträge zur Genese der Taxonomie-VO liefern: Gerade wegen deren Hebelwirkung sollte ihre inhaltliche Ausrichtung Gegenstand fortlaufenden kritischen Diskurses sein. Mit ihrer inhaltlichen Expertise und Zertifizierungs-Erfahrung sind die privaten Initiativen gut ausgestattet, um immer wieder auf Schwächen der Taxonomie-VO hinzuweisen.

[60] *Möslein/Sørensen*, 15. European Company Law (2018), 221, 224.

[61] Vgl. *Yenipazarli*, 170. International Journal of Production Economics (2015), 275, 276.

[62] *FDP-Fraktion*, BT-Drucks. 19/7478 vom 31.1.2019, S. 2.

[63] Kritisch zu den Gefahren dieses Ansatzes und der „indirekten Regulierungswirkung" der Taxonomie-VO etwa über die Offenlegungspflichten nach Art. 5 und 6 Taxonomie-VO *Stumpp* (Fn. 35), S. 115 ff.

## II. Materielle Anforderungen an die Portfoliozusammensetzung

Nachdem analysiert wurde, wie staatliche und private Labels ökologische Nachhaltigkeit definieren, wird im Folgenden beleuchtet, wie die Labels auf dieser Nachhaltigkeitsdefinition aufbauend Anforderungen an die Portfoliozusammensetzung der Fonds stellen.

### 1. Befund: Konturen und Charakteristika

Die staatlichen Labels legen dabei fast ausnahmslos eine zu erreichende Schwelle an nachhaltigen Portfoliotiteln fest. Die vom *Joint Research Centre* (*JRC*) vorgeschlagenen EUEL-Kriterien verlangen etwa für OGAW-Aktienfonds, dass mindestens 50% der verwalteten Vermögenswerte in nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten investiert werden.[64] Das *EUEL* und das *Greenfin*-Label treffen zudem klare Vorgaben, wie diese Schwelle zu berechnen ist und welche Portfoliotitel zu ihrer Erreichung mit einberechnet werden dürfen.[65] Demgegenüber fordert der *Nordic Swan* zwar, dass 50% des Fonds in „strong ESG practices" investiert werden,[66] dabei darf der Fonds aber selbst bestimmen, was als „strong ESG practice" gilt. Das *Umweltzeichen* enthält vergleichbare Wahlmöglichkeiten.[67] Während also eine Zertifizierung mit dem *EUEL* oder dem *Greenfin*-Label eine eindeutige Aussage zum grünen Portfolioanteil enthält, wird das Nachhaltigkeitsurteil der übrigen Fonds durch die Wahlfreiheit bezüglich der Berechnungsmethode erheblich verwässert.

Hinsichtlich der privaten Labels enthalten nur die beiden *LuxFlag*-Labels Anforderungen an den prozentualen Anteil nachhaltiger Titel im Fonds (jeweils 75%).[68] Die anderen

[64] *Joint Research Centre*, Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products, Technical Report 4.0: Draft proposal for the product scope and criteria (März 2021), abrufbar unter https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/sites/default/files/2021-03/2021.03.05%20-%20EUEL%20financial%20products%20-%20Technical%20Report%204%20FINAL.pdf [zuletzt abgerufen am 20.5.2022], S. 26.

[65] In den für das *EUEL* vorgeschlagenen Kriterien sind die oben genannten „Portfolio-Greeness-Werte" dabei etwa von vornherein als gewichteter Durchschnitt der Umweltfreundlichkeit jeder Investition berechnet, wobei die Gewichtung dem Anteil des Portfoliowertes der jeweiligen Investition entspricht, siehe *Joint Research Centre* (Fn. 65), 26; für das *Greenfin*-Label siehe *Ministère de la transition ecologique,* Label Greenfin France finance verte, Référentiel, Version d'octobre 2021, S. 6.

[66] *Nordic Ecolabelling*, Nordic Ecolabelling for Investment funds and investment products, Criteria Document, Version 1.3 (06. Mai 2020), abrufbar unter https://www.nordic-ecolabel.org/product-groups/group/DownloadDocument/?documentId=6087 [zuletzt abgerufen am 20.5.2022], S. 14.

[67] *Umweltzeichen*, Richtlinie UZ 49: Nachhaltige Finanzprodukte, Version 5.0, S. 16.

[68] Für das *Climate Finance Label* siehe *LuxFlag LuxFlag*, LuxFLAG Climate Finance Label Eligibility Criteria, abrufbar unter https://www.luxflag.org/media/pdf/criteria_procedures/7c-LuxFLAG-

privaten Labels fordern dagegen keinen bestimmten Grad an Nachhaltigkeit, sondern konzentrieren sich auf Verfahrensvorgaben: Der Fonds muss sämtliche seiner grünen Investitionen auf grüne Aspekte hin analysieren und eine Strategie verfolgen, um besonders nachhaltige Anlagen zu identifizieren und für sein Portfolio auszuwählen. Auch hinsichtlich dieser Strategien lassen die letztgenannten Labels den Fonds dabei Wahlfreiheit; etwa zwischen einer *best in class*-Selektion (beste x%), einer absoluten Selektion (Labels mit Ratings > y) und einem themenbezogenen Ansatz (z% Übereinstimmung mit einem der oben aufgeführten Standards (Taxonomie-VO, SDGs, …).[69] Dies potenziert die schon aus dem diffusen Nachhaltigkeitsbegriff resultierende Ambiguität der Nachhaltigkeitsurteile jener privaten Labels.

Insgesamt stechen vor allem das *EUEL* und das *Greenfin*-Label als staatliche sowie die *LuxFlag*-Labels als private Zertifizierungs-Aktivitäten durch einen vorbestimmten Grad eingeforderter Selektivität und eindeutige Zertifizierungsergebnisse hervor. Die übrigen Labels können eher als Regulierung der Selbstregulierung von Fonds eingeordnet werden und lassen den Fondsverwaltungen viel Spielraum. In ihrer Zertifizierung liegt keine brauchbare Aussage zur graduellen Nachhaltigkeitsleistung der zertifizierten Fonds. Für das gesamte Gefüge an Zertifizierungs-Aktivitäten bedeutet dies, dass Investoren mit einer Vielzahl von Labels konfrontiert sind, die ohne klare Abgrenzung voneinander beanspruchen, nachhaltige Fonds zu kennzeichnen. Tatsächlich unterscheiden sich die einzelnen Labels aber signifikant in ihrem Anspruchsniveau.

## 2. Kritische Würdigung

### a) Consumer confusion und *race to the bottom*

Diese Kombination aus divergenten Standards einerseits und Intransparenz andererseits führt dazu, dass das gegenwärtige Gefüge an Labels für Anleger kein glaubwürdiges Nachhaltigkeitsurteil bereithält (*consumer confusion*[70]).

Da die Anleger zwischen den verschiedenen Standards anspruchsvolle von weniger anspruchsvollen nicht unterscheiden können, beweist die Zertifizierung mit jedem Label nur, dass der unterste aller Standards eingehalten worden ist.[71] Diese Unsicherheit müssen alle zertifizierten Fonds mit dem gleichen Risikozuschlag bezahlen.[72] Davon profitieren Finanzprodukte, die mit niedrigen Standards zertifiziert sind; sie erhalten einen Wettbewerbsvorteil.[73] Es setzt ein *race to the bottom* ein: Fonds haben kein Interesse an Zertifizierung mit anspruchsvollen Standards.[74]

Climate-Finance-Label-Eligibility-Criteria_V032021.docx [zuletzt abgerufen am 20.5.2022], S. 1; für das *Environment Label* siehe *LuxFlag* (Fn. 56), S. 1.

69 Das *Towards Sustainability*-Label ist so aufgebaut, dass der Fonds zwischen einer von fünf Strategien wählen kann, *Towards Sustainability Label* (Fn. 54), S. 4; auf S. 8 ff. sind die Strategien näher beschrieben.

70 Ausführlich dazu *Brécard*, 37. Resource and Energy Economics (2014), 64.

71 *Harbaugh/Maxwell/Roussillon*, 57. Management Science (2011), 1512.

72 Vgl. *Berg* (Fn. 19), S. 65.

73 Vgl. *Brécard* (Fn. 71), 67.

74 *Harbaugh/Maxwell/Roussillon* (Fn. 72), 1512; *Abderrazak/Youssef*, Journal of Agricultural and Food Industrial Organization 2009, 1.

### b) Legitimes Interesse an Leistungsgefälle

Sowohl das *EUEL* als auch die französischen Labels wurden ins Leben gerufen, um diesem Problem entgegenzuwirken. Diese Gesetzgebungsinitiativen bezweckten, einen maßstabsbildenden und zuverlässigen, mit staatlicher Kredibilität ausgestatteten Standard zu schaffen.[75] Zur Lösung des Problems der *consumer confusion* bei der Zertifizierung grüner Fonds ist dies jedoch in zweifacher Weise unzureichend:

Erstens besteht vor dem Hintergrund des Ziels, Kapitalflüsse in ökologisch nachhaltige Finanzanlagen zu lenken, ein legitimes Interesse an einem Leistungsgefälle unter den Labels: Für Fonds, die von den Selektivitätsanforderungen der strengeren staatlichen Labels noch weit entfernt sind, sollten dennoch Anreize bestehen, Nachhaltigkeitsgesichtspunkte in ihre Investitionspolitik stärker zu integrieren. Gerade das sich noch in der Entwicklung befindende *EUEL* wird dafür kritisiert, dass es aktuell kaum einen Markt an Fonds gebe, die seinen hohen Anforderungen entsprechen.[76] Damit das gesamte Spektrum möglicher Nachhaltigkeitsleistungen abgedeckt wird, erscheint jedoch insbesondere das Konzept, dass die zu zertifizierenden Fonds sich eigene Ziele stecken und Labels dafür lediglich einen Rahmen schaffen, als passendes Instrument.

Zweitens wurzelt das Problem der *consumer confusion* gerade in dem Umstand, dass das Gefüge mehrerer Labels *insgesamt* mehrdeutige Nachhaltigkeitsurteile ergibt und der Labelling-Markt *insgesamt* intransparent ist. Wirksame Maßnahmen müssen daher über die Schaffung eines neuen Labels hinausgehen und den Labelling-Markt als Ganzen betreffen.

### c) Lösungsansätze

Lösungsansätze müssen mithin ein Leistungsgefälle unter den Labels ermöglichen, das für Anleger jedoch erkennbar und transparent ist.

Denkbar wäre, dass ein hoheitlicher oder privater Dritter die Anforderungen der einzelnen Labels in eingängiger Form, etwa Vergleichstabellen, aufbereitet. Darin läge allerdings die Einschaltung eines weiteren Informationsintermediärs auf sekundärer Ebene. Somit würden sich diejenigen Probleme, die schon bezüglich der Labels als primäre Informationsintermediäre bestehen, repetieren: Ist das Vergleichsurteil des Dritten sehr umfangreich, würden kaum Informationskosten eingespart. Nimmt es dagegen die Form einer konzisen Gegenüberstellung an, ist es Ergebnis von Rudität und Wertungsbedürftigkeit und büßt an Glaubwürdigkeit ein.

Daher ist es sinnvoll, unmittelbar auf der Ebene der Labels anzusetzen: Möglich ist etwa, dass sich die privaten Labels auf ein bestimmtes, Vergleichbarkeit gewährleistendes Format (etwa ein „Fact Sheet“) einigen, in dem sie ihre materiellen Anforderungen darstellen. Idealerweise werden diese einheitlichen Dokumente auf einer gemeinsamen Internetseite veröffentlicht. Weitergehend wäre es sinnvoll,

75 EG 11 und 12 Taxonomie-VO; für die französischen Labels *Veil/Deckert/Kämmerer/Voigt,* Nachhaltige Kapitalanlagen durch Finanzmarktregulierung, 2019, S. 171 ff.

76 *Joint Research Centre* (Fn. 65), S. 38.

wenn sich die privaten Labels in noch tiefergehender Weise damit auseinandersetzen, wie sie sich inhaltlich und in der Außenkommunikation voneinander abgrenzen: Kennzeichnungsmechanismen hinsichtlich des Anspruchsniveaus der einzelnen Labels, die von den Labels selbst oder gemeinschaftlich bereitgestellt werden, sind nicht mit den Glaubwürdigkeitsproblemen eines sekundären Informationsintermediärs behaftet. Vorbilder und Modelle für solche Abstimmungsmaßnahmen könnte etwa die *ISEAL Alliance of certifiers* bieten. Sie ist ein Meta-Governance-System für Nachhaltigkeitsinitiativen und Akkrediteure aus dem Bereich Umwelt und beschäftigt sich mit den Themen der Koordinierung, Harmonisierung und Transparenz von Nachhaltigkeitsinitiativen. Auf europäischer Ebene hat sich außerdem *Eurosif* als Dachverband nationaler Foren für nachhaltige Geldanlagen herausgebildet.

## III. Zertifizierungsverfahren

Als letzter Bestandteil der Analyse steht aus, die Zertifizierungsverfahren und damit die wichtige Frage, inwieweit die Einhaltung der materiellen Anforderungen durch die Labelling-Initiativen überprüft und durchgesetzt wird, in den Fokus zu nehmen.

### 1. Befund: Konturen und Charakteristika

#### a) Qualität der Compliance-Prüfung

Zunächst soll in den Blick genommen werden, wie professionell und tiefgehend die Prüfung, ob der Fonds den Nachhaltigkeitskriterien entspricht (Compliance-Prüfung), erfolgt.

Bei staatlichen Labels nehmen externe, unabhängige und professionelle Prüfer diese Compliance-Prüfung vor,[77] die im Falle des *EUEL*, *Greenfin*- und *ISR*-Labels nach bestimmten internationalen Standards, etwa der *ISO*[78] -Standards, akkreditiert sein müssen.[79] Die Bereitstellung der Informationen erfolgt bei diesem Verfahren unmittelbar vom Fonds an die Prüfstelle. Nach den vom *JRC* vorgeschlagenen Kriterien legt das *EUEL* sogar für jedes materielle Kriterium dediziert dar, welche Aspekte genau sich aus den Nachweisen des Fonds ergeben müssen und teilweise auch, welche Unterlagen für den Nachweis einer bestimmten Anforderung genau eingereicht werden müssen, etwa Mitteilungen von Finanzinstituten.[80]

Demgegenüber erfolgt die Prüfung bei den privaten Labels entweder durch Organe der Label-Vereinigung selbst oder durch Kooperationspartner wie Universitäten.[81] Die Informationen stammten dabei teilweise von einem „ESG Data Provider", also einem Dritten (wohl hauptsächlich Ratingagenturen).[82] Dies ist angesichts der limitierten Ressourcen des Auditors nachvollziehbar, führt aber durch die Einschaltung eines zweiten Informationsintermediärs, bei dessen Informationsbereitstellung ebenfalls Verfälschungen und Wertungen einfließen, zu einer schlechteren Ergebnisqualität.

#### b) Compliance-Überwachung und Verfahren bei *Non-Compliance*

Ebenso erheblich für die Qualität des Zertifizierungsurteils ist, wie häufig und mit welcher Druckstärke die Labels die Einhaltung der Kriterien im Nachgang der Vergabe kontrollieren.

Auffällig ausgeprägte Kontrolle weisen das *EUEL* und die französischen Labels auf; konkret wird der Fonds jährlichen Folgeprüfungen unterzogen[83] und auch Stichproben sind möglich.[84] In der Frequenz der Kontrollen sind die privaten Labels vergleichbar streng; erneut ist an der Effektivität der Kontrollen durch deren Prüfer jedoch zu zweifeln. Das *Umweltzeichen* und der *Nordic Swan* verzichten demgegenüber fast gänzlich auf Kontrollen in kürzeren Abständen;[85] sie verlangen nur Selbstüberwachung und Mitteilung deren Ergebnisse.[86]

Hinsichtlich der Durchsetzungsmechanismen für den Fall der *Non-Compliance*[87] sehen alle Labels die Aussetzung oder Entziehung der Siegelvergabe als *ultima ratio* vor.[88] Teilweise werden die Labelkriterien in einen Vertrag zwischen der Labelling-Initiative und dem Fondsmanager einbezogen;[89] über die Aussetzung oder Entziehung des Siegels hinausgehende Folgen von *Non-Compliance* sind darin aber nicht zu finden.

Insgesamt fallen im Zertifizierungsverfahren zwischen staatlichen und privaten Labels gravierende Unterschiede in der Professionalität der Compliance-Prüfung auf. Dagegen besteht bezogen auf die Frequenz der Compliance-Prüfung und den Folgen von *Non-Compliance* weitgehend Deckungsgleichheit.

### 2. Kritische Würdigung

#### a) Professionalität als limitierender Faktor

Es liegt nahe, dass die erheblich niedrigere Kontrolldichte der privaten Labels zumindest mitunter auf die begrenzten Ressourcen der Labelling-Initiativen zurückzuführen

---

[77] Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 66/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über das EU-Umweltzeichen, ABl. L 27, S. 1 (EUEL-VO); *Ministère de la transition ecologique*, Label Greenfin France finance verte, Plan de contrôle et de surveillance cadre (Oktober 2015), S. 6; *Umweltzeichen*, Satzung für die Verbandsmarke „Umweltzeichen", § 6.

[78] Internationale Organisation für Normgebung.

[79] Art. 9 VII EUEL-VO; *Ministère de la transition ecologique* (Fn. 78), S. 6.; für das *Greenfin*-Label sind aktuell etwa *EY France*, *Novethic* und *Afnor* akkreditierte Zertifizierungsstellen.

[80] *Joint Research Centre* (Fn. 65), S. 74.

[81] Das *FNG* kooperiert mit der Universität Hamburg, das *Towards Sustainability Label* etwa mit der *ICHEC Brussels Management School* und der *Universität Antwerpen*.

[82] Siehe etwa *Towards Sustainabilty Label* (Fn. 54), S. 33.

[83] *Joint Research Centre* (Fn. 65), S. 46; *Ministère de la transition ecologique* (Fn. 80), S. 11.

[84] Art. 10 EUEL-VO; *Ministère de la transition ecologique* (Fn. 80), S. 11.

[85] Das *Umweltzeichen* muss alle vier Jahre erneuert werden, siehe *Umweltzeichen* (Fn. 80), § 12.

