Anglo-German Law Journal

Herausgegeben in Deutschland vom / published in Germany by
Anglo-German Law Society e.V.
Postfach 08 07 09, 10007 Berlin
eingetragen beim AG Charlottenburg (Az.:VR 29205 B)
www.agls.eu
aglj@aglawsoc.org

Schriftleitung / Editorial Board:
Katharina Steinbrück (Editor in Chief)

Angelika Mohr
Hannah Deters
Luis Bausch
Alysa Brück
Karin Jackwerth

All rights reserved
The Anglo-German Law Society e.V. does not guarantee the completeness and correctness of any published articles. The Anglo-German Society e.V. does not have any influence on the current and future design and content of linked external websites. No part of this publication may be reproduced, transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, recording or otherwise, or stored in any retrieval system of any nature, without the prior, express written permission of the Anglo-German Law Society e.V..

Enquiries concerning reproducing outside these terms and in other countries should be sent to the Editor in Chief.

Haftungsausschluss und Rechte
Alle Angaben und Daten wurden nach bestem Wissen erstellt, es wird jedoch keine Gewähr für deren Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Der Anglo-German Law Society e.V. hat keinerlei Einfluss auf die aktuelle und zukünftige Gestaltung und auf die Inhalte von per Link verknüpften externen Seiten.

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verein das einfache, räumlich unbeschränkte Nutzungsrecht, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vereins. Das gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen.

©Anglo-German Law Society e.V. 2020

Foreword

Dear Reader,

When we first started working on the 2020 issue of the Anglo-German Law Journal late last year, none of us could have anticipated what this year would bring. We hope that the final product nevertheless finds you happy and healthy and that our journal might compensate, in some small way, for the lack of face-to-face discourse with colleagues near and far, which you are most likely to currently experience.

The Anglo-German Law Journal was created as a means for lawyers to keep looking beyond borders and finding shared solutions. As "Brexit" nears its final chapter, we remain more determined than ever to keep working together, sharing ideas and gaining insights into each other's point of view. For this reason, too, we are especially delighted to be able to share the 2020 issue of the Anglo-German Law Journal with you.

In this issue, we once again present articles on a large variety of legal topics. We encounter a number of current legal issues that are relevant across borders, due to our increasingly globalized and digitalized world. We gain insight into how copyright law might be adapted to tackle the challenges of the digital era and how a law rooted in the darkest chapter of Germany's past can have unanticipated consequences when foreign movie trailers, posters and videogames are marketed in Germany. We also turn our attention to fundamental questions of EU Law, which may soon lead to a political and legal crisis, as countries grapple to balance national interests and supremacy in the wake of the ever-evolving processes of integration and cooperation within the European Union. Finally, we are pleased to publish a comparative article on the law governing companies and to dive into what is most likely unfamiliar territory for many by examining the right to exclude in Scots Law and its partial roots in German Pandectist scholarship.

Once again, we thank all authors for contributing their diverse works to the Anglo-German Law Journal and all reviewers who took time to offer the authors thorough feedback on their submissions.

The Editorial Board

Werden Sie Teil unseres Teams als **Berufseinsteiger** oder **Rechtsanwalt mit erster Berufserfahrung (m/w/d)** im Bereich **Public Law** am **Standort Berlin** und sorgen Sie dafür, dass unsere Mandanten grenzenlos sicher agieren können – in Deutschland und weltweit.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

E bewerbung@whitecase.com
whitecase.com/careers

WHITE & CASE

Inhaltsverzeichnis
Table of Contents

The Evolution of the Right to Exclude in Scots Law 7
Colin J. Bathgate

EZB und EuGH im Ultra-vires-Netz des BVerfG 30
Die weitreichenden Folgen des Urteils des BVerfG zum Public Sector Purchase Programme der EZB
Jan Fleischmann

Governing Companies 64
A Comparative Analysis of the Foundations of German and English Company Law
Ella Moss

The Creation and Consumption of Works in the Digital Era 91
Copyright solutions between Private Ordering and Legislative Changes
Finn Schädlich

Productive Dialogue or Perverse Discussion? 124
An Analysis of the German and English Judicial Approaches to Supremacy of European Law
Matt Richardson

Fiktive Darstellungen von nationalsozialistischen Kennzeichen in Filmen und Computerspielen im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV 156
Célestine Cherrier Montrichard

CLIFFORD
CHANCE
Careers
WHERE
AMBITIOUS
MINDS
MEET
DR. PHILIPP STOECKER
Counsel, Frankfurt
www.YourCareerStartsWithC.com

The Evolution of the Right to Exclude in Scots Law

by
Colin J. Bathgate*

Trainee Solicitor
at Gillespie Macandrew LLP, Edinburgh

Abstract

This article is a revised version of an address given at the 10th Annual Meeting of the Association of Law, Property and Society, 18th May 2019, College of Law, University of Syracuse, Syracuse, USA. It explores how the law relating to the Right to Exclude in Scotland has changed. The historic position regarding whom could be excluded had not been clear until during the Victorian period a change in attitude towards land was seen. This gave rise to what can be termed an exclusionary approach to land, heralded by German Pandectist scholarship. During the twentieth century this exclusionary approach was challenged by an increased demand for access to Scotland's land for recreation. Despite over a century campaigning for access rights, a Right of Responsible Access to private land was enshrined in statute by Part 1 of the Land Reform Scotland Act 2003 which heralded an approach in keeping with the Human Flourishing Theory of property rights.

* Trainee Solicitor at Gillespie Macandrew LLP, Edinburgh; LLB (Hons) (University of Aberdeen), MPhil (University of Cambridge), Dip.LP (University of Glasgow). I would like to thank Caitlin McFarlane for her comments on earlier versions of this article. I would also like to thank the reviewers of the AGLJ for their comments on the draft of this article.

Introduction

The right to the exclusivity of property is an issue that is encountered in all legal systems and a question that different jurisdictions have sought to find different solutions. *Blackstone* defined property as 'that sole and despotic dominion…over the external things in the world, in total exclusion of the right of the other individuals in the universe.'[1] Furthermore, the Supreme Court of the United States has decreed that the right to exclude is 'one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterised as property.'[2]

At the same time, however, jurisdictions are balancing this right to private property with a desire for people to access the land around them. In Norway the allemannstrett allows access rights over all rural land as long as they 'are exercised considerately with due care.'[3] While in England the Countryside and Rights of Way Act 2000 has opened up 3.2 million acres of private land,[4] or between eight and twelve percent of the country[5]. In Scotland there has been a debate around access to land for over one hundred years, spearheaded by James Bryce MP who introduced twelve bills regarding access to land.[6] Yet despite these efforts, rights for the public to access Scotland's land did

[1] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, Volume 2* (2nd edn, University of Chicago Press 1979) 1.

[2] *Kaiser Aetna v United States* (1979) 444 U.S. 164

[3] John W. Mackay, 'New Legislation for Outdoor Access: A Review of Party 1 of the Land Reform (Scotland) Act 2003', Scottish Affairs No 59 (2007) 1, 2.

[4] Jonathan Klick and Gideon Parchomovsky, 'The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment', University of Pennsylvania Law School Faculty Scholarship (2017) 942.

[5] Ken Ilganus, *This Land is Our Land How we Lost the Right to Roam and How to Take it Back* (Plume 2018) 72.

[6] John A. Lovett, 'Progressive Property in Action: The Land Reform (Scotland) Act 2003, 89 Nebraska Law Review (2011) 739, 759.

not materialise until 2003, when the public was granted a right of responsible access[7] to all of Scotland's land.[8]

This paper will discuss the law of exclusivity rights to land in Scotland. It will seek to provide a historical and theoretical context to the law in Scotland, which has been largely absent from scholarship.[9] It will begin by discussing the status of access to land before the Land Reform (Scotland) Act 2003 (hereafter the 2003 Act), public rights of way and the modern law. It will conclude that the law of Scotland has always had strong ownership rights. However, landowners only sought to protect their investment by petitioning for a strong right to exclude when land changed from being viewed as a jurisdictional power base, to an economic investment. As a result, landowners in this period sought to protect their investment, which gave rise to a position regarding access to land that was akin to a strict exclusionary approach. Since the passing of the 2003 Act however, the position can be categorised as a progressive approach that sits within the human flourishing theory of property rights.[10] This theory promotes property, not merely for the enjoyment of the owner, but for the public good. *Lovett* tells us that within the Human Flourishing Theory,

> 'the entitlements property law gives are important not because of their exclusionary power but because of what they enable people (both

[7] Land Reform (Scotland) Act 2003 Section 2.

[8] Except where access rights are not exercisable see Land Reform (Scotland) Act 2003 Section 6.

[9] With the exception of Lovett, *supra* note 6, 739-818 and Malcolm M. Combe, *Exclusion Erosion – Scots Property Law and the Right to Exclude*. in: Douglas Bain, Roderick R.M. Paisley, Andrew R.C. Simpson and Nikola J.M. Tait (eds), *Northern Lights: Essays in Private Law in Memory of Professor David Carey Miller* (Aberdeen University Press 2018).

[10] For more on the Human Flourishing Theory see Gregory S. Alexander and Eduardo M. Peñalver, *An Introduction to Property Theory* (Cambridge University Press 2012) 80.

> owners and non-owners) to become and to do with their lives in practices of social cooperation.'[11]

This represents a shift in the theory of ownership under Scots law and demonstrates that property rights themselves are transient in nature. Furthermore, recent acts of the Scottish Parliament, it will be argued, are an attempt to revert Scotland to an imagined historic position where people had greater access rights to land.

Right to Exclude in Scots Law

Throughout history, Scots law has enshrined strong rights of ownership and this continues to the present day. *Stair* categorised ownership as the 'main real right.'[12] Indeed *Erskine* stated that the Scottish concept of ownership 'necessarily excludes every other person but the proprietor.'[13] Another institutional writer, *George Joseph Bell*, similarly argued that property allows a 'right of deriving from land and its accessories all the uses or services which are capable. This right may be considered, in relation to others as "exclusive".'[14] Rankine on his treatise on landownership agrees with this sentiment by stating that to invade the 'exclusive right of enjoyment is in itself an injuria which he is entitled to get rid of without proving any actual damage.'[15] So protected were the rights of ownership that the eminent agriculturalist and lawyer *Sir*

[11] Lovett, *supra* note 6, 744.

[12] James Dalrymple Stair, *The Institutions of the Law of Scotland* (Edinburgh 1681), II, I, 28.

[13] John Erskine, *An Institute of the Law of Scotland* (1st edn, Edinburgh 1773; reprinted as *Old Studies in Scots Law*, Volume 5, Edinburgh Legal Education Trust 2014) II, 1, 1.

[14] George Joseph Bell, *Principles of the Law of Scotland* (10th edn 1899, 1989 Reprint Law Society of Scotland Butterworths) 939.

[15] John Rankine, *The Law of Land-Ownership in Scotland* (W Green & Sons 1909) 136.

John Sinclair wrote '[i]n no country in Europe are the rights of proprietors so well defined and so carefully protected.'[16] Compared to the modern situation in German law where owners of land under seventy five acres must transfer hunting rights to local associations, the opinions by authoritative writers demonstrate that historically there was a strong right of ownership in Scots law.

This is supported by judicial opinion, with Lord President Sir Ilay Campbell stating, 'as soon as property is established, every man becomes entitled to the exclusive right of exercising it.'[17] Moreover, in the same case the Lord Justice Clerk opined, '[p]roperty is sacred, no man can touch my property without my leave.'[18] Finally, Viscount Dunedin defined a trespasser as, 'one who goes on land without invitation of any sort and whose presence is either unknown to the proprietor or if known, is practically objected to.'[19] These strong ownership rights appear to adhere to a strict exclusionary approach, as they do not permit any interference with an owner's property.

Despite this strong legal right that is evident in legal writings and in case law, it has historically been a long-held belief that there is no law of trespass in Scotland. Indeed, Scottish Natural Heritage (SNH) found that '[t]here is a strong belief among Scottish people that by tradition they have access to hill country.'[20] Furthermore a 'commonly expressed sentiment is that there is no law of trespass in Scotland.'[21] However, this contradicts the legal position in

[16] Sir John Sinclair, *General Report of the Agricultural state and Political Circumstances of Scotland* (Archibald Constable and Company 1814) 115.

[17] *Earl of Breadalbane v Livingstone* (1791) 3 Pat 221.

[18] *Earl of Breadalbane*, 1 Hailes, 1084, Fac Coll. 10, 276: M4999.

[19] *Drumbreck v Robert Aidie and Sons (Collieries) Ltd* (1928) SC 547.

[20] SNH, Enjoying the Outdoors: A Programme for Action: A Scottish Natural Heritage Policy Paper (October 1994), page 37.

[21] Combe, *supra* note 9, 117.

Scotland that affords a landlord a strong right of ownership. This misconception was rebutted by Lord Trayner in *Wood v North British Railway Co* stating that it was 'loose and inaccurate'[22] to say that there is no law of trespass in Scotland. This decision by Lord Traynor demonstrates that legally there a law of trespass has existed under Scots Law. This, however, was not reflected in the attitudes of the population at large, thus, leading to a misunderstanding of the law.

The reason for this misunderstanding is the difficulty of enforcing an interdict; the main issue for a landowner wanting to exclude. The activity must be repeated. The Victorian laird Cameron of Lochiel summed up the issues of interdict for a landowner arguing that an interdict 'is perfectly useless, as the tourist or botanist does not intend going up a mountain a second time, and if he did, the expense and trouble attending the application would be out of all proportion to the advantage gained, seeing that a fresh batch of visitors might be expected the very next day.'[23] This problem was fueled by the popularity of hillwalking, or 'Munro Bagging' as it became known in Scotland. Accessing land became a culturally important pastime, which became possible with the advent of the railways, opening up the Scottish Highlands for the first time. Indeed, coupled with the establishment of the Youth Hostel movement, this led to mass access to rural Scotland for the first time. *Smout* comments that in the late nineteenth and early twentieth century there was 'a very large increase in rambling in the Highlands; its founders saw it as patriotic.'[24]

Furthermore for an interdict to be granted Lord Young opined that there must

[22] *Wood v North British Railway Co* (1899) 2 F 1.

[23] Cameron of Lochiel Letter to *The Times*, March 10, 1892.

[24] Thomas C. Smout, *Exploring Environmental History* (Edinburgh University Press 2009) 39.

be 'an appreciable wrong.'[25] Thus, prior to the passing of the 2003 Act, if someone was to access rural land in Scotland to, for example, climb a mountain, and upon climbing the mountain left and caused no damage there was no recourse that a landowner could have or to stop others from doing similarly.[26] Due to the difficulty of enforcing an interdict, a tradition of access and general tolerance by landowners emerged. SNH, however, were clear to assert that 'it is a "tradition": it is not a right. It has no basis and it is not observed by all landowners.'[27] Indeed many landowners simply, 'traditionally tolerated access to the countryside over their land, particularly in upland areas.'[28] Therefore, in Scotland, there emerged the curious position where landowners had a very strong legal right to exclude others in theory, however in practice, due to the difficulties in enforcing legal measures preventing access, a tradition of tolerance emerged, which was only altered by the 2003 Act.

Historic Rights to Land in Scotland

Whilst it has been demonstrated that legal opinion of the institutional writers from the eighteenth century and before asserted strong rights of ownership, the first acts criminalising access to land occurred in the nineteenth century. Thus, while in theory there existed a strong right to exclude prior to the nineteenth century, it was only in this period that rights of landowners were enforced vigorously. Furthermore, the case of *Dyce v Hay* in 1852 which rejected a claim for a general right of recreational access, marked what *Lovett* argues

[25] *Winans v MacRae* (1885) 12 R 1051.

[26] Note there are criminal offences relating to access to land. See Night Poaching Act 1828, Day Trespass Act 1832, Trespass (Scotland) Act 1865, Criminal Justice and Public Order Act 1994.

[27] Jeremy Rowan-Robinson, W.M. Gordon and Colin T. Reid, *Public Access to the Countryside A Guide to the Law, Practice and Procedure in Scotland* (Scottish Natural Heritage 1993).

[28] Malcolm M. Combe, *Law of Access to Land in Scotland* (Scotways 2018) 16.

was 'a "conservative backlash" against a liberalising view toward community uses.'[29] Before this period there exists evidence of a more relaxed approach to access and use of land. SNH found that there was evidence of local people having the freedom to enjoy the land, 'at least up to the nineteenth century.'[30] These sources demonstrate that there appeared to be a general tolerance of people accessing land, particularly in the Highlands up until the early nineteenth century. This reflected the position whereby land was primarily held for power and status reasons. Historically, the feudal holding of land was a method of administering justice in the name of the monarch.[31] However, as the agricultural enlightenment took place, land became viewed as a profit-making vehicle which triggered an incentive to protect this investment from outside interference. During this period of agricultural enlightenment in the late eighteenth century, revolutionary land management practices led to a 'complete overhaul of Scottish farming resulting in dramatic productivity gains: over the second half of the eighteenth century average grain yields increased between 200 and 300 per cent.'[32] Indeed, *Bonnyman* argues that Scotland and Denmark were the only countries in Europe to put the ideas of the agricultural revolution into practice 'to such an extent that the resulting changes could merit the term agricultural revolution'.[33] According to *Bonnyman*, the result of these changes consolidated 'the pre-eminent position of the existing landed classes and transformed a rural society with almost universal access to land to one

[29] Lovett, *supra* note 6, 759.

[30] SNH, *supra* note 20.

[31] See Hector L. MacQueen, *Common Law and Feudal Society in Mediaeval Scotland* (Edinburgh University Press 2016).

[32] Brian Bonnyman, *Agricultural Enlightenment, Land Ownership and Scotland's Culture of Improvement, 1700 – 1820*. in: Malcolm Combe, Jayne Glass and Annie Tindley (eds), *Land Reform in Scotland* (Edinburgh University Press 2020) 40-41.

[33] Ibid 40.

in which only a minority retained the legal right to land use.'[34] Therefore the period referred to as the agricultural revolution led to a conservative backlash by the courts which ushered in an approach akin to a strict exclusionary approach.

One of the main advocates of utilitarianism, *John Stuart Mill*, argued that for two Dukes to, 'shut up a part of the Highlands and exclude the rest of mankind from many square miles of mountain scenery...is an abuse; it exceeds the legitimate bounds of the right of landed property.'[35] This was the view adopted in Scotland prior to the conservative backlash, where local people had greater ability to access land. This approach was also sensitive to the differing view of land in Scotland. In the Lowlands, enclosure of land followed the English pattern, where communal interests known as commonties were eradicated in favour of private ownership when parliament allowed for division of these types of land holding.[36] In the Highlands, it took longer for enclosure to permeate the landscape and a communal system of landholding is still prevalent today in terms of common grazing in the crofting counties.[37] However, following the 'conservative backlash' the courts allowed for the division to happen to the whole country as a more exclusionary approach to property rights were sought by landowners. This therefore curtailed the development of recreational rights.

Accessing land as a form of leisure and recreation is a relatively recent phenomenon. There previously existed practical difficulties regarding travelling in the Highlands. Indeed, *Alexander* opines that during the mid-eighteenth century 'the Highlands were virtually inaccessible to outsiders and internal

[34] Ibid.

[35] John Stuart Mill, *Principles of Political Economy Book 2* (1848) 6.

[36] Division of Commonties Act 1695.

[37] Crofters Holdings (Scotland) Act 1886.

travel was extremely difficult.'[38] At the same time for local people living in remote areas there was an extensive system of public rights of way. These are rights in favour of the public over private land. They must 'go from one public place to another, as from one burgh to another, or from a burgh to a public port.'[39] This requirement for a right of way to connect public places has been subject to extensive litigation, however it must be a 'place to which the public resort for some definite and intelligible purpose.'[40] These public rights of way were created, according to *Bell* 'by possession of the prescriptive period of forty years or time immemorial.'[41] Time immemorial latterly came to also mean forty years[42] and the prescriptive period was reduced from forty to twenty years.[43] Equally, rights of way can be extinguished by negative prescription. *Rankine* tells us '[t]here is no doubt that disuse by the public for the space of forty years is an implicit surrender of their right and reacquisition by the landowner of unburdened ownership.'[44]

These rights of way provided access for local populations to attend church (kirk roads)[45], coffin roads to go to graveyards[46], drove roads for transport-

[38] Gregory S. Alexander, 'The Sporting Life: Democratic Culture and the Historic Origins of the Scottish Right to Roam', University of Illinois Law Review (2016) 321, 344.

[39] Stair, *supra* note 12, 2.7.10.

[40] *Hozier v Hawthorne* (1884) 11 R 767.

[41] George Watson, *Bell's Dictionary and Digest of the Law of Scotland* (7th edn, Bell & Bradfute 1890) 926.

[42] *Mann v Brodie* (1885) 12 R 52.

[43] Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973 Section 3(3).

[44] Cf. *MacFarlane v Morton* (1865) 4 M 257.

[45] *Smith v Saxton* (1927) SN 98.

[46] George Menzies, *Preface*. in: R.R.M Paisley, *Access and Rights of Way A Guide to the Law in Scotland* (Scotways 2006) 5.

ing cattle[47] and harbours[48] among other public places. Therefore, these public rights of way connected local populations to the places that they would require to go on their daily lives. For this reason, there was no need for a strict law of trespass as the system of public rights of way provided access to public places for local people. Furthermore, as these rights of way had been held since time immemorial, they were protected in law. Public rights of way became increasingly important as the courts took an exclusionary approach. They provided a legal mechanism for local people to access land. As an exclusionary approach was taken by the courts, public rights of way were the only routes that people could access land. This development formalised access to land in a manner it had not been previously. This fitted with the exclusionary theory of property, as it did not allow ad hoc access to land. Rather it only allowed access to land that was backed by law. Only when changes in transportation and population patterns occurred did this approach alter.

The Turning Point

The 'conservative backlash' identified by *Lovett*[49] was a product of a change in the way land was viewed, wider societal changes and the law itself following these patterns. Historically, particularly north of the Highland line, land was not as much of an economic vehicle but rather a jurisdictional source of power. Historic feudal rights such as raising an army, known as "hosting" 'was finally stamped out only after 1745 though it was declared illegal by an act of 1716.'[50] Furthermore heritable jurisdictions were abolished in 1747. *Cairns* argues these jurisdictions 'were seen as reflecting an archaic society that had

[47] See Archibald R.B. Haldane, *Drove Roads of Scotland* (Birlinn 2008).

[48] *Moncrieffe v Perth Habour Trustees* 1842, 5 D 289.

[49] Cf. *supra* note 6.

[50] Colin Francis Kolbert and Norman A.M. MacKay, *History of Scots and English Land Law* (Geographical Publications 1977) 48.

facilitated the Jacobite rebellion of 1745.'[51] This clamp down was a result of the failed Jacobite rebellion in 1745, which sought to overthrow the young British state. As a result, the power of Highland aristocracy was significantly curtailed in an attempt to make them more subservient to Westminster's power. These acts shifted the view of landownership from a way to administer power to an economic investment.

This development coincided with a change in thinking by enlightenment figures such as *Adam Smith*. Enlightenment ideas championed the enclosure of land to enhance productivity. Indeed, *Hoffman* has argued, 'Adam Smith's ideas became a guiding force behind rural development and the promotion of widely held private ownership.'[52] These ideas of enclosure led to holdings being consolidated by landowners into large single farm units and the eviction of tenants. This process in Northern and Western Scotland has become infamous in Scottish History, being termed the 'Highland Clearances'.[53] However there exists evidence that a similar pattern happened in the Lowlands of Scotland following enclosure in England, prior to the more notorious Highland experience.[54] Whatever the result of the clearances they were a product of land being viewed as a source of revenue. This is summarised by Alexander who argues, '*Gesellschaft* replaced *gemeinschaft* in the Highlands, as an individualistic, profit-maximising mentality took hold.'[55]

---

[51] John W. Cairns, *Historic Introduction.* in: Reinhard Zimmermann and Kenneth Reid, *A History of Private Law in Scotland* (Oxford University Press 2000) 147.

[52] Matthew Hoffmann, 'Why Community Ownership? Understanding Land Reforms in Scotland', 31 Land Use Policy (2013) 289 – 297, 294.

[53] See Thomas M. Devine, *The Scottish Clearances A History of the Dispossessed* (Allen Lane 2018).

[54] See Peter Aitchison and Andrew Cassell, *The Lowland Clearances Scotland's Silent Revolution 1760 – 1830* (Birlinn 2017).

[55] Alexander, *supra* note 38, 330.

The effects of this change in attitude were twofold. Firstly, as holdings were consolidated into large units, people were forced off the land to urban areas, abroad or to the coastal regions. Therefore, the historically used public rights of way had nobody to continue using them and as a result, they either became lost through negative prescription or more simply fell out of local knowledge.

Secondly, now that land was viewed as an investment, landowners sought to protect their investment and therefore began to litigate if people were taking access over, or use of, their land. This led to the 'conservative backlash' in the mid-nineteenth century in *Dyce v Hay*. The courts, however, were administering the law of Scotland as per the institutional writers. As it has been demonstrated, these earliest writers enshrined strong ownership rights on Scots law. Therefore, in this period the utilitarian approach to property rights in practice was replaced by an exclusionary approach. This approach interpreted the law in a strict manner in favour of property rights of the landowner at the expense of local populations. Thus, landowners had a reason to keep people off land in order to protect what was now a source of profit. Public rights of way at this period were the only routes by which people could legally access land. However, these were lost when local populations were cleared off the land.

As the nineteenth century progressed landowners had even greater reasons to protect their land. The railways revolutionised society and opened up the Highlands for the first time. This saw the popularity of shooting rise to new levels and increased profits for landowners as the wealthy from Lowland Scotland and England flocked to take part in hunting, popularised by Queen Victoria and Prince Albert. Indeed, after a slump in wool prices in the late nineteenth century, '[f]or the land owner, the real gain was now all in deer foresting.'[56] This craze for deer hunting led to an estimated 2 million acres converted into deer

[56] Ibid. 338.

forests by 1860.[57] As the popularity of hunting grew in the mid-nineteenth century, landowners did not want profits from this activity to be hampered by people encroaching on their land. As a result, they sought legal recourse through the courts. This risk of others encroaching on land was increased by the advent of the railway, with which people of all classes could access Scotland's land for the first time. When land began to become a profit-making entity the theory surrounding ownership of land was updated to facilitate profit maximisation.

Economic reasons were not the sole reason for this change in administering the right to exclude. Scotland's Roman legal tradition made it receptive for *Pandecist* legal scholarship from Germany. The *Pandectists* revisited Roman law and updated their doctrines in light of the new world order in the nineteenth century. The Scottish tradition of looking to Europe for legal ideas and sending budding advocates to the Netherlands and France in particular, meant that these ideas were embraced in Scotland.[58] Indeed, *Baron Rodger of Earlsferry* (as he then was) calculated extrajudicially that between 1800 and 1899 fifty members of the faculty of advocates received education in Germany, by far the most popular country in that century.[59] *Pandectist* thought became increasingly important due to the dominance that Westminster exerted over Scots law. Indeed, there were concerns for the independence of Scots law during this period.[60] However, the adoption of *Pandectist* thought, according to *Cairns*, provided a vehicle for 'Scots law to continue to be independent, and to stress

[57] Graeme Morton, *Ourselves and Others Scotland 1832 – 1914* (Edinburgh University Press 2012) 21.

[58] Andrew R.C. Simpson and Adelyn L.M. Wilson, *Scottish Legal History Volume One* (Edinburgh University Press 2017) 333.

[59] Alan Ferguson Rodger (later Lord Rodger of Earlsferry), 'Scottish Advocates in the Nineteenth Century: the German Connection', (1994) 101 LQR 563.

[60] John W. Cairns, 'The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century', 20 Syracuse J. Int'l L & Com. (1994) 191, 202.

the necessity for the independence.'[61]

The key area of *Pandectist* influence in Scots law is ownership. A pillar of *Pandectist* thinking was the right to exclusivity of property, and this ideal was spread throughout the world. *Van Der Walt* opines that in *Pandectist* scholarship '[o]wnership is described as exclusive to indicate that it is held and exercised by an individual owner to the exclusion of others, thereby, providing a guaranteed sphere of individual freedom.'[62] As this scholarship was imported into Scotland, it was a contributing factor to the 'conservative backlash' under which the courts began to administer property rights in a more exclusionary manner. Adopting the *Pandectist* ideas of ownership to fit within the exclusionary theory facilitated land to be exploited for private profit making at the expense of local access. Not only did the courts interpret the law as defined by the historic institutional writers, but also the latest legal thought which reflected economic patterns.[63] As the view of land changed, the courts adopted an exclusionary approach. The adoption of continental legal thought constituted the continuation of a tradition of the outward looking nature of Scots law. Scots lawyers throughout history have looked to continental Europe for inspiration for the legal system which resulted in a distinctive legal system. This position remained the case legally until the passing of the 2003 Act, although as has been noted, the extent to which landowners enforced or litigated against access takers was varied.

The Scottish Parliament

In 1999, for the first time since 1707 Scotland once again had a Parliament. One of the main areas that the Holyrood Parliament was active in legislating

[61] Ibid.

[62] A.J. Van Der Walt, 'The South African Law of Ownership: A Historical and Philosophical Perspective', 25 De Jure (1992) 446, 454.

[63] Cairns, *supra* note 60, 197.

upon in the early years was land. One of the flagship policies of the first term of Parliament was the 2003 Act. As has been discussed, the legislator had realised that there existed a widespread misunderstanding of the law of trespass in Scotland. The 2003 Act introduced a general right of access across land in Scotland for recreational purposes, relevant educational or profit-making activity;[64] however, subject to the caveat that they must be exercised responsibly.[65] There are similarities to this Act around the world. Particularly the longstanding Scandinavian right to roam custom which was later enshrined in legislation. The Norwegian *allmannstrett* and Swedish *allemansträtten* were analyzed by scholars prior to the passage of the Act, with *Blackshaw*,[66] *MacKay*[67] and *Sellar*[68] drawing international comparisons at the passage of the 2003 Act. This Act fundamentally alters the theoretical basis of the law in Scotland.

Despite the 2003 Act, the owner of property is still in a strong position in Scots law. *Gordon and Wortley* assert that there are two main substantive rights provided by ownership 'the right to ultimate exclusive use, and (2) the right to use and enjoy the land, including the right to grant use and temporary incursions into it.'[69] A restatement of the law in no uncertain terms was given by Lord Turnbull who stated, 'the general law of landownership in Scotland entitles the petitioner to have exclusive use of its property, to resist encroachment upon it

[64] Land Reform (Scotland) Act 2003 Section 1 (3).

[65] Ibid.; Section 2(1) the Scottish Outdoor Access Code .

[66] Alan Blackshaw, 'An Historical Approach to the New Outdoor Access Legislation', Scottish Affairs No. 62 (2008) 1-46; Alan Blackshaw, 'Implied Permission and the Traditions of Customary Access', 3 Edinburgh L. Rev. (1999) 368-380.

[67] Mackay, *supra* note 3, 1 – 29.

[68] William David Hamilton Sellar, 'The Great Land Debate and the Land Reform (Scotland) Act 2003', Norsk Geografisk Tidsskrift – Norwegian Journal of Geography, 60:1 (2006) 100,101.

[69] William M. Gordon and Scott Wortley, *Scottish Land Law Volume 1* (W Green 2009) 13.05.

and to otherwise regulate the use of its property.'[70]

The 2003 Act changes property theory in Scotland to a more progressive system, where the right of owners are protected. Today it can be seen that in Scotland, a landowner does not have the right to exclude others from her land. However, she does have the right to exclude others from her house and the area surrounding it.

There are, however, certain areas in which access rights are not exercisable.[71] These include land in which crops have been sown,[72] a sports field[73] and crucially for the purposes of exclusivity rights, 'sufficient adjacent land to enable persons there to have reasonable measures of privacy in that house or place and to ensure that their enjoyment of that house or place is not unreasonably disturbed.'[74] Therefore, under the current law in Scotland a landowner does not have the right to exclusive possession of her land, rather just her house. This is because all land is accessible by members of the public as long as they exercise their right responsibly. This access to land reflects a cultural attachment to land that has been prevalent in Scotland. In spite of the exclusionary theory of property rights adopted by the Scottish courts in the 1850s, a tradition of accessing land in the late nineteenth century developed. Such manifested itself in what became known as 'Munro bagging', the name given to the tradition of climbing the two hundred and eighty-two 'Munros' in Scotland.[75] Therefore,

---

[70] *Scottish Parliamentary Corporate Body v Sovereign Indigenous Peoples of Scotland* (2016) SLT 761.

[71] Land Reform (Scotland) Act 2003 Section 6.

[72] Ibid. Section 6 (1) (i).

[73] Ibid. Section 6 (e) (ii).

[74] Ibid. Section 6 (1) (b) (iv).

[75] Mountains in Scotland over 3,000 feet originally identified by Sir Hugh Munro, *Munro's Tables of 3,000 Feet Mountains in Scotland, and Tables of Other Lesser Heights* (Scottish Mountaineering Club 1891).

the 2003 Act finally formalised rights that Scottish people had been illegally enjoying in spite of the strict exclusionary approach taken by the courts.

The somewhat vague nature of this section has given rise to litigation, however, not nearly as much as some feared.[76] To respond to these cases the Sheriff Courts have created an objective test that Lovett has termed the 'property specific objective test.'[77] This test seeks to balance the interests of the homeowner and any changes that may occur to the property, with the needs of the surrounding environment and other access takers. In the seminal case on the matter, *Gloag v Perth and Kinross Council*,[78] it was ruled that the specific characteristics of the property must be taken into account when assessing the right to privacy. Crucially in this case however, Sheriff Fletcher opined that 'persons capable of and interested in purchasing a house of the kind …would not consider doing so if the house itself and its grounds, and by that I mean a substantial area round the house were not able to be used by them privately.'[79] The Sheriff argued that those with a larger property in rural areas are entitled to a greater degree of privacy. However, this assessment is contrary to the Act itself, which makes no mention of the size of property. Thus, by this decision larger properties are granted greater rights of exclusivity than smaller properties. In this case Gloag was entitled to have 14.5 acres that could not be accessed by the public.[80]

In the similar case of *Snowie v Stirling Council*,[81] the couple that owned the property attempted to have a large area of the total seventy-acre estate closed from public access. Sheriff Cubie decided that 12.6 acres, a similar amount to

[76] Lovett, *supra* note 6, 791.

[77] Ibid.

[78] (2007) S.C.L.R 530.

[79] Ibid. at 545.

[80] Ibid.

[81] (2008) S.L.T 61 (Scot. Sheriff Ct).

Gloag, were to be excluded from public access. While there are some factual differences in the two cases, the decisions are very similar. Therefore, judicial decisions have demonstrated that while all properties have a right to privacy under the legislation, the fact that individual characteristics of properties must be taken into consideration, means that in practice this is mostly to the benefit of large properties. These cases demonstrate a lack of theoretical understanding regarding the current law in Scotland. As there is no guidance to this question in statute the Sheriff in Gloag had to interpret the law. Furthermore, because legal scholarship in this area has almost been completely devoid of theoretical analysis[82] the Sheriff could not build on an academic consensus when making his decision.

The Human Flourishing Theory is a theory of property rights which advances the needs of the wider community at the heart of privately-owned property. It suggests that while property has a private benefit, certain types of property also have an obligation for wider public good. *Alexander* proposes that under the Human Flourishing Theory,

> '[p]roperty owners are obligated to provide from their surplus, and in ways that are appropriate to them as property owners, to the communities to which they belong…those benefits that the community reasonably regards as necessary for development of the capabilities essential to human flourishing.'[83]

One such example of the Human Flourishing Theory in action has been access to beach cases in the United States. The justification is that '[r]ecreation is not a luxury but a necessity. It is an important aspect of the capabilities of both

[82] With the exception of Lovett and Combe, cf. *supra* note 9.

[83] Gregory S. Alexander, 'Ownership and Obligations: The Human Flourishing Theory of Property', 43 Hong Kong Law Journal (2013) 451, 458-459.

life and sociability.'[84] Therefore the Human Flourishing Theory places public recreation on a par with private interests. If we take this to be the definition of the Human Flourishing Theory, the law in Scotland sits squarely within this. The Law in Germany also fits within this theory. While there is a criminal law of trespass in Germany, this only applies to enclosed areas.[85] Thus, accessing unenclosed areas of land is not contrary to the criminal law. Moreover, the position of access to rural land in Germany is similar to that in Scotland; the National Forest Act 1975 granting access to forests for recreational purposes.[86] Finally, the German constitution provides a definition of property that takes into account the Human Flourishing Theory. It states '[p]roperty entails obligations. Its use should also serve the public interest.'[87]

While the decision of Sheriff Fletcher has been questioned, if we view the 2003 Act as fitting within the human flourishing theory of property rights as has been argued in this article, his decision is correct. While the Human Flourishing Theory puts public recreation before private interests there must be a limit. This limit is residential property. Indeed, *Alexander and Peñalver* note that within the Human Flourishing Theory the right to exclude 'has always been at its strongest with respect to the home'[88] and this is the position followed in Scotland. The vast majority of private land is available for public access, the major exception is land which grants sufficient privacy to dwellings. This definition of privacy is rightly based on the specific property in question, as different properties have different characteristics. While it is entirely correct

[84] Ibid. 460.

[85] German Criminal Code Section 123.

[86] National Forest Act of the 2 May 1975 (BGB1. I S. 1037), with amendments of the 31 July 2010 (Section 14(1)).

[87] Grundgesetz [GG] [Constitution] art. 14(2) (F.R.G), *translated in* A.J. Van Der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* (Kluwer Law International 1999) 121.

[88] Alexander and Peñalver, *supra* note 10, 152.

that Scotland has moved to a progressive system of property rights that fit with the cultural understanding of land, both economically and personally valuable land assets must still be protected under the law. There is a need for an element of exclusion and valuable assets rightly receive greater protection under law, which manifests itself as exclusive use of land.

Due to the pre-existing 'tradition' of access to upland areas there has been little litigation on the matter. Particularly in the latter half of the twentieth century most landowners came to tolerate access takers in an attempt to avoid an act of parliament forcing landowners to open their land. However, this strategy spearheaded by the Scottish Landowners Federation failed. The 2003 Act is an attempt to reverse the 'conservative backlash' by the courts after *Dyce v Hay* in 1852 to a more historic position as has been discussed above, under which people were not subject to such a strict interpretation of the right to exclude. This is further demonstrated by Part 2 of the 2003 Act which establishes a community right to buy.[89] This too can be seen as an effort to turn away from sweeping private ownership and return to a historic system of communally owned land where recreational rights are of prime importance. Thereby, property theory today fits within the Human Flourishing Theory. This change demonstrates that ownership can and should reflect societal understanding of land.[90]

Conclusion

The theory of ownership in Scots law has changed throughout the centuries. While a strong right of ownership has been evident since the writings of *Stair*, the power of exclusivity of ownership was not regularly enforced. With enlightenment thinking however, exclusivity of ownership was prized as land

[89] See John Bryden and Charles Geisler, 'Community-based land reform: Lessons from Scotland', Land Use Policy (2007) 24 – 34.

[90] See Ian H. Adams, 'The Legal Geography of Scotland's Common Lands', Revue de l'Institut de Sociologie (1973) 259 – 323.

was seen as an economic investment. Therefore, in the mid-nineteenth century a strict exclusionary approach became evident. The catalyst for this was *Dyce v Hay* which heralded a conservative backlash. This conservative backlash was a response to the changing view of land in wider society, transformed from a source of power to an economic investment that must be protected. Therefore, as the role of land changed, the law and legal theory had to change with it. This development was strongly influenced by contemporary *Pandectist* scholarship that adopted an exclusionary approach to land.

However, the 2003 Act saw a shift of property theory to a progressive system that today puts Scottish property rights within the Human Flourishing Theory. This approach holds property in private hands but puts the public good at the heart of its doctrine. In Scotland, this public good is demonstrated through recreation, as access takers have a right to access all land in Scotland. This is a similar position to the law in Germany, where the constitution states that property must be held for the public interest. This German position goes further than what is seen in Scotland. On a practical level, however, the two countries have very similar land access regimes. In Germany, access to forests for recreation is permitted, which can be seen as analogous with the Right of Responsible Access enshrined in the 2003 Act. Therefore, both jurisdictions fit within the Human Flourishing Theory of property rights. This is a practical result of the influence of continental scholarship upon Scots law, where the law of access to land is more akin to the civil law than in common law jurisdictions.

