

HERAUSGEBER

Marburg Law Review e.V.
p.Adr. Philipps-Universität Marburg
Fachbereich Rechtswissenschaften
Universitätsstraße 6
35037 Marburg

SCHRIFTFÜHRUNG

Fabian von Minckwitz
Esra Varlioglu
Jan Philipp Wessendorf
David Filip

REDAKTIONSMITGLIEDER

Leander Bücken
Paula Köhler
Lena Schönewald
Dr. Katrin Wick

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Ralph Backhaus
Prof. Dr. Norbert Bernsdorff
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel
Prof. Dr. Johannes Buchheim, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund
Prof. Dr. Georgios Gounalakis
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig
Prof. Dr. Tobias Helms
Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Detlef Horn
Prof. Dr. Alexander Koch
Prof. Dr. Sebastian Müller-Franken
Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M.
Prof. Dr. Dieter Rössner
Prof. Dr. Markus Roth
Prof. Dr. Christoph J. M. Safferling, LL.M.
Prof. Dr. Sven Simon
Prof. Dr. Wolfgang Voit
Prof. Dr. Edgar Weiler
Prof. Dr. Johannes Wertenbruch
Prof. Dr. Constantin Willems

KOOPERATIONSPARTNER

Marburger Juristische Gesellschaft e.V.
Legal Tech Lab Marburg e.V.

INHALTSVERZEICHNIS

GRUNDLAGEN

- Einführung in den elektronischen Rechtsverkehr**
– Prüfung von Form und Frist im digitalisierten Verfahrensrecht
Von Direktor des Sozialgerichts Dr. *Henning Müller* **1-11**
- Wie kommt es zu vernehmungsbefragten falschen Geständnissen?**
– Ein psychologischer Überblick über bekannte Risikofaktoren am Fallbeispiel *Ulvi K.*
Von Wiss. Mitarbeiterin *Teresa Schneider, M.Sc.* und Juniorprofessor Dr. phil. *Lennart May* **12-22**

ZIVILRECHT

- Tiergefahr versus Elternpflichten – Zur Gefährdungshaftung innerhalb der Familie am Beispiel der Entscheidung des BGH vom 15.12.2020 – VI ZR 224/20 – FamRZ 2021, 425**
Von Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. *Frank Klinkhammer* **23-28**
- Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte**
Von Juniorprofessor Dr. *Frank Rosenkranz* **29-42**
- Der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (Teil 1)**
– Grundlagen, personen- und verhaltensbedingte Kündigung
Von Professor Dr. *Markus Roth* und Wiss. Mitarbeiter *Julian Krüger* **43-59**
- Gruppennützige klinische Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen – Der neue § 40b AMG**
Von Rechtsanwältin Dr. *Lea Hachmeister* **60-66**
- Die „Culpa post contractum finitum“**
– Eine Einführung in die Pflichtverletzung im nachwirkenden Schuldverhältnis
Von Stud. iur. *Jens Tribbels* **67-72**
- „Sicherungsmittel im Immobiliarsachenrecht“ – Fälle zur Vormerkung**
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. *Nils Heuser* und Wiss. Mitarbeiter *Lukas Friedrich* **73-76**

ÖFFENTLICHES RECHT

- Verfassungsprozessrecht und Rechtsnormen der EU**
– Fallkonstellationen zur europäischen Integration vor dem Bundesverfassungsgericht
Von Privatdozent Dr. *Björn Schiffbauer* und Stud. Hilfskraft *Johannes Henkel* **77-88**
- Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts**
– Praktische Tipps für die Klausur
Von Ass. iur. *Laura Katharina Woll, LL.M.* **89-97**
- Unfallversicherungsschutz von Hochschulstudierenden**
Von Richter am Bundessozialgericht Dr. *Dirk Biersborn* **98-114**
- Grundzüge des Vertragsarztrechts**
– Gemeinsame Selbstverwaltung als Ausprägung mittelbarer Staatsverwaltung
Von Richterin am Sozialgericht *Christine Hellkötter-Backes* **115-126**
- „Feiern gegen das Tanzverbot“ – Untersagung einer Veranstaltung am Karfreitag**
Von Privatdozent Dr. *Andreas Kulick, LL.M. (NYU)* und Wiss. Mitarbeiter *Hans-Martin Reissner* **127-138**

STRAFRECHT

- Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20**
Von Ref. iur. Dr. *Dominic Reitner* **139-141**
- „Das Ende einer Ehe“ – Klausur in der Übung für Anfänger*innen im Strafrecht**
Von Professorin Dr. *Stefanie Bock*, Wiss. Mitarbeiter *Jannik Heine* und Stud. Hilfskraft *Jonathan Kuchnik* **142-147**

KURZBEITRÄGE

- Buchrezension: Michael Stahlschmidt: Steuerstrafrecht, Nomos-Verlagsgesellschaft, 2. Auflage Baden-Baden 2020, 222 S., 26,90 €**
Von Rechtsanwältin Dr. *Katrin Wick* **148**

IMPRESSUM

© **Marburg Law Review e.V.**

Marburg an der Lahn

gegründet im Jahr 2007

Erscheinungsort: Marburg an der Lahn

KONTAKT:

Marburg Law Review e.V.

p.Adr. Philipps-Universität Marburg

Fachbereich Rechtswissenschaften

Universitätsstraße 6

35037 Marburg

Marburg@law-review.de

Beitrag@law-review.de

ISSN (print) 1866-4415

ISSN (online) 2748-7628

SCHRIFTLEITUNG:

Fabian von Minckwitz

Esra Varlioglu

Jan Philipp Wessendorf

David Filip

URHEBER- UND VERLAGSRECHTE:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden.

MANUSKRIPTE:

Der Marburg Law Review e.V. haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto und ein entsprechender Rückumschlag beigelegt sind. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch den Marburg Law Review e.V. überträgt

der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

ERSCHEINUNGSWEISE:

Die Onlineausgabe der Marburg Law Review (MLR) erscheint zwei- bis viermal jährlich.

DESIGN:

realkonzept - visuelle Kommunikation und Mediengestaltung <http://www.realkonzept.de> und Marburg Law Review e.V.

SCHRIFTSATZ:

Redaktion der Marburg Law Review

BANKVERBINDUNG:

Kontoinhaber: Marburg Law Review e.V.

Kreditinstitut: Volksbank Mittelhessen eG

IBAN: DE43 5139 0000 0048 3601 06

Information: Als gemeinnütziger Verein sind wir zur Ausstellung einer Spendenbescheinigung berechtigt. Sprechen Sie uns gerne an.

VORWORT

Liebe Leserinnen und Leser der Marburg Law Review,

im letzten Jahr haben wir den Schritt Richtung Digitalisierung gewagt und die erste digitale Ausgabe der MLR veröffentlicht. Hiermit möchten wir unseren Beitrag zum Klimaschutz leisten und allen Interessierten einen barrierefreien und kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen ermöglichen. Wir bedanken uns bei unserer treuen Leserschaft für das durchweg positive Feedback diesbezüglich und freuen uns, Ihnen nun die zweite digitale Ausgabe der MLR zu präsentieren.

Auch in der zweiten Onlineausgabe erwarten Sie wieder zahlreiche interessante und lesenswerte Beiträge zu den verschiedenen Rechtsgebieten. Wir möchten Sie weiter dazu anregen den Blick über den Tellerrand des „klassischen“ Ausbildungsstoffs hinaus zu wagen. So beginnt unsere neue Ausgabe mit einer Einführung in den elektronischen Rechtsverkehr und einem psychologischen Überblick zu vernehmungsbedingten falschen Geständnissen.

Im Zivilrecht erwartet Sie dann ein familienrechtlicher Aufsatz zur Gefährdungshaftung innerhalb der Familie und ein Aufsatz zum neuen Vertragsrecht für digitale Produkte (DIRL). Zudem wird die arbeitsrechtliche Reihe aus der letzten Ausgabe (MLR 1/2021, 36 ff.) fortgesetzt. Ein studentischer Beitrag befasst sich mit der *culpa post contractum finitum*. Für alle Pharmarechtler*innen gibt es einen Aufsatz zum neuen § 40b AMG. Praktisch wird es schließlich mit den sachenrechtlichen Fällen zur Vormerkung.

Im Öffentlichen Recht möchten wir Sie besonders auf den didaktischen Beitrag zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben und den sozialrechtlichen Beitrag zum Unfallversicherungsschutz von Hochschulstudierenden hinweisen. Ebenfalls zum Sozial- und Gesundheitsrecht gehört der einführende Beitrag zum Vertragsarztrecht. Dem Verfassungsprozessrecht mit europäischen Bezügen widmet sich der Aufsatz zu den Fallkonstellationen zur europäischen Integration vor dem Bundesverfassungsgericht. Die Klausur aus dem Examensklausurenkurs befasst sich mit dem Klassiker der Untersagung einer Veranstaltung an Karfreitag.

Im Strafrecht finden Sie eine Anmerkung zu einer BGH-Entscheidung zur Auslegung des Absichtsmerkmals beim sog. Alleinrennen nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und seinem Beweis, sowie eine Klausur für Anfänger*innen mit den Schwerpunkten Unterlassungsdelikte und Notwehr. Abgerundet wird die Ausgabe mit einer Buchrezension zu *Stahlschmidts* Lehrbuch zum Steuerstrafrecht.

Unser Dank gebührt wieder all den Autor*innen von Studierenden über Referendare und wissenschaftliche Mitarbeiter*innen bis zu Richtern an den Bundesgerichten, ohne die unsere Zeitschrift nicht zustande kommen könnte, sowie unserem wissenschaftlichen Beirat und Redaktionsmitgliedern für ihre Unterstützung. Einen herzlichen Dank auch an Sie, liebe Leser*innen, für das andauernde Interesse an unserer Zeitschrift.

Neben der Veröffentlichung unserer Zeitschrift bieten wir zudem im Semester (digitale) Vortragsabende, Workshops und Kanzlei-Exkursionen an. Daher empfiehlt es sich, regelmäßig auf unserer [Website](#), [LinkedIn](#)-, [Facebook](#)- oder unserer neuen [Instagram](#)-Seite vorbeizuschauen.

Wenn Ihr Studierende Euch dafür interessiert, wie eine Zeitschrift entsteht, selbst Beiträge verfassen möchte oder Wünsche für Veranstaltungen habt, könnt Ihr Euch gerne bei uns mit einer kurzen E-Mail an Marburg@law-review.de melden. Das Redaktionsteam freut sich auf euch!

Wir wünschen Ihnen auch für diese Ausgabe eine anregende Lektüre!



Esra Varlioglu

Vorsitzende

Fabian von Minckwitz

Chefredakteur
Stell. Vorsitzender

Jan Philipp Wessendorf

Schatzmeister

David Filip

Vorstandsmitglied

Einführung in den elektronischen Rechtsverkehr

- Prüfung von Form und Frist im digitalisierten Verfahrensrecht -

Von Direktor des Sozialgerichts Dr. Henning Müller, Darmstadt*

Bei elektronischen Posteingängen obliegt auch im elektronischen Rechtsverkehr die Form- und Fristprüfung dem juristischen Entscheider. Es handelt sich bei den formellen digitalen Fragestellungen um verfahrensrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs, genauso wie es in der analogen Welt darauf ankam, wann ein Brief in den Briefkasten eingeworfen worden ist und, ob er unterschrieben war. Dennoch fremdeln sowohl die Praxis als auch die juristische Ausbildung teilweise noch mit den unter dem Label „eJustice“ bzw. „eGovernment“ behandelten Themenfeldern. Und dies, obwohl aufgrund der sog. aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs bspw. gem. § 130d ZPO die elektronische Einreichung nicht nur mittlerweile der Regelfall in der Justiz ist, sondern für die Rechtsanwaltschaft und Behörden gar verpflichtend ist.

A. Der elektronische Rechtsverkehr mit den Gerichten

Die prozessrechtlichen Regelungen zum elektronischen Rechtsverkehr gehen als *lex specialis* stets den Formanforderungen für schriftliche Dokumente vor, auch wenn das Dokument im Gericht ausgedruckt und in den Geschäftsgang gegeben wird.¹

Gem. § 130a ZPO² können elektronische Dokumente über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) oder einen sicheren Übermittlungsweg gem. § 130a Abs. 4 ZPO bei Gericht eingereicht werden. Die Vorschrift bezieht sich nach ihrem Wortlaut explizit nicht nur auf schriftformbedürftige Dokumente, sondern auf sämtliche Einreichungen

(schriftlich einzureichende Auskünfte, Aussagen, Gutachten, Übersetzungen und Erklärungen Dritter).

I. Formprüfung

Die Prüfung der Formvorschrift des elektronischen Rechtsverkehrs verästelt sich in zwei Prüfungsgegenstände. Einerseits ist die *Authentizität* des elektronischen Dokuments zu prüfen (§ 130a Abs. 3 ZPO), also die Identität des Urhebers; letztlich die Verantwortungsübernahme für das Dokument durch eine bestimmte (postulationsfähige) Person einschließlich der Verbindlichkeit des Inhalts im Rechtsverkehr. Andererseits ist sicherzustellen, dass das Dokument für die empfangende Stelle *bearbeitbar* ist (§ 130a Abs. 2 ZPO).

1. Prüfung der Authentizität

§ 130a Abs. 3 ZPO enthält zwar Varianten, um die Authentizität eines Dokuments sicherzustellen – letztlich also zwei gleichrangige Möglichkeiten eines Funktionsäquivalents einer handschriftlichen Unterschrift.

Während bei einer Einsendung über das sog. *Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach* (EGVP) eine qualifizierte elektronische Signatur (qeS) stets erforderlich ist (Abs. 3 Var. 1), kann bei Einreichungen aus einem *sicheren Übermittlungsweg* gem. § 130a Abs. 4 ZPO auf die Anbringung einer qeS verzichtet werden³; dann genügt eine *einfache Signatur* (bspw. der maschinenschriftliche Namenszug oder eine eingescannte Unterschrift). Die Nutzung eines sicheren Übermittlungswegs macht es erforderlich, dass die den Schriftsatz verantwortende Person selbst (bspw. der postulationsfähige Rechtsanwalt, nicht sein Sekretariat etc.) den Sendevorgang vornimmt. Die einfache

* Der Autor ist Direktor des Sozialgerichts Darmstadt und war von 2010 bis 2020 IT-Referent der hessischen Sozialgerichtsbarkeit und zeitweise der hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit. Er ist Lehrbeauftragter der Philipps-Universität Marburg und betreibt unter <https://ervjustiz.de/> einen Blog zum elektronischen Rechtsverkehr. Die in den Fußnoten genannten URL wurden zuletzt am 17.1.2022 abgerufen.
¹ Anders jüngst aber BGH NJW 2019, 2096 = openJur 2019, 28048; zuvor BGH NJW 2015, 1527 = openJur 2015, 7991; Köbler, AnwBl 2015, 845, 846; kritisch hierzu Müller, AnwBl 2016, 27; ders. FA 2019, 198, 199 ff.; ders. eJustice-Praxishandbuch, 6. Aufl., 2021, S. 104 ff.

² In der Fassung ab 1.1.2018; entsprechendes gilt für die wortgleichen §§ 65a SGG, 55a VwGO, 52a FGO, § 46c ArbGG, § 32a StPO.

³ Fraglich ist allerdings die Rechtsfolge, wenn bei einer Übermittlung aus einem sicheren Übermittlungsweg eine ungültige Signatur angebracht ist: In Erwägung zu ziehen wäre, zu differenzieren, ob (1. Fallgruppe) die Signatur ungültig ist, weil es an der Authentizität fehlt (bspw. weil die Gültigkeit des Zertifikats abgelaufen ist) – dann wäre dieser Mangel wohl durch den sicheren Übermittlungsweg überwunden und (2. Fallgruppe), ob die Ungültigkeit auf einer fehlenden Integrität beruht (bspw. in Folge einer Manipulation) – dann wäre jedenfalls eine entsprechende Nachfrage beim Absender erforderlich.

Signatur muss den Namen des absendenden Rechtsanwalts wiedergeben; ausgeschlossen ist daher, dass bspw. ein/e Kollege/in in Vertretung (i.V.) den Schriftsatz mit der einfachen Signatur des Vertretenen übersendet; in diesen Vertretungsfällen ist ebenfalls eine qualifizierte elektronische Signatur der verantwortenden Person erforderlich – es gilt nichts anderes, als wenn bspw. das Sekretariat der/des Rechtsanwältin/Rechtsanwalt den Sendevorgang vornehmen würde.

a) Zugelassene elektronische Übermittlungswege

Die zugelassenen Übermittlungswege für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten werden bundeseinheitlich einerseits unmittelbar durch das Prozessrecht bestimmt (§ 130a Abs. 4 ZPO – die sicheren Übermittlungswege), andererseits hinsichtlich der Übermittlungswege, die für den elektronischen Rechtsverkehr mit qualifizierter elektronischer Signatur genutzt werden dürfen gem. § 130a Abs. 2 S. 2 ZPO durch die Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV).

Während die sicheren Übermittlungswege, bereits ein Identifikationsmerkmal enthalten, so dass auf die qualifizierte elektronische Signatur verzichtet werden kann, beinhalten die weiteren zugelassenen Übermittlungswege gem. § 130a Abs. 2 S. 2 ZPO kein Identifikationsmerkmal, so dass dort eine qeS zur Feststellung der Authentizität zwingend ist. Anders gesagt: Um einen elektronischen Briefkasten in Form eines *sicheren Übermittlungswegs* zu eröffnen, muss ich mich bei einer hierfür zuständigen Stelle identifizieren. Um ein EGVP-Postfach zu eröffnen ist dagegen keine Identifikation erforderlich, weshalb es Fake-EGVP-Postfächer geben kann und gibt. Der Identitätsnachweis wird daher auf die digitale Unterschrift – die qeS – ausgelagert.

Zugelassene Übermittlungswege sind

- die in § 130a Abs. 4 ZPO genannten *sicheren Übermittlungswege*, § 4 Abs. 1 Nr. 1 ERVV, wobei es bei Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur zulässig ist, dass der Versandprozess aus dem sicheren Übermittlungsweg auch von einer anderen Person als dem Postfachinhaber selbst angestoßen wird; vielmehr kann in dieser Variante auch ein Sekretariat oder ein Vertreter senden, und

- das *Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach* (EGVP) für dessen Nutzung ein zugelassener EGVP-Client (registriertes Drittprodukt für den OSCI-gestützten⁴ elektronischen Rechtsverkehr) erforderlich ist, § 4 Abs. 1 Nr. 2 ERVV.

aa) Das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP)

Als elektronischer Übermittlungsweg für die Justiz hat sich bereits seit dem Formvorschriftenanpassungsgesetz⁵ das EGVP durchgesetzt und über Jahre etabliert. Obschon auch die Verwaltung namensgebend ist, hat sich EGVP in der Exekutive – letztlich getrieben durch das *eGovernment*-Gesetz des Bundes und der Landes-*eGovernment*-Gesetze, die auf andere elektronische Übermittlungswege setzen – deutlich weniger verbreitet. Insbesondere wurde EGVP als nicht bürgerfreundlich genug erachtet.

EGVP ist durch eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung vom EGVP-Client des Absenders bis zum EGVP-Client des Empfängers hoch gesichert. Dass EGVP-Nachrichten bei ihrer Übertragung abgefangen oder gar verändert werden könnten, ist nach dem Stand der Technik durch das sog. „Prinzip des Doppelten Umschlages“ (Trennung der verschlüsselten Nachrichteninhalte von den für den Nachrichtentransport erforderlichen Nutzdaten nach dem sog. „OSCI-Standard“) nahezu ausgeschlossen.

bb) Der OSCI-Standard

OSCI-Transport-Nachrichten haben einen zweistufigen „Sicherheitscontainer“. Dadurch ist es möglich, Inhalts- und Nutzungsdaten streng voneinander zu trennen und kryptografisch unterschiedlich zu behandeln. Die Inhaltsdaten (also bspw. der Schriftsatz selbst und seine Anlagen) werden so verschlüsselt, dass nur der berechtigte Leser sie dechiffrieren kann.

Die Nutzungsdaten (also bspw. Informationen, die für die Adressierung erforderlich ist) werden vom sog. OSCI-Manager für die Zwecke der Nachrichtenvermittlung und die Erbringung der Mehrwertdienste benötigt; sie werden deshalb für den OSCI-Manager verschlüsselt. Der OSCI-Manager kann aber nicht auf die Inhaltsdaten zugreifen. Ein Angreifer kann wegen dieser (doppelten) Verschlüsselungen weder die Nutzungs- noch die Inhaltsdaten „abhören“.

Jeder „Sicherheitscontainer“ (für Nutzungsdaten und Inhaltsdaten) erlaubt die digitale Signatur und die Verschlüsselung des jeweiligen Inhalts. Dadurch sind

⁴ Siehe unten bb).

⁵ BGBl I 2001, S. 1542.

Vertraulichkeit, Integrität und Authentizität der Nachrichten gewährleistet.

Nachrichtendrehscheibe – vergleichbar mit dem „toten Briefkasten“ in alten Agentenfilmen – ist ein Server namens *Intermediär*. Der zumeist je Bundesland einmal zentral eingerichtete Intermediär empfängt und versendet OSCI-Nachrichten. Er ist also zentraler Nachrichtenaustauschpunkt und Mittler zwischen Sender und Empfänger.

Der Intermediär ist damit die Empfangseinrichtung des Gerichts gem. § 130a Abs. 5 S. 1 ZPO. Dieser Umstand ist zentral für die Fristprüfung im elektronischen Rechtsverkehr.

b) Die sicheren Übermittlungswege

§ 130a Abs. 4 ZPO nennt mit Wirkung ab 1.1.2022 bzw. 1.8.2022 insgesamt sieben gesetzlich definierte sichere Übermittlungswege:

- die *absenderauthentifizierte De-Mail*, § 130a Abs. 4 Nr. 1 ZPO,
- das *besondere elektronische Anwaltspostfach* (beA), das *besondere elektronische Notarpostfach* (beN – i.V.m. § 78n Abs. 1 BNotO) und das *besondere elektronische Steuerberaterpostfach* (beSt – i.V.m. §§ 86d, 86e StBerG), § 130a Abs. 4 Nr. 2 ZPO,
- das *besondere elektronische Behördenpostfach* (beBPo), § 130a Abs. 4 Nr. 3 ZPO i.V.m. Kapitel 3 der ERVV,
- das *elektronische Bürger- und Organisationenpostfach* (eBO), § 130a Abs. 4 Nr. 4 ZPO i.V.m. Kapitel 4 der ERVV und
- die *Nutzerkonten* gem. § 2 Abs. 5 OZG⁶, § 130a Abs. 4 Nr. 5 ZPO.

Diese bereits vom Gesetz definierten sicheren Übermittlungswege sind ohne weiteres zur rechtssicheren Kommunikation nutzbar. Einer zusätzlichen Rechtsverordnung bedarf es für diese Übermittlungswege nicht. Sie sind kraft Gesetzes zulässig, wie der Umkehrschluss aus § 130a Abs. 4 Nr. 6 ZPO zeigt.

c) Aufgabe von Juristinnen und Juristen

Was so technisch daher kommt, führt zu einer handfesten juristischen Tätigkeit. Juristische Entscheider müssen:

1. Feststellen, ob ein elektronisches Dokument über einen *zugelassenen Übermittlungsweg* gem. § 4 Abs. 1 ERVV eingereicht worden sind oder über einen *sicheren Übermittlungsweg* gem. § 130a Abs. 4 ZPO. Dies wird in der Praxis anhand des Transfervermerks bzw. des Prüfvermerks festgestellt.⁷
2. Wurde (nur) ein *zugelassener Übermittlungsweg* insbesondere also das EGVP genutzt oder ein *sicherer Übermittlungsweg* nicht durch den Postfachinhaber selbst, sondern bspw. durch das Sekretariat der Rechtsanwaltskanzlei, ist zu prüfen, ob eine wirksame qualifizierte elektronische Signatur vorliegt.
3. Wurde dagegen ein *sicherer Übermittlungsweg*, bspw. das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) verwendet, muss geprüft werden, ob die *einfache Signatur* (also der Name unter dem Schriftsatz) vom Postfachinhaber stammt oder von einer anderen Person. Auch hierzu dient der Prüfvermerk in der Akte.⁸

d) Elektronische Signaturen

Schlüssel zur Identitätsprüfung ist also neben dem (sicheren?) Übermittlungsweg die elektronische Signatur.

aa) sichere Übermittlungswege und einfache Signatur

Bei den sicheren Übermittlungswegen genügt die einfache Signatur des Urhebers des Schriftstücks (der *verantwortenden Person*, wie das Gesetz sie nennt).

Gem. § 130a Abs. 3 S. 1 Var. 2 ZPO ist es nämlich auch zulässig, dass das elektronische Dokument statt mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bloß mit einer einfachen Signatur versehen und von der verantwortenden Person selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. § 130a Abs. 4 ZPO versandt wird.

⁶ Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz) vom 14.8.2017 ([BGBl. I S. 3122](#)) zuletzt geändert durch Art. 16 G zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 28.6.2021 (BGBl. I S. 2250, 2261).

⁷ Siehe mit Beispielen: Müller, eJustice-Praxishandbuch, 6. Aufl. 2021 S. 457.

⁸ Siehe mit Beispielen: Müller, eJustice-Praxishandbuch, 6. Aufl. 2021 S. 457.

Dieser Identitätsnachweis über den Übermittlungsweg lebt also von zwei Prinzipien:

- Ein elektronisches Postfach eines sicheren Übermittlungswegs gem. § 130a Abs. 4 ZPO kann nur gegen Nachweis der Identität eingerichtet werden.
- Der Postfachinhaber ist verpflichtet, den Zugang zu dem Postfach so zu schützen, dass nur er selbst (bzw. beim beBPo und ggf. beim eBO – sofern der Postfachinhaber eine juristische Person oder eine sonstige Vereinigung ist – nur Berechtigte) einen Versand aus dem sicheren Übermittlungsweg vornehmen können. Für das beA ist dieses Prinzip in § 26 Abs. 1 RAVPV⁹, für das beBPo in § 8 Abs. 2 Satz 2 ERVV, für das eBO in § 11 Abs. 3 ERVV und für die De-Mail in § 10 Abs. 2 De-Mail-G¹⁰ speziell geregelt.

Die Voraussetzungen des § 130a Abs. 3 S. 1 Var. 2 ZPO lassen sich also wie folgt zusammenfassen:

- Übermittlungsweg des elektronischen Dokuments ist ein sicherer Übermittlungsweg gem. § 130a Abs. 4 ZPO,
- der Versendeprozess wurde vom Postfachinhaber selbst (bzw. beim beBPo und ggf. beim eBO von einer berechtigten Person) angestoßen und
- das elektronische Dokument trägt die einfache Signatur des Postfachinhabers (bzw. beim beBPo und ggf. beim eBO einer berechtigten Person).

Die Prüfung, ob ein sicherer Übermittlungsweg vorlag oder nicht, ist deshalb für die Beurteilung der Wahrung der prozessualen Form essentiell. Sie ist deshalb vom juristischen Entscheider – je nach Prozessordnung regelmäßig von Amts wegen – durchzuführen, aber auch vom Verfahrensgegner.

Die Prüfung erfolgt durch Überprüfung des Vorliegens eines Vertrauenswürdigen Herkunftsnachweises (VHN).

Die Nutzung des sicheren Übermittlungswegs durch die berechtigte Person (regelmäßig den Postfachinhaber) selbst, wird durch den VHN bestätigt. Der VHN ist eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die nachweist, dass der Postfachinhaber sicher an seinem Verzeichnisdienst angemeldet war und, dass dieser Verzeichnisdienst ihn als Inhaber eines der oben genannten sicheren Übermittlungswege ausweist. Ob das eingegangene Dokument aus einem sicheren Übermittlungsweg versandt worden ist, lässt sich daher (nur) anhand des Prüfvermerks, des Transfervermerks oder des Prüfprotokolls erkennen. Sie visualisieren den VHN. Auf dem eingegangenen Dokument selbst befindet sich kein (verlässlicher) Hinweis auf den Übermittlungsweg.

Nachrichten, die über einen sicheren Übermittlungsweg übermittelt werden, müssen einen Vertrauenswürdigen Herkunftsnachweis enthalten. Ein VHN wird nicht übersandt, wenn der sichere Übermittlungsweg zwar in Form seiner Infrastruktur, aber nicht durch den Postfachinhaber selbst genutzt wird. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn zwar über das beA eines Rechtsanwalts ein elektronisches Dokument verschickt wird, der Versendeprozess aber durch das Sekretariat des Rechtsanwalts angestoßen wird.

Auf dem *Transfervermerk*, dem *Prüfvermerk* oder dem *Prüfprotokoll*, einem zusätzlichen Blatt/Dokument, dass sich automatisch zu dem Schriftsatz in der Gerichtsakte findet, lässt sich das Vorhandensein eines VHN aus einem sicheren Übermittlungsweg durch den Eintrag

„*Informationen zum Übermittlungsweg: Sicherer Übermittlungsweg aus einem...*“

erkennen. Hierdurch wird der Übermittlungsweg im Sinne des § 298 Abs. 2, 3 ZPO aktenkundig gemacht.

Die sog. einfache Signatur ist lediglich die Angabe des Urhebers oder Absenders. Sie ist in des eIDAS-VO¹¹ nicht gesondert geregelt. Entsprechend Art. 3

⁹ Verordnung über die Rechtsanwaltsverzeichnisse und die besonderen elektronischen Anwaltspostfächer (Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung) vom 23.9.2016 (BGBl. I S. 2167) zuletzt geändert durch Art. 6 PatAnwVVEVuaÄndV vom 17.12.2021 (BGBl. I S. 5219, 5226).

¹⁰ De-Mail-Gesetz vom 3.5.2011 (BGBl. I S. 666) zuletzt geändert durch Art. 7 G zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) (BGBl. I S. 3436, 3447).

¹¹ *Electronic IDentification, Authentication and trust Services*; Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (ABl. L 257, S. 73).

Nr. 10 eIDAS-VO handelt es sich um „Daten, die der Unterzeichner zum Unterzeichnen verwendet“.

Die Einhaltung einer bestimmten Form ist hierfür nicht vorgeschrieben. Einfache Signatur kann bspw. der maschinenschriftliche Namenszug unter dem Schriftsatz sein (bspw. „gez. Müller“) oder eine eingescannte Unterschrift.¹² Die einfache Signatur muss weder zwingend den Vornamen enthalten, noch eine Dienst-, Amts- oder Berufsbezeichnung. Auch bei Rechtsanwälten ist deshalb die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ nicht erforderlich.¹³ Die Angabe eines Vornamens ist bei mehreren Berufsträgern in derselben Kanzlei sicher zweckmäßig, aber rechtlich ebenfalls nicht zwingend, weil die einfache Signatur nicht dazu dient, Personenverwechslungen sicher auszuschließen.¹⁴

Wie bei der Unterschrift ist es auch bei der einfachen Signatur erforderlich, dass sie am Ende des unterzeichneten Textes ist, um ihrer Abschlussfunktion zu genügen.¹⁵

Wird die einfache Signatur in Form einer eingescannten Unterschrift angebracht, muss die Unterschrift die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für eine Unterschrift (insbesondere in Abgrenzung zur Paraphe) erfüllen: Für die Unterschrift bei schriftlicher Einreichung ist hinsichtlich der Art und Weise der Unterschrift ihre Handschriftlichkeit, d.h. die Erstellung der Unterschrift ohne technische Hilfsmittel konstitutiv.¹⁶ Insbesondere eine maschinenschriftliche¹⁷ oder vervielfältigte¹⁸ Unterschrift als Vorlage für den Scan ist daher unwirksam. Abzugrenzen ist die Unterschrift vom Kürzel oder der Paraphe; dabei ist zwar die Lesbarkeit einzelnen Buchstaben nicht erforderlich, wohl aber ein die Identität des Unterzeichners hinreichend kennzeichnender, individueller Schriftzug.¹⁹ Hierzu muss der Schriftzug gewisse Charakteristika des vollen Namens erkennen lassen, obschon die Rechtsprechung eine gewisse Flüchtigkeit bzw. ein „Abschleifen“ der Unterschrift toleriert.²⁰

Von rechtlicher Relevanz ist die einfache Signatur neben der prozessualen Form des § 130a Abs. 3 S. 1 Var. 2 ZPO vor allem im Zivilrecht beim Vertragsschluss in elektronischer Form gem. § 127 Abs. 3 BGB, für den grundsätzlich eine qualifizierte elektronische Signatur nicht erforderlich ist, vgl. § 126a Abs. 1 BGB.

Die einfache Signatur erfüllt keine besonderen Sicherheitsanforderungen, ihr liegt auch kein (technisches) digitales Signaturverfahren zugrunde. Vor allem kann sie nicht sicher einer Person zugeordnet werden, daher eignet sie sich lediglich für formfreie Verträge oder dem besonderen prozessualen Zweck gem. § 130a Abs. 3, 4 ZPO, da bei letzterem die eindeutige Identifizierung über den Zugang zum Übermittlungsweg feststellbar ist – letztlich über den VHN. Im Prozessrecht ist die Funktion der einfachen Signatur vor allem, die Urheberschaft leicht und mit einem Blick auf das elektronische Dokument selbst, freilich mit sehr eingeschränkter Sicherheit, feststellen zu können, ohne auch in zweifellosen Fällen stets weitere Dokumente wie den Transfervermerk oder den Prüfvermerk zu Hilfe nehmen zu müssen.

bb) qualifizierte elektronische Signaturen

Die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt im elektronischen Rechtsverkehr per EGVP oder – bis 1.1.2018 auch bei Nutzung der sog. sicheren Übertragungswege (bspw. des beA) – die Unterschrift des Urhebers des Dokuments.²¹

Sie ist daher sowohl im Postein- als auch im Postausgang nur dort erforderlich, wo sie durch das Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist oder sonst dazu bestimmt ist, die Form zu wahren. Insbesondere bestimmende Schriftsätze haben Verfahrensbeteiligte daher qualifiziert elektronisch zu signieren. § 130a Abs. 1 S. 2 ZPO a.F. (bis 31.12.2017) sprach insoweit zwar von „soll“, der BGH las dies zu Recht aber als „muss“.

Qualifizierte elektronische Signaturen haben außer dem Prozessrecht noch weitere Anwendungsfälle:

¹² GK-ArbGG/Horcher, 129. Ed. 2021, § 46c ArbGG Rn.76.

¹³ BAG NJW 2020, 3476 = openJur 2021, 35693; mAnm. Müller, <https://ervjustiz.de/bag-stellt-anforderungen-an-die-einfache-signatur-klar>.

¹⁴ OVG Hamburg NJW 2021, 3207 = openJur 2021, 24014; m. Anm. Kallenbach, https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/rechtsprechung/bea-keine-identitaetszweifel-bei-gleichem-nachnamen?fbclid=IwAR0HLyOOnPaRjemd2MJp6Yz6_FSp-5rxsp4rWalXwVeFIFeCTgA6MFwTV_w

¹⁵ BGHZ 113, 48 = NJW 1991, 487.

¹⁶ BGH NJW 1962, 1505.

¹⁷ BFHE 106, 4 = NJW 1973, 80 (Ls.).

¹⁸ BGH NJW 1962, 1505.

¹⁹ BGH NJW-RR 1991, 511.

²⁰ Siehe mit zahlreichen Beispielen: Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 130 ZPO, Rn. 11.

²¹ Müller, NJW 2015, 822.

- formbedürftige elektronische Willenserklärungen, § 126a BGB,
- formbedürftige elektronische Verwaltungsakte, §§ 3a Abs. 2, 37 Abs. 3 VwVfG, 36a Abs. 2 SGB I, 33 Abs. 3 SGB X,
- zur Erhaltung des Beweiswerts eines elektronischen Dokuments oder einer elektronischen Datei (Authentizitäts- oder Integritätssicherung).

Praktisch erfolgt die Anbringung der Signatur dadurch, dass eine Signaturkarte²² in ein Kartenlesegerät eingeführt wird und auf dem Lesegerät eine PIN eingegeben wird; der Vorgang dauert nur wenige Sekunden.

Die Anbringung der Signatur erfordert daher den Besitz der Karte und die Kenntnis der PIN, was einen Missbrauch bei sorgfältiger Behandlung durch den Inhaber fast unmöglich macht. Aufgrund ihres hochkomplexen mathematischen Aufbaus ist die Signatur ohne Besitz der Karte und Kenntnis der PIN praktisch unfälschbar – zumeist ganz im Gegensatz zur händischen Unterschrift, die sie ersetzt.

Schriftsätze, die nicht der Schriftform bedürfen, müssen zwar nicht qualifiziert elektronisch signiert werden – sollten es aber dennoch. In der Praxis werden sie dennoch häufig mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, um neben der Identitätsfunktion durch die Signatur auch ihre nachträgliche Manipulierbarkeit auszuschließen. In der Kombination mit der Nutzung des EGVP-Übertragungswegs erreicht der Absender so eine maximale IT-Sicherheit – jedenfalls nach dem Stand der Technik.

Die gesetzliche Grundlage findet die früher in § 2 Nr. 3 SigG²³ geregelte qualifizierte elektronische Signatur in der eIDAS-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste.²⁴

2. Bearbeitbarkeit

In beiden Fällen muss die Einreichung unter Nutzung eines durch die Rechtsverordnung gem. § 130a Abs. 2

S. 2 ZPO (ERVV) zugelassenen Dateiformats erfolgen. Gem. § 2 Abs. 1 ERVV ist als Dateiformat grundsätzlich PDF-Datei zugelassen.

Bis 31.12.2021 galt noch – vergleichsweise streng – gem. § 2 Abs. 1 ERVV aF., dass die PDF-Datei in druckbarer, kopierbarer und, sowie technisch möglich, durchsuchbarer Form zu übermitteln ist. Ferner waren aktive Inhalte (bspw. Makros) verboten und alle genutzten Schriftarten mussten in die PDF-Datei eingebettet sein. Die Rechtsprechung setzte diese Merkmale mit überzogener Strenge ein²⁵, weshalb die Unsicherheit in der Rechtsanwaltschaft verständlicherweise groß war. Überwiegend wurde in der Rechtsprechung angenommen, dass es sich insoweit um echte Formvorschriften, also um Zulässigkeitsvoraussetzungen, handelte. Der Gesetzgeber sah sich daher zum Handeln gezwungen und milderte mit dem ERV-AusbauG²⁶ die Formanforderungen deutlich ab.

Ab 1.1.2022 gilt nun gem. § 2 Abs. 2, 3 ERVV nF. nur noch, dass die PDF-Datei den in den ERVB²⁷ bekanntgemachten Standards entsprechen soll. Die weiteren Formanforderungen stellen damit nur noch einen Rahmen dar, bei dessen Einhaltung der Einreicher die Gewähr hat, dass das elektronische Dokument von der Justiz *bearbeitbar* ist. Es ist daher aus Einreichersicht empfehlenswert, diese Vorgaben einzuhalten. Formanforderung ist aber ab 1.1.2022 nur noch die *Bearbeitbarkeit*; kann daher das Gericht faktisch und zumutbar mit dem Dokument umgehen, ist die elektronische Form mit einer auch gegen § 2 Abs. 2, 3 ERVV verstoßende PDF gewahrt.

a) Definition der Bearbeitbarkeit

Bearbeitbarkeit in diesem Sinne meint, vor allem, dass das elektronische Dokument

1. dem Gericht mit der dort standardmäßig verfügbaren Software – insbesondere dem vom Gericht eingesetzten eAkten-System bzw. Fachverfahren – dargestellt werden kann (kein Dateiformat, das vom Gericht dargestellt werden kann oder passwortgeschützte Datei),

²² Eine Chipkarte auf der ein Zertifikat eines sog. Vertrauensdiensteanbieters aufgespielt ist, welcher wiederum die Identität des Zertifikatsinhabers, z.B. des Rechtsanwalts, geprüft hat (bspw. durch ein Post-Ident-Verfahren) und das nur eine bestimmte zeitliche Gültigkeit hat.

²³ Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz) vom 16.5.2001 (BGBl. I S. 876) zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 135 Art. 4 Abs. 111 G zur

Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes vom 7.8.2013 (BGBl. I S. 3154).

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 910/2014.

²⁵ Siehe bspw. D. Müller, RD 2021, 452.

²⁶ Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5.10.2021 (BGBl. I S. 4607).

²⁷ Bundesweite Bekanntmachungen zum elektronischen Rechtsverkehr: www.justiz.de.

2. von dem elektronischen Dokument keine besonderen Gefahren für die Sicherheit und Integrität der IT-Infrastruktur ausgehen (bspw. keine veralteten oder besonders gefahrgeneigten Dateiformate, Virenverseuchung etc.)
3. von dem Gericht vollständig inhaltlich zur Kenntnis genommen werden kann (keine korrupte Datei).

Sicher nicht „zur Bearbeitung geeignet“ sind also Dokumente, die sich bspw. aufgrund eines korrupten Dateiformats oder infolge einer Virenverseuchung durch das Gericht nicht öffnen lassen. Diese Dokumente können dem juristischen Bearbeiter des Verfahrens nicht vorgelegt und daher auch nicht unter rechtlichen Gesichtspunkten geprüft und bewertet werden. Insbesondere fallen derartige Probleme des übermittelten Dokuments bereits in der Posteingangsstelle des Gerichts auf, ohne dass hierfür ein besonderer technischer oder vor allem auch rechtlicher Sachverstand erforderlich wäre.

Hinsichtlich der Darstellung einer Datei durch das Gericht im Übrigen wird unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten der gerichtliche Posteingang als Massenverwaltung zu beachten sein. Es kann daher auch nach der Rechtslage seit 1.1.2022 nicht vom Gericht verlangt werden, besondere Viewer-Software für atypische Dateiformate bereit zu halten oder gar im Einzelfall zu installieren. Vielmehr soll nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers des ERV-AusbauG gerade (nur) durch die Anforderungen der ERVV/ERVB der Rahmen dessen definiert werden, was ein Einsender von einem Gericht erwarten kann. Entsprechend ist als einzige „Muss-Vorschrift“ auch die Forderung des Dateiformats PDF im Grundsatz (in zweiter Linie TIFF) verblieben.²⁸

b) „Soll-Vorgaben“ der ERVV/ERVB

Alle weiteren bisherigen Dateiformatvorgaben (druckbar, kopierbar, durchsuchbar, Vorgaben der ERVB) verlieren ihren bisherigen zwingenden Charakter. Sie werden gem. § 2 Abs. 2 ERVV zu bloßen „Soll-Vorschriften“.

Enthalten sind diese Ordnungsvorschriften nur noch in den ERVB. Hierfür findet sich eine neue Ermächtigungsgrundlage in § 5 Abs. 1 Nr. 6 ERVV, wonach die Standards der technischen Eigenschaften

elektronischer Dokumente von der Bundesregierung unter www.justiz.de bekannt zu machen sind (dort im Menüpunkt „Bekanntmachungen“).

