
Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Hamburg 2021

Croon-Gestefeld | Korch | Kuschel | Sarel | Scholz [Hrsg.]

Das Private im Privatrecht

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748928435>
Open Access –  <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

facultas



DIKE

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Herausgegeben von der Gesellschaft
Junge Zivilrechtswissenschaft e.V.

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Hamburg 2021

Croon-Gestefeld | Korch | Kuschel | Sarel | Scholz [Hrsg.]

Das Private im Privatrecht

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft



Nomos



DIKE



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN (Print) 978-3-8487-8468-4 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-2849-2 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-7089-2307-9 (facultas Verlag, Wien)

ISBN (Print) 978-3-03891-507-2 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Vom 25. bis 27. August 2021 fand die 31. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft in Hamburg statt. Die von der Bucerius Law School, der Universität Hamburg und dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ausgerichtete Tagung stand unter dem Generalthema „Das Private im Privatrecht“. Bei der Veranstaltung standen drei Fragen im Mittelpunkt: Was macht den Wesenskern des Privatrechts aus? Welche Entwicklungen sind im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung beobachtbar? Wie gestaltet sich der Schutz des Privaten angesichts des technologischen Fortschritts und gesellschaftlichen Wandels?

In diesem Tagungsband sind die schriftlichen Fassungen der elf Referate des wissenschaftlichen Programms versammelt. Die Texte illustrieren, auf welcher vielfältigen Art und Weise das Privatrecht zur Verwirklichung und zum Schutz des Privaten beiträgt. Einen ersten Themenkreis formen Referate zum *private enforcement*. Hierzu zählen die Beiträge von *Felix Aiwanger* zur privaten Vollstreckung, von *Tabea Bauermeister* zu Kollektivierungsmodellen der Rechtsdurchsetzung, von *Marco Lettenbichler* über die privatautonomen Kontrollmechanismen innerhalb der liechtensteinischen Stiftung sowie von *Patrick Raschner* zum Klimaschutz mittels Kapitalanlegerschutz. Einen weiteren Schwerpunkt bilden Beiträge, die sich intensiv mit privater Rechtssetzung beschäftigen. Hier widmet sich *Paul Corleis* dem Thema der personalisierten Preisdifferenzierung und *Lea Kumkar* unterzieht die AGB auf digitalen Marktplätzen einer aktuellen Analyse. Drei weitere Beiträge eint die intensive Auseinandersetzung mit dem Schutz des Privaten. *Stefan Gräf* analysiert das Fragerecht des Arbeitgebers vor dem Hintergrund geltenden Datenschutzrechts, *Katharina Kaesling* zeigt den rechtlichen Rahmen für das Teilen von Kinderbildern im Internet auf und *Mathias Walch* wirft ein Schlaglicht auf die Regelung von Gefälligkeitsverhältnissen. Schließlich widmen sich zwei Beiträge dem Einfluss des Verfassungsrechts auf das Privatrecht: *Klaas Henrik Eller* beleuchtet die Beziehung des privatrechtlichen Mietrechts zur Verfassung des Wohnungsmarktes und *Lena Hornkohl* untersucht die Grundrechtsbindung Privater nach den nationalen und europäischen Vorgaben.

Unser großer Dank gilt den Referentinnen und Referenten. Ihre Beiträge zeigen, mit welcher Themen- und Methodenvielfalt der privatrechtswissenschaftliche Nachwuchs im deutschsprachigen Raum forscht. Uns war es eine große Freude, den akademischen Austausch über die Landesgrenzen hinweg organisieren zu dürfen. Für die Unterstützung bei dieser Aufgabe danken wir Christian Kolb; für die Hilfe bei der Vorbereitung des Tagungsbandes Fabian Wegener.

Herzlich bedanken möchten wir uns auch bei den Förderinnen und Förderern der Tagung. Das Engagement von NEUWERK Rechtsanwält:innen und dem Verlag C.H. Beck ist hier hervorzuheben. Ohne ihre großzügige finanzielle und sachliche Unterstützung – an der sie auch festgehalten haben, als uns die COVID 19-Pandemie dazu zwang, die Tagung um ein Jahr zu verschieben und schließlich in den digitalen Raum zu verlegen – wäre die Durchführung der Tagung nicht möglich gewesen.

Besonderer Dank gebührt zuletzt dem Verlag Nomos für die Förderung und Betreuung des Tagungsbandes. Hier möchten wir insbesondere *Dr. Marco Ganzhorn* für seine tatkräftige Unterstützung danken.

Die 32. Tagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft wird vom 27. bis 29. September 2022 an der Johannes Kepler Universität Linz unter dem Generalthema „Nachhaltigkeit im Privatrecht“ stattfinden.

Hamburg, im März 2022

Johanna Croon-Gestefeld
Stefan Korch
Linda Kuschel
Roe Sarel
Philipp Scholz

Inhalt

Kohlhaas' Kapsel oder: Private Vollstreckung zwischen Selbsthilfe und Selbstjustiz <i>Felix Aiwanger</i>	9
Private Rechtsdurchsetzung 2.0? <i>Tabea Bauermeister</i>	29
Personalisierte Preisdifferenzierung <i>Paul Corleis</i>	51
Privatrecht in der Wohnungskrise: Soziales Mietrecht und die Verfassung des Wohnungsmarktes <i>Klaas Hendrik Eller</i>	75
Fragerecht des Arbeitgebers, Datenschutz und AGG – ein dogmatisches Update <i>Stephan Gräf</i>	99
Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen <i>Lena Hornkohl</i>	129
Persönlich, familiär oder öffentlich? Grenzverschiebungen im Datenschutz- und Kunsturheberrecht am Beispiel des <i>Sharenting</i> <i>Katharina Kaesling</i>	151
Zur Bedeutung der Plattform-AGB für Nutzer-Transaktionen auf virtuellen Marktplätzen <i>Lea Katharina Kumkar</i>	175

Inhalt

Privatautonome Kontrollmechanismen im Kontext der liechtensteinischen Stiftung	197
<i>Marco Lettenbichler</i>	
Klimaschutz durch Kapitalanlegerschutz? Zur Rolle des Privatrechts auf dem Weg hin zu einer nachhaltigen Wirtschaft beim Investmentgeschäft	221
<i>Patrick Raschner</i>	
Die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen	249
<i>Mathias Walch</i>	

Kohlhaas' Kapsel oder: Private Vollstreckung zwischen Selbsthilfe und Selbstjustiz

Felix Aiwanger

Das zivilprozessuale Vollstreckungsrecht gehört zu jenen Rechtsgebieten, die zwar dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind, aber traditionell von bekennenden Privatrechtlern erforscht werden. Bereits diese Zuständigkeitsschizophrenie zeigt, dass wir uns an einer Schnittstelle der Rechtsgebiete befinden: In Konflikte zwischen privaten Interessen intervenieren staatliche Stellen spätestens, wenn es darum geht, Entscheidungen gegen den Willen anderer Beteiligter in die Tat umzusetzen. Dem möchte ich ein rein privates Vollstreckungsrecht gegenüberstellen, wonach Entscheidungen ohne staatliche Beteiligung vollstreckt werden.

Dazu können wir uns auf einen kleinen literarischen Ausflug begeben, nämlich zur Figur des Michael Kohlhaas, der zuerst selbst von einem adeligen Gutsherrn mit privater Macht schikaniert wird und sein Recht dann seinerseits mit privaten Mitteln durchsetzen will. Gleich zu Beginn der Erzählung stellt ihn Kleist vor als einen „der rechtschaffensten zugleich und entsetzlichsten Menschen seiner Zeit“¹. Damit sind die zwei Pole benannt, zwischen denen sich eine Privatvollstreckung bewegt: die zu begrüßende Durchsetzung anerkannter Rechte einerseits und die dabei notwendige Beeinträchtigung fremder Interessen andererseits.

Als er wegen seines Rachefeldzugs hingerichtet werden soll, öffnet Michael Kohlhaas die – wie es heißt – „kleine bleierne Kapsel, die ihm an einem seidenen Faden vom Hals herabhing“². Auf dem Zettel, den er herausnimmt, hat eine Wahrsagerin notiert, wie die Familie des sächsischen Kurfürsten entmachtet werden wird. Vor den Augen des

1 *von Kleist*, Michael Kohlhaas, zitiert nach Reuß/Staengle (Hg), H. v. Kleist, Sämtliche Werke, Berliner Ausgabe, Bd. II/1 (Basel/Frankfurt a. M. 1990) 63.

2 *Kleist*, Michael Kohlhaas (Fn 1) 239.

Kurfürsten, der natürlich an die Prophezeiung kommen will, steckt sich Kohlhaas den Zettel in den Mund und verschluckt ihn. Die Kapsel mit dem Zettel wird damit zum Symbol der privaten Macht,³ mit der Kohlhaas noch auf dem Schafott seine Rechte zur Geltung bringt, indem er den Kurfürsten leiden lässt.⁴

Wie eine Kapsel, die man einnehmen kann, verleiht die Privatvollstreckung gewisse Kräfte. Je nachdem, welche Kräfte in Anspruch genommen werden, können wir zwei Arten von Kapseln und damit zwei Formen der Privatvollstreckung unterscheiden: Mit einer *blauen Kapsel* bleiben wir in den Formen der staatlichen Vollstreckung und übertragen sie bloß auf eine Privatperson. Mit einer *roten Kapsel* verlassen wir zunächst den rechtlichen Bereich komplett und bewegen uns in außerrechtlichen Vollstreckungsformen anderer gesellschaftlicher Regelsysteme.

A. *Blaue Kapsel: Private Vollstreckung mit rechtlichen Mitteln*

Da es hier nur noch um die Vollstreckung gehen soll, will ich davon ausgehen, dass zugunsten des privaten Vollstreckers Ansprüche bestehen. „Die Rechtssache war in der That klar“⁵ heißt es auch bei Kleist und es kommt kein Zweifel daran auf, dass Kohlhaas die begehrten Rechtsfolgen zustehen.⁶ Ob darüber schon von einer staatlichen Stelle entschieden wurde, spielt allerdings keine Rolle. Da das Begehren des Vollstreckers gerade nicht von staatlicher Seite unterstützt werden soll, bedarf es auch keines Vollstreckungstitels als Nachweis für diese Unterstützung. Die zu vollstreckende Entscheidung kann ebenso gut in einem Privatverfahren – aber eben nach den staatlichen Vorgaben

3 Vgl zum wenig behandelten Symbolgehalt der Kapsel *Best*, Schuld und Vergebung. Zur Rolle von Wahrsagerin und „Amulett“ in Kleists „Michael Kohlhaas“, Germanisch-Romanische Monatsschrift 1970, 180 (184, 187 f).

4 „Der Mann mit blauen und weißen Federbüschen sank, bei diesem Anblick, ohnmächtig, in Krämpfen nieder“ und war „zerrissen an Leib und Seele“, (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 290 f).

5 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 92.

6 Vgl noch Luther zu Kohlhaas: „was du forderst, [...] ist gerecht“ (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 154); der Prinz von Meißen über Kohlhaas: „dessen Sache, wie bekannt, sehr gerecht sey“ (ebd., 166); die Abweisung seiner Klage sei „nicht zu erwarten“ (ebd., 169 f).

– ergangen sein. Für ein solches Privatverfahren steht bei Kohlhaas das ständig wiederkehrende Motiv seiner Brust als Sitz seines Rechtsgefühls.⁷

I. Übersetzung staatlicher in private Maßnahmen

Die Kräfte, die die blaue Kapsel verleiht, ergeben sich daraus, dass wir Strukturen der staatlichen Vollstreckung gewissermaßen ins Private übersetzen.⁸ Gemeinsamer Bezugspunkt des staatlichen wie des privaten Vokabulars sind gewisse Grundmuster, auf die eine zwangsweise Durchsetzung von Rechten in beiden Bereichen zurückgeht und die im unten folgenden Schaubild dargestellt sind. Dabei können wir von einem bestimmten Ziel ausgehen, das es zu erreichen gilt. Im Hinblick auf dieses Ziel lassen sich drei Akteure unterscheiden: (1) ein Begünstigter, in dessen Interesse es liegt, das Ziel zu erreichen, und der typischerweise in der Rolle des Gläubigers auftritt – sein Ziel wollen wir G_1 nennen; (2) ein Belasteter, der einen Beitrag leisten muss, damit G_1 erreicht wird, und der typischerweise in der Rolle des Schuldners auftritt; (3) Dritte, die zunächst weder begünstigt noch belastet sind, sondern dem Ziel neutral gegenüberstehen.

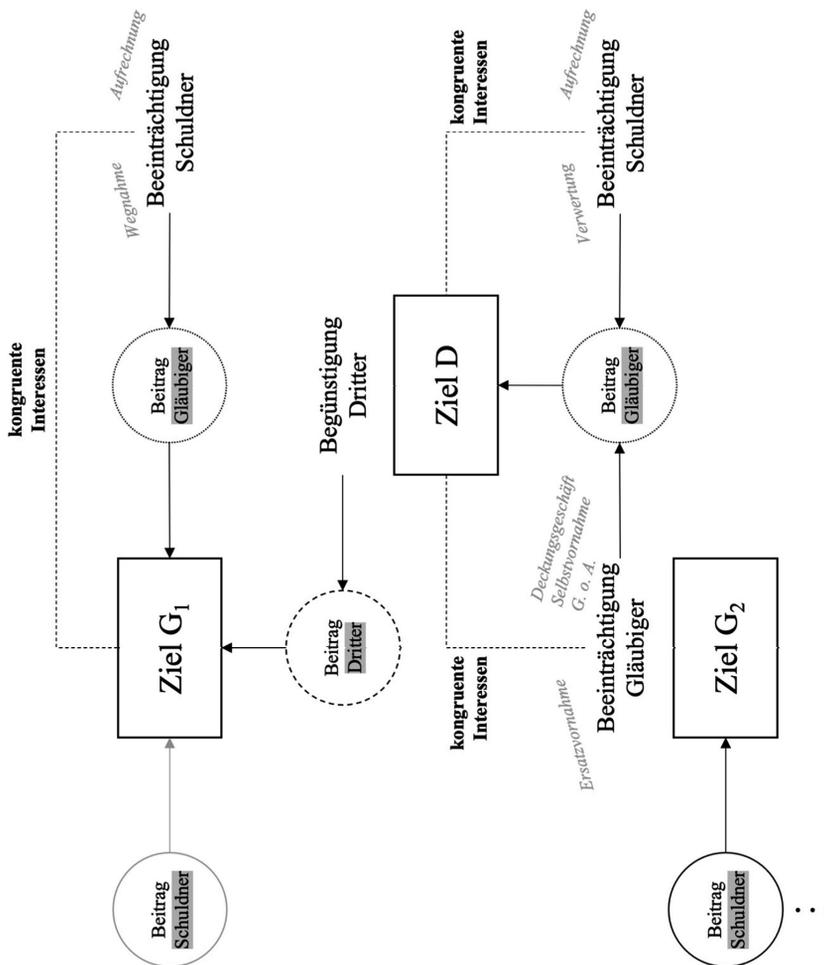
Wenn der Schuldner nun seinen Beitrag zu G_1 nicht wie vorgesehen leistet, bedarf es alternativer Wege, um das Ziel zu erreichen. Dazu kann ein Dritter den Beitrag des Schuldners übernehmen. Der Dritte muss allerdings erst dazu motiviert werden, dass er das für ihn fremde Ziel G_1 fördert. Als Motivation dient ein Beitrag des Gläubigers zu einem Ziel D des Dritten für den Fall, dass der Dritte hilft. Dieser Beitrag des Gläubigers lässt sich wiederum so gestalten, dass er entweder auf Kosten der eigenen Interessen des Gläubigers geht oder auf Kosten der Schuldnerinteressen. Geht er auf Kosten der eigenen Interessen, ist zwar das Ziel G_1 mithilfe des Dritten erreicht, aber ein anderes Ziel

7 Insbesondere bei anfänglicher Prüfung seiner Ansprüche: „sein Rechtsgefühl, das einer Goldwaage glich, wankte noch; er war, vor der Schranke seiner eigenen Brust, noch nicht gewiß, ob eine Schuld seinen Gegner drücke“ (*Kleist*, Michael Kohlhaas (Fn 1) 76).

8 Vgl. in umgekehrter Richtung die Rekonstruktion privater Rechte als Vollstreckungsbefugnisse bei *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte (Tübingen 2017) 15 und passim.

G_2 des Gläubigers dafür beeinträchtigt. Damit tritt G_2 an die Stelle von G_1 : der Schuldner muss seinen Beitrag nunmehr zu G_2 erbringen und das Spiel setzt sich fort, bis es eine andere Abzweigung nimmt. Ein Beitrag auf Kosten der Schuldnerinteressen besteht hingegen darin, dass der Gläubiger diese Interessen in einer Form beeinträchtigt, von der die Interessen des Dritten profitieren.

Sowohl bei einem Beitrag auf eigene Kosten als auch bei einem Beitrag auf Kosten des Schuldners müssen die beeinträchtigten Interessen kongruent sein mit den begünstigten Drittinteressen. Bei einer ausreichenden Interessenskongruenz zwischen Gläubiger und Schuldner wäre bereits die Beteiligung eines Dritten in der dargestellten Mittlerrolle entbehrlich und der Gläubiger könnte unmittelbar einen Beitrag zu seinem eigenen Ziel vornehmen, der zugleich die Interessen des Schuldners beeinträchtigt. Für die Mittlerrolle kann der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Dritten haben, die sich danach unterscheiden, wie leicht sie sich zu dem benötigten Beitrag motivieren lassen.



- Der Weg über einen Dritten, zu dessen Zielen der Gläubiger einen Beitrag auf Kosten eigener Interessen leistet, heißt in der staatlichen Vollstreckung Ersatzvornahme⁹. In die Privatvollstreckung lässt er sich bei vertraglicher Haftung als Deckungsgeschäft¹⁰ oder Selbst-

⁹ Vgl § 887 ZPO.

¹⁰ Vgl *Emmerich* in *MünchKomm-BGB*, 8. Aufl. (München 2018 ff), Vor § 281 Rn 40 ff.

vornahme¹¹, bei außervertraglicher Haftung als Geschäftsführung ohne Auftrag¹² übersetzen. Im Anschluss daran hat der Gläubiger stets von Neuem die Wahl zwischen staatlicher und privater Vollstreckung.

- Der Weg über einen Dritten, zu dessen Zielen der Gläubiger einen Beitrag auf Kosten von Schuldnerinteressen leistet, heißt in der staatlichen Vollstreckung Verwertung eines gepfändeten Gegenstands¹³. In die Privatvollstreckung lässt er sich als Aufrechnung gegen eine Forderung des Schuldners übersetzen: Eine Schuldnerforderung, gegen die der Gläubiger aufrechnen kann, ergibt sich aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners verkauft und veräußert, die sich bereits in seiner Macht befand oder derer er sich bemächtigt hat.¹⁴ Zum anderen kann es sich bei dem Dritten um einen Drittschuldner handeln, der nach § 267 BGB an den Gläubiger leistet¹⁵ und mit seiner Rückgriffskondition gegen die Schuldnerforderung aufrechnet.
- Der Weg ohne Beteiligung eines Dritten und direkt über einen Beitrag des Gläubigers auf Kosten von Schuldnerinteressen kommt in der staatlichen Vollstreckung nur bei einem Herausgabeanspruch vor, nämlich als Wegnahme einer Sache und Übergabe an den Gläubiger.¹⁶ In die Privatvollstreckung lässt er sich als Aufrechnung des Gläubigers gegen eine Forderung des Schuldners übersetzen, die gerade denselben Gegenstand hat wie die Forderung des Gläubigers.¹⁷ Hat etwa der Gläubiger genau die geschuldete Sache erlangt, so kann er gegen einen Rückgabeanspruch des Schuldners aufrechnen. Eine weitere private Erscheinungsform dieser Vollstreckungsmetho-

11 Vgl § 637 BGB sowie *Weidenkaff* in Palandt, 80 Aufl. (München 2021) § 437 Rn 4a.

12 Vgl *Schäfer* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 677 Rn 59 ff.

13 *Schilken* in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (München 2010) § 50 Rn 90 f. (943).

14 Bei Verkauf als Pfand ist ein gutgläubiger Erwerb des Dritten sogar bei Abhandenkommen möglich, siehe *Damrau* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 1244 Rn 11; vgl auch die Konstellation in BGH NStZ-RR 2022, 47.

15 Vgl zu dieser Möglichkeit *Schwab* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 812 Rn 99.

16 Vgl § 883 Abs. 1 ZPO.

17 Die erforderliche Interessenkongruenz zeigt sich im Rahmen der Aufrechnung als Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen nach § 387 BGB.

de findet sich neuerdings in der Befugnis, die Nutzung digitaler Produkte nach § 327p Abs. 1 S. 2 BGB zu sperren.

Auf einer weiteren Ebene kann der Gläubiger jede der Maßnahmen, die er als Alternative zum Beitrag des Schuldners ergreift, als milderes Mittel zunächst nur androhen und den Schuldner womöglich bereits damit zu seinem Beitrag bewegen. Im privaten Kontext sprechen wir dabei von einer Mahnung oder Fristsetzung. Um einen Beitrag seinerseits vorzubereiten und die dafür nötige Interessenkongruenz abzusichern, kann der Gläubiger zudem andere von einem Zugriff auf die Schuldnerinteressen ausschließen. Dazu setzt er Dritte davon in Kenntnis, dass er seinen Anspruch anhand eines bestimmten Gegenstands befriedigen will, und fordert sie auf, nicht über den Gegenstand zu verfügen. Nichts anderes bezweckt das Siegel des Gerichtsvollziehers in der staatlichen Vollstreckung.¹⁸ Zwar kann ein Gläubiger nicht jeden potenziellen Dritten kontaktieren. Gezielt kann er sich aber an besonders naheliegende Kandidaten für einen Dritterwerb wenden, wie es nach dem Vorbild der *Mareva Injunction* unter englischem Recht insbesondere gegenüber Banken als sog. *Mareva by Letter* gebräuchlich ist¹⁹. Gesichert ist die fragliche Sache dann als private Form der Verstrickung immerhin dadurch, dass die Mitteilung Dritte bösgläubig machen kann im Hinblick auf einen Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung, der bei knappem Schuldnervermögen eine Anfechtung des Dritterwerbs nach § 3 Abs. 1 AnfG zur Folge haben kann. Bezieht sich das fragliche Schuldnerinteresse auf eine bewegliche Sache, kann der Gläubiger den Ausschluss Dritter auch kommunizieren, indem er die Sache schlicht wegnimmt.

II. Wirkstoff: Entlastung staatlicher Ressourcen

Wenn man bedenkt, unter welchen Umständen solche Formen der Privatvollstreckung zulässig sind, kristallisieren sich drei Faktoren heraus, die sich in einem beweglichen System ausgleichen – aus denen

18 Vgl § 808 Abs. 2 S. 2 ZPO.

19 Dazu *Caylor/Kennedy/Klein/Phelps*, Emergence of the Mareva by Letter: Banks' Liability to Non-Customer Victims of Fraud, *Business Law International* 12 (2011) 197.

sozusagen der Wirkstoff unserer blauen Kapsel der Privatvollstreckung zu unterschiedlichen Anteilen besteht: (1) Über welche Ressourcen verfügt der Staat für eine Vollstreckung in der jeweiligen Situation? (2) Wie leicht lassen sich die Konsequenzen einer privaten Entscheidung korrigieren, die sich nachträglich als fehlerhaft erweist? (3) Wie hoch ist die Gefahr, dass die Interessen des Schuldners im Zuge der Privatvollstreckung Kollateralschäden erleiden, also zusätzliche Schäden, die nicht von seiner Schuld gedeckt sind? Diese Faktoren können in zwei Konstellationen ausgeprägt sein:

1. Bei *irreversiblen* Konsequenzen und zumindest *möglichen* Kollateralschäden ist eine Privatvollstreckung nur zulässig, soweit es *keine* staatlichen Ressourcen gibt, weil eine staatliche Vollstreckung nicht praktikabel wäre. Das ist die Konstellation der Selbsthilfe nach § 229 BGB,²⁰ die eine Art Ultra-Eil-Verfahren erlaubt, wenn sowohl das gerichtliche Eilverfahren als auch das polizeirechtliche Eilst-Verfahren²¹ zu spät kämen. Hier wäre etwa die Wegnahme einer Sache gestattet, obwohl es zu Kollateralschäden kommen kann, wenn der Schuldner Widerstand leistet.²²

Neben Praktikabilitätserwägungen kann der Mangel staatlicher Ressourcen auch auf den territorialen Grenzen staatlicher Macht beruhen. Ist das vollstreckungsrelevante Vermögen des Schuldners in einem Staat belegen, der sich weigert, die Entscheidung eines anderen Staates zu vollstrecken, so kann dieser andere Staat aus Mangel an eigenen Ressourcen dem Schuldner die Selbsthilfe im Vollstreckungsstaat gestatten und ihn vor Gegenmaßnahmen des Vollstreckungsstaates schützen. Er verstößt damit nicht gegen völkerrechtliche Verträge, nach denen der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung aus bestimmten Gründen ablehnen dürfte.²³ Solche Verträge betreffen nämlich allein die staatlich lancierte Vollstreckung, nicht aber private Pendanten. Auch sonstiges Völkerrecht dürfte einer solchen Verlagerung auf die private Ebene nicht entgegenstehen, da privates Verhalten in individuellem Interesse

20 Vgl. *Beurskens*, *Privatrechtliche Selbsthilfe* (Tübingen 2017) 189.

21 Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 PAG BY.

22 Verbote und Beschränkungen, die in der staatlichen Vollstreckung gelten, sind wegen § 230 Abs. 2 bis 4 BGB auf die Privatvollstreckung zu übertragen, *Grothe* in *MünchKomm-BGB*, 9. Aufl. (München 2021) § 229 Rn 6 ff.

23 Etwa Art. 288 UAbs. 2 AEUV i. V. m. Art. 45, 46 Brüssel-Ia-VO.

einem Staat nicht zurechenbar ist, der dieses Verhalten bloß für seinen Hoheitsbereich billigt.²⁴

2. Sind dagegen Kollateralschäden *ausgeschlossen* und hat der Schuldner zumindest die Möglichkeit einer *rechtlichen Prüfung*, bevor es zu irreversiblen Konsequenzen kommt, so ist eine Privatvollstreckung sogar neben den *vollen* staatlichen Ressourcen zulässig. Das sind vor allem die Konstellationen, in denen die Vollstreckung nur mittels rechtlicher Gestaltung operiert und nicht mit faktischen Eingriffen, etwa die Aufrechnung ist hier zu nennen.²⁵ Aber auch ein Gläubiger, der sich einer Sache des Schuldners bemächtigt, um eine Passivforderung des Schuldners erst zu begründen, ist häufig nur wegen Nötigung gemäß § 240 StGB strafbar,²⁶ wie es bereits für andere Formen unzulässiger Privatvollstreckung anerkannt ist.²⁷ Als Diebstahl gemäß § 242 StGB ist eine solche Privatpfändung hingegen nur in dem Spezialfall strafbar, dass der Schuldner ein Interesse an der Auswahl des Vollstreckungsobjekts hat und deswegen die Zueignung rechtswidrig ist, obwohl ein Anspruch besteht.²⁸ Vermögensdelikte scheiden entweder mangels Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder mangels Vermögensschadens gänzlich aus.²⁹

Hier wäre darüber nachzudenken, die Verbote der §§ 240, 242 StGB nicht auch *zivilrechtlich* durchzusetzen, indem man die Aufrechnung verwehrt, wenn sie zum selben Ergebnis führt wie eine staatliche Vollstreckung. Die Aufrechnung und analog auch die Zurückbehaltung sind zwar nach § 393 BGB nicht zulässig gegen eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Im Umfang seiner Haftung muss das Eigentum des Schuldners aber auch im Rahmen der staatli-

24 Vgl Schröder in Graf Vitzthum/Proelß (Hg), Völkerrecht, 8. Aufl. (Berlin/Boston 2019) 7. Abschnitt Rn 25.

25 Verbote und Beschränkungen, die in der staatlichen Vollstreckung gelten, sind nach § 394 S. 1 BGB i. V. m. §§ 850 ff. ZPO auf die Privatvollstreckung zu übertragen.

26 Nicht einmal zu einer Strafbarkeit wegen Nötigung kommt OLG Köln StV 1990, 266 mit Zustimmung Eisele in Schönke/Schröder (Begr), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (München 2019) Vor §§ 234 -241a Rn 13a; vgl aber BGH NStZ-RR 2022, 47 (48).

27 Siehe Sinn in MünchKomm-StGB, 4. Aufl. (München 2021) § 240 Rn 32.

28 Vgl Bosch in Schönke/Schröder (Begr), Strafgesetzbuch (Fn 26) § 242 Rn 49.

29 Instrukтив BGH NStZ-RR 2022, 47 (48); ferner BGH NStZ 2011, 519 (519); NStZ 1988, 216; NJW 1982, 2265.

chen Vollstreckung zurücktreten, sodass man *insoweit* bereits eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB verneinen könnte. Auch soweit der Nötigungs- und der Diebstahlstatbestand Formen der Selbstjustiz erfassen, qualifizieren sie sich nicht im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB als Schutzgesetz zugunsten des Schuldnervermögens, sondern schützen nur den *verfahrensrechtlichen* Aspekt, wie der Zugriff auf das Vermögen zu erfolgen hat. So hat immerhin das OLG Köln die Aufrechnung gegen einen Kostenanspruch zugelassen, dem lediglich verbotene Eigenmacht zugrunde lag,³⁰ bei der nach dem BGH schließlich auch die petitorische Widerklage möglich ist.³¹

3. Freilich ist denkbar, dass der Schuldner auf seinen Schutz vor irreversiblen Konsequenzen und Kollateralschäden verzichtet. Während in der staatlichen Vollstreckung einem solchen Verzicht organisatorische Interessen der staatlichen Stellen entgegenstehen können,³² betrifft er in der privaten Vollstreckung allein private Interessen. Soweit es sich dabei nicht um die Interessen Dritter handelt, kann der Schuldner auf seinen Schutz bereits im Vorhinein verzichten und dem Gläubiger auf diese Weise Befugnisse zur privaten Vollstreckung einräumen.³³ Mit diesem Verzicht geht der Schuldner das Risiko der Privatvollstreckung selbst ein und ist auch dann nicht zu schützen, wenn er meint, die Forderung noch begleichen zu können und die Privatvollstreckung damit abzuwenden.³⁴ Auf einem anderen Blatt steht hingegen, dass der Verzicht klar und bestimmt aus den Erklärungen des Schuldners hervorgehen muss. Räumt er dem Gläubiger etwa ein Pfandrecht nach §§ 1204 ff. BGB ein, so steht eine Verfallklausel nach § 1229 BGB im Widerspruch zu dem Verwertungsverfahren, das nach §§ 1233 ff. BGB mit einem Pfandrecht verbunden ist. Eine Verpflichtung oder Verfügung unter der aufschiebenden Bedingung, dass eine Forderung nicht erfüllt wird, ist zweifellos möglich, im Kontext eines Pfandrechts aber

30 OLG Köln BeckRS 2014, 16634 Rn 6f.

31 BGHZ 53, 166 (168 ff); 73, 355 (357); BGH NJW 1979, 1359 (1360).

32 Vgl *Gaul* in *Gaul et al.*, Zwangsvollstreckungsrecht (Fn 13) § 33 Rn 14, 18, 23 (574 ff).

33 Zur möglichen Ausgestaltung im Einzelnen *Beurskens*, *Privatrechtliche Selbsthilfe* (Tübingen 2017) 300 ff; dagegen RGZ 131, 213 (221 f); offener RGZ 146, 182 (185 ff); mit Zweifeln an dieser Rechtsprechung *Fries*, Anm zu OLG Düsseldorf 7.10.2021 – 20 U 116/20, JZ 2022, 361 (362 f).

34 Vgl BGHZ 130, 101 (106 f); anders *Damrau* in *MünchKomm-BGB* (Fn 10) § 1229 Rn 1; *Wiegand* in *Staudinger*, (Berlin 2019) § 1229 Rn 1.

widersprüchlich.³⁵ § 1229 BGB enthält somit lediglich eine besondere Ausprägung des Transparenzgebotes, wie es sich bereits in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und als allgemeine Auslegungsregel niederschlägt.³⁶ Lässt sich ermitteln, dass die Parteien gar nicht auf die Rechtsfolgen eines Pfandrechts abzielten, kann die Verfallklausel in ein bloßes Vertragsstrafversprechen nach §§ 339 ff. BGB umzudeuten sein. Im Übrigen hat die Einräumung privater Vollstreckungsbefugnisse freilich die allgemeinen Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltung zu beachten, insbesondere zum Schutz schwächerer Verhandlungspositionen. So steht privaten Vollstreckungsbefugnissen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB das gesetzliche Leitbild der staatlichen Vollstreckung entgegen.³⁷

III. Staatliche und private Gegenmittel

Die Übersetzung staatlicher in private Vollstreckungsvokabeln lässt sich bei den Rechtsbehelfen fortführen, die als Gegenmittel zu den faktischen Konsequenzen einer unzulässigen Privatvollstreckung wirken – wenn die blaue Kapsel also kontraindiziert ist.

Ein Schuldner kann geltend machen, dass der privat vollstreckende Gläubiger keinen Anspruch hatte, den er hätte vollstrecken können. In einem staatlichen Kontrollverfahren ist dann zu prüfen, ob ihm bei der Vollstreckung alternativ staatliche Unterstützung gewährt worden wäre, ob also die Privatvollstreckung tatsächlich nur an die Stelle der staatlichen getreten ist. Diese Funktion, die bei staatlicher Vollstreckung der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zukommt, übernimmt im privaten Kontext die Eingriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, wobei der zu vollstreckende Anspruch als rechtlicher Grund für den infolge der Privatmaßnahme erlangten Vorteil zur Debatte steht.

35 Vgl. BGHZ 130, 101 (106) m.w.N.

36 Auf die Transparenz für den Schuldner stellt letztlich auch *Gaul* ab, wenn er einen Vorausverzicht auf den Pfändungsschutz ablehnt und mit dem Verweis auf AGB die hier vorgeschlagene Einordnung bereits nahelegt, siehe *Gaul* in *Gaul et al.*, Zwangsvollstreckungsrecht (Fn 13) § 33 Rn 28 f. (578).

37 Dazu näher OLG Düsseldorf JZ 2022, 359 m Anm *Fries*; auch die Konstellation in RGZ 131, 213 (Fn 33) ließe sich heute durch das AGB-Recht oder gar Verbraucherschützende Regeln bewältigen.

Räumt der Schuldner zwar den Anspruch des Gläubigers ein, so kann er sich dennoch dagegen wenden, dass der Gläubiger ein bestimmtes Verfahren nicht durchgeführt hat, das dem präventiven Schutz des Schuldners vor Kollateralschäden und irreversiblen Konsequenzen gedient hätte. Bei privater Vollstreckung ist hierfür statt der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO der possessorische Besitzschutz nach §§ 861 ff. BGB statthaft. Denkbar ist weiter, dass der Schuldner gegen die Privatvollstreckung selbst privat vorgeht und auch privat vollstreckt. Diesen Spezialfall behandelt die Besitzkehr nach § 859 BGB.

In der Situation einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO können Dritte gegen eine private Vollstreckungsmaßnahme ihre Rechte mangels eines bereits laufenden staatlichen Verfahrens schlicht über die Abwehransprüche geltend machen, die ihnen ihre Position verleiht, insbesondere ein Dritteigentümer über § 985 BGB. Wusste der Dritte bei Erwerb seiner Position, dass er damit Gläubigerinteressen beeinträchtigt, steht dem Gläubiger im Rahmen dieses privaten Drittwiderspruchs die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 9 AnfG zur Seite (vgl. oben I. 1. zur entsprechenden Absicherung gegen einen Dritterwerb).

B. Rote Kapsel: Private Vollstreckung mit außerrechtlichen Mitteln

Wählen wir nun statt der blauen die rote Kapsel, die uns in andere gesellschaftliche Bereiche führt und dort außerrechtliche Mittel der Privatvollstreckung erschließt.

Vollstreckt wird hier stets eine Entscheidung, die zumindest in dem Sinne privat ist, als sie von keiner staatlichen Stelle stammt, sondern von einer mehr oder weniger institutionalisierten Instanz innerhalb einer mehr oder weniger homogenen Gruppe. Die Entscheidung beruht auch nicht auf einer staatlichen Rechtsordnung, sondern auf den nichtstaatlichen Regeln, die sich in dieser gesellschaftlichen Einheit herausbilden.³⁸ Natürlich kommt es zu gewissen Überlappungen, wenn sie staatliche Regeln rezipieren oder staatlicherseits rezipiert werden.

38 Vgl. *Ellickson*, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge 1991) 123 ff.

I. Kappung kommunikativer Beziehungen

Gleichfalls verleiht die rote Kapsel ganz eigene Kräfte, die die rechtliche Vollstreckung nicht kennt. Sie basieren auf den charakteristischen Beziehungen innerhalb des jeweiligen außerrechtlichen Bereichs und lassen sich deshalb nicht in rechtliche Kategorien übersetzen.³⁹ Als gemeinsames Merkmal außerrechtlicher Beziehungen können wir allenfalls ihren im weitesten Sinne kommunikativen Charakter ausmachen: Sie konstituieren sich im Austausch von Informationen und festigen sich in wiederholter Kommunikation zu einer Community.⁴⁰ Außerrechtliche Vollstreckungsmaßnahmen bestehen darin, solche kommunikativen Beziehungen zum Adressaten abzurechnen oder zumindest einzuschränken. Das kann von zwei Seiten her erfolgen:

1. *Einen Ansatzpunkt* bieten die Beziehungen der übrigen Mitglieder der Einheit zum Adressaten. Er kann zeitweise oder endgültig, für einzelne Kommunikationsvorgänge oder insgesamt aus der Einheit ausgeschlossen werden. Spannt einem der beste Freund die Partnerin aus, dürfte die Freundschaft beendet sein; eine Geschäftsbeziehung geht in die Brüche, weil der Geschäftspartner sich zu einem wichtigen Meeting verspätet; ein Restaurantinhaber erteilt einem randalierenden Gast Hausverbot; im Fußball ist ein Spieler wegen eines Fouls für die nächsten Spiele gesperrt; bei einem Beitrag, der gegen die Facebook-Regeln verstößt, sperrt die Plattform ein Nutzerkonto oder bestimmte Funktionen des Nutzerkontos – daneben können einzelne Beiträge gelöscht werden, so dass ihr kommunikativer Gehalt entfällt, oder Beiträge mit Warnhinweisen versehen werden, so dass sich ihr kommunikativer Gehalt wandelt.

Auch bei Kleist kommt eine solche außerrechtliche Privatvollstreckung zum Zuge, interessanterweise aber als Gegenpart zum Privatvollstrecker Kohlhaas, der sich ja auf die Rechtsordnung beruft: Als religiöse Instanz tritt dem gläubigen Kohlhaas Martin Luther entgegen, der ihn als Sünder abkanzelt und damit von der christlichen

39 Man kann deshalb auch den Begriff der Vollstreckung für solche Maßnahmen ablehnen, so etwa *Gaul* in *Gaul et al., Zwangsvollstreckungsrecht* (Fn 13) § 1 Rn 13 f (6 f). Weil damit keine inhaltlichen Konsequenzen verbunden sind, behalte ich ihn im Folgenden bei, um die Parallele zur staatlichen Vollstreckung auszudrücken.

40 Vgl *Ellickson, Order without Law* (Fn 38) 230 ff.

Gemeinschaft abkapselt. Auf die für diesen Bereich zentrale kommunikative Beziehung zu einer transzendenten Instanz verweist Luther, als er Kohlhaas auffordert, er solle „um [s]eines Erlösers willen, dem Junker vergeben“⁴¹. Als Kohlhaas dazu nicht bereit ist, verweigert Luther ihm die *Kommunion*:⁴² „Bei diesen Worten“, so die Erzählung, „kehrte ihm Luther, mit einem mißvergnügten Blick, den Rücken zu, und zog die Klingel.“⁴³ Luther lässt Kohlhaas daraufhin aus dem Haus führen. „Kohlhaas legte“, wie es heißt, „mit dem Ausdruck schmerzlicher Empfindung, seine beiden Hände auf die Brust“ – also jenen bereits erwähnten Sitz seiner privaten Gerichtsgewalt – „folgte dem Mann, der ihm die Treppe hinunter leuchtete, und verschwand.“⁴⁴ Seine *Exkommunikation* ist damit vollzogen.

2. *Von einer zweiten Seite* kann die Vollstreckung innerhalb eines gesellschaftlichen Bereichs ansetzen, wenn sie die Beziehungen des Adressaten in andere Bereiche kappt, ihn also in den eigenen Grenzen isoliert. Ein typischer Bereich für solche Maßnahmen ist die Familie: Eltern reagieren auf Regelverstöße ihrer Kinder mit Fernsehverboten oder Hausarrest und schneiden sie so von ihrem Freundeskreis oder der Medienöffentlichkeit ab.

Auch Äußerungen gegenüber Dritten, die den Adressaten in ein schlechtes Licht rücken sollen, zielen als private Vollstreckungsmaßnahme letztlich darauf ab, dass die Dritten ihre Beziehungen zum Adressaten einschränken. Auf diese Weise ist die Reputation ein wichtiges, wenn auch eher mittelbares Vollstreckungsobjekt.

II. Wirkstoff: Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche

Wenn wir jetzt wieder die rechtliche Perspektive auf solche Formen außerrechtlicher Privatvollstreckung einnehmen, fällt zunächst auf, dass rechtliche Entscheidungen den Vollstreckungsaspekt gar nicht

41 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 155.

42 Zur Kommunion als wiederkehrendem Motiv der Erzählung *Osthöfener*, „Die Kraft beschwichtigender Worte“. Luther, Kohlhaas und Kleist, in Brittnacher/von der Lühe (Hg), Risiko – Experiment – Selbstentwurf. Kleists radikale Poetik (Göttingen 2013) 110 (123 f).

43 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 158.

44 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 159.

eigens behandeln, sondern wie selbstverständlich akzeptieren: Ist die zugrundeliegende außerrechtliche Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden, so ist auch ihre außerrechtliche Vollstreckung automatisch zulässig.⁴⁵

Hier scheint eine gewisse Parallele dazu auf, dass auch die Vollstreckungsgewalt fremder Staaten als Ausdruck ihrer Souveränität keiner umfassenden inländischen Beurteilung unterliegt.⁴⁶ Der Wirkstoff der roten Kapsel besteht also in der Autonomie des jeweiligen gesellschaftlichen Teilbereichs, in dem die Vollstreckung stattfindet. Aus rechtlicher Sicht bleibt zu prüfen, ob die außerrechtliche Entscheidung und damit auch ihre Vollstreckung anerkannt wird.⁴⁷

1. Kollisionsrechtliche Prüfung

Im prominenten Fall von Internetplattformen zeichnen sich gerichtliche Entscheidungen über diese Anerkennung dadurch aus, dass ihre Kernaussagen in völlig entgegengesetzte Richtungen gehen: Ein Teil der Entscheidungen gestattet den Plattformen auch Maßnahmen gegen rechtlich zulässige Meinungsäußerungen.⁴⁸ Der andere Teil schließt Maßnahmen gegen zulässige Meinungsäußerungen in jedem Fall aus.⁴⁹ Diese Divergenz können wir als Ergebnis einer Prüfung deuten, die einen kollisionsrechtlichen Charakter hat und je nach Anknüpfung mal in die eine, mal in die andere Richtung ausschwenkt. Wir können also ein intersystemisches Kollisionsrecht zugrundelegen, wie es Gunther Teubner für Konflikte zwischen sich überlappenden gesellschaftlichen Teilbereichen vorgeschlagen hat.⁵⁰ Fehlen konkrete Anknüpfungspunkte, repräsentieren Grundrechte die jeweiligen autonomen Regel-

45 Soweit ersichtlich, geht einzig KG Berlin NJW-RR 2005, 1630 auf die Vollstreckungsfrage ein und fordert sogar eine zwingende gerichtliche Prüfung, bevor außerrechtlich vollstreckt werden darf.

46 Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. (Köln 2020) Rn 405 ff (210 f).

47 Vgl zur entsprechenden Anerkennung ausländischer Vollstreckungsakte Geimer, IZPR (Fn 46) Rn 3201 (1218).

48 So etwa OLG München MMR 2019, 469; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770; LG Coburg GRUR-RS 2019, 53376.

49 So etwa OLG München NJW 2018, 3115; 2018, 3119 (3120); MMR 2018, 760; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 20324.

50 Teubner, Recht als autopoietisches System (Frankfurt a. M. 1989) 130 ff.

systeme⁵¹ und die Kollisionsentscheidung wird – vermittelt durch Generalklauseln⁵² – als Grundrechtskonflikt verpackt.⁵³

In einer Parallele zur Methodik des internationalen Privatrechts können wir hierin auch eine Art Ordre-Public-Kontrolle der außerrechtlichen Entscheidung sehen, um deren rechtliche Anerkennung es geht. So wie die Ordre-Public-Kontrolle vom Inlandsbezug abhängt,⁵⁴ können wir bei außerrechtlichen Entscheidungen nach einem Bereichsbezug fragen: Je stärker der Bezug zum rechtlichen Bereich oder auch zu anderen außerrechtlichen Bereichen, desto strenger die rechtliche Kontrolle.⁵⁵

Hinzu kommen Kriterien eines verfahrensrechtlichen Ordre Public, wie er sonst vor allem gegenüber schiedsgerichtlichen Entscheidungen zum Tragen kommt.⁵⁶ So lassen sich prozedurale Mindeststandards für das außerrechtliche Verfahren aufstellen. Ansätze dazu gibt es bereits in Form einer Willkürkontrolle,⁵⁷ eines Bestimmtheitsgebots⁵⁸ und von Anhörungserfordernissen⁵⁹.

51 Für den Bereich der Internetplattformen Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, für den damit oft kollidierenden Bereich der politischen Öffentlichkeit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; siehe etwa OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3113 f); OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35 (37 f); siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3185 ff).

52 Für den Bereich von Löschungen und Sperren auf Internetplattformen insb. § 241 Abs. 2 BGB (etwa OLG München MMR 2021, 79; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770); daneben auch § 307 BGB (etwa BGH NJW 2021, 3179 (3184)) und § 242 BGB (etwa LG Bonn NJW 2000, 961 (962)).

53 Vgl. *Ladeur/Augsberg*, Auslegungsparadoxien: Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation, *Rechtstheorie* 36 (2005), 143 (168).

54 Siehe *von Hein* in *MünchKomm-BGB* (Fn 10) Art. 6 EGBGB Rn 199 ff.

55 Vgl. mit ähnlicher Stoßrichtung das Kriterium der Staatsähnlichkeit für die Grundrechtsbindung Privater bei *Hornkohl* in diesem Band.

56 Vgl. *Geimer*, IZPR (Fn 46) Rn 2945 ff. (1074 ff); *Münch* in *MünchKomm-ZPO*, 5. Aufl. (München 2017) § 1059 Rn 44.

57 BGH NJW 2021, 3179 (3188); OLG Dresden MMR 2020, 407 (407); LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770 (771) m.w.N.; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 20324 Rn 11.

58 OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3113); OLG München MMR 2018, 760 (761); OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35 (37).

59 Nachdrücklich jetzt BGH NJW 2021, 3179 (3188 ff); ablehnend noch OLG Brandenburg MMR 2017, 258; LG Mosbach BeckRS 2018, 20323 Rn 30; offen gelassen in LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 (547).

2. Prüfung der systeminternen Ermächtigungsgrundlage

In einem wichtigen Punkt muss die Prüfung der außerrechtlichen Entscheidung allerdings über den Maßstab einer Ordre-Public-Kontrolle hinausgehen. Anders als staatliche Rechtsnormen entwickeln sich die Regeln gesellschaftlicher Teilbereiche nämlich in einem informellen Prozess ständigen Wandels, der gerade auch den Austausch mit anderen Bereichen einschließt. Die vorgefertigten Regeln müssen deshalb ebenfalls auf Konflikte mit anderen Bereichen untersucht werden, sodass der Prüfungsmaßstab eher dem der Urteilsverfassungsbeschwerde⁶⁰ ähnelt als der Ordre-Public-Kontrolle: Die außerrechtliche Regel, auf der eine Maßnahme beruht, dient als Ermächtigungsgrundlage. Sie selbst und ihre konkrete Anwendung sind anhand der kollisionsrechtlichen Muster als einer höherrangigen Ordnung zu prüfen.

Dabei kann die staatliche Kontrolle Anstöße dazu geben, dass sich ein autonomes Regelsystem *selbst* feiner ausdifferenziert.⁶¹ Mit der rechtlichen Anerkennung oder Ablehnung einer außerrechtlichen Maßnahme ist der Konflikt ja nicht beendet, sondern wird vielmehr wieder an die außerrechtlichen Strukturen verwiesen – man könnte auch sagen „zurückverwiesen“ nach der Art eines Renvoi im internationalen Privatrecht.⁶²

Innerhalb der autonomen Infrastruktur, die wir in einem gesellschaftlichen Bereich vorfinden, können eigene Lösungen erarbeitet werden, die den Gegebenheiten in dem Bereich besser gerecht werden als detaillierte staatliche Ersatzvorgaben, die bereichsspezifische Phänomene in juristische Kategorien zwingen. In Parallele zur Urteilsverfassungsbeschwerde sollte ein staatliches Gericht die außerrechtliche Ermächtigungsgrundlage nicht selbst anwenden. In zahlreichen Entscheidungen haben Zivilgerichte schon den Facebook-Tatbestand der Hassrede en détail subsumiert.⁶³ Die Subsumtion ist unweigerlich

60 Vgl BVerfGE 7, 198 (207); 11, 343 (349); 18, 85 (92).

61 Vgl dazu *Ladeur/Gostomzyk*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, NJW 2012, 710 (713 ff).

62 *Ladeur/Augsberg*, Auslegungsparadoxien (Fn 53) 174, 179.

63 Erwa OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3112); NJW-RR 2020, 429 (430); MMR 2020, 407 (408 f); OLG München NJW 2018, 3119 (3121 f); OLG Karlsruhe NJW 2018, 3110 (3111); LG Mannheim, GRUR-RS 2020, 10334 Rn 86 ff; LG Frankfurt a. M. MMR 2021, 271 (273); 2018, 770 (772); LG Bremen MMR 2020, 426 (429); LG Coburg GRUR-RS 2019, 53376 Rn 19 ff.

stark gefärbt von rechtsinternen Maßstäben, an die sozusagen zur Beantwortung von Vorfragen angeknüpft werden muss, vor allem an den Auslegungsmaßstab eines „unbefangenen Durchschnittslesers und des allgemeinen Sprachgebrauchs“, der die Entscheidungen wie ein Mantra durchzieht.⁶⁴ Dem spezifischen Verständnishorizont des Internetpublikums, der Plattformnutzer oder sogar der jeweiligen Post-Leser wird er nicht gerecht und kann ihm mangels Einblicks in die bereichsinternen Abläufe auch nicht gerecht werden.⁶⁵

Statt also einen Sachverhalt unter die außerrechtlichen Regeln zu subsumieren, ließe sich einmal die Auswahl der konkreten Vollstreckungsmaßnahme diskutieren. Zu Beitragslöschungen im Internet etwa übt die rechtliche Aufarbeitung eine fast schon ironische Gegenwirkung dadurch aus, dass sie einen gelöschten Beitrag in Verhandlungen und Entscheidungen wieder öffentlich zugänglich macht und oft stärker verbreitet, als es ohne Löschung der Fall gewesen wäre. Der Beitrag steht dann natürlich in einem anderen Kontext; eine entsprechende Rekontextualisierung könnte aber auch innerhalb des autonomen Regelsystems erfolgen und den Beitrag damit einer offeneren, systeminternen Selbstregulierung aussetzen. Mit seiner Löschung wird er dagegen nur verleugnet und sein Verfasser ausgeschlossen. Man denke etwa an das Phänomen der Shitstorms, die ähnlich wie wechselseitig begangene Beleidigungen nach § 199 StGB bereits als systeminterne Reaktion ausreichen können, ohne dass es weiterer rechtlicher oder außerrechtlicher Intervention bedürfte.

3. Wechselwirkung mit rechtsinterner Vollstreckung

Schließlich steht die außerrechtliche Privatvollstreckung auch in einer Wechselwirkung mit der rechtsinternen Vollstreckung und den zugrundeliegenden rechtlichen Entscheidungen.

In einer Variante kann sich das Recht der außerrechtlichen Privatvollstreckung *bedienen*, um wiederum die staatlichen Vollstreckungsressourcen zu entlasten. So machen sich strafrechtliche Sanktionen die

64 OLG München NJW 2018, 3115; 2018, 3119 (3121); MMR 2018, 760 (761); 2021, 79 (82); LG Stuttgart, MMR 2020, 423 (424); LG Bremen MMR 2020, 426 (428); LG Coburg GRUR-RS 2019, 53376 Rn 21.

65 Vgl. *Ladeur/Gostomzyk*, Persönlichkeitsrechte (Fn 61) 711.

gesellschaftliche Prangerwirkung der öffentlichen Verhandlung und Verurteilung zunutze, wodurch sich eine Geld- oder Freiheitsstrafe entsprechend mindern kann.⁶⁶ Soweit Unternehmen dazu verpflichtet sind, feste Compliance-Strukturen einzurichten,⁶⁷ bedient sich das Recht unternehmensinterner Vollstreckungsmöglichkeiten. Und auch das vielgescholtene NetzDG reiht sich hier in durchaus bewährte Strategien ein, mit denen das Recht auf eine außerrechtliche Infrastruktur privater Vollstreckung zurückgreift.

In einer zweiten Variante bedarf es keiner rechtlichen Vollstreckung mehr, wenn eine außerrechtliche Vollstreckung bereits zu einem ausreichenden Grad eingreift. Zum Beispiel rezipiert das Recht zwar noch die Pflichten aus einem Verlöbnis in §§ 1297 ff. BGB und die Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens in §§ 1353 ff. BGB, enthält sich aber in § 120 Abs. 3 FamFG der Vollstreckung und überlässt sie den außerrechtlichen Mechanismen. Innerhalb alltäglicher sozialer Beziehungen enthält sich das Recht sogar jeglicher Entscheidung und deklariert sie zu diesem Zweck als „Gefälligkeitsverhältnisse“.⁶⁸ Rechtliche Relevanz erlangen sie erst in Fällen, in denen die außerrechtlichen Sanktionen gerade nicht mehr ausreichen.⁶⁹

C. Placebo-Effekte

Damit komme ich zum Schluss und noch einmal zurück zu Michael Kohlhaas: Kohlhaas hatte im absolutistischen Staat noch damit zu kämpfen, dass jede Art privater Vollstreckung einschließlich der Selbsthilfe kategorisch ausgeschlossen war.⁷⁰ Insofern ist es doch bemerkenswert, dass wegen seiner Ansprüche gegen den Junker zwischendurch für ihn die Aussicht bestand, sich für seine völlig aus dem Ruder gelaufenen Vollstreckungsmaßnahmen zumindest im Wege der Gnade

66 *Maier* in Münchener Kommentar zum StGB (Fn 27) § 46 Rn 269 f.

67 Näher *Fleischer* in Spindler/Stilz (Hg), beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, Stand: 01.06.2021 (München 2021) § 91 AktG Rn 57 ff.

68 Vgl *Bachmann* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 241 BGB Rn 163.

69 Vgl dazu *Walch* in diesem Band.

70 Vgl *Haferkamp* in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I (Tübingen 2003) §§ 226–231 Rn 34 m.w.N.

nicht verantworten zu müssen,⁷¹ und dass Kohlhaas damit als Vorreiter einer Öffnung des Rechts für private Spielräume gelten kann.⁷²

Mit seinem Vorgehen hat er also nicht nur seine persönlichen Ansprüche, sondern auch generelle private Durchsetzungsmöglichkeiten privat durchgesetzt. Damit verbleibt allerdings das Risiko unterschiedlicher Prüfungsergebnisse: Eine private und eine staatliche, eine private und eine andere private Beurteilung können sich genauso gegenüberstehen und widersprechen wie die Beurteilung durch verschiedene Staaten oder staatliche Stellen. Erst ein solcher Perspektivenpluralismus und die bewusste Grenzziehung zwischen privaten Machtansprüchen weist den Ausweg aus der paradoxen Situation, in der die Durchsetzung des Rechts selbst gegen das Recht verstößt. An dieser Paradoxie geht letzten Endes auch Kohlhaas zugrunde – oder wie es in der Erzählung heißt: „Das Rechtgefühl [...] machte ihn zum Räuber und Mörder.“⁷³

71 Für den Fall, dass ein Gericht seine Ansprüche bejaht, solle „ihm mit seinem ganzen Haufen, Gnade für Recht bewilligt, und völlige Amnestie, seiner in Sachsen ausgeübten Gewalthätigkeiten wegen, zugestanden seyn“ (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 170).

72 Einen weitergehenden Sinn erhält insofern Kohlhaas' Äußerung hinsichtlich des Inhalts seiner Kapsel „daß die Kinder selbst, wenn sie groß wären, ihn, um seines Verfahrens loben würden, und daß er, für sie und ihre Enkel nichts Heilsameres thun könne, als den Zettel behalten“ (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 277 f).

73 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 64.

Private Rechtsdurchsetzung 2.0?

Tabea Bauermeister

A. Einleitung

Die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage sind beides Instrumente zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Ausweislich ihrer jeweiligen Begründungen sollen sie aber nicht nur der Ersetzung des individuell erlittenen Schadens dienen, sondern auch der „effektiven Rechtsdurchsetzung“ bzw. der „Durchsetzung des Verbraucherrechts“.¹ Hier klingt das Schlagwort der privaten Rechtsdurchsetzung  auch *private enforcement* genannt – an. Im Unterschied zur früheren, durch das EuGH-Grundsatzurteil *Courage* angestoßenen Diskussion geht es allerdings nicht mehr um die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern um die tatsächliche Durchsetzung  das Prozessrecht. Es wirkt deshalb, als würden die beiden Klagearten die nächste Stufe und damit eine Art private Rechtsdurchsetzung 2.0 anstreben.

Dieser Schluss lässt allerdings die Entwicklungen in der Rechtswirklichkeit außer Betracht: Bereits seit 2005 tritt das private Unternehmen *Cartel Damage Claims* am Rechtsdienstleistungsmarkt auf und verfolgt eine abtretungsbasierte Bündelung wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzklagen.² Weitere Anbieter wie z. B. das 2016 als „Antwort auf den Dieselskandal“ gegründete *MyRight* folgten.³ Die Praxis hat auf das Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche, deren individuelle Durchsetzung vor Herausforderungen steht, also bereits mit einer Art de facto-Kollektivierung reagiert. Das deutet darauf hin, dass die private Rechtsdurchsetzung 2.0 schon existiert.

1 RegE MFK, BT-Drs. 19/2439, 16; Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, 25.11.2020, ABl. L 209 v. 4.12.2020, 1 ff, ErwGr. 5.

2 <https://carteldamageclaims.com/about-us/our-approach/>. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 27.8.2021 abgerufen.

3 [https://www.flihrighright.de/ueber-uns](https://www.flihrighright.de/ueber-uns;); <https://www.myright.de/ueber-uns>.

Um den sich vor diesem Hintergrund stellenden Fragen nachzugehen, wird der Begriff der privaten Rechtsdurchsetzung inklusive seiner Vor- und Nachteile beleuchtet (B.). Sodann werden die Bestrebungen der Praxis (C.) und die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage (D.) im Hinblick auf ihr Potenzial zur Verbesserung des *private enforcement* untersucht. Der Beitrag schließt mit zusammenfassenden Thesen (E.).

B. Private Rechtsdurchsetzung 1.0

I. Ideal...

„Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte [...]. Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von  oft verschleierte  Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten [...].“⁴

Hinter diesen aus dem Grundsatzurteil *Courage* stammenden Ausführungen des EuGH steht die Idee negativer Verhaltensanreize: Wenn ein Unternehmen damit rechnen muss, dass auf einen gewinnbringenden Rechtsverstoß eine Geldsanktion folgt, die im Erwartungswert höher als der resultierende Profit ist, sollte es die Zuwiderhandlung unterlassen.⁵ Solche negativen monetären Anreize gehen aber nicht nur von staatlichen Sanktionen, insbesondere Bußgeldern, sondern auch von privaten Schadensersatzklagen aus. Rein rational betrachtet macht es für den Rechtsverletzer nämlich keinen Unterschied, an wen er den Geldbetrag abgeben muss.⁶ Das bedeutet, dass auch ein Privater, der seinen durch einen Rechtsverstoß entstandenen Schaden geltend macht, zur effektiven Rechtsdurchsetzung beiträgt. Daraus folgerte der

4 EuGH 20.9.2001, C-453/99 *Courage* Rn 26 f (ECLI:EU:C:2001:465).

5 Dazu grundlegend *Becker*, Crime and Punishment: An Economic Approach, JPE 76 (1968) 169 ff; ferner *Werner*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?, KritV 1992, 433 (436).

6 *Poelzig/Bauermeister*, Kartellrechtsdurchsetzung, ne bis in idem und Verhältnismäßigkeit (Teil 2), NZKart 2017, 568 (569).

EuGH in der Rechtssache *Courage*, dass private Schadensersatzansprüche nicht nur erwünscht, sondern aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes sogar geboten sind.

Wenn es für die Präventionswirkung irrelevant ist, ob der Rechtsverletzer an die öffentliche Hand oder einen geschädigten Privaten zahlt, stellt sich aber die Frage, warum es zusätzlicher Schadensersatzansprüche bedarf⁷ und nicht etwa besonders hohe Bußgelder ausreichen. Jedenfalls auf theoretischer Ebene lassen sich eine Reihe von Vorteilen privater gegenüber staatlicher Aktivitäten ausmachen: Während der Staat als Außenstehender nur begrenzte Kenntnisse über die jeweiligen Gegebenheiten hat, sollten die Betroffenen wesentlich besser informiert und auf dieser Basis besser in der Lage sein, einen Rechtsverstoß aufzudecken. Hinzu kommt, dass sie als Geschädigte einen größeren Anreiz zum Tätigwerden haben. Und schließlich schlagen private Ansprüche zwei Fliegen mit einer Klappe: Nicht nur setzen sie das Recht durch, sie führen auch dazu, dass Betroffene ihren Schaden ersetzt bekommen und tragen somit ihrem Kompensationsinteresse Rechnung.⁸ Während dieser letztgenannte Aspekt in der Rechtssache *Courage* allenfalls zwischen den Zeilen erahnt werden kann, bezieht ihn der EuGH in den Nachfolgeurteilen zunehmend ein.⁹ In der Wissenschaft wird deshalb mittlerweile vertreten, dass dem Effektivitätsgrundsatz nicht nur die objektive Seite der effektiven Rechtsdurchsetzung, sondern auch die subjektive Seite des privaten Ausgleichs innewohnt.¹⁰

7 Besonders deutlich: EuGH 6.10.2021, C-882/19 *Sumal* Rn. 37 (ECLI:EU:C:2021:800).

8 Zu den Vorteilen des *private enforcement*: *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012 (568 ff).

9 Vgl. EuGH 20.9.2001, C-453/99 *Courage* Rn 25 (ECLI:EU:C:2001:465); EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04 *Manfredi* Rn. 62, 89 (ECLI:EU:C:2006:461); EuGH 6.6.2013, C-536/11 *Donau Chemie* Rn. 22 (ECLI:EU:C:2013:366); EuGH 5.6.2014, C-557/12 *Kone* Rn. 25 (ECLI:EU:C:2014:1317).

10 *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (2015) 680, 690 f; *Schwietert*, Der effet utile und das Kartellzivilrecht (2018) 46; *Wilman*, Private enforcement of EU law before national courts (2015), Rn 11.03.

II. ... und Wirklichkeit

Der privaten Rechtsdurchsetzung haften allerdings auch eine Reihe von Nachteilen an: Obwohl Private näher am tatsächlichen Geschehen sind, fehlen ihnen die staatlichen Ermittlungsbefugnisse. Zivilrechtlichen Urteilen kommt formal betrachtet nicht die Breitenwirkung einer behördlichen Entscheidung zu und zwischen *private* und *public enforcement* drohen negative Wechselwirkungen. Vor allem aber lässt sich das Ausmaß des privaten Tätigwerdens und damit das Maß der Durchsetzung nur schwer steuern.¹¹

Das beginnt bereits im Hinblick auf den materiell-rechtlichen Anspruch: Während der Staat sein Bußgeld in Reaktion auf die Schwere und den Umfang eines Verstoßes verhängt, setzt der Schadensersatz beim erlittenen Schaden und damit einer nur für den Geschädigten relevanten Größe an. Schwerer aber noch wiegt die Ebene der tatsächlichen Durchsetzung: Hier droht einerseits die Gefahr, dass Private grundlos bis missbräuchlich vorgehen oder schlicht zu viele Instrumente gebraucht werden. Dann würde die Summe der einen Schädiger treffenden Sanktionen – unabhängig von einem Rechtsmissbrauch – das erforderliche Maß zur Abschreckung und Durchsetzung übersteigen und wäre somit nicht mehr verhältnismäßig.¹² Man spricht auch von einem *over enforcement*.¹³ Bei Massenschäden, d.h. größeren individuellen Schäden infolge einer Kollektivschädigung, droht die potenzielle Vielzahl an Klagen außerdem die Justiz lahmzulegen.¹⁴

Andererseits besteht das Risiko, dass der einzelne Geschädigte gar nicht tätig wird (*under enforcement*). Hier sei vor allem das Schlagwort der rationalen Apathie genannt: Hat ein Rechtsverstoß zu vielen kleineren bis mittleren Schäden geführt (Streuschäden),¹⁵ ist der gesamtgesellschaftliche Schaden groß. Trotzdem ergibt es für den Einzelnen

11 Zu den Nachteilen *Poelzig*, Normdurchsetzung (Fn 8) 572 ff; speziell zum Problem des Nebeneinanders siehe *Poelzig*, Konflikte bei der Durchsetzung des europäischen Kapitalmarktrechts, *ZVglRWiss*, 117 (2018) 505 ff; *Poelzig/Bauermeister*, Kartellrechtsdurchsetzung II (Fn 6); *Bauermeister*, Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie (2021) 137 ff.

12 *Poelzig/Bauermeister*, Kartellrechtsdurchsetzung II (Fn 6) 569.

13 *Stancke*, Rechtliche Rahmenbedingungen kartellrechtlicher Massenklagen, *WuW* 2018, 59 (65).

14 *Meller-Hannich*, Gutachten A zum 72. Deutschen Juristentag (2018) A 26 f.

15 *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 12) A 24 f.

keinen Sinn, tätig zu werden, wenn der Aufwand und die Kosten der Rechtsverfolgung in dieser Situation größer als sein Nutzen sind.¹⁶ Doch selbst wenn der Einzelne tätig wird, besteht bei einer Vielzahl von Geschädigten stets ein strukturelles Ungleichgewicht: Wie Morell¹⁷ anschaulich ausführt, hängt der rational für einen Rechtsstreit zu betreibende Aufwand zentral davon ab, wie viel auf dem Spiel steht. Für den Beklagten besteht in jedem Verfahren die Gefahr eines Präzedenzfalls, sodass er ab Stunde Null sehr viel Energie in die Prozessführung stecken wird. Bei weiteren gegen ihn gerichteten Klagen ergeben sich Synergieeffekte. Für den Kläger geht es demgegenüber nur um seinen Schaden und damit bei mehreren Geschädigten zwingend um einen geringeren Betrag als für den Beklagten. In prozessualer Hinsicht sollte also bei jeder Art von Kollektivschäden ein Machtgefälle vorliegen. Deshalb besteht selbst bei gar nicht so geringen Schadensbeträgen ein strukturelles Problem.

Sicherlich sollte die potenzielle Gefahr eines *over enforcement* oder gar die einer Klageindustrie nach amerikanischen Verhältnissen nicht aus den Augen verloren werden. Im Gegensatz zu Bußgeldern dient der private Schadensersatz – neben seinen sonstigen Vorteilen – aber nicht nur der objektiven Rechtsdurchsetzung, sondern auch dem Interesse der Geschädigten an Kompensation. Gibt die Rechtsordnung nicht das notwendige Handwerkszeug, droht die Verweigerung effektiven Rechtsschutzes und in letzter Konsequenz ein Eingriff in das an der Forderung bestehende Eigentumsgrundrecht.¹⁸ Deshalb bedarf es nicht nur der Existenz materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern auch der realistischen Möglichkeit zu ihrer – ggf. auch klageweisen – Geltendmachung.

16 Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Februar 2018, 70 f m.w.N.

17 Morell, Keine Kooperation ohne Konflikt, JZ 2019, 809 (813).

18 Vgl Morell, Kooperation (Fn 17) 812 ff.

C. De facto-Kollektivierungsmodelle

I. Innovationsmotor Privatwirtschaft

Bereits seit einigen Jahren reagiert die Privatwirtschaft auf das Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche, deren individuelle Durchsetzung nur bedingt Sinn ergibt. Es haben sich primär zwei Geschäftsmodelle etabliert:¹⁹ Für Ansprüche, deren Voraussetzungen von eindeutigen, gut in Datenbanken fassbaren Größen abhängen, wird eine letztlich zwar individuelle, aber größtenteils automatisierte Anspruchsdurchsetzung angeboten.²⁰ Als Beispiel sei *Flightright*²¹ zur Durchsetzung des sich aus Art. 6 Fluggast-VO bei Verspätung von Flügen ergebenden Entschädigungsanspruchs genannt. Die zweite Art von Geschäftsmodellen zeichnet sich durch Kollektivierungsbestrebungen aus. Weil manche Ansprüche an ein im Kern identisches Geschehen wie den Abgasskandal oder bestimmte Kartelle anknüpfen, bietet sich ihre gebündelte Durchsetzung an. In diesem Bereich werden Unternehmen wie *myRight*²² und *Cartel Damage Claims*²³ mit einer Art „Sammelklage“ tätig. Da das zweite Geschäftsmodell ebenfalls zu einer weitestgehend digitalisierten Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung führt,²⁴ hat sich für beide der Oberbegriff der *Legal Tech*-Unternehmen eingebürgert.²⁵

Im Folgenden soll der Fokus auf den Kollektivierungsmodellen liegen. Obwohl sie im Detail variieren, weisen sie doch wiederkehrende Charakteristika auf: Grundlage sind Abtretungen an eine als Sammelstelle fungierende Rechtsperson. Diese wendet sich an den Rechtsverletzer und fordert die Summe aller Ansprüche – wenn erforderlich auch klageweise – ein. Wirtschaftlich betrachtet basiert das Modell auf einem Erfolgshonorar: Wenn es der Sammelstelle gelingt, den An-

19 *Hartung*, Der Regierungsentwurf zum Legal Tech Inkasso – hält er, was er verspricht?, AnwBl 2021, 152 (152 f).

20 Ähnlich *Hoch/Hendricks*, Das RDG und die Legal Tech-Debatte: Und wo bleibt das Unionsrecht?, VuR 2020, 254 (256).

21 <https://www.flightright.de/>.

22 <https://www.myright.de/>.

23 <https://carteldamageclaims.com/>.

24 *Stadler*, Verbraucherschutz durch die erneute Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes?, VuR 2021, 123 (124).

25 Zum Begriff *Legal Tech* iwS siehe *Breun-Goerke*, Legal Tech – Ist nun alles geklärt?, WRP 2020, 1403.

spruch erfolgreich geltend zu machen, erhält sie einen zuvor festgelegten Prozentsatz und der Betroffene den anderen Teil. Damit liegt kein echter Rechtskauf, sondern eine bloß treuhänderische Abtretung vor. Scheitert die Durchsetzung, entstehen dem Betroffenen zumeist keine Kosten – die Sammelstelle bietet eine Freistellung an. Zur Finanzierung der Geschäftsaktivitäten bedient sich die Sammelstelle in einigen Fällen eines Prozessfinanzierers.²⁶

Die de facto-Kollektivierungsmodelle senken den Aufwand des Geschädigten, reduzieren sein Risiko und seine Kosten auf einen Betrag nahe null. Eine Bündelung durch Inkassozeessionen in Kombination mit *Legal Tech* ist daher dazu geeignet, der rationalen Apathie des Geschädigten entgegenzutreten.²⁷ Die Betroffenen erhalten zwar nicht den vollen, aber eben einen gewissen Betrag. Wegen steigender Skalenerträge kann ein gewinnbringendes Geschäftsmodell zur Anspruchsdurchsetzung angeboten werden. Gleichzeitig wird durch die Bündelung das Machtgefälle zwischen Beklagtem und Kläger angeglichen und die Justiz in ihrer Gesamtheit entlastet.²⁸ Die Privatwirtschaft hat folglich ihrerseits bereits eine Antwort auf die Frage nach der effektiven Durchsetzung vieler gleichgelagerter, materiell-rechtlicher Ansprüche gefunden.

II. Rechtliche Angriffspunkte

Dogmatisch betrachtet standen die de facto-Kollektivierungsmodelle allerdings auf einem schwachen Fundament. Dies griffen die Instanzgerichte auf und wiesen regelmäßig Klagen ab.²⁹ Während Kritikpunkte, die an die Unvereinbarkeit mit übergeordneten Prinzipien der Rechtsordnung anknüpfen, entweder vermeidbar waren³⁰ oder von den Ge-

26 Vgl zum gesamten Absatz zB. LG Hannover 4.5.2020, 18 O 50/16, juris (Rn 2 ff, 99 ff); LG München I 28.6.2019, 37 O 18505/17, juris (Rn 4 ff, 87 ff).

27 Vgl BGH 13.7.2021, II ZR 84/20, juris (Rn 33) – *Airdeal*.

28 Siehe aber LG München I 7.2.2020, 37 O 18934/17, juris (Rn 179 f), das umgekehrt die Überlastung einzelner Kammern befürchtet.

29 Für einen Überblick siehe *Prütting*, Das Drama um das Legal-Tech-Inkasso, ZIP 2020, 1434 (1435 ff); Der Referentenentwurf zum Rechtsdienstleistungsmarkt, ZIP 2021, 269 (271 f).

30 So die Sittenwidrigkeit der Abtretung wegen fehlender Solvenz des Zessionars (vgl OLG Düsseldorf 18.2.2015, VI-U (Kart) 3/14, juris (insb. Rn 37 ff).

richten nicht übernommen wurden,³¹ wurzelten die kritischeren Angriffe im 2007 verabschiedeten Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG). Wie aus seinem § 3 hervorgeht, sind Rechtsdienstleistungen grundsätzlich verboten. Das RDG wie auch andere Gesetze sehen allerdings Erlaubnistatbestände vor. Selbst wenn sich das Geschäftsmodell eines *Legal Tech*-Unternehmens unter einen Erlaubnistatbestand subsumieren lässt, kann es aber immer noch aufgrund von § 4 RDG unzulässig sein, wenn der Rechtsdienstleister einem hinreichend gewichtigen Interessenskonflikt ausgesetzt ist, weil er beispielsweise Verträge mit unterschiedlichen Personen schließt, die ihn zu entgegengesetztem Verhalten anhalten.

Konkrete Angriffspunkte waren, dass Rechtsdienstleister – um überhaupt in den Anwendungsbereich der Erlaubnistatbestände des RDG zu fallen – keine gerichtlichen Tätigkeiten ausüben dürfen, sondern sich auf den außergerichtlichen Bereich beschränken müssen. Damit schien es in Widerspruch zu stehen, wenn z. B. eine der FAQ auf der Homepage von *financialright claims* lautete: „Sammelklagen gibt es doch gar nicht, oder?“ und der Leser als Antwort erfuhr: „Doch, mit uns schon.“³²

Im Hinblick auf den letztlich einzig relevanten Erlaubnistatbestand des § 10 RDG iVm. § 2 Abs. 2 RDG war problematisch, ob sich das Geschäftsmodell der *Legal Tech*-Unternehmen noch unter das Tatbestandsmerkmal des Inkassos subsumieren lässt. Die ein Inkasso ablehnende Argumentation ging dahin, dass es für sich genommen zwar nicht ausreiche, dass zuvor eine Anspruchsprüfung vorgenommen³³ und Beratungsleistungen erbracht werden,³⁴ die vorgenommene Rechtsprüfung

31 Siehe zB. zur Unvereinbarkeit von Masseninkasso mit der Rechtsordnung LG Braunschweig 30.4.2020, 11 O 3092/19, juris (Rn 94 ff) oder zur Rechtsmissbräuchlichkeit wegen Ausnutzung der Streitwertdeckelung LG München I (Fn 28) Rn 63, 131 ff.

32 <https://truck-damages.com/de/#faq>. Konkret zur FAQ siehe LG München I (Fn 26) Rn 159. Ähnlich KG, 3.4.2020, 14 U 156/19, unveröffentlicht; LG Augsburg 27.10.2020, 11 O 3715/18, juris (Rn 88). In der Literatur siehe Prütting, Legal-Tech-Inkasso (Fn 29) 1439. Siehe aber Petrasincu/Unsel, Die Bedeutung der RDG-Novelle für das abtretungsbasierte Sammelinkasso, RDt 2021, 361 Rn 20 ff, die darauf hinweisen, dass sich die Ausführungen von BGH 27.5.2020, VIII ZR 45/19, juris (Rn 47 f) – *Lexfox IV* durchaus so verstehen lassen, dass alles zulässig ist, was keine Prozesshandlungen sind.

33 BGH 27.11.2019, VIII ZR 285, juris (Rn 152 f).

34 LG München I (Fn 28) Rn 172.

zu komplex³⁵ oder die Forderung bestritten sei.³⁶ Die Kumulation dieser Aspekte führe aber zu einer zu weiten Entfernung vom typischen Inkassoleitbild.³⁷ Zum Teil wurde auch die spätere gerichtliche Durchsetzung als weiterer Entfernungsgrund genannt.³⁸

Schließlich hoben die Gerichte auf § 4 RDG und die von ihm sanktionierten Interessenskonflikte ab: Nachdem der BGH in seinem Grundsatzurteil *Lexfox I* klargestellt hatte, dass Erfolgshonorare und Kostenfreistellung für sich gesehen wie auch in Verbindung mit einem widerruflichen Vergleich nicht für einen Interessenskonflikt ausreichen,³⁹ konzentrierte sich die Kritik auf Klauseln zu (faktisch) unwiderruflichen Vergleichen,⁴⁰ die Verpflichtung gegenüber einer Vielzahl von Zedenten⁴¹ sowie die Einschaltung eines externen Prozessfinanzierers.⁴²

Keine dieser Auslegungen war zwingend.⁴³ Aufgrund der offenen Fragen bestand jedoch große Rechtsunsicherheit.

III. Das Legal Tech-Gesetz – (k)eine Antwort

Nach seiner Gesetzesbegründung versucht das im Juni 2021 vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt – oft auch als *Legal Tech-Gesetz* bezeichnet – Antworten zu geben.

35 LG Braunschweig (Fn 31) Rn 81 ff; a.A. LG Hannover (Fn 26) Rn 171; 1.2.2021 – 18 O 34/17, juris (Rn 296 ff).

36 LG Braunschweig (Fn 31) Rn 73 ff.

37 LG Hannover (Fn 26) Rn 165; (Fn 35) Rn 290 ff.

38 LG Hannover (Fn 26) Rn 155 ff; LG München I (Fn 28) Rn 158 f.

39 BGH (Fn 33) Rn 176 ff, 187 ff – *Lexfox I*; 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, juris (Rn 60 ff) – *Lexfox II*; LG Braunschweig (Fn 31) Rn 97 ff.

40 LG Augsburg (Fn 32) Rn 95; LG Ingolstadt 7.8.2020, 41 O 1745/18, juris (Rn 3038 ff).

41 Vgl LG München I (Fn 26) Rn 175 ff; siehe aber *Morell*, „Mietright“ und die Abtretungssammelklage, ZWeR 2020, 328 (341), dass die Bündel für eine wirkliche Gefahr im deutschen (anders als im US-amerikanischen) Recht nicht hinreichend heterogen seien.

42 LG München I (Fn 28) Rn 181 ff; a.A. LG Braunschweig (Fn 31) Rn 104.

43 Siehe nur *Morell*, Kooperation (Fn 17); Rage against the machine – Verstößt Legal-Tech-Inkasso gegen das Rechtsdienstleistungsverbot?, WM 2019, 1822 ff.

Zum Problem, ob die Gesetzesnovelle die Abgrenzung zwischen außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsdienstleistungen präzisiert, heißt es im Begründungsteil allerdings, dass die Novelle dazu keine Regelung treffe.⁴⁴ Im Anschluss findet sich:

„Soweit Inkassodienstleister ihren Auftraggebern im Anschluss an eine außergerichtlich beziehungsweise im gerichtlichen Mahnverfahren erfolglose Forderungseinziehung weitere Dienstleistungen wie insbesondere die Beauftragung einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts mit einer Klageerhebung und gegebenenfalls auch eines Prozessfinanzierers anbieten, dürfte zunächst zu prüfen sein, ob derartige Leistungen überhaupt Rechtsdienstleistungen darstellen, was bei den vorgenannten Leistungen sehr fraglich erscheint.“

Durch die Präzisierung „im Anschluss an“ und den Hinweis auf die bloße Mandatierung des Rechtsanwalts scheint der Gesetzgeber nur die im *LexFox I*-Urteil thematisierte Variante der gerichtlichen Geltendmachung als Annex zu sehen. Ähnlich verhält es sich mit den später folgenden Ausführungen: „Es ist durch die Rechtsprechung geklärt, dass Inkassodienstleister [...] Forderungen grundsätzlich auch gerichtlich einklagen können. [...] Ob die Tätigkeit eines Inkassodienstleiters auch auf ein gerichtliches Vorgehen ausgerichtet ist, kann für den Inkassobegriff daher keine Rolle spielen.“⁴⁵ Zwar lassen sich die Formulierungen – insbesondere unter Berücksichtigung von *LexFox IV*⁴⁶ ☞ so verstehen, dass ein auf ein gerichtliches Vorgehen gerichtetes Modell zulässig sein soll.⁴⁷ Das ist aber nicht zwingend.⁴⁸

Die Frage, ob sich die neueren Modelle noch unter Inkasso subsumieren lassen, wird zwar direkt zu Beginn der Gesetzesbegründung aufgegriffen und festgestellt, dass sie „teilweise erheblich“ vom klassischen Inkassoverständnis abweichen.⁴⁹ Deshalb ergänzt Art. 3 Nr. 2 den § 2 Abs. 2 S. 1 RDG um die Wörter „einschließlich der auf die Einziehung bezogenen rechtlichen Prüfung und Beratung“ und im Umkehrschluss sol-

44 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 21.

45 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 61.

46 BGH (Fn 32) Rn 47 f – *Lexfox IV*.

47 So *Hartung*, Regierungsentwurf (Fn 17) 156; *Petrascu/Unselde*, RDG-Novelle (Fn 32) Rn 28 ff.

48 Vgl zum RefE LG Hannover (Fn 35) Rn 318 ff; zu *LexFox I* siehe *Prütting*, *Legal-Tech-Inkasso* (Fn 29) 1439.

49 RefE *Legal Tech*-Gesetz, 12; RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 16.

len andere Tätigkeiten ausgeschlossen sein.⁵⁰ Dabei werden jedoch nahezu ausschließlich die von den *LexFox*-Urteilen thematisierten Aspekte aufgegriffen und teilweise bestätigt, teilweise verneint.⁵¹ Das von der Rechtsprechung monierte Problem einer Kumulation zu vieler neben der Forderungseinziehung bestehender Faktoren wird nicht adressiert. An einer klärenden Definition fehlt es deshalb nach wie vor.⁵²

Im Hinblick auf mögliche Interessenskonflikte behandelt das Gesetz zwar die Problematik um Erfolgshonorare und Kostenfreistellungen.⁵³ Diese Konstellation wurde indes bereits vom BGH entschieden. Hierin ist also lediglich eine Bestätigung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sehen. Zur Frage mehrerer Zedenten und bindender Vergleiche gibt es keine explizite Stellungnahme, allerdings sehen der neue § 13b Abs. 1 Nr. 3 lit. a und d RDG Informationspflichten des Dienstleisters zur Widerruflichkeit von Vergleichen und zu Vergleichen über mehrere Ansprüche vor. Das spricht dafür, dass beides keinen hinreichend gewichtigen Interessenskonflikt i. S. des § 4 RDG begründet.⁵⁴

Als Antwort auf die Prozessfinanzierer-Problematik soll Art. 3 Nr. 3 des *Legal Tech*-Gesetzes § 4 RDG um einen weiteren Satz ergänzen: „Eine solche Gefährdung ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil aufgrund eines Vertrags mit einem Prozessfinanzierer Berichtspflichten gegenüber dem Prozessfinanzierer bestehen.“ Dass reine Informationspflichten ausgenommen sind, war im Vergleich zur drängenderen Frage der Einflussmöglichkeiten aber ohnehin der geringere Kritikpunkt. Zu letzterem verweist die Gesetzesnovelle hingegen auf die Einzelfallprüfung.⁵⁵

Mithin bezieht das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt zu den sich ergebenden Problemen zwar Stellung. Die Ausführungen lassen jedoch Interpretations-

50 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 20.