This paper has attempted to chart the evolution and theory of property rights, as such has been largely missing from scholarly debate. As a result, confusion has arisen when privacy cases were taken to court. However, as has been argued, the property specific objective test as adopted by the Sheriffs is the correct approach to protect private property interests while still in keeping with the Human Flourishing Theory. Furthermore, the historic context provided by

this paper is important as it has demonstrated that property rights are not static. Rather they are transient, and as a wider societal view of land shifts, so should ownership rights. This change is summarised by *Watkin* who argues

> '[t]he concept of ownership therefore is not static; it is affected by the prevailing intellectual climate and has indeed undergone extensive change over time.'[91]

Nowhere is this more clear than in Scotland, where in the space of one hundred and fifty years land is once again viewed as a community entity, and not merely a private asset as viewed by Enlightenment and Pandectist thinkers. Today land in Scotland and Germany, is a resource to foster human wellbeing as per the human flourishing theory. However, it also strongly protects private ownership and privacy.

[91] Thomas Glyn Watkin, *Can the Law Ensure Proper Stewardship of Land*. in: Paul Beaumont (ed), *Christian Perspective on the Limits of the Law* (Paternoster Press 2002) 124.

EZB und EuGH im Ultra-vires-Netz des BVerfG
Die weitreichenden Folgen des Urteils des BVerfG zum Public Sector Purchase Programme der EZB

von
Jan Fleischmann

Freie Universität Berlin
University of Birmingham

Zusammenfassung

Anknüpfend an den Beitrag „Zwischen OMT-Programm der EZB und europäischem Auslieferungsverkehr – Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts“ in der AGLJ-Ausgabe Vol. 2 2016 analysiert dieser Beitrag das kürzlich verkündete PSPP-Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020, welches das Ende eines sechsjährigen Dialogs zwischen EuGH und BVerfG in den beiden Vorlageverfahren „OMT“ und „PSPP“ markiert. Zunächst wird das PSPP kurz vorgestellt, anschließend mit dem OMT-Programm verglichen und schließlich in den Kontext der hierbei wesentlich weiterentwickelten höchstrichterlichen Judikatur zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts eingeordnet. Darauf aufbauend wird der Versuch unternommen, mögliche juristische Konsequenzen für aktuelle europäische Krisen-Projekte wie Euro-/“Corona“-Bonds und das Anleihekaufprogramm Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) aufzuzeigen. Ein Ausblick auf den möglichen weiteren Verlauf des Verfahrens und die Frage nach einem potenziellen Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland sollen den Beitrag abrunden.

A. Einleitung

„Tabubruch", „Attentat auf Europa" und „Paukenschlag", das waren einige der Ausdrücke, die in Reaktion auf das Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020[1] zum Public Sector Purchase Programme (PSPP) der EZB folgten.[2] Das BVerfG hatte entschieden, der Vorabentscheidung des EuGH vom 11. Dezember 2018[3] nach erfolgter Vorlage vom 18. Juli 2017[4] gemäß Art. 267 AEUV ausnahmsweise nicht zu folgen, da man das Urteil des EuGH (ebenso wie das Handeln der EZB[5]) als ultra vires ansehe[6] und sich aus diesem Grund nicht daran gebunden fühle[7]. Im Ergebnis dürfe die Bundesbank nur weiter an dem Programm teilnehmen, wenn der EZB-Rat innerhalb von drei Monaten die Verhältnismäßigkeit des PSPP prüft und schriftlich darlegt.[8]

Sowohl formal, als auch inhaltlich ähnelt das Verfahren stark dem kurz zuvor abgeschlossenen Verfahren Outright Monetary Transactions (OMT), welches als EuGH-Rechtssache Gauweiler in ganz Europa bekannt geworden war. In diesem Verfahren hatte das BVerfG (zum ersten Mal in seiner Geschichte)

---

[1] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

[2] *ARD alpha-demokratie*, Das EZB-Urteil aus Karlsruhe.

[3] EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, AZ.: C-493/17; Urteilsanmerkungen siehe etwa *Heide,* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, AZ.: C-493/17 = JZ 2019, 296; *Müller-Graff,* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, AZ.: C-493/17 = EuZW 2019, 162. Ferner sind auch die Schlussanträge sehr lesenswert, GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17.

[4] BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2017, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.= BVerfGE 146, 216.

[5] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, u.a. Rn. 165.

[6] Ebenda, u.a. Rn. 118, 119.

[7] Ebenda, Rn. 119.

[8] Ebenda, Rn. 235.

am 14. Januar 2014 den EuGH um Vorabentscheidung ersucht.[9] Dem kam der EuGH mit Urteil vom 16. Juni 2015 nach.[10] In seinem endgültigen Urteil vom 21. Juni 2016[11] akzeptierte das BVerfG die Argumentation des EuGH größtenteils, übte gleichwohl aber unüberhörbar Kritik. Diese Kritik gipfelte in einer Art verfassungsrechtlicher Definition der Reichweite des primärrechtlich kodifizierten[12] Mandats des EuGH.[13] Bereits in seinem Honeywell-Beschluss vom 6. Juli 2010 hatte das BVerfG dem EuGH eine Fehlertoleranz eingeräumt, deren Reichweite aber noch nicht bestimmt.[14] Dies geschah erst im OMT-Urteil, dessen betreffende Textstelle aufgrund ihrer Bedeutung hier erneut[15] zu rezitieren sei:

> „Eine Grenze findet dieser mit der Aufgabenzuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV notwendig verbundene Spielraum erst bei einer offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge. Erst wenn der Gerichtshof diese Grenze überschritte, wäre auch sein Handeln nicht mehr durch Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV gedeckt, fehlte seiner Entscheidung für Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation.“[16]

[9] BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2014, AZ.: 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 13/13 = BVerfGE 134, 366.

[10] EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, AZ.: C-62/14.

[11] BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2016, AZ.: 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 13/13 = BVerfGE 142, 123.

[12] Die Aufgabe des EuGH ist es, entsprechend Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV die einheitliche Auslegung und Anwendung von Unionsrecht zu sichern, vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I/ Staatsorganisationsrecht, Rn. 544.

[13] BVerfG, BVerfGE 142, 123, Rn. 149.

[14] BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010, AZ.: 2 BvR 2661/06 = BVerfGE 126, 286 (307).

[15] vgl. bereits *Fleischmann,* AGLJ 2016, 64 (73).

[16] BVerfG, BVerfGE 142, 123, Rn. 149.

Die Präzedenz, die das BVerfG mit dieser Konkretisierung geschaffen hatte, griff es in seinem PSPP-Urteil auf und warf dem EuGH nunmehr vor, mit seiner Billigung des Ultra-vires-Handelns der EZB selbst ultra vires zu handeln.[17] Obwohl es zuvor betont hatte, seine Auslegung nicht an die Stelle derjenigen des EuGH setzen zu wollen,[18] tat es im PSPP-Urteil nun genau das.

Im Folgenden schienen sich dann plötzlich all jene äußern zu wollen, die sich sonst nie zu Urteilen des BVerfG äußern: Der Vorsitzende Richter des XIII. Zivilsenats des BGH, Peter Meier-Beck, teilte in einem Gastbeitrag im Kartellrechtsblog *D'Kart Antitrust Blog* sein „Entsetzen" über das Urteil und nannte es einen „Angriff auf die Europäische Union als rechtlich verfasste Gemeinschaft europäischer Demokratien".[19] Zudem warnte er davor, dass es Staaten wie Polen und Ungarn sehr gelegen komme.[20] Der EuGH, der sich üblicherweise ausschließlich zu eigenen Urteilen und nicht zu solchen mitgliedstaatlicher Gerichte äußert, gab gar eine Pressemitteilung[21] heraus. Darin verwies er trotz einer Vor- und einer Nachbemerkung, sich nicht konkret äußern zu wollen, „ganz generell" auf die Bindungswirkung seiner Urteile und die andernfalls drohenden Konsequenzen für die „Einheit der Unionsrechtsordnung" und die „Rechtssicherheit".[22] Auch die EU-Kommission kommentiert derartige Urteile normalerweise nicht. Dennoch

[17] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, u.a. Rn. 118, 119. Bereits in Reaktion auf den OMT-Vorlagebeschluss war dies durch Teile der Literatur antizipiert worden, vgl. etwa *Müller-Franken,* Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2014, AZ.: 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13 = NVwZ 2014, 501 (515).

[18] BVerfG, BVerfGE 126, 286 (307).

[19] *D'Kart Antitrust Blog*, Ultra vires? – Peter Meier-Beck zum Urteil des BVerfG.

[20] Ebenda.

[21] *Europäischer Gerichtshof*, Presseerklärung Nr. 58/20 im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020.

[22] Ebenda.

gab die derzeitige EU-Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen eine persönliche Erklärung ab, in der sie betonte, die „klare Stellungnahme“[23] des EuGH „genau zur Kenntnis genommen“ zu haben.[24] Gleichzeitig pochte sie auf die ausschließliche Zuständigkeit der EU für ihre Währungspolitik, den Vorrang des EU-Rechts vor nationalem Recht und die Bindungswirkung von EuGH-Urteilen.[25] Darüber hinaus – und vor allem diese Meldung war es, die ein breites Echo in europäischen Leitmedien fand[26] – prüfe man „nächste Schritte, welche auch die Option von Vertragsverletzungsverfahren umfassen könnten“.[27]

Selbst das BVerfG selbst, dass sonst getreu dem Motto, *durch* seine Urteile zu sprechen und nicht über sie, außerhalb des Gerichtssaals keine Stellung nimmt, schien eine Ausnahme machen zu wollen. Bundesverfassungsrichter Peter Huber gab gleich mehrere Interviews. Bisweilen schien es gar, als hätte das BVerfG aus gegebenem Anlass eine eigene Kampagne in deutschen und internationalen Leitmedien gestartet, um negativer Berichterstattung vorzubeugen und seine Argumentation im PSPP-Urteil zu verteidigen.[28]

---

[23] Ebenda.

[24] *Europäische Kommission*, Erklärung von Präsidentin von der Leyen.

[25] Ebenda.

[26] Siehe etwa nur *ARD Tagesschau*, EU prüft Verfahren gegen Deutschland; *Focus Online*, Streit nach EZB-Urteil: Von der Leyen erwägt EU-Verfahren gegen Deutschland; *Handelsblatt*, Der Euro kann nur überleben, wenn Deutschland einer gemeinsamen Schuldenaufnahme zustimmt; *Reuters*, With economic integration pledge, Merkel seeks to defuse ECB time-bomb.

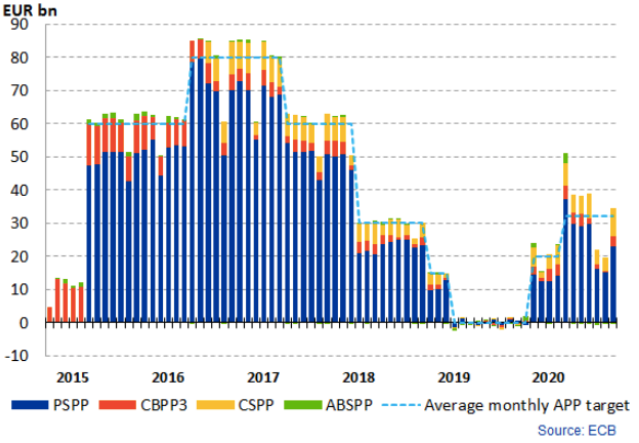
[27] *Europäische Kommission*, Erklärung von Präsidentin von der Leyen.

[28] Vgl. etwa *Bloomberg*, German Judges Strike Back, Say ECB Isn’t Master of Universe; *Financial Times*, German judge warns EU over ‘very difficult to resolve’ legal crisis; *Frankfurter Allgemeine*, „Das EZB-Urteil war zwingend“; *Süddeutsche Zeitung:* „Wir haben Applaus von der falschen Seite bekommen“, *Handelsblatt*, Verfassungsrichter verteidigt EZB-Urteil gegen Kritik.

Währenddessen kündigte die Präsidentin der EZB, Christine Lagarde, an, man werde unbeirrt weiterhin tun, „was nötig sei“, um ihr Mandat zu erfüllen.[29]

B. Die Konditionen des Public Sector Purchase Programme (PSPP)

Das Public Sector Purchase Programme (PSPP) wurde im Beschluss 2015/774 der EZB rechtlich formalisiert. Es ist eines von vier Teilprogrammen des von der EZB am 22. Januar 2015 angekündigten erweiterten Programms zum Ankauf von Wertpapieren, dem Expanded Asset Purchase Programme (APP). Im Einzelnen sind dies neben dem PSPP auch das Corporate Sector Purchase Programme (CSPP), das Asset-Backed Securities Purchase Programme (ABSPP) und das Third Covered Bond Purchase Programme 3 (CBPP3).



Bildquelle: *Europäische Zentralbank*, Asset purchase programmes.[30]

[29] *Handelsblatt*, Der Euro kann nur überleben, wenn Deutschland einer gemeinsamen Schuldenaufnahme zustimmt.

[30] *Europäische Zentralbank*, Asset purchase programmes.

Betrachtet man das Volumen monatlicher Nettoankäufe von Titeln im Rahmen des APP und vergleicht das Nettovolumen der vier einzelnen Teilprogramme untereinander, so lässt sich schnell feststellen, dass das PSPP mit einem Anteil von schätzungsweise 60 bis 90% (je nach Monat) den weitaus größten Teil der gesamten APP-Ankäufe ausmacht.

Bis heute (Stand: 25. September 2020) lässt sich das Gesamtvolumen des PSPP auf 2,295 Billionen Euro beziffern.[31] Die Ankäufe werden nach Maßgabe eines im PPSP-Beschluss[32] definierten Aufteilungsschlüssels[33] getätigt: 10% entfallen auf durch internationale Organisationen und multilaterale Entwicklungsbanken begebene Anleihen, die restlichen 90% setzen sich aus durch Zentralregierungen, regionale und lokale Gebietskörperschaften und anerkannte Organe begebene Anleihen zusammen.[34] Der Anteil der nationalen Zentralbanken am Buchwert der insgesamt angekauften Anleihen beträgt hierbei 90%.[35] Die Risiken und Verluste werden in Höhe von 20% der Gesamtankäufe (davon 10% Ankäufe der EZB und 10% Ankäufe der Nationalen Zentralbanken) unter den nationalen Zentralbanken aufgeteilt.[36] Eine Gewinn- und Verlustverteilung für die restlichen 80% ist nicht vorgesehen - jede Nationale Zentralbank trägt die eigenen Risiken.[37]

---

[31] Ebenda.

[32] *Europäische Zentralbank*, Beschluss (EU) 2015/774 der EZB vom 4. März 2015.

[33] Detaillierter dazu sogleich.

[34] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 14; *Europäische Zentralbank*, Beschluss (EU) 2015/774 der EZB vom 4. März 2015, Art. 6 Abs. 2 S. 1. Bis zur Änderung der Vorschrift durch Beschluss (EU) 2016/702 der EZB vom 18. April 2016, ABl. 2017 L 121/24, zum 18. April 2018, war eine Verteilung von 8% zu 92% vorgesehen.

[35] Ebenda.

[36] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 23; *Europäische Zentralbank*, Beschluss (EU) 2015/774 der EZB vom vom 4. März 2015, Art. 6 Abs. 2 S. 1.

[37] Ebenda.

C. Vergleich des PSPP mit dem OMT-Programm

Vergleicht man das PSPP mit dem OMT-Programm, so lassen sich Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede feststellen: Beide Programme sehen den Ankauf von öffentlichen Anleihen (public sector bonds) am Sekundärmarkt vor. Während das OMT-Programm ein eigenständiges Programm ist, ist das PSPP nur eines von vier Teilprogrammen des APP. Vielmehr zeichnet sich das PSPP durch seine Subsidiarität[38] gegenüber den anderen Teilprogrammen aus, die jeweils den Ankauf von Anleihen des privaten Sektors vorsehen. Ein weiterer Unterschied liegt in der praktischen Relevanz der beiden Programme: Während das OMT-Programm letztlich nie zur Anwendung gekommen ist und von Anfang an als absolutes Krisenwerkzeug konzipiert war, ist das PSPP mit dem bereits erwähnten gewaltigen Gesamtvolumen von ca. 2,295 Billionen Euro (Stand: 25. September 2020) extensiv zur Anwendung gekommen. Letztlich unterscheidet sich auch die Art und Weise, wie die Ankäufe auf dem Sekundärmarkt jeweils getätigt werden sollten bzw. getätigt wurden. Im Fall des OMT-Programms sollten die Staatsanleihen gerade selektiv, also idealerweise in den von der Finanzkrise besonders betroffenen südeuropäischen Mitgliedstaaten getätigt werden (*Selektivität*), was dem OMT-Programm den Vorwurf einbrachte, dem Verbot Monetärer Staatsfinanzierung gemäß Art. 123 AEUV zuwiderzulaufen. Im Fall des PSPP hingegen erfolgt die Verteilung der Ankäufe auf die Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 2 des Beschlusses 2015/774 anhand des Schlüssels für die Kapitalzeichnung der EZB gemäß Art. 29 des Protokolls über das ESZB und die EZB. Während das OMT-Programm sich also durch einen selektiven Ankauf auszeichnet, erfolgten die PSPP-Ankäufe in repräsentativer, proportionaler Art und Weise. Weiterhin zeichnet sich das OMT-Programm im Vergleich zum PSPP auch durch seine *Konditionalität*

[38] Zum Verständnis siehe GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 56.

aus. Das bedeutet, dass der Mitgliedstaat, dessen Anleihen im Rahmen des OMT-Programms erworben werden sollen, bereits (*Parallelität*) an einem Programm der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) bzw. des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) teilnehmen muss. Beim PSPP hingegen gibt es keinen Zusammenhang der Konditionalität und/oder Parallelität. Schlussendlich gibt es auch einen Unterschied zwischen OMT-Programm und PSPP im Umgang mit der zusätzlich geschaffenen Liquidität: Das Konzept für das OMT-Programm sah vor, dass „die durch OMT geschaffene zusätzliche Liquidität durch entsprechende Anpassung des übrigen geldpolitischen Instrumentariums vom Markt abgeschöpft“[39] werden sollte. Letzteres würde dem Sinn und Zweck des PSPP als Maßnahme des Quantitative Easing zuwiderlaufen, „weil hierbei das große Anleiheankaufvolumen die im Umlauf befindliche Menge an Zentralbankgeld gerade erhöhen soll“[40].

D. Verstoß gegen das Verbot monetärer Staatsfinanzierung (Art. 123 AEUV)?

Wie der EuGH in der Rechtssache Gauweiler festgehalten hat, muss das Tätigwerden auf dem Sekundärmarkt mit hinreichenden Garantien versehen werden, um in Einklang mit Art. 123 AEUV zu sein.[41] Dies setzt im Einzelnen voraus, dass 1. keine Wirkungsgleichheit mit einem unmittelbaren Erwerb, also einem Erwerb der Anleihen am Primärmarkt besteht;[42] und dass 2. die Ankäufe ihrer Art nach nicht dazu geeignet sind, den Mitgliedstaaten den Anreiz zu nehmen, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.[43] Beides

[39] *Sikora*, EWS 2019, 139 (140).

[40] Ebenda.

[41] EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, AZ.: C-62/14, Rn. 102.

[42] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 50, welche sich auf EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, AZ.: C-62/14, Rn. 97 beziehen.

[43] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17,

sei im Fall des OMT-Programms eingehalten worden.[44] Begründet wird dies mit den vorgesehenen sechs Sicherungsmechanismen/"Garantien",[45] die laut den Schlussanträgen des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 8. Oktober 2018 und laut dem Urteil des EuGH vom 11. Dezember 2018 dafür sorgen, dass die Sekundärmarkt-Ankäufe im Rahmen des PSPP nicht die gleiche Wirkung haben wie ein unmittelbarer Erwerb.[46] Das BVerfG teilt diese Einschätzung nur bedingt. Zwar gesteht es im Ergebnis zu, dass im Rahmen seiner „wertenden Gesamtbetrachtung" ein offensichtlicher Verstoß gegen Art. 123 AEUV im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden kann.[47] Allerdings übt es hörbare Kritik an den "Garantien", die der EuGH nur unvollständig und in einigen Bereichen überhaupt nicht auf deren Wirksamkeit und/oder Anwendung in der Vergangenheit und/oder Zukunft überprüft habe.[48] Alsdann listet das BVerfG stichpunktartig die Gründe auf, die seiner Ansicht nach insgesamt zu seiner Entscheidung einer Vereinbarkeit mit Art. 123 AEUV geführt haben.[49] Von dieser Liste wiederrum stellt es zwei Sicherungsmechanismen/"Garantien", die es sogar in seinem siebten Leitsatz erwähnt, besonders in den Vordergrund:

> „Vor allem die Ankaufobergrenze von 33 % und die Verteilung der Ankäufe nach dem Kapitalschlüssel der EZB haben bislang verhindert, dass unter dem PSPP selektive Maßnahmen zugunsten einzelner Mit

---

Rn. 50, welche sich auf EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, AZ.: C-62/14, Rn. 109 beziehen.

[44] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 84, 85.

[45] Ebenda, Rn. 55-60 fassen diese gut und verständlich zusammen.

[46] Ebenda, Rn. 55 ff.

[47] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 180, 213, 215.

[48] Ebenda, Rn. 214.

[49] Ebenda, Rn. 216.

> gliedstaaten getroffen wurden […] und dass das Eurosystem zum Mehrheitsgläubiger eines Mitgliedstaats werden konnte. Sie sind insoweit die entscheidenden „Garantien", an denen sich die mangelnde Offensichtlichkeit eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot aus Art. 123 AEUV festmachen lässt."[50]

Dem ist insgesamt zuzustimmen. Wie schon der Beitrag „Zwischen OMT-Programm der EZB und europäischem Auslieferungsverkehr – Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts" in der AGLJ-Ausgabe Vol. 2 2016 soll sich auch der vorliegende Beitrag hauptsächlich den europäischen verfassungsrechtlichen Implikationen des gegenständlichen Urteils widmen.[51] Schon dort war im Ergebnis der weit verbreiteten Ansicht, die sich dafür ausspricht, dass die EZB im Einklang mit den Europäischen Verträgen gehandelt hat, zu folgen.[52] Wie bereits erwähnt, zeichnet sich das PSPP im Vergleich zum OMT-Programm jedoch gerade durch eine fehlende Selektivität aus. Betrachtet man also das OMT-Programm, dass bestimmte Euro-Mitgliedstaaten selektiv begünstigt, als nicht staatsfinanzierend, so muss dies denklogisch erst recht für ein Programm gelten, dessen Ankäufe anhand des Schlüssels für die Kapitalzeichnung der EZB in repräsentativer, proportionaler (und damit von der individuellen wirtschaftlichen Situation des jeweiligen Mitgliedstaats unabhängigen) Art und Weise erfolgen. Jedenfalls hat sich der Streit um die Vereinbarkeit des PSPP mit Art. 123 AEUV durch das Einvernehmen[53] zwischen BVerfG und EuGH in diesem Punkt erledigt.

---

[50] Ebenda, Rn. 217.

[51] Vgl. bereits *Fleischmann*, AGLJ 2016, 64 (68).

[52] Ebenda.

[53] Vgl. BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Leitsatz 7, Rn. 213.

E. Ultra-vires-Akt jenseits des Mandats der EZB? (Art. 119, 127 AEUV)

Das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) hat innerhalb der Grenzen der Befugnisse zu handeln, die ihm das Primärrecht verleiht. Um die Einhaltung dieses Grundsatzes zu gewährleisten, unterliegen die Handlungen des ESZB nach Maßgabe der in den Verträgen festgelegten Voraussetzungen der gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH. Die Frage, ob in dem PSPP ein Ultra-vires-Akt der EZB jenseits seines in Art. 119, 127 AEUV kodifizierten Mandats zu sehen ist, hängt also ganz maßgeblich davon ab, wie weit die gerichtliche Kontrolle der EZB gehen soll. Dieser Zusammenhang hatte sich schon im OMT-Verfahren deutlich gezeigt. Damit die EZB im Hinblick auf das PSPP innerhalb ihres Mandats handelte, dürfte es sich beim PSPP um keine wirtschaftspolitische Maßnahme handeln. Dass Staatsanleihenkäufe abstrakt-generell währungs-, und keine wirtschaftspolitischen Maßnahmen sind, hat sich bereits im OMT-Verfahren gezeigt. Aus diesem Grund sollen an dieser Stelle zwei Hinweise genügen: Erstens gestattet Art. 18.1 des Protokolls über das ESZB und die EZB Ankauf „börsengängiger Wertpapiere". Zweitens sind in der VO (EG) Nr. 3603/93 des Rates vom 13. Dezember 1993 zur Festlegung der Begriffsbestimmungen für die Anwendung der in Art. 104 und Artikel 104b (1) des Vertrages[54] vorgesehenen Verbote Staatsanleihenankäufe ausdrücklich vorgesehen.

Vielmehr stellt sich also die Frage, ob konkret auch das PSPP als währungspolitische Maßnahme qualifiziert. Aus Sicht des Generalanwalts Wathelet (der EuGH geht hierauf nicht ein) sind es vor allem folgende drei sog. Garantien, die absichern, dass das PSPP nicht vorranging wirtschaftspolitische Ziele verfolgt: Erstens die Subsidiarität, zweitens die fehlende Selektivität und drittens der Umstand, dass die Verteilung der Risiken auf 20 % der im

[54] Jetzt Art. 123 und 125 AEUV.

Rahmen des PSPP getätigten Ankäufe beschränkt ist.[55] Daraus schlussfolgert Wathelet, „dass die EZB weder bei Festlegung der Ziele des Programms noch bei der Wahl der einzusetzenden Instrumente einen *offensichtlichen* Beurteilungsfehler begangen hat“[56]. Begründet wird dies mit einem weiten Ermessen des ESZB, da es „Entscheidungen technischer Natur treffen und komplexe Prognosen und Beurteilungen vornehmen“[57] müsse. Die richterliche Kontrolle müsse sich auf die Prüfung der Frage, ob dieses Ermessen nicht offensichtlich fehlerhaft ausgeübt oder missbraucht worden ist oder ob die Grenzen des Ermessens offensichtlich überschritten wurden, beschränken. Das BVerfG sieht dies gänzlich anders und hält fest:

> „Die Selbstbeschränkung des Gerichtshofs darauf, ob ein „offensichtlicher“ Beurteilungsfehler der EZB vorliegt […], ob eine Maßnahme „offensichtlich“ über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgeht […] oder ob deren Nachteile „offensichtlich“ außer Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen […], vermag die auf die Währungspolitik begrenzte Zuständigkeit der EZB nicht einzuhegen. Sie gesteht ihr vielmehr selbstbestimmte, nicht sofort ins Auge springende – schleichende – Kompetenzerweiterungen zu oder erklärt diese jedenfalls für gerichtlich nicht oder nur in sehr begrenztem Umfang überprüfbar. Diese Kombination eines weiten Ermessens des handelnden Organs und einer Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte auf offensichtliche Kompetenzüberschreitungen mag in anderen Bereichen des Unionsrechts der überkommenen Rechtsprechung entsprechen. Sie trägt dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung offensichtlich nicht hinreichend Rechnung […], und eröffnet den Weg zu einer

[55] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 122.

[56] Ebenda, Rn. 123.

[57] Ebenda, Rn. 100, 114 und 125.

kontinuierlichen Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten."[58]

Die Maßnahmen der EZB unterliegen, ebenso wie die Maßnahmen aller anderen Organe der Europäischen Union dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 (4) EUV mit den bekannten Prüfungsschritten des legitimen Zwecks, der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit.[59] Auf die ersten drei Prüfungsschritte soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Der Frage der Angemessenheit nähern sich EuGH/Wathelet einerseits und BVerfG andererseits auf sehr unterschiedliche Weise an. Ausgangspunkt der Erörterungen des EuGH/Wathelet ist stets die grundsätzliche Legalität des jeweiligen EZB-Programms, sofern ausreichende verfahrensrechtliche Garantien vorgesehen sind.[60] Ob sie ausreichend sind, sei durch den EuGH selbst zu prüfen, wenn und soweit Einwände dagegen vorgebracht werden.[61] Im Fall des PSPP sprechen diese Garantien aus Sicht des Generalanwalts Wathelet grundsätzlich für die Angemessenheit.[62] Ferner seien die Zusammenfassungen der geldpolitischen Sitzungen Ausdruck einer fundierten fachlichen Analyse.[63]

---

[58] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 156.

[59] In der Auslegung von Art. 5 (4) EUV durch den EuGH geht die Angemessenheit in der Erforderlichkeit auf (vgl. etwa *Calliess*, Staatsrecht III, S. 261, Rn. 63), jedoch soll hier aus Gründen der Übersichtlichkeit nach der durch die deutschen Gerichte praktizierten Prüfungsreihenfolge vorgegangen werden.

[60] Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 30 deutet dies unter dem Hinweis auf ein „weites Ermessen" der EZB an.

[61] Ebenda, Rn. 108.

[62] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 150-151, wobei Wathelet die Garantien hier schlicht erneut aufzählt und schlussfolgert, dass das ESZB im Zuge der Beschlussfassung des Beschlusses (EU) 2015/774 eine ordnungsgemäße Interessenabwägung vorgenommen hat.

[63] Ebenda, Rn. 152.

Dieser Logik folgend, schließen Garantien jedoch insoweit ein offensichtliches Missverhältnis zwischen abgewogenen Interessen aus, und lassen vielmehr nur noch Raum für ein *nicht* offensichtliches Missverhältnis. An dieser Stelle greift das weite Ermessen des ESZB, das Wathelet zuvor unter Hinweis auf die Kernthesen des EuGH im OMT-Verfahren ins Spiel gebracht hat.[64] Das BVerfG hingegen sieht in seinem PSPP-Urteil die Ausübung verbotener Wirtschaftspolitik durch die EZB nur insoweit gegeben an, als dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung fehlte.[65] Erst wenn diese vorliege, könne abschließend beurteilt werden, ob das PSPP im konkreten Fall mit Art. 127 Abs. 1 AEUV vereinbar sei oder nicht.[66] Besonders dieser Umstand ist es, den es vorliegend kritisch zu hinterfragen gilt. Denn eigentlich geht es im PSPP-Verfahren (wie auch zuvor schon im OMT-Verfahren) um eine Kompetenzabgrenzung. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hingegen ist normalerweise in der Eingriffsverwaltung zu verorten[67] – also typischerweise etwa bei der Einschränkung von Grundrechten durch die Polizei oder andere Hoheitsträger zu überprüfen. Gerade als einen solchen scheint das BVerfG das PSPP allerdings zu verstehen, wenn es von einem „Risiko von Immobilien- und Aktienblasen sowie ökonomische[n] und soziale[n] Auswirkungen auf nahezu alle Bürgerinnen und Bürger, die etwa als Aktionäre, Mieter, Eigentümer von Immobilien, Sparer und Versicherungsnehmer jedenfalls mittelbar betroffen sind“[68] spricht. Die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung hat die

[64] GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 100-101.

[65] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 179.

[66] Ebenda.

[67] *Weber*, Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“.

[68] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 173.

EZB unterdessen nachgeliefert.[69] Somit konnte auch die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 119, 127 AEUV durch die EZB abgewehrt werden.

F. Bedeutung der Verfahren „OMT“ und „PSPP“ für das Mandat der EZB, das Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) und Euro-/“Corona“-Bonds

Das Ergebnis der Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet und auch des Urteils des EuGH im Verfahren C-493/17 überrascht insgesamt nicht: Das PSPP ist restriktiver als das OMT-Programm. Damit dürften, auch wenn das Urteil des BVerfG vom 5. März 2020 auf den ersten Blick darüber hinweg zu täuschen vermag, Staatsanleihenkäufe trotz allem endgültig als legitimes Mittel der Währungspolitik der EZB etabliert sein. Außerdem wurden in den beiden Verfahren, die sich über fast 6 Jahre erstreckten und ihren Ausgang in dem Vorabentscheidungsersuchen des BVerfG vom 14. Januar 2014 nahmen, die Weichen für die Art und Weise der höchstrichterlichen Kontrolle der EZB gestellt. In einem Interview in der ARD vom 17. Mai 2020 fasste es der scheidende Präsident des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle so zusammen:

> „Schon diese zwei Verfahren haben viel zur Klärung [des Rechtsrahmens, innerhalb dessen sich die EZB bewegt] beigetragen. […] Dort ist ein rechtlicher Rahmen entwickelt worden […]. Er ist durch die Vorlagefrage und unsere Bedenken und durch die Antwort des EuGH entwickelt worden. Das ist das dialogische Prinzip und dadurch wissen wir jetzt viel eher, in welchem Rechtsrahmen sich die EZB bewegen darf – auch die EZB weiß das eher. Vor diesen zwei Verfahren war das völlig unklar; da waren die meisten – auch die meisten Mitgliedstaaten –

[69] Dazu sogleich mehr im Abschnitt „Ausblick auf den weiteren Verlauf des PSPP-Verfahrens und die Frage nach einem potenziellen Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland - a) Der weitere Verlauf des PSPP-Verfahrens“.

> der Auffassung, dass die EZB überhaupt keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Das hat der EuGH verneint und insofern sind wir hier einen Schritt weitergekommen, weil wir den Rechtsrahmen, den die Verträge natürlich auch für die EZB vorsehen, gemeinsam konkretisiert haben."[70]

Damit dürfte es in Zukunft wohl weniger Vorabentscheidungsersuchen in Sachen „regulärer" EZB-Währungspolitik geben, die im Ergebnis einen Ultra-vires-Akt der EZB feststellen. Gleichwohl sind angesichts weiterer anstehender Kompetenzverschiebungen in der europäischen Wirtschafts- und Währungspolitik (etwa durch die Vollendung der Bankenunion) zukünftige Klagen nicht auszuschließen, sondern im Gegenteil sogar äußerst wahrscheinlich. So dürften die Kläger rund um Peter Gauweiler und Co., die schon in den Verfahren zu den Anleihekaufprogrammen OMT und PSPP aktiv waren, auch weiterhin aktiv bleiben. Aus diesem Grund könnte das „irreguläre" Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) aus Sicht dieser Kläger trotz und gerade wegen der aktuellen Corona-Krise geradezu prädestiniert für ein Verfahren vor dem BVerfG sein. Als Kriseninstrument in Reaktion auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie in Europa wurde es im Beschluss (EU) 2020/440 der Europäischen Zentralbank vom 24. März 2020 rechtlich formalisiert. Es werden dieselben Kategorien von Vermögenswerten angekauft, die im Rahmen des APP zugelassen sind.[71] Ursprünglich war ein Volumen von 750 Milliarden Euro vorgesehen,[72] dieses Volumen wurde jedoch am 4. Juni 2020 durch den EZB-Rat um 600 Milliarden Euro auf insgesamt nunmehr 1350 Milliarden Euro aufgestockt[73]. Die ersten Ankäufe im Rahmen des PEPP tätigte die EZB am

---

[70] *ARD-Mediathek*, Andreas Voßkuhle im Gespräch, ca. bei Minute 11:20.

[71] Europäische Zentralbank, Beschluss (EU) 2020/440 der EZB vom 24. März 2020, Erwägungsgrund (3).

[72] Ebenda, Art. 1 Abs. 1.

[73] *Europäische Zentralbank*, Pandemic emergency purchase programme (PEPP).

26. März 2020.[74] Das Programm ist im Gegensatz zum APP allerdings temporärer Natur. Daher sollen die Ankäufe nur solange durchgeführt werden, „bis der EZB-Rat die kritische COVID-19 Phase als abgeschlossen einschätzt“,[75] mindestens jedoch bis Ende Juni 2021.[76]

Der Grund dafür, dass das PEPP trotz seiner temporären Natur dennoch möglicherweise von BVerfG und EuGH im Rahmen es erneuten Vorlageverfahrens überprüft werden könnte, ist folgender: Das PEPP verzichtet aufgrund seiner Charakteristik als Krisenwerkzeug auf Sicherungsmechanismen, die das PSPP und sogar das OMT-Programm vorsahen.[77] Folglich kann die EZB im Rahmen dieses Programms freihändiger agieren. Auch wenn das BVerfG der Bundesbank weder die Mitwirkung am OMT-Programm,[78] noch am PSPP untersagt hat,[79] so hat es doch an beiden Programmen massive Kritik geübt. Hierbei sei angemerkt, dass beide Programme aufgrund ihrer Konzeptionierung und möglicherweise auch im Hinblick auf ihre (so oft durch das BVerfG in Erinnerung gerufenen) wirtschaftspolitischen Auswirkungen mildere Mittel als das PEPP sind. Sollte also das PEPP Gegenstand eines erneuten Verfahrens werden, wäre das Risiko dementsprechend hoch, dass der 2. Senat des BVerfG das PEPP als nicht mehr von der europäischen Kompetenzordnung gedeckt ansehen würde. Nichtsdestotrotz bedeutet dies noch lange nicht, dass das BVerfG den betreffenden Verfassungsbeschwerden stattgeben würde. Wie soeben bereits erläutert, ist es dem BVerfG nicht ohne

---

[74] *Bundesbank*, Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP).

[75] Ebenda.

[76] *Europäische Zentralbank*, Pandemic emergency purchase programme (PEPP*)*.

[77] Vgl. *Europäische Zentralbank*, Beschluss (EU) 2020/440 der EZB vom vom 24. März 2020, der sich in den Art. 2 bis 8 darüber ausschweigt.

[78] BVerfG, BVerfGE 142, 123, Leitsatz 4.

[79] Umkehrschluss aus BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Leitsatz 9.

weiteres möglich, seine eigene Entscheidung an Stelle derjenigen des EuGH zu setzen. Das BVerfG müsste seine absichtlich sehr hoch gesetzten Hürden[80] für ein Ultra-vires-Handeln des EuGH als durch die Vorabentscheidung des EuGH überwunden ansehen. Dem EuGH erneut vorzuwerfen, außerhalb seines Mandats geurteilt zu haben, dürfte allerdings große öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen und in letzter Konsequenz sogar zu einer handfesten europäischen Verfassungskrise führen.

Ähnlich dürfte es sich mit dem schon lange existierenden Vorschlag zur Einführung von Eurobonds (neuerdings „Corona-Bonds" genannt) verhalten. Deutschland würde definitionsgemäß unbegrenzt für Risiken und Schulden anderer Mitgliedstaaten mithaften. Laut BVerfG könnten damit unabsehbare potenzielle Zahlungspflichten auf die Bundesrepublik zukommen. Diese kann Deutschland selbst nicht kontrollieren, da es nicht im Verantwortungsbereich Deutschlands liegt, wann ein zahlungsschwacher EU-Mitgliedstaat bankrottgeht.[81] Auch würden sämtliche Sicherungsmechanismen, die das PSPP vorsieht[82] und sogar das OMT-Programm vorsah,[83] bei Euro-/Corona-Bonds fehlen. Ein solcher Mangel an Kontrolle greift wiederum in die „haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages" ein.[84] Dies würde gegen das untrennbar mit dem Budgetrecht des Bundestages verbundene Demokratieprinzip verstoßen, welches durch Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfest

[80] *Bauerfeind*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, AZ: C-493/17 = GWR 2019, 9 spricht unspezifisch von einem „nur enge(n) eigene(n) Entscheidungsspielraum".

[81] Vgl. BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Leitsatz 8.

[82] Vgl. bereits oben; GA Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 4. Oktober 2018, AZ.: C-493/17, Rn. 55 ff.

[83] *Europäische Zentralbank*, Technical features of Outright Monetary Transactions.

[84] Umkehrschluss aus BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 222.

ist. So oder so müssten für eine Einführung von Euro-/Corona-Bonds aber jedenfalls die europäischen Verträge geändert werden; und eine Einigung der europäischen Politik hierauf ist im Augenblick (noch) nicht ersichtlich.