Der Gesetzgeber stellt daher im Sinne der bisherigen Mindermeinung²⁹ klar, dass es bei den Dateiformatvorgaben nicht um eine rein formale Prüfung geht. Formunwirksamkeit soll nur dann eintreten, wenn der Verstoß dazu führt, dass im konkreten Fall eine Bearbeitung durch das Gericht nicht möglich ist. Demgegenüber führen rein formale Verstöße gegen die ERVV dann nicht zur Formunwirksamkeit des Eingangs, wenn das Gericht das elektronische Dokument gleichwohl bearbeiten kann. Diese Differenzierung ergibt sich ab dem 1.1.2022 nunmehr explizit teilweise auch aus der ERVV selbst, die neben Muss-Vorschriften auch Soll-Bestimmungen enthält (bspw. § 2 Abs. 2 ERVV, § 3 ERVV). Durch die sprachliche Neufassung der Verordnungsermächtigung will der Gesetzgeber bereits in den Prozessordnungen selbst die Maßgeblichkeit der Eignung zur gerichtlichen Bearbeitung klarstellen. Korrespondierende und diesbezüglich eindeutigere Ergänzungen werden in § 2 und § 5 ERVV vorgenommen.

Die Streichung der bisher zwingenden Anforderungen in § 2 Abs. 1 ERVV schließt an die Änderung von § 130a Abs. 2 S. 2 ZPO an. Explizit formulierter Wille des Gesetzgebers ist, dass es maßgeblich alleine auf die konkrete Eignung zur Bearbeitung durch das Gericht ankommt. Die technischen Rahmenbedingungen sollen daher nur noch insoweit verbindlich vorgegeben werden, als dies für die Bearbeitung durch das Gericht notwendig ist. Zwingend ist danach nur noch die Übermittlung im Format PDF.

§ 2 Abs. 2 ERVV nimmt die technischen Standards in Bezug (Verweis auf die nach § 5 Nr. 1 und 6 ERVV bekanntgemachten Standards in den ERVB) und ist als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet, so dass das Gericht – wenn die Eignung zur Bearbeitung sichergestellt ist –, das Dokument zulassen muss, auch wenn die Standards nicht eingehalten sind. Für die Einsender, die die Standards einhalten, bietet die Vorschrift grundsätzlich hinreichende Sicherheit, weil sie Maßstab für die Eignung zur Bearbeitung ist. Allerdings schließt die Erfüllung der Standards nicht aus, dass das Gericht die Einreichung im Einzelfall aufgrund anderer technischer Defekte zurückweisen kann. Die Anpassungen in § 5 ERVV knüpfen an die Änderungen in § 130a

²⁸ Müller, eJustice-Praxishandbuch, 6 Aufl., 2021, S. 172 ff.

²⁹ OLG Koblenz NJOZ 2021, 758, 759; D. Müller, RDJ 2021, 452; jurisPK-ERV/H. Müller, 2020, § 130 a ZPO Rn. 43.

Abs. 2 und Abs. 6 ZPO und § 2 ERVV zu den Voraussetzungen eines formwirksam übermittelten elektronischen Dokuments an. Statt technischer Anforderungen handelt es sich künftig um technische Standards, die die Bundesregierung für die Übermittlung und Eignung zur Bearbeitung elektronischer Dokumente bekannt macht.

II. Fristprüfung

Für die Wahrung einer Frist (bspw. der Klage- oder Rechtsmittelfrist) kommt es auf den Eingang des Dokuments auf dem Intermediär an. Hierbei handelt es sich um einen nicht im jeweiligen Gericht befindlichen Server. Es kommt insbesondere nicht auf den gerichtlichen Eingangsstempel an (der freilich grundsätzlich das richtige Datum abbilden müsste), noch auf den Zeitpunkt der Signatur oder den Zeitpunkt der Erstellung des Transfervermerks oder Prüfvermerks.

1. Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblich für die Fristwahrung ist der Eingang auf dem „Intermediär“, § 130a Abs. 5 S. 1 ZPO. Zu diesem Zeitpunkt erfolgt auch die Bestätigung gem. § 130a Abs. 5 S. 2 ZPO.

Elektronische Posteingänge der Gerichte erfolgen stets im Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP). Dies gilt unabhängig davon, ob der Absender ebenfalls einen EGVP-Client für den Versand nutzt oder einen sicheren Übermittlungsweg, die auf die EGVP-Infrastruktur aufsetzen. Der „Empfang“ der Nachricht in der EGVP-Infrastruktur erfolgt über den Intermediär, auf dem die Nachricht zur Abholung durch das Gericht zwischengespeichert wird, ähnlich der Funktion eines E-Mail-Servers.³⁰ Der Intermediär gehört im Hinblick auf die Zugangsvoraussetzungen zur Sphäre des Nachrichtenempfängers, weshalb die Frist mit dem Eingang auf dem Intermediär gewahrt wird. Über den Zeitpunkt des Eingangs wird der Empfänger der Nachricht im von der EGVP-Infrastruktur erzeugten Prüfprotokoll und im Transfervermerk in der Zeile „Eingang auf dem Server“ informiert, so dass die Fristwahrung sekundengenau eindeutig feststellbar ist. Aufgrund der technischen Funktionsweise des Intermediärs wird auch der Absender mit dem Einlegen der Nachricht auf den Intermediär in der Mitteilung gem. § 130a Abs. 5 S. 2 ZPO über exakt denselben Zeitpunkt informiert, so dass ein

Streit über die Fristwahrung praktisch ausgeschlossen sein sollte.

2. Nachweis der Fristwahrung und anwaltliche Sorgfalt

Gem. § 130a Abs. 5 S. 2 ZPO ist dem Absender eine automatisierte Bestätigung (sog. *Acknowledgement-Datei*, „x_export.html“) über den Zeitpunkt des Eingangs zu erteilen. Hierdurch kann im elektronischen Rechtsverkehr auch im Nachhinein noch der genaue Zeitpunkt ermittelt werden, zu dem das elektronische Dokument im Machtbereich des Empfängers eingegangen ist. Dieser Machtbereich ist der Intermediär, auf dem vom Absender die übermittelten Dateien in einem verschlüsselten „(OSCI-)Nachrichtencontainer“ abgelegt werden und sodann vom Empfänger abgeholt werden. Weil der Intermediär sowohl der „Ablagepunkt“ für den Absender der Nachricht ist als auch der „Abholpunkt“ für den Empfänger, ist der exakte Zeitpunkt der (vollständigen) Übermittlung identisch mit dem Zeitpunkt des Eingangs beim Empfänger.

Die automatische Empfangsbestätigung enthält u.a. den Absender, den Empfänger, die beim Versand angegebenen Aktenzeichen von Absender und Empfänger, den Namen des Intermediärs, den Dateinamen, die Dateigröße und – sekundengenau – das Ende des Empfangsvorgangs auf dem Intermediär. Sie wird sowohl maschinenlesbar im Formal XML als auch anzeigbar im Format HTML zur Verfügung gestellt. Bedingt durch das sog. „Prinzip des doppelten Briefumschlags“ im OSCI-Standard kann der Intermediär über den Dateinamen und die Dateigröße der Anhänge keine eigene Rückmeldung geben, sondern die Informationen hierzu werden erst in der Darstellung des Absenders aufgrund der OSCI-ID der Nachricht erzeugt.

Legt ein Verfahrensbeteiligter einen Ausdruck der vom gerichtlichen Empfangsserver automatisch versandten Eingangsbestätigung für den Eingang eines Schriftstücks per EGVP vor, spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass das Schriftstück zu dem auf der Eingangsbestätigung ausgewiesenen Zeitpunkt auf dem Gerichtsserver eingegangen ist.³¹ Einen noch höheren Beweiswert hat die Vorlage der Eingangsbestätigung in ihrer elektronischen Form, die für das beA dem beA-Webclient, für andere Übermittlungswege über den jeweils genutzten Client bereitgestellt wird.

Das beA verarbeitet und protokolliert jeweils den Versand- und Empfangszeitpunkt einer Nachricht. Die

³⁰ <https://egvp.justiz.de/behoerdenpostfach/Voraussetzungen/index.php>.

³¹ Hessischer VGH NJW 2018, 417 = openJur 2018, 9078.

gerichtliche Eingangsbestätigung lässt sich der gesendeten Nachricht entnehmen, wenn diese im beA-Webclient, Ordner „Gesendet“, mittels Doppelklick geöffnet wird.³² Darüber hinaus sollte diese Nachricht stets „exportiert“ werden.³³ Der Export der Nachricht erzeugt eine ZIP-Datei, die u.a. den versandten Schriftsatz selbst und zudem die Eingangsbestätigung in der Datei „*x_export.html*“ enthält. Hierdurch kann jederzeit der rechtzeitige Zugang eines bestimmten Schriftsatzes bei Gericht nachgewiesen werden.³⁴ Nicht ausreichend sind dagegen andere automatisiert generierte Dokumente, aus denen sich aber der Eingang auf dem Server des Gerichts nicht ablesen lässt und die nur indiziell auf eine elektronische Versendung schließen lassen, bspw. ein Transfervermerk³⁵

Wichtig im Hinblick auf die anwaltliche Sorgfaltspflicht ist weiter, die automatisierte Eingangsbestätigung („*x_export.html*“) aufzubewahren. Dies kann auch weiterhin jedenfalls unter einer gewissen Verbesserung des Beweiswerts dadurch geschehen, dass sie exportiert und ihre Integrität zeitnah mit einer (manuell angebrachten) elektronischen Signatur gesichert wird oder sie revisionssicher abgelegt wird. Eine zeitnahe integritätssichernde Ablage in einer elektronischen Akte oder sonstigen elektronischen Datenspeicherung wird den indiziellen Wert der Datei jedenfalls nochmals erhöhen.

Korrespondierend mit dieser Nachweismöglichkeit fordert neuere Rechtsprechung insbesondere von der Rechtsanwaltschaft eine spezifische Organisation der elektronischen Ausgangs- bzw. Zugangskontrolle als Teil der anwaltlichen Sorgfaltspflichten.³⁶

III. Elektronische Zustellungen

Der Postausgang der Gerichte ist seit dem 1.1.2022 neu in § 173 ZPO normiert.

Gem. § 173 Abs. 3 ZPO bestimmt sich der Fristbeginn im elektronischen Rechtsverkehr stets nach dem elektronischen Empfangsbekenntnis (eEB).³⁷ Eine elektronische Zustellungsurkunde ist vom Gesetz

nicht vorgesehen. § 173 Abs. 3 ZPO sieht ferner keine Zustellung mehr in EGVP-Postfächer vor, sondern nur noch in sichere Übermittlungswege.³⁸ Für den Fristlauf kommt es bei förmlichen Zustellungen ausschließlich auf das Datum auf dem eEB an. Grundsätzlich sind elektronische Zustellungen daher von der Mitwirkung und dem Empfangswillen des Zustellungsempfängers abhängig.

(Lediglich) an „nicht EB-Privilegierte“ (vgl. § 173 Abs. 4 S. 1 ZPO) – insbesondere also Bürgerinnen und Bürger, die am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen – kann gem. § 173 Abs. 4 S. 4 ZPO ab 1.1.2022 auch durch Zustellungsfiktion zugestellt werden („3-Tages-Fiktion“).

B. Elektronischer Rechtsverkehr mit Behörden

Völlig anders als der elektronische Rechtsverkehr mit Gerichten funktioniert der elektronische Rechtsverkehr mit Behörden im öffentlichen Recht, also bei Stellung eines Antrags im elektronischen Wege oder bei elektronischer Widerspruchseinlegung.³⁹

I. Systematischer Überblick

Gem. § 3a Abs. 1 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 1 SGB I ist die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig, wenn der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet hat. Der elektronische Rechtsverkehr mit Behörden ist daher sehr weitgehend bereits eingeführt – mancherorts vielleicht gar unbemerkt. Aufgrund der gesetzlichen Regelung setzt der elektronische Rechtsverkehr mit den Behörden nämlich weder eine Rechtsverordnung noch einen expliziten Zulassungsakt der Behörde voraus. Ferner sind weder die zugelassenen Übermittlungswege gesetzlich beschränkt, noch die übermittelbaren Dateiformate. Der folgende Beitrag zeigt die Systematik der Normen:

§ 3a Abs. 1 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 1 SGB I normiert die Voraussetzungen an die Zugangseröffnung. Unter dem Zugang ist die Bereitstellung der technischen Empfangseinrichtung zu verstehen. Die

³² beA-Newsletter 7/2017.

³³ beA-Newsletter 7/2017 und beA-Newsletter 27/2019.

³⁴ So auch LArbG Schleswig-Holstein NZA 2020, 136 = openJur 2020, 7356 mit zust. Anm. Müller, NZA-RR 2019, 659 f.; siehe zum Beweiswert: <https://ervjustiz.de/keine-panik-der-nachweis-des-bea-postausgangs-aus-gerichtssicht>.

³⁵ AG Frankenthal openJur 2021, 16585.

³⁶ BGH NJW 2021, 2201 = openJur 2021, 34564; VerfGH Rheinland-Pfalz NJW 2020, 604 = openJur 2020, 21668; <https://ervjustiz.de/verfgh-rheinland-pfalz-eingangsbestaetigung-zu-kontrollieren-ist-anwaltliche-sorgfaltspflicht> und

<https://ervjustiz.de/bgh-zur-sorgfaltspflicht-bei-der-postausgangskontrolle>.

³⁷ Müller, NJW 2017, 2713; <http://ervjustiz.de/das-elektronische-empfangsbekenntnis-eeb-davor-muss-wirklich-nie-mand-angst-haben>.

³⁸ Dies ist bspw. bei der Zustellung an Steuerberater und weitere Prozessvertreter, die nicht Rechtsanwälte (bspw. VdK, DGB-Rechtsschutz etc.) sind ggf. zu beachten; <http://ervjustiz.de/neu-ab-1-1-2018-sichere-uebermittlungswege-unsicheres-egvp#more-261>.

³⁹ Siehe hierzu ausführlich: Müller, eJustice-Praxishandbuch, 6. Aufl. 2021, S. 267 ff.

Eröffnung dieses Zugangs erfolgt durch Widmung. Die Widmung wiederum ist die Signalisierung der Bereitschaft und Fähigkeit zur elektronischen Kommunikation gegenüber dem (potentiellen) Kommunikationspartner – ausdrücklich oder konkludent.

§ 3a Abs. 2 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 2 SGB I zeigt, wann die elektronische Form eine materiell-rechtlich erforderliche Schriftform ersetzen kann. Abs. 2 S. 1 enthält den Grundsatz: Die Schriftform wird durch eine qualifizierte elektronische Signatur des Absenders ersetzt – auf welchem Weg diese signierte Datei übermittelt wird, ist unerheblich; auch die Übermittlung per E-Mail, EGVP oder beA sind deshalb denkbar, sofern hierfür ein Zugang eröffnet wurde. Abs. 2 S. 2 enthält weitere Möglichkeiten der Schriftformwahrung: Nr. 1 für den Bürger, wenn er ein elektronisches Formular der Behörde nutzt, Nr. 2 für den Bürger, wenn eine absenderauthentifizierte De-Mail versendet, Nr. 3 für die Behörde, wenn sie einen Verwaltungsakt mittels absenderauthentifzierter De-Mail übermittelt. Nr. 4: Ferner kann durch Rechtsverordnung ein Übermittlungsweg zugelassen werden, bei dem keine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich ist.

§ 3a Abs. 3 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 3 SGB I enthalten eine Regelung ähnlich dem § 130a Abs. 6 ZPO. Allerdings ist der Absender hier im Gegensatz zum elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz nur darauf hinzuweisen, dass das übermittelte Dokument nicht bearbeitbar war. Eine Eingangsfiktion enthält Abs. 3 nicht. Dies hat erhebliche Auswirkungen für die Fristwahrung.

Gem. § 37 Abs. 2, 3 (L)VwVfG bzw. § 33 Abs. 2, 3 SGB X ergehen Verwaltungsakte grundsätzlich formfrei. Die elektronische Form ist explizit zulässig. Aufgrund der „Flüchtigkeit“ einer elektronischen Form, hat der Bürger allerdings das Recht auf eine schriftliche Bestätigung des elektronischen Verwaltungsakts. Grundsätzlich kann aber auch die Behörde dem Bürger ohne Weiteres Verwaltungsakte elektronisch – bspw. per E-Mail – übermitteln. Voraussetzung ist aber auch in diese Richtung gem. § 3a Abs. 1 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 1 SGB X die Zugangseröffnung durch den Bürger. Siehe dazu bereits hier.

II. Konkludente Zugangseröffnung

Eine große „Gefahr“ für die Behörde besteht darin, dass möglicherweise konkludent ein elektronischer Übermittlungsweg eröffnet wurde. Dies kann bspw. durch Angabe des Übermittlungswegs in der Rechtsbehelfsbelehrung, insbesondere aber auch im Briefkopf oder der Homepage, geschehen.

Ferner ist davon auszugehen, dass die Einrichtung eines besonderen elektronischen Behördenpostfachs (beBPo) stets eine mindestens konkludente Eröffnung dieses Zugangs auch für den Bürger beinhaltet, weil die Behörde mit der Einrichtung in den Verzeichnisdiensten für EGVP (bei Nutzung durch den Bürger usw.) und für das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) sichtbar ist.

Das beBPo einer Behörde kann deshalb stets für die Antragstellung oder die Widerspruchseinlegung durch Bürgerinnen und Bürger, sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte genutzt werden.

Beim Bürger sind deutlich strengere Anforderungen an eine konkludente Zugangseröffnung zu stellen, als bei Behörden, weil nur Behörden durch die eGovG⁴⁰ zur Eröffnung elektronischer Zugänge verpflichtet sind. Auch hier genügt aber die konkludente Eröffnung des elektronischen Übermittlungswegs; diese kann auch darin liegen, dass ein Übermittlungsweg vorbehaltlos genutzt wird.

III. Dateiformate

Anders als im elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz gilt für den elektronischen Rechtsverkehr mit Behörden nicht die ERVV mit der Beschränkung der zugelassenen Dateiformate insbesondere auf PDF.

Kommt eine Behörde mit einem Dateiformat aus technischen Gründen nicht zurecht, hat sie dies gem. § 3a Abs. 3 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 3 SGB I dem Absender unter Angabe der für sie geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen. Aufgrund des Amtsermittlungsprinzips ist jedoch von der Behörde grundsätzlich zu erwarten, mit Standarddateiformaten, die unter IT-Sicherheitsgesichtspunkten keine besonderen Risiken aufwerfen, umgehen zu können. Eine darüber hinaus gehende Beschränkung dürfte unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ohne gesetzliche Grundlage kaum möglich sein.

⁴⁰ Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz) vom 25.7.2013 (BGBl. I S. 2749) zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die

Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors vom 16.7.2021 (BGBl. I, S. 2941).

Im elektronischen Rechtsverkehr mit den Behörden gibt es grundsätzlich keine Beschränkung des Dateiformats. Nur auf atypische oder besonders unsichere Dateiformate muss die Behörde nicht vorbereitet sein.

IV. Qualifizierte elektronische Signaturen

Da § 3a Abs. 2 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 2 SGB I keine dem § 130a Abs. 3 ZPO entsprechende Regelung aufweisen und eine Rechtsverordnung gem. § 3a Abs. 2 Nr. 4 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 2 Nr. 4 SGB I nicht erlassen wurde, muss auch bei Nutzung des beA zum Ersatz der Schriftform das Dokument qualifiziert elektronisch signiert werden. Dies gilt insbesondere für die schriftformbedürftige Einlegung des Widerspruchs.

Auch bei Nutzung des beA ist im elektronischen Rechtsverkehr mit Behörden zur Schriftformwahrung also eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich. Hier geschehen in der Praxis häufige Fehler; dieser Umstand ist nämlich zahlreichen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten schlicht unbekannt. Diese Unkenntnis kann teuer werden.

Der Verzicht auf eine qualifizierte elektronische Signatur ist dagegen insbesondere dann zulässig, wenn eine absenderauthentifizierte De-Mail für die Übermittlung genutzt wird.

V. Übermittlungswege

Denkbar sind im elektronischen Rechtsverkehr mit Behörden im Gesetz zum elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz alle elektronischen Übermittlungswege. Eine gesetzliche Beschränkung enthält § 3a Abs. 1 (L)VwVfG bzw. § 36a Abs. 1 SGB I im Gegensatz zu § 130a Abs. 3, 4 ZPO nicht. Entscheidend ist nur, ob der Übermittlungsweg durch Widmung eröffnet wurde. Mit der Verwaltung ist also grundsätzlich auch der elektronische Rechtsverkehr mittels E-Mail denkbar – allerdings ist hier bei der Nutzung stets an den Datenschutz zu denken. Nicht abwegig ist ferner, dass eine Behörde (ggf. „versehentlich“) konkludent auch einen elektronischen Zugang noch über viel „exotischere“ Wege eröffnet; bspw. über den Facebook-Messenger oder Twitter-DMs. Dies kann leicht passieren, in dem die Behörden einen Social Media-Account betreibt – bspw. zur Öffentlichkeitsarbeit – und darauf keinen *Disclaimer* vorsieht, dass dieser Weg nicht für eine rechtsverbindliche Kommunikation genutzt werden darf.

Aus Sicht des Bürgers ist dann (wohl) ein Zugang nach den oben dargestellten Kriterien eröffnet.

Zusammenfassend gilt daher: Der elektronische Rechtsverkehr mit Behörde insbesondere mittels E-Mail ist zulässig, wenn die Behörde diesen Zugang eröffnet hat. Zur Schriftformwahrung ist aber immer eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich.

C. Fazit

eJustice und *eGovernment* sind kein Science-Fiction, auch keine schöne neue Welt. Es handelt sich letztlich insbesondere um neue Kommunikationswege, die zu neuen Formanforderungen führen.

Form- und Fristprüfung sind aber typische Aufgaben juristischer Entscheider. Eine verfahrensrechtliche Form- oder Frist zu wahren ist für den Rechtsuchenden und seine Bevollmächtigten zwingend.

Die Kenntnisse über die technischen Grundlagen des elektronischen Rechtsverkehrs und deren Folgen für Form- und Fristanforderungen sind deshalb kein nerdiges Exotenwissen, sondern notwendiges juristisches Handwerkszeug. Dies gilt vor allem im Prozessrecht, weil gem. § 130d ZPO dort die Nutzung elektronischer Kommunikationswege seit 1.1.2022 flächendeckend verpflichtend ist – jedenfalls für Verfahrensprofis.

Wie kommt es zu vernehmungsbedingten falschen Geständnissen?

- Ein psychologischer Überblick über bekannte Risikofaktoren am Fallbeispiel *Ulvi K.* -

Von Wiss. Mitarbeiterin **Teresa Schneider**, M.Sc., Marburg/Maastricht

und Juniorprofessor Dr. phil. **Lennart May**, Berlin*

Am 14. Mai 2014 kam es zu einem Freispruch in einem Wiederaufnahmeverfahren: *Ulvi K.*, der fast zehn Jahre zuvor wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, wurde freigesprochen.¹ Er hatte 2002 während des Ermittlungsverfahrens im Fall eines verschwundenen Mädchens ein Geständnis abgelegt, was die Grundlage seiner Verurteilung war und sich später als falsch erwies.

Ausgangspunkt für das Verfahren war das Verschwinden des 9-jährigen Mädchens *Peggy* in einer Kleinstadt in Bayern am 9. Mai 2001, wobei umfangreiche Suchmaßnahmen zu keinem Ergebnis führten. Das erste Ermittlungsteam *SOKO² Peggy 1* stand unter großem öffentlichem und politischem Druck und verfolgte zahlreiche Spuren. Unter anderem vernahmen sie mehrmals *Ulvi K.*, einen 23-jährigen geistig behinderten Mann, der in derselben Kleinstadt wohnte wie *Peggy*. Zunächst war er am 23. Mai 2001 zum Vermisstenfall als Zeuge vernommen worden und konnte ein lückenloses Alibi vorweisen. Da er sich Ende August 2001 vor einem Jungen entblößt und onaniert hatte, organisierte seine Mutter eine stationäre Behandlung in einer psychiatrischen Klinik. Nach diesem Vorfall geriet er in den Fokus der Ermittlungen und wenige Tage vor Beginn des Klinikaufenthalts (6. September 2001) wurde *Ulvi K.* festgenommen und erneut vernommen. In dieser insgesamt neunstündigen Beschuldigtenvernehmung (vormittags: vier Stunden, nachmittags: fünf Stunden) ging es um den Verdacht, er habe *Peggy* sexuell missbraucht.³ *Ulvi K.* gab zwar zu, *Peggy* sexuell missbraucht zu haben, jedoch bestritt er etwas mit ihrem Verschwinden zu tun zu haben. Die Polizei glaubte ihm nicht, er wurde dem Haftrichter vorgeführt und in die geschlossene forensische Psychiatrie eingewiesen.

Kurze Zeit später hatte die Polizei Kontakt zu einem Informanten, der wegen Einbruchdiebstahls bzw. aufgrund einer Drogen- und Alkoholsucht in derselben forensischen Einrichtung wie *Ulvi K.* untergebracht war. Dieser Informant übermittelte der Polizei im Laufe des Verfahrens verschiedene „Geständnisversionen“ von *Ulvi K.*, welche sich jedoch alle nicht durch andere Spuren oder Zeugenaussagen erhärten ließen. Als die Polizei *Ulvi K.* Ende September 2001 in einer Beschuldigtenvernehmung das erste Mal mit einer Aussage des Informanten konfrontierte, bestritt er dem Informanten erzählt zu haben, er habe *Peggy* umgebracht. Er habe dem Informanten nur fälschlicherweise gesagt, wo *Peggy* liege, weil dieser ihm gesagt habe, er würde ihm helfen rauszukommen. Die Ermittlungen gegen *Ulvi K.* wurden daraufhin im Dezember 2001 zunächst eingestellt.

Nach monatelangen erfolglosen Ermittlungen wurde das Ermittlungsteam, auch unter Druck des bayerischen Innenministers, teilweise ausgetauscht.⁴ Die Ermittler der *SOKO Peggy 2* prüften alte Spuren und *Ulvi K.* wurde erneut zum Tatverdächtigen. Im Februar 2002 wurde er wieder von der Polizei vernommen und mit Aussagen des Informanten konfrontiert. Er bestritt weiterhin etwas mit dem Verschwinden des Mädchens zu tun zu haben.⁵

Am 29. April 2002 traf sich die Polizei erneut mit dem Informanten, um mehr Informationen zu erlangen, wie *Ulvi K.* die Tat begangen haben soll.⁶ Außerdem wurde am 30. April 2002 durch die Operative Fallanalyse (OFA) eine Tathergangshypothese erstellt, wonach die Tat von einem Einzelnen (namentlich Erwähnung von *Ulvi K.*) begangen worden sei, der damit andere Straftaten wie eine Vergewaltigung habe

* *Erstverf.* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Kriminalwissenschaften bei Herr Prof. Dr. *Puschke*, LL.M. (King's College) an der Philipps-Universität Marburg; der *Zweitverf.* ist Juniorprofessor für Rechtspsychologie an der Medical School Berlin.

¹ Die Fallinformationen inklusive sachverhaltsrelevanter Angaben wurden folgenden Quellen entnommen:

Jung/Lemmer, Der Fall *Peggy*. Die Geschichte eines Skandals, München, 2013; *Rödel*, Weggesperrt. Dokumentation von Gudrun Rödel, Zwickau, 2021; <https://www.zdf.de/dokumentation/hoellental> (abgerufen am 13.01.2022);

Außerdem liegen zur wissenschaftlichen Verwertung Auszüge aus den Akten vor.

² Sonderkommission.

³ *Jung/Lemmer*, Der Fall *Peggy*. Die Geschichte eines Skandals, S. 83.

⁴ *Jung/Lemmer*, Der Fall *Peggy*. Die Geschichte eines Skandals, S. 109.

⁵ *Jung/Lemmer*, Der Fall *Peggy*. Die Geschichte eines Skandals, S. 138.

⁶ *Jung/Lemmer*, Der Fall *Peggy*. Die Geschichte eines Skandals, S. 140.

vertuschen wollen.⁷ Dieser fallanalytisch hergeleitete Tathergang entsprach im Wesentlichen auch der Hypothese der Ermittlenden. Doch obwohl es keine neuen belastbaren Beweise gab, die eine solche Hypothese begründet hätten, wurde eine Vernehmung von *Ulvi K.* geplant, in der ein Geständnis von ihm erlangt werden sollte.⁸ Im Einklang damit ist einem polizeilichen Ermittlungsbericht vom 16. Mai 2002 zu entnehmen, dass es problematisch sei, dass „(Sach-)beweise gegen ihn nicht vorhanden sind und letztendlich nicht klar ist, ob sein Rechtsanwalt einer weiteren Beschuldigtenvernehmung in aller Konsequenz zustimmt“. Der Plan der Polizei war es deshalb „eine nochmalige – vermutlich letzte – Beschuldigtenvernehmung“ durchzuführen. Diese Vernehmung wurde akribisch nach Vorgaben der Fallanalyse vorbereitet (z. B. sollten ausschließlich männliche Beamte die Vernehmung durchführen, man solle nicht auf Ablenkungsversuche von *Ulvi K.* eingehen, *Ulvi K.* solle in einer ruhigen, ungestörten und reizarmen Atmosphäre vernommen werden).⁹

Am 2. Juli 2002 wurde *Ulvi K.* dann aus der forensischen Psychiatrie abgeholt und im Beisein seines Anwalts für knapp drei Stunden vernommen. Diese Vernehmung wurde auf Tonband aufgezeichnet. *Ulvi K.* bestritt weiter etwas mit dem Verschwinden von *Peggy* zu tun zu haben. Auch auf Vorhalte der Vernehmenden, dass man Blut auf seinem Overall gefunden habe, gab er an, dass er nichts mit dem Verschwinden zu tun habe. Dass gar kein Blut auf seinem Overall gefunden worden war, war *Ulvi K.* zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt.¹⁰ Nach Vernehmungsabschluss und nachdem der Anwalt die Polizeidirektion verlassen hatte, erklärte *Ulvi K.* laut Angaben der Polizei, dass er nicht die „volle Wahrheit“ gesagt habe. Daraufhin folgte eine weitere 40-minütige Vernehmung ohne Anwalt und ohne Tonbandaufzeichnung.¹¹ In dieser Vernehmung gestand *Ulvi K.* schließlich *Peggy* umgebracht zu haben. Laut Gedächtnisprotokoll der Vernehmenden¹² gab er an, dass er am 7. Mai 2001 auf *Peggy* gewartet habe, um sich für die vorangegangene

Vergewaltigung zu entschuldigen. Er habe sie angesprochen, woraufhin sie davongerannt sei. Er sei ihr hinterhergerannt und habe sie mehrfach aufgefordert, stehen zu bleiben. *Peggy* sei über einen spitzen Stein gestolpert und habe sich eine blutende Verletzung am Knie und Kopf zugezogen. Er habe sie aufgehoben und festgehalten. Sie habe daraufhin angefangen, lautstark zu schreien und damit gedroht, alles ihren Eltern zu sagen. *Ulvi K.* habe es mit der Angst zu tun bekommen. *Peggy* habe weiter geschrien, ihm in die Genitalien getreten, sich losgerissen und sei davongerannt. Er habe sie wieder einholen können und ihr den Weg versperrt. Dann habe er *Peggy* eine kräftige Ohrfeige gegeben und sie geschubst, so dass sie erneut zu Boden gestürzt und in Bauchlage zum Liegen gekommen sei. *Peggy* habe lautstark um Hilfe gerufen und geweint. Er habe ihr mit einer Hand den Mund und die Nase zugehalten, bis sie die Augen verschlossen habe und ruhig gewesen sei.

Ulvi K.'s Aussage entsprach somit im Ergebnis der vorher formulierten Tathergangshypothese der OFA und den Angaben des Informanten.¹³ Die Leiche von *Peggy* konnte jedoch nicht an dem von *Ulvi K.* angegebenen Ort gefunden werden und von ihm genannte Komplizen hatten Alibis. Daraufhin wurde *Ulvi K.* erneut vernommen und gestand auch in zwei weiteren Vernehmungen. Er berichtete jedoch den Tatablauf und den Verbleib der Leiche jeweils anders. Eine Leiche oder andere Beweise, die seine Aussagen bestätigt hätten, wurden nicht ermittelt. Am 10. Januar 2003 zog er sein Geständnis zurück und blieb im weiteren Verlauf dabei, dass er nichts mit dem Verschwinden von *Peggy* zu tun habe. Sein Geständnis begründete er damit, dass er Angst gehabt habe ins Gefängnis zu kommen und „nach der Vernehmung fix und fertig mit den Nerven“ gewesen sei. Er habe seine Ruhe gewollt.¹⁴

Trotzdem wurde *Ulvi K.* am 30. April 2004 zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Hauptindiz war sein Geständnis, das auch ein psychiatrischer Sachverständiger für glaubhaft hielt. Viele Bewohner*innen

⁷ Rödel, Weggesperrt, S. 61.

⁸ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 147.

⁹ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 147; <https://www.zdf.de/dokumentation/hoellental/hoellental-112.html> (abgerufen am 13.01.2022).

¹⁰ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 148.

¹¹ Die Betreuerin von *Ulvi K.* nimmt aufgrund eines Ermittlungsberichts an, dass es eine Aufzeichnung gab, die jedoch

der Öffentlichkeit vorenthalten wurde. Rödel, Weggesperrt, S. 65.

¹² Von dem Geständnis wurde nur ein Gedächtnisprotokoll erstellt, das in der Dokumentation *Höllental* in Teil 4 vertont wurde: <https://www.zdf.de/dokumentation/hoellental/hoellental-112.html> (abgerufen am 13.01.2022).

¹³ Rödel, Weggesperrt, S. 63.

¹⁴ Rödel, Weggesperrt, S. 36.

seines Wohnorts waren jedoch von seiner Unschuld überzeugt und schlossen sich zu einer Bürgerinitiative zusammen, die sich für ein Wiederaufnahmeverfahren einsetzte. Unter dem Einsatz seiner rechtlichen Betreuerin, gelang es einem von ihr engagierten Rechtsanwalt einen erfolgreichen Wiederaufnahmeantrag zu stellen. Vor allem der Aussagewiderruf des Informanten, der 2010 eidesstattlich erklärt hatte, dass *Ulvi K.* ihm gegenüber nie ein Geständnis abgelegt habe, führte zur Wiederaufnahme des Verfahrens. Ein weiterer Grund war, dass dem Gericht und dem Sachverständigen die Tathergangshypothese nicht vorgelegen hatte.¹⁵ Nach dem Freispruch wurde *Ulvi K.* rund ein Jahr später aus der forensischen Psychiatrie entlassen, in der er seit 2001 wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern (nicht wegen Mordes) untergebracht war. Am 2. Juli 2016 wurden die sterblichen Überreste von *Peggy* von einem Pilzsammler in einem Wald in der Nähe ihres Wohnortes gefunden.¹⁶ Während die Bedingungen der Entstehung und Entwicklung der Angaben von *Ulvi K.* ein falsches Geständnis nahelegen, stehen die Inhalte im Widerspruch zu „objektiv feststehenden Umständen“ und verweisen somit auf eine fehlende Validität und Zuverlässigkeit seiner Aussagen. Es konnte bis heute nicht geklärt werden, was mit *Peggy* geschehen ist und die Ermittlungen wurden im Oktober 2020 eingestellt.¹⁷

Ausgehend von diesem Fall will der vorliegende Beitrag erörtern, ob es sich bei dem falschen Geständnis um einen Einzelfall handelt bzw. wie häufig es zu falschen Geständnissen kommt. Anschließend sollen in Anlehnung an das Geständnis von *Ulvi K.* kurssorisch Risikofaktoren beleuchtet werden, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass unschuldige Personen Geständnisse in polizeilichen Vernehmungen ablegen.

A. Häufigkeit von falschen Geständnissen

In den letzten Jahren wurden unter großer Medienaufmerksamkeit international einige Fehlurteile

aufgedeckt, in denen ein falsches Geständnis (mit) zur Verurteilung führte.¹⁸ Ein Grund, warum falsche Geständnisse immer wieder zu Fehlurteilen führen, ist, dass sie nicht ohne Weiteres von wahren Geständnissen unterscheidbar sind. Beispielsweise erreichten studentische und polizeiliche Versuchsteilnehmende in den USA, die Aufzeichnungen von wahren und falschen Geständnissen einschätzen sollten, eine Trefferquote von 54 %.¹⁹ Dies entspricht fast dem Zufallsniveau bzw. der Trefferquote bei einem Münzwurf (50 %). In einer weiteren Untersuchung erzielten Versuchsteilnehmende beim Betrachten von Videoaufzeichnungen eine deutlich höhere Trefferquote bei wahren (86–95 %) als bei falschen Geständnissen (12–26 %).²⁰ Beurteilende schätzen Geständnisse überwiegend als wahr ein, da sie davon ausgehen, andere Personen würden nur bei Vorhandensein eines Motivs lügen. Dabei vertrauen sie besonders Aussagen, die den eigenen Interessen der aussagenden Person widersprechen (z. B. Geständnissen). Analysen von erwiesenen Fehlurteilen zeigen außerdem, dass vernehmungsbedingte falsche Geständnisse zahlreiche Details zum Tatablauf, Opfer und Tatort, sowie eigenen Überlegungen und Gefühlen enthalten können, die nur durch die Vernehmung an die Beschuldigten weitergegeben worden sein können, was die Beurteilung zusätzlich erschwert.²¹ Im Einklang damit stellte auch im Fall von *Ulvi K.* das Gericht im Wiederaufnahmeverfahren fest, dass sich wesentliche Elemente des Geständnisses in zuvor gestellten Fragen der Vernehmenden finden lassen. Beispielsweise wurde in einer Vernehmung zum Vorwurf des sexuellen Missbrauchs im September 2001 *Ulvi K.* gefragt, ob er wegen der Schreie von *Peggy* ihr den Mund zugehalten oder am Hals „abgedrückt“ habe. Um ein falsches Geständnis erkennen zu können, ist es daher essentiell, die Entstehung eines Geständnisses nachzuvollziehen, um gegebenenfalls Risikofaktoren zu erkennen.

¹⁵ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/fall-peggy-landgericht-bayreuth-ordnet-wiederaufnahme-an-1.1839311> (abgerufen am 17.12.2021); *Rödel*, Weggesperrt, S. 96.

¹⁶ <https://www.br.de/nachricht/oberfranken/inhalt/peggy-knobloch-lichtenberg-knochen-100.html> (abgerufen am: 16.01.2022).

¹⁷ <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/mordfall-peggy-staatsanwaltschaft-bayreuth-stellt-ermittlungen-ein-a-87d04fa3-ddd6-424f-ac57-c76f37f51453#ref=rss> (abgerufen am: 16.01.2022)

¹⁸ Z. B. *Rick*, *StraFo* 2012, 400; <https://www.ny-times.com/2019/05/30/arts/television/when-they-see-us.html> (abgerufen am 13.01.2022);

<https://www.sueddeutsche.de/muenchen/mordfall-kaufmann-des-schauspielers-falsches-gestaendnis-1.736671> (abgerufen am 13.01.2022);

https://www.bbc.co.uk/news/resources/idx-sh/the_reykjavik_confessions (abgerufen am 13.01.2022); *Stridbeck*, *Journal of Forensic Psychology Research and Practice* 2020, 305.

¹⁹ *Kassin/Meissner/Norwick*, *Law and Human Behavior* 2005, 211.

²⁰ *Levine/Kim/Blair*, *Human Communication Research* 2010, 82.

²¹ *Appleby/Hasel/Kassin* *Psychology, Crime & Law* 2013, 111; *Garret*, *Stanford Law Review* 2010, 1051.

Die absolute Häufigkeit falscher Geständnisse lässt sich nicht bestimmen. Die Anzahl falscher Geständnisse kann jedoch mithilfe verschiedener Forschungsansätze geschätzt werden. Beispielsweise gibt es international seit längerem Projekte, die Daten von Fehlurteilen sammeln und verurteilten Personen beim Stellen von Wiederaufnahmeanträgen unterstützen. Das *Innocence Project* in den USA gibt an, dass in ca. 29 % der 375 Fehlurteilsfälle, die das Projekt mithilfe von DNA-Analysen bis heute aufgedeckt hat, ein falsches Geständnis vorlag (Stand: 03.01.2022).²² Das *Evidence-Based Justice Lab* aus Großbritannien listet 437 Fälle von Fehlurteilen aus den letzten 50 Jahren, in denen in 21 % der Fälle ein falsches Geständnis vorlag (Stand: 03.01.2022).²³ Vergleichbare Projekte gibt es im deutschsprachigen Raum bisher nicht.

Außerdem können auch Fallanalysen von Fehlurteilen herangezogen werden, um die Häufigkeit falscher Geständnisse zu schätzen. So fand eine Analyse von 1115 Wiederaufnahmeverfahren aus den 1950er und 1960er Jahren in Deutschland, dass in ca. 7 % der Fälle ein falsches Geständnis vorlag.²⁴ In einer neueren Aktenanalyse von 31 erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren nach Verbüßung einer Freiheitsstrafe im Zeitraum von 1990 bis 2016 lag bei fünf Personen ein falsches Geständnis vor.²⁵ Von einer Vollerhebung ist jedoch nicht auszugehen, da kein öffentliches Register existiert, in dem sich vollständige Angaben über erfolgreiche Wiederaufnahmeverfahren nach Verbüßung einer Freiheitsstrafe entnehmen lassen. So waren die Forschenden häufig auf Erinnerungsleistungen der Staatsanwaltschaften angewiesen und recherchierten auch selbstständig nach Fällen in den Medien. Außerdem waren bei einigen Fällen keine Akten mehr vorhanden.²⁶ Einschränkend bei Häufigkeitsschätzungen mittels Analysen von realem Fallmaterial ist allgemein, dass nur nachgewiesene Fehlurteile enthalten sind. Dabei sind in Deutschland die Hürden für die Eröffnung eines Wiederaufnahmeverfahrens sehr hoch²⁷

und Geständnisse können auch falsch sein, wenn Beschuldigte nicht in Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wurden.

Schriftliche oder mündliche Befragungen relevanter Populationen sind daher eine weitere wichtige Möglichkeit zur Prävalenzschätzung falscher Geständnisse. Beispielsweise gaben in Fragebogenuntersuchungen unter Jugendlichen und Studierenden aus Europa 1–2 % der befragten Personen an, schon einmal gegenüber der Polizei ein falsches Geständnis abgelegt zu haben.²⁸ Entsprechende Daten für Deutschland sind uns nicht bekannt. Es gibt jedoch Befragungsstudien, die strafrechtlich verurteilte Personen in Deutschland zu falschen Geständnissen befragt haben. In einer Studie mit 153 Maßregelvollzugspatient*innen gaben beispielsweise 16 % der Befragten an, dass sie schon einmal ein falsches Geständnis abgelegt hätten.²⁹ In einer Befragung von 280 Personen, die unter Bewährungs- oder Führungsaufsicht standen, lag die Häufigkeit bei 4 %.³⁰ Schließlich gaben in einer Befragung von 85 Inhaftierten 27 % an, schon einmal ein falsches Geständnis abgelegt zu haben.³¹ Diese Ergebnisse stehen in Einklang mit einschlägigen internationalen Befragungsstudien von Inhaftierten und forensischen Patient*innen.³²

Insgesamt lassen sich zwar keine exakten Häufigkeitsangaben zu falschen Geständnissen bestimmen. Die hier dargelegten Daten legen jedoch nahe, dass Beschuldigte immer wieder falsche Geständnisse ablegen und dies vermutlich häufiger als man zunächst vermuten würde.