51 Vgl *Prütting*, Referentenentwurf (Fn 29) 272.

52 Vgl *Fries*, De minimis curat mercator: Legal Tech wird Gesetz, NJW 2021, 2537 (Rn 6): „*wolkig*“. Ferner *Lemke*, Legal Tech-Gesetz: Vom Ansatz verfehlt und nicht verbrauchergerecht, RDt 2021, 224 (Rn 16).

53 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 13.

54 So auch *Petrasincu/Unselde*, RDG-Novelle (Fn 32) Rn 35.

55 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 39. Weil das RDG nicht der richtige Regelungsort sei zustimmend *Stadler*, Verbraucherschutz (Fn 24) 126. Siehe aber *Petrasincu/Unselde*, RDG-Novelle (Fn 32) Rn 45, die in den Ausführungen eine Absage an bloß faktischen Zwang sehen.

spielraum. Die für die *Legal Tech*-Unternehmen und für die Geschädigten bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt die Gesetzesnovelle deshalb nicht in hinreichendem Maß.⁵⁶

IV. Das *Airdeal*-Urteil des BGH – ein Rundumschlag

Nichtsdestoweniger hat sich die Situation entschärft. Dies ist allerdings nicht auf weitergehendes gesetzgeberisches Engagement, sondern ein zweites Grundsatzurteil des BGH zurückzuführen. Hintergrund war die *Air Berlin*-Insolvenz: Die Klägerin hatte sich von sieben Kunden Schadensersatzansprüche gegen den *Executive Director* des insolventen Unternehmens abtreten lassen und versuchte sodann, diese klageweise geltend zu machen. Dadurch erhielt der BGH Gelegenheit, zu den um die §§ 3 und 4 RDG drängenden Problemen – direkt oder jedenfalls mittelbar – Stellung zu nehmen.⁵⁷

In aller Kürze: Die Eingrenzung des RDG auf außergerichtliche Rechtsdienstleistungen sei adressatenbezogen zu verstehen. Lediglich Prozesshandlungen seien ausgenommen.⁵⁸ Das Auftreten als Klagevehikel stehe – unter ordnungsgemäßer Beteiligung eines Rechtsanwalts – im Einklang mit dem RDG.⁵⁹ Insgesamt stelle die enge Auslegung des Inkasso-Begriffes einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit der *Legal Tech*-Unternehmen dar.⁶⁰ Zwischen den Zeilen schwingt mit, dass auch die Kumulation vieler vom „klassischen“ Inkasso-Begriff abweichender Faktoren keine Unzulässigkeit bewirkt. Im Hinblick auf § 4 RDG führen weder andere Zedenten noch unwiderrufliche Vergleichsregelungen zu einem hinreichend gewichtigen Interessenswider-

56 Vgl. *Dux-Wenzel/Quaß*, Gebündelte Klagen statt Sammelklagen?, DB 2021, 717 (721): „will der RegE bewusst nicht regeln“.

57 BGH (Fn 27) – *Airdeal*. Ausführlich hierzu: *Bauermeister*, 2 zu 0 für die Legal Tech-Abtretungsmodelle, ZIP 2021, 2625; *Prütting*, Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos, EWiR 2021, 549; *Skupin*, Gebündelte Durchsetzung zedentenverschiedener Forderungen zulässig, GRUR-Prax 2921, 546; *Stadler*, Zulässigkeit von Inkasso-Bündelungs- und Finanzierungsmodellen nach RDG, RDI 2021, 513.

58 BGH (Fn 27), Rn 18 f – *Airdeal*.

59 BGH (Fn 27), insb. Rn 29, 32 ff, 37 – *Airdeal*.

60 BGH (Fn 27), Rn 22 ff – *Airdeal*.

spruch.⁶¹ Zur Thematik der externen Prozessfinanzierer wurde nicht explizit Stellung bezogen. Nachdem sich hier jedoch die Argumente zu Erfolgshonoraren und unterschiedlichen Anreizen zum Vergleichschluss wiederholen, schwingt ihre Billigung mit.

Allenfalls ein kritischer Punkt verbleibt: Zum in der Literatur vorgebrachten Einwand, die de facto-Kollektivierungsmodelle bewirkten eine Umgehung der Musterfeststellungsklage, führt der BGH aus, dass sich aus den Gesetzgebungsmaterialien kein gesetzgeberischer Wille ergebe, zum Zweck der Gewinnerzielung erhobene kollektive Rechtsdurchsetzungsmodelle zu untersagen.⁶² Ab Ablauf ihrer Anwendungsfrist zum 25. Juni 2023 existiert mit der Verbandsklagen-Richtlinie jedoch ein europäischer Rechtsakt, der ebenfalls für *Non Profit*-Modelle votiert. Für die Zukunft besteht deshalb ein gewisses Risiko, dass der EuGH zu dem Ergebnis kommt, dass die de facto-Kollektivierungsmodelle zur Verbandsklagen-Richtlinie im Widerspruch stehen.⁶³

V. Zwischenergebnis

Die de facto-Kollektivierungsmodelle verstoßen grundsätzlich nicht gegen das RDG. Zwar steht dem EuGH ab dem 25. Juni 2023 das letzte Wort zu, bis dahin lautet das Fazit allerdings: Die private Rechtsdurchsetzung 2.0 gibt es bereits.

D. Gesetzgeberische Bemühungen

Nach ihren jeweiligen Begründungen wollen allerdings auch die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage die Kollektivierungslücke füllen. Nimmt man die de facto-Kollektivierungsmodelle mit dem *Airdeal*-Urteil des BGH als gegeben an, existieren für Deutschland folglich mindestens zwei Arten der allgemeinen „Sam-

61 BGH (Fn 27), Rn 45 ff – *Airdeal*.

62 BGH (Fn 27), Rn 43 f – *Airdeal*.

63 *Bauermeister*, 2 zu 0 (Fn. 57), 2628 f. Vgl ferner *Röthemeyer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie, VuR 2021, 43 (47 f). Siehe aber *Hoch/Hendricks*, Unionsrecht? (Fn 20) 259 f, die sogar zu dem Ergebnis kommen, dass der Effektivitätsgrundsatz die Zulässigkeit der de facto-Kollektivierungsmodelle gebietet.

melklage“.⁶⁴ Je nachdem, wie die Verbandsklagen-Richtlinie umgesetzt wird, kommt ggf. eine weitere hinzu.

Ob ihres Anspruchs stellt sich die Frage, ob es sich bei Musterfeststellungs- und EU-Verbandsklage um genauso oder sogar effektivere Instrumente als die de facto-Kollektivierungsmodelle handelt – oder ob sie nicht vielmehr einen Rückschritt darstellen.

I. Die Musterfeststellungsklage – eine halbe Sache?

§ 606 Abs. 1 S. 1 ZPO beschreibt die Musterfeststellungsklage (MFK) dergestalt, dass mit ihr „qualifizierte Einrichtungen die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehren“ können. Durch diese Formulierung offenbaren sich drei ihrer zentralen Nachteile:⁶⁵ Sie ist auf Verbraucher beschränkt, nur qualifizierte Einrichtungen können Klage erheben und vor allem kommt es lediglich zu einem Feststellungsurteil. Sie ist also nur der erste Schritt eines zweistufigen Verfahrens. Ergeht ein feststellendes Urteil, obliegt es sodann dem Geschädigten, eine individuelle Leistungsklage anzustrengen.

Dass es sich dabei nicht nur um theoretische, sondern praktische Nachteile handelt, zeigt die Zahl der bisher erhobenen Klagen: Statt der vom Gesetzgeber prognostizierten 450 Klagen pro Jahr⁶⁶ waren es 2019 vier und 2020 sieben.⁶⁷

64 Hinzu kommen das Kapitalanlegermusterverfahren als spezielle Form der Gruppenklage sowie verschiedene Unterlassungs-, Einziehungs- und Gewinnabschöpfungsklagen durch Verbände (siehe *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 13; *Wambach/Dressel*, Die neue europäische Verbandsklage als Ende des Kapitalanlegermusterverfahrens?, ZIP 2021, 1149 ff).

65 Zu weiteren Problemen: *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten Verbraucherzentrale Bundesverband, 4.2.2021 (18); *Klose*, Handlungsbedarf beim Verbraucherschutz durch die Musterfeststellungsklage, NJ 2021, 202 ff; *Langheid*, Muster ohne Wert – Die Musterfeststellungsklage im Praxistest, VersR 2020, 789 ff.

66 RegE MFK, BT-Drs. 19/2439, 3, 19.

67 https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Be_kanntmachungen/Klagen_node.html, Stand: 28.7.2021.

In der Parlamentsdebatte hatte die damalige Bundesjustizministerin *Katarina Barley* ausgeführt, dass man sich in einer „*Situation ‚David gegen Goliath‘ – die einzelnen Nutzerinnen und Nutzer gegen die geballte Wirtschaftsmacht und die Unternehmen*“ befände.⁶⁸ Darin lässt sich der Grund für die Begrenzung auf Verbraucher deutlich erkennen: Die MFK sollte vor allem eingeführt werden, um das zwischen Verbrauchern und Unternehmen wahrgenommene Machtgefälle auszugleichen. Demgegenüber hebt die Gesetzesbegründung darauf ab, dass „[i]n einem durch standardisierte Massengeschäfte geprägten Wirtschaftsleben [...] unrechtmäßige Verhaltensweisen von Anbietern häufig eine Vielzahl gleichartig geschädigter Verbraucherinnen und Verbraucher [hinterlassen].“⁶⁹ Das trifft zu, ist aber nur die halbe Wahrheit. Durch gleichartige Verhaltensweisen werden auch Unternehmer geschädigt. Wie bereits unter B.II. ausgeführt, besteht aufgrund der unterschiedlichen Bedeutung des Verfahrens für den Einzelkläger und dem sich vielen gleichgelagerten Ansprüchen ausgesetzten Beklagten auch zwischen Unternehmen ein strukturelles Ungleichgewicht. Deshalb ist es selbst für größere Unternehmen mit gar nicht so geringen Schadensbeträgen rational, sich an einer Form der Sammelklage zu beteiligen. Indem sich die Musterfeststellungsklage auf Verbraucher beschränkt, adressiert sie also nur eine Hälfte der für sie relevanten Zielgruppe.⁷⁰

Weiterhin sind nur sog. qualifizierte Einrichtungen klagebefugt.⁷¹ Dabei handelt es sich um die in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG bezeichneten Stellen, an die § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO allerdings noch weitere Anforderungen stellt. Besonders zentral sind die unter Nr. 3 und 4 genannten Merkmale: Die Einrichtungen müssen sich primär auf nicht gewerbsmäßige aufklärende oder beratende Tätigkeiten konzentrieren und dürfen die Klage nicht zur Gewinnerzielung erheben. Damit darf die qua-

68 Deutscher Bundestag, 24. Sitzung, 23.3.2018, Plenarprotokoll 19/24, 2168.

69 RegE MFK, BT-Drs. 19/2439, 1, 13.

70 Deshalb für eine Erweiterung: *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 49, 71 f; *Merkt/Zimmermann*, Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, *VuR* 2018, 363 (365); *Scholl*, Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff ZPO, *ZfPW* 2019, 317 (338 f). Vgl darüber hinaus *Freitag/Lang*, *ZZP* 132, 329 (344 f); *Röthemeyer*, Zweieinhalb Jahre Musterfeststellungsklage – eine Zwischenbilanz im Spiegel der Rechtsprechung, *BKR* 2021, 191 (194), die bemängeln, dass keine c2c-Geschäfte erfasst sind.

71 Kritisch und deshalb für eine Erweiterung jedenfalls um private Kläger: *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 50, 76 ff.

lifizierte Einrichtung weder durch die MFK noch überhaupt ein Geschäftsmodell verfolgen – nach Ansicht des BGH sind selbst umfassende Abmahntätigkeiten hinderlich.⁷² Und sogar eine Professionalisierung auf MFK scheidet aufgrund der primär aufklärenden und beratenden Tätigkeit aus.⁷³

Es stellt sich also die Frage, woher die qualifizierte Einrichtung die Ressourcen nehmen soll, um das angeprangerte Machtgefälle auszugleichen.⁷⁴ Mangels Profitmöglichkeit ist für einen Prozessfinanzierer faktisch kein Raum.⁷⁵ Betrachtet man die geringe Zahl der bisher erhobenen Klagen, war von 15 Fällen insgesamt sechs Mal die *Verbraucherzentrale Sachsen e.V.* und fünf Mal die *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* tätig.⁷⁶ Bei beiden handelt es sich um Vereine, deren Einnahmen zum weit überwiegenden Teil vom Sächsischen Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz bzw. dem BMJV stammen.⁷⁷ Durch die Begrenzung auf öffentliche Mittel wird das Potenzial der Privatwirtschaft bewusst nicht genutzt.

Schließlich beschränkt sich die Musterfeststellungsklage  wie bereits ihr Name deutlich vor Augen führt  auf Feststellungsurteile. Ein Geschädigter muss im Anschluss also zwingend selbst tätig werden und den für ihn relevanten Betrag einfordern.⁷⁸ Da zu diesem Zeitpunkt bestimmte Rechtsfragen bereits geklärt sind, mag der Aufwand geringer sein als bei einem vollständigen Individualverfahren sein. In Relation zu den direkt zu einem Titel führenden de facto-Kollektivie-

72 BGH 17.11.2020, XI ZR 171/19, juris (Rn 24 ff).

73 B. Scholl, Musterfeststellungsklage (Fn 70) 333 f

74 Vgl Meller-Hannich, Gutachten A (Fn 14) A 88.

75 Siehe darüber hinaus BGH 13.9.2018, I ZR 26/17, juris – *Prozessfinanzierer I*; BGH 9.5.2019, I ZR 205/17, juris – *Prozessfinanzierer II*, wonach die Beteiligung eines Prozessfinanzierers im Rahmen einer Gewinnabschöpfungsklage rechtsmissbräuchlich sein soll.

76 https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Be_kanntmachungen/Klagen_node.html.

77 *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Jahresbericht 2020 (Mai 2021), 74; *Verbraucherzentrale Sachsen e.V.*, Jahresbericht im Corona-Jahr 2020 (31.3.2021), 57.

78 Einzig die von § 611 Abs. 1 ZPO vorgesehene Möglichkeit des Vergleichs bietet einen gewissen Ausweg, die bisher abgeschlossenen Vergleiche zeigen allerdings auch hier Defizite auf (ausführlich dazu Langheid, VersR 2020, 789 (793 f); Röthemeyer, Zweieinhalb Jahre (Fn 70) 195).

rungsmodellen bleibt die MFK dennoch einen entscheidenden Schritt zurück.⁷⁹

II. Die EU-Verbandsklage – besser gemeint, trotzdem nichts gewonnen?

Zumindest der letzte Punkt ist bei der EU-Verbandsklage (RL)⁸⁰ anders: Art. 7 Abs. 4 lit. b RL sieht explizit Abhilfeentscheidungen vor. Art. 9 Abs. 6 RL stellt klar, dass die Verbraucher direkt, also ohne weitere Klage, einen Anspruch auf die vorgesehene Abhilfe haben. Gegenüber der MFK geht sie deswegen einen Schritt in die richtige Richtung⁸¹ – allerdings auch nur einen. Sowohl die Begrenzung auf Verbraucher⁸² als auch die auf qualifizierte Einrichtungen als Kläger existiert hier ebenso.

Anders als bei der deutschen MFK ergibt die Begrenzung auf Verbraucher und darüber hinaus auf die im Anhang genannten Rechtsakte allerdings Sinn: Hinsichtlich der Regelungskompetenz gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Weil das Prozessrecht grundsätz-

79 So auch *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 54; *Stadler*, Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, VuR 2018, 83 (84 f). Differenzierend dazu *Merkt/Zimmermann*, Musterfeststellungsklage (Fn 70) 368 f; *Scholl*, Musterfeststellungsklage (Fn 70) 337 f.

80 Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, 25.11.2020, ABl. L 209 v. 4.12.2020, 1 ff.

81 Zustimmung *Augenhöfer*, Die Reform des Verbraucherrechts durch den „New Deal“ – ein Schritt zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung?, EuZW 2019, 5 (13); Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, NJW 2021, 113 (Rn 22). Umgekehrt weisen *Grewe/Stege-mann*, EU-Verbandsklagerichtlinie – Bekommt das Private Enforcement im Datenschutz Zähler?, ZD 2021, 183 (185) allerdings darauf hin, dass bei komplexen Schadensereignissen kollektive Leistungsklagen im Gegensatz zu einer bloßen Feststellungsklage ineffektiv sein können.

82 Siehe indes *Rentsch*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union, RabelsZ, 85 (2021), 544 (547), die darauf hinweist, dass aufgrund der im Anhang genannten Produkthaftungsrichtlinie und DSGVO auch Unternehmer und Datensubjekte erfasst seien. Nachdem Art. 9 Abs. 1 die Wirkung von Abhilfeentscheidungen auf Verbraucher begrenzt und ErwGr. 14 expliziert, dass geschädigte Unternehmer nicht unter diese Richtlinie fallen, dürfte es sich dabei aber nur um indirekt durch Unterlassungsentscheidungen und eventuell noch die Verwendbarkeit als Beweismittel nach Art. 15 Begünstigte handeln.

lich in der Hand der Mitgliedstaaten liegt und der wohl näherliegende Art. 81 AEUV einen grenzüberschreitenden Bezug fordert, beruht die Verbandsklage auf Art. 114 iVm. Art. 169 AEUV, d.h. der Verwirklichung des Binnenmarktes und speziell dem Verbraucherschutz.⁸³ Der deutsche Gesetzgeber wäre allerdings nicht gehindert, die Richtlinie insofern überschießend umzusetzen.

Schwerer wiegt die Eingrenzung auf qualifizierte Einrichtungen.⁸⁴ Hier ist indes bereits zu Beginn zu differenzieren: Der Anforderungskatalog des Art. 4 Abs. 3 RL bezieht sich nur auf grenzüberschreitende Verbandsklagen, bei rein nationalen Klagen dürfen die Mitgliedstaaten eigene Kriterien aufstellen.⁸⁵ Nach seinem Buchstaben c dürfen die Einrichtungen keinen Erwerbszweck verfolgen. Wie bei der deutschen MFK stellt sich deshalb das Problem, wie eine qualifizierte Einrichtung in der Lage sein soll, entsprechende Verfahren zu stemmen.⁸⁶ Zwar sagt Art. 9 Abs. 7 S. 2 RL, dass die Mitgliedstaaten von den Verbrauchern nicht in Anspruch genommene Beiträge einem anderen Zweck und damit auch den klagenden Einrichtungen zuführen können. Dabei handelt es sich jedoch nur um einen eventuell und nicht im Voraus determinierbaren Betrag, der darüber hinaus im Belieben der Mitgliedstaaten steht.

Buchstabe e regelt zudem, dass die qualifizierte Einrichtung nicht dem Einfluss von Personen mit wirtschaftlichem Interesse unterliegen

83 Kritisch zur Rechtsgrundlage *Dangl*, Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen – ein Ultra-vires-Akt?, *EuZW* 2020, 798 ff; *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.*, Stellungnahme RL (EU) 2020/1828, 18.6.2018 (3).

84 Vgl. *Röthemeyer*, Verbandsklagen-RL (Fn 63) 45 f, der darauf hinweist, dass „Wirksamkeit und Effektivität [...] im Spannungsverhältnis zum Missbrauchsschutz“ stehen.

85 Nach Art. 4 Abs. 4 RL müssen diese allerdings „mit den Zielen dieser Richtlinie im Einklang stehen“. Art. 1 Abs. 1 RL hebt die Kollektivinteressen von Verbrauchern und die Verhinderung von Klagemissbrauch hervor, sodass fraglich ist, inwieweit von den hier relevanten Kriterien *non profit* und Dritteinflussfreiheit abgewichen werden darf (ausführlich *Röthemeyer*, Verbandsklagen-RL (Fn 63) 45 f).

86 Vgl. *Basedow*, Trippelschritte zum kollektiven Rechtsschutz, *EuZW* 2018, 609 (612); *Biard/Kramer*, The EU Directive on Representative Actions for Consumers, *ZEUP* 2019, 249 (256).

darf.⁸⁷ Damit zusammenhängend normiert Art. 10 Abs. 1 RL, dass bei einer Drittfinanzierung Interessenskonflikte vermieden werden. Im Umkehrschluss heißt das zwar, dass Prozessfinanzierer grundsätzlich erlaubt sind.⁸⁸ Dies steht erstens jedoch unter dem Vorbehalt des mitgliedstaatlichen Rechts.⁸⁹ Nachdem die Verbraucher nach Art. 12 Abs. 2 RL nicht die Verfahrenskosten tragen und Art. 20 Abs. 3 SE-RL vorsieht, dass Verbraucher allenfalls eine moderate Beitrittsgebühr zahlen, stellt sich zweitens die Frage, wie ein an Gewinn interessierter Prozessfinanzierer diesen generieren soll.⁹⁰ Die ausgeurteilte Abhilfe scheint nach dem bereits angesprochenen Art. 9 Abs. 6 RL vollständig an die Verbraucher auszukehren zu sein, sodass eine Erfolgsbeteiligung ausgeschlossen sein dürfte.⁹¹ Im Hinblick auf die deutsche Umsetzung könnte sich außerdem die jüngere BGH-Rechtsprechung, die Prozessfinanzierer bei Gewinnabschöpfungsklagen ablehnt, als problematisch erweisen.⁹²

Gsell und *Meller-Hannich* schlagen für die Umsetzung in das deutsche Recht vor, dem unterlegenen Beklagten nach § 91 ZPO die Vergütung des Prozessfinanzierers als Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.⁹³ Die *loser pays*-Regel ist mit Art. 12 Abs. 1 S. 1 RL bereits in der Richtlinie angelegt. ErwGr. 38 S. 5 RL nennt exemplarisch die Kosten eines Rechtsanwalts oder der Dokumentenübersetzung. Nachdem dies keine

87 Kritisch (noch zum RLV) *Halfmeier/Rott*, Verbandsklage mit Zähnen? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, VuR 2018, 243 (248).

88 Vgl *Vollkommer*, EU-Verbrauchersammelklage, MDR 2021, 129 (Rn 62).

89 Deshalb kritisch *Augenhofer*, Verbandsklagen-RL (Fn 81) Rn 29. Vgl *Gascón Inchausti*, A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November, GPR 2021, 61 (Rn 63); *Lühmann*, Anforderungen und Herausforderungen der RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern, ZIP 2021, 824 (836), die insgesamt kritisieren, dass die Richtlinie zu sehr auf Mindestharmonisierung setze.

90 Vgl *Augenhofer*, Verbandsklagen-RL (Fn 81) Rn 29; *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten (Fn 65) 49; *Lühmann*, RL (EU) 2020/1828 (Fn 89) 833. Ähnlich zum RLV siehe *Augenhofer*, Reform Verbraucherrecht (Fn 81) 12.

91 Siehe aber *Halfmeier/Rott*, Mit Zähnen? (Fn 87) 247 (noch zum RLV), nach denen dies mit vorheriger Verbraucherzustimmung möglich sein soll.

92 Vgl BGH (Fn 75) – *Prozessfinanzierer I*; BGH (Fn 75) – *Prozessfinanzierer II*. Zu Recht kritisch *Stadler*, Sittenwidrigkeit der Prozessfinanzierung eines gemeinnützigen Verbraucherschutzverbandes, JZ 2019, 203 ff.

93 *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten (Fn 65) 49.

abschließenden Beispiele sind, würden sie einer auf die Prozessfinanzierung erweiterten Umsetzung wohl nicht entgegenstehen. Die Gesamtschau mit Art. 20 RL und dem zugehörige ErwGr. 70 RL deutet jedoch in eine andere Richtung, da diese für die qualifizierten Einrichtungen (nur) Prozesskostenhilfe und öffentliche Mittel vorsehen. Hier fügt sich ErwGr. 38 S. 2 RL in das Bild ein, nach dem unnötigerweise verursachte Kosten nicht von der *loser pays*-Regel erfasst sind. Vor allem aber sieht Art. 12 Abs. 1 S. 2 RL vor, dass die Kostentragung „nach Maßgabe der im geltenden nationalen Recht für Gerichtsverfahren im Allgemeinen vorgesehenen Bedingungen und Ausnahmen“ geregelt werden muss. Selbst wenn die Richtlinie die Auferlegung der Prozessfinanziererkosten zuließe, müsste § 91 ZPO folglich allgemein und nicht bloß für Verbandsklagen erweitert ausgelegt werden.⁹⁴

Darüber hinaus weisen *Gsell* und *Meller-Hannich* darauf hin, dass Gewinnabschöpfungsklagen dahingehend geändert werden sollten, dass der Gewinn an die klagenden Verbraucherverbände ausgekehrt wird.⁹⁵ Hier stellt sich allerdings die Frage, ob ein entsprechender Verbraucherverband noch die Kriterien des Art. 4 Abs. 3 lit. c RL erfüllt. Sowohl sein Wortlaut als auch ErwGr. 25 RL deuten nämlich darauf hin, dass die Verbände insgesamt keine Erwerbszwecke verfolgen dürfen. Ob das bei einer geänderten Gewinnabschöpfungsklage noch zu bejahen wäre, erscheint fraglich.⁹⁶

Damit bleibt auch die Verbandsklage hinter den de facto-Kollektivierungsmodellen zurück.⁹⁷ Zwar bringt sie im Ergebnis einen Titel, stellt aber für klagende Einrichtungen hohe Hürden auf. Selbst wenn sich Kläger finden, werden sie den Beklagten aufgrund ihrer geringeren monetären Ausstattung zudem strukturell unterlegen sein.

III. Ergebnis

Im Vergleich zu den de facto-Kollektivierungsmodellen stellen sowohl die Musterfeststellungs- als auch die EU-Verbandsklage einen Rück-

94 So auch *Lübmann*, RL (EU) 2020/1828 (Fn 89) 833.

95 *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten (Fn 65) 50.

96 Bzgl. der MFK und Abmahnstätigkeiten ablehnend OLG Stuttgart 20.3.2019, 6 MK 1/18, juris (insb. Rn 51 ff, Rn 62 ff).

97 Vgl *Biard/Kramer*, EU Directive Representative Actions (Fn 86) 256.

schritt dar. Dabei handelt es sich bei dem auf Verbraucher beschränkten Personenkreis noch um den geringsten Problempunkt. Gravierender ist der für die klagenden Einrichtungen geringere Anreiz zum Tätigwerden. Zwar behalten die *Legal Tech*-Unternehmen einen Teil des Schadensersatzes ein. Ein Verbraucher stünde nach einer MFK und einer erfolgreichen eigenen Klage wie auch nach einer Verbandsklage also monetär besser. Allerdings führt gerade die Gewinnerzielungsmöglichkeit dazu, dass die Abtretungsmodelle für die sie durchführenden Unternehmen bzw. Einrichtungen attraktiv werden – ermöglicht also überhaupt den ersten Schritt.

Doch nicht nur für die zunächst handelnde Einrichtung bestehen größere Hürden, sondern auch für den profitierenden Verbraucher. Während das Abtretungsmodell eine kollektive Leistungsklage ermöglicht, bleibt die MFK auf halbem Weg bei einem Feststellungsurteil stehen. Die Verbandsklage führt immerhin risikofrei zu echten Leistungsurteilen. Auch beim Abtretungsmodell wird indes das Kostenrisiko ausgelagert. Dies geschieht zwar um den Preis einer Erfolgsbeteiligung. Vergleicht man diese Situation jedoch mit der einer gar nicht erhobenen Klage, steht der Geschädigte im Ergebnis immer noch besser.⁹⁸ Und für die Frage nach der privaten Rechtsdurchsetzung kommt es ohnehin nur darauf an, dass die entsprechende Klage überhaupt erhoben wird.

Sowohl die MFK als auch die Verbandsklage gehen die Herausforderungen der Kollektivierung folglich deutlich schlechter an als die bereits in der Praxis bestehenden Abtretungsmodelle. Beide sind in sich widersprüchlich, wenn sie einerseits konstatieren, dass zivilrechtliche Klagen der Rechtsdurchsetzung dienen und dass daraus ein praktisches Bedürfnis nach Kollektivierung folgt, auf der anderen Seite aber auf die gesetzgeberische Bremse treten, indem sie ein wirtschaftlich attraktives Geschäftsmodell verhindern. Während sich die *de facto*-Kollektivierungsmodelle bis auf Weiteres den Titel der privaten Rechtsdurchsetzung 2.0 verdient haben, stellen die MFK und die Verbandsklage nichts als Verhinderungsversuche von Getriebenen dar.

Der europäische wie der deutsche Gesetzgeber sollten erkennen, dass auch Recht Kapital⁹⁹ und es nicht *per se* verwerflich und der

98 Vgl BVerfG 20.2.2002, 1 BvR 423/99, juris (Rn 34).

99 Fries, *Recht als Kapital*, AcP 2021, 108 ff. Weiterführend: Pistor, *The Code of Capital* (2020).

erste Schritt zum Missbrauch ist, auf Rechtsdurchsetzung ein gewinnbringendes Geschäftsmodell aufzubauen. Erst wenn man es der klagenden Einrichtung erlaubt, durch ihr Tun Gewinne zu realisieren, wird effektiver Kollektivierung die Tür geöffnet. Eine gesetzliche Regelung könnte die aktuell bestehende Vielzahl an Varianten unter ein einheitliches Dach stellen. Dies brächte für die Geschädigten den Vorteil einer wesentlich transparenteren Rechtslage. Ob der außerdem mit einer gesetzlichen Regelung verbundenen höheren Rechtssicherheit könnte ein zukünftiges, gesetzlich verankertes Modell dann immerhin eine private Rechtsdurchsetzung 2.1 darstellen.

E. Zusammenfassende Thesen

1. Private Rechtsdurchsetzung bedarf nicht nur der Existenz materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern auch der realistischen Möglichkeit zu ihrer Geltendmachung.
2. Im Kontext von Kollektivschädigungen hat die Privatwirtschaft mit ihren de facto-Kollektivierungsmodellen auf diese Herausforderung eine Antwort gefunden. Nachdem der BGH durch sein *Airdeal*-Urteil Rechtssicherheit geschaffen hat, existiert die private Rechtsdurchsetzung 2.0 bereits.
3. Ihrer Gesetzesbegründung nach haben auch die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage diesen Anspruch. Aber der Schein trügt: Weil sie nur Feststellungsurteile ermöglicht, bleibt die Musterfeststellungsklage auf halbem Weg stehen. Die Verbandsklage setzt wiederum alles daran, ein für die klagende Einrichtung ökonomisch sinnvolles Geschäftsmodell zu verhindern. Weder darf eine klageberechtigte Einrichtung zu Erwerbszwecken tätig werden, noch lässt die Richtlinie mangels Möglichkeit zu einem Erfolgshonorar oder einer anderen Form des Erlöses Raum für Prozessfinanzierer. Letztlich stellen sich beide Klagearten mehr als Verhinderungsversuche von Getriebenen denn als genuines gesetzgeberisches Engagement dar.
4. Für eine effektive Kollektivierung müssen der klagenden Einrichtung Gewinne erlaubt sein. Eine dies berücksichtigende gesetzliche Neuregelung hätte immerhin das Potenzial zu einer privaten Rechtsdurchsetzung 2.1.

Personalisierte Preisdifferenzierung

Paul Corleis, LL.M.oec.

A. Einleitung

In der heutigen Zeit berührt ein großer Teil des Lebens der allermeisten Menschen Informations- und Kommunikationstechnologien. Das ermöglicht den Unternehmen, die diese Technologien nutzen, riesige Datenmengen über das Leben der Menschen in deren Rolle als Konsumenten zu sammeln.¹ Dies für sich genommen wirft grundlegende rechtliche Fragen auf.² Dazu gehört etwa, ob die Daten „Eigentum“ der Konsumenten sind.³ Besonders vielfältig werden die Fragestellungen durch die unterschiedlichen Formen, in denen Unternehmen die Daten kommerziell verwerten.⁴ Jede dieser Verwertungsformen hat ihre eigenen Rechtsprobleme. Das zeigt z. B. der Cambridge-Analytica-Skandal, bei dem ein Datenanalyse-Unternehmen persönliche Daten von Millionen von Facebook-Nutzern sammelte, um sie für politische Wer-

1 *Linskey/Micklitz/Rott* in *Helberger* u. a. (Hg), *EU consumer protection 2.0* (März 2021), 92 ff.

2 Siehe z.B. *Paal/Hennemann*, *Big Data im Recht, Wettbewerbs- und daten(schutz)rechtliche Herausforderungen*, NJW 2017, 1697; *Dzida*, *Big Data und Arbeitsrecht*, NZA 2017, 541; *Rostalski/Völkening*, *Big Data im Strafrecht*, ZfDR 2021, 27.

3 Hierzu *Brandt/Ehlen*, *Die Schutzfähigkeit von Daten – Herausforderungen und Chancen für Big Data Anwender*, CR 2016, 570; *Dorner*, *Big Data und „Dateneigentum“*, Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617; *Drexel u. a.*, *Ausschließlichkeits- und Zugangsrecht an Daten*, GRUR Int 2016, 914; *Ensthaler*, *Industrie 4.0 und die Berechtigung an Daten*, NJW 2016, 3473; *Fezer*, *Dateneigentum der Bürger*, ZD 2017, 99; *Härting*, *„Dateneigentum“ – Schutz durch Immaterialgüterrecht?*, CR 2016, 656; *Heymann*, *Rechte an Daten*, CR 2016, 650; *Specht-Riemenschneider*, *Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen*, CR 2016, 288; *Zech*, *Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“*, CR 2015, 137.

4 Vgl aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht die verschiedenen Beiträge in *Stüber/Hudetz* (Hg), *Praxis der Personalisierung im Handel* (Wiesbaden 2017).

bung zu nutzen.⁵ In diesem Beitrag soll es um eine andere, besonders kontroverse Art der kommerziellen Verwertung der Daten gehen: der personalisierten Preisdifferenzierung.

Bei der personalisierten Preisdifferenzierung gewinnen Unternehmen durch die eben angesprochenen Datenmengen Informationen über die Zahlungsbereitschaft ihrer Konsumenten, also etwa darüber, wie viel diese bereit sind, für ein neues Smartphone zu zahlen. Das kann sehr unterschiedlich sein: Die einen sind wohlhabender als die anderen, sie schätzen ihr Smartphone mehr wert oder sind schlichtweg nicht so sparsam wie andere. Durch die Personalisierung werden diese Unterschiede ausgenutzt,⁶ indem von jedem Konsumenten individuell der höchste Preis verlangt wird, den er bereit ist zu zahlen.⁷

Nachdem die Preisdifferenzierung zunächst erläutert wird (B.), ist die wohlfahrtsökonomische Seite dieser Marktpraktik zu betrachten (C.): Schafft sie unter dem Strich Wohlstand oder mindert sie ihn? Die Antwort ist keineswegs eindeutig. Daher gilt es, einen möglichst realistischen und ganzheitlichen Blick auf die Frage zu werfen. Dabei ist vor allem auch zu berücksichtigen, dass Konsumenten keine reinen *hominines oeconomici* sind, sondern kognitiven Verzerrungen unterliegen.⁸ Anschließend wird aufgezeigt, warum die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt wird, wenn sich jeder Schritt des Einzelnen im digitalen Leben preislich auswirken kann (D.). Sodann ist die geltende

5 Dazu *Granville*, Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens, New York Times, 19. März 2018 (<https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html> [Abruf 20.1.2022]); *Polański*, Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal, EuCML 2018, 141.

6 Gewinne können laut Studien bis zu 12 % gesteigert werden, siehe *Shiller*, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, 6. Januar 2014 (<https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/BrandeisWP58R2.pdf> [Abruf 20.1.2022]).

7 Instrukтив aus mikroökonomischer Sicht *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 9. Aufl. (Berlin 2016) 531 ff; aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 27. Aufl. (München 2020) 425.

8 So bereits *Wagner/Eidenmüller*, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, ZfPW 2019, 2020; vgl auch *Eliaz/Spiegler*, Contracting with Diversely Naive Agents, 73 Rev. Econ. Stud. 2006, 689; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. (Berlin 2012) 103 ff.

Rechtslage, insbesondere das Verbraucherrecht, ins Visier zu nehmen (E.). Die EU hat hier jüngst einen spannenden Vorstoß unternommen, indem sie die verbraucherrechtliche Pflicht eingeführt hat, auf personalisierte Preise hinzuweisen.⁹ Betrachtet wird davon ausgehend auch, was daraus für die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsinstitute des deutschen Zivilrechts folgt, die bisher im Mittelpunkt der Diskussion standen. Schließlich sind der verbleibende Regulierungsbedarf zu beurteilen und unterschiedliche Regulierungswege *de lege ferenda* zu diskutieren (F.).

Im Ergebnis soll gezeigt werden, dass BDAI¹⁰-basierte personalisierte Preisdifferenzierung in der Gesamtbewertung kritisch gesehen werden muss. Es spricht einiges dafür, dieser Marktpraktik auf lange Sicht mit radikal erscheinenden Regulierungsinstrumenten wie Verboten zu begegnen.

B. Formen der Preisdifferenzierung

Preisdifferenzierungen können unterschiedlich umgesetzt werden. Dabei werden für gewöhnlich drei Formen unterschieden: Die Preisdifferenzierung ersten, zweiten und dritten Grades.¹¹

I. Preisdifferenzierung dritten Grades

Bei der Preisdifferenzierung dritten Grades segmentiert der Händler den Markt grob und bietet unterschiedlichen Personengruppen unterschiedliche Preise an.¹² Weiß man etwa, dass Studierende und Rentner weniger zahlungsstark sind, ist es wirtschaftlich sinnvoll, ihnen auf-

9 Siehe unten L.

10 “Big Data Artificial Intelligence”

11 *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 4. Aufl. (London 1932) 279 ff; *Varian*, *Mikroökonomik* (Fn 7) 531 ff; für eine alternative Einteilung siehe *Wöhe*, *Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, 27. Aufl. (München 2020) 425, der gruppenspezifisch, räumlich, nach Abnahmemenge und zeitlich differenziert.

12 *Locher*, *Verschiedene Preise für gleiche Produkte? Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht*, *ZWeR* 2018, 292 (297); *Varian*, *Mikroökonomik* (Fn 7) 540 ff.

grund ihrer Gruppenzugehörigkeit günstigere Preise anzubieten.¹³ Zu diesem Grad der Preisdifferenzierung gehören außerdem geografische Unterscheidungen,¹⁴ also etwa, dass ein Produkt in Afrika günstiger angeboten wird als in Europa.

II. Preisdifferenzierung zweiten Grades

Die Preisdifferenzierung zweiten Grades ist demgegenüber bereits individueller. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass die Anbieter eine Angebotsstruktur schaffen, in der sich Käufer selbst entsprechend ihrer Zahlungsbereitschaft einordnen.¹⁵ Hierzu zählt etwa der Fall, dass ein Verkäufer die ersten Wochen, nachdem ein Produkt auf dem Markt ist, einen höheren Preis verlangt, um die ungeduldigen Käufer abzuschöpfen.¹⁶ Ebenfalls hierzu gehören Mengenrabatte oder auch Markenprodukte.¹⁷ Bei diesen Formen der Preisdifferenzierung kann der Verkäufer die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten nach deren Qualitäts- und Quantitätspräferenzen feststellen. Durch Markenprodukte werden etwa qualitätsbewusste Konsumenten herausgefiltert und bei Mengenrabatten Großabnehmer identifiziert.

Die Preisdifferenzierung zweiten Grades ist ebenso wie die Preisdifferenzierung dritten Grades niemals perfekt.¹⁸ Denn es gibt immer Personen, die sich untypisch verhalten. So gibt es zahlungsbereite Studierende ebenso wie geduldige Käufer, die dennoch bereit sind, einen hohen Preis für ein Smartphone zu zahlen.

13 Vgl *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 297; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224.

14 *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 297; *Miller*, What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing, *J. Tech. L. & Pol'y.* 19 2014, 41 (55 f).

15 *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 296 f; *Varian*, Mikroökonomik (Fn 7) 535 ff.

16 Vgl *Levmore/Fagan*, The End of Bargaining in the Digital Age, 103 *Cornell L. Rev.* 2018, 1469 (1474).

17 Vgl *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 296 f; *Varian*, Mikroökonomik (Fn 7) 535 ff.

18 *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 297.

Die Verringerung dieser Fehleranfälligkeit ist der Vorzug der sog. personalisierten Preisdifferenzierung, die deswegen teilweise auch als „perfekte“ Preisdifferenzierung bezeichnet wird.¹⁹

III. Preisdifferenzierung ersten Grades

Die personalisierte Preisdifferenzierung ist gleichbedeutend mit dem ersten Grad der Preisdifferenzierung. Dabei beruhen die individuellen Preise nicht auf Selbstselektion der Käufer, sondern auf der Selektion durch die Verkäufer aufgrund bestimmter Informationen.

In klassischen Märkten ist das etwa der Fall beim Handel mit Gebrauchtwagen.²⁰ Dort ist es üblich, dass der Preis verhandelt wird. Das dortige Differenzierungskriterium ist die Verhandlungskompetenz²¹ sowie der Eindruck von der Zahlungsbereitschaft.²² Dieser kann etwa durch die Kleidung des Käufers beeinflusst sein.

Daran sieht man: Es ist kein neues Phänomen, dass sich Menschen gegenseitig beobachten, um zu beurteilen, wie ihr Gegenüber denkt oder fühlt, um dieses Wissen strategisch zu nutzen. Die in der Einleitung angesprochenen technischen Durchbrüche auf dem Gebiet von Big Data und Künstlicher Intelligenz heben dieses Analysepotenzial jedoch auf ein neues Niveau.²³

Denn BDAI ermöglicht es den Unternehmen, umfassende Konsumentenprofile anzulegen.²⁴ Amazon verfügt etwa über persönliche Daten zu Bestellungen, Wunschlisten, Rücksendungen, Sucheinträgen, Bewertungen, angesehenen Produkten, Streamings und Downloads.

19 Locher, Personalisierte Preise (Fn 12) 295.

20 Hierzu ausführlich unter rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten siehe *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1472 ff.

21 Vgl *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1489 f.

22 Zu weiteren Differenzierungskriterien im Gebrauchtwagenhandel *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1485 f. m.w.N.

23 Treffend *Hacker*, Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law, 4. Mai 2021, *European Law Journal* (im Erscheinen) (<https://ssrn.com/abstract=3835259> [Abruf 20.1.2022]); vgl auch *Ezrachi/Stucke*, The rise of behavioural discrimination, 37(12) *European Competition Law Review* 2016, 485 (485 f); *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224.

24 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

Wenn jemand Sprachassistenten wie Alexa nutzt, ist denkbar, dass Unternehmen zudem das im Alltag Gesprochene mitschneiden.²⁵ Zudem können Internethändler auslesen, von welcher Seite man auf ihre Seite gelangt²⁶ sowie welches Endgerät und welchen Browser man nutzt.²⁷ Die Händler haben zudem die Möglichkeit, Daten von anderen Internetunternehmen zu erwerben. Die dabei anfallenden Datenmengen können im zweiten Schritt mithilfe von Algorithmen mit dem Ziel, präzise und differenzierte Aussagen über die Konsumbereitschaft des Einzelnen zu gewinnen, verarbeitet werden.²⁸ Die genutzten Korrelationen können denkbar ausgefallen und subtil sein – so sorgte z. B. in den USA die Nachricht für Aufsehen, dass ein Kreditkartenanbieter potenzielle Kunden danach sortiert, ob sie Filzgleiter nutzen.²⁹ Die Logik war: Wer Filzgleiter nutzt, hat wahrscheinlich die finanziellen Mittel, sich eine Wohnung mit einem schönen Holzboden zu leisten und ist deswegen kreditwürdig.

C. Wohlfahrtsökonomische Analyse

Angenommen den Unternehmen gelingt es, durch diese Methoden jedem Konsumenten den Höchstbetrag abzunehmen, den er zu zahlen bereit ist. Was bedeutet das nun wohlfahrtsökonomisch?

Zunächst ist der anzulegende Maßstab zu bestimmen. Es kommen im Wesentlichen vier Maßstäbe in Betracht. Zum einen kann die Maximierung der Gesamtwohlfahrt, also des Überschusses von Kon-

25 *Ezrachi/Stucke*, Is Your Digital Assistant Devious?, Oxford Legal Studies Research Paper No. 52/2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828117 [Abruf 20.1.2022]); *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

26 *Mikians/Gyarmati/Erramilli/Laoutaris*, Detecting price and search discrimination on the Internet, Hotnets '12, 29.-30. Oktober 2012, 5 – 6 (<http://conferences.sigcomm.org/hotnets/2012/papers/hotnets12-final94.pdf> [Abruf 20.1.2022]).

27 *Schofield*, Personalized pricing in the digital era, *Compet. Law J.* 2019, Vol. 18, No. 1, 35 (39).

28 *Gleixner*, New Deal for Consumers, *VuR* 2020, 417 (417); *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 49 ff; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, 447 (454).

29 *Strahilevitz*, Toward a Positive Theory of Privacy Law, 126 *Harvard Law Review* 2013, 2010 (2021).

sumenten *sowie* Produzenten, zugrunde gelegt werden.³⁰ Andererseits könnte man speziell auf die Konsumentenwohl­f­ahrt, also allein den Überschuss der Konsumenten, oder allein auf die Produzentenwohl­f­ahrt blicken. Viertens könnte man einen Maßstab der Verteilungsgerechtigkeit anlegen.³¹ Bei letzterem ließe sich argumentieren, dass die personalisierte Preisdifferenzierung Ressourcen von zahlungsstarken zu zahlungsschwächeren Konsumenten leitet. Die personalisierte Preisbildung könnte auf diese Weise eine sozialstaatliche Funktion erfüllen. Fraglich ist aber, ob die Preisbildung im Privatrecht der richtige Ort für eine Umverteilung ist. Insbesondere ist nicht klar, dass auch tatsächlich die leistungsschwächeren Konsumenten bevorteilt werden. Es könnte auch sein, dass gerade diejenigen Konsumenten, die viel konsumieren, also trotz geringer Leistungsfähigkeit leistungsbereit sind, hohe Preise zahlen würden.³² Der Blick nur auf die Konsumenten- oder Produzentenwohl­f­ahrt folgte einer ähnlichen Verteilungslogik. Dagegen spricht also ebenso das genannte Argument. Für diese Betrachtung soll daher der Maßstab der Maximierung der Gesamtwohl­f­ahrt zugrunde gelegt werden.

Daneben ist auf eine weitere Vorannahme hinzuweisen. Die folgenden Erwägungen setzen bestimmte wirtschaftliche Bedingungen voraus.³³ Zum einen, dass die Konsumenten, denen unterschiedliche Preise angeboten werden, keine Arbitrage betreiben, d. h. günstig erworbene Waren nicht an andere Konsumenten weiterverkaufen.³⁴ Zum anderen müssen die Internethändler über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen, damit es keine Möglichkeit für die Konsumenten gibt,

30 Vgl. *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

31 Dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. (Tübingen 2015) 273 ff.

32 *Schofield*, Personalized pricing (Fn 27) 37; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226; vgl. *Zurth*, Personalisierte Preise, AcP 221 (2021), 514 (527); *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (405); *Obergfell*, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel, ZLR 2017, 290 (294 f).

33 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224; *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 294 f; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 530.

34 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224; *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 294 f; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 530 f.

auf günstigere Wettbewerber auszuweichen.³⁵ Hieran knüpfen Fragen des Kartellrechts an, die hier nicht weiter betrachtet werden.³⁶

Auf dieser Grundlage soll eine Marktsituation mit personalisierter Preisdifferenzierung im Vergleich zu einer solchen mit Einheitspreisen veranschaulicht werden.³⁷

I. Marktsituation mit Personalisierung

Angenommen es ist eine Situation gegeben, bei der es vier potenzielle Käufer gibt, die bereit sind 10, 8, 6 bzw. 4 € für eine Ware zu zahlen. Das sind ihre jeweiligen Reservationspreise. Auf der anderen Seite kostet es den Unternehmer 5 €, eine weitere Ware herzustellen. Das sind seine Grenzkosten.³⁸ Kann der Unternehmer nun seine Preise personalisieren, würde er drei Waren herstellen und sie für 10, 8 und 6 € an drei der Interessenten verkaufen. Nur der vierte Interessent bewertet die Ware unter ihren Grenzkosten. Er erhält deshalb kein Kaufangebot, das seinem Reservationspreis entspricht. Der Unternehmer hätte in diesem Beispiel einen Umsatz von 24 € (10 + 8 + 6), Kosten von 15 € (5 + 5 + 5) und einen Gewinn von 9 € (24 – 15). Zudem sind alle Käufer zufrieden, die bereit sind, mehr als die Grenzkosten für die Ware zu zahlen. Es gäbe zwar eine Wohlfahrtsverschiebung von den Käufern zu dem Verkäufer, denn dieser schöpft den Überschuss jeder der drei Transaktionen ab.³⁹ Die Käufer erhalten demgegenüber immer genau einen Nutzen in Höhe des Preises, den sie bezahlen. Einen Wohlfahrtsverlust gäbe es aber nicht, denn jede der drei Überschuss erzeugenden Transaktionen findet statt.⁴⁰

35 Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224; Locher, Personalisierte Preise (Fn 12) 294 f; Zurth, Personalisierte Preise (Fn 32) 531 f.

36 Dazu Zurth, Die kartellrechtliche Bändigung von Preisalgorithmen, ZWeR 2021, 361.

37 Angelehnt an das Beispiel bei Levmore/Fagan, End of Bargaining (Fn 16) 1509 ff.

38 Vgl instruktiv Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse (Fn 8) 54 ff.

39 Vgl Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

40 Vgl Levmore/Fagan, End of Bargaining (Fn 16) 1509 ff; Varian, Mikroökonomik (Fn 7) 532 ff.

II. Marktsituation mit Einheitspreisen

Unter der Annahme von Einheitspreisen ändert sich das. Der Verkäufer würde nun nicht mehr drei, sondern zwei Waren herstellen. Warum ist das so? Wenn er drei Waren verkaufen will, müsste er einen Einheitspreis von 6 € akzeptieren. Denn der dritte Interessent ist nur bereit, 6 € zu zahlen. Um die dritte Ware zu verkaufen, müsste der Verkäufer den Preis entsprechend nach unten drücken.⁴¹ Er hätte einen Umsatz in Höhe von 18 € ($6 + 6 + 6$), Kosten von 15 € ($5 + 5 + 5$) und somit nur einen Gewinn von 3 € ($18 - 15$). Er profitiert mehr, wenn er lediglich zwei Waren herstellt und sie für 8 € verkauft. Dann machte er nämlich einen Umsatz von 16 € ($8 + 8$), hat Kosten von 10 € ($5 + 5$) und damit einen Gewinn von 6 € ($16 - 10$). Sein Gewinn verdoppelt sich.

In diesem Fall würde die Konsumentenrente – also der von den Konsumenten vereinnahmte Überschuss der Transaktionen – zwar nicht vollständig von dem Verkäufer abgeschöpft werden, sondern vielmehr teilweise auch den Konsumenten zugutekommen. So erzielt der Konsument, der bereit ist, 10 € zu zahlen, einen Überschuss von 2 €. Das Problem liegt aber in der dritten Transaktion mit dem Käufer, der nur bereit ist, 6 € zu zahlen. Dieser Warenaustausch unterbliebe bei einem Einheitspreis, obwohl er für die Gesamtwohlfahrt positiv wäre, denn es wird auch hier ein Überschuss von 1 € erzeugt. Es entstünde also ein Wohlstandsverlust.⁴²

Wohlfahrtsökonomisch ist dies das Hauptargument *für* die personalisierte Preisdifferenzierung.⁴³

III. Kosten

Jedoch gibt es eine Reihe von weiteren ökonomischen Erwägungen, die diese Bilanz nicht nur ins Wanken bringen, sondern umkehren dürften.

41 *Varian*, Mikroökonomik (Fn 7) 531.

42 Ebd.

43 *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1509 ff; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226; *Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis, WRP 2016, 1074 (1076); *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 526; *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 63.

1. Unmittelbare Kosten der personalisierten Preisdifferenzierung

Zum einen kostet die Umsetzung der Strategie.⁴⁴ Unternehmen müssen Informatiker beschäftigen, die sich mit der Entwicklung von Algorithmen befassen. Die Mühen dienen nur dazu, stets den gesamten Überschuss von Verkaufstransaktionen abzuschöpfen. Unternehmer hätten einen materiellen Anreiz, knappe Ressourcen dafür einzusetzen, dem Konsumenten seine Rente abzunehmen.⁴⁵ Hinzu kommt, dass Unternehmen ihre besondere Preispolitik wohl aufwändig verschleiern würden, um ihre Reputation zu schützen.⁴⁶

2. Auswirkungen auf das Konsumentenverhalten

Der Hauptgrund, weshalb personalisierte Preisdifferenzierung auf Dauer nicht die Wohlfahrt fördern dürfte, liegt aber vermutlich darin, dass die Konsumenten diese Preisstrategie als höchst ungerecht empfinden.⁴⁷ Menschen vergleichen sich und sie beurteilen den Wert eines Geschäfts immer auch im Vergleich zu anderen.⁴⁸ Eine Leistung, die sie erwerben, verliert wesentlich an subjektivem Nutzen, wenn ein anderer für sie weniger zahlt.⁴⁹ Studien zeigen, dass Konsumenten in vergleich-

44 *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 491, zählt folgende Aufgaben auf: “tracking consumers; collecting data on their behaviour; segmenting them into groups; identifying their demand elasticities; reducing market transparency; increasing consumers’ search costs; preventing arbitrage; limiting the growth of anti-tracking technology; creating lengthy, tedious privacy statements; setting the individuals’ privacy defaults as opt-in; and lobbying against greater privacy protections”; siehe auch *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 529.

45 Vgl *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 491.

46 *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 491.

47 BT-Drs. 19/9772; *Haws/Bearden*, Dynamic Pricing and Consumer Fairness Perceptions, 33 J. Consumer Research 2006, 304 (306 ff); vgl *Richards/ Liaukonyte/ Steletskaya*, Personalized Pricing and Price Fairness, 44 J. Ind. Org. 2016, 138; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

48 Grundlegend *Loewenstein/ Thompson/Bazerman*, Social Utility and Decision Making in Interpersonal Contexts, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1989, VI. 57, No. 3, 426; siehe auch *Xia u. a.*, The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions, 68 J. MKTG, 2004, 1 (2 f); *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 85.

49 *Loewenstein/Thompson/Bazerman*, Social Utility (Fn 48) 438.

baren Ungleichheitssituationen teilweise selbst ihr eigenes Geld einsetzen, nur um als ungerecht empfundene Unterschiede auszugleichen.⁵⁰ Besonders starke Ungerechtigkeitsempfindungen erfahren Konsumenten zudem, wenn die Gründe für die Ungleichbehandlung für sie – wie für gewöhnlich im Fall von BDAI-gestützten Preisen⁵¹ – nicht erkennbar oder verständlich sind.⁵² Auch speziell, wenn es um personalisierte Preisdifferenzierung geht, sprechen die Studien, die dazu unternommen worden sind, eine eindeutige Sprache: Stets empfanden über 90 % der Konsumenten die personalisierte Preisdifferenzierung als unfair.⁵³

Dieser Befund geht mit unterschiedlichen Reaktionen der Konsumenten einher, die der Gesamtwohlfahrt abträglich sind.

a) Entmutigung

Die empfundene Ungerechtigkeit entmutigt Konsumenten. Entmutigung von Marktteilnehmern ist eine leicht zu übersehende Ineffizienz am Markt.⁵⁴ Aus Angst, übervorteilt zu werden, wird ein Teil der Käufer Geschäfte mit großen Internetanbietern meiden.⁵⁵ Hinzu kommt, dass Käufe nicht nur aus Angst vor Übervorteilung, sondern auch aus Sorge um die Privatsphäre unterlassen werden.⁵⁶ Nicht überzeugend

50 *Wobker/Rampl/Kenning*, Kundenneid: Wenn aus Differenzierung Diskriminierung wird, in: *marke41*, Das Marketing Journal, 2012 Nr. 5, 52–56.

51 *Graf von Westphalen*, Verzweifelte Suche nach der verlorenen Vertragsfreiheit, ZIP 2020, 437 (441); *Schofield*, Personalized pricing (Fn 27) 38; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 293 f; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 406.

52 *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 86; *Kahneman u. a.*, Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 *Am. Econ. Rev.* 1986, 728 (734–736); *Spiekermann*, Individual Price Discrimination – An Impossibility?, (http://www.isr.uci.edu/pep06/papers/PEP06_Spiekermann.pdf [Abruf 20.1.2022]).

53 Zusammenfassend Europäische Kommission, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, Executive Summary (Juni 2018) 6; vgl auch *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 406.

54 *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1471.

55 Vgl auch *Kahneman u. a.*, Fairness (Fn 52) 736; zur Entmutigungswirkung instruktiv *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1479.

56 Darauf abstellend *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 528.

lässt sich dagegen einwenden, dass die Reaktion der Konsumenten auf andere kommerzielle Verwertungen von Big Data erfahrungsgemäß eher gemäßigt ausfällt und deshalb auch bei personalisierten Preisen keine wesentliche Entmutigungswirkung zu erwarten ist. Denn andere Verwertungsarten, wie z. B. personalisierte Werbung, werden nicht als so unfair empfunden wie Preisdifferenzen.⁵⁷ In einer auf die Konsumentenpräferenzen zugeschnittenen Werbung könnten die Konsumenten z. B. sogar einen Vorteil sehen, weil sie ihrem Auswahlparadox abhilft.⁵⁸

b) Informationskosten

Ein Teil der Konsumenten wird sich des Weiteren genau darüber informieren, welche Unternehmen mit den Preisstrategien arbeiten.⁵⁹ Sie werden sich darüber austauschen, welche Preise andere Konsumenten gezahlt haben, und sich im Internet über die Händler informieren. Es würden sich Intermediäre herausbilden, die die nachgefragten Vergleichsinformationen sammeln und aufbereiten.⁶⁰ Im Anschluss an die Information werden Konsumenten teilweise weitere Kosten in Kauf nehmen, um den unfair agierenden Anbietern auszuweichen, etwa auf private oder kleinere Anbieter. Auch das sind beachtliche Kosten.

c) Wettrüsten

Drittens würde sich ein Teil der technisch versierten Konsumenten dazu entscheiden, den Internetunternehmen mit eigenem Aufrüsten

57 Das oben erläuterte Ungerechtigkeitsgefühl knüpft zentral an die Preisunterschiede an.

58 Vgl. *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 222; zum Auswahlparadox siehe *Schwartz*, *The Paradox of Choice: Why More Is Less* (New York 2004).

59 Zur Verschwendung durch Informationskosten aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht siehe z.B. *Stigler*, *The Economics of Information*, 69 *J. Pol. Econ.*, 1961, 213; *Hirshleifer*, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*, 61 *Am. Econ. Rev.*, 1971, 561.

60 *Schäfer*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz*, *AcP* 221 (2021), 32 (57); *Levmore/Fagan*, *End of Bargaining* (Fn 16) 1473.

zu trotzen.⁶¹ Es werden bereits jetzt entgeltlich extra dafür angepasste VPN- und TOR-Lösungen zur Anonymisierung angeboten.⁶² Als Reaktion darauf werden die Internethändler wiederum ihre eigenen Abwehranstrengungen erhöhen – es entsteht ein kostspieliges Wettrüsten.⁶³

Von großer Bedeutung ist bei alledem: All diese Kostenpositionen entstehen theoretisch bei jedem einzelnen Konsumenten.⁶⁴ Insgesamt dürften schwer abschätzbare, aber in jedem Fall enorme Gesamtkosten entstehen.

Auch wenn eine präzise mathematische Klärung der wohlfahrtsökonomischen Folgen von personalisierten Preisen kaum möglich ist,⁶⁵ überzeugt nicht, dass der anfangs im Modell erläuterte Wohlfahrtsvorteil all die genannten Nachteile aufwiegt.⁶⁶ Auch ökonomisch wird es auf lange Sicht nicht vorteilhaft sein, ein Marktverhalten, das Konsumenten als zutiefst ungerecht empfinden, zu akzeptieren, weil es bei der Annahme rationaler Marktteilnehmer einen Wohlfahrtsvorteil bringen müsste. Ökonomisch nachhaltig dürfte hier vielmehr nur sein, was auch der Konsument im Wesentlichen als fair anerkennt.

D. Ausgewählte verfassungsrechtliche Aspekte

Neben der wohlfahrtsökonomischen Sichtweise soll zudem ein verfassungsrechtliches Problem der personalisierten Preisdifferenzierung beleuchtet werden. Verfassungsrechtlich standen bisher vor allem Art. 3

61 Schäfer, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 51; Miller, Price Discrimination (Fn 14) 67; Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 239; Zurth, Personalisierte Preise (Fn 32) 529; Vgl auch Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers, 30 Harv. J. of Law & Technology 2017, 1.

62 Vgl Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers (Fn 61); Paal, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43 (46).

63 Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226 u. 240, sprechen von einem Gefangenendilemma; Miller, Price Discrimination (Fn 14) 67.

64 Vgl Levmore/Fagan, End of Bargaining (Fn 16) 1475.

65 Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

66 Im Ergebnis tendenziell ebenso Ezrachi/Stucke, behavioural discrimination (Fn 23) 490 f; Oberfell, Personalisierte Preise (Fn 32) 295; Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 227; Zander-Hayat/Reisch/Steffen, Personalisierte Preise (Fn 32) 406; zurückhaltender Zurth, Personalisierte Preise (Fn 32) 530.

GG⁶⁷ und das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung der informationellen Selbstbestimmung im Vordergrund der Diskussion.⁶⁸ Art. 3 GG lässt sich eventuell über die Stadionverbot-Entscheidung⁶⁹ für die hier aufgeworfene Frage fruchtbar machen, ebenso wie über dessen Konkretisierungen im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.⁷⁰ Die informationelle Selbstbestimmung determiniert daneben vor allem datenschutzrechtliche Fragen, die nicht im Vordergrund dieses Beitrags stehen.

I. Schutzpflichten aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Bisher allerdings nicht ausreichend berücksichtigt ist die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Recht des Einzelnen auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, also dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in dem im Folgenden dargestellten Aspekt. Der Staat muss aufgrund seiner Schutzpflichten eine Privatrechtsordnung gewährleisten, welche die Bedingungen dafür schafft, dass der Einzelne seine Persönlichkeit frei entfalten kann.⁷¹ Dabei muss er ihn auch im privaten Verkehr vor den Gefährdungspotenzialen moderner technischer Kommunikationsvorgänge schützen.⁷²

Treibt man die personalisierte Preisdifferenzierung einmal auf die Spitze und stellt sich vor, dass sie zur Regel wird,⁷³ ist Folgendes zu bemerken: Der Einzelne müsste befürchten, dass alles, was er tut, was eine digitale Fußspur hinterlässt, zu handgreiflichen Nachteilen für ihn führen kann – zu höheren Preise. Dabei sind die betroffenen

67 Hierzu *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 536 ff m.w.N.

68 Statt vieler *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 536 ff; siehe auch *Hennemann*, Die personalisierte Vertragsanbahnung, AcP 2019, 818 (830 ff).

69 BVerfG NJW 2018, 1667 (1669); siehe dazu *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901; siehe auch *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 830 f.

70 *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 537 m.w.N.

71 *Di Fabio* in Maunz/Dürig, 94. EL Januar 2021, GG Art. 2 Abs. 1 Rn 135.

72 *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 147 und zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts unter Privaten *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 189 ff.

73 Dies ist gegenwärtig (noch) nicht der Fall, siehe BT-Drs. 16/9772, 3; Europäische Kommission, Consumer market study (Fn 53); ausführlich dazu *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 520 ff.

Informationen hochgradig persönlich.⁷⁴ Vielleicht surft eine Person regelmäßig auf Internetseiten für bestimmte Luxuswaren – dies könnte sich nachteilig auf ihre personalisierten Preise auswirken. Ein anderer kann sich beim Online-Shopping von Kleidungsartikeln nicht beherrschen und neigt dazu, zu viel auszugeben. All das würden die Unternehmen nutzen und gegen den Einzelnen verwenden.⁷⁵ Ergebnis wäre letztlich ein von Unternehmen umgesetztes Social Scoring und eine Form des Überwachungskapitalismus⁷⁶, dem sich der Konsument nur schwer entziehen könnte. Der Konsument würde sich in der Folge stets latent eingeschüchtert fühlen und sich im Internet nicht mehr frei entfalten können. Der Nobelpreisträger Paul Krugman hat bereits im Jahre 2000 in seiner New York Times Kolumne das Problem auf den Punkt gebracht: *“dynamic pricing is [...] undeniably unfair: some people pay more just because of who they are.”*⁷⁷

Die Bedeutung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht hängt dabei von der konkreten Art der kommerziellen Verwendung von Big Data ab. Verwendungen wie Werbung dürften die Konsumenten weniger einschüchtern, weil sie keine konkret fassbaren Nachteile befürchten müssen. Es wird dem Konsumenten leichter fallen, sich mit einer auf ihn zugeschnittenen Werbung abzufinden, als mit höheren Preisen.

II. Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit

Zudem soll ein weiterer Aspekt mit einem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt beleuchtet werden, der nicht nach der Gebotenheit, sondern nach der Zulässigkeit der Regulierung fragt. Teilweise wird die Vereinbarkeit einer stärkeren Regulierung mit dem Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit in Abrede gestellt.⁷⁸ Die Preisgestaltungsfrei-

74 Vgl. BT-Drs. 19/9772, 4.

75 Vgl. Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 223.

76 Vgl. Zuboff, Shoshana, Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization, *Journal of Information Technology* (2015) 30 (75) (<https://ssrn.com/abstract=2594754> [Abruf 20.1.2022]).

77 Krugman, Reckonings; What Price Fairness?, *New York Times*, 4. Oktober 2000 (<http://www.ny-times.com/2000/10/04/opinion/reckonings-what-price-fairness.html> [Abruf 20.1.2022]).

78 So insb. Hennemann, Vertragsanbahnung (Fn 68) 838, 842, 844 u. 854, „Die vorgenannten Regulierungsvorschläge zu den Preissetzungsmodalitäten dro-

heit ist Bestandteil der Inhaltsfreiheit,⁷⁹ die wiederum Teil der Vertragsfreiheit⁸⁰ und damit verfassungsrechtlich durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁸¹ und die unternehmerische Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG) geschützt ist.⁸² Verfassungsrechtlich ist die Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit bei der personalisierten Preisdifferenzierung jedoch rechtfertigungsfähig, weil bei dieser die Vertragsparität gestört ist.⁸³ Diese Schranke der Vertragsfreiheit rechtfertigt bereits auch andere zivilrechtlichen Institute, wie etwa das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB).⁸⁴ Überdies hat das Leitbild der Preisgestaltungsfreiheit im Wesentlichen zu einer Zeit Eingang in die zivil- und wirtschaftsrechtliche Dogmatik gefunden, als BDAI-gestützte Preisstrategien noch nicht existierten.⁸⁵ Absolute Preisgestaltungsfreiheit lässt sich überzeugend anführen in einem Handel, der eine im Wesentlichen gleichberechtigte Preisverhandlung beinhaltet oder bei dem funktionierende Marktmechanismen die Preisbildung bestimmen.⁸⁶ Davon ist im BDAI-gestützten Internethandel jedoch wenig übriggeblieben.⁸⁷ Wegen der geänderten empirischen Grundlage muss auch das Dogma der Preisgestaltungsfreiheit an die neuen Realitäten angepasst werden.⁸⁸ Die Regulierung der personalisierten Preisdifferenzierung ist deshalb eine verfassungsrechtlich zuläs-

hen (schleichend) zu einer Erosion der Grundfesten der Preisgestaltungsfreiheit zu führen“; siehe auch *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 57; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 409.

79 *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 830; *Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis (Fn 43) 1081; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 296; siehe auch *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 107 u. 125.

80 Grundlegend *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II., 4. Aufl. (1992) § 1.

81 Statt vieler *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 101.

82 *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 830.

83 Vgl. *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 47 f.

84 Vgl. *Grüneberg*, in Palandt, 80. Aufl. (München 2021) Überbl. v. § 305, Rn 7 ff; *Di Fabio* (Fn 68) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 107.

85 Vgl. z.B. BGH GRUR 1958, 487 (489); NJW-RR 1989, 356 (356).

86 Vgl. *Mohr*, Wettbewerbsrecht und Ökonomie im digitalen 21. Jahrhundert, ORDO 69 (2018), 259 (263 ff); *Mendelsohn*, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857 (861).

87 Vgl. *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 47 f.

88 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation (Tübingen 2016) 527 ff zum „Dreischritt zur Umsetzung von Wandel bei der Auslegung und Anwendung geltender Normen“.

sige und rechtsdogmatisch konstruierbare Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit.

Ebenso wie die wohlfahrtsökonomische Betrachtung sprechen damit auch verfassungsrechtliche Aspekte für die Zulässigkeit und Gebotenheit einer Regulierung der personalisierten Preisdifferenzierung.

E. Geltendes Recht

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Europäische Union hier jüngst tatsächlich tätig geworden ist. Sie hat die Informationspflichten im Verbraucherrecht um den Hinweis auf die personalisierte Preisdifferenzierung ergänzt. Nach Art. 4 Abs. 4 lit. a) Ziff. ii) der Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27. November 2019 wird Art. 6 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/38/EU) erweitert. Danach ist der Verbraucher im Fernabsatz und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen zu unterrichten, wenn der Preis auf Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert ist. In ErwG 45 der Richtlinie (EU) 2019/2161 heißt es erläuternd, dass die Verbraucher eindeutig darauf hingewiesen werden sollen, wenn der ihnen angebotene Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden ist, damit sie die möglichen Risiken bei ihrer Kaufentscheidung berücksichtigen können. Die Hinweispflicht in Art. 6 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/38/EU) wurde als Unterbuchstabe *ea*) eingefügt. Dadurch wird der Hinweis auch von Art. 8 Abs. 2 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/38/EU) in Bezug genommen, also von jener Norm, die bestimmte der in Art. 6 genannten Informationen dahingehend qualifiziert, dass auf sie in klarer und hervorgehobener Weise hinzuweisen ist, unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung tätigt.⁸⁹ Gem. Art. 7 der Richtlinie (EU) 2019/2161 müssen die

89 Möglicherweise a. A. *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 420; im Ergebnis zustimmend, aber in der Begründung abweichend *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 543, nach dem ein funktionales Verständnis der Richtlinienvorgabe, auch wenn man lediglich Art. 6 Abs. 1 Verbraucherrichtlinie anwendet, einen Hinweis in unmittelbarer Nähe zur Preisangabe verlange.

Maßnahmen bis zum 28. November 2021 umgesetzt und ab dem 28. Mai 2022 angewandt werden.

Der deutsche Regierungsentwurf sieht vor, die Informationspflicht in § 312d BGB i. V. mit Art. 246a EGBGB sowie § 312j Abs. 2 BGB umzusetzen.⁹⁰ Wegen der Anwendbarkeit des § 312j Abs. 2 BGB genügt es nicht, wenn in den AGB auf die Personalisierung hingewiesen wird.⁹¹ Vielmehr muss der Hinweis in räumlicher Nähe zur Schaltfläche oder zum Preis angezeigt werden.⁹²

Im Lichte der Neuregelung muss die Anwendbarkeit und Auslegung der bisher vor allem diskutierten anderen Rechtsinstitute neu beurteilt werden.⁹³ Bevor der Gesetzgeber tätig geworden ist, sind unterschiedliche Ansätze diskutiert worden, um der personalisierten Preisdifferenzierung Herr zu werden. Im Zentrum stand dabei die wettbewerbsrechtliche Vorschrift des § 5a Abs. 2 UWG. Die personalisierte Preisdifferenzierung wurde als „wesentlich“ im Sinne der Vorschrift angesehen.⁹⁴ Daneben sind u. a. die Sittenwidrigkeit⁹⁵ und die vorvertragli-

90 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

91 *Tonner* in *Brönneke/Föhlisch/Tonner* (Hg), Das neue Schuldrecht, 1. Aufl. (2022), § 9 Rn 24.

92 *Wendehorst*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. (München 2019) § 312j Rn 15 ff.

93 Zum hier nicht untersuchten Datenschutzrecht zuletzt *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32), 538 ff m.w.N. Zum Kartellrecht siehe *Botta/Wiedemann*, To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance, *European Journal of Law and Economics* 2020, 381; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 548 f.

94 *Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis (Fn 43) 1080 f; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 407 f; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 298; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise (Fn 28) 452.

95 Für die Sittenwidrigkeit *Klock*, Unconscionability and Price Discrimination, *Tenn. L. Rev.* 66 2002, 317 (375 f); *Graf von Westphalen*, Vertragsfreiheit (Fn 51) 442 u. 445: „Mathematiker und hoch spezialisierte Techniker haben ihn [den Algorithmus] ersonnen, oft schon mit den Mitteln der Künstlichen (selbstlernenden) Intelligenz, getrieben aber stets von dem Willen, den einzelnen Nutzer immer mehr und immer länger in den Griff zu bekommen, ihn – im amerikanischen Sprachgebrauch gewertet – zu ‚engagieren‘. Genau auf einer so

chen Informationspflichten aus der *culpa in contrahendo*, §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB,⁹⁶ diskutiert worden.⁹⁷

Nachdem der Gesetzgeber nun das Zepter an sich genommen hat, wird man diese Ansätze aber grundsätzlich richtlinienkonform entsprechend den verbraucherrechtlichen Informationspflichten auslegen müssen.⁹⁸ Für § 5a Abs. 2 UWG ist der Gleichlauf der Informationspflichten zudem in § 5a Abs. 4 UWG gesetzlich geregelt.⁹⁹ Wegen des eingeschränkten Anwendungsbereichs der §§ 312 ff. BGB bleibt dem § 5a Abs. 2 UWG eine eigene Anwendungsmöglichkeit für die nicht von der Verbraucherrechterichtlinie umfassten Bereiche.¹⁰⁰ Dabei erscheint es zweckmäßig, die inhaltlichen Anforderungen den neu eingeführten Informationspflichten anzugleichen. Für den Tatbestand der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB bleiben eventuell noch Einzelfälle, in denen der Konsument in besonders anstößigem Maße Opfer der personalisierten Preisdifferenzierung wird.¹⁰¹ Das ist etwa denkbar, wenn die Preisstrategie mit Manipulationstechniken verknüpft wird. Die BDAI-basierte personalisierte Preisdifferenzierung kann aber jeden-

konstruierten, uns nicht bekannten und auch nicht erkennbaren Wirkweise beruht die faktische, die manipulative Macht der personalisierten Algorithmen über unseren freien Willen. Dürfen wir also dieses Phänomen noch mit belastbaren Gründen einen Vertrag im Sinn der Rechtsgeschäftslehre nach den §§ 145 ff BGB nennen?“; vgl auch *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 39.

96 *Spindler/Seidel*, Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, NJW 2018, 2153 (2155 ff); *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 45 ff; zum Verhältnis der §§ 312 ff BGB zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB siehe *Thüsing*, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, 31.07.2021 (Berlin) § 138 Rn 23.

97 Für eine umfassende Diskussion der allgemeinzivilrechtlichen Ansätze siehe *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 829 ff.

98 Zur richtlinienkonformen Auslegung siehe *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis (Berlin 2015) 263; *Grüneberg*, in Palandt, 80. Aufl. (München 2021) Einleitung Rn 43; die nationalen Gerichte müssen das gesamte nationale Recht einschließlich der Generalklauseln möglichst zur vollen Wirksamkeit der Richtlinie auslegen; siehe dazu auch *Ritter*, Europarechtsneutralität mitgliedstaatlicher Generalklauseln, NJW 2012, 1549.

99 *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 544 f.

100 Vgl *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 545.

101 Zum Verhältnis der §§ 312 ff BGB zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB siehe *Thüsing* (Fn 96) § 138 Rn 16.

falls nicht mehr im Sinne einer eigenen Fallgruppe als sittenwidrig angesehen werden.¹⁰²

F. Bewertung – verbleibender Regulierungsbedarf?

Wie sind die Neuerungen zu bewerten? Es ist zunächst zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber des Themas angenommen hat. Denn der Gesetzgeber besitzt im Gegensatz zu den Gerichten die Systemherrschaft, die ihm erlaubt, derartige gesamtwirtschaftliche und -gesellschaftliche Anpassungsprozesse, wie die fortschreitende unternehmerische Nutzung von BDAI, zu steuern und zu gestalten.¹⁰³ Insbesondere sind mit dem Thema schwierige ökonomische Fragen verbunden, die am besten durch den Gesetzgeber beurteilt werden können und sollten.¹⁰⁴

I. Bewertung der Neuregelung

Konkret zur Änderung ist anzumerken, dass die Umsetzung in § 312j Abs. 2 BGB überzeugt. Denn ein bloßer Hinweis in den AGB, wie es für die übrigen Angaben nach § 312d BGB genügt,¹⁰⁵ würde wohl keinen großen Effekt haben.¹⁰⁶

Nicht ausreichend könnte die neue Regelung aber aus zwei Gründen sein: zum einen wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs, zum anderen wegen ihrer beschränkten Wirkung. Es erscheint wahrscheinlich, dass der Anwendungsbereich der Verbraucherrichtlinie jedenfalls in Zukunft dem Phänomen der personalisierten Preisdifferenzierung nicht vollständig gerecht werden wird.¹⁰⁷ Es ist nicht ersicht-

102 Auch der erste Satz des ErwG 45 der Richtlinie (EU) 2019/2161 geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit der personalisierten Preisdifferenzierung aus.

103 Vgl. *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Berlin 1978), 193.

104 Vgl. hierzu *Eidenmüller*, Effizienz (Fn 31) 422.

105 *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 420; *Wendehorst* (Fn 92) § 312d Rn 71.

106 Vgl. Gesetzesentwurf (Fn 90) 35; siehe auch *Schofield*, Personalized pricing (Fn 27) 35 u. 38 f.

107 *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 419, der das Schutzniveau durch den eingeschränkten Anwendungsbereich als deutlich eingeschränkt ansieht; siehe auch *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 545, der demgegenüber den

lich, weshalb bei den aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommenen Bereichen, z. B. bei Beförderungsverträgen oder bei der Lieferung von Lebensmitteln des täglichen Bedarfs, der Einsatz personalisierter Preise abweichend beurteilt werden sollte.¹⁰⁸ Insbesondere aber könnte in Zukunft auch der stationäre Handel mit Hilfe von elektronischen Preisschildern und Apps von personalisierten Preisen betroffen sein.¹⁰⁹ Mit dem geltenden Recht, vor allem § 5a Abs. 2 UWG, ließe sich diesen Lücken zwar beikommen, wenn das Phänomen in Zukunft an Bedeutung gewinnt. Es erscheint aber wünschenswert, dass der Gesetzgeber nachjustiert.

Daneben ist fraglich, ob die Informationspflicht, wie sie nun umgesetzt werden soll, ausreichend wirksam ist. Einem wesentlichen Teil der Konsumenten dürften die Hintergrundinformationen fehlen, um den Hinweis angemessen bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.¹¹⁰ Denn die Konsumenten erfahren nicht, wie die automatisierte Preisbildung funktioniert. Die Algorithmen und Kriterien hinter der Personalisierung bleiben für sie eine „black box“. Zudem erfahren sie nicht, welche Informationen über sie bei der Preisbildung genutzt werden und vor allem, wie persönlich diese sind.¹¹¹ Auch welche Auswirkungen ihre persönlichen Informationen und die Verarbeitungsweise auf den Preis haben, insbesondere ob sie benachteiligt oder bevorteilt werden, wird ihnen nicht bekannt. Den Konsumenten werden die konkret fassbaren Nachteile möglicher höherer Preise also nicht deutlich vor Augen geführt.¹¹² Dabei ist auch unklar, in welchem Ausmaß die Konsumenten die Informationen überhaupt wahrnehmen und bereit sind, sich mit ihnen zu befassen, zumal, wenn man bedenkt, dass

wesentlichen Regulierungsbedarf durch den Anwendungsbereich der Richtlinie gedeckt sieht.

108 *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 419.

109 Hierzu Gesetzesentwurf (Fn 90) 23; BT-Drs. 19/9772, 2; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 239.

110 Vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, The Failure of Mandated Disclosure, 159 U. Penn. L. Rev. 2011, 647; aA wohl *Tonner* (Fn 91) § 9 Rn 28.

111 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises, *Critical Analysis of Law*, Vol. 8, No. 1 (April 2021), 43 (56) (<https://ssrn.com/abstract=3826415> [Abruf 20.1.2022]).

112 *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 47 f.

sie daneben noch über vieles andere informiert werden.¹¹³ All das schränkt die Wirksamkeit der Informationspflicht ein.

Die Informationspflicht setzt prozedural an der Entscheidungsfindung des Konsumenten beim Vertragsabschluss mit dem Unternehmen an, indem sie die Bedingungen dafür schaffen soll, dass der Konsument ausreichend informiert ist, um eine autonome Entscheidung zu treffen. Eine solche Regelung hat den Vorteil, dass sie nicht substantziell in den Vertragsabschluss eingreift.¹¹⁴ Dadurch ist sie auch rechtspolitisch wesentlich weniger umstritten als ein substantzieller Eingriff durch zwingendes Recht.¹¹⁵ Fraglich ist aber, ob ein prozeduraler Ansatz ausreicht, um das durch BDAI begründete Ungleichgewicht zwischen Konsumenten und Unternehmen aufzulösen. Denn den Konsumenten lediglich umfassender zu informieren, trägt dessen begrenzter Rationalität zu wenig Rechnung. Viele Konsumenten dürften bei ihren Kaufentscheidungen nicht in der Lage und/oder nicht bereit sein, sich mit komplexen Preisbildungsverfahren zu befassen.¹¹⁶ Auf ihre Autonomie zu bauen und nicht substantziell, etwa mit zwingendem Recht, einzugreifen, wird deshalb künftig weiter in Frage zu stellen sein.¹¹⁷

II. Regulierungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

Davon ausgehend soll ein Blick auf andere Regulierungsmöglichkeiten geworfen werden.

Neben dem Hinweis auf die personalisierte Preisdifferenzierung als solcher ist denkbar, dass ein Referenzpreis angegeben werden muss,¹¹⁸

113 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 45; *Bawden/Robinson*, The Dark Side of Information: Overload, Anxiety and Other Paradoxes and Pathologies, 35 J. Info. Sci. (2009), 180.

114 *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität (Tübingen 2017) 427.

115 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 50.

116 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 45 und 59; *Howells*, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, 32 J.L. & Soc'y (2005), 349.

117 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 62 f.; *Grochowski*, European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich, Yearbook of European Law, Vol. 39 (März 2021), 387 (414) (<https://ssrn.com/abstract=3920452> [Abruf 20.1.2022]).

118 *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 408; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 299.

also etwa alle Preise der letzten 30 Tage, oder wenn es mehr als zehn oder zwanzig Verkäufe gab, dann nur diese.¹¹⁹ Ebenfalls möglich ist eine Opt-out-Möglichkeit, mit der der Konsument die personalisierte Preisdifferenzierung abwählen kann.¹²⁰ Als das radikalste Mittel kommt daneben ein Verbot in Betracht.¹²¹ Bei einem Opt-out-Modell ist zu befürchten, dass der Konsument überfordert ist, weil er nicht weiß, welche genauen Konsequenzen seine Entscheidung hat. Die Angabe von Referenzpreisen ist praktisch wahrscheinlich nicht einfach umsetzbar, aber nicht unmöglich, dürfte aber deutlich wirksamer sein. Im Ergebnis wäre zu erwarten, dass viele Anbieter ihrer Reputation wegen ganz auf personalisierte Preise verzichten würden.¹²² Referenzpreise haben dabei – ebenso wie andere Informationsmodelle – den Vorteil, dass sie nicht substanziell in den Markt eingreifen, die Nutzung personalisierter Preise nicht gänzlich unterbinden und dadurch Flexibilität bieten, etwa für Märkte, in denen die Personalisierung ausnahmsweise Vorteile hat und darum akzeptiert wird. Die effektivste Regulierung ist ein gänzlich Verbot, das angesichts der oben dargestellten Argumente auch ein zulässiger Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit ist. Mit Blick auf die begrenzte Rationalität der Konsumenten und eines weiter zunehmenden Einflusses von BDAI auf die Entscheidungsfindung spricht viel für einen solchen substanziellen Eingriff in den Prozess des Vertragsabschlusses.