[86] *Umweltzeichen* (Fn. 80), § 12; *Nordic Ecolabelling* (Fn. 67), S. 18 ff.

[87] Dabei sollen nur die durch das Label geschaffenen Mechanismen beleuchtet werden – etwa schadens-, marken- und wettbewerbsrechtliche Implikationen von *Non-Compliance* übersteigen den Rahmen dieses Beitrags.

[88] Art. 9 i.V.m. Anhang IV EUEL-VO; für das *Greenfin*-Label siehe Art. D. 128-16 Abs. 3 franz. UmweltG; *Umweltzeichen* (Fn. 80), § 11; *Towards Sustainability Label* (Fn, 54*)* S. 7.

[89] Art. 9. iVm Anhang IV EUEL-VO.

ist. So kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein universitärer Kooperationspartner mit der Prüfungsqualität professioneller Auditoren wie *EY France* Schritt hält.

#### b) Kein legitimes Interesse an Leistungsgefälle

Möglicherweise besteht indes auch hinsichtlich der Kontrolldichte gegenüber den zertifizierten Fonds ein legitimes Interesse an einem Leistungsgefälle innerhalb des gegenwärtigen Gefüges verschiedener Labels.

Dies ist erneut unter einem funktionalen Zugriff zu erläutern: Labels als Informa- tionsintermediäre mit Nachhaltigkeitsbezug werden für Kapitalüberlassungsverträge zwischen Fonds und Investoren eingeschaltet, um die Informationsasymmetrie zu reduzieren. Ihre Implementierungswürdigkeit hängt davon ab, ob sie glaubwürdig sind und damit die Informationskosten zwischen den Parteien senken können. Im obigen Fall betraf das Leistungsgefälle die Frage, ob verschiedene Labels verschiedene Selektivitätsniveaus verfolgen können, ohne dass die Glaubwürdigkeit der Nachhaltigkeitsurteile verloren geht. Es wurde gezeigt, dass dies der Fall ist, wenn die unterschiedlichen Standards offengelegt werden. Vorliegend betrifft das Leistungsgefälle dagegen die Frage, welche Kontrolldichte die Labels gegenüber dem Fonds anwenden. Sie bestimmt, inwieweit bei Zertifizierung durch ein Label *überhaupt* davon ausgegangen werden kann, dass die von diesem Label gestellten materiellen Anforderungen erfüllt sind. Leistungsdefizite des Labels in der Compliance-Kontrolle können dabei auch nicht durch Offenlegung der Kontrolldefizite kompensiert werden, weil der Investor aus einer solchen Offenlegung keine sinnvolle Risikokalkulation ableiten kann: Wenn die Kontrolldichte durch das Label schwach ist, bedeutet das dann, dass der Fonds sich im Grundsatz schon und nur in Einzelfällen nicht an die Labelkriterien hält? Welche Labelkriterien sind betroffen? Oder nutzt der Fonds die niedrige Kontrolldichte weiter aus und entfernt sich fast vollständig von der Erfüllung der Labelkriterien? Weil das Risiko infolge von Kontrolldefiziten also kaum einschätzbar ist, führt dies zu erheblichen Glaubwürdigkeitsverlusten des Informationsintermediärs. Dies nagt freilich an der Implementierungswürdigkeit des Intermediärs. Daher gibt es hinsichtlich der Kontrollleistung kein legitimes Interesse an einem Leistungsgefälle unter den Labels.

#### c) Lösungsansätze

Da private Labels insbesondere infolge eines legitimen Leistungsgefälles auf materieller Ebene indes grundsätzlich implementierungswürdig sind, ist nach Lösungsmöglichkeiten für eine leistungsfähigere Compliance-Kontrolle zu suchen.

Ein Ansatz ist es, dass die privaten Labels ihre Zertifizierungsverfahren zusammenlegen und Ressourcen bündeln. Denkbar wäre eine einheitliche Prüfstelle, die personell von allen Labels gemeinsam bestückt wird. Freilich stellt sich insbesondere angesichts des bereits für die materiellen Anforderungen unterbreiteten Vereinigungsvorschlags die Frage, wo bei zunehmender Vereinigung und Koordination noch Raum für die Existenzberechtigung der einzelnen Labels ist. Allerdings bleiben sowohl die oben vorgeschlagene Koordination der verschiedenen Anforderungsniveaus als auch die Bündelung von Ressourcen für das Zertifizierungsverfahren noch im typischen Tätigkeitsbereich von Dachverbänden.

Eine andere Möglichkeit bestünde darin, dass die Compliance-Prüfung an professionellere Prüfer ausgelagert wird und die Kosten dafür auf die Fonds umgelagert werden. Wichtig wäre dabei, dass das Vertragsverhältnis entweder direkt zwischen externem Prüfer und Labelling-Initiative besteht oder zumindest konkrete Anforderungen an zulässige Prüfer gestellt werden. Vorbilder für dieses Regelungsmodell finden sich beim *Nordic Swan* und beim *Umweltzeichen*.

### IV. Fazit: Plädoyer für eine Neuordnung privater Labelling-Aktivität!

Dass insbesondere mit dem *EUEL* und dem *Greenfin*-Label Defizite der vormals überwiegend privaten europäischen Zertifizierungs-Landschaft behoben werden sollten, ist spürbar: Unter allen untersuchten Aspekten heben sie sich durch hohe Ansprüche an den zu zertifizierenden Fonds und die eigene Zertifizierungsleistung ab. Unterdessen haben die privaten Labels einen schweren Stand: Nicht nur sind sie der zunehmenden Lenkung des Marktes nachhaltiger Anlagen auf die Vorgaben der Taxonomie-VO ausgesetzt, sondern auch hinsichtlich des Zertifizierungsverfahrens stehen sie den staatlichen Labels nach.

Allerdings erfüllen private Gegenentwürfe zu hoheitlicher Zertifizierungs-Aktivität wichtige Funktionen: Sie können Anreize zu nachhaltigem Wirtschaften auch für solche Fonds geben, die keine Aussicht auf eine staatliche Zertifizierung haben. Außerdem steht die Bewährungsprobe der jungen Taxonomie-VO als Grundlage aller staatlichen Labels noch aus. Private Zertifizierungs-Aktivität kann potenzielle Defizite auffangen und adressieren.

Die europäische Landschaft grüner Zertifizierungen ist durch die disruptive Einschaltung hoheitlicher Akteure in die Labelling-Aktivität ins Chaos geraten. Für die private Zertifizierungs-Aktivität scheint eine Neuordnung angezeigt zu sein: Private Labels müssen sich der Frage stellen, welche Rolle sie – in Abgrenzung zu den staatlichen Labels – einnehmen können und wo Nachfrage nach ihrem Nachhaltigkeitsurteil besteht. Ein Gedankengerüst an Handlungsmöglichkeiten wurde in dieser Arbeit sukzessive vorgestellt. Es windet sich um die Verfahren der Vereinigung, Koordinierung, Bündelung und Verschlankung privater Zertifizierungs-Aktivität im europäischen Raum.

## E. Ausblick

Abschließend soll auf zwei Entwicklungen hingewiesen werden, deren Gang die Zukunft grüner Gütesiegel für Fonds ganz maßgeblich prägen wird. Zum einen bleibt spannend, ob die Taxonomie-VO zu einem Erfolgsprojekt gedeiht und wie sich der Kapitalmarkt unter ihrem Einfluss ausrichtet. Abzusehen ist ferner, ob und wie lange die EU und ihre Mitgliedstaaten es dabei belassen, den Markt privater nachhaltigkeitsbezogener Informationsintermediation durch eigene In-

itiativen zu ergänzen, anstatt durch stärkere hoheitliche Regulierung der Tätigkeit privater Akteure zuzugreifen. Das Recht der Informationsintermediation mit Nachhaltigkeitsbezug in Europa steckt insoweit noch in den Kinderschuhen. Die wachsenden gesetzlichen und gesellschaftlichen Erwartungen an die Nachhaltigkeitsleistung von Finanzmarktteilnehmern streitet langfristig aber für einen höheren Grad an regulatorischer Indienstnahme von Informationsintermediären mit Nachhaltigkeitsbezug. Dies könnte zu einem Paradigmenwechsel im regulatorischen Umgang mit privaten Informationsintermediären führen. Zu hoffen ist, dass die potenziellen gesetzgeberischen Lösungen die Besonderheiten der *nachhaltigkeitsbezogenen* Informationsintermediation zu berücksichtigen vermögen.[90]

[90] Zu den Grundstrukturen des Rechts der Informationsintermediation *Leyens* (Fn. 31), S. 320 ff.

Ronja May*

# Möglichkeiten und Grenzen der arbeitsvertraglichen Pflicht, private Arbeitsmittel zu nutzen (am Beispiel von Essenslieferanten)

## A. Einleitung

„Rider geil“ - so wirbt ein Lieferdienst mittels Plakaten in U-Bahn-Stationen für die Tätigkeit als Essensauslieferer und hebt die Flexibilität der Tätigkeit sowie die vielen zur Wahl stehenden Verkehrsmittel zur Auslieferung hervor. Es entsteht der Eindruck, es handele sich um einen coolen, attraktiven Job.

„Liefern am Limit“ - der Zusammenschluss von eben solchen „Ridern“ bei der Gewerkschaft NGG setzt sich für fairere Arbeitsbedingungen und bessere Bezahlung des „gefährlichen und harten“ Jobs ein.

Lieferdienste sind spätestens mit der Corona-Pandemie ein fester Bestandteil des Konsumverhaltens geworden. Doch die attraktive Bewerbung des Jobs als Auslieferer kann einer Nachprüfung der eigentlichen Tätigkeit nicht standhalten. Schlechte Bezahlung, das Behindern von Betriebsräten, Überwachung der Rider durch Apps und unsichere Anstellungsverhältnisse sind nur einige der vielfach vorgebrachten Kritikpunkte.[1]

Für die Tätigkeit als „Rider“ benötigt man vor allem zweierlei: ein Verkehrsmittel, meist ein Fahrrad, um die Bestellungen auszuliefern, sowie ein Mobiltelefon mit Internetzugang, um Bestellungen und Routen einzusehen. Der Lieferdienst „Lieferando“ verpflichtete die Arbeitnehmer, ihre eigenen Mobiltelefone und ihr Datenvolumen kompensationslos für das Ausliefern einzusetzen. Zudem musste das eigene Fahrrad genutzt werden. Für Letzteres war eine Reparaturgutschrift in Höhe von 25 Cent pro gearbeiteter Stunde vorgesehen, die allerdings nur bei einer vom Arbeitgeber vorgegebenen Werkstatt eingelöst werden konnte.

Zwei „Rider“ aus Frankfurt am Main gingen dagegen durch alle Instanzen. Mit Erfolg: Das BAG stellte am 10.11.2021 fest, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, Fahrrad und Mobiltelefon zur Verfügung zu stellen, da es sich um essentielle Arbeitsmittel handelt.[2]

Lieferanten sind jedoch längst nicht die ersten und auch nicht die einzigen Arbeitnehmer, die mögliche Erstattungspflichten des Arbeitgebers einzufordern suchen. Die Thematik ist in vielen Lebensbereichen prominent und höchst aktuell. Beispielsweise wenn Lehrer die Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer,[3] Azubis die Kosten für Ausbildungsliteratur[4] und LKW-Fahrer die Kosten für eine Fahrerkarte für einen digitalen Tachographen[5] vom Arbeitgeber erstattet bekommen möchten.

Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß den Arbeitgeber eine Pflicht trifft, Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, wird im Folgenden untersucht.

## B. Hintergrund

Für die Verpflichtung des Arbeitgebers, essentielle Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, ist eine rechtliche Grundlage erforderlich. Fraglich ist, woraus sich eine solche Pflicht ergeben könnte.

Als erster Anknüpfungspunkt kommen die Maßgaben des Arbeitsvertrages und sonstige individualvertragliche Vereinbarungen in Betracht. Oft genug stecken diese Regelungen Art und Umfang des Bereitstellens von Arbeitsmitteln nicht ausreichend ab oder können einer AGB-Kontrolle nicht standhalten.

Um dem beizukommen, kann man im Falle von nicht vorhandenen oder unwirksamen individualvertraglichen Vereinbarungen an die gesetzliche Wertung der §§ 611a, 615 S. 3, 618 BGB anknüpfen. Denen ist zu entnehmen, dass der Arbeitnehmer ganz vorrangig dafür vergütet wird, seine Arbeitsleistung zu erbringen.[6] Ebenfalls in der Vergütung enthalten ist die Pflicht, geringwertige Sachmittel wie etwa die Privatkleidung zu nutzen, um die Arbeitsleistung zu erbringen.[7]

Nicht aber, und das ist hier zentral, soll der Arbeitnehmer die essentiellen Arbeitsmittel stets selbst zur Verfügung stellen müssen. Grundlage dessen ist der Gedanke, dass sowohl die Kosten der Arbeitsmittel als auch das Ausfallrisiko bei defekten Arbeitsmitteln in die Risikosphäre des Arbeitgebers fallen sollen, da diese Aspekte über die Pflicht, lediglich die Arbeitsleitung zu erbringen, hinausgehen.[8] Andererseits können Gegenstände, selbst wenn sie essentielle Arbeitsmittel sind, unter bestimmten Umständen trotzdem nicht vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen sein. Auf die

* Die Autorin ist Studentin im Schwerpunkt Arbeitsrecht an der Bucerius Law School. Der Beitrag ist im Rahmen der Probeseminararbeit im Schwerpunktbereich entstanden.

1 https://t1p.de/d4lb, zuletzt besucht 17.06.2022.

2 BAG 10.11.2021, 5 AZR 335/21 = BeckRS 2021, 47855 (folgend: BAG a.a.O.). Zum Entstehungszeitpunkt dieser Probeseminararbeit lag der Volltext des BAG-Urteils noch nicht vor, sodass die ursprüngliche Bearbeitung auf dem vorinstanzlichen Urteil des LAG Hessen 12.03.2021, 14 Sa 306/20 = BeckRs 2021, 15627 (folgend: LAG Hessen a.a.O.) basiert. An relevanten Stellen wurden Anpassungen an das nun vorliegende BAG-Urteil vorgenommen. Da das BAG das LAG Hessen weitgehend bestätigt hat, bleibt es beim Verweis auf das Urteil des LAG Hessen, wenn sich keine Neuerungen ergeben.

3 BAG 12.4.2011, 9 AZR 14/10 = NZA 2012, 97.

4 BAG 16.12.1967, 3 AZR 556/75 = BeckRS 9998, 150625.

5 BAG 16.10.2007, 9 AZR 170/07 = NJW 2008, 1612.

6 LAG Hessen a.a.O. Rn. 26.

7 *Franck*, NZA-RR 2021, 515.

8 LAG Hessen a.a.O. Rn. 26.

Abgrenzung und die daraus folgenden Fragestellungen wird in dieser Arbeit ein Augenmerk gelegt.

Es gibt also drei mögliche Konstellationen: Erstens kann eine Sache ein essentielles Arbeitsmittel sein und der Arbeitgeber muss sie zur Verfügung stellen. Zweitens kann eine Sache ein essentielles Arbeitsmittel sein und der Arbeitgeber muss sie nicht zur Verfügung stellen. Drittens kann die grundsätzlich bestehende Pflicht, ein essentielles Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, individualvertraglich abbedungen werden.

In dieser Arbeit werden die verschiedenen Konstellationen am Beispiel des Lieferando-Falles beleuchtet.

# C. Hauptteil

## I. Definition der essentiellen Arbeitsmittel

Diejenigen Dinge, die als essentielle Arbeitsmittel anzusehen sind, variieren stark nach Art des Betriebs und Charakter und Umfang der Arbeitsleistung.

§ 2 Abs. 1 BetrSichV legaldefiniert Arbeitsmittel als „Werkzeuge, Geräte, Maschinen oder Anlagen, die für die Arbeit verwendet werden, sowie überwachungsbedürftige Anlagen“.[9] Umfasst ist hier aber lediglich der Begriff der Arbeitsmittel im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. In einer Gesamtbetrachtung ist der Begriff weiter zu fassen, denn auch Gegenstände, die keine Werkzeuge, Geräte oder Maschinen im engeren Sinne sind, können Arbeitsmittel sein, wie zum Beispiel ein Fahrrad oder ein Smartphone.[10] Insbesondere gibt es viele Berufsgruppen, gerade im Dienstleistungssektor, die nicht mit Maschinen oder Ähnlichem operieren. Deshalb sind essentielle Arbeitsmittel immer diejenigen Mittel, die für die Durchführung der jeweiligen Arbeit zwingend erforderlich sind.[11]

## II. Maßstab: Unter welchen Voraussetzungen müssen essentielle Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt werden?

Dass der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel grundsätzlich zur Verfügung zu stellen hat, ergibt sich bereits aus dem Gesetz (hierzu unter 1.). In der Rechtsprechung wird der Umfang dieser Regelung sinnvoll konkretisiert und nachgeschärft und klargestellt, unter welchen Umständen die Pflicht des Arbeitgebers entfällt (hierzu unter 2.).

### 1. Gesetzliche Wertung

Gemäß §§ 611a, 615 S. 3, 618 BGB ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Das umfasst nicht nur, dass die Arbeitsmittel zu Beginn der Arbeit bereitstehen müssen, sondern auch, dass sie sich dauerhaft in einem Zustand befinden, der die einwandfreie und sichere Benutzung ermöglicht.[12]

Im Einzelnen regelt § 611a I 1 BGB, dass der Arbeitnehmer „zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit“ verpflichtet ist, und zwar ausschließlich zur Beibringung seiner Arbeitskraft bei einer angemessenen Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte, die er dauerhaft leisten kann, ohne eine Gesundheitsschädigung befürchten zu müssen.[13] Dazu ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die betriebliche Ordnung[14] und verschiedene Treuepflichten gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren.[15] Nicht aber ist dem Wortlaut des § 611a BGB eine Pflicht des Arbeitnehmers zu entnehmen, die für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderlichen Arbeitsmittel bereitzustellen.[16]

Indes legt § 615 S. 3 BGB dem Arbeitgeber das betriebliche Risiko auf. Das bedeutet, dass es in die Risikosphäre des Arbeitgebers fällt, wenn ein Arbeitnehmer, der bereit ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen, es nicht kann, weil die dazu notwendigen Arbeitsmittel nicht vorhanden oder nicht nutzbar sind.[17] Dem immanent ist die Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitsmittel überhaupt zur Verfügung zu stellen.[18]

Zusätzlich wird dem Arbeitgeber in § 618 BGB die Pflicht auferlegt, die für die Verrichtung der Dienste des Arbeitnehmers notwendigen Vorrichtungen und Gerätschaften sicher einzurichten und zu unterhalten. Zwar ist der primäre Zweck dieser Vorschrift der Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer vor den Gefahren, die von den Arbeitsmitteln ausgehen.[19] Dem vorgelagert setzt die Vorschrift voraus, dass die Arbeitsmittel an sich auch vom Arbeitgeber bereitgestellt werden.[20]

### 2. Konkretisierung in Rechtsprechung und Literatur

Der soeben erläuterte Grundsatz, dass der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen hat, ist auch in der Literatur und in der Rechtsprechung anerkannt (hierzu im Folgenden).