G. Ausblick auf den weiteren Verlauf des PSPP-Verfahrens und die Frage nach einem potenziellen Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland

I. Der weitere Verlauf des PSPP-Verfahrens

Wie bereits in der Einleitung zu diesem Beitrag erwähnt, hat das BVerfG der EZB die Pflicht auferlegt, innerhalb von drei Monaten die Verhältnismäßigkeit des PSPP zu prüfen und schriftlich darzulegen. Weil das BVerfG selbst als nationales Gericht der EZB als Organ der Europäischen Union (Art. 13 (3) EUV, Art. 127, 129 AEUV) keine Vorgaben machen darf, hat das BVerfG der Bundesregierung und dem Bundestag aufgegeben, auf diese Prüfung hinzuwirken.[85]

Fraglich ist aber, ob gerade dieses Verlangen des BVerfG mit der Unabhängigkeit der EZB gemäß Art. 130 AEUV und Art. 88 Satz 2 GG vereinbar ist. Schließlich beruht die Unabhängigkeit der EZB gerade auf einem deutschen Vorschlag, den die Europäische Kommission unter Jacques Delors in ihrem Delors Report erstmals aufnahm.[86] Diese Empfehlung wurde im Vertrag von Maastricht realisiert und in einige konkrete Standards übersetzt.[87] Diese

[85] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Leitsatz 9.

[86] Committee for the Study of Economic and Monetary Union, Delors Report [1989] S. 32.

[87] *Chevallier-Govers*, in: Blanke/ Mangiameli, The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary, S. 567 Rn. 55.

Standards wurden im Vertrag von Lissabon aufrecht erhalten.[88] Andreas Voßkuhle hat sich in dem zuvor bereits erwähnten Interview vom 17. Mai 2020 wie folgt geäußert: „[die EZB ist] nur unabhängig innerhalb ihrer Kompetenzen. Deshalb kann man zum Beispiel auch ein Gerichtsurteil eines unabhängigen Richters aufheben, ohne seine Unabhängigkeit zu gefährden.“[89] Dieser Gedanke überzeugt. Wie oben bereits dargestellt, bedeutet Unabhängigkeit nicht zwangsläufig Unantastbarkeit.[90] Vielmehr kann und muss das Mandat der EZB wie das jedes anderen Organs der Europäischen Union Grenzen haben,[91] um dem eigenen Anspruch an das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 Satz 1 EUV), dem sich die EU im Übrigen auch auf internationalem diplomatischen Parkett verschrieben hat, gerecht zu werden.

Wie dem auch sei: Mag die Frage nach der juristischen Zulässigkeit des Verlangens des BVerfG in der Theorie noch so spannend sein, so hat sie sich in der Praxis doch längst erledigt. Am 25. Juni 2020 hat die EZB – deutlich vor Ablauf der durch das BVerfG gesetzten Dreimonatsfrist – eine neue, überarbeitete und an die Anforderungen des BVerfG angepasste Verhältnismäßigkeitsprüfung veröffentlicht. Der Bundestag reagierte hierauf in Form eines

---

[88] Ebenda, S. 566, Rn. 53.

[89] *ARD-Mediathek*, Andreas Voßkuhle im Gespräch.

[90] Vgl. BVerfG, BVerfGE 142, 123, Rn. 187.

[91] Vgl. etwa nur *Häde*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 130 Rn. 35-37; bzw. spezifisch im Kontext des PSPP-Programms *Müller-Graff,* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, AZ.: C-493/17 = EuZW 2019, 162 (172); *Ruffert*, JuS 2020, 574 (577); sehr kritisch äußert sich *Sander*, JZ 2018, 525, der der EZB die Verwendung der Formulierung „gestörte geldpolitische Transmission“ zur Rechtfertigung ihres expansiven Mandatsverständnisses vorwirft; siehe auch *Ruffert*, JuS 2019, 181 (183), nach dessen Ansicht die Einschätzungen der EZB „ohne signifikante Nachprüfung“ vom EuGH übernommen werden – ebenso Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Leitsatz 3, Rn. 142.

Antrages vom 1. Juli 2020 (Drucksache 19/20621).[92] In dem gemeinsamen Antrag konstatieren Abgeordnete der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Grüne, die im PSPP-Urteil enthaltenen Anforderungen an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung seien erfüllt.[93] Die EZB habe „die wirtschaftspolitischen Auswirkungen des PSPP identifiziert und gewichtet und diese sind sodann mit den prognostizierten Vorteilen für die Erreichung des definierten währungspolitischen Ziels in Beziehung gesetzt und nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten abgewogen".[94] Außerdem geht aus dem Antrag hervor, dass die Bundesregierung in Gestalt des Bundesministeriums der Finanzen in einem Schreiben an den Bundestag einen ähnlichen Standpunkt vertritt: Der EZB-Rat habe seine Verhältnismäßigkeitserwägungen nun „nachvollziehbar dargelegt"; dies genüge den Anforderungen des BVerfG „in vollem Umfang".[95]

In diesem Kontext ist es vielleicht auch interessant, dass Isabel Schnabel (seit 2020 Mitglied des Direktoriums der EZB) am 27. Juni 2020, also just zwei Tage nach Veröffentlichung der neuen Verhältnismäßigkeitsprüfung, anlässlich des Petersberger Sommerdialogs eine Rede mit dem Titel „The ECB's monetary policy during the coronavirus crisis – necessary, suitable and proportionate" hielt.[96] Die EZB verfolgt also offensichtlich die neue Strategie, sich auch auf freiwilliger Basis bei seiner Kommunikation nach außen der Begriffswahl der deutschen Verhältnismäßigkeitsprüfung anzunähern.

II. Mögliches Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV

Umso interessanter ist es dann auch, dass bezüglich des Umgangs mit dem

[92] Bundestag, Antrag vom 1. Juli 2020, BT.-Drs: 19/20621.

[93] Ebenda, S. 4.

[94] Ebenda.

[95] Ebenda, S. 3.

[96] *Europäische Zentralbank*, The ECB's monetary policy during the coronavirus crisis – necessary, suitable and proportionate.

deutschen Verfassungsgericht nicht alle EU-Organe in die gleiche Richtung zu gehen scheinen. So hat die derzeitige EU-Kommission unter der Leitung der ehemaligen Bundesverteidigungsministerin Ursula von der Leyen in Reaktion auf das PSPP-Urteil des BVerfG bereits angekündigt hat, die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 258 AEUV zu prüfen.[97]

Ein Vertragsverletzungsverfahren[98] läuft folgendermaßen ab: Zunächst bittet die EU-Kommission, die als selbsternannte Hüterin der Verträge die federführende EU-Organ in einem jeden Vertragsverletzungsverfahren ist, den jeweiligen Mitgliedstaat (der angeblich gegen EU-Recht verstößt) um weitere Informationen zu dem beanstandeten Vorfall (Art. 258 (1) Hs. 2 AEUV). Bestätigt sich nach Analyse der durch den Mitgliedstaat vorgelegten Informationen aus Sicht der Kommission der Verdacht einer Verletzung der europäischen Verträge, so fordert sie die Regierung des Mitgliedsstaates auf, den Verstoß abzustellen. In dieser Phase werden die meisten Streitigkeiten beigelegt. Sträubt sich der Mitgliedstaat allerdings, den Verstoß abzustellen, so kann die Kommission gemäß Art. 258 (2) AEUV den EuGH anrufen. Urteilt der EuGH (im Sinne der Kommission und) gegen den Mitgliedstaat und wird dieser Richterspruch von der Regierung des Mitgliedsstaates ignoriert, kann dies eine Geldstrafe nach sich ziehen. Erwähnenswert ist allerdings, dass im März 2020 gegenwärtig 76 Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland anhängig waren.[99] Vertragsverletzungsverfahren sind also durchaus üblich und im Zuge des komplizierten Kompetenzgefüges zwischen EU und Mitgliedstaaten als Symptom der staatsähnlichen Sonderform eines

---

[97] *Europäische Kommission*, Erklärung von Präsidentin von der Leyen; aufgegriffen etwa durch *ARD Tagesschau*, EU prüft Verfahren gegen Deutschland und *Focus Online*, Streit nach EZB-Urteil: Von der Leyen erwägt EU-Verfahren gegen Deutschland.

[98] Zur vertiefenden Lektüre empfiehlt sich *Gurreck/Otto*, JuS 2015, 1079-1083.

[99] *ARD alpha-demokratie*, Das EZB-Urteil aus Karlsruhe.

Staatenverbundes Teil des politischen und juristischen Tagesgeschäfts.

Grundsätzlich erscheint es aus Sicht der EU-Kommission und mit dem Ziel, der EZB auch in Zukunft ein unbehelligtes Arbeiten zu ermöglichen, zwar nachvollziehbar, Deutschland und die Bundesbank mithilfe eines Vertragsverletzungsverfahrens „auf Linie bringen" zu wollen. Dass aber der EuGH als Entscheidungsinstanz des Vertragsverletzungsverfahrens am Ende selbst darüber entscheidet, ob er im PSPP-Verfahren richtig entschieden hat und ob dies das allgemeine Vertrauen in die europäischen Institutionen stärkt, erscheint fragwürdig.

Fraglich dürfte weiterhin auch sein, ob das PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts überhaupt tauglicher Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens sein kann. Weder das BVerfG, noch die Bundesbank haben gegen die europäischen Verträge verstoßen: Ersteres hat lediglich ein Urteil innerhalb seines ihm durch das Grundgesetz übertragenen Mandats gesprochen und vielmehr andere deutsche Verfassungsorgane (namentlich: Bundesregierung und Bundestag) zu einem bestimmten Handeln aufgefordert. Zweitere beteiligt sich als Teil des ESZB zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch am PSPP und ist somit ebenfalls noch nicht durch ein aktives Tun aufgefallen, das dazu geeignet sein könnte, die europäischen Verträge zu verletzen. Auch ein anderes Organ, ein Gericht oder eine Behörde der Bundesrepublik Deutschland hat bisher nicht die Umsetzung des EuGH-Urteils, auf die die EU-Kommission in ihrer Pressemitteilung indirekt gepocht hat („[...] dass Urteile der Europäischen Gerichtshofs für alle nationalen Gerichte bindend sind")[100], verweigert. Es erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt folglich schwer vorstellbar, welches Verhalten die EU-Kommission der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens vorwerfen möchte.

[100] *Europäische Kommission*, Erklärung von Präsidentin von der Leyen.

Sollte trotz allem ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden, stellt sich außerdem die Frage, was die Bundesregierung der Kommission „anbieten" kann, um den einmal entfachten „Streit" wieder beizulegen. Jedenfalls ausgeschlossen sind jegliche Versuche der Einflussnahme der Bundesregierung auf das Bundesverfassungsgericht – dies ergibt sich schon aus dem Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG als „tragendem Organisationsprinzip des freiheitlichen Rechtsstaats"[101] und der daraus resultierenden Unabhängigkeit der Judikative, also der Richter des BVerfG (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG), die gemäß Art. 92 GG Teil der rechtsprechenden Gewalt in Deutschland sind. Erschwerend kommt aber noch hinzu, dass das BVerfG gemäß Art. 92 GG, Art. 94 Abs. 2 GG i. V. m. § 1 Abs. 1 BVerfGG als selbstständiges und unabhängiges oberstes Verfassungsorgan des Bundes konzipiert wurde.[102] Aufgrund dieser Doppelfunktion des BVerfG[103] verbietet sich ein Versuch der Einflussnahme der Bundesregierung auf das BVerfG in gleich zweierlei Hinsicht. Zumindest auf den ersten Blick läge es für die Bundesregierung daher näher, im Kabinett eine Gesetzesvorlage zu beschließen, die die Rechtsgrundlagen des BVerfG – namentlich das BVerfGG – ändert. Selbstverständlich müsste diese Vorlage allerdings anschließend seinen gewohnten Gang nach Art. 76 Abs. 2 GG nehmen, also den Bundesrat (zur Stellungnahme) und den Bundestag (zur Beschlussfassung) passieren. Dass ein solches Gesetz, welches in Reaktion auf den Inhalt eines Urteils des BVerfG offensichtlich die Kompetenzen des BVerfG beschneiden soll, vom Bundestag beschlossen wird, erscheint unwahrscheinlich. Darüber hinaus hätte ein solches Gesetz auch keine Befriedungsfunktion. Viel eher würde ein solches Vorgehen ein katastrophales Licht auf die Bundesregierung werfen und durch Äußerungen der Opposition innerhalb und außerhalb der Sitzungen

[101] *Degenhart*, Staatsrecht I/ Staatsorganisationsrecht, Rn. 295.

[102] Ebenda, Rn. 808.

[103] Ebenda.

des Bundestages in die breite Öffentlichkeit gelangen, noch bevor die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Gesetzesvorlage im Bundestag begonnen hat. Folglich ist auch eine durch die Bundesregierung forcierte Änderung des BVerfGG, unabhängig von ihrem konkreten Inhalt, als nicht erfolgsversprechend einzuschätzen.

Nicht einfacher wird die Situation für die Bundesregierung durch die zunächst durch seine Mehrschichtigkeit kompliziert erscheinende, aber bei genauerer Analyse einleuchtende Argumentation des BVerfG in seinem PSPP-Urteil: Maßgeblich stützt sich das BVerfG darin auf das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, welches durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG als unantastbarer Teil der deutschen Staatsorganisation geschützt wird. Dadurch, dass Deutschland durch Art. 23 GG an der Verwirklichung der Europäischen Union mitwirkt und die Übertragung von Hoheitsrechten durch die Änderung des Grundgesetzes selbst Verfassungsrang genießt, steht eine Argumentation mit einem der identitätsstiftenden Staatsprinzipien (Stichwort: Identitätskontrolle des BVerfG) in Tradition des wegweisenden Lissabon-Urteils von 2009.[104] Damit bedient sich das BVerfG in seiner Argumentation ganz bewusst desjenigen integrationsfesten Teils der Verfassung, welcher selbst in einer durch das BVerfG vermutlich bereits vorsorglich antizipierten Verfassungsänderung im Zuge weiterer europäischer Integrationsschritte nicht angetastet werden darf. So ist sichergestellt, dass das BVerfG über Amtszeiten von Präsidenten des BVerfG hinweg auch in weiter Zukunft durch das Ausüben seiner selbst aufgestellten Kontrollvorbehalte Einfluss auf das Handeln von Unionsorganen (hier: des EuGH und der EZB) Einfluss nehmen kann.

In Ansehung der Forderung des BVerfG an die EZB, nach erfolgter Verhält-

[104] BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, AZ.: 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 = BVerfGE 123, 267, Rn. 354.

nismäßigkeitsprüfung des PSPP und schriftlicher Dokumentation selbiger, anschließend einen *neuen Beschluss* bezüglich des PSPP zu fassen,[105] stellt sich weiterhin die Frage, ob dieser neue Beschluss geprüft werden muss, und wenn ja, von wem. Aus Art. 88 GG i.V.m. § 31 Abs. 3 Gesetz über die Deutsche Bundesbank (BBankG) ergibt sich, dass die Beamten der Bundesbank Bundesbeamten sind und als solche grundsätzlich den für Bundesbeamten allgemein geltenden Vorschriften unterworfen sind. Das insofern einschlägige Bundesbeamtengesetz (BBG) statuiert in § 63 die persönliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit eigener dienstlicher Handlungen. Im Umkehrschluss könnte dies bedeuten, dass sich Beamte der Bundesbank nicht an der Umsetzung von Bundesbank-internen dienstlichen Anordnungen auf Grundlage des *neuen Beschlusses* der EZB beteiligen dürfen, sofern sie aufgrund des PSPP-Urteils Bedenken gegen deren Rechtmäßigkeit haben (§ 63 Abs. 2 BBG). Die Folge wären massenhaft Bestätigungsanfragen i.S.v. § 63 Abs. 2 Satz 3 BBG entlang der pyramidal aufgebauten Hierarchie des Beamtenapparates bis hin zum Präsidenten der Bundesbank, um jeweils von der eigenen Verantwortung befreit zu werden. Der Präsident der Bundesbank als oberste Dienstbehörde (§ 31 Abs. 2 BBankG) müsste folglich, um einerseits einer Haftung seinerseits zu entgehen und andererseits den drohenden Bestätigungsanfragen zuvorzukommen, eine eigene Prüfung des *neuen Beschlusses* der EZB und seiner Folgen für die Beteiligung der Bundesbank am PSPP-Programm vornehmen. Unterlässt der Präsident der Bundesbank eine solche Prüfung, ist fraglich, was die Konsequenzen eines solchen Unterlassens sein könnten. Denkbar wäre theoretisch eine Vollstreckungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts im Sinne von § 35 BVerfGG, aber auch ein erneuter Prozess (etwa das Mitwirken der Bundesbank ohne vorherige Prüfung als Akt öffentlicher Gewalt im Gewand einer Verfassungsbeschwerde).

[105] BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, AZ.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 235.

Insgesamt stellt sich die Situation zwischen EuGH, BVerfG, EZB, Bundesbank und Bundesregierung als recht verfahren dar. Ein Ausweg könnte ein europäischer Kompetenz-Gerichtshof sein.[106] Ein solcher wurde im Laufe der Jahre immer wieder durch verschiedenste Persönlichkeiten der europäischen Politik vorgeschlagen, zuletzt durch Manfred Weber, den Fraktionsvorsitzenden der europäischen Christdemokraten im EU-Parlament.[107] Allerdings ergeben sich dadurch neue Probleme: Erstens müsste ein solcher Kompetenz-Gerichtshof seinerseits über ein klar definiertes Mandat verfügen. Andernfalls ergäbe sich eine Art Vorinstanz zum EuGH, vor der in jedem Verfahren vorab erst einmal geklärt werden müsste, ob der EuGH überhaupt entscheiden darf. Zweitens könnten sich aufgrund der Tatsache, dass sich ein solcher Kompetenz-Gerichtshof vermutlich in einer „europäischen" Stadt wie etwa Brüssel, Luxemburg oder Straßburg befinden würde, aus der Sicht von Kritikern einer fortschreitenden europäischen Integration neue Risiken der Parteilichkeit und der europäischen Einflussnahme ergeben. Dies könnte die Chance einer allgemeinen Akzeptanz eines solchen Gerichtshofs drastisch mindern. Drittens könnte ein europäischer Kompetenz-Gerichtshof selbst dazu neigen, den eigenen Einfluss ausbauen zu wollen, um sich in möglichst vielen Verfahren zeitlich vor dem EuGH einbringen zu können. Um zu vermeiden, dass der Kompetenz-Gerichtshof weder wie der EuGH als „Motor der europäischen Integration" bezeichnet wird, noch sich zu einer Art Vertreter nationaler Interessen aufschwingt, müsste sichergestellt sein, dass die Ernennung von Richtern des Kompetenz-Gerichtshofs in einer ausgeglichenen Art und Weise erfolgt. Konkret bedeutet das, dass die Richterposten möglichst hälftig zwischen Verfechtern und Kritikern einer fortschreitenden europäischen Integration aufgeteilt werden sollten, damit der Kompetenz-Gerichtshof nicht

[106] Vgl. etwa Diskussion in *Verfassungsblog*, Ein Schiedsgericht für die Gerichte?.

[107] *Frankfurter Allgemeine*, „Ich will nicht, dass China nach der Krise als der große Gewinner dasteht".

seine eigentliche Bedeutung als Vermittler zwischen der EU und seinen Mitgliedstaaten verliert und von der europäischen Öffentlichkeit akzeptiert wird.

H. Fazit

Das PSPP-Verfahren ist seit dem Antrag des Bundestags, die neue Verhältnismäßigkeitsprüfung des EZB-Rates vom 25. Juni 2020 vollumfänglich zu billigen, als abgeschlossen einzuschätzen. Es ist mit keinen weiteren Aktionen von EU- oder Bundesorganen in dieser Sache zu rechnen. Was die Frage nach einem potenziellen Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland anbelangt, so darf nach allem Gesagten bezweifelt werden, dass ein solches überhaupt jemals eingeleitet wird.

Über seine Bedeutung für die Euro-Währungspolitik hinaus ist das Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020 vor allem äußerst bedeutend für die höchstrichterliche Judikatur zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts. Was das Verhältnis zwischen EuGH und BVerfG anbelangt, so markiert das PSPP-Urteil vielleicht das Ende des eingangs erwähnten sechsjährigen Dialogs in den Vorlageverfahren „OMT“ und „PSPP“. Abgeschlossen ist der Dialog zwischen EuGH und BVerfG damit aber freilich noch nicht. Denn mit seinem Urteil hat das BVerfG – ob willentlich oder unwillentlich – die Präzedenz für eine mögliche spätere Entscheidung in Sachen Euro-/“Corona“-Bonds und PEPP geschaffen. Es bleibt also spannend.

Literaturverzeichnis

ARD alpha-demokratie: Das EZB-Urteil aus Karlsruhe, 01.06.2020, https://www.ardmediathek.de/alpha/video/alpha-demokratie/das-ezb-urteil-aus-karlsruhe/ard-alpha/Y3JpZDovL2JyLmRlL3ZpZGVvL2Y2MzIyMmE5L-TUzNDEtNDNlOS1hODkwLTA4NGYxY2VmYWNkYg/ (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

ARD SWR-Extra: Andreas Voßkuhle im Gespräch, 17.05.2020, https://www.ardmediathek.de/swr/video/swr-extra/andreas-vosskuhle-im-gespraech/swr-fernsehen/Y3JpZDovL3N3ci5kZS9hZXgvbzEyNDEwNjI/ (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

ARD Tagesschau: EU prüft Verfahren gegen Deutschland, 10.05.2020, https://www.tagesschau.de/ausland/eu-kommission-vertragsverletzungsverfahren-101.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Bauerfeind, Tobias: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom [11.12.18] – AZ: [C-493/17] – GWR 2019, 9.

Bloomberg: German Judges Strike Back, Say ECB Isn't Master of Universe, 12.05.2020, https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-05-12/ecb-isn-t-master-of-the-universe-german-top-judge-says (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Bundesbank: Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP), März 2020, https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/geldpolitik/geldpolitische-wertpapierankaeufe/pandemic-emergency-purchase-programme-pepp--830356 (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Calliess, Christian: Staatsrecht III – Bezüge zum Völker- und Europarecht, 1. Auflage, München, 2014.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias: Kommentar zum EUV/AEUV, 5. Auflage, München, 2016.

Chevallier-Govers 'Art. 13 TEU [The Institutions]' in Hermann-Josef Blanke, Stelio Mangiameli (eds), The Treaty on European Union (TEU) – A Com-

mentary, 1st edn, Springer-Verlag, 2013.

Committee for the Study of Economic and Monetary Union, Delors Report, 1989, aei.pitt.edu/1007/1/monetary_delors.pdf (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Degenhart, Christoph: Staatsrecht I/ Staatsorganisationsrecht, 30. Auflage, Nürnberg, 2014.

D'Kart Antitrust Blog: Ultra vires? – Peter Meier-Beck zum Urteil des BVerfG, 11.05.2020, https://www.d-kart.de/blog/2020/05/11/ultra-vires/ (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Europäischer Gerichtshof: Presseerklärung Nr. 58/20 im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020, 08.05.2020, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058de.pdf (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Europäische Kommission: Erklärung von Präsidentin VON DER LEYEN, 10.05.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/STATEMENT_20_846 (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Europäische Zentralbank, Asset purchase programmes. Juni 2020, https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html#pspp (zuletzt abgerufen am: 01.10.2020).

Europäische Zentralbank, Technical features of Outright Monetary Transactions, 06.09.12, https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Europäische Zentralbank: The ECB's monetary policy during the coronavirus crisis – necessary, suitable and proportionate, 27.06.2020, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200627~6009be389f.en.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Europäische Zentralbank: Pandemic emergency purchase programme (PEPP), März 2020, https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/pepp/html/index.en.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Financial Times: German judge warns EU over 'very difficult to resolve' legal crisis, 13.05.2020, https://www.ft.com/content/f48e3a6b-6a95-4187-8a7d-0f8dad3fbecb (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Fleischmann, Jan: Zwischen OMT-Programm der EZB und europäischem Auslieferungsverkehr - Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts, AGLJ 2016, 64-90.

Frankfurter Allgemeine: „Das EZB-Urteil war zwingend", 13.05.2020, https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/peter-huber-im-gespraech-das-ezb-urteil-war-zwingend-16766682.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Frankfurter Allgemeine: „Ich will nicht, dass China nach der Krise als der große Gewinner dasteht", 28.05.2020, https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/konflikt-mit-eugh-manfred-weber-schlaegt-kompetenzgerichtshof-vor-16789840.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Focus Online: Streit nach EZB-Urteil: Von der Leyen erwägt EU-Verfahren gegen Deutschland, 09.05.2020, https://www.focus.de/politik/deutschland/streit-um-gerichtsurteil-streit-nach-ezb-urteil-von-der-leyen-erwaegt-eu-verfahren-gegen-deutschland_id_11973316.html (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Gurreck, Matti/ Otto, Christian: Das Vertragsverletzungsverfahren, JuS 2015, 1079.

Handelsblatt: Der Euro kann nur überleben, wenn Deutschland einer gemeinsamen Schuldenaufnahme zustimmt, 11.05.2020, https://app.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-der-euro-kann-nur-ueberleben-wenn-deutschland-einer-gemeinsamen-schuldenaufnahme-zustimmt/25816988.html?utm_source=pocket-newtab-global-de-DE&ticket=ST-6278819-cllFFz2LnA3IMaif7lve-ap2 (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Handelsblatt: Verfassungsrichter verteidigt EZB-Urteil gegen Kritik, 13.05.2020, https://app.handelsblatt.com/finanzen/gegenwehr-verfassungsrichter-verteidigt-ezb-urteil-gegen-kritik/25825784.html?ticket=ST-6351327-TR63HjciRSOwFKunWQ7d-ap2 (zuletzt abgerufen am:

29.06.2020).

Heide, Fabian: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom [11.12.18] – AZ: [C-493/17] – JZ 2019, 296.

Müller-Franken, Sebastian: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom [14.01.14] – AZ: [2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13] – NVwZ 2014, 501.

Müller-Graff, Peter-Christian: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom [11.12.18] – AZ: [C-493/17] – EuZW 2019, 162.

Reuters: With economic integration pledge, Merkel seeks to defuse ECB time-bomb, 13.05.2020, https://www.reuters.com/article/us-ecb-policy-germany/with-economic-integration-pledge-merkel-seeks-to-defuse-ecb-time-bomb-idUSKBN22P0Y9 (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Ruffert, Matthias: Europarecht: Anleihekäufe der EZB - Die massiven Käufe von Staatsanleihen durch das ESZB seit Januar 2015 sind unionsrechtskonform, JuS 2019, 181.

Ruffert, Matthias: Europarecht und Verfassungsrecht: Ultra-vires-Kontrolle über EZB-Anleihekäufe und EuGH-Urteil - Mit den massiven Käufen von Staatsanleihen verstößt das ESZB gegen Unionsrecht, JuS 2020, 574.

Sander, Florian: „Gestörte geldpolitische Transmission" - eine kompetenzrechtliche Sackgasse, JZ 2018, 525.

Sikora, Patrick: PSPP auf dem Prüfstand – DasWeiss-Urteil des EuGH, EWS 2019, 139.

Süddeutsche Zeitung: „Wir haben Applaus von der falschen Seite bekommen", 12.05.2020, https://www.sueddeutsche.de/politik/ezb-urteil-bundesverfassungsgericht-anleihenkaeufe-peter-michael-huber-1.4905311?reduced=true (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Verfassungsblog: Ein Schiedsgericht für die Gerichte?, 15.06.2020, https://verfassungsblog.de/ein-schiedsgericht-fuer-die-gerichte/ (zuletzt abgerufen am: 29.06.2020).

Weber, Klaus: Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, 2. Auflage, München, 2020.

Governing Companies
A Comparative Analysis of the Foundations of German and English Company Law

by
Ella Moss*

University of Birmingham

Abstract

International trade and globalisation mean that cross-jurisdictional company law has never been more important in practice. Whether it be establishing a company abroad, acquiring a foreign company or taking an international company public, an understanding of the law in different jurisdictions is vital to making the right moves for a client. Academically, it is important appreciate the cultural and historical reasons for such differences.

This article analyses the foundations of company law in Germany and England, discussing the purposes behind discrepancies in the two systems, despite transactions frequently crossing jurisdictional boundaries. It seeks to highlight the potential difficulties which may arise when dealing with bilingual contracts and to clarify (and contrast, where necessary) the structures in place in English and German company law. The author envisages that this article will have both practical and academic application, by serving as a useful guide to lawyers around the world, as well as providing a conceptual exploration of why divergence, and indeed convergence, exists between the two jurisdictions.

*The author is a final year LLB Law with German Law student at the University of Birmingham, who studied at the Freie Universität Berlin and plans to qualify as a solicitor in England.

A. Introduction

'In Germany, the strong influence of blockholders, the presence of cross-shareholdings and the powerful role of banks are in stark contrast to Anglo-American corporate legal systems.'[1]

England and Germany can both be regarded as powerhouses of economic and legal frameworks, serving as templates on which either 'Anglo-Saxon' or 'Continental European' models are based.[2] This means that, while both countries have significant economic standing in their own rights, the impact of the differences and similarities elucidated in this article reaches far beyond the borders of these two countries. The purpose of this article is not to declare one system as superior – indeed there are more similarities than differences between the two – but rather to provide a holistic appreciation of the underlying guiding principles in the two jurisdictions. In today's era of globalisation, a basic understand of these principles is essential for lawyers.

As the basis for most of modern company law in England, the majority of the discussion centres on the Companies Act 2006. The Act is an extensive guide, covering a range of rules (many of which were initially developed in common law) by which companies should be guided in their day-to-day conduct.

On the other hand, analysis of the German system calls mainly upon the German Stock Corporation (public limited companies) Act (*Aktiengesetz*, *AktG*) and the Act on Limited Liability Companies (private limited companies) (*das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, *GmbHG*). These pieces of legislation form the most important sources of law for the two types of companies analysed and compared with their British counterparts

[1] Raja, 'Comparative corporate governance: Germany, Japan and Pakistan in context: the beginning or the end of corporate law history?', 298.

[2] Ahmad and Omar, 'Basic corporate governance models: a systematic review', 73.

throughout this article. It is important to note that there are many other forms of company in both jurisdictions. However, these are beyond the scope and purpose of this article.

That being said, understanding the basis for the distinctions between the many different forms of company in German law is important. In German law, all companies are qualified as either an association (*Kapitalgesellschaft*) or a partnership (*Personengesellschaft*). This article focuses on associations. A further distinction in German company law is made between companies with and without legal personality (*Rechtspersönlichkeit*). Associations with legal personality are those to which the author directs the reader's attention, as the German private limited company (hereinafter referred to as the *GmbH*) and German public limited company (hereinafter referred to as the *AG*) fall within this category. It was ruled in *Firma EDV für Sie, EfS Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH v Germany* [3] that these companies may rely on their Article 8 ECHR right to a private and family life, but since they are a 'legal person founded exclusively for business purposes',[4] they have no right to freedom of thought, conscience and religion under Article 9 ECHR. This distinction affects the very foundation of the company because an association generally comes into being through its *Satzung* and registration with the German Company Register (*Vereinsregister*) (s. 7 (1) Act on Limited Liability Companies, s. 36 (1) Stock Corporation Act), with the exception of an unregistered association (*nicht eingetragener Verein*), which does not have legal personality or legal capacity. A partnership, on the other hand, is established through the drawing up of a *Gesellschaftsvertrag*.

[3] *Firma EDV für Sie, EfS Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH v Germany* App no 32783/08) (ECtHR, 2 September 2014).

[4] Weinert, 'Firma EDV v Germany - do companies have feelings too? Firma EDV fur Sie, EfS Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH v Germany (32783/08)', 51.

Both the *Satzung* and the *Gesellschaftsvertrag* translate to Articles of Association, a concept with which English lawyers will be familiar. However, the distinction made in German law results in a difference of practical importance: a *Kapitalgesellschaft* is able to act more independently. For this reason, *Fremdorganschaft* is possible; this means that the management does not have to consist of members of the company (shareholders). In contrast, only *Selbstorganschaft* is possible in the *Personengesellschaft*; the management have to be members (*Gesellschafter*, shareholders).

This article is presented in three main parts. It begins with an overview of the structures in English company law, namely an explanation of the private limited company (Ltd) and public limited company (PLC), the law regarding shares and the rights of shareholders (particularly the effect of the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015), the English Company Register and a brief exploration of Corporate Governance in England. Secondly, the German variants of these structures are explained. Finally, there is an analysis of the differences within these models, in which the purpose and theory behind them is explored. The aim of this analysis is to understand how the environment in which they developed has shaped these nuances and to recognise the significance that this ultimately has in the functioning of company law within and between the two jurisdictions. More generally, the author seeks to make an informed prediction about the future of this area of law, which will alert company lawyers to the importance of acknowledging and being conscious of the differences in other jurisdictions, particularly in the current era of globalisation. Ideally, this would result in more fluid and mutually informed international company law transactions.

B. The English Model

I. Forms of Company

There are many different types of company in England, such as companies Limited By Guarantee (LBG), Limited Liability Partnerships (LLP), private unlimited companies and community interest companies. These are beyond the scope of this article, which will focus on companies limited by shares (Ltd/PLC). Company law differentiates between public and private companies. A public company can be listed on the stock exchange market. Public companies tend to be more heavily regulated, in order to protect investors against uninformed, risky or fraudulent investments. In contrast, shares of a private company may only be sold off privately to limited individuals. The name of a public company limited by shares will be followed by the acronym PLC, whereas a private company limited by shares is known as an Ltd.

1. The Private Limited Company

As has already been established, general members of the public are not able to acquire shares in a Ltd from the stock exchange, meaning that their share distribution is on the whole less complex. While many private limited companies are small, they do not have to be. Indeed, large limited companies, such as Joseph Cyril Bamford Excavators Ltd (commonly known as JCB), for example, also exist.

Private companies only have one main organ: The office of Director (The Companies Act 2006, s. 250). According to s. 162(1) of The Companies Act 2006, "every company must keep a register of its directors". The general duties of the directions are set out in ss. 170-177 of the Act. A private company must have at least one director (The Companies Act, s. 154). One of the fundamental underlying principles in English company law is transparency,

which is nicely illustrated by the office of director, for example through the requisites of the Director's report (The Companies Act 2006, ss. 415-419A) and the strategic report (The Companies Act 2006, ss. 414A-414D). There are many historical reasons for the significance of transparency in this area. The author submits that, as well as having learned from the fallout of the financial crisis, the UK government also aims to prevent tax evasion, money laundering and terrorist financing through transparency regulation. This principle is discussed further in the following sections of this article.

A director should also act in the interests of shareholders, in 'good faith' and as a fiduciary (The Companies Act 2006, s. 172). This principle, known as 'Enlightened Shareholder Value' (ESV), was introduced through ss. 172 and s. 417 (now repealed) of the Companies Act and requires directors to conduct themselves in a way that generates 'maximum value for shareholders'.[5] In reality, one would hope that such a guiding principle would not actually be required to form a necessary foundation for company law since it already follows from 'good business sense'[6]. Regardless, profitable companies produce the best value for shareholders. Furthermore, ESV does place directors in a position to consider the company's prosperity in the long-term, rather than just the short term,[7] which might help to safeguard the long-term health of companies that may find themselves with short-sighted directors at their helm.

The concept of a fiduciary relationship requires some elaboration, as this is not something that is used in German statute, but is referenced at various points throughout this article. A fiduciary relationship is generally accepted amongst English lawyers to mean a special relationship of mutual trust and confidence

[5] Keay and Iqbal, 'The impact of enlightened shareholder value', 306.

[6] Ibid. 318.

[7] Lotz, 'Directors' duties with regard to creditors in German and UK (core) company law', 266.

between two parties. Therefore, a fiduciary duty is a duty one owes to another party by virtue of a particular fiduciary relationship. The concept of a director's fiduciary duty is further supported by the duties laid out in s. 174 of the Companies Act 2006 and s. 214 (4) of the Insolvency Act 1986.

As private companies are not required to have a company secretary (The Companies Act 2006, s. 270) or hold an Annual General Meeting (though they may call other General Meetings as they wish), the office of Director is the most important organ in an English Ltd.

2. The Public Limited Company

The PLC, however, offers shares to members of the public. As a result, there are more organs relevant to the functioning of this form of company. The office of Director still plays an important role and a PLC must have two (The Companies Act 2006, s. 154). Furthermore, a PLC necessitates the presence of a company secretary (The Companies Act 2006, s. 271). Finally, an Annual General Meeting (AGM) must also be held every six months (The Companies Act, s. 336 (1)), before which there must be a minimum of 21 days' notice (The Companies Act 2006, s. 307 (2) (a)). The AGM and other General Meetings are the 'closely controlled conditions' under which shareholders may 'interfere in management'.[8]

II. Shares

Usually, shareholders (of either form of company) will benefit from 'voting rights and the right to receive a dividend'.[9] This is considered an ordinary share. Non-voting shares do not enjoy the voting rights of ordinary shares. Preference shares 'may have a preferential right to a dividend ahead of the

[8] Milman, 'The company share: evolution and regulation', 3.
[9] Ibid. 2.

ordinary shares, or to a return of capital, or both'.[10] A company sets out the specific nature of preference shares in its articles of association, as they are not defined in English law. Deferred shares have 'no right to dividends either for a set period or until certain conditions are met'.[11]

In the UK, all shares must have a par value, below which they may not be issued. This is different to the value at which they are traded, which is usually much higher. The inadmissibility of no-par value shares was originally adopted for 'certainty',[12] but has received harsh criticism from academics who claim that the par value has 'little relevance in the world of commerce today',[13] is 'meaningless',[14] 'misleading'[15] and should be abolished,[16] due to the fact that it does not usually represent the trading value of a share. Milman hypothesises that this position stands to be changed as the UK adopts 'US-style ideas on the company share'[17] in a post-Brexit Britain.

Another characteristic of the UK share market is that since the introduction of The Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 s. 84, English companies are no longer permitted to issue bearer shares. Before their abolition, these 'unregistered shares [were] owned by whoever physically [held]

[10] Pinsent Masons, 'Shares and share issues'.

[11] Thomson Reuters, 'Deferred shares'.

[12] Kee and Luh Luh, 'The Par Value of Shares: An irrelevant concept in modern company law', 554.

[13] Mwenda, 'Policy issues underpinning the concept of par value: a comparative legal study', 90.

[14] Kee and Luh Luh, *supra* note 12, 557.

[15] Ibid. 558.

[16] Ibid. 556.

[17] Milman, *supra* note 8, 4.

the share warrant',[18] making it difficult to ascertain who had ownership and control over companies at any one time, thereby an 'easy means of facilitating illegal activity'.[19] As a result, bearer shares were 'sacrificed on the altar of transparency'[20] and an English company may now only issue registered shares.

III. The Company Register

The English Company Register is Companies House, which enables access to information about a company, the current and resigned officers, document images, mortgage charge data, previous company names and insolvency information free of charge. This further demonstrates the 'high level of transparency'[21] in English company law. Companies House also facilitates the simple incorporation of a company, which can be done online for as little as £12.

IV. The Corporate Governance Code

The UK Corporate Governance Code sets out the main principles of how UK companies should be run, some of which is discussed above. It is a guide 'covering five areas: (A) leadership; (B) effectiveness; (C) accountability; (D) remuneration; and (E) relations with shareholders'.[22] A director may have breached their duties (The Companies Act 2006, ss. 172-175) if they do not 'comply or explain', as the system is termed. This is to allow flexibility in the implementation of these principles in practice.

[18] Department for Business, Innovation and Skills, 'Small Business, Enterprise and Employment Act: Companies: Transparency'.

[19] Ibid.

[20] Milman, *supra* note 8, 1.

[21] Brett, 'Searching international company registries online', 172.

[22] Wooldridge and Davies, 'The German Corporate Governance Code', 731.