Auch wenn der Gesetzgeber mit einer Informationspflicht nun erst einmal weiter auf ein Informationsmodell setzt und damit ein ggf. zu mildes Mittel wählt, ist zu beachten, dass personalisierte Preise ge-

-
- 119 Zu konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten vgl *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1488 ff.
- 120 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 228 f; vgl ferner *Gal*, Algorithmic Challenges to Autonomous Choice, 20. Mai 2017 (<https://ssrn.com/abstract=2971456>, 32 [Abruf 20.1.2022]). Ein solches speziell auf die Preisdifferenzierung bezogenes Opt-out-Recht ist mehr als die datenschutzrechtliche Einwilligung.
- 121 Vgl *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 228; *Graf von Westphalen*, Vertragsfreiheit (Fn 51) 445; *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 846 f.
- 122 *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 57; vgl *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1523; *Tietjen/Flöter*, Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken gelten für Unternehmen?, GRUR-Prax 2017, 546 (548); vgl *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 523; *Paal*, Algorithmic Pricing (Fn 62) 48.

genwärtig erst in einem sehr kleinen Maße tatsächlich umgesetzt werden.¹²³ Deshalb erscheint es angemessen, mit einer zurückhaltenden und wenig eingriffsintensiven Regulierung zu intervenieren und auch, soweit es noch geht, auf die Selbstregulierungskräfte des Marktes und den Wettbewerb zu hoffen.¹²⁴

G. Fazit

Personalisierte Preisdifferenzierung ist sowohl wohlfahrtsökonomisch als auch verfassungsrechtlich problematisch. Es spricht einiges dafür, diese Praxis ganz zu unterbinden.¹²⁵ Deshalb ist zu begrüßen, dass sich die EU des Themas angenommen hat. Wegen der geringen empirischen Relevanz der Marktpraktik erscheint gegenwärtig auch die Art und Weise der neuen Regulierung angemessen.¹²⁶ Die Weiterentwicklung von BDAI dürfte jedoch dazu führen, dass das Thema künftig an Bedeutung gewinnt und weiterer Regulierungsbedarf entsteht.¹²⁷ Dabei ist insbesondere zu hinterfragen, ob ein Informationsmodell, das auf die Autonomie der Konsumenten baut, weiterhin das richtige Regulierungsinstrument ist, und nicht vielmehr Instrumente, die der begrenzten Rationalität der Konsumenten stärker Rechnung tragen, in Betracht gezogen werden sollten.¹²⁸

123 BT-Drs- 16/9772, 3; RegE, BT-Drs. 19/27655, 24; Europäische Kommission, Consumer market study (Fn 53); ausführlich dazu *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 520 ff.

124 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 245.

125 Vgl *Graf von Westphalen*, Vertragsfreiheit (Fn 51) 445.

126 *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32), 552 ff; kritischer *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 419 f.

127 Vgl *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

128 Vgl *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 62 f; *Grochowski*, European Consumer Law after the New Deal (Fn 117) 414.

Privatrecht in der Wohnungskrise: Soziales Mietrecht und die Verfassung des Wohnungsmarktes

Klaas Hendrik Eller

A. Einleitung: Wohnungskrise und Privatrecht

Wohnen entwickelt sich zu einer der großen sozialen Fragen unserer Zeit. Wohnungsknappheit und rasante Preissteigerungen nicht nur in attraktiven Innenstadtlagen haben den Zugang zu bezahlbarem Wohnraum als „Mittelpunkt (der) privaten Existenz“¹ erheblich erschwert. Art und Lage einer Wohnung entscheiden überdies über Teilhabe, Gesundheit sowie Schutz vor Umwelt- und Klimaeinwirkungen. Wohnungspolitik steht entsprechend hoch auf der politischen Agenda, in Deutschland und in Europa.² Die befürchtete Kündigungswelle im Zuge der Covid-19-Pandemie nach Auslaufen der in vielen Ländern beschlossenen Moratorien³ hat dem Thema zusätzliche Dringlichkeit verliehen. Weltweit entstehen soziale Bewegungen, die sich für die Stärkung eines „*right to housing*“⁴ einsetzen und auf die vielfältigen

1 BVerfGE 89, 1 Rn 21; vgl auch BVerfGE 139, 245 Rn 56; 151, 67 Rn 52.

2 Vgl jüngst European Parliament resolution of 21st January 2021 on access to decent and affordable housing for all (2019/2187(INI)).

3 Für Deutschland vgl Art. 240 § 2 EGBGB, dazu *Sittner* Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, 1169; zur US-amerikanischen Diskussion siehe *Larkin*, The Sturm und Drang of the CDC's Home Eviction Moratorium, Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam 2021, 1; vgl auch *Rosen-Zvi/Rosenberg*, The Politics of Civil Procedure: The Curious Story of the Process for the Eviction of Tenants, Law & Ethics of Human Rights 15 (2021), 153.

4 Vgl aus dem Kreis der Landesverfassungen in Bayern Art. 106 BV und in Berlin Art. 28 Abs. 1 VvB; ferner auf internationaler Ebene Art. 11 Abs. 1 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt); Art. 8 EMRK und Art. 7 GRK sowie aus der jüngeren international-rechtlichen Entwicklung UN Sustainable Development Goals (Ziel 11.1); dazu *Eller*, SDG 11: Sustainable Cities and Communities in Michaels/Abou-Nigm/van Loon (Hg), UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law (Cambridge: Intersentia 2021) 353; zur europäischen Debatte und Judikatur *Domurath/Mak*, Private Law and Housing Justice in Europe, The Mo-

polit-ökonomischen Faktoren hinweisen, die Wohnungsmärkte in den letzten Jahren strukturell verändert haben.⁵ Die Wohnung ist Zuhause und wirtschaftliches Investitionsgut zugleich und dem Recht kommt regelmäßig die Aufgabe zu, zwischen beiden Dimensionen zu moderieren. In Deutschland, wo mit nur ca. 45 Prozent die geringste Wohneigentumsquote der EU herrscht, besitzt das Mietrecht insofern besondere Breitenwirkung.

All dies trifft die deutsche privatrechtliche Debatte eher unvorbereitet. Wohnungspolitische Fragen werden im Privatrecht bislang quasi ausschließlich mit dem Mietrecht in Verbindung gebracht, das wiederum in den letzten Jahrzehnten trotz seiner Bedeutung in der justiziellen Praxis nicht im Zentrum privatrechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung stand.⁶ Mit seinen häufigen Gesetzesänderungen gilt Mietrecht im Gegenteil als eine schwer zu systematisierende, eher kleinteilige und fallbasierte Materie,⁷ die von Stimmen aus der Praxis dominiert wird. Das Zutrauen in Mietrecht als Regulierungsinstrument für konkrete wohnungspolitische Zwecke fiel zuletzt eher gering aus, wie etwa der Beitrag von *Andreas Kletečka*⁸ auf der Hamburger Zivilrechtslehrertagung 2019 und die anschließende Diskussion zeigten.

Der Berliner „Mietendeckel“⁹, jene experimentelle Antwort des Landesgesetzgebers auf die Wohnungsnot in der Hauptstadt, hat nun

dern Law Review 83 (2020) 1188 (1193 ff); rechtsvergleichend Schmid (Hg), *Tenancy Law and Housing Policy in Europe. Towards Regulatory Equilibrium* (Cheltenham: Edward Elgar 2018).

- 5 Vgl etwa *Vogelpohl et al.* in Schönig/Kadi/Schipper (Hg), *Wohnraum für alle?! Perspektiven auf Planung, Politik und Architektur* (Bielefeld 2017) 102 ff; *Wijburg*, *The de-financialization of housing: Towards a research agenda*, *Housing Studies* 36 (2021) 1276.
- 6 Ähnlich für die Privatrechtsvergleichung *Hau*, *Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, *JZ* 2010, 553 (558).
- 7 Vgl *Häublein* in *MüKo-BGB*, 8. Aufl. (München 2020), Vor § 535 Rn 3 („Modifizierungen (sind) eine der verlässlichsten Konstanten der Miete“); zur Rolle richterlicher Rechtsfortbildung *Sonnenschein*, *Der Einfluss des Bundesgerichtshofs auf die Auslegung, Rechtsfortbildung und Reform des Mietrechts*, *FS 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. I (München 2000) 443.
- 8 *Kletečka*, *Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung*, *AcP* 220 (2020) 674; *Scholz-Berger*, *Diskussionsbericht zum Referat von Andreas Kletečka*, *AcP* 220 (2020) 693.
- 9 BVerfG, *Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a. zum Gesetz zur Mietenbezugung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) in der Fassung von Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mieten-*

Grundfragen des Mietrechts, seine normativen Leitideen und seine Rolle in der Gesamtrechtsordnung und im föderalen Bundesstaat mit Nachdruck wieder in den Fokus gerückt: Wie weit reichen die eingespielten Mechanismen eines „sozialen“, „materialisierten“ Mietrechts des BGB angesichts aktueller wohnungspolitischer Herausforderungen? Wie lässt sich die soziale Programmatik des Mietrechts – „*housing justice*“¹⁰ – für regional heterogene Wohnungsmärkte zeitgemäß reformulieren? Dabei werden hinter der vordergründig kompetenziellen Ausgangsfrage historisch verfestigte Vorstellungen des Aufgabenkreises und der zugrundeliegenden Ordnungsprinzipien von „privatem Mietrecht“ und „öffentlicher Regulierung“ deutlich. Der rechtliche Regelungsbereich des Wohnens ist seit Inkrafttreten des BGB von einer Dualität privat- und öffentlich-rechtlicher Normen und Instrumente geprägt, die sich funktional ergänzen und sich erst in der Gesamtschau erschließen.¹¹ Von der kommunalen bis zur europarechtlichen Ebene ist Mietrecht öffentlich-rechtlich flankiert.¹² Demgegenüber stand in der Diskussion um den Berliner „Mietendeckel“ die Auslegung des Kompetenztitels für „Bürgerliches Recht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG im Zentrum, mit der Folge, dass von befürwortender wie ablehnender Seite die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht mitunter unfreiwillig in idealtypischer Trennschärfe beschworen werden musste. Beide Rechtsgebiete werden darin nicht als flexibel aufein-

begrenzung vom 11. Februar 2020 (GVBl vom 22. Februar 2020 S. 50); vgl hierzu nur den Diskussionsanstoß durch *Weber*, Mittel und Wege landesrechtlichen Mietpreisrechts in angespannten Wohnungsmärkten, JZ 2018, 1022 sowie jüngst *Ackermann*, Das bürgerliche Recht in der bundesstaatlichen Ordnung. Zum Kompetenzstreit um den Berliner „Mietendeckel“, JZ 2021, 7, mit Erwiderung durch *Wagner*, Mietendeckel ohne Kompetenzgrundlage, JZ 2021, 247 und Duplik durch *Ackermann*, Zu Gerhard Wagner, Mietendeckel ohne Kompetenzgrundlage, JZ 2021, 251.

10 Vgl *Domurath/Mak*, Housing Justice (Fn 4) 1206 ff.

11 Vgl für die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts jüngst *Beil*, Historische Entwicklungslinien des Wohnraummietrechts (Tübingen 2021) passim.

12 Vgl EuGH, Rs. C-724/18 und C-727/18 *Cali/HX* gg. Paris („Airbnb“), NJW 2021, 41 (m. Anm. *Mayer/Hardan*). Zur Hybridstellung des Wohnungsrechts zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im US-Recht *Barnes*, Reframing Housing: Incorporating Public Law Principles into Private Law, *Duke Journal of Comparative & International Law* 31 (2020) 91.

ander abzustimmende, „wechselseitige Auffangordnungen“¹³ begriffen, sondern eher starr auf eine Weise, die einen umfassenden und zeitgemäßen Problemzugriff erschwert.

Der Beitrag rekonstruiert das Selbstbild und den Problemhorizont des bürgerlichen Mietrechts und seiner mieterschützenden Regelungen. Kernthese ist, dass die am bilateralen Vertragsverhältnis ansetzende Schutzrichtung des Mietrechts zugunsten des Mieters im heutigen Wohnungsmarkt zunehmend unterlaufen wird. Das sog. „soziale Mietrecht“ muss verstärkt Marktordnungsrecht sein, also in die Struktur von Wohnungsmärkten institutionell eingeschrieben werden. Dies erfordert, Mietrecht und alle weiteren Rechtsgebiete, die heutige Wohnungsmärkte rechtlich verfassen, auch in dieser institutionellen Dimension in den Blick zu nehmen. Der Beitrag plädiert dafür, rechtliche Analyse an Sozialphänomenen und ihren vielschichtigen rechtlichen Grundlagen zu orientieren, nicht primär an innerrechtlichen Disziplinengrenzen. Für den Kontext des Wohnens bedeutet dies, vor die Frage nach *Lösungen* der Wohnungskrise zunächst die Frage nach der Rolle des Rechts in der *Entstehung* ebenjener Krise zu stellen. Dazu sind Rechtsgebiete des Wirtschafts- und Investitionsrechts, die keine dezidiert wohnungsspezifische Ausrichtung haben, mit einzubeziehen und als Elemente eines umfassenden Wohnungswirtschaftsrecht zu entwickeln.

B. Mietrecht zwischen Peripherie und Zentrum des Privatrechtsdiskurses

Die Entwicklung des Mietrechts seit Inkrafttreten des BGB ist eng mit den Krisen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im 20. Jahrhundert verknüpft. Die Beratungen zum BGB fielen in eine Zeit der durch Industrialisierung und Verstädterung ausgelösten Wohnungsnot,¹⁴ insbesondere eines Mangels an bezahlbarem Wohnraum für einkommensschwache Bevölkerungsklassen und eines fehlenden Bestandsschutzes

13 Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (Baden-Baden 1996).

14 Vgl. *Reulecke*, *Geschichte der Urbanisierung in Deutschland* (Frankfurt a.M. 2005) 68 ff.

bei Veräußerung.¹⁵ Entsprechend bildete das Mietrecht einen Schwerpunkt der Kontroverse um die soziale Ausrichtung des BGB und den bekanntlich von *Otto v. Gierke* eingeforderten „Tropfen sozialistischen Öles“.¹⁶ Neben dieser frühen und ausdrücklichen rechtspolitischen Bedeutung ist Mietrecht auch ein Rechtsgebiet konzeptioneller Innovationen. Die Judikatur des Reichsgerichts zu Schadensersatzansprüchen von Familienangehörigen des Mieters gegenüber dem Vermieter trug früh zur Entwicklung der Haftung für Drittschäden bei.¹⁷ Mietrecht war ein frühes Anwendungsfeld von Formularverträgen (durch Vermieterverbände)¹⁸, nachdem in der Ursprungsfassung des BGB noch keine bindenden Regeln über Wohnraummiete enthalten waren. Auch zur übergreifenden Koordination zwischen einzelnen Vertragsverhältnissen, wie sie etwa in modernen Produktionsbeziehungen des Franchisings erforderlich wird¹⁹, liefert das Mietrecht umfangreiches Anschauungsmaterial. Heute sticht das Mietrecht durch sein ausdifferenziertes Preisrecht heraus.²⁰

I. Themen und Spezialisierung der mietrechtlichen Debatte

Obwohl Mietrecht somit rechtspolitisch ebenso wie dogmatisch äußerst relevante Eigenheiten aufweist, taucht das Fach in großen privatrechtlichen Debatten kaum auf. Beiträge in Archivzeitschriften und zentralen Foren des Zivilrechts etwa sind absolute Seltenheit. Ein Blick in die kürzlich erschienene Festschrift für *Börstinghaus* gibt einen aktuellen Überblick über die „Facetten des Mietrechts“²¹: Über das beein-

15 Vgl *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts (Tübingen 2001) 231 ff.

16 *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Erstveröffentlichung 1889, Frankfurt a.M. 1943) 8 f.

17 RGZ 91 (1917), 21; dazu *Krings*, Die Vorgeschichte des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Mietrecht (Tübingen 2012).

18 Vgl *Beil*, Entwicklungslinien (Fn 11) 98 ff.

19 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht (Baden-Baden 2004) 182 f.

20 *Börstinghaus*, Die Entwicklung des Mietpreisrechts in Deutschland, in FS Bub (Berlin 2007) 283 ff.

21 Artz et al. (Hg), Facetten des Mietrechts. Festschrift für Ulf P. Börstinghaus zum 65. Geburtstag (München 2020).

druckende Spektrum von über 35 Beiträgen ergibt sich das Bild eines stark spezialisierten und im Wesentlichen auf das nationale Recht beschränkten, mitunter schnelllebigen und praxisgeleiteten Diskurses, in dem Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten, internationalen Rechtsentwicklungen und insbesondere rechtliche Grundlagen wenig ausgeprägt sind. Die Gründe hierfür dürften vielschichtig sein; darunter nicht zuletzt eine gewisse Unübersichtlichkeit der häufig geänderten und über verschiedene Gesetze verteilten Regelungen. Ein wesentlicher Faktor dürfte die frühe Ausgliederung des Mietrechts als Sonderprivatrecht sein, durch die das Rechtsgebiet – mehr noch als das Arbeitsrecht oder in den letzten Jahrzehnten das Verbraucherrecht – von allgemeinprivatrechtlichen Prinzipien und Entwicklungen ein Stück weit abgeschnitten und auch rechtspolitisch in eine Nische gedrängt wurde.

Dies war in der Ursprungsfassung des BGB, in der umfassende mieterschützende Vorschriften noch fehlten,²² freilich noch nicht absehbar. Der Impuls zu „sozialem“ Mieterschutz ging zunächst auf kriegsbedingtes Notrecht zurück. Erstmals 1917 wurde neu eingerichteten Mieteinigungsämtern die Möglichkeit eingeräumt, Kündigungen rückgängig zu machen und in diesen Fällen zugleich die Miethöhe festzulegen.²³ Diese Regelungen wurden in den Folgejahren erweitert und fanden auch nach Ende des 1. Weltkriegs weiter Zuspruch, sodass sie in Kraft blieben. Mit den Zerstörungen und Fluchtbewegungen im Zuge des 2. Weltkriegs spitzte sich die Wohnungsnot weiter zu und es kam erneut zu mieterschutzrechtlichen ad hoc-Regelungen, die bis in die 1950er Jahre Bestand hatten.²⁴ Elemente waren hier Mietpreisbindung, eine Abschlussverpflichtung von Verträgen sowie Kündigungsschutz, flankiert durch verfahrensrechtliche Fristen und Vollstreckungsschutz. So nahm der Mieterschutz in Sonderregelungen abseits des BGB seinen Anfang und wurde erst im Nachhinein abgeschwächt dauerhaft im BGB niedergeschrieben. Mit dem insoweit zentralen „Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet-

22 Vgl. aber *Oestmann* in HKK-BGB (Tübingen 2013) §§ 535–580a Rn 77 („viel weniger mieterfeindlich, als oftmals vermutet und behauptet“).

23 Erste Mieterschutzverordnung vom 26.7.1917 (RGBl. 1917 I, 659); dazu *Herrlein*, 100 Jahre „Mietpreisbremse“. Entwicklungslinien in Politik und Recht 1916 bis 2016, NZM 2016, 1 (3 f).

24 Vgl. *Oestmann* in HKK-BGB (Tübingen 2013) §§ 535–580a Rn 81ff.

recht“ von 1960²⁵ sollte die „endgültige Überführung des Wohnungsbestandes in die soziale Marktwirtschaft“²⁶ erfolgen. Die Instrumente sind vielfältig und überformen das privatautonome Vertragsmodell des BGB durch Verfahrens-, Frist- und Formregeln zum Vertragsinhalt, seiner Beendigung und zum Vollstreckungsschutz.²⁷

II. Programmmatische Beständigkeit des „sozialen“ Mietrechts

Spätestens hiermit war „sozial“ zum beständigen Attribut des Wohnungsmietrechts geworden. Darüber wurde der Eindruck vermittelt, Mietrecht habe seine normativen Grundkonflikte angemessen aufgelöst und das spannungsreiche Verhältnis von Mieter und Vermieter befriedet. „Soziales Mietrecht“ wurde zu einem feststehenden und vermeintlich zeitstabilen Topos, ohne dass der genaue Gehalt des „Sozialen“ und die vielen Schattierungen einer „sozialen“ Ausrichtung des Mietrechts abseits schlagwortartiger Bezugnahmen vollends deutlich wurden.²⁸ Diese Abkapselung des Mietrechts zeigt sich etwa daran, dass sich die Konstitutionalisierung des Privatrechts als vielleicht folgenreichste Episode der jüngeren Privatrechtsentwicklung²⁹ im Mietrecht – abseits der bedeutsamen Entscheidung zum Mietbesitz im Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG³⁰ – vergleichsweise wenig niederschlug. Während die Konstitutionalisierung für andere Privatrechtsinstitute und -gebiete, darunter auch andere Sonderprivatrechte wie das Arbeitsrecht, einen Reflexionsschub bedeutete, sich auf veränderte und verändernde

25 BGBl. I, 389.

26 BT-Drucks. 3/1234, 53.

27 Im Überblick Häublein in MüKo-BGB, 8. Aufl. (München 2020) Vor § 535 Rn 59 ff.

28 Vgl nur die Bezugnahmen auf „soziales Mietrecht“ als feststehende Wendung in BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 118, 120, 128, 135 („das soziale Mietrecht im Allgemeinen“), dazu näher unten C. I. 1.

29 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 201; ders., Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz (Berlin 1999); Grundmann, Pluralistische Privatrechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normatives Desiderat („normativer Pluralismus“), RabelsZ 85 (2022) (iE); Keiser, Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen, KritV 96 (2013) 83.

30 BVerfGE 89, 1; dazu Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht (Tübingen 2002) 83 ff.

Umweltbedingungen einzustellen und den gesellschaftlichen Kontext individueller Rechtspositionen zu aktualisieren,³¹ umfasst die Rechtsprechung des BVerfG zum Mietrecht zwar mitunter reiches Fallmaterial,³² hat aber das mietrechtliche „Sozialmodell“³³ eher in Nuancen verfeinert. Da das Mietrecht bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts als „materialisiertes“ Privatrecht schlechthin und *avant la lettre* galt, blieb es im Zuge der großen Debatte um die „Materialisierung“ des Schuldvertragsrechts seit Ende des 20. Jahrhunderts³⁴ eher unterbeleuchtet. *Canaris* etwa kommt in seiner grundlegenden Untersuchung zu den „Wandlungen des Schuldvertragsrechts“³⁵ auf der Zivilrechtslehrtagung 1999 in Salzburg – immerhin anlässlich des 100. Geburtstags des BGB gerade auf historische Entwicklungslinien ausgerichtet – auf das Mietrecht nicht näher zu sprechen. Im Zentrum standen diejenigen Rechtsgebiete, die – wie das Verbraucher-³⁶ und Antidiskriminierungsrecht³⁷ – als zeitgenössische Rechtsentwicklung neue Sonderprivatrechte bzw. Einschränkungen der Inhalts- oder Abschlussfreiheit begründeten. Mietrecht blieb in der hitzigen Debatte außen vor; behandelt als ein Sonderfall – ein Rechtsgebiet, in dem Privatautonomie ihre Dominanz längst eingebüßt³⁸ und das sich durch häufige legislative In-

31 Vgl. *Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013) 718; *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (Baden-Baden 2013); *Hensel/Teubner*, Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias, Kritische Justiz 48 (2014) 150.

32 Vgl. *Roellecke*, Das Mietrecht des BVerfG – Kritik einer Argumentationsfigur, NJW 1992, 1649; hierzu *Sonnenschein*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Mietrecht, NJW 1993, 161 (162) („BVerfG im Ergebnis doch zur Super-Revisionsinstanz in Mietsachen geworden“).

33 Im Sinne von *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (Karlsruhe 1953).

34 Zum Diskussionsstand *Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in *Blaurock/Hager* (Hg), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, (Baden-Baden 2010) 13 sowie jüngst *Hönn*, Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht, JZ 2021, 693.

35 *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000) 273.

36 Vgl. zusammenfassend *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff (Berlin 2007) 135 ff.

37 Vgl. *Grünberger*, Gleichheit (Fn 31) 222 ff.

38 *Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: *FS Böhm* (Karlsruhe 1965) 41 (58) („Mietrecht (ist) aus dem Privatrechtssystem

tervention selbst aus dem Zentrum des Privatrechts verabschiedet hatte. In jenem Zentrum fand und findet die Vorstellung einer „Einheit des Privatrechts“³⁹ Zuspruch, die einer Fragmentierung in Sonderprivatrechte mit je eigenem normativem Programm skeptisch gegenübersteht.⁴⁰ Diese Skepsis ist auch heute, da eine solche Fragmentierung längst eingetreten und unüberwindbar geworden ist, nicht verschwunden. Sie nährt sich aus dem privatrechtswissenschaftlichen „Selbstverständnis“ eines „rationalen und systematisch geschlossenen Regelbestands“,⁴¹ das den explizit „politisch agierende(n) Gesetzgeber“ als „Irritation des Feinsystems“⁴² begreift. Das Mietrecht, das einen solchen Systematisierungsgrad nie erreicht hat, war jedoch von Beginn an kaum Zielscheibe dieser Kritik. Eher noch sah es sich mit Bedenken konfrontiert, die von entgegengesetzter Seite formuliert wurden: Durch einen Pluralismus der Sonderprivatrechte werde das „allgemeine“ Privatrecht von regulatorischen, „politischen“ Zwecken dem Anschein nach freigehalten und dem Privatrecht insgesamt die nötige Entwicklungsdynamik genommen. Darüber könne das „allgemeine“ Privatrecht weiter als Privatrecht des Allgemeininteresses gelten⁴³ und den

sachlich herausgetreten“ und folgt „anstelle der Grundlagen Willensmacht und Schuld sozial gerechte(n) und vernünftige(n) Rücksichts- und Ausgleichsprinzipien“).

- 39 Vgl die Beiträge in Domej et al. (Hg), Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität (=Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008), Köln 2009; aus heutiger Sicht *Grundmann*, Welche Einheit des Privatrechts? Von einer formalen zu einer inhaltlichen Konzeption des Privatrechts, in FS Hopt (Berlin 2010) 61 sowie jüngst *Koch*, Die Einheit des Privatrechts: Vor- und Nachteile von Sonderrechten, in Hellwege/Soniewicka (Hg), Die Einheit der Rechtsordnung (Tübingen 2020) 203.
- 40 Vgl etwa die kritische Begleitung des entstehenden Verbraucherrechts durch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (Berlin 1983) 109 ff, 141 ff.
- 41 *Wagner*, Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in Dreier (Hg), Rechtswissenschaft als Beruf (Tübingen 2018) 67 (69); grundlegend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. (Berlin 1983).
- 42 Ebd., 96 f.
- 43 *Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 (156) verwirft bereits den Begriff des „Sonderprivatrechts“ und argumentiert umgekehrt, ein „allgemeines Privatrecht, das diesen Namen wirklich verdienen will, muss sich vornehmlich der Belange der Allgemeinheit annehmen, und die besteht

„Mythos“⁴⁴ seiner unpolitischen Natur aufrechterhalten. Für das Mietrecht bedeutet dies bestenfalls eine Nebenrolle in den im Zentrum des Privatrechts geführten Großdebatten um Konstitutionalisierung, Europäisierung und Globalisierung,⁴⁵ ökonomische Grundannahmen sowie regulatorische Indienstnahme des Privatrechts.⁴⁶ Während andere Gebiete „materialisierten“ Privatrechts in diesen Debatten grundlegende Neuorientierung und viel Aufmerksamkeit erfuhren,⁴⁷ herrschte im Mietrecht zwar legislativ Hochkonjunktur, die aber konzeptionell kaum Neuerung brachte. Die normative Essenz blieb damit das individualvertraglich gedachte Paradigma des Schwächerenschutzes im Verhältnis Mieter./Vermieter. Dazu dienen die Regeln zum Vertragsbestand bei Eigentümerwechsel (§ 566 BGB), zum Ausschluss grundloser Kündigung (§ 543 BGB) und zu den relativen Preisobergrenzen (§§ 556d, 558 BGB).

C. Die politische Ökonomie des Mietrechts in der gegenwärtigen Wohnungskrise

Aus ebenjener individualvertraglichen Perspektive des Mietrechts hat das Privatrecht die tiefgreifenden Veränderungen des Wohnungsmark-

in unserer Gesellschaft nun einmal überwiegend aus Arbeitnehmern und Verbrauchern“: Vgl auch *Wiethölter*, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht? (1982/3), in Zumbansen/Amstutz (Hg), *Recht in Recht-Fertigungen* (Berlin 2014) 199 (200) sowie *Ramm*, Einführung in das Privatrecht, Bd. I (München 1969) 104.

44 *Lomfeld*, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in Jansen/Grünberger (Hg), *Perspektiven der Privatrechtstheorie* (Tübingen 2017) 151.

45 Eine Ausnahme bildet die transnational geführte Diskussion um Kurzzeitvermietung über Online-Portale, vgl *Mak*, *Regulating online platforms: The case of Airbnb*, in Grundmann (Hg), *European Contract Law in the Digital Age* (Cambridge: Intersentia 2018) 87.

46 Vgl *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht* (Tübingen 2016) sowie *Micklitz*, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, *Yearbook of European Law* 28 (2009) 3; hierzu jüngst *Schweizer*, *Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung*, *AcP* 220 (2020) 544 (555 ff).

47 Vgl nur *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt* (Tübingen 2018).

tes in den letzten Jahren kaum erfassen können. Zwar hatte die soziale Ausrichtung des Wohnraummietrechts immer schon auch eine marktordnende Dimension,⁴⁸ die jedoch auf verkürzten Grundannahmen zur Struktur und rechtlichen Verfassung des Wohnungsmarktes aufbaut. Die Finanzialisierung des Immobilienmarktes hat eine Marktdynamik losgetreten, die neue Akteure, Interessen und regulatorische Ebenen erfasst und die im Zweiparteienverhältnis kaum aufgefangen werden kann.⁴⁹

Wenn Wohnraum in Zeiten von Niedrigzinsen immer mehr zum Anlageobjekt von Investitionsgesellschaften und Pensionsfonds wird, entkoppeln sich Mietpreise von der Lohnentwicklung. Die Renditeerwartung („rent gap“⁵⁰) der Investition überlagert das personale Vertragsverhältnis.

I. Pluralisierung: Von rollenspezifischem zu wohnungsmarktspezifischem Mietrecht

Diese Entwicklung ist im Privatrecht bislang kaum verarbeitet worden. Das Mietrecht selbst lässt den Eintritt von Investoren und komplexen Unternehmensstrukturen auf Vermieterseite ungebremst zu. Innerhalb der Rollenzuschreibung „Vermieter“ werden keine weiteren Differenzierungen vorgenommen.⁵¹ Vielmehr dominieren statische Rollenbilder und die damit verbundenen Wohlstandsideale (Kleinvermieter, „unser Oma ihr klein Häuschen“) die Diskussion. Diese früh kritisierte⁵² Grobschlichtigkeit der Zuschreibungen im „materialisierten“

48 Vgl. *Arnold*, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht (Tübingen 2007) 299 ff.; zur Marktordnung aus individueller und dezentraler Freiheitsausübung *Schweizer*, Vertragsfreiheit (Fn 46) 544 (560 ff.); allgemein zur rechtlichen Konstruktion von Märkten instruktiv *Flume*, Marktaustausch (Tübingen 2019) 78 ff.

49 Vgl. *Aalbers*, The Variegated Financialisation of Housing, *International Journal of Urban and Regional Research* 41 (2017) 542; *ders.*, Housing finance as harm, *Crime, Law and Social Change* 66 (2016) 115; *Stein*, *Capital City. Gentrification and the Real Estate State* (London: Verso 2019).

50 Vgl. *Christophers*, Mind the rent gap: Blackstone, housing investment and the reordering of urban rent surfaces, *Urban Studies* 2021 (ahead of print).

51 Bei wenigen Ausnahmen, etwa Art. 19 Abs. 5 Satz 3 AGG (Differenzierung nach Anzahl der vermieteten Wohnungen).

52 Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Frankfurt a.M. 1992) 472 ff.

Privatrecht ist im Mietrecht weiterhin virulent. So können über die Leitunterscheidung Mieter./Vermieter zwar bestimmte Ungleichheiten im Vertragsgefüge aufgefangen werden, dies allerdings um den Preis, jeweils andere Aspekte des Mietverhältnisses auszuklammern. Die eingeschriebenen Parteilichkeiten abstrakter Regeln⁵³ lassen sich auch im materialisierten Privatrecht nicht ohne Weiteres vermeiden, sondern sind tief in den Antinomien des Privatrechts verwurzelt.⁵⁴ Ein Beispiel von wachsender Bedeutung sind Dritt- bzw. Allgemeinwohlbelange in Gestalt von Umwelanforderungen, die in der Dichotomie von Mieter./Vermieter nicht abgebildet werden.⁵⁵ Für solche Zielkonflikte etwa zwischen der sozialen und der ökologischen Dimension von Nachhaltigkeit fehlt ein konzeptionelles Instrumentarium, das erforderlich wäre, um die im geltenden Recht teils bestehenden Privilegierungen des Vermieters in Abweichung von allgemeinen Regeln des BGB zu rechtfertigen.⁵⁶

Die Frage, wie ethische und regulatorische Schwächen eines typisierenden, materialisierten Privatrechts ausgeglichen werden können und welche alternativen Rechtsmodi möglich erscheinen,⁵⁷ beschäftigt alle betroffenen Rechtsgebiete in gewissem Umfang. Im Verbraucherrecht wird unter dem Stichwort des „Verbraucherleitbildes“⁵⁸ diskutiert, welche Verhaltensmuster und *biases* allgemein anzunehmen sind; im Ar-

53 Vgl hierzu *Loick*, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts* (Berlin 2017) 27 ff.

54 Vgl *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens* (Tübingen 2005).

55 Jüngst etwa im Streit um die Kostentragung der CO₂-Steuer zwischen Mieter- und Vermieterseite.

56 Vgl die Beispiele bei *Rödl/von Restorff*, *Das geltende Mietrecht: Vermieterbegünstigungsrecht*, WuM 2020, 57, im Einzelnen zur Modernisierungserhöhung (§ 559 BGB), der Möglichkeit der Umlegung der Grundsteuer (§ 556 Abs. 1 BGB iVm § 2 BetrKV), in der AGB-rechtlichen Argumentation zu Schönheitsreparaturen, hinsichtlich der Folgen eines Verstoßes gegen die Mietpreisbremse (§ 556d BGB), und bezüglich der Eigenbedarfskündigung einer Außen-GbR.

57 Vgl *Wiethölter*, *Proceduralization of the category of law*, in *Zumbansen/Amstutz* (Hg), *Recht in Recht-Fertigungen* (Berlin 2014) 479 ff.; *Callies*, *Prozedurales Recht* (Baden-Baden 1999).

58 Vgl früh *Reich*, *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz*, ZRP 1974, 187 (190); aus jüngerer Zeit *Hoffmann*, *Die Verbraucherrolle. Zur Frage nach den maßgeblichen Kriterien im materiellen Recht und im Prozessrecht* (Tübingen 2019); allgemein *Braun*, *Leitbilder im Recht* (Tübingen 2015).

beitsrecht beruht die Bedeutung der Qualifikation von Fahrerinnen für Ride-Sharing- und Lieferplattformen auch auf der Binarität des Arbeitnehmerbegriffs.⁵⁹ Im Mietrecht findet insofern in jüngerer Zeit eine interessante Entwicklung hin zu einer Binnenpluralisierung mietrechtlicher Vorschriften statt. In wachsendem Umfang entstehen mietrechtliche Spezialregimes, deren Anwendbarkeit gebunden ist an bestimmte Merkmale des lokalen Wohnungsmarktes. Ein hergebrachtes Beispiel der Berücksichtigung lokaler Umstände ist der Mietspiegel (§ 558c BGB), der die ortsübliche Vergleichsmiete zum Maßstab eines Mieterhöhungsverfahrens macht (§ 558 BGB). Jüngere Beispiele sind noch weitreichender: Art. 19 Abs. 3 AGG beispielsweise enthält einen besonderen Rechtfertigungsgrund für unterschiedliche Behandlung in der Wohnraumvermietung, wenn dies der sozialen Durchmischung anhand eines wohnungspolitischen Konzepts dient.⁶⁰ Die Mietpreiskapung gilt nur in von der Landesregierung per Rechtsverordnung bestimmten „Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt“, für die das BGB einige Merkmale festschreibt (§§ 556d Abs. 2 BGB). In ähnlicher Weise gilt eine verschärfte Kappungsgrenze für Mieterhöhungen in Gebieten, in denen eine ausreichende Wohnungsversorgung „zu angemessenen Bedingungen ... besonders gefährdet“ ist (§ 558 Abs. 3 Satz 2 BGB). In solchen Gebieten gilt überdies eine verlängerte Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung (§ 577a Abs. 2 Satz 1 BGB).

Diesen Regelungen ist gemein, dass sie durch die geographischen und wohnungsmarktbezogenen Anwendungskriterien besondere Zielgenauigkeit erreichen, die auch ihre politische Durchsetzbarkeit stärkt.⁶¹ Konzeptionell wird damit die regulatorische Dimension des Mietrechts „als Teil eines umfassenden Städtebaurechts“⁶² hervorgehoben und eine scharfe Trennlinie zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereichen verworfen. Die Regelungen folgen nicht nur einem „feingliedrigeren“ Anwendungsbereich, son-

59 Vgl die rechtssoziologische Rekonstruktion bei *Hensell*, Hire me! Arbeiten in der Crowd, in Lomfeld (Hg), Die Fälle der Gesellschaft (Tübingen 2017) 183.

60 Kritisch zur Bestimmtheit und Anreizstruktur der Norm *Thüsing* in MüKo-BGB, 9. Aufl. (München 2021) § 19 AGG Rn 78.

61 *Weigelt*, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (Tübingen 2016) 349 spricht von einem bestimmten „städtebaulichen Zustand“ als Tatbestandsvoraussetzung. Präziser noch geht es um wohnungsmarktbezogene Merkmale.

62 *Weigelt*, Wachsende Stadt (Fn 61), a.a.O.

dern neuartigen Anwendungskriterien. An die Stelle *personalisierter* Anwendungskriterien treten nunmehr *institutionelle*. Solche, durch bestimmte Marktgegebenheiten zur Anwendung gebrachte Regelungen kennt etwa das Wettbewerbsrecht – im Schuldrecht des BGB hingegen dominiert die personale Anknüpfung. Der entstehende Pluralismus mietrechtlicher Regimes löst die frühe Forderung *v. Gierkes* nach mehr „Spielraum“ mit „Rücksicht auf lokale Gewohnheiten und Bedürfnisse“⁶³ im Mietrecht ein. Beliebigkeit wird dadurch vermieden, dass Spezialregimes jeweils nur in Richtung einer stärkeren Berücksichtigung angespannter Wohnverhältnisse von den allgemeinen Regeln abweichen dürfen. Zugleich bietet dieser Pluralismus eine Weiterentwicklung der rollenbezogenen Anwendungskriterien des materialisierten Privatrechts, die auch für andere Rechtsgebiete lohnende Anregungen liefert.

1. Das Beispiel des Berliner „Mietendeckels“

In diesem Licht ist auch die Auseinandersetzung um den Berliner „Mietendeckel“ (MietenWoG Bln) zu sehen: als eine lokale Antwort auf die Spannungslage auf einem bestimmten Wohnungsmarkt, der wie kein anderer in Deutschland rasanten Zuzug und Einstieg von Investoren gesehen hat. In der Sache traf das MietenWoG Bln drei im Kern eigenständige Regelungen zur Miethöhe für eine Dauer von fünf Jahren. Seine Säulen waren ein Moratorium, der eigentliche „Mietendeckel“ (Mietenobergrenze) sowie der „Kappungsmechanismus“. Das Moratorium (§ 3 Abs. 1 MietenWoG Bln) fror die Miete in der Weise ein, dass der Stand an einem Stichtag 2019 in Bestandsmieten nicht überschritten werden durfte. Neben dem Moratorium wurde eine Obergrenze für Mieten eingeführt, die sich im Grundsatz nach den Daten des Berliner Mietspiegels 2013 richteten, dessen Werte die Mietentwicklung in den vier vorangegangenen Jahren abbildeten. Ein Überschreiten der jeweiligen Höchstpreise war für Neuverträge und Bestandsmieten verboten (§§ 4, 5 MietenWoG Bln, „Kappungsmechanismus“). Für Bestandsmie-

63 *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (Leipzig 1889) 240.

ten galt der geschuldete Mietzins erst dann als überhöht, wenn er mehr als 20 % über dem zulässigen Höchstwert lag.

Über Stärken und Schwächen eines „Mietendeckels“ als Regulierungsansatz, über den mitunter experimentellen Charakter⁶⁴ des Gesetzes, seine Signalwirkung⁶⁵ und Ausgestaltung im Detail ließe sich vieles sagen. Da die tieferen Ursachen für den Mietenanstieg vielfältig sind und nur schwer und noch weniger kurzfristig regulatorisch ausgeräumt werden können, setzte der Mietendeckel bewusst an einem „Symptom“, dem Preisniveau, an. Explizite Preisregelungen sind wegen der Unbestimmtheit des „iustum pretium“⁶⁶ zwar grundsätzlich selten. Zugleich gliedert sich der Mietendeckel ein in wachsende Bestrebungen, Preise nicht länger als „naturgemäßes“,⁶⁷ zu akzeptierendes Ergebnis von Marktaustausch zu behandeln, sondern als Produkt von interessen geleiteten Prozessen und sozialer Konstruktion.⁶⁸ Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur fehlenden Kompetenzgrundlage des Landes Berlin für einen „Mietendeckel“ kreist diese Diskussion um die Zukunft einer solchen Preisregelung nunmehr um die Frage, ob eine bundesrechtliche Verankerung möglich und sinnvoll ist. Nicht diese Frage soll hier im Zentrum stehen, sondern die Vorstellung von der Struktur „sozialen Mietrechts“, die im Streit um die Gesetzgebungskompetenz zugrunde gelegt wurde.

64 Für eine positive Besetzung „experimenteller“ Regulierung vgl. Sabel/Zeitlin (Hg.), *Experimentalist Governance in the European Union* (Oxford: Oxford University Press 2010).

65 Zur Theorie „expressiven“ Rechts vgl. *McAdams, The Expressive Powers of Law: Theories and Limits* (Cambridge/MA: Harvard University Press 2015).

66 Dazu *Schmoeckel*, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft seit dem 19. Jahrhundert* (Tübingen 2008) Rn 39.

67 Kritisch hierzu *Harcourt*, *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (Cambridge/MA: Harvard University Press 2011).

68 Vgl. *Hockett/Kreitner*, *Just Prices*, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 27 (2018), 771. Ein Beispiel ist etwa das Aufgreifen von Preisdruck innerhalb komplexer Lieferketten in der RL (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette; ein weiteres die Diskussion um den Einsatz von Algorithmen zur Personalisierung von Preisen, hierzu *Wagner/Eidenmüller*, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, *The University of Chicago Law Review* 86 (2019) 581.

In der Argumentation des Landes Berlin sah der „Mietendeckel“ eine öffentlich-rechtliche Mietpreisvorgabe vor, die zur Behebung einer Schieflage auf dem Wohnungsmarkt, nicht der Vertragsparität, dienen sollte. Die Landeskompetenz sollte sich daraus ergeben, dass der Kompetenztitel des „Wohnungswesens“ seit der Föderalismusreform I nicht mehr in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG enthalten ist⁶⁹ und entsprechende Kompetenzen damit bei den Ländern liegen (Art. 70 Abs. 1 GG). „Wohnungswesen“ war begrifflich aus Art. 10 Nr. 4 WRV⁷⁰ ins GG übernommen worden und sollte, so die Argumentation des Landes Berlin, im historischen Verständnis des Herrenchiemseer Verfassungskonvents auch weiterhin das seit dem Ersten Weltkrieg öffentlich-rechtlich geregelte Mietpreisrecht umfassen. Im Bestreben, den Kompetenztitel für das „Bürgerliche Recht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu umschiffen, baute das Land Berlin die Trennlinie zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung stärker auf, als es der weiteren Debatte guttut. Aus privatrechtlicher Sicht jedenfalls war das kein fortschrittliches Argument und führte zu dem Paradox, dass gerade die den Mietendeckel befürwortenden Stimmen argumentativ eine regulatorische Dimension aus dem Privatrecht auslagern mussten.⁷¹

Das BVerfG nimmt dieses Denken entlang rigider Grenzen weitgehend auf. „Bürgerliches Recht“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG sei zunächst einschlägig, wenn „Privatrechtsverhältnisse“⁷² geregelt werden, wozu auch Regelungen zählen können, die nach heutigem Verständnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Basal ist dabei die Unterscheidung zwischen „frei finanziertem“ und „öffentlich geschaffenen, gebundenem“ Wohnraum.⁷³ Innerhalb des „freien“ Wohnungsmarktes werden alle korrektiven, einbettenden Mechanismen dem „sozialen Mietrecht“ zugerechnet, das seinerseits unter die konkurrierende Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fallen soll. Mit diesem Ar-

69 Vgl. Wittreck, in Dreier (Hg), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. (Tübingen 2018) Art. 74 Rn 5.

70 Hierzu Beil, Entwicklungslinien (Fn 11) 184 f.

71 In der Stellungnahme des Senats und des Abgeordnetenhauses im Verfahren vor dem BVerfG wird ein Idealtypus der bürgerlichen Rechtssphäre entworfen, die „von Vertragsfreiheit, freier Preisbildung und der Idee des Marktwerts geprägt“ sei (wiedergegeben in BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 38).

72 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 111.

73 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 107 ff.

gument und einem weitgefassten Verständnis des „sozialen Mietrechts“ maximiert das Gericht die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG. Das BVerfG spricht vom „sozialen Mietrecht“ als einem feststehenden Konzept, ohne dessen Konturen zu klären und die inhärente politische Unschärfe des Zusatzes „sozial“ aufzugreifen. Indem die Mietpreisbremse des Bundes und der Berliner Mietendeckel beide dem „sozialen Mietrecht“ zugerechnet werden, treten Unterschiede in der jeweiligen Stoßrichtung (Vertragsparität vs. Marktordnungsrecht) zurück. In einem breiten historischen Abriss führt das BVerfG aus, wie das „soziale Mietrecht im Allgemeinen“⁷⁴ seine Ursprünge im Ersten Weltkrieg und dann in Weimar fand und schließlich über die breite Wohnrechtsnovelle 1960 seine heutige Grundstruktur erhielt. Damals ging es um eine „schrittweise(...) Rückführung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben für das Recht der Mietverhältnisse“⁷⁵ in das BGB. Daraus folgert das Gericht eine exklusive Zuweisung des „sozialen Mietrechts“ an das Bürgerliche Recht, obgleich es wenige Absätze zuvor noch die Heterogenität der Rechtsvorschriften des sozialen Mietrechts betont: Die Normen des sozialen Mietrechts bildeten ein „Konglomerat ... bei dem zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Anteile immer wieder wechselten“.⁷⁶ Dies hätte Anlass geboten, innerhalb des „sozialen Mietrechts“ Differenzierungen vorzunehmen, wie etwa jene, die das Land Berlin vorgetragen hatte. Das Gericht kommt hingegen auf Grundlage des (1.) breiten Verständnisses des „sozialen Mietrechts“, das dennoch (2.) in Gänze dem (ebenfalls „entwicklungsoffen“ und weit verstandenen) Bürgerlichen Recht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zugerechnet wird und (3.) der Auffassung, die Mietpreisbremse nach §§ 556ff. BGB sei eine „umfassende und abschließende Regelung“⁷⁷ zum Schluss einer Sperrwirkung. Gemeinsam ist den drei Schritten des BVerfG, dass sie einen Pluralismus der Regelungen und der Regelsetzer im „sozialen Mietrecht“ verhindern (wollen). Hierzu privilegiert das Gericht den formal (Bürgerliches Recht) gegenüber dem funktional (Wohnungswesen) einschlägigen

74 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 135. Ähnlich bereits Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Gesetzgebungskompetenz für ein zeitlich begrenztes Verbot von Mieterhöhungen und Vereinbarkeit mit Art. 14 GG, WD 3 – 3000 – 149/19, 3.

75 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 138.

76 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 136.

77 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 150.

Kompetenztitel und begründet eine breite Sperrwirkung letztlich mit dem Festhalten am Universalismus bürgerlich-rechtlicher Regelungen (nicht deren Fragmentierung in einzelne Regulierungsregimes). So wird – ironischerweise für eines der ersten „Sonderprivatrechte“ des BGB – die Allgemeinheit des Bürgerlichen Rechts als „Bollwerk gegen landesrechtliche Beschränkungen der Privatautonomie“⁷⁸ in Stellung gebracht. Dies bedeutet, die oben⁷⁹ dargelegte und begrüßenswerte Entwicklung hin zu wohnungsmarktspezifischen Anwendungsfiltren im Mietrecht auszubremsen.

Aufgeschlossene Argumentationslinien sind freilich vorhanden: Auf Ebene aller drei Argumentationsschritte bestehen Möglichkeiten, diese Rechtsentwicklung weiter zu fördern. Sie lauten (1.) das „soziale Mietrecht“ nicht als feststehenden Topos, sondern ein heterogenes Geflecht an Regelungen anzusehen, das nicht notwendig einem einheitlichen Kompetenztitel unterfällt, (2.) die funktionalen Kompetenztitel („Recht der Wirtschaft“ [Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG] bzw. des „Wohnungswesens“ [Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a.F.]) gegenüber dem formalen Kompetenztitel (Bürgerliches Recht) zu stärken und – in ähnlicher Weise, wie es im europäischen Privatrecht längst gängig ist⁸⁰ – ergänzend funktionale Rechtsregimes auszubauen, sowie (3.) zu hinterfragen, ob im Lichte der wachsenden Offenheit des Bundesgesetzgebers gegenüber wohnungsmarktspezifischen Detailregelungen die Mietpreisbremse wirklich als „erschöpfende, also lückenlose und abschließende Regelung“ zu verstehen ist. Ein moderater Pluralismus miet- und wohnungsrechtlicher Regelungen dürfte nicht nur sachnähere Regelungen, sondern auch Lernerfahrungen ermöglichen, die im bundesstaatlichen Föderalismus ausdrücklich erwünscht sind und gerade die Heterogenität der Wohnungsmärkte, die die derzeitige Wohnungskrise kennzeichnen, als solche aufgreifen können. Dieser Weg ist zudem liberaler und konzeptionell attraktiver als die vom BVerfG angedeutete Alternative. Diese bestünde darin, der Sperrwirkung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG durch eine Ausgestaltung als „mehr oder weniger weitreichende Wohnraumbewirtschaftung“ zu entgegen, durch die die „bür-

78 *Ackermann*, Kompetenzstreit (Fn 9) 13; auch *Wagner*, Mietendeckel (Fn 9) 248 sieht die jeweiligen Rechtsgebietszuordnungen nicht als überzeugendes Argument an.

79 Unter C.I.

80 *Micklitz*, Visible Hand (Fn 46).

gerlich-rechtliche Prägung des Mietverhältnisses ... ganz oder teilweise verdrängt wird“⁸¹

2. Kollektive Organisation und Rechtsmobilisierung im Mietrecht

Ein weiterer Ansatz, Mietrecht im disziplinären Selbstbild und verfassungsrechtlichen Fremdbild aus der engen Welt der Vertragsparität herauszulösen, führt zur Frage der maßgeblichen Akteure und ihrer Repräsentation. Dem Mietrecht fehlt – als ganz zentraler Unterschied zum Arbeitsrecht – abseits von Mietervereinen⁸² traditionell ein Element kollektiver Organisation und Rechtsmobilisierung. Dies ist eng verknüpft mit dem Individualismus modernen Wohnens,⁸³ der sich wiederum architektonisch und städtebaulich niederschlägt. Zwei Entwicklungen – eine rechtsdogmatische und eine rechtspraktische – haben hingegen zuletzt eine kollektive Dimension im Miet- und Wohnungsrecht sichtbar gemacht bzw. gestärkt.

Die erste betrifft mietrechtliche Anwendungsfelder der 2018 eingeführten Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO). Diese als originäre Verbandsklage ausgestaltete Verfahrensform zielt auf die Feststellung von Tatsachen und die Klärung abstrakter Rechtsfragen in Rechtsverhältnissen zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer ab (§ 610 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für den mietrechtlichen Kontext werfen damit insbesondere für eine Vielzahl von Mietern (zumeist innerhalb eines Gebäudekomplexes) geltende Kündigungen aus demselben Kündigungsgrund, Mieterhöhungen, die Verwendung rechtswidriger AGB, fehlerhafte Betriebskostenabrechnungen oder Mängelfeststellungen für ein ganzes Mietobjekt feststellungsfähige Vorfragen auf.⁸⁴ Ein erstes mietrechtliches Verfahren betraf die Klage des Mietervereins München ge-

81 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 115.

82 Vgl die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 UKlaG unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Verbraucherschutz/Liste_qualifizierter_Einrichtungen.html (letzter Abruf am 5. Februar 2022).

83 Vgl *Hoffmann-Axthelm*, Hochhaus und Gemeinschaft. Zur Erbschaft der Moderne (Berlin 2018) 85 ff; *Giedion*, Architektur und Gemeinschaft. Tagebuch einer Entwicklung (Reinbek bei Hamburg 1963).

84 Vgl *Meller-Hannich*, Die Musterfeststellungsklage im Mietrecht, WuW 2022 (iE).

gen eine Wohnungsgesellschaft bezüglich einer rund 200 Wohnungen betreffenden Modernisierungsankündigung.⁸⁵

Eine zweite Entwicklung betrifft die zunehmende Bedeutung von Referenden in wohnungspolitischen Angelegenheiten. An erster Stelle ist hier der durch die Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ angestoßene Berliner Volksentscheid über die Enteignung bzw. Vergesellschaftung privater Wohnungsunternehmen zu nennen, der im September 2021 eine Mehrheit von über 59,1 % der gültigen Stimmen erreichte.⁸⁶ Mit diesem „Beschlussvolksentscheid“ (Art. 62 Abs. 1 Satz 2 VvB) wurde der Berliner Senat aufgefordert, alle erforderlichen Maßnahmen für die Vergesellschaftung (Art. 15 GG) der Berliner Wohnungen eben solcher Wohnungsgesellschaften einzuleiten, die in der Hauptstadt insgesamt mindestens 3.000 Mieteinheiten besitzen. Indem die Initiative erstmals Art. 15 GG als Rechtsgrundlage aufgreift,⁸⁷ konnte sie eine breite Diskussion über die Sozialbindung des Wohnungseigentums auslösen. Damit wurde neben dem Rechtsinstitut des Vertrags, das beim Mietendeckel im Zentrum stand, auch das zweite zentrale Institut des Privatrechts – Eigentum – in die wohnungspolitische Diskussion einbezogen. Dies geht einher mit einer Wiederentdeckung von Theorien des Eigentums in lebhaften interdisziplinären Debatten der jüngeren Zeit.⁸⁸ Die Eigentumskategorie kann als pluralistisch und offen für eine zivilgesellschaftliche Prägung und Fortentwicklung ver-

85 BGHZ 229, 139.

86 Vgl <https://www.dwenteignen.de> (letzter Abruf am 5. Februar 2022); daneben zum bayerischen Volksbegehren „#6 Jahre Mietenstopp“ die Nichtzulassungsentscheidung durch BayVGh, Entscheidung v. 16. Juli 2020 – Vf. 32-IX-20.

87 Vgl Kloepfer, Die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen und die Verfassung, NJW 2019, 1656.

88 Vgl etwa Croon-Gestefeld, Verantwortungseigentum als Instrument gegen soziale Ungleichheit?, KritV 2020, 351; Loick, Der Missbrauch des Eigentums, 3. Aufl. (Berlin 2021) und die Arbeiten des DFG SFB 294 „Strukturwandel des Eigentums“, <https://sfb294-eigentum.de/de/>. Für die wohnungspolitische Debatte Farahat, Eigentum verpflichtet: Die Sozialbindung des Eigentums am Beispiel des Berliner Mietendeckels, JZ 2020, 602; Fennell, The unbounded home: Property values beyond property lines (New Haven: Yale University Press 2009).

standen werden⁸⁹ und eignet sich gerade deshalb als Anknüpfungspunkt für rechtliche Mobilisierungsstrategien.⁹⁰

II. Kontextualisierung: Wohnungswirtschaftsrecht und die Rechtsverfassung des Wohnungsmarktes

Nachdem die unter I. aufgeführten Entwicklungen und Strategien auf eine stärkere Binnenpluralisierung des Miet- und Wohnungsrechts zielen, um lokalen Marktgegebenheiten besser zu entsprechen, sollten Wohnungsmärkte keineswegs nur als durch lokale Faktoren bestimmt gedacht werden: Internationale Großstädte stehen untereinander im Standortwettbewerb um Investitionen und kulturelles Prestige; im Zuge der Finanzialisierung hat sich die Wohnungseigentümerstruktur ausdifferenziert und internationalisiert, und auch Unionsrecht macht mitunter Vorgaben für lokale Stadt- und Wohnungspolitik.⁹¹ Im Lichte dessen wird es erforderlich, auch die rechtliche Analyse des Wohnungsmarktes zu verbreitern und insbesondere die Suche nach Instrumenten der gemeinwohlfördernden Ausgestaltung des Wohnungsmarktes nicht in der sozialen Ausrichtung des Mietrechts zu monopolisieren. Eine zeitgemäße Reformulierung der sozialen Programmatik des Mietrechts muss ansetzen bei einer rechtsgebietsübergreifenden Analyse der rechtlichen Struktur des heutigen Wohnungsmarktes, einschließlich etwa der Gebiete des (nationalen, europäischen und internationalen) Wirtschafts-, Kartell⁹²-, Kapitalmarkt- und Investitionsrechts. Eine solche

89 Vgl. *Wielsch*, Die Vergesellschaftung rechtlicher Grundbegriffe, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 38 (2018) 304; *ders.*, Differenzierungen des Eigentums. Zur Entwicklung eines rechtlichen Grundbegriffs, in FS Amstutz (Zürich 2012) 329.

90 Vgl. *Kusiak*, Trespassing on the Law: Critical legal engineering as a strategy for action research, *Area* 53 (2021), 603; *Binder*, Rechtsmobilisierung. Zur Produktivität der Rechtsanthropologie für eine Kulturanthropologie des Politischen, in Rolshoven/Schneider (Hg), *Dimensionen des Politischen. Ansprüche und Herausforderungen der Empirischen Kulturwissenschaft* (Berlin 2018) 51.

91 EuGH, *Entsch. v. 8. Mai 2013 – C-197/11 und C-203/11* („Libert“); dazu *Domurath*, Housing as a ‚Double Irritant‘ in EU Law: Towards an SGEI between Markets and Local Needs, *Yearbook of European Law* 38 (2019), 400 (413 f).

92 Etwa zur in der ersten Phase vom BKartA freigegebenen Übernahme der Deutschen Wohnen AG durch die Vonovia SE im Oktober 2021.

Perspektive des „*legal institutionalism*“⁹³ zeichnet die konstitutive Rolle von Recht für die Entstehung und Ausrichtung von Märkten nach. Sie verwirft mit dem frühen US-amerikanischen Rechtsrealismus um *Robert Hale*⁹⁴ eine apriorische, dem Recht vorgehende Vorstellung von Märkten. Für das Miet- und Wohnungsrecht bedeutet dies, lokale, nationale und internationale Rechtsentwicklungen sogleich und in ihren Wechselwirkungen in den Blick zu nehmen. Gerade in der internationalen und vergleichenden Analyse gilt es hierbei, die unterschiedlichen Funktionen, die Wohnungseigentum und die Frage des Wohnens in der jeweiligen politischen Ökonomie besitzen, herauszustellen.⁹⁵ Auf Akteursebene sind zusätzlich zu Mietern und Vermietern weitere Akteure, insbesondere Intermediäre (wie etwa Makler⁹⁶ und Banken) und Investoren einzubeziehen, deren privatrechtliches Handeln über den Zugang zu Wohnungen und die Struktur des Wohnungsmarktes wesentlich entscheidet.⁹⁷

93 *Simon Deakin et al.*, Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law, *Journal of Comparative Law & Economics* 45 (2017) 188; *Lang*, Market Anti-naturalisms, in *Desautels-Stein/Tomlins* (Hg) *Searching for Contemporary Legal Thought* (Cambridge: Cambridge University Press 2017) 312; *Pistor*, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton: Princeton University Press 2019); dazu jüngst die Diskussion zwischen *Schäfer*, Nationalreichtum und private Armut durch Zivilrecht, *RabelsZ* 85 (2021) 854; *Pistor*, Recht und Ökonomie im Spannungsfeld verschiedener Schulen, *RabelsZ* 85 (2021) 876 sowie *Michaels*, Der Code des Kapitals und seine Portabilität, *RabelsZ* 85 (2021) 890.

94 Vgl *Hale*, Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, *Political Science Quarterly* 38 (1923) 470.

95 Zu einem solchen Ansatz *Hall/Soskice* (Hg), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (Oxford: Oxford University Press 2001).

96 Zur Schlüsselrolle von Maklern für die strukturellen Diskriminierungen im US-Wohnungsmarkt vgl jüngst *Slater*, *Freedom to Discriminate. How Realtors Conspired to Segregate Housing and Divide America* (Berkeley: Heyday 2021). Zu rechtlichen Antworten vgl *Derleder/Sabetta*, Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbots im Wohnraummietrecht, *WuM* 2005, 3; *Reosti*, “We Go Totally Subjective”: Discretion, Discrimination, and Tenant Screening a a Landlord’s Market, *Law and Social Inquiry* 45 (2020) 618.

97 Vgl *Rahman*, Constructing Citizenship: Exclusion and Inclusion Through the Governance of Basic Necessities, *Columbia Law Review* 118 (2018) 2447 (2452).

D. Schlüsse und Ausblick

Die gegenwärtige und sich absehbar eher noch verschärfende Wohnungskrise rückt auch die wohnungsmarktbezogenen Gebiete des Privatrechts in den Fokus. In erster Linie ist das Mietrecht zu nennen, das sich in der Vergangenheit zu einer eher abgeschlossenen Spezialdisziplin entwickelt hat und in den Großdebatten des Privatrechts der jüngeren Zeit eine geringe Rolle spielte. Mit den Elementen, die heute unter dem Schlagwort des „sozialen Mietrechts“ zusammengefasst werden, hat das Rechtsgebiet früh Antworten auf einen zentralen sozialen Grundkonflikt – das Verhältnis Mieter./Vermieter – gefunden. Die Konfliktlinien haben sich jedoch unter neuen Bedingungen des Wohnungsmarktes, insbesondere durch dessen Finanzialisierung, verschoben und werden von einem auf Gerechtigkeit im Austauschvertrag ausgelegten, „materialisierten“ Privatrecht klassischer Façon nicht mehr voll erfasst. Die soziale Programmatik des Mietrechts muss daher als beweglich verstanden und konkret auf die Gefährdungen individueller Freiheit und öffentlicher Interessen im heutigen Wohnungsmarkt ausgerichtet werden. Eine Binnenpluralisierung mietrechtlicher Spezialregimes, die wohnungspolitische Impulse für bestimmte Marktlagen aufnehmen, ist hierfür prinzipiell begrüßenswert. Neben dieser lokalen Anpassung ist der Wohnungsmarkt zugleich in seiner Einbettung in die nationale und internationale Wirtschaft zu begreifen. Ein Wohnungswirtschaftsrecht hat die vielfältigen Kollisionslinien jenseits von Mieter./Vermieter aufzugreifen, die die Wohnungskrise kennzeichnen: Kollisionslinien zwischen der Wohnung als Schutzraum und als Investitionsgut, zwischen Generationen, städtischem und ländlichem Raum, verschiedenen Metropolen, Regelsetzern und schließlich sozialen und ökologischen Aspekten der Nachhaltigkeit.

Fragerecht des Arbeitgebers, Datenschutz und AGG – ein dogmatisches Update

Jun.-Prof. Dr. Stephan Gräf, Universität Konstanz

A. Einführung

Die Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers¹ gehören zu den klassischen Besonderheiten des Arbeitsrechts. Im Wesentlichen beruhen sie auf der Rechtsprechung des BAG, also auf richter-rechtlichen Grundsätzen, die im Laufe der Zeit nur punktuell mit spezialgesetzlichen Normen angereichert wurden (s. z.B. § 53 Abs. 1 BZRG, § 7 Abs. 2 BGleiG, § 23a S. 1 IfSG). Darüber, welche Fragen der Arbeitgeber dem Bewerber im Vorstellungsgespräch konkret stellen darf und welche nicht, wurde und wird zuweilen intensiv gestritten, aktuell etwa über die Frage nach dem Impfstatus.²

Um solche Einzelfragen soll es im Folgenden nicht gehen, sondern um die Dogmatik des Fragerechts. Unklar ist zunächst, inwieweit die Grenzen des Fragerechts inzwischen durch das Datenschutzrecht dominiert werden. Vielfach wird davon ausgegangen, dass die beiden Bereiche nebeneinanderstehen, ohne dass man dabei aber zu unterschiedlichen Ergebnissen komme. Schon die These des Parallelschutzes erscheint jedoch zweifelhaft (dazu C.); gleiches gilt für die Annahme, die Zulässigkeitsanforderungen seien vollständig deckungsgleich (dazu D.). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich das Diskriminierungsverbot des AGG in die Fragerechtsdogmatik einfügt (dazu E.).

1 Die Verwendung des generischen Maskulinums im Folgenden erfolgt aus Gründen vereinfachter Lesbarkeit; gemeint sind stets alle Geschlechter.

2 Dazu Gräf, Der Impfstatus im Arbeitsverhältnis, NZA 2021, 1361 (1363 ff).

B. Die richterrechtlich entwickelten Grundsätze über das Fragerecht

Zu Beginn müssen allerdings die hergebrachten Grundsätze des Fragerechts in Erinnerung gerufen werden. Dabei sind zwei Komponenten zu unterscheiden.

I. Grenzen des Fragerechts

Stellt der Arbeitgeber im Einstellungsverfahren Fragen an einen Bewerber,³ unterliegt er dabei Beschränkungen, für die sich der Begriff „Grenzen des Fragerechts“ eingebürgert hat. Woraus sich diese Grenzen dogmatisch ergeben, hat das BAG zunächst offengelassen;⁴ später hat es sie aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet.⁵ Die gängige Formel des BAG lautet, dass nur solche Fragen zulässig sind, an deren Beantwortung der Arbeitgeber ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse“ hat.⁶

II. „Recht zur Lüge“

Stellt der Arbeitgeber eine unzulässige Frage, ist der Bewerber nicht verpflichtet, sie zu beantworten. Allerdings ist das Schweigen auf eine solche Frage für ihn auch keine sinnvolle Option; denn daraus könnte der Arbeitgeber Schlüsse ziehen und den Bewerber ablehnen. Deswe-

3 Gleiches gilt für den Einsatz von Fragebögen oder modernen Befragungstechnologien wie Chatbots etc.; vgl. hierzu *Freyler*, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2020, 284 (286).

4 Vgl. BAG NJW 1958, 516 (517).

5 BAG NJW 1985, 645. Ebenso die h.Lit., siehe statt vieler *Degener*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern (Berlin 1975) 60 ff.; *Wiese*, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, 273 (300 f); dabei wird zuweilen auf § 242 BGB als normativen Anknüpfungspunkt abgestellt, siehe *Hofmann*, Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, 1 (7 ff).

6 Siehe nur BAG NJW 1985, 645; aus neuerer Zeit BAG NZA 2014, 1131 (1134 f).

gen wird dem Bewerber ein „Recht zur Lüge“ eingeräumt.⁷ Dogmatisch wird darin teilweise die Ausübung eines Notwehrrechts des Bewerbers (§ 227 BGB) wegen eines Angriffs auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht gesehen.⁸ Der Rückgriff auf § 227 BGB erscheint allerdings verzichtbar, da es beim „Recht zur Lüge“ allein darum geht, mögliche negative Folgen der wahrheitswidrigen Antwort auf eine unzulässige Frage auszuschließen. Dies lässt sich durch Auslegung der entsprechenden Rechtsfolgennormen erreichen.⁹

So soll im Falle einer berechtigten Lüge insbesondere das Recht des Arbeitgebers, den infolge einer Lüge abgeschlossenen Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, ausgeschlossen sein. Dazu wird das – explizit nur für § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB normierte – Merkmal der Widerrechtlichkeit in den Täuschungstatbestand hineingelesen.¹⁰ Methodisch handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.¹¹ Ebenso scheidet im Fall einer berechtigten Lüge eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB (mangels Irrtums über eine „verkehrs wesentliche“ Eigenschaft des Bewerbers) und eine verhaltensbedingte Kündigung (mangels vorvertraglicher Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 i. V. mit § 311 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB) aus.¹²

7 Grdl. *Nikisch*, Arbeitsrecht, Band I (1961) 815; vom BAG wurde der Begriff erstmals in einer Entscheidung vom 22.9.1961 verwendet (BAG NJW 1962, 74 [75]).

8 Ausf. *Neumann-Duesberg*, Fragebogen als Persönlichkeitsrechtsverletzung und Lüge als Notwehr, UFITA 36 (1962) 101 ff.

9 Vgl etwa *Hofmann*, Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, 1 (61 f).

10 So die heute h.M., siehe statt vieler etwa *Hausmann*, Die Reaktion auf Willensmängel beim Arbeitsvertragsschluss (München 2008) 68 f. Früher hat das BAG den Anfechtungsausschluss – dogmatisch wenig überzeugend – am Merkmal der „Arglist“ festgemacht (BAG NJW 1958, 516 [517]). Nach wieder a.A. steht der Anfechtung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, so *Beck*, „Fragerecht“ und „Recht zur Lüge“ (Frankfurt a.M. u.a. 2003) 234 ff.

11 So zutr. etwa *Hofmann*, ZfA 1975, 1 (61); *Preis*, in Erfurter Kommentar, 21. Aufl. (München 2021) § 611a BGB Rn 361.

12 Siehe etwa *Kaebler*, Das Arbeitgeberfragerecht im Anbahnungsverhältnis: Kritische Analyse und dogmatische Grundlegung, ZfA 2006, 519 (540).

C. Erfassung und Erweiterung der Grundsätze des Fragerechts durch das Datenschutzrecht

Blickt man im Vergleich dazu auf die Rechtsgrundlagen des Beschäftigtendatenschutzes, so liegt der Ausgangspunkt in der DSGVO. Art. 6 Abs. 1 DSGVO regelt ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist danach nur dann zulässig, wenn sie durch eine in der DSGVO vorgesehene Erlaubnisnorm oder durch eine nach Maßgabe der DSGVO wirksame Einwilligung des Betroffenen gedeckt ist. Die Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO ermöglicht es den Mitgliedstaaten jedoch, auf nationaler Ebene „spezifischere Rechtsvorschriften“ für die „Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext“ zu erlassen. Von dieser Option hat der deutsche Gesetzgeber in § 26 BDSG Gebrauch gemacht.

Darüber, wie sich die arbeitsrechtlichen Grundsätze des Fragerechts zum Datenschutzrecht verhalten, besteht nach wie vor Unsicherheit. Vereinzelt wird in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor allein auf die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze abgestellt,¹³ vereinzelt nur auf das Datenschutzrecht.¹⁴ Zumeist wird aber – wie bereits erwähnt – von einem grundsätzlichen Nebeneinander der beiden Bereiche ausgegangen; das Fragerecht sei doppelt beschränkt.¹⁵

13 Siehe etwa LAG BW BeckRS 2019, 5479; *Joussen*, in BeckOK Arbeitsrecht, 61. Ed. (1.9.2021) § 611a Rn 102 ff.

14 Siehe insb. *Riesenhuber*, Kein Fragerecht des Arbeitgebers, NZA 2012, 771 (775).

15 Siehe etwa *Däubler*, in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer (Hg), EU-DSGVO/BDSG, 2. Aufl. (Frankfurt a.M. 2020) § 26 BDSG Rn 22 (Fn 33); *Preis* (Fn 11) § 611a BGB Rn 271; siehe auch *Kort*, Eignungsdiagnose von Bewerbern unter der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), NZA-Beil. 2/2016, 62 (66 f): „Parallelschutz“; ebenso *Gola*, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. (2019) Rn 63 ff; vgl auch BAG NZA 2013, 1087 Rn 24 (Grenzen des Fragerechts könnten sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder dem Datenschutzrecht ergeben).

I. Divergenz der Schutzzwecke?

Für ein solches Nebeneinander könnte zunächst ein Vergleich der jeweiligen Schutzzwecke sprechen.¹⁶

Betrachtet man nämlich auf der einen Seite die Funktion der vom BAG entwickelten Grundsätze, so stellt man fest, dass es dabei nicht primär um das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht, also den Geheimnisschutz als solchen, sondern vor allem um den „Schutz der Persönlichkeit [...] vor Ausgrenzung im Rechtsverkehr“,¹⁷ also um den Erhalt der *Marktzugangschancen*. Man könnte von einem *vorgezogenen Diskriminierungsschutz* sprechen.¹⁸ Aufgrund derartiger Überlegungen haben prominente Stimmen die These der h. M., die Beschränkung des Fragerechts diene primär dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,¹⁹ sogar insgesamt zurückgewiesen.²⁰

Demgegenüber scheint es beim Datenschutzrecht, das vielfach in der Tradition des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gesehen wird, gerade um den *Geheimnisschutz als solchen* zu gehen – um den „Datenschutz als Selbstzweck“.²¹ Dies ist bei genauerer Betrachtung aber nicht der Fall – jedenfalls nicht mehr auf Basis der DSGVO. Bei

16 I.d.S. *Hanloser*, in Forgó/Helfrich/Schneider (Hg), *Betrieblicher Datenschutz*, 3. Aufl. (München 2019) Teil V Kap. 1 Rn 54.

17 *Wagner*, Lügen im Vertragsrecht, in Zimmermann (Hg), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss* (Tübingen 2007) 59 (97) mit Verw. auf BVerfGE 96, 171 (186 ff).

18 In diese Richtung *Buchner*, in: *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, 2. Aufl. (München 2000) § 41 Rn 3, 5; explizit *Hanloser* (Fn 16), Teil V Kap. 1 Rn 54: „Die arbeitsrechtliche Beschränkung des Fragerechts – spiegelbildlich ergänzt um ein anfechtungsausschließendes Recht zur Lüge – dient dem Diskriminierungsschutz“; siehe auch *Riesenhuber*, *Fragerecht* (Fn 14) 775 zum „diskriminierungsrechtlichen Recht zur Lüge“.

19 Siehe die Nachw. in Fn 5.

20 *Raab*, *Das Fragerecht des Arbeitgebers nach schwebenden Strafverfahren und die Unschuldsvermutung des Bewerbers*, RdA 1995, 36 (39); *Wiedemann*, *Zur culpa in contrahendo beim Abschluss des Arbeitsvertrags*, in Hanau (Hg), *Festschrift für Wilhelm Herschel* (München 1982) 463 (469 f). Zu weitgehend *Leipold*, *Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit*, AuR 1971, 161 (163 ff): *Grenzen des Fragerechts als Ausfluss eines „Rechts auf Arbeit“*.

21 In diesem Sinne wird nach der Beobachtung von *Veil* (Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider, NVwZ 2018, 686 [690]) die Funktion des Datenschutzrechts v.a. unter deutschen Datenschützern verstanden. Vgl auch

aller Unsicherheit über die genauen Schutzgüter der DSGVO finden sich dort klare Anhaltspunkte dafür, dass – zumindest auch – der Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen für die von der Datenverarbeitung Betroffenen angestrebt wird.²² Dafür spricht etwa die Regelung zum Profiling in Art. 22 DSGVO, die vor „erheblichen Beeinträchtigungen“ schützt. Die Verweigerung eines Vertragsschlusses ist als eine solche „erhebliche Beeinträchtigung“ zu werten.²³ Und die Erwägungsgründe 71, 75 und 85 erwähnen sogar ausdrücklich den Diskriminierungsschutz.

Insofern bestehen aus teleologischer Sicht keine Bedenken gegen eine Integration der Fragerechtsgrundsätze in das Datenschutzrecht.

II. Anwendungsbereich des Beschäftigtendatenschutzes

Die Grundsätze zum Fragerecht müssten aber auch formal in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts fallen.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Unproblematisch zu bejahen ist dies zunächst für den *persönlichen* Anwendungsbereich. Dieser wird durch den in § 26 Abs. 8 BDSG normierten datenschutzrechtlichen Beschäftigtenbegriff, der nach Satz 2 ausdrücklich auch Stellenbewerber erfasst, sogar noch erweitert.

Zu einer Schutzbereichserweiterung kommt es bereits im Hinblick auf die in § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BDSG genannten „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“. Damit ist nicht lediglich der (enge) deutsche Arbeitnehmerbegriff in § 611a BGB gemeint. Denn § 26 BDSG beruht auf der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO; der dort enthaltene Beschäftigtenbegriff ist unionsrechtlich-autonom – also weit – zu inter-

Hanloser (Fn 16) Teil V Kap. 1 Rn 54: „Diskriminierungsschutz [...] allenfalls ein wünschenswerter Reflex“ des Datenschutzrechts.

22 Vgl. Veil, DSGVO (Fn 21) 691 ff m.w.N.

23 Buchner, in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 22 DSGVO Rn 26a.

pretieren.²⁴ Es ist im Zweifel davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber in § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BDSG die ihm durch Art. 88 Abs. 1 DSGVO eingeräumte Konkretisierungsbefugnis umfassend, d. h. im Hinblick auf den gesamten personellen Geltungsbereich des Art. 88 Abs. 1 DSGVO, ausüben wollte. Damit sind im Hinblick auf die *Danosa*-Rechtsprechung des EuGH²⁵ etwa auch GmbH-Fremdgeschäftsführer erfasst,²⁶ die nach nationalem Verständnis in der Regel nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Darüber hinaus erstreckt § 26 Abs. 8 S. 1 BDSG (wie schon § 3 Abs. 11 BDSG a. F.) den persönlichen Anwendungsbereich auf weitere Beschäftigtenkategorien, so etwa auf die zur Berufsausbildung Beschäftigten (Nr. 2), auf Freiwillige im Jugend- oder Bundesfreiwilligendienst (Nr. 5) und auf arbeitnehmerähnliche Personen (Nr. 6).²⁷ Diese Erweiterungen erscheinen auch im Kontext des Fragerechts interessengerecht; denn auch bei Begründung nicht-arbeitsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse geht es typischerweise um Situationen, in denen sich das Informationsinteresse in besonderem Maße auf die Person des Bewerbers bezieht – in denen die Person quasi den „Vertragsgegenstand“²⁸ bildet. Was die Zulässigkeitsmaßstäbe und die Bewertung bestimmter Fragen betrifft, können freilich Differenzierungen zwischen den einzelnen Beschäftigtenkategorien geboten sein.²⁹

24 *Seifert*, in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hg), *Datenschutzrecht* (Baden-Baden 2019) Art. 88 Rn 17 f; a.A. *Maschmann*, in *Kühling/Buchner* (Hg), *DSGVO/BDSG*, 3. Aufl. (München 2020) Art. 88 DSGVO Rn 13.

25 EuGH NZA 2011, 143 – *Danosa*.

26 So auch *Zöll*, in *Taeger/Gabel* (Hg), *DSGVO/BDSG*, 3. Aufl. (Frankfurt a.M. 2019) § 26 BDSG Rn 104; i.E. auch *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 18, 62; a.A. *Maschmann* (Fn) Art. 88 DSGVO Rn 13.

27 Unklar ist allerd., ob § 26 Abs. 8 Nr. 6 BDSG noch von Art. 88 Abs. 1 DSGVO abgedeckt ist; verneinend *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 19, 67. Ggf. wäre allein die DSGVO anwendbar und man müsste die Grenzen des Fragerechts in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen auf Basis insb. der Erlaubnisnorm in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO diskutieren.

28 So plastisch *Däubler*, *Gläserne Belegschaft*, 9. Aufl. (Frankfurt a.M. 2021) Rn 208.

29 Vgl das – allerdings nicht mehr aktuelle – Bsp. bei *Schubert*, *Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen* (München 2004) 201: stärkere Beschränkung des Fragerechts nach der Schwerbehinderung bei der Einstellung arbeitnehmerähnlicher Personen, weil an die Schwerbehinderung anknüpfende Pflichten des Fragestellers an das Arbeitsverhältnis anknüpfen.

Die Öffnung des § 26 BDSG für zusätzliche Beschäftigtenkategorien gilt allerdings unmittelbar zunächst nur für die *Grenzen* des Fragerechts. Damit ist noch nicht gesagt, dass sich auch das „Recht zur Lüge“ (Ausschluss der Anfechtung) auf sämtliche Beschäftigtenkategorien erstreckt. Zweifel könnten insofern bestehen, als das „Recht zur Lüge“ als Spezifikum des Arbeitsrechts entwickelt wurde und ähnliches ansonsten nur noch im Mietrecht anerkannt ist,³⁰ im sonstigen Zivilrecht hingegen überwiegend abgelehnt wird.³¹ Gemein ist dem Arbeits- und dem Mietvertrag die strukturelle Besonderheit, dass der Befragte typischerweise aus existenziellen Gründen auf den Vertragsschluss angewiesen ist. Stellte man allein auf diesen Gesichtspunkt ab, ließe sich das Recht zur Lüge zwar auf arbeitnehmerähnliche Personen (Nr. 6) und zur Berufsbildung Beschäftigte (Nr. 2) übertragen,³² nicht aber auf andere Beschäftigtenkategorien wie den Jugend- oder Bundesfreiwilligendienst (Nr. 5). Jedoch liegt die entscheidende Begründung für das „Recht zur Lüge“ weniger in der existenziellen Bedeutung des Vertragsabschlusses für den Bewerber – letztere kann bei den Grenzen des Fragerechts im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden – als vielmehr in dem Umstand, dass der Fragesteller aufgrund seiner typischen strukturellen Überlegenheit in der Regel einen anderen Bewerber zum Zuge lassen kommen kann, wenn der Befragte die Antwort verweigert. Dieses Dilemma droht Bewerbern in allen (privatrechtlichen³³) Beschäftigtenkategorien i. S. des § 26 Abs. 8 S. 1 BDSG. Die „Recht-zur-Lüge“-Rechtsprechung deckt damit den gesamten persönlichen Anwendungsbereich des (privatrechtlichen) Beschäftigtendatenschutzes ab.

30 Siehe dazu *Arnold*, in Erman, BGB, 16. Aufl. (Köln 2020) § 123 Rn 22; *Singer/Finckenstein*, in Staudinger, BGB, Neubearb. (2017) § 123 Rn 47.

31 Siehe zur Diskussion *Wagner* (Fn 17) 59 ff.

32 Für eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über das Fragerecht auf arbeitnehmerähnliche Personen auch schon bisher *Schubert* (Fn 29) 199 ff; ebenso für die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten (vgl § 10 Abs. 2 BBiG) *Benecke*, in *Benecke/Hergentröder*, BBiG, 2. Aufl. (München 2021) § 10 Rn 11.

33 Zur Nicht-Geltung des BDSG für die von § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 7 BDSG ebenfalls erfassten Beamten etc. *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 68.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

a) „Automatisierte“ Verarbeitung bzw. Speicherung „in einem Dateisystem“

Die DSGVO gilt grundsätzlich nicht für jede Form der Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern nach deren Art. 2 Abs. 1 nur für die ganz oder teilweise *automatisierte Verarbeitung* personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem *Dateisystem* gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.³⁴ Jedoch erweitert § 26 Abs. 7 BDSG (wie bereits § 32 Abs. 2 BDSG a. F.) den sachlichen Anwendungsbereich speziell für den Beschäftigtendatenschutz auf *sämtliche* Formen der Verarbeitung personenbezogener Daten.³⁵ Daher sind auch handschriftliche Notizen, die der Fragesteller im Vorstellungsgespräch anfertigt,³⁶ und sogar die rein gesprochene Befragung³⁷ vom Datenschutzrecht erfasst. Soweit § 26 Abs. 7 BDSG auf rechtspolitische Kritik gestoßen ist,³⁸ kann dieser jedenfalls für den Bereich des Fragerechts im Vertragsanbahnungsstadium nicht gefolgt werden. Die hier typische Gefährdungslage, also das oben skizzierte Bewerber-Dilemma, besteht nämlich unabhängig von der Form der Datenverarbeitung. Daher erscheint es sinnvoll, auf ein-

34 Das BDSG übernimmt diese Einschränkung in § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG allerdings nur für die Verarbeitung durch nichtöffentliche Stellen. Für öffentliche Arbeitgeber gilt die Einschränkung nach § 1 Abs. 1 S. 1 BDSG von vornherein nicht.