B. Arten von falschen Geständnissen

Forschungsarbeiten unterscheiden grundsätzlich zwischen *vernehmungsbedingten* und *freiwilligen*

²² <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/%20> (abgerufen am 03.01.2022).

²³ <https://evidencebasedjustice.exeter.ac.uk/miscarriages-of-justice-registry/the-cases/overview-graph/> (abgerufen am 03.01.2022).

²⁴ Peters, Fehlerquellen im Strafprozess (1. Band), 1970.

²⁵ Leuschner/Rettenberger/Dessecker, Crime & Delinquency 2020, 687.

²⁶ Leuschner/Hoffmann, Berichte und Materialien (BM-Online). Elektronische Schriftenreihe der Kriminologischen Zentralstelle e.V. (KrimZ). Band 11, 2017.

²⁷ Z. B. Schwenn, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2013, 258.

²⁸ Gudjonsson/Sigurdsson/Sigfusdottir, Psychology, Crime & Law 2009, 711; Gudjonsson/Sigurdsson/Bragason/Einarsson/Valdimarsdottir, Legal and Criminological Psychology 2004, 121.

²⁹ Volbert/May/Hausam/Lau, Frontiers in Psychiatry 2019, Article 168.

³⁰ May/Raible/Gewehr/Zimmermann/Volbert 2021, Manuskript eingereicht zur Veröffentlichung.

³¹ Gubi-Kelm/Grolig/Strobel/Ohlig/Schmidt, Journal of Forensic Psychology Research and Practice 2020, 114.

³² Gudjonsson, in: Lassiter/Meissner (Hrsg.), Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations, Washington, 2010, 31 (38).

falschen Geständnissen.³³ Freiwillige falsche Geständnisse werden ohne bedeutenden Einfluss der polizeilichen Vernehmung abgelegt. Gründe für ein solches Geständnis sind beispielsweise der Wunsch, die Täter*innen zu schützen, von einer anderen Straftat abzulenken oder Aufmerksamkeit zu erzielen.³⁴ Vor allem freiwillige falsche Geständnisse, um eine andere Person zu schützen, scheinen sowohl in der Allgemeinbevölkerung als auch unter Straftäter*innen häufig vorzukommen.³⁵ Eine enge Beziehung zum/r eigentlichen Täter*in³⁶ oder die Zugehörigkeit zu einer Gruppe (z. B. Zugehörigkeit zur gleichen Universität³⁷) kann die Wahrscheinlichkeit eines solchen Geständnisses erheblich erhöhen.

Vernehmungsbedingte falsche Geständnisse zeichnen sich im Gegensatz zu freiwilligen falschen Geständnissen dadurch aus, dass sie aufgrund von polizeilichem Vernehmungsdruck erfolgen. Sie können weiter in vernehmungsbedingt-nachgebende (*coerced-compliant*) und vernehmungsbedingt-internalisierte (*coerced-internalized*) falsche Geständnisse unterschieden werden.³⁸ Bei vernehmungsbedingt-nachgebenden falschen Geständnissen legen Beschuldigte bewusst falsche Geständnisse ab, um die unangenehme Befragungssituation zu beenden. Dies gründet darin, dass sie einen kurzfristig positiven Nutzen (z. B. nach Hause gehen zu können) gegenüber langfristig negativen (unsicheren) Folgen vorziehen (z. B. Inhaftierung).³⁹ Meist gehen sie davon aus, dass sich ihre Unschuld im weiteren Verlauf zeigen wird und ziehen die Geständnisse zurück, wenn der Vernehmungsdruck nachlässt.⁴⁰ Bei vernehmungsbedingt-internalisierten falschen Geständnissen kommt es hingegen dazu, dass unschuldig Beschuldigte beispielsweise aufgrund eines suggestiven Vernehmungsvorgehens schließlich davon überzeugt sind, dass sie die Tat begangen haben.⁴¹ Diese internalisierten falschen

Geständnisse (bzw. Scheinerinnerungen) können umfangreich und detailliert sein und sich im Zeitverlauf auflösen bzw. verblassen. Dies muss aber keinesfalls so sein.⁴²

Vernehmungsbedingt-nachgebende und -internalisierte falsche Geständnisse unterscheiden sich somit in dem zugrundeliegenden Aussagegrund (Bedürfnis, die unangenehme Vernehmung durch eine bewusste Falschaussage zu beenden vs. falsche Überzeugung, die Tat begangen zu haben). Im oben skizzierten Fall legte *Ulvi K.* nach zahlreichen Vernehmungen ein Geständnis ab (vermutlich um die aversive Vernehmungssituation zu beenden) und widerrief dies später. Dies spricht für ein vernehmungsbedingt-nachgebendes falsches Geständnis. Im Einklang damit weist auch *Ulvi K.*'s Erklärung, er habe aus Angst vor dem Gefängnis und weil er „fix und fertig mit den Nerven“ gewesen sei, ein falsches Geständnis abgelegt, darauf hin, dass er sich in einer aversiven Vernehmungssituation befand und diese bewusst durch ein Geständnis beenden wollte (er habe seine Ruhe gewollt). Bei der Prüfung, ob es sich überhaupt um ein vernehmungsbedingtes falsches Geständnis handelt, sind die allgemein möglichen vernehmungsbedingten Risikofaktoren und insbesondere die angewandten Vernehmungstaktiken zu untersuchen.

C. Vernehmungsbedingte Risikofaktoren

Zwei Gruppen von Vernehmungstaktiken bergen ein besonderes Risiko beim Zustandekommen falscher Geständnisse: *Minimierung* und *Maximierung*.⁴³ Minimierungstaktiken spielen die Schwere der Tat sowie die Konsequenzen eines Geständnisses herunter und bieten Erklärungen zur Rechtfertigung der Tatbegehung an.⁴⁴ Bei Maximierungstaktiken kommt es hingegen zu einer Übertreibung und Betonung der vorhandenen Beweise und der Schwere der

³³ *Kassin/Wrightsmann*, The psychology of evidence and trial procedure 1985, 67.

³⁴ *McCann*, Behavioral Sciences and the Law 1998, 441.

³⁵ Z. B. *Willard/Madon/Curran*, Behavioral Science and the Law 2015, 771; *Volbert/May/Hausam/Lau*, Frontiers in Psychiatry 2019, Article 168.

³⁶ *Schneider/Sauerland/Merckelbach/Puschke/Cohrs*, Frontiers in Psychology 2021, Article 621960.

³⁷ *Schell-Leugers/Schneider/Gyenis/Leuker/Sauerland*, Journal of Applied Social Psychology 2021, 987.

³⁸ *Kassin/Wrightsmann*, The psychology of evidence and trial procedure 1985, 67.

³⁹ *Madon/Guyll/Scherr/Greathouse/Wells*, Law and Human Behavior 2012, 13; *Madon/Yang/Smalarz/Guyll/Scherr*, Law and Human Behavior 2013, 60.

⁴⁰ *Gudjonsson*, The psychology of interrogations and confessions, 1. Aufl. 2003.

⁴¹ *Gudjonsson/Sigurdsson/Sigurdardottir/Steinthorsson/Sigurdardottir*, Applied Cognitive Psychology 2014, 336.

⁴² Für ein isländisches Fallbeispiel siehe *Gudjonsson/Sigurdsson/Sigurdardottir/Steinthorsson/Sigurdardottir*, Applied Cognitive Psychology 2014, 336.

⁴³ *Kassin/McNall*, Law and Human Behavior 1991, 233; *Schneider/May*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2021, 355.

⁴⁴ Z. B. „In Ihrer Situation hätte ich genau das Gleiche getan.“; *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Essentials of the Reid technique: Criminal interrogation and confessions, 5. Aufl., Burlington, 2013.

Konsequenzen von Bestreiten.⁴⁵ Gemein haben diese Taktiken, dass sie geständnisorientiert und nicht ergebnisoffen sind (d. h. nicht auf belastende *und* entlastende Informationen abzielen). Sie erhöhen insbesondere die Wahrscheinlichkeit von falschen Geständnissen, indem sie Beschuldigte auf subtile und/oder druckausübende Weise manipulieren und sind daher klar abzulehnen.⁴⁶

Vernehmende wenden solche geständnisorientierten Taktiken häufig an, wenn sie subjektiv von der Schuld der Beschuldigten überzeugt sind.⁴⁷ Liegt lediglich eine subjektive Überzeugung der Vernehmenden vor, mangelt es logischerweise an belastbaren Beweisen. Dann ist die Beschuldigtenvernehmung (bzw. ein Geständnis) zur Klärung des Falls von zentraler Bedeutung. Liegen vor der Vernehmung eindeutige belastende Beweise vor, kommt der Vernehmung und der Aussage der/des Beschuldigten keine entscheidende Bedeutung zu.⁴⁸ Auch im Fall von *Ulvi K.* lässt sich eine Schuldüberzeugung der Ermittler bei wenig belastender Beweislage nachzeichnen: Wie oben beschrieben ist einem Ermittlungsbericht kurz vor der Vernehmung, in der *Ulvi K.* gestand, zu entnehmen, dass keine „(Sach-)Beweise“ gegen ihn vorliegen würden. Die Relevanz seiner Aussage für das Ermittlungsverfahren wird dadurch deutlich, dass aufgrund der fehlenden Beweise „eine nochmalige – vermutlich letzte – Beschuldigtenvernehmung“ durchzuführen sei.

Zu der Schuldüberzeugung der Ermittler, dass *Ulvi K. Peggy* umgebracht habe, kam es vermutlich durch den Informanten bzw. aufgrund des „Geständnisses vom Hörensagen“. Im Einklang damit zeigt eine Studie, dass solche Geständnisse von anderen Personen einen großen Einfluss auf Schuldeinschätzungen haben.⁴⁹ Auch bei erwiesenen Fehlurteilen zeigte sich immer wieder, dass „falsche Geständnisse von

anderen Personen“ vorhanden waren.⁵⁰ Minimierungs- und Maximierungstaktiken können subjektiv-schuldüberzeugten Vernehmenden dann „scheinbar“ helfen und Beschuldigte zu Aussagen und schließlich Geständnissen motivieren. Bei deren Anwendung ignorieren sie jedoch das Risiko, dass sie durch Minimierung und Maximierung falsche Geständnisse von unschuldigen Personen erlangen können, wodurch ihre Schuldüberzeugung fälschlicherweise bestätigt wird.⁵¹

Minimierungs- und Maximierungstaktiken werden insbesondere mit der sog. *Reid-Technik*⁵² in Verbindung gebracht, die in den USA stark verbreitet ist und weitestgehend auf zwei Prozessen beruht: (1) den Aussagewiderstand und das Bestreiten von Beschuldigten „brechen“ und (2) den „Geständniswunsch“ vergrößern.⁵³ Sie basiert auf einem strukturierten Vorgehen, mit dem zunächst in einem „informellen Vorgespräch“ anhand von verbalen und nonverbalen Indikatoren lügende und wahrheitsbehauptende Personen unterschieden werden sollen (*behavior analysis interview*).⁵⁴ Zahlreiche Forschungsarbeiten zeigen jedoch, dass das Erkennen von Lügen durch die Beobachtung verbaler und nonverbaler Indikatoren nicht zuverlässig möglich ist.⁵⁵

Nach „positiver Schuldeinschätzung“ folgt im zweiten Schritt der *Reid-Technik* die eigentliche Vernehmung, die in neun Stufen gegliedert ist. Kernelemente dieser Stufen sind Minimierungs- und Maximierungstaktiken. Im Sinne der Maximierung wird beispielsweise auch empfohlen, falsche Beweise vorzulegen, um den Beschuldigten zu zeigen, dass deren Schuld schon feststeht und um die Anschuldigungen zu untermauern (Maximierungstaktiken – Übertreibung und Betonung der vorhandenen Beweise). In Studien sowie in realen Fällen hat sich jedoch gezeigt, dass das Vorhalten falscher Beweise dazu führen kann,

⁴⁵ Z. B. „Es gibt überhaupt keine Zweifel daran, dass Sie die Tat begangen haben“; *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Essentials of the Reid technique: Criminal interrogation and confessions, S. 269.

⁴⁶ Z. B. *Horgan/Russano/Meissner/Evans*, Psychology, Crime & Law 2012, 65; *Russano/Meissner/Narchet/Kassin*, Psychological Science 2005, 481.

⁴⁷ *Kassin/Goldstein/Savitsky*, Law and Human Behavior 2003, 187; *Narchet/Meissner/Russano*, Law and Human Behavior 2011, 452.

⁴⁸ *Volbert/May*, Recht & Psychiatrie 2016, 4.

⁴⁹ *Neuschatz/Lawson/Swanner/Meissner*, Law and Human Behavior 2008, 137.

⁵⁰ *Garrett*, Columbia Law Review 2008, 55.

⁵¹ *Leo*, in: *Eidam/Lindemann/Ransiek* (Hrsg.), Interrogation confession and truth: Comparative studies in criminal

procedure, 2020, 183; *Meissner/Russano/Narchet*, in: *Lasiter/Meissner* (Hrsg.), Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations, 2010, 111.

⁵² *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Essentials of the Reid technique: Criminal interrogation and confessions.

⁵³ *Gudjonsson*, The psychology of interrogations and confessions, S. 11.

⁵⁴ *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Essentials of the Reid technique: Criminal interrogation and confessions, S. 155.

⁵⁵ Z. B. *DePaulo/Lindsay/Malone/Muhlenbruck/Charlton/Cooper*, Psychological Bulletin 2003, 74; *Luke*, Perspectives on Psychological Science 2019, 646; *Vrij/Hartwig/Granhag*, Annual Review of Psychology 2019, 295.

dass Personen eher dazu bereit sind ein falsches Geständnis abzulegen.⁵⁶ Die Wahrscheinlichkeit falscher Geständnisse erhöht sich sogar schon, wenn fälschlicherweise behauptet wird man besitze Beweise, die noch ausgewertet werden müssten (ohne explizite Angabe, dass diese den/die Beschuldigte belasten).⁵⁷ Eine solche Täuschung (Bluff) wird von unschuldigen Personen oft als Versprechen für eine spätere Aufklärung gesehen: Sie gestehen dann in dem Glauben falsch, dass die Analyse der entsprechenden Beweise (z. B. DNA-Spuren) ihre Unschuld später zeigen wird. Das Vorbringen falscher Beweise ist in Deutschland rechtlich nicht zulässig.

Im Fall von *Ulvi K.* gibt es Hinweise auf die Anwendung der *Reid-Technik* und insbesondere von Minimierungs- und Maximierungstaktiken. Beispielsweise weisen Notizen des Ermittlungsführers der *SOKO Peggy 2* darauf hin, dass verbales und nonverbales Verhalten von *Ulvi K.* im Sinne der *Reid-Technik* interpretiert wurde. So notierte er verschiedene Verhaltensweisen von *Ulvi K.*, die für seine Schuld sprechen sollten (z. B. *Ulvi K.* sei erkennbar nervös, antworte nicht sofort bei kritischen Fragen, zeige an nicht angebrachten Stellen ein Lächeln).⁵⁸ Weiter merkte die OFA in ihrer Vernehmungsplanung an, die Vernehmung in einer „ruhigen, ungestörten und reizarmen Atmosphäre“ durchzuführen und *Ulvi K.* keine „Fluchtmöglichkeiten wie z. B. Poster oder sonstige Bilder an der Wand“ anzubieten. Auch die Autoren der *Reid-Technik* empfehlen für die Vernehmung einen ruhigen Raum ohne Ablenkungen. Unter anderem sollen demnach keine Ornamente, Bilder oder andere Objekte sichtbar sein, die den/die Beschuldigte*n ablenken.⁵⁹

Außerdem lassen sich Belege für die Anwendung von Minimierungstaktiken finden. So kann als Minimierung der rechtlichen Konsequenzen betrachtet werden, dass die Vernehmenden *Ulvi K.* sagten, er könne die Wahrheit sagen, denn für ihn werde sich nichts ändern, er werde sowieso in der Psychiatrie bleiben und nicht ins Gefängnis kommen.⁶⁰ Eine

Minimierung moralischer Konsequenzen erfolgte beispielsweise dadurch, dass die Vernehmenden sagten, *Ulvi K.* sei für sie kein Mörder und man denke eher, dass da was passiert sei, was ihm leidtue. Weiter lassen sich Hinweise auf Maximierungstaktiken wie aggressives Verhalten der Polizist*innen in den Akten finden.⁶¹ Beispielsweise gab ein Pfleger der Psychiatrie an, dass er mitbekommen habe wie *Ulvi K.* sehr lautstark angeschrien worden sei und wie die Vernehmenden auf den Tisch geschlagen hätten.⁶² Auch in anderen Vernehmungen sei es dazu gekommen, dass die Polizei Zeug*innen angeschrien und als Lügner*innen bezeichnet habe.⁶³ Außerdem zeigen die Vernehmungsprotokolle, dass *Ulvi K.* wiederholt die gleichen Fragen gestellt wurden und Antworten, die nicht den Vorstellungen der Vernehmenden entsprachen, nicht akzeptiert wurden. So wurde *Ulvi K.* beispielsweise in der Vernehmung am 2. Juli 2002 mehrmals gefragt, wie das Blut von *Peggy* an seinen Overall gekommen sei und wo ihr Schulkoffer sei. Sein mehrmaliges Bestreiten, dass das kein Blut von *Peggy* sein könne und er nicht wisse, wo der Schulkoffer sei, wurde von den Vernehmenden nicht akzeptiert.

Im Einklang mit der *Reid-Technik* wurde *Ulvi K.* auch mit falschen Beweisen konfrontiert. Am Tag der Vernehmung, bei der es zu einem Geständnis kam, konfrontierten ihn zwei Vernehmende fälschlicherweise damit, dass sie Blut an seinem Overall gefunden hätten (laut Angaben der Polizeibeamten sei dies eine „unbewusste Irreführung“ gewesen⁶⁴). Schließlich legen auch journalistische Recherchen nahe, dass die *Reid-Technik* in diesem Fall angewendet worden sein könnte: Zwei Journalist*innen fanden heraus, dass mit der Gründung der *SOKO Peggy 2* zwei neue Polizeibeamte in das Ermittlungsteam kamen, die in der *Reid-Technik* geschult worden waren.⁶⁵

Auch losgelöst vom Fall *Ulvi K.* ergeben sich für Deutschland Hinweise, dass Minimierung und Maximierung in der polizeilichen Lehre und Praxis explizit oder implizit (unter anderem Namen oder ohne klare

⁵⁶ Z. B. Kassin/Kiechel Psychological Science 1996, 125; <https://www.nytimes.com/2008/01/19/nyregion/19tankl-eff.html> (abgerufen am 12.01.2022).

⁵⁷ Perillo/Kassin, Law and Human Behavior 2011, 327.

⁵⁸ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 244/245.

⁵⁹ Inbau/Reid/Buckley/Jayne, Essentials of the Reid technique: Criminal interrogation and confessions, S. 47.

⁶⁰ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 233.

⁶¹ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 161.

⁶² Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 235.

⁶³ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 227; Rödel, Weggesperrt, S. 19-21.

⁶⁴ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 232.

⁶⁵ Jung/Lemmer, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, S. 243.

Benennung) angewendet wurden.⁶⁶ So wurde die *Reid-Technik* in der Vergangenheit in Bayern gelehrt⁶⁷ und auch in anderen Einzelfällen von falschen Geständnissen lässt sich die Anwendung von Minimierungs- und Maximierungstaktiken nachzeichnen.⁶⁸ Allgemein empfehlen neben der *Reid-Technik* auch andere Vernehmungstechniken wie die *RPM-Methode*⁶⁹ oder die *Mr. Big Technik*⁷⁰ die Anwendung von Minimierungs- und Maximierungstaktiken und sind deshalb aus aussagepsychologischer Perspektive abzulehnen.

Neben geständnisorientierten Vernehmungstaktiken können beispielsweise auch eine lange Befragungsdauer, soziale Isolation oder Schlafmangel das Risiko falscher Geständnisse erhöhen. Eine lange Vernehmungsdauer kann dazu beitragen, dass Beschuldigte die Vernehmung als unangenehm empfinden, sie beenden wollen und ein Geständnis als einzigen Ausweg sehen (besonders wenn ein wiederholtes und anhaltendes Bestreiten von den Vernehmenden nicht akzeptiert wird).⁷¹ Im Einklang damit fand eine Analyse von 125 nachgewiesenen Fällen falscher Geständnisse, dass die durchschnittliche Befragungsdauer bei rund 16 Stunden lag und nur in 16 % der Fälle unter sechs Stunden dauerte.⁷² Auch die soziale Isolation von relevanten Bezugspersonen kann zu erhöhtem Stress und zur Verzweiflung führen, was wiederum den Wunsch verstärkt, die unangenehme Vernehmungssituation zu beenden.⁷³ Untersuchungen zeigen außerdem, dass Schlafmangel zu einer erhöhten Suggestibilität sowie zu einer erhöhten Bereitschaft, ein Geständnis zu unterzeichnen, führt.⁷⁴

Im Fall von *Ulvi K.* kam es mehrfach zu langen Vernehmungen, die oft mehrere Stunden andauerten (z. B. an einem Tag bis zu neun Stunden mit

Unterbrechungen). Außerdem wurde er insgesamt an 40 Tagen von der Polizei vernommen.⁷⁵ Aufgrund der hier skizzierten vernehmungsbedingten Risikofaktoren (Schuldüberzeugung der Vernehmenden, Anwendung von Minimierungs- und Maximierungstaktiken, lange Vernehmungsdauer bei zahlreichen Vernehmungen) liegen im Fall von *Ulvi K.* somit Bedingungen vor, die die Wahrscheinlichkeit von unzuverlässigen Angaben und falschen Geständnissen deutlich erhöhen.

D. Personenbedingte Risikofaktoren

Neben vernehmungsbedingten Risikofaktoren können auch Faktoren, die sich auf die Person des/der Beschuldigten beziehen, das Risiko falscher Geständnisse erhöhen. Solche personenbedingten Risikofaktoren sind beispielsweise jugendliches Alter, psychische Störungen oder psychische Ausnahmezustände aufgrund von Alkohol-, Drogen- oder Medikamenteneinfluss (oder Entzug).⁷⁶ Insbesondere Personen mit einer Intelligenzminderung sind in Fällen von falschen Geständnissen überrepräsentiert und besonders anfällig für vernehmungsbedingte falsche Geständnisse.⁷⁷ Beispielsweise fanden *Drizin* und *Leo* in ihrer Analyse, dass 22 % der Beschuldigten, die ein falsches Geständnis abgelegt hatten, auch intelligenzgemindert waren.⁷⁸ Eine weitere Studie zeigte, dass Personen, die falsch gestanden, einen niedrigeren Intelligenzquotienten erzielten als Personen, die bestritten, oder als Personen, die an ihren Geständnissen festhielten.⁷⁹ Unter einer Intelligenzminderung versteht man nach ICD-10 ein Zustand von verzögerter oder unvollständiger Entwicklung der geistigen Fähigkeiten und Personen, die einen Intelligenzquotienten von unter 70

⁶⁶ Schneider/May, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2021, 355.

⁶⁷ <https://www.abendblatt.de/hamburg/article107025567/Verhoermit-Psycho-Tricks.html> (abgerufen am 05.01.2022); Bayerischer Landtag, Schriftliche Anfrage des Abgeordneten Florian Ritter SPD vom 04.06.2014 Ausbildung in und Nutzung der REID-Methode durch bayerische Behörden, insbesondere bei den Ermittlungen zur Ceska-Mordserie. https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP17/Drucksa-chen/Schriftliche%20Anfragen/17_0002778.pdf (abgerufen am 05.01.2022).

⁶⁸ Z. B. May, in: Bischoff/Juwig/Sommer (Hrsg.), Bekenntnisse, Formen und Formeln, Berlin, 2019, S. 101.

⁶⁹ Napier/Adams, FBI Law Enforcement Bulletin 1998, 11.

⁷⁰ Smith/Stinson/Patry, Psychology, Public Policy, and Law 2009, 168.

⁷¹ Kassir/Drizin/Grisso/Gudjonsson/Leo/Redlich, Law and Human Behavior 2010, 3.

⁷² In nur 44 Fällen waren Informationen zur Länge der Befragung vorhanden. Drizin/Leo, N.C. L. Rev. 2004, 891.

⁷³ Kassir/Drizin/Grisso/Gudjonsson/Leo/Redlich, Law and Human Behavior 2010, 3.

⁷⁴ Blagrove, Journal of Experimental Psychology: Applied 1996, 48; Frensdorff/Berkowitz/Loftus/Fenn, Proceedings of the National Academy of Sciences 2016, 2047.

⁷⁵ <https://www.zdf.de/dokumentation/hoellental/hoellental-112.html> (abgerufen am 13.01.2022).

⁷⁶ Gudjonsson, The psychology of interrogations and confessions, S. 318.

⁷⁷ Kassir/Drizin/Grisso/Gudjonsson/Leo/Redlich, Law and Human Behavior 2010, 3.

⁷⁸ Drizin/Leo, N.C. L. Rev. 2004, 891.

⁷⁹ Gudjonsson, Personality and Individual Differences 1991, 503.

haben, werden als intelligenzgemindert eingestuft.⁸⁰ Gründe für das erhöhte Risiko von intelligenzgeminderten Personen falsche Geständnisse abzulegen, liegen unter anderem darin, dass sie es Autoritäten Recht machen wollen, eine kurze Aufmerksamkeitsspanne und wenig Impulskontrolle haben.⁸¹ Personen mit Intelligenzminderung geben eher suggestiven Fragen nach und ändern ihre Antworten als Reaktion auf negatives Feedback.⁸² Außerdem verstehen sie oft den Ablauf von Strafverfahren nicht bzw. können die Konsequenzen von Entscheidungen und Handlungen nicht überblicken. Deshalb ist besonders in diesen Fällen eine anwaltliche Vertretung zur Einschätzung des Sachverhalts und der Verfahrensmöglichkeiten relevant.

Bei *Ulvi K.* wurde in einem psychiatrischen Gutachten ein Intelligenzquotient von 67 angegeben.⁸³ Er ist demnach laut ICD-10 intelligenzgemindert. In 18 Vernehmungen wurde er ohne Anwalt befragt und in drei dieser Vernehmungen gestand er *Peggy* umgebracht zu haben. Es besteht also die Denkmöglichkeit, dass er aufgrund seiner Intelligenzminderung den manipulativen, suggestiven und druckausübenden Vorgehensweisen der Polizei nachgab und seine Aussage entsprechend der Vorannahme der Polizei anpasste.

E. Kumulatives Risikomodell falscher Geständnisse

Bei vernehmungsbedingten falschen Geständnissen kommt es oft zu einem Zusammentreffen vernehmungsbedingter und personenbedingter Risikofaktoren. Laut dem kumulativen Risikomodell falscher Geständnisse summieren sich die ungünstigen Umstände bei unschuldig Beschuldigten im Laufe eines Strafverfahrens.⁸⁴ In der ersten Stufe („dem informellen Vorgespräch“) können unschuldig Beschuldigte einen Nachteil haben, da sie davon ausgehen, dass sie nichts zu verbergen haben. Daher verzichten sie öfters auf ihr Schweigerecht und verlangen seltener eine/n Anwalt/Anwältin als schuldige Beschuldigte.

In der zweiten Stufe („Beschuldigtenvernehmung“) kann es dann dazukommen, dass sich

unschuldig Beschuldigte Vernehmenden gegenübersehen, die von ihrer Schuld überzeugt sind und sie manipulativ befragen (z. B. unter Anwendung von Minimierung und Maximierung). Weisen die Beschuldigten außerdem noch personenbedingte Risikofaktoren auf (z. B. jugendliches Alter, Intelligenzminderung), vergrößert das ihre nachteilige Situation und das Risiko eines falschen Geständnisses.

Legen unschuldig Beschuldigte daraufhin ein falsches Geständnis ab, führt dies in der dritten Stufe dazu, dass Vernehmende nun noch mehr von der Schuld der Beschuldigten überzeugt sind. In der Folge kann ein Geständnis sogar die Beurteilung anderer, vermeintlich unabhängiger Beweise, wie zum Beispiel Augenzeugenidentifikationen⁸⁵ oder Alibizeug*innen⁸⁶ schuldverzerrend beeinflussen. Außerdem führen hypothesenkonträre Informationen nach einem Geständnis häufig nicht zur Verwerfung der Hypothese.⁸⁷ Stattdessen werden vor allem Hinweise fokussiert, die die vorher gefasste Schuldhypothese bestätigen.⁸⁸

Das Ergebnis in der vierten Stufe ist ein Geständnis, das glaubhaft wirkt, da es „Täterwissen“ enthält (z. B. durch die Polizei in Vorhalten vermittelte Inhalte) und scheinbar durch weitere Beweise gestützt wird (da das Geständnis die Bewertung anderer Beweise schuldverzerrend beeinflusste). Bei Erreichen dieser Stufe ist es wahrscheinlich, dass es zu einer Fehlverurteilung kommt. Eine Studie konnte zeigen, dass Richter*innen zwar Geständnisse, die bei starkem Vernehmungsdruck zustande gekommen sind als unfreiwillig und unzulässig einstufen, aber die Verurteilungsquote im Vergleich zur Bedingung ohne Geständnis trotzdem erhöht war.⁸⁹ Das starke Vertrauen in die Korrektheit der Geständnisse kann sich somit auch auf Richter*innen und Staatsanwälte*innen übertragen und zu einer Fehlverurteilung beitragen. Schließlich verhindern so zustande gekommene Geständnisse und die Beeinflussung von anderen Beweisen in der fünften Stufe auch häufig erfolgreiche Anträge auf Wiederaufnahmeverfahren. Gelingt es in aufwändigen Verfahren,

⁸⁰ ICD-10-GM Version 2021, Systematisches Verzeichnis, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, Stand: 18. September 2020.

⁸¹ *Perske*, Mental Retardation 2004, 484.

⁸² *Everington/Fulero*, Mental Retardation 1999, 212.

⁸³ *Rödel*, Weggesperrt, S. 68.

⁸⁴ *Scherr/Redlich/Kassin*, Perspectives on Psychological Science 2020, 353.

⁸⁵ *Hasel/Kassin*, Psychological Science 2009, 122.

⁸⁶ *Marion/Kukucka/Collins/Kassin/Burke*, Law and Human Behavior 2016, 65.

⁸⁷ *Drizin/Leo*, N.C. L. Rev. 2004, 891; *Kassin/Bogart/Kerner*, Psychological Science 2012, 41; für einen Überblick siehe *Kassin/Dror/Kukucka*, Journal of Applied Research in Memory and Cognition 2013, 42.

⁸⁸ *Drizin/Leo*, N.C. L. Rev. 2004, 891; *Leo/Ofshe*, Journal of Criminal Law and Criminology 1998, 429.

⁸⁹ *Wallace/Kassin*, Law and Human Behavior 2011, 151.

Personen nachträglich ihre Unschuld nachzuweisen, leiden sie trotzdem häufig noch unter einem negativen sozialen Stigma.⁹⁰

Auch im Fall von *Ulvi K.* kumulierten vernehmungsbedingte und personenbedingte Faktoren und mündeten schließlich in einem Fehlurteil. Als unschuldige Person machte *Ulvi K.* kein Gebrauch von seinem Schweigerecht und stimmte vielmehr auch Vernehmungen ohne seinen Anwalt zu. Aufgrund seiner Intelligenzminderung ist es denkbar, dass er leicht in seinen Entscheidungen und Aussagen beeinflussbar war. Diese personenbedingten Risikofaktoren trafen dann mit schuldüberzeugten Vernehmenden zusammen. Im Einklang damit finden sich Hinweise auf die Anwendung geständnisorientierter Minimierungs- und Maximierungstaktiken. Das Geständnis von *Ulvi K.* könnte zur Bekräftigung der Schuldannahme geführt haben, woraufhin die Ermittelnden widersprüchliche Beweise ignorierten oder umdeuteten. So führte beispielsweise das Nichtauffinden der Leiche von *Peggy* an den von *Ulvi K.* angegebenen Orten oder das Vorhandensein von Alibis der angeblichen Komplizen nicht dazu, dass die Schuldüberzeugung verworfen wurde. Vielmehr gingen die Ermittelnden weiterhin davon aus, dass er die Tat begangen hatte und versuchten, den Fall so zu konstruieren, dass nur er der Täter gewesen sein konnte. Die Täterschaft von *Ulvi K.* wurde so durch ein scheinbar glaubhaftes Geständnis gestützt und der Einfluss der Tathergangshypothese sowie der zahlreichen implizit und explizit druckausübenden Vernehmungen ignoriert. Auch das Gericht, die Staatsanwaltschaft und der Sachverständige glaubten dem Geständnis. Schlussendlich führten die hier cursorisch diskutierten Risikofaktoren zu einer Verurteilung einer unschuldigen Person wegen Mordes.

F. Was kann man gegen falsche Geständnisse tun?

Falsche Geständnisse und daraus folgende Fehlurteile können einerseits gravierende persönliche Folgen

nach sich ziehen (z. B. Freiheitsentzug, soziale, emotionale und berufliche Schäden) und andererseits negative gesellschaftliche Auswirkungen haben (z. B. Täter*innen bleiben in Freiheit und begehen weitere Straftaten⁹¹, Vertrauensverlust der Bevölkerung in die Arbeit von Strafverfolgungsbehörden). Um zu verhindern, dass es zu falschen Geständnissen kommt, werden international verschiedene Maßnahmen angewandt. Mindeststandard für eine Überprüfung des Zustandekommens von Geständnissen, aber auch einer zuverlässigen Ermittlungsarbeit, ist eine vollständige audio(visuelle) Dokumentation der Vernehmung. Sie ist in Deutschland seit 2020 bei bestimmten Tatvorwürfen (Tötungsdelikten) oder Personengruppen verpflichtend (Beschuldigte mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schweren seelischen Störung, Jugendliche in bestimmten Fällen).⁹² Außerdem ist ein systematisches und ergebnisoffenes Vernehmungskonzept notwendig, um das Risiko falscher Geständnisse zu reduzieren. Entsprechende Modelle zur polizeilichen Vernehmung (z. B. *PEACE*-Modell⁹³, *CREATIV*⁹⁴), die schon seit Jahrzehnten in anderen Ländern wie Großbritannien oder Norwegen angewendet werden, könnten hierfür auf den deutschen Kontext übertragen werden. Ein Anknüpfungspunkt für die Entwicklung eines Vernehmungskonzepts stellen auch die im Mai 2021 veröffentlichten *Mendéz-Prinzipien zu Effektiven Vernehmungen in Ermittlungen und Informationssammlungen* dar.⁹⁵ Die *Mendéz-Prinzipien* beschreiben (Mindest)Standards, die Behörden bei der Effizienzsteigerung von Vernehmungen unterstützen und gleichzeitig die Menschenrechte der befragten Personen stärken. Außerdem ist es wichtig, dass gerade bei Personen mit kognitiven Beeinträchtigungen und Jugendlichen ein/e Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder eine verantwortliche Person bei der Vernehmung anwesend ist, um die Rechte der/des Beschuldigten zu wahren und die Konsequenzen von Entscheidungen adäquat einschätzen zu

⁹⁰ Scherr/Normile/Putney, *Psychology, Public Policy, and Law* 2018, 341.

⁹¹ *Michael Mager* wurde 1984 wegen Mordes an einer 77-jährigen Frau verurteilt und 1996 in einem Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen, da der Serienmörder *Thomas Rung* die Tat begangen hatte. *Michael Mager* hatte ein falsches Geständnis gegenüber der Polizei abgelegt. Herr *Rung*, der sich aufgrund der scheinbaren Fallklärung (Verurteilung von Herrn *Mager*) weiterhin in Freiheit befand, tötete fünf weitere Personen. <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/panorama/justizirrtum-unschuldig-im-gefaengnis-e151931/?reduced=true> (abgerufen am 12.01.2022).

⁹² § 136 Abs. 4 StPO; § 70c Abs. 2 JGG.

⁹³ *PEACE* ist ein Akronym für *Preparation and planning, Engage and explain, Account, Closure, Evaluation; Bull/Milne*, in: Pozzulo/Pica/Sheahan (Hrsg.), *Memory and sexual misconduct: Psychological research for criminal justice*, New York, 2020, 198.

⁹⁴ *CREATIV* ist ein Akronym für *Communication, Rule of law, Ethics and empathy, Active consciousness, Trust through openness, Information, Verified; Bull/Rachlew*, in: Barela/Fallon/Gaggioli/Ohlin (Hrsg.), *Interrogation and torture: Integrating efficacy with law and morality*, New York, 2020, 171.

⁹⁵ https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/apr_PoEI_EN_08.pdf (abgerufen am 12.01.2022).

können. Um zuverlässig einschätzen zu können, ob relevante Risikofaktoren beim Zustandekommen von Geständnissen vorgelegen haben, ist es in besonderen Fällen ratsam zur aussagepsychologischen Beurteilung eine/n Sachverständige*n zu konsultieren.⁹⁶

G. Fazit

Falsche Geständnisse kommen vermutlich häufiger vor, als man zunächst annehmen würde. Sie lassen sich jedoch nicht ohne weiteres von wahren Geständnissen unterscheiden.⁹⁷ Um ein falsches Geständnis erkennen zu können, ist es essentiell, die Entstehung und Entwicklung eines Geständnisses nachvollziehen zu können. Vernehmungsbedingte falsche Geständnisse zeichnen sich dadurch aus, dass unschuldig Beschuldigte gestehen, um die unangenehme Befragungssituation zu beenden. Meist gehen sie davon aus, dass sich ihre Unschuld im weiteren Verlauf zeigen wird. Vernehmungsbedingte Risikofaktoren wie Minimierung, Maximierung und eine lange Vernehmungsdauer sowie personenbedingten Risikofaktoren wie eine Intelligenzminderung, jugendliches Alter und psychische Ausnahmezustände erhöhen die Wahrscheinlichkeit falscher Geständnisse. Es ist dringend notwendig, dass polizeiliche, juristische und politische Entscheidungsträger*innen Maßnahmen einleiten, um das Risiko vernehmungsbedingter falscher Geständnisse gezielt zu reduzieren.

⁹⁶ Zwar gab es auch im Verfahren gegen *Ulvi K.* ein Gutachten, das sich mit der Glaubhaftigkeit des Geständnisses auseinandersetzte, jedoch wurde kein aussagepsycho-

logischer, sondern ein psychiatrischer Sachverständiger damit beauftragt.

⁹⁷ *Kassin/Meissner/Norwick*, *Law and Human Behavior* 2005, 211.

Tiergefahr versus Elternpflichten

- Zur Gefährdungshaftung innerhalb der Familie am Beispiel der Entscheidung des BGH vom 15.12.2020 – VI ZR 224/20 – FamRZ 2021, 425 -

Von Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. Frank Klinkhammer, Düsseldorf/Karlsruhe*

Das Familienrecht ist nur eingeschränkt examensrelevant. Gegenstand der Staatlichen Pflichtfachprüfung können aber unter anderem die Grundzüge des Rechts der elterlichen Sorge (§§ 1626 ff. BGB) sein.¹ Das Deliktsrecht des BGB ist dagegen in vollem Umfang möglicher Prüfungsgegenstand.² Die Grundsätze der Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) sollten daher jeder Examenkandidatin und jedem Examenkandidaten geläufig sein. Der folgende Fall ist vor nicht allzu langer Zeit vom für das Haftpflichtrecht zuständigen VI. Zivilsenat des BGH entschieden worden. Der Fall spielt im Schnittbereich der beiden genannten Rechtsgebiete und könnte daher lohnenden Examensstoff bieten. Der Sachverhalt ist einfach, was man hingegen von der Falllösung nicht sagen kann. Zunächst werden hier der Fall und die Entscheidung des BGH referiert (A). Anschließend wird die Falllösung in Form eines Kurzgutachtens aufbereitet (B). Zum Schluss soll die BGH-Entscheidung einer Kritik unterzogen werden (C).

A. Fall und Entscheidung des BGH

I. Fall

Die Klägerin nimmt den beklagten Haftpflichtversicherer aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz in Anspruch.

Das Sorgerecht für die Klägerin steht ihren getrenntlebenden Eltern gemeinsam zu. Die Klägerin lebt mit ihrer Mutter in einem gemeinsamen Haushalt. Der Vater der Klägerin ging mit ihr und seinem angeleinten Hund spazieren. Als der Hund unvermittelt die Laufrichtung änderte, stolperte die zu diesem Zeitpunkt drei Jahre alte Klägerin über die sich plötzlich straffende Hundeleine und stürzte auf ihr Gesicht. Der Vater der Klägerin unterhielt eine Tierhalterhaftpflichtversicherung bei der Beklagten. Die Mutter und der Vater der Klägerin unterzeichneten eine Vereinbarung, wonach der Vater der Klägerin sämtliche Ansprüche, die ihm gegen die Beklagte aus dem Versicherungsverhältnis aufgrund des Schadensereignisses zustehen, an die Klägerin abtritt.

Steht der Klägerin ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den beklagten Haftpflichtversicherer zu?

II. Entscheidung des BGH

Die Klage wurde vom Amtsgericht abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Der BGH hat die vom Landgericht zugelassene Revision zurückgewiesen. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch besteht nach dem BGH jedenfalls deshalb nicht, weil die mangels festgestellten Verschuldens des Vaters der Klägerin allein in Betracht kommende Gefährdungshaftung aus § 833 S. 1 BGB gemäß § 1664 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sei.

Die wesentlichen Erwägungen des BGH sind folgende: Nach § 1664 Abs. 1 BGB hätten die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Diese Privilegierung der Eltern beruhe auf der familienrechtlichen Verbundenheit mit dem geschädigten Kind, welche der Ausübung der Personensorge ein besonderes Gepräge verleihe. Die Haftungsbeschränkung regule, in welchem Umfang die Eltern bei Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber dem Kind haften. Daher gelte sie auch für deliktische Verhaltenspflichten zum Schutz der Gesundheit eines Kindes jedenfalls dann, wenn diese Schutzpflichten ganz in der Sorge für die Person des Kindes aufgehen, da ein Ausschluss des § 1664 Abs. 1 BGB in diesen Fällen mit Wortlaut und Sinn der Vorschrift nicht vereinbar wäre. Darüber hinaus werde durch § 1664 Abs. 1 BGB ein verschuldensunabhängiger Anspruch nach § 833 S. 1 BGB ausgeschlossen. Dies entspreche den Wirkungen einer gesetzlichen Beschränkung der Vertragshaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, die auch auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung durchschlage mit der Folge, dass wegen desselben Verhaltens nach Deliktsrecht keine strengere Haftung statfinde und nicht nur eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit entfalle, sondern auch die Gefährdungshaftung nach § 833 S. 1 BGB. Entsprechendes werde für § 1359 BGB

* Prof. Dr. Klinkhammer ist Mitglied des unter anderem für das Familienrecht zuständigen XII. Zivilsenats des BGH. Er ist seit 2006 Lehrbeauftragter und seit 2017 Honorar-

professor für Bürgerliches Recht der Philipps-Universität Marburg.

¹ § 7 Nr. 2 lit. d hess. JAG.

² § 7 Nr. 2 lit. b hess. JAG.

angenommen. Abweichendes ergebe sich auch nicht, wenn der Regelungszweck des § 1664 Abs. 1 BGB allein darin bestünde, das innerfamiliäre Leben möglichst wenig zu stören. Dass die Eltern der Klägerin getrennt lebten, ändere daran nichts, da es sich auch unter diesen Umständen um familiären Umgang zwischen der Klägerin und ihrem Vater handelte.