Jedoch gilt dieser Grundsatz nicht unbeschränkt. Es haben sich Ausnahmen herausgebildet, nach denen die Pflicht des Arbeitgebers, die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, unter bestimmten Kriterien entfallen kann.

#### a) Selbstverständliche Einsatzpflicht des Arbeitnehmers

Die erste Fallgruppe, bei welcher Rechtsprechung und Literatur eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die essentiellen Arbeitsmittel vom Arbeitgeber bereitgestellt werden müssen, ist die selbstverständliche Einsatzpflicht des Arbeitnehmers.

---

[9] Dazu RL 2009/104/EG und *Kollmer*, in: ArbSchG, § 2 BetrSichV, Rn. 1.
[10] Sinnvoll und bereits implizit im Titel von LAG Hessen a.a.O. und BAG a.a.O. („Arbeitsmittel“)
[11] *Koch*, in: Arbeitsrecht von A-Z, „Arbeitsmittel“.
[12] *Klein*, in: GM/KH, § 12, Rn. 70.
[13] Ausführlich *Spinner*, in: MüKoBGB, § 611a BGB, Rn. 925.
[14] *Spinner*, in: MüKoBGB, § 611a BGB, Rn. 981 f.
[15] *Spinner*, in: MüKoBGB, § 611a BGB, Rn. 993 f.
[16] So auch explizit LAG Hessen a.a.O., Rn. 18 und BAG a.a.O. Rn. 12a).
[17] *Henssler*, in: MüKoBGB, § 615 BGB, Rn. 96.
[18] *Henssler*, in: MüKoBGB, § 615 BGB, Rn. 103, m.w.N.
[19] *Baumgärtner*, in: BeckOKBGB, § 618 BGB, Rn. 1.
[20] Vgl. § 2 VIII S. 1 ArbStättV und *Henssler*, in: MüKoBGB, § 618 BGB, Rn. 35.

Das, was zur selbstverständlichen Einsatzpflicht des Arbeitnehmers gehört, wird bereits mit der Zahlung der Vergütung ausgeglichen und es entsteht kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Bereitstellung solcher Arbeitsmittel.[21]

Umfasst hiervon sind Gegenstände des täglichen Lebens, die notwendigerweise und selbstverständlich im Rahmen des Arbeitsverhältnisses genutzt werden. Dass diese Schaden nehmen oder verschleißen können, fällt in den Risikobereich des Arbeitnehmers, solange der Schaden „arbeitsadäquat" ist.[22] Darunter fallen solche Sachschäden, mit denen der Arbeitnehmer nach Art und Natur des Betriebes und der Arbeitsleitung rechnen muss.

Ein Beispiel dafür ist etwa die Privatkleidung bei einem Bürojob. Der Arbeitgeber muss nicht grundsätzlich Strümpfe zur Verfügung stellen und für Laufmaschen in Strümpfen nicht aufkommen, wenn diese bei einer Tätigkeit im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schaden genommen haben.[23]

#### b) Interessenabwägung

Die prominenteste Abweichung von dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung stellen muss, ist die Interessenabwägung.

Hiernach kann dem Arbeitgeber die Pflicht, essentielle Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen oder dem Arbeitnehmer entsprechende Aufwendungen zu ersetzen, nur dann auferlegt werden, wenn sein Interesse an dem Arbeitsmittel so weit überwiegt, dass das Interesse des Arbeitnehmers vernachlässigt werden kann.[24]

Die Abwägung ist umfassend und verobjektiviert am Einzelfall vorzunehmen. Insbesondere sind die wirtschaftlichen Interessen der Parteien, aber auch Praktikabilitätserwägungen und Erleichterungen im täglichen Leben einzubeziehen. Ebenfalls zu beachten ist, ob es dem Arbeitnehmer freistand, bereits vorhandene Arbeitsmittel zu nutzen, anstatt selbst Aufwendungen zu tätigen.[25] Besonders relevant wird das in Fällen, in denen es um die Erstattung von Kosten für ein Home-Office geht.

Ein Home-Office kann von Vorteil für den Arbeitnehmer sein, der sich so Kosten und Zeit für die Anfahrt erspart. Insbesondere, wenn es dem Arbeitnehmer freistand, ein bereits eingerichtetes Büro zu nutzen, überwiegt sein Interesse an dem Home-Office und der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, für die Kosten aufzukommen.[26]

### III. Pflicht zur Bereitstellung der essentiellen Arbeitsmittel im Lieferando-Fall

Eine grundsätzliche Verpflichtung besteht also nicht und es muss im Einzelfall unter den genannten Kriterien entschieden werden.

Im Lieferando-Fall handelt es sich bei Fahrrad und Mobiltelefon um essentielle Arbeitsmittel, da die Arbeitsleistung darin besteht, Aufträge in einer Smartphone-App anzunehmen und mit dem Fahrrad auszuliefern. Ohne Fahrrad und Mobiltelefon ist die Arbeit schlechthin nicht möglich. Im Prozess ist das zwischen den Parteien unstreitig.[27] Ausgehend von der gesetzlichen Wertung muss der Arbeitgeber also Fahrrad und Smartphone stellen.

Eine selbstverständliche Einsatzpflicht der Arbeitnehmer liegt ebenfalls fern. Die beiden Gegenstände sind so zentral für die Erbringung der Arbeitsleistung, dass ein Verschleiß oder Zerstörung während der Arbeit nicht mehr vom normalen Lebensrisiko erfasst ist. Zudem kann nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass jeder Arbeitnehmer ein Fahrrad und ein (internetfähiges) Mobiltelefon besitzt, so wie es etwa bei Kleidung der Fall ist.

Aber überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an Fahrrad und Mobiltelefon so weit, dass das Interesse der Arbeitnehmer zu vernachlässigen ist? Beleuchtet man zunächst die wirtschaftlichen Interessen, wird klar: Ohne Fahrrad und Mobiltelefon kann kein Arbeitnehmer seine Arbeit verrichten und das Geschäftsmodell des Arbeitgebers würde nicht funktionieren. Zudem hätte ein Fahrrad und ein Mobiltelefon , das nur im Rahmen des Arbeitsverhältnisses genutzt werden darf - in Abgrenzung zu einem Home-Office - keinerlei positive Auswirkungen auf die Lebensgestaltung der Arbeitnehmer. Anders als bei einem Home-Office bedeuten diese Gegenstände keine Erleichterungen oder Vergünstigungen im täglichen Leben, wie es beim Home-Office der Fall sein kann (siehe oben). Ebenfalls standen im hiesigen Fall keine anderen Arbeitsmittel von Seiten des Arbeitgebers zur Verfügung, derer sich der Arbeitnehmer bedienen konnte.[28]

Insgesamt ist also festzuhalten, dass das Interesse des Arbeitgebers an Fahrrad und Mobiltelefon überwiegt.

Der Arbeitgeber ist also verpflichtet, diese Gegenstände als essentielle Arbeitsmittel bereitzustellen.

### IV. Abdingbarkeit dieses Grundsatzes

Jedoch ist der Grundsatz, dass der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung stellen muss, dispositiv und kann durch eine individualvertragliche Vereinbarung abbedungen werden.[29] Eine solche muss abgeschlossen werden und wirksam sein.

#### 1. Inhalt der Abrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Im Lieferando-Fall brachte der Arbeitgeber vor, mit den Arbeitnehmern sei zumindest eine konkludente Vereinbarung darüber getroffen worden, dass diese ihr Mobiltelefon

---

[21] BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02 = NJW 2004, 2036, 2038 mit Verweis auf BAG 10.11.1961, GS 1/60 = NJW 1962, 411, 415.
[22] BAG NJW 1962, 411, 415.
[23] Beispiel leicht verändert aus BAG NJW 1962, 411, 415.
[24] BAG NZA 2012, 97, 99, Rn. 25 f. mit Verweis auf BAG NZA 2008, 1012, 1014, Rn. 21 f.
[25] *Schwiering/Zurel*, ZD 2016, 17, 20.
[26] BAG NZA 2012, 97, 99; *Klein*, NJ 2020, 337.
[27] LAG Hessen a.a.O. Rn. 19; BAG a.a.O. Rn. 18.2.
[28] Abgrenzung zum Home-Office-Fall BAG NZA 2012, 97, siehe ausführlich oben.
[29] BAG a.a.O. Rn. 19 m.w.N.

und ihr Fahrrad selbst und weitgehend auf eigene Kosten - abgesehen von der Reparaturgutschrift - stellen müssen. Das äußere sich darin, dass die Rider anderes Equipment, wie etwa Kleidung und einen Rucksack, vom Arbeitgeber gestellt bekamen. In einer als „Pfandvertrag" (§ 2 III des Arbeitsvertrages) bezeichneten Vereinbarung wurde das verschriftlicht. Indem die Rider also ihre Arbeit in dem Wissen aufnahmen, nur die im „Pfandvertrag" bezeichneten Gegenstände, nicht aber ein Fahrrad und ein Mobiltelefon gestellt zu bekommen, willigten sie nach Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB konkludent ein, diese beiden Gegenstände selbst mitzubringen - so der Arbeitgeber.[30]

## 2. Grundsatz: BYOD-Vereinbarungen sind zulässig

Grundsätzlich steht es den Parteien auch frei, eigene Vereinbarungen zur Beibringung der Arbeitsmittel zu treffen. Besonders bei Dienstleistern, bei deren Tätigkeit keine Arbeit mit schweren Maschinen, sondern lediglich mit Mobiltelefonen, anderen elektronischen Geräten oder Transportmitteln wie Fahrrädern anfällt, ist dieses Modell beliebt. Unter dem Schlagwort „Bring your own device (BYOD)" werden die Vor- und Nachteile und die rechtlichen und praktischen Probleme dieses Modells von Kostenersparnissen, Mitarbeiterbindung und Datenschutz bis hin zur Vermengung von Arbeits- und Freizeit diskutiert.[31]

## 3. BYOD-Vereinbarung im Lieferando-Fall: War sie wirksam?

Solche Vereinbarungen müssen sich an § 138 BGB sowie gegebenenfalls AGB-Klauselverboten messen lassen. Fraglich ist bereits, welche der beiden Regelungen vorrangig zu prüfen ist.

### a) Nichtigkeit nach § 138 BGB

Eine Vereinbarung ist nach § 138 BGB nichtig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Umfasst ist das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.[32]

Fraglich ist aber, ob die Vereinbarung in § 2 III des Arbeitsvertrages überhaupt an § 138 BGB zu messen ist. § 138 BGB ist eine allgemeine Regelung, der die §§ 305 f. BGB als leges speciales vorgehen,[33] jedenfalls, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus Gründen ergeben könnte, die auch für die Prüfung von §§ 305 ff. BGB relevant sind.[34] Wenn es sich bei der BYOD-Vereinbarung um AGB handelt, sind die Vorschriften zur AGB-Kontrolle also vorrangig zu prüfen.[35]

### b) Unwirksamkeit wegen AGB-Klauselverbot

Die Vereinbarung könnte unwirksam sein, wenn es sich dabei um AGB handelt, diese wirksam einbezogen wurden und ein Verstoß gegen eines der Klauselverbote der §§ 309, 308 BGB oder ein Verstoß gegen § 307 BGB vorliegt.

#### aa) Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB

Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle ist gem. § 310 III, IV BGB eröffnet. Der Arbeitgeber handelt als Unternehmer gem. § 14 BGB.

Der Arbeitnehmer müsste Verbraucher gem. § 13 BGB sein. Ob das der Fall ist, war lange umstritten, bis das BAG dem Arbeitnehmer 2005 in einer wegweisenden Entscheidung ausdrücklich die Verbrauchereigenschaft zusprach.[36] Die Literatur stimmt dieser Auffassung mittlerweile fast ausschließlich zu.[37]

#### bb) Der Arbeitsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen

Weiterhin müsste es sich beim Arbeitsvertrag der Rider um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln.

Dazu muss es sich um Vertragsbedingungen handeln, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von einer Vertragspartei gestellt worden sind und nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden, § 305 I BGB.

##### (1) Vertragsbedingungen

Unter „Vertragsbedingungen" ist der Inhalt des Vertrages zu verstehen. Das umfasst Haupt- und Nebenleistungspflichten und deren Modalitäten sowie Bestimmungen über den Abschluss, die Änderung oder der Beendigung von Verträgen.[38]

In § 2 III des Arbeitsvertrages zwischen Lieferando und den Ridern wird folgendes geregelt: „Dem Arbeitnehmer wird ausschließlich für den Einsatz während der Schichten Equipment von B gestellt, die Art des Equipments ist im Pfandvertrag geregelt. […]".[39] Im Pfandvertrag wurde weder ein Fahrrad noch ein Smartphone als Equipment aufgeführt.

§ 2 III des Arbeitsvertrages mit Bezug[40] auf den Pfandvertrag regeln also eine Modalität der Erbringung der Hauptleistungspflicht. Laut dieser Vertragsklausel ist nämlich das zur Verfügung gestellte Equipment bei der Arbeit zu nutzen. Währenddessen impliziert sie, dass darüber hinaus kein Equipment zur Verfügung gestellt wird und insbesondere das Fahrrad und das Smartphone selbst beizubringen sind, (siehe bereits oben).

Es handelt sich folglich um Vertragsbedingungen.

---

30 LAG Hessen a.a.O., Rn. 7.

31 Ausführlich zu BYOD etwa *Imping*, CH, 70.11, Rn. 63 f.; *Bartz/Grotenrath*, CCZ 2019, 184; aufgegriffen von BAG a.a.O. Rn. 14 bb).

32 *Armbrüster*, in: MüKoBGB, § 138 BGB, Rn. 26.

33 Ganz h.M.: *Deinert*, in: AGB-K-A, § 307 BGB, Rn. 40; *Wurmnest*, in MüKoBGB, Vor § 307 BGB, Rn. 10; etwas anderes gilt nur, wenn die Klausel nicht der Inhaltskontrolle unterliegt, beispielsweise mangels Abweichung von einer Rechtsvorschrift (§ 307 III S. 1 BGB). So etwa im Fall BAG NZA 2013, 266, siehe Rn. 14 und 17.

34 *Deinert*, in: AGB-K-A, § 307 BGB, Rn. 40.

35 So auch *Schönhöft*, in: SKA, Ausschlussfristen, Rn. 4 f.

36 BAG NZA 2005, 1111, 1115.

37 *Däubler*, in: AGB-K-A, Einleitung, Rn. 60 f.; *Preis*, in: ErfK, § 310 BGB, Rn. 23; u.v.m.

38 *Deinert*, in: AGB-K-A, § 305 BGB, Rn. 5.

39 LAG Hessen a.a.O., Rn. 5.

40 AGB können auch auf andere Regelungen Bezug nehmen, so *Deinert*, in: AGB-K-A, § 305 BGB, Rn. 4 a.E.

#### (2) Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert

Von einer Vielzahl von Verträgen ist bereits auszugehen, wenn die Bedingungen mindestens drei Verträgen zugrunde liegen.[41] Am 13.09.2021 beschäftigte Lieferando bereits über 5.000 Fahrer, Tendenz steigend.[42] Schon aus Praktikabilitätsgründen ist es wohl höchstwahrscheinlich, dass sich in den meisten der Arbeitsverträge eine Klausel wie § 2 III des Arbeitsvertrages der beiden Rider befindet.

Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie zeitlich bereits vor Vertragsschluss vorliegen, also nicht individuellen Verhandlungen unterliegen.[43] Das ist hier der Fall.

#### (3) „Stellen" der Vertragsbedingungen durch den Arbeitgeber und kein „Aushandeln im Einzelnen"

Es wird gem. § 310 III Nr. 1 BGB gesetzlich vermutet, dass der Arbeitgeber die Vertragsbedingungen stellt. Etwas Abweichendes ist hier nicht ersichtlich. § 2 III des Arbeitsvertrages wurde auch nicht individuell ausgehandelt.

#### (4) Zwischenergebnis

Bei § 2 III des Arbeitsvertrages in Verbindung mit dem Pfandvertrag handelt es sich also um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 I BGB.

### cc) Einbeziehungskontrolle

Weiterhin müssten die AGB auch in den Vertrag einbezogen worden sein.

Grundsätzlich richtet sich die Einbeziehungskontrolle nach § 305 II, III BGB. Nach § 310 IV S. 2 BGB a.E. finden diese Vorschriften auf Arbeitsverträge, wie hier, allerdings keine Anwendung.[44]

Deshalb richtet sich die Einbeziehungskontrolle bei Arbeitsverträgen nach den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen.[45] Insbesondere kommt es also auf die §§ 145 f. BGB an. Die AGB können ausdrücklich oder - anders als bei Verträgen, bei denen § 305 II, III BGB zur Anwendung kommt - auch konkludent einbezogen worden sein.[46]

Eine konkludente Einbeziehung setzt nicht nur voraus, dass der Arbeitgeber erkennbar auf die AGB hinweist und der Arbeitnehmer dem nichts entgegensetzt, viel mehr muss das Verhalten des Arbeitnehmers nach §§ 133, 157 BGB darauf schließen lassen, dass er von den AGB Kenntnis genommen hat oder ihm diese gleichgültig waren.[47]

Im Falle der Lieferando-Rider wurde im Pfandvertrag festgehalten, welches Equipment vom Arbeitgeber gestellt werden sollte. Ein Fahrrad und ein Smartphone fielen jedoch nicht darunter. Die Rider bezahlten ein Pfand in Höhe von 100 Euro, nahmen das zur Verfügung gestellte Equipment in Gebrauch und führten ihre Arbeit mit dem eigenen Fahrrad und dem eigenen Smartphone aus.[48] Daraus ist zu schließen, dass die Rider den § 2 III des Arbeitsvertrages kannten.