35 Entgegen seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung erweitert § 26 Abs. 7 BDSG nicht nur die Erlaubnisnorm des § 26 BDSG, sondern auch die Verbotsnorm des Art. 6 Abs. 1 DSGVO (sowie die weiteren im Beschäftigtenkontext relevanten Regelungen der DSGVO, im Einzelnen str.); treffend *Riesenhuber*, in BeckOK Datenschutzrecht, 37. Ed. (1.2.2021) § 26 BDSG Rn 41: Ansonsten würde § 26 BDSG „etwas erlauben, was in Art. 6 DSGVO gar nicht verboten ist“.

36 Allerdings ist umstr., unter welchen Voraussetzungen bereits eine Personalakte ein „Dateisystem“ i. S. des Art. 4 Nr. 6 DSGVO darstellt; ein weites Verständnis würde die praktische Bedeutung des § 26 Abs. 7 BDSG reduzieren; siehe dazu *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 38 f m.w.N.

37 Dazu, dass nach hier vertretener Ansicht bereits die Befragung selbst (nicht erst das Vernehmen oder Niederlegen der Antwort) unter den Verarbeitungsbegriff fällt, sogleich b).

38 Siehe etwa *Franzen*, Arbeitnehmerdatenschutz – rechtspolitische Perspektiven, RdA 2010, 257 (258 f) zu § 32 Abs. 2 BDSG a. F.

heitliche Bewertungsgrundlagen für die Klärung der Zulässigkeit einer Frage abzustellen.

Die Erweiterung in § 26 Abs. 7 BDSG verstößt auch nicht etwa gegen die Vorgaben der – vollharmonisierenden – DSGVO, und zwar unabhängig davon, wie weit man die Grenzen der Konkretisierungsbefugnis der nationalen Gesetzgeber im Rahmen des Art. 88 Abs. 1 DSGVO ziehen möchte³⁹. Denn mit § 26 Abs. 7 BDSG bewegt sich der deutsche Gesetzgeber von vornherein außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO;⁴⁰ hier ist er frei von unionsrechtlichen Bindungen. Allerdings führt dies möglicherweise zu Friktionen im Hinblick auf das einschlägige Grundrechtsregime.⁴¹

b) Frage als „Verarbeitung“ personenbezogener Daten?

Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs stellt sich ein dogmatisches Problem, das bisher – soweit ersichtlich – unbeachtet geblieben ist. Dieses betrifft den *Begriff der Verarbeitung selbst*. Nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 2 DSGVO fällt darunter auch das *Erheben* personenbezogener Daten, worunter sich scheinbar zwanglos die Befragung im Bewerbungsgespräch subsumieren lässt. Ein „Erheben“ liegt nach allgemein anerkanntem Begriffsverständnis allerdings erst dann vor, wenn das betroffene Datum – infolge eines gezielten Handelns des Verantwortlichen – in den *Verfügungsbereich des Verantwortlichen* gelangt ist;⁴² erst an diesen Vorgang setzt die datenschutzrechtliche Kontrolle an. Angewendet auf das Vorstellungsgespräch liegt danach eine „Verarbeitung“ nicht schon dann vor, wenn die Frage geäußert wird, sondern frühestens dann, wenn der Bewerber die *Antwort gegeben* und der *Frage-*

39 Siehe dazu noch Fn 81.

40 Zutr. *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 71.

41 Dazu unten D. III. 1. (bei Fn 84 f).

42 Siehe nur *Arning/Rothkegel*, in Taeger/Gabel (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (Frankfurt a.M. 2019) Art. 4 DSGVO Rn 71; *Herbst*, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 4 Nr. 2 DSGVO Rn 21; *Roßnagel*, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg), Datenschutzrecht, (Baden-Baden 2019) Art. 4 Nr. 2 Rn 15; siehe auch zu § 3 Abs. 3 BDSG a. F. *Damman*, in Simitis (Hg), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. (Baden-Baden 2014) § 3 Rn 107.

steller diese vernommen hat, in der Regel sogar erst dann, wenn die Antwort (schriftlich oder digital) festgehalten wird.⁴³

Dies passt aber nicht zur Logik der Fragerechtsdogmatik: Denn es muss schon in dem Zeitpunkt, in dem die überzogene *Frage selbst geäußert* wurde, das Verdikt der Rechtswidrigkeit (Art. 6 Abs. 1 DSGVO) gegeben sein. Andernfalls würde bei Äußerung einer überzogenen Frage das „Recht zur Lüge“ erst in dem Moment entstehen, in dem die wahrheitswidrige Antwort vom Befragten bereits abgegeben ist (und zur Kenntnis des Fragestellers gelangt bzw. von diesem festgehalten wird).

Auf den ersten Blick könnte man dies für ein rein begriffliches Problem halten. Denn beim „Recht zur Lüge“ geht es – wie erwähnt – schließlich nur darum, für den Bewerber negative Rechtsfolgen einer wahrheitswidrigen Antwort auszuschließen, insbesondere die Anfechtung des Arbeitsvertrags. Insofern scheint es denkbar, als maßgeblichen Verarbeitungsvorgang doch – entsprechend dem allgemeinen Verständnis des „Erhebens“-Begriffs – auf das Vernehmen bzw. die Niederlegung der vom Befragten abgegebenen Lüge⁴⁴ abzustellen; in diesen Vorgängen könnte durchaus auch die Täuschung i. S. des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB gesehen werden, um deren Legalisierung es geht. Dabei würde man aus teleologischer Sicht aber auf den *falschen Kontrollgegenstand* abstellen: Es ist nicht das Vernehmen bzw. Niederlegen der vom Bewerber wahrheitswidrig abgegebenen Antwort, die dessen Persönlichkeitsrecht bedroht – im Gegenteil: Gerade diese Lüge *sichert* ihm ja die Chance auf die Einstellung. Die entscheidende (und damit datenschutzrechtlich kontrollbedürftige) Bedrohung des Persönlichkeitsrechts tritt vielmehr bereits mit *Ausspruch der Frage selbst* ein.⁴⁵ Bereits diese führt zu dem eingangs skizzierten Dilemma und der Gefährdung seiner Einstellungschance.

43 Das Datum muss nämlich gerade in den Verfügungsbereich des *Verantwortlichen* i. S. des Art. 4 Nr. 7 DSGVO gelangen (siehe Nachw. in Fn 42); dies ist häufig nicht die Person, die das Vorstellungsgespräch führt.

44 Dass es sich um eine inhaltlich unzutreffende Information handelt, ist für sich genommen unschädlich; für den Begriff des „personenbezogenen“ Datums i. S. des Art. 4 Nr. 1 DSGVO kommt es auf den Wahrheitsgehalt nämlich nicht an, siehe nur *Klar/Kühling*, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 4 Nr. 1 DSGVO Rn 8.

45 So bereits in Bezug auf die traditionellen Fragerechtsgrundsätze *Degener*, Frage-recht (Fn 5) 54 f, 64 f; a.A. *Wiese*, Persönlichkeitsschutz (Fn 5) 300 f.

Der „Verwendungs-“ bzw. „Erhebens“-Begriff nach allgemeiner Lesart versagt jedenfalls dann, wenn der Befragte von der Option gebraucht macht, die inkriminierte *Frage unbeantwortet* zu lassen.⁴⁶ Zieht der Arbeitgeber hieraus Schlüsse und lehnt er den Bewerber deswegen ab, muss der Arbeitgeber wertungsmäßig denselben Rechtsfolgen unterliegen wie im Fall der Ablehnung des Bewerbers infolge wahrheitsgemäßer Beantwortung der inkriminierten Frage; in Betracht kommen insbesondere Schadensersatzansprüche des abgelehnten Bewerbers.⁴⁷ Soll sich die hierfür erforderliche Pflicht- bzw. Rechtswidrigkeit des Arbeitgeberverhaltens aus dem Datenschutzrecht ergeben, setzt dies konstruktiv wiederum das Vorliegen einer unzulässigen Datenverarbeitung voraus. Im Fall des Schweigens ist es allerdings – folgt man dem allgemeinen Verständnis des Erhebens-Begriffs – nie zur Verwendung eines personenbezogenen Datums gekommen; damit fehlt die Grundlage für das Verdikt der Rechtswidrigkeit nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO und des Schadensersatzanspruchs aus Art. 82 DSGVO.

Deswegen ist es vorzugswürdig, den Verwendungs-Begriff speziell für den Bereich des Fragerechts modifizierend zu interpretieren und hier bereits *in der Frage selbst* – als in dem auf Informationsgewinnung gerichteten Vorgang – eine „*Verarbeitung*“ zu sehen. Man kann dazu entweder einen unbenannten Fall der Verarbeitung i. S. des Art. 4 Nr. 2 DSGVO annehmen oder – was vorzugswürdig erscheint – den „Erhebens“-Begriff in Art. 4 Nr. 2 DSGVO einer entsprechenden teleologisch-extensiven Auslegung unterziehen. Der Wortlaut ist hierfür durchaus offen, auch in den anderen Sprachfassungen („*collection*“, „*la collecte*“ etc.). Da es sich um eine Gefährdungslage handelt, die nicht spezifisch die deutsche Rechtsordnung betrifft,⁴⁸ steht das Gebot der unionsrechtlich-autonomen Interpretation der Rechtsbegriffe der DSGVO dieser Modifikation nicht entgegen.

46 Dies ist v.a. in Grenzfällen denkbar, wenn sich der Befragte bzgl. der Zulässigkeit der Frage nicht sicher ist und er nicht das mit einer Lüge verbundene Anfechtungsrisiko eingehen möchte.

47 Dazu sogleich noch III. 1.

48 Vgl etwa für das österreichische Recht OGH DRdA 1995, 397.

3. Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten: Sämtliche Konstellationen, in denen die von der Rechtsprechung entwickelten Grenzen des Fragerechts Geltung beanspruchen, werden vom sachlichen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts erfasst. In persönlicher Hinsicht führt das Datenschutzrecht sogar zu einer Schutzbereichserweiterung. Mit der skizzierten Modifikation des „Verwendungs“-Begriffs in Art. 4 Nr. 2 DSGVO fügt sich das Datenschutzrecht zudem in die Logik des in der deutschen Rechtsprechung anerkannten „Rechts zur Lüge“ ein.

III. Rechtsfolgen unzulässiger Fragen

Auch was die Rechtsfolgen einer unzulässigen Bewerberbefragung betrifft, bleibt das Datenschutzrecht nicht hinter diejenigen zurück, die von der Rechtsprechung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wurden. Dass das „Recht zur Lüge“ unangetastet bleibt, lässt sich den Rechtsgedanken des Art. 84 Abs. 1 DSGVO bzw. des EG 146 S. 4 entnehmen. Die DSGVO sieht aber noch darüber hinausgehende Sanktionen vor.

1. Schadensersatzansprüche des (abgelehnten) Bewerbers

Im Vordergrund steht dabei der Schadensersatzanspruch aus Art. 82 DSGVO. Dieser wird beim Fragerecht vor allem dann relevant, wenn der Bewerber auf eine rechtswidrige Frage hin wahrheitsgemäß geantwortet oder die Antwort verweigert hat und er vom Arbeitgeber infolgedessen nicht eingestellt wird. Als *Vermögensschaden* kann der Bewerber den Lohnausfallschaden geltend machen. Dass dieser Schaden vom Schutzzweck der Norm erfasst ist, folgt aus den obigen Überlegungen zur Teleologie der DSGVO.⁴⁹ In der Praxis hat der abgelehnte Bewerber dabei aber das Problem, dass er die *Kausalität* nachweisen muss, also darlegen und nötigenfalls beweisen muss, dass die unzulässige Frage zumindest mitursächlich für seine Nichteinstellung war. Das wird ihm

49 Vgl oben C. I.

in der Regel nicht gelingen.⁵⁰ Auf die Beweislastumkehr des § 22 AGG kann sich der abgelehnte Bewerber nur dann berufen, wenn im Einzelfall zugleich eine Diskriminierung aufgrund eines AGG-Merkmals vorliegt.⁵¹

Soweit der Kausalitätsnachweis nicht gelingt, kommt für den unzulässig befragten Bewerber aber immerhin ein Anspruch auf Ersatz des *immateriellen Schadens* in Betracht (Art. 82 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO). Insofern hat die DSGVO eine entscheidende Neuerung gebracht; denn § 7 S. 1 BDSG a. F. gewährte lediglich Ersatz für materielle Schäden.⁵² Zwar kam auch eine zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Betracht; diese setzt allerdings einen „(besonders) schwerwiegenden“ Eingriff in das Persönlichkeitsrecht voraus.⁵³ Im Falle einer bloßen – wenn auch unzulässigen – *Frage* ist dies regelmäßig zu verneinen. Demgegenüber ist nach Art. 82 DSGVO *jeder* immaterielle Schaden zu ersetzen. Selbst wenn man bei Art. 82 DSGVO eine Bagatellgrenze befürwortete,⁵⁴ wäre diese zumindest deutlich unter der Mindestschwelle anzusetzen, die im deutschen Zivilrecht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB gilt,⁵⁵ und jedenfalls bei einer Bewerberbefragung, die materiell (d. h. nicht lediglich im Hinblick auf Formfragen) datenschutzrechtswidrig ist,⁵⁶ überschritten. Dass bereits in der unzulässigen Frage selbst ein „Verstoß gegen diese Verordnung“ (Art. 82 Abs. 1 DSGVO) bzw. eine „nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung“ (Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO) liegt,

50 Insofern gilt nichts anderes als bisher im Rahmen der Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 2, 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG; vgl hierzu *Däubler*, Schadensersatz bei DSGVO-Verstößen, CuA 2017, 29 (30): Nachweis „lediglich in besonderen Glücksfällen möglich“.

51 Dazu unten noch E.

52 *Simitis*, in *Simitis* (Hg), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. (Baden-Baden 2014) § 7 Rn 32.

53 Vgl nur BGH NJW 2005, 215 (217); BAG NZA 2015, 994 (Rn 13 ff).

54 Str., siehe zum Meinungsstand *Bergt*, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 82 DSGVO Rn 18a; siehe den Überblick zur Rspr. bei *Korch*, Schadensersatz für Datenschutzverstöße, NJW 2021, 978 (979 f); zur Vorlagebedürftigkeit der Frage BVerfG NJW 2021, 1005.

55 *Moos/Schefzig*, in Taeger/Gabel (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (Frankfurt a.M. 2019) Art. 82 DSGVO Rn 31.

56 Vgl *Bergt* (Fn 54) Art. 82 DSGVO Rn 18a.

ergibt sich aus dem oben Gesagten.⁵⁷ Bei der Bemessung der Entschädigungshöhe ist zu berücksichtigen, dass EG 146 S. 6 eine effektive Sanktionierung verlangt. Soweit man Art. 82 DSGVO eine generalpräventive Funktion zuschreiben möchte,⁵⁸ wäre diese gerade auch für eine unzulässige Bewerberbefragung relevant und bei der Anspruchshöhe zu berücksichtigen.⁵⁹

2. Bußgeldandrohung

Zudem können unzulässige Fragen nach Art. 83 Abs. 1, 5 lit. a DSGVO auch mit Bußgeld sanktioniert werden. Bei einzelnen Verstößen dürfte dies freilich kaum praktisch relevant werden.⁶⁰ In der Praxis vorstellbar ist die Verhängung eines Bußgelds aber in größeren Unternehmen, wenn dort in den Einstellungsverfahren flächendeckend Fragebögen oder Chatbots mit unzulässigen Fragen verwendet werden.

IV. Folgerungen für die richterrechtlichen Grundsätze des Fragerechts

Aus alledem folgt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als die bisherige normative Grundlage für die Einschränkung des Fragerechts vollständig durch das Datenschutzrecht abgelöst ist.

Dies gilt zunächst für die *Grenzen des Fragerechts*, also die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen. Wenn demgegen-

57 Siehe oben C. II. b). Die Verarbeitung (das Stellen der unzulässigen Frage) ist i.Ü. auch regelmäßig dem Arbeitgeber als Anspruchsgegner („Verantwortlicher“) zuzurechnen, selbst dann, wenn er Mitarbeiter (leitender Angestellter, Mitarbeiter der Personalabteilung etc.) zur Bewerberbefragung einsetzt. Denn der Verantwortliche haftet im Rahmen des Art. 82 DSGVO grds. – jedenfalls soweit kein Exzess vorliegt (str.) – auch für das Verhalten seiner Mitarbeiter, siehe nur *Bergt* (Fn 54) Art. 82 DSGVO Rn 55.

58 So etwa *Moos/Schefzig* (Fn 55) Art. 82 DSGVO Rn 5.

59 Vgl dazu den aktuellen Vorlagebeschluss des BAG (Az. 8 AZR 253/20 [A]), Vorlagefrage 4: „Hat Art. 82 Abs. 1 DSGVO spezial- bzw. generalpräventiven Charakter und muss dies bei der Bemessung der Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadens auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO zulasten des Verantwortlichen [...] berücksichtigt werden?“

60 Vgl auch *Däubler*, Gläserne Belegschaft (Fn 28) Rn 225a: Bußgeld würde sich „am unteren Rand“ bewegen.

über von einem „Parallelschutz“ durch das Datenschutzrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausgegangen wird,⁶¹ ist dem zweierlei entgegenzuhalten: Erstens gilt der Vorrang des Unionsrechts. Soweit man dem deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Einzelfall strengere Grenzen entnehmen möchte, würde man den vollharmonisierenden Charakter der DSGVO konterkarieren. Man wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. die zivilrechtlichen Generalklauseln, innerhalb derer dieses zum Zuge kommt, auch kaum als „spezifischere Rechtsvorschrift“ im Sinne der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO ansehen⁶² und auf diesem Wege zum Zuge kommen lassen können. Für einen Parallelschutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht wäre aus unionsrechtlicher Sicht nur dann Raum, wenn ausnahmsweise nicht der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet ist, sondern ausschließlich der des § 26 BDSG (nämlich bei nicht automatisierter Datenverarbeitung ohne Beteiligung eines Dateisystems, vgl. § 26 Abs. 7 BDSG). Hier greift aber – zweitens – aus der Perspektive des deutschen Zivilrechts der Einwand, dass es sich beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht nur um einen Auffangtatbestand handelt, der subsidiär hinter gesetzlichen Regelungen zurücktritt, welche die betroffenen Aspekte des Persönlichkeitsrechts konkret ausgestalten. Genau dies tut das Datenschutzrecht.⁶³

Gleiches gilt im Ergebnis für die *Rechtsfolgenseite*. Auf Grundlage des früheren BDSG war zwar zu Recht darauf hingewiesen worden, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht könne im Hinblick auf zusätzliche, vom BDSG nicht geregelte Anspruchsziele noch eine Ergänzungsfunktion zukommen.⁶⁴ Das im Rahmen der §§ 7 und 8 BDSG a. F. bestehende Defizit (das Fehlen eines Ersatzanspruchs für immaterielle Schäden jenseits öffentlicher Arbeitgeber) wurde durch Art. 82 DSGVO jedoch beseitigt. Die Ergänzungsfunktion mag in anderen Bereichen des Beschäftigtenschutzes zwar noch eine Rolle spielen, etwa im Hinblick auf

61 Vgl die Nachw. in Fn 15.

62 Vgl *Maschmann* (Fn 24) Art. 88 DSGVO Rn 23: ständige höchstrichterliche Rspr. nicht ausreichend; a.A. *Franzen*, Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht, EuZA 2017, 313 (347).

63 Zutr. *Riesenhuber*, Fragerecht (Fn 14) 775 m. Rspr.-Nachw.

64 *Riesenhuber*, Fragerecht (Fn 14) 775.

quasi-negatorische Unterlassungsansprüche;⁶⁵ für den Bereich des Fragerechts im Einstellungsverfahren haben diese aber keine praktische Bedeutung. Auch insofern greift also die Subsidiarität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁶⁶ Selbst wenn man noch Parallelansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG zuließe, würde sich die für die Haftung maßgebliche Beurteilung, ob die betroffene Frage unzulässig ist, allein nach den Maßstäben des Datenschutzes richten.⁶⁷ Ein darüber hinausgehender Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB würde wiederum der Subsidiarität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts widersprechen.

D. Veränderte Maßstäbe im Rahmen der Zulässigkeitsanforderungen nach § 26 BDSG?

Kommt es nach dem Gesagten für die Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers allein auf das Datenschutzrecht an, wird die Frage interessant, ob sich dadurch etwas an den Zulässigkeitsmaßstäben geändert hat. Vielfach wird dies verneint und davon ausgegangen, im Datenschutz würden schlicht die bisherigen Maßstäbe fortgelten.⁶⁸ Dafür spricht *prima facie*, dass das in § 26 Abs. 1 BDSG normierte datenschutzrechtliche Erforderlichkeitskriterium laut Hinweisen in den Gesetzgebungsmaterialien zum BDSG im Einklang mit den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen stehen soll⁶⁹ und dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht ohnehin inzident bei der Konkretisierung der Erlaubnistatbestände des § 26 BDSG im Rahmen der hier durchzuführenden

65 DSGVO und BDSG sehen keinen Unterlassungsanspruch vor; insofern zutr. *Gola* (Fn 15) Rn 68.

66 Der Vorrang des Unionsrechts greift insofern allerdings nicht, vgl. Art. 84 DSGVO und EG 146 S. 4.

67 Vgl. in anderem Kontext BAG NZA 2015, 994 (Rn 19).

68 Siehe etwa *Däubler* (Fn 15) § 26 BDSG Rn 22 (Fn 33); *Kort*, Eignungsdiagnose (Fn 15) 66 f.; *Gola*, in *Gola/Heckmann* (Hg), BDSG, 13. Aufl. (München 2019) § 26 Rn 21; abw. *Preis* (Fn 11) § 611a BGB Rn 271 (keine wesentlich strengeren Anforderungen nach Datenschutzrecht als nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen).

69 Siehe zu § 32 BDSG a.F. BT-Drs. 16/13657, 20 f.; siehe hierzu *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 7: „Merkposten-Regelung“. Mit § 26 BDSG n.F. wollte der Gesetzgeber diese Regelung erklärtermaßen fortsetzen, siehe BT-Drs. 18/11325, 96 f.

Interessenabwägung zu berücksichtigen ist⁷⁰. Bei genauerer Betrachtung bestehen an der Deckungsgleichheits-These allerdings in mehrfacher Hinsicht Zweifel.

I. Datenschutzrechtliche Einwilligung?

Zu einer Verschiebung der Zulässigkeitsmaßstäbe könnte es zunächst durch das Institut der datenschutzrechtlichen Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7, Art. 4 Nr. 11 DSGVO) kommen. Die Einwilligungsoption ist – im Gegensatz zu dem (nicht verwirklichten) Entwurf der Bundesregierung für eine Beschäftigtendatenschutz-Reform aus dem Jahr 2010⁷¹ und auch zu DSGVO-Vorentwürfen⁷² – im geltenden Recht auch für den Bereich des *Beschäftigtendatenschutzes* nicht ausgeschlossen.

Für die Einwilligung eines Beschäftigten hat der deutsche Gesetzgeber zunächst besondere Formvorgaben (§ 26 Abs. 2 S. 3 und 4, Abs. 3 S. 2 BDSG) normiert. Die entscheidende Hürde ist allerdings das Erfordernis der *Freiwilligkeit*. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG sieht vor, dass bei deren Prüfung „insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen“ sind. Dabei soll es u. a. auf den Zeitpunkt der Einwilligung ankommen.⁷³ Die Begründung des Regierungsentwurfs führt hierzu zutreffend aus: „Vor Abschluss eines (Arbeits-)Vertrages werden Beschäftigte regelmäßig einer größeren Drucksituation ausgesetzt sein, eine Einwilligung in eine Datenverarbeitung zu erteilen.“⁷⁴ Allerdings soll danach selbst im Vertragsanbahnungsstadium eine Einwilligung gerade nicht vollständig ausgeschlossen sein.⁷⁵

70 Vgl. *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 72.1.

71 Vgl. § 32l Abs. 1 BDSG-E (BT-Drucks. 17/4330, 10).

72 Siehe hierzu *Gola*, Beschäftigtendatenschutz und EU-Datenschutz-Grundverordnung, *EuZW* 2012, 333 (335).

73 BT-Drucks. 18/11325, 97.

74 BT-Drucks. 18/11325, 97.

75 Siehe etwa *Kainer/Weber*, Datenschutzrechtliche Aspekte des „Talentmanagements“, *BB* 2017, 2740 (2742): „regelmäßiger“ Ausschluss der Einwilligung in der Bewerbungssituation.

Gleichwohl ist in der Bewerbungssituation die Freiwilligkeit *generell zu verneinen*, soweit sich die Einwilligung auf Daten bezieht, die der Arbeitgeber erkennbar *zum Zwecke der Entscheidung über das „Ob“ der Einstellung* erheben möchte.⁷⁶ Denn ansonsten würde man letztlich das „Recht zur Lüge“ unterlaufen: Legt der Arbeitgeber dem Bewerber zu Beginn des Vorstellungsgesprächs ein Formular vor, in dem er dessen (wie auch immer konkretisierte) Einwilligung erbittet, tritt für den Bewerber dasselbe Dilemma ein, wie im Hinblick auf die Frage selbst. Lehnt dieser die Erklärung der Einwilligung ab, muss er damit rechnen, dass der Arbeitgeber auf eine Einstellung verzichtet und auf einen anderen Bewerber ausweicht, der zur Einwilligung bereit ist. Dieses Dilemma ist analog zum „Recht zur Lüge“ aufzulösen: Es muss dem Bewerber im ersten Schritt möglich sein, die Einwilligung zu erteilen und dadurch seine Einstellungschancen zu wahren. Die Einwilligung darf für ihn dann aber keine negativen Folgen haben, d. h. ihr ist die legalisierende Wirkung zu versagen. Dem stehen die unionsrechtlichen Vorgaben der DSGVO nicht entgegen. Denn nach EG 42 S. 5 soll Freiwilligkeit nur dann zu bejahen sein, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“. Für die hier vertretene Ansicht sprechen auch die eingangs skizzierten Schutzzwecke der DSGVO, die gerade auch einen Schutz vor einer diskriminierenden Vertragsabschlussverweigerung umfassen.⁷⁷

Es lässt sich damit festhalten: Im Hinblick auf die vermeintliche Option der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist keine Verschiebung der bisherigen Zulässigkeitsmaßstäbe beim Fragerecht des Arbeitgebers im Einstellungsverfahren zugunsten des Arbeitgebers festzustellen. Die Zulässigkeit einer Frage ist allein anhand der einschlägigen Erlaubnisnormen zu bestimmen.

76 Strenger wohl *Däubler*, Gläserne Belegschaft (Fn 28) Rn 158, 209c., der in der Einstellungssituation die Einwilligung in *jegliche* Datenverarbeitung abzulehnen scheint; großzügiger wohl *Maschmann* (Fn 24) Art. 88 DSGVO Rn 62: keine Freiwilligkeit, wenn die Einwilligung „zur *conditio sine qua non* für den Abschluss des Arbeitsvertrags [...] erhoben wird“.

77 Vgl oben C. I.

II. Enger Zuschnitt der Erlaubnisnormen in Bezug auf die Verarbeitung sensibler Daten

Zu einer Maßstabsverschiebung könnte es dabei aber speziell in Bezug auf sog. sensitive Daten i. S. des Art. 9 Abs. 1 DSGVO (politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit etc.) kommen. Für diesen Bereich war bislang – auf Basis der hergebrachten Fragerechtsgrundsätze – anerkannt, dass hierauf bezogene Fragen an Stellenbewerber ausnahmsweise zulässig sein könnten, etwa dann, wenn es sich beim Arbeitgeber um ein Tendenzunternehmen (Partei, Gewerkschaft, Arbeitgeberverband etc.) handelt.⁷⁸ Ob daran unter dem Regime der DSGVO festgehalten werden kann, erscheint fraglich. Denn für die Abfrage sensibler Daten gelten Erlaubnisnormen mit besonders engem tatbestandlichen Zuschnitt (Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO/§ 26 Abs. 3 S. 1 BDSG), die über das allgemeine Erforderlichkeitskriterium (§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG) hinausgehen. Danach muss die Datenverarbeitung gerade „zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich“ sein. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen diese Anforderungen in Bewerbungssituationen bejaht werden können, wird noch an anderer Stelle eingehend untersucht.⁷⁹

III. Veränderte grundrechtliche Rahmenbedingungen

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze zu den Grenzen des Fragerechts auf einem Ausgleich kollidierender Grundrechte des *nationalen* Rechts beruhen, also von Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) einerseits und Art. 12 Abs. 1 GG (Unternehmerfreiheit) andererseits. Demgegenüber ist § 26 BDSG *unionsrechtlich* überlagert. § 26 BDSG konkretisiert die DSGVO im Rahmen des Art. 88 Abs. 1 DSGVO. Es handelt sich damit um die „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh, sodass der Anwendungsbe-

78 Siehe nur *Richardi/Fischinger*, in Staudinger, BGB, Neubearb. (2020) § 611a Rn 566 f.

79 Dazu *Gräf*, Tendenzschutz im Individualarbeitsrecht (im Entstehen).

reich der Unionsgrundrechte eröffnet ist. Es sind damit das Datenschutzgrundrecht nach Art. 8 GRCh einerseits und die Unternehmerfreiheit nach Art. 16 GRCh andererseits einschlägig.

1. Maßgebliches Grundrechtsregime

Dies wirft zunächst die grundlegende Frage nach dem Verhältnis nationaler Grundrechte zu den Unionsgrundrechten auf. Hierzu hat das BVerfG in seinen Entscheidungen „Recht auf Vergessen I und II“, die im Übrigen gerade auch datenschutzrechtliche Fallgestaltungen betreffen, ausführlich Stellung bezogen. In „Recht auf Vergessen I“ hat das BVerfG eine Prüfung allein anhand des GG vorgenommen, da es dort um einen unionsrechtlich nicht determinierten Bereich ging.⁸⁰ Allerdings ist diese Entscheidung auf die hiesige Konstellation wohl nicht übertragbar. Dort war nämlich das sog. Medienprivileg in Art. 85 Abs. 2 DSGVO einschlägig; dieses erlaubt ausdrücklich „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von der DSGVO durch das mitgliedstaatliche Recht. Im Kontrast dazu steht die Formulierung des Art. 88 Abs. 1 DSGVO für den Beschäftigtendatenschutz, die nur „spezifischere Regelungen“ („more specific rules“, „règles plus spécifiques“) gestattet. Das wird von einem Teil des Schrifttums als bewusste Entscheidung des Verordnungsgebers gedeutet, beim Beschäftigtendatenschutz keine substantiellen Abweichungen von der DSGVO zuzulassen, sondern nur Konkretisierungen bzw. Typisierungen.⁸¹ Folgt man dem, so dürfte der Beschäftigten-datenschutz eher in die Kategorie der unionsrechtlichen Determinierung fallen, die in der BVerfG-Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ einschlägig war⁸² und in der das BVerfG allein die GRCh zum Zuge kommen lässt.⁸³

80 BVerfGE 152, 152 (168 ff) – *Recht auf Vergessen I*.

81 Siehe nur *Maschmann* (Fn 24) Art. 88 DSGVO Rn 32 ff; nach a.A. besteht eine (begrenzte) Abweichungsbefugnis „nach oben“, so etwa *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 23 – beide m.w.N. zum Streit.

82 Das BVerfG hat in „Recht auf Vergessen II“ zwar darauf hingewiesen, dass die DSGVO den Mitgliedstaaten auch jenseits des Medienprivilegs „in verschiedenen Hinsichten die Schaffung von [...] punktuell abweichenden Regelungen“ ermögliche, die dem nicht determinierten Bereich zuzuordnen seien (BVerfGE 152, 216 [223]); Art. 88 DSGVO wird hier aber nicht explizit genannt.

83 Ausf. BVerfGE 152, 216 (246 ff) – „Recht auf Vergessen II“.

Das soeben Gesagte betrifft wohlgerneht nur die *automatisierte* Verarbeitung personenbezogener Daten bzw. die Verarbeitung mittels *Datensystem*. Erfolgt die Bewerberbefragung auf sonstige Weise, ist § 26 BDSG nach dessen Abs. 7 zwar anwendbar; hier bewegt sich der deutsche Gesetzgeber aber außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO und damit des Unionsrechts.⁸⁴ Um die „Durchführung von Unionsrecht“ i. S. des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh handelt es sich – auch wenn die hierzu ergangene EuGH-Rechtsprechung seit der *Fransson*-Entscheidung nicht ganz einheitlich ist – dabei nicht.⁸⁵ Damit sind in diesem Bereich an sich auch nicht die Unionsgrundrechte einschlägig. Dies würde aber zu dem seltsamen Ergebnis führen, dass im „analogen“ und im „digitalen“ Vorstellungsgespräch unterschiedliche Maßstäbe gelten: in dem einen Fall nur die GRCh, im anderen nur das GG. Die Zulässigkeit einer Arbeitgeberfrage sollte aber letztlich nicht davon abhängen, ob der Arbeitgeber die Antworten des Bewerbers in eine Excel-Tabelle einträgt oder nur handschriftlich notiert. Dies kann auch der deutsche Gesetzgeber nicht gewollt haben. Er wollte mit § 26 Abs. 7 BDSG die – untechnisch gesprochen – „analoge“ Datenverarbeitung der „digitalen“ offenkundig *umfassend* gleichstellen, also auch im Hinblick auf die Zulässigkeitsmaßstäbe. Daher wird man § 26 BDSG dahingehend auslegen müssen, dass die im „digitalen“ Bereich auf Basis der GRCh geltenden Abwägungsmaßstäbe von den deutschen Gerichten auf den „analogen“ Bereich (§ 26 Abs. 7 BDSG) zu übertragen sind. Der deutsche Gesetzgeber unterwirft damit auf einfachgesetzlichem Wege den an sich nationalen „analogen“ Bereich den Maßstäben der GRCh. Es bleibt damit zwar bei der Unanwendbarkeit der GRCh; die im „digitalen“ Bereich aus der GRCh abgeleiteten Wertungen sind aber aufgrund der „Gleichstellungsanordnung“ in § 26 Abs. 7 BDSG auch für den „analogen“ Bereich maßgeblich.

84 Siehe oben C. II. 2. a) (bei Fn 40).

85 Vgl zur ähnlichen Situation im Befristungsrecht BAG NZA 2013, 1352 (1356): keine Anwendung der GRCh auf die Erstbefristung, da diese von der Befristungs-RL nicht erfasst ist.

2. Ausblick: Neue Impulse durch den EuGH?

Ist somit für die Interessenabwägung im Bereich des Fragerechts nunmehr allein die GRCh (direkt oder über den „Umweg“ des § 26 Abs. 7 DSGVO) maßgeblich, kann dies durchaus zu einer Veränderung der bisherigen Zulässigkeitsmaßstäbe führen. Insofern wird es vor allem auf die Rechtsprechung des EuGH ankommen.⁸⁶ Konkrete Judikate zu diesem Bereich liegen zwar noch nicht vor, es ist aber durchaus möglich, dass der EuGH zukünftig auch im Bereich des Fragerechts gestaltend tätig wird und für neue Impulse sorgt. Dies gilt übrigens in beide Richtungen:

Einerseits könnte für eine stärkere Begrenzung des Fragerechts sprechen, dass in der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutzgrundrecht ein relativ strenger Kontrollmaßstab zu beobachten ist.⁸⁷ Zwar hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 8 GRCh gerade bei multipolaren Grundrechtsverhältnissen zuletzt auch Zurückhaltung geübt.⁸⁸ Im Bereich des Fragerechts ist aber – und zwar nicht nur, was die sensitiven Daten i. S. des Art. 9 Abs. 1 DSGVO angeht – die Nähe des Datenschutzrechts zum Antidiskriminierungsrecht⁸⁹ zu berücksichtigen, bei dessen Interpretation der EuGH in der Tendenz von einem hohen Schutzstandard zugunsten der Betroffenen ausgeht.

Andererseits ist aber auch denkbar, dass der EuGH punktuell die Unternehmerfreiheit in Art. 16 GRCh stärker gewichtet, als dies bisher die deutsche Rechtsprechung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG getan hat. In der EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitsrecht gibt es dafür durchaus bemerkenswerte Beispiele. Man denke nur an die jüngsten Urteile zum Kopftuchverbot in privaten Unternehmen⁹⁰ oder die *Alemo-Heron-Ent-*

86 Der EuGH hat zwar für den „analogen“ Bereich (§ 26 Abs. 7 DSGVO) keine Auslegungskompetenz; die deutschen Gerichte haben aber die vom EuGH zur „digitalen“ Datenverarbeitung getroffenen Entscheidungen auf den „analogen“ Bereich zu übertragen.

87 Vgl. Die Rspr.-Analyse und -Bewertung bei *Kühling/Raab*, in *Kühling/Buchner* (Hg.), *DSGVO/BDSG*, 3. Aufl. (München 2020) Einführung Rn 10, 31 ff.; *Streinz*, in *Streinz* (Hg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. (München 2018) Art. 8 EU-Grundrechte-Charta 2000 Rn 12 ff.

88 Vgl. insb. *EuGH NJW* 2019, 3499 (Rn 67 ff.) – *Google LLC/CNIL*.

89 Siehe oben Ausf. bei Fn 17 ff.

90 *EuGH NZA* 2017, 373 (Rn 38 ff.) – *Achbita*; allerdings relativiert durch *EuGH NZA* 2021, 1085 (Rn 83 ff.) – *IX/WABE e.V.*

scheidung im Betriebsübergangsrecht⁹¹. Überraschungsjudikate des EuGH sind beim Fragerecht auch in diese Richtung nicht ausgeschlossen.

E. Einbettung des AGG in die Fragerechtsdogmatik

Abschließend soll ein kurzer Blick auf die Frage geworfen werden, wie sich das AGG in die skizzierte datenschutzrechtliche Fragerechtsdogmatik einfügt.

I. „Diskriminierende“ Frage als Verstoß gegen das AGG?

Vielfach wird vertreten, dass eine *Frage*, die in ungerechtfertigter Weise auf ein Diskriminierungsmerkmal des § 1 AGG zielt, bereits *selbst* eine *diskriminierende Maßnahme* i. S. des § 7 Abs. 1 i. V. mit §§ 1, 3 AGG darstelle.⁹² Zwar wird man in der Frage – obwohl es sich um eine bloße Informationserhebungsmaßnahme handelt – unter teleologischen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der Richtlinien-Vorgaben noch eine „Bedingung“ für den Zugang zur Erwerbstätigkeit i. S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG sehen können.⁹³ Jedoch liegt in der Frage selbst regelmäßig keine „Benachteiligung“ i. S. des § 3 Abs. 1 AGG, insbesondere dann nicht, wenn allen Bewerbern dieselbe Frage gestellt wird.⁹⁴

Zu einer Benachteiligung kommt es in der Regel erst dann, wenn der *Bewerber später nicht eingestellt* wird. Hier kann eine „diskriminierende“ Frage als *Indiz* i. S. des § 22 AGG für die Kausalität des einschlägigen Diskriminierungsmerkmals für die Benachteiligung zu werten

91 EuGH NZA 2013, 835 – Alemo Herron.

92 So etwa Plum, in Schleusener/Suckow/Plum (Hg), AGG, 5. Aufl. (Köln 2019) § 3 Rn 36; Preis (Fn 11) § 611a BGB Rn 272.

93 Vgl auch Baumgärtner, in BeckOGK AGG, Stand 15.9.2021, § 2 Rn 28: „alle Umstände [erfasst], die sich auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit auswirken können“.

94 Zutr. Bennecke, in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, 5. Aufl. (München 2021) § 33 Rn 163 (für die Frage nach dem Alter); siehe auch Wisskirchen/Bissels, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169 f.

sein.⁹⁵ Dabei ist allerdings zu differenzieren: Wird unmittelbar nach einem Diskriminierungsmerkmal gefragt, ist regelmäßig von einer Indizwirkung auszugehen; dasselbe gilt bei der Frage nach Informationen, die mit einem Diskriminierungsmerkmal in untrennbarem Zusammenhang stehen.⁹⁶ Knüpft die Frage nur mittelbar an ein Diskriminierungsmerkmal an, kommt eine Indizwirkung zwar ebenfalls in Betracht; es ist aber stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.⁹⁷ In allen Fällen scheidet die Indizwirkung in der Regel aus, wenn der Arbeitgeber die Stelle mit einem Angehörigen der benachteiligten Gruppe besetzt.⁹⁸ Zudem kann eine benachteiligende Nichteinstellung unter den Voraussetzungen der §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt sein⁹⁹, etwa wenn die Schwerbehinderung, nach welcher der Arbeitgeber gefragt hat, aufgrund der Art der Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i. S. des § 8 Abs. 1 AGG darstellt.

Auf Rechtsfolgenseite folgt daraus, dass Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG nur im Falle einer diskriminierenden Nichteinstellung in Betracht kommen. Die „diskriminierende“ Frage selbst kann solche Ansprüche nach dem soeben Gesagten regelmäßig nicht auslösen. Ein „diskriminierend“ befragter Bewerber, der gleichwohl eingestellt wird (z. B. weil er von seinem „Recht zur Lüge“¹⁰⁰ Gebrauch gemacht hat), kann damit nicht etwa eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG allein aufgrund der Befragung verlangen (wohl aber Ersatz des immateriellen Schadens nach Art. 82 DSGVO¹⁰¹). Gleiches gilt, wenn der Bewerber zwar abgelehnt wird, wenn es dem Arbeitgeber aber im Einzelfall gelingt, die Indizwirkung

95 Siehe statt vieler *Bauer/Krieger/Günter*, AGG, 5. Aufl. (München 2018) § 22 Rn 11; *Bennecke* (Fn 94) § 33 Rn 162.

96 Zur „Untrennbarkeit“ als maßgeblichem Kriterium zur Abgrenzung zwischen einer sog. unmittelbaren „versteckten“ und einer mittelbaren Benachteiligung vgl. EuGH NZA 2019, 1634 (Rn 57) m.w.N.

97 Vgl. BAG NZA 2013, 840 (Rn 54) zur Frage nach einem Bedarf an Hilfsmitteln gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer.

98 Vgl. im Hinblick auf Stellenausschreibungen *Bauer/Krieger/Günter* (Fn 95) § 22 Rn 11.

99 Insofern wohl anders *Bennecke* (Fn 94) § 33 Rn 162: Bei einer Rechtfertigung der Frage (§§ 8–10 AGG) scheidet die Indizwirkung aus. Wenn allerdings die Benachteiligung erst in der Nichteinstellung liegt, sollte auch erst hieran die Rechtfertigungsprüfung anknüpfen.

100 Dazu sogleich noch II.

101 Auch dazu sogleich noch II.

der „diskriminierenden“ Frage (§ 22 AGG) zu widerlegen oder wenn die benachteiligende Nichteinstellung nach §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt ist. Dieses Ergebnis passt zur vergleichbaren Situation bei „diskriminierenden Ausschreibungen“ i. S. des § 11 AGG. Das BAG geht zu Recht davon aus, dass an einen Verstoß gegen § 11 AGG keine unmittelbaren Rechtsfolgen geknüpft sind, also auch keine Entschädigungspflicht nach § 15 Abs. 2 AGG.¹⁰²

II. „Diskriminierende“ Frage als Verstoß gegen das Datenschutzrecht

Dieser Befund zum AGG fügt sich scheinbar nicht in das System des Datenschutzrechts ein; denn es wurde ja gerade festgestellt, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeitskontrolle und das damit verbundene „Recht zur Lüge“ bereits an die Frage selbst anknüpft. Tatsächlich wird teilweise davon ausgegangen, dass eine i. S. des AGG „diskriminierende“ Frage kein „Recht zur Lüge“ auslöst und der Bewerber solche Fragen – anders als „nur“ datenschutzrechtswidrige Fragen – wahrheitsgemäß zu beantworten hat.¹⁰³ Demgegenüber bejaht die überwiegende Ansicht auch bei „diskriminierenden“ Fragen ein „Recht zur Lüge“.¹⁰⁴ Der h. M. ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass eine solche Frage stets als Verstoß gegen das Datenschutzrecht zu werten ist:

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich die in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale überwiegend im Kanon der bereits erwähnten sog. sensitiven Daten i. S. des Art. 9 Abs. 1 DSGVO wiederfinden, deren Verarbeitung nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässig ist (Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO/§ 26 Abs. 3 S. 1 BDSG).¹⁰⁵ Selbst diejenigen Fragen, die nur versteckt oder mittelbar auf ein Merkmal i. S. des § 1 AGG abzielen,¹⁰⁶ dürften meist unter Art. 9 Abs. 1 DSGVO fallen. Denn nach überwiegender Ansicht erfasst Art. 9 Abs. 1

102 Vielmehr soll der Verstoß auch hier nur ein Indiz i. S. des § 22 AGG in Bezug auf die spätere Ablehnung begründen können; st. Rspr., siehe nur BAG NZA 2020, 851 (Rn 43) m.w.N.

103 *Bauer/Krieger/Günter* (Fn 95), § 2 AGG Rn 23a.

104 Siehe etwa *Bennecke* (Fn 94) § 33 Rn 25a; *Wisskirchen/Bissels*, *Fragerecht* (Fn 94) 170.

105 Dazu oben bereits D. II.

106 Vgl. oben Rn 96 und 97.

DSGVO auch die Verarbeitung von Informationen, die nur indirekt bzw. mit einer gewissen statistischen Wahrscheinlichkeit Aufschluss über die in der Norm genannten Daten geben.¹⁰⁷

Selbst wenn sich eine i. S. des AGG „diskriminierende“ Frage im Einzelfall nicht unter Art. 9 Abs. 1 DSGVO/§ 26 Abs. 3 BDSG subsumieren lässt, ist jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 DSGVO i. V. mit § 26 Abs. 1 BDSG (i. V. mit Art. 88 Abs. 1 DSGVO) zu bejahen. Denn die Wertungen des AGG sind zumindest im Rahmen des datenschutzrechtlichen *Erforderlichkeitskriteriums* zu berücksichtigen;¹⁰⁸ dieses ist nicht nur bei der Verarbeitung sensibler Daten, sondern auch bei der Verarbeitung „einfacher“ personenbezogener Daten zu beachten (§ 26 Abs. 1 BDSG). Für ein Verneinen der Erforderlichkeit der Frage (und ein Bejahen des „Rechts zur Lüge“) genügt es – anders als für die bloße Indizwirkung nach § 22 AGG in Bezug auf die spätere Nichteinstellung – freilich nicht, dass die Frage nur (unmittelbar oder mittelbar) auf ein Merkmal i. S. des § 1 AGG bezogen ist. Vielmehr bedarf es hier einer Prüfung des vollständigen Diskriminierungstatbestands unter Einschluss der Rechtfertigungsebene. Da es bei dieser Prüfung an einer konkreten Benachteiligung als Anknüpfungspunkt fehlt, kann es sich nur um eine hypothetische Prüfung handeln, die an eine gedachte Nichteinstellung des Befragten anknüpft. Dahinter steht folgende Überlegung: Dürfte der Arbeitgeber die Einstellungsentscheidung im konkreten Fall nach § 7 Abs. 1 i. V. mit §§ 1, 3 AGG nicht von dem abgefragten Datum abhängig machen, ist die Frage auch nicht erforderlich i. S. des § 26 BDSG.¹⁰⁹ Diese Verknüpfung hat nicht nur eine wertungsmäßige, sondern auch eine dogmatische Berechtigung. Das datenschutzrechtliche Erforderlichkeitskriterium und die antidiskriminierungsrechtliche Rechtfertigungsprüfung gehen dogmatisch nämlich insofern Hand in Hand, als es in beiden Fällen letztlich um die Kontrolle der Legitimität des Anforderungsprofils geht, das der Arbeitgeber – in Ausübung seiner Unternehmerfreiheit – für die betroffene Stelle festge-

107 Im Einzelnen str., s. zum Meinungsstand *Petri*, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg), *Datenschutzrecht* (Baden-Baden 2019) Art. 9 Rn 11 f; *Weichert*, in Kühling/Buchner, *DSGVO/BDSG*, 3. Aufl. (München 2020) Art. 9 DSGVO Rn 22 ff.

108 So zutr. *Riesenhuber*, *Fragerecht* (Fn 14) 775: „datenschutzrechtliche Reflexwirkung des AGG“.

109 *Riesenhuber*, *Fragerecht* (Fn 14) 775.

legt hat.¹¹⁰ Die Legitimität des Anforderungsprofils richtet sich in beiden Fällen – freilich nach unterschiedlich strengen Maßstäben – nach der Art der Tätigkeit auf der zu besetzenden Stelle.¹¹¹

Eine in diesem Sinne „diskriminierende“ Frage führt damit stets – jedenfalls nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO i. V. mit § 26 Abs. 1 BDSG (i. V. mit Art. 88 Abs. 1 DSGVO) – zur datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit. Auf Rechtsfolgenseite steht dem „diskriminierend“ befragten Bewerber in der Konsequenz nicht nur ein „Recht zur Lüge“ zu; es kommen vielmehr auch – zumindest in der Theorie – die sonstigen Rechtsfolgen der DSGVO in Betracht, nämlich eine Bußgeldsanktion nach Art. 83 DSGVO und Ansprüche auf materiellen bzw. immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO. Letztere sind im AGG-Kontext freilich von praktisch untergeordneter Bedeutung: Wird ein „diskriminierend“ befragter Bewerber abgelehnt, wird er sich regelmäßig bereits – im Hinblick auf die Nichteinstellung – auf die Ansprüche aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG berufen können; denn hier kommt dem abgelehnten Bewerber hinsichtlich der Kausalität die Beweislastumkehr des § 22 AGG zugute.¹¹² Und wird der Bewerber trotz der „diskriminierenden“ Befragung eingestellt (etwa weil er von seinem „Recht zur Lüge“ Gebrauch gemacht hat), wird er den Anspruch auf immateriellen Schadensersatz aus Art. 82 DSGVO kaum jemals geltend machen.

F. Fazit

Die Fragerechtsdogmatik lässt sich teleologisch und – auf Grundlage einer modifizierten Interpretation des „Verwendungs“-Begriffs – auch

110 Vgl zum traditionellen Fragerecht bereits *Buchner*, Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen, NZA 1991, 577 (579 f): Unzulässigkeit der Frage, wenn das Anforderungsprofil, auf das die Frage abziele, „keinerlei sachlichen und vernünftigen Erwägungen“ mehr folge. Vgl zum Antidiskriminierungsrecht den Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG: „wesentliche und entscheidende *berufliche Anforderung*“ (Hervorheb. durch Verf.).

111 Siehe einerseits zum Datenschutzrecht *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 75; vgl andererseits zum Antidiskriminierungsrecht erneut den Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG: „wegen *der Art der auszuübenden Tätigkeit* [...] eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ (Hervorh. durch Verf.).

112 Siehe demgegenüber zu den Beweisproblemen bei Art. 82 DSGVO oben bereits C. III. 1. (bei Fn 50 f).

formal vollständig in das Recht des Beschäftigtendatenschutzes einpassen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als normative Grundlage für die Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers vollständig verdrängt; die These vom „Parallelschutz“ ist abzulehnen. Dies gilt auch für die Rechtsfolgenseite. Mit der Einführung der DSGVO ist es hier sogar zu einer Schutzerweiterung gekommen, da nunmehr – auch in Fällen nicht nachweisbarer Kausalität zwischen Frage und Nichteinstellung – ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz geltend gemacht werden kann (Art. 82 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO); hinzu kommt – zumindest bei flächendeckenden Verstößen – die Bußgeldsanktion nach Art. 83 Abs. 1, 5 lit. a DSGVO.

Was die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen betrifft, kann die nunmehr ausschließlich datenschutzrechtliche Verortung zu Grenzverschiebungen führen. Dies folgt zwar nicht aus der Option der datenschutzrechtlichen Einwilligung; denn bei Fragen, die sich auf das „Ob“ der Einstellung beziehen, ist generell von einer fehlenden Freiwilligkeit auszugehen. Jedoch können die – nunmehr allein maßgeblichen – Grundrechte des Unionsrechts bei der Interpretation der datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen für neue Impulse sorgen.

Das AGG knüpft an eine „diskriminierende“ Frage selbst keine eigenständigen Rechtsfolgen, sondern kommt unmittelbar erst bei Ablehnung des Bewerbers zum Zuge (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG). Jedoch ist eine „diskriminierende“ Frage stets datenschutzrechtlich unzulässig. Über die „Brücke“ des Datenschutzrechts können bei „diskriminierenden“ Fragen damit auch das „Recht zur Lüge“, die Bußgeldandrohung des Art. 83 Abs. 1, 5 lit. a DSGVO und – wenn auch nur theoretisch – die Ersatzansprüche aus Art. 82 DSGVO zum Zuge kommen.

Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen

Dr. Lena Hornkohl, LL.M. (College of Europe)*

"It is why I fear governments and large corporations – it is hard to distinguish between them."
– Nassim Nicholas Taleb

A. Einleitung

Eine der bestimmenden Fragen unserer Zeit ist der Umgang mit der wachsenden Macht¹ und gesellschaftlichen Einflussnahme Privater, besonders Unternehmen². Gerade in jüngerer Zeit haben vor allem, aber nicht nur, digitale Großkonzerne einen zunehmenden Einfluss auf menschliche, politische, natürliche und finanzielle Gegebenheiten und ihre Handlungen haben erhebliche gesellschaftliche Konsequenzen.

* Lena Hornkohl ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut Luxemburg für internationales, europäisches und regulatorisches Verfahrensrecht. Für hilfreiche Anmerkungen danke ich allen TeilnehmerInnen der 31. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft vom 25. – 27. August 2021 sowie Johanna Croon-Gestefeld. Des Weiteren danke ich Anne-Catherine Kern und Paula Luz Y Graf für ihre redaktionelle Hilfe. Der Beitrag wurde im September 2021 fertiggestellt, nachfolgende Rechtsentwicklungen mussten unberücksichtigt bleiben.

- 1 Siehe umfassend zur Diskussion des Machtbegriffes im rechtlichen Kontext *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (Tübingen 2016) 277 f; im Kontext des Privatrechts *Renner*, Machtbegriff zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, in Möslein (Hg.), *Private Macht* (Tübingen 2016) 505 f m.w.N.
- 2 Vorliegend wird oftmals auf Unternehmen entsprechend der Terminologie der „politischen Theorie von Unternehmen“ abgestellt. Die Argumente oder Begründungslinien lassen sich jedoch auch auf andere Privatrechtssubjekte übertragen, welche die noch aufzuzeigenden Anforderungen der situativen mittelbaren Grundrechtsbindung erfüllen.

Als Reaktion auf diese Entwicklungen kommt in der Wirtschaftsethik unter dem Stichwort der „politischen Theorie von Unternehmen“ vermehrt die Forderung auf, private Unternehmen nicht mehr als rein wirtschaftliche, private Institutionen zu betrachten.³ Als gesellschafts-politische Akteure sollen sie auch außerhalb der rein wirtschaftlichen Arena Verantwortung tragen müssen.

Als rechtliche Folgefrage steht dabei unter anderem sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene in Aussicht, inwieweit besonders große Unternehmen als Teil dieser Verantwortung an Grundrechte gebunden sind und sein sollten. Sowohl das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) lehnten jedoch eine irgendwie geartete Grundrechtsbindung Privater, die derjenigen Grundrechtsbindung des Staates nahekkommt, lange ab.

In jüngerer Zeit scheint sich das Blatt jedoch zu wenden. Das höchste deutsche Gericht setzt sich bereits zunehmend mit der grundrechtlichen Rechtfertigung des Handelns nichtstaatlicher Akteure auseinander.⁴ Auffällig ist, dass das BVerfG auf Argumente der Vertreter der politischen Theorie von Unternehmen abstellt: die Abhängigkeitsverhältnisse, strukturelle Überlegenheit, gesellschaftliche Bedeutung und Aufgabenwahrnehmung sowie soziale Mächtigkeit.⁵ Ihm folgte kürzlich der Bundesgerichtshof (BGH) in Bezug auf das soziale Medium Facebook in einem Urteil zu Kontosperrungen wegen Hassrede.⁶ Auf europäischer Ebene gibt es ähnliche Entwicklungen. Vor kurzem erklärte der EuGH in „Egenberger“ und „Bauer“ das europäische Gleichheitsgebot in Privatrechtsstreitigkeiten für unmittelbar anwendbar.⁷ Der EuGH stellt zwar mehr auf die Bedeutung der aus dem Unionsrecht folgenden Rechte Einzelner ab. Dennoch lag den jeweiligen Fällen auch ein strukturelles Ungleichgewicht zugrunde, das die Grenzen des Privaten verschwimmen lässt. In Grundfreiheitsfällen gab es darüber

3 Grundlegend: *Zingales*, Towards a Political Theory of the Firm, *Journal of Economic Perspectives* 2017, 113 (113 ff).

4 BVerfGE 128, 226 (226 ff); BVerfG NJW 2015, 2485 (2485 ff); BVerfGE 148, 267 (267 ff); BVerfG NJW 2019, 1935 (1935 ff).

5 Siehe hierzu unten C. I.

6 BGH GRUR-RS, 2021, 23970.

7 EuGH, 17.4.2018, C-414/16, *Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V* Rn 75, (ECLI:EU:C:2018); EuGH, 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn* Rn 85, (ECLI:EU:C:2018:87).

hinaus schon länger vom EuGH eine der neueren bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung ähnelnde Entwicklung zur horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten.⁸

Der vorliegende Beitrag eruiert die Grundrechtsbindung Privater und damit die Grenzen des Privatrechts, wenn Private gesellschaftsrelevant werden und staatsähnlich fungieren aus der Perspektive der politischen Theorie von Unternehmen. Sofern hier von staatlichen oder staatsähnlichen Aufgaben gesprochen wird, geht es um solche Aufgaben, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegen und zumindest traditionell durch den Staat selbst wahrgenommen werden.⁹ Es soll ein Ausblick auf die Problematik aus deutscher und europäischer Sicht gegeben werden. Mit Rückgriff auf die politische Theorie von Unternehmen wird ein weiterer Begründungstopos mit in die Diskussion eingestellt. Der Beitrag soll dabei erste Denkanstöße schaffen, ohne einen Anspruch auf ein vollständiges Konzept zu erheben.

B. Zwischen öffentlich und privat: Die politische Theorie von Unternehmen der Wirtschaftsethik im rechtlichen Kontext

I. Wirtschaftsethischer Hintergrund

In der (neueren) Wirtschaftsethik hat sich eine Strömung unter dem Stichwort politische Theorie von Unternehmen (meist Englisch „*political theory of the firm*“) herausgebildet.¹⁰ Danach werden Unternehmen

8 Siehe zur Rechtsprechungsentwicklung *Müller-Graff*, Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market, in *Antenbrink/Davies/Kochenov/Lindeboom* (Hg.), *The Internal Market and the Future of European Integration* (Cambridge 2019) 32 f m.w.N.

9 Siehe umfassend *Koriot* in *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz Kommentar*, 94. EL (München 2021) Art. 30 Rn 14, 15. Ähnlich auch das Verständnis des BVerfG, dazu C. I.

10 Siehe unter anderem *Hsieh*, *Justice, Management, and Governance, Corporate Governance* 2006, 261 (261 ff); *Rasche/Baur/van Huijstee/Ladek/Naidu/Perla/Schouten/Valente/Zhang*, *Corporations as Political Actors: A Report on the First Swiss Master Class in Corporate Social Responsibility, Journal of Business Ethics* 2008, 151 (151 ff); *Crane/Matten/Moon*, *Corporations and Citizenship, Cambridge* 2008, *passim*; *Crane/Matten/Moon*, *The emergence of corporate citizenship: Historical development and alternative perspectives*, in *Scherer/Palazzo* (Hg.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship* (2008) 25

nicht als rein wirtschaftliche, d.h. private Institutionen, sondern auch als Akteure in der politischen Arena oder quasi-öffentliche, staatsähnliche Akteure angesehen. Auch wenn dieser Gedanke nicht vollends neu ist,¹¹ so gelangt er gerade vor dem Hintergrund der digitalen Großkonzerne und der seit einigen Jahren vorherrschenden allgemeinen Markt- und Machtkonsolidierung erneut in den Fokus der Aufmerksamkeit. Unternehmen haben einen zunehmenden Einfluss auf menschliche, organisatorische, natürliche und finanzielle Ressourcen.¹²

Ausgangspunkt der Diskussion bietet die starke wirtschaftliche Stellung von Unternehmen. Unternehmen haben eine immense wirtschaftliche Macht im Vergleich zum Staat (bekommen).¹³ Schon in den 1930er Jahren stellten *Berle und Means* fest, dass der Aufstieg des modernen Unternehmens eine Konzentration wirtschaftlicher Macht im privaten Bereich mit sich gebracht hat, die gleichberechtigt mit dem modernen Staat konkurrieren kann.¹⁴ Diese wirtschaftliche Macht, auch im Vergleich zum Staat, hat sich in den letzten hundert Jahren noch verstärkt.¹⁵ Neuere Studien verdeutlichen diesen Trend: *Global Justice Now* berichtete 2016, dass die zehn größten Konzerne der Welt zusammen einen höheren Umsatz haben als die meisten (180) Länder

(25 ff); *Néron*, Business and the Polis: What Does it Mean to See Corporations as Political Actors?, *Journal of Business Ethics* 2010, 333 (333 ff); *Whelan*, The Political Perspective of Corporate Social Responsibility: A Critical Research Agenda, *Business Ethics Quarterly* 2012, 709 (709 ff); *Ciepley*, Beyond Public and Private: Toward a Political Theory of the Corporation, *American Political Science Review* 2013, 139 (139 ff); *Rasche*, The corporation as a political actor – European and North American perspectives, *European Management Journal* 2015, 4 (4 ff); *Zingales*, Towards a Political Theory of the Firm, *Journal of Economic Perspectives* 2017, 113 (113 ff).

11 Auch Adam Smith zeigte sich großen Unternehmen gegenüber kritisch, siehe *Smith*, *The Wealth of Nations* 1776, *passim*; später siehe *Berle/Means*, *The modern corporation and private property*, New Brunswick, NJ 1932, *passim*.

12 Siehe allein *Néron*, *Business* (Fn 10) 336.

13 Auf die parallele Diskussion um den Verlust des staatlichen Einflusses und der staatlichen Aufgabenwahrnehmung und deren mögliche rechtliche Konsequenzen wird hier nicht eingegangen, vgl. dazu u.a. schon *Cable*, *The Diminished Nation-State: A Study in the Loss of Economic Power*, *Daedalus* 1995, 23 (23 ff); siehe dazu auch *Babic/Heemskerck/Fichtner*, *Who is more powerful – states or corporations?*, 10.07.2018 (<https://theconversation.com/who-is-more-powerful-states-or-corporations-99616> [Abruf 10.08.2021]).

14 *Berle/Means*, *modern corporation* (Fn 11) *passim*.

15 Einen historischen Überblick gibt *Zingales*, *Political Theory* (Fn 10) 115.

der Welt zusammen.¹⁶ In 2018 wiederholten sie, dass 69 der 100 größten Wirtschaftseinheiten Unternehmen und nicht Staaten sind; wenn es um die Top 200 Entitäten geht, wird der Unterschied zwischen Unternehmen und Regierungen noch deutlicher: 157 sind Unternehmen.¹⁷

Die Konzentration im privaten Bereich verteilt sich dabei auf immer weniger (Groß-) Unternehmen. Während dieser Trend vor allem in den USA schon länger identifiziert wurde¹⁸, holt auch Europa¹⁹ im Hinblick auf die Konzentrationslevel auf.²⁰ Studien zeigen dabei, dass die Marktkonzentration im Laufe der Zeit im Durchschnitt zugenommen hat, jedoch eine große Heterogenität zwischen den geografischen Märkten und innerhalb verschiedener Branchen herrscht.²¹ Besonders die Informationstechnologie und digitale Großunternehmen werden im Hinblick auf Konzentrationslevel aber auch bezüglich ihrer zum Teil grundrechtsrelevanten Verhaltensweisen als besonders problematisch angesehen.²² Die dort vorkommende hohe Verbreitung von Netz-

16 Global Justice Now, 10 biggest corporations make more money than most countries in the world combined. Global Justice Now, 12.9.2016 (<https://www.globaljustice.org.uk/news/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined/> [Abruf 23.7.2021]).

17 Global Justice Now, 69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show. Global Justice Now, 17.10.2018 (<https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/> [Abruf 23.07.2021]).

18 *Abdela/Steinbaum*, The United States Has a Market Concentration Problem (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/09/ftc-2018-0074-d-0042-155544.pdf [Abruf 09.08.2021]); *Stiglitz*, Market Concentration Is Threatening the U.S. Economy (<https://www8.gsb.columbia.edu/articles/c-hazen-global-insights/market-concentration-threatening-us-economy> [Abruf 09.08.2021]).

19 *Affeldt/Duso/Gugler/Piechucka*, Market Concentration in Europe: Evidence from Antitrust Markets, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung 2021, *passim*.

20 *Bajgar/Berlingieri/Calligaris/Criscuolo/Timmis*, Industry Concentration in Europe and North America, Organisation for Economic Co-operation and Development 2019, *passim*.

21 *Affeldt/Duso/Gugler/Piechucka*, Market Concentration (Fn 19) *passim*; *Bajgar/Berlingieri/Calligaris/Criscuolo/Timmis*, Industry Concentration (Fn 20) *passim*.

22 *Bessen*, Industry Concentration and Information Technology, *Journal of Law and Economics* 2020, 531 (531 ff); *Mandel*, Competition and Concentration: How the Tech/Telecom/Ecommerce Sector is Outperforming the Rest of the Private Sector, Progressive Policy Institute 2018, *passim*.

werkexternalitäten, d.h. Situationen, in denen eine erhöhte Nutzung zu einer direkten Wertsteigerung für andere Nutzer führt, den oftmals damit einhergehenden *lock-in*-Effekten, sowie das Vorhandensein von informationsintensiven Gütern mit hohen Fixkosten und niedrigen Grenzkosten, lässt diesen Wirtschaftszweig dem *winner-takes-all*-Prinzip unterfallen.²³

Diese wachsende, konzentrierte wirtschaftliche Macht geht dabei oft mit einer gesellschaftspolitischen Macht²⁴ einher, die Unternehmen zu den mächtigsten sozialen Gebilden unserer Welt, geradezu Schlüsselinstitutionen unserer Zeit werden lässt. Oft stehen hier Lobbyismus oder andere Formen politischer Einflussnahme im Vordergrund der problematischen Verhaltensweisen.²⁵ Vor allem werden jedoch Ungleichgewichte in rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen verzeichnet. Unternehmen stehen z. B. als Arbeitgeber ihren Mitarbeitern in einem ähnlichen funktionalen Ungleichgewicht gegenüber wie der Staat dem Bürger und haben in der Funktion einen zunehmenden Einfluss auf das Leben von Einzelpersonen und die Gesellschaft als Ganzes.²⁶ Bei steigender Marktdurchdringung, gerade auf den von genannten Effekten dominierten digitalen Märkten, sind Unternehmen im Übrigen unverzichtbare Vertragspartner, was ein entsprechendes Ungleichgewicht beinhaltet.²⁷

Unternehmen übernehmen ohnehin immer mehr Funktionen, die traditionell dem Staat zufallen. Damit stehen sie den Bürgern in einer staatsähnlichen²⁸ Art und Weise entgegen, auch wenn sie dem Staat

23 Zingales, Political Theory (Fn 10) 121.

24 Insoweit liegt der Diskussion in der Wirtschaftsethik jedoch ein sozialwissenschaftlicher Machtbegriff zugrunde, siehe zur Unterscheidung *Starke*, EU-Grundrechte (Fn 1) 278 f

25 Einen Fokus darauf legen *Bernhagen/Bräuninger*, Structural Power and Public Policy: A Signaling Model of Business Lobbying in Democratic Capitalism, Political Studies 2005, 43 (43).

26 *Ciepley*, Beyond Public and Private (Fn 10) 139, 153 f; *Hsieh*, Survey Article: Justice in Production, Journal of Political Philosophy 2008, 72 (72 ff); *McMahon*, The Political Theory of Organizations and Business Ethics, Philosophy & Public Affairs 1995, 292 (292 ff); kritisch dazu *Moriarty*, On the Relevance of Political Philosophy to Business Ethics, Business Ethics Quarterly 2005, 455 (455 ff).

27 Dazu generell *Savary*, Regulierung von Gatekeeper-Plattformen, RD 2021, 117 (117 ff); *Gielen/Uphues*, Digital Markets Act und Digital Services Act, EuZW 2021, 627 (627 ff).

28 Zum Staatsbegriff siehe oben A.

unter anderem mangels Zwangsgewalt nicht gleichstehen.²⁹ Erfasst werden nicht nur Privatisierungen, d.h. Verlagerung von bisher staatlichen Aktivitäten in den privatwirtschaftlichen Sektor.³⁰ In bestimmten Bereichen, wie beispielsweise der Bonitätsprüfung durch die Schufa AG, nehmen Unternehmen seit jeher staatsähnliche oder zumindest (grundrechts-)wesentliche Aufgaben wahr.³¹ Auch durch die Bereitstellung wesentlicher Güter und Dienstleistungen hat das Handeln von Unternehmen bedeutende öffentliche, gesellschaftswesentliche Konsequenzen.³² Vor allem die digitalen sozialen Netzwerke als Inhaber wesentlicher Kommunikationsräume stellen heute wesentliche Foren der Meinungsäußerung dar, welche sich zuvor auf Plattformen abspielte, die zumindest stärker staatlich reguliert wurden.³³

Unternehmen sind nach alledem in einigen Bereichen zwar nicht zu staatlichen, aber zu staatsähnlichen, gesellschaftsrelevanten Akteuren geworden. Deren Tätigkeiten haben nicht nur Auswirkungen auf eine Vielzahl von Interessengruppen, sondern sie erfüllen auch ein öffentliches Interesse. Damit kommt solchen Unternehmen eine andere gesellschaftsrelevante Bedeutung zu als nur die Gewinnmaximierung und das Wohlergehen der Aktionäre. Die klassische Trennung zwischen Unternehmen, die sich auf Gewinnmaximierung konzentrieren, und dem Staat oder der öffentlichen Hand, die versuchen, soziale Ziele außerhalb des Marktes zu realisieren, wird insoweit von der politischen Theorie von Unternehmen in Frage gestellt. Eine solche Einteilung erkennt die Rolle von Unternehmen in der und für die Gesellschaft. Ihr Verhalten darf sich nicht nur an wirtschaftlichen Zielen orientieren, sondern muss auch die Gesellschaftsrelevanz im Auge behalten.³⁴

29 Néron, Business (Fn 10) 338.

30 Siehe Reese-Schäfer, Deutungen der Gegenwart, Privatisierung und politische Macht, Stuttgart 2019, 205 (205); im Ansatz Beisecker/Braunmühl/Wichterich/Winterfeld, Die Privatisierung des Politischen, Femina Politica 2007, 28 (28 ff).

31 Ähnlich im rechtlichen Kontext Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 (13).

32 Ciepley, Beyond Public and Private (Fn 10) 152.

33 Aus rechtlicher Perspektive Jobst, Grundrechtsbindung Privater (Fn 31) 15 f

34 Néron, Business (Fn 10) 333.

II. Rechtlicher Kontext

Diese Entwicklungen lassen auch einen anderen Blick auf rechtliche Kategorien zu. Rechtlich gesehen gehören Unternehmen grundsätzlich zur privaten Sphäre der klassischen Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht. Sie haben zwar beispielsweise über steuerrechtliche Verpflichtungen eine gewisse gesellschaftliche Verantwortung, entziehen sich darüber hinaus aber grundsätzlich einer Rechenschaftspflicht gegenüber der Gesellschaft. Überträgt man den Gedanken der zunehmenden Gesellschaftsrelevanz von Unternehmen aus der politischen Theorie von Unternehmen in einen rechtlichen Kontext, geht es vor allem darum, dass eine Flucht ins Privatrecht ausgeschlossen wird. Dieser Gedanke ist dem Privatrecht nicht völlig fremd. Auch das Privatrecht, welches die Privatautonomie zu Recht als oberste Prämisse aufweist, erkennt seine gesellschaftliche Verantwortung an, was sich z.B. an Regelungen wie dem AGG zeigt.

Zur Übertragung der Ideen der politischen Theorie von Unternehmen in einen rechtlichen Kontext kommen verschiedene Ansätze in Betracht. Praxen, die unter dem Stichwort „Corporate Social Responsibility“ (CSR) bekannt sind, werden hier ausgeklammert, da damit nur der freiwillige Beitrag der Wirtschaft zu einer nachhaltigen Entwicklung umschrieben wird.³⁵

Zu denken ist auch an eine zunehmende Regulierung von Unternehmen in gesellschaftlich relevanten Bereichen, die heute schon im Ansatz erfolgt.³⁶ Im Gegensatz zu privatisierten Märkten sind es jedoch gerade die digitalen Märkte, auf denen (noch) weitgehend unreguliert operiert wird. So hat das Medienrecht in traditionellen Bereichen privater und öffentlicher Information und Kommunikation für eine

35 Siehe *Walden*, Corporate Social Responsibility: Rechte, Pflichten und Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 2020, 50 (50 ff); *Barsan/Hertslet*, Unternehmensinteresse, Gesellschaftszweck und Corporate Social Responsibility, IWRZ 2019, 256 (256 ff); *Spießhofer*, Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, NJW 2014, 2473 (2473 ff); *Birk*, Corporate Responsibility, unternehmerische Selbstverpflichtungen und unlauterer Wettbewerb, GRUR 2011, 196 (196 ff).

36 Siehe z.B. *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke 2018, *passim*.

weitreichende Regulierung gesorgt.³⁷ In digitalen Bereichen ist dies auf europäischer und deutscher Ebene noch dünn gesät; das Netzwerkdurchsetzungsgesetz³⁸, der neue Medienstaatsvertrag³⁹ oder vereinzelte EU-Richtlinien sowie das vorgeschlagene *Digital Markets and Digital Services Act*-Paket⁴⁰ sind erste Ansätze in die richtige Richtung.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob private Unternehmen mit bestimmter gesellschaftlicher Relevanz in bestimmten Situationen, in denen sie ähnlich wie der Staat handeln, auch ähnlich wie der Staat rechtfertigungsbedürftig und grundrechtsgebunden sein sollten. Eine mögliche lückenfüllende Funktion der Grundrechtsbindung im Verhältnis zu weiterer Regulierung soll hier bereits erwähnt werden.⁴¹

In der Rechtswissenschaft wird die Grundrechtsbindung Privater auf europäischer und deutscher Ebene schon seit langem diskutiert. Auf die klassischen, genuin rechtswissenschaftlichen Argumente, z. B. zur Reichweite des Wortlautes von Art. 1 Abs. 3 GG, soll hier nicht weiter eingegangen werden.⁴² Vielmehr sollen die genannten Argumente der politischen Theorie von Unternehmen als (weitere) Erläuterungspunkte dienen, um eine Grundrechtsbindung vor allem von mächtigen privatrechtlichen Unternehmen als intermediäre Gewalt zu begründen: Staatsähnliche Verhaltensweisen erfordern staatsähnliche Konsequenzen auch in Privatrechtsverhältnissen.

37 Im Vergleich mit der digitalen Medienwelt *Schütz*, Regulierung in der digitalen Medienwelt, *Multimedia und Recht* 2018, 36 (36 ff).

38 Einen Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte gibt *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, *Multimedia und Recht* 2018, 26 (26 ff).

39 Dazu, statt aller *Gerecke/Stark*, Ein neues Medienrecht für Deutschland, *GRUR* 2021, 816 (816 ff).

40 Dazu, statt aller *Basedow*, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, *ZEuP* 2021, 217 (217 ff); *Schmid/Grewe*, Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Onlinedienste“, *Multimedia und Recht* 2021, 279 (279 ff).

41 Siehe unten D. II.

42 Siehe zuletzt umfassend *Muckel/Schlacke*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in *Sacksofsky* (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik* (Berlin 2020) 246 (246 ff).

C. Die neue Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung Privater im Lichte der politischen Theorie von Unternehmen

In ersten Ansätzen wird die Argumentation der Vertreter der politischen Theorie von Unternehmen im Hinblick auf die Grundrechtsbindung Privater in Grundzügen vom EuGH, vor allem aber durch das BVerfG aufgenommen. Kürzlich meldete sich auch der BGH zu Wort, der verdeutlicht, dass eine gewisse Grundrechtsbindung gesellschaftsrelevanter Privatunternehmen zumindest in Deutschland bereits gefestigt ist.

I. Das BVerfG: Der Vorreiter

Entgegen der frühen, weitsichtigen Auffassung von *Nipperdey*⁴³ war seit der „*Lüth*“-Entscheidung⁴⁴ des BVerfG eine *strenge* Lehre der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten vorherrschend.⁴⁵ Danach gelten Grundrechte nur indirekt in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen, indem sie als Teil der Werteordnung über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das Privatrecht einwirken.⁴⁶

Das BVerfG hält zwar äußerlich an der mittelbaren Drittwirkung fest. Die Rechtsprechungsentwicklung der letzten zehn Jahre⁴⁷ lässt jedoch die Grenzen zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung verschwimmen. Mittlerweile wiederholte das Gericht in mehreren Entscheidungen die Aussage, dass durch die mittelbare Drittwir-

43 *Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121 (121 ff).

44 BVerfGE 7, 198 (198 ff).

45 Grundlegend *Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 2019, 1 (1 ff).

46 Grundlegend *Knebel*, Drittwirkung (Fn 36) 33 ff

47 Dazu unter anderem auch *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11; *Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechts-sicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (34 ff); *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 (901 ff); *Muckel*, Entsperrung des Accounts eines sozialen Netzwerks, JA 2019, 710 (710 ff); *Michl*, Situativ staats-gleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910 (910 ff); *Sachs*, Grundrechte: Bindung Privater an Anforderungen des allgemeinen Gleichheits-satzes, JuS 2019, 1037 (1037 ff); *Sachs*, Grundrechte: Ausstrahlungswirkung von Art. 3 I GG auf das Privatrecht, JuS 2019, 89 (89 ff).

kung der Grundrechte Private „ähnlich oder genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden [können], insbesondere wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantienstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“ und die „mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe oder auch gleichkommen“ kann.⁴⁸

Das BVerfG entschied dies jedoch nicht kategorisch, sondern nur *situativ* für bestimmte Rechtsverhältnisse und Konstellationen.⁴⁹ In „*Bierdosen-Flashmob*“ griff das Gericht den Gedanken der Herrschaft über einen dem öffentlichen Verkehr eröffneten Raum und dessen Kommunikationsfunktion auf, welcher schon in „*Fraport*“ anklang⁵⁰. Das Gericht entschied in Anwendung der Lehre der mittelbaren Drittwirkung von Art. 8 GG, dass ein Platz, welcher im alleinigen Privateigentum einer GmbH und Co. KG steht, als Ort einer Demonstration genutzt werden dürfe.⁵¹

In der „*Stadionverbot*“-Entscheidung legte das BVerfG die situativ mittelbare Drittwirkung ebenfalls weit aus und forderte, dass beim Ausspruch eines Stadionverbots durch einen privaten Stadionbetreiber das Gleichbehandlungsgebot der potentiellen Besucher aus Art. 3 Abs. 1 GG und das Eigentumsrecht des Stadionbetreibers aus Art. 14 Abs. 1 GG im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen seien.⁵² Im konkreten Fall forderte das BVerfG in Folge dieser Abwägung einen sachlichen Grund für das Stadionverbot sowie bestimmte verfahrensrechtliche Schritte, insbesondere eine vorherige Anhörung und nachträgliche Begründung.⁵³ In einem einstweiligen Anordnungsverfahren zu „*Facebook*“ bezüglich der Verpflichtung zum vorübergehenden Entsperren eines Nutzer-Accounts ließ das BVerfG die Frage einer weitgehenden Grundrechtsbindung des sozialen Netzwerkbetreibers im End-

48 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485).

49 Ebenso *Mickl*, Grundrechtsbindung (Fn 47) 910 ff; *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11.

50 BVerfGE 128, 226 (246). In „*Fraport*“ stand jedoch nicht eine mittelbare Drittwirkung in Abrede, weil es dort um ein vom Staat beherrschtes Privatunternehmen ging. Dennoch geben einige Argumentationslinien des Urteils Ausblick auf die folgende Rechtsprechungsentwicklung.

51 BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485 ff).

52 BVerfGE 148, 267 (267 ff).

53 BVerfGE 148, 267 (281).

effekt aufgrund des vorläufigen Charakters der Entscheidung offen.⁵⁴ Eine Tendenz für eine Grundrechtsbindung lässt sich aber im Wortlaut des Beschlusses erkennen.⁵⁵

Bei der schrittweisen Abkehr der lange als apodiktisch geltenden, strengen „Lüth“-Auffassung des BVerfG zu einer Doktrin der situativ mittelbaren Drittwirkung bedient sich das Gericht auch maßgeblich Argumenten, die an die politische Theorie von Unternehmen angelehnt sind. „Fraport“ und „Bierdosen-Flashmob“ stellen auf die Eröffnung privater Räume für die Allgemeinheit und deren Bedeutung als Raum öffentlicher Kommunikation ab.⁵⁶ Wie das Gericht unterstreicht, übernehmen Unternehmen bei der Bereitstellung der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation auch eine Funktion, die früher dem Staat zugewiesen war.⁵⁷ Es stellt als Kriterium der einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder gleichkommenden, situativ mittelbaren Drittwirkung für Private, auf die dem Staat vergleichbaren Pflichten- oder Garantenstellung der entsprechenden Unternehmen ab.⁵⁸ In beiden Entscheidungen wird die quasi-staatliche Funktion von Unternehmen hervorgehoben.

Die Parallelen zur Argumentation der politischen Theorie von Unternehmen werden in der „Stadionverbot“-Entscheidung noch deutlicher. Den Umfang der mittelbaren Drittwirkung macht das BVerfG dort grundsätzlich von verschiedenen Faktoren abhängig, wobei „die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen.“⁵⁹ Auch wenn das BVerfG im „Facebook“-Beschluss nicht endgültig entschied, betonte es dort zumindest die erhebliche Marktmacht des sozialen Netzwerks.⁶⁰

Im „Stadionverbot“-Fall folgt die konkrete Beachtung von Art. 3 Abs. 1 GG im Rahmen der Abwägung laut BVerfG im Übrigen daraus, dass die Veranstaltung einem „großen Publikum ohne Ansehen der Per-

54 BVerfG, NJW 2019, 1935 (1935 ff).

55 Siehe diesbezüglich den Wortlaut bei BVerfG, NJW 2019, 1935 (1936).

56 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485).

57 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485 f).

58 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485 f).

59 BVerfGE 148, 267 (278).

60 BVerfG, NJW 2019, 1935 (1936).

son“ geöffnet wird, der Veranstalter für die „Betroffenen in einem erheblichen Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet“ und dem Veranstalter demnach „von Verfassungen wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung“ sowie die schon angesprochene Entscheidungsmacht erwachse.⁶¹ Es ist hier nicht allein der physische Raum, sondern vor allem auch die Veranstaltung an sich entscheidend.⁶²

Allgemein spielen für das BVerfG in seiner Begründung auf der einen Seite die Disparität der Vertragsparteien und strukturelle Ungleichgewichte, auf der anderen Seite die Eröffnung eines wesentlichen öffentlichen Kommunikationsraums, einer genuin staatlichen Aufgabe, eine maßgebliche Rolle.

II. Der BGH in „Facebook Hassrede“: Neueste Entwicklungen

Die vom BVerfG offengelassene Frage der Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke griff der BGH kürzlich in einem Urteil zu Facebook-Kontosperrungen wegen Hassrede auf.⁶³ Der BGH nutzte die AGB-Kontrolle zur Überprüfung von Facebooks Gemeinschaftsstandards in Bezug auf die Löschung von Beiträgen und Sperrung von Nutzerkonten. Bei der Frage, ob eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB vorliegt, seien laut BGH die kollidierenden Grundrechte der Nutzer, insbesondere die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, und diejenigen der Plattform-Betreiber, insbesondere die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen.⁶⁴ In der konkreten Abwägung sieht der BGH – ähnlich wie im „Stadionverbots“-Fall – für Facebook vor allem verfahrensrechtliche Konsequenzen bei der Löschung von Beiträgen und Sperrung von Nutzerkonten vor.⁶⁵

61 BVerfGE 148, 267 (280).

62 So auch *Smets*, Stadionverbotsentscheidung (Fn 47) 35.

63 BGH, GRUR-RS, 2021, 23970; dazu *Lutzi*, Plattformregulierung durch AGB-Kontrolle?, 30.07.2021, <https://verfassungsblog.de/facebook-agb-kontrolle/> [Abruf: 10.08.2021].