Daran ändere sich auch nichts, wenn – was offenbleiben könne – für den Vater der Klägerin Haftpflichtversicherungsschutz bestünde. Es könne offenbleiben, ob der Sorgfaltsmaßstab des § 1664 Abs. 1 BGB bei der Hundehaltung keine Anwendung finde, weil die dafür geltenden Regelungen keinen Raum für einen individuellen Sorgfaltsmaßstab ließen, wie es für § 1359 BGB und § 708 BGB angenommen worden sei bei Schadensfällen im Straßenverkehr nach Verstoß gegen Verkehrsvorschriften. Denn ein Anspruch aus § 833 S. 1 BGB bestehe unabhängig von einer Sorgfaltspflichtverletzung.³

Als der Vater der Klägerin mit ihr einen Spaziergang gemacht habe und sie über die Hundeleine gestolpert sei, habe dieser die elterliche Sorge über sie ausgeübt (§ 1626 Abs. 1, § 1631 Abs. 1 BGB).

B. Kurzgutachten

Im Folgenden soll die Falllösung in Form eines Kurzgutachtens⁴ nachvollzogen werden.

Da sich die Klage gegen den Versicherer richtet, kommt allein ein **Anspruch auf Entschädigungsleistung aus dem Versicherungsvertrag** aufgrund des der Klägerin nach § 398 BGB abgetretenen Rechts ihres Vaters (V) in Betracht. Eine Direkthaftung des Versicherers wie im Straßenverkehr (vgl. § 115 VVG) sieht das Gesetz für die Tierhalterhaftung nicht vor.

I. Anspruch entstanden

1. Versicherungsvertrag, kein Ausnahmetatbestand

Der V ist aufgrund des **Tierhalterhaftpflichtvertrages** mit dem beklagten Versicherer unter anderem gegen Ansprüche aus § 833 BGB versichert (vgl. A.1.1.2 lit. a THV 2020 der *HUK-Coburg*: *Versichert sind Schadensersatzansprüche, die ein Dritter gegen Sie aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts geltend macht, weil das Tier:*

- eine Person verletzt oder getötet hat (Personenschaden).

- ...).⁵

Die Tierhalterhaftpflichtversicherung sieht allerdings **Ausnahmen** vom Versicherungsschutz vor. Nicht vom Versicherungsschutz gedeckt sind Schadensersatzansprüche von Angehörigen, die mit dem Versicherungsnehmer in häuslicher Gemeinschaft leben (A.2.3.2 lit. a THV 2020 der *HUK-Coburg*⁶). Im vorliegenden Fall lebt die Klägerin in einem gemeinsamen Haushalt mit ihrer Mutter. Die Eltern leben getrennt. Die Klägerin ist damit zwar Angehörige des V, es fehlt aber an der häuslichen Gemeinschaft zwischen ihr und dem V als Versicherungsnehmer.

Schadensersatzansprüche der Klägerin sind also vom Versicherungsschutz abgedeckt.

2. Anspruchsinhalt

Der Anspruch aus dem Versicherungsvertrag ist nach den Versicherungsbedingungen für die Tierhalterhaftpflichtversicherung (vgl. B.1.1 lit. a S. 2 THV 2020 der *HUK-Coburg*⁷) auf **Freistellung** (vgl. § 257 BGB) des Versicherungsnehmers (hier: V) vom Schadensersatzanspruch des Geschädigten (hier: Kl.) gerichtet.

Der Versicherungsnehmer kann daher grundsätzlich nicht Zahlung an sich, sondern nur an den Geschädigten verlangen. Wird aber der Anspruch vom Versicherungsnehmer dem Geschädigten abgetreten, so wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen **Zahlungsanspruch** um.⁸ Der abgetretene Anspruch aus dem Versicherungsvertrag ist daher seinem Inhalt nach geeignet, den vorliegend geltend gemachten Zahlungsanspruch zu begründen.

3. Anspruch der Klägerin gegen V aus § 833 S. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen V könnte sich aus § 833 S. 1 BGB ergeben.

a) Rechtsgutsverletzung durch ein Tier, das kein Nutztier ist

§ 833 S. 1 BGB setzt die **Tötung oder Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen durch ein Tier** voraus. Im vorliegenden Fall hat die

³ Vgl. dazu Pardey, SVR 2021, 310 (312).

⁴ Zur besseren Lesbarkeit mit zum Teil zusammengefassten Prüfungsschritten und im Urteilsstil. Ausführlich zu Klausurtechnik und Gutachtenstil Dümmler, MLR 2021, 1 ff.

⁵ <https://www.huk.de> (abgerufen am 26.1.2022); ebenso A1-7.4 GDV-Musterbedingungen für die Hundehalterhaft-

plichtversicherung (<https://www.gdv.de>; abgerufen am 26.1.2022).

⁶ Fn. 5.

⁷ Fn. 5; ebenso A1-4.1 GDV-Musterbedingungen (Fn. 5).

⁸ BGH NJW 2018, 1873 mwN; Stadler, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, §§ 256, 257 Rn. 5.

Klägerin durch den Sturz auf das Gesicht eine Körperverletzung erlitten.

Zur Verletzung „**durch**“ das Tier genügt zunächst jede (Mit-)**Verursachung** durch ein Tier. Der Schaden muss nicht durch Beißen, Treten oder Stechen entstanden sein.⁹ Eine Kausalität ist danach im vorliegenden Fall gegeben.

Die in Rechtsprechung und Literatur vertretene Einschränkung auf tiertypisches Verhalten (**Tiergefahr als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal**¹⁰) ist im vorliegenden Fall unproblematisch zu bejahen, weil sich in Form der unvermittelten Richtungsänderung durch den Hund als Ursache der Verletzung der Klägerin unzweifelhaft die spezifische Tiergefahr verwirklicht hat.

Das Tier darf **kein Nutztier** im Sinne von § 833 S. 2 BGB sein. In diesem Fall wäre § 833 S. 1 BGB (**Gefährdungshaftung**) nicht einschlägig, sondern könnte nur ein Anspruch aus § 833 S. 2 BGB (**Haftung für vermutetes Verschulden**) gegeben sein. Nach § 833 S. 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist (**Nutztier**). Bei dem Hund des V handelt es sich nicht um ein Nutztier in diesem Sinne.

b) Haltereigenschaft des V

Der V müsste Halter des Hundes (gewesen) sein. Halter ist, wem aus eigenem Interesse auf längere Zeit die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht, für dessen Kosten aufkommt und das wirtschaftliche Risiko seines Verlustes trägt.¹¹ Eigentum und Recht zum Besitz können gewichtige Indizien für die Haltereigenschaft sein, auch wenn sie für sich genommen noch nicht ausschlaggebend sein müssen.¹²

Die im vorliegenden Fall unproblematische Haltereigenschaft ergibt sich aus dem Eigentum des V und der Tatsache, dass der V eine Haftpflichtversicherung bezüglich des Hundes abgeschlossen hat.

c) Eingrenzung der Haftung aus dem Normzweck (Schutzzweck)

Als weitere Einschränkungen der Norm (neben dem tiertypischen Verhalten, s.o. B.I.3.a) wird etwa die Übernahme der Herrschaft über ein fremdes Tier im eigenen Interesse diskutiert.¹³ Außerdem bejahte das Reichsgericht etwa bei Gefälligkeitsfahrten mit Pferdefuhrwerken einen stillschweigend abgeschlossenen vertraglichen Haftungsverzicht.¹⁴ Dies wird hingegen vom BGH in Übereinstimmung mit seiner übrigen Rechtsprechung nunmehr verneint.¹⁵

Unter den Umständen des vorliegenden Falls kommt eine aus dem Schutzzweck begründete Einschränkung der vom Wortlaut her erfüllten Norm wohl nicht in Betracht.

d) Rechtswidrigkeit, Mitverschulden der Klägerin

Die **Rechtswidrigkeit** der Verletzung ist Voraussetzung auch der Gefährdungshaftung. Die Rechtswidrigkeit wird durch die Verletzung indiziert.¹⁶ Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich.

Für ein **eigenes Mitverschulden** der Klägerin, hier etwa aufgrund Unachtsamkeit, ist die Verschuldensfähigkeit nach §§ 827, 828 BGB erforderlich. Weil die Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, war sie gemäß § 828 Abs. 1 BGB nicht verantwortlich (= nicht verschuldensfähig).

Nach § 254 iVm § 278 BGB ist der Klägerin ein **Verschulden ihres gesetzlichen Vertreters** zuzurechnen. Der V ist nach § 1629 Abs. 1 BGB aufgrund seines Sorgerechts gesetzlicher Vertreter der Klägerin. Zwar ist er nur zur Gesamtvertretung mit der ebenfalls sorgeberechtigten Mutter befugt. Hier genügt indessen das Verschulden eines Vertreters.¹⁷ Dem V müsste also hier Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein. Eine Haftungsmilderung nach § 1664 Abs. 1 BGB auf eigenübliche Sorgfalt (= vereinfachend: Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, § 277 BGB) greift nicht ein, weil diese nur das Innenverhältnis zwischen V und der Klägerin betrifft.

⁹ MüKo-BGB/Wagner 8. Aufl. 2020, § 833 Rn. 12 mwN.

¹⁰ Vgl. MüKo-BGB/Wagner 8. Aufl. 2020, § 833 Rn. 15 mwN; Teichmann, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 833 Rn. 4 mwN; Staudinger/Eberl-Borges, BGB [2018], § 833 Rn. 37 ff.

¹¹ BGH NJW 2014, 2434.

¹² Vgl. Teichmann, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 833 Rn. 3.

¹³ OLG Celle VersR 1990, 794 mwN – Pferdetrainer; ablehnend BGH NJW 2014, 2434 – Hundepension: nur Mitverschulden nach § 254 BGB.

¹⁴ Vgl. RGZ 67, 431 (433 f.).

¹⁵ BGH NJW 1992, 2474; vgl. MüKo-BGB/Wagner 8. Aufl. 2020, § 833 Rn. 25 mwN auch zu weiteren Ansätzen.

¹⁶ Vgl. Teichmann, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 823 Rn. 48.

¹⁷ RGZ 110, 146; Stadler, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 278 Rn. 18.

Nach dem im Fall festgestellten Sachverhalt trifft den V, etwa bei der Aufsicht über die Klägerin, wohl kein Verschuldensvorwurf¹⁸, sodass im Ergebnis ein der Klägerin zuzurechnendes Mitverschulden nicht anzunehmen ist.

e) Konkurrenzen („Überlagerung durch § 1664 Abs. 1 BGB“), Zwischenergebnis

Auch wenn die Anspruchsvoraussetzungen des § 833 S. 1 BGB gegeben sind, könnte dessen Anwendung im Wege der Konkurrenz verdrängt werden. Das wäre der Fall, wenn die Regelung in § 1664 Abs. 1 BGB, die eine Haftung bei Sorgepflichtverletzungen auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt, *lex specialis* zu § 833 S. 1 BGB wäre.

Nach Auffassung des BGH betrifft die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB nicht nur die gleichgerichtete deliktische Verschuldenshaftung. Vielmehr schlage sie auch auf die Gefährdungshaftung durch. Der BGH zieht den Vergleich mit § 1359 BGB (Haftung von Ehegatten untereinander), wofür das bereits von ihm entschieden worden ist.

Nach **anderer Ansicht**¹⁹ handelt es sich bei § 833 S. 1 BGB und § 1664 Abs. 1 BGB um selbständig nebeneinanderstehende Normen, sodass § 833 S. 1 BGB nicht von § 1664 Abs. 1 BGB ausgeschlossen wird.

Die Richtigkeit der Auffassung des BGH dürfte davon abhängen, ob die von ihm selbst angeführte Prämisse erfüllt ist, dass die berührten deliktischen Schutzpflichten ganz in der Sorge für die Person des Kindes **aufgehen**, sodass ein Ausschluss des § 1664 Abs. 1 BGB in diesen Fällen mit Wortlaut und Sinn der Vorschrift nicht vereinbar wäre (BGH aaO Rn. 8). Denn nur in diesem Fall könnte § 1664 Abs. 1 BGB als *lex specialis* gegenüber § 833 S. 1 BGB anzusehen sein. Anders gewendet, müsste sich aus § 1664 Abs. 1 BGB ergeben, dass die Regelung ihrem Sinn und Zweck nach auch einen Ausschluss der Gefährdungshaftung für eigene Haustiere gebietet. Dabei müsste § 1664 Abs. 1 BGB insoweit gegenüber § 833 S. 1 BGB **Vorrang** genießen.

Bedenken gegen die Lösung des BGH ergeben sich daraus, dass § 1664 Abs. 1 BGB auf Pflichten der Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge zugeschnitten ist. Demgegenüber ist § 833 S. 1 BGB selbständig, weil dieser auf der mit der Tierhaltung

begründeten besonderen Gefahrenquelle beruht, ohne dass ein über die bloße Tierhaltung hinausgehendes Verhalten der Eltern erforderlich ist.²⁰ Das Halten des Tieres hat dementsprechend für sich genommen keinen spezifischen Bezug zur Ausübung der elterlichen Sorge. Diese könnte *in concreto* vor allem in der Wahrnehmung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Aufsichtspflicht bestehen. Auch kommen die Förderung des Kindes durch den Umgang mit einem Haustier und die Erziehung zu einem adäquaten Verhalten diesem gegenüber in Betracht. Darin erschöpft sich aber die Tierhaltung keineswegs. Die Tierhaltung ist daher mit anderen Worten keine Teilmenge der Sorgerechtsausübung und hat zu dieser allenfalls Berührungspunkte.

Im **Ergebnis** sind hier (in der Klausur oder mündlichen Prüfung) sicher beide Ansätze vertretbar. Die Problematik und die sich aus den verschiedenen Auffassungen ergebenden Konsequenzen sollten dabei erkannt werden. Nach Auffassung des BGH ist der Anspruch gegen den Versicherer mangels Haftung des V aus § 833 S. 1 BGB (aus Verschulden nach §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 229 StGB) zu verneinen, sodass die Klage abzuweisen ist. Nach der Gegenmeinung ist der Anspruch des V gegeben, sodass die Aktivlegitimation der Klägerin zu prüfen ist.

II. Aktivlegitimation der Klägerin durch Abtretung, Ergebnis

Folgt man der Gegenmeinung, so müsste der Anspruch des V gegen die Beklagte aus dem Haftversicherungsvertrag nach **§ 398 BGB** wirksam an die Klägerin abgetreten worden sein. Der Anspruch hätte sich dann wie ausgeführt (s. B.I.2) vom Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umgewandelt.

Zweifel an der Wirksamkeit der Abtretung könnten sich daraus ergeben, dass der V (*Zedent*) aufgrund der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern gemäß **§ 1629 Abs. 1 S. 1 BGB** auch gesetzlicher Vertreter der Klägerin (*Zessionarin*) ist. Bei gemeinsamer Sorge der Eltern ist eine **Gesamtvertretung**, also eine Vertretung durch beide Eltern erforderlich. Zwar genügt bei der Passivvertretung nach § 1629 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem Elternteil. Die Abtretung erfordert nach § 398 S. 1 BGB aber einen Vertrag, also korrespondierende

¹⁸ Das bezweifelnd Pardey, SVR 2021, 310 (312).

¹⁹ Pardey, SVR 2021, 310 ff.; Staudinger/Heilmann, BGB [2020], § 1664 Rn 37; Hilbig-Lugani, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2017, § 1664 Rn. 25 – wie der BGH nunmehr Lugani, NZFam2021, 267 (268); zweifelnd Wellenhofer,

JuS 2021, 461 f.; wie der BGH Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht 7. Aufl. 2020, § 58 Rn. 67; zum Meinungsstand s. auch Herberger, jM 2021, 398.

²⁰ Pardey, SVR 2021, 310 (311) mwN.

Willenserklärungen beider Vertragspartner. Da für das Kind also eine Willenserklärung abgegeben werden muss, reicht die Alleinvertretung durch einen Elternteil nicht aus.

Nach dem Sachverhalt hat offenbar nur die Mutter für die Klägerin gehandelt, was für sich genommen zunächst nicht ausreicht. Die Alleinvertretung durch die Mutter könnte aber genügen, wenn diese durch V dazu bevollmächtigt worden ist.²¹ Eine Vollmachterteilung kann auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) erfolgen.²² Im vorliegenden Fall ist von einer solchen konkludenten Vollmachterteilung auszugehen, schon weil V ja an dem Abtretungsvertrag beteiligt war und damit sein Einverständnis mit der alleinigen Vertretung der Klägerin durch die Mutter zum Ausdruck gebracht hat.

Es ist aber aus einem weiteren Gesichtspunkt heraus fraglich, ob die Mutter mit **Vertretungsmacht** gehandelt hat. Aus § 1629 Abs. 2 S.1 iVm §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB könnte sich hier ein Ausschluss der Vertretungsmacht ergeben. Zwar handelt es sich nicht unmittelbar um ein Insichgeschäft, weil auf den beiden Seiten (*Zedent* = V; *Zessionar* = Kl., vertreten durch die Mutter) verschiedene Personen stehen. Es ist indessen zu beachten, dass die Mutter ihre Vertretungsmacht teils aus der Bevollmächtigung durch V ableitet, der seinerseits gemäß § 1629 Abs. 2 S. 1 iVm §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB von der Vertretung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluss könnte nicht dadurch umgangen werden, dass der ausgeschlossene Elternteil eine Vollmacht erteilt.²³ Wenn das Rechtsgeschäft dem Kind indessen **lediglich rechtlich vorteilhaft** ist, ist § 1795 BGB in Anlehnung an § 107 BGB teleologisch zu reduzieren und bleibt die Vertretungsmacht des Elternteils bestehen.²⁴ Das ist bei der Abtretung der Entschädigungsforderung der Fall. Denn diese verschaffte der Klägerin lediglich einen rechtlichen Vorteil.²⁵

Im **Ergebnis** besteht nach der – hier weiterverfolgten – Gegenmeinung ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte, sodass der Klage (bei richtiger Ermittlung des ersatzfähigen Schadens nach §§ 249 ff. BGB) stattzugeben ist.

C. Kritik

„Als der Vater der Klägerin mit ihr einen Spaziergang machte und sie über die Hundeleine stolperte, übte dieser die elterliche Sorge über sie aus (§ 1626 Abs. 1, § 1631 Abs. 1 BGB).“ Aus diesem Satz besteht bemerkenswerterweise die gesamte Rechtsanwendung des BGH auf den zu entscheidenden Fall.

Es ist jedoch zu bezweifeln, dass der Satz die rechtlich relevante Sachlage vollständig beschreibt. Denn die Ausübung des Sorgerechts durch V bezog sich vor allem auf die Aufsicht über das Kind und bildet – wie auch weitere Aspekte der Sorgerechtsausübung – nicht den Ansatz für die Haftung des V. Eine fehlerhafte oder unterlassene Ausübung der elterlichen Sorge war nicht die Ursache für die vom Kind erlittene Körperverletzung. Die Schadensursache lag vielmehr im Verhalten des Hundes und ist von der Ausübung der elterlichen Sorge über das Kind zu trennen. Der V war mit anderen Worten nicht nur in Ausübung des Sorgerechts unterwegs, sondern auch in Durchführung der Hundehaltung. Die gesetzliche Tierhalterhaftung aus § 833 S. 1 BGB müsste folgerichtig auch unabhängig davon eingreifen, ob ein vom Tier verletztes Kind des Tierhalters minderjährig oder volljährig ist.

Im Ergebnis vermag der vom BGH der Sache nach aus einer Konkurrenz Betrachtung abgeleitete Ausschluss der Gefährdungshaftung nach § 833 S. 1 BGB durch § 1664 Abs. 1 BGB nicht zu überzeugen. Die Vorschriften beruhen auf unterschiedlichen Haftungsgründen, sodass § 1664 Abs. 1 BGB keine *lex specialis* zu § 833 S. 1 BGB sein kann. Anderes könnte nur gelten, wenn folgender Satz zuträfe: „Indem der Vater der Klägerin einen Hund hielt, übte er die elterliche Sorge über sein Kind aus.“ Das tut er aber gerade nicht.

Ob eine Einschränkung von § 833 S. 1 BGB in Bezug auf Familienangehörige als Geschädigte mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Norm veranlasst sein könnte, ist eine andere, bisher ersichtlich nicht diskutierte Frage.²⁶ Pardey merkt zutreffend an, dass dafür jedenfalls auch der typische Haftpflichtversicherungsschutz in den Blick genommen werden müsste.²⁷ Wie den Standard-Versicherungsbedingungen zu

²¹ Vgl. BGH FamRZ 2020, 1171.

²² NK-BGB/Kaiser, 4. Aufl. 2021, § 1629 Rn. 23.

²³ Zur Frage der – nur begrenzten – Ausschlusswirkung bei nicht verheirateten Eltern, wenn nur ein Teil vom Ausschlussgrund betroffen ist, s. BGH FamRZ 2021, 1127 Rn. 16 ff.

²⁴ Vgl. NK-BGB/Kaiser, 4. Aufl. 2021, § 1629 Rn. 64 mwN.

²⁵ Vgl. Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 107 Rn. 5.

²⁶ S.o. B.I.3.c.

²⁷ Pardey, SVR 2021, 310 (312); zur Wechselbeziehung von Versicherungsschutz und Gefährdungshaftung s. MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 833 Rn. 1 ff.; vgl. – vorwiegend zu § 1359 BGB – auch Erbarth, NZFam 2021, 714 (719 f.) mwN.

entnehmen ist, sollen Familienangehörige aus dem Versicherungsschutz weitgehend ausgenommen werden. Aus den zitierten, konkret auf diese Fallgruppe zugeschnittenen Bedingungen folgt aber zugleich, dass der Ausschluss nur für Haushaltsangehörige gilt.

Ob sich bereits aus § 833 BGB herleiten ließe, dass Familienangehörige generell (unabhängig von der Minderjährigkeit und vom Sorgerecht des Tierhalters) nicht in den Kreis der von § 833 BGB geschützten Personen fallen, hätte eines anderen Ansatzes und jedenfalls vertiefter Betrachtungen bedurft. Solche hat der BGH nicht angestellt. Dafür wäre auch ein besonderer Beitrag erforderlich, dessen Thema dann nicht mehr § 1664 Abs. 1 BGB, sondern allein § 833 BGB sein müsste.

Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte

Von Juniorprofessor Dr. Frank Rosenkranz, Bochum*

A. Bedeutung der Neuerung

Seit dem 1. Januar 2022 enthält das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in den §§ 327 bis 327u Vorschriften, die spezifisch Verbraucherverträge über digitale Produkte adressieren. Damit ist das deutsche allgemeine Zivilrecht nun endgültig in der Digitalisierung angekommen und die umfangreichste Überarbeitung des Schuldrechts in den letzten 20 Jahren findet ihren Abschluss. Wegen ihres weiten sachlichen Anwendungsbereichs wird den neuen Vorschriften in Zukunft ganz erhebliche praktische Bedeutung zukommen.

Dennoch brauchte es dafür die Initiative der Europäischen Union (EU), denn die §§ 327 ff. BGB ergeben als Umsetzung der Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DIRE). Die DIRE regelt die wesentlichen vertraglichen Rechtsbehelfe für sämtliche Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Sie folgt einem Vollharmonisierungsansatz, weshalb von ihren Vorgaben nicht, auch nicht zugunsten des Verbrauchers abgewichen werden darf, soweit das nicht ausdrücklich zugelassen ist. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat sich aber auch außerhalb des Regelungsbereichs eigener Akzente zumeist enthalten¹ und die DIRE weitgehend wortgleich in die §§ 327 ff. BGB überführt.

Im Wesentlichen zeitgleich wurden zudem das Verbrauchsgüterkaufrecht² und das allgemeine Verbrauchervertragsrecht³ modernisiert. Die diesbezüglichen Umsetzungsvorschriften gelten ebenfalls ab 1. Januar 2022 bzw. ab dem 28. Mai 2022.

Markante Charakteristika der §§ 327 ff. BGB sind die Eigenschaft als Verbrauchervertragsrecht, die weitgehende Gleichstellung von einmaligen Austausch- und Dauerschuldverhältnissen und die Erfassung von Daten als Entgelt. Zudem zielen die Regelungen auf Medienneutralität und strengere Vorgaben für die vertragliche Abweichung von objektiven Standards. Zu letzteren zählt außerdem die Pflicht, die gelieferten digitalen Güter auch nach Erfüllung noch zu aktualisieren. Demgegenüber bewegen sich die Rechte und Rechtsbehelfe des Verbrauchers zumeist in bekannten Bahnen.

B. Wesentliche Strukturen der §§ 327 ff. BGB

I. Verhältnis zum übrigen BGB

Zunächst ist aber die ambivalente Stellung der neuen Vorschriften zu erläutern. Obwohl sich die §§ 327 ff. BGB im allgemeinen Teil des Schuldrechts des BGB befinden, gehen sie den Vorschriften des 8. Abschnitts des 2. Buches, also den besonderen Regelungen zu den einzelnen Schuldverhältnissen vor. Das ergibt sich durch entsprechende, neu eingefügte Anordnungen im Kaufrecht in §§ 453 Abs. 1 S. 2 und 3, 475a BGB, im Schenkungsrecht in § 516a BGB,⁴ im Mietrecht in § 578b BGB und für den Werklieferungsvertrag in § 650 Abs. 2 bis 4 BGB. Die genannten Vorschriften verweisen für Verbraucherverträge über digitale Produkte zurück auf die §§ 327 ff. BGB.

Diese etwas ungewöhnliche Regelungstechnik musste der Gesetzgeber wählen, weil die Verträge über die Bereitstellung digitaler Produkte gleichsam diagonal zur Systematik des BGB liegen.⁵ Sie lassen sich zwar als eigenständiger Vertragstyp ansehen,⁶ umfassen aber eine ganze Reihe von bereits im BGB

* Der Autor ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht im digitalen Zeitalter an der Ruhr-Universität Bochum.

¹ Zu einer lobenswerten Ausnahme unten C. IV.

² Durch die Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. 2019 L 136/28; zur entsprechenden Umsetzung z.B. Wendehorst, JZ 2021, 974 ff.; Gelbrich/Timmermann, NJOZ 2021, 1249 ff.; Schörnig, MDR 2021, 1097 ff.; Meller-Hannich, DAR 2021, 493 ff.; Lorenz, NJW 2021, 2065 ff.; Stiegler, AL 2021, 277 ff.

³ Durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur An-

derung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union („Omnibus-RL“), ABl. 2019 L 328/7; zur entsprechenden Umsetzung Birk, GRUR-Prax 2020, 605 ff.; Albrecht, GWR 2021, 273 ff.

⁴ Für das Leihvertragsrecht gibt es hingegen keine Abgrenzungsvorschrift.

⁵ Rosenkranz, JbJZw 2016, 235 (267); abwägend auch Bach, NJW 2019, 1705 (1706).

⁶ Explizit gegen einen eigenständigen Vertragstyp aber Begr. RegE S. 28; im Anschluss daran z.B. Heydn, CR 2021, 709 Rn. 4 f.; BeckOGK-BGB/Fries, 1.1.2022, § 327 Rn. 2.

typisierten Verträgen (v.a. die zuvor genannten). Das ist jedoch nicht ganz ungewöhnlich, denn so betreffen z.B. die §§ 312 ff. BGB nur einen Teil der typisierten Verträge (nur Verbraucher-Unternehmer-Konstellation, nur entgeltliche Verträge) und gelten bspw. die §§ 323 ff. BGB nicht für alle Vertragstypen, weil es bei einigen am Synallagma fehlt.

Die §§ 327 ff. BGB gehen als Spezialregelungen, soweit sie einschlägig sind, zudem den anderen Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB vor. Für diesen Vorrang, insbesondere vor den §§ 280 ff., 323 ff. BGB findet sich freilich kein ausdrücklicher Hinweis im Gesetz.

II. Binnenstruktur

Die Binnenstruktur der neuen Vorschriften orientiert sich an der des Kaufrechts. Sie ist daher für Studierende mit entsprechenden Vorkenntnissen vergleichbar leicht zugänglich. Gleichwohl wären auch hier Verbesserungen möglich gewesen: Insbesondere in den §§ 327m bis 327p BGB wechselt der Regelungsgegenstand häufiger.

In den §§ 327, 327a BGB zum Anwendungsbereich finden sich u.a. die Legaldefinitionen zu „digitalen Inhalten“ und „digitalen Dienstleistungen“. Beide werden von § 327 Abs. 1 BGB zu „digitalen Produkten“⁷ zusammengefasst. Der „Digitale-Inhalte-Vertrag“ ist daher im Grundsatz ein einheitlicher Vertragstyp, bei dem nur punktuell zwischen Verträgen über die einmalige oder solchen über eine dauerhafte Bereitstellung (§ 327e Abs. 1 S. 3 BGB) unterschieden wird.

Vergleichbar mit § 433 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB verpflichtet auch ein „Digitaler-Produkte-Vertrag“ den Unternehmer zu mehreren Handlungen: Er muss zuerst das digitale Produkt bereitstellen und das Produkt muss vertragsgemäß, also mangelfrei sein. § 327b BGB konkretisiert den Inhalt der Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung der digitalen Produkte, § 327c BGB bestimmt die Modalitäten der Rechtsbehelfe des Verbrauchers für den Fall einer Verletzung dieser Pflicht.

Die Anforderungen an die Vertragsgemäßheit digitaler Produkte werden in §§ 327d bis 327g BGB festgelegt. § 327d BGB stellt die entsprechende Pflicht auf und verweist für die Anforderungen auf die nachfolgenden Vorschriften. § 327e Abs. 1 BGB normiert den Produktmangel, also die subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit sowie an die Integration der Produkte. Gemäß § 327f BGB

umfassen die objektiven Anforderungen erstmals ausdrücklich auch Aktualisierungen. Gemäß § 327g BGB muss der Unternehmer schließlich sicherstellen, dass der Verbraucher durch die vertraglich erlaubte Nutzung keine Rechte Dritter verletzt.

§ 327i BGB bestimmt, welche Rechte der Verbraucher im Falle einer nichtvertragsgemäßen Bereitstellung hat: Nacherfüllung nach § 327i BGB, Vertragsbeendigung und Minderung nach §§ 327m, 327n BGB sowie Schadensersatz nach § 280, 327m Abs. 3 BGB und Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB. § 327j BGB bestimmt die Verjährungsfristen, § 327k BG enthält Beweislastregeln nach dem Vorbild von § 477 BGB. Wegen der entsprechenden Vorgaben in der DIRL enthalten die Neuregelungen auch eigene, abschließende Bestimmungen über die Rechtsfolgen einer Vertragsbeendigung oder Minderung in §§ 327n Abs. 4, 327o, 327p BGB und verweisen nicht auf das allgemeine Rücktrittsrecht.

Ausgewählte, besonders drängende Fragen in der Abgrenzung zum Datenschutzrecht werden von § 327q BGB adressiert. § 327r BGB wiederum übernimmt die Vorgaben der DIRL zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Änderung eines über einen Zeitraum bereitgestellten digitalen Produkts durch den Unternehmer während der Vertragslaufzeit. Kommt es durch solche Veränderungen zu Einschränkungen in der Nutzbarkeit, gewährt Abs. 3 ein Vertragsbeendigungsrecht. Gemäß § 327s BGB kann von den Vorschriften der §§ 327 ff. BGB – mit Ausnahme des Schadensersatzanspruchs – auch durch Parteivereinbarung nur zugunsten des Verbrauchers abgewichen werden. In einem eigenständigen Untertitel regeln §§ 327t und 327u BGB den Regress des Unternehmers gegenüber seinen Vertriebspartnern.

C. Anwendungsbereich

Die neuen §§ 327 ff. BGB finden auf alle Verbraucherverträge Anwendung, die eine entgeltliche Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen durch einen Unternehmer zum Gegenstand haben. Für die Qualifikation als Verbraucher und Unternehmer gelten die §§ 13, 14 BGB.

I. Digitale Produkte

Was „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ sind, definieren § 327 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BGB. Hiervon wird eine ganze Palette unterschiedlichster Güter erfasst, wie Software, Apps und digitale Videos,

⁷ Dazu sogleich C. I.

Filme, Musik, Spiele und Bücher sowie soziale Netzwerke, Online-Spiele, Cloudspeicher und Verkaufs-, Buchungs-, Vergleichs-, Vermittlungs- und Bewertungsplattformen oder die Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von und der Zugriff auf Daten in digitaler Form.⁸ Zur Vereinfachung fasst § 327 Abs. 1 S. 1 BGB die beiden Begriffe als „digitale Produkte“ zusammen. In den Anwendungsbereich fallen nach § 327 Abs. 3 BGB ausdrücklich auch solche Verträge, bei denen die digitalen Produkte nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden.⁹

II. Abgrenzung zum Kaufrecht

Angesichts der fortschreitenden Vernetzung von Alltagsgegenständen („*smart home*“) und der Omnipräsenz von Software und digitalen Elementen gestaltete sich die Abgrenzung zum Kaufrecht besonders schwierig. Diesbezüglich stellt zuerst § 327 Abs. 5 BGB klar, dass der Erwerb von digitalen Inhalten den §§ 327 ff. BGB unterfällt unabhängig davon, ob die Lieferung auf einem körperlichen Datenträger oder körperlos erfolgt.

Sachen mit digitalen Elementen werden wiederum gemäß § 327a Abs. 3 BGB allein dem modernisierten Kaufrecht unterworfen, wenn sie in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass sie ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Als Beispiel lässt sich der Rasenmäroboter nennen, der mit eingebetteter Software und App-Steuerung daherkommt,¹⁰ aber auch viele andere *Smart-Home*-Produkte, Wearables, Sprachassistenten oder die zukünftigen selbstfahrenden Autos. Für alle anderen Verbindungen von Sachen und digitalen Bestandteilen gelten gemäß § 327a Abs. 2 BGB zwar die §§ 327 ff. BGB, jedoch in der Regel nur für den Teil des Vertrags, der die digitalen Produkte betrifft. Gleiches gilt nach § 327a Abs. 1 BGB für sog. Paketverträge, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die

Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

III. Die neue Entgeltlichkeit

Die neuen Vorschriften sind zudem nur dann anwendbar, wenn der Verbraucher sich im Gegenzug zur Zahlung von Geld verpflichtet (§ 327 Abs. 1 S. 1 BGB) oder dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet (§ 327 Abs. 3 BGB). Letzteres gilt wiederum nicht, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet.

Diesen Dualismus von Geldzahlung und überschießender Datenhingabe als „neue Entgeltlichkeit“ installiert der Umsetzungsgesetzgeber in Vorwegnahme von Art. 4 Nr. 2 lit. a) und b) Omnibusrichtlinie (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 1a VerbrRRL n.F.) auch als Anwendungsvoraussetzung des allgemeinen Verbrauchervertragsrechts in § 312 Abs. 1 und Abs. 1a BGB. Dieser Gleichlauf ist sicherlich zu begrüßen, stellt in der Sache aber eine Begrenzung des Anwendungsbereichs im Vergleich zur alten Rechtslage dar.¹¹

Das BGB behandelt damit erstmals ausdrücklich das „Bezahlen mit Daten“ und das Bezahlen mit Geld gleich.¹² Die entsprechenden Vorgaben der DRL hatten dem Richtliniengeber viel Lob eingebracht.¹³ Und in der Tat werden damit die immer häufiger auftretende Geschäftsmodelle eines vermeintlich kostenlosen Produkts denselben Regeln unterworfen wie die kostenpflichtigen Angebote.¹⁴ Gleichwohl sind dadurch eine Reihe von Folgefragen aufgeworfen, die jedoch weder durch die Richtlinie noch durch die §§ 327 ff. BGB beantwortet werden.

Es dürfte nun aber klar sein, dass die vertragsrechtliche Willenserklärung iSd §§ 145 ff. BGB und die Einwilligung iSv Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO voneinander unabhängig sind, denn § 327 Abs. 3 BGB stellt

⁸ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327 Rn. 4 f.; Bittner, VuR 2022, 9 (10); Pech, GRUR-Prax 2021, 509.

⁹ Zur Ausnahme vom Widerrufsrecht s. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB.

¹⁰ Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 6.

¹¹ Eingehend dazu Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (201 ff.).

¹² Zum Bezahlen mit Daten eingehend z.B. Hacker, ZfPW 2019, 148 ff.; Mischau, ZEuP 2020, 335 ff.; Schmidt-Kessel/Grimm, ZfPW 2017, 84 ff.; Specht, JZ 2017, 763 ff.; Sattler, JZ 2017, 1036 ff.; Dix, ZEuP 2017, 1 ff.; Linardatos, in: Specht-Riemenschneide/Werry/Werry (Hrsg.) Daten-

recht in der Digitalisierung (2019), S. 506 ff.; sowie monographisch Jöns, Daten als Handelsware (2019); Langhanke, Daten als Leistung (2018).

¹³ Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, GPR 2016, 54 (57 f.); Metzger, AcP 216 (2016), 817 (864 f.); Wendland, EuZW 2016, 126 (131); anlässlich der Umsetzung auch Riehm/Abold, CR 2021, 530 Rn. 58; krit. aber z.B. Härting, CR 2016, 735 (740); Sattler, JZ 2017, 1036 (1041).

¹⁴ Eine rechtliche Abbildung der gesellschaftlichen Wirklichkeit erkennt auch Bittner, VuR 2022, 9 (12); ähnlich Lejeune, ITRB 2021, 87 (94).

– mit dem Wortlaut der Richtlinie – auf die Datenhingebe für die Leistung des Verbrauchers ab. Demgegenüber wurde in der wissenschaftlichen Diskussion überwiegend die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als wesentliche Gegenleistung hervorgehoben.¹⁵ Die Neuregelung soll aber auch Datenverarbeitungen erfassen, die rechtswidrig sind, weil es an einer wirksamen Einwilligung oder anderen Erlaubnistatbeständen iSv Art. 6 Abs. 1 DSGVO fehlt.¹⁶

IV. Verbraucher-Unternehmer-Vertrag

Sowohl die Richtlinie als auch die §§ 327 ff. BGB setzen einen Verbrauchervertrag iSv § 310 Abs. 3 BG voraus.¹⁷ Dazu ist zuerst in personeller Hinsicht erforderlich, dass ein Unternehmer iSv § 14 BGB die vertragstypische Leistung an einen Verbraucher iSv § 13 BGB erbringt.

Zudem muss aber auch überhaupt ein Vertrag bestehen. Das beurteilt sich auch im Hinblick auf ein „Bezahlen mit Daten“ nach den §§ 145 ff. BGB. Deshalb muss nicht jede Bereitstellung von Daten durch den Verbraucher oder Datenerhebung durch den Unternehmer zu einem Vertragsschluss führen, sondern es gelten die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre.¹⁸ Umstritten ist jedoch, inwieweit hier unionsrechtliche Vorgaben zu beachten sind. Zwar lassen Art. 3 Abs. 10 und BE 24 S. 9 DIRL die entsprechenden nationalen Regeln ausdrücklich unberührt. Dennoch soll die Bedeutung des Vertragsbegriffs für den Anwendungsbereich der Richtlinie dafürsprechen, dass dieser unionsautonom auszulegen ist,¹⁹ und somit das Nicht-/Vorliegen eines Vertrages doch von der DIRL vorgegeben sein.²⁰ Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass diese Argumentation auch bei allen ande-

ren verbrauchervertragsrechtlichen Richtlinien²¹ möglich wäre und sie sich dennoch nicht durchgesetzt hat.²² Das Unionsrecht übt sich angesichts der unterschiedlichen Vertragsschlussmechanismen bislang in Zurückhaltung und vertraut darauf, dass die Mitgliedstaaten zumeist zu vergleichbaren Ergebnissen kommen werden.²³

Die DIRL hat außerdem offengelassen, welche Folgen die Ausübung datenschutzrechtlicher Rechte auf einen Digitale-Inhalte-Vertrag mit personenbezogenen Daten als Gegenleistung hat.²⁴ Gemäß § 327q Abs. 1 BGB bleibt die Wirksamkeit des Vertrages von insbesondere Widerruf iSv Art. 7 Abs. 3 DSGVO und Widerspruch iSv Art. 21 DSGVO unberührt. Damit ist vor allem gemeint, dass die Ausübung dieser Rechte keine Schlechtleistung iSv § 323 Abs. 1 BGB darstellt und hiermit kein Rücktritt begründet werden kann. Nach § 327q Abs. 3 BGB löst die Ausübung dieser Rechte zudem keine Ersatzansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher aus. Das ist sicherlich im Einklang mit den Vorgaben der DSGVO,²⁵ weil dadurch den betroffenen Verbrauchern ermöglicht wird, ihre Rechte unbeeinflusst von äußerem Druck wahrzunehmen.²⁶ Da mit dem Wegfall der unternehmerischen Datenverarbeitungsmöglichkeit potentiell auch das Äquivalenzgefüge beeinträchtigt wird, gewährt § 327q Abs. 2 BGB dem Unternehmer bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung ein Sonderkündigungsrecht. Dieses ist jedoch an eine umfassende Interessenabwägung geknüpft, aus der sich ergeben muss, dass dem Unternehmer die Fortsetzung des Vertrages bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist; die entsprechenden Tatsachen muss der Unternehmer darlegen und

¹⁵ Vgl. Kumkar, ZfPW 2020, 306 (326); Faust, Gutachten zum 71. DJT, 2016, A 18; Langhanke/Schmidt-Kessel Eu-CML 2015, 218 (220).

¹⁶ Begr. RegE S. 45; zust. Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 13.

¹⁷ Auch die §§ 327t f. BGB knüpfen an einen solchen Vertrag an. Krit. zur Beschränkung auf das B2C-Geschäft Riehm/Abold, CR 2021, 531 Rn. 59; Rieländer, GPR 2021, 257 (258); das begrüßend Heydn, CR 2021, 709 Rn. 56.

¹⁸ Bspw. zur Anwendbarkeit von § 107 BGB Schrader, JA 2021, 177 ff.

¹⁹ Zum Grundsatz der autonomen Auslegung des Unionsrechts z.B. Schroeder, JuS 2004, 180 (185); Riesenhuber, in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 4 ff.

²⁰ Kramme, RDt 2021, 20 Rn. 11.

²¹ Einen aktuellen Überblick über diese liefert Stürner, Europäisches Vertragsrecht (2021), § 9 Rn. 1.

²² Vgl. Stürner, Europäisches Vertragsrecht (2021), § 13 Rn. 1 ff.; s.a. Riesenhuber, EU-Vertragsrecht (2013), § 1.

²³ Im Ergebnis ebenso Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 16; jurisPK-BGB/Kaesling, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 28. Zum Vertragsbegriff des nicht verabschiedeten Draft Common Frame of Reference, Stürner, Europäisches Vertragsrecht (2021), § 1 Rn. 16.

²⁴ Vgl. BE 40 DIRL.

²⁵ Das Datenschutzrecht wird durch die DIRL nicht berührt, Art. 3 Abs. 8 DIRL.