Es ist also festzuhalten, dass § 2 III des Arbeitsvertrages als AGB in den Arbeitsvertrag einbezogen wurde.

### dd) Inhaltskontrolle

Bei § 2 III des Arbeitsvertrages handelt es sich um AGB. Auch wurden sie wirksam einbezogen. Weiterhin müsste die Vertragsklausel der Inhaltskontrolle unterworfen sein.

#### (1) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 III BGB

Nach § 307 III BGB unterliegen nur solche Bestimmungen in AGB der Inhaltskontrolle, durch die von gesetzlichen Regelungen abgewichen wird.[49]

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen und ein Fahrrad sowie ein Smartphone mit Datenvolumen sind essentielle Arbeitsmittel für die Rider (s.o.).

Durch § 2 III des Arbeitsvertrages wird konkludent festgelegt, dass die Rider weder ein Fahrrad noch ein Smartphone zur Verfügung gestellt bekommen. Es wird also von der gesetzlichen Regelung abgewichen und die Inhaltskontrolle ist gem. § 307 III BGB eröffnet.

#### (2) Inhaltskontrolle

Mangels Einschlägigkeit eines Klauselverbots nach §§ 308, 309 BGB richtet sich die Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB.

### ee) Maßstab

Hiernach sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, § 307 I BGB. Im Zweifel ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht mehr zu vereinbaren ist, § 307 II Nr. 1 BGB.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich so auszulegen, wie verständige und redliche Vertragspartner unter Einbeziehung ihrer Interessenlage sie verstehen würden.[50] Hierbei kommt es nicht auf die konkreten Vertragspartner, sondern auf das Verständnis einer durchschnittlichen,

---

41 So die h.M.: BAG NZA 2006, 746, Ls. 2; *Deinert*, in: AGB-K-A, § 305, Rn. 15; *Boemke/Ulrici*, in: AR, § 305 BGB, Rn. 11; u.V.m.

42 Quelle: https://t1p.de/d4lb, zuletzt besucht 24.02.2022.

43 *Deinert,* in: AGB-K-A, § 305 BGB, Rn. 8.

44 Instruktiv auch zum vorgelagerten Problem der Bedeutung des § 310 IV S. 2 BGB a.E. und dem Konflikt der Gesetzesbegründung BGBI. 1995 I S. 946 mit dem NachwG *Deinert*, in: AGB-K-A, § 305 BGB, Rn. 38-43; dazu auch *Roloff*, NZA 2004, 1191, 1193.

45 *Deinert*, in: AGB-K-A, § 305 BGB, Rn. 42 f. m.w.N.

46 *Diehn*, NZA 2004, 129, 132.

47 BGH 12.2.1992, 8 ZR 84/91 = NJW 1992, 1232, 1233.

48 LAG Hessen a.a.O Rn. 4.

49 Zum „Rechtslagenvergleich", zwar noch im Rahmen des AGBG, aber dennoch zutreffend *Niebling*, WM 1992, 845.

50 *Baumann*, r + s, 313, 314 und *Grüneberg*, in: GrünebergBGB, § 307 BGB, Rn. 8.

objektiven Person an.[51] Es ist der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen, also auch, ob eine nachteilige Klausel gegebenenfalls durch Vorteile an anderer Stelle ausgeglichen wird.[52]

Das maßgebliche Kriterium für die Beurteilung von AGB ist gem. § 307 II Nr. 1 BGB die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts.[53] Umfasst hiervon sind dispositive Normen,[54] aber auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze und -prinzipien[55] sowie Richterrecht.[56]

Die Klausel muss zudem mit diesen gesetzlichen Bestimmungen „unvereinbar" sein. Unvereinbarkeit liegt nicht bereits bei einer Abweichung von der gesetzlichen Bestimmung vor. Vielmehr ist erforderlich, dass die Klausel mit dem Kernbereich der Norm kollidiert, welcher der Norm ihre Gerechtigkeitsfunktion verleiht.[57]

Ob eine Unvereinbarkeit vorliegt, muss im Rahmen einer Interessenabwägung, die die Belange beider Parteien berücksichtigt, festgestellt werden. Indizwirkung hat insbesondere der Umfang, in dem von der gesetzlichen Regelung abgewichen wird.[58]

#### ff) Subsumtion

Im Fall der Lieferando-Rider ist die Auslegung des § 2 III des Arbeitsvertrages maßgeblich.

Vom oben genannten Maßstab der verständigen Vertragspartner ausgehend ist die Klausel so zu verstehen, als dass nur die im Pfandvertrag aufgeführten Gegenstände als Equipment vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden. Hierunter fallen weder ein Fahrrad noch ein Mobiltelefon. Da die Klausel eindeutig ist, ist eine anderweitige Auslegung nicht denkbar.

Aus der Gesamtheit des Vertrages ergibt sich außerdem - soweit erkennbar - kein Vorteil für die Arbeitnehmer, der diese Regelung kompensieren würde. Insbesondere handelt es sich bei dem Job als Lieferando-Rider mit einer Vergütung von ca. 10 Euro pro Stunde plus eventuellem Trinkgeld[59] um einen Job mit eher geringer Vergütung. Das bedeutet, dass die Nutzung eines eigenen Fahrrades und eigenen Smartphones nicht schon durch eine hohe Vergütung abgegolten und somit unbeachtlich ist.[60]

Außerdem stellt § 2 III des Arbeitsvertrages eine drastische Abweichung vom gesetzlichen Leitbild dar. Der Gesetzgeber sieht gem. §§ 611a, 615 S. 3, 618 BGB vor, dass der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen hat. Hier regelt § 2 III des Arbeitsvertrages aber das genaue Gegenteil. Der Arbeitnehmer wird nämlich verpflichtet, die beiden Arbeitsmittel, die am zentralsten für seine Tätigkeit sind - Fahrrad und Smartphone - gerade selbst mitzubringen. Damit die Regelung noch dem gesetzlichen Leitbild entspricht, wäre eine weitgehende Kompensation in Geld durch den Arbeitgeber erforderlich. So würde dem gesetzlichen Leitbild wieder Folge geleistet werden, denn obgleich der Arbeitnehmer seine eigenen Gegenstände einbrächte, käme doch der Arbeitgeber dafür auf.[61]

Einwenden könnte man, dass den Ridern sehr wohl eine Kompensation gezahlt wurde: 25 Cent pro geleisteter Arbeitsstunde konnten bei einer vom Arbeitgeber bestimmten Werkstatt zur Fahrradreparatur abgerufen werden. Jedoch kann die Art und Höhe der Kompensation einer genaueren Überprüfung nicht standhalten. Nimmt man exemplarisch einen Vollzeit-Rider bei Lieferando, der fünf Mal pro Woche acht Stunden im Dienst ist, erhält er lediglich $(8 \cdot 5) \cdot 0,25 = 10$ Euro Reparaturguthaben in der Woche, also ca. 40 Euro im Monat. Geht man davon aus, dass ein durchschnittlicher Rider 44 km in einer achtstündigen Schicht fährt[62], fährt er im Monat $(44 \cdot 5) \cdot 4 = 880$ Kilometer.

Die Instandhaltung eines Fahrrades ist jedoch um Einiges teurer, gerade, wenn es sich - wie bei den meisten Lieferanten - um ein E-Bike handelt: Eine Inspektion, die alle 2.000 Kilometer erforderlich ist, kostet bereits ca. 90 Euro. Hinzu kommen die entsprechend erforderlichen Ersatzteile, die je nach Bedarf zwischen 20 und mehreren hundert Euro kosten und die Arbeitszeit der Fahrradwerkstatt für etwaige Reparaturen.[63] Darüber hinaus ist fraglich, wie mit dem Risiko des Arbeitnehmers, seine Schicht beispielsweise aufgrund eines Plattens nicht antreten zu können, umzugehen ist und auch mit seinem Aufwand, das Fahrrad selbst zur Reparatur zu bringen (dazu sogleich ausführlich unter V./2./c.). Hinzu ist die Regelung, dass das Guthaben nur bei von Lieferando ausgewählten Werkstätten eingelöst werden kann, auch nachteilig für den Arbeitnehmer, der gegebenenfalls längere Wegzeiten hat und nicht frei entscheiden kann. Insgesamt wird man in Anbetracht all dieser Faktoren kaum von Kosten von unter 150 Euro monatlich ausgehen können.[64] Der von Lieferando gezahlte „Reparaturkostenbetrag" ist also schlechthin unangemessen.

Darüber hinaus werden Smartphone und Datenvolumen gar nicht kompensiert, obgleich auch hierfür monatliche Kosten von ca. 40 Euro anfallen.[65]

Nach alledem ist also festzuhalten, dass die Klausel mit dem Kernbereich der gesetzlichen Pflicht des Arbeitgebers, essentielle Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, kollidiert

---

[51] *Honsell*, ZfPW 2016, 106, 114.

[52] LAG Hessen a.a.O. Rn. 23 und *Wurmnest*, in: MüKoBGB, § 307 BGB, Rn. 35 f.

[53] Ständige Rechtsprechung seit BGH 8.5.1973, 4 ZR 158/71 = NJW 1973, 1194.

[54] Nicht: zwingende Normen, so die h.M, etwa.: *Grüneberg*, in: GrünebergBGB, § 307 BGB, Rn. 28 f.; *Coester*, in: StaudingerBGB, § 307 BGB, Rn. 232 und *Walser*, in: AGB-K-A, § 307 Rn. 217, da ein Verstoß gegen solche schon nach § 134 BGB nichtig ist.

[55] BGH 1.12.1981, KZR 37/80 = NJW 1982, 644.

[56] BGH 8.7.1993, 7 ZR 79/92 = NJW 1993, 2738, Grundsatz wurde aufgegriffen vom BAG, z.B. in BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10 = NZA 2012, 561.

[57] *Walser*, in: ABG-K-A, § 307 BGB, Rn. 223 und *Coester*, in: StaudingerBGB, § 307 BGB, Rn. 230.

[58] *Walser*, in: AGB-K-A, § 307 BGB, Rn. 224; *Coester*, in: StaudingerBGB, § 307 BGB, Rn. 244 f.

[59] Quelle: https://t1p.de/iog3., zuletzt besucht 11.02.2022.

[60] So auch *Kaempf*, ArbRAktuell 2021, 399.

[61] BAG a.a.O., Rn. 25-26.

[62] Heruntergerechnet von den Angaben in https://t1p.de/d4lb, zuletzt besucht 13.02.2022.

[63] https://t1p.de/tuc6, zuletzt besucht 13.02.2022.

[64] Ausgehend von Reparaturkosten in Höhe von 100 Euro und Ausfallkosten in Höhe von 50 Euro.

[65] Exemplarisch https://t1p.de/ki190, zuletzt besucht 13.02.2022.

und dessen Gerechtigkeitsfunktion in seinem Kernbereich angreift.

Das gesetzlich gebilligte Interesse der Arbeitnehmer, sichere Arbeitsmittel nutzen zu können, für solche nicht selbst aufzukommen und nicht das Betriebsrisiko zu tragen, wird durch diese Regelung gänzlich vernachlässigt. Auch, so sollte man meinen, hat der Arbeitgeber selbst ein Interesse daran, dass Rider nicht aufgrund kaputter Räder oder Handys ausfallen. Auch diesem Interesse kann die Regelung nicht gerecht werden. Ein berechtigtes Interesse daran, dass die Arbeitnehmer ihre eigenen Gegenstände ohne hinreichende Kompensation nutzen, hat der Arbeitgeber nicht. Es handelt sich hier um einen eklatanten Widerspruch zur gesetzlichen Regelung.

#### gg) Zwischenergebnis

Die AGB-Inhaltskontrolle ergibt, dass eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer vorliegt. Nach alledem ist § 2 III des Arbeitsvertrages wegen § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam.

#### hh) Rechtsfolge, § 306 BGB

§ 306 BGB normiert die Rechtsfolgen für den Fall, dass eine AGB-Klausel nicht einbezogen wurde oder unwirksam ist.

Gem. § 306 I BGB bleibt der Vertrag trotz der unwirksamen Regel im Übrigen wirksam. Das bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis mit den Haupt- und Nebenpflichten bestehen bleibt.[66] Ein Entfernen der unwirksamen Regelung im Rahmen eines sogenannten „Blue-Pencil-Tests“[67] kommt hier nicht in Frage, da es ja gerade nicht um eine ausgeschriebene Regelung geht, sondern um die Schlussfolgerung, die aus der Regelung des § 2 III des Arbeitsvertrages gezogen wird.

Weiterhin regelt § 306 II BGB, dass an die Stelle der unwirksamen Regelung die gesetzliche Regelung tritt. Teilweise wird daran gezweifelt, ob die Regelung europarechtskonform ist, da sie die Interessen des Verwenders begünstige, der die unwirksame Klausel überhaupt benutzt hat, indem an der Gesamtwirksamkeit des Vertrages nicht gerüttelt wird.[68] Hier liegt der Fall aber anders: Wäre der Vertrag unwirksam, würde es insbesondere den Arbeitnehmer benachteiligen, der seinen Job verlieren würde. In einer solchen Konstellation ist § 306 II BGB als europarechtskonform zu klassifizieren.[69]

Hier tritt also die gesetzliche Regelung an die Stelle des unwirksamen § 2 III des Arbeitsvertrages. Die essentiellen Arbeitsmittel, Smartphone und Fahrrad, sind danach vom Arbeitgeber zu stellen.

#### ii) Zwischenergebnis

Bei § 2 III des Arbeitsvertrages handelt es sich um nach § 307 II BGB unwirksame AGB, an dessen Stelle die gesetzlichen Vorschriften treten.

## V. Arbeitsmittel bereits verwendet: Aufwendungsersatz nach § 670 BGB analog

Grundsätzlich trifft den Arbeitgeber also die Pflicht, die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Die einzige Möglichkeit ist das aber nicht.

Es kann durchaus vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer eigene Arbeitsmittel mitbringt. Das prominenteste Beispiel hierfür ist, wie oben erläutert, die BYOD-Vereinbarung. Aber auch, wenn ein Arbeitnehmer einmal spontan eine eigene Sache - etwa einen PKW - im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nutzen muss, ist das nicht pauschal unzulässig. Auch muss eine Regelung für den Fall bestehen, dass die Arbeitsmittel bereits benutzt wurden und ein nachträgliches Bereitstellen durch den Arbeitgeber für den Arbeitnehmer keine Vorteile mehr ergibt.

Für diese beiden Konstellationen ist vorgesehen, dass ein angemessener Aufwendungsersatz nach § 670 BGB analog von Seiten des Arbeitgebers gezahlt wird.[70] Verfolgt wird hiermit der Zweck, Kosten und Risiko für Betriebsmittel wieder auf den Arbeitgeber zu verlagern, wie die gesetzliche Ausgangslage es auch vorsieht.

### 1. Grundlagen und Wertung des § 670 BGB

§ 670 BGB normiert, dass derjenige, der für einen anderen einen Auftrag ausführt, die Aufwendungen ersetzt bekommt, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die vom Beauftragten getätigt werden, um den Auftrag auszuführen.[71] Der Zweck der Vorschrift ist somit, dass der Beauftragte durch die Auftragsausführung weder besser noch schlechter gestellt wird, als wenn er den Auftrag nicht ausgeführt hätte. Das bedeutet, dass ihm die Aufwendungen, die er tätigen musste, ersetzt werden. Darüber hinaus gibt es aber keine Vergütung dafür, dass der Auftrag ausgeführt wurde.[72] Das Risiko der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der beauftragten Handlung trägt hierbei der Auftraggeber; auch, wenn es im Nachhinein keinerlei Vorteil für den Auftraggeber hatte, dass der Auftrag ausgeführt wurde, tritt die Ersatzpflicht ein.[73]

### 2. § 670 BGB in Arbeitsverhältnissen

#### a) Direkte Anwendung des § 670 BGB

Zunächst stellt sich die Frage, ob § 670 BGB nicht schon direkt angewandt werden könnte. Dazu müsste das Arbeitsverhältnis ein unentgeltlicher Auftrag oder eine entgeltliche Geschäftsbesorgung sein.

Dass das Arbeitsverhältnis kein unentgeltlicher Auftrag gem. § 662 BGB ist, ergibt sich schon daraus, dass es zentraler Bestandteil des Arbeitsverhältnisses ist, dass ein Lohn oder Gehalt bezahlt wird.[74] Die Frage, ob es sich

---

66 Instruktiv *Schlosser*, in: StaudingerBGB, § 306 BGB, Rn. 2 f.
67 Erläuternd *Schlewing*, NZA-Beil. 2012, 33.
68 *G. v. Westphalen*, NJW 2019, 2214.
69 So zutreffend *Stadler*, in: JauernigBGB, § 306 BGB, Rn. 5a.
70 So die ganz h.M.: statt aller BAG 23.11.2006, 8 AZR 701/05 = NZA 2007, 870; *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 670 BGB, Rn. 5.
71 *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 670 BGB, Rn. 8.
72 *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 670 BGB, Rn. 1.
73 *Schwab*, in: D-L-L, § 670 BGB, Rn. 1.
74 So auch *Preis*, in: ErfK, § 611a BGB, Rn. 101.

bei Arbeitsverträgen als Dienstverträge um Geschäftsbesorgungsbesorgungsverträge nach § 675 BGB handelt, ist umstritten.[75] Ganz vorrangig wird jedoch unabhängig von diesem Streit davon ausgegangen, dass die in § 675 BGB erwähnten Regelungen bei Arbeitsverträgen zwar nicht direkt, aber analog angewendet werden können.[76] Im Ergebnis kann der Streit jedoch dahinstehen, da es nicht darauf ankommt, on § 670 BGB nun direkt oder analog angewendet wird.