64 BGH, GRUR-RS 2021, 23970.

65 Im Detail dazu BGH, GRUR-RS 2021, 23970.

Damit wendet der BGH die Standards der oben aufgeführten Rechtsprechungslinie des BVerfG zur situativ mittelbaren Grundrechtswirkung direkt an. Der BGH betont ebenfalls die „Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung bestimmter Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite“; Argumente der politischen Theorie von Unternehmen.⁶⁶ Gleichzeitig unterstreicht der BGH zwar, dass Facebook nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist und macht die Unterschiede zur direkten Grundrechtsbindung des Staates deutlich.⁶⁷ Der BGH nimmt aber eine solche Abgrenzung nur vor, um die eigene Grundrechtsberechtigung Facebooks und die Rolle der Abwägung entsprechend den Regeln der praktischen Konkordanz hervorzuheben.⁶⁸

Die situativ mittelbare Grundrechtsbindung der sozialen Plattform ist gerechtfertigt.⁶⁹ Facebook eröffnet auf seiner Plattform einen (digitalen) Kommunikationsraum des gesellschaftlichen Lebens für ein unbegrenzt großes Publikum ohne Ansehen der Person, durch das sogar teilweise klassische öffentliche Begegnungsräume verdrängt werden.⁷⁰ Mit der Eröffnung öffentlicher Kommunikationsräume nehmen Facebook und andere soziale Medienplattformen eine staatsähnliche Aufgabe im oben erläuterten Sinne wahr. Darüber hinaus benutzt ein Großteil der Gesellschaft Facebook und andere soziale Medienplattformen⁷¹, was ihnen eine erhebliche gesellschaftsbeherrschende Stellung zukommen lässt.⁷²

66 BGH, GRUR-RS 2021, 23970 Rn 55.

67 BGH, GRUR-RS 2021, 23970 Rn 59.

68 BGH, GRUR-RS 2021, 23970 Rn 59 aE.

69 Siehe dazu unter anderem *Michl*, Grundrechtsbindung (Fn 47) 910 ff; *Hellgardt*, Drittwirkung (Fn 47) 901 ff; *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1 (1 ff); *Smets*, Stadionverbotsentscheidung (Fn 47) 36; *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 14.

70 So auch *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 15 f; siehe dazu auch bereits oben unter B. I.

71 Dazu: *Beisch/Schäfer*, ARD/ZDF-Onlinestudie 2020, Media Perspektiven 2020, 462 (462 ff).

72 So auch *Smets*, Stadionverbotsentscheidung (Fn 47) 36; angedeutet bereits in: BVerfG NJW 2019, 1935 (1935 ff).

III. Der EuGH: der Nachzügler

In der Rechtsprechung des EuGH, der keine Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsbindung wie im deutschen Recht kennt, wurde mit „Egenberger“ und „Bauer“ vor allem die unmittelbare Wirkung des europäischen Gleichheitsgebots in Privatrechtsverhältnissen als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts und folgend aus Art. 21 EUGRCh anerkannt.⁷³ Im Gegensatz zum BVerfG bedient sich der EuGH aber primär genuin rechtswissenschaftlicher Argumente zur Begründung der direkten Anwendbarkeit des Grundrechts im Privatrechtstreit, z. B. dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 EUGRCh.⁷⁴

Zumindest indirekt lässt sich jedoch ebenfalls eine Parallele zur politischen Theorie von Unternehmen ziehen. Auch wenn der EuGH nicht ausdrücklich darauf hinweist, so waren in den zugrundeliegenden Rechtsstreitigkeiten sowohl Ungleichgewichte als auch ein Vergleich mit staatlicher Aufgabenwahrnehmung wahrnehmbar. In beiden Urteilen handelt es sich um arbeitsrechtliche Streitigkeiten. In Vorgängerurteilen wurde das europäische Gleichheitsgebot vor allem in Arbeitsrechtsstreitigkeiten gegenüber staatlichen Arbeitgebern angewandt.⁷⁵ Durch „Egenberger“ und „Bauer“ sollte auch vermieden werden, dass ein (europa)rechtlicher Schutz von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Qualität des Arbeitgebers abhängig ist.

Im Kontext der politischen Theorie von Unternehmen bietet sich vor allem aber ein Blick auf die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten an, die zumindest in dem Sinne verwandt sind, dass sie sich ebenfalls primär an den Staat richten.⁷⁶

73 EuGH 17.4.2018, C-414/16 *Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*, Rn 75 (ECLI:EU:C:2018:257); EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16 *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn*, Rn 85 (ECLI:EU:C:2018:871).

74 EuGH 17.4.2018, C-414/16 *Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*, Rn 77 (ECLI:EU:C:2018:257); EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16 *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn*, Rn 87 (ECLI:EU:C:2018:871).

75 Siehe diesbezüglich auch das Urteil EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16 *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn* (ECLI:EU:C:2018:871) selber, bei dem es sowohl um einen staatlichen als auch einen privatrechtlichen Arbeitgeber ging.

76 So auch: *Knebel*, Drittwirkung (F. 36) *passim*.

Eine kategorische Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Privatrechtsverhältnisse wird von der Rechtswissenschaft zwar stetig gefordert,⁷⁷ wurde aber vom EuGH bisher nicht anerkannt. Im Gegensatz dazu nimmt der EuGH auch eine situationsbedingte unmittelbare Bindung Privater je nach anwendbarer Marktgrundfreiheit an, vor allem in Ungleichheitsverhältnissen oder bei quasi-staatlicher sowie staatsähnlicher Aufgabenwahrnehmung Privater.

Wie auch vom BVerfG, fallen ohnehin solche privatrechtlichen Einrichtungen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, an denen der Staat beteiligt ist oder auch nur durch Finanzierung oder andere Formen der Überwachung eine gewisse Kontrolle ausübt.⁷⁸ Gleichzeitig werden vermehrt private Kollektivorganisationen mit delegierter oder autonomer Rechtssetzungsbefugnis in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten miteinbezogen, gerade weil diese über eine dem Staat vergleichbare Stellung verfügen. In der Vergangenheit wurden unter anderem Gewerkschaften⁷⁹, Berufsverbände oder andere Stellen, welche die Ausübung eines bestimmten Berufs oder den Zugang zu einem bestimmten Markt ermöglichen,⁸⁰ Sportverbände⁸¹ sowie private Normierungs- und Zertifizierungsorganisationen⁸² erfasst. Der EuGH betonte in dem Zusammenhang mehrfach, dass solche privatrechtlichen Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie und dem deutlichen Machtgefälle solche Hindernisse auf-

77 Siehe nur *Müller-Graff*, Horizontal Effect (Fn 6) 32.

78 EuGH 24.11.1982, 249/81 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Irland* (ECLI:EU:C:1982:402); ähnlich siehe: BVerfGE 128, 226 (226 ff).

79 EuGH 11.12.2007, C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti* (ECLI:EU:C:2007:772); EuGH 18.12.2007, C-341/05 *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet* (ECLI:EU:C:2007:809).

80 EuGH 7.5.2019, C-431/17 *Monachos Eirinaios gegen Dikigorikos Syllogos Athinon* (ECLI:EU:C:2019:368).

81 EuGH 12.12.1974, 36/74 *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch gegen Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie und Federación Española Ciclismo* (ECLI:EU:C:1974:140); EuGH 15.12.1995, C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman* (ECLI:EU:C:1995:463).

82 EuGH 12.7.2012, C-171/11 *Fra.bo SpA gegen Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW)* (ECLI:EU:C:2012:453).

richten können, die durch die Marktgrundfreiheiten eigentlich beseitigt werden sollten und staatlichen Stellen verboten sind.⁸³ Sie stellen damit eine intermediäre Gewalt dar.

Mit einer ähnlichen Argumentation ging er im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit sogar noch weiter und wandte Art. 45 AEUV gegenüber privaten Arbeitgebern direkt an, die keine Kollektivorganisationen darstellten.⁸⁴ Laut EuGH werden Arbeitsbedingungen nicht nur durch Gesetze, sondern vor allem auch durch Vereinbarungen und andere von Privatpersonen erlassene Rechtsakte geregelt, die oftmals einseitig vom Arbeitgeber vorgegeben werden.⁸⁵ Ähnlich wie das BVerfG stellt der EuGH demnach im Rahmen der Grundfreiheiten auch entweder auf staatsähnliches Handeln des Unternehmens oder ein kategorisches Ungleichgewicht bzw. Machtgefälle ab.

IV. Genese

Besonders in der Rechtsprechung des BVerfG und BGH zeigen sich schon deutlich Einflüsse der politischen Theorie von Unternehmen bei der Frage der situativ mittelbaren Grundrechtsbindung Privater. Der EuGH steht mit seiner Rechtsprechung zur Wirkung der EU-Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen noch am Anfang. Eine der deutschen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vergleichbare Argumentationslinie lässt sich in der Rechtsprechung zur horizontalen Drittwirkung von Grundfreiheiten wahrnehmen.

83 EuGH 12.12.1974, 36/74 *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch gegen Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie und Federación Española Ciclismo* (ECLI:EU:C:1974:140); EuGH 15.12.1995, C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman*.

84 EuGH 7.5.1998, C-350/96 *Clean Car Autoservice GesmbH gegen Landeshauptmann von Wien* (ECLI:EU:C:1998:205); EuGH 6.6.2000, C-281/98 *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (ECLI:EU:C:2000:296); EuGH 17.7.2008, C-94/07 *Andrea Raccanelli gegen Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV* (ECLI:EU:C:2008:425).

85 EuGH 6.6.2000, C-281/98 *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (ECLI:EU:C:2000:296).

Wie in der politischen Theorie von Unternehmen wird die Staatsähnlichkeit bestimmter Unternehmen oder ihrer Handlungen hervorgehoben. Dabei stehen die funktional staatsähnliche Aufgabenwahrnehmung (z. B. Bereitstellung öffentlichen Kommunikationsraums, Rechtssetzungsbefugnis) oder strukturell staatsähnliche Ungleichgewichte oder Abhängigkeitsverhältnisse (z. B. Betreiben eines gesellschaftswesentlichen sozialen Netzwerkes, Arbeitsverhältnisse) im Vordergrund. Letztendlich kommt es in der bisherigen, vor allem deutschen Rechtsprechung auf einen entscheidenden Punkt an: Das Verhalten privater, staatsähnlicher Handlungsakteure soll mithilfe der Grundrechtsbindung im grundrechtsrelevanten Bereich einer gewissen Kontrolle unterzogen werden. Als Konsequenz sind in der Regel die konkurrierenden Grundrechte der Bürger mit denjenigen der gleichzeitig situationsbedingt grundrechtsverpflichteten aber grundsätzlich grundrechtsfähigen Unternehmen im Sinne der praktischen Konkordanz abzuwägen. Durch die Bank bringt so eine Abwägung in der bestehenden Rechtsprechung verfahrensrechtliche Pflichten, wie Unterrichtungs-, Rechtfertigungs- und Anhörungspflichten mit sich.

D. Umfang und Grenzen der situativ mittelbaren Grundrechtsbindung Privater und weitere Regulierung

Die Argumente der politischen Theorie von Unternehmen sprechen für eine *erweiterte situativ-mittelbare* Grundrechtsbindung in den beschriebenen staatsähnlichen Privatrechtsverhältnissen. Dies wird auch durch die aktuelle Rechtsprechungsentwicklung, vor allem des BVerfG, unterstrichen. Mit Rechtsprechung des BVerfG ist hier terminologisch noch von einer *mittelbaren* Grundrechtsbindung auszugehen, obwohl, wie das BVerfG bereits selbst feststellte, solche mittelbare Grundrechtsbindung Privater der Sache nach nah an die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates herankommen kann.⁸⁶

Für das Privatrecht hat dies weitreichende Folgen: Die Grenze zwischen dem Öffentlichen und Privaten und damit auch dem öffentlichen und privaten Recht verschwimmen in dem Bereich. Die Parameter dieser *erweiterten situativ mittelbaren* Grundrechtsbindung für solche

86 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG NJW 2015, 2485 (2485); siehe auch C.I.

gesellschaftsrelevanten, staatsähnlichen Privatrechtsverhältnisse müssen abgesteckt werden. Eine Abgrenzung zu reinen Privatrechtsverhältnissen muss erfolgen, die selbstredend privatrechtlichen Regeln sowie der klassischen, strengen „Lüth“-Doktrin der mittelbaren Grundrechtsbindung unterfallen. Der politischen Theorie von Unternehmen und auch der aktuellen Rechtsprechungsentwicklung lassen sich dafür bereits einige Eckpunkte entnehmen, die hier ergänzt werden sollen.

I. Korrekturfunktion

Ausgangspunkt für Privatrechtsverhältnisse muss das Privatrecht und die Privatautonomie bleiben. Auch Private mit beschriebenem gesellschaftswesentlichem Status lösen sich nicht vollständig aus Privatrechtsverhältnissen heraus. Damit aber keine „Flucht ins Privatrecht“ erfolgt oder solche gesellschaftswesentliche Private sich hinter der Maske des Privatrechts verstecken, muss eine *Korrekturfunktion* der Grundrechte über die private Grundrechtsbindung eingreifen. Wie bereits erwähnt, erfolgt dies zumindest im deutschen Recht dogmatisch stringent über die mittelbare Drittwirkung und privatrechtliche Generalklauseln als Einfallstor. Es wird entsprechend der hier verwendeten Terminologie von einer erweiterten situativ mittelbaren Grundrechtsbindung ausgegangen.

Da das Privatrecht auch oberste Prämisse bleibt, ist eine solche mittelbare Grundrechtsbindung eben nur situativ in bestimmten Konstellationen relevant und gilt nicht kategorisch in Privatrechtsverhältnissen.⁸⁷ In einfachen Privatrechtsverhältnissen ergeben sich demnach keine Änderungen. Wie sowohl von der politischen Theorie von Unternehmen angedacht als auch von der Rechtsprechung, vor allem derjenigen des BVerfG, vorgesehen, sind es Situationen, in denen Private staatsähnlich funktionieren und gesellschaftsrelevante Aufgaben übernehmen, in denen eine erweiterte situativ mittelbare Grundrechtsbindung zur Anwendung kommen sollte. Der Anwendungsbereich kann entweder bei einer funktional staatsähnlichen Aufgabenwahrnehmung oder bei strukturell staatsähnlichen Ungleichgewichten oder Abhän-

87 So auch *Michl*, Grundrechtsbindung (Fn 47) 910 ff.; *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11 ff.

gigkeitsverhältnissen im oben erläuterten Sinne eröffnet sein. Soweit eigene Grundrechte der grundrechtsgebundenen Privaten betroffen sein können, ist eine Abwägung im Wege der praktischen Konkordanz, wie es das BVerfG in „Stadionverbot“ und der BGH in „Facebook Hassrede“ selbst vorgegeben hat, anwendbar.

Konkret in Betracht kommen Betreiber von öffentlichen Kommunikationsstätten⁸⁸, vor allem soziale Netzwerke und andere digitale Plattformbetreiber. Soziale Netzwerke dienen als wesentliche Kommunikationsstätte. Große digitale Plattformen stellen darüber hinaus aufgrund der bereits angesprochenen Netzwerkeffekte und dem damit einhergehenden „Lock-in“ oft einen unverzichtbaren Vertragspartner dar.⁸⁹ Zudem kommen vor allem Unternehmen in Betracht, die z. B. im Gesundheits-, Bildungs- und Sicherheitssektor vormals originär staatliche Aufgaben im öffentlichen Interesse übernehmen. Auch das bereits angesprochene Auskunftswesen bietet sich an.⁹⁰ Unternehmen, denen regelsetzende Funktion zukommt, wie z. B. private Normierungsorganisationen, sind ebenfalls in den Anwendungsbereich miteinbezogen. Gleichfalls sind Kollektivorganisationen zu nennen, bei denen gegenüber den Mitgliedern auch staatsähnliche Strukturen herrschen. Dies sind vor allem Verbände, beispielsweise Sportverbände oder Gewerkschaften. Schließlich ist insbesondere an solche Verhältnisse zu denken, bei denen eine starke Disparität zwischen den Vertragspartnern herrscht. Dies können mit dem EuGH z. B. Arbeitsverhältnisse sein. Zu denken ist jedoch auch an große Mietunternehmen in Regionen mit einem angespannten Mietmarkt.⁹¹

88 Siehe dazu *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte 2017, *passim*.

89 *Hages/Oslislo/Recker/Roth*, Digitalisierung, Lock-in-Effekte und Preisdifferenzierung. Otto-Wolff-Discussion Paper 5/2017, (https://iwp.uni-koeln.de/sites/iwp/Dokumente/04_Publikationen/iwp_Policy_Paper/OWIWO_DP_05_2017.pdf [Abruf 23.08.2021]).

90 Dazu auch *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11 ff.

91 Vgl *Windoffer*, Verfassungsrechtliche Determinanten des Privatrechts – am Beispiel der Vermietung von Wohnraum, *studere* 2018, 4 (4 ff).

II. Lückenfüllerfunktion

An den letzteren Beispielen zeigt sich jedoch das Konfliktpotential der privaten Grundrechtsbindung, welches mit Sonderregelungen bestehen kann, die grundrechtliche Belange schon berücksichtigen. So gilt beispielsweise sowohl im Arbeitsrecht als auch im Mietrecht u.a. das AGG, bei dem zumindest gleichheitsrechtliche und diskriminierungsrechtliche Belange eine Rolle spielen. Bestimmte Ungleichgewichte werden auch schon von kartellrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Regelungen abgedeckt.⁹²

Sonderregelungen können jedoch auch bezüglich anderer, grundsätzlich nach den hier aufgestellten Parametern für die Grundrechtsbindung in Betracht kommenden Konstellationen bestehen oder erlassen werden. Für digitale Plattformen ist z. B. an den bereits angesprochenen, geplanten *Digital Services Act* oder *Digital Market Act* der EU zu denken.⁹³ Eine präzisere Regulierung und damit ein gesetzliches Leitbild, bei der die Grundrechte der Bürger gegenüber den grundrechtsrelevanten Belangen der Unternehmen schon berücksichtigt werden, ist grundsätzlich auch der Grundrechtsbindung Privater vorzuziehen, die oftmals nur durch teilweise langwierige gerichtliche Verfahren im Einzelfall durchgesetzt werden kann.⁹⁴

Im Zusammenspiel mit solchen gesetzlichen Sonderregelungen wird somit die *Lückenfüllerfunktion* der Grundrechtsbindung Privater deutlich. Die Grundrechtsbindung solcher im oben genannten Sinne staatsähnlicher Privater ist notwendig, um die Rechte Einzelner vor privaten Machtstellungen gewährleisten zu können. Dies gilt jedoch nur so lange und so weit, wie es keine gesetzlichen Sonderregelungen gibt, bei der die grundrechtliche Gemengelage schon hinreichend beachtet wurde. Nur wenn es eine solche Sonderregulierung nicht gibt oder diese unzureichend ist, muss auf die mittelbare situative Grundrechtsbindung zurückgegriffen werden. Deren Anwendung erfolgt durch eine richterliche Entscheidung im Einzelfall. In dem Rahmen kommt es dann vor allem auf die schon angesprochene praktische Konkordanz und die verfahrensrechtlichen Garantien an.⁹⁵

92 Siehe z.B. § 20 Abs. 1 GWB.

93 Siehe dazu auch oben B. II.

94 Siehe zum Beispiel aus dem Mietrecht *Windoffer*, Determinanten (Fn 91) 4 ff.

95 Siehe im Detail C. IV.

Demnach ergibt sich auch eine klare Linienziehung im Gemengelage Privatrecht, Sonderregelungen und Grundrechtsbindung: die Grundrechtsbindung Privater hat Korrektur- und Lückenfüllerfunktion. Das Privatrecht bleibt oberste Prämisse in Privatrechtsverhältnissen. Sofern keine Sonderregelungen eingreifen, muss bei staatsähnlichem Verhalten im Einzelfall die Grundrechtsbindung Privater eingreifen.

E. Fazit

Mit Blick auf die zunehmende gesellschaftliche Relevanz von Unternehmen spricht sich die politische Theorie von Unternehmen schon länger für eine Rechenschaftspflicht staatsähnlicher Unternehmen aus. In Teilen greifen die deutschen höchsten Gerichte, BVerfG und BGH, sowie in Ansätzen auch der EuGH die Argumentation auf. Die Rechtsprechung spricht sich für eine erweiterte situative mittelbare Grundrechtsbindung von staatsähnlich handelnden Unternehmen als intermediäre Gewalt aus. Dies wirft grundsätzliche Fragen zur Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht auf. In Genese des theoretischen Unterbaus und der aktuellen Rechtsprechung ergibt sich folgendes Qualifikationsraster: In Privatrechtsverhältnissen bleibt zunächst das Privatrecht oberste Prämisse. Die Grundrechtsbindung Privater kommt nur bei Staatsähnlichkeit in Betracht, also bei funktional staatsähnlicher Aufgabenwahrnehmung oder strukturell staatsähnlichen Ungleichgewichten oder Abhängigkeitsverhältnissen (Korrekturfunktion). Eine situative mittelbare Grundrechtsbindung wird auch nur dann im Einzelfall relevant, wenn keine Sonderregelungen greifen, bei der die grundrechtliche Gemengelage schon hinreichend beachtet wurde (Lückenfüllerfunktion). Verbunden damit ist dementsprechend auch ein Aufruf an den Gesetzgeber, ein gesetzliches Leitbild in solchen privatrechtsrelevanten, grundrechtlichen Gemengelagen zu schaffen. Sollte die Grundrechtsbindung zur Anwendung kommen, so kommt es vor allem auf die praktische Konkordanz und damit einer Abwägung der entgegenstehenden Grundrechte des Bürgers und des gleichzeitig grundrechtsberechtigten und -verpflichteten Privaten im Einzelfall an.

Persönlich, familiär oder öffentlich? Grenzverschiebungen im Datenschutz- und Kunsturheberrecht am Beispiel des *Sharenting*

Katharina Kaesling

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Wurden früher regelmäßig Freunden und Familie in Fotoalben zusammengefasste Erinnerungen und Schnappschüsse von Kindern im heimischen Wohnzimmer präsentiert, so teilen Eltern mittlerweile häufig Fotos und Videos von Kindern aller Altersgruppen auf sozialen Netzwerken. Im Zeichen des Tagungsthemas „Das Private im Privatrecht“ spürt dieser Beitrag damit einhergehenden Grenzverschiebungen zwischen Privatem und Öffentlichem nach.

Kinderbilder sind zunehmend online auf sozialen Netzwerken zu finden. Zum einen posten Kinder selbst Videos und Fotos von sich. Schon vor ihrer aktiven Partizipation in sozialen Netzwerken finden sich aber häufig bereits Fotos von ihnen, die insbesondere ihre Familie hochgeladen hat. Teilen Eltern Bilder von ihren Kindern, wird regelmäßig von *Sharenting* gesprochen. Mit Blum-Ross und Livingstone wird *Sharenting* hier verstanden als Akt des Teilens von Darstellungen der eigenen Elternschaft oder der eigenen Kinder im Internet.¹ Teilweise wird mit dem aus *Sharing* und *Parenting* gebildeten Kofferwort bereits das übermäßige Teilen von Kinderbildern durch die Eltern, also ein *Oversharing*, gemeint.² Es hat jedenfalls eine negative Konnotation.³

-
- 1 Blum-Ross/Livingstone, *Sharenting: Parent Blogging and the Boundaries of the Digital Self*, 15 *Popular Communication: The International Journal of Media and Culture* (2017), 110 (“sharing representations of one’s parenting or children online”).
 - 2 Teilweise wird dies, in Abgrenzung zum *sharenting*, dann aber auch als „*oversharenting*“ bezeichnet.
 - 3 Blum-Ross/Livingstone, *Sharenting: Parent Blogging* (Fn 1), 110.

In den USA sind bereits 92 % aller Zweijährigen im Internet zu finden.⁴ Einer Umfrage unter ca. 1500 Eltern in Spanien und der Tschechischen Republik belegte, dass in diesen Ländern 70-80 % der Eltern *Sharenting* praktizieren.⁵ Bereits 2010 fand sich eine vergleichbare Rate von 75 % teilungswilliger Eltern auch in Deutschland.⁶ Dies überrascht angesichts der Bedeutung digitaler Sozialität und neuer Formen von Kommunikation online, die sich mit analogen Praktiken vermischen, nicht.⁷ Für Eltern kann das private Teilen von Kinderbildern daher wichtige soziale Funktionen erfüllen, wie sie im analogen Bereich anerkannt sind. Die Praxis des Fotografierens von Kindern gehört seit Langem zum Konzept des *Doing Family*⁸ als Dimension der familialen Lebensführung, die zu Selbstdefinition und Inszenierung der Familie als Gruppe beiträgt.⁹

4 Studie durchgeführt von Research Now im Auftrag des Sicherheitssoftware-Unternehmens *AVG Technologies*, siehe *AVG Now*, Digital Birth: Welcome to the Online World, 2010, <https://now.avg.com/digital-maturity-latest-avg-digital-diaries-installment-reveals-average-11-year-old-has-adult-skills-in-technology>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022.

5 *Kopeck et al.*, The Phenomenon of Sharenting and its Risks in The Online Environment. Experiences from Czech Republic and Spain, *Children and Youth Services Review* 3/2020 (Volume 110).

6 Studie im Auftrag der *AVG* (Fn 4).

7 *Thimm*, Digitale Werteordnung: Kommentieren, kritisieren, debattieren im Netz, *Forschung und Lehre*, 12/2017, <https://www.wissenschaftsmanagement-online.de/beitrag/digitale-werteordnung-komentieren-kritisieren-debattieren-im-netz-8506>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022; zu *Sharenting* als familiärer Praxis siehe nur *Kutscher/Bouillon*, *Kinder. Bilder. Rechte. Persönlichkeitsrechte von Kindern im Kontext der digitalen Mediennutzung in der Familie*, Berlin: Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e.V., Issue 4 (2018), S. 10.

8 Siehe nur *Jurczyk*, Familie als Herstellungsleistung. Elternschaft als Überforderung², in: *Jergus/Krüger/Roch* (Hrsg.), *Elternschaft zwischen Projekt und Projektion*, Wiesbaden 2017, S. 143 ff.

9 *Rose*, *Doing Family Photography: The Domestic, the Public and the Politics of Sentiment*, Farnham 2010; siehe auch *Autenrieth*, The Case of "Sharenting" – Parental Action Strategies in the Contested Field of Visualizing Children in Online Environments, in: *Dethloff/Kaesling/Specht-Riemenschneider* (Hrsg.), *Comparative Perspectives on Families and New Media*, Heidelberg 2022, im Erscheinen.

Eltern möchten ihrem Stolz auf ihre Kinder Ausdruck verleihen,¹⁰ Verbindungen mit Freunden und Familie aufrechterhalten,¹¹ (bestätigendes) Feedback¹² und soziale Unterstützung¹³ erhalten und ihre Erziehung durch den Austausch mit anderen verbessern.¹⁴ Eltern möchten mit Freunden und Familie sowie mit anderen Eltern, insbesondere solchen in ähnlichen Situationen,¹⁵ in Kontakt treten.¹⁶ Virtuelle Gemeinschaften bieten Eltern die Möglichkeit, Sorgen, Zweifel und Fragen zu alltäglichen Problemen auszutauschen.¹⁷ In einer US-amerikanischen Studie zum *Sharenting* von Eltern von 0–4 jährigen Kindern gaben 72 % der befragten Eltern an, dass soziale Medien ihnen helfen, sich nicht alleine zu fühlen.¹⁸ Die Eltern sind sich dabei auch einer Rei-

-
- 10 Wagner/Gasche, Sharenting: Making Decisions about Other's Privacy on Social Networking Sites, Proceedings Multikonferenz Wirtschaftsinformatik 2018, https://mkwi2018.leuphana.de/wp-content/uploads/MKWI_81.pdf; 977 (982–985).
 - 11 Wagner/Gasche, Sharenting (Fn 10), 982; siehe auch McDaniel et al., New Mothers and Media Use: Associations Between Blogging, Social Networking, and Maternal Well-Being, *Maternal and Child Health J.* (2012) 16 (7), 1509 ff.
 - 12 Vgl Steinberg, Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media, 66 *Emory Law Journal* (2017), 839 (846); Pettigrew/Archer/Harrigan, A Thematic Analysis of Mothers' Motivations for Blogging, *Maternal and Child Health J.* (2016) 20 (5), 1025 ff.
 - 13 Latipah et al., Elaborating Motive and Psychological Impact of Sharenting in Millennial Parents, *Universal Journal of Educational Research* (2020) 8 (10), 4807 (4809); siehe zudem Morris, Social Networking Site Use by Mothers of Young Children, in: Association for Computing Machinery (Hrsg.), Proceedings of the 17th ACM conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing (2014), 1272 ff.
 - 14 Latipah, Motive and Impact (Fn 13), 4809–4810.
 - 15 Duggan/Lehnhart/Lampe/Ellison: Parents and Social Media, Pew Research Center, 16.07.2015, <http://www.pewinternet.org/2015/07/16/parents-and-social-media/>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022; Blum-Ross/Livingstone, Sharenting: Parent Blogging (Fn 1), 121 f.
 - 16 Latipah, Motive and Impact (Fn 13), 4809 f.
 - 17 Brady/Guerin, Not the Romantic, All Happy, Coochy Coo Experience: A Qualitative Analysis of Interactions on an Irish Parenting Web Site., *Family Relations* 59 (February 2010), 14 (22).
 - 18 C.S. Mott Children's Hospital, National Poll on Children's Health (https://mottpoll.org/sites/default/files/documents/031615_sharenting_0.pdf).

he von Risiken bewusst, die mit dem *Sharenting* verbunden sind,¹⁹ und versuchen oft, darauf zu reagieren – insbesondere wenn sie mit der Kritik ihrer (älteren) Kinder an der Verbreitung bestimmter Bilder konfrontiert werden.²⁰

Sharenting betrifft Regelungen aus einer Reihe von Rechtsbereichen. So verarbeiten die Eltern mit dem Teilen auf sozialen Netzwerken personenbezogene Daten des Kindes.²¹ Gleichzeitig wird damit das Recht am eigenen Bild des Kindes, geschützt durch das Kunsturheberrecht, berührt. Diese beiden Rechtsbereiche sollen heute im Mittelpunkt stehen, aber auch das Familienrecht, das Vertretungsrecht und weitere Rechtsbereiche wie das Urheberrecht werden angesprochen. Das Zusammenspiel des Bürgerlichen Rechts mit Datenschutz- und Kunsturheberrecht wird nicht außer Acht gelassen. Zunächst einmal, und auch im Schwerpunkt, wird es aber um die Grenzziehung von Öffentlichem und Privaten in der DSGVO und im KUG gehen.

Nach einer Auslegung des persönlich-familiären Bereichs i. S. der DSGVO (B.) und der Bestimmung der Öffentlichkeit i. S. des KUG (C.) erfolgt eine integrative Betrachtung dieser Abgrenzungen von Öffentlichem und Privatem (D.). Vor diesem Hintergrund werden dann die Anforderungen an rechtmäßiges *Sharenting*, wie sie sich aus dem Zusammenspiel der Anforderungen der DSGVO und des KUG mit dem deutschen Bürgerlichen Recht ergeben, konkretisiert. Abschließend wird der hierdurch erzielte Schutz des Kindes in den weiteren familien- und kinderrechtlichen Rahmen eingebettet, der wiederum durch eine Abgrenzung des Öffentlichen i. S. des Staatlichen vom Privat-Familiären i. S. der durch das Elternrecht geprägten Sphäre geprägt wird.

19 Bspw. mit Blick auf die Weitergabe von Informationen, insbes. Fotos, von ihren Kindern *C.S. Mott Children's Hospital* (Fn 18).

20 *Autenrieth*, Family Photography in a Networked Age. Anti-sharenting as a Reaction to Risk Assessment and Behaviour Adaption, in Mascheroni/Ponte/Jorge (Hrsg.), *Digital Parenting*, Göteborg 2018, S. 219 (222 ff).

21 *Lorenz*, Kinderrechte im Digitalzeitalter – Das Beispiel des Sharenting, *K & R* 2021, 322 (324).

B. Der persönlich-familiäre Bereich i. S. der DSGVO

Die Anwendbarkeit der DSGVO setzt voraus, dass es sich *nicht* um eine persönliche oder familiäre Tätigkeit handelt, die unter die sog. Haushaltsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO fällt. Der Bereich des Haushalts ist nicht räumlich im Sinne des Schutzes der Wohnung oder des eigenen Grundstücks zu verstehen,²² sondern nach dem sozialen Zweck und dem Kontext der konkreten Tätigkeit zu bestimmen.

Diese Haushaltsausnahme soll die Privatsphäre gegen eine übermäßige Regulierung schützen, welche die freie Entfaltung der Persönlichkeit gefährden könnte.²³ Sie geht auf die Erwägung zurück, dass es einen geschützten Bereich der persönlichen Entfaltung und Kommunikation gibt, in welchem von einer Datenverarbeitung nur *geringe Risiken* für die Betroffenen ausgehen. Eine Definition dieses persönlich-familiären Bereichs steht noch aus.²⁴

In Betracht kommt erstens eine extensive Auslegung der Haushaltsausnahme als die private Nutzung sozialer Medien durch natürliche Personen umfassend (I.), zweitens ein restriktives, Online-Aktivitäten schlechthin ausschließendes Verständnis des Persönlich-Familiären (II.) und drittens eine Einhegung dieser Sphäre auf der Grundlage differenzierender Kriterien (III.).

22 *Schmidt*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Kommentar DSGVO – BDSG, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2019, Art. 2 Rn 18.

23 *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, 3. Aufl., München 2020, Art. 2 Rn 10 und 23; *Bäcker*, in: Brink/Wolff (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 37. Aufl., München 2021, Art. 2 Rn 12.

24 *Schimke*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Veröffentlichung von Kinderfotos im Netz durch Eltern, NZFam 2019, 851 (852); *Lettmaier*, Die Veröffentlichung von Bildnissen des Kindes durch die sorgeberechtigten Eltern: Rechtsprobleme des „Sharenting“, in: Lorz/Regenfus/Röthel/Spengler (Hrsg.), Recht, Sport, Technik und Wirtschaft in mehrdimensionalen Perspektiven, Berlin 2021, S. 355 (358).

I. Extensive Auslegung der Haushaltsausnahme

Mit Blick auf ein Verständnis der Haushaltsausnahme als eine *de minimis*-Regelung,²⁵ die auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgeht, kann eine extensive Auslegung der Haushaltsausnahme erwogen werden, nach der die private *Social Media*-Nutzung durch natürliche Personen insgesamt als vom Haushaltsprivileg erfasst anzusehen wäre.²⁶ Privatpersonen – beim *Sharenting* also den Eltern – würden die datenschutzrechtlichen Anforderungen für eine solche Tätigkeit dann nicht auferlegt.²⁷ Der verbleibende, durch das allgemeine Zivil- und Strafrecht vermittelte Schutz der Persönlichkeit²⁸ genüge.²⁹ Eine solche Datenverarbeitung ohne kommerziellen Hintergrund habe zudem typischerweise nur ein geringes Risikopotential; das private Tätigwerden auf sozialen Medien nur eine begrenzte Breitenwirkung.³⁰ Dem stehe auch die Möglichkeit der viralen Verbreitung von nutzergenerierten Inhalten nicht entgegen, da es sich dabei nur um ein seltenes Phänomen handele.³¹

Gegen diese Ansicht spricht bereits die Rechtsprechung des EuGH zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung.³² In der Rechtssache *Lindqvist* stellte der Gerichtshof fest, dass die Veröffentlichung personenbezogener Daten im Internet gegenüber einer unbegrenzten Zahl von Personen jedenfalls nicht unter die Haushaltsausnahme fällt.³³ Durch eine solche internetbasierte Verarbeitung der Daten werde die Information von einem bestimmten Verarbeitungszweck entkoppelt und verlasse

25 Zerdick, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 2 Rn 10.

26 So Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 21; siehe auch Lewinski, in: Eßer/Kramer/Lewinski (Hrsg.), Auernhammer, DSGVO/BDSG-Kommentar, 7. Aufl., Köln 2020, Art. 2 Rn 25.

27 Bäcker, Datenschutzrecht (Fn 23), Art. 2 Rn 19 und 21; siehe auch Rake, Kinderrechte und Sorgerechtsbefugnisse bei elterlichen Foto-Postings in sozialen Medien, FamRZ 2020, 1064 (1067).

28 Vgl. Lauber-Rönsberg/Hartlaub, Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (1060).

29 Bäcker, Datenschutzrecht (Fn 23), Art. 2 Rn 21.

30 Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 21.

31 Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 20 f.

32 Zur Übertragbarkeit auf die DSGVO siehe Kübling/Raab (Fn 23), Art. 2 Rn 25.

33 EuGH EuZW 2004, 245 Rn 37 ff. – *Lindqvist* (Az. C-101/01).

den Bereich persönlicher Informationsverwendung, so der EuGH.³⁴ Das Potenzial für die Gefährdung von Persönlichkeitsrechten³⁵ und das Ziel effektiven Datenschutzes lassen sich mithin gegen eine extensive Auslegung der Haushaltsausnahme anführen.³⁶ Bei einer Zugriffsmöglichkeit eines unbegrenzten Personenkreises kann die Ausnahme nach alledem jedenfalls nicht greifen.³⁷

II. Restriktive Auslegung der Haushaltsausnahme

Aus dieser Rechtsprechung wird nun wiederum teilweise abgeleitet, dass sämtliches Teilen von personenbezogenen Daten online nicht unter die Haushaltsausnahme falle. Nach dieser restriktiven Ansicht fällt das Hochladen von Fotos auf sozialen Netzwerken nicht unter die Haushaltsausnahme, und zwar unabhängig davon, ob die Fotos öffentlich freigegeben oder nur für eine bestimmte Gruppe von Personen sichtbar sind.³⁸ Auch bei einer solchen Beschränkung auf „Facebook-Freunde“ oder andere Gruppen von Personen werde die Kontrolle über

34 EuGH EuZW 2004, 245 Rn 37 ff – *Lindqvist* (C-101/01); siehe auch EuGH EuZW 2009, 108 – *Satamedia* (C-73/07); EuGH 10.7.2018, C-25/17 *Jehovan todistajat* Rn 42 (ECLI:EU:C:2018:551); EuGH 14.2.2019, C-345/17 *Buivids* Rn 43 (ECLI:EU:C:2019:122).

35 Siehe *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 2 Rn 23; *Gola/Lepperhoff*, Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung – Aufnahme und Umfang der Ausnahmeregelung in der DS-GVO, ZD 2016, 9 (11); *Roßnagel/Kroschwald*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung?, ZD 2014, 495 (496); *Spindler/Dalby*, DS-GVO, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019, Art. 2 Rn 6.

36 *Kühling/Raab* (Fn 23), Art. 2 Rn 23; *Roßnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 23.

37 *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1067; *Borges*, in: Borges/Hilber (Hrsg.), BeckOK IT-Recht, 3. Aufl., München 2021, Art. 2 DS-GVO Rn 20; *Ernst*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung, BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 2 Rn 21; *Kühling/Raab*, (Fn 23) Art. 2 Rn 25; *Zerdick*, (Fn 25) Art. 2 Rn 11.

38 Vgl. *Gola/Lepperhoff*, Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung – Aufnahme und Umfang der Ausnahmeregelung in der DS-GVO, ZD 2016, 9 (11); *Buchner*, Von der Wiege bis zur Bahre? – Datenschutz im Familienrecht unter der DS-GVO, FamRZ 2019, 665 (666).

die geposteten Fotos aus der Hand gegeben;³⁹ die persönlich-familiäre Tätigkeit sei jedoch in jeder Hinsicht „öffentlichkeitsfeindlich“.⁴⁰

Dies würde für die Eltern, die Kinderfotos online teilen möchten, bedeuten, dass sie in jedem Fall vollumfänglich die Vorgaben der DSGVO einhalten müssten. Damit würde die Nutzung des Mediums soziales Netzwerk zwangsläufig zu einer Grenzverschiebung des Privaten zum Öffentlichen führen, wenn mit digitalem *Sharenting* vergleichbare Funktionen erfüllt werden sollen wie mit einem analogen Fotoalbum, das Freunden, Familie und anderen Eltern gezeigt wird.⁴¹

Erwägungsgrund 18 DSGVO enthält jedoch bereits eine deutliche Absage an diese Auslegung.⁴² Erwägungsgrund 18 DSGVO stellt nicht nur den persönlichen und familiären Tätigkeiten kontrastierend Tätigkeiten mit Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit gegenüber. Er stellt auch klar, dass eine persönliche oder familiäre Tätigkeit im Bereich der sozialen Medien stattfinden kann. Es bedarf daher differenzierender Kriterien, die eine Abgrenzung des Persönlich-Familiären vom Öffentlichen für die private Online-Tätigkeiten in sozialen Netzwerken ermöglichen.

III. Differenzierende Auslegung

Jeder *all-or-nothing approach*, der entweder die Haushaltsausnahme in jedem Fall ablehnt,⁴³ oder sie insgesamt auf die Nutzung sozialer Netzwerke erstrecken will⁴⁴, zieht mit Blick auf Öffentliches und Privates eine recht deutliche Trennlinie, die jedoch nicht die Vielfalt an Online-Umgebungen und technischen Möglichkeiten widerspiegelt. Physische Kontrolle und physische Grenzen bezüglich der Größe eines Raumes und potenzielle Anzahl an Personen, die man im Analogen antrifft, existieren online nicht in vergleichbarer Art und Weise. Gleichzeitig bieten gerade soziale Netzwerke auch technische Schutzmaßnahmen

39 *Gola/Lepperhoff*, Familienprivileg (Fn 38), 11; *Buchner*, Datenschutz im Familienrecht (Fn 38), 666.

40 *Ernst*, Datenschutzgrundverordnung (Fn 37), Art. 2 Rn 21.

41 Vgl zu den Funktionen des *Sharenting* für die Eltern oben unter A.

42 Siehe auch *Schmidt* (Fn 22), Art. 2 Rn 18.

43 Siehe oben unter B II.

44 Siehe oben unter B I.

zugunsten von Strukturmerkmalen von Privatheit.⁴⁵ Diese beinhalten etwa die Ermöglichung des Postens unter Pseudonymen, der Auswahl der im Rahmen von nutzergenerierten Inhalten geteilten personenbezogenen Daten und des Empfängerkreises dieser Daten. *Sharenting* kann also privat oder öffentlich sein; Differenzierungskriterien, die die digitalen Ökosysteme berücksichtigen, sind erforderlich. Das Telos der DSGVO insgesamt und der in ihr angelegte besondere Schutz der Daten von Kindern legt nahe, dass Datenverarbeitung grundsätzlich den in dieser Verordnung niedergelegten Regeln unterworfen werden und die Ausnahme nur bei geringen Risiken für die Betroffenen eingreifen soll.⁴⁶ Hier ist für die Auslegung der Haushaltsausnahme anzusetzen.

1. Technische Beherrschbarkeit

Zur Differenzierung des persönlich-familiären und des öffentlichen Raumes ist die technische Beherrschbarkeit der geteilten Inhalte zu berücksichtigen.⁴⁷ Die Ökosysteme der sozialen Netzwerke halten unterschiedliche Möglichkeiten der technischen Beherrschbarkeit vor. Die Abstufungen der Wahrnehmbarkeit von Inhalten sind bereits per Design oder Voreinstellung integriert und weitgehend (aber nicht ausnahmslos) durch Nutzerbestimmung abänderbar. Profilfotos selbst sind hingegen oft – alternativlos – öffentlich, so etwa bei WhatsApp.

Von besonderer Bedeutung im Rahmen der Haushaltsausnahme ist die Bestimmung eines zahlenmäßig begrenzten Personenkreises.⁴⁸ Viele soziale Netzwerke bieten die Möglichkeit der Kommunikation in

45 Zum Begriff der Privatheit in 32 Entscheidungen des BVerfG und den verschiedenen Kontexten siehe *Johannes*, „Privatheit“ in der Rechtsprechung des BVerfG, ZD-Aktuell 2018, 06007; zu den grundrechtlichen Zielsetzungen im deutschen und europäischen Recht *Nebel*, Schutz der Persönlichkeit – Privatheit oder Selbstbestimmung?, ZD 2015, 517.

46 Siehe *Roßnagel*(Fn 35), Art. 2 Rn 23; *Gola/Lepperhoff*, Familienprivileg (Fn 38), 11; *Roßnagel/ Kroschwald*, Datenschutzgrundverordnung (Fn 35), 496; *Spindler/Dalby* (Fn 35), Art. 2 Rn 6.

47 *Kühling/Raab*, Datenschutz-Grundverordnung (Fn 23), Art. 2 Rn 25; *Gola*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 2 Rn 2; *Ennöckl*, in: *Sydow* (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 2 Rn 13; *Roßnagel*, Datenschutzrecht (Fn 35), Art. 2 Rn 29; *Bäcker*, BeckOK(Fn 23), Art. 2 Rn 19.

48 *Spindler/Dalby*, DS-GVO (Fn 35), Art. 2 Rn 6.

Gruppen, wobei dann teilweise beliebige Personen beitreten können oder die Gruppe in sich geschlossen ist. Richten sich Postings nur an einen abgegrenzten und bestimmten Personenkreis, so kann dies für ein Eingreifen der Haushaltsausnahme sprechen.⁴⁹ Zu berücksichtigen ist hierbei allerdings auch, inwiefern sich dieser Empfängerkreis durch das Nutzen entsprechender technischer Funktionen über die Gruppe hinaus potenzieren kann.⁵⁰

Zunehmend gibt es auch Möglichkeiten, Bilder nur für einen kurzen Zeitraum oder nur zur einmaligen Wahrnehmung zugänglich zu machen. Bei Nutzung einer solchen „View Once-Funktion“ kann das Bild auch nicht weitergeleitet werden. Im Übrigen hängen – wie auch beim Versenden des Bildes in einem Briefumschlag – weitere Risiken vom Handeln des Kommunikationspartners ab. Diesem stehen in sozialen Netzwerken auf Click Möglichkeiten der digitalen Verbreitung an eine Vielzahl weiterer Nutzer dieser oder auch anderer sozialer Netzwerke zur Verfügung.

2. Verbindung von Postenden und Empfängern

Auf diese Kommunikationspartner stellt das zweite hier vorgestellte Differenzierungskriterium ab, das das Persönlich-Familiäre in der Bindung zwischen Postenden und Empfängern sucht. So wird vertreten, dass das Teilen von Bildern mit sämtlichen Freunden des Postenden von der Haushaltsausnahme erfasst sei.⁵¹ Eine solche Aktivität gehöre noch zum gesellschaftsbezogenen Familienleben.⁵² Teilweise wird, wohl über den Mindeststandard für Facebook-Freundschaft hinausgehend,⁵³ eine „besondere Nähebeziehung und darauf fußendes Vertrauen in die Vertraulichkeit der Kommunikation“⁵⁴ gefordert. Der persönlich-familiäre Charakter der Datenverarbeitung bestehe nur mit Blick

49 Für ein Eingreifen der Haushaltsausnahme bei aus zwischen Familienangehörigen oder engsten Freunden bestehenden Gruppen *Rofsnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 29.

50 *Kühling/Raab*, Datenschutz-Grundverordnung (Fn 23), Art. 2 Rn 25.

51 *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1067; *Bäcker*, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 19.

52 *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1067.

53 *Rofsnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 29.

54 *Schimke*, Kinderfotos (Fn 24), 852 f.

auf einen engen Familien- und Freundeskreis.⁵⁵ Der familiäre Bereich ist daher nicht mit dem familienrechtlichen Verwandtschaftsverhältnis gleichzusetzen,⁵⁶ mit dem nicht zwangsläufig ein tatsächliches Nähe- und Vertrauensverhältnis einhergeht. Solange die Anforderungen an die Verbindung von Postenden und Empfängern erfüllt sind, stünden die Abgebildeten damit schutzlos. Begründet wird dies damit, dass die Gefahr von Persönlichkeitsverletzungen der Abgebildeten in diesem engen Kreis geringer sei, denn die Kommunikation finde im Vertrauen darauf statt, dass die Daten nicht an Dritte weitergegeben werden.⁵⁷ Dieser Zusammenhang zwischen Bindung von Postendem und Empfänger einerseits und Risiken für die Abgebildeten andererseits wird im folgenden Schritt, im Rahmen der Betrachtung des Öffentlichkeitsbegriffs des KUG, gespiegelt und schließlich im Rahmen der integrativen Betrachtung von DSGVO und KUG⁵⁸ kritisch gesehen sowie anders gewichtet werden.

C. Öffentlichkeit i. S. des § 22 KUG

Das KUG und die DSGVO kollidieren genau dann, wenn ein digitales Bildnis, auf welchem eine lebende natürliche Person realitätsgetreu und erkennbar abgebildet ist, in seiner Gesamtheit verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird.⁵⁹ Nach überzeugender Ansicht sind aber Vorschriften des KUG zum Schutz des Rechts am eigenen Bild über Art. 85 Abs. 1 DSGVO neben den weiteren Vorschriften der DSGVO anzuwenden.⁶⁰ Art. 85 DSGVO umfasst insbesondere nicht

55 *Rofsnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 29.

56 *Rofsnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 25; *Ernst*, Datenschutzgrundverordnung (Fn 37), Art. 2 Rn 18; *Borges* (Fn 37), Art. 2 Rn 20.

57 *Schimke*, Kinderfotos (Fn 24), 853; *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 1. Aufl., Baden Baden 2005, 87 ff.

58 Siehe unten unter D.

59 Siehe *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2021, 35.

60 Für ein Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel vgl. nur *Bienemann*, Kunsturhebergesetz im digitalen Zeitalter (Fn 59), 64 f; siehe auch *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, Personenbildnisse (Fn 28), 1062; BT-Drs. 19/2653 S. 14 f.

nur neue, sondern auch bereits bei Inkrafttreten der DSGVO bestehende Regelungen.⁶¹

Nach § 22 S. 1 KUG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Unter dem öffentlichen zur Schau stellen ist insbesondere die Wahrnehmbarmachung durch das Internet bzw. sonstige elektronische Medien zu verstehen.⁶² Anders als die DSGVO normiert das KUG also die Öffentlichkeit und nicht die persönlich-familiäre Sphäre. Die Abgrenzungsfrage stellt sich gleichwohl für beide Instrumente.

Für die Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit des KUG wird weithin die Auslegung der Öffentlichkeit i. S. des § 15 Abs. 3 UrhG übertragen.⁶³ Nach § 15 Abs. 3 UrhG ist die Wiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Der EuGH spricht von „recht vielen Personen“.⁶⁴ Diese Mindestschwelle ist bei einer allzu kleinen oder unbedeutenden Anzahl an Personen nicht erfüllt.⁶⁵ Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Öffentlichkeit wird also grundsätzlich verstanden als unbestimmter, nicht abgegrenzter Adressatenkreis.⁶⁶

Die Nichtöffentlichkeit setzt demgegenüber eine Abgegrenztheit voraus, die kunsturheberrechtlich etwa durch Beschränkungen der

61 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18 – juris, Rn 5.

62 *Hermann*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 33. Aufl., München 2021, § 22 KunstUrhG Rn 12.

63 *Hermann*, Informations- und Medienrecht (Fn 62), § 22 Rn 12; *Wandtke*, Persönlichkeitsschutz versus Internet, MMR 2019, 142 (145); *Engels*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hrsg.), BeckOK Urheberrecht, 31. Aufl., München 2021, § 22 KunstUrhG Rn 54; *Götting*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 6. Aufl., München 2020, § 22 KUG Rn 37; *Lorenz*, Kinderrechte (Fn 21), 325; LG Oldenburg AfP 1991, 652; siehe auch *Lettmaier*, Sharenting (Fn 24), S. 357.

64 Siehe nur EuGH GRUR 2012, 593 Rn 84 – SCF.

65 EuGH GRUR 2007, 225 Rn 38 – SGAE/Rafael; GRUR 2013, 500 Rn 33 – ITV Broadcasting/TVC; GRUR 2014, 473 Rn 28 – OSA/Léebné lázn; EuGH GRUR 2012, 593 Rn 86 und 87 – SCF/Del Corso; GRUR 2012, 597 Rn 35 – PPL/Irland.

66 *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, § 15 UrhG Rn 25; LG München ZUM-RD 2018, 427 Rn 28; OLG Frankfurt ZUM-RD 2015, 296.

Wahrnehmbarkeit eines geposteten Bildes zugunsten aktiv ausgewählter Empfänger umzusetzen ist. Eine solche Abgegrenztheit verneinte das Landgericht München etwa in dem Fall einer geschlossenen Facebook-Gruppe, in der der Zugang regelmäßig auch unbekanntem Personen freigegeben wird.⁶⁷ Bei einer strikteren Auswahl durch den Administrator könnte nach Ansicht des Gerichts wiederum eine Abgegrenztheit vorliegen.⁶⁸ Abweichend von § 15 Abs. 3 UrhG wird beim Öffentlichkeitsbegriff i. S. von § 22 KunstUrhG wegen der stärkeren persönlichkeitsrechtlichen Ausprägung ein kleinerer Adressatenkreis als ausreichend angesehen.⁶⁹

Gerade vor dem Hintergrund der DSGVO ist die Rolle der persönlichen Verbindung im Rahmen des KUG von Interesse. Dieses in § 15 Abs. 3 UrhG genannte Element der persönlichen Verbindung geht aber bereits in dem Erfordernis der Abgrenzbarkeit auf.⁷⁰ Die persönliche Verbindung stellt eine hinreichende, jedoch keine notwendige Bedingung der Abgrenzbarkeit dar.⁷¹ An das Vorliegen einer solchen Verbundenheit zu den Postenden, hier den Eltern, werden also keine entsprechenden Erwartungen an einen verantwortungsvollen Umgang mit dem Bild geknüpft. Entsprechend werden auch nur weitaus geringere Anforderungen an die persönliche Beziehung gestellt als im Datenschutzrecht. Voraussetzung für die Verbindung durch soziale Beziehungen ist lediglich ein enger gegenseitiger Kontakt.⁷² Eine familiäre oder freundschaftliche Verbindung ist nicht notwendig.⁷³

67 LG München ZUM-RD 2018, 427 (Rn 28).

68 LG München ZUM-RD 2018, 427 (Rn 28); zust. *Herbort*, Digitale Bildnisse – Objektbezogene Interessengeflechte zwischen Urhebern, Abgebildeten und Nutzern in der digital-vernetzten Kommunikation, (Tübingen 2017) 167 f.

69 *Götting*, Urheberrecht Kommentar (Fn 63) § 22 KUG Rn 37; *Specht*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München 2018, § 22 KUG Rn 10a.

70 Vgl. EuGH GRUR 2016, 60; BGH ZUM 2016, 162; *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 22 f; wohl aA *Engels* KunstUrhG (Fn 63), § 22 Rn 54.

71 *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 22: „Wenn der Empfängerkreis persönlich verbunden ist, ist er abgegrenzt. Aber nicht jeder Empfängerkreis, der abgegrenzt ist, ist persönlich verbunden.“

72 *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 23; LG München ZUM-RD 2018, 427 Rn 28.

73 *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 23; BGH GRUR 1975, 33 (34).

In den 1970ern wurde auch darauf abgestellt, dass sich die Mitglieder des infrage stehenden Personenkreises persönlich kennen.⁷⁴ Eine persönliche Verbundenheit ist nicht bereits bei einer Facebook-Freundschaft oder einem Twitter-Follower gegeben.⁷⁵ Gerade angesichts der zunehmenden Sozialität online kann ein solches persönliches Kennen aber nicht mehr auf Kontakte von Angesicht zu Angesicht beschränkt werden – gerade soziale Netzwerke ermöglichen persönliche und intime Kommunikation auch digital.

Äußere Umstände, wie etwa gleichgerichtete Interessen, können ein Zusammengehörigkeitsgefühl erzeugen und bilden regelmäßig einen Anlass, durch den die durch diese Interessen verbundenen Personen auch einen engeren persönlichen Kontakt pflegen.⁷⁶ Ein rein sachbezogenes Interesse reicht dafür aber nicht aus.⁷⁷ Die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft bestätigt das insbesondere für den Fall, dass Beziehungen nur in einer technischen Verbindung zu einer Werknutzung liegen, etwa im Rahmen von File-Sharing-Systemen.⁷⁸ Entsprechend würde der bloße Zusammenschluss in einer Gruppe zum Teilen von Kinderbildern in einem sozialen Netzwerk auch nicht für eine solche Verbundenheit ausreichen.

D. Integrative Betrachtung von DSGVO und KUG: Private Räume in der digital-vernetzten Kommunikation

DSGVO und KUG grenzen Privates von Öffentlichem ab mit der Folge, dass für das Öffentliche weitere Anforderungen vorgesehen werden.⁷⁹ Dabei ist der Begriff der Öffentlichkeit des deutschen § 22 KUG bereits stärker ausgeformt als der unionsrechtliche Begriff der persönlichen oder familiären Tätigkeit, die unter die sog. Haushaltsausnahme des

74 BGH GRUR 1975, 33 (34).

75 *Specht*, Urheberrechtsgesetz (Rn 69), § 22 KUG Rn 10a.

76 BGH GRUR 1975, 33 (34).

77 *Dustmann* in: Nordemann/Nordemann/Czychowski (Hrsg.), *Fromm/Nordemann, Urheberrecht*, 12. Aufl., Stuttgart 2018, § 15 UrhG Rn 34; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl., München 2019, § 15 UrhG Rn 12.

78 BT-Drs. 15/38, S. 17.

79 Zur Vergleichbarkeit siehe auch *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1065.

vergleichsweise jungen Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO fällt. Für die Abgrenzung wird im Rahmen des § 22 KUG sowie im Rahmen der differenzierenden Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO auf den Adressatenkreis und seine Abgegrenztheit abgestellt. Auch die persönliche Verbundenheit zwischen Postendem und Empfänger(n) wird in beiden Rechtsbereichen herangezogen. Ihre Voraussetzungen sowie ihre Relevanz für die Abgrenzung zwischen Öffentlichem und Privatem variiert jedoch. Mit Blick auf den auch nach der DSGVO anzustrebenden Schutz der Abgebildeten wird für das Vorliegen eines privat-familiären, nicht öffentlichen Raumes in der digital-vernetzten Kommunikation die Anzahl der Empfänger in den Fokus gerückt. Wie im Rahmen des § 22 S. 1 KUG wird der persönlichen Verbundenheit nur sekundäre Bedeutung beigemessen, da sie keine hinreichende Gewähr für den verantwortungsvollen Umgang mit den zugänglich gemachten Kinderbildern bietet.

Bei entsprechenden aktiven Zugangsbeschränkungen kann ein Raum digital-vernetzter Kommunikation als Pendant zu analogen, nichtöffentlichen, persönlich-familiären Räumen geschaffen werden. Dieser bietet dann als nicht für jedermann einsehbarer Ort eine berechnete Erwartung des Vertrauens.⁸⁰ Gleichwohl ist ein solches virtuelles Wohnzimmer stets risikobehafteter als ein analoges Wohnzimmer. Nicht nur sind Zugang und Identität schwieriger zu überprüfen, sondern auch die Verbreitung der Kinderbilder ist viel einfacher und schneller möglich über Funktionen zum Teilen von Inhalten mit anderen Nutzern der sozialen Netzwerke und Externen. Um diese Risiken virtueller Wohnzimmer abzufedern und diese gleichsam den analogen Wohnzimmern anzunähern, sollte eine quantitative Beschränkung der Anzahl der Personen im Empfängerkreis⁸¹ pro Teilungsvorgang vorgesehen werden, um die Exposition der Abgebildeten zu begrenzen. In diesem virtuellen Raum können dann soziale Funktionen des *Sharenting* wahrgenommen werden.

Der persönlichen Verbundenheit sollte nur nachgeordnete Bedeutung zukommen, zumal deren Bestimmung herausfordernd ist und Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Die Risiken, die mit der Verarbeitung einhergehen, werden nicht hinreichend durch diese Verbunden-

80 Vgl. *Herbort*, Digitale Bildnisse (Fn 69), S. 161.

81 Für eine Beschränkung des Empfängerkreises auch *Gola/ Lepperhoff*, Familienprivileg (Fn 38), 12.

heit abgedeckt. Die persönliche Verbundenheit ist keine Garantie für eine geringere Weiterverbreitung. Personen mit einer engen persönlichen Verbundenheit, wie bspw. beim *Sharenting* die Großeltern, mögen die Bilder sogar erst recht mit weiteren Personengruppen teilen. In falsche Hände, insbesondere in die Online-Sammlungen privater Kinderfotos für Pädosexuelle, geraten diese Bilder in der Regel nicht durch zielgerichtete Weitergabe eines Empfängers, sondern durch Zusammenstellung der öffentlich zugänglichen Bilder.⁸² In den wenigen Fällen gezielter Weitergabe ist zudem unabhängig von der familiären Verbundenheit nicht vorhersehbar, wer sich am Austausch von Kinderbildern in entsprechenden Kreisen beteiligen wird.

Innerhalb des quantitativ begrenzten virtuellen Wohnzimmers können dann soziale Funktionen des *Sharenting* wahrgenommen werden, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob der Empfängerkreis aus Freunden und Familie oder aus anderen Menschen, wie beispielsweise unbekanntem Eltern in ähnlichen Erziehungssituationen, besteht. Eine quantitative Begrenzung sollte entsprechend der Größe analoger Wohnzimmer festgelegt werden, so dass eine rechtssichere Grenze zwischen Öffentlichem und Persönlich-Privatem gezogen wird. Es gelten jedenfalls die zivilrechtlichen Regelungen des Persönlichkeitsschutzes.⁸³ Wird der Rahmen des virtuellen Wohnzimmers überschritten, so sind die Anforderungen an rechtmäßiges öffentliches *Sharenting* durch die Eltern sicherzustellen.

E. Anforderungen an rechtmäßiges öffentliches *Sharenting*

Bei Öffentlichkeit des *Sharenting*, außerhalb des virtuellen Wohnzimmers, sind die Vorschriften der DSGVO und des KUG anzuwenden. Die Haushaltsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO greift nicht ein. Die Eltern sind – gemeinsam mit der Plattform⁸⁴ -datenschutzrechtlich

82 *Bongen et al.*, Geklaut: Private Kinderfotos auf Kinderpornografie-Seiten, Reportage vom 22.04.2021, <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2021/Geklaut-Private-Kinderfotos-auf-Kinderpornografie-Seiten,kinderpornografie210.html>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022.

83 *Lauber-Rönsberg*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019, § 4 BDSG und andere sondergesetzliche Datenschutzregelungen, Rn 59.

84 Klarstellend insoweit EG 18, siehe *Schmidt* (Fn 22), Art. 2 Rn 18.

Verantwortliche im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO,⁸⁵ die die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung sicherzustellen haben. Eine Berufung auf die Wahrung berechtigter Interessen i. S. des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO wird nicht erfolgreich sein. Nach dieser Vorschrift muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, dürfen nicht überwiegen. Zwar würde ich – im Gegensatz zu anderen⁸⁶ – berechnete Interessen mit Blick auf die sozialen Funktionen des *Sharenting* für Eltern durchaus zugestehen, jedoch treten diese hinter dem in dieser Norm hervorgehobenen, besonderen Schutz von Minderjährigen zurück.⁸⁷ Die Verarbeitung könnte aber auf eine Einwilligung gestützt werden, wie sie auch nach § 22 S. 1 KUG bei Öffentlichkeit erforderlich ist.

Die DSGVO normiert allgemeine Voraussetzungen zur Einwilligung und in Art. 8 DSGVO Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft, die dem Kind direkt angeboten werden. Außerhalb dieser spezifischen Angebotsituation – also auch beim *Sharenting* – kommen dann die nationalen Regeln zur Anwendung.⁸⁸ Nach deutschem Recht ist auf die Einsichtsfähigkeit des Kindes abzustellen, die i. d. Regel bei 14 Jahren angenommen wird.⁸⁹ Nach vorzugswürdiger Ansicht ist ab diesem Zeitpunkt von einer Doppelzuständigkeit von Eltern und Kind auszugehen.⁹⁰ Dies gilt auch für

85 Lorenz, Kinderrechte (Fn 21), 324.

86 Buchner, Datenschutz im Familienrecht (Fn 38), 667; so auch „regelmäßig“ nach Lettmaier, Sharenting (Fn 24), 359 f.

87 Buchner, Datenschutz im Familienrecht (Fn 38), 667; i. Erg. jdf. auch Überwiegen des Kindesinteresses nach Lettmaier, Sharenting (Fn 24), S. 359 f.

88 Fritzsche/Knapp, Bildnisse von Kindern im Internet und in sozialen Medien, FamRZ 2019, 1905 (1911); vgl. auch Sassenberg, in Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019, § 24 Rn 48.

89 LG Bielefeld NJW-RR 2008, 715 (716); AG Stolzenau FamRZ 2018, 35; *Libertus*, Die Einwilligung als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Bildnisaufnahmen und deren Verbreitung, ZUM 2007, 621 (624); *Burger*, FF 2018, 243 (244); *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1065 f; *Fritzsche/ Knapp*, Bildnisse von Kindern (Fn 88), 1908; allg. *Taeger*, Taeger/Gabel (Fn 22), Art. 7 Rn 108.

90 *Fritzsche/Knapp*, Bildnisse von Kindern (Fn 88) 1908; a.A. (für eine Alleinentscheidungsbezugnis des einwilligungsfähigen Kindes) *Amend-Traut*, in: Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK, 59. Aufl., München 2021, § 1626 Rn 111.1 ff; *Lack*, Gren-

die Einwilligung in die Verwertung ideeller Bestandteile des Rechts am eigenen Bild.⁹¹ Bei fehlender Einsichtsfähigkeit des Kindes kommt es allein auf die Einwilligung der Eltern an.⁹² Mit Blick auf die Bedeutung der Angelegenheit für das Kind müssen beide Sorgeberechtigten datenschutzrechtlich⁹³ und kunsturheberrechtlich⁹⁴ einwilligen, auch wenn sie getrennt leben (vgl. § 1687 BGB). Hier kommt es sowohl im Rahmen der DSGVO als auch im Rahmen des KUG auf die Einsichtsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht an.

Es lässt sich also nicht pauschal sagen, dass „das Teilen von Kinderfotos schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht zulässig sei und insoweit gar kein Raum mehr für eine Ausübung elterlicher „Sorge“ bleibt.“⁹⁵ Vielmehr erfolgt die Festlegung der Datenautonomie von Kindern durch die DSGVO im Zusammenspiel mit den einschlägigen nationalen Normen des Bürgerlichen Rechts inklusive Familienrecht.⁹⁶ Elterliche Sorge und DSGVO sind miteinander verzahnt. Die DSGVO regelt Einzelheiten der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger gerade nicht abschließend.

Beim *Sharenting* stellt sich nun die Frage, inwiefern Eltern für ihre Kinder einwilligen können, wenn sie selbst Bilder von diesen online zugänglich machen möchten und damit personenbezogene Daten verarbeiten und das Bild öffentlichen zur Schau stellen. Die Eltern sind Empfänger der Einwilligungserklärungen und es obliegt ihnen auch als

zen der elterlichen Entscheidungsbefugnis – Wer bestimmt über die Preisgabe persönlicher Daten des Kindes im Internet?, FamRZ 2017, 1730 (1731).

91 BGH ZUM 2004, 919 (920); *Fritzsche/Knapp*, Bildnisse von Kindern (Fn 88), 1908; a.A. (für eine Alleinentscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Kindes) *Amend-Traut* (Fn 90), 111.1 ff; *Lack*, Elterliche Entscheidungsbefugnis (Fn 90), 1731.

92 Siehe nur *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1065.

93 OLG Oldenburg ZUM 2018, 802 (803); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.07.2021 – 1 UF 74/21, BeckRS 2021, 22062 (Rn 8); *Lorenz*, Kinderrechte (Fn 21) 323 f;

94 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.07.2021 – 1 UF 74/21, 2. amtl. Leitsatz.

95 *Buchner/Schnebbe*, Kinderfotos im Netz, ZD-Aktuell 2021, 05171.

96 Vgl hierzu *Dethloff/Kaesling*, Datenmündigkeit Minderjähriger in Europa, in: Fischer et al. (Hrsg.), Gestaltung der Informationsordnung, im Erscheinen (Juni 2022); *Taege*, *Taege/Gabel* (Fn 22), Art. 7 Rn 108; zum ungeklärten Zusammenspiel von nationalem Recht und Unionsrecht siehe auch *Specht*, in: *Specht/Mantz*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019, § 9 Verbraucherdatenschutz Rn 44.

datenschutzrechtlich Verantwortliche gem. Art. 7 Abs. 1 DSGVO, die Einwilligung nachweisen zu können.⁹⁷ Die Konstellation erinnert an den Fall des § 181 Alt. 1 BGB. Das Vertretungsverbot nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB würde greifen, wenn der Rechtscharakter der Einwilligung als rechtsgeschäftlich oder zumindest rechtsgeschäftsähnlich zu klassifizieren wäre. Dann wäre die Einwilligung eines gerichtlich eingesetzten Ergänzungspflegers erforderlich (vgl. §§ 1693, 1909 BGB). Durch eine solche Bestellung eines Ergänzungspflegers für den Fall, dass man die Einwilligung als Rechtsgeschäft mit den Folgen des Vertretungsverbots nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB ansieht, würde das öffentliche *Sharenting* wesentlich erschwert.⁹⁸ Die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des öffentlichen *Sharenting* sind mit der Beantwortung der umstrittenen Frage nach der Rechtsnatur der Einwilligung in der DSGVO und im KUG verbunden.

In diesem Kontext bleibt also die Debatte um die Rechtsnatur der Einwilligung, die bereits zu den der DSGVO vorangehenden deutschen datenschutzrechtlichen Normen geführt wurde, von Bedeutung.⁹⁹ Aus deutscher Sicht wird die datenschutzrechtliche Einwilligung teils als rechtsgeschäftlich¹⁰⁰ oder zumindest rechtsgeschäftsähnlich,¹⁰¹ teils als Realakt¹⁰² eingeordnet. Auch die kunsturheberrechtliche Einwilligung gemäß § 22 S. 1 KUG wird teilweise als rechtsgeschäftlich¹⁰³ oder

97 Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung, BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 6 Rn 10.

98 Kritisch dazu Rake, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1066; Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 18.

99 BeckOK DatenschutzR/Stemmer, 37. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn 28.

100 Frenzel, *Datenschutzgrundverordnung* (Fn 97), Art. 6 Rn 10; Libertus, Einwilligung (Fn 89), 624; Simitis, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, § 4a Rn 20; Kobte, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105 ff; Kloepfer, Informationsrecht, München 2002, § 8 Rn 75; Liedke, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Edewecht 2012, S. 66 ff; Lindner, Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG – ein zukunfts-fähiges Institut?, Hamburg 2013, S. 110 ff, siehe auch LG Hamburg ZIP 1982, 1313 (1315); LG Bremen DuD 2001, 620.

101 Siehe zum BDSG Kühling, in Wolff/Brink (Hg), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, (München 2013) § 4a BDSG Rn 33.

102 Schulz, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 7 DSGVO Rn 9; siehe auch von Uckermann, Einwilligung nach Bundesdatenschutzgesetz – ein Missverständnis?, DuD 1979, 163 (166).

103 M. Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, § 22 KUG Rn 13.

rechtsgeschäftsähnliche Erklärung angesehen.¹⁰⁴ Die Einwilligung wird in Ausübung privatautonomer Willensbetätigung erteilt.¹⁰⁵ Die Rechtsfolgen der Einwilligung treten ein, weil der Erklärende diese will,¹⁰⁶ nicht etwa unabhängig vom Willen. Dies spricht für die Einordnung als rechtsgeschäftliche Handlung.¹⁰⁷ Entsprechend würde auch § 181 BGB eingreifen. Die Erschwerung des öffentlichen *Sharenting* wäre dann zugunsten der sowohl durch die DSGVO geschützten Abgebildeten als auch der durch § 181 BGB geschützten Vertretenen hinzunehmen.

Qualifiziert man hingegen die Einwilligung als Realakt, so ist § 181 BGB nicht anwendbar.¹⁰⁸ Teilweise wird die Frage nach der Rechtsnatur für Eltern-Kind-Konstellationen gesondert, unabhängig von der grundlegenden Klassifikation der Einwilligung, beantwortet. Bei Elternhandeln wie beim *Sharenting* sei dann nicht davon auszugehen, dass eine rechtsgeschäftliche Handlung vorliege.¹⁰⁹ Es sei vielmehr als selbstverständlicher Teil der elterlichen Fürsorge zu verstehen, dass Eltern derart in das Persönlichkeitsrecht ihrer Kinder eingreifen.¹¹⁰ Insofern wird einer einzelfallabhängigen Prüfung der Einwilligung – hier konkret für das Eltern-Kind-Verhältnis – der Vorrang vor einer abstrakten Festlegung der Rechtsnatur gegeben.¹¹¹

Die mit der umstrittenen Einordnung der Einwilligung durch die Eltern im Zusammenspiel mit § 181 BGB einhergehende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anforderungen an rechtmäßiges öffentliches *Sharenting* führt dazu, dass dem datenschutzrechtlich privat-familiären sowie kunsturheberrechtlich nichtöffentlichem Bereich als *safe harbour*

104 OLG München ZUM 2001, 708 (709).

105 *Specht*, Urheberrechtsgesetz (Fn 69), § 22 KUG Rn 16a.

106 *Frömming*, Die Einwilligung im Medienrecht, NJW 1996, 958.

107 *Frömming*, Einwilligung (Fn 106), 958.

108 Vgl zum von § 181 BGB vorausgesetzten Rechtsgeschäft nur *Fröhler*, in: Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK, 59. Aufl., München 2021, § 181 Rn 252.

109 *Letzmaier*, *Sharenting* (Fn 24), 363 („lebensfremd“); *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1066.

110 *Letzmaier*, *Sharenting* (Fn 24), 363, unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

111 Siehe grundlegend hierzu *Klass*, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman – BGB, 16. Aufl., Köln 2020, Anhang zu § 12 – Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Rn 229; kritisch zum deduktiven Vorgehen auch *Kohle*, Einwilligung (Fn 100), 120; *Wagner*, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB, 8. Aufl., München 2020, § 630d Rn 9 zu ärztlichen Behandlungen.

für das Teilen von Kinderbildern durch ihre Eltern eine noch größere Bedeutung zukommt. Ein Eingreifen des § 181 BGB würde angesichts der Verbreitung von Praktiken des *Sharenting* entweder zur Bestellung einer Vielzahl von Ergänzungspflegern oder – weitaus wahrscheinlicher – zu einem beträchtlichen Auseinanderfallen von rechtlichen Anforderungen und sozialen Normen führen.

F. Fazit: Abgebildetenchutz beim Sharenting zwischen Öffentlichem und Privaten

Die beim *Sharenting* einschlägigen Regeln der DSGVO, des KUG, die Regeln des bürgerlich-rechtlichen Vertretungsrechts sowie des Familienrechts, letztere unter Berücksichtigung des Elternrechts, sind auf den Schutz des abgebildeten Kindes gerichtet. Dabei wird der Schutz im öffentlichen Raum über die formale Anwendung der Voraussetzungen der DSGVO an eine rechtmäßige Datenverarbeitung und des KUG an ein rechtmäßiges öffentliches Zurschaustellen zu erreichen gesucht. In beiden Rechtsbereichen kommt es primär auf die Einwilligung der Kinder bzw. seiner gesetzlichen Vertreter an. Über die DSGVO als auch das KUG wird der kindliche Wille immerhin ab 14 Jahren berücksichtigt.¹¹² Studien zeigen aber, dass Kinder schon weitaus früher nuancierte Meinungen zum Posten von ihren Bildern auf sozialen Netzwerken haben.¹¹³ Der private, der DSGVO und § 22 KUG entzogene Bereich, ist zum Schutz der abgebildeten Kinder nicht zu weit auszulegen.¹¹⁴ In Fortführung der zu § 22 S. 1 KUG entwickelten Grundsätze ist primär die Anzahl der Personen im Empfängerkreis durch Nutzung entsprechender technischer Möglichkeiten zu begrenzen.¹¹⁵ Allenfalls sekundär ist auf die persönliche Verbundenheit der Empfänger zur Person des Postenden abzustellen.¹¹⁶ Die privaten Räume in der digital-vernetzten Kommunikation bieten Eltern beim *Sharenting* Gelegenheit, rechtmäßig und rechtssicher Teil virtueller Gemeinschaften zu werden

112 Siehe oben unter E.

113 Zu den Kriterien der Kinder *Kutscher/Bouillon*, Kinder. Bilder. Rechte (Fn 7), S. 56 ff.

114 Siehe oben unter D.

115 Siehe oben unter D.

116 Siehe oben unter D, C. B III 2.

und sich in ihrer Rolle als Eltern mit Freunden, Familie und anderen Eltern auszutauschen.

Im öffentlichen und im privaten Raum haben Eltern nach § 1626 Abs. 2 S. 1 BGB die wachsenden Fähigkeiten und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem, verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und mit dem Kind, je nach Entwicklungsstand, Fragen der elterlichen Sorge, wie das Posten von Bildern des Kindes, zu besprechen und Einvernehmen anzustreben.¹¹⁷ Diese Ausprägung des Kinderrechts, gehört zu werden,¹¹⁸ könnte verfahrensrechtlich abgesichert werden, etwa durch Einführung der Möglichkeit, eine staatliche Stelle anzurufen, um sicherzustellen, dass ihr Standpunkt und ihre Argumente berücksichtigt werden, wenn es zu einem Konflikt mit ihren Eltern über eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind kommt.¹¹⁹ Im Übrigen obliegt der Kindesschutz – bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung i. S. des § 1666 BGB – den Eltern als Inhabern der elterlichen Sorge und als gesetzlichen Vertretern. Hier schlägt die Grenzziehung des Privat-Familiären und des Staatlichen des Art. 6 Abs. 2 GG durch. Die Förderung ihrer Medienkompetenz erlaubt es Eltern, Gefährdungspotentiale online besser zu erkennen und Möglichkeiten technischer Beherrschbarkeit – etwa zur Schaffung eines virtuellen Wohnzimmers – nutzen zu können. Technisches Design, das privatsphäreschonende Einstellungen als *default* setzt¹²⁰ oder zumindest nachhaltig, etwa unter Nutzung von Bildsprache, auf derartige Optionen aufmerksam macht, kann Eltern unterstützen, ihren Wunsch

117 Vgl. zu den tatsächlichen Formen der kindlichen Beteiligung beim Sharenting *Kutscher/Bouillon*, *Kinder. Bilder. Rechte.* (Fn 7), S. 69 ff.

118 Vgl. Art. 12 und 5 UN-Kinderrechtskonvention.

119 Vgl. *Kaesling*, *Children's Digital Rights*, in: Marrus/Laufer-Ukeles, *Global Reflections on Children's Rights and the Law: 30 Years After the U.N. Convention on the Rights of the Child* (Routledge London 2022) 183 (187); *Deutscher Juristentag*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Vol. II/1, These 13 b (2019); *Wellenhofer*, *Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung*, *NJW* 2018, 2758 (2761).

120 Zu *privacy by design* und *privacy by default* siehe *Krupna/Schmidt*, in: Specht-Riemenschneider/ N. Werry/ S. Werry (Hrsg.), *Datenrecht in der Digitalisierung*, S. 81 ff.

nach dem Schutz der Daten ihrer Kinder¹²¹ und ihr Interesse an einem Austausch über Kinderbilder online in Einklang zu bringen.

121 Vgl. zum „*intention-behavior gap*“, also dem Widerspruch zwischen dem elterlichen Wunsch, die Privatsphäre der Kinder zu schützen, und ihrem faktischen Verhalten, *Wagner/Gasche*, Sharenting (Fn 10), 985.

Zur Bedeutung der Plattform-AGB für Nutzer-Transaktionen auf virtuellen Marktplätzen

JProf. Dr. Lea Katharina Kumkar

Eine Vielzahl der Geschäftsbeziehungen wird heute über digitale Plattformen begründet und abgewickelt, die auf diese Weise erheblichen Einfluss auf das Marktgeschehen erlangt haben. Die Steuerungsmacht der Plattformen beschränkt sich dabei nicht auf das bilaterale Verhältnis zu ihren Nutzern. Mittels Marktordnungs- und Marktverhaltensregelungen beeinflussen die Plattformen auch die Bedingungen der vermittelten Nutzer-Transaktionen und schaffen auf den von ihnen eröffneten virtuellen Marktplätzen eigene Transaktionsinfrastrukturen, inklusive eines eigenen „Plattform-Rechts“. Mit dieser Gestaltungsmacht gehen erhebliche Risiken einher: Die Nutzer selbst sind an der Ausgestaltung dieser Regelungen nicht beteiligt – die Regelsetzung digitaler Marktplätze rückt damit in die Nähe privater Rechtsetzung. Dies nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass und geht Fragestellungen zu Wirkungsweise und Bedeutung sowie Gefährdungspotenzialen und Schutzinstrumenten im Hinblick auf das „Plattform-Recht“ nach.

A. Grundlagen

I. Virtuelle Marktplätze

Als „virtuelle Marktplätze“ wird eine Gruppe von Online-Plattformen bezeichnet, die durch die Zusammenführung einer großen Anzahl von Anbietern und Nachfragern sowie durch eine ganze oder teilweise Automatisierung der Transaktionsschritte die Aufnahme und Durchführung von Austauschverträgen im Internet erleichtert. Ihre Vermittlungstätigkeit ist auf den Gütertausch bzw. das Zustandekommen von Markttransaktionen gerichtet, geläufig ist daher auch die Bezeichnung als „Transaktionsplattform“. Verbraucher profitieren von der großen Auswahl an Produkten und Händlern auf virtuellen Marktplätzen, gewerbliche Nutzer von einem erweiterten Marktzugang und neuem

geschäftlichen Potenzial.¹ Zielgruppe und Produktangebot der virtuellen Marktplätze sind variabel: Einige Marktplätze bieten ihre Vermittlungsleistungen allein für den unternehmerischen Verkehr an (b2b), andere vermitteln primär zwischen Verbrauchern und Unternehmern (b2c) oder ausschließlich zwischen Verbrauchern (c2c). Die vermittelten Produkte reichen vom klassischen Warenangebot des Einzelhandels (Amazon, eBay), über Hotelzimmer (Booking), Speisen (Lieferando) und Mobilitätsdienste (Uber) bis hin zu „Entdeckungen“ (Airbnb).

II. Systembeziehungen und Interaktionsmöglichkeiten

Transaktionen auf digitalen Marktplätzen spielen sich regelmäßig in einem komplexen Mehrpersonenverhältnis ab:² Der vermittelte Austauschvertrag wird zwar unmittelbar zwischen den Nutzern (Anbietern, Nachfragern) geschlossen, als Nachfrager der Vermittlungsdienste stehen die Nutzer allerdings regelmäßig auch in einer vertraglichen Beziehung zur Plattform. Es ist daher zu differenzieren zwischen einerseits den durch die Plattform vermittelten Rechtsbeziehungen der Nutzer untereinander, dem sog. „Marktverhältnis“³, und andererseits den Rechtsbeziehungen der Nutzer zur Plattform, dem sog. „Vermittlungsverhältnis“⁴. Dem Marktverhältnis liegt dabei in der Regel ein klassisches Austauschverhältnis in Gestalt eines Kauf-, Werk-, Dienstleis-

1 Vgl. ErwGr 1 der VO (EU) Nr. 2019/1150 vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO), ABl. L 186 v. 11.7.2019, 57 ff.

2 Hierzu *Busch/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, *EuCML* 2016, 3 (4); *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt? Diskussionsentwurf für eine mögliche EU-Richtlinie, *MMR* 2016, 787 (788); *Hoeren*, in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. EL 2020, E-Commerce-Verträge, Rn 136; *Wagner/Zenger*, Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme: Besteht ein „Loslösungsrecht“ vom Vertrag contra legem?, *MMR* 2013, 343 (347).