²⁶ Zu den Grenzen vertraglicher Gestaltungsmacht im Hinblick auf die DSGVO siehe v.a. Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 7 Abs. 4 DSGVO; dazu z.B. Kumkar, ZfPW 2020, 306 (328 f.); Hacker, ZfPW 2019, 148 (182 f.); Golland, MMR 2018, 130 ff.; Engeler, ZD 2018, 55 (56 f.); Metzger, AcP 216 (2016), 817 (824).

ggf. beweisen. Aus Absatz 2 ergibt sich zudem, dass ein vereinbartes ordentliches Kündigungsrecht ebenso ausgeübt werden könnte. Bei Verträgen über eine einmalige Bereitstellung trägt der Unternehmer das Risiko eines späteren Wegfalls der Datenverarbeitungsberechtigung. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass bei solchen Verträgen die wirtschaftlich werthaltigen Verarbeitungsvorgänge sowieso bereits abgeschlossen sind und dem Unternehmer sein Entgelt gleichsam endgültig zugeflossen ist.

D. Bereitstellung und Rechtsbehelfe, §§ 327b, 327c BGB

Als erste Primärpflicht hat der Unternehmer dem Verbraucher die digitalen Produkte bereitzustellen. Diese Verpflichtung folgt als *essentiale negotii* bereits aus der Parteiabrede und wird von §§ 327 Abs. 1, 327b Abs. 1 BGB vorausgesetzt. §§ 327b und 327c BGB regeln den Inhalt dieser Pflicht und die Folgen ihrer Verletzung näher.

I. Pflicht zur Bereitstellung, § 327b BGB

1. Bereitstellungsbegriff

Der Begriff der Bereitstellung ist aus der Richtlinie entnommen und war dem BGB vorher weitgehend fremd.²⁷ Er beschreibt nun die charakteristische Leistung des Digitalen-Produkte-Vertrags, und zwar sowohl für digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen und das wiederum sowohl für körperliche als auch unkörperliche Übermittlungen. Ebenso wie der sachliche Anwendungsbereich der neuen Verträge ist damit auch der Bereitstellungsbegriff denkbar weit und beinahe konturlos.²⁸

2. Inhalt, § 327b Abs. 3, 4 BGB

§ 327b Abs. 3 und 4 BGB versuchen, dies nun zu konkretisieren. Danach müssen digitale Inhalte „zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht“ werden, bei Dienstleistungen genügt, dass sie „zugänglich gemacht“ wird. Die Gesetzesbegründung grenzt diese Begriffe nach dem Maß der Kontrolle des Verbrauchers ab: „zur Verfügung gestellt“ verlangt danach eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit, während „zugänglich machen“ nur eine Möglichkeit zur Nutzung

unter fremder Kontrolle erfordert.²⁹ Was genau geschuldet ist, richtet sich aber zuerst nach der vertraglichen Abrede der Parteien. Je nach Vertragsgegenstand kann daher die Bereitstellungspflicht ganz Unterschiedliches bedeuten. Dem Gesetzgeber schwebte hierbei die unkörperliche Übermittlung per Download oder als Zugriff auf Cloudspeicher vor,³⁰ der Begriff kann aber auch die körperlichen Gebrauchsüberlassungen, Besitzübertragungen oder gar Eigentumsverschaffungen umfassen.³¹

3. Zeitpunkt, § 327b Abs. 2 BGB

Auch der Zeitpunkt der Bereitstellung richtet sich gemäß § 327b Abs. 2 BGB vorrangig nach der Parteiabrede. Mangels einer solchen kann der Verbraucher die Bereitstellung *unverzüglich* nach Vertragsschluss verlangen, der Unternehmer sie *sofort* bewirken. Das entspricht im Wesentlichen § 271 BGB, wonach beide Parteien die entsprechenden Leistungen *sofort* verlangen können.³² „Unverzüglich“ ist grundsätzlich im Einklang mit der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 BGB zu verstehen. Es ist aber zu beachten, dass es sich hier um die Umsetzung des entsprechenden Richtlinienbegriffs handelt,³³ der unionsrechtsautonom auszulegen ist und dessen Verständnis daher für das nationale Recht maßgeblich ist. Beispielsweise muss daher auf ein Verschuldenselement verzichtet werden.³⁴

II. Rechte bei Nicht- oder verspäteter Bereitstellung, § 327c BGB

Im unmittelbaren Anschluss regelt § 327c BGB die Rechte des Verbrauchers bei einer Verletzung der Bereitstellungspflicht iSv § 327b BGB. Eine solche Verletzung liegt vor, wenn die geschuldeten digitalen Produkte gänzlich nicht bereitgestellt werden, die geschuldete Leistung also vollständig ausbleibt.³⁵ Mangels spezifischer Regelung verjähren die Rechte nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 195 ff. BGB.³⁶ Die Darlegungs- und Beweislast für die erfolgte Bereitstellung trifft nach § 327b Abs. 6 BGB stets den Unternehmer.

²⁷ Vgl. § 651q Abs. 1 Nr. 1 und § 675f Abs. 4 BGB.

²⁸ Krit. schon Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (200).

²⁹ Begr. RegE S. 54 a.E.

³⁰ Begr. RegE S. 54; BE 41 DIRL.

³¹ Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (200); im Anschluss daran Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327b Rn. 3.

³² Ähnlich Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327b Rn. 2; Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 16.

³³ Vgl. Art. 5 Abs. 1 DIRL.

³⁴ Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (205); eingehend Fervers, NJW 2021, 3683 Rn. 12 ff.

³⁵ Begr. RegE S. 50; zust. Rieländer, GPR 2021, 257 (261).

³⁶ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327c Rn. 8.

1. Vertragsbeendigung

Gemäß § 327c Abs. 1 BGB kann der Verbraucher den Vertrag beenden, wenn er den Unternehmer nach Fälligkeit zur Bereitstellung aufgefordert hat und der Unternehmer dem nicht unverzüglich oder innerhalb einer ausdrücklich vereinbarten³⁷ anderen Frist nachkommt. Voraussetzung ist also zuerst ein fälliger, einredefreier Anspruch des Verbrauchers auf die Leistung, was insbesondere bei deren Unmöglichkeit nach § 275 BGB ausgeschlossen ist.³⁸ Der Unternehmer verletzt seine Pflicht, wenn er die digitalen Produkte als Ganze nicht oder verspätet bereitstellt. Teil- oder Aliudbereitstellungen sind gemäß § 327e Abs. 2 Nr. 1 lit. a), Abs. 3 S. 1 Nr. 2, Abs. 5 BGB Produktmängel.

Für eine Aufforderung ist es – anders als nach § 323 Abs. 1 BGB – nicht erforderlich, dass der Verbraucher selbst eine angemessene Frist setzt, sondern diese wird von Gesetzes wegen in Gang gesetzt. Eine Aufforderung ist gemäß § 327c Abs. 3 BGB in drei Fällen entbehrlich, die sich sprachlich und inhaltlich an denen des § 323 Abs. 2 BGB orientieren.

Der weite Begriff der Beendigung meint je nach Vertragsinhalt Rücktritt oder Kündigung und ist so an den weiten sachlichen Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB angepasst. Für Erklärung und Rechtsfolgen der Beendigung verweist § 327c Abs. 5 BGB auf §§ 327o, 327p BGB,³⁹ weshalb ein Rückgriff auf §§ 346 ff. BGB ausgeschlossen ist.⁴⁰

Das Vertragsbeendigungsrecht kann sich schließlich gemäß § 327c Abs. 6, 7 BGB auf die Vertragsbündel iSv § 327a BGB erstrecken. Dem Wortlaut nach stellen die Vorschriften hierfür unterschiedliche Voraussetzungen auf; die Gesetzesbegründung erläutert das freilich nicht.⁴¹ Die Erstreckung tritt aber nicht automatisch ein, sondern muss durch Gestaltungserklärung ausgeübt werden;⁴² der Verbraucher hat also diesbezüglich ein Wahlrecht.

2. Schadensersatz

Daneben kann der Verbraucher gemäß § 327c Abs. 2 BGB Ersatz seines Schadens oder vergeblicher Aufwendungen verlangen. Dazu müssen zum einen die Voraussetzungen einer Beendigung nach Abs. 1 vorliegen, zum anderen sind die weiteren Voraussetzungen der §§ 280, 281 Abs. 1 S. 1 und 284 BGB zu prüfen. Die Rechtsgrundverweisung von § 327c Abs. 1 S. 1 BGB a.E. zielt vor allem auf das Vertretenmüssen nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, da die Fristsetzung gemäß § 327c Abs. 2 S. 2 BGB durch die Aufforderung ersetzt wird. Der Verweis umfasst zudem den Verzögerungsschaden nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB.

Außerdem können Schadensersatzansprüche aufgrund von Unmöglichkeit bestehen. Da diese keine Fristsetzung voraussetzen, verweist § 327c Abs. 2 S. 3 BGB vollumfänglich auf §§ 283, 311a Abs. 2 BGB; es handelt sich also auch hier um Rechtsgrundverweisungen.

3. Zurückbehaltung und Zurückweisung

Ein Zurückbehaltungsrecht des Verbrauchers enthalten weder DURL noch §§ 327 ff. BGB. Beide entfalten aber auch keine Sperrwirkung gegenüber § 320 BGB, der also voll zur Anwendung kommt.⁴³

Demgegenüber wird ein Zurückweisungsrecht des Verbrauchers als Verstoß gegen das Gewährleistungsregime der DURL angesehen.⁴⁴

E. Vertragsgemäßheit der Produkte, §§ 327d-327h BGB

Die zweite Primärpflicht des Unternehmers formuliert § 327d BGB nach dem Vorbild von § 433 Abs. 1 S. 2 BGB: Der Unternehmer hat das digitale Produkt frei von Mängeln bereitzustellen. Die diesbezüglichen Anforderungen konkretisieren die §§ 327e bis 327g BGB.

Diese Anforderungen gelten sowohl für einmalige Austauschverträge als auch für Dauerschuldverhältnisse. Das BGB hat also auch ein Dienstvertragsge-

³⁷ Nach dem Gesetzeswortlaut bezieht sich das nur auf Vereinbarungen nach erfolgter Aufforderung. Die Richtlinie enthält diese Beschränkung nicht; § 327c Abs. 1 S. 2 BGB soll nach der Gesetzesbegründung eigentlich auch nicht so zu verstehen sein, vgl. Begr. RegE S. 55.

³⁸ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327c Rn. 2; an der Richtlinienkonformität zweifelt Kramme, RDt 2021, 20 Rn. 14; krit. auch Fervers, NJW 2021, 3681, Rn. 25 f.

³⁹ Dazu unten F. III. 3.

⁴⁰ Begr. RegE S. 58; Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327c Rn. 6; für eine analoge Anwendung zumindest von § 349 BGB argumentiert Stürmer JURA 2022, 32 (37).

⁴¹ Zur inhaltlichen Kritik an § 327c Abs. 7 BGB Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (205); Rieländer, GPR 2021, 257 (264).

⁴² Insoweit soll es sich um eine Rechtsgrundverweisung in das besondere Vertragsrecht des jeweiligen Vertragstyps handeln, vgl. Begr. RegE S. 56; dem folgend Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327c Rn. 6.

⁴³ Vgl. BE 15 S. 1 DURL; Riehm/Abold, CR 2021, 530 Rn. 18.

⁴⁴ Eingehender Rieländer, GPR 2021, 257 (265).

währleistungsrecht erhalten, das freilich auf den Anwendungsbereich der Digitale-Produkte-Verträge begrenzt ist.⁴⁵ Für die Punktverträge wiederum gelten auch die Aktualisierungspflichten des § 327f BGB,⁴⁶ was diese zu verkappten Dauerschuldverhältnissen macht.⁴⁷

I. Produktmängel, § 327e BGB

§ 327e Abs. 1 S. 1 BGB unterteilt die Produktmängel den Art. 6 bis 9 DIRM folgend in subjektive und objektive Anforderungen sowie Anforderungen an die Integration. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist grundsätzlich derjenige der Bereitstellung (§ 327e Abs. 1 S. 2, 3 BGB).

Die subjektiven Anforderungen nennt und definiert § 327e Abs. 2 BGB. Struktur und Diktion entsprechen dem neugefassten § 434 Abs. 2 BGB.⁴⁸ Soweit entsprechende Absprachen getroffen wurden, muss danach das digitale Produkt die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen, sich für die vorausgesetzte Verwendung eignen, mit Anleitungen und Zubehör bereitgestellt und aktualisiert werden. Zur Beschaffenheit zählen insbesondere Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität; diese Begriffe werden in § 327e Abs. 2 S. 2-4 legaldefiniert.

Die objektiven Anforderungen finden sich in § 327e Abs. 3 BGB und sind § 434 Abs. 3 BGB n.F. vergleichbar. Der Kriterienkatalog orientiert sich dabei nicht an der konkreten Vereinbarung der Parteien, sondern am Erwartungshorizont des durchschnittlichen Vertragspartners des jeweiligen Digitale-Inhalte-Vertrags. Daraus ergibt sich die Schwierigkeit, zuerst vergleichbare Produkte zu finden und dann für diese einen einheitlichen Erwartungshorizont zu formulieren.⁴⁹ Das mag für E-Books oder Software funktionieren, andere digitale Produkte entwickeln sich aber oftmals (noch) sehr schnell. Eine zu strenge Handhabung des offenen Mangelbegriffs kann dann Innovation verhindern und Marktzutritte erschweren.⁵⁰

Eine Besonderheit der Neuregelung ist zudem, dass die objektiven Anforderungen stets neben den subjektiven zu erfüllen sind.⁵¹ Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Unionsgesetzgeber befürchtete, die subjektiven Anforderungen würden bei digitalen Produkten durch umfangreiche und intransparente AGB-Gestaltungen zulasten der Verbraucher abgemildert.⁵² Auch deshalb können die Vertragsparteien einen von den objektiven Anforderungen abweichenden Maßstab nur unter den in § 327h BGB aufgeführten Voraussetzungen vereinbaren.⁵³

Da digitale Produkte typischerweise (nur) mithilfe oder auf einem Endgerät funktionieren sollen, stellt § 327e Abs. 4 BGB ausdrücklich Anforderungen an Verbindung und Einbindung des Produkts mit bzw. in die digitale Umgebung des Verbrauchers. Die Definition dieses „Integrationsmangels“ ist wegen des gewünschten Gleichklangs mit den Absätzen 2 und 3 etwas komplizierter geraten als die dazugehörige Richtlinienvorschrift. Gemeint ist, dass eine unsachgemäße Integration nur dann nicht vertragsgemäß ist, wenn diese durch den Unternehmer durchgeführt wurde oder auf einem Fehler in der von ihm bereitgestellten Anleitung beruht. Auch inhaltlich trifft Absatz 4 das von Art. 9 DIRM Gemeinte nicht ganz: Danach ist zuerst ein durch die Integration begründeter Mangel iSv § 327e Abs. 2 oder 3 BGB zu verlangen;⁵⁴ hier soll sich das aus § 327e Abs. 4 S. 2 BGB ergeben,⁵⁵ wenn gleich es dort um den Zweck der Integrationshandlung, nicht aber das Integrationsergebnis geht. Für diesen Mangel haftet der Unternehmer nur, wenn die unsachgemäße Integration durch ihn oder auf Basis seiner fehlerhaften Anleitung durchgeführt wurde. Es handelt sich also eigentlich um eine Haftungsbegrenzung.⁵⁶

⁴⁵ Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (198); zustimmend Witzel, ITRB 2021, 289 (290); ebenso Riehm/Abold, CR 2021, 530 Rn. 7.

⁴⁶ S. unten E. II.

⁴⁷ Dazu auch Wendland, ZglRWiss 118 (2019), 191 (211 ff.); Riehm/Abold, ZUM 2018, 82 (88); Ehle/Kreß, CR 2019, 723 (727 f.); krit. Sattler, CR 2020, 145 Rn. 35.

⁴⁸ Zum neuen Mangelbegriff im Kaufrecht eingehend Gelbrich/Timmermann, NJOZ 2021, 1249 ff.

⁴⁹ Krit. auch Witzel, ITRB 2021, 289 (291); ähnlich Rieländer, GPR 2021, 257 (267).

⁵⁰ Krit. auch Riehm/Abold, CR 2021, 530 Rn. 24 ff.; in der Sache auch Kramme, RDi 2021, 20 Rn. 27.

⁵¹ Anders z.B. § 434 Abs. 3 BGB n.F.: „Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde, entspricht die Sache den objektiven Anforderungen, wenn (...)“.

⁵² Begr. RegE S. 60 unter Verweis auf BE 45 DIRM.

⁵³ Dazu noch unten E. II.

⁵⁴ Wie hier Rieländer, GPR 2021, 257 (269); nur auf objektive Anforderungen stellt hingegen ab Kramme, RDi 2021, 20 Rn. 20 a.E.

⁵⁵ Begr. RegE S. 63.

⁵⁶ Schulze/Staudenmayer/Rosenkranz, EU Digital Law, 2020 Art. 9 DCD Rn. 3; ebenso wohl Bach, NJW 2019, 1705 (1707). In einem Prüfungsschema wäre § 327e Abs. 4 BGB konsequenterweise als Ausschlussgrund zu führen.

II. Aktualisierungspflicht, § 327f BGB

Gemäß § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB umfassen die subjektiven Anforderungen auch die Pflicht, das Produkt wie vereinbart zu aktualisieren. Auch die objektiven Anforderungen verlangen nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB, dass der Unternehmer das digitale Produkt auf dem neuesten Stand hält. Der Umfang dieser Pflicht wird in § 327f BGB näher bestimmt.⁵⁷

Inhaltlich verpflichtet § 327f Abs. 1 S. 1 BGB den Unternehmer, dem Verbraucher solche Aktualisierungen bereitzustellen, die das digitale Produkt in einem vertragsgemäßen Zustand erhalten, und den Verbraucher hierüber zu informieren. Da sich das Produkt zumeist in der Sphäre und auf technischen Endgeräten des Verbrauchers befindet, verpflichtet das Gesetz den Unternehmer nicht dazu, das digitale Produkt unmittelbar selbst zu aktualisieren. Der Verbraucher hat dann die Wahl, ob er die Aktualisierung durchführt oder nicht.⁵⁸ Tut er dies nicht, verliert der Verbraucher aber unter den weiteren Voraussetzungen von § 327f Abs. 2 BGB ggf. seine Mängelrechte. Damit der Verbraucher die Bedeutung der Aktualisierung und der Nichtvornahme beurteilen kann, muss er zeitnah, vollständig und transparent informiert werden.

Was zu den erforderlichen Aktualisierungen gehört, bestimmt sich zum einen nach der Parteivereinbarung und ergänzend dazu nach einem objektiven Maßstab, von dem die Parteivereinbarung nur unter den Voraussetzungen von § 327h BGB abweichen darf. Auf die Bezeichnung als „Aktualisierung“ kommt es dabei freilich nicht an, auch „Updates“, „Upgrade“, „Patches“ oder Ähnliches können hierunter fallen.⁵⁹

Angesichts der großen Bedeutung der IT-Sicherheit für die Rechte und Interessen der Endnutzer ist es zu begrüßen, dass § 327f Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich Sicherheitsaktualisierungen vorschreibt. Solche Sicherheitsmängel müssen nicht einmal die Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts beeinträchtigen,⁶⁰ weil die Abwesenheit solcher Mängel stets zum objektiven Erwartungshorizont gehört. Zudem ist es ohne Bedeutung, ob der Unternehmer die Abweichung vom objektiven Erwartungshorizont zu vertreten hat oder nicht. Auch dem Unternehmer unbekannte und nicht erkennbare Abweichungen und Sicherheitslücken sind nach Bekanntwerden zu beheben.

Besondere Bedeutung bekommt die Updatepflicht durch § 327f Abs. 1 S. 3 BGB. Dabei versteht sich die Regelung der Nr. 1 noch von selbst: Bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung ist während des gesamten geschuldeten Bereitstellungszeitraums auch die Vertragsmäßigkeit zu erhalten; das ergibt sich schon aus § 327e Abs. 1 S. 3 BGB. Interessanter ist Nr. 2, wonach bei Verträgen über eine einmalige Bereitstellung eines digitalen Produkts die Aktualisierungspflicht zeitlich nur durch die objektive Verbrauchererwartung im Hinblick auf das konkrete digitale Produkt begrenzt wird.⁶¹ Und weil § 327j Abs. 3 BGB für die Ansprüche aus der Updatepflicht die Verjährung eigenständig an das Ende ebendieser anknüpft, kann der Unternehmer zu einer Aktualisierung potentiell unbegrenzt verpflichtet sein.⁶² Das wird sich in Zukunft sicherlich in den Verkaufspreisen niederschlagen. Es ist aber klarzustellen, dass Bezugspunkt der Erforderlichkeit weiterhin die zum Zeitpunkt der Bereitstellung geschuldete Vertragsgemäßheit ist. Der Unternehmer ist also nicht verpflichtet, Produktneuerungen oder -weiterentwicklungen an den Verbraucher weiterzugeben.

III. Rechtsmängel, § 327g BGB

Zu den möglichen Mängeln eines digitalen Produkts gehören schließlich nach § 327g BGB Rechtsmängel. Danach muss der Unternehmer sicherstellen, dass der Verbraucher die Produkte auch vertragsgemäß nutzen kann, ohne Rechte Dritter zu verletzen. Solche Rechte sind bei digitalen Produkten häufig betroffen, weil schon jede Software gemäß §§ 69a ff. UrhG besonders geschützt ist. Das Gesetz lässt dem Unternehmer die Wahl der Mittel, den Gleichlauf von dem Verbraucher geschuldeter Beschaffenheit und rechtlicher Nutzungsberechtigung gegenüber den Dritten sicherzustellen. Deshalb kann der Unternehmer selbst die nötigen Rechte von den Dritten erwerben und diese dem Verbraucher einräumen. Häufig sind auch Gestaltungen, bei denen der Rechteinhaber dem Verbraucher die Lizenz direkt einräumt. Hierfür hat sich der Begriff der *End User License Agreements* (EULA) durchgesetzt.⁶³

⁵⁷ Eingehender zu § 327f BGB z.B. *Schippe*, K&R 2021, 151 ff.; *Kühner/Piltz*, CR 2021, 1 ff.

⁵⁸ So ausdrücklich BE 47 S. 3 DURL; i.Erg. ebenso *Schöttle*, MMR 2021, 683 (687 f.).

⁵⁹ Begr. RegE S. 67.

⁶⁰ *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 327f Rn. 2.

⁶¹ Das könnte z.B. die steuerliche Nutzungsdauer sein, so *Heydn*, CR 2021, 709 (710 f.).

⁶² BE 47 S. 2 a.E. DURL nennt dafür gerade die Sicherheitsaktualisierungen als möglichen Anwendungsfall. Kritik z.B. bei *Schöttle*, MMR 2021, 683 (687).

⁶³ Dazu z.B. *Kuschel/Rostam*, CR 2020, 393 (394 ff.).

Entgegen mancher Forderung⁶⁴ im (europäischen) Gesetzgebungsverfahren schafft § 327g BGB deshalb keinen gesetzlichen Mindeststandard im Hinblick darauf, was der Verbraucher mit den erworbenen digitalen Produkten tun darf und was nicht. Das richtet sich auch weiterhin nach den betroffenen Rechten Dritter und der entsprechenden Lizenzierung.⁶⁵ Ob also beispielsweise ein erworbenes E-Book oder eine Software weiterveräußert werden dürfen, beurteilt sich deshalb nach den einschlägigen urheberrechtlichen Grundsätzen, zu denen auch die Schrankenbestimmungen gehören.⁶⁶ Bleiben diese Nutzungsbefugnisse hinter dem zurück, was der Verbraucher nach § 327d Abs. 2 und 3 BGB erwarten durfte, verschafft aber § 327g BGB dem Verbraucher Gewährleistungsrechte gegen den Unternehmer. Dem Unternehmer ist daher zu raten, den Erwartungshorizont des Verbrauchers rechtzeitig zu gestalten, z.B. durch Offenlegung der Lizenzbedingungen.

IV. Abweichung von objektiven Anforderungen, § 327h BGB

An eine solche Steuerung der Verbrauchererwartung durch vertragliche Vereinbarung stellt § 327h BGB jedoch hohe Anforderungen. Eine Abweichung von § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 5, S. 2, § 327f Abs. 1 und § 327g BGB ist nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen möglich. Zum einen muss der Verbraucher vor Abgabe seiner Willenserklärung „eigens davon in Kenntnis gesetzt“ werden, dass das digitale Produkt von den Anforderungen zum Nachteil des Verbrauchers abweicht, und zum anderen muss die Vereinbarung „ausdrücklich und gesondert“ erfolgen. Damit soll einerseits den Vertragsparteien genügend Flexibilität eingeräumt werden, andererseits sollen aber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder verwinkelten Hinweisseiten versteckte Beschaffenheitsvereinbarungen verhindert werden.

„Eigens“ meint dabei, dass über die jeweilige(n) Abweichung(en) konkret und nicht etwas pauschal informiert wird.⁶⁷ Der Verbraucher soll die Möglichkeit haben, die Tragweite der Abweichung und seiner Vertragserklärung zutreffend einzuschätzen.⁶⁸ Die „ausdrückliche“ Vereinbarung setzt ein aktives und eindeutiges Verhalten des Verbrauchers voraus,⁶⁹ was schlüssiges Handeln und Schweigen ausschließt.⁷⁰ Es genügen aber durchaus durch den Unternehmer vorformulierte Erklärungen, solange sie den Erklärungsinhalt deutlich machen, wie bei dem Anklicken eines Kästchens oder der Betätigung einer aussagekräftigen Schaltfläche.⁷¹ „Gesondert“ erfordert, dass die Erklärung des Verbrauchers nicht mit seiner sonstigen Vertragserklärung oder anderen Erklärungen zusammenfällt.⁷²

Die Bestimmung, wann eine „Abweichung“ vom objektiven Erwartungshorizont vorliegt, spiegelt die Schwierigkeiten der Ermittlung eben dieser Verbrauchererwartungen wider.⁷³ Solange sich für neue Geschäftsmodelle noch kein objektiver Marktstandard herausgebildet hat, darf von den Verbrauchern auch besondere Eigensorgfalt erwartet werden. Sie müssen sich dann ggf. selbst über das Funktionsspektrum des digitalen Produkts informieren.

V. Beweislast, § 327k BGB

Etwas befremdlich ist die Stellung der Regelung zur Umkehr der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Mangels in § 327k BGB. Angesichts von § 327b Abs. 6 BGB hätte man sie noch vor § 327i BGB erwartet.

In der Sache überrascht die Vorschrift jedoch nicht. Gemäß § 327k Abs. 1 BGB wird die Mangelhaftigkeit vermutet und muss vom Unternehmer gemäß § 292 ZPO widerlegt werden, wenn sich innerhalb eines Jahres seit Bereitstellung ein vertragswidriger Zustand zeigt. Nur bei einer dauerhaften Bereitstellung digita-

⁶⁴ Vgl. z.B. *Tonner*, VuR 2019, 363 (369); *Metzger*, JZ 2019, 577 (584).

⁶⁵ S. auch Art. 3 Abs. 9 DRL, wonach die Richtlinie das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte unberührt lässt.

⁶⁶ Auf §§ 44a Nr. 2, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG weist daher *Pech*, GRUR-Prax 2021, 509 (511) hin. Zur sog. „digitalen Erschöpfung“ insb. EuGH v. 19.12.2019 – C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 – *Tom Kabinet*; EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 – *UsedSoft*; aus der Literatur z.B. *Schneider*, WRP 2021, 293 ff.; *Sattler*, NJW 2020, 3623 Rn. 5 ff.; eingehend *Hilty*, GRUR 2018, 865 ff.

⁶⁷ *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 327h Rn. 1.

⁶⁸ Begr. RegE S. 70 f.

⁶⁹ BE 49 S. 2 DRL; *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 327h Rn. 1.

⁷⁰ Vgl. *BeckOGK-BGB/Busch*, 1.6.2021, § 312d Rn. 8; *BeckOGK-BGB/Busch*, 1.6.2021, § 312j Rn. 33; etwas offener *BeckOK-BGB/Becker*, 60. Ed. 1.11.2021, § 305 Rn. 46; tendenziell strenger *MüKo-BGB/Wendehorst*, 8. Aufl. 2019, § 312a Rn. 63.

⁷¹ BE 49 S. 2 DRL; *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 327h Rn. 1; *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 23.

⁷² *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 327h Rn. 1.

⁷³ Dazu schon oben E. I.

ler Produkte gilt die Beweislastumkehr gemäß Absatz 2 abweichend für den gesamten Bereitstellungszeitraum, unabhängig davon, ob er länger oder kürzer als ein Jahr ist.

Zwei Ausnahmen enthält Absatz 3. Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn der Verbraucher eine inkompatible Systemumgebung genutzt hat (Nr. 1) oder wenn der Verbraucher dem Unternehmer unmöglich macht, sich auf Nr. 1 zu berufen, indem er eine notwendige Mitwirkungshandlung verweigert. In Absatz 4 finden sich dazu wiederum Rückausnahmen, für den Fall von entsprechenden Informationsobliegenheitsverletzungen durch den Unternehmer.

F. Rechte des Verbrauchers bei Mängeln, §§ 327i-327p BGB

Die Rechte des Verbrauchers im Fall der Bereitstellung eines mangelhaften digitalen Produkts finden sich in den §§ 327i ff. BGB. Nach aus Kauf- und Werkvertragsrecht bekanntem Muster nennt § 327i BGB diese Rechte und verweist auf die entsprechenden Vorschriften. Danach kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, den Vertrag beenden, den Preis mindern und Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

Diese Rechte stehen – wie herkömmlich – nicht unverbunden nebeneinander, sondern in einem Hierarchieverhältnis. Vertragsbeendigung und Minderung sind nur bei gescheiterter Nacherfüllung möglich, Schadensersatz nur, wenn den Unternehmer zusätzlich ein Vertretenmüssen trifft.

Auch das Konkurrenzverhältnis zu möglichen anderen Rechten des Verbrauchers beurteilt sich entlang bekannter Linien. So kann der Verbraucher seine Willenserklärung außer unter Berufung auf § 119 Abs. 2 BGB anfechten.⁷⁴ Zudem werden Ansprüche aus unerlaubter Handlung durch die §§ 327 ff. BGB nicht verdrängt.⁷⁵ Demgegenüber sind die §§ 812 ff. BGB grundsätzlich gesperrt.⁷⁶

I. Verjährung, § 327j BGB

Unmittelbar im Anschluss – ebenso wie im Kauf- und Werkvertragsrecht – wird die Verjährung dieser Gewährleistungsrechte spezifisch geregelt. Nach § 327j

Abs. 1 BGB beträgt die Verjährungsfrist für Nacherfüllung und Schadens-/Aufwendungsersatz zwei Jahre ab Bereitstellung; gemäß § 327j Abs. 5 iVm § 218 BGB sind danach auch Rücktritt und Minderung ausgeschlossen. Bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung digitaler Produkte ist ergänzend § 327j Abs. 2 BGB zu beachten, wonach sich diese Frist bei einer dauerhaften Bereitstellung noch auf unbestimmte Zeit verlängern kann.⁷⁷ Gleiches gilt gemäß § 327j Abs. 3 BGB bei der Verletzung von Aktualisierungspflichten. Letztere Regelungen sollen sicherstellen, dass die Ansprüche des Verbrauchers nicht verjähren, bevor sie überhaupt entstehen. Mit einer ähnlichen Zwecksetzung übernimmt nun § 327j Abs. 4 BGB erstmals ausdrücklich die unionsrechtliche Unterscheidung⁷⁸ zwischen Haftungsfrist und Geltendmachungsfrist in das deutsche Recht.⁷⁹ Danach haftet der Unternehmer für alle Mängel, die sich innerhalb der Verjährungsfrist zeigen, dem Verbraucher bleiben aber stets mindestens vier Monate Zeit, seine Rechte (ggf. in verjährungshemmender Weise) geltend zu machen.

II. Nacherfüllung, § 327i BGB

Gemäß § 327i Abs. 1 BGB hat der Unternehmer aufgetretene Mängel auf seine Kosten zu beseitigen. Wie er das tut, ob durch Bereitstellung eines neuen digitalen Produkts oder Reparatur des bereits bereitgestellten Produkts oder durch andere Maßnahmen, ist ihm überlassen und wird vom Gesetz nicht eingegrenzt. Unklar bleibt, ob der Verbraucher die Nacherfüllung verlangen muss, worauf § 327i Abs. 1 S. 1 BGB hindeutet, oder den Unternehmer nur über die Vertragswidrigkeit informieren muss, was § 327 Abs. 1 S. 2 BGB voraussetzt. In der Praxis dürfte zumeist beides erfüllt sein; der Gleichlauf mit § 327c Abs. 1 S. 1 BGB spricht für ein Nacherfüllungsverlangen, der Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 DIRM im Gegensatz zu Art. 13 Abs. 1 DIRM für die bloße Informationsobliegenheit. Zweifelsohne wird aber der Verbraucher davon entlastet, selbst eine Frist zu setzen. Wie bei § 327c Abs. 1 BGB geschieht dies automatisch qua Gesetz.

Ausgeschlossen ist der Nacherfüllungsanspruch nach § 327i Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB zum einen im Falle

⁷⁴ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327i Rn. 8.

⁷⁵ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327i Rn. 10.

⁷⁶ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327i Rn. 11.

⁷⁷ Zum unionsrechtlichen Hintergrund *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195 (207 f.).

⁷⁸ Vgl. z.B. *Rapp*, NJW 2021, 969 ff.; *Staudinger/Busse*, jM 2021, 197 ff. im Hinblick auf EuGH v. 13.7.2017 – C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541 – *Ferenschild*.

⁷⁹ Man könnte auch von relativen und absoluten Verjährungsfristen sprechen. Vgl. auch § 475e Abs. 3 BGB für die Umsetzung der WarenkaufRL (EU) 2019/771.

der Unmöglichkeit iSv § 275 Abs. 1 BGB. Zum anderen kann sich der Unternehmer auf absolut unverhältnismäßig hohe Kosten iSv § 327I Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB berufen; § 275 Abs. 2 und 3 BGB werden dadurch verdrängt. Dies wird vor allem dann relevant, wenn nicht nur das individuelle Produkt des Verbrauchers, sondern die ganze Produktserie fehlerhaft ist und der Unternehmer nicht auch deren Hersteller.⁸⁰

III. Vertragsbeendigung, §§ 327m, 327o, 327p BGB

Die Zusammenfassung der weiteren Voraussetzungen für Vertragsbeendigung und Schadensersatz in einer Vorschrift entspricht der Regelung im Kaufrecht. Angesichts der Anzahl der Vorgaben und der komplizierten Binnenstruktur des § 327m BGB darf man das hier jedoch als wenig geglückt ansehen.

1. Beendigungsgründe

Absatz 1 der Vorschrift zählt die Vertragsbeendigungsgründe abschließend auf. Das macht die Prüfung insoweit übersichtlich. Die Gründe knüpfen überwiegend an das Scheitern der Nacherfüllung (§ 327I BGB) an. Sie entsprechen weitgehend den bekannten Rücktrittsgründen aus dem allgemeinen Schuldrecht oder dem Kaufrecht. Gemäß Absatz 2 ist eine Vertragsbeendigung nur bei einem erheblichen Mangel möglich. Das ist hier leichter zu verstehen als in Art. 14 Abs. 6 DURL. Aus den allgemeinen Grundsätzen zur Beweislastverteilung ergibt sich, dass der Unternehmer die Ausnahme der Unerheblichkeit des Mangels darzulegen und ggf. zu beweisen hat.

2. Erklärung und Reichweite der Beendigung

Aus § 327o Abs. 1 BGB ergibt sich, dass die Vertragsbeendigung ein Gestaltungsrecht ist und vom Verbraucher dem Unternehmer gegenüber zu erklären ist. Die Vertragsbeendigung kann sich zudem gemäß § 327m Abs. 4, 5 BGB auf die Vertragsbündel iSv § 327a BGB erstrecken. Wie bei § 327c Abs. 6, 7 BGB bestehen dafür unterschiedliche Voraussetzungen, was von der Gesetzesbegründung nicht erläutert wird. Ebenso wie dort muss die Erstreckung durch Gestaltungserklärung⁸¹ ausgeübt werden und hat der Verbraucher diesbezüglich ein Wahlrecht.

3. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer Beendigung finden sich dann in § 327o Abs. 2-5 und § 327p BGB, sodass ein Rückgriff auf §§ 346 ff. BGB ausscheidet, soweit sich hier abschließende Regelungen finden.

Nach § 327o Abs. 2 BGB erlöschen die vertraglichen Primärleistungspflichten und hat der Unternehmer dem Verbraucher von ihm empfangene Leistungen zurück zu gewähren. Obwohl die §§ 327 ff. BGB sowohl für einmalige als auch für dauerhafte Bereitstellungen digitaler Produkte gelten, ist die Beendigung daher zuvörderst ein Rücktritt und begründet ein Rückgewährschuldverhältnis.⁸² Gemäß § 327o Abs. 3 S. 1 BGB behält der Unternehmer seinen Anspruch auf den geschuldeten Preis nur bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung⁸³ und nur für den Zeitraum, in dem das digitale Produkt mangelfrei war. Für die Modalitäten der Rückzahlung verweist § 327o Abs. 4 BGB auf die entsprechenden Vorschriften zur Minderung. Dem Verbraucher ist gezahltes Geld also spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Zugang seiner Erklärung zu erstatten. Eventuelle Nutzungen oder deren Wert hat der Verbraucher nicht herauszugeben.⁸⁴ Das ist in der Richtlinie angelegt, kann aber durchaus zu Härten führen.

§ 327p Abs. 2, 3 BGB regeln schließlich noch ein besonderes Problem von sozialen Medien und digitalen Plattformen: Nach Absatz 2 darf der Unternehmer Inhalte, die ihm der Verbraucher im Zuge der Vertragsdurchführung seinerseits bereitgestellt hat, nicht weiter nutzen. Die Vorschrift zielt auf vom Verbraucher erstellte Einträge oder hochgeladene Fotos und Videos, ist darauf aber freilich nicht beschränkt. Sie gilt zudem nur für nicht-personenbezogene Daten; auf personenbezogene Daten sind (wohl ausschließlich) das Datenschutzrecht und insbesondere die DSGVO anzuwenden.⁸⁵ Angesichts der sehr weiten Definition des Personenbezugs in Art. 4 Nr. 1 DSGVO⁸⁶ genügen schon Meta-Daten oder Tags, damit nur das Datenschutzrecht einschlägig ist. Ausgenommen von der Nutzungsunterlassungspflicht sind bspw. nach § 327p Abs. 2 S. 2 Nr. 4 BGB solche Inhalte, die vom Verbraucher mit anderen gemeinsam erzeugt wurden. Das zielt nicht nur auf Chatprotokolle in sozialen Medien,

⁸⁰ Riehm/Abold, CR 2021, 532 Rn. 31.

⁸¹ Auch hierfür sollen die Vorgaben des jeweiligen Vertragstyps gelten, vgl. Begr. RegE S. 81.

⁸² Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327o Rn. 3.

⁸³ Zu den Konsequenzen der fehlenden Gleichstellung von Aktualisierungspflichtverletzungen Rieländer, GPR 2022, 28 (34 f.).

⁸⁴ Begr. RegE S. 82.

⁸⁵ Vgl. auch Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 35; BeckOGK-BGB/Fries, 1.1.2022, § 327p Rn. 7.

⁸⁶ Ausdrücklich auch Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 11. Zu Art. 4 Nr. 1 DSGVO z.B. Leeb/Liebhaver, JuS 2018, 534 (536).

sondern etwa auch auf durch mehrere erstellte Einträge in Online-Datenbanken wie der Wikipedia oder Spiellandschaften in Online-Computerspielen.⁸⁷ Auf Verlangen des Verbrauchers hat der Unternehmer jenem eine Kopie dieser Inhalte bereitzustellen (§ 327p Abs. 3 BGB). Damit soll dem Verbraucher ein dauerhafter Zugriff auf die Inhalte gesichert, der Wechsel zu anderen Anbietern ermöglicht und so seine Gewährleistungsrechte effektiviert werden.

Angesichts der rudimentären Bestimmung von Pflichten des Verbrauchers ist unklar, ob DURL und §§ 327 ff. BGB insoweit Ergänzungen ausschließen. Jedenfalls ist der Verbraucher gemäß § 327o Abs. 5 BGB verpflichtet, einen vom Unternehmer bereitgestellten körperlichen Datenträger auf dessen Kosten an diesen unverzüglich zurückzusenden, aber nur wenn der Unternehmer dies spätestens 14 Tage nach Zugang der Beendigungserklärung verlangt. Hintergrund ist, dass der Unternehmer zumeist kein Interesse an diesem Datenträger mehr haben dürfte.⁸⁸ Zudem darf der Verbraucher das digitale Produkt nicht mehr nutzen oder Dritten zur Verfügung stellen (§ 327p Abs. 1 S. 1 BGB). Das Gesetz erlaubt dem Unternehmer sogar ausdrücklich, diese Unterlassungspflicht gegebenenfalls selbst durchzusetzen, z.B. durch informations-/technische Zugangssperren. Mangels ausdrücklich angeordneter Wertersatzpflicht kann der Verbraucher das mangelhafte digitale Produkt sogar unentgeltlich nutzen.⁸⁹

IV. Minderung, § 327n BGB

Alternativ zu und unter den Voraussetzungen einer Vertragsbeendigung („statt“) kann der Verbraucher den Preis mindern. Das erfordert nach § 327n Abs. 1 BGB eine entsprechende Gestaltungserklärung und ist auch bei unerheblichen Mängeln möglich.

Mit Wirksamwerden der Minderung ermäßigt sich der Preis nach § 327n Abs. 2 BGB in dem Verhältnis, in welchem zum Zeitpunkt der Bereitstellung⁹⁰ der Wert des digitalen Produkts in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Es gilt also geminderter Preis = vertraglicher Preis * ob-

jektiver Wert mit Mangel / objektiver Wert ohne Mangel. Bei dauerhaften Bereitstellungen mindert sich der Preis nur für die Dauer des Vorliegens eines Mangels.

Hatte der Verbraucher noch nicht gezahlt, so muss er nur den geminderten Preis zahlen. Hatte der Verbraucher seine Leistung bereits erbracht, hat der Unternehmer ihm den Mehrbetrag spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Zugang seiner Erklärung zu erstatten (§ 327n Abs. 4 S. 2, 3 BGB).

V. Schadensersatz, § 327m Abs. 3 BGB, und Aufwendungsersatz

Einen Schadensersatzanspruch regelt die DURL nicht. Der Gesetzgeber war hier also frei, die Konzeption des sonstigen Schuldrechts konsequent weiterzuführen. Er unterscheidet daher auch im Rahmen der Digitale-Produkte-Verträge zwischen Verletzungen leistungs- und nichtleistungsbezogener Pflichten sowie nach Schadensersatz statt und neben der Leistung.

Die zentrale Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz statt der Leistung⁹¹ versteckt⁹² sich in § 327m Abs. 3 BGB. Danach kann der Verbraucher in den Fällen des § 327m Abs. 1 BGB (also bei Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes) nach seiner Wahl auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die weiteren Voraussetzungen von § 280 Abs. 1 BGB, also insbesondere das Vertretenmüssen vorliegen. Soweit er das tut, ist sein Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen. Wie im allgemeinen Schuldrecht kann Bezugspunkt des Vertretenmüssens die erstmalige Bereitstellung oder die (gescheiterte) Nacherfüllung sein.⁹³

Für die Rückforderung bereits bereitgestellter digitaler Produkte verweist § 327m Abs. 3 S. 3 BGB auf die Spezialregelungen in §§ 327o, 327p BGB⁹⁴, weshalb ein Rückgriff auf §§ 346 ff. BGB ausgeschlossen ist. § 327m Abs. 3 BGB gilt auch bei anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit und sperrt insofern die allgemeinen Vorschriften.⁹⁵

Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz neben der Leistung bei Mängeln ist § 327i Nr. 3 iVm § 280 Abs. 1 BGB. Abzugrenzen ist nach allgemeinen

⁸⁷ Begr. RegE S. 86; HK-BGB/Schulze, 11. Aufl. 2021, BGB § 327p Rn. 8; jurisPK-BGB/Kaesling, 9. Aufl. 2022, § 327p Rn. 13.