### b) Analoge Anwendung des § 670 BGB

Der Rechtsgedanke der §§ 662 f. BGB, dass der Beauftragte durch den Auftrag keinen Nachteil erleiden soll, ist verallgemeinerungsfähig und insbesondere auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, obgleich der Arbeitnehmer nicht unentgeltlich im Sinne des § 662 BGB tätig wird.[77] Da es im Arbeitsvertragsrecht keine Regelung gibt, die dem § 670 BGB gleichkommt, das Interesse der Arbeitnehmer, eventuelle Aufwendungen ersetzt zu bekommen, jedoch besteht, ist eine analoge Anwendung der Vorschrift geboten. § 670 BGB kommt analog zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer Aufwendungen tätigt, die nicht bereits von der Vergütung abgedeckt sind.[78]

Grundsätzlich besteht der Anspruch und eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn die Aufwendung im überwiegenden Interesse des Arbeitnehmers liegt (siehe bereits oben). Das kann etwa bei der Einrichtung eines Home-Office der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer es sich selbst ausgesucht hat, im Home-Office zu arbeiten und dadurch Zeit und Kosten für den Weg zum eigentlichen Arbeitsplatz spart.[79]

### c) Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zum Auftragsrecht: Risikoausgleich erforderlich

Außerdem soll mit dieser Arbeit ein neuer Ansatz angebracht werden, zu welchem in Rechtsprechung und Literatur noch keine Stellung genommen wurde.[80]

Nach hiesiger Auffassung grenzt sich ein Arbeitsverhältnis so stark von einem normalen Auftragsverhältnis ab, dass daraus Konsequenzen gezogen werden müssen.

Bei einem Auftrag handelt es sich um eine meist einmalige, punktuelle Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und der Auftrag ist nach § 662 BGB ausdrücklich unentgeltlicher Natur. An diese Wertung knüpft § 670 BGB an, der dem Beauftragten Ersatz für seine konkret gemachten Aufwendungen, aber nichts darüber hinaus, zuspricht.

Währenddessen handelt es sich bei einem Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis. Außerdem ist es entgeltlich: die Zahlung des Arbeitslohnes oder des Gehalts ist die zentrale Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers.

Wenn der Arbeitnehmer also entgegen der gesetzlichen Wertung (§ 615 S. 3 BGB) Arbeitsmittel selbst bereitstellt, trägt er aufgrund des Umstandes, dass das Arbeitsverhältnis anders als der Auftrag ein Dauerschuldverhältnis ist, ständig das Risiko, dass einer seiner Gegenstände vorübergehend nicht zur Verfügung steht. Beispielsweise kann ein Fahrrad mal einen Platten haben oder auch gestohlen werden, ein Smartphone kann ebenfalls relativ leicht kaputtgehen. Der Schaden an den Gegenständen selbst wird durch eine wirksame BYOD-Vereinbarung kompensiert.

Nicht aber ist der Verdienstausfall erfasst, der dadurch entsteht, dass die Arbeit aufgrund eines fehlenden Arbeitsmittels nicht geleistet werden kann. Dann hätte der Arbeitnehmer unter Umständen einen signifikanten Verdienstausfall. Darüber hinaus hätte der Arbeitnehmer auch den zeitlichen Aufwand, seine selbst mitgebrachten Arbeitsmittel zur Reparatur zu bringen, abzuwarten und sie wieder abzuholen.

Beide Risikofaktoren sind nach der gesetzlichen Wertung eigentlich der Sphäre des Arbeitgebers zugeordnet. Hier werden sie aber auf den Arbeitnehmer übertragen.

Für dieses Risiko - das unter Umständen zu größeren Verdienstausfällen für den Arbeitnehmer führen kann - sieht § 670 BGB keinen Ersatz vor. Im Auftragsrecht ist das auch nicht erforderlich, im Arbeitsverhältnis aufgrund des Charakters als Dauerschuldverhältnis aber schon.

Jedoch ist es problematisch, das konkrete Risiko zu beziffern, das für den Fall des Schadenseintritts besteht und es so als regelmäßige Zahlung in die BYOD-Vereinbarung einzupreisen. Hierfür wären exakte Statistiken erforderlich, wie oft ein Rider eine Schicht nicht antreten kann, weil sein Fahrrad oder Smartphone ausfällt. Ebenfalls schwierig ist es, dem Arbeitgeber monatliche Fixkosten für ein Risiko aufzuerlegen, welches sich noch gar nicht realisiert hat. Das würde einer Bestrafung für die eigentlich zulässige Nutzung einer BYOD-Regelung gleichkommen.

Statt eines theoretischen Fixkostenbetrages zum Risikoausgleich, der schlechthin unmöglich zu ermitteln ist, ist also Ausweitung des § 670 BGB analog auf den Lohnausfall im tatsächlichen Schadensfall zu erweitern. Das bedeutet: Wenn ein Arbeitnehmer aufgrund eines unverschuldet defekten, eigenen Arbeitsmittels einen Verdienstausfall erleidet, ist der Verdienstausfall zu zahlen. Mit der BYOD-Vereinbarung wäre regelmäßig nur der Ersatz für das defekte Arbeitsmittel abgegolten.

Deshalb ist nach hiesiger Ansicht eine teleologische Extension des § 670 BGB analog im Arbeitsverhältnis erforderlich, die auch den Verdienstausfall umfasst, der aus defekten eigenen Arbeitsmitteln resultiert. Das dient der Wiederherstellung der gesetzlich vorgesehenen Risikoverteilung des § 615 S.3 BGB.[81]

---

[75] *Mansel*, in: MüKoBGB, § 675 BGB, Rn. 5.

[76] So *Preis*, in: ErfK, § 611a BGB, Rn. 130; *Reichold*, NZA 1994, 488; BAG 12.3.2013 = NJW 2013, 2923.

[77] So statt aller BAG NZA 2012, 97, Rn. 25 (m.w.N.)

[78] *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 670 BGB, Rn. 5.

[79] Vgl. *Tödtmann*, in: ArbR-Krisen, Abschnitt B, Rn. 142 f.; BAG NZA 2012, 97.

[80] Zum Zeitpunkt der Entstehung der Arbeit traf das zu. Das BAG hat die Problematik in der Volltextveröffentlichung kurz angerissen, vgl. BAG a.a.O. Rn. 28.

[81] Die Intention des Gesetzgebers, dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko auf-

### 3. Aufwendungsersatz im Lieferando-Fall

Im vorliegenden Fall waren die Fahrräder und Smartphones der Rider bereits in Benutzung, sodass ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB analog in Frage kommt. Der Anspruch umfasst die absoluten Nutzungskosten für Fahrrad und Smartphone sowie den Risikoausgleich im Schadensfall.

### VI. Ergebnis

Die Rider haben alternativ einen Anspruch auf einen angemessenen Ersatz und einen Risikoausgleich für das eigene Fahrrad und Smartphone oder einen Anspruch darauf, diese beiden Gegenstände vom Arbeitgeber für die Ausübung der Arbeit zur Verfügung gestellt zu bekommen.

## D. Zusammenfassung, Ausblick und Praxishinweise

Die Quintessenz der Arbeit ist dreierlei:

Zunächst wurde die Definition des Begriffes der essentiellen Arbeitsmittel herausgearbeitet. Die dahinterstehende gesetzliche Wertung, dass der Arbeitgeber gem. §§ 611a, 615 S. 3, 618 BGB die essentiellen Arbeitsmittel zu stellen hat, dient dem Schutz der Arbeitnehmer vor Finanzaufwand und Ausfallrisiko.

Darüber hinaus wurde die arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle beleuchtet. Eine solche wird zum Schutz der Arbeitnehmer durchgeführt und ist ein Instrument, um sicherzustellen, dass im Arbeitsvertrag nicht so weit vom Grundgedanken der gesetzlichen Wertung abgewichen werden kann, dass der Gerechtigkeitskern der gesetzlichen Regel abbedungen wird. Insbesondere für Arbeitnehmer in niedrig bezahlten Jobs sind solche Schutzmechanismen relevant, denn bei ihnen ist es häufig so, dass ungünstige vertragliche Regelungen gerade nicht durch eine hohe Vergütung kompensiert werden.

Drittens sind Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer verpflichten, eigene Arbeitsmittel mitzubringen, nicht grundsätzlich unwirksam. Sofern eine angemessene Entschädigung nach § 670 BGB analog hierfür gezahlt wird, kann eine solche Vereinbarung rechtswirksam getroffen werden. Nach hiesiger Ansicht muss der Umfang des Ersatzes nach dieser Vorschrift aufgrund des besonderen Charakters von Arbeitsverhältnissen nicht nur ein Nullsummenspiel sein, sondern auch etwaige Risiken, die der Arbeitnehmer dann trägt, einpreisen. In der Praxis ist das Einpreisen eines Risikos schwer umsetzbar (siehe bereits oben), sodass eine Ersatzpflicht im tatsächlichen Schadensfall an dessen Stelle tritt. So wird nicht nur der unbenutzbare Gegenstand selbst, sondern auch der daraus folgende Verdienstausfall kompensiert.

Der Lieferando-Fall hat sowohl rechtsdogmatisch als auch arbeitspolitisch für Aufsehen gesorgt.

Erstmals wurde Arbeitnehmern ein einklagbarer Anspruch auf das Zur-Verfügung-Stellen der essentiellen Arbeitsmittel zugesprochen, was ein weiterer Schritt in Richtung Schutz der Arbeitnehmer ist. Vorher waren sie allenfalls auf eine nachträgliche Geltendmachung ihrer Aufwendungen nach § 670 BGB analog verwiesen. Unter Umständen kann das nachteilig sein. Das ergibt sich schon daraus, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsmittel - gegebenenfalls größere Geldbeträge oder Gegenstände erheblichen Wertes - zunächst auslegen musste und so zeitweise über weniger wirtschaftliche Mittel verfügen konnte. Auch kann es unangenehm und aufwändig für den Arbeitnehmer sein, Rückforderungen gegen den Arbeitgeber geltend zu machen.

Dass Lieferando seine Arbeitnehmer vor dem Urteil des BAG verpflichtete, ihr eigenes Fahrrad und ihr eigenes Smartphone zu nutzen und eine so geringe Kompensation zahlte, dass der Betrag eigentlich gar nicht als solcher zu bezeichnen ist, ist schlechthin unangemessen. Solche Arbeitnehmer sind aufgrund ihres geringen Einkommens hier besonders schutzwürdig. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel zu stellen hat. Für einen Bürojob muss schließlich auch niemand seinen eigenen Schreibtisch mitbringen. Die eigentlich offensichtliche Wertung schlägt sich auch in der gesetzlichen Regelung nieder. Sie durch die AGB gänzlich abzubedingen, läuft dem Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung vollständig zuwider.

Zudem ist es für ein großes, sehr solventes Unternehmen wie Lieferando ein geringer Kostenaufwand, den Mitarbeitern die essentiellen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Währenddessen ist es für den einzelnen Rider, der sowieso ein eher geringes Einkommen hat, ein großer Aufwand, teure Gegenstände wie ein Fahrrad oder ein Smartphone selbst beizubringen. Doch mit dem Nutzen der eigenen Gegenstände ist es nicht getan. Wenn etwas kaputtging, fiel das unter das Risiko der Rider, die so ihre Schichten nicht wahrnehmen konnten und erhebliche Verdienstausfälle zu beklagen haben. Das Nutzen eigener Gegenstände birgt in dieser Konstellation also auch ein hohes Finanzrisiko für Personen mit einem ohnehin niedrigen Einkommen.

Insgesamt ist also festzuhalten, dass die beiden Rider, die gegen Lieferando vor Gericht gezogen sind, allen als Lieferanten beschäftigten Personen einen großen Gefallen getan haben. Mit dem Urteil konnte ein Stück Gerechtigkeit für diesen Job gewonnen werden. Lieferdienste sind omnipräsent auf Deutschlands Straßen und erlebten besonders in Corona-Zeiten einen massiven Zuwachs. Allein Lieferando beschäftigte 2021 in Deutschland über 5.000 Arbeitnehmer, Tendenz steigend.[82] All diese Arbeitnehmer können jetzt also einen Anspruch auf die essentiellen Arbeitsmittel oder auf einen angemessenen Ausgleich geltend machen.

Auch für andere Bereiche könnte das Urteil relevant werden. Zum Beispiel wird teils eine Pflicht zur anteiligen Miet- oder Internetzahlung für Arbeitnehmer im Home-Office nach § 670 BGB analog arbeitsvertraglich ausgeschlossen. Ob derartige Ausschlüsse wirksam sind, ist vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung zumindest fraglich.[83]

zuerlegen, kommt zum Ausdruck in den BT-Drs. 14/6857, 48 und BT-Drs. 14/7052, 204.

[82] Quelle: https://t1p.de/d4lb, zuletzt besucht 16.02.2022.

[83] *Lembke/Fischels/Djordjevic*, NJW 2022, 127.

Cathleen-Florentine Woelcke*

# Inwiefern die Auslieferung von Unionsbürgern durch Deutschland an Drittstaaten eine (ungerechtfertigte) Diskriminierung darstellt

## A. Einführung

Frankfurter Flughafen, 2013. Ein Italiener (Pisciotti) auf der Durchreise von Nigeria in sein Heimatland Italien, landet in Frankfurt zwischen und wird von deutschen Sicherheitskräften festgenommen. Die Verhaftung erfolgte aufgrund von Straftaten, die Pisciotti in den USA als Teil eines Kartells begangen haben soll und wegen derer er auf der Fahndungsliste von Interpol stand. Nach seiner Festnahme in Deutschland beantragten die USA die Auslieferung, da gegen Pisciotti in den USA ein Haftbefehl wegen eben dieser Taten erlassen worden war. Gegen gerichtliche Entscheidungen für die Zulässigkeit der Auslieferung geht Pisciotti erfolglos vor, sodass er 2014 in die USA ausgeliefert wird. Der Deutsche Bangert, der mit Pisciotti zusammen Teil des Kartells war, gegen den ebenfalls ein Haftbefehl vorlag und der sich ebenso in Deutschland befand, wurde unter Verweis auf das Auslieferungsverbot des Art. 16 II 1 GG nicht ausgeliefert. Vorliegend befanden sich also zwei Unionsbürger, ein Deutscher und ein Italiener, in der exakt gleichen Situation und wurden doch unterschiedlich behandelt.

Anliegen dieser Arbeit soll es sein, nach grundlegender Auseinandersetzung mit Art. 16 II GG, eine vielschichtige Betrachtung des Vorwurfes einer diskriminierenden Ungleichbehandlung von Unionsbürgern vorzunehmen auf der Grundlage, dass Art. 16 II 1 GG nicht unionsrechtskonform auf diese angewandt wird. Wichtige Faktoren, denen hierfür Beachtung geschenkt werden sollen, sind unter anderem der Wert und die Reichweite der Unionsbürgerschaft im Auslieferungsrecht, die Frage nach der Eröffnung des Unionsrechts im Rahmen nationaler Rechtsprechung und das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Die Bearbeitung erfolgt hierbei sowohl exemplarisch an ergangenen Urteilen, als auch abstrahiert vom Einzelfall, diskutiert kritisch Diskrepanzen zwischen Rechtsprechung und Literatur und bemüht sich logische Thesen aus der Rechtsprechung von Europäischem Gerichtshof (EuGH) und Bundesverfassungsgericht (BVerfG) abzuleiten, um schlussendlich zu einer allgemeingültigen, fundierten und differenzierten Antwort auf die Frage zu gelangen, inwiefern Deutschland rechtlich daran gehindert ist Unionsbürger an Drittstaaten auszuliefern.

## B. Grundlegende Erwägungen bezüglich Art. 16 II GG

Dreh- und Angelpunkt der Kontroverse bezüglich der Auslieferung von EU-Bürgern durch Deutschland an Drittstaaten ist Art. 16 II GG. Um später die Thematik der unionsrechtskonformen Auslegung behandeln zu können, ist ein erstes, eingrenzendes Verständnis der Dimensionen und des Umfanges dieses Artikels selber, unabdingbar.

Das Auslieferungsverbot ist ein seit dem Mittelalter bestehender Grundsatz, der Ausdruck der Souveränität des Staatsoberhauptes und später des Staates war. Fortlaufend finden sich vergleichbare Regelungen durch alle Epochen hindurch[1] und bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts hatte sich die Nichtauslieferung deutscher Staatsangehöriger als „gemeindeutscher Rechtsgrundsatz“ verfestigt.[2] 1919 wurde das Auslieferungsverbot erstmals als Art. 112 III[3] zu Verfassungsrang erhoben. Nach Ende des zweiten Weltkrieges und der Besetzung Deutschlands stand der Auslieferung Deutscher an das Ausland zwischenzeitlich keinerlei rechtliche Regelung entgegen. Erst Art. 7 HLV[4], der vom Herrenchiemseer Verfassungsentwurf weitgehend als neuer Art. 4 übernommen und in ein Auslieferungsverbot in Absatz eins und Asylrecht in Absatz zwei gegliedert wurde, änderte dies. Während das Asylgrundrecht ein Vorbild hatte[5], stellte das „Grundrecht auf Auslieferungsfreiheit“[6] ein absolutes Novum dar.[7] Geprägt wurde der Beschluss des Art. 4 maßgeblich durch den Souveränitätsaspekt eines Auslieferungsverbotes und die Besatzungssituation durch die Alliierten.[8]

Das kategorische Verbot der Auslieferung deutscher Staatsbürger bestand bis in die 1990er Jahre fort. Trotz erster „Entwicklung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit auf UN-Ebene“[9] Anfang der 1990er Jahre, führte erst die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofes 1998 dazu, dass in Deutschland eine Änderung des protektionistischen[10] Art. 16 II GG angestoßen wurde.[11] Für diese Änderung wurde primär angeführt, dass eine strikte Bevorzugung eigener Bürger und die Abschottung gegenüber Justizzugriffen anderer Staaten nicht mehr zeitgemäß war, da der singulär agierende Nationalstaat in Zeiten der EU in den Hintergrund

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Die Arbeit ist im Rahmen des Seminars „Moderne Probleme im (Wirtschafts-)Strafrecht“ entstanden.