3 Siehe *Glossner*, in Leupold/Wiebe/Glossner, Münch. Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 5.1 Rn 171.

4 Die von *Glossner* präferierte Terminologie („Vertragsverhältnis“) ist irreführend, weil ja auch zwischen den Nutzern in vielen Fällen ein Vertragsverhältnis begründet wird, vgl. *Glossner* (Fn 3) Rn 172.

tungs- oder Mietvertrages zugrunde.⁵ Die anwendbaren Vorschriften richten sich nach der jeweiligen vertragsrechtlichen Einordnung; ergänzend können ggf. die Vorgaben des Fernabsatzrechts (§§ 312c ff. BGB)⁶, des elektronischen Geschäftsverkehrs (§§ 312i, j BGB) oder Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB)⁷ zur Anwendung kommen. Im Vermittlungsverhältnis zwischen Plattform und Nutzern kommt es in den meisten Fällen zum Abschluss eines Vertrages über die Nutzung der von der Plattform bereitgestellten technischen Infrastruktur (sog. Plattformnutzungsvertrag⁸). Hierbei handelt es sich um einen typen gemischten Vertrag, der sich aus Elementen des Dienst-, Miet- und Werkvertrages sowie der entgeltlichen Geschäftsbesorgung zusammensetzt.⁹ Die Plattform kann mit allen Nutzern gleichlautende Verträge über die Plattformnutzung schließen oder die Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse an die spezifische Rolle der Nutzer auf der Plattform (z.B. Anbieter, Nachfrager) anpassen.¹⁰ So hängt von der Nutzergruppenzugehörigkeit häufig auch ab, ob und in welcher Höhe die Plattform eine Gegenleistung (z.B. in Form von Provisionen) für die Plattformnutzung verlangt.

III. Transaktionsregeln

Typischerweise legt die Plattform in ihren Allgemeinen Geschäfts- oder Nutzungsbedingungen die grundlegenden Voraussetzungen für die Plattformnutzung fest. Insoweit kann zwischen zwei Arten von Regelungen unterschieden werden: Ein Teil der Vorgaben betrifft das

5 Vgl. *Hoeren* (Fn 2) Rn 141.

6 Hierzu *Schmittmann*, in *Hoeren/Sieber/Holznapel*, MM-Recht, Teil 9 Rn 15 f.

7 Dies gilt allerdings nur, wenn der Anbieter Unternehmer iSd § 14 BGB ist, vgl. § 474 Abs. 1 BGB. Kritisch *Busch/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, *The Rise of the Platform Economy* (Fn 2) 4: „If the supplier is not a business but a consumer, then EU consumer contract law certainly does not apply to such a consumer-to-consumer contract. As a result, many contracts, although concluded in the highly professional environment of an online platform, totally escape the scope of application of existing consumer contract law.“

8 *Glossner*, in *Leupold/Wiebe/Glossner*, Münch. Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 5.1 Rn 172; *Hoeren*, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (Fn 2) Rn 141.

9 *Schöttle*, in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 3. Aufl. (2019) § 25 Rn 250, 252.

10 Zu den unterschiedlichen Perspektiven *Billing*, *E-Commerce* (Fn 8) Rn 4 ff.

Vermittlungsverhältnis, also die Beziehung zwischen Plattform und Nutzer. Hier wird etwa geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Nutzer Zugang zur Plattform erhalten (Registrierung, Nutzerkonto, Beiträge). Ein anderer Teil der Vorgaben betrifft die Beziehung zwischen den Nutzern, also das Marktverhältnis. Neben generellen Verhaltensstandards (z.B. Verbot von Hassrede und Diskriminierung) enthalten die AGB virtueller Marktplätze regelmäßig auch spezifische Vorgaben zu Inhalt, Zustandekommen und Durchführung der vermittelten Nutzer-Transaktionen.¹¹ Ziel dieser sog. „Transaktionsregeln“ ist ein möglichst einheitlicher Inhalt der über die Plattform geschlossenen Verträge, denn hierdurch werden Transaktions- und Durchsetzungskosten für die Teilnehmer verringert und das Vertrauen in die Funktionsweise der Plattform gestärkt.¹²

1. Beispiele

Anwendungsbeispiele für transaktionsbezogene Regelungen in den AGB und Nutzungsbedingungen digitaler Plattformen gibt es viele. Hinlänglich bekannt dürften die Vorgaben von Auktionsportalen wie z.B. eBay zu den Modalitäten des Vertragsschlusses sein.¹³ Viele Plattformen nehmen aber auch Einfluss auf den Inhalt oder die Durchführung der vermittelten Verträge: Die Nutzungsbedingungen von BlaBlaCar sehen etwa ein Verbot geschäftsmäßiger Nutzung vor: Die Kostenbeteiligung, die ein Fahrer von seinen Mitfahrern verlangt, ist auf die tatsächlich anfallenden Betriebskosten beschränkt.¹⁴ Die Nutzungsbedingungen von eBay verpflichten den Käufer zur Vorleistung und den Verkäufer zur sofortigen Übereignung.¹⁵ Hotelvermittler Booking.com

11 Vgl hierzu *Engert*, Digitale Plattformen, AcP 218 (2018) 305 (345).

12 *Siehe Glossner* (Fn. 3) Rn 172.

13 Vgl etwa eBay-AGB vom 22.6.2020, § 7 Nr. 2.

14 Vgl BlaBlaCar-AGB vom 5.8.2020, Ziff. 6. Detaillierte Vorgaben werden auch zu den Stornierungsmöglichkeiten gemacht: Fahrten mit Barzahlung sind vor Fahrtbeginn jederzeit stornierbar, während Fahrten mit Online-Zahlung von Mitfahrern nur innerhalb bestimmter Fristen bzw. unter bestimmten Voraussetzungen storniert werden können (z.B. bei Verspätung des Fahrers von mehr als 15 Min), vgl BlaBlaCar-AGB vom 5.8.2020, Ziff. 7.1.

15 Vgl eBay-AGB vom 22.6.2020, § 7 Nr. 9 und 10: „Der Käufer ist grundsätzlich zur Vorkasse verpflichtet. Sofern Käufer und Verkäufer nichts Abweichendes

sieht für Buchungen von in Deutschland befindlichen Unterkünften vor, dass bei nicht (mehr) kostenfrei stornierbaren Buchungen oder Nichterscheinen des Gastes dem Reiseanbieter eine angemessene Entschädigung in Form einer pauschalen Abgeltung in Höhe von 90 % des Buchungspreises zustehen soll.¹⁶ Hinzu treten in vielen Fällen noch besondere Vorgaben aus Käuferschutzprogrammen (z.B. PayPal Käuferschutz).¹⁷ Manche Vorgaben werden noch nicht einmal explizit als solche formuliert, sondern finden sich lediglich in der technischen Architektur der Plattform wieder:¹⁸ So obliegt die Festlegung der Stornierungsbedingungen auf der Plattform Airbnb bei Aufhalten von bis zu 28 Tagen zwar offiziell dem „Gastgeber“, dieser kann hierzu aber nur zwischen fünf formalisierten Stornierungsmodellen wählen, für die jeweils im Detail festgelegt ist, bis wann eine Stornierung erfolgen darf und mit welchen Rückerstattungsbeträgen die Gäste rechnen können.¹⁹

2. Wirkung als „Marktordnung“

In der Regel erklären die Nutzer mit Registrierung gegenüber der Plattform ihre Zustimmung zur Einhaltung der AGB bzw. Nutzungsbedingungen. Dies schließt logischerweise auch die von der Plattform geschaffenen und in den AGB enthaltenen Transaktionsregeln mit ein. Obwohl die Plattform an den vermittelten Nutzertransaktionen im

vereinbaren, ist der Kaufpreis sofort fällig und vom Käufer über die vom Verkäufer angebotenen Zahlungsmethoden zu begleichen. [...] Verkäufer müssen in der Lage sein, die angebotenen Waren dem Käufer unverzüglich nach Vertragsschluss zu übereignen.“

16 Vgl. Booking-AGB (Stand: 19.7.2021), Ziff. 6.

17 Vgl. hierzu auch *Fries*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860 (2861), die damit verbundenen Fragestellungen aus dem Blickwinkel des Zivilprozessrechts untersuchend.

18 Vgl. *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1 (3 f).

19 Zur Verfügung stehen die Optionen „Flexibel“ (bis 24 h vor dem Check-in), „Moderat“ (bis 5 Tage vor dem Check-in), „Streng“ (bis 14 Tage vor dem Check-in) und „Sehr streng“ (30 bzw. 60 Tage vor dem Check-in), vgl. https://www.airbnb.de/home/cancellation_policies (Abruf 27.8.2021). Zu den Stornierungsbedingungen auf Airbnb siehe auch eingehend *Omlor*, Haftung von Airbnb für unwirksame Stornierungsbedingungen, jM 2017, 134.

Marktverhältnis nicht beteiligt ist, kann sie über die Transaktionsregeln Einfluss auf die Konditionen der Austauschbeziehung nehmen. Der Plattformbetreiber übernimmt damit die Funktion eines Quasi-Gesetzgebers, der eine eigene Regelungsordnung, eine digitale Marktordnung, für „seinen“ virtuellen Marktplatz errichtet.²⁰

B. Die Ökonomie digitaler Plattformen und das Problem der Vertragsgerechtigkeit

Diese regelsetzende Funktion der Plattformen ist vor allem deshalb problematisch, weil auf Seiten der Plattform ökonomische Anreize zur Ungleichbehandlung der verschiedenen Nutzergruppen bestehen. Dies wirft die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit der von der Plattform vorgegebenen Regelungen auf.

I. Mehrseitige Märkte, Netzwerkeffekte und die Herausforderung der „kritischen Masse“

Die inhärente Gefahr einer Ungleichbehandlung der Nutzer durch den Plattformbetreiber hängt eng mit den ökonomischen Besonderheiten mehrseitiger (Plattform-)Märkte²¹ zusammen. Die Plattform zielt in erster Linie auf die Vernetzung ihrer Nutzer ab, sie ermöglicht wertschöpfende Interaktionen und schafft auf diese Weise die Grundlage für Wechselwirkungen zwischen den Marktseiten (Nutzergruppen)

20 Vgl bereits *Wiebe*, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, MMR 2000, 323 (325); dies aufgreifend *Sester*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, 98 (104).

21 Zur ökonomischen Theorie der „two sided markets“ siehe *Rochet/Tirole*, Platform Competition in Two-sided Markets, Journal of the European Economic Association 2003, 990; Two-Sided Markets: A Progress Report, RAND Journal of Economics 2006, 645; vgl ferner *Armstrong*, Competition in Two-Sided Markets, RAND Journal of Economics 2006, 668; *Armstrong/Wright*, Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, Econ Theory 2007, 353; *Caillaud/Jullien*, Chicken&egg: Competition among intermediation service providers, RAND Journal of Economics 2003, 309; *Evans/Schmalensee*, Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Pol’y Int’l 2007, 151.

in Gestalt der sog. „Netzwerkeffekte“²². Auf virtuellen Marktplätzen lassen sich dabei typischerweise starke *positive* Netzwerkeffekte beobachten, d.h. die Attraktivität der betreffenden Plattform steigt in der Tendenz mit zunehmender Nutzerzahl. In wettbewerblicher Hinsicht haben ausgeprägte positive Netzwerkeffekte eine marktkonzentrierende Wirkung:²³ Da Plattformen mit vielen Teilnehmern einen größeren Nutzensgewinn versprechen, werden diese von den Nutzern bevorzugt, sodass die Marktstellung größerer Plattformen „automatisch“ abgesichert und verstärkt wird. Diese Tendenz wird noch zusätzlich verstärkt durch die für den Technologiesektor typischen Skaleneffekte (Größenvorteile) und Vertrauensvorschüsse (sog. Goodwill-Prämien).²⁴ Nur wenn eine Plattform die Schwelle der sog. „kritischen Masse“ überschreitet, d.h. eine Größe erreicht, mit der sie von sich aus neue Nutzer anzieht, ist sie in der Lage, ihren Bestand am Markt langfristig zu sichern. Aus diesem Grund werden Plattformmärkte auch als sog. „Winner-takes-it-all“-Märkte bezeichnet: Monopolistische oder oligopolistische Marktstrukturen können gemeinsam mit hohen Marktzutrittschürden dazu führen, dass der Wettbewerb nicht mehr *im Markt*, sondern *um den Markt* geführt wird.²⁵

II. Ungleichbehandlung der Nutzergruppen

Um die kritische Masse zu erreichen und eine ausgeglichene Verteilung zwischen und innerhalb der Nutzergruppen zu gewährleisten, stehen dem Plattformbetreiber verschiedene Steuerungsmechanismen zur Verfügung, darunter insbesondere die Preis- und Nutzungsgestaltung gegenüber den verschiedenen Nutzergruppen.²⁶ Aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen wird die Plattform eine Preis- und Nutzungsgestal-

22 Der Begriff „Netz(werk)effekt“ beschreibt das Phänomen, dass aus Sicht des Nachfragers der Nutzen eines bestimmten Guts von dem Nutzungsverhalten der anderen Konsumenten abhängt, vgl. *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015, 26.

23 *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht – Implikationen der *Platform Revolution* für das EU-Vertriebskartellrecht (2017) 35 ff.

24 Vgl. *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht (Fn 23) 62 ff.

25 *Körber*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93 (94 f).

26 *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht (Fn 23) 59 ff.

tung wählen, die den Zugang und die Nutzungsintensität innerhalb einer Nutzergruppe und im Verhältnis zu den anderen Nutzergruppen der Plattform optimal steuert und die Plattform damit beim Erreichen der kritischen Masse unterstützt. Typischerweise werden nicht einheitliche Konditionen für alle Nutzer vorgesehen, sondern eine Nutzergruppe wird „subventioniert“. Bevorteilt wird dabei in der Regel die Nutzergruppe, von der besonders starke Netzwerkeffekte ausgehen und die besonders sensibel auf Preisveränderungen reagiert,²⁷ oder – wie von *Evans* treffend formuliert: „[t]he side that is ‚needed more‘ or that is ‚harder to get‘ [...]“.²⁸ Dieser Nutzergruppe bietet die Plattform besonders niedrige Preise bzw. günstige Konditionen, um möglichst viele Nutzer dieser Gruppe an die Plattform zu binden. Über die Wirkung der Netzwerkeffekte wird die Plattform dann „automatisch“ auch für die anderen Nutzergruppen attraktiv.²⁹ Für die weitere Untersuchung folgt daraus: Aus Sicht der Plattform kann eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Nutzergruppen – und damit ggf. auch eine Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Nutzergruppen – rational sein, um die erforderliche „kritische Masse“ an Nutzern zu erreichen und auf der Plattform zu halten sowie Stabilitätsprobleme zu lösen und ein Gleichgewicht zwischen den Nutzergruppen zu erreichen. Diese Tendenz zur Ungleichbehandlung setzt sich auch bei den Bedingungen der über die Plattform geschlossenen Transaktionen fort, die aus Perspektive der Nutzer einen entscheidenden Einfluss auf die Attraktivität der Plattform haben (können). Auch insoweit kann der Plattformbetreiber geneigt sein, die Transaktionsregeln so zu gestalten, dass die Plattform für die Nutzergruppe attraktiv wird, auf die die Plattform am dringendsten angewiesen ist. Dies kann die Plattform etwa erreichen, indem sie die Verkäuferseite zu besonders käuferfreundlichen Rückabwicklungsmechanismen verpflichtet oder die Regelungen der Gefahrtragung zulasten der Verkäufer modifiziert, um Plattform-Transaktionen für die Käuferseite attraktiver zu gestalten.

27 Vgl. *Armstrong*, Competition in Two-Sided Markets (Fn 21) 668 ff.

28 *Evans*, Antitrust Issues Raised by Global Internet Economy, in *Evans* (Hg), Platform Economics (2011) 269.

29 Von vergleichbaren Erwägungen waren auch die – mittlerweile als kartellrechtlich unzulässig eingestuft – „Bestpreisklauseln“ der Hotelbuchungsportale getragen, vgl. hierzu *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht (Fn 23) 167 mwN.

Zusätzliche Anreize zur Benachteiligung einzelner Nutzergruppen können sich aus dem Umstand ergeben, dass einige Plattformen parallel zum Betrieb eines Marktplatzes auch noch als Eigenhändler tätig sind.³⁰ So tritt etwa der Plattformbetreiber Amazon in einigen Produktsparten in unmittelbare Konkurrenz zu den Händlern seines „Marketplace“. Dies kann den Plattformen eine zusätzliche Motivation verschaffen, die Nutzungsbedingungen so auszugestalten, dass Drittanbieter bei Verkäufen über die Plattform gezielt benachteiligt werden.

III. Das Problem der Vertragsgerechtigkeit

Da auf Seiten der Plattform Anreize zur Ungleichbehandlung der verschiedenen Nutzergruppen bestehen, wird die Frage nach der materiellen Richtigkeit der von der Plattform vorgegebenen Transaktionsregeln aufgeworfen.

1. Mechanismus der „vertraglichen Richtigkeitsgewähr“

Typischerweise wird aus dem Mechanismus des Vertragsschlusses selbst auf die inhaltliche Richtigkeit des Vereinbarten geschlossen. Denn der Vertrag beruht auf einem Kompromiss der beteiligten Parteien: der Einzelne kann seinen Willen nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit dem anderen Teil verwirklichen.³¹ Der Grundsatz der Privatautonomie wird von dem Gedanken getragen, dass die Parteien auf diese Weise bei einem rechtsgeschäftlich begründeten Vertragsverhältnis im freien Spiel der Kräfte selbst einen angemessenen Interessensausgleich im Sinne einer *iustitia commutativa*, der ausgleichenden Gerechtigkeit, herstellen.³² Die Vertragsfreiheit beim Abschluss des Ver-

30 Vgl. auch *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 9.

31 *Looschelders/Olzen*, in *Staudinger-BGB*, Neubearbeitung 2019, § 242 BGB Rn 458.

32 Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff. Vgl. ferner *Looschelders/Olzen*, *Staudinger-BGB* (Fn 31) Rn 45; *Schubert*, in *MünchKomm-BGB*, 8. Aufl. 2019, § 242 BGB Rn 526 f; *Wendland*, in *Staudinger-Eckpfeiler*, 7. Aufl. 2020, E. Rn 1 ff; kritisch *Mäsch*, in *Staudinger, BGB*, Neubearbeitung 2019, Vorb. §§ 305 ff Rn 2, 6.

trages soll also die Gerechtigkeit seines Inhalts gewährleisten,³³ was in Anlehnung an *Schmidt-Rimpler*³⁴ auch als Mechanismus „vertraglicher Richtigkeitsgewähr“ bezeichnet wird. Einer Äquivalenzkontrolle vertraglicher Vereinbarungen begegnet das Recht mit Blick auf die grundsätzliche Selbstverantwortung der Parteien daher eher mit Zurückhaltung; nicht zuletzt bestehen auch (begründete) Zweifel, ob sich stets ein höheres Maß an Gerechtigkeit im Rahmen einer richterlichen ex post Kontrolle gewährleisten lässt.³⁵

2. Möglichkeiten externer Kontrolle

Eine externe Überprüfung privatautonom getroffener Vereinbarungen findet allerdings statt, wenn die Voraussetzungen für ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Vertragsmechanismus nicht vorliegen, etwa weil sich keine gleichberechtigten Partner mit vergleichbarer Verhandlungsmacht gegenüberstehen. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, kehrt sich die Vertragsfreiheit für den anderen Teil in eine Fremdbestimmung um.³⁶ Die Vermutung der vertraglichen Richtigkeitsgewähr greift in diesen Fällen nicht (mehr).³⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass in Fällen gestörter Vertragsparität, bei denen mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten ist, der Staat sogar ausgleichend einzugreifen hat, um dem Schutzgebot der Grundrechte nachzukommen.³⁸ Mit dieser Argumentation hat das BVerfG insbesondere die Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen zu-

33 *Wendland*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fallbearbeitung, JURA 2018, 866 (866).

34 *Schmidt-Rimpler*, Erneuerung des Vertragsrechts (Fn 32) 130 ff. Zu Recht in die Kritik geraten ist *Schmidt-Rimplers*-Ansatz allerdings, weil er nur unzureichende Antworten für den praktisch weit verbreiteten Umgang mit ungleich verteilten Machtverhältnissen zwischen den Vertragspartnern bietet und daher jedenfalls als monokausaler Erklärungsansatz ungeeignet ist, vgl. dazu *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, 190 f.

35 *Schubert*, MünchKomm-BGB (Fn 32) Rn 527 mwN.

36 BVerfG NJW 1994, 36 (38).

37 *Wendland*, Das Recht der AGB (Fn 33) 867.

38 Vgl. *Schubert* (Fn 32) Rn 530.

gunsten naher Familienangehöriger³⁹ und von Eheverträgen, die nicht auf gleichberechtigter Partnerschaft beruhen,⁴⁰ begründet. Auch der in § 307 BGB angeordneten Inhaltskontrolle bei Vertragsschlüssen unter Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegt eine ähnliche Argumentation zugrunde: Die Vorformulierung durch den Verwender, ein auf Seiten der Kunden unverhältnismäßiger Aufwand für die Kenntnisnahme, der Anschein der Seriosität als psychologische Wirkung sowie die faktische Unverhandelbarkeit führen hier zu einer situativen Unterlegenheit des anderen Teils.⁴¹

3. Unzureichende Legitimation der Transaktionsregeln

Blickt man nun auf die Marktordnungs- und Marktverhaltensregelungen der Plattformen, so fällt auf, dass diese einen erheblichen Einfluss auf die Bedingungen der Nutzer-Transaktionen haben, die Nutzer selbst an der Ausgestaltung dieser Regelungen aber gar nicht beteiligt sind. Aus Sicht der Nutzer rücken die von der Plattform vorgegebenen Regelungen damit in die Nähe heteronomen Rechts: Die Nutzer legen das „Plattform-Recht“ ihren Verträgen mit anderen Nutzern zugrunde, ohne dessen Geltung aber individuell verhandelt zu haben. Unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Richtigkeitsgewähr lassen sich die von der Plattform geschaffenen und von den Nutzern zum Einsatz gebrachten Transaktionsregelungen der Plattform also gerade nicht legitimieren. Vielmehr agiert der Plattformbetreiber insoweit als „privater Gesetzgeber“.⁴²

Dieser Befund wäre indes weniger problematisch, wenn sich die Geltung des „Plattform-Rechts“ zumindest durch eine freie Wahlentscheidung der Nutzer zugunsten eines bestimmten Transaktionsregimes legitimierte. In diesem Sinne interpretiert *Hellgardt*⁴³ den Abschluss

39 BVerfG NJW 1994, 2749; NJW 1996, 2021.

40 BVerfG NJW 2001, 957; NJW 2001, 2248.

41 *Wendland*, Das Recht der AGB (Fn 33) 867.

42 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 3.

43 *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags – Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit der §§ 116 ff., 145 ff. BGB innerhalb von Geschäftsbeziehungen und auf privaten Marktplätzen, AcP 213 (2013), 760 (808 ff). Vgl zu ähnlichen Ansätzen auch *Lutzi*, Private International Law Online, 2020, Rn 5 139 ff.

des Plattform-Benutzungsvertrag als (materielle) Rechtswahl zugunsten einer bestimmten, plattformseitig aufgestellten Marktordnung. Ungeachtet der bestehenden konstruktiven Schwächen dieses Ansatzes⁴⁴ geht diese Lösung jedoch am eigentlichen Kernproblem vorbei: Nur wenn sich in der Nutzungsentscheidung zugunsten einer bestimmten Plattform tatsächlich die (freiwillige) Wahl der Nutzer zugunsten einer bestimmten Marktordnung widerspiegelt, kann – in Parallele zu *Schmidt-Rimplers* Konzeption – von einer vertragsähnlichen, weil auf freier Selbstbestimmung beruhenden Richtigkeitsgewähr ausgegangen werden.⁴⁵ Eine freie Wahlentscheidung setzt allerdings die Existenz echter Alternativen voraus, gerade insoweit besteht im Plattformwettbewerb mit Blick auf die charakteristischen positiven Netzwerkeffekte jedoch eine strukturelle Schwäche:⁴⁶ Denn mit den Netzwerkeffekten geht eine starke Tendenz zur Marktkonzentration einher, es bilden sich monopolistische oder oligopolistische Marktstrukturen mit hohen Marktzutrittschürden, der Wettbewerb wird nur noch *um* den Markt geführt.⁴⁷ Zusätzlich verfestigt wird die vorherrschende Marktposition einer Plattform dabei noch durch einen weitreichenden Zugriff auf wettbewerbsrelevante Daten, die bei Geschäftstätigkeiten auf Folgemärkten gewinnbringend eingesetzt werden können.⁴⁸ Auf diese Weise entstehen regelrechte „digitale Ökosysteme“ mit langfristig stabilen Marktpositionen. Die Nutzung der marktführenden Plattform stellt sich dann als weitgehend alternativlos dar.⁴⁹ In den allermeisten Fällen steht hinter der Nutzungsentscheidung zugunsten einer bestimmten

44 Wenig überzeugend erscheint dabei insbesondere die Annahme einer Vereinbarung zwischen allen Marktteilnehmern, für deren Konstruktion jeweils die Vertretung durch den Marktbetreiber fingiert werden muss, vgl. *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation (Fn 43) 808 f.

45 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18), 7 f.

46 Vgl zum Ganzen auch *Paal/Kumkar*, Die digitale Zukunft Europas, *ZfDR* 2021, 97.

47 Siehe bereits vorstehend B.I.

48 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 2. Diese einerseits als Vermittler, andererseits als Eigenanbieter tätigen Plattformen werden als sog. „Hybridplattformen“ bezeichnet, vgl. *Hoffer/Lebr*, Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand – Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook, *NZKart* 2019, 10 (11) mwN.

49 *Spiecker gen. Döhmman*, Digitale Mobilität: Plattform Governance: IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen, *GRUR* 2019, 341 (342).

Plattform also gerade keine freie Wahl, die die Geltung einer bestimmten Marktordnung legitimieren könnte.

C. Wirkungsweise und Bedeutung von Plattform-AGB

Welche Schlussfolgerungen aus dem Befund der mangelnden (vertraglichen) Legitimation der plattformeigenen Transaktionsregelungen zu ziehen sind, hängt nicht zuletzt davon ab, in welcher Gestalt die Plattform-AGB Einfluss auf die Vertragsbeziehungen nehmen. Auch insoweit ist wieder zwischen Vermittlungs- und Marktverhältnis zu differenzieren: Im Verhältnis zwischen Plattform und Nutzer handelt es sich bei den vom Plattformbetreiber vorformulierten und einseitig gestellten Nutzungsbedingungen regelmäßig um AGB i. S. des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen werden. Das gilt aber nicht ohne weiteres für das Marktverhältnis: Nach herrschender Ansicht werden die Plattform-AGB im Verhältnis zwischen den Nutzern nicht unmittelbar Vertragsbestandteil, weil keine der Parteien die AGB gestellt hat, also „Verwender“ im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist.⁵⁰ Der bloße Umstand, dass die Plattform im Vermittlungsverhältnis die Beachtung der Plattform-AGB verlangt, soll also gerade nicht genügen, um ihre Verbindlichkeit auch im Marktverhältnis zwischen den Teilnehmern zu begründen. Vielmehr bleibt es insoweit beim Grundsatz der *inter partes* Wirkung vertraglicher Vereinbarungen; Rechtswirkungen entstehen nur für die an der Vereinbarung unmittelbar beteiligten Parteien (vgl. § 311 Abs. 1 BGB).

Allerdings hat die Rechtsprechung einen alternativen Weg entwickelt, um die Erheblichkeit der Plattform-AGB im Marktverhältnis zu begründen. In seiner Entscheidung zur Plattform „ricardo.de“ entschied der BGH, dass die Plattform-AGB zwar nicht unmittelbar Vertragsinhalt werden, aber bei Auslegung der Nutzererklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB Berücksichtigung finden können: Soweit die abgegebenen Erklärungen nicht aus sich heraus verständlich seien, könnten „Verständnislücken [...] unter Rückgriff auf die durch die Anerken-

50 BGH NJW 2002, 363 (365), vgl. auch *Basedow*, in MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn 22; *Pfeiffer*, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 Rn 29.

nung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden.“⁵¹ Diese sog. „Auslegungslösung“ wird von der Erwägung getragen, dass Käufer und Verkäufer von den einheitlichen „Spielregeln“ der Plattform für Transaktionen profitieren (Schaffung von Vertrauen, Senkung von Transaktionskosten) und sich daher bewusst für den von der Plattform eröffneten Transaktionsrahmen entscheiden.⁵² Die Plattform-AGB werden also nicht unmittelbar Bestandteil des zwischen den Nutzern geschlossenen Vertrages, können aber als Auslegungshilfe für die abgegebenen Nutzererklärungen herangezogen werden. Dem vom BGH aufgezeigten Lösungsweg hat sich das Schrifttum in der Folgezeit mehrheitlich angeschlossen, sodass sich die „Auslegungslösung“ als heute herrschende Meinung zur Wirkungsweise der Plattform-AGB etablieren konnte.⁵³

D. Gewandelte Einschätzung zum Schutzbedarf gegen das „Plattform-Recht“

Die fehlende rechtliche Bindungswirkung im Marktverhältnis mag ein Grund dafür gewesen sein, warum in der Vergangenheit im Allgemeinen kein großer Bedarf an materiellen Schutzstandards gegen die Plattform-AGB gesehen wurde. Potenzielle Diskriminierungsszenarien spielten in den Diskussionen in der Vergangenheit allenfalls eine untergeordnete Rolle; gezielte Benachteiligungen einzelner Nutzer hielt man für wenig wahrscheinlich: Argumentiert wurde zum einen, der Plattformbetreiber habe gar kein Interesse an einer Ungleichbehandlung der Nutzer(gruppen): Denn sein Ziel sei die Bereitstellung eines neutralen „level-playing-fields“, um Vertragsabschlüsse auf der Plattform

51 BGH NJW 2002, 363 (364); vgl auch BGH NJW 2005, 53 (54); NJW 2011, 2421 (2423); NJW 2016, 395 (396); NJW 2017, 1660 (1661).

52 Siehe *Glossner*, *Anwaltshandbuch IT-Recht* (Fn 3) Rn 175.

53 Siehe *Glossner*, *Anwaltshandbuch IT-Recht* (Fn 3) Rn 174; *Hennemann*, *Interaktion und Partizipation: Dimensionen systemischer Bindung im Privatrecht*, 2020, 132; *Hoeren*, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (Fn 2) Rn 136; *Munz*, in *BeckOK IT-Recht*, 2. Ed. 2020, § 305 BGB Rn 49; *Specht-Riemenschneider*, in *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB*, 5. Aufl. 2019, *Plattformnutzungsverträge* Rn 51, jew. mwN.

zu befördern; eine einseitige Bevorzugung einer Partei sei damit überhaupt nicht kompatibel.⁵⁴ Zum anderen erschien eine gezielte Benachteiligung auch deshalb abwegig, weil auf den Anfang der 2000er-Jahre hauptsächlich verbreiteten Internet-Auktionsplattformen die Nutzer noch wechselnd in der Rolle als Anbieter und Nachfrager tätig waren. Eine gezielte Diskriminierung einzelner Nutzer wäre damit gar nicht möglich gewesen, denn benachteiligende Regelungen hätten (fast) alle Nutzer gleichermaßen getroffen.⁵⁵

Soweit denn die Frage des Schutzes der Nutzer vor Benachteiligungen überhaupt aufkam, wurde sie mit der Möglichkeit einer „mittelbaren“ AGB-Kontrolle im Rahmen der Auslegungslösung abgetan.⁵⁶ Demnach sollten bei Auslegung der Nutzererklärungen nur solche Klauseln Berücksichtigung finden, die im Plattform-Nutzer-Verhältnis (Vermittlungsverhältnis) der AGB-Kontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB standhalten. Begründet wurde dies mit dem Argument, ein Wille des Nutzers, zu den vom Betreiber vorgegebenen Bedingungen zu kontrahieren, könne nur insoweit angenommen werden, als es sich im Verhältnis zwischen Plattform und Nutzer um wirksame Bedingungen im Sinne des AGB-Rechts handele. Bei unwirksamen Bedin-

54 *Hennemann*, Interaktion und Partizipation (Fn 53) 133; ähnlich auch bereits *Grapentin*, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, GRUR 2001, 713 (714); *Heiderhoff*, Die Wirkung der AGB des Internetauktionators auf die Kaufverträge zwischen den Nutzern, ZIP 2006, 793 (797).

55 Vgl. *Heiderhoff*, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797: „Beide gehen nämlich ein ähnliches Risiko ein, von den Klauseln des Auktionshauses benachteiligt zu werden.“

56 *Deutsch*, Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, MMR 2004, 586 (588); *Engert*, Digitale Plattformen (Fn 11) 349; *Hartung/Hartmann*, „Wer bietet mehr?“ – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, MMR 2001, 278 (281); *Ernst*, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. vom 14.12.2000 – 2 U 58/00, CR 2001, 122; *Hennemann*, Interaktion und Partizipation (Fn 53) 133; *Pfeiffer*, AGB-Recht (Fn 50) Rn 29; *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn 39; kritisch *Rüfner*, Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz, MMR 2000, 597 (598). Der BGH hat sich zu der Frage der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB nicht abschließend geäußert, sondern in der Entscheidung „ricardo.de“ eine AGB-Kontrolle nur unter Hinweis auf den grundsätzlich individuellen Charakter des Vertragsschlusses verneint, vgl. BGH NJW 2002, 363 (364 f); vgl. hierzu auch *Heiderhoff*, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797.

gungen sei hingegen nicht davon auszugehen, dass der Nutzer diese in den Vertrag mit übernehmen wollte.⁵⁷

Diese Einschätzung ist heute – etwa 20 Jahre nach der „ricardo.de“-Entscheidung – kaum mehr haltbar: Geänderte Rahmenbedingungen des Plattformvertriebs, ein zunehmend begrenzter Anwendungsbereich einer mittelbaren AGB-Kontrolle im Rahmen der „Auslegungslösung“ und eine hohe Standardisierung der Plattform-Transaktionen legen vielmehr ein gesteigertes Bedürfnis nach materiellen Schutzstandards im Plattform-Recht nahe.

I. Neue Rahmenbedingungen des Plattform-Vertriebs

Die Rechtsprechung zur „Auslegungslösung“ stammt aus den beginnenden 2000er-Jahren, der Blütezeit von eBay und anderen Internet-Auktionsplattformen. Hier haftete den Plattformen überwiegend noch ein Charakter als private „Tauschbörse“ an:⁵⁸ Gehandelt wurde vorwiegend mit Gebrauchtem sowie Schätzen aus Keller und Dachboden. Nutzer waren wechselnd als Verkäufer *und* Käufer aktiv. Seitdem hat sich die Plattformwirtschaft jedoch stark verändert. Der Plattformvertrieb hat sich insgesamt stark professionalisiert, auf vielen Plattformen dominieren heute die gewerblich tätigen Anbieter. Ein Rollenwechsel ist längst nicht mehr auf allen Plattformen möglich; die Anmeldung erfolgt in der Regel entweder als Anbieter (Verkäufer, Gastgeber, Partner-Fahrer) *oder* als Abnehmer (Kunde). Eine gezielte Diskriminierung lässt sich damit heute nicht nur praktisch deutlich einfacher umsetzen als früher, sie ist – mit Blick auf die Funktionsweise mehrseitiger Plattformmärkte – auch wesentlich wahrscheinlicher. Denn die neueren ökonomischen Erkenntnisse legen nahe, dass es – rein wirtschaftlich betrachtet – sinnvoll sein kann, einzelne Nutzergruppen durch besonders vorteilhafte Preise oder Konditionen zulasten der anderen Nutzer zu subventionieren, um auf diese Weise die Funktionsweise der Plattform zu optimieren.⁵⁹

57 *Hartung/Hartmann*, „Wer bietet mehr?“ (Fn 56) 281; *Heiderhoff*, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797.

58 Auch heute existieren noch Plattformen mit einem solchen „Tausch“ bzw. „Sharing“-Charakter, wie z.B. eBay Kleinanzeigen oder BlaBlaCar.

59 Hierzu vorstehend B.II.

II. Grenzen der Auslegungslösung

Verbindliche Nutzergruppenzuweisungen und spezifische Anmeldeprozesse ermöglichen es der Plattform, ihre AGB speziell auf die jeweilige Nutzergruppe anzupassen. Diese nutzergruppenspezifischen AGB sind häufig nicht frei zugänglich, sondern können erst nach einer entsprechenden Voranmeldung eingesehen werden.⁶⁰ Gerade die auf Abnehmerseite befindlichen (Privat-)Kunden kennen heute in vielen Fällen die Vertragsbedingungen gar nicht mehr, die ihren Transaktionspartnern von der Plattform gestellt wurden. Bei nutzergruppenspezifischen AGB gerät allerdings die Auslegungslösung an ihre Grenzen – und mit ihr die Möglichkeit einer indirekten AGB-Kontrolle: Denn die Heranziehung als Auslegungshilfe gründet auf den wechselseitigen Erwartungen und einem gemeinsamen Verständnis der Transaktionspartner von den AGB, knüpft also an eine beiderseitige Kenntnis von den Vertragsbestimmungen durch die Vertragsbeteiligten an. Diese Kenntnis kann bei unterschiedlichen AGB aber gerade nicht vorausgesetzt werden.⁶¹ Aus diesem Grund ist nach herrschender Meinung die „Auslegungslösung“ nur dort anwendbar, wo die Plattform einheitliche AGB gegenüber allen Teilnehmern verwendet.⁶²

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Existenz der Plattform-AGB in den übrigen Fällen bedeutungslos wäre. Zwar erlangen die Plattform-AGB *rechtliche* Verbindlichkeit nur im Vermittlungsverhältnis zwischen Plattform und Nutzern. *Faktisch* reicht ihre Bedeutung doch darüber hinaus. Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass sich die Nutzer gegenüber der Plattform verpflichten, die AGB bei Transaktionen im Marktverhältnis zu berücksichtigen. Denn weichen die Nutzer im Marktverhältnis von den Vorgaben der Plattform ab, kann dies unter Umständen eine Pflichtverletzung gegenüber der Plattform begründen, die in gravierenden Fällen sogar mit einem Ausschluss des betreffenden Nutzers sanktioniert werden könnte. Von der theoretischen Möglichkeit abweichender Vereinbarungen im Marktverhältnis werden viele

60 So z.B. bei der Anmeldung als „Partner-Fahrer“ auf Uber, vgl. <https://help.uber.com/de-DE/driving-and-delivering/article/den-nutzungsbedingungen-zustimmen?nodeId=44cf1f0e-27ca-4919-9621-f1321a0381c1> (Abruf 27.08.2021).

61 LG Berlin MMR 2007, 734 (735).

62 LG Berlin MMR 2007, 734 (735); ähnlich auch AG Hildesheim BeckRS 2010, 14113; *Munz*, BeckOK IT-Recht (Fn 53) Rn 50; *Spindler/Schuster* (Fn 56) Rn 40.

Nutzer vor diesem Hintergrund nur zurückhaltend Gebrauch machen. Dies gilt gerade für die gewerblich tätigen Anbieter, die häufig auf den Plattformvertrieb angewiesen sind. Noch gravierender fällt der Befund aus, wo entsprechende Vorgaben von der Plattform gar nicht explizit formuliert, sondern bereits in das entsprechende Plattform-Design integriert sind.⁶³ Ganz nach Lessigs Satz „Code is Law“⁶⁴ erweist sich die Plattformarchitektur hier als faktisch verbindliches Äquivalent zur formulierten Regelsetzung der Plattform.⁶⁵

III. Hohe Standardisierung der Transaktionen

Hinzu kommt, dass die die Plattform-Transaktionen im Regelfall⁶⁶ hoch standardisiert und anonymisiert sind; einer etwaigen Möglichkeit, die Vertragsbedingungen individuell auszuhandeln, kommt rein hypothetische Bedeutung zu.⁶⁷ Dies gilt mit Blick auf die technischen Modalitäten des Vertragsschlusses auf Online-Plattformen insbesondere für die Abnehmerseite, deren Handlungsoptionen sich in der Regel auf die schlichte Annahme bzw. Nicht-Annahme des Vertragsangebots beschränken.⁶⁸ Das Schutzbedürfnis wird daher auch nicht durch den Umstand beseitigt, dass es den Nutzern mangels rechtlicher Bindungswirkung der Plattform-AGB im Marktverhältnis freisteht, durch Parteivereinbarung von den Transaktionsregelungen der Plattform abzuweichen.⁶⁹

63 Siehe vorstehend A.III.1.

64 Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999.

65 Vgl auch Schweitzer, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 4.

66 Eine Ausnahme stellen etwa die Transaktionen über eBay Kleinanzeigen dar.

67 Vgl insoweit Grapentin, Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz, NJW 2019, 181 (182 f).

68 So i.E. auch Heiderhoff, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 796; vgl ferner Koch, Geltungsbereich von Internet-Auktionsbedingungen, CR 2005, 502 (504).

69 Zu den Abweichungsmöglichkeiten vgl Heiderhoff, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 795 f.

E. Schutzinstrumente

Damit rückt die inhaltliche Kontrolle des „Plattform-Rechts“ in den Vordergrund. Auf Durchführungsebene stellen sich vor diesem Hintergrund zwei Fragen: Zum einen nach dem geeigneten Anknüpfungspunkt für eine solche Kontrolle, zum anderen nach den geeigneten Kontrollinstrumenten.

I. Anknüpfungspunkt

Während es auf den ersten Blick verlockend erscheint, eine Inhaltskontrolle unmittelbar im Marktverhältnis durchzuführen, da sich die Transaktionsregeln der Plattform in diesem Verhältnis tatsächlich auswirken, gehen mit dieser Lösung bei näherer Betrachtung entscheidende Schwächen einher. Da die Plattform-AGB – mit Ausnahme der wenigen Fälle, in denen sich ein Nutzer die AGB „zu eigen macht“ – im Verhältnis zwischen den Nutzern von keiner Partei im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB „gestellt“ wurden, unterliegen sie an sich keiner Inhaltskontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB. Zu Recht, denn eine Anwendung der AGB-rechtlichen Vorschriften ließe sich kaum rechtfertigen: Nur die Plattform hat mit dem „Stellen“ der AGB im Vermittlungsverhältnis einseitige Gestaltungsmacht für sich in Anspruch genommen, während die Nutzer an dem Entwurf der AGB überhaupt nicht beteiligt waren. Auch ein die AGB-Kontrolle rechtfertigendes strukturelles Informations- und Motivationsgefälle kann nicht pauschal angenommen werden, da beide Parteien in der ähnlichen Lage sind, sich mit den vorformulierten Bedingungen der Plattform zunächst vertraut machen zu müssen.⁷⁰ Eine Inhaltskontrolle im Marktverhältnis durchzuführen, obwohl die Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB nicht erfüllt sind, würde die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Nutzer in unzulässiger Weise verkürzen.

Ein ähnlicher Vorwurf lässt sich auch gegenüber der „mittelbaren“ AGB-Kontrolle im Rahmen der Auslegungslösung formulieren. Mit Blick darauf, dass keine Partei die AGB „gestellt“ hat, ist es kaum angemessen, dass die in den Plattform-AGB zufällig begünstigte Ver-

70 Vgl. Heiderhoff, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797.

tragspartei die Risiken der Unwirksamkeit zu tragen hat. Geeigneter Anknüpfungspunkt ist vielmehr das Vermittlungsverhältnis. Hier spielt sich im Übrigen auch das zur Kontrollbedürftigkeit führende Verhalten ab, indem die Plattform ihre Nutzer zu Nutzungsbedingungen verpflichtet, die einen Teil der Nutzer ohne sachliche Rechtfertigung einseitig benachteiligen.

II. Kontrollinstrumente

Bei der hier befürworteten Inhaltskontrolle der Transaktionsregeln der Plattform im Vermittlungsverhältnis stellt sich sodann die Frage nach geeigneten Kontrollinstrumenten. Da die Plattform mit den vorformulierten Vertragsbedingungen unstreitig einseitige Gestaltungsmacht für sich in Anspruch nimmt, scheinen die §§ 305 ff. BGB auf den ersten Blick die ideale Grundlage für eine Inhaltskontrolle der Vertragsbedingungen zu bieten. Konflikte zeichnen sich allerdings im Hinblick auf die multipolare Struktur der Plattform ab, die mit dem Zuschnitt der AGB-Kontrolle auf bipolare Austauschverhältnisse zu kollidieren droht: Hier stellt sich die Frage, welche Interessen bei der Abwägung im Rahmen der inhaltlichen Überprüfung der Transaktionsregelungen der Plattform überhaupt berücksichtigt werden können. Mit Blick auf die elementaren Interessensgegensätze zwischen den Nutzergruppen im Hinblick auf die Gestaltung der Transaktionsregelungen kommt dieser Frage entscheidende Bedeutung zu. Maßstab für die Inhaltskontrolle ist nach dem Wortlaut des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB allein die unangemessene Benachteiligung des jeweiligen Vertragspartners. Einer möglichen Benachteiligung von nicht unmittelbar am Vertrag beteiligten Dritten soll hingegen – außerhalb der speziellen Bestimmung des § 309 Nr. 11 BGB – nach Rechtsprechung und herrschender Meinung grundsätzlich keine Bedeutung zukommen.⁷¹ Die §§ 305 ff. BGB scheinen deshalb nicht ohne Weiteres zur Überprüfung von Klauseln geeignet, die – wie die Transaktionsregelungen eines virtuellen Marktplatzes – darauf abzielen, einen Interessensausgleich zwischen einer Gesamtheit von Vertragspartnern mit divergierenden Einzelinteressen herzustellen.

71 *Fuchs*, in *Ulmer/Brandner/Hensen*, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn 133.

Eine mögliche Alternative zu den §§ 305 ff. BGB hat *Schweitzer*⁷² aufgezeigt, die in Parallele zu den Wettkampffregeln im Sport eine Kontrolle der Plattform-AGB anhand von § 242 BGB vorschlägt. Sportvereine dürfen als Ausfluss ihrer Satzungsautonomie (§ 25 BGB, Art. 9 Abs. 1 GG) anerkanntermaßen Regeln für sportliche Wettkämpfe erlassen, die durch individuelle Unterwerfungserklärung auch Wirkung gegenüber Nichtmitgliedern entfalten können.⁷³ Diese Wettkampffregeln unterliegen, obwohl sie bei formaler Betrachtung den Nicht-Mitgliedern vom Verein einseitig „gestellt“ werden, nicht den strengen Vorgaben der §§ 305 ff. BGB, sondern nur einer abgeschwächten Billigkeitskontrolle nach Maßgabe des § 242 BGB.⁷⁴ Begründet wird dies mit dem gemeinsamen Interesse von Sportlern an der Festlegung von Spielregeln zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs.⁷⁵ Entsprechendes gelte – so die Argumentation *Schweitzers* – im Ausgangspunkt auch für die Regelsetzung digitaler Plattformen, die in erster Linie dem gemeinsamen Interesse von Plattform und Nutzern an der präferenzgerechten Zusammenführung verschiedener Nutzergruppen und – damit verbunden – der Realisierung möglichst hoher Kooperationsgewinne diene. Bei funktionierendem (Regel-)Wettbewerb zwischen den Plattformen und fehlenden Hinweisen auf Interessenskonflikte schlägt *Schweitzer* daher eine zurückgenommene Kontrolle auf „grobe Unbilligkeit“ vor, um dem innovativen Charakter der „Institutionenbildung“ durch digitale Plattformen Rechnung zu tragen.⁷⁶

F. Zusammenfassung und Ausblick

An der Problemlage rund um das „Plattform-Recht“ zeigt sich der dynamische Charakter unseres Rechtssystems: Wandelnde Lebensumstände und revidierte Beurteilungsmaßstäbe können zu einer Neubewertung rechtlicher Fragestellungen führen. Rund 20 Jahre nach der wegweisenden BGH-Entscheidung in der Sache „ricardo.de“ ist es an

72 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 7 ff.

73 BGH NJW 2011, 139 (141); NJW 1995, 583; OLG München BeckRS 9998, 2625.

74 Vgl. BGH NJW 1995, 583 Rn 17.

75 BGH NJW 1995, 583.

76 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 8.

der Zeit, sich erneut mit Wirkungsweise und Bedeutung der Plattform-AGB zu befassen. Die geänderten Rahmenbedingungen des Plattformvertriebs führen zu bisher unbekanntem Gefährdungspotenzialen, die nicht zuletzt die Frage nach einem adäquaten Schutz der Nutzer vor Benachteiligungen aufwerfen. Die Plattformen nehmen über ihre AGB zunehmend Einfluss auf die Bedingungen der vermittelten Nutzer-Transaktionen, sie agieren als „private Gesetzgeber“ auf den von ihnen eröffneten Marktplätzen. Die Forschung zu dieser regelsetzenden Tätigkeit digitaler Plattformen steht noch am Beginn. Neben der Herausarbeitung von Kontrollinstrumenten und inhaltlichen Bewertungsmaßstäben gilt es dabei auch zu klären, wie sich etwaige materiell-rechtliche Vorgaben praktisch wirksam durchsetzen lassen. Denn gerade die gewerblichen Nutzer, die vielfach auf den Vertrieb über digitale Plattformen angewiesen sind, werden sich häufig scheuen, sich gegenüber der Plattform gegen unwirksame AGB zur Wehr zu setzen.

Privatautonome Kontrollmechanismen im Kontext der liechtensteinischen Stiftung

*Dr. iur. Marco Lettenbichler**

A. Historische Entwicklung der Stiftung und deren Zweck

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Governance-Problematik liechtensteinischer Stiftungen und zeigt auf, wie das liechtensteinische Stiftungsrecht mithilfe privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten eine einzigartige Lösung bietet. Nach einem historischen Abriss werden die gesetzlichen Grundlagen aufgezeigt und sodann die Kontrollmechanismen im Kontext der Privatautonomie untersucht.

Seit jeher will der Mensch ein Vermächtnis in der Welt der Lebenden auch über seinen Tod hinaus hinterlassen. Egal ob durch beeindruckende Gebäude und Mausoleen oder durch unvergessene Schlachten wird dieser Versuch immer wieder – erfolgreich und weniger erfolgreich – aufs Neue unternommen. Ebenso sollte der zu Lebzeiten erworbene Reichtum der Nachwelt zur Verfügung gestellt werden. Anfangs war die hauptsächliche Intention für die Gründung einer Stiftung, das eigene Seelenheil sicherzustellen. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die Entwicklung der Stiftung in Europa stark von der Kirche beeinflusst war. So wurde das gestiftete Vermögen von der Kirche für fromme Zwecke verwendet.¹ Nach und nach, durch die Säkularisierung der Gesellschaft, traten immer mehr die gemeinnützigen Zwecke in den Vordergrund und die karitativen Zwecke wurden weniger bedeutsam. Mit dem Aufkommen der industriellen Revolution und der damit einhergehenden Etablierung von Großunternehmen, die von Unternehmerfamilien geführt wurden, stellte sich immer häufiger die Frage der Sicherstellung der Unternehmensfortführung und der

* Dr. iur. Marco Lettenbichler ist Postdoktorand am Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Liechtenstein (marco.lettenbichler@uni.li).

1 *Weitemeyer*, Gemeinsame Wurzeln und Wiederannäherung des Stiftungsrechts, in: Jung (Hg), *Stärkung des Stiftungswesens* (Tübingen 2007) 109 (110).

Gewährleistung des erworbenen Lebensstandards der Nachkommen. Daher hat mit Beginn des 20. Jahrhunderts die Privatnützigkeit im Stiftungswesen verstärkt an Bedeutung gewonnen. Insbesondere haben sich die Staaten mit liberal ausgeprägten Wirtschaftssystemen als attraktive Stiftungsstandorte etabliert, da sich diese Liberalität auch in der gesetzlichen Umsetzung des Rechtsrahmens für Stiftungen widerspiegelt. Speziell Liechtenstein – im Gegensatz etwa zu Deutschland – zeichnet sich durch einen freiheitlichen Ordnungsrahmen aus, der eine privat-autonome Ausgestaltung der Stiftung zulässt. Unterstrichen werden kann dies durch die Anzahl der Stiftungen. So gab es in Deutschland bei 82 Millionen Einwohnern Ende 2020 ca. 22.000 Stiftungen.² In Liechtenstein mit 39.000 Einwohnern waren es Ende 2020 hingegen ca. 10.500 Stiftungen.³

B. Begriff der Foundation Governance und Problemaufriss

Die der Wirtschaftswissenschaft entspringende Corporate Governance für Kapitalgesellschaften dient als Vorbild für den Begriff der Foundation Governance.⁴ Definiert wird der Begriff der Corporate Governance meist als «rechtlicher und faktischer Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens».⁵ Umschrieben wird damit das Spannungsverhältnis zwischen Eigenkapitalgebern und der Unternehmensleitung. Die Kapitalgeber sind daran interessiert, dass ihr eingesetztes Kapital nicht verloren geht und übernehmen daher eine Überwachungsfunktion im Unternehmen. Es ist offenkundig, dass zwischen den Eigentümern und dem Leitungsorgan meist eine Interessensdivergenz und Informationsasymmetrie besteht. Der daraus entstehen-

2 Bundesverband Deutscher Stiftungen, Zahlen, Daten Fakten zum deutschen Stiftungswesen (2021), 6 (Abruf 31.08.2021).

3 Amt für Statistik Fürstentum Liechtenstein, Liechtenstein in Zahlen 2020 (2020), 10 (https://www.llv.li/files/as/liechtenstein_in_zahlen_2020.pdf [Abruf 31.08.2021]).

4 Schurr, Die Foundation Governance als Schlüsselement im Wettbewerb der Stiftungsrechtsordnungen, PSR 2010, 64 (65 f).

5 Von Werder, Führungsorganisation, Wiesbaden 2015, 3.

de Konflikt wird mit der Principal-Agent-Theorie umschrieben.⁶ Verstärkt wird dieser Effekt bei der Stiftung durch das fehlende korporative Element, da die Stiftung als eigentümerloses Zweckvermögen keine Eigentümer hat, welche die Kontrolle ausüben.⁷ Es bedarf also vor allem bei Stiftungen einer starken Kontrolle, damit gewährleistet werden kann, dass die Zweckverfolgung nach den Vorstellungen des Stifters erfüllt wird.⁸ Trotzdem darf die Stiftungsverwaltung nicht durch ein überbordendes Kontrollsystem mit zu hohem Aufwand, der zu hohen Kosten und folglich Ineffizienz führt, belastet werden.⁹ In weiterer Folge soll kurz die liechtensteinische Stiftung und deren Organe vorgestellt werden, weil dies unabdingbar für das weitere Verständnis der Governance-Problematik ist.

C. Die liechtensteinische Stiftung

I. Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht

Als Schöpfer dieses wohl einzigartigen Gesetzeswerkes gelten die beiden liechtensteinischen Juristen *Wilhelm* und *Emil Beck*. Der von ihnen verfasste „kurze Bericht zum Personen- und Gesellschaftsrecht“¹⁰ dient als historische Auslegungsquelle des Personen- und Gesellschaftsrechts (iwF PGR)¹¹, welches im Jahre 1926 in Kraft gesetzt wurde. Zudem ist zu erwähnen, dass im Jahr 2009 eine Totalrevision des Stiftungsrechts in Kraft getreten ist.¹² Durch diese Neuregelung des Stiftungsrechts sollte insbesondere gewährleistet werden, dass die Rechtsprechung der

6 Müller/Melzer, Die rechtlichschützfreundliche Auslegung von Begünstigtenrechten als Beitrag zur Überwindung des Kontrolldefizits in der Privatstiftung?, JEV 2015, 4 (5).

7 Schurr, Schlüsselement (Fn 4) 66.

8 Vgl. bei der Ausgestaltung als Familienstiftung Niegel, Das Zusammenspiel von Family und Foundation Governance am Beispiel des liechtensteinischen Stiftungsrechts, PSR 2021, 16 (18).

9 Schurr, Schlüsselement (Fn 4) 66.

10 Beck/Beck, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts (1925).

11 Personen- und Gesellschaftsrecht, LGBL. 1926/4.

12 Bericht und Antrag (BuA) der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, 2008/13.

vergangenen 80 Jahre legistisch eingearbeitet wird und so trotz großer Flexibilität auch Rechtssicherheit für die Stiftungsbeteiligten besteht.¹³ Das liechtensteinische Stiftungsrecht wird in Art. 552 §§ 1 – 41 PGR geregelt.¹⁴ Eine Besonderheit des PGR liegt darin, dass es zweigeteilt ist; es stellt jeweils vor die Körperschaften und die Gesellschaften ohne Persönlichkeit einen allgemeinen Teil.¹⁵ Für die Stiftung sind grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften für die Körperschaften relevant, welche gem. Art. 245 Abs. 1 PGR auf alle Körperschaften, die nachstehend im PGR zu finden sind, angewendet werden.¹⁶ Die allgemeinen Vorschriften der Art. 106 – 245 PGR gelten gem. Satz 2 *leg cit* nur als *leges speciales*, falls sich Regelungslücken in den Spezialnormen ergeben.¹⁷

II. Stiftungszweck

Der Stiftungszweck ist das Herzstück der Stiftung¹⁸, denn er soll den Stifterwillen verkörpern. Dieser regelt insbesondere, wie das Stiftungsvermögen zu verwenden ist und wer in den Genuss von Begünstigungen kommen soll.¹⁹ Die Stiftungsorgane müssen den im Stiftungszweck erstarrten Stifterwillen umsetzen. Ausgestaltet werden kann der Zweck gemeinnützig oder privatnützig. Gemeinnützige Zwecke definiert Art. 107 Abs. 4a PGR als Zwecke, „*durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. Eine Förderung der Allgemeinheit liegt insbesondere vor, wenn die Tätigkeit dem Gemeinwohl auf karitativem, religiösem, humanitärem, wissenschaftlichem, kulturellem, sittlichem, sozialem, sportlichem oder ökologischem Gebiet nützt, auch wenn durch die Tätigkeit nur ein be-*

13 Schurr/Butterstein, Konfliktvermeidung und Konfliktlösung bei der liechtensteinischen Stiftung, SPWR 2018, 215 (217).

14 Jakob, Die liechtensteinische Stiftung, Schaan 2009, 4.

15 Butterstein, Stimmrechtsbindung im liechtensteinischen Recht: Der Voting Trust als funktionale Alternative zum Aktionärsbindungsvertrag, SPWR 2020, 487 (490).

16 Schurr/Butterstein, Konfliktvermeidung (Fn 13) 217.

17 Marxer & Partner (Hrsg.), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, Schaan 2009, 44.

18 Hof, § 7 Stiftungszweck, in Richter/Campenhausen (Hg), Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. (München 2014) 48; fLOGH 06.09.2001, 6 CG 195/99–49, LES 2002, 94.

19 Schurr/Butterstein, Konfliktvermeidung (Fn 13) 227 f.

*stimmter Personenkreis gefördert wird.*²⁰ Hingegen sind insbesondere (reine oder gemischte) Familienstiftungen als privatnützig zu klassifizieren. Auf der Hand liegt, dass nicht jeder Zweck einer Stiftung zugrunde liegen darf, sondern die Schranken in der Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit bestehen.²¹ Zudem dürfen keine Selbstzweckstiftungen errichtet werden, also Stiftungen, „die ausschließlich Vermögen verwalte[n] und Gewinne dauerhaft thesaurier[en], ohne sie jemals auszuschütten.“²²

III. Errichtung der Stiftung

Die Stiftung wird durch eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung errichtet. Die erforderlichen *essentialia negotii* sind: Die Absicht der Stiftungerrichtung des Stifters, die Festlegung der Vermögenswidmung und die Festlegung des nach außen gerichteten Zwecks.²³ Die Stiftung ist eine juristische Person, auf welche eine Vermögensmasse übertragen werden muss, wobei sich das Mindestkapital gem. Art. 552 § 13 PGR auf CHF 30.000 oder EUR 30.000 oder USD 30.000 beläuft.²⁴ Die Errichtung kann unter Lebenden oder auch von Todes wegen, mittels letztwilliger Verfügung oder Erbvertrag erfolgen.²⁵ Eine liechtensteinische Besonderheit besteht in der fiduziarischen Stiftungerrichtung, welche gängige Praxis darstellt. Hierbei erfolgt die Errichtung der Stiftung durch einen Treuhänder, dieser unterschreibt die Stiftungsurkunde und tritt so formell als rechtlicher Stifter auf. Zwischen dem wirtschaftlichen Stifter und dem Treuhänder – als

20 Jakob, Stiftung (Fn 14) Rn 103; Schurr, Schlüsselement (Fn 4) 67.

21 Schauer, Grundelemente des neuen liechtensteinischen Stiftungsrechts, PSR 2009, 16 (20).

22 BuA 2008/13 (Fn 12) 42; vgl hierzu ausführlich Wohlgenannt, Verbot von Selbstzweckstiftungen in Österreich und Liechtenstein unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensträgerstiftung, Wien 2015.

23 Schauer, Grundelemente des neuen liechtensteinischen Stiftungsrechts und die rechtsvergleichende Perspektive, in: Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (Zürich 2008) 7 (25).

24 Jakob, Stiftung (Fn 14) Rn 54; Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 13 Rn 3.

25 Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 15 Rn 1 f.

rechtlicher Stifter – besteht ein Auftragsverhältnis, welches die Rahmenbedingungen für die Errichtung regelt.²⁶ Jedenfalls besteht in Liechtenstein für privatnützige Stiftungen grundsätzlich keine Eintragungspflicht in das Handelsregister, sondern es bedarf nur einer Hinterlegung der Gründungsanzeige beim Amt für Justiz.²⁷ Diese hat jedoch keine konstitutive, sondern bloß deklarative Funktion. Die Stiftung entsteht mit der Beglaubigung der Unterschrift des Stifters auf der Stiftungserklärung.²⁸ Hingegen sind gemeinnützige Stiftungen und privatnützige Stiftungen, die auf spezialgesetzlicher Grundlage ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, ins Handelsregister einzutragen, wobei hier die Eintragung konstitutiv wirkt, d.h. die Stiftung erlangt erst mit Eintragung die Rechtspersönlichkeit.²⁹

IV. Stiftungsurkunde und Zusatzurkunde

Die Stiftungsurkunde ist das grundlegendste schriftliche Dokument der Stiftung und muss vom Stifter errichtet werden, wobei die Unterschrift des Stifters zu beglaubigen ist. In ihr wird der Wille des Stifters über die zu errichtende Stiftung schriftlich dokumentiert.³⁰ Die Stiftungsurkunde hat gewisse Mindestinhaltserfordernisse, welche in Art. 552 § 16 Abs. 1 u 2 PGR angeführt werden. Zudem ist dem liechtensteinischen Stiftungsrecht immanent, dass eine Stiftungszusatzurkunde erlassen werden kann,³¹ falls dies der Stifter in der Stiftungsurkunde vorgesehen hat. Möglicher Inhalt einer solchen Zusatzurkunde ist alles, was nicht zwingend in der Stiftungsurkunde geregelt werden

26 *Summer/Vogt*, Juristische Personen als Träger von Stifterrechten bei altrechtlichen Stiftungen?, PSR 2017, 25 (26).

27 *Motal/Nicolussi*, Reichweite und Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im liechtensteinischen Stiftungsrecht – zugleich eine Besprechung zu FL OGH 07.09.2018, 08 CG.2015.438, LJZ 2019, 42 (46).

28 Hingegen bedarf es in Deutschland einer behördlichen Anerkennung, siehe *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 19.

29 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 14 Rn 7.

30 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 16 Rn 2.

31 Zur Frage der Anzahl an Möglichen Stiftungszusatzurkunden siehe *Walch*, Die Stiftungszusatzurkunde – kann es nur eine geben?, PSR 2021, 64.

muss. Beispielsweise können in der Zusatzurkunde die Begünstigten genannt werden, oder auch die Widmung eines Vermögens, welches über die Summe des Mindestkapitals hinausgeht.³² Zwischen den beiden Urkunden herrscht ein Über- und Unterordnungsverhältnis, welches vergleichbar mit dem Rang des Gesetzes und der einer Verordnung ist.³³ Die Zusatzurkunde darf sohin der Stiftungsurkunde nicht widersprechen.³⁴ Die Auslegung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde erfolgt in erster Linie anhand der Willentheorie. Zudem können unter Bezugnahme der Andeutungstheorie zur Auslegung auch Umstände außerhalb der Stiftungsurkunden zur Interpretation herangezogen werden, dies jedoch nur dann, wenn sich hierfür ein hinreichender Anhaltspunkt in der Urkunde finden lässt.³⁵

V. *Stiftungsbeteiligte*

1. *Stifter*

Der Stifter ist diejenige Person, welche der Stiftung Vermögen zur Verfügung stellt. Eine Stiftung kann einen oder auch mehrere Stifter haben, die sowohl natürliche als auch juristische Personen sein können.³⁶ Der Stifter kann sich auch als Stiftungsrat oder als Begünstigter der Stiftung einsetzen, sodass ihm die daraus entstehenden Rechte zukommen.³⁷ Das liechtensteinische Stiftungsrecht ermöglicht dem Stifter, sich gewisse Rechte einräumen zu lassen, um auch nach Stiftungser-

32 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 205; *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 17 Rn 4.

33 *Wohlgenannt*, Selbstzweckstiftungen (Fn 22), 21 ff; OGH 05.02.2004, 10 HG 2002/26; OGH 05.11.2009, 10 CG 2005/300; OGH 03.12.2015, 07 CG 2014/195.

34 *Schurr/Wohlgenannt*, Die Auslegung von Stiftungsdokumenten anhand der Andeutungstheorie im liechtensteinischen Stiftungsrecht, Jahrbuch Stiftungsrecht 2011, 269 (275).

35 *Wohlgenannt*, Selbstzweckstiftungen (Fn 22), 18 ff; OGH 07.06.2019, 04 CG 2017.542; OGH 01.02.2019, 09 CG 2016.416.

36 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 4 Rn 1.

37 *Schurr/Butterstein*, Konfliktvermeidung (Fn 13) 220.

richtung Einfluss auf diese zu nehmen.³⁸ Insbesondere sind hier das Recht auf Widerruf der Stiftung und das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung gem. Art. 552 § 30 PGR zu nennen.³⁹ Durch das Vorbehalten des Widerrufsrechts kann die gesamte Stiftung widerrufen werden, wobei dann die Stiftung aufzulösen ist und das Vermögen an den Letztbegünstigten ausgeschüttet wird.⁴⁰ Mithilfe des Änderungsrechts kann der Stifter nachträgliche Einflussnahme, wie bspw. Änderung der Begünstigten, der Ausschüttungsquoten oder des Stiftungszwecks herbeiführen.⁴¹ Die Stifterrechte sind jedoch höchstpersönliche Rechte und können weder abgetreten noch vererbt werden; insofern erlöschen sie spätestens mit dem Tod des Stifters.⁴² Ob die Stifterrechte gepfändet werden können, ist in der Lehre noch umstritten, ebenso findet sich bisher keine höchstgerichtliche Rechtsprechung in Liechtenstein.⁴³ Dem Stifter kommen im liechtensteinischen Stiftungsrecht sehr weitreichende privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere auch bei der Auswahl der Kontrollmechanismen für die Stiftung, zu.

2. Stiftungsrat

Der Stiftungsrat ist gem. Art. 552 § 24 PGR das einzige zwingende Organ der liechtensteinischen Stiftung. Aufgrund des fehlenden korporativen Elements bedarf es jedenfalls einer besonderen Organstruktur, um die Handlungsfähigkeit zu gewährleisten. Insofern kommt dem Stiftungsrat die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu. Es sind zwingend mindestens zwei Stiftungsräte auf jeweils drei Jahre zu bestellen, damit das Vieraugenprinzip gewahrt wird.⁴⁴ Dem Stiftungs-

38 *Butterstein*, Modernes Stiftungsrecht im Lichte grenzüberschreitender Stiftungstätigkeit, ZVglRWiss 2018, 394 (396); *Schauer*, Grundelemente (Fn 21) 25.

39 *Schurr*, Mitsprache des Stifters – Überlegungen zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, PSR 2012, 13 (15).

40 *Büch*, Exekution des Widerrufsrechts des Stifters und Drittzustimmungsvorbehalt, PSR 2016, 129 (130).

41 *Schurr/Butterstein*, Konfliktvermeidung (Fn 13) 219.

42 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 22; *Schurr/Butterstein*, Konfliktvermeidung (Fn 13) 217 f.

43 Vgl hingegen zur Pfändbarkeit beim liechtensteinischen Trust: *Auer*, Die Pfändbarkeit von Treugeberrechten eines FL Trust, PSR 2019, 24.

44 *Schauer*, Perspektive (Fn 23) 38.

rat obliegt die Erfüllung des Stiftungszwecks.⁴⁵ Gesetzlich kommt ihm zudem gem. Art. 552 § 25 PGR die Pflicht der Vermögensverwaltung⁴⁶ und gem. Art. 552 § 26 PGR die Pflicht zur Rechnungslegung zu.⁴⁷ Die Haftung der Stiftungsräte richtet sich nach der Business Judgement Rule des Art. 182 Abs. 2 PGR. Insofern kommt den Stiftungsräten eine Haftungsbefreiung zu, solange sie sich im sog. *Safe Harbour* befinden.⁴⁸ Sie dürfen sich demnach nicht von sachfremden Interessen leiten lassen und müssen Entscheidungen auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Stiftung treffen.⁴⁹

3. Revisionsstelle

Die Revisionsstelle ist bei privatnützigen Stiftungen nur zwingend einzurichten, falls die Stiftung der Stiftungsaufsicht unterstellt ist. Dies ist bei gemeinnützigen Stiftungen und bestimmten privatnützigen Stiftungen, die auf spezialgesetzlicher Grundlage ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, der Fall.⁵⁰ Aufgaben der Revisionsstelle sind insbesondere, die Stiftungsverwaltung und die Verwendung des Stiftungsvermögens zu prüfen.⁵¹ Von der Funktion der Revisionsstelle ist gem. Art. 552 § 27 PGR ausgeschlossen, wer einem anderen Stiftungsorgan angehört, im Arbeitsverhältnis zur Stiftung steht, familiäre Beziehungen zu Mitgliedern von Stiftungsorganen hat oder Begünstigter der Stiftung ist.⁵² Insofern agiert die Stiftungsaufsichtsbehör-

45 Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 24 Rn 1.

46 Jakob, Stiftung (Fn 14) Rn 310; Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 25 Rn 1.

47 Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 26 Rn 1.

48 Schurr, Abberufung von Stiftungsorganen in Liechtenstein, PSR 2013, 21 (24).

49 Jakob, Stiftung (Fn 14) Rn 355; Schurr/Gasser/Hosp, Verantwortlichkeit und Abberufung des Stiftungsrats – Privatrechtliche und steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Unternehmensträgerstiftung, LJZ 2012, 166 (169).

50 Zwiefelhofer, Die Kontroll- und Überwachungsorgane einer Stiftung, in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (Zürich 2008), 121 (132).

51 Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 27 Rn 8.

52 Zwiefelhofer, Überwachungsorgane (Fn 50) 136.

de durch einen verlängerten Arm auf privatrechtlicher Basis. Die Revisionsstelle ist jedenfalls kein öffentlich-rechtliches Organ und sohin wiederum eine private Kontrollinstanz.

4. Begünstigte

Die Begünstigten sind die Nutznießer der Stiftung, ihnen kommt also der wirtschaftliche Vorteil aus der Stiftung zu.⁵³ Gem. Art. 552 § 5 PGR können Begünstigte natürliche oder juristische Personen sein, die unbedingt oder unter Auflage einen wirtschaftlichen Vorteil aus der bestehenden Stiftung ziehen können. Die Begünstigung kann widerruflich oder unwiderruflich, befristet oder unbefristet sein.⁵⁴ Die Benennung von Begünstigten erfolgt in der Stiftungsurkunde oder -zusatzurkunde.⁵⁵ Das liechtensteinische Stiftungsrecht kennt vier Kategorien von Begünstigten, namentlich Begünstigtenberechtigte, Anwartschaftsberechtigte, Ermessensbegünstigte und Letztbegünstigte.⁵⁶ In weiterer Folge soll aufgezeigt werden, wie die Kontrollmechanismen der liechtensteinischen Stiftung dem Kontrolldefizit begegnen und welche privatautonomen Lösungen das liberale Stiftungsrecht bietet.

D. Externe Foundation Governance der liechtensteinischen Stiftung

I. Gemeinnützige Stiftung

Zunächst soll erwähnt werden, dass das liechtensteinische Stiftungsrecht auch eine externe Foundation Governance kennt. Gemeinnützige Stiftungen stehen immer unter der Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörde. Zudem muss gem. Art. 552 § 27 PGR zwingend eine Revisionsstelle durch das Gericht bestellt werden. Der Stiftungsaufsichtsbehörde steht insbesondere ein Auskunftsrecht und eine Einsichtsbefugnis in die Bücher und Schriften der Stiftung über die Revisionsstelle zu.⁵⁷ Die

53 Vgl zum Begünstigtenbegriff *Wohlgenannt*, Selbstzweckstiftungen (Fn 22) 111 f.

54 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 19.

55 *Gasser* (Fn 30) Art. 552 § 16 Rn 10.

56 *Wohlgenannt*, Selbstzweckstiftungen (Fn 22), 112 ff.

57 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 67.

Begünstigten üben bei der gemeinnützigen Stiftung keine Kontrollbefugnis aus, da es sich hierbei meist um einen sehr unbestimmten Personenkreis handelt. Insofern steht hier eine Kontrolle durch eine staatliche Aufsichtsbehörde im Vordergrund, wobei sich auch hier die Stiftungsaufsichtsbehörde einer privatrechtlich organisierten Revisionsstelle bedient.

II. Privatnützige Stiftung

Privatnützige Stiftungen, die auf spezialgesetzlicher Grundlage ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, unterliegen ebenfalls zwingend der Aufsicht durch die Stiftungsaufsichtsbehörde. Eine untergeordnete Rolle spielt in der Praxis die freiwillige Unterstellung unter die Stiftungsaufsichtsbehörde gem. Art. 552 § 29 PGR.⁵⁸ Doch auch hier zeigt sich die liberale Ausgestaltung des Stiftungsrechts in Liechtenstein, denn der Stifter hat die Möglichkeit, die Stiftung durch öffentlich-rechtliche Kontrollorgane überwachen zu lassen.⁵⁹ In weiterer Folge soll nun die privatautonom ausgestaltete interne Foundation Governance untersucht werden, wobei insbesondere aufgezeigt werden soll, dass die interne Foundation Governance – wenngleich diese diametral zur externen Foundation Governance ausgestaltet ist – ebenso den Kontrollbedürfnissen in effizienter und sachgerechter Weise mithilfe eines differenzierten Systems nachkommt.

E. Interne Foundation Governance der liechtensteinischen Stiftung durch die Begünstigten

I. Begünstigtenberechtigte

Als Begünstigtenberechtigte gelten Begünstigte, welche einen rechtlichen Anspruch auf einen bestimmten oder bestimmbaren Vorteil ge-

58 Vgl zur Bedeutung der externen Governance bei privatnützigen Stiftungen Geiger, Praktische Erfahrungen mit der Foundation Governance aus Sicht der Treuhänder, SPRW 2019, 103 (104 f).

59 Schurr/Butterstein, Konfliktvermeidung (Fn 13), 222 f.

genüber der Stiftung haben.⁶⁰ Dieser Anspruch ergibt sich aus der Stiftungsurkunde, der Stiftungszusatzurkunde oder kann sich auch aus anderen Reglements ergründen und ist jedenfalls einklagbar, soweit der Anspruch der Höhe nach bestimmbar ist.⁶¹ Ein Ermessen des Stiftungsrates über die Höhe und den Zeitpunkt der Ausschüttung ist bei Begünstigtenberechtigten ausgeschlossen. Den Begünstigtenberechtigten steht jedenfalls von Gesetzes wegen ein Informations- und Auskunftsrecht zu.⁶² Die Begünstigtenstellung als Begünstigtenberechtigter ist in der Regel unentziehbar.⁶³

II. Anwartschaftsberechtigte

Anwartschaftsberechtigte sind gem. Art. 552 § 6 Abs. 2 PGR diejenigen, welche nach Eintritt einer aufschiebenden Bedingung oder aufgrund der Erreichung eines Termins einen rechtlichen Anspruch auf Begünstigung erlangen.⁶⁴ Meist wird der Anwartschaftsberechtigte im Rang nach dem Begünstigtenberechtigten eingesetzt. Der Anwartschaftsberechtigte würde also begünstigt werden, falls die Begünstigung des im Rang höherstehenden nicht mehr möglich oder vorgesehen ist.⁶⁵ Der Anspruch des Anwartschaftsberechtigten ist ebenfalls einklagbar, soweit die Bedingung für die Anwartschaft eingetreten ist und der Anspruch zeitlich und höhenmäßig feststellbar ist.⁶⁶ Den Anwartschaftsberechtigten kommen – nachdem sie eine unentziehbare Rechtsposition erlangt haben – wie den Begünstigtenberechtigten die vollen Infor-

60 *Jakob*, Stiftung (Fn 14), Rn 424; *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4), 69; *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8), 20.

61 *Lins*, Die Begünstigtenrechte im neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht nach der Reform 2008, in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (Zürich 2008), 83 (86 f).

62 Vgl zum Spannungsverhältnis mit dem Datenschutzrecht *Saurer*, In Liechtenstein schlägt das Datenschutzrecht das Stiftungsrecht nicht! Oder doch?, PSR 2019, 146.

63 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 5 Rn 7.

64 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 69 f.

65 *Lins*, Begünstigtenrechte (Fn 61) 87.

66 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 6 Rn 7.

mations- und Auskunftsrechte zu. Die Kontrolle ist dann auch auf Umstände, die zeitlich vor Eintreten der Begünstigtenstellung vorgefallen sind, möglich.⁶⁷

III. Ermessensbegünstigte

Ermessensbegünstigte sind Begünstigte ohne Rechtsanspruch,⁶⁸ die einem durch den Stifter benannten Begünstigtenkreis angehören. Eine konkrete Begünstigung liegt im Ermessen des Stiftungsrats.⁶⁹ Jedenfalls haben die Ermessensbegünstigten keinen klagbaren Anspruch gegenüber der Stiftung auf Ausschüttungen. Auch den Ermessensbegünstigten kommen die Informations- und Auskunftsrechte des Art. 552 § 9 PGR zu.⁷⁰ Vor allem bei Familienstiftungen wird sehr oft davon Gebrauch gemacht, dass Zeitpunkt und Höhe der Begünstigung für Familienmitglieder im Ermessen des Stiftungsrates liegen.⁷¹ Wenn hingegen nur eine Anwartschaft auf eine Ermessensbegünstigung besteht, dann werden dem Anwärter vom Gesetz her keine Informations- und Auskunftsrechte eingeräumt.⁷²

IV. Letztbegünstigte

Wurde für die Stiftung ein Letztbegünstigter benannt, dann stehen diesem die Informations- und Auskunftsrechte erst nach Auflösung der Stiftung zu. Als Letztbegünstigter gilt derjenige, dem aufgrund der Stiftungsdokumente nach Liquidation der Stiftung das verbliebene Vermö-

67 *Motal*, Informationsanspruch eines Begünstigten für die Vergangenheit, LJZ 2015, 91 (91).

68 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 70.

69 *Lins*, Begünstigtenrechte (Fn 61), 88.

70 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 20.

71 *Wälsler*, Informations- und Auskunftsrechte von Begünstigten, insbesondere im Hinblick auf die Ermessensbegünstigten, LJZ 2019, 143 (143).

72 *Motal*, Informationsanspruch (Fn 67) 92; vgl etwa beim Wechsel der Begünstigtenstellung *Gasser/Thun-Hohenstein*, Informations- und Auskunftsansprüche – Aktuelle und teils unveröffentlichte Judikatur zum Informations- und Auskunftsrecht bei liechtensteinischen Stiftungen, PSR 2019, 103 (105).

gen zufallen soll.⁷³ Falls kein Letztbegünstigter genannt wird und die Stiftung liquidiert wird, fällt das restliche Vermögen an das Land. Falls der Stifter sein vorher eingeräumtes Widerrufsrecht gem. Art. 552 § 30 PGR ausübt und keine Regelung bzgl. einer Letztbegünstigung getroffen wurde, stellt das Gesetz die rechtliche Vermutung auf, dass der Stifter Letztbegünstigter ist.⁷⁴

V. Umfang der Kontrollbefugnis

Das Informations- und Auskunftsrecht ist bloßes Kontrollrecht. Der Begünstigte kann auf seiner Basis nicht in die Geschäftsführung der Stiftung eingreifen. Gem. Art. 552 § 9 PGR darf in alle Geschäftsbücher und Papiere Einsicht genommen werden.⁷⁵ Mitumfasst hiervon sind die Stiftungsdokumente, also insbesondere die Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde.⁷⁶ Zudem kann der Begünstigte Auskunftserteilung, Berichterstattung und Rechnungslegung verlangen.⁷⁷ Die Informationen und Auskünfte können auch mündlich vom Stiftungsrat eingeholt werden.⁷⁸ Der Begünstigte kann Abschriften der Dokumente herstellen und zur Ausübung des Kontrollrechts auch einen Vertreter bestellen. Es darf in alle Dokumente eingesehen werden, die direkt oder indirekt Einfluss auf Zu- und Abfluss von Stiftungsvermögen haben.⁷⁹ Nach *Walser* sind dies insbesondere die Statuten, Beistatuten, Reglements, Beschlüsse des Stiftungsrats, Entwürfe und Notizen, Protokolle über Sitzungen der Organe, Vermögensverzeichnisse, Rechnungen, Geschäftsbücher, Bilanzen, Jahresrechnungen, Bankkontounterlagen, Dokumente über die Vermögensverwaltung, Kosten für die Stiftungsverwaltung usw.⁸⁰ Insgesamt muss der Begünstigte in die Lage versetzt

73 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 431; *Lins*, Begünstigtenrechte (Fn 61) 88.

74 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 8 Rn 3; BuA 2008/13 (Fn 12) 59; *Gasser/Thun-Hohenstein*, Informations- und Auskunftsansprüche (Fn 72) 106.

75 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 69.

76 *Butterstein*, Stiftungsrecht (Fn 38) 400; *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

77 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 485; *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

78 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

79 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 485; *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 145.

80 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 145.

werden, dass die statutenkonforme Verwaltung und Verwendung des Vermögens nachvollzogen und kontrolliert werden kann.

VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend stehen also den Begünstigtenberechtigten, den Anwartschaftsberechtigten, den Ermessensbegünstigten – jedoch nicht den Anwärtern auf eine Ermessensbegünstigung – und dem Letztbegünstigten – jedoch erst nach Auflösung der Stiftung – die Informations- und Auskunftsrechte des Art. 552 § 9 PGR zu. Insofern werden öffentlich-rechtliche Kontrollmechanismen durch die Kontrolle der Begünstigten obsolet. Diese werden die Kontrolle wohl sehr umfassend ausüben, da aufgrund ihrer Vermögensinteressen eine große Motivation an einer funktionierenden Stiftungsverwaltung besteht. In weiterer Folge soll aufgezeigt werden, wie weit diese Befugnisse reichen und ob sie auch privatautonom oder gesetzlich eingeschränkt bzw. ausgeschlossen werden können.

F. Beschränkung der Kontrolle

I. Zeitliche und sachliche Dimension

Grundsätzlich gibt es keine zeitliche Beschränkung der Kontrollrechte. Es darf alles kontrolliert werden, was vor dem Erlangen der Begünstigtenstellung in der Stiftung vorgefallen ist.⁸¹ Dies wird insbesondere damit begründet, dass durch die Schmälerung des Stiftungsvermögens in der Vergangenheit die Rechtsposition der aktuell Begünstigten sehr wohl geschädigt sein kann.⁸² Anwartschaftsberechtigte haben bereits mit Einräumung der Rechtsposition die Auskunfts- und Informationsrechte. Hingegen kommen Anwärter auf eine Ermessensbegünstigung erst in den Genuss dieser Rechte mit Bedingungseintritt, also ab dem Zeitpunkt, ab dem sie eine gesicherte Rechtsposition haben. Auch hier

81 Vgl etwa für die Kontrolle für die Zeit vor der Wandlung einer Familienstiftung in eine gemeinnützige Stiftung *Gasser/Thun-Hohenstein*, Informations- und Auskunftsansprüche (Fn 72) 104.