⁸⁸ Begr. RegE S. 83.

⁸⁹ Krit. daher Faust, Gutachten zum 71. DJT, 2016, A 51; Bach, NJW 2019, 1705 (1710 f.); wohl auch Rieländer, GPR 2022, 28 (35).

⁹⁰ Anders bspw. bei §§ 441 Abs. 3 S. 1, 638 Abs. 3 S. 1 BGB: „zur Zeit des Vertragsschlusses“.

⁹¹ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327m Rn. 5.

⁹² Abgemildert wird das durch den Verweis in § 327i Nr. 3 BGB.

⁹³ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327m Rn. 5.

⁹⁴ Dazu oben F. III. 3. und F. IV.

⁹⁵ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327m Rn. 6; BeckOGK-BGB/Fries, 1.1.2022, § 327m Rn. 15. Krit. wegen des fehlenden Verweises auf § 311a BGB Rieländer, GPR 2022, 28 (37).

Grundsätzen wie bei §§ 280 f. BGB.⁹⁶ Erfasst werden also mangelbedingte Schäden, die durch eine gedachte Nacherfüllung nicht entfielen.⁹⁷ Dazu gehören beispielsweise Nutzungsausfall, entgangener Gewinn, Datenverluste, Gutachter-, Rechtsberatungs- oder Gerichtskosten.

Schadensersatz für die Verletzung aller anderen Pflichten wird unmittelbar nach §§ 280 ff. BGB gewährt. Insofern existieren in den §§ 327 ff. BGB keine besonderen Vorgaben, außer dem oben genannten § 327c Abs. 2 BGB. Das umfasst insbesondere die Verletzung von leistungs- und nicht-leistungsbezogenen Nebenpflichten, die keinen Mangel iSv § 327d BGB begründen.

Für den Aufwendungsersatzanspruch des Verbrauchers bei Mängeln des digitalen Produkts enthalten die §§ 327i ff. BGB keine über die Verweisung auf § 284 BGB in § 327 Nr. 3 BGB hinausgehenden Vorgaben. Mangels Regelung dieses Anspruchs in der DURL war der Gesetzgeber hier frei, vollumfänglich auf die allgemeinen Vorschriften zu verweisen.

G. Änderungen am digitalen Produkt, § 327r BGB

Gerade digitale Produkte werden im Laufe ihres Lebenszyklus häufig geändert. Anpassungen an neue Sicherheitsstandards oder Verbrauchererwartungen sowie erweiternde oder begrenzende Modifikationen des Funktionsumfangs sind in der Praxis keine Seltenheit. Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts kann es vorkommen, dass der Verbraucher für das Produkt im Anschluss keine oder nur eine andere Verwendungsmöglichkeit hat. Auch kann der Unternehmer die Änderungen als Grund oder Anlass für eine Preiserhöhung nutzen.

§ 327r BGB beschränkt die Freiheit des Unternehmers zu solchen Änderungen, die über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit nach § 327e Abs. 2, 3 und § 327f BGB erforderliche Maß hinausgehen.⁹⁸ Gemäß § 327r Abs. 1 BGB muss die Änderungsmöglichkeit vorher vereinbart und an Gründe geknüpft werden, sie darf den Verbraucher nichts kosten

und muss ihm vorher angekündigt werden. Beeinträchtigt die Änderung sogar die Zugriffsmöglichkeiten auf oder die Nutzbarkeit des digitalen Produkts, begründet § 327r Abs. 2 BGB noch weitergehende Informationspflichten und gibt § 327r Abs. 3 BGB dem Verbraucher ein besonders Vertragsbeendigungsrecht. Ob bei einem Verstoß gegen § 327r BGB noch weitere Rechtsbehelfe eröffnet sind, ist unklar.⁹⁹

H. Unternehmerregress, §§ 327t f. BGB

Vergleichbar den aus dem Kaufrecht¹⁰⁰ bekannten Vorschriften enthalten die §§ 327t BGB Vorgaben zu einem Rückgriff des Unternehmers gegenüber seinen „Vertriebspartnern“. ¹⁰¹ Hierfür wurde sogar ein eigenständiger Untertitel aufgenommen. Dabei umreißt § 327t BGB lediglich den Anwendungsbereich von § 327u BGB, der das in der Legaldefinition von „Vertriebspartner“ in Absatz 1 konkreter und schärfer bestimmt: Es geht um das Verhältnis des Unternehmers, der mit dem Verbraucher den Digitale-Produkte-Vertrag geschlossen hatte, zu dem Unternehmer, der sich ihm gegenüber zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet hat. Hier können sich der Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer und der zwischen Unternehmer und Vertriebspartner auch unterscheiden, bspw. wenn der Unternehmer das digitale Produkt „zum Eigentum“ erwirbt und dieses dem Verbraucher nur „weitervermietet“.

Auch inhaltlich orientiert sich § 327u BGB am Kaufrecht. Der Unternehmer hat deshalb gemäß § 327u Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die ihm gegenüber dem Verbraucher aufgrund von Nicht- oder verspäteter Bereitstellung (i.e. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB) oder zur Nacherfüllung (i.e. § 327l Abs. 1 BGB) entstanden sind, wenn hierfür der Vertriebspartner jeweils verantwortlich war. Gemäß § 327u Abs. 2 BGB verjährt der Regressanspruch bereits nach sechs Monaten; diese Frist beginnt aber erst nachdem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt bzw. dieser seine Rechte ausgeübt hat. Damit bekommt der Unternehmer eine eigenständige Entscheidungsfrist.¹⁰² Gemäß § 327u Abs. 3

⁹⁶ Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 327m Rn. 7.

⁹⁷ Vgl. BeckOK-BGB/Lorenz, 61. Ed. 1.2.2022, § 280 Rn. 28.

⁹⁸ Eingehend zu § 327r BGB z.B. Möllnitz, MMR 2021, 116 ff.

⁹⁹ Nur für einen Schadensersatzanspruch nach § 327r Abs. 3 iVm § 327m Abs. 3 Grüneberg/Grüneberg, 81. Aufl. 2022,

§ 327r Rn. 4; für diesen Schadensersatzanspruch und Gewährleistung nach §§ 327e, 327i BGB Spindler, MMR 2021, 528 (531).

¹⁰⁰ Früher § 478 a.F. BGB, nunmehr §§ 445a, 445b, 478 BGB n.F.

¹⁰¹ Eingehender hierzu z.B. Grützmacher, ITRB 2021, 287 ff.

¹⁰² Dennoch krit. wegen möglicher Zeitablaufkonflikte Rieländer, GPR 2022, 28 (40).

BGB gilt die Beweislastumkehr entsprechend, gemäß Absatz 4 sind die Rechte halbzwingend zugunsten des Unternehmers.

Nach § 327u Abs. 6 BGB bestehen dieselben Rechte auch zugunsten des Vertriebspartners gegenüber seinen eigenen Vertriebspartnern entlang der Vertriebskette. Auch das war aus dem Kaufrecht bekannt. Das Gesetz verzichtet hier zu recht auf einen verkürzenden Direktanspruch gegen den Hersteller, um eine Rückabwicklung entlang der Vertragsverhältnisse und entsprechend der jeweiligen Verursachungsbeiträge zu ermöglichen. Ob der Anspruch angesichts der grenzüberschreitenden Lieferketten praktisch wirksam ist, lässt sich freilich in Zweifel ziehen.¹⁰³

I. Fazit

Die neugeschaffenen Vorschriften zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte sind ein großer Schritt der Bewältigung der Digitalisierung. Gleichwohl sind sie angesichts ihrer notwendigen Abstraktheit sicherlich nur der Auftakt zu einer umfassenden und ausdifferenzierenden Rechtsprechung.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich jedenfalls zu meist eigener Konkretisierungen enthalten und sich auf eine Eins-zu-eins-Übernahme der Richtlinie beschränkt.¹⁰⁴ Damit hat der Gesetzgeber aber auch die offenen Fragen der Richtlinie ins BGB übernommen. So wird schon das „Ob“ eines Vertragsschlusses beim „Bezahlen mit Daten“ nicht an konkretere Vorgaben geknüpft.¹⁰⁵ Ebenso werden durch Aktualisierungen hervorgerufenen Verschlechterungen des digitalen Produkts nicht spezifisch adressiert.¹⁰⁶ Wie bereits angesprochen, sind auch die Pflichten des Verbrauchers und die Rechte des Unternehmers nur punktuell ausgestaltet.¹⁰⁷ Außerdem kann man einen Direktanspruch gegen die Vertriebsplattform (d.h. die App-Stores) vermissen, der die faktische Durchsetzung der Verbraucherrechte verbessert hätte.¹⁰⁸

Wissenschaft und Praxis werden sich nun daranmachen, das komplexe Zusammenspiel mit den übrigen Vorschriften des BGB auszuarbeiten. Studierende sollten dem Thema daher weiterhin besondere Aufmerksamkeit widmen. Angesichts der überragenden praktischen Bedeutung der Vorschriften dürfte auch

ihre Prüfungs- und Examensrelevanz an die des Kaufrechts heranreichen.

¹⁰³ Spindler, MMR 2021, 528 (533); Grütmacher, ITRB 2021, 287 (289).

¹⁰⁴ Ebenso Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 42.

¹⁰⁵ Deswegen krit. Rieländer, GPR 2021, 257 (259).

¹⁰⁶ Vgl. z.B. Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317 f.); Rieländer, GPR 2021, 257 (268) sowie Wendehorst, JZ 2021, 974 (981 f.) (zum modernisierten Kaufrecht).

¹⁰⁷ S.a. Metzger, JZ 2019, 577 (584).

¹⁰⁸ Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 42.

Der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (Teil 1)

- Grundlagen, personen- und verhaltensbedingte Kündigung -

Von Professor Dr. **Markus Roth** und Wiss. Mitarbeiter **Julian Krüger**, Marburg*

A. Einleitung

I. Relevanz der Kündigungsschutzklage für die Examensvorbereitung und die Praxis

Im Anschluss an die Darstellung der Prüfung einer Kündigungsschutzklage nach §§ 4, 7 KSchG im Heft 1/2021 der *Marburg Law Review* behandelt dieser Beitrag den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz. Der erste Teil hat die Grundlagen (den Anwendungsbereich und die allgemeinen Grundsätze) sowie die personen- und verhaltensbedingte Kündigung zum Gegenstand, in einem für die nächste Auflage der *Marburg Law Review* geplanten zweiten Teil wird auf die betriebsbedingte Kündigung sowie die Änderungskündigung eingegangen werden. Dies trägt der in Hessen besonderen Bedeutung des Arbeitsrechts für die Examensvorbereitung Rechnung, nach § 13 Abs. 2 JAG ist in der staatlichen Pflichtfachprüfung im Land Hessen auch eine Klausur aus dem Bereich des Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrechts zu bearbeiten, meist als „ZR III-Klausur“ bezeichnet. Abgesehen von einer theoretischen Aufarbeitung sollen besonders relevante Probleme an Fällen genauer erörtert werden.

Arbeitsrechtliche Klausuren bauen in großen Teilen auf aus dem allgemeinen Bürgerlichen Recht bekannten Strukturen und Prinzipien auf. Zur Gewährleistung einer effizienten Vorbereitung sollten daher Querbezüge erkannt und genutzt werden. Die Häufigkeit von Klausuren, welche sich mit Kündigungen befassen, entspricht der äußerst großen Bedeutung von Kündigungsschutzklagen in der arbeitsrechtlichen Praxis. Fast jeder dritte gekündigte Arbeitnehmer klagt statistisch gesehen gegen seine Entlassung.¹ Unter den Fachanwälten sind die Rechtsberater für Arbeitsrecht am häufigsten vertreten.²

Nachdem der vorherige Beitrag bereits die allgemeinen Prüfungspunkte der Wirksamkeit einer Kündigung erörtert hat³, soll dieser Beitrag sich auf den Schwerpunkt der entsprechenden Prüfungen konzentrieren: Die Erörterung der Anforderungen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Der Kündigungsschutz wird in den Lehr-⁴ und Fallbüchern⁵ zum Arbeitsrecht behandelt, weiter in der arbeitsrechtlichen Kommentarliteratur.⁶ Hierauf wird ergänzend verwiesen.⁷

* Prof. Dr. *Markus Roth* ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Institut für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht) an der Philipps-Universität Marburg. *Julian Krüger* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut von Prof. Dr. *Roth*.

¹ Statistik „Anteil der Mitarbeiter, die gegen ihre Entlassung geklagt haben nach Betriebsgröße“ des Instituts der deutschen Wirtschaft von 2009, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3833/umfrage/anteil-der-mitarbeiter-die-gegen-ihre-entlassung-geklagt-haben-nach-betriebsgroesse/> (abgerufen am: 19.10.2021).

² Bundesrechtsanwaltskammer, Statistik zu den Fachanwälten 2021, S. 1, online abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2021/fachanwaltschaften_2021.pdf (abgerufen am 04.03.2022).

³ *Roth/Krüger*, *MLR* 2021, 36.

⁴ Beispielsweise *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, 7. Auflage 2018, *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, 2017, *Krause*, Arbeitsrecht, 4. Auflage 2020, *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, 12. Auflage 2019, *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, *Preis/Temming*, Lehrbuch Individual-

arbeitsrecht, 6. Auflage 2020, *Reichhold*, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2019, *Waltermann*, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, 3. Auflage 2010, *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 7. Auflage 2015.

⁵ Beispielsweise *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum Arbeitsrecht, 4. Auflage 2015, *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, *Michalski*, Arbeitsrecht – 50 Fälle mit Lösungen, 7. Auflage 2020, *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, *Preis/Seiwerth*, Arbeitsrecht, Klausurenkurs, Fälle, Prüfungsschemata, Systematik, 2. Auflage 2020, *Säcker (Hrsg.)*, Individuelles Arbeitsrecht case by case, 2006, *Tillmans*, Klausurenkurs im Arbeitsrecht I, 3. Auflage 2019.

⁶ Aktuelle Kommentierungen zum allgemeinen Kündigungsschutz finden sich bspw. bei *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht (APS), 6. Auflage 2021, *Bader et. al.*, Gemeinschaftskommentar zum KSchG (KR), 13. Auflage 2022, *Däubler et. al.*, Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, im Erfurter Kommentar (ErfK), 22. Auflage 2022 und bei *Roth*, in: *Baumbach/Hopt*, 40. Auflage 2021, § 59 HGB Rn. 151 ff.

⁷ Kurzdarstellungen finden sich etwa bei *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 356 ff.; *Krause*, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 18 ff.; ausführliche Darstellungen finden sich etwa bei *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, Rn. 1337;

II. Aufbau und examenstypische Probleme

Die arbeitsrechtlichen Lehr- und Fallbücher enthalten meist Aufbauschemata zum Kündigungsschutz.⁸ Diese unterscheiden sich in Einzelheiten, so dass verschiedene Prüfungsreihenfolgen vertretbar sind und Aufbaumöglichkeiten bestehen. Im Kern besteht freilich eine allgemein anerkannte Grundstruktur, die auch der Prüfungsreihenfolge in der gerichtlichen Praxis entspricht, hierzu im Einzelnen die folgenden Ausführungen sowie auch das Gesamtschema am Ende des Beitrags, s. unten G.

Die gut fassbare Struktur soll insbesondere einer besseren Systematisierung sowie Kategorisierung von relevanten Problemen dienen. Unabhängig davon, ob eine prozessuale Einkleidung erfordert ist oder aber lediglich auf die Wirksamkeit der Kündigung an sich einzugehen ist, macht die Erörterung des allgemeinen Kündigungsschutzes oft den Schwerpunkt der Prüfung aus und sollte nach Abhandeln der sonstigen die Wirksamkeit der Kündigung betreffenden Prüfungspunkte (Kündigungserklärung, rechtzeitige Klageerhebung, Beteiligung des Betriebsrats, besondere Kündigungsgründe) und vor der Prüfung der Einhaltung der Kündigungsfristen, erörtert werden.⁹

Bei der Prüfung einer Kündigungsschutzklage kann es, gewissermaßen ähnlich der Prüfung in einer strafrechtlichen Klausur bzw. verschiedener Grundrechte in einer verfassungsrechtlichen Klausur, nötig sein, mehrere Handlungen und darauf aufbauend mehrere eine Kündigung möglicherweise rechtfertigende Gründe bzw. verschiedene Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz zu erörtern. Da viele allgemeine Prinzipien des Kündigungsschutzes für alle denkbaren rechtfertigenden Gründe gleichermaßen greifen, sollte auch hier übergreifend und gebündelt gelernt werden.

III. Verfahrenslauf und Auswirkungen der Unwirksamkeit einer Kündigung

Arbeitnehmer können die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen fehlender sozialer Rechtfertigung oder anderen Unwirksamkeitsgründen bei Einhalten der Schriftform des § 623 BGB nur innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung gerichtlich geltend machen (vgl. §§ 4 S. 1, 7 KSchG).¹⁰ Nach § 4 S. 1 KSchG ist Klage auf Feststellung zu erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Hält das Gericht die Kündigung für sozial gerechtfertigt und auch im Übrigen für rechtswirksam, weist es die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers als unbegründet ab. Mit der Rechtskraft des Urteils steht fest, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst hat.¹¹ Aufgrund dieser Rechtskraftwirkung wird teilweise als erster Prüfungspunkt der Begründetheit einer Kündigungsschutzklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses genannt.¹²

Hält das Gericht die Kündigung für sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen nicht für rechtswirksam, so gibt es dem Kündigungsschutzantrag statt und spricht durch Urteil aus, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat. Damit steht nach *Junker* zugleich fest, dass im Zeitpunkt des Kündigungszugangs zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.¹³ Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass ein Antrag nach § 4 S. 1 KSchG regelmäßig auch das Begehren umfasst, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bis zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt noch bestanden habe.¹⁴ Von diesem Begehren erfasst werden auch später ausgesprochene Kündigungserklärungen. Diese können im selben Verfahren behandelt werden, die dreiwöchige Frist zur Klageerhebung muss dabei nicht abermals eingehalten und nochmals Klage erhoben werden.¹⁵

Vertiefung: Besteht das Arbeitsverhältnis nach der Entscheidung des Gerichts fort, so kann der Arbeitnehmer

Preis/Temming, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage, §§ 60 – 64.

⁸ So etwa *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, 7. Auflage, § 10 Rn. 139; *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 382; *Krause*, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 33; *Preis/Temming*, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage, § 60 Rn. 2768; *Waltermann*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 379a.

⁹ Für das Gesamtschema s. *Roth/Krüger*, *MLR* 2021, 36 (47).

¹⁰ Die Frist des § 4 S. 1 KSchG gilt jedoch nicht bei einer fehlenden schriftlichen oder nicht zurechenbaren

Kündigungserklärung, gleiches gilt in vielen Fällen für die Rüge einer unrichtigen Kündigungsfrist, vgl. *Roth/Krüger*, *MLR* 2021, 36 (43, 46 f.).

¹¹ *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 389.

¹² So etwa *Zöllner/Loritz/Hergenröther*, Arbeitsrecht, 7. Auflage 2015, Anhang Rn. 19, anders die überwiegende Lehrbuchliteratur (etwa *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 323) und das abschließende Schema unten G.

¹³ *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 390.

¹⁴ BAG NZA 2014, 1131 Rn. 17.

¹⁵ Dazu der Fall von *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 876 ff.

nach bereits erfolgter Aufnahme eines neuen Arbeitsverhältnisses nach § 12 KSchG die Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses verweigern, er muss dies innerhalb einer Woche gegenüber dem alten Arbeitgeber erklären. Bereits im Prozess kann auf Verlangen des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliche Entscheidung verlangt werden, § 9 KSchG. In beiden Fällen kommt die Zahlung von Annahmeverzugslohn¹⁶ durch den Arbeitgeber in Betracht, auf den sich der Arbeitnehmer allerdings einen Zwischenverdienst anrechnen lassen muss, auch bei böswilligem Unterlassen der Annahme einer zumutbaren Arbeit, § 11 KSchG. Bei gerichtlicher Auflösung ist weiter eine Abfindung durch den Arbeitgeber zu zahlen, §§ 9, 10 KSchG.¹⁷

IV. Geschichte des Kündigungsschutzgesetzes

Die Kündigung der Arbeitnehmer war bis zum Ersten Weltkrieg im BGB und im HGB geregelt, in der Weimarer Republik trat sodann das Betriebsrätegesetz hinzu, das wie heute das KSchG das Kündigungsrecht des Arbeitgebers beschränkt hat.¹⁸ Das Betriebsrätegesetz sah aus bestimmten Gründen einen Einspruch gegen die Kündigung und die Möglichkeit einer anschließenden Klage beim Arbeitsgericht vor, etwa bei begründetem Verdacht der Kündigung wegen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlechte oder wegen gewerkschaftlicher, konfessioneller oder politischer Betätigung, bei einer Kündigung ohne Angabe von Gründen sowie wenn in der Kündigung eine unbillige Härte liegt.¹⁹ In der Zeit des Nationalsozialismus wurde das Betriebsrätegesetz (BRG) durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit abgeschafft und es wurde auch der Kündigungsschutz dort geregelt.²⁰ In der Zeit des Nationalsozialismus wurde auf das Erfordernis der Bildung eines Betriebsrats als Voraussetzung für Einspruch und Klage auf Wiedereinstellung verzichtet, ebenso auf das Verbot diskriminierender Kündigungen.²¹ Das noch heute geltende

Kündigungsschutzgesetz trat sodann im Jahre 1951 in Kraft,²² es wurde seither häufiger geändert, ohne dass allerdings seine Grundstruktur angetastet wurde. Es bedarf seitdem einer sozialen Rechtfertigung für die Kündigung, das Arbeitsgericht stellt die Wirksamkeit der Kündigung bzw. das Bestehen des Arbeitsvertrages fest. Erweitert wurde der Anwendungsbereich der §§ 4, 7 KSchG auf alle Kündigungsklagen,²³ noch heute relevant und dem § 23 Abs. 1 KSchG zu entnehmen ist die Ausnahme von Kleinbetrieben mit bis zu zehn Arbeitnehmern zum Jahresanfang 2004.

B. Der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

I. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich setzt die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes eine arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung voraus, nicht erfasst werden Kündigungen durch den Arbeitnehmer.²⁴ Darüber hinaus greift der erste Abschnitt des KSchG nicht für andere Beendigungstatbestände²⁵ eines Arbeitsverhältnisses wie Anfechtung und einvernehmliche Beendigung.²⁶ Die Zulässigkeit einer Befristung richtet sich nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), die Wirksamkeit einer Anfechtung richtet sich nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB. Nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG ist auch bei einer außerordentlichen Kündigung nach §§ 4, 7 KSchG innerhalb von drei Wochen Klage beim Arbeitsgericht (ArbG) auf Feststellung zu erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde, § 17 TzBfG enthält für befristete Arbeitsverhältnisse eine entsprechende Regelung.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

Damit der persönliche Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist, muss zunächst ein Arbeitsverhältnis vorliegen, die Beendigung von Organstellungen

¹⁶ Vgl. hierzu noch unten C. IV.

¹⁷ Zur Einordnung der Häufigkeit von Abfindungen vor dem Hintergrund des KSchG als „Bestandsschutzgesetz“ vgl. APS/Biebl, § 9 KSchG Rn. 1 f.

¹⁸ Hueck, ZHR 85 (1921) 368 (369 ff), zu den §§ 84 ff. BRG auch die Kommentierung von Flatow/Kahn/Freund, Betriebsrätegesetz 1920, 13. Auflage 1931.

¹⁹ Näher § 84 Betriebsrätegesetz (BRG), genannt wird etwa auch die Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen bzw. beruflichen Verein bzw. zu einem militärischen Verband, weiter die Kündigung wegen Weigerung der Ausführung einer anderen als der vereinbarten Arbeit. Die Klage ging auf Weiterbeschäftigung, weder der Einspruch noch die Anrufung des Arbeitsgerichts hatten aufschiebende Wirkung.

²⁰ Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, RGBl. 1934, S. 45.

²¹ Kommentierung der §§ 56 ff AOG durch Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.

²² Erste Kommentierungen unter anderem durch Hueck, KSchG, 1951; Herschel/Steinmann, KSchG, 1951.

²³ Bei der außerordentlichen Kündigung nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG.

²⁴ Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 24.

²⁵ Für diese gilt jedoch beispielsweise mit Ausnahme der Anfechtung die Schriftform des § 623 BGB, vgl. Roth/Krüger, MLR 2021, 36 (41).

²⁶ Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 24.

(etwa die Abberufung des Geschäftsführers einer GmbH) wird damit beispielsweise nicht erfasst.²⁷ Dies stellt gesetzlich auch § 14 Abs. 1 KSchG klar. Es gilt der deutsche Arbeitnehmerbegriff, anders als etwa der Mutterschutz ist der Kündigungsschutz nicht europarechtlich geregelt. Umfasst werden auch leitende Angestellte, für die allerdings Sonderregeln gelten. Für die leitenden Angestellten greift kein Bestandsschutz, sondern nur ein Abfindungsschutz. Das Gericht hat nach §§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 1 S. 2 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auszusprechen, ohne dass es einer Begründung des Arbeitgebers bedarf. Allerdings ist der Begriff des leitenden Angestellten im KSchG anders als im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu verstehen,²⁸ § 14 Abs. 2 KSchG setzt voraus, dass die leitenden Angestellten zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind. Leitenden Angestellten gleichgestellt werden sogenannte Risikoträger bedeutender Kreditinstitute mit hohem Jahreseinkommen.²⁹

Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, so muss die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG von sechs Monaten überschritten sein, erst dann greift der Kündigungsschutz. Da § 1 KSchG keine Frist für die Abgabe der Kündigungserklärung enthält, ist § 193 BGB nicht anwendbar, die Wartezeit kann so auch an einem Sonntag enden.³⁰ Relevant ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung.³¹ Es kommt bezüglich des Ablaufs der Wartezeit nicht auf die tatsächliche Arbeitsleistung, sondern viel mehr den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses an, so dass auch eine mehrmonatige Erkrankung nichts ändert.³²

Vertiefung: Unterbrechungen (etwa wegen Krankheit) sind damit grundsätzlich unbeachtlich.³³ Sollte das Arbeitsverhältnis jedoch auch rechtlich unterbrochen worden sein, etwa durch eine Kündigung mit darauffolgender zeitnaher Wiedereinstellung, so sind die vorherigen Arbeitszeiten auf die sechsmonatige Frist nur

anzurechnen, wenn ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen den Beschäftigungen besteht.³⁴

Im Falle eines Betriebsübergangs ohne Unterbrechung sind die erbrachten Beschäftigungszeiten gegenüber dem neuen Inhaber eines Betriebs anzurechnen. § 613a Abs. 1 BGB führt dazu, dass der neue Inhaber eines Betriebs in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt.³⁵ Es gilt so auch ein Arbeitsverhältnis als bereits vor dem Betriebsübergang begründet.

III. Betrieblicher Anwendungsbereich

Prüfungsrelevant kann die Behandlung des betrieblichen Anwendungsbereiches nach § 23 KSchG sein, was unter anderem mit der 2003 in das Gesetz aufgenommenen Differenzierung zusammenhängt.³⁶ Im Grundsatz ist das KSchG auf einen Betrieb anwendbar, wenn ein bestimmter Schwellenwert erreicht ist, welcher seinerseits davon abhängig ist, wann das in Rede stehende – gekündigte – Arbeitsverhältnis begonnen hat. Hierbei ist die Norm etwas unübersichtlich gestaltet. § 23 Abs. 1 S. 1 KSchG stellt klar, dass die Vorschrift, vorbehaltlich einiger weniger relevanter Sondervorschriften, auch für Betriebe und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts gilt. Der dritte Satz legt nun den ab dem 1. Januar 2004 geltenden Schwellenwert von mehr als zehn Arbeitnehmern inklusive des gekündigten Arbeitnehmers fest. Hierbei ist relevant, dass zum Erreichen dieser Zahl nur die nach dem Stichtag eingestellten Arbeitnehmer („Neu-Arbeitnehmer“) berücksichtigt werden. Für die Arbeitnehmer, welche bis zum 31. Dezember 2003 eingestellt wurden („Alt-Arbeitnehmer“) greift die alte Grenze von mehr als fünf Arbeitnehmern, was sich aus dem Zusammenspiel der §§ 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 Hs. 1 KSchG ergibt. Hierfür sind nur die „Alt-Arbeitnehmer“ zu berücksichtigen. Auch wenn diese Grenze nicht mehr erreicht wird, sind die „Alt-

²⁷ Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 152.

²⁸ Im Falle des § 5 Abs. 3 BetrVG müssen neben die Befugnisse zur Einstellung oder Entlassung noch weitere Kriterien oder Anhaltspunkte (bspw. die Bestimmung durch eine Wahl als Indiz nach § 5 Abs. 4 Nr. 1 BetrVG) hinzutreten; vgl. allgemein zur Abgrenzung ErfK/Kiel, § 14 KSchG Rn. 7.

²⁹ § 25a Abs. 5a, 5b KWG, eingefügt durch das Brexit-Steuerbegleitgesetz, Einkommen überschreitet das Dreifache der Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung. Zur Einordnung und Bedeutung für den Kündigungsschutz etwa Lehmann/Schürger, BKR 2019, 365.

³⁰ BAG NZA 2014, 725 Rn. 46.

³¹ ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 49.

³² Vertiefend Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 27.

³³ Vertiefend Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 27.

³⁴ Das BAG verneinte einen solchen Zusammenhang mangels ausreichender Darlegung durch den Arbeitnehmer bspw. in BAG NZA 2014, 1083 Rn. 19.

³⁵ Vgl. allgemein dazu Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 133 ff.

³⁶ Siehe bereits in der Einleitung des Abschnitts A, vgl. zur Bedeutung der „Kleinbetriebsklausel“ Zundel, NJW 2006, 3467.

Arbeitnehmer“ selbstredend erfasst, wenn mehr als zehn „Neu-Arbeitnehmer“ angestellt sind.

Fall: A war seit 1998 in der Zahnarztpraxis Z als Arzthelferin beschäftigt. Am 31.12.2003 wurden dort sieben Arbeitnehmer beschäftigt. Von diesen schieden drei Arbeitnehmer im Laufe der Jahre aus, zwei weitere wurden eingestellt, sodass im Jahre 2021 sechs Arbeitnehmer dort angestellt sind. Ein Betriebsrat besteht nicht. Z kündigt der A ordentlich. Ist der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet?³⁷

Lösung: Es liegt eine arbeitgeberseitige Kündigung durch Z vor und die A ist bereits seit mehr als sechs Monaten angestellt, so dass der sachliche und der persönliche Anwendungsbereich des KSchG eröffnet sind. Hinsichtlich des betrieblichen Anwendungsbereiches gilt, dass jedenfalls die Schwelle des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG von zehn Arbeitnehmern nicht erreicht wird. Es könnte jedoch der Schwellenwert von mehr als fünf Arbeitnehmern nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG erreicht worden sein. Zwar sind aktuell sechs Arbeitnehmer bei Z beschäftigt, nach § 23 Abs. 1 S. 3 Hs. 1 KSchG sind jedoch bezüglich der Zählweise nur die „Alt-Arbeitnehmer“ zu berücksichtigen, Ersatzeinstellungen werden nicht berücksichtigt.³⁸ Hiervon sind nur noch vier bei Z angestellt, so dass der Anwendungsbereich des KSchG nicht eröffnet ist. A kann sich nicht auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass in den allermeisten praktisch relevanten Fällen die Schwelle von mehr als zehn Arbeitnehmern erreicht werden muss.³⁹ Begrifflich stellt die Norm klar, dass auf den Begriff des Betriebs und nicht etwa des Unternehmens⁴⁰ abzustellen ist, wobei der Betriebsbegriff des KSchG vorliegend vor allem im Lichte der Privilegierung von Kleinbetrieben auszulegen ist.⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die Privilegierung kleiner Unternehmen für gerechtfertigt gehalten und die Verwendung des Begriffs des Betriebs statt des Unternehmens mit der historischen Regelung im BRG begründet,⁴² allerdings eine verfassungskonforme Auslegung verlangt. Während unter Betrieb im Allgemeinen eine organisatorische Einheit verstanden wird, innerhalb derer der Arbeitgeber bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt und darunter auch

Teile größerer Unternehmen fallen können, sind durch eine an Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel orientierte Auslegung solche Einheiten auszuschneiden, auf die der Schutzgedanke des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG nicht zutrifft.

Fall: A ist in der X-AG beschäftigt, die als Konzernholding für mehrere GmbHs mit insgesamt 270 Arbeitnehmern fungiert. In der Holding, welche die Anteile an sämtlichen Gesellschaften hält, arbeiten hingegen nur fünf Arbeitnehmer. Kann sich A auf den Kündigungsschutz nach dem KSchG berufen?⁴³

Lösung: Fraglich ist, ob der betriebliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Hierbei ist zu beachten, dass dieser rein betriebsbezogen zu betrachten ist. Weder sind mehrere Betriebe desselben Unternehmens einzubeziehen noch verschiedene Unternehmen einer Holding.⁴⁴ Daher müsste die Holding selbst unter den Anwendungsbereich des KSchG fallen, was angesichts der Anzahl von nur fünf Angestellten ebenfalls zu verneinen ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt in Betracht, wenn sich ein anderes Unternehmen ausdrücklich zur Übernahme anderer Arbeitnehmer bereit erklärt, etwa im Rahmen von Umstrukturierungen.⁴⁵

Teilzeitbeschäftigte werden nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG anteilig mitgezählt. Arbeitnehmer, die nicht mehr als 20 Stunden wöchentlich arbeiten werden mit 0,5, solche mit nicht mehr als 30 Wochenstunden mit 0,75 gezählt. Eine Aufrundung findet nicht statt. Die Gerichte beschäftigte zudem die Frage, wie mit Leiharbeitnehmern umzugehen ist.

Fall: Z ist drei Personen gegenüber zum Unterhalt verpflichtet und bei Arbeitgeber A beschäftigt. Daneben sind bei A neun weitere Arbeitnehmer angestellt. Diese wurden alle nach Z eingestellt, weiter sind in seinem 2005 gegründeten Betrieb regelmäßig drei Leiharbeiter beschäftigt. Kann Z sich bei einer Kündigung auf das KSchG berufen?⁴⁶

Lösung: Problematisch ist erneut die Eröffnung des betrieblichen Anwendungsbereiches, da § 23 KSchG das Vorhandensein von Leiharbeitnehmern nicht thematisiert. Insgesamt arbeiten beim A zehn Festangestellte, womit die Grenze von mehr als zehn Arbeitnehmern

³⁷ Nach BAG NZA 2008, 944.

³⁸ Vgl. auch BAG NZA 2009, 484 Rn. 13.

³⁹ Vertiefend dargelegt von Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 357.

⁴⁰ BAG NZA 2002, 1147 (1149).

⁴¹ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 358.

⁴² Oben Fn. 20, fälschlich von einer Regelung im Betriebsverfassungsgesetz sprechend BVerfG NZA 1998, 470 (474).

⁴³ Nach BAG NZA 2002, 1147.

⁴⁴ BAG NZA 2002, 1147 (1149).

⁴⁵ Vgl. hierzu BAG NZA 2008, 939 Rn. 22.

⁴⁶ Nach BAG NZA 2013, 726.

nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG nicht erreicht wird, die Grenze von fünf ist vorliegend nicht einschlägig. Allerdings wird davon ausgegangen, dass auch Leiharbeiter bei der Zählung berücksichtigt werden, wenn diese einen „regelmäßigen Beschäftigungsbedarf“ des Betriebes abdecken⁴⁷, denn das Gesetz spricht von „im Betrieb beschäftigten“ Arbeitnehmern, nicht etwa von Festangestellten. Von dem regelmäßigen Bedarf ist nach dem Sachverhalt auszugehen, so dass der Anwendungsbereich eröffnet ist.

C. Das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung der Kündigung

I. Soziale Rechtfertigung als Voraussetzung für eine rechtmäßige Kündigung (§ 1 Abs. 1 KSchG)

§ 1 Abs. 1 KSchG stellt klar, dass eine Kündigung im Falle der Anwendbarkeit des KSchG dann unwirksam ist, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt (also sozialwidrig) ist. Die soziale Rechtfertigung setzt sich zusammen aus drei denkbaren Kündigungsgründen, von welchen mindestens einer einschlägig sein muss. So kann eine Kündigung sich auf personen- oder verhaltensbedingte Gründe stützen oder betriebsbedingt⁴⁸ ausgestaltet sein. Ein und derselbe Kündigungsgrund können durchaus als Rechtfertigung für eine ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung herangezogen werden, wobei lediglich fraglich ist, ob der Grund eine sofortige („fristlose“, also außerordentliche) Kündigung rechtfertigt oder nicht.⁴⁹ Die ordentliche Kündigung kann daher als wesensgleiches Minus zur außerordentlichen Kündigung betrachtet werden.⁵⁰ Hinzu kommen sodann einige je nach Kündigungsgrund leicht modifizierte Grundprinzipien, die teilweise den folgenden Absätzen des § 1 KSchG entspringen und deren Erörterung sowohl in der gerichtlichen als auch der Klausurpraxis zumeist den Schwerpunkt bildet. Ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, so ist prinzipiell von einer Wirksamkeit der Kündigung auszugehen, soweit nicht gegen besonderen Kündigungsschutz⁵¹ verstoßen wird, da die Kündigung dann im Grundsatz keiner Rechtfertigung bedarf. Die Grenze bilden hierbei allgemeine Prinzipien des Zivilrechts wie die §§ 134⁵², 138⁵³ (Verstoß gegen ein

gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit) oder aber die Schranke der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB⁵⁴ sowie – auch praktisch bedeutsam – das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

Vertiefung: Nach § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen nur die Normen des allgemeinen sowie des besonderen Kündigungsschutzes, im Falle einer Diskriminierung nicht also auch das AGG. Soweit das KSchG jedoch anzuwenden ist, werden die Wertungen des AGG für die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des allgemeinen Kündigungsschutzes ergänzend herangezogen.⁵⁵ Ein Verstoß gegen Prinzipien des AGG führt mithin zu einer Sozialwidrigkeit der Kündigung.⁵⁶ Außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG setzt sich das BAG über die Vorschrift des § 2 Abs. 4 AGG hinweg und nimmt im Falle eines Verstoßes der Kündigung gegen das AGG eine Unwirksamkeit der Kündigung nach §§ 7 Abs. 1 Hs. 1, 3 Abs. 1 S. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB an.⁵⁷

II. Gründe für eine soziale Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG

1. Gründe in der Person, im Verhalten, betriebliche Gründe

Die Gründe für eine soziale Rechtfertigung sind in § 1 Abs. 2 KSchG geregelt, unterschieden werden können Gründe in der Sphäre des Arbeitnehmers (personen- und verhaltensbedingte Kündigung) sowie Gründe in der Sphäre des Arbeitgebers (betriebsbedingte Kündigung). Personen- und verhaltensbedingte Kündigung sind zu unterscheiden, auch wenn die Zuordnung nicht in allen Fällen unzweifelhaft möglich ist und Zwischenformen wie die Verdachtskündigung bei Verdacht einer Straftat gegen den Arbeitgeber teilweise als verhaltensbedingt (wie bei einer Tat Kündigung), teilweise als personenbedingte Kündigung (Verlust des Vertrauens in den Arbeitnehmer) eingestuft wird (dazu unten F.).

2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Bevor auf die Ausgestaltung und Bedeutung der Grundprinzipien des allgemeinen

⁴⁷ BAG NZA 2013, 726 (728 f.).

⁴⁸ Diese wird zusammen mit der Änderungskündigung in einem eigenen Beitrag behandelt werden.

⁴⁹ Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 30.

⁵⁰ Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 30.

⁵¹ Vgl. hierzu bereits Roth/Krüger, MLR 2021, 36 (45 f.).

⁵² Vertiefend zur Thematik der Gesamt- und Teilnichtigkeit von Arbeitsverträgen MüKo-BGB/Armbrüster, § 134 Rn. 110 ff.

⁵³ Dies gilt selbst im Falle der Anwendbarkeit des KSchG, dann müssen die Verstöße jedoch schwerwiegender sein als jene gegen das KSchG, vgl. MüKo-BGB/Armbrüster, § 138 Rn. 12.

⁵⁴ Allgemein zum Kündigungsschutz außerhalb des KSchG Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 343 ff.,

⁵⁵ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 340.

⁵⁶ BAG NZA 2012, 443 Rn. 18.

⁵⁷ Vgl. etwa BAG NZA 2015, 1380.

Kündigungsschutzes eingegangen wird, ist es wichtig, herauszustellen, dass der einzig relevante Maßstab für die Beurteilung, ob ein Kündigungsgrund in Verbindung mit den anwendbaren Prinzipien zu einer sozialen Rechtfertigung führt, die objektive Sachlage zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung⁵⁸ ist.⁵⁹ Ob davor oder danach eine Rechtfertigung der Kündigung vorliegt, ist demnach irrelevant, so dass in einer Klausur der Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung unter Umständen genau untersucht werden muss. Zudem erfordern alle Kündigungsgründe selbstredend eine gewisse Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses, da andernfalls auch private „Vergehen“ des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber sanktioniert werden könnten.⁶⁰ Mit der Annahme eines Kündigungsgrundes „an sich“ muss damit eine Störung des Arbeitsverhältnisses einhergehen.⁶¹ Die Beweislast trägt jeweils der Arbeitgeber (vgl. § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG). Die nachfolgend dargelegten Prinzipien finden auf alle Kündigungsgründe Anwendung, wobei teilweise eine Zusammenziehung und Modifizierung einzelner Prinzipien durch die Rechtsprechung erfolgt ist, ohne jedoch den Kern der Prinzipien zu verändern, weshalb auch eine durchgängige Bezeichnung unter den nachfolgenden Namen vertretbar ist.

III. Grundprinzipien zur Prüfung einer personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Kündigung

1. Prognoseprinzip

Wie zum für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes maßgeblichen Zeitpunkt (oben II. 2.) bereits dargelegt, beeinflussen nachträgliche Änderungen der Sachlage nach Zugang des Kündigungsschreibens die Wirksamkeit der Kündigung nicht, da die objektive Sachlage zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung zu betrachten ist. Da jedoch die Kündigung nicht – zumindest nicht maßgeblich – als Sanktion gegenüber dem Arbeitnehmer anzusehen ist, sondern viel mehr präventiv die Interessen des Arbeitgebers schützen soll, ist eine Fortführungsprognose durchzuführen, welche negativ ausfallen muss.⁶² Der Grund muss demnach nach der Prognose aller Voraussicht nach andauern, wobei auf Erfahrungen aus der Vergangenheit

abzustellen ist.⁶³ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognose ist der Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung. So kann sich bei einer personenbedingten Kündigung die Frage stellen, ob mit einer andauernden Krankheit zu rechnen ist oder nur mit einer vorübergehenden Erkältung, bei einer verhaltensbedingten Kündigung, ob mit einer Wiederholung eines Fehlverhaltens zu rechnen ist, oder ob etwa das Vertrauen in den Arbeitnehmer nach einem Fehlverhalten wiederhergestellt werden kann. Praktisch relevant wird der Zeitpunkt der Prognose auch bei einer betriebsbedingten Kündigung, wenn ein Betriebsinhaber die Absicht der Betriebsstilllegung wieder aufgibt, es wird dann jedoch nicht etwa die Kündigung sozialwidrig, sondern es kommt lediglich ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers in Betracht.