1 Vgl. §29 der Reichskammergerichtsordnung vom 7.8.1495; Art. VIII, §1 des Friedensvertrages von Osnabrück vom 14./24.10.1648; Bundesbeschluss der Deutschenbundesversammlung vom 26.1.1854.
2 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 8 – 10.
3 „Kein Deutscher darf einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung überliefert werden“.
4 „Kein Deutscher darf einer fremden Macht ausgeliefert werden. Fremde genießen den Schutz vor Auslieferung und Ausweisung, wenn sie unter Verletzung der in dieser Verfassung niedergelegten Grundrechte im Ausland verfolgt werden und nach Hessen geflohen sind“ (1946).
5 vgl. Art. 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UN-Generalversammlung vom 10.12.1948.
6 BVErfGE 113, 273 (296).
7 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 18.
8 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 24.
9 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 27.
10 Vgl. *Zimmermann/Tams*, in: Berliner Kommentar GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 64 f.; *U.Becker*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 64.
11 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 27 – 29.

getreten war und seine Berechtigung verloren hatte.[12]

Trotz der nicht unerheblichen Historie des Auslieferungsverbotes, ist es kein Bestandteil der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG[13]. Das BVerfG formulierte die Antwort auf diese Frage wie folgt: „Die Auslieferung Deutscher verstößt, jedenfalls bei Beachtung der verfassungsrechtlichen Bindungen, nicht gegen die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze. Weder wird durch eine rechtsstaatlichen Grundsätzen gehorchende Auslieferung Deutscher deren Menschenwürde verletzt noch werden dadurch die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG angetastet“[14].

In seiner heutigen Form schützt Art. 16 II GG alle deutschen Staatsbürger im Sinne des Art. 116 I GG vor Auslieferungen, also vor der „Entfernung einer Person durch einen Grundrechtsverpflichteten aus dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland und Überstellung an eine ausländische Hoheitsgewalt auf deren Ersuchen“[15]. Art. 16 II GG wohnt hierbei eine doppelte Teleologie inne, die sowohl staatliche als auch individual-rechtliche Facetten umfasst. Aus staatlicher Sicht soll Art. 16 II GG und das hierin verkörperte Verbot der Auslieferung eigener Staatsbürger Ausdruck der staatlichen Souveränität sein, sowie des aus der Personalhoheit der Staaten fließende Rechts, seine Bürger nicht an fremde Länder ausliefern zu müssen. Hierneben tritt noch eine individualrechtliche Komponente, wonach die Bürger „nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden (sollen und) jeder Staatsangehörige […] vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen bewahrt werden“[16] soll.[17] Von Teilen der Lehre wird zudem angeführt, dass Sinn und Zweck seien, dass der Staatsbürger nur nach Recht bewertet wird, das er als mündiger Bürger selbst mit legitimiert hat.[18]

## C. Auslieferungen als zu rechtfertigender Eingriff?

Auslieferungen sind schon lange Zeit prägende Komponente des zwischenstaatlichen Zusammenlebens gewesen, die durch bilaterale Absprachen und Verträge geregelt wurden. Mit Entstehung von Staatenbunden, wie der EU, ergibt sich jedoch ein neues internationales Handlungsumfeld. Gerade durch Ausflüsse dieser veränderten Umstände, wie z.B. der Unionsbürgerschaft, eröffnen sich Konflikte bezüglich der Anwendung und der Verflechtung nationaler und unionsrechtlicher Normen in Bezug auf eigene Staatsbürger und Unionsbürger.

Einer dieser Konfliktfälle, der durch den Fall *Pisciotti* enorm an Brisanz gewonnen hat, betrifft die Frage, wie bei der Auslieferung von EU-Bürgern durch Deutschland zu verfahren sei. Im Fall *Pisciotti* hatten mehrere Marineschlauchproduzenten das sogenannte Marineschlauch-Kartell gebildet, indem sie zwischen 1999 und 2006 Weltmarktpreise für Ölschläuche abgesprochen hatten. Die EU-Kommission und das US-Justizministerium verhängten hieraufhin hohe Geldstrafen. In den USA werden Kartellbeteiligte jedoch darüber hinaus auch individuell strafrechtlich verfolgt. Gegen Pisciotti und neun andere Manager, darunter auch den Deutschen Bangert, wurde 2010 von einem Gericht in Florida ein Haftbefehl erlassen und Pisciotti auf die Interpol Fahndungsliste gesetzt. Bei einer Zwischenlandung seines Fluges von Nigeria nach Italien wurde Pisciotti 2013 am Frankfurter Flughafen festgenommen.[19]

Es befanden sich nun also zwei Unionsbürger auf deutschem Staatsgebiet, die in den USA wegen des gleichen Verbrechens angeklagt waren und denen vergleichbare Strafen drohten. Die folgende exemplarische Auseinandersetzung mit dem Schicksal von Bangert und Pisciotti soll und kann deshalb Einblicke in die Verfahrensweise bei der Auslieferung durch Deutschland geben, wobei die Staatsangehörigkeit einen determinierenden Faktor darstellen könnte.

### I. Auslieferung deutscher Staatsbürger (Bangert)

Gemäß Art. 16 II 1 GG dürfen Deutsche nicht an das Ausland ausgeliefert werden. Die einzige Ausnahme hiervon statuiert Satz 2. Hiernach sind Auslieferungen möglich, wenn ein Gesetz durch abweichende Regelung die Auslieferung an einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof gestattet. Praktisch gesehen findet sich der Großteil dieser abweichenden Regelungen in dem förmlichen Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG). Die Auslieferung ist jedoch auch dann nur möglich, soweit „rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind“ (Art. 16 II 2 Hs. 2 GG)[20]. Bei der Auslieferung Bangert’s handelte es sich jedoch weder um die Auslieferung an einen Mitgliedsstaat der Europäischen Union, noch um das Ersuchen eines internationalen Gerichtshofes. Vorliegend ging das Ersuchen von einem Drittstaat, namentlich den USA aus, sodass die Bundesrepublik Deutschland unter Rekurs auf Art. 16 II 2 GG die Auslieferung des deutschen Staatsbürgers Bangert verweigerte.[21]

### II. Auslieferung von EU-Bürgern (Pisciotti)

Nach Pisciottis Festnahme in Frankfurt 2013, beantragten die USA noch im gleichen Jahr die Auslieferung gegenüber Deutschland. Pisciotti monierte hiergegen sowohl Verstöße gegen deutsches, als auch gegen europäisches Recht. Diese Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt a.M. mit Beschluss vom 22.02.2014 zurückgewiesen. Begründet wurde die Entscheidung unter Berufung auf die vorherige Rechtsprechung des BVerfG[22], wonach die Anwendbarkeit des Unionsrechts nicht eröffnet sei.[23]

---

[12] Abg. *Schmidt-Jortzig* (Plenarprotokoll 14/90, S. 12348 ff.).
[13] *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133, 137.
[14] BVerfGE 113, 273 (296); BVerfGE 4, 299 (303f.); BVerfGE 29, 183 (193).
[15] BVerfGE 113, 273 (293).
[16] BVerfGE 113, 273 (294).
[17] *v. Arnauld*, in: von Münch/Kunig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 31.
[18] BVerfGE 113, 273 (294); *Masing*, in: Dreier GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 9.
[19] *Chmielewski*, juve.de v. 28.04.2016, online abrufbar unter https://t1p.de/od7g; *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 220f.
[20] Für eine erläuternde Übersicht der Auslieferungshindernisse s.: *Ambos/Gronke*, in: Ambos/König/Rackow, § 73 Rn. 80-97.
[21] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 224.
[22] Beschluss vom 28.07.2008 – 2 BvR 1347/08.
[23] *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133, 133f.

Gegen diese Entscheidung ging Pisciotti vor dem BVerfG mit Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwendung der Auslieferung, vor. Dieser Antrag wurde vom BVerfG abgelehnt, welches die Entscheidung des OLG nicht nur für rechtmäßig hielt,[24] sondern nach der „acte claire-Doktrin“ für so offenkundig richtig, dass auch eine Vorlage an den EuGH entbehrlich gewesen sei.[25] Auf Grundlage dieser Entscheidung stimmte die Bundesregierung 2014 der Auslieferung Pisciotti's an die USA zu und diese wurde noch im gleichen Jahr vollzogen.[26]

## III. Rechtliche Ungleichbehandlung?

Nach den Urteilen des OLG Frankfurt a.M. und des BVerfG im Fall Pisciotti erschien die Rechtslage offensichtlich und evident die Auslieferung von EU-Bürgern zu erlauben. Nach Meinung des BVerfG war dies sogar so evident, dass eine Vorlage an den EuGH entfallen konnte (s.o.). Diese Meinung war jedoch bei weitem nicht unumstritten. Im September 2015 legte das BG Linz nach einem zivilrechtlichen Rechtsstreit dem EuGH die Frage vor, ob Art. 18 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass die Auslieferungsfreiheit des Art. 16 II 1 GG auch für nicht deutsche EU-Bürger gelte[27]. Auch Pisciotti hatte mit seinem Verfahren noch nicht abgeschlossen und nach Beendigung seiner Haftstrafe in den USA eine Staatshaftungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland bemüht, um Ersatz der Schäden zu verlangen, die ihm durch die seiner Ansicht nach unionsrechtswidrige Auslieferung entstanden waren. Das zuständige LG Berlin setzte das Verfahren aus, da seiner Ansicht nach keine gesicherte Rechtsprechung seitens des EuGH bestand[28] und legte diesem die Rechtssache mit der Frage vor, ob Auslieferungsvorgänge, wie der vorliegende, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.[29] Bemerkenswert an dieser Entscheidung des Landgerichtes Berlin war, obwohl naheliegend,[30] dass es sich hiermit gegen die vom BVerfG vertretende „acte claire-Doktrin“ wandte. Kernstück beider Vorlagefragen war hiermit der Wert der Unionsbürgerschaft und inwieweit das Handeln der Bundesrepublik, Art. 16 II 1 GG nicht auf einen EU-Bürger angewandt zu haben, eine nicht-gerechtfertigte rechtliche Ungleichbehandlung darstellte.

### 1. Relevante Ungleichbehandlung

#### a) Ungleichbehandlung

Der Fall *Pisciotti* offenbart augenscheinlich und ohne Zweifel, dass EU-Bürger und deutsche Staatsangehörige bei Auslieferungsentscheidungen durch die BRD unterschiedlich behandelt werden. Bangert und Pisciotti befanden sich in der exakt gleichen Situation (siehe unter C I und II), doch nur einer von beiden, Pisciotti, wurde ausgeliefert. Das die beiden unterscheidende Kriterium war ausschließlich ihre Staatsangehörigkeit.

Die deutsche Judikative verweigerte die Anwendung des Deutschengrundrechtes aus Art. 16 II GG, auf nicht deutsche Staatsbürger. Auch die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG für EU-Bürger anschließend normalerweise erfolgende Anwendung des Art. 2 I GG mit Schrankenleihe des betroffenen Deutschengrundrechtes, wurde hier unterlassen.[31]

#### b) Rechtliche Relevanz – Anwendbarkeit des Unionsrechts

Für eine rügbare Ungleichbehandlung müsste diese jedoch auch von rechtlicher Relevanz sein, also gegen spezifisches und auf den Einzelfall anwendbares Recht verstoßen. In Frage kommt insoweit das Unionsrecht, dessen Anwendungsbereich jedoch eröffnet sein müsste. Dem Unionsrecht kommt für Sachverhalte der Auslieferung spätestens seit Etablierung der Unionsbürgerschaft eine verstärkte Funktion zu, welche die rechtliche Gleichstellung der Unionsbürger forcieren soll.

##### aa) Unionsbürgerschaft

Gemäß Art. 20 I AEUV besitzen alle Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates zusätzlich zu ihrer nationalen Staatsbürgerschaft auch die Unionsbürgerschaft, die neben die nationale Staatsbürgerschaft tritt. Diese ist „dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein[32], der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit […] die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen“[33]. Als Folge dieser Auslegung der Unionsbürgerschaft durch den EuGH wird eine dynamische „wechselseitige Verklammerung von Unionsbürgerschaft und allgemeinem Diskriminierungsverbot“[34] gesehen.

Art. 20 II 1 AEUV bestimmt, dass den Unionsbürgern die im Vertrag niedergelegten Rechte und Pflichten zukommen sollen.[35] Art. 18 AEUV konkretisiert dieses mit der Auslegung der Unionsbürgerschaft in Anbetracht des mitschwingenden Diskriminierungsverbotes. Hier heißt es: „Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“.

Eine unterschiedliche Behandlung von EU-Staatsbürgern und eigenen Staatsangehörigen, wie im Fall *Pisciotti* ist hiernach sodann ein zu rechtfertigender Eingriff in das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, soweit das Unionsrecht für den Fall anwendbar ist.

##### bb) Eröffnung des Unionsrechts

In welchen Fällen das Unionsrecht anwendbar ist bzw. angewendet werden muss, ist nicht einheitlich geregelt und im Einzelfall heftig umstritten. Die Ansichten in diesem

[24] *Leonhardt/Bingöl*, DeLuxe 2019, 1, 1.
[25] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 221.
[26] *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133, 134.
[27] *Schotthöfer & Steiner*, C473-15, ECLI:EU:C:2017:633.
[28] *Leonhardt/Bingöl*, DeLuxe 2019, 1, 1.
[29] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 222.
[30] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 222.
[31] *Leonhardt/Bingöl*, DeLuxe 2019, 1, 5.
[32] vgl. u. a. *Grzelczyk*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458, Rn. 31; *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, Rn. 41; *Coman* C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 30.
[33] *Grzelczyk*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458, Rn. 31.
[34] *von Bogdandy*, in: GrabitzHNKoEUR, Art. 18 Rn. 35.
[35] *Lorenzmeier*, in: Vedder/HvH, Art. 20 AEUV Rn. 6.

Meinungsstreit teilen sich regelmäßig in nationale und supranationale Lager, genauer gesagt in BVerfG und nationale Gerichte einerseits und EuGH andererseits.

#### (1) Ansicht des BVerfG und nationaler Gerichte

Eine hierzu wegweisende, wobei nicht unstrittige[36], Entscheidung traf 2014 das OLG Frankfurt a.M. im Fall *Pisciotti*. Es entschied hier, dass das Unionsrecht im geschilderten Fall nicht eröffnet sei und begründete dies zweierlei.

Erstens, handele es sich beim Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten nicht um eine Materie, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fiele. Hierfür berief es sich auf ein Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2008 zum damals noch im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft (EGV) verankerten Diskriminierungsverbot[37] (Art. 12 I EGV).[38] Das BVerfG stellte in dieser Entscheidung über die Auslieferung eines niederländischen Staatsbürgers an die USA klar, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 12 I EGV nur im sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes greife. Der Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten sei aber gerade keine Materie, die in diesen sachlichen Anwendungsbereich falle.[39] Diese Entscheidung sei immer noch anwendbar, da nicht erkennbar sei, dass „diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund des […] Vertrags von Lissabon, der Verankerung des Diskriminierungsverbots in Art. 21 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta und der Übernahme der Diskriminierungsverbote in den AEUV […] eine Veränderung erfährt“[40].

Zweitens argumentierte das OLG Frankfurt a.M. hilfsweise, dass die „Privilegierungen der eigenen Staatsangehörigen im strafrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten, nicht zuletzt Ausfluss des Rechts der Mitgliedstaaten (sei,) ihre auch vom Unionsrecht geschützte nationale Identität bewahren zu können, so dass der Anwendungsbereich des europäischen Diskriminierungsverbots […] in diesem Bereich eine spezifische Begrenzung (erfahre)“[41].

Der gegen die Entscheidung des OLG gerichtete Antrag auf einstweilige Anordnung, wurde vom BVerfG abgelehnt.[42] Das BVerfG bestätigte in seiner Begründung hierbei maßgeblich die vorgebrachte Argumentation des OLG[43] und attestierte, dass die „Klarheit der Rechtslage eine Vorlage entbehrlich macht“[44].

Abstrahiert vom Einzelfall und unter Berücksichtigung vergangener Rechtsprechung[45], geht die deutsche Judikatur sehr restriktiv nur dann von einer Eröffnung des Unionsrechts aus, wenn ein EU-Mitgliedsstaat durch Europarecht veranlasst oder determiniert handelt.[46]

#### (2) Ansicht des EuGH

Trotz mangelnder Vorlage in diesen Auslieferungsentscheidungen landete die Rechtssache *Pisciotti* im Rahmen einer Staatshaftungsklage vor dem Landgericht Berlin und durch deren Vorlage 2016 doch noch vor dem EuGH.

Für die Vorlagefrage der Anwendbarkeit des Unionsrechts verwies der EuGH auf die Rechtssache *Petruhhin*.[47] Befasst war das Gericht hierbei mit der Auslieferung eines estnischen Staatsangehörigen durch Lettland an den Drittstaat Russland, zwischen dem kein Auslieferungsabkommen mit der Europäischen Union bestand, sodass dies als Anknüpfungspunkt für die Eröffnung des Unionsrechts entfiel.[48] Der EuGH erklärte das Unionsrecht in diesem Fall dennoch für eröffnet, da bei der Beurteilung des sachlichen Anwendungsbereiches der Verträge iSv Art. 18 AEUV dieser Artikel unter Berücksichtigung der Bestimmungen des AEU-Vertrages über die Unionsbürgerschaft auszulegen sei, die unter anderem das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV umfasst. Da Petruhhin durch das Bewegen nach Lettland als Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit in der Union rechtmäßig Gebrauch gemacht hatte, erklärte der EuGH den Anwendungsbereich der Verträge iSv Art. 18 AEUV für eröffnet. Diese Ansicht festigte der EuGH weiter in seinem Beschluss zur Rechtssache Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR v. Eugen Adelsmayr.[49] Abstrahiert gesehen, ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts nach Ansicht des EuGH folglich immer dann eröffnet, sobald sich eine Vorschrift oder Maßnahme mittelbar auf die Grundfreiheiten der Unionsbürger auswirkt.[50]

In Bezug auf die Rechtssache *Pisciotti* stellte der EuGH unter Rekurs auf die Entscheidung im Fall *Petruhhin* deshalb fest, dass für diesen als Unionsbürger unter rechtmäßiger Ausübung seines Rechtes auf Freizügigkeit durch die Reise von Nigeria nach Italien, gem. Art. 21 AEUV das Unionsrecht eröffnet sei.[51]

#### (3) Zwischenergebnis zu den Ansichten

Die Rechtssache *Pisciotti* offenbart eine überaus interessante Abweichung zwischen restriktiver, nationaler und weitgefasster Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Eröffnung des Unionsrechts. Während das OLG und das BVerfG für die Frage der Anwendbarkeit des Unionsrechts unter Rekurs auf vergangene BVerfG-Rechtsprechung eine generelle Nichtanwendbarkeit des Unionsrechts für Auslieferungsersuchen ableiten, stellt der EuGH auf andere Faktoren ab. Dieser nimmt insofern eine stärker am Einzelfall orientierte Betrachtung vor, bei der die rechtmäßige Nutzung von

---

36 vgl. *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 221.
37 OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 25.
38 Art. 18 AEUV = ex Art. 12 EGV; s. *Streinz*, in: EUV/AEUV Streinz, Art. 18 AEUV.
39 BVerfG Beschl. v. 28.7.2008 – 2 BvR 1347/08, BeckRS 2011, 87018 Rn. 14.
40 OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 26.
41 OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 26.
42 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Februar 2014 - 2 BVG 4/14, Rn. 12, http://www.bverfg.de/e/qk20140217_2bvq000414.html.
43 Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Februar 2014 - 2 BVG 4/14, Rn. 17; 22; 25.
44 Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Februar 2014 -2 BVG 4/14, Rn. 25.
45 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013 - 1 BvR 1215/07 -, Rn. 1-233, http://www.bverfg.de/e/rs20130424_1bvr121507.html.
46 *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 223.
47 *Pisciotti*, C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, Rn. 31-33.
48 *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 30.
49 *Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR*, ECLI:EU:C:2017:633, Rn. 19.
50 *Hyes v. Kronberger*, C-323/95, ECLI:EU:C:1997:169, Rn. 17.
51 Ebenfalls so: *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 106.