82 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 485; *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 147.

können aber die Begünstigten (die bereits einen gesicherten Rechtsanspruch haben) die Dokumente vor dem Erwerb der Begünstigtenstellung einsehen, sodass die Kontrolle ebenso umfassend stattfinden kann.⁸³ Eine rein faktische Einschränkung der Kontrollrechte ergibt sich aus der 10-jährigen Aufbewahrungspflicht gem. Art. 552 § 26 iVm Art. 1059 PGR. Demnach können Geschäftsbücher, Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz nach 10 Jahren vernichtet und so von den Begünstigten nicht mehr eingesehen werden. Ausgenommen hiervon sind die organisationsrechtlichen Reglements der Stiftung.⁸⁴ Auch eine Nachwirkung der Auskunfts- und Informationsrechte ist möglich, wenn sie dazu dient, dass der Begünstigte frühzeitig eine Gefährdung seiner Ansprüche erkennen kann.⁸⁵ In der Lehre wird meist ein Zeitraum von einem Jahr nach Beendigung der Rechtsstellung des Begünstigten genannt. Dieser Zeitraum sei ausreichend, um die Kontrollrechte zu wahren.⁸⁶

Die Auskunft muss jedenfalls nicht ins letzte Detail und über jede Handlung des Stiftungsrates im Einzelnen erfolgen, sondern die Auskunft muss so gegeben werden, dass sich der Vermögensstand nachvollziehen lässt und die Auskünfte über Handlungen der Stiftungsräte einer Plausibilitätskontrolle durch die Gerichte standhalten würden. Insofern müssen Begünstigte einen Überblick über die Geschäfte der Stiftung und den Stand des Stiftungsvermögens bekommen.⁸⁷ Zudem ist die Stiftung nicht verpflichtet, genaue Auskunft über die Gründe für das Zustandekommen einer Ermessensentscheidung zu geben. Eine allgemeine Anfrage ohne Konkretisierung ist unzulässig. Bestimmte Dokumente sind vom Informations- und Auskunftsrecht ausgenommen. So ist die Einsicht in Mandatsverträge, Absichtserklärungen des wirtschaftlichen Stifters (*letter of wishes*), in Dokumente der internen Stiftungsverwaltung und in die Stiftungsdokumente der Mutterstiftung ausgeschlossen.⁸⁸

83 *Motal*, Informationsanspruch (Fn 67) 91 f.

84 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 148; *Motal*, Informationsanspruch (Fn 67) 94 f.

85 So etwa bei schon gelöschten Stiftungen, siehe *Gasser/Thun-Hohenstein* (Fn 72) 104 f.

86 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 552 § 9 Rn 25c.

87 OGH 06.09.2007, 10 HG 2003.57, LES 2008, 130.

88 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 147.

II. Berechtigtes Interesse

Der Begünstigte darf sein Kontrollrecht nur ausüben, wenn seine Rechte unmittelbar betroffen sind.⁸⁹ Insofern kann nicht uferlos Auskunft verlangt werden, sondern immer nur im Zusammenhang mit der persönlichen Betroffenheit.⁹⁰ Einschränkungen ergeben sich insbesondere aus einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung, Geheimhaltungsinteressen der Stiftung oder dem Schutz der Interessen von Begünstigten. Dies soll in weiterer Folge erläutert werden.⁹¹

III. Rechtsmissbrauch

Eine rechtsmissbräuchliche Ausübung der Informations- und Auskunftsrechte ist nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben des Art. 2 PGR vereinbar.⁹² Rechtsmissbräuchlich ist die Ausübung der Rechte, wenn damit nicht der zugrundeliegende Kontrollgedanke, sondern eine Schädigung anderer Beteiligter verfolgt wird.⁹³ Der Rechtsmissbrauch muss sich nicht auf alle Geschäftsbücher beziehen, sondern ist bei Auskunftsbegehren im Hinblick auf jedes einzelne Dokument zu beurteilen. Falls ein solches Ansuchen auf Auskunft nicht der Kontrolle des Stiftungsvermögens dient, sondern andere Zwecke im Interesse des Auskunftsbegehrenden liegen, kann es sich um Rechtsmissbrauch handeln.⁹⁴ Im Einzelfall ist es oft schwierig, zu beurteilen, ob mit dem Auskunftsbegehren ein Kontrollzweck oder ein eigennütziger Zweck verfolgt wird.⁹⁵ Es obliegt dem Stiftungsrat, im Einzelfall abzuwägen, welche Interessen der Auskunftbegehrende verfolgt, wobei eine Mitwirkungspflicht für den Auskunftbegehrenden besteht. Falls sachfremde Zwecke verfolgt werden, so hat der Stiftungsrat das Begehren

89 *Schurr/Butterstein*, Konfliktvermeidung (Fn 13) 223.

90 Siehe *Auer/Dorigatti*, Neues zu den Grenzen des Informationsanspruchs von Begünstigten liechtensteinischer Stiftungen, PSR 2021, 9 (10).

91 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 70 ff.

92 *Auer/Dorigatti*, Informationsanspruchs (Fn 90) 11.

93 *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht (Fn 86) Art. 552 § 9 Rn 24; *Schurr/Butterstein*, Konfliktvermeidung (Fn 13) 224.

94 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 146.

95 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 490.

auf Auskunft abzulehnen.⁹⁶ Die komplexe Qualifikation, ob sachfremde Interessen vorliegen, muss einzelfallbezogen beurteilt werden. So hat der OGH in einer jüngst ergangenen Entscheidung⁹⁷ ausgeführt, dass das Erlangen von Beweisen mittels Auskunftsbegehren für ein anderes Verfahren nicht sachfremd oder rechtsmissbräuchlich ist, wenn dadurch keine anderen Begünstigten geschädigt werden.⁹⁸

IV. Geheimhaltungsinteresse der Stiftung

Als juristische Person genießt auch die Stiftung Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte. Diese Geheimhaltungsinteressen stehen diametral den Kontrollrechten der Begünstigten gegenüber und müssen daher sehr eingeschränkt ausgelegt werden.⁹⁹ Jedenfalls darf den Geheimhaltungsinteressen bei begründetem Verdacht der gesetz- oder statutenwidrigen Verwaltung der Stiftung durch den Stiftungsrat nicht der Vorzug gegeben werden.¹⁰⁰ Dem Stiftungsrat obliegt die Beurteilung, ob ein Auskunftsbegehren der Begünstigten die Geheimhaltungsinteressen der Stiftung berührt.¹⁰¹ Es besteht die Möglichkeit, dass einzelne Teile von Dokumenten der Stiftung geschwärzt werden, falls bei deren Herausgabe die Interessen der Stiftung gefährdet scheinen.¹⁰² Die Beweislast für das Überwiegen des Geheimhaltungsinteresses der Stiftung gegenüber dem Informations- und Auskunftsrecht des Begünstigten liegt bei der Stiftung. Die jüngere Rechtsprechung weicht hingegen stärker hiervon ab und gewährt dem Begünstigten ein immer umfassenderes Kontrollrecht.¹⁰³ Der Stiftungsrat hat plausibel zu begründen, dass hier der Begünstigte in seinen Rechten nicht betroffen ist. Des Weiteren kann der Stifter in den Stiftungsdokumenten Gründe nennen, warum ein Informations- und Kontrollbegehren abgelehnt werden kann.¹⁰⁴ Zwar sind

96 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 147.

97 OGH 04.09.2020, 07 HG 2019.58 = PSR 2021, 40.

98 Vgl ausführlich *Auer/Dorigatti*, Informationsanspruchs (Fn 90) 11.

99 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 70.

100 *Motal*, Informationsanspruch (Fn 67) 95 f.

101 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

102 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 148.

103 *Gasser/Thun-Hohenstein*, Judikatur (Fn 72) 104; *Auer/Dorigatti*, Informationsanspruchs (Fn 90) 9.

104 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 21 f.

diese für den Stiftungsrat und das Gericht nicht bindend, weil es sich bei den Kontrollrechten des Art. 552 § 9 Abs. 2 PGR um zwingendes Recht handelt. Sie können aber als Richtwert bei der Beurteilung der Interessenslage herangezogen werden.¹⁰⁵

V. *Schutz der Begünstigten*

1. *Schutz des Begünstigten*

In diesem Kontext ist insbesondere der sog „*spoiling effect*“ anzuführen.¹⁰⁶ Der historische Gesetzgeber führt aus, dass es bei Aufklärung über die tatsächliche Vermögenslage der Stiftung zu Motivationseinbrüchen in Ausbildung und Beruf kommen könne.¹⁰⁷ Immer dann, wenn eine solche Gefährdung vorliegt, darf die Stiftung dem Begünstigten gewisse Informationen vorenthalten.¹⁰⁸

2. *Schutz anderer Begünstigter*

Ebenso können Geheimhaltungsinteressen anderer Begünstigter dem Informations- und Auskunftsrecht eines Begünstigten entgegenstehen. Falls die Stiftung mehrere Begünstigte hat, kann grundsätzlich jeder seine Informations- und Auskunftsrechte unabhängig von den anderen Begünstigten ausüben.¹⁰⁹ Jede natürliche Person genießt Grundrechtsschutz, Schutz der Persönlichkeitsrechte und den immer stärker in den Vordergrund tretenden Datenschutz. Jedenfalls muss das Geheimhaltungsinteresse seine Deckung in der Rechtsordnung finden, wobei grundsätzlich das Kontrollinteresse den Geheimhaltungsinteressen vorgeht.¹¹⁰ Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Auskunfts- und Geheimhaltungsinteresse wird die Interessentheorie angewandt. Demnach ist ein Geheimhaltungsinteresse des Begünstigten

105 BuA 2008/13 (Fn. 12) 66.

106 Schurr, Schlüsselement (Fn 4) 70.

107 Jakob, Stiftung (Fn 14) Rn 492; Niegel, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

108 BuA 2008/13 (Fn. 12), 66.

109 Walser, Auskunftsrechte (Fn 71) 148.

110 Niegel, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

erforderlich, um das Auskunftsbegehren des anderen Begünstigten einzuschränken. Es muss glaubhaft gemacht werden, dass die erlangten Informationen objektive Nachteile für den Begünstigten, der die Geheimhaltung wünscht, bedeuten, oder diese Informationen für andere Zwecke zum Nachteil dieses Begünstigten verwendet werden.¹¹¹ Zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen der anderen Begünstigten dürfen die Dokumente auch geschwärzt werden, sodass bspw. der Name oder die Steueridentifikationsnummer nicht mehr erkenntlich ist.¹¹² So wäre ein Auskunftsbegehren missbräuchlich und damit abzulehnen, wenn dadurch nur Vermögenswerte eines anderen Begünstigten der Steuerbehörde dessen Heimatlandes zugänglich gemacht werden würden.¹¹³

VI. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass den Begünstigten einer liechtensteinischen Stiftung ein umfangreiches Repertoire an Kontrollmöglichkeiten zur Hand gegeben wird, wobei eine uferlose – für die Stiftung schädigende – Kontrollbefugnis durch ein geschicktes Bündel an Einschränkungen verhindert wird. Jedenfalls haben die Begünstigten als Nutznießer der Stiftung das größte Interesse an einer funktionierenden Stiftungsverwaltung, da ihre Vermögensinteressen direkt davon betroffen sind. Zudem kann durch die privatautonome Kontrolle der staatliche Einfluss begrenzt werden und so Privates im Privaten verbleiben. Im nächsten Punkt soll aufgezeigt werden, wann auf staatliche Hilfe als *ultima ratio* zurückgegriffen werden kann.

G. Gerichtliche Aufsicht auf Antrag der Begünstigten

Begünstigte von nichteingetragenen privatnützigen Stiftungen können sich in Ausnahmefällen an das Gericht wenden, um ihre Rechte zu wahren. Gem. Art. 552 § 35 Abs. 1 PGR können sie bestimmte Maß-

111 Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht (Fn 86) Art. 552 § 9 Rn 26.

112 Walser, Auskunftsrechte (Fn 71) 149.

113 Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht (Fn 86) Art. 552 § 9 Rn 22.

nahmen beim Richter im Ausserstreitverfahren beantragen.¹¹⁴ Insbesondere ist für die Foundation Governance auf die Möglichkeit der Beantragung der Anordnungen des Art. 552 § 29 PGR hinzuweisen. Das Gericht kann auf Antrag die Stiftungsorgane kontrollieren und abberufen, Sonderprüfungen durchführen und Beschlüsse der Stiftungsorgane aufheben. Sohin stellt das Antragsrecht einen wichtigen Baustein für die interne Foundation Governance durch die Begünstigten dar, weil dadurch als *ultima ratio* die gerichtliche Rechtsdurchsetzung mittels externer Governance ermöglicht wird, wobei diese auf ein Minimum beschränkt bleibt.¹¹⁵

H. Kontrollbefugnis im Spannungsverhältnis mit anderen Stiftungsbeteiligten

I. Vorbehalt des Widerrufsrechts durch Stifter

Des Weiteren gibt es gesetzliche Bestimmungen, auf deren Grundlage die Kontrollbefugnis der Begünstigten ausgeschlossen werden kann. Auch hier spiegeln sich die weitreichenden privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters wider. Aufgrund des Widerrufsvorbehalts könnte unter Umständen kein endgültiges Vermögensopfer vom Stifter erbracht worden sein, wodurch das in die Stiftung eingebrachte Vermögen ihm weiterhin zugerechnet wird.¹¹⁶ Falls sich der Stifter das Recht auf Widerruf der Stiftung vorbehalten hat und sich zusätzlich als Letztbegünstigten eingesetzt hat, haben die Begünstigten gem. Art. 552 § 10 PGR keine Kontrollbefugnisse.¹¹⁷ Begründet werden kann dies damit, dass die Stiftung dennoch einer Kontrolle unterliegt, weil die Kontrollbefugnis auf den Stifter übergeht. Falls es mehrere Stifter gibt, kann das Informations- und Auskunftsrecht von jedem einzelnen unabhängig von den anderen Stiftern ausgeübt werden.¹¹⁸

114 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 511.

115 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 71.

116 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 22.

117 *Jakob*, Stiftung (Fn 14) Rn 496; *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 21.

118 BuA 2008/13 (Fn 12) 67.

II. Privates Kontrollorgan

Die flexible Ausgestaltung des liechtensteinischen Stiftungsrechts macht es für den Stifter möglich, in der Stiftungsurkunde vorzusehen, dass die Kontrolle einem privaten Kontrollorgan obliegt.¹¹⁹ Dadurch können die Informations- und Auskunftsrechte der Begünstigten auf ein Minimum beschränkt werden.¹²⁰ Der Kernbereich an Kontrolle umfasst nur noch Auskunft über den Zweck und die Organisation der Stiftung und die Information über die Begünstigtenstellung selbst. Hierzu darf der Begünstigte in die Stiftungsurkunde, Stiftungszusatzurkunde und Stiftungsreglements Einsicht nehmen.¹²¹ Hingegen muss ihm keine Auskunft über die Höhe des Stiftungsvermögens oder die Namen der Mitbegünstigten und deren Ausschüttungen erteilt werden. Hingegen steht es den Begünstigten gem. Art. 552 § 35 PGR rechtlich jederzeit zu, sich an das Gericht zu wenden. Dieses Recht ist von jeglicher Beschränkung ausgenommen.¹²² Als Kontrollorgan kann eine Revisionsstelle, eine Vertrauensperson des Stifters oder auch der Stifter selbst eingesetzt werden.¹²³ Die Disposition über die Einrichtung einer Kontrollstelle muss schon in den Statuten bei Stiftungserrichtung getroffen worden sein; eine nachträgliche Festsetzung einer solchen Regelung ist nicht möglich.¹²⁴ Falls eine Vertrauensperson als Kontrollorgan eingesetzt wird, kann dies auf bestimmte oder unbestimmte Dauer erfolgen. Zudem kann vom Stifter privatautonom ein Nachfolger in den Stiftungsdokumenten bezeichnet werden, falls die erste Vertrauensperson ausscheidet. Sofern keine Befristung für die Funktionsdauer gesetzt worden ist, erlischt die Organstellung als Kontrollorgan spätestens mit dem Tod der ernannten Person. Der Stifter kann sich in der Stiftungsurkunde das Recht vorbehalten, eine andere Person zu bestellen. Falls der Stifter bereits verstorben ist und keine weitere Person in den Stiftungsdokumenten genannt wurde, leben die Informations- und Auskunftsrechte der Begünstigten vollumfänglich wieder auf.¹²⁵

119 Schurr/Butterstein, Konfliktvermeidung (Fn 13) 227.

120 Jakob, Stiftung (Fn 14) Rn 503; Schurr, Schlüsselement (Fn 4) 71.

121 Niegel, Zusammenspiel (Fn 8) 22.

122 BuA 2008/13 (Fn 12) 67 f.

123 Niegel, Zusammenspiel (Fn 8) 23.

124 Walser, Auskunftsrechte (Fn 71) 150.

125 BuA 2008/13 (Fn 12) 70.

III. Freiwillige Einbindung der Stiftungsaufsichtsbehörde

Wie weiter oben (Punkt C. II.) ausgeführt, kann auch die privatnützige Stiftung freiwillig der Stiftungsaufsicht unterstellt werden. Im Gegensatz zur Bestellung eines Kontrollorgans, bei der ein Kernbereich an Kontrollfunktionen bei den Begünstigten verbleibt, verlieren die Begünstigten bei der Einbindung der Stiftungsaufsichtsbehörde gem. Art. 552 § 9 PGR ihre Informations- und Auskunftsrechte gänzlich. Begründet werden kann dies damit, dass die Stiftungsaufsichtsbehörde in Einklang mit der zu bestellenden Revisionsstelle die Kontrollfunktion von Amts wegen wahrnimmt.¹²⁶ Die Stiftungsaufsichtsbehörde kontrolliert in Abstimmung mit der Revisionsstelle, dass das Stiftungsvermögen dem Zweck entsprechend verwaltet und verwendet wird. Sobald die Stiftung unter Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörde steht, verlieren die Begünstigten jegliches Informations- und Kontrollrecht; auch für die Vergangenheit. Dies ist insoweit unproblematisch, als die Stiftungsaufsichtsbehörde als öffentlich-rechtliches Kontrollorgan eine professionelle Kontrolle gewährleistet. Einzig das Recht der Begünstigten auf aufsichtsrechtliche Maßnahmen bei Gericht bleibt vom Kontrollentzug unberührt.¹²⁷ Die Begünstigten können z. B. weiterhin die Aufhebung von Beschlüssen oder Abberufung der Stiftungsräte beantragen.¹²⁸

I. Fazit

Die Ausführungen haben aufgezeigt, dass das liechtensteinische Stiftungsrecht von einem liberalen Gedanken getragen wird. Der Stifter hat sehr weitreichende privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten und somit die größtmögliche Freiheit, sein Vermögen einem Zweck zu widmen und auch die Ausgestaltung der Kontrolle frei zu wählen. Diese Kontrolle wird in einem wohl einzigartigen, mehrdimensionalen Ansatz¹²⁹ vor allem den wirtschaftlich Berechtigten als Nutznießern der Stiftung auferlegt. Doch steht es dem Stifter trotzdem frei, privat-

126 *Schurr*, Schlüsselement (Fn 4) 68.

127 *Niegel*, Zusammenspiel (Fn 8) 24.

128 *Walser*, Auskunftsrechte (Fn 71) 151.

129 *Schurr/Butterstein*, Konfliktvermeidung (Fn 13) 218.

autonom einen anderen Stiftungsbeteiligten dafür einzusetzen. Die Begünstigten haben aufgrund ihres wirtschaftlichen Interesses das größte Bedürfnis nach einer funktionierenden Stiftungsverwaltung. Damit die Kontrollfunktion nicht ausufernd wird, haben der liechtensteinische Gesetzgeber und die Rechtsprechung unter dem zugrundeliegenden Tatbestand der unmittelbaren Betroffenheit und des Rechtsmissbrauchs einen Kontrollrahmen geschaffen, welcher es ermöglicht, die Informations- und Auskunftsrechte der Begünstigten auf das nötige Minimum zu beschränken, um einer missbräuchlichen Verwendung des Stiftungsvermögens vorzubeugen. So wird Privates bestmöglich geschützt und trotzdem der im Interesse der Allgemeinheit und der anderen Stiftungsbeteiligten liegenden Kontrolle privatautonom nachgekommen. Die Foundation Governance der liechtensteinischen privatnützigen Stiftung ist ein herausragendes Beispiel für die privatautonome Kontrolle einer Rechtsform mit fehlendem korporativem Element ohne öffentlich-rechtliche Aufsicht. Insgesamt bietet die liechtensteinische Stiftung den Rechtsunterworfenen also größtmögliche Gestaltungsfreiheit, um ihre privaten Interessen umzusetzen und gewährleistet trotzdem die größtmögliche Rechtssicherheit für andere Stiftungsbeteiligte.

Klimaschutz durch Kapitalanlegerschutz? Zur Rolle des Privatrechts auf dem Weg hin zu einer nachhaltigen Wirtschaft beim Investmentgeschäft

Patrick Raschner

A. Einführung in die Thematik/Anlassfall

Traditionell waren bei der Umsetzung von Maßnahmen gegen den Klimawandel in erster Linie Politik und staatliche Akteure gefordert. Mit dem 2018 beschlossenen EU-Aktionsplan für die Finanzierung nachhaltigen Wachstums,¹ der zur Realisierung des Pariser Abkommens und der UN-Agenda 2030 dient, wurde festgelegt, dass privaten Kapitalmarktteilnehmern eine Schlüsselrolle zur Abwendung des Klimawandels zukommt. Unter dem Schlagwort *Sustainable Finance* sollen die Faktoren *Environment*, *Social* und *Governance* (ESG) bei Anlageentscheidungen vermehrt berücksichtigt werden.² Mit der TaxonomieVO³ wurde als wohl wichtigster Teil des Aktionsplans weltweit erstmals ein rechtlich-bindender Kriterienkatalog zur Beurteilung von Wirtschaftstätigkeiten als ökologisch nachhaltig geschaffen.⁴ Als weiteres Herzstück des Aktionsplans wurde die OffenlegungsVO⁵ verabschiedet, die nachhaltigkeitsbezogene Transparenzpflichten für Marktteilnehmer einführt.⁶ Ergänzend dazu wurde am 21.4.2021 das *Sustainable Finan-*

1 Europäische Kommission (KOM), Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, 1.

2 Vgl. illustrativ ebd. 22.

3 VO (EU) 2020/852, ABl. 2020 L 198/13.

4 Genauer Gortsos, The Taxonomy Regulation, in Busch/Ferrarini/Grünewald (Hg), *Sustainable Finance in Europe* (2021) 351 ff; Zahradnik/Richter-Schöllner/Repic, Nachhaltigkeit bei der Vermögensveranlagung, in Zahradnik/Richter-Schöllner (Hg), *Handbuch Nachhaltigkeitsrecht* (Wien 2021) Rn 11.6 ff.

5 VO (EU) 2019/2088, ABl. 2019 L 317/1 (in der Folge SFDR, kurz für *Sustainable Finance Disclosure Regulation*).

6 Näher Veil, Transparenz über nachhaltige Investments und Nachhaltigkeitsrisiken, in Grundmann/Merkt/Mülbert (Hg), FS für K. J. Hopt zum 80. Geburtstag (Berlin/Boston 2020) 1321 (1322); Busch, Sustainability Disclosure in the EU Fi-

ce April Package veröffentlicht, das u.a. Änderungen der „treuhänderischen Pflichten“ bei der kollektiven Vermögensanlage vorsieht.⁷

Die praktische Relevanz dieser Entwicklungen zeigte sich in Österreich im Frühjahr 2021 im Rahmen des sog. „Hygiene-Austria-Skandals“ rund um die Umetikettierung von FFP2-Masken „Made in China“ auf österreichische Herkunft. Wie in einem Artikel in der Tageszeitung Der Standard unter der Überschrift „Die Macht der Investoren“ berichtet, führte der Vorfall im März 2021 dazu, dass eines der an Hygiene Austria beteiligten Unternehmen, die an der Wiener Börse notierte Lenzing AG,⁸ prompt von Österreichs größter Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) aus einem ethisch-nachhaltigen Fonds ausgeschlossen wurde.⁹ Bemerkenswerterweise wurden beim zweitgrößten Asset-Manager zwar ähnliche Überlegungen angestellt, besagte AG jedoch zunächst nicht aus dem einschlägigen ESG-Fonds genommen. Erst einen Monat später wurde bekannt, dass der „Sin Stock“ ebenfalls nicht mehr im Portfolio enthalten war. Begründet wurde das Desinvestment allerdings nicht öffentlichkeitswirksam mit ESG-Erwägungen. Vielmehr blieb der Umstand, dass beim Verkauf der Aktien sogar Gewinne mitgenommen wurden, unkommentiert.¹⁰ Rund zweieinhalb Monate nach publik werden des Skandals wurde von Österreichs größter KVG verlautbart, dass sie die Lenzing AG wieder ins investierbare ESG-Universum aufgenommen habe, nachdem sich das Unternehmen

nancial Sector, in Busch et al. (Hg), Sustainable Finance (Fn 4) 397 ff; *Zabradnik et al.*, Nachhaltigkeit (Fn 4) Rn 11.10 f.

7 Genauer KOM, EU-Taxonomie, Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, Nachhaltigkeitspräferenzen und treuhänderische Pflichten, COM(2021) 188 final, 13.

8 Um genau zu sein, war Lenzing mit 50,1 % an der „Hygiene Austria LP GmbH“ beteiligt. 49,9 % der Anteile entfielen auf die nicht-börsennotierte Palmers Textil AG.

9 Dazu und zum Folgenden Der Standard vom 20.3.2021, <https://www.derstandard.at/story/2000125201507/die-macht-der-investoren> (alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 10.6.2022).

10 Vgl das Interview mit *Raiffeisen Capital Management* im Börse Express vom 3.5.2021, <https://www.boerse-express.com/news/articles/fonds-im-portraet-vi-raiffeisen-nachhaltigkeit-oesterreichplus-aktien-fondsmanager-guenther-schmitt-i-m-interview-die-branchenrotation-weg-von-growth-hin-zu-value-ist-noch-nicht-abgeschlossen-321438>, mit der Frage „Was waren die Überlegungen dahinter und welches Weltbild soll das Portfolio widerspiegeln?“, die jedoch nicht beantwortet wurde.

von der Beteiligung an Hygiene Austria getrennt habe und dessen Management in einen „konstruktiven Dialog“ mit dem Fondsverwalter getreten sei.¹¹

Vor diesem Hintergrund bezweckt der vorliegende Beitrag – aus nicht ausschließlich österreichischer, sondern ebenfalls deutscher Sicht – eine kritische Auseinandersetzung mit der Einbettung von Nachhaltigkeit im (künftigen) Rechtsrahmen der kollektiven Kapitalanlage. Insbesondere soll den soeben skizzierten Handlungsmöglichkeiten von Fondsmanagern („Exit“ und „Voice“) nachgegangen und analysiert werden, wie weit die Macht der Investoren im Lichte ihrer fiduziarischen Verantwortung tatsächlich reicht. Darauf aufbauend wird untersucht, ob *Private Enforcement* einen effektiven Ansatz zur Durchsetzung der nachhaltigen Anlagestrategien darstellt und Endanleger damit zur Rettung des Klimas beitragen können. Obwohl inhaltlich nicht nur ökologische Nachhaltigkeit erfasst ist, wird nachfolgend – wie auch im Titel dieses Beitrags – Klimaschutz in den Mittelpunkt gerückt, weil dies derzeit zweifellos das wichtigste Nachhaltigkeits- und Umweltziel darstellt.¹²

B. Einbettung von Klimaschutz bei der Verwaltung von Investmentfonds

Die Frage, ob Vermögensverwalter ESG-Faktoren bei der Kapitalanlage berücksichtigen dürfen oder müssen, wird bereits seit mehreren Jahren intensiv diskutiert.¹³ Bislang war die Beantwortung nur dann unproblematisch, wenn eine nachhaltige Anlagestrategie – wie im beschriebenen Fall – im Investmentvertrag zwischen Anleger und Fondsverwalter verankert wurde.¹⁴ In allen anderen Fällen hing die Antwort

11 Näher *Erste Asset Management (EAM)*, Interview: Lenzing AG zu Nachhaltigkeit, EAM Blog vom 14.5.2021, <https://blog.de.erste-am.com/interview-lenzing-ag-zu-nachhaltigkeit/>.

12 Vollständigkeitshalber angemerkt sei, dass das hier zugrunde gelegte Begriffsverständnis von Klimaschutz nicht zwingend der TaxonomieVO entspricht, wo im Rahmen der Umweltziele zwischen Klimaschutz und Klimaanpassung unterschieden wird.

13 Zu verweisen ist auf das *Fiduciary Duty in the 21st Century Project* der *United Nations Environment Programme Finance Initiative*.

14 Dazu und zum Folgenden schon *Bueren*, *Sustainable Finance*, ZGR 2019, 813 (847).

davon ab, ob der bestehende Pflichtenkreis dahingehend auszulegen war, dass eine nachhaltige Anlagestrategie zu verfolgen sei. Zutreffend war auf die Interessenwahrungspflicht zurückzukommen,¹⁵ die sowohl aufgrund spezialgesetzlicher Anordnung¹⁶ als auch dem Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis des Investmentvertrages folgt.¹⁷ Im Ergebnis war dies laut Aktionsplan Sustainable Finance jedoch weder klar noch branchenübergreifend kohärent.¹⁸ In der EU wurde vor diesem Hintergrund als eine der zehn Maßnahmen des Aktionsplans die gesetzliche Klärung der (Nachhaltigkeits-)Pflichten institutioneller Anleger und Vermögensverwalter ins Auge gefasst,¹⁹ die nun mit dem *April Package* umgesetzt worden ist. Bevor dies unter Pkt. II näher analysiert wird, ist zunächst kurz auf die bereits bestehende vertragliche Einbettung von Nachhaltigkeit inkl. Klimaschutz einzugehen (Pkt. I).

I. Vereinbarung nachhaltiger Anlagegrundsätze und -strategien bei ESG-Fonds

Ein Gebot zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeit besteht bei der Kapitalanlage *de lege lata* jedenfalls dann, wenn dies im Rahmen der

15 Vgl ebd. 849.

16 Siehe § 29 Investmentfondsgesetz 2011 (InvFG); § 26 Abs. 1 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) i. V. mit Kapitalanlage-Verhaltens- und -Organisationsverordnung (KAVerOV), die beide der Umsetzung von Art. 22 RL 2010/43 dienen. Näher z. B. *Bollenberger*, in *Bollenberger/Kellner* (Hg), InvFG-Kommentar, 1. Aufl. (Wien 2016) § 29 Rn 1.

17 Vgl z. B. *Buchbauer* in *Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz* (Hg), InvFG-Kommentar, 2. Aufl. (Wien 2013) § 52 Rn 16 mwN. Allg. zur Einordnung *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. (Wien 2015) § 29 Rn 242 mwN; *Chromek*, Investmentgeschäft im Sinne des KAGB, in *Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried* (Hg), Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. (Köln 2019) Rn 16.182 mwN; anders *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft, in *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hg), Bankrechts-Handbuch, Bd. II, 5. Aufl. (München 2017) § 113 Rn 203: Vertrag *sui generis*.

18 KOM, Aktionsplan (Fn 1) 10; mwN für divergierende Meinungen auch *Köndgen*, Sustainable Finance: Wirtschaftsethik – Ökonomik – Regulierung, in *Boele-Woelki/Faust/Jacobs/Kuntz/Röthel/Thorn/Weitemeyer* (Hg), FS für K. Schmidt zum 80. Geburtstag, Bd. I (München 2019) 671 (698). Dagegen *Ekken-ga*, Investmentfonds als neue Kontrollagenten einer "nachhaltigen" Realwirtschaft, WM 2020, 1664 (1671).

19 KOM, Aktionsplan (Fn 1) 10 f, Maßnahme Nr. 7.

Privatautonomie im Investmentvertrag zugrunde gelegt wurde.²⁰ Entsprechende Verpflichtungen sind bei ESG-Fonds in den Fondsbestimmungen bzw. Anlagebedingungen enthalten, die Kernbestandteil des Investmentrechtsverhältnisses sind²¹ und nähere Regelungen enthalten, nach welchen Veranlagungsgrundsätzen die Wertpapiere ausgewählt werden.²² In der Praxis finden sich bei gewöhnlichen ESG-Fonds²³ bislang nur knappe Vorgaben,²⁴ wonach etwa bloß Aktien erworben werden dürfen, „die auf Basis eines vordefinierten Auswahlprozesses von der Verwaltungsgesellschaft als nachhaltig eingestuft werden.“²⁵ Andernorts wird noch ergänzt, dass „nicht in Unternehmen der Rüstungsbranche oder Unternehmen, die etwa gegen Arbeits- und Menschenrechte verstoßen, veranlagt [wird].“²⁶

Weit gefasste Anlagegrundsätze sind per se nichts Neues, sondern auch bei herkömmlichen Fonds üblich. Nach h. A. reicht es aus, wenn prägnant geschildert wird, nach welchen objektiv nachvollziehbaren Grundsätzen Vermögenswerte ausgewählt werden.²⁷ Ob die in der Praxis anzutreffenden Formulierungen künftig weiterer Präzisierung bedürfen, um *Green Washing* zu verhindern, ist aktuell Gegenstand von aufsichtsrechtlichen Diskussionen,²⁸ hier aber nicht weiter zu diskutieren. Letzteres kann auch deshalb weitgehend ausgeklammert bleiben, weil eine ausführlichere Beschreibung der Anlagestrategien in der Praxis bei Nachhaltigkeits- wie auch gewöhnlichen Fonds über den

20 Eingehend dazu *Gietzelt*, Nachhaltiges Investment, Baden Baden 2019, 29 ff.

21 Vgl z. B. *Berger* in Bollenberger/Kellner (Hg), InvFG-Kommentar (Fn) § 53 Rn 1; für Deutschland *Kloyer/Seidenschwann* in Assmann/Wallach/Zetsche (Hg), KAGB-Kommentar (Köln 2019) § 162 Rn 16.

22 § 53 Abs. 3 Z. 2 InvFG; § 162 Abs. 2 Nr. 1 KAGB.

23 Im Einzelnen kann nunmehr zwischen Fonds nach Art. 8 SFDR (auch als *light green* bekannt) und Art. 9 Fonds (*dark green*) unterschieden werden, worauf hier jedoch nur hingewiesen kann. Bei den besprochenen Bsp. handelt es sich um Art. 8 Fonds.

24 Für weitere Bsp. *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 52 ff.

25 Siehe Art. 3 der Fondsbestimmungen in Erste Responsible Stock Europe (Stand: 30.04.2021), 2.

26 Prospekt Raiffeisen-Nachhaltigkeit-ÖsterreichPlus-Aktien (Stand: 10.3.2021), 42.

27 *Kloyer/Seidenschwann* (Fn 21) § 162 Rn 55 mwN.

28 *BaFin*, Konsultation 13/2021, die auch Negativbeispiele anführt.

Anlageprospekt geschieht,²⁹ der bei einem Publikumsangebot immer aufgestellt werden muss³⁰ und zur mittelbaren Konkretisierung der unbestimmten Veranlagungsbedingungen heranzuziehen ist.³¹ Detailliertere Angaben sind in aller Regel bei Anlageziel und -politik enthalten.³² Die „eine“ nachhaltige Anlagestrategie existiert hierbei nicht. Stattdessen gibt es in der Praxis verschiedene Strategien, die laufend weiterentwickelt werden.³³

Zu den gegenwärtig praktisch wichtigsten nachhaltigen Anlagestrategien zählen negatives Screening bzw. Ausschlüsse, normbasiertes Screening, Best-in-Class, Engagement und Stimmrechtsausübung, nachhaltige Themenfonds, Impact Investing und die ESG-Integration in die klassische Finanzanalyse.³⁴ Dabei hängt die Wahl der passenden Anlagestrategien vom aufgelegten Fonds ab. Häufig sind in der Praxis aus guten Gründen auch Kombinationen mehrerer Konzepte zu finden (z. B. Negativscreening i. V. mit Best-in-Class und Engagement³⁵), weil etwa „Best-in-Class allein [...] noch den Einäugigen unter den (ESG-)Blinden akzeptieren [würde]“.³⁶

Im Ergebnis ist die investmentvertragliche Einbeziehung von Klimaschutz bei ESG-Fonds mit großer „Macht“ verbunden, die aber je nach Einzelfall durch detailliertere Vorgaben im Prospekt relativiert wird.

29 Vgl auch *Bueren*, Finance (Fn 14) 843. Allg. *Ammon/Izzo-Wagner* in Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme (Hg), *Investmentgesetz-Großkommentar*, 4. Aufl., Bd. II (Berlin/Boston 2020) § 162 KAGB Rn 35; *Kloyer/Seidenschwann* (Fn 21) § 162 Rn 55.

30 §§ 129 Abs. 1, 131 Abs. 1 InvFG; §§ 164 f KAGB.

31 Vgl *Gietzelt*, *Investment* (Fn 20) 92 ff.

32 Siehe im Anlassfall Prospekt ÖsterreichPlus (Fn 26) Pkt. 13.1; Prospekt Responsible (Fn 25) 12 unter Pkt. 12.

33 So auch die drei Europäischen Aufsichtsbehörden (ESAs): *Joint Committee*, Final Report on draft Regulatory Technical Standards under SFDR, JC 2021 03, 148 f.

34 Vgl für Österreich *FNG*, Marktbericht Nachhaltige Geldanlagen 2021, 19 f; allg. auch *EUROSIF*, European SRI Study 2018, 13; *Bueren*, Finance (Fn 14) 843; auch *Gietzelt*, *Investment* (Fn 20) 85 mit Bsp.

35 Illustrativ Prospekt ÖsterreichPlus (Fn 26) Pkt. 13.1.

36 Pointiert *Bueren*, Finance (Fn 14) 843.

II. Klärung der „treuhänderischer Pflichten“ durch das April Package

1. Allgemeines

Obwohl die Mittelzuflüsse in nachhaltige Investments in letzter Zeit stark zugenommen haben, zielen die meisten der heute aufgelegten Fonds (noch) nicht auf ESG-Faktoren ab.³⁷ Wie bereits angemerkt, hatte ein Fondsmanager damit bis dato nur im Rahmen seiner (unklaren) privat- und aufsichtsrechtlichen Pflichten tätig zu werden.³⁸ Anknüpfend an den Aktionsplan wurde mit dem Maßnahmenpaket vom April 2021 nun eine „Klärung“ der treuhänderischen bzw. besser fiduziarischen Pflichten³⁹ beschlossen, die ab 1.8.2022 die gesetzliche Einbettung von *Sustainability* für alle Fondsmanager bringen soll.

Die Ergänzungen zur Nachhaltigkeit wurden nicht in der OGAW-Rahmen-RL⁴⁰ vorgenommen, sondern durch Änderung der bedeutenden Level 2-RL 2010/43⁴¹ mit der DelRL 2021/1270.⁴² Dem vorausgegangen ist ein umfangreicher Konsultationsprozess der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA)⁴³ und eine weitere Konsultation durch die EU-Kommission,⁴⁴ auf deren Rückmeldungen⁴⁵ in der Folge auch Bezug zu nehmen ist.

37 Für Österreich *FMA*, Fakten, Trends & Strategien 2021, 118, wonach sich im Q2 2020 etwa 7 % des Fondsmarktes nach den ökologischen und ethisch-sozialen Kriterien des UZ 49 ausrichteten. Laut Fondsverband *BVI* machten nachhaltige Fonds im Q1 2021 8 % des gesamten dt. Fondsmarkts aus.

38 Siehe die Ausführungen bei Fn 15 ff.

39 Mit der englischen Sprachversion (*fiduciary duty*) wird in der Folge der Begriff der Treuhand vermieden, weil es darüber sehr unterschiedliche Vorstellungen gibt. Vgl ebenso *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft (Fn 17) Rn 103.

40 RL 2009/65/EG, ABl. 2009 L 302/32.

41 RL 2010/43/EU, ABl. 2010 L 176/42.

42 DelRL (EU) 2021/1270, ABl. 2021 L 277/141.

43 *ESMA*, Consultation Paper, ESMA34–45–569; *ESMA*, Final Report, ESMA34–45–688.

44 *KOM*, COMMISSION DELEGATED REGULATION (EU) .../... amending Delegated Regulation (EU) 2015/35 as regards the integration of sustainability risks in the governance of insurance and reinsurance undertakings, Ares(2020)2955224.

45 Abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11959-Nachhaltiges-Finanzwesen-Investmentfonds-müssen-soziale-und-okologische-Aspekte-in-ihre-Kundenberatung-einbeziehen_de.

Im Allgemeinen betreffen die Neuerungen die Trias Organisationspflichten, operative Bedingungen und Risikomanagement. Dies umfasst neben einigen anderen punktuellen Anpassungen auch Neuerungen im Bereich der investimentrechtlichen Wohlverhaltensregeln. Dabei wurde jedoch nicht die bereits erwähnte Pflicht, im besten Interesse der Endanleger zu handeln,⁴⁶ geändert, sondern die in Art. 23 DelRL 2010/43 normierten Sorgfaltspflichten (und damit § 30 InvFG bzw. § 26 KAGB i. V. mit KAVerOV⁴⁷) um zwei neue Absätze ergänzt.⁴⁸

2. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken

Nach dem neuen Art. 23 Abs. 5 DelRL 2010/43 haben Fondsverwalter bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten künftig Nachhaltigkeitsrisiken zu berücksichtigen. Was als Nachhaltigkeitsrisiko zu verstehen ist, wird durch Verweis auf die SFDR klargestellt,⁴⁹ die auch sonst in engem Zusammenhang steht.⁵⁰ Es handelt sich demnach um ein Ereignis oder eine Bedingung im ESG-Bereich, das bzw. die bei Eintreten eine tatsächliche oder potenzielle wesentliche negative Auswirkung auf den Wert der Anlage haben könnte. Welche Nachhaltigkeitsrisiken damit konkret gemeint sind und welche Intensität diese haben müssen, bleibt allerdings auslegungsbedürftig.⁵¹

Bereits im Rahmen der ESMA-Konsultation wurde wohl deshalb die Frage aufgeworfen, ob die Integration von Nachhaltigkeitsrisiken nur erfordert, Risikoanalysen eines Rückgangs des finanziellen Werts von Anlagepositionen aufgrund nachhaltigkeitsbezogener Ursachen vorzunehmen, oder ob Fondsmanager (auch) die Auswirkungen der Ge-

46 Dazu Fn 16.

47 Im KAGB-Regime werden die Sorgfaltsanforderungen durch § 2 KAVerOV i. V. mit Art. 18 DelVO 231/2013 bestimmt. Damit sind österreichische und deutsche Umsetzung zwar nicht deckungsgleich, aber freilich weitgehend vergleichbar. Vgl. im Bezug zum Unionsrecht *Steffen* in Baur et al. (Hg), Bd. I, KAGB (Fn 29) § 26 Rn 38.

48 Zum Zeitpunkt des Verfassens lag weder in Österreich noch in Deutschland ein Umsetzungsvorschlag vor.

49 Art. 3 Nr. 11 RL 2010/43.

50 Siehe Art. 3 und 6 SFDR.

51 Von *Veil*, Transparenz (Fn 6) 1329 wurde bereits betont, dass die Begriffsbestimmung denkbar weit formuliert ist.

schaftsaktivitäten der investierten Unternehmen auf Umwelt und Gesellschaft bewerten sollten.⁵² Von der Europäischen Wertpapieraufsicht wurde zwar offenbar letzteres Verständnis nahegelegt,⁵³ der klare Wortlaut der Norm (arg.: Wert der Anlage) spricht aber unzweifelhaft für ersteres Verständnis. Entsprechendes wurde informell von der EU-Kommission bestätigt, der zufolge damit künftig z. B. Klimarisiken wie Auswirkungen von Überschwemmungen auf den Wert einer Anlage zu berücksichtigen sind.⁵⁴ Ein solches Verständnis findet auch aus systematischer Sicht Deckung in Erwgr. 12 S. 2 SFDR.

Fraglich ist, wie die Berücksichtigung im Rahmen der Sorgfaltsanforderungen zu erfolgen hat. Ausweislich des neuen Art. 23 Abs. 5 DelRL 2010/43 sind die Nachhaltigkeitsrisiken bei der Erfüllung der in den Abs. 1 bis 4 aufgeführten Anforderungen zu beachten. Für Fondsmanager bedeutet dies, dass sie der Berücksichtigung von Klimarisiken bei sämtlichen Sorgfaltsvorgaben Aufmerksamkeit zu schenken haben. Erfasst wird damit die sorgfältige Auswahl und laufende Überwachung der Anlagen, aber auch die Gewährleistung von ausreichender Expertise, die Aufstellung schriftlicher Grundsätze und die Verankerung von Verfahren. Zudem haben KVGs Nachhaltigkeitsrisiken bei der Umsetzung ihrer Risikomanagement-Grundsätze und Aufstellung der Prognosen und Analysen zu berücksichtigen. All dies gilt unabhängig davon, ob sie sich (wie im Anlassfall) vertraglich zur Integration von ESG-Faktoren verpflichtet haben.⁵⁵

Obwohl somit gewisse Anhaltspunkte für die Berücksichtigung im Rahmen der *Due-Diligence* auszumachen sind, bestehen bei näherer

52 Vgl. *ESMA*, Report (Fn 43) Rn 39.

53 Ebd. Rn 40. Möglicherweise wurden Nachhaltigkeitsrisiken unpräzise mit der Integration der Nachhaltigkeitsfaktoren vermengt, worauf unter Pkt. B.II.3. so gleich separat einzugehen ist.

54 *KOM*, Pressemitteilung vom 21.4.2021, IP/21/1804. Ein weiteres Bsp. wären Auswirkungen des Klimawandels auf Portfoliounternehmen, die im Agrar- und Ernährungssektor tätig sind, siehe z. B. *Glander/Lühmann/Jesch*, Nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor unter der Offenlegungsverordnung (Teil 1), BKR 2020, 485 (488).

55 Wie zutr. von *Köndgen* (Finance [Fn 18], 699) in anderem Zusammenhang betont wurde, müsste Nachhaltigkeit bereits *de lege lata* im Rahmen der bestehenden Pflichten berücksichtigt werden, sofern dies relevante Auswirkungen hätte (wozu jedenfalls der Wert der Anlage zählt). Richtigerweise ist eine derart systematische Berücksichtigung aber ein Novum.

Betrachtung einige Unklarheiten. Ungewiss erscheint insbesondere der gebotene Umfang bei der Auswahl und Überwachung der Anlagen, dem Kernbereich der Investmenttätigkeit.⁵⁶ Wie dies zu erfolgen hat, wird nicht weiter vorgegeben. Bereits die ESMA betonte, dass ein prinzipienbasierter Ansatz gewählt wurde.⁵⁷ Ein kleiner Anhaltspunkt scheint sich in der Begründung des Legislativakts immerhin dahingehend zu finden, dass die Berücksichtigung sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht erfolgen kann.⁵⁸ Mit ersterem dürfte die Verwendung von ESG-Daten und deren Integration bei der finanziellen Bewertung der Anlagen gemeint sein. Schwierigkeiten bestehen jedoch, weil die dafür notwendigen Daten oft noch nicht in der von den Vorschriften geforderten Form vorliegen werden.⁵⁹ Insofern sind gegenwärtig keine überzogenen Anforderungen daran zu stellen.⁶⁰ Aus diesem Grund soll wohl auch eine qualitative Berücksichtigung erlaubt sein, die sich vor allem um mögliche nachhaltige Anlagestrategien (wie z. B. Negativscreenings) drehen wird. Ein binärer Schematismus zwischen „grünen“ und „braunen“ Investments ist damit aber nicht vorgeschrieben. Neben dem allfälligen Verkauf risikobehafteter Investments gehört dazu, wie grundsätzlich erfreulicherweise von der ESMA festgehalten, vielmehr auch das *Engagement*⁶¹ mit den Portfoliounternehmen, um Nachhaltigkeitsrisiken durch Abstimmungsstrategien etc. anzugehen.⁶²

56 Vgl. *Oppitz* in Macher et al. (Hg), *InvFG* (Fn 17) § 30 Rn 10.

57 *ESMA*, Consultation (Fn 43) Annex II bei Q5.

58 Delegierte Richtlinie (EU) .../... der Kommission vom 21.4.2021 zur Änderung der Richtlinie 2010/43/EU in Bezug auf die von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zu berücksichtigenden Nachhaltigkeitsrisiken und -faktoren, C (2021) 2617 final, 3.

59 So dürfen sich Investmentanalysen nach Art. 23 Abs. 4 RL 2010/43 „*quantitativ wie qualitativ nur auf verlässliche und aktuelle Daten stützen*.“ Siehe auch die unter Fn 45 abrufbare Stellungnahme von BNP Paribas Asset Management im Konsultationsverfahren. Ebenso *ESMA*, Report (Fn 43) Rn 27, wonach aber der Grundsatz der Proportionalität gilt (Rn 29).

60 Vgl. zu Art. 4 SFDR *Steuer*, *Quantitatives ESG-Reporting durch Finanzintermediäre*, WM 2021, 1266 (1272 ff).

61 Darunter versteht man allg. die formelle und informelle Einflussnahme auf Portfoliounternehmen. Näher im Zusammenhang mit der *Stewardship*-Diskussion und zu Grenzen informeller Einflussnahme *Hell*, *Institutionelle Investoren, Stewardship und ESG*, NZG 2019, 338 (340).

62 Näher *ESMA*, Report (Fn 43) Rn 40.

3. „Rechnungstragen“ wichtigster nachteiliger Nachhaltigkeitsauswirkungen

Viel spannender ist noch der recht sperrige neue Art. 23 Abs. 6 DelRL 2010/43. Danach müssen Fondsverwalter, die gem. der SFDR (freiwillig) die sog. wichtigsten nachteiligen Auswirkungen von Anlageentscheidungen auf Nachhaltigkeitsfaktoren berücksichtigen (besser bekannt als *principal adverse impacts* bzw. PAI),⁶³ diesen PAI auch bei Erfüllung aller Sorgfaltsanforderungen Rechnung tragen. Eine Definition für PAI gibt weder die SFDR noch die geänderte RL, was z. T. bereits heftig kritisiert worden ist.⁶⁴ Durch Verweis auf die SFDR wird nämlich nur (weit) definiert, was unter Nachhaltigkeitsfaktoren zu verstehen ist. Es handelt sich um „Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung“.⁶⁵ Welchen PAI damit tatsächlich Rechnung zu tragen ist, ist gegenwärtig noch unklar.⁶⁶

Fest steht zumindest, dass Investmentfondsmanager im Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 6 DelRL 2010/43 künftig bestimmten ökologischen und sozialen Aspekten unabhängig von Renditeerwägungen in ihrer Investitions-Due-Diligence Rechnung tragen müssen. Im Ergebnis ist dies nicht weniger als eine kleine Revolution, weil dadurch das unter dem Begriff der *Double Materiality* diskutierte Konzept⁶⁷ sei-

63 Damit verbunden ist die Offenlegung einer „Erklärung über Strategien zur Wahrung der Sorgfaltspflicht“ auf seiner Website. Näher dazu *Glander et al.*, Offenlegungspflichten (Fn 54) 489 ff; *Busch*, Disclosure (Fn 6) 409 ff; *Veil*, Transparenz (Fn 6) 1328.

64 Die knappe Regelung als „skandalös“ bezeichnend *Veil*, Transparenz (Fn 6) 1328; krit. auch *Steuer*, ESG-Reporting (Fn 60) 1266.

65 Siehe Art. 2 Nr. 24 SFDR auf den der neue Art. 3 Nr. 12 DelRL 2010/43 Bezug nimmt.

66 *De lege ferenda* lassen sich mögliche Anhaltspunkte wohl den in der DelVO zu Art. 4 SFDR normierten offenzulegenden ESG-Indikatoren entnehmen. Aktuell existiert jedoch bloß ein Entwurf der drei ESAs. Siehe *Joint Committee*, Report (Fn 33).

67 Dazu allg. *FNG*, Marktbericht (Fn 34) 5; illustrativ *Täger*, ‘Double materiality’: what is it and why does it matter?, Grantham Institute vom 21.4.2021, <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/double-materiality-what-is-it-and-why-does-it-matter/>.

nen Weg in die kollektive Vermögensverwaltung findet.⁶⁸ Es verwundert daher nicht, dass von einzelnen Marktteilnehmern schon in der Konsultation ein (potenzieller) Konflikt mit ihrer Interessenwahrungspflicht gesehen wurde.⁶⁹ Art. 23 Abs. 6 DelRL 2010/43 könnte zwar noch als bloße materielle Verhaltenspflicht zur korrespondierenden Offenlegungspflicht nach der SFDR verstanden werden.⁷⁰ Aufgrund der systematischen Einbeziehung der PAI geht Art. 23 Abs. 6 DelRL 2010/43 mE aber über die ursprüngliche Anforderung hinaus.

Die Relevanz der Norm hängt auch mit dem subjektiven Anwendungsbereich zusammen, weil gewisse große KVGs den PAI damit künftig zwingend bei allen Sorgfaltsanforderungen Rechnung tragen müssen.⁷¹ Weitere Bedeutung erlangt die Norm dadurch, dass sich kleinere Fondsmanager auf *Comply-oder-explain*-Basis für die Einhaltung der Berichtspflicht entscheiden können,⁷² was in der Praxis wohl häufig der Fall sein wird.⁷³ Im Zuge der Konsultation wurde von einzelnen Marktteilnehmern noch auf einen evtl. Widerspruch mit der Möglichkeit zur Differenzierung auf Produktebene hingewiesen.⁷⁴ Da in der Bestimmung auf die Transparenz auf Unternehmensebene (und gerade nicht auf Fondsebene) Bezug genommen wird, gilt Art. 23 Abs. 6 DelRL 2010/43 allerdings unabhängig davon, ob ein Finanzmarktteilnehmer ESG-Fonds auflegt oder nicht.⁷⁵

Wie den PAI konkret Rechnung zu tragen ist und wie eine Implementierung bei der Auswahl und laufenden Überwachung zu erfolgen

68 Siehe für so ein Verständnis der (unveränderten) Anforderungen im KOM-Entwurf die unter Fn 45 abrufbare Stellungnahme von *BNP Paribas Asset Management*.

69 Dazu genauer Pkt. B.III.2.

70 Siehe Erwgr. 6 DelRL 2021/1270; auch *Steuer*, ESG-Reporting (Fn 60) 1269 bei Fn 9.

71 Art. 4 Abs. 3 und 4 SFDR.

72 Art. 4 Abs. 1 lit. a SFDR.

73 So berücksichtigen auch kleinere österreichische Asset-Manager laut ihrer Website die PAI.

74 Hintergrund ist, dass in der SFDR zwischen der Transparenz auf Ebene des Marktteilnehmers und auf Ebene des Finanzprodukts (hier: Fondsebene) differenziert wird. Vgl die unter Fn 45 abrufbare Stellungnahme der *WKÖ-Sparte Bank und Versicherung* wie auch der *Europäischen Vereinigung der Genossenschaftsbanken*, wonach anstelle von Art. 4 Abs. 1 lit. a SFDR eher auf Art. 7 Abs. 1 lit. a SFDR verwiesen werden sollte.

75 Vgl auch *Steuer*, ESG-Reporting (Fn 60) 1266 f.

hat, ist erneut nicht näher ausgeführt. Es werden aber ähnliche Erwägungen wie bei Art. 23 Abs. 5 DelRL 2010/43 gefordert sein (d.h. Negativ-Kriterien, *Engagement* oder *Exit*). Bemerkenswert ist, dass der ESMA-Entwurf noch ausdrücklich die Vorgabe enthielt, dass erfasste Fondswalter gegebenenfalls *Engagement*-Strategien entwickeln sollten, was auch die Stimmrechtsausübung umfasse.⁷⁶ Überhaupt sollten Fondsmanager i. S. der Idee des *Investment Stewardship* (auch *ESG-Stewardship*⁷⁷) auf die nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Portfoliounternehmen hinwirken.⁷⁸ Obwohl dies letztlich nicht *expressis verbis* übernommen wurde, haben die EU-Kommission und ESAs zuletzt sogar eine abgestufte Vorgehensweise nahegelegt, wonach eine Reduzierung von Anlagen oder Ausschluss dann erfolgen könnte (und sollte?), wenn festgelegte Ziele durch *Voice* oder *Stewardship* nicht erreicht werden.⁷⁹ Herausforderungen werden hier im Übrigen zumindest kurzfristig ebenso in der *Data Challenge* liegen.⁸⁰

Im Ergebnis besteht künftig bei großen Asset-Managern und wohl häufig auch bei kleineren Marktteilnehmern wegen freiwilliger Selbstverpflichtung ein gewisses „Gebot der nachhaltigen Kapitalanlage“⁸¹, und zwar auch ohne investmentvertragliche Verankerung.⁸²

III. Reichweite der fiduziarischen Verantwortung

In Anbetracht der soeben skizzierten Einbettung von Nachhaltigkeit und des eingangs geschilderten „Hygiene-Austria-Skandals“ bleibt zu

76 Vgl. ESMA, Report (Fn 43) 23.

77 *Brellocks*, Institutionelle Investoren (ETF-Fonds, Versicherungen, Pensionskassen) im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZHR 2021, 319 (353) mwN.

78 Vgl. ESMA, Report (Fn 43) Rn 40. Unter *Investment Stewardship* wird die Überwachung und aktive Ausübung von Eigentümerrechten verstanden. Allg. *Hell*, *Stewardship* (Fn 61) 338 f.; auch *Zetzsche*, Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage (Tübingen 2015) 891 ff.

79 Vgl. Erwgr. 16 in *Joint Committee*, Report (Fn 33) 14. Tendenziell auch *KOM*, EC Q&A on Sustainability-related Disclosures, Ares(2021)4556843, 3.

80 Auch *Busch*, Disclosure (Fn 6) 412 f.; *Steuer*, ESG-Reporting (Fn 60) 1266 f.

81 Anders bei der Portfolioverwaltung, siehe *Zahradnik et al.*, Nachhaltigkeit (Fn 4) Rn 11.65.

82 Für Fondsmanager eines ESG-Fonds ergibt sich dies und noch mehr aufgrund rechtsgeschäftlicher Verpflichtung zur nachhaltigen Anlage.

untersuchen, wie weit die Macht der Investoren im Lichte der fiduziarischen Verantwortung zu ihren Kunden tatsächlich reicht.

1. Grenzen der Macht von Fondsmanagern?

In Bezug auf das zugrundeliegende Investmentrechtsverhältnis ist zum Ersten festzuhalten, dass sowohl bei investmentvertraglicher als auch gesetzlicher Einbettung von Klimaschutz in aller Regel keine Pflicht zur Verfolgung einer bestimmten nachhaltigen Anlagestrategie besteht.⁸³ Grundsätzlich wird einem Fondsmanager ein weiter Handlungsspielraum zukommen, ob er sofort den *Exit* vollzieht oder ob er – ähnlich wie im Anlassfall bei Österreichs zweitgrößter KVG – (zunächst) durch *Engagement* in informelle Gespräche mit dem Portfoliounternehmen tritt. In diesem Sinn besteht m.E. ebenso keine Pflicht, nach einer abgestuften Systematik vorzugehen, bzw. kein Vorrang von *Engagement* gegenüber *Exit*. Zwar mag die Überlegung, dass *Exit* nur Platz für weniger verantwortungsbewusste Investoren machen könnte,⁸⁴ auf den ersten Blick einleuchtend scheinen. Aus rechts-ökonomischer Sicht ist das Verhältnis von *Exit* und *Voice* aber alles andere als klar.⁸⁵ Eine Pflicht zum *Exit* kann mit Blick auf die zunehmende Fondspraxis von Mindestanforderungen und Ausschlusskriterien allerdings bei nachhaltigen, aber u.U. auch bei herkömmlichen Anlagen öfters vertraglich geboten sein.⁸⁶ Überprüfungswürdig ist allenfalls, ob eine zu strikte *Exit*-Vorgangsweise mit dem im Investmentrecht übergeordneten Diversifikationsgebot in Widerspruch stehen kann.⁸⁷ Beson-

83 Anderes gilt nur im Einzelfall bei Aufnahme im Investmentvertrag.

84 Für Nw. z. B. *Hell*, *Stewardship* (Fn 61) 340.

85 Dafür *Broccardo/Hart/Zingales*, *Exit vs. Voice*, ECGI Finance WP No. 694/2020; dagegen *Gordon*, *Corporate Governance, the Depth of Altruism and the Polyphony of Voice*, in Engert/Enriques/Ringe/Varottil/Wetzer (Hg), *Business Law and the Transition to a Net Zero Carbon Economy* (Baden-Baden/München/Oxford 2021) 32 ff.

86 Im Anlassfall erfolgte der Ausschluss bei Österreichs größter KVG laut Aussagen des Fondsmanagements, weil den vom Investmentteam definierten Standards nicht entsprochen wurde. Siehe *EAM*, Interview (Fn 11).

87 Vgl bereits *Ekkenga*, *Kontrollagenten* (Fn 18) 1671. Ausf. zum Diversifikationsgebot *Schopper*, *Haftung für Veranlagungsentscheidungen bei Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis*, Österreichisches BankArchiv 2013, 17 (21 f); *Zetsche*, *Prinzipien* (Fn 78) 655 ff.

ders gelagert ist die Situation noch bei den populären Indexfonds, die als Ziel ihrer Anlagestrategie einen bestimmten Aktientitelindex nachbilden.⁸⁸ Da indexbasierte Anlageformen ihre Portfoliounternehmen nicht einfach veräußern können und somit keine *Exit*-Möglichkeit haben,⁸⁹ wird hier *Engagement* bzw. *Investment Stewardship* als wesentliches Instrument geboten sein.⁹⁰

Grenzen der „Macht“ bestehen m.E. jedenfalls insofern, als dass eine bloß passive Anlage- und/oder Stimmrechtsverwaltung (künftig) etwa in Bezug auf die PAI als problematisch anzusehen ist. Das „Rechnung tragen“ der PAI bedingt zumindest irgendeine Form von Aktivität im Rahmen der Sorgfaltspflichten. Nicht ausreichend wird sein, wenn eine KVG Entsprechendes nur in ihren schriftlichen Grundsätzen und Verfahren aufnimmt, ohne tatsächlich in Form von *Engagement*, *Exit* oder Ähnlichem aktiv zu werden.

An dieser Stelle nur angerissen werden kann, dass die Macht von Fondsmanagern und speziell effektives Engagement noch weiteren rechtlichen und faktischen Grenzen unterliegt. Im Schrifttum wurde von *Köndgen* bereits auf quantitative Veranlagungsbeschränkungen⁹¹ und beschränkte HV-Kompetenzen hingewiesen.⁹² Noch genauer zu untersuchen ist ebenfalls die Rolle von Ankeraktionären,⁹³ wobei der Fall Lenzing gerade dafür spricht, dass das Vorhandensein von kontrollierenden Aktionären Fondsverwalter per se nicht von der Einflussnahme auf Portfoliounternehmen abhalten sollte.⁹⁴ Im Schrifttum kam *Ekkenga* im Zusammenhang mit der Rolle von Asset-Managern als

88 Siehe § 3 Abs. 2 Z. 32 InvFG.

89 Vgl. z. B. *Hell*, *Stewardship* (Fn 61) 340.

90 So wohl *ESMA*, Report (Fn 43) Rn 23 f. Bereits *de lege lata* eine Stimmpflicht annehmend *Zetzsche*, *Prinzipien* (Fn 78) 653, sofern durch die Abstimmungsteilnahme Werte geschaffen werden.

91 §§ 74, 78 InvFG; §§ 206, 210 Abs. 2 KAGB.

92 Näher *Köndgen*, *Finance* (Fn 18) 699, demzufolge ein Fondsverwalter daher eher *Exit* vorziehen wird. Auf letzteres hinweisend auch bereits *Spießhofer*, *Unternehmerische Verantwortung* (Baden-Baden 2017) 373.

93 Näher *Gözlügöl*, *Controlling Shareholders: Missing Link in The Sustainability Debate?*, *Oxford Business Law Blog* vom 16.7.2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/07/controlling-shareholders-missing-link-sustainability-debate>.

94 Nur 36,9 % befinden sich bei Lenzing im Streubesitz, 50,0 % werden konzentriert gehalten. Wie freilich zutr. von *Gözlügöl* (Fn 93) betont, wird aber auch die Identität der kontrollierenden Aktionäre eine Rolle spielen.

Anteilseigner zuletzt dennoch zum generellen Schluss, dass *Fund* und *Ownership Governance* keine miteinander vereinbaren Ziele sind. Vielmehr gehe die Optimierung des einen Zieles auf Kosten des anderen, weshalb Fondsmanager – mit Ausnahme von Indexfonds – für Engagement eher nicht geeignet seien.⁹⁵ Während auf die diffizile Stellung zur Portfoliogesellschaft hier nicht näher eingegangen werden kann,⁹⁶ soll indes als letzter Punkt das mit vorstehenden Ausführungen (auch) zusammenhängende Spannungsverhältnis zu den Interessen der eigenen Anleger analysiert werden.

2. Spannungsverhältnis mit der Interessenwahrungspflicht?

Von *Ekkenga* wurde vor der nun angenommenen nachhaltigen *Ownership Governance* bereits zutreffend auf ein schwieriges Zusammenspiel mit der ebenso in der RL 2010/43 normierten Pflicht zur Entwicklung von Strategien für die Stimmrechtsausübung hingewiesen,⁹⁷ weil letzteres „ausschließlich zum Nutzen des betreffenden OGAW“ zu erfolgen hat.⁹⁸ Damit angesprochen ist die Kardinalfrage nach dem Verhältnis der neuen Nachhaltigkeitspflichten zur Pflicht, ausschließlich im besten Interesse der Fondsanleger zu handeln (§ 29 InvFG; § 26 KAGB). Insbesondere mit Blick auf das Rechnen mit den nachteiligsten Auswirkungen nach Art. 23 Abs. 6 Del-RL 2010/43 wurden auch im Konsultationsverfahren teils diametrale Aussagen gemacht.⁹⁹ Von Vertretern der Fondsindustrie wurde ein Risiko oder sogar handfester Konflikt mit deren fiduziarischen Verantwor-

95 Aus dem Blickwinkel der *short-termism*-Debatte *Ekkenga*, Kontrollagenten (Fn 18) 1669; krit. auch bei Indexfonds *Hell*, Stewardship (Fn 61) 340; letzterem widersprechend *Brellocks*, Investoren (Fn 77) 353 ff., der jedoch allg. an *ESG-Stewardship* zweifelt (361 f).

96 Hier ist laut *Renewed-Strategy* der EU-Kommission vom Juli 2021 mit weiteren Neuerungen zu rechnen. Siehe *KOM*, ANNEX to the Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy, COM(2021) 390 final, 8.

97 Vgl. schon zur Aktionärsrechte-RL *Ekkenga*, Kontrollagenten (Fn 18) 1669 f.; auch *Brellocks*, Investoren (Fn 77) 353 ff.

98 § 26 InvFG; § 3 Abs. 2 KAVerOV i. V. mit Art. 37 Abs. 1 DelVO 231/2013.

99 Der Kommissionsentwurf entspricht 1:1 dem final angenommenen Rechtsakt, weshalb die Stellungnahmen grds. weiterhin Gültigkeit besitzen.

tung konstatiert.¹⁰⁰ Von Fürsprechern des nachhaltigen Finanzwesens wurde hingegen kritisiert, dass gerade keine Klarstellung bzgl. der Interessenwahrungspflicht vorgenommen wird,¹⁰¹ weshalb bei einem allfälligen Konflikt zwischen Rendite und Nachhaltigkeit das beste Interesse wahrscheinlich als das finanziell beste Interesse verstanden wird.¹⁰²

Hierzu ist m.E. Folgendes zu erwägen: Ganz unproblematisch ist das Verhältnis bei privatautonomer Vereinbarung im Fall von ESG-Fonds, weil ein Fondsmanager hier sein Anlage- wie auch Abstimmungsverhalten von vornherein nicht nur auf die Gewinnmaximierung auszurichten hat. Hier gilt grds. ein Vorrang der Nachhaltigkeit. Keine Schwierigkeiten bestehen auch im Fall von herkömmlichen Fonds bei Übereinstimmung von Anleger- und z. B. Klimainteressen, wenn also das bestmögliche wirtschaftliche Ergebnis für den Fonds¹⁰³ und das Wohlergehen der Umwelt zugleich erreicht werden kann. Ein *prima facie* problematisches Verhältnis zur Exklusivklausel in § 26 InvFG bzw. Art. 37 Abs. 1 DelVO 231/2013 wird sich auflösen lassen.¹⁰⁴ Unterstützung findet dies auch in der geänderten Aktionärsrechte-RL,¹⁰⁵ die Fondsmanager auf *Comply-or-explain*-Basis zur Entwicklung einer Mitwirkungspolitik verpflichtet, die u.a. die Überwachung von Portfoliounternehmen im Hinblick auf ihre sozialen und ökologischen Auswirkungen umfasst (Art. 3g Aktionärsrechte-RL).¹⁰⁶

100 Einen Konflikt annehmend *ALFI, Assogestioni's, ICI Global, Schroeders*. Der Dachverband der europäischen Investmentfonds-Verbände *EFAMA* sah immerhin das Risiko eines Konflikts. Siehe die unter dem Link bei Fn 45 abrufbaren Stellungnahmen.

101 Vgl die unter Fn 45 abrufbare Stellungnahme von *PRI Association*, derzufolge dies auch eine systematische Integration von Nachhaltigkeitsrisiken bei Abs. 5 untergräbt. Kritisch äußerte sich auch *ShareAction*. Vgl für entsprechende Stellungnahmen auch bereits *ESMA*, Report (Fn 43) Rn 37 f, die aber keinen weiteren Nutzen darin sah.

102 So die unter Fn 45 abrufbare Stellungnahme der *PRI Association*.

103 Für Österreich *Bollenberger* (Fn) § 29 Rn 4; *Oppitz*, Das Investmentgeschäft, in *Avancini/Iro/Koziol* (Hg), Österreichisches Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Bd. VI (Wien 2007) Rn 3/69; *Macher*, Praxishandbuch Investmentfonds (Wien 2011) Rn 2/27. Zur Ausrichtung am Anlegerinteresse auch *Schopper*, Haftung (Fn 87) 20.

104 Allg. für eine teleologische Reduktion im Zusammenhang mit Interessenkonflikten *Macher*, Praxishandbuch (Fn 103) Rn 2/29.

105 RL (EU) 2017/828, ABl. 2017 L 132/1.

106 Allg. *Brellocks*, Investoren (Fn 77) 336 ff.

Falls jedoch ein (mutmaßlicher) Konflikt zwischen Renditeinteresse der Fondsanleger einerseits und Umweltinteressen andererseits besteht, kann dem ersten Anschein nach tatsächlich ein problematisches Verhältnis bestehen. Dies deshalb, weil die modifizierte sorgfältige Auswahl und laufende Überwachung der Anlagen nach wie vor unter der Maßgabe des Handelns „im besten Interesse der OGAW“ steht,¹⁰⁷ womit den PAI nur unter dieser Handlungsdeterminante Rechnung zu tragen ist. Von *Bueren* wurde in diesem Zusammenhang schon vor dem *April Package* ein enger und weiter Ansatz (einzelnes Anlageobjekt vs. Portfolioebene) erwogen.¹⁰⁸ In der Sache könnte man auf kurze Sicht und insbesondere im Lichte der Interessenwahrungspflicht damit zum Schluss kommen, dass bei einem Konflikt Anlegerschutz vor Klimaschutz geht. Die besseren Argumente sprechen jedoch gegen eine Interessenabwägung im Einzelfall und für einen weiten Ansatz. Wenn nämlich Rechnungstragen auf lange Sicht für das gesamte Portfolio besser ist, woran angesichts der dramatischen Klimaereignisse und des zuletzt veröffentlichten Weltklimaberichts¹⁰⁹ grds. kein Zweifel bestehen kann, wird eine (kurzfristige) Verringerung der Rendite – im langfristigen Anlegerinteresse – gefordert sein. Nach dem Wortlaut ist gerade nicht vom besten Interesse des OGAW, sondern von der Gesamtheit aller Fonds die Rede. Ebenso dafür spricht der Zweck von Abs. 6 i. V. mit Art. 4 SDFR.¹¹⁰

Im Ergebnis hat Klimaschutz zwar nicht Vorrang vor Anlegerschutz, doch ist Klimaschutz durch Anlegerschutz möglich.

107 Siehe Art. 23 Abs. 1 RL 2010/43 bzw. § 30 Abs. 1 S. 1 InvFG. In Österreich kommt noch § 52 S. 2 hinzu. Vgl *Oppitz* (Fn 56) § 30 Rn 7. In Deutschland scheint die Situation auf den ersten Blick anders gelagert zu sein, weil in Art. 18 Abs. 1 DelVO 231/2013 nicht davon die Rede ist. Im Ergebnis muss aber Entsprechendes gelten.

108 *Bueren*, Finance (Fn 14) 849, demzufolge Letzteres tendenziell nur für *universal owners* naheliegt.

109 IPCC, Climate Change 2021: The Physical Science Basis, 2021.

110 Siehe *KOM*, Q&A (Fn 79), 3. Etwas anders zur (quantitativen) PAI-Berichterstattung *Steuer*, ESG-Reporting (Fn 60) 1268 f.

C. Schadensersatz bei nachhaltigkeitswidriger Anlage

Während verwaltungsrechtliche Sanktionen sicher eine Motivation für die Einhaltung der (neuen) ESG-Anforderungen sind,¹¹¹ ist das Kapitalmarktrecht bei vertrags- bzw. pflichtwidrigem Handeln gerade auch durch Klagen von Anlegern geprägt, um Handlungsanreize für Marktteilnehmer zu setzen und die Berücksichtigung ihrer Interessen zu gewährleisten.¹¹² Damit gilt es zu untersuchen, welche Rolle der privaten Rechtsdurchsetzung auf dem Weg zu einer klimaneutralen Wirtschaft zukommt. Neben einem hier nicht zu vertiefenden Leistungs- und/oder Unterlassungsanspruch¹¹³ stellt sich die Frage, ob ein Fondsmanager gegenüber den Endanlegern haftet, wenn er – trotz seines weiten Handlungsspielraums¹¹⁴ – gegen die vereinbarte nachhaltige Anlagestrategie oder die modifizierten Sorgfaltspflichten verstößt. Wie in der Literatur bislang nur ansatzweise herausgearbeitet wurde, stellen sich in diesem Zusammenhang komplexe Rechtsfragen, die bis zu einer Haftung aufgrund immaterieller Schäden reichen können.

I. Haftungsrechtliche Anknüpfungspunkte

Wenn ein Fondsmanager investmentvertragswidrig handelt, indem er z. B. in Aktien investiert hat, die außerhalb der Anlagegrundsätze und Anlagepolitik liegen, die in den Fondsbestimmungen bzw. dem Prospekt des (ESG-)Fonds zugrunde gelegt wurden, kommt ein Anspruch

111 Siehe vor kurzem Finanzaufsicht nimmt DWS ins Visier, Handelsblatt vom 12.9.2021.

112 Vgl. nur *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (München 1975) 511.

113 Das Problem einer nachhaltigkeitswidrigen Anlage lässt sich möglicherweise auch über die primären Leistungspflichten und über das Recht auf Vertragserfüllung lösen. Denkbar wäre dies wohl nur bei ESG-Fonds und unter der Prämisse der Einordnung der nachhaltigen Anlagestrategie als Hauptleistungspflicht. Für den Fall andauernder nachhaltigkeitswidriger Anlage ebenfalls noch erwägenswert ist die Möglichkeit der „Naturalrestitution“ im Wege eines Unterlassungsanspruchs. Vgl. dafür bei defizitärer Anlageorganisation i. V. mit § 280 Abs. 1 BGB *Zetzsche*, Prinzipien (Fn 78) 807.

114 Ausf. zum Sorgfaltsmaßstab und für eine Anlehnung an die *Business judgement rule*: *Schopper*, Haftung (Fn 87) 21 f; vgl. auch für D, aber auf Verschuldensebene *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft (Fn 17) Rn 248 mwN.

auf Schadensersatz unkompliziert wegen Vertragsverletzung in Betracht (§ 1012 und § 1295 Abs. 1 ABGB; § 280 Abs. 1 BGB).¹¹⁵

Weniger klar ist, ob eine Verletzung der modifizierten Sorgfaltspflichten zur Haftung führt. In Österreich sind die Sorgfaltsanforderungen aber nach einhelliger Meinung in der Regel als Schutzgesetze anzusehen, weil sie der KVG Verhaltensvorgaben zur Wahrung der Anlegerinteressen auftragen.¹¹⁶ Darüber hinaus geht die wohl h. M. davon aus, dass zugleich eine Verletzung des Investmentvertrages vorliegt,¹¹⁷ die einem Anspruch aus Schutzgesetzverletzung vorgeht.¹¹⁸ Ähnliche Überlegungen finden sich auch in Deutschland, wengleich im Einzelnen strittig ist, ob die Verhaltenspflichten Schutzgesetze oder gleichzeitig sogar Vertragspflichten sind.¹¹⁹ Da die allg. gebotene Sorgfalt auch Teil der Muster-Anlagebedingungen ist, ist die Diskussion im Ergebnis wohl zu vernachlässigen.¹²⁰

Somit wird die Nichtberücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken jedenfalls zu einem Schadensersatzanspruch führen.¹²¹ Art. 23 Abs. 5 DelRL 2010/43 ist dabei aber „nur“ als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard aufzufassen, weil ein sorgfältiger Fondsverwalter auch Risiken geringerer Intensität für den Wert des Investments berücksichtigen wird. Schwieriger ist, ob Vorstehendes auch auf einen Verstoß gegen das PAI-Rechnungstragen zutrifft. Zwar ist Art. 23 Abs. 6 DelRL 2010/43

115 Zu § 1012 bei der Portfolioverwaltung *Oppitz*, Haftung des Vermögensverwalters, in Schäfer/Sethe/Lang (Hg), Handbuch der Vermögensverwaltung, 3. Aufl. (München 2022) § 57 Rn 2; für Deutschland z. B. *Steffen* (Fn 47) § 26 Rn 35; *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 208.

116 Vgl *Kalss et al.*, KMR (Fn 17) Rn 281 mwN; *Oppitz*, Investmentgeschäft (Fn 103) Rn 3/139; *Paul*, Investmentgeschäft (Wien/Graz 2003) 82.

117 Schon *Heindl*, Investmentfondsgesetz (Wien 1991) 117; *Oppitz*, Investmentgeschäft (Fn 103) Rn 3/139; auch *Buchbauer* (Fn 17) § 52 Rn 19; etwas einschränkend auch *Kalss et al.*, KMR (Fn 17) Rn 253.

118 Näher *Kalss et al.*, KMR (Fn 17) Rn 281.

119 Dafür *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft (Fn 17) Rn 114; vgl auch *Steffen* (Fn 47) § 26 Rn 35, 37; abl. u.a. *Stabenow* in Assmann et al. (Hg), KAGB (Fn 21) § 26 Rn 12 ff; krit. auch *Engert*, Sollten Fondsverwalter für fehlerhafte Anlageentscheidungen haften?, in Casper/Klöhn/Roth et al., FS für J. Köndgen zum 70. Geburtstag (Köln 2016) 167 (169 bei Fn 7).

120 Vgl *Stabenow* (Fn 119) § 26 Rn 51.

121 Eine Verletzung dieser Sorgfaltspflichten wird zugleich einen Verstoß gegen die Interessenwahrungspflicht darstellen. Vgl in diese Richtung Erwgr. 12 S. 2 SFDR.

systematisch in den Wohlverhaltens- bzw. Sorgfaltspflichten enthalten; wie ausgeführt ist jedoch unklar, ob mit Abs. 6 eigene (möglicherweise widersprüchliche) Ziele oder der (langfristige) Schutz von Anlegerinteressen verfolgt werden,¹²² womit eine Schutzgesetz- und/oder Vertragsverletzung vorliegen könnte.

II. Ersatzfähiger Schaden

Besondere Aufmerksamkeit ist der Frage zu widmen, worin genau der Schaden besteht und welche Ersatzleistung für den geschädigten Investor in Betracht kommt.

1. Art des Schadens

Unproblematisch ist die Annahme eines ersatzfähigen Schadens nur dann, wenn ein sorgfaltswidriges Handeln zu finanziellen Verlusten führt. Ein Vermögensschaden, der z. B. aufgrund der Missachtung von Klimarisiken eintritt, ist nichts Neues, auch wenn sich komplexe Fragen bei der Schadensberechnung ergeben können.¹²³ Hinzu kommt in Österreich, dass nicht abschließend geklärt ist, ob die Rechtsprechung zur individuellen Vermögensverwaltung,¹²⁴ wonach nicht einzelne im Portfolio enthaltene Wertpapiere isoliert zu betrachten sind („keine Rosinentheorie“), auch bei der Fondsverwaltung¹²⁵ und für nachhaltige Investments gilt.¹²⁶

Noch größere Schwierigkeiten bestehen, wenn ein Verhalten nicht sorgfaltskonform war, aber kein wirtschaftlicher Verlust festzustellen

122 Dazu die Erörterungen bei Pkt. B.III.2.

123 Dazu näher *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 212 f.

124 OGH 11.5.2010, 9 Ob 85/09d bei Erwgr. 3.2; dazu *Schopper*, Haftung (Fn 87) 25; vgl. hingegen für Deutschland *Zetzsche*, Prinzipien (Fn 78) 804.

125 Tendenziell dafür bei Verletzung von Veranlagungsgrenzen *Macher* in: Macher et al. (Hg), InvFG (Fn 17) § 79 Rn 34.

126 Die Beantwortung dieser Frage, die grds. auch Relevanz für den Ersatz von immateriellen Anlegerschäden hat, würde den Rahmen sprengen. *Prima facie* erscheint eine undifferenzierte Übernahme zumindest bei ESG-Fonds problematisch.

ist,¹²⁷ weil der *Sin Stock* eine bessere Rendite einbrachte¹²⁸ oder z. B. (nur) entgegen der nachhaltigen Abstimmungsstrategie gehandelt wurde.¹²⁹ Während eine unrichtige Zusammenstellung des Fonds zwar m.E. ebenso als materieller Schaden anzusehen ist,¹³⁰ liegt die Besonderheit in diesem Szenario dennoch darin, dass bei Nichtveräußerung einer ungewollten Aktie trotzdem bloß ein Ersatz der damit (auch) verbundenen ideellen Interessen¹³¹ bzw. des immateriellen Schadens¹³² in Frage kommt.

2. Ersatz von nichtfinanziellen Anlegerschäden

a) (Un-)Möglichkeit der Naturalrestitution

Entsprechend den allg. Regeln (§ 1323 ABGB; § 249 BGB) gilt grds. auch bei Anlegerschäden von Fondsanlegern der Vorrang der *Naturalrestitution*.¹³³ Davon erfasst werden materielle wie immaterielle Schä-

127 Vgl schon *Spießhofer*, Verantwortung (Fn 92) 373; auch *Busch*, Disclosure (Fn 6) 441.

128 Vgl *Bueren*, Finance (Fn 14) 853. Denkbar ist etwa, dass ein Fondsmanager trotz Verwirklichung eines Ausschlussgrundes in die entsprechenden Wertpapiere investiert blieb, ein Verkauf im gebotenen Zeitraum jedoch zu einem größeren Verlust geführt hätte.

129 Siehe für die USA *Vereckey*, ESG funds often fail to vote their values, research shows, MIT Sloan Ideas Made to Matter vom 21.6.2021, <https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/esg-funds-often-fail-to-vote-their-values-research-shows>.

130 Vgl ebenso im Zusammenhang mit der Überschreitung von Anlagegrenzen *Zetzsche*, Prinzipien (Fn 78) 803; speziell auch für den Fall der Nichtberücksichtigung von Nachhaltigkeit bei der Portfolioverwaltung *Zabradnik et al.*, Nachhaltigkeit (Fn 4) Rn 11.71.

131 Näher *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I, 4. Aufl. (Wien 2020) Rn B/1/125.

132 Vgl auch *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 211 f. Einen immateriellen Schaden erwägend auch *Bueren*, Finance (Fn 14) 853; vgl auch iZm der Nichtberücksichtigung von Nachhaltigkeit bei der Anlageberatung *Zabradnik et al.*, Nachhaltigkeit (Fn 4) Rn 11.46.

133 Vgl für Österreich *Kalss et al.*, KMR (Fn 17) Rn 286. Vgl allg. für Deutschland *Steffen* (Fn 47) § 26 Rn 37.

den,¹³⁴ weshalb eine Modifikation des Schadensbegriffes – wie zuletzt mancherorts erwogen¹³⁵ – in Österreich und Deutschland nicht notwendig ist.