2. Ultima-ratio-Grundsatz

Eine Kündigung muss nach dem BAG verhältnismäßig sein.⁶⁴ Dabei kommt insbesondere einem Element, dem *Ultima-ratio*-Prinzip, welches mit der aus dem Verfassungsrecht bekannten Erforderlichkeit gleichzusetzen ist, eine entscheidende Bedeutung zu.⁶⁵ Eine Kündigung ist insoweit als „schärfstes Schwert“ nur als letztes Mittel (*ultima ratio*) heranzuziehen⁶⁶, wobei die verschiedenen Kündigungsgründe die Heranziehung aufzuzeigender jeweils verschiedener milderer ebenso geeigneter Mittel erfordern können. Das Gesetz sieht als offensichtliches milderes Mittel die Besetzung einer freien Stelle im Betrieb oder Unternehmen vor (§ 1 Abs. 2 S. 3 KSchG). In wirtschaftlichen Ausnahmesituationen wie etwa der Corona-Pandemie kommt dem Institut der Kurzarbeit entscheidende Bedeutung zu, wobei das Verhältnis zwischen Kündigung und Kurzarbeit nicht immer unstreitig zu beurteilen ist.⁶⁷

3. Interessenabwägung

Gleichzusetzen mit dem Begriff der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist zudem stets eine Interessenabwägung zwischen dem Weiterführungsinteresse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auf der einen sowie dem Beendigungsinteresse des Arbeitgebers auf der anderen Seite durchzuführen.⁶⁸

⁵⁸ Vgl. zu diesem Zeitpunkt Roth/Krüger, *MLR* 2021, 36 (42 f.).

⁵⁹ ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 91.

⁶⁰ Krause, *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, § 18 Rn. 30.

⁶¹ ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 67.

⁶² Kamanabrou, *Arbeitsrecht*, 2017, Rn. 1360.

⁶³ ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 78.

⁶⁴ Zu dem das Kündigungsrecht „beherrschenden“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl. etwa BAG NZA 2011, 39 Rn. 12.

⁶⁵ Kamanabrou, *Arbeitsrecht*, 2017, Rn. 1364.

⁶⁶ Kamanabrou, *Arbeitsrecht*, 2017, Rn. 1365.

⁶⁷ Vgl. zur betriebsbedingten Kündigung während der Kurzarbeit etwa Seidler/Josephs, NZA 2020, 1227.

⁶⁸ Junker, *Arbeitsrecht*, 20. Auflage, Rn. 364.

Hierbei sind alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, der Interessenabwägung kommt allerdings ein deutlich geringerer Stellenwert zu, als dies bei einer Kündigung aus wichtigem Grund der Fall ist.

IV. Annahmeverzug und Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Unwirksamkeit der Kündigung kann auch im Rahmen einer Zahlungsklage bzw. der Frage nach dem Bestehen eines (vertraglichen) Vergütungsanspruchs zu prüfen sein: Die zu erbringende Arbeitsleistung ist meist als absolute Fixschuld zu qualifizieren.⁶⁹ Zwar tritt bei Nichtvornahme – etwa weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Zeit des Kündigungsschutzprozesses nicht mehr arbeiten lässt – grundsätzlich Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ein und entfällt gemäß § 326 Abs. 1 BGB an sich der Anspruch auf die Gegenleistung („Ohne Arbeit kein Lohn“), also hier der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers. Sofern aber der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug kommt, ist nach § 615 S. 1 BGB die Vergütung zu zahlen, ohne dass der Dienstverpflichtete (Arbeitnehmer) die Dienste nachleisten müsste. Ein Fall des Annahmeverzuges nach den §§ 293 ff. BGB liegt dabei regelmäßig auch ohne tatsächliches (§ 294 BGB) oder wörtliches (§ 295 BGB) Angebot der Arbeitsleistung vor, da die Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eine nach § 296 S. 1 BGB „vorzunehmende Handlung“ ist⁷⁰ und es daher keines Angebots des Arbeitnehmers bedarf (Entbehrlichkeit des Angebotes). In der Kündigung liegt regelmäßig der Entzug des Arbeitsplatzes, so dass der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bestehen bleibt. Aufgrund dieser finanziellen Risiken wird der Arbeitnehmer oftmals (zumindest) bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigt. Auf eine solche sogenannte „Prozessbeschäftigung“⁷¹ finden nach der Rechtsprechung des BAG die Regelungen des § 14 Abs. 1 TzBfG Anwendung, da es sich nach der Auffassung des BAG um eine Befristung mit Sachgrund handelt.⁷² Insbesondere im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung ist eine Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots dem Arbeitnehmer jedoch nicht

ohne weiteres zuzumuten, sodass dieser unter Umständen trotz Ablehnung den Anspruch auf den Annahmeverzugslohn behält.⁷³

Nach § 11 KSchG muss sich der Arbeitnehmer hinsichtlich des Annahmeverzugslohnes jedoch anrechnen lassen, was er in dieser Zeit verdient hat (Nr. 1), böswillig unterlassen hat, zu verdienen (Nr. 2), indem er zumutbare Angebote nicht angenommen hat oder was ihm an öffentlich-rechtlichen Leistungen gezahlt worden ist (Nr. 3). Die Beweislast trifft den Arbeitgeber. Grundsätzlich ist zwar keine Partei im Rechtsstreit zur Auskunftserteilung gegenüber der darlegungs- und beweisbelasteten Partei verpflichtet, nach dem BAG hat der Arbeitnehmer jedoch Auskunft über sein Bemühen zu erteilen.⁷⁴ Dies folgt aus einer Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB und kann im Falle des Unterlassens zu einer Minderung der Vergütungszahlung führen.⁷⁵

Gelegentlich zu prüfen sind auch Weiterbeschäftigungsansprüche der Arbeitnehmer. Hat der Betriebsrat nach § 102 Abs. 3 BetrVG Widerspruch gegen die Kündigung erklärt, besteht nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG der sogenannte betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch, nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses. Sollte die Klage des Arbeitnehmers vom ArbG zudem schon vorher als offensichtlich begründet angesehen werden oder der Klage in erster Instanz sogar stattgegeben werden, so lässt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (Art 1, 2 Abs. 1 GG) zudem ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch ableiten.⁷⁶ Hinzu treten Wiederbeschäftigungsansprüche, wenn sich die Sachlage nach Zugang der Kündigungserklärung als maßgeblichem Zeitpunkt für die Begründetheit der Kündigungsschutzklage, nachträglich – jedoch noch im zeitlichen Rahmen der Kündigungsfrist ändert.⁷⁷ Die Ansprüche werden aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB hergeleitet und greifen etwa im Falle der Ausräumung von Verdachtsmomenten im Falle der Verdachtskündigung⁷⁸ oder bei betrieblichen Änderungen im Falle der betriebsbedingten Kündigung, welche die

⁶⁹ MüKo-BGB/Ernst, § 275 Rn. 52, Aufbereitung des Annahmeverzuges in einem Fall bei Heckelmann/Franzen, Fälle zum Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 67.

⁷⁰ MüKo-BGB/Ernst, § 296 Rn. 3.

⁷¹ Allgemein zur Einordnung Lingemann/Steinhauser, NJW 2014, 2165.

⁷² Vgl. etwa BAG NZA 2007, 466 Rn. 12.

⁷³ Vgl. zu dieser Problematik MüKo-BGB/Henssler, § 615 Rn. 84.

⁷⁴ BAG NZA 2020, 113.

⁷⁵ BAG NZA 2020, 113 Rn. 31 ff.

⁷⁶ Vertiefend Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 393.

⁷⁷ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 26. Auflage, Rn. 419.

⁷⁸ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 26. Auflage, Rn. 419.

Kündigung nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen,⁷⁹ etwa wenn der feste Entschluss zur Stilllegung des Betriebs wieder aufgegeben wird.

D. Die personenbedingte Kündigung

I. Anwendungsfälle und Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sieht als ersten Grund für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung Gründe vor, „die in der Person des Arbeitnehmers [...] liegen“. Da die Darlegung eines solchen Grundes tief in die Sphäre des Arbeitnehmers eingreifen kann und demnach hohe Hürden an die Rechtfertigung zu stellen sind, dürfte sie zahlenmäßig insbesondere hinter der betriebsbedingten Kündigung zurücktreten. Eine Abgrenzung kann gerade zur verhaltensbedingten Kündigung nötig sein. So kann es vorkommen, dass persönliche Einstellungen des Arbeitnehmers für eine personenbedingte Kündigung herangezogen werden, während auf diesen Überzeugungen fußenden Handlungen, welche vom Arbeitnehmer steuerbar sind, zu einer verhaltensbedingten Kündigung führen können.⁸⁰

II. Prüfung einer personenbedingten Kündigung

Praktisch bedeutsamster Fall der personenbedingten Kündigung ist die krankheitsbedingte Kündigung. Ein weiterer Sonderfall ist die Verdachtskündigung. Zunächst sollen jedoch Grundkonstellationen betrachtet werden.

1. In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund

Es müssen Gründe aus der Sphäre des Arbeitnehmers vorliegen, die von diesem nicht steuerbar sind und die er demnach auch nicht zu vertreten haben muss.⁸¹ Dabei kann es sich insbesondere um persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten handeln.⁸²

Fall: A ist beim Einzelhandelskonzern E als Kommissionierer beschäftigt. Als solcher hat er aus einem Gesamtsortiment je nach Auftrag bestimmte Teilmengen auszusondern und bereitzustellen. Dabei liegen seine Arbeitsleistungen 40 bis 50 Prozent unter dem

Durchschnitt. E möchte ihn daher personenbedingt kündigen.⁸³

Lösung: Die Kündigung könnte wegen Defiziten in der Arbeitsleistung des A sozial gerechtfertigt sein. Man spricht bei unterdurchschnittlich agierenden Arbeitnehmern von sogenannten *low performer*. Sofern die Arbeitsleistung nicht absichtlich unterdurchschnittlich erbracht wird, kann insoweit höchstens von einer personenbedingten Kündigung ausgegangen werden, da der Arbeitgeber zumindest im Hinblick auf die verhaltensbedingte Kündigung keinen Erfolg, sondern lediglich die – ihm mögliche – Arbeitsleistung schuldet.⁸⁴ Hierbei muss die Leistung erheblich unterdurchschnittlich sein. Der Arbeitnehmer unterschreitet vorliegend die berechnete Erwartung des Arbeitgebers von einer angemessenen Arbeitsleistung.⁸⁵ Womit dies vorliegend genau zusammenhängt (etwa einer Krankheit) ist zwar nicht ersichtlich, es ist jedoch (wohl) von einem personenbedingten Kündigungsgrund auszugehen, da die Durchschnittserwartung vorliegend erheblich unterschritten wird.

Gründe in der Person des Arbeitnehmers sind etwa das Fehlen notwendiger Eignungsnachweise wie Führerschein von Lastwagenfahrern, Pilotenlizenzen,⁸⁶ juristischen Staatsexamina von angestellten Anwälten oder Arbeitserlaubnissen.⁸⁷ Schwierig und durchaus mit verfassungsrechtlichem Bezug zu behandeln sind Gewissensentscheidungen und deren Ursprung im Gewissen des Arbeitnehmers.⁸⁸ Das Erreichen des Renteneintrittsalters kann nicht ohne weiteres eine Kündigung rechtfertigen.⁸⁹ Teilweise wird von Arbeitgebern auch der Wechsel der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung als Kündigungsgrund angeführt. Wird ein Student exmatrikuliert und daher sozialversicherungspflichtig, so rechtfertigt dies jedoch nicht ohne weiteres seine Kündigung, da die Sozialversicherungsfreiheit nicht originär mit der geschuldeten Arbeitsleistung zusammenhängt.⁹⁰ Bestimmte Anforderungen an den Arbeitnehmer können jedoch auch diskriminierend sein.

⁷⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen in *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 26. Auflage, Rn. 413.

⁸⁰ *Roos/Bufalica*, in: Däubler et. al, Arbeitsrecht, § 1 KSchG Rn. 64. Die Abgrenzung als Fall bearbeitet von *Schmidt*, JURA 2015, 188.

⁸¹ *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 365.

⁸² *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1372.

⁸³ Nach BAG NZA 2004, 784.

⁸⁴ BAG NZA 2004, 784 (786).

⁸⁵ BAG NZA 2004, 784 (788).

⁸⁶ Vgl. BAG NZA 2001, 1304 (1305).

⁸⁷ Vgl. BAG NZA 1991, 341.

⁸⁸ Vgl. hierzu noch die Ausführungen zur verhaltensbedingten Kündigung, da teilweise beide Kündigungsgründe in Frage kommen.

⁸⁹ *Preis/Temming*, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage, Rn. 2939.

⁹⁰ Vgl. BAG NZA 2007, 680 Rn. 19.

Fall: A stammt aus einem nicht deutschsprachigen EU-Land und ist als Handwerker im Betrieb des B, einem Zulieferer für die Automobilindustrie, angestellt. Durch neue Anforderungen an die Industrie sind zukünftig umfassende Kontrollen bestimmter Maschinen vorgesehen, wofür B eine Checkliste erstellt. Da A diese nie vollständig ausfüllt, bittet der B den A um die Teilnahme an einem Sprachkurs. Als A durch den Sprachkurs fällt, kündigt der B das Arbeitsverhältnis. A sieht dies als ungerechtfertigte Diskriminierung an.⁹¹

Lösung: Fraglich ist, ob die fehlenden Sprachkenntnisse ein zulässiger in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund sind, welche zur Kündigung rechtfertigen. Das AGG findet zwar wegen § 2 Abs. 4 AGG keine direkte Anwendung⁹², die Wertungen sind jedoch im Rahmen der sozialen Rechtfertigung zu berücksichtigen. Vorliegend ist jedoch kein verpöntes Merkmal des § 1 AGG einschlägig, insbesondere lässt sich von der Erwartung des Beherrschens einer bestimmten Sprache keine Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie ableiten, da eine Sprache unabhängig von der Herkunft gesprochen bzw. erlernt werden kann.⁹³ Damit liegt ein die Kündigung rechtfertigender Grund an sich vor.

2. Negative Prognose

Aufgrund der Erfahrungswerte der Vergangenheit muss die Zukunftsprognose negativ ausfallen und ergeben, dass der Arbeitnehmer wegen des in seiner Person liegenden Grundes auch in Zukunft die Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß erbringen kann.⁹⁴

3. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Es muss stets untersucht werden, ob der in der Person des Arbeitnehmers liegende Grund auch tatsächlich die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers tangiert, hierdurch also insbesondere das Interesse des Arbeitgebers an einer ordnungsgemäß ausgeführten Arbeitsleistung verletzt wird.⁹⁵

Fall: M ist bei der Aluminiumfabrik F als Maschinenführer angestellt. Wegen des dringenden Verdachts des Drogenhandels wird er zunächst in Untersuchungshaft

genommen. Noch vor der Verurteilung zu einer fünfjährigen Haftstrafe kündigt F dem M. M hält das für sozial ungerechtfertigt.⁹⁶

Lösung: Die entscheidende Voraussetzung für eine haftbedingte Kündigung ist, dass der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit gehindert ist, die Arbeitsleistung zu erbringen. Der Arbeitgeber kann nicht dazu angehalten werden, einen Arbeitsplatz für unbestimmte Zeit freizuhalten.⁹⁷ Hierbei wird sogar angenommen, dass die Dauer der Untersuchungshaft für den Arbeitgeber sogar noch schwieriger kalkulierbar ist als eine bereits feststehende Freiheitsstrafe.⁹⁸ Zeitlich wird hierbei eine Grenze von absehbaren zwei Jahren festgelegt, welche in aller Regel zu der Rechtfertigung einer personenbedingten Kündigung führt.⁹⁹

4. Ultima-ratio-Prinzip

Im Rahmen des *Ultima-ratio*-Prinzips sind bei der personenbedingten Kündigung insbesondere anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten zu prüfen,¹⁰⁰ § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 b) KSchG nennt die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG die Weiterbeschäftigung nach einer zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme. Bei der personenbedingten Kündigung stellt gerade kein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers, sondern viel mehr eine von diesem nicht ablegbare objektive Eigenschaft oder Fähigkeit den Kündigungsgrund dar. Daher ist eine Abmahnung in den meisten Fällen nicht zielführend, da sich Eigenschaften und Fähigkeiten dadurch nicht erwirken lassen.¹⁰¹

5. Interessenabwägung

Es ist für beide Seiten vor allem zu berücksichtigen, wie lange das Arbeitsverhältnis – insbesondere störungsfrei – bestanden hat und ob eine persönliche Eigenschaft, etwa eine Krankheit, beispielsweise ihren Ursprung in einem betrieblichen Zusammenhang findet.¹⁰²

⁹¹ Nach BAG NZA 2010, 625.

⁹² S. hierzu bereits die Vertiefung oben C., I.

⁹³ BAG NZA 2010, 625 Rn. 16.

⁹⁴ Auch zur Einordnung in das Schema *Roos/Bufalica*, in: Däubler et. al, Arbeitsrecht, § 1 KSchG Rn. 66.

⁹⁵ ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 103.

⁹⁶ Nach BAG NZA 1995, 119.

⁹⁷ BAG NZA 1995, 119 (120).

⁹⁸ BAG NZA 2011, 1084 Rn. 22.

⁹⁹ BAG NZA 2011, 1084 Rn. 23.

¹⁰⁰ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1376.

¹⁰¹ Vgl. vertieft zum Abmahnungserfordernis Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1377.

¹⁰² Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 367, etwa ein Arbeitsunfall vgl. Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1378.

6. Kurzschemata¹⁰³

a) In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund
Nicht steuerbare Gründe in der Sphäre des Arbeitnehmers

b) Negative Prognose

Frage: Ist zu erwarten, dass die Gründe auch in der Zukunft zu einer nicht ordnungsgemäßen Arbeitsleistung führen?

c) Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

d) Ultima-ratio-Prinzip

Eine Abmahnung ist zumeist nicht anzudenken

e) Interessenabwägung

III. Die krankheitsbedingte Kündigung als besonderer Anwendungsfall

1. Besonderheiten der krankheitsbedingten Kündigung

Der praktisch relevanteste Fall der personenbedingten Kündigung ist die krankheitsbedingte Kündigung, welche einen durch die Rechtsprechung geprägten dreistufigen Aufbau ausweist, der jedoch die bereits bekannten Prinzipien des allgemeinen Kündigungsschutzes abdeckt.¹⁰⁴ Zunächst muss selbstredend eine Krankheit des Arbeitnehmers vorliegen. Hierbei ist zwischen häufigen Kurzzeiterkrankungen, Langzeiterkrankungen und einer verminderten Leistungsfähigkeit aufgrund einer Krankheit zu unterscheiden.¹⁰⁵ Ab einem gewissen Stadium wird auch eine Alkohol- oder Drogensucht als Krankheit angesehen.¹⁰⁶

2. Prüfungsabfolge

Auf erster Stufe muss eine negative Gesundheitsprognose ergeben, dass im Falle von Kurzzeiterkrankungen aufgrund der Erfahrungen der Vergangenheit mit erneuten Ausfällen des Arbeitnehmers zu rechnen ist.¹⁰⁷ Im Falle von einer Langzeitkrankheit oder einer bleibenden Minderung der Leistungsfähigkeit muss

absehbar sein, dass die Krankheit oder deren Folge auf Dauer anhalten wird.¹⁰⁸ Auf zweiter Stufe muss eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen bejaht werden, wobei zwischen wirtschaftlichen und betrieblichen Auswirkungen zu unterscheiden ist.¹⁰⁹ Eine wirtschaftliche Belastung stellt insbesondere eine häufige Pflicht zur Entgeltfortzahlung dar.¹¹⁰ Gerade bei Langzeiterkrankungen können betriebliche Belastungen anzunehmen sein, da für den Arbeitgeber nicht genau ersichtlich ist, ob und wann er den kranken Arbeitnehmer wieder einsetzen kann.¹¹¹ Keine Belastung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer auf einem anderen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, da dann das *Ultima-ratio*-Prinzip nicht gewahrt wurde.¹¹² Eventuell unterbliebene Eingliederungsmaßnahmen führen nur dann zur Sozialwidrigkeit der Kündigung, wenn im Falle der Durchführung eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestanden hätte.¹¹³ Auf dritter Stufe muss eine umfassende Interessenabwägung ergeben, dass eine Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten ist.¹¹⁴

Fall: S ist bei Arbeitgeber A als Schlosser beschäftigt. Aufgrund eines Rückenleidens kann er die derzeitige Tätigkeit nicht mehr weiter ausführen. Deswegen kündigt A dem S. Im Betrieb des A sind jedoch aktuell zwei Stellen frei. Dabei kommt für den S nur die Stelle als vorgesetzter und deutlich besser bezahlter Gruppenleiter in Frage, während er eine Beschäftigung auf einer Pfortnerstelle kategorisch ablehnt. Letztere hatte A ihm jedoch angeboten.¹¹⁵

Lösung: Fraglich ist vorliegend, ob A bei der Kündigung das *Ultima-ratio*-Prinzip gewahrt hat, da eine anderweitige Stelle in Frage gekommen wäre. Als milderes Mittel ist nämlich stets die Umsetzung auf einen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz zu bedenken (ggf. auch durch eine Änderungskündigung). Eine höherwertige Stelle muss der Arbeitgeber jedoch nicht berücksichtigen, da für den Arbeitnehmer aus dem *Ultima-ratio*-Prinzip kein Anspruch auf Beförderung erwächst.¹¹⁶ Der Kündigungsschutz dient in erster Linie dem Schutz des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses.¹¹⁷ Die

¹⁰³ Für die Einordnung der Prüfungsreihenfolge in das Gesamtschema, vgl. unten G.

¹⁰⁴ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1379.

¹⁰⁵ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 367.

¹⁰⁶ Vgl. ausführlich KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 300.

¹⁰⁷ KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 352.

¹⁰⁸ KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 393.

¹⁰⁹ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1381.

¹¹⁰ Nach § 3 Abs. 1 EFZG.

¹¹¹ KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 393.

¹¹² Vgl. u.a. BAG NZA 2007, 1041.

¹¹³ BAG NZA-RR 2008, 515 Rn. 29.

¹¹⁴ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1384.

¹¹⁵ Nach BAG NZA 2007, 1041.

¹¹⁶ BAG NZA 2007, 1041 Rn. 25.

¹¹⁷ Zur Bedeutung des Bestandsschutzes als „Nervenzentrum des Arbeitsrechts“ vgl. Greiner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 4. Auflage 2018, § 107 Rn. 14 ff.

Pförtnerstelle ist jedoch zu berücksichtigen. Da A dem S diese in Aussicht gestellt hat, ist die Kündigung sozial gerechtfertigt.

3. Kurzschema¹¹⁸

- a) Vorliegen einer Langzeit- oder vieler Kurzzeiterkrankungen**
- b) Negative Gesundheitsprognose (Erste Stufe)**
 Langzeiterkrankung: Erwartung, dass die Krankheit dauerhaft anhält
 (Häufige) Kurzzeiterkrankungen: Erwartung, dass in Zukunft weiterhin Arbeitsausfälle zu befürchten sind
- c) Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (Zweite Stufe)**
- d) Verhältnismäßigkeit und Interessenabwägung (Dritte Stufe)**
 Der *Ultima-ratio*-Grundsatz findet im Rahmen dieser Abwägung Anwendung, kann jedoch auch losgelöst geprüft werden

E. Die verhaltensbedingte Kündigung

I. Abgrenzung zur außerordentlichen sowie zur personenbedingten Kündigung

Gerade in der Klausurpraxis kann die verhaltensbedingte Kündigung als zweiter Fall des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG erhebliche Relevanz haben, da sie weniger statisch als die betriebsbedingte Kündigung zu prüfen ist und ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund häufig sowohl für die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB in Betracht kommt. Die Abgrenzung erfolgt hier durch die Beantwortung der Frage, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zuzumuten ist, wofür in der Praxis insbesondere ein Abmahnungserfordernis sprechen kann.¹¹⁹ Die Abgrenzung zur personenbedingten Kündigung erfolgt durch die Feststellung, ob die die Kündigung begründenden Tatsachen dem Arbeitnehmer

vorwerfbar sind, da er sie steuern kann.¹²⁰ Dann liegt eine verhaltensbedingte Kündigung vor, wobei genau zu differenzieren ist, da nahe beieinander liegende Tatsachen sowohl personen- als auch verhaltensbedingte Kündigungen rechtfertigen könnten.¹²¹

II. Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung

1. Vertragspflichtverletzung durch steuerbares Verhalten

Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers liegen vor, wenn der Arbeitnehmer eine vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht nicht unerheblich verletzt.¹²² Im Unterschied zur personenbedingten Kündigung wird grundsätzlich ein Verschulden vorausgesetzt.¹²³ Fehlt es am Verschulden (z.B. im Falle einer psychischen Krankheit) ist im Falle einer Vertragspflichtverletzung eher vom Vorliegen eines personenbedingten Kündigungsgrundes auszugehen.¹²⁴ Beispiele für vertragswidriges Verhalten sind etwa unentschuldigtes Fehlen oder Beleidigungen gegenüber dem Arbeitgeber.¹²⁵ Weniger bekannt dürfte die anerkannte Rechtfertigung einer Kündigung bei übermäßigem privatem Surfen im Internet während der Arbeitszeit sein.¹²⁶ Bei einer Kündigung wegen eines Alkoholproblems ist danach zu unterscheiden, ob der Arbeitnehmer etwa alkoholisiert am Arbeitsplatz erscheint bzw. strikte Alkoholverbote (z.B. als Pilot) nicht einhält oder seine Arbeitsleistung z.B. unter einer allgemeinen Alkoholabhängigkeit leidet. In letzterem Falle liegt (nach der Weltgesundheitsorganisation, WHO) eine Krankheit vor, welche zu einer personenbedingten Kündigung führen kann.¹²⁷ Außerdienstliches Verhalten darf nur dann negative Konsequenzen für den Arbeitnehmer zur Folge haben, wenn ein Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht, etwa im Falle der Beleidigung des Arbeitgebers auf einer *Social-Media*-Plattform.¹²⁸

Fall: A ist in einer Imbissbude des B angestellt. Gerade an Wochenenden und Feiertagen laufen die Geschäfte der Buden des B sehr erfolgreich. Als A am Karfreitag des Jahres 2021 zu einer Schicht am Grill eingeteilt wird, weigert er sich aufgrund seines katholischen

¹¹⁸ Für die Einordnung der Prüfungsreihenfolge in das Gesamtschema, vgl. unten G.

¹¹⁹ ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 204 f.

¹²⁰ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1390.

¹²¹ Vgl. hierzu den nächsten Fall.

¹²² KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 426.

¹²³ KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 432.

¹²⁴ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 368.

¹²⁵ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 368, ausführliche Auflistung von (möglichen) verhaltensbedingten Kündigungsgründen von KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 448 ff.

¹²⁶ Vgl. hierzu etwa BAG NZA 2006, 980.

¹²⁷ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 368. Auch das Bundessozialgericht hat bereits 1968 Alkoholismus als Krankheit eingestuft, BSG, MDR 1968, 957.

¹²⁸ Ausführlich zur Problematik von Kündigung aufgrund von beleidigenden Äußerungen auf Facebook Bauer/Günther, NZA 2013, 67.

Glaubens, Fleisch an die Kunden zu verkaufen. A macht geltend, er könne auch – wie sein Kollege C an diesem Tag – zum Abwaschen eingesetzt werden, was B jedoch nicht hören möchte. Er kündigt den A wegen „Arbeitsverweigerung“. Ist die Kündigung sozial gerechtfertigt?¹²⁹

Lösung: Für die soziale Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung müsste ein vertragswidriges Verhalten des A vorliegen, welches dieser steuern kann. Während die Arbeitsverweigerung von A wohl zu steuern ist, ist fraglich, ob eine Vertragspflichtverletzung vorliegt. Die Arbeitspflicht wird durch Weisungen des Arbeitgebers konkretisiert, da dieser nicht sämtliche Pflichten des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag festlegen kann. Diese Konkretisierung bemisst sich jedoch an den Voraussetzungen des § 106 Abs. 1 S. 1 GewO, wonach die Weisung u.a. den Grenzen des billigen Ermessens entsprechen muss. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff steht offen für die Ausfüllung durch höherrangige Rechtsnormen, insbesondere des Grundgesetzes (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte).¹³⁰ Der Unternehmerfreiheit des B (Art. 12 Abs. 1 GG) steht hier die Religionsfreiheit des A (Art. 4 Abs. 1 GG) entgegen. Eine Güterabwägung, gerade unter Berücksichtigung der anderweitigen Einsatzmöglichkeit spricht hier für eine höhere Bedeutung der Grundrechte des A, womit die Weisung nicht dem billigen Ermessen im Sinne des § 106 Abs. 1 S. 1 GewO entspricht und mithin die Weisung nicht zu befolgen ist.¹³¹ Es liegt schon keine Arbeitspflichtverletzung vor. Die religiösen Einstellungen selbst – nicht die darauf beruhenden Handlungen – könnten eine personenbedingte Kündigung begründen, was vorliegend jedoch (wohl) auch unverhältnismäßig wäre.

Resultat der Pflichtverletzung muss eine Störung des Arbeitsverhältnisses sein. Eine festzustellende Störung kann sodann im Leistungs- oder im Vertrauensbereich auftreten.¹³² Diese Unterscheidung ist für die späteren Abwägungen relevant. Immer wieder beschäftigte die Praxis dabei die Frage der Bedeutung von Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers mit verhältnismäßig geringem Schaden für den Arbeitgeber.

Hinsichtlich des Diebstahls geringwertiger Sachen gilt, dass trotz des finanziell gesehenen kleinen Schadens für den Arbeitgeber eine andauernde Störung der Vertrauensbeziehung des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer anzunehmen sein kann, gerade wenn letzterer eine Tätigkeit ausübt, welche eine Vermögensbetreuung beinhaltet, etwa als Kassierer.¹³³

2. Negative Prognose

Auch die verhaltensbedingte Kündigung soll den Arbeitnehmer nicht für die Vergangenheit bestrafen, sondern vielmehr den Arbeitgeber für die Zukunft schützen, weshalb die Erfahrungen der Vergangenheit heranzuziehen sind und in diesem Zuge zu hinterfragen ist, ob im Falle einer Störung im Leistungsbereich eine Wiederholung zu erwarten ist oder im Falle einer Störung des Vertrauensbereiches eine Wiederherstellung des Vertrauens nicht mehr erwartbar erscheint.¹³⁴

3. Ultima-ratio-Prinzip

Da das Verhalten, dass die Kündigung bedingen soll, vom Arbeitnehmer steuerbar ist, kann je nach Schwere des Vergehens als milderer Mittel die Abmahnung in Frage kommen. Sie ist grundsätzlich bei Störungen im Leistungs- und im Vertrauensbereich zu thematisieren.¹³⁵ Nicht nötig ist sie, wenn andere Leistungen oder eine Wiederherstellung des Vertrauens überhaupt nicht möglich erscheinen oder das Vergehen sehr schwerwiegend war.¹³⁶ In § 312 Abs. 2 S. 1 BGB wird die gesetzgeberische Anerkennung der Abmahnung als Element der Verhältnismäßigkeit gesehen, wenn gleich die Norm im Arbeitsrecht verdrängt wird.¹³⁷ Die Abmahnung beinhaltet eine Hinweis-, Ermahnungs- sowie Warnfunktion.¹³⁸ Sie bedarf keiner Form.¹³⁹ Im Hinblick auf eine Kündigung muss eine Ähnlichkeit der Verstöße wegen welchen die Abmahnung und die Kündigung jeweils ausgesprochen wurden, vorliegen.¹⁴⁰

Vertiefung: Die Abmahnung kann nach § 242 BGB verwirkt sein, insbesondere durch Zeitablauf, auch wenn sie

¹²⁹ Angelehnt an BAG NZA 2011, 1087.

¹³⁰ BAG NZA 2011, 1087 Rn. 23, vgl. zu dieser Problematik Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 1 GG Rn. 54.

¹³¹ BAG NZA 2011, 1087 Rn. 39.

¹³² Die Unterscheidung hat maßgebliche Relevanz für die negative Prognose sowie das *Ultima-ratio*-Prinzip, vgl. Ditz/Thüsing, Arbeitsrecht, 24. Auflage, Rn. 406 sowie Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 39.

¹³³ Vgl. für eine außerordentliche Kündigung BAG NZA 2004, 486. Im Falle des Einlösens zweier geringwertiger

Pfandbons sah das BAG aufgrund der Umstände des Einzelfalles ein Abmahnungserfordernis als gegeben an, BAG NZA 2010, 1227 (1230 f.).

¹³⁴ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1393, Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 18 Rn. 39.

¹³⁵ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 369.

¹³⁶ Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 130.

¹³⁷ Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 129 f.

¹³⁸ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 405.

¹³⁹ Ditz/Thüsing, Arbeitsrecht, 24. Auflage Rn. 211.

¹⁴⁰ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 405.

keiner genauen Frist unterliegt.¹⁴¹ Bei verhältnismäßig geringen Verstößen, die eine Abmahnung zur Folge haben, reicht daher nach einigen Jahren im Falle eines weiteren Verstoßes der Verweis auf die Abmahnung nicht mehr aus. Zahlreiche Abmahnungen, welche das gleiche Fehlverhalten thematisieren, können zudem die Warnfunktion abschwächen, so dass eine „finale“ Abmahnung in diesem Falle stärker formuliert sein muss.¹⁴²

4. Interessenabwägung

Im Gegensatz zum stärker ausgeprägten *Ultima-ratio*-Prinzip sind an die Interessenabwägung im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung niedrigere Anforderungen zu stellen, da der Arbeitnehmer sein Verhalten schließlich steuern konnte.¹⁴³ Berücksichtigt werden insbesondere die Schwere des Verschuldens und der Handlung sowie zugunsten des Arbeitnehmers ein länger und störungsfrei bestehendes Arbeitsverhältnis.¹⁴⁴

5. Kurzschemata¹⁴⁵

a) Vertragspflichtverletzung durch steuerbares Verhalten

Dadurch Entstehung einer Störung im Leistungs- oder Vertrauensbereich

b) Negative Prognose

Frage: Ist auch in Zukunft von einem Andauern des Verhaltens und einer daraus resultierenden Störung auszugehen?

c) *Ultima-ratio*-Prinzip

Anzudenken ist insbesondere eine Abmahnung

d) Interessenabwägung

Arbeitgeber geht von einem tatsächlich vorliegenden Pflichtverstoß aus und nimmt diesen zum Anlass der Kündigung. Nicht immer können Taten jedoch ohne weiteres nachgewiesen werden, insbesondere nicht in der zur Aufrechterhaltung einer intakten Arbeitsbeziehung notwendigen Geschwindigkeit. Daher können Kündigungen nach der Rechtsprechung des BAG auch auf die durch den Verdacht einer Straftat oder sonstigen Pflichtverletzung erschütterte Vertrauensbasis gestützt werden, man spricht hierbei von der Verdachtskündigung.¹⁴⁷

Auch wenn die Verfassungsmäßigkeit sowie Herleitung der Verdachtskündigung teilweise intensiv diskutiert werden, so sind sie und ihre Voraussetzungen doch als übereinstimmend gefestigt zu betrachten.¹⁴⁸ Als klassisches Beispiel kann hierbei der Verdacht eines Diebstahls dienen. Dessen Vorliegen würde selbstredend eine verhaltensbedingte, wahrscheinlich sogar eine außerordentliche, Kündigung rechtfertigen. Zu beachten ist, dass die Verdachtskündigung in der Praxis häufig als außerordentliche Kündigung ausgestaltet ist, was indes jedoch nicht zwangsläufig der Fall sein muss. Aufgrund der strengen Folge der Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei bloßem Vorliegen eines Verdachts ist jedoch anerkannt, dass auch eine ordentliche Verdachtskündigung den Anforderungen einer außerordentlichen Verdachtskündigung standhalten muss.¹⁴⁹

Vertiefung: Wichtig für das Verständnis der Verdachtskündigung ist die (häufige) Einordnung als Sonderfall der personenbedingten Kündigung, da der Kündigungsgrund nicht etwa die vermutete, aber nicht bewiesene Handlung des Arbeitnehmers ist, sondern viel mehr das durch den Verdacht gestörte Vertrauen.¹⁵⁰ Die genaue dogmatische Einordnung ist jedoch vor dem Hintergrund irrelevant, dass die Verdachtskündigung ohnehin in einem eigenen Schema geprüft wird. Da die Kündigung zudem auf einen Verdacht und nicht etwa (bewiesene) Tatsachen gestützt wird, ist zudem eine Entlassungsmöglichkeit des Arbeitnehmers bis zum Zeitpunkt

F. Verdachtskündigung

I. Einordnung der Verdachtskündigung

Wird eine verhaltensbedingte Kündigung auf eine (vermeintlich) begangene Tat des Arbeitnehmers gestützt, so spricht man von einer Tat Kündigung,¹⁴⁶ der

¹⁴¹ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 405.

¹⁴² Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 24. Auflage Rn. 211.

¹⁴³ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 370.

¹⁴⁴ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 370.

¹⁴⁵ Für die Einordnung der Prüfungsreihenfolge in das Gesamtschema, vgl. unten G.

¹⁴⁶ Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 411.

¹⁴⁷ Beispielsweise im Falle der Videoüberwachung aufgrund von erheblichen Differenzen hinsichtlich der Anzahl von Leergut und entsprechenden Auszahlungen, BAG NZA 2014, 243 oder der vermuteten sexuellen Belästigung von Schülerinnen durch einen Lehrer, BAG NZA 2017, 1051.

Lange wurde die Verdachtskündigung von Teilen der Literatur äußerst kritisch gesehen, vgl. etwa Dörner, NZA 1993, 873, welcher einen Verstoß gegen Art. 12, 20 GG annimmt sowie Deinert, AuR 2005, 285 (292), welcher einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK (Unschuldsvermutung) thematisiert, wobei diese Ansichten heute jedoch „kaum noch vertreten“ werden, vgl. Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553 (554).
¹⁴⁸ Stöhr, JuS 2010, 1052 (1053).

¹⁴⁹ BAG NZA 2014, 243 Rn. 32.

¹⁵⁰ Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1332, Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 145; weiter die Einordnung thematisierend Eylert, NZA-RR 2014, 393.

des rechtskräftigen Abschlusses des Kündigungsschutzprozesses anerkannt, womit eine Anerkennung der Sozialwidrigkeit der Kündigung möglich ist, obwohl die Sachlage nach dem Zugang der Kündigungserklärung betrachtet wird.¹⁵¹ Dies ist jedoch nur scheinbar eine Ausnahme vom Grundsatz des maßgeblichen Zeitpunkts des Zugangs der Kündigungserklärung, da ein nachträglich entkräfteter Verdacht genau genommen objektiv schließlich bereits zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung unbegründet war.¹⁵²

II. Voraussetzungen der Verdachtskündigung

Über die Zeit haben sich konkrete Voraussetzungen der Verdachtskündigung entwickelt.¹⁵³

1. Vorbringen eines Verdachts

Der Arbeitgeber muss die Kündigung gerade mit dem Verdacht begründen, nicht etwa mit der Tat, von welcher er vermutet, dass der Arbeitnehmer sie begangen habe.

2. Den Verdacht stützende objektive Umstände

Es müssen nachweisbare Tatsachen vorliegen, welche den Verdacht stützen¹⁵⁴, so etwa Diebesgut, welches sich in der Tasche eines Arbeitnehmers befindet.¹⁵⁵

3. Dringlichkeit des Verdachts

Es muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der Tat sprechen, der Verdacht darf also nicht nur vage bestehen. Dabei ist eine wertende Gesamtschau durchzuführen, ein bestimmter Verdachtsgrad, wie etwa aus dem Strafprozessrecht bekannt, wird nicht gefordert.¹⁵⁶

4. Gewichtigkeit der (vermuteten) Tat

Die Tat, auf welche sich der Verdacht richtet, muss von derartigem Gewicht sein, dass die hypothetisch bewiesene Tat zur sozialen Rechtfertigung einer außerordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung führen würde, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitgeber damit nicht mehr zumutbar.¹⁵⁷

5. Zerstörung des Vertrauens

Der Verdachtsgrad sowie die vermutete Tat müssen derart schwerwiegend sein, dass alleine der Verdacht

der Tat geeignet ist, das Vertrauen zwischen den Parteien zu zerstören.¹⁵⁸

6. Aufklärungsbemühungen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muss zudem alles Zumutbare unternehmen, um den Sachverhalt aufzuklären, den Verdacht also zu erhärten oder zu entkräften, bevor er die Kündigung ausspricht.¹⁵⁹ Dazu gehört insbesondere, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anhört.¹⁶⁰ Notwendig ist dies nur dann nicht, wenn bereits vorher feststeht, dass der Arbeitnehmer jede Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung verweigert.¹⁶¹ Die Anforderungen an die Anhörung wurden in letzter Zeit jedoch dahingehend abgemildert, dass der Arbeitgeber im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung nicht einmal mitteilen muss, dass er den befragten Arbeitnehmer verdächtigt; eine Anhörung kann demnach auch erfolgen, indem der Arbeitnehmer generell zur entsprechenden Tat befragt wird.¹⁶²

7. Interessenabwägung

Wie auch beim Prüfen aller anderen Kündigungsgründe können im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung nicht oder noch nicht genügend gewichtete Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden. Dazu zählen beispielsweise die eingetretenen Schäden auf Seiten des Arbeitgebers und auf der anderen Seite die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers.¹⁶³

Fall: A ist Zugbegleiter in den Zügen der D-AG und wird hierbei vornehmlich im Speisewagen eingesetzt. Bereits in der Vergangenheit wurde er wegen Vermögensdelikten verdächtigt. Im Rahmen einer Stichprobenkontrolle am Ende einer seiner Schichten wird in seiner Tasche eine Packung Schinken gefunden. Zunächst behauptet A, dass es sich dabei lediglich um einen Ersatz der ihm (tatsächlich) zustehenden zwei Brote, welche er während einer Schicht gratis essen darf, handelt. Da es sich dabei jedoch um mehr Schinken handelt, als ihm vertraglich (hinsichtlich der Brote) zustünde, behauptet er anschließend, er habe eigentlich eine selbst zu zahlende Mahlzeit kaufen wollen, hätte jedoch lediglich die Abrechnung vergessen. Der zuständige Mitarbeiter

¹⁵¹ Vgl. etwa BAG NJW 1995, 1110 (1112).

¹⁵² Stöhr, JuS 2010, 1052 (1055).

¹⁵³ Vgl. Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Rn. 411.

¹⁵⁴ Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 145.

¹⁵⁵ Vgl. etwa BAG NZA 2000, 421.

¹⁵⁶ ErfK/Niemann, § 626 BGB Rn. 177a.