C. The German Model

I. Forms of Company

1. The Private Limited Company

The *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*), which translates to Company with Limited Liability is the German Private Limited Company. In similarity with the English model, German Private Limited Companies must have a Director (*Geschäftsführer*), according to s. 6(1) Act on Limited Liability Companies. The General Meeting (*Gesellschafterversammlung*), the forum in which the *Gesellschafter* make their decisions, is, however, a necessary component of a *GmbH*, according to s. 49(2), (3) Act on Limited Liability Companies.

The *Gesellschafter* in the General Meeting (s. 48 Act on Limited Liability Companies) have some of their own powers, as set out in s. 46 Act on Limited Liability Companies. These include decisions about financial statements and the use of profits (s. 46 No. 1 1b, s. 29 Act on Limited Liability Companies), control over the Directors (s. 46 No. 5, No. 6 and No. 8 Act on Limited Liability Companies) and decisions on granting procuration (ss. 48 Commercial Code) and general power of attorney (s. 54(1) Commercial Code and s. 46 No. 7 Act on Limited Liability Companies).

As in English company law, the office of Director is of great importance. Directors represent the company, in- and outside of court (s. 35(1) Act on Limited Liability Companies) but their powers are limited by the members/ shareholders (*Gesellschafter*), who have a right of instruction (s. 37(1) Act on Limited Liability Companies).

Much like the fiduciary role of directors of English companies, German directors have a duty of care and skill (*Sorgfaltspflicht*) in their role, according to s. 43(1) Act on Limited Liability Companies. As we have found in section B. IV. of this article, this duty is flexible in the UK. In much the same way, German directors are scrutinised through the lens of the Business Judgment Rule (s. 93 Stock Corporation Act), whereby 'managerial decisions reached on the basis of sufficient information and conscientious preparations are not subject to judicial review'.[23] Although this rule is explicitly mentioned in the *Aktiengesetz*, it is also applied to *GmbH*s. As a result of this rule, 'the German Supreme Court (*Bundesgerichtshof*, BGH) is only willing to impose liability in cases of exceptional recklessness'.[24] Therefore, directors are 'obliged to act in the best interests of the company (not individual shareholders) and to refrain from engaging in selfish and opportunistic behaviour'.[25] The significance of this is that *GmbH* directors should have the interests of the company at the forefront of their mind, rather than the benefit to the shareholder. In practice, the *Sorgfaltspflicht,* along with the Business Judgment Rule, are likely to achieve the same result as ESV in English company law, since a company producing the best value for its shareholders should also be doing well financially.

There is no need for a *GmbH* to appoint a supervisory board, but they may choose to do so by providing for it in their *Gesellschaftsvertrag*. If they do, the relevant articles of the *Aktiengesetz* also apply to the *GmbH* supervisory board, according to s. 52(1) Act on Limited Liability Companies.

[23] Lotz, *supra* note 7, 266.
[24] Ibid. 266.
[25] Ibid. 268.

2. The Public Limited Company

The *Aktiengesellschaft* is the German Public Limited Company. It has what is known as the 'double board'[26] or 'dual-tier board'[27] system. This refers to the relationship between the supervisory board (*Aufsichtsrat*) and the management board (*Vorstand*) in German companies, as opposed to the single Executive board of Directors in most English companies.

The management board/directors of an *Aktiengesellschaft* are bound by stricter duties[28] than those of a *GmbH*. It leads (s. 76 Stock Corporation Act) and representative (s. 78(1) Stock Corporation Act) the company. As discussed in relation to the *GmbH* above, the management board is not only expected to prioritize the interests of the company as a whole over those of individual shareholders (the duty of care and Business Judgment Rule are equally important), but should also consider the interests of the company's employees and its impact on wider society.[29] These parties are known as 'stakeholders'.[30] Additionally, they are 'bound by the corporate purpose of the company'.[31] As a result, co-determination is a 'permanent feature'[32] of German companies. The idea is to help workers to 'identify more with the corporation, resulting in increased productivity'.[33]

The management board consists of at least one person; and at least two where

[26] Wooldridge, 'The management board of German public companies', 152.

[27] Datwani, Dochi, Goo and Seidenfuss, 'One-tier, two-tier and hybrid board structures in Hong Kong, Germany and Japan: a governance perspective', 346.

[28] Lotz, *supra* note 7, 266.

[29] Wooldridge, *supra* note 26, 152.

[30] Raja, *supra* note 1, 295.

[31] Wooldridge, *supra* note 26, 154.

[32] Raja, *supra* note 1, 298.

[33] Ibid. 298.

share capital exceeds 3 million Euros, unless otherwise stipulated by the Articles of Association (s. 76(2) Stock Corporation Act). Members of the management board may not also be members of the supervisory board and they are not required to be shareholders.[34]

The representative function of the management board is limited in an *Aktiengesellschaft* by the function of the supervisory board, which represents the interests of the company before the management board (s. 112 Stock Corporation Act).

The supervisory board (ss. 95-116 Stock Corporation Act) 'represents the company in dealing with the management board, which includes the entry into employment agreements with its members'.[35] Its most important roles comprise the audit of the annual financial statements (s. 171 Stock Corporation Act) and appointment and dismissal of the management board (s. 84 Stock Corporation Act). Owing to the fact that the supervisory board acts as a check on the management board, it is not permitted to be a member of both boards within the same company. The supervisory board must consist of three members (s. 95 sentence 1 Stock Corporation Act). More are permitted, but the number must always be divisible by three. The upper limit varies according to share capital (s. 95 sentence 1 Stock Corporation Act). It is usually required to meet twice every 6 months (s. 110 Stock Corporation Act).

The *Aktiengesellschaft* must also have an AGM (*ordentliche Hauptversammlung*) according to s. 118 Stock Corporation Act, which is considered more of an organ rather than an event. Although 'the management board is not bound by resolutions passed by the general meeting instructing it on its course

[34] Wooldridge, *supra* note 26, 153.

[35] Wooldridge, 'The composition and functions of German supervisory boards', 191.

of action',[36] the AGM is entitled to make decisions on the cases where this is expressly stipulated by law (s. 119 Stock Corporation Act) and in a company's Articles of Association. These include how to use profits, appointing members of the supervisory board, dismissing members of the management and supervisory boards, amendments to the Articles of Association, and whether to dissolve the company. As such, the organs are empowered to act as checks on each other's powers.

II. Shares

The concept of shares is largely the same throughout the world. As such, the categories of shares as listed above are not controversial.

Some space should, however, be dedicated to German preference shares (*Vorzugsaktie*). Preference shares generally provide 'additional rights of participation in the profits of the company'[37] without the voting rights that usually come along with a share. This is true for both jurisdictions. The distinguishing characteristic in German law is its 'detailed provisions' regarding preference shares.[38] Everything, including issuing preference shares (s. 12 (1) sentence 2 and s. 60 (3) Stock Corporation Act), the circumstances in which consent by the preference shareholders is necessary (S. 141 II Stock Corporation Act) and the proportions of shares which may be preference shares (s. 139 (3) Stock Corporation Act), is codified. This prevents the 'considerable amount of litigation'[39] over the issue, which can be observed in England due to the freedom enjoyed by English companies over preference shares.

In contrast to the situation in England, both par value shares (*Nennbetragsak-*

[36] Wooldridge, *supra* note 26, 152.

[37] Wooldridge, 'Preference shares under German law', 119.

[38] Ibid. 121.

[39] Ibid.

tien) (s. 8 (2) Stock Corporation Act) and no-par value shares (*Stückaktien*) (s. 8 (3) Stock Corporation Act) are permitted in Germany. This system supports the claims set out in section B. II. of this article. Under the no-par system, German companies can allow the share value to change with market forces, even if they issue them at a different price. This price is not fixed and therefore allows for a 'simpler'[40] and more 'truthful representation'[41] of their actual value, whilst reducing the attractiveness of setting a low-par value which is completely unrelated to the trading value.

Germany also allows both bearer shares (*Inhaberaktien*) (s. 10 (2) Stock Corporation Act), which may be issued without the name of the shareholder, and registered shares (*Namensaktien*) (s. 10 (1) sentence 1 Stock Corporation Act), which keep track of the company's ownership. This may lead one to conclude that the German system concerns itself less with transparency or curbing anonymity-related illegal activity (for example, bearer shares were overwhelmingly used in the Panama Papers scandal), but rather more with privacy and individual freedoms. The following section of this article will consider whether these assertions are properly founded. After all, just because bearer shares are legal in Germany does not mean that they have to be used. Indeed, some German companies have taken it upon themselves to convert any bearer shares into registered shares. The Bayer AG is a prominent example.[42] This is likely due to the negative public image of bearer shares.

III. The Company Register

The *Handelsregister* and *Bundesanzeiger* together largely execute the same

[40] Kee and Luh, *supra* note 12, 564.

[41] Ibid. 562.

[42] Bayer Aktiengesellschaft, 'Announcement of the conversion of the no-par value bearer shares to no-par value registered shares'.

functions as the English Companies House; though arguably in a less transparent way. The *Bundesanzeiger* announces changes to the *Handelsregister*. The process of registering with the *Handelsregister* includes applying to the local district court (*Amtsgericht*) and a company can only be entered into the register by a judge or judicial officer. This more rigorous procedure demonstrates that registering is a vital step in setting up the company, which requires time and effort, rather than simply being a minor administrative obstacle.

In addition, the *Handelsregister* does not give as much information about a company. For example, company accounts and shareholders are not displayed. That being said, an *Aktiengesellschaft* does have to publish the names of any shareholders holding 25% or more of the company's shares (s. 20 (1) Stock Corporation Act). Once again, privacy is preserved.

IV. The Corporate Governance Code (Deutscher Corporate Governance Kodex[43])

German corporate governance is based on a stakeholder model with a two-tiered board structure and independence throughout that board structure.[44] It is not a 'statutory backed'[45] or binding[46] code, which continues to provoke an onslaught of 'constitutional (and jurisprudential) objections'[47] in a civil law system which prefers codification, to the 'soft law'[48] of which the code mainly consists. Despite this, non-compliance could result in a 'breach of the duty of care of members of the two boards, which may result in liability

[43] Regierungskommission, 'Deutscher Corporate Governance Kodex'.

[44] Ahmad and Omar, *supra* note 2, 96.

[45] Datwani, Dochi, Goo and Seidenfuss, *supra* note 27, 346.

[46] Zwinge, 'An analysis of the duty of care in the United Kingdom in comparison with the German duty of care', 34.

[47] Wooldridge and Davies, *supra* note 22, 724.

[48] Wooldridge, *supra* note 35, 192.

towards the company for damages in accordance with [s. 93 (2) and s. 116 (1) Stock Corporation Act]'.[49] Therefore, as in the UK, it is possible 'for a company to fail to comply with any of [the recommendations of the code] provided that its reasons for non-compliance are explained'.[50]

D. Comparing the Models

The aim of company law in both jurisdictions is to facilitate the setting up and functioning of companies. This means that, despite the very different sources of law, the two models ultimately seek to achieve similar results.

I. Forms of Company

Turning first to the structure of companies to illustrate this, the one/double board distinction is an obvious divergence. Though the German model may also be used by English companies, it would be unusual in practice. On the other hand, the double board system is a requirement in Germany.[51] At first glance, this might lead to the conclusion that the management board of an English company is not held to account as stringently as it might be in Germany. However, once the duty of care of directors in both countries is taken into account, it becomes apparent that the strict duty of care requirement placed on English directors compensates for a lack of checks and balances by any other organ(s). As a result, 'the German duty of care seems to be less stringent concerning reliance and delegation which can be very well explained by the German two-tier board system'.[52] German directors can 'monitor their fellow directors' less closely than 'their British counterparts',[53] because of the onus

[49] Wooldridge and Davies, *supra* note 22, 730.
[50] Ibid. 724.
[51] Wooldridge, *supra* note 35, 192.
[52] Zwinge, *supra* note 46, 40.
[53] Ibid.

on the supervisory board, limiting any 'wider discretion'[54] German Directors may purportedly possess. This simply does not exist in England, so that the directors' fiduciary duties have to go further. Their duties are codified (The Companies Act 2006, s. 164 and The Insolvency Act 1986, s. 214 (4)). Some may consider this to be of more significance in a common law jurisdiction, as there has been an active choice to codify, when they could be left to develop organically. It is a clear attempt by the legislature to 'make company law more coherent and more accessible'.[55] As such, '[it] is … impossible to describe the duty of directors in general terms'.[56]

Weighing a potentially higher duty of care against one that might be lower but subject to further checks, rebalances the accountability of directors in both countries. Although very different approaches are taken to ensure that sufficient care is taken over the decision-making processes within a company, its stakeholders and ultimately its shareholders, the result is, in fact, very similar. In other words, 'the differences are not as big as they might seem'.[57]

II. Shares

1. Par value

The approach to shares also diverges. England appears to be the outlier as far as par value is concerned. No-par value shares are permitted in Canada, New Zealand, Ghana, and most US states,[58] as well as in Germany. Any benefits afforded to any party in England as a result of the lack of no-par value shares

[54] Ibid. 36.

[55] Ibid. 40.

[56] *Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited* [1925] Ch 407, 426 per Romer J.

[57] Zwinge, *supra* note 46, 34.

[58] Mwenda, *supra* note 13, 87.

is doubtful. Equally, 'by and large the differences between par value shares and those without par value are today of little practical differ'.[59] Essentially, the requirement for par value is of little assistance to the system, but it also does not cause much harm. Nobody with experience in shares would be under the impression that the par value was actually the trading value. In addition, foreign investors are familiar with both concepts.

2. Bearer shares

The situation regarding bearer/registered shares is comparable. Whilst Germans will generally be familiar with both categories, the English might be initially perplexed when coming across this now-foreign concept.

The principles behind these distinctions are of more interest. If the German legal system is a body, the German constitution (*Grundgesetz*) is its heart, pumping the concept of freedoms and privacy to even the furthest extremities. It is suggested, that the concept of bearer shares is a reflection of this; allowing shareholders to stay anonymous. Such anonymity is ensured by the limited information available on the *Handelsregister*, in stark contrast to Companies House, which displays the names of shareholders.

The prevalence of blockholders may offer a less principle-based explanation. As the 'vast majority of German corporations [are] owned by blockholders',[60] most of whom are banks, the suspicious nature of bearer shares might be less of a concern. This explanation is arguably less well founded, as recent scandals show that using bearer shares for illegal activity is indeed something that should concern every government. In fact, it was a German publication, the *Süddeutsche Zeitung,* which broke the Panama Papers scandal. Thus, al

[59] Israels, 'Problems of Par and No-Par Shares: A Reappraisal', 1280.
[60] Raja, *supra* note 1, 295.

though this may not be a major issue of concern to the German government, it certainly is to its people.

3. Preference Shares

The meaning of the term preference shares varies between every English company, therefore so too does how they operate in practice. In contrast, German law much more comprehensively sets out in legislation how the preference share will function in a company. This is of practical significance to German lawyers carrying on business in the UK, as they cannot take for granted that potential conflicts are comprehensively covered by legislation.

III. The Company Register

The company registers of the respective countries illustrate the history and the environment in which they developed. Registration with Companies House, although vital for all forms of companies, can be done with relative ease and may be seen as part of the mere administration involved in establishing a company. As discussed, transparency is also important and Companies House makes a lot of information about individual companies freely available. The purposes behind this may be to encourage individuals to set up SMEs (Small- and Medium-sized Enterprises) by reducing the costs involved in doing so, as well as discouraging suspicious activity by making businesses as transparent as possible. The fact that 99.9% of UK businesses are SMEs speaks to this.[61]

Despite the need for entries to be made by a judge or judicial officer in Gemany, SMEs still make up 99.6% of German companies,[62] which implies

[61] Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 'Business population estimates for the UK and regions: 2019 statistical release'.

[62] Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 'The German Mittelstand as a model for success'.

that this requirement does not amount to an insurmountable obstacle in the grand scheme of setting up a business nowadays. The process may also have become considerably less time-consuming thanks to modern technology.

IV. The Corporate Governance Code

The German and UK Corporate Governance Codes apply only to listed companies. Both Germany (with its 'Continental European' model[63]) and the UK (the 'Anglo-Saxon' model[64]) have adopted the 'comply or explain' approach to their corporate governance codes, which repeatedly use the modal verb 'should' (or *soll*) to describe a company's duties.[65]

The German code, however, has a 'wider scope'[66] and is 'somewhat more detailed than the UK Code',[67] which is based on 'principles of good governance'.[68]

The codes naturally diverge when it comes to the recommendations for the individual boards. The German code requires each board to 'state separately in the annual declaration whether the norms (recommendations) addressed to it in the German Corporate Governance Code have been complied with in the past year, and whether they will continue to be complied with'.[69] That being said, the requirements of the UK code might be seen to have triggered a convergence:

> 'It requires one-half of the management board to consist of non-exec-

[63] Ahman and Omar, *supra* note 2, 73.
[64] Ibid. 73.
[65] Wooldridge and Davies, *supra* note 22, 724.
[66] Ibid. 723.
[67] Ibid. 732.
[68] Ibid. 731.
[69] Ibid. 729.

> utive directors, all of whom should be independent. Furthermore the Combined Code recommends that the board should have nomination, remuneration and audit committees on which the non-executive directors should be the only members, or the majority of them.'[70]

Splitting the board in this way is a covert attempt to encourage the different classes of director to hold each other accountable. Encouraging non-executive directors to check the power of the other directors in this way nudges them to assume a similar role to that of the supervisory board in German companies. This could indicate a step towards a new era of double-board systems in England.

It may be suggested that the development of the UK Corporate Governance Code was inspired by the habits of German companies. While the purpose of this article is not to speculate about this, it would, if true, further support the author's premise that learning about other jurisdictions benefits all parties; not just those doing business, but also legislators who observe and learn from other jurisdictions.

E. Conclusion

This article endeavoured to provide a holistic appreciation of German and English company law. The reality is that concepts in company law are shared between jurisdictions. For example, the Business Judgment Rule in Germany originated in the US. It is important to note that there continues to be a large amount of convergence between jurisdictions, to account for the requirements of globalisation and to facilitate enterprises conducting business abroad. For example, conducting business as a foreign entity or even by incorporating a new company in another jurisdiction requires that bilingual contracts are coherent to both parties' lawyers and deals can occur as fluidly as they would

[70] Wooldridge, *supra* note 35, 192.

between companies in the same jurisdiction. The author has hypothesised about further legislative convergence in the future, a view which is shared by many academics, who concede that there is 'a global convergence towards a similar model of corporation'.[71]

Despite this, there are some starkly contrasting principles, as emphasized in this article, which reflect the differences between the environments in which the rules in both jurisdictions have developed. In England, emphasis is placed on transparency and the rule of directors, unfettered by any other organ and only answerable to the Companies Act. In Germany, on the other hand, the principles of privacy, freedoms and co-determination have primarily shaped the law in this area.

The development of company law in each of these jurisdictions has therefore clearly been 'path-dependent'.[72] It would not be misguided to suggest that these paths will lead largely to the same results. It is therefore reasonable to hypothesise that they will eventually become indiscernible from one another after inevitable further convergence in the future, whether that be through legislation or conventions of doing business, as companies endeavour to make themselves better understood by their counterparts who work under different legislative structures. In the meantime, understanding the slight nuances between jurisdictions is integral to more fluid and better-informed international company law transactions.

[71] Raja, *supra* note 1, 291.

[72] Roe, 'Chaos and Evolution in Law and Economics', 644.

Bibliography

Journal articles

Ahmad, S. and Omar, R., 'Basic corporate governance models: a systematic review' 58(1) Int JLM (2016) 73-107

Brett, R., 'Searching international company registries online' 15(3) LIM (2015) 172-177

Datwani, M., Dochi, J., Goo, S. and Seidenfuss, K., 'One-tier, two-tier and hybrid board structures in Hong Kong, Germany and Japan: a governance perspective' 39(10) Comp Law (2018) 345-348

Israels, C., 'Problems of Par and No-Par Shares: A Reappraisal' 47(8) Columbia Law Review (1947) 1279-1300

Keay, A. and Iqbal, T., 'The impact of enlightened shareholder value' 4 JBL (2019) 304-327

Kee, H. and Luh Luh, L., 'The Par Value of Shares: An irrelevant concept in modern company law' [1999] Singapore Journal of Legal Studies 552-572

Lotz, S., 'Directors' duties with regard to creditors in German and UK (core) company law' (2011) 22(8) ICCLR 264-269

Milman, D., 'The company share: evolution and regulation' 405 CoLN (2018) 1-4

Mwenda, K., 'Policy issues underpinning the concept of par value: a comparative legal study' 3(1) Mountbatten Journal of Legal Studies (1999) 80-90

Raja, K., 'Comparative corporate governance: Germany, Japan and Pakistan in context: the beginning or the end of corporate law history?' 28(8) ICCLR (2017) 291-308

Roe, M., 'Chaos and Evolution in Law and Economics' 109 Harvard Law Review (1996) 641-668

Weinert, E., 'Firma EDV v Germany - do companies have feelings too? Firma EDV fur Sie, EfS Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH v Germany (32783/08)' 26(2) EntLR (2015) 50-52

Wooldridge, F. and Davies, L., 'The German Corporate Governance Code' 8 JBL (2010) 723- 733

Wooldridge, F., 'Preference shares under German law' 32(4) Comp Law (2011) 118-121

Wooldridge, F., 'The composition and functions of German supervisory boards' 32(6) Comp Law (2011) 190-192

Wooldridge, F., 'The management board of German public companies' 33(5) Comp Law (2012) 152-156

Zwinge, T., 'An analysis of the duty of care in the United Kingdom in comparison with the German duty of care' 22(2) ICCLR (2011) 31-41

Electronic sources

Bayer Aktiengesellschaft, 'Announcement of the conversion of the no-par value bearer shares to no-par value registered shares', September 2009, file:///C:/Users/user/AppData/Local/Temp/Umstellungsbekanntmachung_Namensaktie_200909_e.pdf, (last date of use: 3 October 2020)

Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 'Business population estimates for the UK and regions: 2019 statistical release', 2019, https://www.gov.uk/government/publications/business-population-estimates-2019/business-population-estimates-for-the-uk-and-regions-2019-statistical-release-html, (last date of use: 28 May 2020)

Department for Business, Innovation and Skills, 'Small Business, Enterprise and Employment Act: Companies: Transparency', 2015, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417328/bis_15_266_SBEE__Act_companies-transparency-fact-sheet.pdf, (last date of use: 27 April 2020)

Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 'The German Mittelstand as a model for success', 2020, https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Dossier/

sme-policy.html, (last date of use: 26 May 2020)

Pinsent Masons, 'Shares and share issues' (*Out-law*, 4 July 2007) <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/shares-and-share-issues> accessed 18 April 2020

Regierungskommission, 'Deutscher Corporate Governance Kodex', 16 December 2019, https://www.dcgk.de/en/code//foreword.html, (last date of use: 3 October 2020)

Thomson Reuters, 'Deferred shares' <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-107-6070?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1> accessed 20 April 2020

ALLEN & OVERY

Referendare (m/w/d) und wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d) an allen deutschen Standorten

Zur Verstärkung unseres Expertenteams sind wir auf der Suche nach Ihnen! Wenn Sie heute an Mandaten mitarbeiten wollen, über die morgen in der Fachpresse berichtet wird, bewerben Sie sich.

Wir freuen uns auf Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen.

Allen & Overy LLP

facebook.com/allenoverykarriere
instagram: allenoverykarriere
xing.com/company/allenovery
linkedin.com/company/allen-&-overy

www.allenovery.de/careers | recruitment.germany@allenovery.com

Allen & Overy LLP
Dreischeibenhaus 1
40211 Düsseldorf

Allen & Overy LLP
Haus am OpernTurm
Bockenheimer Landstraße 2
60306 Frankfurt am Main

Allen & Overy LLP
Hanseatic Trade Center
Kehrwieder 12
20457 Hamburg

Allen & Overy LLP
Maximilianstraße 35
80539 München

azur 100 TOP ARBEITGEBER 2020

The Creation and Consumption of Works in the Digital Era

Copyright solutions between Private Ordering and Legislative Changes

by
Finn Schädlich*

Humboldt-Universität zu Berlin
King's College London

Abstract

The article discusses the conflict of traditional copyright legislation and the factual reality in a digitalised world. It focusses on the UK law and draws comparisons to EU and German legislation. The paper conducts a comprehensive analysis of the state of copyright in the digital era, considering legal, economic and cultural factors. It introduces the private ordering mechanisms like Creative Commons and Open Source, which were developed by digital actors themselves. It then seeks to show why private ordering cannot be a solution on its own but needs to accompanied by legislative changes.

* The author is a final year law student at Humboldt University Berlin, currently preparing for the German First State Exam in Law. He is an open source software developer and a member of the steering committee of Creative Commons Germany. The article was written during an exchange year at King's College London.

A. Introduction

The digital world changes at a dramatic pace. In the last decades, the copyright – not only in the UK – has failed to acknowledge the new ways in which works are created and consumed.

Out of necessity, some actors have created their own private ordering solutions to facilitate the lawful creation and consumption of works, but also to bring a normative change. With open-source software being the base and fuel of the digital transformation and open content, such as works licensed under Creative Commons, becoming more important, these solutions need to be critically assessed.

This paper will first outline the shortcomings of the UK copyright in the digital world and discuss the various consequences for the parties involved. It will analyse the current state of copyright with the focus on digital media and the internet (I).

In the next section, it will present the two most common private ordering mechanisms, Creative Commons and Open Source licensing; point out their issues and assess if they alone can provide a solution for the shortcomings of the copyright (II).

Afterwards, the paper will discuss if the introduction of a private copying levy could be an adequate solution and consider the implementation within the EU and German law.

In the end, the paper will propose two necessary legislative changes; the first being measures to enhance the legal certainty of Creative Commons and Open Source licensing, the second being the introduction of a compulsory licence scheme that decriminalises common behaviour and provides fair compensation

to creators (IV).

B. Analysis of the State of Copyright in the Digital Era

I. How the Internet Has Changed the Culture

In the last decades, the internet, hand in hand with the digitalisation, shaped society in many ways. It heavily influenced the way we consume media today. Instead of buying hard copies of movies, for example, we stream films on demand and listen to music on Spotify and YouTube with one single click.

This change poses many challenges to the copyright sector. Before commercial streaming solutions such as Netflix, Amazon Video, or Spotify opened the way to lawful streaming, the internet turned into a piracy paradise.[1] Quickly, the Recording Industry Association of America (RIAA) and its members started suing young adults for significant amounts of money for downloading a handful of songs from Pirate Bay, using Napster or Peer2Peer networks.[2] Thereby, the industry tried to deter users from sharing their content for free. However, file-sharing was not the greatest danger.

II. The Difficulties of Remuneration in the Digital Age

While the new ways of consuming works are great for the end-users, some of the creators are struggling. The change in media consumption especially affected the music industry. Between 2003 and 2017, the income of the UK

[1] Andrew Murray, *Information Technology Law* (4th edn, Oxford University Press 2019) chapter 12.1.

[2] One of the more prominent cases is *Sony BMG Music Entertainment, et al v. Joel Tenenbaum* United States Court of Appeals, First Circuit, 2011, 660 F3d 487, 509 where a student was sued for $675,000 in damages for copyright infringement downloading by sharing 30 songs using the peer-to-peer network Kazaa.

music industry decreased by around one third.[3] At the same time, consumer spending for digital music increased almost twenty-nine-fold, but the revenues from physical sales do not even constitute a fifth of what they were in 2005.[4] In the early stages of digital music, income was generated by the actual sale of music, especially on iTunes. Nowadays, consumers have mostly switched to streaming. In the UK, two giants dominate the market: YouTube and Spotify.[5] Both are in the top three for the lowest paying streaming services, with YouTube only paying 0,000060 GBP and Spotify around 0,003 GBP per stream.[6]

The music industry is just one of the creative sectors heavily affected by digitalisation. While the world-famous artists will always make their share, the diversity of our culture, the smaller and less popular artists and sub-cultures, are endangered if no innovative ways of remuneration are found.

III. New Ways of Creating Works

However, not only our habits of consuming works changed; the creation of works did too.

The political activist, lawyer and Harvard professor *Lawrence Lessig* is one of the most prominent protagonists of the free culture movement. In his 2008 book 'Remix', he describes how technology has changed the creation of works.

---

[3] Statista, 'Music industry income in the United Kingdom (UK) from 2003 to 2017' <https://www.statista.com/statistics/321843/music-industry-income-in-the-uk/> accessed 3 May 2020.

[4] Statista, 'Consumer spending on music in the United Kingdom (UK) from 2005 to 2019, by format' <https://www.statista.com/statistics/325479/consumer-spending-on-music-in-the-uk-by-format/> accessed 3 May 2020.

[5] British Recorded Music Industry, *BPI Yearbook: All About The Music* (BPI, 2017), 54.

[6] Statista, 'Music-Streaming: Who Pays Best?' 3 April 2018) <https://www.statista.com/chart/13407/music-streaming_-who-pays-best/> accessed 3 May 2020.

Over the decades, broadcasts such as the radio and television appeared; tapes, VCRs, CDs and DVDs were invented. However, throughout all the developments, the works were only consumed. The data mediums were analogue and relatively hard to copy for the average consumer. Even though they contained intangible works, the copies itself were tangible. When someone shared a DVD with a friend, she was not able to play it herself. Moreover, the producers could even sell the same works again and again, on different mediums.[7] Apart from the factual difficulties of copying arising from the inherent nature of analogue mediums, the law also limits private copying.

The copying and creation of works changed with the rise of the internet and modern electronics. Naturally, non-professionals were creating media before the digital era. However, with digital tools, resources and modern technology, new works can be created as easily as never before.[8] The internal cameras of smartphones deliver high-quality images; music and beats can be composed using nothing more than a tablet and the internet provides a vast amount of free resources to learn how to program, write a novel or learn to dance. These accessible ways of creating content led to the rise of non-professional creators. They often do not use the traditional means of distribution by licensing their work to a publishing house or music label. Financial compensation is often not required as would be the case with professional creators.[9] These non-professional creators are often referred to as prosumers; consumers, who also produce content.[10]

---

[7] Lawrence Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* (Penguin Press 2008), 37.

[8] Murray, *supra* note 1, 258.

[9] Sharkova Katerina, 'The author, the fan and the in-between: in search of a copyright regime for the everyday creative', 40 European Intellectual Property Review (2018) 784.

[10] Ibid.

IV. New Ways of Distributing Works

To some degree, the rise of the prosumer can also be attributed to the changed ways of distribution. Initially, book publishers, record labels and film studios were the only ones who were able to distribute a work worldwide. The entry levels to be published were high, and most of the works created never made it onto the shelves a bookshop or record store. This changed with the internet.

Uploading a video to YouTube or Vimeo, a song to Soundcloud, pictures to Instagram or Flickr or self-publishing an e-book requires very little effort. Although most of the content will not become relevant, success stories like the 'Shades of Grey' novels demonstrate the possibilities of online distribution. The first book started as an online fanfiction, was self-published as an e-book and then became a worldwide bestseller after the author signed a 7-figure contract with Vintage Books, which is part of Random House.[11] However, while the publishing of works for mere consumption might have become easier, the international dimension of the internet makes it difficult to collaborate and share in a legally valid way. Copyright systems differ in every country, while it is nearly impossible to draw borders or even determine which jurisdiction applies in the internet.

V. New Requirements in Technology and Science

Another change brought about by digitalisation is less obvious, as it took place behind the scenes. The colourful websites of streaming services, the efficient search engines and the alarmingly clever recommendation engines are run by sophisticated, complex software and massive amounts of data. On aver-

[11] Natasha Bertrand, 'Fifty Shades of Grey' started out as 'Twilight' fan fiction before becoming an international phenomenon' (*Business Insider,* 2015) <https://www.businessinsider.com/fifty-shades-of-grey-started-as-twilight-fan-fiction-2015-6> accessed 27 April 2020; Katerina, ibid., 6.

age, one piece of software on GitHub has 203 so-called dependencies, which are third-party software modules.[12] Around 6.5 million pieces of software on GitHub depend, for example, on the web framework Express.[13]

For machine learning (or Artificial Intelligence), which powers recommendation algorithms, voice assistants or self-driving cars, big amounts of data are essential. These systems become smarter in direct proportion of the amount of data they process.[14] The amount of data generated is currently growing at a rate of 40% every year and is estimated to reach 44 trillion gigabytes this year.[15] Moreover, industry giants such as Google and its mother company Alphabet, Facebook, Baidu and Elon Musk's AI platform decided to move away from copyright protection and openly released their AI frameworks, as even these companies were not able to develop AI technology at a reasonable speed due to the complexity of the matter.[16] The availability of data becomes also increasingly important in sciences such as physics and medicine. CERN, the European Organization for Nuclear Research, for example, generates one million gigabytes per day.[17] To sustain and fuel these technological developments in a democratic way, software and data must be freely available. The intellectual property regime makes this difficult. Databases can be protected under the copyright if they fulfil the requirements of Section 3A CDPA or otherwise by t

[12] Github, 'The State of the Octoverse - The interconnected community' (*Github.com,* 2019) <https://octoverse.github.com/#dependencies-overview> accessed 5 May 2020.

[13] Github, 'Express Code Repository' (*Github.com,* 2020) <https://github.com/expressjs/express> accessed 5 May 2020.

[14] Statista, *In-depth: Artificial Intelligence 2019 - Statista Digital Market Outlook* (2019), 45.

[15] Ibid.

[16] Ibid. 43.

[17] CERN, 'About Storage' (*CERN,* 2020) <https://home.cern/science/computing/storage> accessed 4 May 2020.

he Copyright and Rights in Databases Regulations 1997 under Art 7(1).

VI. The Precarious Legal Situation of Prosumers

The legal situation of the aforementioned prosumers is worth a closer analysis. From a copyright point of view, two cases must be distinguished regarding prosumers. The first case concerns follow-on creativity works created by remixing or modifying existing works. This is especially common when creating memes or fan-art. For the sake of discussion, this paper will focus on memes, as they are an essential and typical part of internet culture and an interesting copyright issue.

Second, prosumers can create entirely new content, without relying on existing works. An example would be an amateur photographer taking pictures and posting them on Instagram or Flickr.

In the first case, the creator's legal position is quite unclear. When using a foreign copyright-protected work without permission or licence, the user risks infringing the copyright of the work's author. Art.16 (1) (a) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) reserves the right of reproduction, as well as the right of communication to the public (d), exclusively for the owner of the copyright. This also applies where only a substantial part of the work is concerned, Art.16 (3) (a) CDPA. While there has been some academic discussion about the copyright issues of memes in in the US,[18] there is hardly any academic coverage in the UK.[19]

[18] Ronak Patel, 'First World Problems: A Fair Use Analysis of Internet Memes' 20(2) UCLA Entertainment Law Review (2013); Thomas Cotter, 'Memes and Copyright' 80(2) Tulane Law Review (2005) 331-410.

[19] Andres Guadamuz, 'Do Memes infringe Copyright?' (2019) <https://www.cla.co.uk/blog/further-education/do-memes-infringe-copyright> accessed 28 April 2020.

Memes are often created using still images from movies or a photograph, a short video clip or a Gif. Even for lawyers, it is hard to determine whether a meme infringes copyright. For example, it seems questionable if a still image from a movie is a 'substantial part' in the sense of Art. 16 (3) (a) CDPA. Using a picture of the world-famous 'Grumpy Cat' on the other hand will most likely constitute a copyright infringement.[20]

However, under UK law, the creators of a meme could, in some cases, rely on copyright exceptions such as the caricature, parody or pastiche exception under Art. 30A CDPA or, for the purposes of criticism, review, quotation and news reporting, Art. 30 CDPA. As an 'elusive concept', [21] fair dealing can be interpreted broadly. Thus, these exceptions could provide some degree of protection. In *Deckmyn* on the other hand, the CJEU gave quite a narrow definition of what might be considered a parody.[22] As becomes apparent, the legality of follow-on works must be determined individually in each case.

Moreover, aside from some narrow exceptions, even private copying is an infringement.[23] UK law does not contain a general exception for copying for private use.[24] Therefore, copying a copyright-protected music CD one owns to

---

[20] In 2018, the rightsholder Grumpy Cat Ltd. even sued a US Coffee Company for the breach of a licensing agreement and was awarded $ 710.000 in damages: Grumpy Cat Ltd. v. Grenade Beverage LLC, Case No. SA CV 15-2063-DOC (DFMx) (C.D. Cal. May 31, 2018).

[21] *IPC v News Group Newspapers Ltd* [2005] EWHC 317.

[22] *C-201/13 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others* [2014] EU:C:2014:2132.

[23] The CDPA only knows exceptions for research or private study, Section 29(1), making back-up copies of computer programs in Section 50A (1) and time-shifting for broadcasts, Section 70.

[24] Lionel Bently and others, *Intellectual Property Law* (5th edn, Oxford University Press 2018), 240.

a MP3-Player already poses an illegal act of copying.[25]

For the common prosumer, it is nearly impossible to evaluate, whether their actions are legal. Thus, their everyday dealing takes place in a grey area of copyright law.

VII. Prosumers Creating Original Content

In the second case, the copyright issues are less pressing. If the created works are original, they are protected by copyright themselves. The author can freely copy, modify or publish her own works. A prosumer, who usually does not rely on direct financial remuneration from licensing the works, might even want to release content for collaboration or as a gift to the commons. In such cases, they might publish the work with a notice that everyone can use the content freely. However, this would impose risks on the user. When others start to use the work, the original creator could revoke the licence. Moreover, it is unclear what 'free use' means. Does it cover commercial use as well? It seems quite likely that the author would like some remuneration if a company were to use the image for an advertisement, for example. The author could also decide to allow the free use of the work, but only if they are credited by referencing the author's name or website, for example. For non-professionals, creating a legally valid licence with such requirements, perhaps best described as 'some rights reserved', is quite difficult and consulting a lawyer is expensive. Most of the time, one can expect work to be published without any licence, using the default copyright state 'all rights reserved'. Gifting a work to the commons by freeing it from the boundaries of copyright is even more difficult. In fact, the question whether the abandonment of copyright is even possible remains a contested issue.[26]

[25] Ibid.

[26] Emily Hudson and Robert Burrell, 'Abandonment, Copyright and Orphaned Works:

VIII. The Most Pressing Issues

It becomes apparent that the copyright regime was not crafted with a digital era in mind. The existing copyright law is stretched to its limits and currently not prepared to deal with the changing ways of creation and use of copyrighted works in the digital world. This leads to legal uncertainty and illegality of what is generally considered socially adequate, common behaviour. Many users operate in a legal grey area in their everyday lives, often without even being aware of their misconduct. Moreover, current copyright law inhibits creativity and prevents our modern culture to make use of its potential. In addition, the copyright regime also fails in providing a sustainable income for professional creators.

For the sake of discussion, this paper will focus on some of the most crucial points of conflict:

The first one is the rise of the prosumer and the legal implications: How can prosumer freely share and collaborate when they create own original works? What is the best way to deal with legal issues when they rely on existing works? This issue is linked to the next one: Is there a way, the copyright regime can protect a diverse culture when the works of professional creators are used and consumed with hardly any compensation? Finally, the paper will consider how the technological requirements of the new digital world fit together with the copyright.

C. Private Ordering - a Solution?

The shortcomings of the copyright have become apparent over the last three

---

What Does It Mean to Take the Proprietary Nature of Intellectual Property Rights Seriously?' 35 Melbourne University Law Review (2011) 971.

decades. While the copyright – for the most part – stagnated, academics, actors from the civil society and some of the most valuable corporations on the earth developed, promoted and implemented different solutions to overcome the most pressing issues. These mechanisms usually rely on private licensing within the existing copyright regime, which leads to inherent problems, as will be shown later on.

They replace individually negotiated licence agreements between the licensor and the licensee by providing standardised licences. Thereby, they significantly lower the transaction costs and provide an agile, low-overhead solution. The licences are usually royalty-free and therefore only fitting if the copyright owner seeks no direct financial compensation. They are described as private ordering mechanism as opposed to public ordering by the copyright.[27] The two most crucial ordering mechanisms are the licensing systems of Creative Commons[28] and Open source licensing. In the following section, the paper will present these solutions, discuss their issues and evaluate if they can solve the shortcomings of the copyright regime.