Unionsrechten determinierender Faktor für die Eröffnung des Unionsrechts ist. Dieser Auffassung ist insofern Vorrang einzuräumen, als dass die Rechtsprechung des BVerfG verkennt, dass in der Ausübung von Auslieferungen auf Grundlage von EU-ratifizierten Auslieferungsabkommen, bereits eine unmittelbare Anwendung von Unionsrecht liegt, die den Anwendungsbereich des Unionsrecht unweigerlich eröffnet.[52]

#### cc) Zwischenergebnis zur rechtlichen Relevanz

In Fällen der Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten ist das Unionsrecht und mithin das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV eröffnet. Die Nichtanwendung des Art. 16 II GG auf Unionsbürger durch Deutschland ist insofern von rechtlicher Relevanz, da es entgegen des Postulates des Art. 18 AEUV deutsche Staatsbürger anders behandelt und in Konsequenz besserstellt, als andere Unionsbürger.

### c) Zwischenergebnis zur Ungleichbehandlung

Bei der Auslieferung von EU-Bürgern an Drittstaaten durch Deutschland liegt folglich eine Ungleichbehandlung von rechtlicher Relevanz vor, da durch die Eröffnung des Unionsrechts gegen das hiervon umfasste Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verstoßen wird, wenn Art. 16 II GG nur auf Deutsche nicht aber auf alle Unionsbürger angewendet wird.

## 2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellt Art. 18 AEUV in Bezug auf mittelbare[53] und unmittelbare[54] Diskriminierung ein relatives Verbot dar, sodass die Ungleichbehandlung von Unionsbürgern grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist.

### a) Grund bzw. Regelungsziel

Für eine mögliche Rechtfertigung muss zunächst einmal ein auf objektiven Erwägungen[55] beruhender legitimer Grund bzw. ein legitimes Regelungsziel vorliegen, welches mit der Ungleichbehandlung verfolgt wird und zu dieser in einem angemessenen Verhältnis steht.[56]

#### aa) Gefahr der Straflosigkeit

Ein mögliches legitimes Ziel könnte die Verhinderung von Straflosigkeit sein. Diese Gefahr bestehe in Fällen, in denen eine von einem Auslieferungsersuchen betroffene Person weder ausgeliefert werden, noch, mangels nationaler Vorschriften, die dem ersuchten Mitgliedstaat die rechtliche Zuständigkeit für die Verfolgung der Auslandstat einräumt, verfolgt werden könnte.[57]

Der EuGH erkannte dieses Ziel in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Petruhhin* an und stufte es unter Verweis auf die EU als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen gem. Art. 3 II EUV als legitim ein[58], denn so sei dessen Aufrechterhaltung bedingt durch geeignete Maßnahmen zur Bekämpfung und Verhütung von Kriminalität.[59] Begründet wurde diese Entscheidung auch unter Rekurs auf den völkerrechtlichen Grundsatz „aut dedere aut iudicare“. Hiernach müssen Staaten vermeintliche Straftäter entweder ausliefern oder verfolgen. Problematisch kann sich dies aber gestalten, wenn die Auslieferungsfreiheit, die für eigene Staatsbürger gilt, auch auf Unionsbürger angewandt wird und diese konsequenterweise nicht mehr ausgeliefert werden, da im Folgenden, Probleme mit der Verfolgung entstehen können, wenn die nationale Strafverfolgung nicht die nötige Zuständigkeit dafür hat den vermeintlichen Straftäter für die im Ausland begangene Straftat zu verfolgen.[60]

Exemplarisch zeigte sich dieses Problem in der Rechtssache *Petruhhin*. Petruhhin berief sich, um die Auslieferung zu verhindern, darauf, dass die für lettische Staatsangehörige geltende Auslieferungsfreiheit[61] aufgrund des aus der Unionsbürgerschaft folgenden Diskriminierungsverbotes auch auf ihn anzuwenden sei.[62] Der Staatsanwalt Bot argumentierte jedoch und dieser Argumentation folgte der EuGH auch später in seinem Urteil, dass Petruhhin aufgrund der nationalen, lettischen Bestimmungen nicht verfolgt werden könnte, sodass es bei einer Nicht-Auslieferung zur Straffreiheit kommen würde. Die unterschiedliche Behandlung wurde also damit begründet, dass eigene Staatsangehörige im Inland von den nationalen Behörden nach dem aktiven Personalitätsprinzip[63] verfolgt werden könnten, hingegen Unionsbürger mangels Zuständigkeit der nationalen Gerichte nicht.[64]

---

[52] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 224; *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 104f.

[53] *Mund & Fester*, C-398/92, ECLI:EU:C:1994:52, Rn. 17; *Pastoors*, C-29/95, ECLI:EU:C:1997:28, Rn. 19; *Bickel und Franz*, C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563, Rn. 27; *ED Srl*, C-412/97, ED, ECLI:EU:C:1999:324, Rn. 46; *Ferlini*, C-411/98, ECLI:EU:C:2000:530, Rn. 59; *Kommission/Belgien*, C-65/03, ECLI:EU:C:2004:402, Rn. 30.

[54] *von Bogdandy*, in: GrabitzHNKoEUR, Art. 18 AEUV Rn. 22; vgl. *Kadelbach*, in: Ehlers, §26 Rn. 81; *Kingreen*, in: Ehlers, §13 Rn. 25.

[55] *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 108.

[56] *Grukin* und *Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559, Rn. 29; *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, Rn. 81; *Runevič-Vardyn* und *Wardyn*, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291, Rn. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung; *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 34.; *Pisciotti* C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, Rn. 46.

[57] Schlussantrag des Generalanwaltes *Bot* v. 10.05.2016, Beck EuRS 2016, 472768, Rn. 64.

[58] *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 36f.; auch schon in vorheriger Rechtsprechung: vgl. hierzu *Spasic*, C-129/14, ECLI:EU:C:2014:586, Rn. 58 und 72.

[59] *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 108.

[60] *Petruhhin*, ECLI:EU:C:2016:630 Rn. 39; Schlussantrag des Generalanwaltes *Bot* v. 10.05.2016, Beck EuRS 2016, 472768, Rn. 56-64.

[61] Art. 98 S. 3 Lettische Verfassung: „Ein lettischer Bürger darf nicht an das Ausland ausgeliefert werden, mit Ausnahme der in internationalen, von der Saeima (Parlament) ratifizierten Vereinbarungen vorgesehenen Fälle, sofern durch die Auslieferung die in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte nicht verletzt werden“.

[62] OLG München Beschl. v. 13.4.2017 – 1 AR 126/17, BeckRS 2017, 108983.

[63] *Oehmichen*, FD-StrafR 2020, 432542.

[64] Schlussantrag Generalanwalt *Bot* v. 10.05.2016, Beck EuRS 2016, 472768, Rn. 65-69.

Während dies für das lettische Strafrecht zutreffend ist[65], besteht in Deutschland mit § 7 II Nr. 2 StGB eine Norm, die die sog. stellvertretende Strafrechtspflege, also die Verfolgung einer von Ausländern im Ausland begangenen Straftat, ermöglichen soll, soweit eine Auslieferung des Straftäters nicht möglich ist. Aufgrund dieser Norm halten einige Literaturansichten den legitimen Zweck der Verhinderung von Straflosigkeit für nicht anwendbar, da dieser durch § 7 II Nr. 2 StGB ausgehebelt würde.[66] Anderer Ansicht ist hierbei jedoch die deutsche Regierung, die anführte, dass die subsidiäre Zuständigkeit des § 7 II Nr. 2 StGB nicht ausgeführt werden könnte, wenn die beantragte Auslieferung, wie zum Beispiel in der Rechtssache *Pisciotti* ausführbar ist, da hierbei der Tatbestand des § 7 II Nr. 2 StGB, der die Nicht-Ausführbarkeit der Auslieferung fordert, nicht erfüllt sei.[67] Dieser Ansicht der deutschen Regierung trat der EuGH in seinem Urteil zur Rechtssache *Pisciotti* nicht entgegen, sodass dies den Schluss zulässt, dass § 7 II Nr. 2 StGB nicht wie von der Lehre vermutet das legitime Ziel der Straflosigkeit hinfällig macht, sondern ihm eine rechtfertigende Wirkung für die Ungleichbehandlung zukommen kann.

#### bb) Missbrauchsgefahr

Eine Literaturansicht[68] sieht den legitimen Zweck der Ungleichbehandlung in der Vereitelung von Missbrauch. Sie fürchtet, dass eine bedingungslose Anwendung des Art. 16 II GG dazu führen würde, dass Unionsbürger, denen die Auslieferung in Drittstaaten droht, nach Deutschland fliehen würden, um so lieber nach deutschem, als anderem internationalen Recht bestraft zu werden. Diese gefürchtete Fluchtwelle könnte sodann zu einer enormen Kapazitäts- und Finanzbelastung des deutschen Justizwesens führen, die nicht hinzunehmen wäre.

Als Lösungsansatz dieses Problems postuliert die Literaturansicht, dass eine Anwendung des Art. 16 II GG auf Unionsbürger nur dann erfolgen sollte, soweit zwischen diesen und Deutschland eine gewisse Integration bestehe, die unter anderem über die Aufenthaltsdauer quantifiziert werden könnte. Gestärkt wird dieser Vorschlag unter Verweis auf vergangene EuGH-Rechtsprechung, die ein solches Erfordernis wiederholt in ihren Entscheidungen zum Europäischen Haftbefehl[69] gebilligt hat, wo eine Aufenthaltsdauer von fünf Jahren oder in Bezug auf Sozialleistungen[70] von drei bis fünf Jahren gefordert wurde.

Die wohl herrschende Meinung erkennt die Missbrauchsgefahr jedoch weder in reiner, noch in eingeschränkter Form als legitimes Regelungsziel an. Hierfür und gegen die vorherige Ansicht wird zunächst einmal angeführt, dass diese verkennt, dass es neben Deutschland noch andere EU-Staaten mit vergleichbarer Auslieferungsfreiheit für eigene Staatsbürger gibt[71]. In Anbetracht dessen ist nicht ohne weitere Begründung ersichtlich, weshalb gerade Deutschland „Opfer" dieser innereuropäischen Fluchtwelle werden sollte. Außerdem sei selbst bei einer solchen „Fluchtwelle" die Annahme einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bei weitem nicht zwingend. Zunächst einmal lässt sich anführen, dass die Kosten, die für die deutsche Justiz entstehen würden, von erheblichem Gewicht sein müssten, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.[72] Die Kosten, die bei Verweigerung der Auslieferung durch die eigenhändige Strafverfolgung entstehen würden, sind aber in der Regel gerade nicht so hoch, dass ihnen eine rechtfertigende Wirkung zukommen könnte.[73]

#### cc) Wahrung der Verfassungsidentität

Teilweise wird auch die Wahrung der Verfassungsidentität als so gewichtiger Grund angesehen, dass er die Ungleichbehandlung von Unionsbürgern rechtfertigen könnte. Ausgangspunkt dieser Herangehensweise ist Art. 4 II EUV, der es Mitgliedstaaten gewährleistet ihre nationale Identität in Form der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zu bewahren[74] und dort wo diese gefährdet sind, das Unionsrecht, wie zum Beispiel Art. 18 AEUV, nicht oder nur begrenzt anwenden zu müssen.

Welchen genauen Inhalt diese grundlegenden verfassungsmäßigen und politischen Strukturen haben, kann jeder Mitgliedstaat grundsätzlich nur selbst festlegen. Die Rechtsprechung des BVerfG stellt den Begriff der grundlegenden verfassungsmäßen und politischen Strukturen mit dem der in Art. 79 III GG definierten Verfassungsidentität gleich.[75] Hiernach sind folglich also nur solche nationalen Vorschriften umfasst, die unter den Schutz der Ewigkeitsklausel fallen. Für die Durchführung dieser Identitätskontrolle, also die Feststellung, ob ein Akt der europäischen Union den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes verletzt, hat sich das BVerfG im Rahmen des Urteiles vom 30.06.2009 zum Vertrag von Lissabon, ein „Kontrollmonopol"[76] eingeräumt. Aus Art. 4 II EUV leitet das BVerfG zudem die Pflicht der Union ab, das Ergebnis der nationalen Identitätskontrolle anzuerkennen.[77]

Das OLG Frankfurt argumentierte im Fall *Pisciotti* mit dem Rechtfertigungsgrund der Verfassungsidentität als es anführte, dass „die Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen im strafrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten Ausfluss des Rechts der Mitgliedsstaaten [ist], ihre auch vom Unionsrecht geschützte nationale Identität bewahren zu können"[78]. Abgesehen davon, ob es dem OLG unter

---

[65] Art. 4 III Kriminällikum (Lettisches Strafgesetzbuch): „Ausländer, die nicht im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis für Lettland sind und im Hoheitsgebiet eines anderen Staates *schwere oder besonders schwere Straftaten* begangen haben, die sich *gegen die Interessen der Republik Lettland oder ihrer Bewohner richten*, haben sich, unabhängig von den Gesetzen des Staates, in dessen Hoheitsgebiet die Straftat begangen wurde, nach dem vorliegenden Gesetz strafrechtlich zu verantworten".

[66] Vgl. hierzu *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 225; *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 115.

[67] *Leonhardt/Bingöl*, DeLuxe 2019, 1, 4.

[68] *Rung*, EWS 2014, 277, 279.

[69] *Wolzenburg*, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616, Rn. 54 ff.

[70] *Förster*, C-158/07, ECLI:EU:C:2008:630, Rn. 45 ff.; *Bidar*, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169, Rn. 54ff., 59 f.

[71] Vgl. für Österreich: § 12 I ARHG, sowie § 65 I Nr. 2 öStGB; für Frankreich: Art. 696-4, 1 Code de procédure pénale, sowie Art. 113-8-1 Code pénal.

[72] *Huber*, EuR 2013, 637, 647.

[73] *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401, 410.

[74] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 226.

[75] OMT-Entscheidung des BVerfGE 134, 366 (384-387).

[76] Fn. 72 in: *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 226.

[77] *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, Art. 4 Abs. 2 Rn. 17.

[78] OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 26.

Berücksichtigung des „Kontrollmonopols" des BVerfG überhaupt zustand eine Verletzung der Verfassungsidentität zu monieren, muss beachtet werden, dass Art. 16 II GG eben gerade kein Teil der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG ist (siehe oben unter B I 3) und das Argument folglich leerläuft.[79]

Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung über das Argument der Wahrung der Verfassungsidentität läuft folglich leer, da Deutschland seine grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen zwar schützen darf, Art. 16 II GG nach Rechtsprechung des BVerfG aber gerade kein Teil hiervon ist.

#### dd) Ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz

Teile der Lehre, die die vorhergegangenen Rechtfertigungsgründe missbilligen, ziehen auf Grundlage der Entscheidung des OLG Frankfurt in der Rechtssache *Pisciotti* eine Rechtfertigung aus einem ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatzheraus in Betracht, der aus dem bilateralen Abkommen folge.