Aufgrund der Rechtsstellung der Fondsanleger untereinander als Miteigentümerschaft und der kollektiven Natur der Schäden¹³⁶ geht die h. M. in Österreich jedoch davon aus, dass Naturalrestitution praktisch unmöglich ist.¹³⁷ Nach der auf *Iro*¹³⁸ zurückgehenden Ansicht handelt es sich um Gesamthandforderungen und wäre es zuerst notwendig, dass die Gemeinschaft ihr Wahlrecht ausübt. Es handle sich um einen Anspruch auf eine unteilbare Leistung, der nicht ohne Weiteres von einzelnen Fondsanlegern verlangt werden kann. Da dies wegen der Anonymität und der fehlenden gemeinsamen Organisation der Fondsanleger aber sehr schwerfällig ist, sei die Naturalrestitution ganz generell untunlich und ein Wahlrecht der Miteigentümerschaft zu verneinen. Vielmehr soll entgegen § 848 ABGB, der als abbedungen anzusehen ist, jeder Einzelne den auf ihn entfallenden aliquoten Teil des Gesamtschadens im Wege des Geldersatzes geltend machen können.¹³⁹ Was bislang gerade als Vorteil für die Endanleger aufgefasst wurde,¹⁴⁰ ist hier jedoch problematisch, weil die Möglichkeit, Geldersatz für den verbliebenen immateriellen Schaden zu erhalten, stark eingeschränkt ist.¹⁴¹

Im Gegensatz dazu wurde in Deutschland von *Gietzelt* die Möglichkeit der Wiederherstellung der Konformität bei prinzipienwidriger Anlage im Wege des Naturalersatzes bejaht.¹⁴² Auf den ersten Blick lässt sich dieser Unterschied wohl dadurch erklären, dass die lange vorherr-

134 Vgl. z. B. *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (Tübingen 2013) 11.

135 Für Deutschland *Spießhofer*, Verantwortung (Fn 92) 373; allg. zur Anlageberatung *Busch*, Disclosure (Fn 6) 441.

136 Näher *Zetzsche* in Assmann et al. (Hg.), KAGB (Fn 21) § 78 Rn 10 f.

137 So *Kalss et al.*, KMR (Fn 17) Rn 286.

138 *Iro*, Das Investmentgeschäft, in Avancini/Iro/Koziol (Hg.), Bankvertragsrecht II (Wien 1993) Rn 8/107; ebenso *Oppitz*, Investmentgeschäft (Fn 103) Rn 3/142.

139 Vgl. *Oppitz*, Investmentgeschäft (Fn 103) Rn 3/142; auch *Buchbauer* (Fn 17) § 52 Rn 19; i. E. auch *Heindl*, Investmentfondsgesetz (Fn 117) 79, 118.

140 So *Oppitz*, Investmentgeschäft (Fn 103) Rn 3/142.

141 Dazu sogleich unter b).

142 *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 210; erwägend auch *Bueren*, Die EU-Taxonomie nachhaltiger Anlagen (Teil I), WM 2020, 1611 (1618).

schende Auffassung davon ausging, Fondsanleger könnten nur auf Leistung an alle und damit auf Leistung in das Sondervermögen klagen.¹⁴³ Nach inzwischen wohl überwiegender a. A.¹⁴⁴ steht dem einzelnen Fondsanleger, wie in Österreich, ein Individualanspruch in Bezug auf seinen Anteil zu und keine bloße *actio pro socio*.¹⁴⁵ Inwiefern daneben ein Anspruch auf Leistung in das Investmentvermögen besteht, scheint unklar. Nach jüngerer Ansicht ist zwischen Leistungs- und Ersatzansprüchen zu differenzieren, wobei ein Urteil nur im ersteren Fall den Fondsmanager im Verhältnis zu anderen Anlegern bindet. Wenn es um Ersatzansprüche ginge, solle hingegen (nur) ein Klagerecht des einzelnen Anlegers auf Leistung an sich selbst bestehen. Schließlich handle es sich gerade um teilbare Geldleistungen.¹⁴⁶

Vor diesem Hintergrund bestehen erhebliche Zweifel, ob dem geschädigten Anleger mittels Naturalrestitution ein Ausgleich verschafft werden kann. Selbst wenn man zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, scheint Naturalersatz nur ausnahmsweise bei andauernder Verletzung von Negativ-Kriterien oder ähnlichem denkbar. Es wäre hingegen unmöglich, wenn der *Sin Stock* aufgrund mittlerweile erfolgter Umschichtung bei aktiv verwalteten Fonds verkauft wurde.¹⁴⁷ In anderen Szenarien (z. B. bei pflichtwidriger Stimmrechtsausübung) scheidet Naturalrestitution von vornherein aus.

b) Geldersatz für immaterielle Anlegerschäden

Während ideelle Schäden im österreichischen Schadenersatzrecht im Fall der Naturalherstellung grds. in gleicher Weise zu ersetzen sind wie

143 Schon *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. (Berlin/New York 1981) Rn 2437; auch *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 213 ff mwN.

144 Siehe die Einschätzungen von *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft (Fn 17) Rn 251 bei Fn 9 und *Engert*, Fondsverwalter (Fn 119) 178 bei Fn 30 jeweils mwN. Vgl auch *Kloyer/Seidenschwann* (Fn 21) § 162 Rn 25, 48; *Ammon/Izzo-Wagner* (Fn 29) § 162 Rn 25.

145 Ausdrücklich *Hopt* in Baumbach/Hopt (Hg), HGB, 40. Aufl. (München 2021) (7) Bankgeschäfte Rn X/1.

146 Vgl *Zetzsche*, Prinzipien (Fn 78) 797 f, der ersteres mit der Gleichbehandlungspflicht begründet.

147 Dazu allg. *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft (Fn 17) Rn 22.

Vermögensschäden,¹⁴⁸ ist dies im Fall von Geldersatz nicht so.¹⁴⁹ Die Judikatur spricht nach restriktiver Rechtsprechung grds. nur in den ausdrücklich gesetzlich anerkannten Fällen einen Ersatz zu,¹⁵⁰ wenngleich zumindest ein Teil der Lehre ideelle Schäden bei grobem Verschulden ersetzen möchte.¹⁵¹ Bei Annahme einer Vertragsverletzung sind wenigstens die Voraussetzungen des § 1331 ABGB für den Ersatz des immateriellen Schadens bei Sachbeschädigung entsprechend anzuwenden.¹⁵² Ein Ersatz wäre danach nur bei qualifiziertem Verschulden zu bejahen. Für den Fall, dass die zu erbringende Leistung selbst ideellen Wert oder den Zweck hatte, immaterielle Interessen zu fördern, wird ein Schadenersatz immerhin bei grobem Verschulden angenommen.¹⁵³ Unter der Prämisse, dass die Förderung ideeller Interessen bei ESG-Fonds der (überwiegende) Vertragszweck ist, könnte in Österreich demnach bei grob nachhaltigkeitswidriger Anlage ein Geldersatz zustehen.¹⁵⁴

Im deutschen Recht ist die Chance einer allfälligen Geldentschädigung geringer, weil dies gem. § 253 Abs. 1 BGB nur in den gesetzlich bestimmten Fällen gefordert werden kann.¹⁵⁵ Da eine solche Rechtsgrundlage für immaterielle Anlegerschäden nicht vorhanden ist,¹⁵⁶ wäre ein Ersatz nur zu bejahen, wenn man die Missachtung von Klimaschutz bzw. Nachhaltigkeitspräferenzen als eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ansieht.¹⁵⁷ Während eine Analyse von § 823 Abs. 1 BGB hier außen vor bleiben soll,¹⁵⁸ wäre nach österreichischem Recht wohl keine entsprechende Anerkennung als neuer ge-

148 Näher *Koziol*, HPR I (Fn 131) Rn B/1/135 und Rn D/1/21 mwN.

149 *Koziol*, HPR I (Fn 131) Rn D/3; *Karner* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger* (Hg), ABGB, 6. Aufl. (2020 Wien) § 1293 Rn 1 f.

150 Statt aller *Karner* (Fn 149) § 1293 Rn 2.

151 Zum Diskussionsstand *Rabl/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. (Wien 2017) Rn 13/57.

152 *Koziol*, HPR I (Fn 131) Rn D/3/32; *Danzl*, in *Koziol et al.* (Hg), ABGB (Fn 149) § 1331 Rn 3.

153 *Koziol*, HPR I (Fn 131) Rn D/3/32.

154 Weitere Fragen ergeben sich freilich, wie dies in Geld auszudrücken wäre.

155 Allg. *Schubert*, Wiedergutmachung (Fn 134) 11.

156 Vgl. *Gietzelt*, Investment (Fn 20) 212.

157 Offenlassend *Bueren*, Finance (Fn 14) 853.

158 Vgl. für das gegenwärtige Verständnis z. B. *Weller/Tran*, Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, ZEuP 2021, 573 (597 f)

schützter Persönlichkeitsbereich auf Basis von § 16 ABGB¹⁵⁹ anzunehmen – auch im Lichte von § 1331 ABGB. Nicht anderes gilt für die Überlegung einer ergänzenden Auslegung des Investmentvertrages,¹⁶⁰ die zumindest in Österreich an der Annahme einer Vertragslücke wie auch fehlendem entsprechenden hypothetischen Willen der KVG scheitern wird. Realistisch scheint vielmehr, dass sich ein Fondsmanager die Übernahme des Risikos eines Immaterialschadens gesondert vergüten lassen würde.

III. Weitere Hindernisse bei der Rechtsdurchsetzung

Eine Inanspruchnahme des Fondsverwalters bei nachhaltigkeitswidriger Kapitalanlage wird noch durch die problematische Aufdeckung von Vertrags- bzw. Pflichtverletzungen aufgrund unpräziser Rechnungslegung erschwert.¹⁶¹ Deshalb findet eine Geltendmachung von Ersatzansprüchen auch heute nur sehr begrenzt statt.¹⁶² Ob dieser Befund teilweise erträglicher wird, weil eine Disziplinierung durch den Markt erfolgt,¹⁶³ scheint im hier interessierenden Zusammenhang jedoch zweifelhaft. Anders als bei gewöhnlichen Fonds, wo ein Kunde letztlich auf die (nicht) erzielte Rendite reagieren wird, kann ein Anleger die Missachtung seiner nichtfinanziellen Interessen noch weniger nachvollziehen und gegebenenfalls mit Vertragsbeendigung darauf reagieren.

159 Allg. dazu *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II, 3. Aufl. (Wien 2018) Rn A/2/16 ff.

160 Dies erwägend *Bueren*, Finance (Fn 14) 853, der noch einen mögl. Schadenersatz aufgrund des *effet utile* anspricht, aber überzeugend verneint.

161 Vgl *Köndgen/Schmies*, Investmentgeschäft (Fn 17) Rn 247; *Kalss et al.*, KMR (Fn 17) Rn 287; *Zetzsche*, Prinzipien (Fn 78) 805.

162 Evtl. hilft künftig die Berichterstattung gem. SFDR, die aber noch nicht beschlossen ist (s. Fn 66).

163 Zur herkömmlichen Fondsverwaltung *Engert*, Fondsverwalter (Fn 119) 180 f, der freilich betont, dass auch diese Kontrolle unvollkommen ist.

D. Schlussbemerkung und Hauptergebnisse

- I. Lange zeichnete sich das Kapitalanlagerecht durch den Dualismus von Funktions- und Anlegerschutz aus.¹⁶⁴ Die verschiedenen *Sustainable Finance*-Maßnahmen können grds. zu Recht als Paradigmenwechsel angesehen werden,¹⁶⁵ weil damit exogene Regelungsziele Eingang in die Kapitalmarktgesetzgebung finden.¹⁶⁶
- II. Aufgrund des *EU Sustainable Finance April Package* ist im Bereich der kollektiven Kapitalanlage i. d. S. künftig grundsätzlich ein „Gebot der nachhaltigen Kapitalanlage“ und zum Teil sogar ein „Gebot zum Investment Stewardship“ anzunehmen, wobei die „Macht“ von Fondsmanagern bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeit – sowohl *de lege lata* als auch *de ferenda* – in ihren gesellschaftsrechtlichen, vertraglichen sowie faktischen Handlungsmöglichkeiten weit reicht.
- III. Die Integration von Nachhaltigkeit kann zu einem Spannungsverhältnis mit der fiduziarischen Verantwortung gegenüber den Endanlegern führen, sofern die Erreichung des Klimaschutzes nicht mit dem Ziel des Anlegerschutzes korrespondiert.¹⁶⁷ Bei langfristiger Betrachtung kann m. E. aber auch hier ein Gleichklang mit der Interessenwahrungspflicht hergestellt werden.
- IV. Aus privatrechtlicher Sicht ist der konstatierte Umschwung trotzdem teilweise zu relativieren, weil nicht alle tradierten Anlegerschutzmechanismen zur Förderung des Klimaschutzes beitragen können. Insbesondere ist ein Schadensersatzanspruch bei Verletzung nachhaltigkeitsbezogener Interessen aufgrund unbefriedigender Ersatzmöglichkeit nichtfinanzieller Anlegerschäden noch eingeschränkter möglich als schon bisher.

164 Vgl. illustrativ z. B. *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 11. Aufl. (Heidelberg 2020) Rn 6; ausf. *Zetzsche*, Prinzipien (Fn 78) 315 ff.

165 So zum Aktionsplan *Köndgen*, *Finance* (Fn 18) 688; vgl. auch *Bueren*, *Finance* (Fn 14) 856; zum Pariser Abkommen *Veil*, Nachhaltigkeitsförderung durch Finanzmarktrecht, in *Burgi/Möslein* (Hg), *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften* (Tübingen 2021) 319 (320).

166 *Köndgen*, *Finance* (Fn 18) 688.

167 Vgl. auch schon in anderem Zusammenhang *Veil*, Nachhaltigkeitsförderung (Fn 165) 341 f.

Die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen

MMag. Dr. Mathias Walch, LL.M. (Yale), Universität Innsbruck

A. Einführung

Der Beitrag versucht wiederzugeben, was ich bei meinem Vortrag auf der GJZ-Tagung gesagt haben könnte.¹ Demnach wird der Vortragscharakter so weit wie möglich beibehalten.² Für den Leser und die Leserin, die nicht an der Tagung teilnahmen, muss vorab darauf hingewiesen werden, dass Vortrag und Beitrag weder das Ziel noch den Anspruch verfolgen, ein auszisiertes System der Gefälligkeitsverhältnisse zu präsentieren. Ein Unterfangen, das angesichts der beschränkten Redezeit und nunmehr einer Zeichenbegrenzung ohnedies ein untauglicher Versuch wäre. Stattdessen stellt der Beitrag einige Überlegungen an, die den Ausgangspunkt für weitere Gedanken bilden können.

B. Was sind Gefälligkeitsverhältnisse?

Die meisten Leser werden eine ungefähre oder sogar eine konkrete Vorstellung von Gefälligkeitsverhältnissen haben. Zu denken ist etwa an die nette Nachbarin, die während der urlaubsbedingten Abwesenheit den Rasen wässert;³ an den WG-Mitbewohner, dem ein Wellensittich während der Studienreise übergeben wird;⁴ an die Anhalterin, die mit

1 Als kleine Reminiszenz an den Tagungsbeitrag *Oberhammer*, Einstweiliger Rechtsschutz zur Durchsetzung syndikatsvertraglicher Stimmpflichten, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hg), *Die Verbandsverfassung* (Wien 2013) 63 (63).

2 Auch die Nachweise werden auf das Notwendige beschränkt.

3 BGH NJW-RR 2017, 272; vgl *Leenen/Häublein*, BGB Allgemeiner Teil³ (Berlin 2021) § 4 Rn 51 (Blumen gießen); krit., aber m.E. etwas lebensfern, *Witschen*, Haftung und Versicherung bei Gefälligkeiten, AcP 219 (2019), 300 (305 f).

4 Vgl *Bieder* in Staudinger, BGB (Berlin 2020) § 688 Rn 1.

dem PKW einige Kilometer kostenlos mitgenommen wird⁵ oder an die gemeinsame Kletterpartie unter Freunden in den Tiroler Bergen. Ganz allgemein kann man bei einem Gefälligkeitsverhältnis von einer Beziehung sprechen, die auf sozialem Kontakt beruht und sich von einem Schuldverhältnis vor allem durch die fehlende rechtliche Verbindlichkeit unterscheidet.⁶

Der Begriff des Gefälligkeitsverhältnisses ist allerdings ein „false friend“, weil er in unpräziser Weise mit Handeln aus Gefälligkeit i.S. von altruistischem, selbstlosem und freigiebigem Handeln assoziiert wird. Für die Gefälligkeitsverträge (Schenkung; Leihe; Verwahrung) trifft dieses Verständnis zu, weil die leistende Person unentgeltlich handelt.⁷ Auch bei Gefälligkeitsverhältnissen wird praktisch ganz häufig altruistisch gehandelt. Jedoch ist altruistisches Handeln keine unbedingte Voraussetzung eines Gefälligkeitsverhältnisses und das Gefälligkeitsverhältnis wird demnach auch nicht dadurch definiert.⁸

Charakteristisches Wesensmerkmal des Gefälligkeitsverhältnisses ist vielmehr, dass die Parteien zwar eine Vereinbarung treffen, es ihnen aber an einem Rechtsbindungswillen mangelt,⁹ sodass es sich nur um eine tatsächliche Willensübereinstimmung handelt, die rechtlich nicht verpflichtend ist.¹⁰ Um es „dogmatisch“ auszudrücken: Aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens geben die Parteien keine Willenserklärungen ab,¹¹ sodass der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts (Vertrags)

5 Vgl. zur Gefälligkeitsfahrt BGH NJW 1992, 498; BGH NJW 1968, 1874; ebenfalls BGHZ 206, 254, auf die noch zurückzukommen ist; wenig überzeugend BGHZ 46, 313.

6 Vgl. *Bachmann* in Säger/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II⁹ (München 2022) § 241 Rn 232.

7 *Olzen* in Staudinger, BGB (Berlin 2019) § 241 Rn 71; *Kolbitsch*, Die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis (Wien 2020) 10; der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, dass altruistisches nicht unbedingt mit unentgeltlichem Handeln gleichzusetzen ist.

8 Siehe dazu noch unten bei und in Fn 27.

9 Siehe nur BGHZ 21, 102; *Sutschet* in Hau/Poseck, BeckOK BGB⁶⁰ (München 2021) § 241 Rn 18; *Häublein* in Säger/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V⁸ (München 2020) Vor § 535 Rn 18; *Mansel* in Stürner (Hg), Jauernig, BGB¹⁸ (München 2021) § 214 Rn 24.

10 *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 71; *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 9.

11 *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 5 Rn 12.

von vornherein nicht erfüllt ist.¹² Mangels eines Rechtsgeschäfts entsteht kein (rechtsgeschäftliches) Schuldverhältnis und demnach auch keine schuldrechtlichen Ansprüche.¹³

Ob ein Rechtsbindungswille vorliegt, ist mittels Auslegung der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln. Der BGH stellt nicht auf den – nicht in Erscheinung getretenen – inneren Willen des Leistenden ab, sondern darauf, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen schließen durfte.¹⁴ Kriterien sind nach der Rechtsprechung etwa die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, sowie die Umstände, unter denen sie erwiesen wird.¹⁵ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.¹⁶ Zu ergänzen ist allerdings, dass bei engen persönlichen Beziehungen tendenziell eher von einem fehlenden Rechtsbindungswillen auszugehen ist.¹⁷ Selbst wenn größere Vermögenswerte auf dem Spiel stehen, wäre die Annahme eines Rechtsbindungswillens bei einer engen Bindung häufig eine reine Fiktion. Prüfstein für den Rechtsbindungswillen ist die (hypothetische) Frage, ob die Parteien davon ausgingen, dass die versprochene Leistung notfalls gerichtlich erzwingbar sein soll – und diese Frage muss häufig verneint werden. Präziser geht es eigentlich darum, ob die Vereinbarung rechtlich verbindlich sein soll,¹⁸ sodass die

12 Vgl. *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 8 Rn 22 zur Offerte und allgemein zur Willenserklärung als Tatbestand des Rechtsgeschäfts in § 7 Rn 1.

13 Deutlich z.B. *Krebs* in Dauner-Lieb/Langen (Hg), BGB⁴ (Baden-Baden 2021) § 241 Rn 12: Das Gefälligkeitsverhältnis ist kein Schuldverhältnis i. S. von § 241 Abs. 1 BGB; *Schmidt* in Staudinger, BGB (Berlin 1995) Einl. §§ 241 ff Rn 218.

14 StRsp; grundlegend bereits BGHZ 21, 102; ferner z.B. BGH NJW 2012, 3366.

15 Ausführlich *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 83 ff.

16 Strenger *Schäfer* in Säcker/ Rixecker/ Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI⁸ (München 2020) § 662 Rn 27.

17 So auch *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 242; vgl. OLG Köln BeckRS 2017, 117614 (wobei näher zu prüfen wäre, ob nicht auch beim Gefälligkeitsverhältnis ein Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch besteht); OLG Schleswig BeckRS 2014, 12054; einschränkend *Riesenhuber* in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hg), beck-online.Großkommentar Zivilrecht (München 2021) § 662 Rn 56 ff (schwaches Indiz).

18 *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 5 Rn 14; denn einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung kann auch die Klagbarkeit genommen werden (vgl. Fn 30). Zu kurz greift es, nur von einer verbindlichen Vereinbarung zu sprechen, weil es sich auch

gerichtliche Erzwingbarkeit genau genommen nur ein Indiz ist. Praktisch stellt sich überdies das Problem, dass auch Gefälligkeitsverträgen wie der Schenkung regelmäßig die Klagbarkeit fehlt,¹⁹ sodass dieses Indiz für sich nicht ausreichend ist²⁰ und weitere Umstände hinzugezogen werden müssen.²¹

Gerade im Bereich der Familie, der Lebensgemeinschaften und der engen Freundschaften dürften Gefälligkeitsverhältnisse praktisch überall verbreitet sein.²² Vor Gericht spielen sie vor allem deshalb eine geringe Rolle, weil sich die Sanktionen im sozialen Bereich abspielen und häufig aufgrund der fehlenden Klagbarkeit nicht einmal gerichtlich geltend gemacht werden können. Wer z.B. wiederholt unentschuldig nicht zu einer vereinbarten Klettertour oder einem Abendessen erscheint, wird im Freundeskreis als unzuverlässig gebrandmarkt, aber nicht geklagt.

C. Anwendungsbereich von Gefälligkeitsverhältnissen

Nähert man sich Gefälligkeitsverhältnissen, stellt sich zunächst die Frage, ob es einen privaten Bereich gibt, der nicht mittels eines Vertrags, sondern nur durch Gefälligkeitsvereinbarungen geregelt werden kann. Vor allem im älteren Schrifttum finden sich Stimmen, welche die Frage eindeutig bejahen.²³ Solch einen privaten Bereich mag es vielleicht

um eine soziale Gebundenheit handeln kann, d.h. die Leistung nicht ins Belieben der versprechenden Partei gestellt wird, sondern diese gebunden sein soll, aber eben nicht rechtlich.

19 Vgl. eindrücklich, aber m.E. mit zu weitgehenden Folgerungen, *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge und Gefälligkeitsverhältnisse – Die Perspektive des Haftungsrechts, *VersR* 2018, 769 (781 f.).

20 BGHZ 21, 102; vgl. auch *Schäfer* (Fn 16) § 662 Rn 24.

21 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rz 241; die Abgrenzungsprobleme relativieren sich, weil sich – den deliktischen Bereich ausgeklammert – die Rechtsfolgen insoweit nicht wesentlich unterscheiden, als die Leistung eben nicht gerichtlich erzwungen werden kann (darauf hinweisend *Flume*, Das Rechtsgeschäft [Berlin 1965] 84).

22 Vgl. NJW 1992, 498; *Riesenhuber* (Fn 17) § 662 Rn 56.

23 *Von Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1 (München 1914) 144 in Fn 5, 170 und 181 f.; *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn 21) 82 ff.; krit. dazu statt vieler *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 80.

geben (zum höchstpersönlichen Bereich siehe sogleich).²⁴ So erscheint es bspw. in der Tat absurd, eine Freundschaft vertraglich zu verankern. Der Bereich wird aber klein sein. Um im Beispiel der Freundschaft zu bleiben, muss es zulässig sein, Tätigkeiten zum Gegenstand eines Vertrags zu machen, die eigentlich Ausfluss einer Freundschaft wären: Eine Vereinbarung zum Mittagessen wird meist reinen Gefälligkeitscharakter haben und zwar selbst bei nicht befreundeten Geschäftspartnern, die beim Mittagessen Geschäftliches besprechen wollen. Wer nicht erscheint, setzt sich keinen rechtlichen Sanktionen aus. Legt aber z.B. jemand Wert darauf, von der sogenannten High Society bei einem „freundschaftlichen“ gemeinsamen Mittagessen mit einem Opernstar im Rahmen der Salzburger Osterfestspiele gesehen zu werden, kann er mit ihr ohne weiteres einen Vertrag über ein Mittagessen vereinbaren. Ebenso kann ein österreichischer Bauunternehmer, der jährlich zum Wiener Opernball einen Stargast einlädt, die Vereinbarung einer vertraglichen Regelung mit Rechten (Entgelt) und Pflichten (Anwesenheit zumindest bis zur Mitternachtseinlage des Balls) zuführen.

Selbstredend gibt es einen höchstpersönlichen Bereich, der einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich sein soll,²⁵ vor allem weil die rechtlichen Sanktionen nicht gewollt sind. Zu denken ist an die Vereinbarung, im Rahmen einer Lebensgemeinschaft die Empfängnisverhütung sicherzustellen.²⁶ Soweit mit Gefälligkeitsverhältnissen ohnedies keine Rechtsfolgen verbunden sind (Pkt. E.), erscheinen Gefälligkeitsvereinbarungen insoweit weniger bedenklich, doch könnte es auch für diese Grenzen geben.

Die „spiegelverkehrte“ Frage lautet, ob jene Sachverhalte, die gemeinhin mittels eines Vertrags geregelt werden, alternativ durch Gefälligkeitsverhältnisse geregelt werden können. Ausgehend von der (auch) hier gefundenen Definition ist die Frage eindeutig zu bejahen. Treffen die Parteien eine Vereinbarung ohne Rechtsbindungswillen, liegt zwar

24 Weniger vorsichtig als hier *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 238: „Es gibt deshalb auch keine Lebensbereiche, die als Gegenstand einer rechtlichen Vereinbarung von vornherein ausscheiden.“; damit soll nicht dem sogenannten objektiven Ansatz (siehe nur *Schmidt* [Fn 13], Einl. §§ 241 ff Rn 227) das Wort geredet werden, der sich zurecht gegenüber dem subjektiven Ansatz (Abstellen auf den Rechtsbindungswillen) nicht durchgesetzt hat. Er könnte aber einen wahren Kern beinhalten.

25 Vgl insoweit *von Thur*, AT II/1 (Fn 23) 182.

26 BGHZ 97, 372; *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 5 Rn 14 f.

eine Vereinbarung, aber eben kein Vertrag vor. Wird eine Gegenleistung vereinbart, ist dies ein deutliches Indiz für einen Rechtsbindungswillen.²⁷ Steht aber fest, dass kein Rechtsbindungswille vorhanden ist, weil dies z.B. explizit klargestellt wird, handelt es sich um ein Gefälligkeitsverhältnis.²⁸ Beispiel: A wässert den Rasen seines Nachbarn B; „im Gegenzug“ leert B regelmäßig den Briefkasten von A, während dieser zur Kur weilt, um keine Einbrecher durch den überfüllten Briefkasten anzulocken. Steht fest, dass A und B keinen Vertrag wollen, handelt es sich um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis.²⁹ Praktisch relevant sind vor allem *gentlemen's agreements*, bei denen es den Parteien von vornherein an einem Rechtsbindungswillen fehlt, wenn und weil sie sich nur durch ein Ehrenwort verpflichten, und die daher ein Gefälligkeitsverhältnis bilden.³⁰

Die Grenzen einer Regelung durch Gefälligkeitsverhältnisse liegen dort, wo zwingendes Recht in unzulässiger Weise „umgangen“ werden

27 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 240: „*Entgeltlichkeit* indiziert den Rechtsbindungswillen“; *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 770 u. 781; vgl dazu auch i.Z. mit der Consideration *Barnett*, A Consent Theory of Contract, *Columbia Law Review* 86 (1986) 269 (313); *Whittier*, *The Restatement of Contracts and Consideration*, *California Law Review* 18 (1930) 611 (613); geringfügige Gegenleistungen können außer Acht gelassen werden (so *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge [Fn 19] 185) bzw. – präziser – sind kein oder nur ein schwaches Indiz, wobei es sich auch hier um eine Auslegungsfrage handelt (*Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis [Fn 7] 16).

28 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 237: „*Andererseits kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass dieser Wille entscheidend sein muss, wenn er klar zutage getreten ist*“; vgl *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 13; a.A. *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 18 (wobei *gentlemen's agreements* zulässig sein sollen); *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 72; zu weit daher z.B. BGHZ 21, 102: „*Eine Gefälligkeit setzt begriffsnotwendig die Unentgeltlichkeit der Leistung voraus*“.

29 Vgl auch *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 232.

30 Vgl *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (Wien 2009) 128; *Walch*, Sorgfalt und Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, *Spektrum der Rechtswissenschaft* 2014, 153 (156); *Schmidt* (Fn 13) Einl. §§ 241 ff Rn 239; davon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, bei denen ein Schuldverhältnis intendiert ist, jedoch die Klagbarkeit ausgeschlossen sein soll (*Olzen* [Fn 7] § 241 Rn 90). Dogmatisch ist solch ein *pactum de non petendo* etwas völlig anderes als ein Gefälligkeitsverhältnis, weil dort der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts erfüllt ist, jedoch eine Rechtsfolge (Klagbarkeit) modifiziert werden soll (ob, wann und inwieweit dies zulässig ist, sind andere Fragen), während beim Gefälligkeitsverhältnis der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts von vornherein nicht erfüllt ist.

soll. Aus meiner Sicht ist es unproblematisch,³¹ wenn der Häuslbauer A mit dem ebenfalls hausbauenden B vereinbart, dass im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses A die Badinstallationen beim Haus von B vornimmt, während sich B um die Elektronik im Haus von A kümmert. In Österreich – zumindest in Tirol – wurden in der Nachkriegszeit ganze Siedlungen auf solch einer Gefälligkeitsbasis errichtet. Dagegen kann ein Arbeitgeber nicht einfach zwingende Arbeitsrechtsvorschriften umgehen, indem seine Arbeitnehmer rechtlich nur noch auf Gefälligkeitsbasis für ihn arbeiten. Ebenso kann ein Online-Händler selbstredend keine Verbraucherschutzvorschriften umgehen, indem er nur noch (gegen Vorkassa) auf Gefälligkeitsbasis ausliefert.

D. Zurückhaltung des Gesetzgebers bei Gefälligkeitsverhältnissen?

Durchaus berechtigt ist die Frage, ob sich der Gesetzgeber beim privaten Bereich, der gemeinhin durch Gefälligkeitsverhältnisse geregelt wird, zurückhalten soll. Damit ist die „Verrechtlichung“ des privaten Bereichs angesprochen. Entstehung, Abwicklung und Sanktionierung könnten ausschließlich dem sozialen Bereich überlassen werden.

Aus rechtsvergleichender Sicht ist das Consideration Requirement des Common Law bemerkenswert (vgl. etwa Sec. 71 of the Second Restatement of Contracts in den USA).³² Stark vereinfacht geht es darum, dass ein (vertragliches) Versprechen nur³³ dann rechtlich durchsetzbar ist, wenn es mit einer Gegenleistung verbunden ist. Damit fehlt Schenkungsversprechen im Grundsatz die Klagbarkeit. Das Consideration Requirement ist historisch gewachsen.³⁴ Jedoch wird bis heute daran festgehalten und versucht, diesem sinnvolle Normzwecke zuzuschreiben.³⁵ Das Consideration Requirement kann etwa so verstanden wer-

31 Die steuerrechtliche Seite bleibt ausgeklammert.

32 Auf diese Parallele hinweisend, aber mit etwas anderer Stoßrichtung, *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 770.

33 Ein Versprechen kann auch dann durchsetzbar sein, wenn es „under seal“ abgegeben wird, wobei es sich allerdings um eine altmodische Erscheinung handelt. Diese kann in diesem Rahmen ausgeklammert bleiben.

34 Vgl zur historischen Entwicklung Court of Appeals of the State of New York 24.2.1981, 52 N.Y.2d 291 (N.Y. 1981) – *Holt v. Feigenbaum*.

35 Vgl z.B. *Fuller*, Consideration and Form, Columbia Law Review 41 (1941) 799.

den, dass es Gerichtskosten für die Allgemeinheit vermeiden will.³⁶ Wären Schenkungsversprechen klagbar, müssten nämlich auch flankierende Regelungen geschaffen werden, welche die Widerrufbarkeit bei grobem Undank oder bei Bedürftigkeit des Schenkers ermöglichten (vgl. für Deutschland § 528 BGB und § 530 BGB). Für das Gericht und die Parteien könnte es mühsam sein, zu eruieren, ob die Voraussetzungen für den Widerruf vorlägen. Das Consideration Requirement verhindert dies – zumindest bei noch nicht erfüllten Schenkungsversprechen – weil diese Versprechen von vornherein nicht klagbar sind und bei Undank oder Bedürftigkeit eben nicht erfüllt werden.

Das Beispiel der Consideration zeigt ganz allgemein, dass der Staat bestimmten Versprechen oder Vereinbarungen die Durchsetzbarkeit deshalb verweigern kann, weil er eine rechtliche Flankierung nicht als notwendig erachtet. Konkret zu Gefälligkeitsverhältnissen in Deutschland vertrat bspw. *von Thur*:

„Dabei ist nicht an Zusagen zu denken, welche vermöge ihres Inhaltes außerhalb des Rechtsgebietes liegen, z. B. Einladungen zum Mittagessen, Zusagen der Mitwirkung bei einer Liebhaberaufführung usw. Solche Versprechungen würden, auch wenn sie rechtlich verbindlich gemeint wären, der Rechtswirkung ermangeln, weil die versprochene Handlung nicht geeignet ist, Gegenstand eines Rechtsverhältnisses zu sein, oder, wie man auch sagen kann, weil das Interesse des Gläubigers keinen rechtlichen Schutz [!] verdient.“³⁷

Diese Ansicht hat sich jedoch zurecht nicht durchgesetzt. Auch wird sich für den deutschen Rechtskreis schwerlich ein Prinzip etablieren lassen, wonach aus Kostengründen altruistische Vereinbarungen keinen Schutz durch die Rechtsordnung erfahren sollen. Zwar ist ein Beschenkter (Geschenkenehmer) in einer schwächeren Position als ein gewöhnlicher Gläubiger.³⁸ Das Schenkungsversprechen ist aber – wenn die Form eingehalten wird (§ 518 BGB) –³⁹ rechtlich durchsetzbar. Ebenso ist niemand gehindert, Kleinstbeträge einzuklagen, selbst wenn

36 Vgl, auch unter Bezugnahme auf die abweichende deutsche Regelung *Eisenberg*, *Principles of Consideration*, *Cornell Law Review* 67 (1982) 640 (659 ff).

37 *Von Thur*, AT II/1 (Fn 23) 170.

38 Vgl ausführlich *Grigoleit*, *Unentgeltliche Verträge* (Fn 19) 770.

39 Primärer Normzweck ist der Übereilungsschutz, siehe nur *Koch* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV*⁸ (München 2019) § 518 Rn 1.

dies ökonomisch nicht sinnvoll ist und die Gerichte mit unverhältnismäßigen Kosten belastet. Demnach überzeugt das Argument, wonach sich der Gesetzgeber bei Gefälligkeitsverhältnissen zurückhalten soll, um Kosten zu sparen, im deutschen Rechtskreis jedenfalls nicht.

Immerhin könnte sich der Gesetzgeber auf den Standpunkt stellen, dass sich die Parteien privatautonom für ein außerrechtliches Regelungsregime entschieden haben, indem sie gerade keinen Vertrag schlossen. Wenn nun eine Partei später den Schutz des Rechts sucht, könnte sie darauf verwiesen werden, dass sie den Schutz eben in außerrechtlichen Sanktionen (z.B. sozialer Ächtung) finden muss. Dies greift aber zu kurz. Der Gesetzgeber kann und soll solchen Vereinbarungen die Klagbarkeit versagen, d.h. er soll die Einziehung der versprochenen Leistung nicht sicherstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass sich der Gesetzgeber völlig heraushält, was sich daran zeigt, dass z.B. auch Schadenersatzrecht oder Bereicherungsrecht greifen kann. Weitergehende Regelungen zur vermögensrechtlichen Seite von Gefälligkeitsverhältnissen, wie sie hier vorgeschlagen werden (Pkt. F.), sind demnach wertungsmäßig kein Systembruch.

E. Vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen

Rechtsprechung und Schrifttum beschäftigen sich in der Regel mit der deliktischen Seite von Gefälligkeitsverhältnissen.⁴⁰ Kommt jemand im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses zu Schaden, stellt sich die Frage, ob die daraus resultierenden Schadenersatzansprüche als *ex contractu* oder *ex delicto* zu qualifizieren sind. Zu denken ist etwa an den netten Nachbarn, der den Rasen während urlaubsbedingter Abwesenheit aus Gefälligkeit wässert und versehentlich einen Wasserschaden im Keller verursacht, weil er den Gartenschlauch nicht richtig zudreht.⁴¹ Fraglich ist insbesondere, ob das Gefälligkeitsverhältnis – ähnlich der *culpa*

40 Ausführlich z.B. *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 247 ff; *Wagner* in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁸ (München 2020) Vor § 823 Rn 93 ff; aus Österreich, aber auch für Deutschland lesenswert *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7); vgl auch *Kerschner*, Kolbitsch, Lena: Die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, *Juristische Blätter* 2021, 482 (Rezension).

41 BGH NJW-RR 2017, 272.

in *contrahendo* – ein (gesetzliches) Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten bildet (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB i. V. mit § 241 Abs. 2 BGB).⁴² Die deliktische Seite von Gefälligkeitsverhältnissen wurde – auch vom Verfasser –⁴³ bereits wiederholt ausführlich behandelt und soll daher in diesem Beitrag ausgeklammert bleiben.⁴⁴

Völlig klar ist, dass der Partner eines Gefälligkeitsverhältnisses keine Einziehungsbefugnis in dem Sinn hat, dass er die versprochene Leistung gerichtlich einklagen kann.⁴⁵ Die Leistung erfolgt aus rechtlicher Sicht freiwillig. Wer einem anderen verspricht, mit diesem am Wochenende eine Bergtour zu unternehmen, und es sich dann anders überlegt, ist an sein Versprechen nicht gebunden. Der Grund hierfür liegt nicht in einem Übereilungsschutz. Auch nicht im allgemeinen Prinzip der schwachen Position eines Gläubigers, der unentgeltlich eine Leistung erhält,⁴⁶ was sich schon daran zeigt, dass Gefälligkeitsverhältnisse (nach hier vertretener Ansicht) nicht unentgeltlich sein müssen. Vielmehr liegt der Grund schlicht darin, dass das Gefälligkeitsversprechen im Unterschied zu einer Willenserklärung keine rechtliche Bindungswirkung erzeugt. Um es wiederum etwas „dogmatischer“ auszudrücken: Ein Rechtsgeschäft zeitigt Rechtswirkungen wie die (gerichtliche) Einziehbarkeit, weil das Rechtsgeschäft erstens von den Parteien gewollt ist und zweitens die Rechtsordnung diese Rechtswirkungen anerkennt.⁴⁷ Bei einem Gefälligkeitsverhältnis ist die Rechtswirkung einer Einziehbarkeit weder von den Parteien intendiert noch – weil nicht in die Form eines Schuldverhältnisses gegossen – von der Rechtsordnung anerkannt.

Im Ergebnis geklärt ist auch, dass die einmal erbrachte Leistung aus Gefälligkeit nicht mehr ohne weiteres bereicherungsrechtlich zurück-

42 Vgl. *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 247 ff; *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 306 f.

43 *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 153.

44 Siehe die Nachweise in Fn 40.

45 *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 12.

46 Siehe Fn 38.

47 Vgl. bereits die „Definition“ des Rechtsgeschäfts in: *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich* (Berlin 1888) 126; ferner *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn 21), 2; *von Thur*, AT II/1 (Fn 23) 161; *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 303.

gefordert werden kann.⁴⁸ Wer einen Anhalter aus Gefälligkeit mitnimmt, kann nicht anschließend von diesem auf bereicherungsrechtlicher Grundlage ein „Beförderungsentgelt“ fordern. Nicht so klar ist hingegen, wie dies dogmatisch begründet wird.⁴⁹ Eine Ansicht setzt bei der bewussten Zahlung einer Nichtschuld an.⁵⁰ Die *condictio indebiti* nach § 814 BGB scheidet bekanntlich aus, wenn dem Leistenden bewusst war, dass keine Leistungspflicht bestand. Die sachliche Rechtfertigung für diesen Ausschluss ist in der Überlegung zu suchen, dass es sich um ein widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) handelt,⁵¹ das ganz allgemein keinen oder allenfalls nur einen geringen Schutz durch die Rechtsordnung verdient.⁵² Mit dieser Begründung wird man meist das gewünschte Ergebnis – Ausschluss eines Bereicherungsanspruchs – erreichen. Genau genommen spielt das Gefälligkeitsverhältnis bei dieser Begründung aber überhaupt keine Rolle. Es ändert nichts, ob eine Gefälligkeitsvereinbarung oder überhaupt keine Vereinbarung vorliegt, weil es allein auf das bewusste Erbringen der Leistung in Kenntnis des Nichtvorliegens einer Leistungspflicht ankommt. Problematisch wird dies, wenn das Gefälligkeitsverhältnis mit Wirkung *ex tunc* wegfällt (dazu noch kurz Pkt. I.). Ein – zugegeben etwas konstruiertes – Beispiel: Wanderer A will sich die Kosten für das Wandertaxi sparen und täuscht eine kleine Verletzung vor, um kostenlos vom vorbeikommenden B aus Gefälligkeit mitgenommen zu werden. B bemerkt die List später und ficht das Gefälligkeitsverhältnis wegen Arglist an – in diesem Rahmen unterstellt, dass dies zulässig ist. B erbrachte seine Leistung, obwohl er wusste, dass keine Leistungspflicht (und aufgrund der bloß kleinen Verletzung auch keine akute Hilfsbedürftigkeit) bestand, sodass eine *condictio indebiti* schwierig zu begründen ist.⁵³

48 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 233; *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 12; *Mansel* (Fn 9) § 214 Rn 25; *Schmidt* (Fn 13) Einl. §§ 241 ff Rn 218; *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 155.

49 Offenlassend z.B. *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 73 mwN zum Meinungsstand.

50 *Witschen*, Gefälligkeitsverhältnisse (Fn 3) 302 f m.w.N.; vgl auch *Walch*, Gefälligkeitsverhältnisse (Fn 30) 155; nunmehr *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 233.

51 BGHZ 73, 202; BGHZ 113, 98.

52 Vgl dazu z.B. auch *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Graz 1934, S. 11 („nicht schutzbedürftig“).

53 Bereicherungsrechtlich kann u.U. der Weg über die *condictio causa data, causa non secuta* gegangen werden. Der Kondiktionsausschluss nach § 814 BGB greift

Vorzugswürdig⁵⁴ ist ohnedies jene Ansicht, die im Gefälligkeitsverhältnis selbst einen ausreichenden Rechtsgrund erblickt, die Leistung zu behalten.⁵⁵ Hierfür spricht schon die allgemeine Überlegung, dass Rechtsprobleme am besten dort gelöst werden sollten, wo diese anfallen. Die Leistung wird aufgrund und mit Blick auf das Gefälligkeitsverhältnis erbracht, was m. E. schon deshalb dafür spricht, dass sich die Frage des Behaltendürfens der Leistung nach dem Gefälligkeitsverhältnis richten sollte.

Uneinigkeit besteht weiters darüber, wie dieser Rechtsgrund zu verstehen ist.⁵⁶ Nach einer Ansicht haben die Parteien bei einem Gefälligkeitsverhältnis zumindest insoweit einen Rechtsbindungswillen, als die einmal erbrachte Leistung behalten werden darf.⁵⁷ Man könnte demnach von einem „Schuldverhältnis light“ sprechen. Gedanklich müsste man hier von einem Verständnis des Gefälligkeitsverhältnisses als Schuldverhältnis ausgehen,⁵⁸ von dem aber zahlreiche Eigenschaften wie die Klagbarkeit abgeschnitten werden, sodass am Ende nur ein Torso (nämlich der Rechtsgrund zum Behaltendürfens der Leistung) übrig bleibt.⁵⁹ Dies würde dann für den viel diskutierten deliktischen Bereich die Frage aufwerfen, ob das „Schuldverhältnis light“ bereits ein ausreichender rechtsgeschäftlicher Kontakt wäre, um ein gesetzliches Schuld-

hier nicht; siehe BGHZ 111, 125; *Schwab* in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁸ (München 2020) § 814 Rn 4; vgl i.Z. mit dem Ende der Lebensgemeinschaft, auf die noch eingegangen wird (Pkt. H.), *Löhnig* in Staudinger, BGB (Berlin 2018) Anh. §§ 1297 ff Rn 114 und Rn 118.

54 Dies bedeutet nicht, dass die Lösung über die bewusste Zahlung einer Nichtschuld aufzugeben ist. Beide Ansichten können m.E. nebeneinander bestehen, solange klar ist, dass bei Wegfall des Gefälligkeitsverhältnisses eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung stattfinden kann.

55 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 233 (im Unterschied zur Voraufgabe aber auch alternativ § 814 BGB heranziehend); *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 23; vgl *Schmidt* (Fn 13) Einl. §§ 241 ff Rn 220.

56 Freimütig *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 233: „die Rechtsnatur dieser Rechtsgrundabrede ist ungeklärt“.

57 *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 781 m.w.N.; wohl auch *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn 21) 92.

58 Gegen ein Verständnis der Gefälligkeit als eigener Vertragstypus *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 304.

59 Für ein „rechtsgeschäftliche[s] Gefälligkeitsverhältnis“ *Riesenhuber* (Fn 17) § 662 Rn 56.5, allerdings nur unter Berufung auf BGHZ 21, 102.

verhältnis mit Schutzpflichten gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB zu begründen.⁶⁰

Indessen ist ein auf das Behaltendürfen der Leistung gerichteter Rechtsbindungswille für einen tauglichen Rechtsgrund nicht einmal erforderlich. Bereits eine tatsächliche Willensübereinstimmung kann ausreichend sein. Dies zeigt ein Blick auf die *condictio ob rem* (*condictio causa data, causa non secuta*), wo die tatsächliche Willensübereinstimmung über den mit der Leistung verfolgten Zweck einen ausreichenden Rechtsgrund bildet, die Leistung (einstweilen)⁶¹ zu behalten.⁶² Demnach ist es kein Systembruch, wenn auch das Gefälligkeitsverhältnis, das definitionsgemäß nicht auf einer Vereinbarung mit Rechtsbindungswille, sondern bloß auf einer tatsächlichen Willensübereinstimmung beruht, als tauglicher Rechtsgrund anerkannt wird.⁶³

60 Ablehnend *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 782 m.w.N.; ein gesetzliches Schuldverhältnis mit Schutzpflichten wäre bei Gefälligkeitsverhältnissen (zumindest wenn diese keinen rechtsgeschäftlichen Charakter haben, diese Kategorie ablehnend *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge [Fn 19] 782) auch nicht überzeugend; zur hier vertretenen Ansicht siehe (für Österreich) *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 153; vgl. auch *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 252 ff.; für eine Trennung der Frage der rechtlichen Qualifikation als Schuldverhältnis und dem Bestehen von Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) auch *Schäfer* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁸ (München 2020) § 705 Rn 17 (vgl. auch i.Z. mit der *GoA Bergmann* in *Staudinger*, BGB [Berlin 2020] Vor §§ 677 ff Rn 112).

61 Bei der *condictio ob rem* fällt dieser Zweck nachträglich weg.

62 BGHZ 197, 110; BGH NJW 2004, 512; BGH NJW 1984, 233; BGHZ 44, 321; *Stadler* in *Stürner* (Hg), *Jauernig*, BGB¹⁸ (München 2021) § 812 Rn 20; dazu krit. *Wendehorst* in *Hau/Poseck*, BeckOK BGB³⁹ (München 2021) § 812 Rn 93 („*dunkel erscheint die Rede von einer ‚tatsächlichen Willenseinigung‘*“); a.A. *Schwab* (Fn 53) § 812 Rn 469 ff m.w.N.; die Gegenansicht, welche die Rechtsgrundabrede als vertragliche Einigung deutet („*conventio ob rem*“), wird auch beim Gefälligkeitsverhältnis eine „vertragliche“ Rechtsgrundabrede fordern (und so tatsächlich *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge [Fn 19], 782); m.E. zeigt auch die bewusste Zahlung einer Nichtschuld, welche die *condictio indebiti* ausschließt, dass eine Leistung u.U. auch ohne vertragliche Rechtsgrundabrede behalten werden darf.

63 *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 38 ff.

F. „Abwicklung“ von Gefälligkeitsverhältnissen

Bislang wenig beleuchtet wurde, wie Gefälligkeitsverhältnisse „abzuwickeln“ sind. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass sich bei vielen Gefälligkeitsverhältnissen keine spezifischen Abwicklungsfragen stellen. Die Leistungserbringung selbst erfolgt freiwillig und wenn die Leistung dann erst einmal erbracht wurde, gibt es keine Leistungs-„Ansprüche“ mehr, die abzuwickeln wären. Allenfalls stellt sich die Frage einer bereicherungsrechtlichen *Rückabwicklung*, wenn das Gefälligkeitsverhältnis später – aus welchen Gründen auch immer – erlischt und daher keinen tauglichen Rechtsgrund zum Behalten der Leistung mehr bildet.

Es gibt aber auch Konstellationen, bei denen die Abwicklung relevant wird. Beispiel: A bittet B, bei der Lottoannahmestelle – in Österreich: Trafik –⁶⁴ einen Tipp mit seinen Glückszahlen aufzugeben, weil am Abend ein Jackpot ausgespielt wird und A keine Zeit hat, um den Tipp selbst aufzugeben.⁶⁵ Hierbei kann es sich um einen Auftrag handeln. Häufig wird aber ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis unter Kollegen vorliegen. Völlig klar ist, dass B keine Rechtspflicht trifft, den Tipp tatsächlich aufzugeben. Vergisst B darauf oder hat keine Lust, muss sie keinerlei rechtliche Sanktionen fürchten. Dies gilt selbst dann, wenn nach der Ziehung feststeht, dass der Tipp gewonnen hätte, weil A stets die gleichen Zahlen spielt. Die fehlende Rechtspflicht unterscheidet das Gefälligkeitsverhältnis gerade vom Auftrag als zivilrechtlichem Vertrag. Wird B aber im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses aktiv und gibt den Tipp auf, stellt sich die Frage nach der Abwicklung, d.h. ob sie den Lottoschein an A herausgeben muss und ob sie den Einsatz (ca. € 1,50)⁶⁶ als Aufwendungsersatz von A fordern kann. Um Missverständnisse zu vermeiden: Hierbei geht es nicht um eine *Rückabwicklung*,

64 Einem größeren Leserkreis in Deutschland wurde die urösterreichische Bezeichnung durch den Roman „Der Trafikant“ des österreichischen Autors *Robert Seethaler* aus dem Jahr 2012 bekannt, der auch verfilmt wurde.

65 Vgl. dazu die „berühmte“ Entscheidung BGH NJW 1974, 1705, bei der ein Spieler einer Tippgemeinschaft vergaß hat, den Schein aufzugeben; die Tippgemeinschaft selbst kann uU eine GbR bilden; vgl. Reichsgericht Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 48 (1904), 797; BGH NJW 1974, 1705.

66 Gemeint ist der Preis für einen Tipp, der in Deutschland offenbar nach Bundesländern variiert.

weil die Vereinbarung und deren Folgen ja nicht möglichst „ungeschehen“ gemacht werden sollen (wie z.B. nach einer Arglistanfechtung), sondern bloß um eine Abwicklung.

Die eigene Ansicht wirft zunächst einen Blick ins Schuldrecht. Dort ist inzwischen weitgehend anerkannt, dass es unterschiedliche Grundformen von Schuldverhältnissen gibt:⁶⁷

- (1.) Bei Austauschverhältnissen wie Miete und Kauf herrscht ein Interessengegensatz zwischen den Parteien. Der Vorteil des einen ist der Nachteil des anderen. Zahlt der Käufer einen um € 100,- geringeren Kaufpreis, schlägt sich dies beim Verkäufer unmittelbar als Nachteil nieder.
- (2.) Anders ist die Interessenlage bei der Gemeinschaft wie z.B. bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Hier sind die Interessen auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet. Geht es der Gemeinschaft gut, geht es allen gut. Dies bedeutet nicht, dass es in der Gemeinschaft keine Interessenkonflikte gibt. Der Gemeinschaftler wird vielmehr bestrebt sein, möglichst geringe Beiträge zu leisten und möglichst viele Vorteile aus der Gemeinschaft zu erhalten. Da jedoch nur verteilt werden kann, was zuvor erwirtschaftet wurde, sind die Interessen insoweit gleichgerichtet.
- (3.) Zuletzt besteht die Grundform der Interessenwahrung wie z.B. beim Auftrag, der Geschäftsbesorgung oder der Treuhand. Hier verpflichtet sich eine Partei, im Rahmen der geschuldeten Tätigkeit die Interessen der anderen zu verfolgen und notfalls die eigenen Interessen zurückzunehmen. Auch bei der (entgeltlichen) Interessenwahrung gibt es unterschiedliche Interessen, weil der Interessenwahrer ein möglichst hohes Entgelt lukrieren und sein Pflichtenprogramm gering halten will. Die Interessenstruktur unterscheidet sich aber deutlich von z.B. jener bei einem Kaufvertrag.

Der erste Schritt besteht nun darin, dass die unterschiedlichen Grundformen der Schuldverhältnisse auf Gefälligkeitsverhältnisse gespiegelt werden können. Auch bei Gefälligkeitsverhältnissen gibt es unterschiedliche Interessenstrukturen. Oft wird es sich um Austauschverhältnisse handeln, wobei allerdings viel häufiger als bei Schuldverhältnis-

67 *Martinek/Omlor* in Staudinger, BGB (Berlin 2016) Vor §§ 662 ff Rz 23 ff m.w.N.; dies gilt auch für das österreichische Schuldrecht, siehe *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB II (Wien 2017) § 114 Rn 10.

sen aufgrund einer Unentgeltlichkeit nur eine Partei etwas leistet. Wie bei Schuldverhältnissen ändert aber auch bei Gefälligkeitsverhältnissen die Unentgeltlichkeit nichts an der Zuordnung zur Grundform des Interessengegensatzes. Demnach zählen die Mitnahme eines Anhalters oder das Wässern des nachbarlichen Rasens zu dieser Fallgruppe. Zur zweiten Fallgruppe der Interessengemeinschaft gehört die gemeinsame Kletterpartie,⁶⁸ zumindest wenn es sich um gleich kompetente Partner handelt.⁶⁹ Gleiches gilt für Projekte wie den gemeinsamen Hausbau im Rahmen einer Lebensgemeinschaft, auf die noch zurückzukommen sein wird (Pkt. H.). Das Beispiel des Lotto-Tipps würde eindeutig zur dritten Fallgruppe der Interessenwahrung zählen, weil es sich um das „Gefälligkeits-Pendant“ zum Auftrag handelt.

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob und inwieweit Bestimmungen über die Abwicklung von Schuldverhältnissen partiell entsprechend analog auf Gefälligkeitsverhältnisse angewendet werden können. Hierbei handelt es sich zugleich um einen kritischen und um einen schwachen Punkt in der Argumentationskette, weil es bei Diskussionen um Rechtsfortbildungen meist mehrere Wege gibt, die überzeugend beschritten werden können. Zumindest aus methodischer Sicht bestehen keine Bedenken. Angesichts gesetzgeberischer Zurückhaltung bei der expliziten Regelung von Gefälligkeitsverhältnissen wird man das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke rasch bejahen können, wenn man Gefälligkeitsverhältnisse erst einmal als rechtlich existent anerkennt. Auch die für eine Analogie erforderliche Rechtsähnlichkeit ist gegeben. Wurde eine Partei aktiv und gilt es, den geschaffenen Vermögenswert zu verteilen (z.B. den Lotto-Tippschein, der tatsächlich gewonnen hat), weisen die Interessen der Parteien bei einem Schuldverhältnis und bei einem Gefälligkeitsverhältnis große Parallelen auf. Zwar kann man auch einen alternativen Pfad beschreiten und argumentieren, dass sich der Gesetzgeber bei der Abwicklung des Gefälligkeitsverhältnisses zurückhalten soll, weil die Parteien auf den Schutz

68 Vgl mit weiteren Beispielen *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht¹² (Bern 2018) Rn 1/80 f.

69 Ist ein Partner erfahren und möchte den anderen in die Kletterkunst einführen, handelt es sich dagegen um einen Führer aus Gefälligkeit; zur Abgrenzung zwischen Gemeinschafts-Gefälligkeitsverhältnis und GbR siehe *Schäfer* (Fn 60) § 705 Rn 19 (der allerdings dem fehlenden Rechtsbindungswillen bei enger persönlicher Bindung womöglich eine geringere Bedeutung einräumt als hier).

des Gesetzes durch das Vertragsrecht verzichten wollten. Überzeugend ist dies aber nicht, weil sich der Gesetzgeber z.B. mittels der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag selbst dann um vermögensrechtliche Aspekte kümmert, wenn überhaupt keine Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt (vgl. bereits Pkt. D.). Weshalb sollte er sich dann zurückziehen „müssen“, falls die Parteien eine tatsächliche Willensübereinstimmung getroffen haben?

Kommt man zum Schluss, dass die vermögensrechtliche Abwicklung geboten ist, müssen möglichst sachgerechte Regelungen gefunden werden. Dann ist der Weg nicht mehr weit zur entsprechenden analogen Anwendung jener Bestimmungen, die der Gesetzgeber beim schuldrechtlichen Pendant der jeweiligen Grundform für sachgerecht gehalten hat. Für das Beispiel des Lotto-Tipps bedeutet dies, dass B den Lottoschein herausgeben muss (§ 667 BGB analog), aber einen Anspruch auf Ersatz der Auslagen hat (§ 670 BGB analog).⁷⁰

G. Verhältnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Früher oder später muss das Verhältnis der Gefälligkeitsverhältnisse zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) geklärt werden. Der BGH hat sich bereits mit dieser Frage beschäftigt.⁷¹ Wie so oft bei Entscheidungen zu Gefälligkeitsverhältnissen ging es eigentlich um eine schadenersatzrechtliche Frage, diesmal garniert mit versicherungsrechtlichen Besonderheiten. Eine Großmutter fuhr ihre Enkelin auf die Veranstaltung eines Amateursportvereins – zweifellos eine Gefälligkeit –⁷² und baute dabei einen Unfall. Als „Vorfrage“ war zu klären, ob die Großmutter einen Aufwendungsersatzanspruch (z.B. Ersatz für Benzin) gegen den Verein hatte.

Der BGH referiert zunächst seine Rechtsprechung, wonach es bei der Abgrenzung zwischen Schuld- und Gefälligkeitsverhältnis auf den Rechtsbindungswillen ankomme (vgl. Pkt. B.). Dies müsse auch bei der Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und GoA gelten. Offensichtlich ist dies m.E. nicht, weil bei der GoA als gesetzlichem Schuld-

70 A.A. hinsichtlich Aufwendungsersatz (ohne Begründung) z.B. *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 23; *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 12.

71 BGH NJW 2015, 2880.

72 Vgl z.B. auch BGH NJW 1968, 1874.

verhältnis der Rechtsbindungswille nicht relevant sein dürfte.⁷³ Dem BGH geht es offenbar darum, „Wertungswidersprüche zu vermeiden“, wobei er nicht explizit ausführt, welche Wertungswidersprüche er meint. Schließlich löst der BGH den Fall damit, dass der Tatbestand der §§ 677 ff. BGB (GoA) nicht erfüllt sei, wobei er wiederum offenlässt, ob kein Geschäft i. S. von § 677 BGB vorliege oder es an einem Geschäftsübernahmewillen mangle.⁷⁴ Bei allen Fragen, welche die Entscheidung des BGH aufwirft, ist zumindest klar, dass der BGH (1.) zwischen Gefälligkeit(sverhältnis) und GoA differenziert sowie (2.) bei einer Gefälligkeit keinen Aufwendungsersatz will.

Die Negierung eines Aufwendungsersatzes ist im vorliegenden Fall sachgerecht. Bei einem Amateursportverein obliegt es den Mitgliedern selbst, ihre Anreise zu organisieren, sodass bei einem Transport nicht für den Verein, sondern für die transportierten Mitglieder gehandelt wird.⁷⁵ Und die Großmutter fährt in aller Regel um ihrer Enkelin willen,⁷⁶ die zuschauen muss, wie sie zur Veranstaltung des Vereins kommt.

Völlig zurecht wird aber im Schrifttum kritisiert, dass es auch Gefälligkeitsverhältnisse geben kann, bei denen ein Aufwendungsersatz sehr wohl geboten ist.⁷⁷ Die pauschale Ablehnung eines Aufwendungsersatzanspruchs würde zu Wertungswidersprüchen führen, die der BGH ausweislich seiner Begründung gerade vermeiden wollte. Denkt man an einen Nachbarn, der bei einem aufkommenden Sturm das Haus seines abwesenden Nachbarn sichert und dabei Aufwendungen tätigt, erhält dieser als Geschäftsführer ohne Auftrag Aufwendungsersatz. Haben nun die beiden Nachbarn vorab vereinbart, dass ein Nachbar im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses auf das Haus „aufpasst“ und sichert dieser nun das Haus mit eigenen Mitteln (z.B. Baumaterial),⁷⁸

73 Vgl. dazu auch *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 308; *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 19.

74 Krit. *Singbartl/Zintl*, NJW 2015, 2880 (Anmerkung); für eine Lösung über den Geschäftsführungswillen bzw. die Geschäftsführungsabsicht *Bergmann* (Fn 60), Vor §§ 677 ff Rn 111.

75 Vgl. dazu auch *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 26.

76 Vgl. *Singbartl/Zintl* (Fn 74) 2880.

77 *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 308 f.

78 Unterstellt, dass diese Tätigkeiten noch unter das Gefälligkeitsverhältnis fallen.

soll er keinen Aufwendungsersatz erhalten?⁷⁹ Solch ein Ergebnis wäre evident wertungswidersprüchlich.

Die eigene Ansicht stellt zunächst einmal klar, dass es keine „Gefälligkeitsgeschäftsführung ohne Auftrag“ im Sinne eines gesetzlichen „Nicht-Schuldverhältnisses“ gibt, das als Pendant zur GoA auf Gefälligkeitsebene fungieren würde. Die Unterscheidung nach dem Rechtsbindungswillen zwischen vertraglichem Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis lässt sich nicht auf den Bereich der GoA spiegeln. Weiters ist vorab auf eine Parallele hinzuweisen: Die GoA (als gesetzliches Schuldverhältnis) zählt zur schuldrechtlichen Grundform der Interessenwahrung.⁸⁰ Damit ist sie sowohl mit dem Auftrag verwandt als auch mit dem Gefälligkeitsverhältnis in der Grundform der Interessenwahrung (Pkt. F.).

Nach dem BGH schließt ein Gefälligkeitsverhältnis offenbar Ansprüche aus GoA aus.⁸¹ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, jedoch aus anderen Gründen. Ganz allgemein ist die GoA ein subsidiäres Rechtsinstitut. Ist ein Sachverhalt durch einen Vertrag (z.B. Auftrag) geregelt, sind Ansprüche aus GoA ausgeschlossen.⁸² Auch ein Gefälligkeitsverhältnis kann solch eine ausschließende Wirkung entfalten. Auf der Grundlage des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) lässt sich dies leichter begründen als beim BGB. § 1037 Satz 1 ABGB: „*Wer fremde Geschäfte bloß, um den Nutzen des Andern zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben.*“ Mischt sich jemand ungefragt in die Geschäfte eines anderen ein, soll es sich zumindest um eine nützliche Geschäftsführung oder eine Geschäftsführung im Notfall handeln. Angesichts dieses Hintergrunds überzeugt es, wenn auch die tatsächliche Willensübereinstimmung im

79 Der BGH würde wohl schlicht davon ausgehen müssen, dass es sich um keine Gefälligkeit mehr handelt und dann GoA anwenden.

80 *Bergmann* (Fn 60) Vor §§ 677 ff Rn 8, Rn 28 ff, Rn 54 und Rn 210.

81 Der BGH geht aber offenbar nicht den Weg, wonach das Gefälligkeitsverhältnis als solches die GoA ausschließt. Vielmehr ignoriert er das Gefälligkeitsverhältnis und setzt bei den Tatbestandsmerkmalen der GoA an, die nach dem BGH nicht erfüllt sind; dieses Verständnis der Entscheidung wohl auch bei *Schäfer* (Fn 16) § 677 Rn 109.

82 Vgl *Bergmann* (Fn 60) Vor §§ 677 ff Rn 56; wie beim Vertrag (*Schäfer* [Fn 16] § 677 Rn 77 f), gilt aber auch beim Gefälligkeitsverhältnis, dass dieses die GoA nur innerhalb seines abschließenden Regelungsbereichs verdrängt.

Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses eine „Einwilligung“ bildet.⁸³ Der Geschäftsherr hat immerhin sein „O.K.“ gegeben, mit der Geschäftsführung einverstanden zu sein, auch wenn keine Leistungspflicht des Geschäftsführers begründet wird. In Deutschland ist der Zugang zur GoA offenbar etwas anders.⁸⁴ Es steht jedoch fest, dass es sich auch dort um ein subsidiäres Institut handelt.

Verdrängt ein Vertrag die GoA, weil dessen Regelungen für die Parteien treffender sind, gilt dies m.E. auch für die Gefälligkeitsverhältnisse, falls diese entsprechende Regelungen bereithalten. Demnach sind zwei Wege gangbar. Entweder folgt aus Gefälligkeitsverhältnissen generell kein Aufwendungsersatzanspruch. Dann muss subsidiär die GoA greifen, wobei aus dieser entsprechend der Rechtsprechung des BGH ebenfalls kein Aufwendungsersatzanspruch resultiert. Alternativ – und zutreffend – kann aus Gefälligkeitsverhältnissen ein Aufwendungsersatzanspruch resultieren. Dann verdrängt das Gefälligkeitsverhältnis die GoA.

Folgt man der zuletzt genannten Ansicht, wonach Gefälligkeitsverhältnisse Ansprüche aus GoA verdrängen, spricht der Vergleich mit der GoA wiederum⁸⁵ dafür, dass zumindest in manchen Fällen ein Aufwendungsersatzanspruch bestehen muss. Denn wie erwähnt wäre es beim Sturm-Beispiel wertungswidersprüchlich (und m.E. nicht hinnehmbar), wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag Aufwendungsersatz erhielte, nicht aber der Gefällige im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses.

Ein Vorteil des hier vertretenen Ansatzes ist, dass bei der Frage des Aufwendungsersatzes nach dem konkreten Gefälligkeitsverhältnis differenziert werden kann. Ist das Gefälligkeitsverhältnis entscheidend (und nicht ein gesetzliches Schuldverhältnis), kann zur Beantwortung ohne Weiteres das konkrete Gefälligkeitsverhältnis ausgelegt werden. Der Nachbar, der auf das Grundstück seines Nachbarn aufpasst, wird zumindest Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen haben. Ebenso die Kol-

83 Vgl dazu auch *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 20 ff.

84 Der Anwendungsbereich der GoA wird weit verstanden. Die *actio contraria* (Aufwendungsersatzanspruch) wird aber nur dann in vollem Umfang (vgl zum kleinen Aufwendungsersatzanspruch § 684 Satz 1 BGB und dazu *Bergmann* [Fn 60] § 684 Rn 3) gewährt, wenn die Geschäftsführung tatsächlich oder mutmaßlich dem Willen des Geschäftsherrn entsprach.

85 Ein „Henne-Ei-Problem“; wenn man so will.

legin, die einen Lottoschein aufgibt, hinsichtlich des Einsatzes (~ € 1,50). Auch die bisherige Übung kann zur Auslegung herangezogen werden. Ist es etwa üblich, dass Mitglieder eines Vereins, die selbst zu einer Vereinsveranstaltung anreisen und andere Mitglieder mitnehmen, ein „Benzingeld“ erhalten, kann dies als langjährige Übung auch zum Inhalt des Gefälligkeitsverhältnisses werden.⁸⁶

H. Beispiel Lebensgemeinschaft

Das mehrfach erwähnte Lotto-Beispiel erscheint zugegeben etwas konstruiert. Außerdem dürften viele Fälle, welche die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen betreffen, nicht gerichtsanhängig werden. Entweder sind die entsprechenden Beträge so gering, dass sich der Gerichtsweg nicht lohnt, oder die Sanktionen finden im sozialen Bereich statt. Leistet z.B. bei einer regelmäßigen Fahrgemeinschaft aus Gefälligkeit unter Studierenden jemand seinen Beitrag zu den Fahrtkosten (Benzingeld) nicht, wird er künftig eben nicht mehr mitgenommen und muss – Strafe genug (zumindest in Streikzeiten) – künftig mit der Deutschen Bahn fahren.

Geht es aber um größere Vermögenswerte, wird mitunter dann der Gerichtsweg beschritten, wenn das persönliche Verhältnis zerrüttet ist. Dies gilt z. B. für die (nichteheliche)⁸⁷ Lebensgemeinschaft.⁸⁸ Selbst wenn es sich um größere Projekte wie eine Wohnungsrenovierung handelt, wird aufgrund der engen Beziehung ein Rechtsbindungswillen fehlen.⁸⁹ Salopp ausgedrückt: Vereinbaren die Lebensgefährten, dass

86 Einmal unterstellt, dass es sich hierbei noch um ein Gefälligkeitsverhältnis handelt; vgl dazu aber *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 20.

87 Für das Konkubinat hat sich die Bezeichnung nichteheliche Lebensgemeinschaft eingebürgert (siehe nur *Löhnig* [Fn 53] Anh. §§ 1297 ff Rn 8). In diesem Beitrag werden nichteheliche Lebensgemeinschaft und Lebensgemeinschaft synonym verwendet.

88 Ausführlich zur vermögensrechtlichen Auseinandersetzung nach dem Ende der Lebensgemeinschaft unter Berücksichtigung der Anspruchsgrundlagen (insb. Gesellschaftsrecht, Bereicherungsrecht und Wegfall der Geschäftsgrundlage jeweils *Wellenhofer* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX*⁹ (München 2022) Anh. § 1302 Rn 99 ff und *Löhnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 93 ff.

89 Vgl i.d.Z. auch BGH NJW 2010, 998, wonach das besondere Risiko (z.B. aufgrund des hohen Vermögenswerts des Geschäfts) für sich noch nicht auf den

am Wochenende ein Zimmer neu tapeziert wird und geht ein Lebensgefährte stattdessen ins Gasthaus, wird er wahrscheinlich die Nacht auf der Couch verbringen. Beide kämen aber wohl – selbst wenn es sich um eingefleischte Juristen handelte – kaum auf die Idee, mit der Vereinbarung Rechtspflichten begründen zu wollen, die als geschuldete Beiträge notfalls gerichtlich erzwingbar wären. Erst wenn die Lebensgemeinschaft endet, wird mitunter um das erwirtschaftete Vermögen gestritten und auch der Gerichtsweg nicht mehr gescheut.

Die Lebensgemeinschaft ist im Unterschied zur Ehe gesetzlich kaum bis nicht explizit geregelt.⁹⁰ Dieser Befund gilt auch für die Aufhebung der Lebensgemeinschaft. Haben die Lebenspartner während der aufrechten Lebensgemeinschaft gemeinsam Vermögenswerte erarbeitet, richtet sich die Auseinandersetzung daher nach „gewöhnlichem“ Zivilrecht.⁹¹

Häufig wird um Vermögenswerte gestritten, die gemeinsam im Rahmen der Lebensgemeinschaft angeschafft wurden und diese überdauern.⁹² Zu denken ist etwa an den Fall, dass in einer Lebensgemeinschaft A ein Grundstück beigesteuert hat, während B Beiträge zum Hausbau geleistet hat. Formale Eigentümerin des Hauses ist A und es stellt sich die Frage, ob B Ansprüche gegen A geltend machen kann.

Der II. Zivilsenat des BGH als Fachsenat für Gesellschaftsrecht hat erkannt, dass das Gesellschaftsrecht die geeignetsten Regeln für Konstellationen bereithält, bei denen gemeinsam und mit Blick auf einen gemeinsamen Zweck ein Vermögenswert geschaffen wurde und nun eine Verteilung des Vermögenswerts zwischen den Beteiligten ansteht, weshalb er in jahrelanger Rechtsprechung gesellschaftsrechtliche Liquidationsregeln analog anwendete.⁹³ Um erneut Missverständnisse zu vermeiden: Es geht nicht darum, die Lebensgemeinschaft als GbR zu qualifizieren, sondern um einzelne Projekte wie z. B. einen Hausbau innerhalb der Lebensgemeinschaft.⁹⁴ Im Ausgangspunkt erhält jeder die

Willen zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags schließen lässt (dem BGH zust. *Löhnig* [Fn 53] Anh. §§ 1297 ff Rn 98a).

90 Vgl nur BGHZ 97, 372.

91 Vgl *Löhnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 65.

92 Ebd.

93 Siehe z.B. BGH NJW 1997, 3371; BGHZ 77, 55; BGH NJW 1992, 906; *Schäfer* (Fn 60) Vor § 705 Rn 87 m.w.N.

94 Vgl nur *Wellenhofer* (Fn 88) Anh. § 1302 Rn 107 ff; *Löhnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 41 ff.

Hälfte des Gewinns,⁹⁵ wobei bei einer nur entsprechend analogen Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen Raum bleibt, größere Beitragsleistungen angemessen zu berücksichtigen.⁹⁶ Der Ansatz des II. Senats überzeugt in den Ergebnissen,⁹⁷ leidet aber an dogmatischen Schwächen. Den Lebensgefährten wird nämlich regelmäßig ein Rechtsbindungswillen fehlen, sodass die Annahme einer GbR reine Fiktion ist, und eine analoge Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze ohne Vorliegen einer (fingierten) GbR ist begründungsbedürftig.

Der XII. Zivilsenat als Fachsenat für Familienrecht hat die Rechtsprechungslinie des II. Zivilsenats aufgrund der dogmatischen Schwächen explizit aufgegeben.⁹⁸ Die Ansicht wurde inzwischen mehrfach bestätigt und wird auch von den unteren Instanzen angewendet,⁹⁹ sodass man von der neuen h. Rspr. und der h. L.¹⁰⁰ sprechen kann. Nunmehr wird versucht, die Problematik vor allem mittels Bereicherungsrecht und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage zu lösen.¹⁰¹ Diese Instrumente sind flexibel genug, um i.d.R. zu akzeptablen Ergebnissen zu gelangen. Es ist aber z.B. schwierig zu begründen, weshalb ein Lebensgefährte an der Wertsteigerung des Vermögenswerts partizipieren soll. Beispiel: A und B als Lebensgefährten kaufen im Jahr 2001 um € 150.000,- eine Wohnung in Berlin, um gemeinsam darin zu wohnen. A und B steuern jeweils € 75.000,- bei. Im Grundbuch ist aber nur A als Eigentümer eingetragen. Nach Aufhebung der Lebensgemeinschaft

95 Vgl. BGHZ 142, 137; Schäfer (Fn 60) Vor § 705 Rn 87; M. Löbnig (Fn 53), Anh. §§ 1297 ff. Rn 100.

96 BGHZ 84, 388; vgl. Wellenhofer (Fn 88) Anh. § 1302 Rn 111; Löbnig (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 100; dies muss jedenfalls gelten, wenn entsprechend dem hier vertretenen Ansatz (dazu unten im Text) gesellschaftsrechtliche Liquidationsbestimmungen entsprechend analog auf ein Gemeinschafts-Gefälligkeitsverhältnis angewendet werden, weil dann gerade kein Verteilungsschlüssel vereinbart wird und daher die Höhe der Beitragsleistungen entscheidender sein sollte.

97 So auch C. Schäfer (Fn 60) Vor § 705 Rn 88.

98 BGHZ 165, 1.

99 BGH NJW 2008, 443; BGH NJW 2013, 2187; BGH NJW 2011, 2880; OLG Brandenburg Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2019, 1183 = BeckRS 2019, 711; KG Berlin BeckRS 2020, 38040; OLG Bremen NJW-RR 2013, 197.

100 Siehe nur Löbnig (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 95 ff; Wellenhofer (Fn 88) Anh. § 1302 Rn 109.

101 Siehe die Nachweise in Fn 99.

im Jahr 2021 ist die Wohnung aufgrund der allgemeinen enormen Preissteigerung in Berlin € 300.000,- wert. Muss B nun froh sein, wenn sie zumindest die investierten € 75.000,- von A erhält, obwohl sich A die Wohnung 2001 ohne Hilfe der B nicht hätte leisten können?

Ein Vorzug der gesellschaftsrechtlichen Lösung ist, dass sie der Interessenstruktur zwischen den Beteiligten (dazu bereits Pkt. F.) besser gerecht wird. Während bei einem Austauschverhältnis mit einer einfachen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung – bei der das Geleistete oder dessen Wert zurückzugeben ist – in der Regel das Auslangen gefunden werden kann, ist die Interessenstruktur bei der Grundform der Gemeinschaft komplexer.¹⁰² Mit und durch den Vermögenswert soll ein gemeinsamer Zweck verfolgt werden. Bei der Auflösung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Vermögenswert bewusst mit gemeinsamen Beiträgen geschaffen wurde, was im Ergebnis auf eine Liquidation entsprechend dem Beitragsschlüssel hinausläuft.

Rechtsvergleichend übt sich auch der österreichische OGH bei der Annahme einer konkludenten GbR in Zurückhaltung.¹⁰³ Stattdessen versucht er, mittels bereicherungsrechtlicher Regelungen ausgewogene Ergebnisse zu erzielen.¹⁰⁴ In der Schweiz ist das Bundesgericht einer gesellschaftsrechtlichen Regelung gegenüber vergleichsweise aufgeschlossener.¹⁰⁵ Zwar „passen“ die gesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht

102 Es mangelt nicht an Versuchen, den Besonderheiten einer Gemeinschaft auch bei der Rückabwicklung Rechnung zu tragen; siehe z.B. bereits *Wilburg*, Bereicherung (Fn 52) 128 ff; letztlich ist auch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft der Einsicht geschuldet, dass ein ins Leben getretener Verband nicht mehr ohne weiteres *rückabgewickelt* werden kann.

103 ÖsterrOGH 5 Ob 174/09p; ÖsterrOGH 1 Ob 181/13v.

104 ÖsterrOGH 4 Ob 197/18a (aber: Begrenzung auf den Restnutzen); ÖsterrOGH 9 Ob 291/01m (aber: kein Anteil am Wertzuwachs).

105 Vgl Bundesgericht BGE 108 II 204; Bundesgericht BGE 109 II 228; aus dem Schrifttum siehe z.B. *Hrubesch-Millauer/Lengbacher*, Vermögensrechtliche Aspekte in Patchworkfamilien und faktischen Lebensgemeinschaften, Aktuelle Juristische Praxis 2018, 1118 (1121); anderes Verständnis der Rsp. womöglich bei *Gallmetzer/Spichinger/Wolf*, Die Lebensgemeinschaften in Italien und der Schweiz, Aktuelle Juristische Praxis 2018, 580; hinzuweisen ist darauf, dass in der Schweiz nicht immer ganz klar wird, ob die nichteheliche Lebensgemeinschaft selbst als einfache Gesellschaft (bzw. als Konstrukt, auf das Bestimmungen über die einfache Gesellschaft analog angewendet werden) qualifiziert wird (was häufig vertreten wird, aber m.E. nicht überzeugt) oder nur Projekte innerhalb der Lebensgemeinschaft; vgl dazu *Meier-Hayoz*, Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft, in *Böckli/Eichenberger/Hinderling/*

während des laufenden Projekts, weil es den Parteien an einem Rechtsbindungswillen fehlt und daher auch keine einfache Gesellschaft (~GbR) vorliegt. Für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nach dem Ende der Lebensgemeinschaft „passen“ die Liquidationsregeln aber sehr wohl.

Zusammenfassend wäre die gesellschaftsrechtliche Lösung (auch) in Deutschland zwar durchaus sachgerecht,¹⁰⁶ scheidet aber daran, dass mangels Rechtsbindungswillen keine GbR vorliegt und eine solche auch nicht fingiert werden sollte. Hier setzt die eigene Ansicht an. Versteht man das gemeinsame Projekt als Gefälligkeitsverhältnis, gerade weil die Parteien keinen Rechtsbindungswillen haben, gelten die für Gemeinschafts-Gefälligkeitsverhältnisse einschlägigen Regelungen. Während des aufrechten Gefälligkeitsverhältnisses können die versprochenen Beiträge nicht eingeklagt werden. Leistungsunwille wird demnach nur im sozialen Bereich sanktioniert. Wird der Beitrag aber geleistet, bildet das Gefälligkeitsverhältnis einen tauglichen Rechtsgrund, um Bereicherungsansprüche abzuwehren. Falls das gemeinsame Projekt – meist in Folge der Auflösung der Lebensgemeinschaft – aufgehoben wird, findet eine „Liquidation“ nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen statt. Das Projekt zählt nämlich zur Grundform der Interessengemeinschaft, sodass es sachgerecht ist, GbR-Liquidations-Bestimmungen entsprechend analog anzuwenden (Pkt. F.).

I. Fazit

Die Tour d’Horizon durch die Welt der Gefälligkeitsverhältnisse hat gezeigt, dass nicht nur die deliktische, sondern auch die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen spannende Fragen aufwirft. Viele dieser Fragen wurden noch nicht ausreichend diskutiert und erst recht nicht beantwortet. Zu erwähnen ist etwa die grundlegende Frage,

Tschudi (Hg) Festschrift für Frank Vischer (Zürich 1983) 577; *Cottier/Crevoisier*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, Aktuelle Juristische Praxis 2012, 33; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn 68) Rn 1/81.

106 Vgl *Schäfer* (Fn 60) Vor § 705 Rn 88, der die Ansicht des II. Senats nach wie vor für vorzugswürdig hält. Er räumt aber ein, dass sich auch mittels Bereicherungsansprüchen und Ansprüchen aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage überzeugende Ergebnisse erzielen lassen.

ob und wie Gefälligkeitsverhältnisse aufgelöst werden können.¹⁰⁷ Da ohnedies keine Leistungspflicht besteht, sollte das Gefälligkeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit frei lösbar sein, d.h. es bestehen keine Kündigungsvoraussetzungen oder -fristen.¹⁰⁸ Bildet das Gefälligkeitsverhältnis jedoch einen ausreichenden Rechtsgrund, die einmal erbrachte Leistung zu behalten (Pkt. E.), sollte dieses nicht ohne weiteres rückwirkend gekündigt werden können. Auf der anderen Seite wäre es wertungswidersprüchlich und untragbar, wenn zwar ein Schuldverhältnis mit tendenziell viel höherer Bindungswirkung wegen Arglist oder Zwang mit Wirkung ex tunc aufgelöst werden kann, nicht aber ein loses Gefälligkeitsverhältnis. Demnach müsste ein Gefälligkeitsverhältnis *zumindest* unter den Voraussetzungen rückwirkend gelöst werden können, die auch beim Schuldverhältnis gelten (vgl. § 123 BGB).

Trotz aller offenen Fragen sollte klar geworden sein, dass es sich beim hier vorgestellten Verständnis der Gefälligkeitsverhältnisse um ein leistungsfähiges Konzept handelt, das sich in das System des deutschen Privatrechts einfügt und ausgewogene Lösungen ermöglicht. Das Konzept hätte es daher verdient, weitergedacht oder zumindest widerlegt zu werden.

107 Davon zu unterscheiden ist beim Beispiel der Lebensgemeinschaft die Frage, ob die Lebensgemeinschaft jederzeit lösbar ist (dazu *Löhnig* [Fn 53] Anh. §§ 1297 ff Rn 68). Allerdings wird die Auflösung des Projekts (Gefälligkeitsverhältnis) häufig mit dem Ende der Lebensgemeinschaft einhergehen. Genau genommen ist es unpräzise, wenn man die „*Trennung der Partner und Aufgabe des gemeinsamen Projekts*“ fordert (so *Wellenhofer* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX*⁸ [München 2019] Anh. § 1302 Rn 109). Notwendig und hinreichend ist nur die Aufgabe des Projekts.

108 Vgl jeweils kurz BGH NJW 1982, 2390 („*jederzeit die übernommene Tätigkeit hätte aufgeben können*“); ÖsterrOGH 8 Ob 52/11x („*Vielmehr hätte er die Tätigkeit jederzeit einstellen können*.“); *Mansel* (Fn 9) 214 Rn 25; *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 155; a.A. offenbar, wobei der wichtige Grund immerhin zu einem vernünftigen Grund abgeschwächt wird, BGH NJW 1986, 978 (wenn, dann müsste man die Problematik m.E. über die Kündigung zur Unzeit lösen; *in casu* nicht entscheidungserheblich).