I. The Growing Importance of Private Ordering

In the last decades, but especially in the last years, the importance of freely licensed content (e.g. under Creative Commons or Open Source licence) has increased rapidly.

In 2014, less than 0.5 million programmers contributed computer code to an open source project on the dominating code-hoster, Github. Last year, in 2019,

[27] Séverine Dusollier, 'Sharing access to intellectual property through private ordering' 82 Chi-Kent L Rev (2007) 1391.

[28] The author is a member of the steering committee of Creative Commons Germany and an individual member of the Creative Commons Global Network.

around 2.5 million coders actively participated in open source projects.[29] The Android operating system is based on Linux, one of the earliest and most important open source projects. Android devices make up around 70% of the global mobile market, which amounted to 2.5 billion active Android devices in May 2019.[30]

The number of works licensed under one of the Creative Commons licences (CC licence) increased rapidly. In 2006, there were 140 million works using CC licence, until 2017 the amount increased tenfold to over 1.4 billion.[31] As of April 2020, there are around 468 million photos under Creative Commons licence on the image platform Flickr alone.[32] One of the most prominent examples of digital collaborative effort using Creative Commons is Wikipedia. In the English Wikipedia, there are 6,065,913 articles with 3.5 billion words as of 26 April 2020.[33] In the last month – March 2020 – alone, Wikipedia had 23 billion page views, 49 million edits and a total article count of 400,712,353 content pages world-wide. All of Wikipedia's articles and nearly all media are published freely using a Creative Commons licence. As single entity could never have provided this amount of content and the project was made possible only through the collaboration of tens of millions of editors.

---

[29] Github, 'The State of the Octoverse' (*Github.com,* 2019) <https://octoverse.github.com/#the-world-of-open-source> accessed 3 May 2020.

[30] StatCounter, 'Mobile Operating System Market Share Worldwide' (*StatCounter.com,* April 2020) <https://gs.statcounter.com/platform-market-share> accessed 6 May 2020; Google, 'How Google Play works' (*Android.com,* 2020) <https://www.android.com/play/how-google-play-works/> accessed 6 March 2020.

[31] Creative Commons Foundation, 'State of the Commons' (*creativecommons.org,* 2017) <https://stateof.creativecommons.org> accessed 13 March 2020.

[32] Flickr Inc., 'Explore - Creative Commons' (*flickr.com,* 2020) <https://www.flickr.com/creativecommons/> accessed 7 April 2020.

[33] Wikipedia, 'Size of Wikipedia' (*Wikipedia EN,* 2020) <en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Size_of_Wikipedia> accessed 26 April 2020.

II. An Overview of the Concepts of Open Source and Creative Commons

The history of Open Source software is long and dynamic. The first Open Source licence was the GNU Public Licence (GPL) which MIT researcher *Richard Stallman* created to license his free alternative to the UNIX operating system, GNU, in 1983. GNU later made use of the GPL-licensed Linux kernel and is now known as Linux. There have been years of conflict within the community about the definition of Open Source. Nowadays, the *Open Source Definition* published by the *Open Source Initiative* is the de-facto standard. It begins: 'Open source doesn't just mean access to the source code.'[34] It then goes on to list ten criteria, including free redistribution, allowing derived works and permitting discrimination. Another important document to understand the mindset behind Free/Libre Open Source Software is the *GNU Manifesto*, published by *Stallman* in 1983. It contains a rather fundamentalist view but shines a light on the original motivation behind Free/Libre Open Source Software:

> 'The fundamental act of friendship among programmers is the sharing of programs. […] Copying all or parts of a program is as natural to a programmer as breathing, and as productive. It ought to be as free. [… This creates] a situation in which a person who enforces a copyright is harming society as a whole both materially and spiritually; in which a person should not do so regardless of whether the law enables him to.'[35]

The GPL licence is still one of the most commonly used licences. It contains a copyleft provision, which basically means that all subsequent works need to be licensed under the GPL as well. This is also described as the 'viral effect of

[34] Open Source Initiative, 'The Open Source Definition' (*OpenSource.org,* 22 March 2007) <https://opensource.org/osd> accessed 7 March 2020.

[35] Richard Stallman, 'GNU Manifesto' (1985) Dr Dobb's Journal of Software Tools, 30.

Open Source software.'[36] Since then, Open Source licensing was widely adopted. Nowadays, the most important licence is the MIT licence[37], which is a permissive, non-copyleft licence.[38] Today, nearly all frameworks and libraries used by developers are Open Source. Many developers have an affection for open source, as they are building upon it every day. At the end of 2016, for example, Apple was forced to let go of its secretive approach regarding AI research and allow its developers and researchers to publish their works and code.[39] The announcement was preceded by discussions regarding the fact that Apple was not able to hire some of the top AI developers, who wanted to publish their works freely.[40]

While Open Source licences were well suited for licensing software, the demand for a comparable solution for creative works increased. Following the ideas of the free and open software movement, the lawyer and Harvard professor *Lawrence Lessig,* together with the MIT computer science professor *Hal Abelson*, and the literacy advocate *Eric Eldred,* founded Creative Commons for creative content in 2001. The organisation aims to counteract the expansion of

---

[36] Dusollier, *supra* note 27, 1414.

[37] Ayala Goldstein, 'Open Source Licenses in 2020: Trends and Predictions' (*White-Source Software,* 23 January 2020) <https://resources.whitesourcesoftware.com/blog-whitesource/top-open-source-licenses-trends-and-predictions> accessed 6 March 2020.

[38] The MIT licence permits every use and only requires a licence and copyright notice while excluding liability and warranty.

[39] Sam Shead, 'Apple is finally going to start publishing its AI research' (*Business Insider,* 6 December 2020) <https://www.businessinsider.com/apple-is-finally-going-to-start-publishing-its-artificial-intelligence-research-2016-12> accessed 4 May 2020.

[40] Sam Shead, 'Facebook's AI director explained why some of the world's brightest minds might not want to work for Apple' (*Business Insider,* 1 November 2016) <https://www.businessinsider.com/facebooks-ai-director-yann-lecun-apple-2016-10> accessed 4 May 2020.

copyright over creative content by enriching the public domain in an accessible way.[41] *Lessig* criticised the present copyright regime in his book *Free Culture*:

> 'The opposite of a free culture is a "permission culture"—a culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of creators from the past.'[42]

Today, the US-based foundation is supported by a network of over 100 national chapters that take care of translating licences, advocating and spreading the idea of Creative Commons. Its primary tool is the licensing framework, consisting of standardised licence for re-use, which an author can issue to publish her works freely and without financial compensation. To this day, four versions of the CC licence have been published, making 4.0 the newest version.

The framework provides the author with a number of different options. The concept of Creative Commons is often described as 'Some Rights Reserved', in contrast to the copyright's default of 'All Rights Reserved'. The standard licence is CC BY, which allows everyone to distribute, remix, adapt, and build upon a work, even commercially, as long as the original author is credited. CC BY-SA is the Attribution-ShareAlike licence, which contains a provision similar to the 'copyleft'. The CC BY-ND stands for Attribution-NoDerivs, which permits the re-use for all purposes with attribution to the author but does not allow modifications, adaptions or derivatives of the work. Another licence is the Attribution-NonCommercial, the CC BY-NC. This licence corresponds with the standard licence, except that it does not allow commercial use of the work or derivative work. The different licence features, ND, NC and SA can also be

[41] Severine Dusollier, 'The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright', 29 Columbia Journal of Law and Arts (2006).

[42] Lawrence Lessig, *Free culture : how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity* (Penguin Press, 2004), preface, XIV.

combined, forming a set of the six main Creative Commons licences.[43] A special licence – introduced in 2014 – is the CC0 (CC zero) licence, which aims to dedicate a copyright- or database-rights-protected work to the public domain without retaining any rights. It therefore translates to 'No Rights Reserved'.[44]

Apart from providing a standardised licence, Creative Commons employs different strategies to make them accessible for everyone, especially users that have no legal background. Each licence is represented by three layers, the base layer being the actual Legal Code. This is the binding licence agreement. The Commons Deed is an easily understandable representation of the Legal Code, also described as the 'human-readable' version. It summarises the most important terms and provides a user interface with simple symbols. Lastly, the Electronic Mark provides a 'machine-readable' representation of the licence, which allows software and especially search engines to recognise the licence of a particular work and categorise it automatically.

A recent trend is the ongoing internationalisation of the licences.[45] Until the last version 4.0, the licences were ported to the different national legislations, which included adaptions to the national law applicable in a particular case. Nowadays, the licences are crafted in such a way that they can be used internationally without requiring further porting. This is one of the significant strengths of free licences. If exercised correctly and recognised by the courts, these licences allow for the hassle-free worldwide use and sharing of works. Until – if ever – a sufficient harmonisation of the international copyright is

[43] Creative Commons Foundation, 'FAQ - Ported licences' (*CreativeCommons.org,* 2020) <https://creativecommons.org/faq/#should-i-choose-an-international-license-or-a-ported-license> accessed 6 May 2020.

[44] Creative Commons, 'CC0' (*CreativeCommons.org,* 2020) <https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/cc0> accessed 6 May 2020.

[45] Lawrence Lessig, 'The Creative Commons Dunwody Distinguished Lecture in Law', Florida Law Review (2003) 763.

achieved, these mechanisms are the most practical solution to share a work internationally.

III. The Issues of Private Ordering Mechanisms

Creative Commons and Open Source licensing both rely on the existing copyright regime, as they are both merely licencing systems. On the one hand, this approach makes them practical and accessible, low-overhead solutions. On the other hand, this creates an inherent paradox as they – to some extent – were crafted to circumvent the 'permission culture' but cannot develop a normative effect on their own as they depend on the existing copyright. Scholars and proponents of open access have criticized this reliance on the existing copyright. Especially when these mechanisms are not solely regarded as practical solutions, but as a way to advocate open access and support a normative change, the effectiveness of this approach seems debatable.[46] The use of private licencing tools is seen as strengthening the commodification of property rights and supporting the perception that the use of works without a licence is always prohibited.[47] Moreover, the enforceability of copyleft provisions (the viral effect) is disputable, which weakens the effectiveness of these licencing mechanisms to bring about normative change.[48] Apart from these ideological issues, the reliance on the copyright also leads to practical challenges.

IV. The Legal Uncertainty of Private Ordering

Several issues of these licencing regimes can lead to legal uncertainties for users and creators.

[46] Dusollier, *supra* note 27, 1411.

[47] Niva Elkin-Koren, 'What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons Symposium: Law and the Information Society: Panel I: Intellectual Property and Public Values', Fordham Law Review (2005) 375, 398.

[48] Dusollier, *supra* note 27, 1434.

Firstly, the roots of Creative Commons – and most of the Open Source licences – lie in the US and the licences are still predominantly crafted there.[49] Creative Commons employs various strategies to reinforce compatibility with different jurisdictions. Nowadays, the licences are crafted relying on international treaties such as the *Berne Convention*, the *Rome Convention* or the *WIPO Copyright Treaty of 1996*; Art 8(f) of the CC 3.0 licence demands the interpretation of all terms in accordance with the national implementation of these treaties.[50] Until version 4.0, the licences were ported to the different jurisdictions by the national chapters. Now, only one international licence is available, that was drafted after consultation with the national chapters and is intended to be internationally valid.[51] The CC0 licence – which aims to allow users to dedicate works to the public domain – uses a three-step construct to ensure international validity. First, it contains a waiver of all rights in the work. If the waiver is found to be invalid, it grants a "royalty-free, non-transferable, non-sublicensable, non-exclusive, irrevocable and unconditional licence' and, as a fallback, contains a waiver to exercise any remaining rights.[52]

Another issue – that does not apply to the UK – concerns translations of the licence texts, as translations of Open Source licences are often not officially recognised.

When licences are not adapted to the specific legislation, some intended permissions might not be covered, parts of the licence's provisions may not be

[49] Ibid. 1427.

[50] Creative Commons Foundation, 'Version 3 - Further Internationalization' (*Creative Commons Wiki,* 17 November 2017) <https://wiki.creativecommons.org/wiki/Version_3#Further_Internationalization> accessed 20 April 2020.

[51] Creative Commons Foundation, 'FAQ - Ported licences' (CreativeCommons.org, 2020) <https://creativecommons.org/faq/#should-i-choose-an-international-license-or-a-ported-license> accessed 6 May 2020; CC Foundation, *supra* note 43.

[52] CC Foundation, *supra* note 43.

enforceable in court or the licence could be invalid as a whole.

For example, the GPLv2 licence allows the user to copy, modify or distribute a program, but excludes other rights.[53] Under US law, distribution includes sharing over the internet, while under the stricter UK interpretation, distribution only includes putting a tangible copy in commercial circulation; online sharing is instead covered by the communication right of Sec. 20 CDPA.[54] Therefore, a UK judge could decide that sharing a GPLv2-licensed program online violates the licence terms. This issue was recognised and solved in GPLv3,[55] but it highlights the potential conflicts when licences are crafted for international use. However, the international orientation of free licences also constitutes one of their major strengths, as it enables a frictionless cross-border sharing of works.

Other issues can be attributed to the confusion of licensors and licensees. While the licence providers employ different strategies to mitigate these issues, it still poses a challenge for users to choose a licence, use a licence correctly or to combine works under different licences. Choosing a licence – especially when dealing with the 200 available Open Source licences – poses a challenge for the average user. Tools like *GitHub*'s *Choose A Licence*[56] or Creative Common's *Licence Chooser*[57] provide some guidance. However, for important works it may be advisable to consult a legal professional with proficient knowledge about free licences, as re-licensing a published work requires the consent of

[53] This example is also used by Dusollier, *supra* note 27, 1427/1428; for the licence text see: https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html.

[54] Bently and others, *supra* note 24, 149/161.

[55] The licence allows to 'make, run and propagate covered works', and defines that 'Propagation' includes copying, distribution (with or without modification), making available to the public, and in some countries other activities as well, see: https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html.

[56] See: https://choosealicense.com.

[57] See: https://creativecommons.org/choose/.

every copyright holder, which is especially difficult for Open Source projects.[58]

V. The Correct Use of Works under a Free Licence

Except for CC0, all Creative Commons licences require the attribution of the author in a 'reasonable manner'. Usually, the name of the author, a copyright notice, if provided, a reference to the licence and, if reasonable, a link to the original work must be specified as a minimum.[59] Moreover, the attribution requirements differ according to the licence version used. For example, if the work uses a licence below CC 4.0, the title of the work must be provided as well.[60] The attribution methods can also differ depending on the media-formats and use-cases.[61] Even though Creative Commons provides some guidance[62] and the organisation's *CC Search* is able to generate proper attributions,[63] correct attribution is an obstacle and liability risk for the users in practice. This is due to the termination clause, for example in Section 6 a. of the CC BY 4.0 licence,[64] which terminates all rights under the licence automatically if any of the licence conditions are breached. Therefore, if a user would embed a picture under CC BY 3.0 in her website and forget to include the work's title in the

[58] Eric Steven Raymond and Catherine Olanich Raymond, 'Licensing HOWTO' DRAFT of an Open Source Initiative working paper <http://www.catb.org/~esr/Licensing-HOWTO.html> accessed 3 May 2020.

[59] Dr. Till Kreutzer, *Open Content - A Practical Guide to Using Creative Commons Licences* (German Commission for UNESCO, North Rhine-Westphalian Library Service Centre, Wikimedia Deutschland 2013), 39/40.

[60] Creative Commons Foundation, 'License Versions - Detailed attribution comparison chart' (*Wiki.CreativeCommons.org,* 4 January 2016) <https://wiki.creativecommons.org/wiki/License_Versions#Detailed_attribution_comparison_chart> accessed 2 May 2020.

[61] Kreutzer, *supra* note 59, 39.

[62] See: https://wiki.creativecommons.org/wiki/Best_practices_for_attribution.

[63] See: https://ccsearch.creativecommons.org.

[64] See: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.

attribution, she would be liable for copyright infringement.

VI. Courts as a Mitigating Factor

One of the first European cases regarding Creative Commons took place in Amsterdam. The validity of Creative Commons licences was not challenged and the claimant was granted an injunction to prevent the defendant from using his CC-licenced work without proper attribution.[65] While no noticeable proceedings concerning Creative Commons have been brought in the UK, in the last ten years around twenty-five judgements were handed down by German courts regarding the violation of the terms of Creative Commons licences, including appeal cases.[66] Creative Commons licences were deemed valid in all the cases.[67] While claimants whose works under CC licences were not or falsely attributed were granted higher damages in earlier judgements, the courts tend to limit damages for the violation of the licence in more recent cases. Damages awareded tend to range around one hundred Euros per work. Sometimes, the courts refuse to grant damages at all, as no monetary value can be recognised.[68]

Some of the proceedings were initiated by copyright trolls; parties that aggressively enforce copyright claims to earn a profit from the litigation. In one

[65] *Curry v Audax* [2006] Rechtbank Amsterdam, Case No. 334492 / KG 06-176 SR, English translation available at: <http://mirrors.creativecommons.org/judgements/Curry-Audax-English.pdf>.

[66] For a full list see: https://ifross.github.io/ifrOSS/CC-Cases, most of the cases are only available in German.

[67] See for example: District Court Berlin, Decision of the 8th October 2010, Case Identifier 16 O 458/10, English translation available at: <http://www.ifross.org/Fremdartikel/District%20Court%20Berlin%20CC%20License.txt>.

[68] No damages rewarded by the Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) Frankfurt, judgment of the 22 October 2019, Case Identifier: 11 U 95/18; Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) Cologne, judgment of the 13 April 2018, Case Identifier: 6 U 131/17.

of these cases, the Local Court (*Amtsgericht*) Würzburg stated:

> 'The court is convinced that there is a systematic scam in the defendant's actions, whereby he tries to make money by looking for people who use his pictures without authorisation in order to make excessive demands on them in the form of claims for damages.'[69]

The development of case law in Germany shows that the legal risks of Creative Commons licences can be limited if the courts acknowledge the underlying concepts. This enables the widespread use of free content without having the Sword of Damocles hanging over each user's head. If the courts in other countries follow this line of jurisprudence, the theoretical risks of free licences will have little practical meaning. It remains to be seen how courts in the UK will deal with such cases.

VII. The Difficulties of Financial Remuneration

The use of free licences is a double-edged sword for professional creators. On the one hand, it allows them to gain worldwide recognition and build a following they can rely on to support their subsequent work. An example is the rapper Kellee Maize, who licenses all her albums under CC BY 4.0.[70] Her albums have been downloaded millions of times, thousands of YouTube videos use her music, and she has secured several sponsorship deals.[71]

---

[69] Local Court (*Amtsgericht*) Würzburg, judgment of the 18 December 2018, Case identifier: 18 C 611/18, accessible in German at: <http://www.ifross.de/Fremdartikel/AG_Wuerzburg_Urteil_CC_2018.pdf> accessed the 7 May 2020.

[70] Kellee Maize, 'Website - Licence notice in footer' (*KelleeMaize.com,* 2020) <https://www.kelleemaize.com/music> accessed 7 May 2020.

[71] Meryl Mohan, 'This rapper built a powerful community around her free music.' (*TeamOpen.cc,* 2014) <http://teamopen.cc/kellee/> accessed 7 May 2020.

By licensing their works freely, authors substantially lower the financial value of these works and reduce the likelihood of commercial exploitation. Academics criticise that Creative Commons only focusses on the consumers, but provide little incentive for creators.[72] However, this assumption may be proven wrong by successes like the card game *Cards Against Humanity.* Even though the game can be downloaded for free on the creator's website under the CC BY-NC-SA 2.0 licence,[73] it dominated the Amazon sale charts and is estimated to have grossed millions of dollars.[74] The free version has been downloaded several millions of times, and thousands of fan remixed have been created.[75] Another interesting example is Cory Doctorow, an activist and science fiction author, whose books were a great commercial success. *Little Brother* was on the *The New York Times Best Seller list* for six weeks,[76] despite him publishing all books for free on his website under a Creative Commons licence.[77] As these extraordinary examples show, freely licenced works can sometimes generate a direct financial remuneration for creators. That being said, in the majority of instances they will not.

---

[72] Severine Dusollier, 'Open Source of Copyleft: Authorship Reconsidered', Columbia Journal of Law & the Arts (2002), 281.

[73] Cards Against Humanity LLC, 'Cards Against Humanity Website' (*CardsAgainstHumanity.com,* 2020) <https://cardsagainsthumanity.com> accessed 7 May 2020.

[74] Christine Lagorio-Chafkin, 'The Humans Behind Cards Against Humanity' (*Inc.com,* 6 January 2014) <https://www.inc.com/christine-lagorio/humans-behind-cards-against-humanity.html> accessed 7th May 2020.

[75] Meryl Mohan, 'The #1 comedy game proved that fans will pay, even when they don't have to.' (*TeamOpen.cc,* 2014) <http://teamopen.cc/max/> accessed 7 May 2020.

[76] The New York Times, 'Children's Books - Bestseller List' published 6 July 2008.

[77] Cory Doctorow, 'Download Little Brother for free' <https://craphound.com/littlebrother/download/> accessed 10 October 2020.

VIII. Are these issues inherent specific to Creative Commons and Open Source?

Most of these issues are not specific to Creative Commons and Open Source licences. As the copyright is mostly governed by national legislation, crafting international copyright agreements is an inherently difficult matter, and ambiguities in contracts can always occur. While the correct attribution of CC-licensed works may be a steppingstone, most non-free, proprietary licences are far stricter in the rights they grant. Moreover, as the monetary value of proprietary-licenced works is higher, the compensations awarded to the copyright owner for the infringement will most likely be higher. Creators are free to decide if they want to use free licences, but as the licences are usually irrevocable, they are bound by their initial decision to provide the work royalty-free, even if they wish to exploit their work commercially at a later point in time. They are still able to sell the work digitally or physically, but where the work can be legally shared for free, the incentive for consumers to buy the work will naturally be much lower.

However, the balance between the interests of creators and consumers, which the copyright regime tries to achieve, is quite a theoretical construct. In reality, the structural superiority of the publishers, due to their power and resources, will often lead to a detriment for the creators.[78] Most of these issues would thus present themselves, if not even more severely, if users were to rely on proprietary licenced works. Free licences enable many to participate in creating, sharing and remixing works in the first place.

IX. Are Private Ordering Mechanisms a Solution?

The growing importance of Creative Commons and Open Source licences shows that (1) the copyright regimes around the world are not prepared for the

[78] Dusollier, *supra* note 41.

digital age and (2) these mechanisms fill some gaps left by the copyright.

For the first issue, prosumers wishing to share their own works in an accessible way, Creative Commons is the fitting solution. It provides licences that are easily understandable, widely accepted and considerably well crafted. It also allows authors to distribute their works in a way that matches their values. As prosumers usually do not seek financial remuneration, the royalty-free approach is not a relevant issue. Quite the contrary, as freely licensed works tend to spread wider, free licencing can be a good way to gain recognition and become a professional artist. Community-based financing models like *Flattr* or *Patreon* also allow for financial compensation that does not rely on directly monetising the works.

When prosumers rely on foreign works, free licences are only a solution where the original work is licenced freely as well. If they follow the conditions the licence imposes, they are then permitted to build upon these works. However, for the majority of derived works of prosumers, the source material will not be freely licenced. Then again, prosumers at least have the choice of relying on free source material.

For professional creators, the use of free licences is problematic. The problem of remuneration is more pressing for them than for prosumers. However, under some circumstances, the recognition and publicity they can gain by publishing their works freely may pave the way for other ways of remuneration, such as the sale of hard copies, paid events, sponsorship deals or community-based financing. These difficulties of monetisation mostly apply to the creators of creative works. For computer programmers, publishing code under an Open Source licence and participating in Open Source projects is vital to build a portfolio and demonstrate their skills. Moreover, Open Source projects can be monetised effectively in different ways. In 2017, the worldwide revenue from

open source services was 11.4 billion dollars and it is estimated that this will grow to nearly 33 billion in 2022.[79]

Free licencing also provides a solution for the new technological requirements of the digital era. Most of the software nowadays build upon open source. CC0 and other free licences are also specifically crafted to allow the sharing of databases and data collections.

While the private ordering mechanisms are not flawless, they provide a practical solution for some of the shortcomings of the copyright. The strong ideological background of these mechanisms does not prevent their practical application, even though the absence of a sustainable compensation scheme hinders them from being a sustainable solution for all actors, especially for many professional creators. As they can only act within the existing copyright regime, they can alleviate the symptoms but not replace necessary legislative changes.

D. Private Copying Levy – a solution?

A common strategy to provide compensation for the losses caused by unauthorised copying is a levy that remunerates authors for copies of their works; as it is practically impossible to prevent private copying per se.[80] In the EU, the implementations of these levy systems vary significantly. As of 2011, 22 of the 27 EU Member States had implemented some form of copyright levy.[81] In EU law, Article 5(2)(b) of *Directive 2001/29/EC* permits the member states to

[79] Statista, 'Projected revenue of open source services from 2017 to 2022' <https://www.statista.com/statistics/270805/projected-revenue-of-open-source-software-since-2008/> accessed 6 May 2020.

[80] Ian J. Lloyd, *Information Technology Law* (8th edn, Oxford University Press 2017) 331.

[81] Martin Kretschmer, *Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe* (The Intellectual Property Office, UK, 2011) 28.

provide for a private copying exception. The directive defines a private copy as 'reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightsholders receive fair compensation which takes account of the application or nonapplication of technological measures'.[82]

The UK introduced a private copy exception while implementing *Directive 2001/29/EC* (*Infosoc Directive*) in October 2014. The exception was quashed again in July 2015.[83] Currently, there is no general private copy exception in UK law.[84]

Germany, on the other hand, had already introduced a private copying levy in the *Copyright Act of the 9 September 1965*.[85] The levy is collected by collecting societies from the producers of blank mediums and devices that can copy works. For example, around 13 € must be paid for a PC, 1.50 € for a USB stick.[86] The levy covers only copies made for private use from legal sources.[87]

Under EU law, private copying only concerns the reproduction of works; the right to communicate a work to the public is not included.[88] In accordance with

[82] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Art. 5(2)(a).

[83] *R. (on the application of British Academy of Songwriters, Composers and Authors) v Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2015] EWHC 1723 (Admin).

[84] The exceptions only cover specific areas like private study (Section 29(1) CDPA), back-ups of computer programs (Section 50A(1) CDPA) and the time shifting of broadcasts (Section 70 CDPA).

[85] WIPO, *International Survey on Private Copying - Law & Practice, 25th ed.* (2016), 3.

[86] Ibid. 81/82.

[87] Section 53 Urheberrechtsgesetz (*German Act on Copyright and Related Rights*)

[88] Kretschmer, *supra* note 81, 22.

the EU directive, Sec. 53 (6) of the German *Copyright Act* prohibits the distribution or communication of private copies to the public as well. Therefore, activities such as sharing memes based upon a copyright-protected image in a social network would not be permitted by such an exception under the EU definition.

In practice, the scope of the exception is limited by the prohibition of the circumvention of technical protection measures. A well-known example is the Adobe DRM for e-books or the scrambling of movie DVDs. Article 6 (1) of the *Infosoc Directive* requires EU member states to provide legal protection against the circumvention of these measures. Accordingly, Sec. 95 of the German *Copyright Act* forbids the circumvention completely. While consumers can copy, for example, printed books using a photocopier, the private copying exception is of no use regarding DRM-protected e-books, as copying the book would require circumventing the copyright protection.

The roots of the current private copying concepts lie in the analogue world; they were crafted to allow for making back-up copies and copies for family and friends.[89] Nowadays, actions such as sharing content on social networks with friends feels 'private' even though, legally, it would be considered a public sphere. Therefore, only an extended private copying exception would provide an adequate solution.

E. Conclusion: Which legislative changes are appropriate and necessary?

This article has shown that the current legal situation is not sustainable, as the copyright regime is not suited for the digital age. Private ordering mechanisms provide some practical relief, but they can only be part of the solution. However, as they have become an important instrument and enable the worldwide

[89] Ibid. 34.

sharing of works, free licences should nevertheless be recognised and strengthened by lawmakers.

As a next step, legislators need to develop a solution to decriminalise everyday behaviour and provide a fair remuneration for creators. As shown, a private copying levy as implemented in Germany does not suffice. This paper therefore proposes a compulsory licence scheme that builds upon the concept of private copying levies.

I. Strengthening Creative Commons and Open Source

Further recognition of the private ordering mechanisms would strengthen legal certainty for users. There are situations in various countries around the world, where legislators considered these mechanisms in the drafting process. For example, in 2002, Germany introduced a right to equitable remuneration for authors, which permits later amendments to an existing licence agreement. Since this would clash with open source licencing schemes, as researchers and the community were quick to point out, the legislator introduced the so-called 'Linux clause' which enables authors to license their works freely and then excludes the possibility to claim equitable remuneration later on.[90]

To create the necessary legal certainty for users of free licensed works, legislators should first severely limit the amount of damages that can be awarded for violating a free licence, especially in non-commercial contexts, as the German courts have done in their case law. Additionally, a standardised, simplified way to deal with such violations should be created, perhaps in the form of a gradual response, which first requires a warning to be given before legal proceedings can be brought.

[90] Tim Engelhardt and Till Jaeger, *The International Free and Open Source Software Law Book* (Open Source Press GmbH 2011), Chapter 'Germany'.

Another step could be a partial codification of private ordering mechanisms. If the texts of the most essential free licences were included in a bill as a recommendation or sample, this would demonstrate legal recognition and – to some extent – validate the licences. For many users, this could reduce the hesitation to use these licences.

II. Introducing a public compulsory licence scheme

Services like *Spotify*, which offers a near-complete collection of music and is used by 130 million paying customers[91], show that creators are willing to distribute their works in alternative ways and that consumers are willing to pay for them. However, free-market solutions like *Spotify* are not sustainable, as they weaken the creator's position and pay only minimal compensation.

As shown above, a private copying levy, as implemented in countries such as Germany, do not suffice to solve the shortcomings of the copyright in the digital era. While the UK could define private copying in broader terms, *Kretschmer* argues that a wider private copying exception, which also covers private activities in digital networks, is better implemented as a statutory licence.[92] A solution could consist of a public compulsory licence scheme that covers the non-commercial copying, communicating and remixing of works, including in digital networks. It would need to be accompanied by the provision of funds, which guarantees fair compensation for the creators.

This is also preferable to a solution that requires online platforms, which allow user-created content, to obtain a licence or authorisation from the holders of the copyright. The EU *Directive on Copyright in the Digital Single Market* in

[91] Spotify, *Q1 Press Release,* April 2020.

[92] Kretschmer, *supra* note 81, 19.

Art. 17 takes this approach.[93] Within the current copyright system, it would be impossible for the platform providers to identify the holder of the copyright of every possible work and negotiate a licence. Instead, platforms would implement an automatic detection of copyrighted works and prevent them from being published in order to avoid liability.

The remuneration could – in addition, or instead, of a device-based levy – be collected from the internet service providers as intermediaries for the internet users. An individual collection from the end-users would not be feasible.[94] As extensive compulsory collective licencing schemes, such as the one from *Directive 93/83/EC* regarding cable re-transmission, comply with the three-step test of the *Berne Convention* – which was adopted by *TRIPS* and the *WIPO Copyright Treaty* –, such a scheme could be structured to ensure compliance with international law.[95] The Collecting society can exercise the rights of authors if they are not members, therefore such a scheme would not constitute a formality prohibited under the *Berne Convention*.

Nowadays, the acceptance of strict copyright rules is decreasing.[96] Many users do not understand why it should be an illegal act to share a meme on social media. As *Kretschmer* states, the copyright practice in the digital environment needs 'to meet with a minimum of acceptance.'[97] In other words, the copyright needs to acknowledge the reality of the digital space. It is argued that a com-

[93] Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market.

[94] Carine Bernault and Audrey Lebois, 'Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property: A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet', Institute for Research on Private Law, University of Nantes (2005) 43.

[95] Ibid.; Kretschmer, *supra* note 81, 70.

[96] Bernault and Lebois, *supra* note 94, 26.

[97] Kretschmer, *supra* note 81, 70.

pulsory collective scheme is a feasible solution when the existing law is not respected and can thus only be enforced by criminal sanctions.[98] If users are given the necessary support to avoid copyright infringements, the respect for the copyright can be enhanced. Moreover, it reinforces the protection of author's rights and creates legal certainty for users.

The establishment of a compulsory collective scheme would – in conjunction with private ordering mechanisms – create a practical and balanced solution for the shortcomings of the copyright regime identified in this article. While the implementation would pose a legal challenge, the result would constitute a sustainable long-term solution.

The copyright system is not yet prepared to deal with the new ways in which works are created and consumed in the digital era. While the copyright stuck with its roots, the everyday practice on the internet changed rapidly. Private ordering mechanisms provide a practical solution for many issues of this new reality. However, as they rely on the copyright, they suffer from legal uncertainty and cannot replace a legislative solution. Therefore, lawmakers should strengthen these widely used licensing schemes. In order to provide a sustainable, long-term solution that balances the interests of creators and consumers, acknowledges the reality of copyright and restores the respect for the copyright, the legislator should strive to introduce a compulsory collective licensing scheme.

[98] Bernault and Lebois, *supra* note 94, 47.

Productive Dialogue or Perverse Discussion? An Analysis of the German and English Judicial Approaches to Supremacy of European Law

by
Matt Richardson*

University of Bristol

Abstract

This article examines the different approaches taken by the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) (FCC) and the English courts when considering whether supremacy of European law should prevail over national principles. It seeks to demonstrate that, generally, the English approach is a more conducive and productive means of addressing supremacy in the courts. However it also acknowledges that elements of the German approach, particularly regarding fundamental rights, can produce effective dialogue between Member State courts and the Court of Justice of the European Union (CJEU). It further argues that the most recent cases emanating from the FCC take an unproductive line of reasoning in their more extreme challenges of the doctrine. These arguments are underpinned by the assertion that mutual consideration and cooperative dialogue are virtues that the courts should aspire to use when presiding over cases concerning European development and integration.

* Final Year LL.B. Law Student at the University of Bristol (2018-2021). My thanks go to Professor Philip Syrpis at the University of Bristol and all those on the Anglo-German Law Journal editorial board for their efforts and assistance in reviewing this article.

„Internationales Mandat, komplexe Rechtsmaterie. Sie sollen ein Gutachten entwerfen und Ihre Ergebnisse im Teammeeting präsentieren. Sind Sie dabei?“

Dr. Adrian Bingel, Partner, Corporate/M&A

NEIN,

DAS IST ETWAS
GANZ NEUES FÜR MICH.

JA,

DAS IST ETWAS
GANZ NEUES FÜR MICH!

REFERENDARE/WISSENSCHAFTLICHE MITARBEITER/ PRAKTIKANTEN (M/W/D)

Ihr Mindset ist für uns Einstellungssache. Bringen Sie Exzellenz, Neugierde und Ideen mit und lieben Sie die juristische Herausforderung? Bei uns arbeiten Sie zusammen mit erfahrenen Partnerinnen und Partnern in spannenden Gerichtsverfahren und Projekten und werden individuell gefördert. Neben dem Learning-on-the-job profitieren Sie zudem von den Angeboten unseres One Step AHEAD-Nachwuchsjuristenprogramms. Bewerben Sie sich am besten jetzt online unter **karriere.gleisslutz.com**

Gleiss Lutz

BERLIN • DÜSSELDORF • FRANKFURT • HAMBURG • MÜNCHEN • STUTTGART • BRÜSSEL

A. Supremacy as a Concept and a Contention

Supremacy, as a judicial construct emanating from the European Court of Justice's (CJEU) reasoning in the seminal *Van Gend en Loos* and *Costa* decisions, [1] has established itself as a legal doctrine of a uniquely conceptual and contentious nature. When considering the CJEU's absolutist application of supremacy, the language employed by justices in cases such as *Simmenthal*, asserting primacy 'in its entirety' over domestic law, [2] perhaps sheds light on some of the more extreme oppositions to the doctrine seen in the Czech, [3] Polish, [4] and most recently German courts. [5] Indeed, the plosive tones of words like 'supreme', 'primacy' and 'entirety' denote a certain omnipotence and suppression. These perceptions, however valid, have populated the superfluous rhetoric of select Brexit-backing politicians who have categorized supremacy as a 'steady and miserable erosion of parliamentary democracy'.[6] The contortion of the doctrine's purpose and constitutional value in this manner, spun as a story of good versus evil where laws made by unelected outsiders corrode British sovereignty, has brought supremacy discussions out of the dim corners of European courtrooms and into the bright light of public discourse. As the proclaimed 'architect' of Brexit, *Cummings*' Machiavellian urge to 'take back control' became a front and center message motivating the eventual decision to terminate

[1] Case 26/62 (1963) ECR 1; Case 6/64 (1964) ECR 585.

[2] Case 106/77 (1978) ECR 629 [21].

[3] See Case C-399/09 (2011) *Marie Landtová v Česká správa socialního zabezpečení*

[4] Judgment of 24 November 2010 Ref No K 32/09.

[5] See discussion of the *PSPP* judgment later in this article in Section 2, subsection 3.

[6] Macer Hall, 'Boris Johnson urges Brits to vote Brexit to "take back control"', *The Express* (London), 20 June 2016 < https://www.express.co.uk/news/politics/681706/Boris-Johnson-vote-Brexit-take-back-control> accessed 20 August 2020.

European membership.[7] Polls conducted in the aftermath of the vote found 49% of leave supporters cited their primary reason for leaving was 'the principle that decisions about the UK should be taken in the UK'.[8] These simplistic reductions pretend that complex, multi-faceted legal decisions are easily reduced to binary, black and white choices; an obscured notion that has damaging effects on foundational elements of a legal order that has achieved remarkable levels of peace and stability on the European continent.

This article argues that Member State acceptance of supremacy is vital for the continued development, progression and acceptance of the European Union (EU) as a political concept. This is not to advocate the CJEU's absolute, unqualified perspective. Instead, it is submitted that challenging the doctrine can be productive and worthwhile in terms of honing nuanced, open and considerate discussion, where questions that refine policy or inform national court perspective are concerned. Having these public discussions in the highest courts is perhaps one of the best ways to perpetuate a sense of legitimacy able to withstand the public attacks mounted against supremacy by anti-European politicians.

The discussion will first explore the German courts' method, considering its qualification of unconditional supremacy regarding fundamental rights, competences and national identity. This asserts that despite earlier challenges

[7] Abigail Gilbert, "'Take back control': English new municipalism and the question of belonging' (2020) Soundings 68, 70; Dominic Cummings, 'On the referendum #21: Branching histories of the 2016 referendum and 'the frogs before the storm'', *Dominic Cummings's Blog* (Online), 9 January 2017 <https://dominiccummings.com/2017/01/09/on-the-referendum-21-branching-histories-of-the-2016-referendum-and-the-frogs-before-the-storm-2/> accessed 20 August 2020.

[8] Lord Ashcroft, 'How the United Kingdom voted on Thursday … and why', *Lord Ashcroft Polls* (Online), 24 June 2016 <https://lordashcroftpolls.com/2016/06/how-the-united-kingdom-voted-and-why/> accessed 20 August 2020.

facilitating productive dialogue, this opposition has since assumed a perverse nature, setting dangerous precedents for other Member States. The second part of the article assesses the English courts' perspective, discussing its more measured, jurisdictionally valid approach and the issues with this reasoning. It is hoped this will demonstrate that whilst national culture and identity is of the utmost importance for nations to safeguard from erosion and eradication, the benefits that EU membership brings necessarily require making trade-offs, particularly in areas such as supremacy. These trade-offs are not only integral to the Union's effective functioning, but they also allow for states to develop traditional principles and new legal norms in line with contemporary national identity. At a time like the present, where populist regimes seek to divide people into warring factions and threats like Coronavirus indiscriminately endanger citizens worldwide, the virtues of consideration, collaboration, and compromise are arguably more valuable to those striving to refine European integration than ever before.