Das OLG Frankfurt, später bestätigt durch das BVerfG, erblickte in Art. 16 II GG einen „nationalen verfassungsrechtlichen Besitzstand"[80], durch den Art. 18 AEUV eine „spezifische Begrenzung"[81] erfahren würde. Ausführungen dazu, wie diese Figur des „nationalen verfassungsrechtlichen Besitzstandes" dogmatisch einzuordnen ist, bleiben OLG und BVerfG leider schuldig. Sicher ist jedoch, dass die Rechtsfigur unterhalb der Verfassungsidentität angesiedelt sein muss.[82] Einziges Argument bleibt, dass in diesem spezifischen Fall die Anerkennung nationaler Vorschriften als Ausnahme vom europäischen Diskriminierungsverbot implizit in Art. 17 II AuslAbkEU-USA[83] anerkannt sei.[84] Art. 17 II AuslAbkEU-USA bestätige, dass sich das aus der Verfassung, also Art. 16 II GG, ergebende Auslieferungshindernis fortwirkend zum nationalen Besitzstand zähle und das europäische Diskriminierungsverbot hierdurch eine spezifische Begrenzung erfahre. Während das AuslAbkEU-USA eine grundsätzliche Pflicht zur Auslieferung vorsieht, wird diese nämlich spezifisch dadurch begrenzt, dass bei verfassungsrechtlichen Auslieferungshindernissen bilaterale Konsultation zu erfolgen hat. Aus dieser Gegebenheit schließt das BVerfG dann abschließend, dass der EU-Gesetzgeber in Art. 17 II AuslAbkEU-USA zum Schutze und in Anbetracht des Art. 16 II GG ausgehandelt habe.[85]

Diese Ansicht wird in der Lehre jedoch heftig als abwegig und weit hergeholt kritisiert. Es wird hiergegen angeführt, dass eine solche Sichtweise den Wortlaut des Art. 17 II AuslAbkEU-USA doch deutlich überspannt, wenn man ihm solche weitreichende Bedeutung beimisst. Übersehen werde vom BVerfG, dass das Fehlen von Klauseln über die Auslieferung eigener Staatsangehöriger primär auf die stark ablehnende Haltung der USA diesbezüglich zurückzuführen sei. Die Aufnahme des Art. 17 II AuslAbkEU-USA, die teilweise vielleicht sogar im Interesse der Mitgliedstaates war, sei vor diesem Hintergrund deshalb vielmehr dahin gehend zu verstehen, dass auf Interessen der USA sowie der Mitgliedstaaten, ausgewogen Rücksicht genommen wurde.[86] Eine Anerkennung nationalen verfassungsrechtlichen Besitzstandes durch die Union ist deshalb nicht ohne weitere Begründung abzuleiten. Maximal eine indikative Wirkung als Verweis auf die Beachtlichkeit der nationalen Verfassungen kann Art. 17 II AuslAbkEU-USA zugestanden werden.[87] Abstrahiert vom Einzelfall, scheint also das Abkommen und die darin enthaltenen Klauseln, zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat nicht geeignet, die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Teilweise erschöpfen sich Autoren noch im Versuch dieses Argument des ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit dogmatisch stichhaltigem Inhalt zu füllen. In Betracht kommt hierfür zunächst die ratio legis des Art. 16 II 1 GG und die damit einhergehende Frage, ob diese Norm ihres Sinnes beraubt wird, wenn sie auf nicht-deutsche Unionsbürger ausgeweitet wird. Die Ratio liegt, wie oben bereits ausgeführt darin, dass Bürger nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden. Da die EU jedoch als Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts (vgl. Art. 67 I AEUV) verstanden wird, in dem die gleichen Werte herrschen (vgl. Art. 2 EUV) und grundsätzlich gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Rechtsordnungen vorherrscht (vgl. Art. 82 AEUV), also ein EU-weiter gemeinsamer, vertrauter Rechtsraum, ist es nicht ersichtlich, weshalb die Entfernung aus diesem für Unionsbürger generell erträglicher sein soll, als für deutsche Unionsbürger. Der Sinn der Norm ist folglich ohne weiteres dem Sinn nach auf Unionsbürger zu übertragen.[88]

Zuletzt wird angeführt, dass die deutsche Staatsangehörigkeit an Wert verlieren könnte, wenn das bisher für Deutsche vorbehaltene Auslieferungsverbot auf alle Unionsbürger erstreckt würde. Diese Ansicht kann in vielerlei Hinsicht nicht überzeugen. Zunächst einmal ist diese grundlegende Entwertung meiner Ansicht nach nicht überzeugend, da ihr ein relatives Element zugrunde liegt, das die Privilegierung aus der Schlechterstellung anderer Unionsbürger bezieht. Die Entwertung wird nicht damit begründet, dass der deutschen Staatsbürgerschaft Privilegien entzogen werden, sondern damit, dass der Kreis derer, die in ihren Genuss kommen, ausgeweitet wird. Gerade in Anbetracht der Unionsbürgerschaft, die der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten sein soll, erscheint diese Ansicht durch ihren streng protektionistischen Ansatz, als überholt und veraltet.[89] Abschließend verkennt diese Ansicht, dass die Ausweitung der Auslieferungsfreiheit auf alle Unionsbürger einen hohen Mehrwert in sich trägt. Denn so verfügen neben Deutschland auch weitere Mitgliedstaaten

[79] *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401, 407.
[80] OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 27.
[81] OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 27.
[82] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 227.
[83] Art. 17 II AuslAbkEU-USA: „In den Fällen, in denen die Verfassungsgrundsätze des ersuchten Staates […] ein Hindernis für die Erfüllung seiner Auslieferungspflicht darstellen können und dieses Abkommen oder der geltende bilaterale Vertrag keine Regelung dieser Angelegenheit vorsehen, konsultieren sich der ersuchte und der ersuchende Staat".
[84] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 227.
[85] *Rung*, EWS 2014, 277, 279.
[86] *Rung*, EWS 2014, 277, 279.
[87] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 227.
[88] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, 227.
[89] *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, S. 228.

über Auslieferungsschutzklauseln für ihre Staatsangehörigen, die konsequenterweise bei einer Ausweitung auch auf deutsche Staatsangehörige zu erstrecken wären und diese umfassender im europäischen Raum vor Auslieferung schützen würden.[90]

Zusammenfassend lässt sich dieser Rechtfertigungsgrund also nicht mit dem dogmatischen Inhalt füllen, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.

#### ee) Zwischenergebnis

Die angeführten legitimen Gründe bzw. Regelungsziele versuchen die offensichtliche Ungleichbehandlung durch dogmatische oder rationale Überlegungen zu rechtfertigen. Einzig die Gefahr der Straflosigkeit ist ein zunächst legitimes Regelungsziel, welches, soweit geeignet, erforderlich und angemessen, die Ungleichbehandlung von deutschen Staatsangehörigen und Unionsbürgern in Bezug auf die Auslieferung rechtfertigen könnte.

### b) Geeignetheit

Die Auslieferung von Unionsbürgern müsste geeignet sein die Straflosigkeit zu verhindern. Hierfür müsste das zur Erreichung des Zieles gewählte Mittel tauglich sein und diesen angestrebten Zweck zumindest fördern. Durch die Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten wird dieses Ziel nicht nur gefördert, sondern sogar erreicht, da die Auslieferung nur erfolgt, soweit ein Haftbefehl für die auszuliefernde Person besteht und so eine gezielte Strafverfolgung der Tat durch die ausländischen Behörden jedenfalls erfolgt. Die Auslieferung erscheint folglich auch geeignet, dem Ziel der Straflosigkeit zu begegnen.[91]

### c) Erforderlichkeit

Damit die Auslieferung in diesem Kontext auch als erforderlich anzusehen ist, dürfte es kein alternatives Mittel geben, um das Ziel der Verhinderung von Straflosigkeit zu erreichen, welches bei gleicher Effektivität weniger stark in die Rechte (Art. 21 AEUV) des Auszuliefernden eingreift.[92] Ein mögliches milderes Mittel hat der EuGH in seinem Urteil zur Rechtssache *Petruhhin* entwickelt. Hiernach könnte ein milderes Mittel die Auslieferung an den Heimatstaat des von der Auslieferung betroffenen Unionsbürgers sein.[93]

Im strafrechtlichen Kontext hat der Unionsgesetzgeber mit dem Rahmenbeschluss 2002/584 zum Europäischen Haftbefehl ein Instrument etabliert, welches die unionsweite justizielle Zusammenarbeit erleichtern sollte.[94] Der Europäische Haftbefehl ist gem. Art. 1 I RB-EUHb eine „justizielle Entscheidung, die in einem Mitgliedsstaat ergangen ist (sog. Ausstellungsstaat) und die Festnahme sowie Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedsstaat (sog. Vollstreckungsstaat) zum Zwecke der Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung zum Ziel hat“[95]. Hierfür muss der Ausstellungsstaat gem. § 83a I IRG einen Europäischen Haftbefehl an den Vollstreckungsstaat überstellen, der alle gem. § 83a I Nr. 1-6 IRG geforderten Angaben enthalten muss, damit die darauffolgende Auslieferung zulässig ist.[96] Zudem besteht das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit, so dass die begangene Tat grundsätzlich[97] sowohl im Heimatstaat, als auch im Vollstreckungsstaat unter Strafe stehen muss.[98]

Der EuGH entschied in seinem Urteil zur Rechtssache *Petruhhin*, dass dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Auszuliefernde hat, insoweit die Möglichkeit gegeben werden muss, den eigenen Staatsbürger über einen Europäischen Haftbefehl für sich zu beanspruchen.[99] In der Rechtssache *Pisciotti* weitete der EuGH dieses Rechtsprechung auch auf Sachverhalte aus, in denen zwischen ersuchendem und vollstreckendem Staat ein Auslieferungsabkommen besteht und stellte darüber hinaus klar, dass der Europäische Haftbefehl aber zumindest den gleichen Sachverhalt betreffen muss.[100] Konkret trifft hierdurch den Vollstreckungsstaat die Verfahrenspflicht den Heimatstaat des Auszuliefernden über das Auslieferungsersuchen zu informieren. Sofern der Heimatstaat nach seinem nationalen Recht für die Verfolgung der vom Staatsbürger im Ausland begangenen Straftat zuständig ist, kann er dann einen Europäischen Haftbefehl erlassen. Da der Staatsbürger hierdurch nicht aus der ihm vertrauten Rechtsordnung entfernt wird, den Kernbestand seiner Unionsrechte behält[101] und der Eingriff in sein Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV deutlich milder ausfällt, ist nach Rechtsprechung des EuGH dem europäischen Haftbefehl gegenüber dem Ersuchen des Drittstaates Vorrang einzuräumen.[102] Dieses Mittel ist gleich geeignet, da der Staatsbürger in seinem Heimatstaat für die Straftat verfolgt wird und nicht straffrei ausgeht und greift zudem, wie gerade belegt, milder in die Freiheitsrechte des Auszuliefernden ein.

Trotz europäischem Haftbefehl des Heimatstaates vollzogene Auslieferung an Drittstaaten stellen eine unverhältnismäßige und nicht gerechtfertigte Diskriminierung des Unionsbürgers dar.[103] Erlässt der Heimatstaat hingegen auf Information des Vollstreckungsstaates innerhalb einer angemessenen Frist[104] keinen europäischen Haftbefehl, so stellt die Auslieferung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[105] grundsätzlich keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte des Aus-

---

90 *Zimmermann*, ZIS 2017, 220, S. 228.
91 vgl. hierzu *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 110.
92 *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 41.
93 *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 48-50.
94 *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 43.
95 Terminologische Einschübe gem. *Schäfer*, Jus 2019, 856, 856.
96 *Schäfer*, Jus 2019, 856, 857.
97 Eine Ausnahme besteht für 32 Straftaten bzw. Deliktsbereiche, die in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI festgelegt sind.
98 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 156.
99 Erfordernis, dass Mechanismen gegenseitiger Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten vorrangig genutzt werden, welches sich aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 IIIU Abs. 1 EUV) herleitet (vgl. *Ruffert*, Jus 2017, 475, 476).
100 *Pisciotti* C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, Rn. 54.
101 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 16 Abs. 2 Rn. 111.
102 *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 48f.; *Leonhardt/Bingöl*, DeLuxe 2019, 1, 4.; *Pisciotti* C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, Rn. 51; *Ruska Federacija*, C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, Rn. 70.
103 *Gaßner/Stoecker*, jurisPR-Compl 4 2018, Anm. 2.
104 *B.Y.*, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 53f.
105 vgl. *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 60; *Pisciotti* C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, Rn. 51-56; *BY*

zuliefernden dar, da in dieser Konstellation keine weniger einschränkende Maßnahme gleicher Wirkung ersichtlich ist. Dennoch muss die Information über die Auslieferung durch den Vollstreckungsstaat an den Heimatstaat erfolgen, die die Möglichkeit des milderen Mittels eröffnet, selbst wenn sie erfolglos bleibt.[106] Dieses Verfahren hat sich in der Rechtssache *B.Y.* jedoch als nicht gänzlich unproblematisch erwiesen, denn so bedarf der Heimatstaat für den Erlass eines europäischen Haftbefehles einer substanziellen Beweislage, die die Strafbarkeit indizieren oder beweisen.[107] Mangelt es an dieser gibt es keine unionsrechtliche Möglichkeit die Beweise vom Drittstaat, in dem das Verbrechen begangen wurde, zu ersuchen.[108] Stattdessen können sich diffuse Konstellationen ergeben, in denen der Angeklagte sich selbst entgegen des nemo- tenetur-Grundsatzes gegenüber Vollstreckungs- und Heimatstaat belastet, um der Auslieferung an den Drittstaat zu entgehen.[109] Dies ist verfassungsrechtlich zwar legitim, aber strafrechtlich zumindest bedenklich.

Bei Auslieferungsersuchen zur Strafverfolgung steht durch den Erlass eines europäischen Haftbefehls durch den Heimatstaat des Auszuliefernden, also ein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung, welches immer angedacht und bei Möglichkeit genutzt werden muss. In Fällen, in denen der Heimatstaat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, ist die Auslieferung jedoch zur Erreichung des Zieles der Verhinderung von Straflosigkeit das erforderliche Mittel.

#### d) Angemessenheit

Die Maßnahme der Auslieferung und mithin Eingriff in die Freizügigkeit des Auszuliefernden, müsste abschließend auch angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne sein.[110] In einer umfassenden Gesamtabwägung müssen hierfür sowohl der Zweck, als auch das genutzte Mittel berücksichtigt und die diesbezügliche Relation (Zweck-Mittel-Relation) in Bezug auf ihre Angemessenheit hin untersucht werden.

Das Ziel der Verhinderung von Straflosigkeit hat sich in Bezug auf seinen unionsrechtlichen Kontext als durchaus gewichtig gezeigt. Das Mittel der Auslieferung kann in verschiedenen Nuancen auftreten, die unterschiedlich stark in die Rechte des Auszuliefernden eingreifen. Handelt es sich um die Auslieferung an einen Mitgliedsstaat (den Heimatstaat), so verbleibt der Auszuliefernde in der vertrauten Rechtsordnung und wird unter einem bekannten System für seine Straftat zur Verantwortung gezogen. Der Eingriff ist deshalb als nicht signifikant gewichtiger anzusehen, als die „normale" Verurteilung eines Straftäters. Anders verhält es sich in Bezug auf die Auslieferung eines Unionsbürgers an einen Drittstaat, da der Auszuliefernde hierbei aus seinem vertrauten Umfeld entfernt und unter fremden, unbekannten Maßstäben verurteilt wird. Dies stellt einen durchaus gewichtigeren Eingriff dar, der jedoch in Anbetracht dessen, dass vorher Maßnahmen ergriffen wurden, um eine unionsinterne Verfolgung zu erwirken, abgemildert wird. In einer solchen Situation wurden alle möglichen Handlungsalternativen in Betracht gezogen, die einen milderen Eingriff darstellen würden. Ist jedoch keine davon erfolgsgekrönt, so muss der stärkere Eingriff vollzogen werden, um die Gefahr der Straflosigkeit des Auszuliefernden abzuwenden. Aufgrund dieser Abstufungen innerhalb des Vorganges, die darauf angelegt sind, den Eingriff so milde wie möglich auszugestalten, kann in Bezug auf die Auslieferung zur Verhinderung von Straflosigkeit von einer angemessenen Maßnahme gesprochen werden.

#### e) Zwischenergebnis

Das Ziel der Gefahr von Straflosigkeit vorzubeugen ist ein vom EuGH anerkanntes legitimes Ziel. Die dazu ergriffenen Maßnahmen, die sich in extremster Form als Auslieferung an Drittstaaten ausgestalten, sind geeignet, erforderlich und angemessen, um dieses Ziel zu erreichen.

### 3. Zwischenergebnis

Es handelt es sich bei der Auslieferung von Unionsbürgern und der gleichzeitigen Verweigerung der Auslieferung eigener Staatsbürger zwar um eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung, die jedoch durch die objektive Erwägung der Verhinderung von Straflosigkeit gerechtfertigt werden kann.

## D. Fazit

Die Nichtanwendung von nationalen Auslieferungsverboten wie dem Art. 16 II GG auf Unionsbürger, stellt einen zu rechtfertigenden Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV dar. Diese Vorschrift ist zudem auch, anders als nach Auffassung des BVerfG, zu berücksichtigen, da nach der hier gefolgten Ansicht des EuGH das Unionsrecht eröffnet ist, soweit ein Auslieferungsabkommen besteht oder der Auszuliefernde von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, was fast immer der Fall sein wird. Diese Ungleichbehandlung ist jedoch einer Rechtfertigung zugänglich, soweit sie auf einer objektiven Erwägung beruht, die in angemessenem Verhältnis zu einem legitimerweise verfolgten Zweck steht. Dieser Zweck wird in der Verhinderung von Straflosigkeit erblickt und ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sowohl legitim, als auch geeignet. Erforderlich ist die Auslieferung an einen Drittstaat jedoch nur dann, wenn der Herkunftsstaat des Auszuliefernden nach Kenntnisnahme des Auslieferungsersuchens des Drittstaates keinen europäischen Haftbefehl erlassen hat. Erlässt der Herkunftsstaat diesen jedoch, so verhindert dies die Auslieferung an den Drittstaat, da mit dem europäischen Haftbefehl und der damit verbundenen Auslieferung innerhalb der europäischen Union ein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung gestanden hätte, dem nach Rechtsprechung des EuGH Vorrang einzuräumen ist. Eine dennoch erfolgende Auslieferung an den Drittstaat

C398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 45; *Raugevicius*, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898, Rn. 50.

[106] *Böhm*, NStZ 2021, 209, 215.

[107] *Schäfer*, Jus 2019, 856, 856.

[108] *B.Y.*, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 48f.

[109] *Böhm*, NStZ 2021, 209, 216.

[110] vgl. *Grukin* und *Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559, Rn. 29; *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, Rn. 81; *Runevič-Vardyn* und *Wardyn*, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291, Rn. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung; *Petruhhin*, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 Rn. 34.; *Pisciotti* C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, Rn. 46.

wäre mithin unionsrechtswidrig.

Abgesehen von dieser Einschränkung ist Deutschland in Einklang mit der vergangenen EuGH-Rechtsprechung in dieser Thematik, rechtlich faktisch nicht gehindert Unionsbürger an Drittstaaten auszuliefern, sofern im ersuchenden Drittstaat rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind. EU-Ausländer genießen folglich trotz Unionsbürgerschaft bis dato in Deutschland einen geringeren Schutz als deutsche Staatsbürger. Fraglich bleibt alleine, ob dies in Anbetracht der fluiden Beschaffenheit der Unionsbürgerschaft so bleiben wird.