B. The German Approach: Trailblazing or Treading a Treacherous Path?

I. The Conceptual Basis

Whilst the case of *Honeywell* was considered decades after the initial supremacy exchanges between the Federal Constitutional Court (FCC) and the CJEU,[9] it provides a useful starting point from which to examine the tension that exists between the 'competing claims for the ambit of each legal order's reach'.[10] In clarifying 'the conceptual basis' from which Germany accepts primacy,[11] the

[9] Judgment of the FCC, 6 July 2010, 2 BvR 2661/06 (hereinafter *Honeywell*).

[10] Redmond Arigho, 'The Supremacy of European Law: An Inevitable Revolution or Federalism in Action?', Trinity College Dublin Journal of Postgraduate Research (2014) 7-23, 14.

[11] Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (6th edn, OUP 2015) 280.

FCC stated that whilst Union law 'can only develop effectively if it supplants contrary Member State law',[12] it does not follow that 'contrary national law is null and void'.[13] The Court justifies this, firstly by supporting *Costa*'s [14] functional line of reasoning by acknowledging that 'primacy follows […] because the Union could not exist as a legal community if uniform effectiveness […] were not safeguarded'.[15] The judgment then explains supremacy on a second, more culturally and constitutionally significant ground by referring to Article 23(1) of the Basic Law, which defines the German commitment to 'establishing a United Europe' by allowing the *Bundesrat* to consent to 'transfer of sovereign powers'. Through this Article, the FCC identified Germany's 'promise of effectiveness and implementation' in applying EU law,[16] according primacy in the specific instance by concluding EU competences had not been exceeded. This reasoning demonstrates the FCC's historic, paternalistic duty of constitutional protection as 'the guardian of the Basic Law'.[17] The judgment also shows the general strong-willed tone that has grounded the German approach to the doctrine, reflecting the FCC's 'political appetite' to challenge the CJEU's competing claim of absolute supremacy.[18]

This rather basic conceptual acceptance has, however, been preceded and succeeded by contentious and conflicting lines of reasoning. As is perhaps to be expected when handling complex legal issues, the ultimate answer is seldom a binary, black-and-white conclusion, instead existing in shades of grey. With-

[12] *Honeywell*, *supra* note 9, at [53].

[13] Ibid.

[14] *Costa*, *supra* note 1.

[15] *Honeywell*, *supra* note 9, at [53].

[16] Ibid.

[17] Donald P. Kommers, 'The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy', The Annals of the American Academy (2006) 115.

[18] Arigho, *supra* note 10.

in these shades, the German approach demonstrates its comparative strengths and, more notably, the weaknesses in its perception of unconditional supremacy, qualifying the doctrine with regard to fundamental rights protection, EU competences and national identity. The following discussion will consider each area in turn, critiquing the value they add in terms of supporting supremacy's legitimacy or developing Member State-EU dialogue surrounding the doctrine especially considering the FCC's expressed desire to mediate conflicts 'though mutual consideration' and 'harmonized [cooperation] in accordance with the European integration idea' as the best course of action the German courts offer.[19]

II. Fundamental Rights

The 1974 *Solange I* judgment is the earliest line of German jurisprudential reasoning relating to conditional supremacy.[20] In stating that the articles transferring powers to the EU under the Basic Law '[do] not open the way to amending the basic structure of the Constitution […] without formal amendment',[21] the FCC asserted that its jurisdiction would not be automatically vitiated by mechanical application of the doctrine. As the judgment develops, tones of cultural pride and respect for traditional values become a clear focus of the reasoning, with the court stating that the fundamental right protections enshrined in the Constitution are an 'inalienable, essential feature' of German society,[22] the ignorance of which 'would destroy the identity of a valid constitutional

[19] Honeywell, *supra* note 9, at [57].

[20] Judgment of the FCC, 29 May 1974, BVerfGE 37, 271, *Internationale Handelsgesellchaft mbH v Einfuhr- & Vorratsstelle fur Getreide & Futtermittel (*hereinafter *Solange I),* 14 Common Mkt. L.R. 540.

[21] Ibid.

[22] Ibid. 550.

structure'.[23] Whilst acknowledging part of the reason for interpreting supremacy in this manner was due to the fact that the EU's 'continuing integration process' was 'still in flux',[24] the minority '[vigorously]' dissented on the point of transferring power,[25] arguing it was not the FCC's place to curtail the Community's exercise of powers, via national review.[26]

These statements demonstrate the value of open dialogue surrounding supremacy's limitations. In asserting that certain principles possess a degree of fundamental importance to the democratic, constitutional makeup of Germany, the FCC raises a highly valuable point to consider when assessing supremacy. Acknowledging that specific norms are more closely safeguarded than others due to their historic, cultural significance, the court leaves open the possibility of structural change to the Constitution, provided formal amendment occurs. *Lanvier's* discussion of the pre-*Solange* context sheds light on the judgment's strong stance, charging the '[conspicuous absence]' of substantive fundamental rights protections in the Treaty of Rome as a key reason for German misgivings surrounding supremacy in the 1950s and 1960s.[27] Exploring cases such as *Stork*, where the CJEU deemed itself unable to inspect or consider the constitutional provisions of Member States,[28] *Lanvier* states that 'concerns regarding possible intrusions […] upon constitutionally guaranteed human rights' were a source of fear for many Germans who prized the hard-fought democratic prin-

[23] Ibid. 549.

[24] Ibid. 551.

[25] E.R. Lanvier, '*Solange*, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge', 11 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (1988) 1-29, 9.

[26] *Solange I*, *supra* note 20, at 559-562.

[27] Lanvier, *supra* note 25, at 2.

[28] *Stork v High Authority of the European Coal and Steel Community* (1959) E. Comm. Ct. J. Rep. 17.

ciples that prevailed following the fascism of the 1930s and 1940s.[29]

Critics of the judgment did not share the same fears. The Commission expressed 'grave concerns' about the decision's tenor,[30] whilst many commentators interpreted the outcome as a clear violation of the EEC Treaty,[31] notably *Vedder* who asserted the 'decision was flat out damned for legal reasons and on the grounds of [European] integration politics'.[32] Despite this, the judgment's partial justification of the qualified approach due to the EU's 'lack [of] a democratically legitimate Parliament [and] a codified catalogue of fundamental rights' was a valid and valuable challenge when considering the judgment's context.[33] Indeed, the European Parliament received particular critique for contributing to the EU's 'democratic deficit', only holding the first MEP elections in 1979, five years following *Solange I* and 27 years after its inception.[34] Another key issue at the time was the EU's human rights position as, despite discussions across the 1970s, little tangible progress was made until the 1990s, culminating in the Charter of Fundamental Rights' ratification on 7 December 2000.[35] Across this period, the issues raised by the *Solange I* ruling have been accredited for partially contributing to the CJEU's subsequent affirmation of respect for funda-

[29] Lanvier, *supra* note 25, at 3.

[30] Commission of European Communities, Eighth General Report on the Activities of the European Communities 270 (1974).

[31] W. Edeson and F. Wooldridge, 'European Community Law and Fundamental Human Rights: Some Recent Decisions of the European and National Courts', 1 Legal Issues Eur. Integration 1 (1976) 44-45.

[32] Christoph Vedder, 'Ein neuer gesetzlicher Richter?', 10 Neue Juristische Wochenschrift (1987) 526, 527.

[33] *Solange I*, *supra* note 20, at [23].

[34] H.S. Chopra, 'Significance of Direct Elections to the European Parliament, 1979', 19(1) International Studies (1980), 1.

[35] Paul Craig and Gráinne de Búrca, *supra* note 11, at 380-385.

mental rights in *Stauder*.[36] Consequently, the importance of measured challenges to absolute application of supremacy is evident as a result of their capacity to drive discussions around necessary European policy changes.

The more considered and conciliatory decision in *Solange II* can be viewed as a judgment that adds significant value to the German court's approach.[37] Specifically, the FCC qualified the 1974 *Solange I* decision, moderating its position on the EU's fundamental rights standards by acknowledging the progress in this area which now 'adequately guaranteed' protections.[38] Furthermore, the court held that 'so long as (*solange*) […] effective protection is ensured' the CJEU would be deferred to as the trusted protector of fundamental rights.[39] As *Reich* accurately argues, this reasoning was largely 'welcomed' within the European legal and political community, praised 'as a convergence between two seemingly different approaches'.[40] The decision's capacity to 'render a clash less likely' ameliorated many of the tensions inflamed by the 1974 judgment,[41] whilst also allowing the FCC to retain the jurisdiction to intervene if necessary.[42] *Weiler* similarly supports the outcome due to its value in developing German supremacy discourse, perceiving it as an admirable display of 'constitutional tolerance' that 'conditions a different ethos of public interaction', ultimately facilitating

---

[36] Ottavio Marzocchi, 'The Protection of Fundamental Rights in the EU', *European Parliament* (Online), December 2019 < https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/146/the-protection-of-fundamental-rights-in-the-eu> accessed 22 August 2020.

[37] *On the Application of Wunsche Handelsgesellschaft (*hereinafter *Solange II)* [1987] 3 CMLR 225.

[38] Ibid.

[39] Ibid. 265.

[40] Norbert Reich, 'Judge-made 'Europe à la carte': Some Remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation', 7 EJIL (1996) 103-111, 104.

[41] Craig and de Búrca, *supra* note 11, at 281.

[42] Ibid.

easier, more productive resolution of legal clashes.[43]

The subsequent *Banana Market Decision* [44] proves the *Solange* cases were productive steps forward, with the FCC finding that claims for infringements of fundamental rights against secondary EU legislation had to prove the level of EU protection was below the German standard.[45] Without proving this, complaints would be inadmissible *ab initio*.[46] In affirming the scope and application of supremacy articulated in *Solange II*, the German relationship with the doctrine arguably reaches an amicable and productive height, where protections contained in the Basic Law are respected and possibly enhanced by EU law, whilst simultaneously providing a level of accountability for European principles, should their protections fall below the acceptable German standard. Consequently, with neither wholesale subordination of national principles, nor aggressive assertions that exceed Member State jurisdiction, these cases demonstrate elements of a trailblazing approach, showing that measured questioning of supremacy can foster mutually beneficial and cooperative relationships that assist European development and integration.

III. Competences and The Ultra Vires Lock

In comparison to the above discussion of fundamental rights, the FCC's reservation of the ability to review whether Community actions are within their competences reflects a diverging tone. The earliest case on the matter, *Brunner*,[47] establishes a general sense of opposition in its interpretation of Article

[43] Joseph H. H, Weiler, 'On the power of Word: Europe's Constitutional Iconography', 3 Int'l J. Const. L. (2005) 173-190, 186, 190.

[44] Judgment of the FCC, 6 July 2000, Case 2 BvL 1/97, [104] (hereinafter *Banana Market Decision*).

[45] Ibid. 39.

[46] Ibid.

[47] Judgment of the FCC, 12 October 1993, Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92, *Manfred*

38 of the German Constitution, finding that the FCC retained the jurisdiction to not only review whether actions of European 'institutions and agencies' were within the Community's competences,[48] but also assess the compatibility of these actions with the fundamental tenets of the German Constitution.[49] This was justified on the basis that if European action is not supported by the Member State parliament, it violates democratic principles because the EU derives democratic legitimacy from Member State citizens who have their desires communicated 'through the agency of their national parliaments'.[50] *Herdegen* argues the FCC's display of *Kompetenz-Kompetenz* represented an 'attack against Maastricht',[51] reflecting a misconception of primacy by interpreting it as a legal notion derived from the Member States as 'Masters of the Treaties'.[52] Indeed, the 'dramatic restraints' this judgment placed on Union development did inherently challenge the doctrine's foundations,[53] whilst also hindering the ease with which the FCC and CJEU could engage in fluent dialogue surrounding the limits of European competences.

Gauweiler compounded this more hostile line of reasoning.[54] In reviewing the constitutionality of the *Act Approving the Lisbon Treaty*, the FCC expanded its review remit past Article 38 to include transgressions of the inviolable

---

Brunner and Others v The European Union Treaty [1994] 1 C. M.L.R. 57 (hereinafter *Brunner*).

[48] Ibid. [49].

[49] Ibid.

[50] Ibid. [44].

[51] Matthias Herdegen, 'Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an Ever Closer Union', CMLR 31 (1994) 235-249, 235.

[52] *Brunner*, *supra* note 47, at [55].

[53] Herdegen, *supra* note 51.

[54] Judgment of the FCC, 30 June 2009, 2 BvE 2/08 (hereinafter *Gauweiler*).

principles of German democracy and identity contained under Article 79(3).[55] This led the court to thrust the responsibility for determining the extent to which Germany would contribute to European integration onto the *Bundestag*,[56] citing a wholesale movement of powers from Berlin to Brussels as action that had potential negative ramifications for sovereign statehood.[57] This essentially meant that Parliament should not relinquish unbounded powers to the EU when considering passing *Acts Approving Treaties*.[58] This also meant that EU actions exceeding the bounds of their competence would be deemed *ultra vires* for impacting German identity.[59] Furthermore, the FCC noted that review of competence action should be conducted in line with the principle of conferral contained in the Lisbon articles.[60] These statements clearly demonstrate the FCC's perception of absolute supremacy as a 'constitutionally objectionable' notion,[61] straining, although not entirely hampering, effective judicial and political dialogue.

Despite this, the *Honeywell* decision did provide some necessary clarity and qualification of its powers to conduct *ultra vires* review, stating that analysis should be conducted according to the Constitution's Article 23 principle of openness to Community law.[62] In pursuit of this more considered review standard, it was first established that claims that EU action had exceeded its competence would be inadmissible, and therefore fail, if the CJEU had not had the

[55] Ibid. [208].

[56] Ibid. [236].

[57] Ibid. [216].

[58] Ibid. [239]-[241].

[59] Ibid.

[60] Ibid. [239].

[61] Editorial Comments, 'Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but …', 46(4) CMLR (2009) 1023-1033, 1025.

[62] *Honeywell*, *supra* note 9, at [100].

chance to rule on the matter via a preliminary ruling.[63] Secondly, it was clarified that evidence of '[manifest]' violation in an area deemed 'highly significant' to the structural balance of Member State-EU competence relationships was required for successful review.[64] The powers to carry out *ultra vires* review were also confined to the FCC in an attempt to limit the extent to which other Member State courts could challenge the legality of EU actions.[65]

Craig and de Búrca draw parallels between this 'softened' approach and the courts' similarly qualified view regarding fundamental rights,[66] specifically highlighting the fact that Judge Landau's dissent was based upon the notion that the majority's ruling made it overly arduous to find EU action *ultra vires*.[67] In principle, *Honeywell*'s outcome holds value for development of supremacy by providing the FCC with the capability to subject European laws to a relatively stringent accountability standard. More importantly however, it has contributed to the FCC's perception that it possesses elements of power to determine whether or not EU law is supreme. This notion has had controversial repercussions for a foundational principle of the European legal order, facilitating decisions across the *OMT* saga and the *PSPP* challenge that come closer to the perverse and obstructive end of the spectrum.

Turning first to the *OMT* discourse, the FCC's preliminary ruling found the EU had transgressed the boundaries of its competences by proposing to purchase bonds issued by Eurozone Member States in secondary sovereign bond markets as part of the Outright Monetary Transactions program and the European

[63] Ibid. [60].
[64] Ibid. [61].
[65] Ibid. [58]-[61].
[66] Craig and de Búrca, *supra* note 11, at 386.
[67] Ibid.

Central Bank's (ECB) mandate to 'do whatever it takes to save the Euro'.[68] Specifically, the court found the program's proposals could not be classified as a monetary policy instrument, instead falling under economic policy and consequently exceeding the ECB's competences.[69] It was also asserted that the program violated the monetary financing prohibition under Article 123 of the Lisbon Treaty.[70]

In the language and acknowledgement of weight that would be placed on the CJEU's response, *Payandeh* argues this initial 'decision has to be interpreted as an offer of cooperation as well as an open threat'.[71] Despite this, there is an obvious air of aggression throughout the judgment, expressing misgivings surrounding the program's legality, whilst asserting the FCC's capability to announce the actions as *ultra vires*.[72] Evidently, some value can be attained from this approach as the referral to the CJEU and indication of intent to follow its decision leaves the channels of judicial dialogue open for discussion about the program's legality. To a larger extent however, *Payandeh*'s critique provides a more accurate assessment of the value, or lack thereof that this approach brought in terms of developing supremacy through mutually cooperative dialogue. Indeed, there are many 'problematic' aspects of the FCC's approach,[73] not only relating to the relative inseparability of monetary from fiscal and

[68] Judgment of the FCC, 14 January 2014, 2 BvR 2728/13 (hereinafter *OMT* Preliminary Reference).

[69] Ibid. [55]-[83].

[70] Ibid. [84]-[94].

[71] Mehrdad Payandeh, 'The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court: Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture', 13(2) ECLR (2017) 400-416, 404.

[72] Ibid.

[73] Ibid. 410.

economic policy,[74] but also in the competence remits that the FCC flagrantly and '[ironically]' bypassed by overlooking the ECB's independence grounded in both German Basic Law, under Article 88, and European law, under Article 130 of the Lisbon Treaty.[75]

Whilst the *OMT* saga ended with the FCC's general acceptance of the CJEU's 'sober and level-headed' preliminary ruling response,[76] this was not done without criticism or confusion. Working from the standard established in *Honeywell*, a 'sufficiently qualified violation' required manifest competence infringement, causing structurally important shifts in powers to the Member State's detriment.[77] Applied in *OMT* however, an inconsistent dialogue emerges. In the preliminary reference, the FCC dedicates a significant amount of time to reasoning the ECB's 'manifest' transgression,[78] an action that in and of itself is relatively oxymoronic. Moreover, as Justice Gerhardt's dissenting opinion identified, the substance of the alleged transgression did not seem to satisfy 'manifest' infringement.[79] In the 2016 judgment on the CJEU's response, the standard is further complicated, with the FCC initially stating that manifest transgressions will only occur where the competence in question cannot be established as having legal grounding; a relatively stringent review threshold.[80] In subsequent paragraphs however, the FCC presented a contrasting, lower standard, stating that transgressions could be manifest even where there is difference in 'thorough and well-reasoned' perspectives surrounding whether the

[74] Ibid.

[75] Ibid.

[76] Ibid. 404.

[77] *Honeywell*, *supra* note 9, at [61].

[78] Payandeh, *supra* note 71, at 411.

[79] *OMT* Preliminary Reference, *supra* note 68, at [1]-[24].

[80] Judgment of the FCC, 21 June 2016, 2 BvR 2728/13 (hereinafter *OMT* Judgment), [149].

competences exist.[81] As *Payandeh* explains, this leaves a confusing scenario where a 'thorough and well-reasoned interpretation' of a European competence can still be deemed a 'manifest' transgression of those competences.[82] This obfuscation of standard, in addition to the FCC's ominous venture into the realm of ordering German political entities to behave in certain ways not only sets a dangerous precedent as far as separation of powers goes, but also presents the more recent German approaches to supremacy as a confused interpretation of the doctrine.

This misunderstanding of supremacy was most recently typified on 5 May 2020 with the Karlsruhe court committing, what *Kyriazis* argues, is a 'faux pas' in the back-and-forth 'judicial tango' between Germany and the CJEU.[83] In response to the CJEU's *Weiss* judgment,[84] it was held that the European courts were *ultra vires* in their assessment of PSPP proportionality, failing to subject the ECB's program to 'comprehensible review' concerning its competence limitations,[85] whilst also overlooking the economic policy effects.[86] As the program was deemed ultra vires, the FCC reasoned that Germany and the court were not bound by the CJEU's decision. This allowed the court to conduct its own review, finding against the CJEU's proportionality interpretation and con-

[81] Ibid. [150].

[82] Payandeh, *supra* note 71, at [411].

[83] Kyriazis, 'The PSPP Judgment of the German Constitutional Court: An Abrupt Pause to an Intricate Judicial Tango', *European Law Blog* (Online), 6 May 2020 <https://europeanlawblog.eu/2020/05/06/the-pspp-judgment-of-the-german-constitutional-court-an-abrupt-pause-to-an-intricate-judicial-tango/> accessed 22 August 2020.

[84] Case C-493/17, *Weiss and Others*, ECLI: EU: 2017:792.

[85] Judgment of the FCC, 5 May 2020, 2 BvR 859/15, (hereinafter *PSPP* Judgment), [123].

[86] Ibid. [133].

sequential ruling on the ECB's competence.[87]

This judgment is largely unproductive and problematic for three key reasons. Firstly, this transgression of the FCC's previous red lines does little to clarify the German approach to supremacy. The comparatively more cooperative tones emanating from decisions such as *Honeywell* seem to have dissipated, with this decision marking a further increase to the complex and unpredictable line of German reasoning. Secondly, the decision raises issues surrounding cooperation. The FCC's press release stated the judgment 'does not concern any financial assistance measures taken […] in the context of the current Coronavirus crisis'.[88] However, the fact that the decision directly opposes a coordinated European response surely raises questions about the validity of subsequent programmes, particularly the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP).[89] Furthermore, given the decision's context, being handed down in the midst of pandemic, and the way the FCC resolved previous Quantitative Easing issues in the abovementioned *OMT* saga,[90] it seems feasible that the PEPP's

[87] Ibid. [234]-[235].

[88] Bundesverfassungsgericht, 'ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences', *Bundesverfassungsgericht Home Page* (Online), 5 May 2020 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html> accessed 22 August 2020.

[89] Theodore Konstadinides, 'The German Constitutional Court's decision on PSPP: Between mental gymnastics and common sense' *UK Constitutional Law Association* (Online), 14 May 2020 < https://ukconstitutionallaw.org/2020/05/14/theodore-konstadinides-the-german-constitutional-courts-decision-on-pspp-between-mental-gymnastics-and-common-sense/ > accessed 29 August 2020.

[90] David Runciman, Helen Thompson, Adam Tooze and Shahin Vallee, 'Europe Blows Up' (21 May 2020) *Talking Politics Podcast* (Online), 15:50-16:30 <https://www.talkingpoliticspodcast.com/blog/2020/245-europe-blows-up> accessed 29 August 2020.

validity is at least threatened, 'putting sand in the wheels of the ECB'.[91]

The medium and long-term effects remain to be seen. The optimist might argue that such strong assertions could compel deeper discussion between Member State courts and the CJEU, resulting in more considerate laws. Indeed, it has been accurately argued that this challenge provides the ECB with the opportunity to increase their decision-making transparency – a historically contentious issue.[92] Moreover, there may be some value in justifying the judgment by reference to a certain 'constitutional patriotism' underlying the decision.[93] This is plausible given the FCC's nature, as a relatively citizen-focused 'activist' court.[94] Additionally, when considering the justices' perspectives, it is clear they perceive this ruling to be part of the fluent, ongoing dialogue with the EU concerning the doctrine's remit.[95] However, if this decision is partially about reaffirming the German constitution's pluralist nature,[96] responding to the CJEU with such a polarising reading of supremacy seems to be a misguided way to lay foundations for future dialogue and dispute resolution.

---

[91] Annamaria Viterbo, 'The *PSPP* Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank' 5 European Papers 1 (2020) 671-685, 684.

[92] Elia Cerrato, Federica Agostini and Nicolas Jaberg, 'Why the PSPP judgment of the German Federal Constitutional Court gives the ECB another incentive to integrate climate change considerations into monetary policy', *European Law Blog* (Online), 27 May 2020 <https://europeanlawblog.eu/2020/05/27/why-the-pspp-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-gives-the-ecb-another-incentive-to-integrate-climate-change-considerations-into-monetary-policy/> accessed 29 August 2020.

[93] Konstadinides, *supra* note 89.

[94] Elke Luise Barnstedt, 'Judicial Activism in the Practice of the German Federal Constitutional Court: Is the GFCC an Activist Court?', Juridica International 13 (2007) 38-46.

[95] Runciman, *supra* note 90, at 12:31-13:45.

[96] Ibid. 17:47-18:28.

This merges into the third issue – stability. To counter the theoretical optimist's abovementioned views, the pessimist, or perhaps realist, might point towards the 'dangerous path' this judgment opens,[97] potentially facilitating wider challenges to supremacy from 'illiberal regimes' willing to engage in 'legal and political battles on the [European] rule of law'.[98] For Member States less concerned with productive dispute management, the general tenor of the *PSPP* outcome has been welcomed, with Hungarian and Polish political figures publicly supporting the decision.[99] However, the issue is not only with the outcome's tone. Its problematic nature is compounded by the fact it comes from the German court, showing a founding EU member to mount a significant challenge against a core tenet of European legal order. This speaks more broadly to the recent, worrying trend of defiance, where a number of Member States have plainly disobeyed European obligations.[100] Certainly, in the history of this area of German jurisprudence, this marks a worrying step towards revolution against the doctrine. With the 'unfortunate style of the ECJ ruling'[101] not demonstrating

---

[97] Miguel Poiares Maduro, 'Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court', *Verfassungsblog on Matters Constitutional* (Online), 6 May 2020 <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/> accessed 22 August 2020.

[98] Ibid.

[99] Vlagyiszlav Makszimov, 'Budapest – Hungary reacts to German constitutional court ruling' *Euractiv* (Online), 15 May 2020 <https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/budapest-hungary-reacts-on-german-constitutional-court-ruling/> accessed 29 September 2020; Radek Pietruszka 'Poland PM praises Germany's constitutional court ruling in press' *ThefirstNews* (Online) 10 May 2020 <https://www.thefirstnews.com/article/pm-praises-germanys-constitutional-court-ruling-in-press-12589> accessed 29 September 2020.

[100] Agata Gostyńska-Jakubowska, 'Make no mistake: Poland and Hungary aren't the only EU states abusing the law' *The Guardian* (Online), 22 January 2020 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/jan/22/poland-hungary-eu-states-abusing-law> accessed 29 September 2020.

[101] Poiares Maduro, *supra* note 97.

'much willingness to engage, at a deeper level' with the FCC's arguments,[102] the general sense of productive discussion seems to have dissipated.

This is not however, the first time supremacy has been strongly challenged and, despite the importance of acknowledging the dangers of these judgments, the doctrine endures. *Komarek* argues the Czech Constitutional Court's declaration of the CJEU's *Landtová* decision as *ultra vires* 'insulted the CJEU [and all who] care about the EU's constitutional structure'.[103] Similarly, *Sadurski* identifies the Eastern European rulings as counter-intuitive and paradoxical, arguing the core motivation of politically tumultuous post-communist states gaining EU membership was to develop democratic, communitarian principles.[104] Whilst it is hoped that clarity, order and productive dialogue prevails, it seems unlikely that the fissure in relations caused by the FCC's direct opposition to supremacy will facilitate simple conflict resolution in the future.

IV. National Identity

In a closely similar vein, the *Gauweiler* decision also qualified supremacy in relation to national constitutional identity. It is argued that the FCC has the power, by virtue of Articles One, 20 and 79(3) of the Basic Law, to review the extent to which 'the inviolable core content of the constitutional identity […] is respected'.[105] In articulating this power, the court argues primacy is ensured,

[102] Ibid.

[103] Jan Komarek, 'Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution' *UK Constitutional Law Association: Constitutional Law Group Blog* (Online), 22 February 2012 <https://ukconstitutionallaw.org/2012/02/22/jan-komarek-playing-with-matches-the-czech-constitutional-courts-ultra-vires-revolution/> accessed 20 August 2020.

[104] Wojciech Sadurski, ''Solange Chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union', European University Institute Working Paper No. 2006/40 (2006) 1-6.

[105] *Gauweiler*, *supra* note 54, at [240].

existing 'by virtue and in the context of the constitutional empowerment'.[106] The following discussion sets out the importance that democratic states attach to remaining in control of certain substantive areas of law, specifically highlighting principles relating to crime, war, welfare, public expenditure/taxation and religion/culture as areas of primary German concern.[107] *Halberstam and Möllers* argue that in these passages, the FCC develops a German S*taatsaufgabenlehr*e – the tasks deemed necessary for state control.[108] In doing this, the German approach similarly advocates an interpretation of supremacy that is hard to reconcile with the CJEU's perspective, essentially ring-fencing certain areas where EU laws will be inapplicable and therefore not supreme over national principles.

However, as there have not been subsequent challenges in this area as of 1 October 2020, the extent to which this ruling creates a 'strong' or 'weak identity lock' is unknown. *Craig and de Búrca* argue it is likely that claims will be brought under the specific areas outlined in the judgment, leaving the FCC with a difficult dilemma.[109] On the face of it, these locks appear to be closer towards the 'softer' side of the spectrum due to the ex-President of the FCC's extra-judicial discussion of the matter, stating the court 'will continue to observe the principle of the Basic Law's openness towards European integration' when engaging in the review process.[110] Despite this, the more recent tone emanating from the FCC's supremacy judgments, particularly the *PSPP* decision, perhaps foreshadow a more bellicose outcome. It is hoped the latter tone is not adopted,

[106] Ibid.

[107] Ibid. [249].

[108] Daniel Halberstam and Christoph Möllers 'The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"', 10(8) German Law J. (2009) 7-9.

[109] Craig and de Búrca, *supra* note 11, at 288-289.

[110] Andreas Voßkuhle, 'Multilevel Cooperation of the European Constitutional Court: *Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*', 6 EuConst (2010) 196.

as the FCC's respect on the international stage, combined with its historic affiliations with the Community, make it a revered and influential entity within the European legal and political order. With this power, the Constitutional Court is well-positioned to set an example for other Member States, showing how more considerate and open dialogue can lead to productive discussions and developments surrounding the EU's future, whilst also striking a fair balance between protecting national identity and giving effect to concurrent obligations under EU law. *Gauweiler*'s tone however, does little to instill hope or confidence that the less treacherous path will be chosen.

C. The English Approach: Considerate and Cooperative or Submissive?

I. The Conceptual Basis

The seminal development in the UK's supremacy relationship came in *Factortame (No2)*. Pre-18 May 1989, the judicial approach to resolving conflicts of UK and EU norms involved referring to the 'principle of construction' to presume that, in enacting the European Communities Act 1972 (ECA), Parliament had intended EU law to prevail in the event of a clash, unless expressly stated otherwise.[111] In *Factortame*, Lord Bridge expanded upon this, dismissing the 'misconception' that supremacy 'was a novel and dangerous invasion […] on the sovereignty of the United Kingdom Parliament' by highlighting Parliament's 'entirely voluntary' decision to limit its competence by enacting the ECA.[112] Lord Bridge also supported some of the CJEU's *Costa* reasoning by acknowledging that, whilst primacy 'was not always inherent in the EEC Treaty',[113] the CJEU had made it a 'well established', foundational principle.[114] Lord

[111] *Shields v E Coomes (Holdings) Ltd* [1979] 1 All ER 456, 461.
[112] [1991] 1 AC 603, 658-659.
[113] Ibid. 658.
[114] Ibid. 658.

Keith's comments in the *EOC* case further clarified the UK's position, whilst also providing early insight into the way in which the courts have attempted to engage in productive dialogue, asserting there were no barriers to applicants seeking judicial review of English statutes allegedly breaching EU law.[115]

Both of these early cases established the more innovative means used to reason supremacy within the UK's constitutional setup, reflecting largely positive foundations that paved the way for cases such as *Thoburn* to punctuate the UK's acceptance of the doctrine.[116] In handing down his judgment, Laws LJ asserted that it was not the CJEU's place or capability to entrench Community law within the UK's legal framework.[117] Instead, it was the courts' role to interpret domestic statutes.[118] Distinguishing between 'ordinary' and 'constitutional' legislation,[119] Laws LJ clarified that the former statutes were subject to the doctrine of implied repeal meaning that conflicts would be resolved by giving more recently enacted statutes precedence.[120] The latter statutes were deemed to possess overarching qualities so fundamentally important to the relationship between the citizen and the state that implied repeal could not operate.[121] The ECA was deemed 'constitutional' and therefore required 'express words' legislating against it for domestic English statutes to take precedence.[122]

The High Court's addition of 'intellectual meat onto the doctrinally skeletal' framework of English supremacy jurisprudence was subsequently confirmed

[115] [1994] 1 WLR 409, 418-419.
[116] *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] Q.B. 151.
[117] Ibid. [1], [59].
[118] Ibid. [63]-[67].
[119] Ibid. [63].
[120] Ibid.
[121] Ibid.
[122] Ibid.

by the Supreme Court's *HS2* judgment,[123] where Lord Carnwath supported and qualified thought surrounding the status of 'constitutional legislation'.[124] Following this judgment, as per Lord Reed, where UK and EU norms clash, this 'has to be resolved […] as an issue arising under the constitutional law of the United Kingdom',[125] facilitating primacy of EU law by allowing the ECA to prevail in all instances with exception to cases concerning principles 'of the highest constitutional importance' such as the Bill of Rights or Magna Carta.[126] This caveat to 'full-blooded, unconditional supremacy' was acknowledged in the majority *Miller (No1)* judgment,[127] which also identified EU law as an 'independent and overriding source of domestic law',[128] subject to the fact it can remain in force 'so long as Parliament wishes'.[129]

The line of reasoning across these cases clearly shows the UK-CJEU relationship to be more intricate, considerate and cooperative than views promulgated by certain Eurosceptic provocateurs that argue 'Brussels rules Britannia'.[130]

[123] Mark Elliot, 'Reflections on the HS2 case: a hierarchy of domestic constitutional norms and the qualified primacy of EU law', *Public Law for Everyone* (Online), 23 January 2014 <https://publiclawforeveryone.com/2014/01/23/reflections-on-the-hs2-case-a-hierarchy-of-domestic-constitutional-norms-and-the-qualified-primacy-of-eu-law/> accessed 28 August 2020.

[124] *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [207].

[125] Ibid. [203]-[205].

[126] Ibid. [203].

[127] Gavin Phillipson, 'EU Law as an Agent of National Constitutional Change: Miller v Secretary of State for Exiting the European Union', 36 Yearbook of European Law 1 (2017) 46-93, 75.

[128] *R (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [65].

[129] Ibid. [60].

[130] Gavin Drewry, 'The jurisprudence of British Euroscepticism: A strange banquet of fish and vegetables', 3 ULR 2 (2007) 101-115, 101, quoting Derek Norman, *UKIP News*, no.4, January 2006.

Notions of UK courts submitting to a dominant, supreme force are misguided, with the true relationship being better characterised as an effective method for working the CJEU's unconditional notion of supremacy into the national constitutional framework. Importantly, the Supreme Court 'does *not* endorse the [CJEU's] vision',[131] instead offering what *Phillipson* argues is an 'eloquent expression to the deep transformative effect of EU law'.[132] Whilst moderating judicial tensions, the English reasoning also innovatively reserves a very limited jurisdiction in the most constitutionally significant instances, allowing fundamentally important pieces of cultural legislation to take precedence. Consequently, when held up against the German method, the English approach reflects a comparatively more symbiotic and valuable approach to supremacy. By carefully interpreting the doctrine's place in the UK's constitutional setup, a baseline of cooperation is established, facilitating more cohesive refinement of the European project through considered and consistent reasoning.

II. The English Limitations to Acceptance of Supremacy

Despite this positive and relatively amicable reasoning of supremacy, a key issue remains. Whilst the doctrine's development may have created a 'richer constitutional order',[133] this approach does not provide answers to questions concerning theoretic instances where Parliament expressly legislates against Community law.[134] Many respected commentators have acknowledged this possibility, with *Hartley* stating that the courts would be forced to follow a statute making clear the intention to 'restrict or abolish the power of the European court to give [binding] judgments'.[135] Lord Denning's comments in *Macarthys*

[131] Phillipson, *supra* note 127, at 49.

[132] Ibid.

[133] Elliot, *supra* note 123.

[134] Ibid. 301-303.

[135] UK Parliament 'Written evidence from Trevor Hartley, Professor of Law Emeritus,

Ltd v Smith similarly argue that 'it would be the duty of [the] courts to follow the statute'.[136] *Allan* advocates diplomatic discussion outside courts to resolve clashes, but explains the court would have to ask what the UK's constitution asks of them, concluding this would likely mean following the statute running contrary to EU law.[137]

Compared to the German approach, the constitutional lock is comparatively more rigid due to the FCC's ability to alter judicial jurisdiction. With the uncertainties surrounding Brexit and future UK-EU relations, it is hard to conclusively assert how this lock will operate in the months and years following the end of the 'transition' period. Currently, it seems this lock would remain unchanged as the EU (Withdrawal) Act 2018's 'transposition' of all applicable EU law into UK law creates a situation where these 'retained' principles continue to have binding force,[138] therefore maintaining the judicial dilemma. Furthermore, *Brenncke* argues the 2018 Act's retention of rules used to guide CJEU interpretation of European principles is '[ironic]',[139] creating a certain

London School of Economics: The European Union and British Sovereignty', *www.parliament.uk* (Online) (2011) <https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633ii/633we04.htm#:~:text=Provided%20it%20makes%20its%20intention,binding%20in%20the%20United%20Kingdom.> accessed 29 August 2020.

[136] (1980) Case 129/79, [48].

[137] UK Parliament 'The EU Bill and Parliamentary Scrutiny – European Scrutiny Committee Contents: 5. Evidence from Expert Witnesses' *www.parliament.uk* (Online) (2010) <https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/63307.htm#n50> accessed 29 August 2020.

[138] Graeme Cowie, 'The status of "retained EU Law" *House of Commons Library,* Briefing Paper no. 08375 (Online), 30 July 2019 <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8375/> accessed 29 September 2020.

[139] Martin Brenncke, 'The UK will remain deeply intertwined with the EU after Brexit – just how much, the courts will decide' *The LSE Blogs* (Online), 9 May 2019 <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/05/09/the-uk-will-remain-deeply-intertwined-with-eu-after-brexit-just-how-much-the-courts-will-decide/> accessed 29 September 2020.

'Europeanisation of UK legal culture after exit day',[140] likely maintaining the UK's harder 'constitutional lock'. It is ultimately hoped that, given the UK's relatively cooperative approach, the future relationship with the CJEU and the EU can involve productive and mutually beneficial dialogue. However, in light of the recent tensions surrounding the UK Internal Markets Bill, in which the government plainly stated its intention to break international law,[141] these future possibilities are perhaps overly optimistic.

D. Comparison and Justification: Why do the approaches differ?

Whilst similarly grounded in constitutionally significant pieces of law, the English approach generally adopts more conciliatory and collaborative tones than the German reasoning. With both countries operating as dualist states to different degrees, the divergence in approach could be justified on three grounds. One reason for difference could be attributed to the ease with which the UK can amend its uncodified constitution compared to the difficulties facing amendment of the codified Basic Law. This is perhaps unsurprising with the UK historically placing great value in the flexibility afforded by the unwritten constitution,[142] whilst the German constitution's post-World War Two construction intended to build more definitive fundamental protections.[143]

The divergence could also be analysed from a linguistic perspective. The Basic

[140] Ibid.

[141] Philip Sim, 'What is the row over UK 'Internal Markets' all about?' *BBC News* (Online) 15 September 2020 <https://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-54065391> accessed 29 September 2020.

[142] Constitution Committee Fifteenth Report, 'The Process of Constitutional Change, Chapter 2: The Current Practice of Constitutional Change' *www.parliament.uk* (Online) [20]-[22] <https://publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldconst/177/17705.htm> accessed 29 September 2020.

[143] Wolfgang Renzsch, 'German Federalism in Historical Perspective: Federalism as a Substitute for a National Sate', 19(4) Publius (1989) 17-33, 23-24.

Law's use of phrases such as 'transfer sovereign powers' suggests relinquishing autonomy and control. In comparison, the language in section two of the ECA includes words such as 'implementation', 'enactment', and 'recognised', connoting more positive and decisive choices to welcome European law into domestic constitutional arrangements. Intuitively, the UK's 'long and proud history of sovereign, democratic self-government',[144] combined with the increasingly complex European decision-making process and recent EU expansion leads to a situation where the language of supremacy is easier to use as a claim against membership.[145]

However, adopting an institutional perspective and considering the different tasks of the courts perhaps offers the most convincing explanation for the division. The FCC not only possesses the general task of safeguarding Germany's Constitutional 'integrity',[146] but it is also subject to Constitution-based restrictions preventing it from accepting unconditional supremacy.[147] The English courts have no such limitations, instead aiming to scrutinize decisions, interpret laws and, to an extent, expand upon the discussion surrounding the constitutional parameters that dictate the UK's supremacy relationship.[148] This leaves

[144] Robin Niblett, 'Britain, the EU and the Sovereignty Myth' (Chatham House European Programme Research Paper, May 2016) 2. <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-05-09-britain-eu-sovereignty-myth-niblett.pdf> accessed 29 September 2020.

[145] Ibid.

[146] Arthur Benz, *The Federal Constitutional Court of Germany: Guardian of Unitarianism and Federalism*. in: Nicholas Aroney and John Kincaid (eds), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?* (University of Toronto Press, 2017) 193-222, 195.

[147] Dieter Grimm, Mattias Wendel and Tobias Reinbacher, *European Constitutionalism and the German Basic Law*. in: Anneli Albi and Samo Bardutzky (eds), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights and the Rule of Law* (T.M.C. Asser Press, The Hague 2019) 407-409, 420.

[148] Jo Murkens and Roger Masterman, 'The New Constitutional Role of the Judiciary'

English courts with a less constrained ability to interpret European principles; resulting in reasoning that reflects interpretations of supremacy more closely aligned with the CJEU's unconditional perception. Conversely, this creates a situation where UK contradictions of supremacy could be less principled than the perhaps more justifiable German opposition, grounded in protection of the Basic Law.

E. Conclusions

When tasked with determining whether EU law should prevail over national provisions, the English courts' approach is more productive, cohesive and mutually beneficial. This is predominantly due to the fact that the courts have found innovative patterns of reasoning, allowing distinctions to be made between 'ordinary' and 'constitutional' legislation, whilst relying on the malleable notion of 'Parliamentary intention'. This is not to state that the approach is without its flaws, as evidenced by the issues surrounding the more rigid 'constitutional lock' that will continue long after the UK's European exit. However, this measured approach has allowed dynamic, open discussions, facilitating comparatively more coherent and accepted views of the doctrine. Therefore, the way in which British judicial discourse with the CJEU was used as a means to provoke anti-EU sentiment across the Brexit referendum is perhaps a more accurate reflection of the way in which media outlets market stories, than of the nuanced legal approach to interpreting the doctrine. Considering the 'retained' status of EU law, this more collaborative approach would serve the UK courts well in their future dealings with the CJEU.

The German approach generally contrasts this. In areas such as national identity, but most notably regarding European competences, the FCC's challenges

(LSE Law Policy Briefing Series, 2014) <https://core.ac.uk/download/pdf/35437165.pdf> accessed 30 August 2020.

have repeatedly threatened the CJEU's doctrine, provoking more recent discussions that seem perverse. This has been reflected in *Gauweiler* and *OMT* but is typified by the *PSPP* decision, where the potential consequences mark a dangerous development. It is however, important to acknowledge that, in areas such as fundamental rights, the FCC has added great value through its measured challenges of the doctrine's unconditional application, helping to productively refine European policy and integration, reflecting the value of well-reasoned discourse surrounding the scope and application of supremacy. Indeed, in current political climates, being receptive to opposing views, making compromises and striving to work cooperatively help achieve mutually desired goals. Assuming that European integration is still aspired, these qualities are unequivocally virtues that courts should strive to represent in their interpretations of supremacy.

Interested in becoming an author or reviewer for the Anglo-German Law Journal? Do you have any other questions?

Contact us at
aglj@aglawsoc.org

We welcome articles dealing with Anglo-German Comparative and European Law.

Interesse am Autor werden? Wollen Sie als Gutachter tätig werden? Weitere Fragen zum Journal?

Kontaktieren Sie uns unter
aglj@aglawsoc.org

Wir veröffentlichen Artikel, die sich mit britisch-deutscher Rechtsvergleichung und europäischem Recht beschäftigen.

Fiktive Darstellungen von nationalsozialistischen Kennzeichen in Filmen und Computerspielen im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV

von
Célestine Cherrier Montrichard*

Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Universität zu Köln

Zusammenfassung

Dieser Artikel stellt das Darstellungsverbot von nationalsozialistischen Kennzeichen in Filmen und Computerspielen in Deutschland vor. Es soll die aktuelle Rechtslage erörtert werden, insbesondere die Möglichkeiten, ein künstlerischer oder unterhaltsamender Inhalt darzustellen. Somit werden die Modalitäten einer der Kunstfreiheit gerechten Auslegung besprochen. Anschließend wird die Eignung des Verbotes, seine Ziele zu erreichen, angesprochen, wobei diese trotz erheblicher Zweifel bejaht werden kann.

* Studentin des Doppelabschlusses zwischen der Universität zu Köln (2018-2020, LL.B.) und der Université Paris I Panthéon-Sorbonne (2020-2022, licence/maîtrise).
Diese Arbeit fußt auf einer Bachelorarbeit, die an der Universität zu Köln verfasst wurde.

A. Einleitung

Die Verbreitung von nationalsozialistischen Symbolen ist in Großbritannien im Gegensatz zu Deutschland nicht verboten, was in der Literatur zum Beispiel mit der Anekdote der Publikation von Fotographien von Prinz Harry in einem entsprechenden Kostüm veranschaulicht wird.[1] Das deutsche Verbot beinhaltet also für den britischen Juristen die Schwierigkeit, dass es zum einen kein Äquivalent in dem eigenen Rechtssystem gibt und zum anderen, dass die Ratio des Verbotes mit dem deutschen Geschichtsbewusstsein zusammenhängt. Das deutsche Recht ist aber zum Beispiel im Bereich von Filmen und Computerspielen für das Ausland relevant, da Produkte bei dem Export nach Deutschland zum Teil zensiert werden müssen, wie im Folgenden erörtert wird.

Diese Arbeit befasst sich mit den fiktiven Darstellungen von nationalsozialistischen Symbolen in Filmen und Computerspielen unter dem Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (JMStV) unter dem Kritikpunkt der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Var. 1 GG. In der Tat haben diese Konstellationen trotz der aufgeworfenen rechtlichen Fragen bisher verhältnismäßig wenig Beachtung seitens der Gerichte und Lehre gefunden.[2] Jedoch hat diese Thematik wichtige praktische Konsequenzen: Insbesondere Computerspiele repräsentieren einen wirtschaftlich erfolgreichen Markt.[3] Lediglich die Kunstfreiheit des Betroffenen wird behandelt, da diese spezieller ist als die Meinungsfreiheit.[4] Daneben können Eingriffe in die Filmfreiheit in vielen Fällen mangels ausgeprägter Intellektu-

[1] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (601).

[2] *Liesching*, MMR 2010, 309 (309 f.); *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (92).

[3] *Schwiddessen*, ebenda; *Wager*, K&R 2019, 380 (382).

[4] BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971, AZ: 1 BvR 435/68 = BVerfGE 30, 173 (200); *Epping*, Grundrechte, S. 147.

alisierung des Spiel- bzw. Filmzwecks leicht gerechtfertigt werden.[5] Zudem wird die Eignung des Verbotes, seine Ziele zu erreichen, problematisiert.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV verbietet die Darstellung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, die unter den Tatbestand des § 86a Abs. 2 StGB fallen. Geschützt wird dadurch „der demokratische Rechtsstaat und der öffentliche (politische) Friede“[6]. Ein Kennzeichen ist ein „charakteristisches Identifikationsobjekt in Form eines […] Symbols“[7]. Als Telemedien gelten Filme, die auf Video on Demand Plattformen angeboten werden sowie Computerspiele, die zum Beispiel aus dem Internet heruntergeladen werden.[8] Dasselbe gilt für ihre im Internet aufrufbare Werbung.[9] Solche „Sendung oder Inhalte von Telemedien“ sind gemäß § 3 Nr. 1 JMStV auch als „Angebote“ zu verstehen. Durch die Abbildung auf dem Bildschirm werden sie im Sinne des Verbotes verwendet.[10] In der Praxis sind vor allem die Kennzeichen der NSDAP und ihre Unterorganisationen betroffen.[11] Grundsätzlich dürfen demnach Filme und Computerspiele die Kennzeichen dieser Organisationen nicht zeigen. Ein „Fantasiesymbol“[12] ist dagegen erlaubt.

[5] *Meirowitz*, Gewaltdarstellungen, S. 362.
[6] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (602) m. w. N, in der Quelle hervorgehoben.
[7] *Steinmetz*, in: MüKo, StGB § 86a Rn. 5.
[8] *Liesching*, in: BeckOK, JMStV § 2 Rn. 7.
[9] Ebenda.
[10] Siehe *Steinmetz*, in: MüKo, StGB § 86a Rn. 19 m. w. N.
[11] *Stegbauer*, NStZ 2010, 129 (130 ff.).
[12] *Steinmetz*, in: MüKo, StGB, § 86a Rn. 14.

B. Darstellung des Tatbestandes

Einerseits hat der BGH[13] eine teleologische Reduktion des § 86a StGB entwickelt, damit Darstellungen, die die von dem Verbot geschützten Rechtsgüter offensichtlich nicht beeinträchtigen, erlaubt sind. Diese Rechtsprechung zu § 86a StGB ist auf den § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV anwendbar.[14] Andererseits schränkt § 86 Abs. 3 StGB, in unserem Fall gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 JMStV, den Tatbestand des § 86a StGB bereits ein. Diese Sozialadäquanzklausel ist auf den Tatbestand anzuwenden,[15] das heißt auf der gleichen Ebene wie die teleologische Reduktion. Die Einordnung der Sozialadäquanzklausel in dem Prüfungsaufbau wurde der Rechtsprechung überlassen.[16]

Gegebenenfalls ist ein Sachverhalt unter den beiden Optionen zu genehmigen. So kann ein Angebot, bei dem die verbotene Organisation als Feind unter einem schlechten Licht stellt, unter der teleologischen Reduktion erlaubt werden,[17] aber gleichzeitig aufgrund seiner künstlerischen Eigenschaft die Sozialadäquanzklausel erfüllen. Andere Darstellungen können aber nur unter einer der zwei Methoden tatbestandlos sein.[18] Dies liegt daran, dass beide Ausschlussmöglichkeiten auf unterschiedlichen Kriterien basieren – oder genauer, dass die Natur dieser Kriterien unterschiedlich ist. Die teleologische Reduktion bewertet die inhaltliche Richtung und Intensität des Angebotes, während die Sozialadäquanzklausel aus thematischen Tatbestandsmerkmalen besteht. Die

[13] BGH, Urteil vom 18. Oktober 1972, AZ: 3 StR 1/71 I = NJW 1973, 106 (107).
[14] *Erdemir*, in: Spindler/Schuster, JMStV § 4 Rn. 6.
[15] *Steinmetz*, in: MüKo, StGB § 86 StGB Rn. 36; a. A. *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 86 Rn. 38 m. w. N.
[16] So Deutscher Bundestag, BT-Drucks. V/2860, S. 9.
[17] *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (96).
[18] BGH, NJW 1973, 106 (107).

unterschiedliche Natur dieser Kriterien ermöglicht, dass sie gleichzeitig auftreten. Zudem sind die Tatbestandsauschlüsse in ihren jeweiligen Grenzen in der Praxis nicht immer eindeutig, weshalb Überschneidungen entsprechend häufig vorkommen.[19]

Die teleologische Reduktion soll bei der Prüfung eines Sachverhaltes an erster Stelle in Betracht gezogen werden und die Sozialadäquanzklausel kann sich ggfs. anschließen.[20] Diese Prüfungsreihenfolge ist insoweit sinnvoll, als die teleologische Reduktion aus einem einfachen, binären Kriterium besteht. Eine solche Evidenz ist in vielen Fällen schwer festzustellen.[21] Somit ist es überzeugend, dass die allgemeinere Methode am Anfang der Prüfung angewendet wird, um die Prüfung mit dem komplexeren Maßstab fortzuführen.

Die Strenge der teleologischen Reduktion bringt ihre Anwendung auf Filme und Computerspiele regelmäßig zum Scheitern.[22] In den meisten Fällen ist lediglich die Prüfung des § 86a Abs. 3 iVm § 86 Abs. 3 Var. 3, 9 StGB sinnvoll, da vor allem das Vergnügen des Publikums mit dem Angebot erstrebt wird.[23] In der Tat betrifft diese Varianten nach dem Wortlaut des § 86 Abs. 3 die „Kunst" (Var. 3) sowie „ähnlichen Zwecken" (Var. 9).

I. § 86 Abs. 3 Var. 3 StGB

Filme und Computerspiele kommen als Kunstwerke in Betracht,[24] dennoch

[19] *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (97).
[20] BGH, NJW 1973, 106 (107); *Schwiddessen*, ebenda.
[21] *Schwiddessen*, ebenda.
[22] Ebenda; *Wager*, K&R 2019, 380 (381).
[23] *Liesching*, MMR 2010, 309 (310); *Wager*, ebenda.
[24] Ebenda; *Erdemir*, Jugend Medien Schutz-Report (JMS) 2012, 2 (2).

ist die Subsumtion unter das Merkmal „der Kunst […] dient" nicht selbstverständlich. Gerade im Zusammenhang mit Medieninhalten wie Spielfilmen und Computerspielen sei mit Blick auf den in §§ 86 Abs. 3, 86a Abs. 3 StGB spezifizierten Kunstvorbehalt die Frage von Belang, ob lediglich der Medieninhalt in seiner Gesamtheit „der Kunst dienen" müsse oder ob dies gesondert auch für das konkret implementierte Kennzeichen gelten solle.[25] Dem BGH[26] zufolge reicht jedenfalls eine Steigerung des Realismus der Darstellung nicht aus, um die Voraussetzungen des § 86 Abs. 3 Var. 3 StGB zu erfüllen.

II. § 86 Abs. 3 Var. 9 StGB

Dem BGH[27] zufolge sind „im sozialen Leben gänzlich unverdächtige, weil im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegende Handlungen", das heißt solche, die in der Gesellschaft allgemein akzeptiert sind, als sozialadäquat einzustufen. Die „ähnlichen Zwecken" des § 86 Abs. 3 Var. 9 StGB werden mit einer äquivalenten Formel definiert und mit dem Kriterium des „Entertainment" ausgelegt.[28]

1. Anwendung auf Filme

Die Anwendung des Hakenkreuzes in Filmen wird regelmäßig mit einer Referenz auf Fiktionen wie die „Indiana Jones" Reihe (USA, 1981 – 2008) und *Tarantinos* „Inglourious Basterds" (USA/D, 2009) besprochen.[29] Typische Hollywood Blockbuster sind für die Illustration des Merkmals besonders geeig-

[25] *Liesching*, MMR 2010, 309 (310).
[26] BGH, Urteil vom 25. April 1979, AZ: 3 StR 89/79 = NJW 1979, 1555 (1555).
[27] BGH, Urteil vom 18. Februar 1970, AZ: 3 StR 2/69 I = NJW 1970, 818 (818).
[28] *Liesching*, MMR 2010, 309 (311); *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (96).
[29] z.B. ebenda.

net, weil sie fest in der Popkultur verankert sind, was den sozialen Zuspruch besonders verdeutlicht.[30] Aufgrund dieses Zuspruches werden diese Darstellungen nie mit der Gefahr assoziiert, gegen welche das Verbot besteht und insoweit als sozialadäquat eingestuft.[31]

2. Anwendung auf Computerspiele

Die Einordnung von Computerspielen ist kontroverser als bei Filmen, weil das deutsche Publikum Kennzeichen in Spielen nicht erwartet.[32] Daher soll sich die Adäquanz nicht aus der allgemeinen Variante der „ähnlichen Zwecken", sondern aus der Eigenschaft als Kunst ergeben.[33] In der Vergangenheit waren strafrechtliche Folgen die Regel nach einer Darstellung des Kennzeichens in einem Computerspiel.[34] 2018 hat sich die Rechtslage aber gewandelt, um die zuvor in diesem Kontext verbotenen Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in Computerspielen durch die Sozialadäquanzklausel zu erlauben.[35] Die Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle (USK) ist nicht die einzige Institution, die sich für eine Akzeptanz der Kennzeichendarstellungen ausgesprochen hatte.[36] Dennoch wurde die neue Indizierungslinie in der Presse unterschiedlich aufgefasst,[37] was für ein Misstrauen der Gesellschaft bezüglich der Darstellung spricht. Gleichzeitig ist diese Entwicklung ein Schritt in Richtung einer Gleichbehandlung von Filmen und Computerspielen, da die Sozialadäquanzklausel

[30] Ebenda.
[31] *Schwiddessen*, ebenda.
[32] Ebenda.
[33] Ebenda.
[34] *Liesching*, MMR 2010, 309 (311).
[35] *Hopf*, ZUM 2019, 8 (13) m. w. N.
[36] *Wager*, K&R 2019, 380 (381).
[37] *Hopf*, ZUM 2019, 8 (13) m. w. N.

mit demselben Maßstab für „Entertainment“ angewendet wird, was angesichts des Staatsvertragszweckes eines einheitlichen Schutzes (§ 1 JMStV) zu begrüßen ist.[38] Indem der Gesetzgeber kein Sonderrecht für Computerspiele geschaffen habe, sei durch die fortschreitende Medienkonvergenz nur von einer für alle Mediengattungen gleichermaßen bestehenden gesellschaftlichen Akzeptanz der dramaturgisch bedingten Kennzeichenverwendung auszugehen.[39] Das heißt, es soll keine spezielle Bewertung für Computerspiele geben. Diese Gleichbehandlung soll sich an dem Maßstab orientieren, der für Filme anerkannt wurde, d. h. der Anwendbarkeit des „Entertainments“. Ein grundsätzlicher Ausschluss dieser Möglichkeit für Computerspiele würde ein Genre wie den Mehrspielermodus, welcher mangels inhaltlicher Kontinuität in der Regel nicht als Kunst aufzufassen ist, aber beispielsweise eine Unterhaltungsfunktion erfüllt, unverhältnismäßig treffen.[40] Ein grundsätzlicher Ausschluss der Anwendbarkeit des „Entertainments“ als Auslegung des § 86 Abs. 3 Var. 9 StGB für ein Genre, würde eine Medienkonvergenz verhindern. Ferner würde es der allgemeinen Entwicklung der Gesellschaft, wie sie von der Stellungsänderung der USK illustriert wird, entgegenwirken, obwohl die Sozialadäquanzklausel gerade an die Bewertung durch die Gesellschaft angelehnt ist.

Ein Computerspiel im Sinne der Sozialadäquanzklausel als „Entertainment“ zu bezeichnen, zieht die Frage der konkreten Anwendung dieses Merkmals nach sich. Es ist denkbar, für die Anwendung des „Entertainments“ die Leitlinie der Auslegung der Sozialadäquanz für die Variante „Kunst“ zu befolgen. Dementsprechend wäre eine Steigerung des Realismus der Darstellung durch das Kennzeichen für eine Erlaubnis nicht ausreichend. Dies verkennt aber, dass das „Entertainment“ und die „Kunst“ unterschiedliche Begriffe sind. Gerade die

[38] Ähnlich *Liesching*, MMR 2010, 309 (312).
[39] *Wager*, MMR 2019, 80 (82).
[40] *Wager*, K&R 2019, 380 (383).

Immersion an einem anderen Ort bzw. in einer anderen Zeit oder die Spannungserhöhung durch das „Symbol des leviathanisch „Bösen““[41] durch die Darstellung der NSDAP und ihrer Unterorganisationen, sind Eigenschaften, die eine besondere Spannung ermöglichen. Dafür spricht nicht zuletzt der besondere Erfolg von „Ego-Shooter“ Spielen im Mehrspielermodus.[42] Außerdem ist die Verbindung des Kennzeichens mit der Eigenschaft als Feind ein Indiz für die Vornahme der teleologischen Reduktion.[43] Auch wenn die Anwendung der Sozialadäquanzklausel bedeutet, dass die Opposition zum Nationalsozialismus nicht evident genug war, wäre es widersprüchlich, dass diese Wertung der Einstellung des Computerspieles kein Echo in der Sozialadäquanzklausel findet. Vielmehr wird durch den Realismus der Darstellung und die Spannung des Inhaltes die mit dem Kennzeichen verbundene Feindlichkeit nur noch erhöht. Diese funktionelle Rolle des Kennzeichens spricht für eine Akzeptanz des Angebotes jedenfalls durch Teile der Gesellschaft. Demnach werden diese Darstellungen regelmäßig unter dem Aspekt des „Entertainments“ zulässig sein.

C. Auslegung im Lichte der Kunstfreiheit

Der BGH[44] hat die „massenhafte Verbreitung“ des Kennzeichens durch Spielflugzeuge als Verstoß gegen den § 86a StGB bezeichnet und demnach die Anwendung der Sozialadäquanzklausel verneint. Es soll also in diesen Fällen bei dem Verbot als Grundregel bleiben. Gleichzeitig darf diese Einschränkung die Anwendung der teleologischen Reduktion nicht verhindern, wenn im jeweili-

[41] *Wager*, MMR 2019, 80 (82).
[42] *Wager*, K&R 2019, 380 (383) m. w. N.
[43] *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (96).
[44] BGH, NJW 1979, 1555 (1555).

gen Fall offensichtlich kein Verdacht einer Schutzzweckverletzung besteht.[45] Diesem Kriterium der Offensichtlichkeit wird zum Teil eine Indizwirkung für die erfolgreiche Anwendung der teleologischen Reduktion zugeschrieben.[46]

Die Feststellung, ob ein Kennzeichen in beträchtlicher Anzahl dargestellt wird, kann sich darauf stützen, dass es in dem Angebot in hoher Anzahl vorkommt oder, dass das Angebot insgesamt weit verbreitet und das Kennzeichen in demselben Ausmaß publik gemacht wird.[47] *Liesching* betont,

> „dass die Kennzeichen in den Unterhaltungsmedien nicht massenhaft, sondern lediglich vereinzelt, sporadisch und im Hintergrund verwendet werden, sodass sie lediglich als dramaturgisch-stilistisches Beiwerk zur authentischen Erläuterung der Film- und Spielhandlung erscheinen."[48]

Damit wird verdeutlicht, wie das Kriterium auf das Format eines Filmes – und aufgrund der Gemeinsamkeiten auch eines Computerspiels – angewendet werden kann. Die Indizwirkung für die teleologische Reduktion wird erheblich dadurch behindert, dass die konkrete Anwendung dieses Kriteriums letztendlich eine Wertungssache ist.[49] Die Bewertung wird ferner erschwert, wenn man wie *Liesching*[50] das Kriterium der Häufung mit anderen Kriterien wie der Gegnerschaft der Protagonisten kombiniert, um eine Verletzung von § 86a StGB auszuschließen. *Tarantino* porträtiert z. B. in „Inglourious Basterds" die SS und

[45] BGH, NJW 1973, 106 (107).
[46] *Liesching*, MMR 2010, 309 (312); *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (96 f.).
[47] *Liesching*, ebenda (311).
[48] Ebenda (312).
[49] Angelehnt an *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (97).
[50] Siehe *Liesching*, MMR 2010, 309 (312).

allgemein das Dritte Reich als klaren Feind.[51] Gleichzeitig sind Kennzeichen nicht nur auf den Uniformen dargestellt, sondern auch auf einer bedeutenden Anzahl von Fahnen in einem brennenden Filmtheater zu sehen, die auch Kennzeichen im Sinne des § 86a Abs. 2 Satz 1 Var. 1 StGB darstellen,[52] was als ausgiebige Darstellung oder dramaturgisches Mittel bewertet werden kann. Die Subsumtionsschwierigkeiten, insbesondere bei einer Kumulation von Indizien, werden in vielen Fällen den Verdacht einer Gefährdung der Schutzgüter nicht widerlegen. Da gleichzeitig die ausgiebige Verwendung eine Hürde für die Annahme einer Sozialadäquanz ist, kann auf diese nicht zurückgegriffen werden. Infolgedessen kommt diesem Merkmal eine bedeutende Stellung in der Subsumtion von Unterhaltungsmedien zu.

I. Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit

Ein Verbreitungsverbot schränkt die Grundrechtsträger, die an der Produktion eines Filmes mitwirken, bereits in dem Werkbereich der Kunstfreiheit ein, da Filme immer mit dem Ziel der Ausstrahlung produziert werden.[53] Dies gilt auch für Computerspiele. So muss die Schöpfung an den Maßstäben des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV angepasst werden. Der Werkbereich, also die „Herstellung von Kunst“[54], wird aber angesichts der erfolgreichen Anwendung der Sozialadäquanzklausel auf Filme und Computerspiele in den meisten Fällen einer fiktiven Darstellung unberührt bleiben. Der Umfang des Eingriffes wird davon abhängen, inwieweit eine ausgiebige Darstellung den Rückgriff auf die Sozialadäquanzklausel hindert. Die praktische Anwendung des Verbotes kann ansonsten in dem Wirkbereich eingreifen, worunter auch die Werbung für das

[51] Ebenda.

[52] *Tarantino*, „Inglourious Basterds“, 02:24:51 ff.

[53] *Meirowitz*, Gewaltdarstellungen, S. 389 zu § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB.

[54] *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 405.

Kunstwerk zu subsumieren ist.[55] Die Kunstfreiheit enthält keine ausgeschriebene Schrankenbestimmung und ist demnach durch die Kollision mit anderen Rechtsgütern verfassungsrechtlichen Ranges einzuschränken.[56] Der Bewertungsmaßstab ist von der jeweiligen Einordnung der Handlung im Werk- oder Wirkbereich unabhängig.[57]

Der Grundrechtseingriff und der Zweck des Verbotes müssen in Einklang gebracht werden.[58] Im Folgenden wird auf eine vollständige Prüfung der Schranken-Schranken verzichtet.[59] Vielmehr wird lediglich problematisiert, wie die Kunstfreiheit durch die Auslegung des Darstellungsverbotes besonders berücksichtigt werden kann, um das Gleichgewicht zwischen Kunstfreiheit und die von dem Verbot geschützten Rechtsgüter zu erhalten. Besondere Bedenken ergeben sich vor allem bezüglich der Behandlung von ausgiebigen Darstellungen. Diese Ausnahme könnte für einen Vorrang des Schutzzwecks des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV vor der Kunstfreiheit sprechen.

II. Herstellung des Kunstwerkes

Ein pauschales Verbot aus dem Grund, dass das Kennzeichen in beträchtlicher Anzahl dargestellt wird, könnten sozialadäquate Erwägungen verbieten. Damit wird allerdings der Kunstfreiheit nicht genügend Bedeutung beigemessen.Ein Beispiel dafür ist die Satire. Diese kann eine Kunstform sein.[60] Zudem ist sie

[55] BVerfG, Beschluss vom 3. November1987, AZ: 1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85 = BVerfGE 77, 240 (251).

[56] BVerfG, BVerfGE 30, 173 (193).

[57] BVerfG, BVerfGE 77, 240 (255).

[58] *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 194.

[59] vgl. dazu *Epping*, Grundrechte, S. 24.

[60] BVerfG, Beschluss vom 3. April 1990, AZ: 1 BvR 680, 681/86 = BVerfGE 82, 1 (6).

einer der seltenen Fälle, in denen ein Film bzw. ein Computerspiel unter die Ausnahme des § 86 Abs. 3 Var. 3 StGB fällt.[61]

Eine Satire kann ferner gerade in der ausgiebigen Verwendung der Kennzeichen liegen. Ein Beispiel bietet eine Szene in *Ourys* Film „L'As des as" (FR/D, 1982), in der der Protagonist Hitlers persönliches Arbeitszimmer im Berghof betritt. Das Zimmer ist grotesk von einem Übermaß an Kennzeichen der NSDAP geschmückt. Die Kamera betont in dieser Menge vor allem die Uhr mit dem Adler, der als Stundenschlag den Hitlergruß ausführt.[62] Das satirische Element liegt gerade darin, dass Hitler von seiner Ideologie so besessen ist, dass selbst sein Privatzimmer davon überfüllt und er sich deswegen bereits in seiner ideologischen Nutzung der Kennzeichen lächerlich macht.

In zahlreichen Genres, aber insbesondere in „Ego-Shooter" Spielen sowie Action- und Abenteuerfilmen kann die Macht und Bösartigkeit der Organisation durch eine bedrohliche Anzahl von Kennzeichen betont werden. Dadurch wird die Eigenschaft des Nationalsozialisten als Feind betont und mithin die Spannung erhöht. Ferner kann einer überdurchschnittlichen Darstellung eine wichtige dramaturgische Bedeutung zukommen: In „L'As des as" hängt die Darstellung der Zuschauer und der verschiedenen Mannschaften der Olympischen Spiele, die bei der Eröffnung der Spiele mit dem Hitlergruß grüßen,[63] mit der Charakterisierung des Protagonisten zusammen, welcher sich früher im Film gegen ein solches Verhalten als Mitglied der französischen Delegation ausgesprochen hatte.[64] In historischen Fiktionen kann eine realistische Darstellung

[61] *Liesching*, MMR 2010, 309 (310) m. w. N.

[62] Zur Tatbestandmäßigkeit siehe *Ahmed*, Die Strafbarkeit des Hitlergrußes, S. 82 ff; *Oury*, „L'As des as", 01:20:19 ff.

[63] *Oury*, „L'As des as", 00:38:00 ff.

[64] *Oury*, „L'As des as", 00:11:26 ff.

des Dritten Reichs durch zahlreiche Kennzeichen ermöglicht werden, da diese damals in beträchtlicher Anzahl verwendet worden sind.[65]

Diese Auslegung des Verbotes würde die Produzenten in vielen Fällen zwingen, auf nicht tatbestandliche Kennzeichen zurückzugreifen oder bestimmte Darstellungen herauszuschneiden, um den Film oder das Computerspiel verbreiten zu dürfen. Eine Prüfung, die nicht darauf abstellt, ob die Darstellung in einzelnen Szenen, sondern allgemein ausgiebig dargestellt wird, würde zu keinem anderen Ergebnis kommen. Falls Kennzeichendarstellungen in Teilen des Werks so häufig vorkommen, dass sie als ausgiebig gelten, werden sie nichtsdestotrotz als einzelne Darstellungen bzw. durch ihre Einordnung in das Gesamtgefüge des Angebotes regelmäßig einem sozialadäquaten Zweck dienen.
Eine Häufung wird nicht allein dadurch relativiert, dass in den restlichen Szenen lediglich kleine, flüchtige Darstellungen gezeigt werden. Bei einer Betrachtung des gesamten Werkes wird es schließlich darauf ankommen, ob bestimmte Szenen in der Lage sind, die Gesamtbetrachtung zu beeinflussen. Dies hätte aber zur Folge, dass die Bejahung einer ausgiebigen Darstellung trotz anderer Merkmale des Werkes zum Verbot führen würde. Diese Auslegung verkennt, dass ein Werk „im Ganzen als Kunstwerk im Sinne der Sozialadäquanzklausel“[66] betrachtet werden kann. Der Kunstfreiheit wird für diese Darstellungen zu wenig Bedeutung beigemessen, weshalb eine „Wertigkeitsrelation“[67] erzeugt wird. Somit ist diese Auslegung nicht sachgerecht.

III. Vermittlung des Kunstwerkes

Darüber hinaus wird die Kunstfreiheit auch nicht ausreichend berücksichtigt,

[65] Angelehnt an *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (97).
[66] Ebenda.
[67] *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 195.

wenn auf die Verbreitung des Kennzeichens durch die Verbreitung des Werkes abgestellt wird. Die modernen Medien sind von einer weiten Verbreitung untrennbar. Diese Auslegungsmethode würde alle Werke, die Kennzeichen enthalten, unabhängig davon, ob sie gemäß § 86 Abs. 3 Var. 3, 9 StGB der „Kunst" oder einem „ähnlichen Zwecken dien[en]", verbieten. Sie würde mithin zu Verstößen gegen die Kunstfreiheit führen. Grundsätzlich gelten somit die bereits dargelegten Gedanken bezüglich des Werkbereichs auch für Werbung. Zudem wirken sich zusätzlich die Spezifitäten der Werbung auf die Abwägung aus.

Eine regelmäßige Konfrontation mit dem Kennzeichen in einem politisch neutralen Kontext, begründet besondere Gefahren für den öffentlichen Frieden, weil der Bürger sich nicht gegen eine mögliche Beeinflussung wappnen kann.[68] Dennoch hat der Nationalsozialismus in der Handlung zahlreicher Filme und Computerspiele einen bedeutenden Platz gewonnen. Diese Realität wird wohl heute kaum jemanden überraschen. Dennoch kann der Werbungsadressat von der Konfrontation mit dem Inhalt der Werbung überrascht werden. Insbesondere im Bereich der Telemedien und des Rundfunks kann der Adressat jederzeit mit Werbung konfrontiert werden. Während in den traditionellen Werbungsformate damit gerechnet wird, dass auf einem Bus oder an einer Haltestelle geworben wird, kann im Internet jederzeit und unerwartet eine Werbung auf dem Bildschirm erzeugt werden. Dass ein Nutzer sich angesichts von Cookies und anderer Tracking-Mittel durch seinen Rechercheverlauf für die hier behandelte Werbung prädestiniert, kann nicht entscheidend sein. Es ist heute weitgehend unmöglich, Internetseiten zu besuchen und gleichzeitig zu verhindern, dass man zum Teil personalisierte Werbung bekommt. Auch wenn der Nutzer ein Interesse für entsprechende Filme und Computerspiele gezeigt hat, muss er nicht damit rechnen, dass er später unaufgefordert mit einer entsprechenden

[68] OLG München, Beschluss vom 7. August 2006, AZ: 4 St RR 142/06 = BeckRS 2006, 09725 Rn. 19.

Werbung konfrontiert wird. Andernfalls müsste der Nutzer davon ausgehen, dass plötzlich und jederzeit ein Kennzeichen auf seinem Bildschirm abgebildet werden kann, was gerade von einem grundsätzlichen Verbot verhindert werden soll.

Eine erweiterte Bedrohung des öffentlichen Friedens könnte einen weiteren Eingriff in der Kunstfreiheit erlauben. Eine hauptsächlich an wirtschaftlichen Interessen orientierte Werbung, die sich der verbotenen Kennzeichen als Werbemittel bediene, ist dem LG München I[69] zufolge „i.d.R. nicht sozialadäquat". Im Wirkbereich von Filmen und Computerspielen sind insbesondere in den Telemedien unterschiedliche Formen von Werbung gängig. Bei den Werbungsformen sollte zwischen Trailern und Postern einerseits und unveränderten Szenen bzw. Screenshots andererseits unterschieden werden. Erstere setzen sich typischerweise aus Abschnitten des Angebots zusammen, werden dennoch für die Werbung hergestellt und stellen nicht das Werk in seiner Gesamtheit dar. Sie sollen vielmehr den Zuschauer durch die Spannungserzeugung zum Konsum des echten Produkts anregen. Sie stehen zwar in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Werk. In ihrer Struktur sind sie aber verfremdet. Dagegen wird die zweite Gruppe im Rahmen des Werkbereiches hergestellt und lediglich nachrangig zu Werbungszwecken ausgesucht. Das LG München I[70] hat im Fall eines Buchcovers bejaht, dass die ökonomischen Ziele bei der Gestaltung die künstlerischen verdrängten, da das jeweilige Kennzeichen als „Spannungselement" den Verkauf des Buches förderte. Aufgrund der speziellen Fertigung für die Werbung und den strukturellen Gemeinsamkeiten ist ein Buchcover mit einem Poster vergleichbar. Dennoch können verschiedene Ziele in der Gestal-

[69] LG München I, Urteil vom 28. September 1984, AZ: 5 KLs 115 Js 5535/82 = NStZ 1985, 311 (312).

[70] Ebenda.

tung der Werbung mit einem Kennzeichen koexistieren.[71]

Der Bezug zur Schöpfung ist jedoch nicht der einzige Bezugspunkt der Angemessenheit. Die Werbung wird als Ausprägung des Wirkbereiches geschützt, weil sie ein Kommunikationsmittel darstellt.[72] Ein Verbot würde die Zweckwirkung der Informationsfunktion der Werbung unzumutbar unterlaufen. Es könne der Werbung nicht untersagt sein, Inhalt und Charakter eines erlaubten Kunstwerkes durch gestalterische Mittel zum Ausdruck zubringen [sic], die dem Kunstwerk die erwünschte Betrachtung verschaffen.[73] Denn eine vollständige Verdrängung der Kunstfreiheit ist mit der angebrachten praktischen Konkordanz nicht vereinbar.[74]

Aus der Praxis wird deutlich, dass Kennzeichen nicht vollständig aus der Werbung zensiert werden: Schon das Beispiel der Werbung für „Inglourious Basterds" zeigt, dass im Rahmen einer Werbungsform eine Zensur nicht alle Kennzeichen betrifft.[75] Dies zeigt, dass im Rahmen einer Werbekampagne nach Werbeformat und Kennzeichen differenziert werden muss.[76] Im Folgenden soll erörtert werden, welche unterschiedliche Restriktionen in der Kennzeichendarstellung angemessen sind.

---

[71] *Keltsch*, NStZ 1985, 311 (313).

[72] BVerfG, Beschluss vom 3. November1987, AZ: 1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85 = BVerfGE 77, 240 (251).

[73] Ebenda (257).

[74] Ebenda (255); *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 195.

[75] Siehe Annex.

[76] Siehe Annex.

1. Bezug zum Dritten Reich durch alle Werbeformen

Dieses Informationsziel kann dem LG München I[77] zufolge erreicht werden, ohne das Kennzeichen auf einem Cover darzustellen. Dies kann bei einem Poster der Fall sein. Am Beispiel des deutschen Hauptposters für „Inglourious Basterds" wird dies deutlich. Das Hakenkreuz wird durch ein rundes Element, das aufgrund des Blutspritzens eine Kugel oder das von einer Kugel hinterlassene Loch darstellen könnte, ersetzt.[78] Dies verspricht den Adressaten die Spannung und Gewalt, die das Kennzeichen auch vermittelt. Auch der historische Kontext des Filmes wird durch den Reichsadler wiedergegeben. Die kennzeichenlose Version des Titels erfüllt diese Informationsziele vollkommen.

2. Poster und unveränderte Darstellungen

Der Maßstab für die Gestaltungsfreiheit ist nicht, ob die Werbung vor der Verbreitung verändert werden muss: Auch Poster können im Einzelfall an ein internationales Publikum angepasst werden, sei es nur, um die Sprache zu ändern. Auch mögliche wirtschaftliche Einbußen werden eine Frage des Einzelfalles sein. Vielmehr besteht zwischen dem Hersteller und dem Publikum ein Vertrauen über die Treue der Werbung zu dem Werk, die von der Werbungsform abhängig ist. Diese Treue kann so beschrieben werden, dass der Zuschauer, je nach der Natur der Werbung erwartet, dass sie zu einem gewissen Grad das Werk authentisch widerspiegelt. Wer ein Poster betrachtet, weiß, dass sein Inhalt nicht im Detail dem Werk entspricht, während von Screenshots oder unveränderten Ausschnitte erwartet wird, dass sie mit dem Film bzw. Spiel übereinstimmen.

[77] LG München I, NStZ 1985, 311 (312).

[78] Für nähere Informationen zum Hauptposter, siehe Annex.

Das Poster muss aufgrund seiner strukturellen Verfremdung den Realismus der Darstellung nicht vollständig wiedergeben, weshalb die Änderung der Darstellung die Erfüllung der Informationsziele regelmäßig nicht beeinträchtigt. Die Kreativität des Grundrechtsberechtigten ist entsprechend eingrenzbar. Demnach ist für ein Poster, angesichts der höheren Beeinträchtigung des öffentlichen Friedens durch Werbung, ein Darstellungsverbot angemessen. Dies bedeutet aber nicht, dass Poster immer vollständig zensiert werden müssen. Denn die Gestaltungsfreiheit, wenn auch bedeutend, ist angesichts der Informationsfunktion nicht als uferlos zu betrachten. Sie würde aber ihren Sinn verlieren, wenn sie so eingeschränkt wird, dass die Informationsfunktion nicht mehr erfüllt werden kann. Das deutsche Hauptposter von „Inglourious Basterds" zeigt zum Beispiel kein Hakenkreuz, dennoch ist auf der Uniform Landas, SS-Standartenführer und Antagonist des Filmes, noch der Totenkopf der SS zu sehen.[79] Zudem sind „Uniformstücke" der SS, hier eine Kappe, gem. § 86a Abs. 2 Satz 1 Var. 3 StGB per se Kennzeichen. Weiterhin weisen andere Werbungsformen Kennzeichen auf.[80] Wenn das Poster die Figuren darstellen soll, kann im Fall des Hauptposters mit dem Darsteller *Christoph Waltz* dieses nicht ohne Kennzeichen abgebildet werden, da er in dem Film immer in Uniform zu sehen ist. Eine andere Abbildung könnte eventuell seine Stellung als Feind wiedergeben und in dieser Hinsicht das niedrige Maß an die wahrheitsgetreue Wiedergabe der Werbungsform erfüllen. Dennoch ist die Repräsentation eines SS-Mitglieds so sehr mit der Uniform verbunden, dass die Darstellung ohne Uniform für viele Adressaten weniger glaubwürdig als die unzensierte Version wäre. Denn aufgrund der faktischen Tabuisierung[81] soll die SS gerade als SS mit den symbolischen Elementen abgebildet werden. Andernfalls wird die besondere

[79] Zur Tatbestandmäßigkeit siehe AG Tiergarten, Urteil vom 21. Juli 2008, AZ: (242 Ds) 81 Js 1517/08 (58/08) = juris Rn. 5.

[80] Siehe Annex.

[81] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (603).

Prämisse des Antagonisten nicht in der Art wiedergegeben, die in der kollektiven Vorstellung so bedeutend ist. Weil durch das Verbot das Kennzeichen als besonders symbolisch anerkannt wurde, muss der Grundrechtsträger auch die Möglichkeit haben, sich auf diese Stellung zu berufen, wenn darin die gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Var. 1 GG eine geschützte Information liegt, um die Unveränderbarkeit der Werbung zu begründen. Wenn dies für das gestaltungsfreie Poster gilt,[82] muss es auch für andere Werbungsformen gelten.

Dagegen besteht bei einem Screenshot oder einem unveränderten Ausschnitt, außer der konkreten Auswahl des Bildes keine Gestaltungsmöglichkeit. Die Nutzung von erlaubten ausgedachten Kennzeichen würde die Werbung für die Kommunikation untauglich machen, da sie das Produkt nicht mehr wahrheitsgetreu abbilden würden und ist dementsprechend unangemessen. Die einzige Alternative wäre, ein Bild bzw. einen Ausschnitt auszusuchen, das bzw. der im unveränderten Zustand keine Kennzeichen darstellen. Zudem ist nicht nur die besondere Wirkung der Symbolik relevant. Die Betroffenen werden, je nach der konkreten Situation, mit einer unterschiedlichen Intensität der Auswirkung des Verbotes konfrontiert. Eine Produktion, bei welcher die Kennzeichen nur mit Nebenfiguren verbunden werden oder in Szenen, die für die Werbung irrelevant sind, sind von dem Verbot praktisch nicht betroffen. Wenn dagegen die Mehrheit der Darsteller oder sogar nur die berühmtesten oder von der Kritik gepriesenen Darsteller nur zusammen mit einem Kennzeichen dargestellt werden, könnte ihre Stellung in dem Film nicht vermittelt werden. Das heißt, dass die Tauglichkeit einer solchen Werbung von einem Verbot erheblich beeinträchtigt wäre. Für diese Fälle wird der Eingriff regelmäßig unzumutbar sein, da wichtige Werbungselemente wie die vollständige Vorstellung der Besetzung unmöglich gemacht werden würden. Somit ist ein Verbot bei Screenshots und unveränderten Ausschnitten ebenfalls unangemessen, wenn sie aus einem

[82] Ähnlich *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (94) zur australischen Werbung eines Spieles.

sozialadäquaten Angebot stammen.

3. Trailer

Zwischen den Extremen des Posters und des Screenshots findet sich der klassische Trailer. Das Verbot würde die Bilderauswahl beschränken bzw. zu Veränderungen zwingen. Zwar erwartet der Adressat weniger als bei einem Screenshot, dass die Bilder exakt mit dem Film bzw. Spiel übereinstimmen. Nichtsdestotrotz muss der Trailer, nicht nur die Stimmung und den zeitlichen und örtlichen Rahmen wiedergeben, sondern ist auch maßgeblich für die Darstellung der Handlung. Auch in diesem Fall erscheint es unangemessen, wenn die Vorstellung wichtiger Protagonisten unmöglich gemacht wird. Die Lösung, die Kennzeichen auszuschneiden oder durch erlaubte Varianten zu ersetzten, ist auch aus Gründen, die über die reine Symbolik hinausgehen, nicht zumutbar.

Jedes Computerspiel und jeder Film entwickeln einen anderen Anspruch an realistische Darstellung. Dieser reicht von Alternativweltgeschichten bis zu Filmen nach wahren Begebenheiten oder basierend auf wahren Begebenheiten, die aber mit viel künstlicher Freiheit ausgestaltet sind. Der Trailer soll geeignet sein, den Grad der realistischen Darstellung des Werkes wiederzugeben. Zwar kann argumentiert werden, dass der Bürger durch eine Kenntnis der gesetzlichen Lage zu dem Schluss kommen kann, dass Werk- und Wirkbereich in dieser Hinsicht auseinanderfallen. Diese Ansicht verkennt aber, dass der Grundrechtsträger sich im Werkbereich für eine Alternativweltgeschichte entscheiden darf, in der die fiktiven Kennzeichen als einzige Kennzeichen dargestellt werden. Der Adressat wäre somit im Unklaren darüber, ob die Darstellung von der Rechtslage erzwungen wurde oder ob sie die gewollten Darstellungen des Werkes wiederspiegelt. Somit kann ein alternatives Kennzeichen, auch wenn es die gewünschte Spannung als eindeutiges Symbol des Bösen erzeugen könnte,

über den Grad der realistischen Darstellung des Werkes nicht informieren. Die Werbung wäre nicht nur weniger geeignet, ihre Ziele zu erfüllen. Sie könnte in vielen Fällen den Adressat vom Konsum entmutigen: Bei Trailern für Filme nach wahren Begebenheiten könnte eine kennzeichenlose Darstellung bei dem Adressaten den Eindruck erwecken, dass der Film nicht seriös genug ist.

D. Eignung des Verbotes zum Erreichen seiner Ziele

Ein besonderes Problem des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV ist, ob die Norm bewirkt, den gewünschten Rechtsgüterschutz tatsächlich durch ein Verbot zu erreichen, d.h. dementsprechend geeignet ist.

„Geeignet ist ein gesetzlich vorgesehenes Mittel dann, wenn die Regelung die Wahrscheinlichkeit, dass der angestrebte Erfolg erreicht wird, erhöht."[83] Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 JMStV können auch Darstellungen erfasst werden, die keine Strafe gemäß dem StGB zur Folge haben können, weshalb dem Darstellungsverbot eine eigene Bedeutung zukommt. Das Verbot könnte dennoch ungeeignet sein. *Kett-Straub*[84] bemerkt zutreffend, dass eine Ideologie nicht durch die vollständige Verbannung seiner Kennzeichen besiegt werden kann. Sinn und Zweck des Verbotes ist aber nicht, diesbezüglich einen vollständigen Schutz zu bieten, ansonsten würden das StGB und das JMStV keine weiteren Normen zur Bekämpfung verfassungswidriger Organisationen und der NS Ideologie wie z. B. §§ 84, 86 Abs. 1, 130 Abs. 1 bis 4 StGB bzw. §§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 4, 23, 24 Abs. 1 JMStV enthalten. Ursachen für die Wiederbelebung der Organisation, die nicht in der Darstellung des Kennzeichens in Telemedien und Rundfunk liegen, sind für § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV irrelevant. Kennzeichen verstärken für Befürworter der NSDAP und ihre Unterorganisa-

[83] *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 193.

[84] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (603).

tionen als Gruppe wichtige Wiedererkennungsmerkmale.[85]
Der Rechtsstaat kann aber nicht an einem vereinzelten Symbol zerbrechen, vielmehr muss die dahinterstehende Ideologie darüber hinaus bekämpft werden.[86] Zwar ist es lebensnah, dass eine sozialinadäquate Darstellung insbesondere bei Computerspielen einen Rahmen für eine Community von Spielern bietet, die das Spiel für diese Darstellungen ausgesucht haben und somit in Kontakt treten. Der materielle Gehalt von § 86a StGB verhindert aber nicht, dass die Anhänger dieser Organisationen ihre Ideologie auf ähnliche Art und Weise durch erlaubte Alternativsymbole umsetzen würden.[87] Erlaubte Varianten würden auch in einem Spiel zweifellos von allen Spielern als eine evidente (wenn auch fiktive) Symbolik des Dritten Reiches erkannt werden.[88] Wenn sich ein Risiko aus einer Kennzeichendarstellung ergibt, ist nicht ersichtlich, wieso es nicht bei einem erlaubten Zeichen im gleichen Maße der Fall sein sollte, da der Spieler die Äquivalenz mit dem verbotenen Kennzeichen ab der ersten Darstellung herstellen wird. In dieser Hinsicht ist das Verbot nicht geeignet, das Ziel zu fördern, die Verbreitung demokratiefeindlicher Theorien zu unterbinden. Das Verbot schützt nicht vor direkten Gefahren für den Rechtsstaat.

Die Darstellungen von Kennzeichen stellen eine Gefahr für den Rechtsstaat und den öffentlichen Frieden dar, wenn sie geeignet sind, die entsprechende Ideologie zu verbreiten und die Organisation entsprechend zu fördern. Kennzeichen können, im Gegensatz zu Propagandamitteln, keine Argumentation oder vollständige These kommunizieren und sind demnach nicht in der Lage, eine Ideologie zu verbreiten.[89] Die Mehrheit der Kennzeichen, welche in Fil-

[85] Ebenda.
[86] Ebenda.
[87] Ebenda.
[88] *Wager*, K&R 2019, 380 (385).
[89] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (603).

men und Computerspielen dargestellt sind, werden dem Spieler bzw. Zuschauer bekannt sein und eine „eindeutig negative Konnotation“[90] aufweisen.

I. Mögliche unerwünschte Folgen des Verbots

1. Tabuisierung

§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV soll außerdem „ein kommunikatives Tabu“[91] ermöglichen.Verschiedene Elemente sprechen zunächst gegen eine tatsächliche Umsetzung dieser Tabuisierung.[92] Durch die Sozialadäquanzklausel sind trotz der Einschränkungen durch die Rechtsprechung zahlreiche Darstellungen im Hinblick auf die Popularität von Blockbustern erlaubt,[93] was von der bereits erörterten Entwicklung im Bereich der Computerspielen nur verstärkt wird. Dass die Reichweite des Verbotes eingeschränkt ist, spricht aber nicht gegen seine Eignung, solange rechtsgutsbedrohende Darstellungen verboten sind.
Aufgrund der Grenzenlosigkeit und der faktischen Freiheit des Nutzers in modernen Medien kann dieser von Deutschland aus auf Angebote zugreifen, die ihm nicht zugänglich sein sollten.[94] Darüber hinaus wurde bereits darauf hingewiesen, dass Kennzeichen selbst aus der Werbung nicht vollständig verbannt sind.

Dennoch bleibt die Signalfunktion des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV erhalten, da eine Zensur von der Spracheinstellung bzw. die Einstellung des Marktes

[90] *Wager*, K&R 2019, 380 (385).
[91] BVerfG, Beschluss vom 1. Juni 2006, AZ: 1 BvR 150/3 = NJW 2006, 3050 (3051) zu § 86a StGB.
[92] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (603).
[93] *Liesching*, MMR 2010, 309 (310).
[94] *Karis*/*Winschinski*, in: Hoeren/Meyer, Verbotene Filme, S. 44.

abhängt.[95]

Zudem wird trotz der Erlaubnis einer unzensierten Version, wie im Fall von „Wolfenstein: Youngblood" als erstes erlaubtes unzensiertes Computerspiel,[96] eine zensierte Version angeboten.[97] Nur diese ist auf Deutsch erhältlich und wird von verschiedenen Verkäufern als einzige angeboten.[98] Wenn Verkäufer, in der Kenntnis, dass ihnen kein Verbot droht, sich aufgrund der eigenen Einschätzung dafür entscheiden,[99] lediglich die zensierte Version eines Spieles zu verkaufen, so handeln sie im Rahmen ihrer Abschlussfreiheit. Zudem vermeiden so viele Anbieter unerlaubte Darstellungen oder Referenzen zum Dritten

[95] *Bethesda Softworks*, „Wolfenstein: Youngblood" (deutsche Version aufrufbar unter https://bethesda.net/de/game/wolfenstein-youngblood [11.05.2020]), französische Version aufrufbar unter https://bethesda.net/fr/game/wolfenstein-youngblood [11.05.2020]); *Microsoft*, „Inglourious Basterds" (deutsche Version aufrufbar unter https://www.microsoft.com/de-de/p/inglourious-basterds/8d6kgwzl5b3f?activetab=pivot:overviewtab [11.05.2020], US amerikanische Version aufrufbar unter https://www.microsoft.com/en-us/p/inglourious-basterds/8d6kgwzl5c1p?activetab=pivot%3aoverviewtab [11.05.2020]).

[96] *Kreienbrink*, Nazis, die Sushi essen, Shooter-Spiel „Wolfenstein: Youngblood", in: Spiegel 29.07.2019 (aufrufbar unter https://www.spiegel.de/netzwelt/games/wolfenstein-youngblood-nazis-die-sushi-essen-a-1279443.html [23.05.2020]); *Süddeutsche Zeitung*, Warum das neue „Wolfenstein" deutsche Computergeschichte schreibt, 29.07.2019 (aufrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/digital/wolfenstein-youngblood-test-pc-ps4-xbox-hakenkreuze-1.4544600 [23.05.2020]).

[97] *Bethesda Softworks*, „Wolfenstein: Youngblood", Version des Spieles unter „Händler" auswählbar (aufrufbar unter https://bethesda.net/de/game/wolfenstein-youngblood [11.05.2020]).

[98] *Süddeutsche Zeitung*, Warum das neuen „Wolfenstein" deutsche Computergeschichte schreibt, 29.07.2019 (aufrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/digital/wolfenstein-youngblood-test-pc-ps4-xbox-hakenkreuze-1.4544600 [23.05.2020]).

[99] So *GameStop*/*MediaMarkt*/*Saturn*, für Gameswirtschaft, Wolfenstein Youngblood: [sic] MediaMarkt, Saturn und Gamestop [sic] boykottieren Originalversion, 2019 (aufrufbar unter https://www.gameswirtschaft.de/marketing-pr/wolfenstein-youngblood-mediamarkt-saturn/ [03.06.2020]).

Reich.[100]

Auch wenn die Motivation hinter diese Einschränkungen lediglich die Sorge vor einer Verwirklichung des Tatbestandes ist,[101] wird so doch deutlich, dass die Hersteller mit der Symbolik des Dritten Reiches in Deutschland besonders bedacht umgehen. So findet zwar keine vollständige Tabuisierung[102] statt, ihre Auswirkung ist dennoch im Alltag und besonders bei Computerspielen spürbar.

Für den Schutz des Gründungsmythos der Bundesrepublik[103] ist es zudem wichtig, dass gerade die historisch mit dem NS-Regime in Verbindung gebrachten Kennzeichen verboten werden. Das Hakenkreuz und andere verbotene Kennzeichen lösen in der Gesellschaft stärkere Reaktionen als erlaubte Varianten aus.[104] Nicht alle Kennzeichen sind gleich geeignet, den Eindruck einer Wiederbelebung einer Organisation zu erwecken. Im Vergleich zum Schutz des Rechtsstaates, bei welchem die organisationsinterne Wirkung durch jedes Kennzeichen im selben Ausmaß erreicht werden kann, wird das Schutzgut somit durch eine Verbotslücke weniger beeinträchtigt. Zudem würde der Eindruck entstehen, dass das originale Kennzeichen jederzeit zu rein wirtschaftlichen Zwecken benutzt werden kann und nicht aufgrund der Geschichte besonders behandelt werden muss. Dies würde das Schutzgut besonders verletzten.

---

[100] *Schäfke-Zell*, in: Fehrle/Schäfke-Zell, Adapt. in the Age of Media Convergence, S. 219 f.; *Celeda*, Geschichtsdarstellung in Videospielens, S. 71; *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (93).

[101] *Schwiddessen*, ebenda.

[102] *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (603).

[103] Ebenda (605).

[104] Angelehnt an *Kett-Straub*, ebenda.

2. Zweckwidrige Wirkung des Verbotes

Diese Tabuisierung[105] verdeutlicht aber auch, dass die Vorschrift dazu beiträgt, dass die Kennzeichen nationalsozialistischer Organisationen, vor allem das Hakenkreuz, zu der Inkarnation einer diabolischen Legende erhoben werden.[106] Die Einsetzung des Nationalsozialisten als Feind ist auch in Filmen und Computerspielen weit verbreitet.[107] Die Wirkung des Verbotes sollte aber nicht überschätzt werden. So werden Angebote nicht nur für die Verbreitung in Deutschland kennzeichenlos gemacht.[108] Durch den systematischen Zusammenhang mit dem Strafrecht und den anderen absoluten Verboten des § 4 Abs. 1 Satz 1 JMStV bringt § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV zwar ein strenges soziales Urteil mit sich, dennoch spielen die Massenmedien für die Stellung des Nationalsozialismus als Metapher für das Böse eine wichtigere Rolle. So können Computerspiele als „*site of mass-schooling*“[109] sowie Filme einen größeren Einfluss auf die Bevölkerung als die staatliche Bildung oder die Arbeit von Historikern haben.[110] Der Einfluss des Verbotes sollte nicht überschätzt werden. Seit 1960[111] verbreiten Filme typisierte Darstellungen der Nationalsozialisten.[112]

---

[105] Ebenda (603).

[106] *Fuchs*, in: Magilow/Bridges/Vander Lugt, Nazisploitation!, S. 290; *Schäfke-Zell*, in: Fehrle/Schäfke-Zell, Adapt. in the Age of Media Convergence, S. 204; *Stiglegger*, SadicoNazista, S. 250; *Kett-Straub*, NStZ 2011, 601 (603).

[107] *Schäfke-Zell*, in: Fehrle/Schäfke-Zell, Adapt. in the Age of Media Convergence, S. 203 f.

[108] Ebenda, S. 220.

[109] *Hayton*, in: Magilow/Bridges/Lugt, Nazisploitation!, S. 200.

[110] *Stiglegger*/*Fuchs*, in: Magilow/Bridges/Lugt, Nazisploitation!, jeweils S. 21 ff., 290; *Schäfke-Zell*, in: Fehrle/Schäfke-Zell, Adapt. in the Age of Media Convergence, S. 217.

[111] *Schroeder*, JA 2010, 1 (2); *Trips-Hebert*, Wissenschaftliche Dienste des Bundestages (WD) 7 - 3010 - 028/14 S. 6.

[112] *Stiglegger*, SadicoNazista, S. 73 ff.; *Neubauer*, Der Film als Medium, S. 162.

Ferner wird in zahlreichen Filmen die grundsätzlich tatbestandliche Uniform bzw. seine Teile erotisiert.[113] Gegen solche Einflüsse hat das Verbot der Kennzeichendarstellung eine verhältnismäßig geringe Bedeutung in der Gestaltung der kollektiven Vorstellung.

Wer ein Angebot verbreiten will, obwohl es nicht von der teleologischen Reduktion gedeckt oder von der Sozialadäquanzklausel umfasst ist, hat zwei Möglichkeiten: Entweder kann das Kennzeichen herausgeschnitten oder durch eine erlaubte Variante ersetzt werden. Dennoch kann auch das Herausschneiden oder die Verwendung von alternativen Namen als Metapher wirken. In der Tat wissen die meisten Spieler, dass es sich um ein Substitut für das Dritte Reich handelt.[114] Das Verbot zwingt den Grundrechtsträger, sich von der historischen Realität zu entfernen und ein erfundenes Element an dessen Stelle einzufügen. Gerade diese Mischung von Authentizität und Fantasie trennt das abgebildete Geschehen von der Geschichte und erhöht die Symbolik der Darstellung.[115]

Folglich kann die Vermischung von Realität und Fiktion zum Eindruck führen, dass die Geschichte durch die symbolhafte Böshaftigkeit der Nationalsozialisten erklärt werden kann.[116] Somit könnte das Verbot eine Faszination für die Organisation fördern und das Risiko erhöhen, dass Einzelne anfälliger für die Ideologie werden, weil „die sakrale Kraft dieser Ideologie nie bestritten, stattdessen sogar bestätigt“[117] wird. Eine solche Verstärkung der Wirkung des Kennzeichens ist zweckwidrig. Wenn man dennoch bedenkt, dass sich die

---

[113] *Stiglegger*, ebenda, S. 27 f.

[114] So auch *Schäfke-Zell*, in: Fehrle/Schäfke-Zell, Adapt. in the Age of Media Convergence, S. 224; *Wager*, K&R 2019, 380 (385).

[115] *Schäfke-Zell*, ebenda, S. 206; *Evers*, Vexierbilder des Holocaust, S. 63 f.

[116] *Evers*, Vexierbilder des Holocaust, S. 64 f.

[117] *Stiglegger*, SadicoNazista, S. 250.

Hersteller von Computerspielen nicht nur aufgrund des Verbotes selbstzensieren, dass zahlreiche Ursachen der Mythisierung unabhängig von dem Verbot entstehen und der Spieler bzw. Zuschauer nicht allein durch dieses Phänomen seine Medienkompetenz verliert, wird die unerwünschte Wirkung des Kennzeichenverbot relativiert. Zudem können auch sozialadäquate Angebote Elemente der Mythisierung enthalten, wobei sich aus der Tatbestandslosigkeit ergibt, dass sie die Rechtsgüter nicht bedrohen. Somit reicht die Wirkung des Gesetzes nicht aus, um eine Ungeeignetheit des Verbotes mit Sicherheit festzustellen.

II. Beeinflussung von Minderjährigen

Wenn das Verbot den Rechtsstaat vor indirekten Bedrohungen schützt, wird die Möglichkeit einer Verletzung verringert werden, was für die Eignung des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV ausreicht.[118] Dem BGH[119] zufolge kann die Wahrscheinlichkeit einer späteren Befürwortung der Ideologie damit begründet werden, dass Minderjährige durch eine regelmäßige Unterhaltung mit sozialinadäquaten Darstellungen alltägliche und positive Erfahrungen mit dem Kennzeichen sammeln. Die ersten Jahre des Lebens sind in der Tat für die politische Entwicklung einer Person determinierend.[120]Ein Minderjähriger ist jedoch dazu fähig, die Fiktion von der Realität zu unterscheiden, vor allem da diese in der Regel stark voneinander abweichen.[121]
Eine konkrete Gefahr ist gemäß § 86a StGB nicht erforderlich,[122] weshalb die

[118] *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 193.
[119] BGH, NJW 1979, 1555 (1555).
[120] *Rebelsky*/*Conover*/*Chafetz.*, J. Psychol. 1969, 141 (141).
[121] *Wager*, K&R 2019, 380 (385).
[122] Siehe BGH, NJW 1973, 106 (106) bzgl. § 86a StGB als abstraktem Gefährdungsdelikt.

tatsächliche Reife des Spielers bzw. Zuschauers irrelevant ist. Dennoch kann bezweifelt werden, dass diese indirekte Beeinflussung angesichts der direkten, starken und negativen Bewertung der verfassungswidrigen Organisation durch die Gesellschaft und der historischen Wahrheit einen (wenn überhaupt) geringfügigen Einfluss hat. Vielmehr werden diese Fähigkeiten der Minderjährigen auch von spielimmanenten Merkmalen wie dem Mehrspielermodus getragen,[123] weshalb sie auch vorliegen, wenn die Darstellung den Anforderungen der Sozialadäquanz nicht genügt. Die intrinsischen Merkmale werden einerseits außerhalb des Werkbereiches nicht immer vorliegen. In der Werbung gibt es zum Beispiel keinen Spielvorgang. Daher wird der Fokus des Adressaten bestimmungsgemäß lediglich auf die Darstellung bezogen sein. Andererseits weiß der Adressat, dass die positive Aussage auf das Angebot und nicht auf die Organisation bezogen ist. Eine Werbung für einen Film oder ein Computerspiel wird in der Regel den Inhalt des Angebotes auch so vereinfachen, dass die Stellung der verfassungswidrigen Organisation als Feind noch stärker als in dem Werkbereich präsentiert wird. Auch in diesen Fällen liegt eine Beeinflussung fern.

Dass der Spieler das Kennzeichen trägt, soll keine besondere Beeinflussung begründen, solange die Sozialadäquanzklausel erfüllt ist.[124] Somit gilt gleiches erst recht für Filme, wo der Held das Kennzeichen benutzt, z. B. um verdeckt zu ermitteln.[125] Dies gilt auch, wenn sich der Protagonist wie in „Inglourious Basterds" das Kennzeichen zu eigen machen. Das Messer von Stiglitz, in das die gem. § 86a Abs. 1 Satz 1 Var. 4 StGB tatbestandsmäßige Parole der SS eingraviert ist,[126] wird von ihm dazu benutzt, um zumindest einen Offizier der

[123] *Wager*, K&R 2019, 380 (385).

[124] Ebenda.

[125] Zu der Häufigkeit solcher Szenen siehe *Schwiddessen*, CR 2015, 92 (97).

[126] Zur Tatbestandmäßigkeit siehe OLG Hamm, Urteil vom 17. April 2002, AZ: 2 Ss

Gestapo zu töten.[127] Das Hakenkreuz wird darüber hinaus unter Aldos Hand zu einem permanenten Symbol der Identität seines Feindes als Nationalsozialist und setzt somit zu einem deutlichen Signal gegen ein mögliches Vergessen an.[128] Selbst diese Nutzung des Kennzeichens mit einer zusätzlichen Symbolik, betont letztendlich für jeden, der das Kennzeichen sieht, dass die Verbrechen der Nationalsozialisten nicht in Vergessenheit geraten dürfen, insbesondere weil die Verbrecher nach dem Krieg zum Teil die Möglichkeit hatten, ihr Leben weiterzuführen.[129] Diese Wirkung wird sich auch auf dem Zuschauer erstrecken und betont auch die Stellung der Figur als Feind.

E. Ergebnis

Die historischen und kulturellen Wurzeln des Verbotes gebieten somit die starke Warnfunktion des Kennzeichens. Damit kommt eine Darstellungserlaubnis nur ausnahmsweise in Betracht, wenn das Kennzeichen eine besondere Funktion erfüllt. Es ist schwierig, die Linie der Verhältnismäßigkeit zu ziehen, jedoch kann anhand der Praxis eine mögliche Auslegung des Verbotes vorschlagen werden. Der Inhalt des Werkes bleibt in der Regel unverändert, dennoch ist die Bewertung der Werbung strenger. Die Informationsfunktion der Werbung ist aber ein greifbares Kriterium für die Einordnung.

Darüber hinaus sind die Auslegungsschwierigkeiten der Norm, ihre Entwicklung sowie der Stand der Rechtsprechung ein guter Anlass für eine weitergehende Auseinandersetzung der Lehre. Zudem wäre die Analyse von britischen

160/02 = NStZ-RR 2002, 231 (231); das Kennzeichen ist deutlich sichtbar in *Tarantino*, „Inglourious Basterds", 01:10:05 f., 01:10:30 f.

[127] *Tarantino*, „Inglourious Basterds", 00:28:36 ff.

[128] *Kligerman*, in: Dassanowsky, Tarantino's Inglourious Basterds, S. 152 f.

[129] Ebenda, S. 152.

Juristen besonders interessant, da sie aus der anderen Kultur und dem anderen Rechtssystem eine andere Sicht zu den Erwägungen der deutschen Lehre haben könnten.

Dennoch kann das Verbot auch als Beispiel für das deutsche Film- und Computerspielrecht das Interessen des Juristen wecken. Wer für seine juristische Analyse eines Werkes § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JMStV anwenden musste, wird oft die Gewalt der Darstellung prüfen müssen. Insbesondere „Inglourious Basterds", aber allgemein viele Werke, die dem Nationalsozialismus darstellen, enthalten explizite Gewaltdarstellungen. In diesem Bereich hat der deutsche Gesetzgeber auch absolute Darstellungsverbote entwickelt: So entspricht § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 JMStV dem § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB und verbietet besonders schwerwiegende Gewaltdarstellungen. Um die Besonderheiten dieses Verbotes zu überblicken, sind *Erdemirs*[130] Erörterungen besonders geeignet.

[130] Insbesondere *Erdemir*, in: Spindler/Schuster, JMStV § 4 Rn. 16 ff.

Annex

Werbung für „Inglourious Basterds", Deutschland und die USA im Vergleich

Staat	Trailer	Unveränderter Ausschnitt	Poster	Bild/Screenshot
D	◊ Uniformen, Fahnen, Hitlergruß, Hakenkreuze aber zensierter Titel[1]	Δ ersten Minuten des Filmes[2]	◊ Hauptposter:[3] Uniform, aber zensierter Titel × Helm[4] Δ Dolch:[5] Das Durchstechen des Hakenkreuzes führt zur teleologischen Reduktion.[6]	√ Uniformen und Hakenkreuze[7]

[1] *Universal Pictures Germany*, Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf Prosieben, unter https://www.prosieben.de/stars/kino/video/inglourious-basterds-clip2 [09.06.2020]).

[2] *Universal Pictures Germany*, Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf Microsoft unter https://www.microsoft.com/de-de/p/inglourious-basterds/8d6kgwzl5b3f?activetab=pivot:overviewtab [09.06.2020]).

[3] *Universal Pictures Germany*, Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar unter http://uphe.universalpictures.de/m/inglourious_basterds [24.05.2020]).

[4] *Universal Pictures Germany*, Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf Kinoplakate unter https://www.kinoplakate.de/showpic.php?bild=mp/g_Inglo_Bast_Helm.jpg&pg=%2Fdetail.php%3Ffilm%3D10423%26artikel%3D25355%26belboon%3D2006090846505650209 [09.06.2020]).

[5] *Universal Pictures Germany*, Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf Kinoplakate unter https://www.kinoplakate.de/zeigebild.php?url=mp/g_Inglo_Bast_Dolch.jpg [09.06.2020]).

[6] Siehe BGH, Urteil vom 15. März 2007, AZ: 3 StR 486/06 = NJW 2007, 1602 (1604) zum „durchgestrichenen Hakenkreuz".

[7] *Universal Pictures Germany*, Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar unter http://uphe.universalpictures.de/m/inglourious_basterds [09.06.2020]).

Staat	Trailer	Unveränderter Ausschnitt	Poster	Bild/Screenshot
USA	√ Hitlergruß, Hakenkreuze und Uniformen[8]	Zwangsläufig keine Veränderungen im Vergleich zu D, falls dieser Ausschnitt in den USA verwendet wurde.	√ Hauptposter:[9] Uniform, Hakenkreuz √ 2 Poster:[10] Hakenkreuze	Zwangsläufig keine Veränderungen im Vergleich zu D, falls diese Bilder in den USA verwendet wurden.

[8] *Universal Pictures/The Weinstein Company*, US-amerikanischen Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf Microsoft unter https://www.microsoft.com/en-us/p/inglourious-basterds/8d6kgwzl5c1p?activetab=pivot%3aoverviewtab [09.06.2020]).

[9] *Universal Pictures/The Weinstein Company*, US-amerikanische Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf IMDb unter https://www.imdb.com/title/tt0361748/mediaviewer/rm3163035648 [24.05.2020]).

[10] *Universal Pictures/The Weinstein Company*, US-amerikanische Werbung für „Inglourious Basterds" (aufrufbar auf Kinoplakate unter https://www.kinoplakate.de/showpic.php?bild=mp/g_IngloBast_US_Helm.jpg&pg=%2Fdetail.php%3Ffilm%3D10423%26artikel%3D25355%26belboon%3D2006090846505650209 [09.06.2020] und auf Fiskens unter http://www.fiskenposter.com/Inglourious-Basterds-Poster/261 [09.06.2020]).

Legende:
◊ Kennzeichen werden zum Teil dargestellt, zum Teil zensiert
√ Keine Zensur des Kennzeichens
× Zensur des Kennzeichens
Δ Ursprüngliche Tatbestandlosigkeit der ausgesuchten Werbung

***Anmerkung**: Kennzeichen wie der Totenkopf, die Rune der SS oder das Hakenkreuz wurden, wenn sie im Rahmen einer Uniform abgebildet sind, in der Tabelle für eine bessere Lesbarkeit nicht zusätzlich aufgelistet. Aus demselben Grund wurde auf die Angabe der Anzahl der Darstellung verzichtet. Zudem soll die Tabelle keine vollständige Übersicht der offiziellen Werbung für „Inglourious Basterds" wiedergeben. Ferner wurden inoffizielle Werbung oder ähnliches Fanart nicht in Betracht gezogen. Auch sollen keine Rückschlüsse zur allgemeinen Praxis der deutschen oder US-amerikanischen Werbung für Filme oder Computerspielen aus dieser Tabelle gezogen werden.*

Bibliografie

Ahmed, *Amina*, Die Strafbarkeit des Hitlergrußes, in: Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Rechtsextremismus, Eine Herausforderung für Strafrecht und Strafjustiz, 2009.

Celeda, *Claus*, Geschichtsdarstellung in Videospielen – Darstellung und Inszenierung des Zweiten Weltkriegs im digitalen Spiel, Wien, 2015.

Epping, *Volker*, Grundrechte, 8. Auflage 2019.

Erdemir, *Murad*, Die Bedeutung des Kunstvorbehalts für die Prüfentscheidungen von FSK und USK, Jugend Medien Schutz-Report, 35. Jahrgang 5/2012, S. 2 – 7.

Ders., Gewaltverherrlichung, Gewaltverharmlosung und Menschenwürde, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 44. Jahrgang 2000, S. 699 – 708.

Evers, *Florian*, Vexierbilder des Holocaust, Ein Versuch zum historischen Trauma in der Populärkultur, Berlin, 2011.

Fuchs, *Michael*, ‚Of Blitzkriege and Hardcore BDSM: Revisiting Nazi Sexploitation Camps, in: Magilow, Daniel H./Bridges, Elizabeth/Vander Lugt, Kristin T. (Hrsg.), Nazisploitation!, The Nazi Image in Low-Brow Cinema and Culture, New York, 2012.

Hayton, *Jeff*, Digital Nazis: Genre, History and the Displacement of Evil in First-Person Shooters, in: Magilow, Daniel H./Bridges, Elizabeth/Vander Lugt, Kristin T. (Hrsg.), Nazisploitation!, The Nazi Image in Low-Brow Cinema and Culture, New York, 2012.

Hopf, *Kristina*, Die Entwicklung des Jugendmedienschutzes 2017/1028, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 63. Jahrgang 2019, S. 8 – 21.

Joecks, *Wolfgang*/*Miebach*, *Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar (MüKo) zum StGB, Band 3, §§ 80 – 184j StGB, München, 3. Auflage 2017.

Karis, *Tim*/*Wischinski*, *Jörg*, Einführung, in: Hoeren, Thomas/Meyer, Lena, Verbotene Filme, Berlin, 2007.

Keltsch, *Jürgen*, Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 28.09.1984 – AZ: 5 KLs 115 Js 5535/82, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 5. Jahrgang 1985, S. 311 – 314.

Kett-Straub, *Gabriele*, Das Verwenden nationalsozialistischer Kennzeichen, § 86a StGB im Spannungsfeld zwischen symbolischem Strafrecht, Gefühls- und echtem Rechtsgüterschutz, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 31. Jahrgang 2011, S. 601 – 605.

Kindhäuser,Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar (NK-StGB), StGB, 5. Auflage 2017.

Kligerman, *Eric*, Reels of Justice: *Inglourious Basterds*, *The Sorrow and the Pity*, and Jewish revenge fantasies in: Dassanowsky von, Robert (Hrsg.), Quentin Tarantino's Inglourious Basterds, A Manipulation of Metacinema, New York, 2012.

Liesching, *Marc* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK), JMStV (online, Stand: 18. Edition, 1. Januar 2020).

Ders., Hakenkreuze in Film, Fernsehen und Computerspielen, Verwendung verfassungsfeindlicher Kennzeichen in Unterhaltungsmedien, Multimedia und Recht, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 13. Jahrgang 2010, S. 309 — 313.

Meirowitz, *Karel*, Gewaltdarstellungen auf Videokassetten, Grundrechtliche Freiheiten und gesetzliche Einschränkungen zum Jugend- und Erwachsenenschutz, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, 1993.

Neubauer, *Petra*, Der Film als Medium von Vergangenheit und Gegenwart, Die Darstellung des Nazis im deutschen und amerikanischen Spielfilm von den 1950er bis ins 21. Jahrhundert, Wien, 2013.

Rebelsky, *Freda*/*Conover*, *Cheryl*/*Chafetz*, *Patricia*, The Development of Political Attitudes In Young Children, The Journal of Psychology, Interdisciplinary and Applied, Vol. 73, 1969, S. 141 – 146.

Sachs, *Michael*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, Berlin, 3. Auflage 2017.

Schäfke-Zell, *Werner*, Localization as Adaptation in the *Wolfenstein* Franchise, in: Fehrle, Johannes/Schäfke-Zell, Werner (Hrsg.), Adaptation in the Age of Media Convergence, Amsterdam, 2019.

Schroeder, *Friedrich-Christian*, Die Strafvorschriften der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nationalsozialismus, Juristische Arbeitsblätter, 42. Jahrgang 2010.

Schwiddessen, *Sebastian*, Hakenkreuze und verfassungswidrige Kennzeichen in Computerspielen, Kunsteigenschaft und Sozialadäquanz von Videospielen – Aktuelle Entwicklungen in Wirtschaft und Rechtsprechung, Computer und Recht, 31. Jahrgang 2015, S. 92 – 99.

Spindler, *Gerald*/*Schuster*, *Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 5. Teil, Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV), München, 4. Auflage 2019.

Stegbauer, *Andreas*, Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 30. Jahrgang 2010, S. 129 – 135.

Stiglegger, Marcus, SadicoNazista, Geschichte, Film und Mythos, Hagen, 4. Auflage 2016.

Ders., Cinema beyond Good and Evil? Nazi Exploitation in the Cinema of the 1970s and its Heritage, in: Magilow, Daniel H./Bridges, Elizabeth/Vander Lugt, Kristin T. (Hrsg.), Nazisploitation!, The Nazi Image in Low-Brow Cinema and Culture, New York, 2012.

Trips-Hebert, *Roman*, Das strafbare Verwenden von Kennzeichen verfassungs-

widriger Organisationen, § 86a StGB im Spiegel der Rechtsprechung, WD 7 – 3010 – 028/14, 2014.

Wager, *Raphael*, Das Spiel mit dem Hakenkreuz, (Un-)Zulässigkeit der Verwendung von NS-Symbolik in Computerspielen, Multimedia und Recht, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 22. Jahrgang 2019.

Ders., Zur straf- und jugendschutzrechtlichen Zulässigkeit von NS-Symbolik im Mehrspielermodus, Kommunikation und Recht, 22. Jahrgang 2019, S. 380 – 386.

The Anglo-German Law Society e.V.

The Society was founded by law students of King's College in London in 2002 as German Law Society at King's College London. In the following years, the society has been led by students of the LL.B. course "English Law with German Law" at King's College London as an internal student association at the University.

In 2008, the Society decided to extend its offers to its members studying at the German partner university of King's College, Humboldt-University. With this move, the KCL German Law Society was renamed "Anglo-German Law Society". In Germany, the Society organised itself as charitable society and was registered at the Vereinsregister Berlin in 2009.

It is our aim to foster an interdisciplinary dialogue between English and German law students, academics, professionals and universities. The network is designated to support the members to learn, understand and practice in both legal systems. In particular, the Society's community gives our members the opportunity to make contacts in both Germany and Great Britain. The Anglo-German Law Society is represented at a growing number of British and German universities and regularly organizes lectures, workshops and pub nights for their members, and also offers exclusive internships at our partners' law firms.

Interested in becoming a member?

Find out more at www.agls.eu.