¹⁵⁷ ErfK/Niemann, § 626 BGB Rn. 177b; Stöhr, JuS 2010, 1052 (1053).

¹⁵⁸ Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 145.

¹⁵⁹ Roth, in: Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 145.

¹⁶⁰ Ausführlich dazu Schrader/Thoms/Mahler, NZA 2018, 965 (971 f.).

¹⁶¹ Vgl. etwa BAG NZA 1987, 699 (700).

¹⁶² So BAG NZA 2018, 1405 Rn. 33.

¹⁶³ Vgl. etwa BAG NZA 2000, 421 (423 f.).

der D-AG kündigt dem A daraufhin außerordentlich und stützt sich dabei auf den Verdacht des Diebstahls.¹⁶⁴

Lösung: Es liegt ein Verdacht des Diebstahls vor, welcher sich auf den Schinken in der Tasche des A stützt. Aufgrund der in der Tasche gefundenen Packung ist es zudem sehr wahrscheinlich, dass A die Tat tatsächlich vollzogen hat, auch wäre die bewiesene Tat (wohl) dazu geeignet, dem A fristlos zu kündigen, da insbesondere für Personal mit einer Vermögensbetreuungspflicht ein ungestörtes Vertrauensverhältnis unerlässlich ist, zumal im Speisewagen hauptsächlich geringwertige Sachen von den Arbeitnehmern verwendet werden und der Arbeitgeber dennoch auch im Hinblick auf diese schützenswert erscheint.¹⁶⁵ Der Arbeitgeber hat A auch angehört. Hinsichtlich der Interessenabwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass A sich hinsichtlich der Verwendung des Schinkens immer wieder in Widersprüchlichkeiten verstrickt hat und damit zu vermuten ist, dass sich A durchaus eines vertragswidrigen Verhaltens bewusst ist und dennoch nicht willens war, die Wahrheit zu sagen.¹⁶⁶ Damit ist die Verdachtskündigung sozial gerechtfertigt.

8. Kurzschemata

- a) Vorbringen eines Verdachts
- b) Den Verdacht stützende objektive Umstände
- c) Dringlichkeit des Verdachts
- d) Gewichtigkeit der (vermuteten) Tat
- e) Zerstörung des Vertrauens
- f) Aufklärungsbemühungen des Arbeitgebers

G. Fazit und Gesamtschema der Prüfung einer ordentlichen Kündigung

In erster Linie ist es für das Verständnis des allgemeinen Kündigungsschutzes unerlässlich, die Systematik des Gesetzes sowie der Kündigungsgründe zu verstehen. Auch wenn die Schemata oftmals von der Rechtsprechung geprägt sind, so sollte doch nicht in starren

Schemata verharret werden, sondern vielmehr die hinter dem allgemeinen Kündigungsschutz stehenden Prinzipien übergreifend erfasst werden. Jeder Kündigungsgrund erfordert einen „an sich“ bestehenden Grund, welcher dann durch das Prognoseprinzip, das *Ultima-ratio*-Prinzip sowie eine umfassende Interessenabwägung vertieft erörtert wird. Die Verdachtskündigung modifiziert die bekannten Prinzipien durch praktisch bedeutsame Erwägungen geringfügig, Ergänzungen und Erweiterungen in der Prüfungsreihenfolge sehen auch die noch zu thematisierenden Änderungs- und Druckkündigungen vor. Insgesamt kommt damit einem logischen, übergreifenden Aufbau sowie der Fähigkeit zum Argumentieren und Abwägen entscheidende Bedeutung zu, um in Zukunft (klausur-)praktisch die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung erörtern zu können.

A. Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage¹⁶⁷

- I. Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten und sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts
- II. Statthafte Klageart
- III. Besonderes Feststellungsinteresse
- IV. Gegebenenfalls weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Gegebenenfalls objektive Klagehäufung, §§ 46 Abs. 1, 2 ArbGG, 260 ZPO¹⁶⁸

B. Begründetheit der Kündigungsschutzklage¹⁶⁹

- I. Kündigungserklärung (§ 623 BGB)¹⁷⁰
- II. Wahrung der materiellen Präklusionsfrist, §§ 4 S. 1, 7 KSchG (§ 13 Abs. 1 S. 2 KSchG)
- III. Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)
- IV. Besonderer Kündigungsschutz (MuSchG, BEEG, SGB IX, etc)
- V. Allgemeiner Kündigungsschutz (KSchG)

1. Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

- a) Sachlicher Anwendungsbereich: Arbeitgeberseitige Kündigung
- b) Persönlicher Anwendungsbereich: Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate bestehend, § 1 Abs. 1 KSchG
- c) Betrieblicher Anwendungsbereich: fünf bzw. zehn Arbeitnehmer, Schwellenwerte des § 23 KSchG

2. Soziale Rechtfertigung

¹⁶⁴ Angelehnt an BAG NZA 2000, 421.

¹⁶⁵ BAG NZA 2000, 421 (424).

¹⁶⁶ BAG NZA 2000, 421 (425).

¹⁶⁷ Vgl. für den ebenso möglichen dreigliedrigen Aufbau (Rechtswegzuständigkeit, Zulässigkeit, Begründetheit) Roth/Krüger, **MLR** 2021, 36 (36 f.).

¹⁶⁸ Dieser Punkt kann zwischen Zulässigkeit und Begründetheit oder am Ende der Klausur erörtert werden.

¹⁶⁹ Gegebenenfalls vor I.: O. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, Prüfung optional.

¹⁷⁰ Alternativ: Zugang einer zurechenbaren, schriftlichen Kündigungserklärung (§ 623 BGB). Gegebenenfalls Untergliederung in Vorliegen einer Kündigungserklärung ((a), selten erforderlich), Zugang der Kündigungserklärung (b), Einhalten der Schriftform ((c), stets zu prüfen) und Vertretung (d).

a) Personenbedingte Kündigung

- aa)** In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund
- bb)** Negative Prognose
- cc)** Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
- dd)** *Ultima-ratio*-Prinzip
- ee)** Interessenabwägung

und/oder:

b) Sonderfall: Krankheitsbedingte Kündigung

- aa)** Vorliegen einer Langzeit- oder vieler Kurzzeiterkrankungen
- bb)** Negative Gesundheitsprognose (Erste Stufe)
- cc)** Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (Zweite Stufe)
- dd)** Verhältnismäßigkeit und Interessenabwägung (Dritte Stufe)¹⁷¹

und/oder:

c) Verhaltensbedingte Kündigung

- aa)** Vertragspflichtverletzung durch steuerbares Verhalten¹⁷²
- bb)** Negative Prognose
- cc)** *Ultima-ratio*-Prinzip
- dd)** Interessenabwägung

und/oder:

d) Betriebsbedingte Kündigung¹⁷³**VI. Einhalten der Kündigungsfrist, § 622 BGB**

Der Beitrag wird demnächst fortgesetzt.

¹⁷¹ Der *Ultima-ratio*-Grundsatz findet im Rahmen dieser Abwägung Anwendung, kann jedoch auch losgelöst geprüft werden.

¹⁷² Daraus resultierend muss eine Störung im Leistungs- oder Vertrauensbereich angenommen werden, betriebliche Interessen müssen also tangiert werden.

¹⁷³ Dieser Kündigungsgrund wird in einem folgenden Beitrag thematisiert werden.

Gruppennützige klinische Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen - Der neue § 40b AMG -

Von Rechtsanwältin Dr. Lea Hachmeister, Frankfurt am Main*

A. Einleitung

Klinische Prüfungen sind eine zwingende Voraussetzung für die Zulassung von Arzneimitteln. Durch sie wird festgestellt, ob neue Arzneimittel sicher und wirksam sind. Klinische Prüfungen werden an gesunden und kranken sowie an minderjährigen und erwachsenen Personen durchgeführt. Bei einwilligungsfähigen Erwachsenen und minderjährigen Patienten war bisher eine Forschungsteilnahme auch dann möglich, wenn die klinische Prüfung für den Patienten selbst keinen medizinischen Nutzen besitzt, jedoch für die Gruppe der an dergleichen Krankheit leidenden Personen. Dies wird als gruppennützige Forschung definiert.

Ab dem 1. Februar 2022¹ wird nun auch eine gruppennützige Forschungsteilnahme von einwilligungsunfähigen Erwachsenen möglich sein. Denn dann findet die Verordnung Nr. 536/2014/EU² und damit auch der § 40b Abs. 4 AMG n. F.³ Anwendung, die eine neue gesetzliche Grundlage dieser Forschung bilden.⁴

Damit wird eine seit der Einführung der gruppennützigen Forschung mit Minderjährigen im Jahr 2004⁵ bestehende Ungleichbehandlung der Patientengruppen des Minderjährigen und des einwilligungsunfähigen Erwachsenen beseitigt.⁶

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der gruppennützigen Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen nach der Maßgabe des § 40b Abs. 4 AMG n. F. weisen viele Neuheiten auf. So willigt der Betroffene noch im Zustand bestehender Einwilligungsfähigkeit durch eine Forschungsverfügung, die an die Patientenverfügung angelehnt ist, in die spätere Studienteilnahme antizipiert ein. Zudem muss eine ärztliche Aufklärung bei Erstellen der Forschungsverfügung erfolgen.⁷

Bei der gruppennützigen Forschung mit minderjährigen Patienten dürfen gemäß § 41 Abs. 2 Nr. 2 AMG nur minimal risikoreiche und belastende Begleitmaßnahmen wie eine weitere Blutabnahme erfolgen.⁸ Die Begriffe des minimalen Risikos und der minimalen Belastung gelten hier als absolute Belastungsgrenzen, die nicht überschritten werden dürfen.⁹

Die Risiko- und Belastungsgrenze nach § 40b Abs. 4 AMG n. F. bei der gruppennützigen Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen ist ebenfalls auf ein minimales Risiko und eine minimale Belastung beschränkt. Allerdings bemisst sich diese künftig nach der Standardbehandlung der Erkrankung des jeweiligen Studienteilnehmers. „(...) sofern die Prüfung den betroffenen nicht einwilligungsfähigen Prüfungsteilnehmer im Vergleich zur Standardbehandlung seiner

* Die Verfasserin ist Associate im Bereich *Healthcare and Life Sciences* bei *McDermott Will & Emery*. Vor ihrem Referendariat war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Pharmarecht bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit an der Philipps-Universität Marburg tätig und absolvierte dort die Zusatzqualifikation im Pharmarecht. Diesem Aufsatz liegt ihre Dissertation „Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen - Rechtliche Rahmenbedingungen einer gruppennützigen Forschung“ zugrunde, die im Dezember 2021 in der Schriftenreihe Marburger Schriften zum Gesundheitswesen erschienen ist.

¹ ABl. L 275 vom 31.7.2021.

² Im Folgenden als Verordnung bezeichnet.

³ Arzneimittelgesetz (AMG).

⁴ Durch die Verordnung Nr. 536/2014/EU werden die nationalen Regelungen zur klinischen Prüfung vereinheitlicht, siehe dazu Hachmeister, *Klinische Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen*, S. 28.

⁵ Im Rahmen der 12. AMG-Novelle (Zwölftes Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes v. 30.7.2004, BGBl. I 2031) wurden die Voraussetzungen der Richtlinie 2001/20/EG (GCP-Richtlinie) in deutsches Recht umgesetzt. Vertiefend, Pestalozza, NJW 2004, 3374; v. Freier,

Recht und Pflicht in der medizinischen Humanforschung, S. 93 ff.

⁶ In der Literatur wurde seit der Einführung der gruppennützigen Forschungsbeteiligung von kranken Minderjährigen die Ungleichbehandlung ebendieser gegenüber einwilligungsunfähigen Erwachsenen kritisiert, vgl. Wachenhausen in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 41 Rn. 16; Jansen, *Forschung an Einwilligungsunfähigen*, S. 169; Magnus, *Ethik und Recht der Forschung*, S. 356.

⁷ Zu den weiteren Voraussetzungen des § 40b Abs. 4 AMG n. F. Hachmeister, *Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen*, S. 75.

⁸ BT-Drs. 15/2109, S. 31; Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 15/2849, S. 61; Hachmeister, *Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen*, S. 58; Magnus, *Medizinische Forschung an Kindern*, S. 73 f.; Taupitz, ZRP 2016, 196 (198).

⁹ Zentrale Ethikkommission, DÄBl. 1997, 94 (15), 1011; BT-Drs. 17/12183, S. 3; Jansen, MedR 2016, 417, (419); Taupitz, ZRP 2016, 196, (197); Wachenhausen in: Kügel/Müller, Hofmann, AMG, § 41 Rn. 14; Paus in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, § 41 Rn. 1.

Krankheit nur einem minimalen Risiko und einer minimalen Belastung aussetzt“. Nach dem Wortlaut sind daher weitreichendere Maßnahmen zulässig.¹⁰

Es stellt sich daher die Frage, ob durch den Vergleich zur Standardbehandlung die einst absoluten Grenzen des minimalen Risikos und der minimalen Belastung aufgehoben wurden.

Bevor dieser Frage nachgegangen wird, sollen zunächst die Voraussetzungen der ärztlichen Aufklärung und der Forschungsverfügung dargestellt werden.

B. Aufklärung

I. Vergleich zur Patientenverfügung und zur postmortalen Organspende

Im Gegensatz zur Patientenverfügung und beim Erstellen eines Organspendeausweises ist für das Errichten einer Forschungsverfügung die ärztliche Aufklärung gesetzlich vorgeschrieben.¹¹

Diese unterschiedliche Handhabung ist auch sinnvoll. Denn zum einen handelt es sich bei der Forschungsverfügung um eine antizipierte Einwilligung in altruistische Maßnahmen, die für den Betroffenen selbst keinen Nutzen haben.¹² Zum anderen besteht über klinische Prüfungen ein geringerer allgemeiner Kenntnisstand in der Gesellschaft als über die Patientenverfügung oder die postmortale Organspende.¹³ Denn mittlerweile ist es in einem fortgeschrittenen Alter genauso üblich, eine Patientenverfügung zu verfassen wie ein Testament.¹⁴ Der Gedanke an den Tod ist gesellschaftlich akzeptiert, insbesondere seit den öffentlichen Diskursen über die aktive und passive Sterbehilfe und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit der in § 217 StGB normierten Strafbarkeit der geschäftsmäßigen

Förderung der Selbsttötung.¹⁵ Zudem besteht durch die gesetzlich geregelte öffentliche Werbung für postmortale Organspenden ein allgemeiner Kenntnisstand in der Bevölkerung über diese und die Teilnahmemöglichkeiten.

Hingegen ist die Teilnahme an einer klinischen Prüfung weniger verbreitet. Bezugnehmend auf kranke Teilnehmer erfolgt deren Einschluss oftmals aufgrund einer fehlenden oder nicht greifenden Standardtherapie. Die Teilnahme stellt sich nicht selten als letzte Therapiemöglichkeit dar. Der Radius der betroffenen und angesprochenen Personen ist demnach deutlich geringer als bei einer Patientenverfügung oder einer Organspende. Nicht jede Person kommt in ihrem Leben in Kontakt mit einer klinischen Prüfung oder erlangt im Alltag Informationen über diese.¹⁶

Ein gewichtiges Argument für eine zwingende Aufklärungspflicht¹⁷ bei Errichten der Forschungsverfügung ist ferner, dass im Rahmen der Aufklärung auch die Einwilligungsfähigkeit der verfügenden Person festgestellt werden kann.¹⁸

II. Aufklärung bei altruistischen Maßnahmen

Im Folgenden sind die Voraussetzungen an die ärztliche Aufklärung bei Errichten der Forschungsverfügung zu untersuchen.

Die Aufklärungsmodalität und der Aufklärungsumfang bei einer klinischen Prüfung sind durch das AMG in § 40 Abs. 2 und 2a detailliert geregelt. Demnach ist der Prüfungsteilnehmer über Wesen, Bedeutung, Risiken und Tragweite der klinischen Prüfung sowie über sein Recht aufzuklären, die Teilnahme an

¹⁰ Zur Auslegung des Vergleichs zur Standardbehandlung, Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 144; kritisch zum Wortlaut, v. Kielmansegg, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7; Taupitz, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7.

¹¹ Middel/Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG § 2 Rn. 2; Jansen, Forschung mit Einwilligungsunfähigen, S. 183.

¹² Zur Rechtfertigung der Aufklärungspflicht, Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 93 f.

¹³ Informationen des Bundesjustizministeriums zur Patientenverfügung, abrufbar unter: http://www.bmjv.de/Shared-Docs/Publikationen/DE/Patientenverfuegung.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (zuletzt abgerufen am 9.11.2021), zur öffentlichen Werbung für die Organspende nach § 2 TPG, Middel/Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG § 2 Rn. 2; Jansen, Forschung mit Einwilligungsunfähigen, S. 183.

¹⁴ Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 91.

¹⁵ BVerfG NJW 2020, 905 ff.; zur Beteiligung eines Arztes am Suizid seines Patienten, s. BGH NJW 2019, 3089 ff; Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 92.

¹⁶ Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 92.

¹⁷ Welcher Arzt die Aufklärung vornehmen soll, ist nicht gesetzlich vorgesehen, dazu Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 83 f.

¹⁸ Gemäß § 630d BGB wird die Einwilligungsfähigkeit als Nebenpflicht zur Aufklärung überprüft, Katzenmeier in: BeckOK BGB, 60 Ed. 1.11.2021, § 630d Rn. 8; vgl. zur Patientenverfügung Schneider in: MüKoStGB, StGB Vorb. zu § 211 Rn. 143. Zu den unterschiedlichen Situationen bei und Beweggründen für das Errichten einer Patienten- und einer Forschungsverfügung Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 92.

der klinischen Prüfung jederzeit zu beenden.¹⁹ Ziel der Aufklärung ist es, den sog. *informed consent* herzustellen. *Informed consent* bedeutet, dass der Prüfungsteilnehmer durch die Aufklärung in der Lage sein muss, eine informierte Entscheidung zu treffen.²⁰ Er muss wissen, worin er genau einwilligt. Die Aufklärung soll zudem ermöglichen, dass der Prüfungsteilnehmer in eigener Person das Risiko der Prüfungsbe teiligung im Verhältnis zu deren Nutzen abwägen kann.²¹

Eine Besonderheit besteht bei altruistischen Maßnahmen, wie sie bei einer gruppennützigen Forschung vorgenommen werden.

Bei altruistischen Eingriffen, wie etwa einer Blutspende, sind besonders hohe Anforderungen an die Aufklärung zu stellen. Denn diese sind gerade nicht indiziert. Es gilt der Grundsatz, dass sich der Umfang der Aufklärungspflicht umgekehrt proportional zur Dringlichkeit des Eingriffs verhält.²² Es sind dem Betroffenen daher mögliche Risiken besonders deutlich vor Augen zu führen.

Hierbei zeichnet sich jedoch ein Dilemma ab. Einerseits sind hohe Anforderungen an die Aufklärung über die altruistischen Maßnahmen zu stellen, andererseits kann gerade bei einer antizipierten Situation nicht über den konkreten Ablauf, die Maßnahmen und den Bezug zur eigenen Erkrankung aufgeklärt werden.²³

Die soeben dargestellten Voraussetzungen einer Aufklärung und eines damit einhergehenden *informed consent* sind daher mit einer antizipierten Einwilligung auf den ersten Blick nicht vereinbar. Es liegt der Verdacht einer unzureichenden Aufklärung nahe.²⁴

Es kann daher nur eine Grundaufklärung über den grundsätzlichen Ablauf und die Ausgestaltung einer gruppennützigen Forschung erfolgen.²⁵

Damit findet eine Annäherung an den *informed consent* statt. Dies ist auch vertretbar, weil es sich nach der hier vertretenen Ansicht um eine Forschungsbeteiligung handelt, bei der lediglich weitere Begleitmaßnahmen wie Blutabnahmen und funktionsdiagnostische Untersuchungen vorgenommen werden.²⁶ Über solche Maßnahmen und deren Belastungs- und Risikospektrum kann vorab allgemein aufgeklärt werden.²⁷

2. Forschungsverfügung

Um an einer gruppennützigen klinischen Prüfung nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit teilnehmen zu können, muss nach Maßgabe des § 40b Abs. 4 S. 3 AMG n. F. durch eine Forschungsverfügung im noch einwilligungsfähigen Zustand in die künftige Studienteilnahme eingewilligt werden.

a) Rechtsnatur

Da die Forschungsverfügung mit der Patientenverfügung gemäß § 1901a BGB vergleichbar ist und einige der dort getroffenen Regelungen entsprechend anzuwenden sind, erscheint es folgerichtig, auch die gleiche Rechtsnatur der beiden Verfügungen anzunehmen.²⁸ So stellt auch die Forschungsverfügung eine antizipierte Einwilligung in eine künftige Prüfungsteilnahme und damit einen Rechtfertigungsgrund für die medizinischen Interventionen dar.²⁹

¹⁹ Irmer, Klinische Forschung mit Nichteinwilligungsfähigen, S. 65

²⁰ Vgl. BGHZ 29, 46, 50 ff.; VersR 2002, 1337 ff.

²¹ Stockter, Präventivmedizin und Informed Consent, S. 87; Achtmann, Schutz des Probanden, S. 66; Reimer, Die Forschungsverfügung, S. 263; dabei muss die Aufklärung desto ausführlicher sein, je weiter die Behandlung von eingeführten und anerkannten Methoden abweicht, vgl. Paus in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, AMG § 40 Rn. 9; Georgy, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Arzneimittelrisiken, S. 76; Müller in: Ethik und Recht der Forschung, S. 409 und 411; zum sog. *pharmaceutical informed consent* bei der Arzneimitteltherapie Koyuncu, PharmR 2006, 343 ff.

²² Vgl. § 8 MBO-Ä; v. Pentz, MedR 2011, 222, (225).

²³ Näher dazu Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungs unfähigen Erwachsenen, S. 87.

²⁴ „Denn wer die möglichen Gefahren nicht kennt, kann diese schon im Ansatz nicht (richtig) gegen den möglichen Nutzen abwägen“, Freund in: MüKoStGB, AMG §§ 40–

42b Rn. 12; allgemein zur Aufklärung in Bezug auf eine antizipierte Einwilligung, Pöttgen, Medizinische Forschung und Datenschutz, S. 124; Jansen, Forschung an Einwilligungsunfähigen, S. 182; Wachenhausen, Medizinische Versuche und klinische Prüfungen an Einwilligungsunfähigen, S. 99, sieht in der antizipierten Einwilligung zugleich die Erklärung eines Aufklärungsverzichts.

²⁵ Mit Hilfestellungen zum Inhalt einer solchen Grundaufklärung Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungs unfähigen Erwachsenen, S. 96.

²⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Maßstäbe eines minimalen Risikos und einer minimalen Belastung wie bei der gruppennützigen Forschung mit Minderjährigen gemäß § 41 Abs. 2 Nr. 2d AMG zu verstehen.

²⁷ Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungs unfähigen Erwachsenen, S. 88.

²⁸ So auch Reimer, Die Forschungsverfügung, S. 196.

²⁹ Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungs unfähigen Erwachsenen, S. 76; v. Freier, Recht und Pflicht in der

Aus diesem Grund bedarf es keiner weiteren Einwilligung durch den Betreuer.³⁰

b) Bindungswirkung

Von besonderem Interesse ist dabei die Frage, ob die Forschungsverfügung auch die Bindungswirkung einer Patientenverfügung teilt.

Beide Verfügungen dienen der Einwilligung in künftige medizinische Maßnahmen und entfalten bereits selbst eine Bindungswirkung. Diese Bindungswirkung gilt auch unabhängig von der jeweiligen Erkrankung. Der Gesetzgeber hat sich gegen eine Reichweitenbeschränkung entschieden und dies für die Patientenverfügung in § 1901a Abs. 3 BGB gesetzlich festgehalten.³¹

aa) Widerruf im noch einwilligungsfähigen Zustand

Sofern die Einwilligungsfähigkeit noch besteht, kann sowohl die Patientenverfügung als auch die Forschungsverfügung widerrufen werden.³² Dies ist bei der Patientenverfügung in § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB und bei der Forschungsverfügung in § 40b Abs. 4 S. 5 AMG n. F. geregelt.

bb) Widerruf im einwilligungsunfähigen Zustand

Ein Widerruf im einwilligungsunfähigen Zustand ist nicht mehr möglich.

Beide Verfügungen teilen jedoch die Voraussetzung, dass der Betreuer zu überprüfen hat, ob die schriftlichen Festlegungen noch auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen.³³

Dies bedeutet, dass grundsätzlich die Verfügungen über den Verlust der Einwilligungsfähigkeit Bindungswirkung behalten. Jedoch ist bei Eintritt dieser zu überprüfen, ob in der konkreten Situation die Festlegungen weiterhin Bestand haben.³⁴

Es ist daher in zwei Schritten zu prüfen, was genau durch die Verfügung festgelegt wurde und ob diese unter den aktuellen Umständen noch gelten sollen und können.

Anders als der Rechtsrahmen der Patientenverfügung sieht § 40b Abs. 4 AMG n. F. in Verbindung mit der Verordnung Nr. 536/2014/EU vor, dass der Betroffene auch nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit die Prüfungsteilnahme verweigern oder abbrechen kann. Dies ist konkret in Art. 31 Abs. 1 lit. c der Verordnung³⁵ festgelegt: „Der ausdrückliche Wunsch eines nicht einwilligungsfähigen Prüfungsteilnehmers, der in der Lage ist, sich eine Meinung zu bilden und die in Artikel 29 Absatz 2 genannten Informationen zu beurteilen, die Teilnahme an der klinischen Prüfung zu verweigern oder seine Teilnahme daran zu irgendeinem Zeitpunkt zu beenden, wird vom Prüfer beachtet“.

Diese Regelung verdeutlicht, dass die Bindungswirkung der Patientenverfügung nicht eins zu eins auf die Forschungsverfügung übertragen werden kann. Hier erfolgt eine klare Regelung zur Beachtung des aktuellen Willens bei erfolgtem Studieneinschluss.³⁶

Daraus folgt, dass die beiden Verfügungen nicht die gleiche Bindungswirkung teilen, sondern die antizipierte Einwilligung in eine Studienteilnahme durch die Forschungsverfügung leichter beseitigt werden kann.³⁷

Die unterschiedliche Bindungswirkung ist auch folgerichtig, handelt es sich doch bei der gruppennützigen Studienteilnahme um eine altruistische

medizinischen Humanforschung, S. 41; zur Patientenverfügung, Lipp/Brauer in: Das neue Patientenverfügungsgesetz, S. 42.

³⁰ Zur Rolle und den Aufgaben des Betreuers Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 79 und 113 f.

³¹ Durch eine Reichweitenbeschränkung sollte eine Patientenverfügung nur in Bezug auf bestimmte Krankheiten gelten, so sollten nach dem Bosbach-Entwurf das Wachkoma und die Demenz ausgeschlossen sein, vgl. EnqueteKommission, BT-Drs. 15/3700, S. 38 f.; Bosbach-Entwurf, BT-Drs. 16/11360, S. 4.

³² Als *actus contrarius* muss auch für den Widerruf die Einwilligungsfähigkeit bestehen, BT-Drs. 16/8442, S. 13; Schneider in: MüKoBGB, BGB § 1901a Rn. 37.

³³ § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB und § 40b Abs. 4 S. 4 AMG n. F.

³⁴ Schneider in: MüKoBGB, BGB § 1901a Rn. 37; BT-Drs. 16/8442, S. 13; Lindner/Huber, NJW 2017, 6, (8); Lipp in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. VI Rn. 155.

³⁵ § 40b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 AMG n. F. verweist auf Art. 31 der Verordnung.

³⁶ Dazu mit weiteren Ausführungen zum aktuellen Willen Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 126.

³⁷ Die Forschungsverfügung selbst bleibt bestehen, nur diese konkrete Studienteilnahme kann unter Beachtung des aktuellen Willens beendet oder unterbrochen werden. Dies hängt von dem jeweiligen Einzelfall und vom kundgetanen Willen ab. Eine weitere oder erneute Studienteilnahme ist grundsätzlich weiterhin möglich, vgl. Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 126.

Entscheidung, die keinen medizinischen Nutzen für den Betroffenen besitzt.³⁸

3. Belastungsgrenzen

Einen weiteren Schwerpunkt der nun zulässigen gruppennützigen klinischen Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen stellen die Belastungsgrenzen innerhalb der klinischen Prüfung in Form des minimalen Risikos und der minimalen Belastung dar.

Sowohl bei der gruppennützigen Forschung mit minderjährigen Patienten nach Maßgabe des § 41 Abs. 2 Nr. 2d AMG als auch bei der gruppennützigen Forschung nach dem neuen § 40b Abs. 4 AMG n. F. ist die Belastungsgrenze, die dem Patienten in der klinischen Prüfung zugemutet wird, als minimal angesetzt.³⁹

Ein minimales Risiko liegt vor, wenn nach Art und Umfang der Intervention zu erwarten ist, dass die klinische Prüfung allenfalls zu einer sehr geringfügigen und vorübergehenden Beeinträchtigung der Gesundheit der betroffenen Person führen wird.

Eine minimale Belastung ist gegeben, wenn zu erwarten ist, dass die Unannehmlichkeiten für die betroffene Person allenfalls vorübergehend auftreten und sehr geringfügig sein werden.⁴⁰

Im Rahmen der Gesetzesbegründung zur Regelung der gruppennützigen Forschung mit minderjährigen Patienten im Jahr 2004 wurde ein Maßnahmenkatalog aufgenommen, um diese unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren.⁴¹ So unterfallen diesen Begrifflichkeiten studienbedingte Begleitmaßnahmen wie funktionsdiagnostische Untersuchungen, weitere Blutabnahmen und das Messen und Wiegen des Patienten.

Die Begleitmaßnahmen und deren Risiko- und Belastungsrad orientieren sich nicht an einer bestehenden Standardtherapie.

Nach dem derzeit geltenden Verständnis stellt dieser Belastungsmaßstab eine absolute Grenze dar. Denn dem Risiko und der Belastung kann kein Nutzen für den konkreten Patienten entgegengehalten werden.⁴²

a). Vergleich zur Standardbehandlung

Eine Besonderheit besteht nun in der neuen Regelung zur gruppennützigen Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen. Dort wird das minimale Risiko und die minimale Belastung in Vergleich mit der Standardbehandlung des Patienten gesetzt.

Dies stellt eine Abkehr von den absoluten Belastungsgrenzen dar, indem sich das zumutbare Risiko und die zumutbare Belastung an der Standardtherapie der jeweiligen Erkrankung des Patienten individuell bemisst.⁴³ Dies hat zur Konsequenz, dass ein Patient, der mit einer Chemotherapie behandelt wird, die an sich bereits belastend und risikoreich ist, entsprechend risikoreicheren und belastenderen Maßnahmen ausgesetzt werden darf als beispielsweise ein Demenzpatient, dessen Standardbehandlung weniger belastend ist.⁴⁴

Diese Regelung wurde zurecht im Gesundheitsausschuss des Bundestages kritisiert.⁴⁵ Denn im Zusammenspiel mit der Tatsache, dass die antizipierte Einwilligung in eine Studienteilnahme ohne Kenntnis der künftigen Erkrankung, des späteren Gesundheitszustandes und der konkreten klinischen Prüfung erteilt wird und zugleich nur eine Grundaufklärung erfolgen kann, ist diese Öffnung für risikoreichere und belastendere Maßnahmen nicht gerechtfertigt. Denn das Spektrum möglicher Maßnahmen und deren Belastungsmaßstab kann vorab nicht überblickt werden, anders als bei den bisher geltenden absoluten Belastungsgrenzen. Zudem fehlen für eine wortlautgetreue Anwendung des § 40b Abs. 4 AMG n. F. weitere Hilfestellungen seitens des Gesetzgebers.⁴⁶

³⁸ Näher dazu *Hachmeister*, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 127.

³⁹ Zur gruppennützigen klinischen Prüfung mit Minderjährigen *Hachmeister*, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 57 f.

⁴⁰ § 41 Abs. 2 Nr. 2d AMG.

⁴¹ BT-Drs. 15/2109, S. 31; Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 15/2849, S. 61

⁴² *Zentrale Ethikkommission*, DÄBl. 1997, 94 (15), 1011; BT-Drs. 17/12183, S. 3; *Jansen*, MedR 2016, 417, (419); *Taupitz*, ZRP 2016, 196, (197); *Wachenhausen* in: *Kügel/Müller, Hofmann*, AMG, § 41 Rn. 14; *Paus* in: *Bergmann/Paue/Steinmeyer*, *Gesamtes Medizinrecht*, § 41 Rn. 1.

⁴³ Vgl. v. *Kielmansegg*, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7; *Taupitz*, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7.

⁴⁴ Näher dazu *Hachmeister*, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 147.

⁴⁵ Protokoll der 92. Sitzung des Gesundheitsausschusses vom 19.10.2016, S. 8 ff.; dazu auch *Arbeitskreis der Medizinischen Ethikkommissionen*, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 4; *Grass*, Wortprotokoll, S. 11; v. *Kielmansegg*, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7; *Taupitz*, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7.

⁴⁶ Zur wortlautgetreuen Anwendung und möglichen Hilfestellungen anhand der Einwilligung in unterschiedliche

b). Vorschläge aus dem Gesundheitsausschuss

Aus diesem Grund haben sich bereits zwei Änderungsvorschläge seitens Sachverständiger im Gesundheitsausschuss hervorgetan, um an den einst absoluten Belastungsgrenzen festzuhalten.⁴⁷

aa) Opt-out-Regelung

Ein Vorschlag sieht vor, von der Möglichkeit des in Art. 31 Abs. 2 der Verordnung vorgesehenen nationalen Gestaltungsspielraums im Sinne eines sog. 'opt-out' Gebrauch zu machen und eine eigene strengere nationale Norm zu schaffen, welche die Belastungsgrenzen nicht an der Standardtherapie des Betroffenen misst.⁴⁸ Dies wäre im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses denkbar, da Art. 31 Abs. 2 der Verordnung den Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit eines Verbots der gruppennützigen Forschung gewährt.

bb) Maßnahmenkatalog

Indem Maßstäbe innerhalb der Gesetzesmaterialien etabliert werden, soll Klarheit über die absoluten Grenzen der zulässigen Risiken und Belastungen geschaffen und hierdurch ausgeschlossen werden, dass Risiken und Belastungen je nach Schwere der sonstigen medizinischen Maßnahmen relativiert werden. Durch die nicht abschließende Aufzählung der zulässigen Maßnahmen und erwartbaren Risiken innerhalb der Gesetzesmaterialien kann auch die ärztliche Aufklärung, die sich aufgrund der antizipierten Situation nicht auf eine konkrete klinische Prüfung beziehen kann, besser erfolgen.⁴⁹

c) Eigener Vorschlag

Zusätzlich zur Änderung des § 40b Abs. 4 AMG n. F. in der Form, dass in dem Verweis auf Art. 31 der Verordnung der Passus über den Vergleich zur Standardbehandlung ausgenommen und ein Maßnahmenkatalog in die Gesetzesmaterialien aufgenommen werden soll, könnten eine Informationsbroschüre und ein

Aufklärungsbogen eine Ergänzung darstellen. Diese könnten dem aufklärenden Arzt sowie dem Betroffenen als Hilfestellung zur Hand gegeben werden.⁵⁰ Diese enthalten jeweils einen nicht abschließenden Maßnahmenkatalog sowie einen Überblick, bei welchen Erkrankungen welche Untersuchungen zu erwarten und mit welchen regelmäßig auftretenden Risiken diese verbunden sind.

Von besonderer Bedeutung ist, dass die betroffene Person versteht, welche Maßnahmen bei einer gruppennützigen Forschung auf sie zukommen können, und dass dieser Kenntnisstand am besten bereits vor dem zwingenden Aufklärungsgespräch vorhanden ist.⁵¹ Denn häufig wird sich erst mit einem gewissen Kenntnisstand eine altruistische Idee hin zu einer Forschungsverfügung entwickeln können. Aus diesem Grund bedarf es einer solchen Öffentlichkeitsarbeit seitens des Gesetzgebers, wie diese bereits für die Patientenverfügung und die postmortale Organspende erfolgt.⁵²

Die Formulierung des Maßnahmenkataloges sollte sich an dem zur gruppennützigen Forschung mit Minderjährigen bereits verwendeten Katalog orientieren.⁵³

Durch diese Vorgehensweise kann zudem eine ausreichende Aufklärung trotz der antizipierten Situation erfolgen und somit auch dem Erfordernis des *informed consent* Rechnung getragen werden.⁵⁴

Erst durch diese Maßnahmen kann dem Patientenschutz und zugleich dem Forschungsinteresse gerecht werden. Denn nur so kann den erheblichen Unsicherheiten bei einer antizipierten Einwilligung eine Hilfestellung geleistet werden.

C. Fazit

Die gruppennützige Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen ist von erheblicher Bedeutung für den wissenschaftlichen Fortschritt. Dabei ist sie weder ethisch noch rechtlich anstößig, solange durch ausreichende rechtliche Rahmenbedingungen das

Risikoklassen, Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 170 f.

⁴⁷ Zur Vereinbarkeit der Vorschläge mit dem Unionsrecht Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen, S. 132.

⁴⁸ Taupitz, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 6.

⁴⁹ V. Kielmansegg, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7.

⁵⁰ Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 159.

⁵¹ Dafür spricht sich auch Nagel aus. Er fordert für die ärztliche Aufklärung im fortgeschrittenen Krankheitsstadium eines Patienten ein einheitliches vom Bundesministerium für Gesundheit verfasstes Formular, das verbindliche Regeln für

ein solches Gespräch festlegt; vgl. Evans, PZ online Ausgabe 43/2016.b, abrufbar unter: <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/ausgabe-432016/eine-gewissensfrage> (zuletzt abgerufen am 8.12.2021).

⁵² Ebenfalls eine Öffentlichkeitsarbeit fordernd, v. Kielmansegg, ZfL 2017, 78, 93; Middell/Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG § 2 Rn. 2; Tag in: MüKoStGB, StGB, TPG § 2 Rn. 1.

⁵³ Vgl. BT-Drs. 15/2849, S. 61.

⁵⁴ Zur Informationsbroschüre als Hilfestellung für die ärztliche Aufklärung Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 105 und 199; so auch v. Kielmansegg, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss, S. 7

Spannungsfeld zwischen dem Heilen künftiger Patienten, der Würde des Studienteilnehmers und zugleich dessen Selbstbestimmungsrecht beachtet und ausgeglichen gestaltet wird.⁵⁵

Durch die Einwilligung mittels einer Forschungsverfügung wird dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen Rechnung getragen. Er kann über seine künftige Studienbeteiligung fernab von Drittinteressen selbst entscheiden. Jedoch benötigt eine selbstbestimmte Entscheidung entsprechende Rahmenbedingungen, wie einen ausreichenden Kenntnisstand über die Ausgestaltung einer gruppennützigen klinischen Prüfung. Hier bestehen erhebliche Probleme auf Grund unzureichender Regelungen im neuen § 40b Abs. 4 AMG n. F.⁵⁶ Zum einen kann mangels Kenntnis der konkreten klinischen Prüfung und des künftigen medizinischen Zustandes des Betroffenen nur eine Grundaufklärung erfolgen. Zudem geht aus der Regelung nicht hervor, welche Maßnahmen bei einer gruppennützigen Forschung durchgeführt werden können, weil von den absoluten Belastungsgrenzen des AMG abgewichen wird. Dies macht eine antizipierte Einwilligung in Form eines *informed consent* fast unmöglich.

Um eine selbstbestimmte antizipierte Entscheidung treffen zu können, deren Bindungswirkung über den Verlust der Einwilligungsfähigkeit hinaus fort gilt, bedarf es einer Anpassung der neuen gesetzlichen Regelungen des § 40b AMG n. F. sowie weiterer Hilfestellung durch den deutschen Gesetzgeber.⁵⁷

⁵⁵ Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 191.

⁵⁶ Hierzu ausführlich mit Änderungsvorschlägen und Hilfestellungen Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 159 f und 187 f.

⁵⁷ Zu dem konkreten Änderungsbedarf Hachmeister, Klinische Prüfung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, S. 189 ff.

Die „Culpa post contractum finitum“

- Eine Einführung in die Pflichtverletzung im nachwirkenden Schuldverhältnis -

Von Stud. iur. Jens Tribbels, Köln*

Die „*Culpa in contrahendo*“ (*c.i.c.*; dt.: Verschulden bei Vertragsanbahnung) ist eine Rechtsfigur mit großer Relevanz für Studium und Praxis. Ihr liegt der Rechtsgedanke der gegenseitigen Solidarität und Rücksichtnahme vor Vertragsschluss zugrunde. Sie sichert den Parteien effektiven schuldrechtlichen Schutz ihrer exponierten Rechtsgüter zu. Weniger bekannt, jedoch auf demselben Rechtsgedanken beruhend, ist die „*Culpa post contractum finitum*“ (dt.: Verschulden nach beendetem Vertrag). Sie erweitert den durch § 311 Abs. 2 BGB kodifizierten Schutz des vorvertraglichen auf das nachvertragliche Schuldverhältnis. Konkret erweitert die Rechtsfigur hierbei den rechtlich geschützten Bereich auf den Zeitraum nach Erfüllung der Hauptleistungspflicht eines Schuldverhältnisses. Sie konstruiert mithin ein ausschließlich auf einzelne schützenswerte Rechtsgüter begrenztes, somit qua Gesetz modifiziertes, nachwirkendes Schuldverhältnis.

Im Folgenden wird eine Herleitung der Rechtsfigur durchgeführt (A.). Hieran anschließend werden mögliche Anspruchsgrundlagen sowie Gestaltungsrechte und die dazugehörigen Rechtsfolgen thematisiert (B.) sowie mögliche Anwendungsbeispiele aufgezeigt (C.). Schließlich erfolgt ein thesenartiges Fazit (D.).

A. Herleitung

I. Terminologie und Grundsätzliches

Der Begriff *Culpa post contractum finitum* entstammt dem Lateinischen und bedeutet übersetzt „Verschulden nach beendetem Vertrag“. Die Figur umfasst Situationen, in denen eine Pflichtverletzung bzw. ein Verschulden (*culpa*) nach (*post*) einem, bezüglich der Hauptleistungspflicht, beendeten bzw. abgewickelten

Vertrag (*contractum finitum*) eine nachwirkende Rücksichtnahmepflicht tangiert. Nachwirkende Rücksichtnahmepflichten können allerdings auch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis entstehen. Insofern ist es genauer, von einem Verschulden nach beendetem Schuldverhältnis zu sprechen.

Anders als die *Culpa in contrahendo*¹ wird die *Culpa post contractum finitum* nicht über das in § 311 Abs. 2 BGB gesetzlich normierte rechtsgeschäftsähnliche, sondern aus dem konkreten Schuldverhältnis selbst hergeleitet.²

Dieses umfasst neben den Leistungspflichten eine Reihe weiterer Pflichten,³ welche unter dem Oberbegriff der Rücksichtnahmepflichten zusammengefasst werden.⁴ Zu unterscheiden ist hierbei zwischen den Schutzpflichten im engeren Sinne und dem Oberbegriff der Rücksichtnahmepflichten im weiteren Sinne, für welchen in der Literatur jedoch, entgegen der Terminologie des § 241 Abs. 2 BGB, verbreitet ebenfalls der Begriff der Schutzpflichten verwendet wird.⁵ Schutzpflichten zeichnen sich durch das Interesse an einem besonderen Integritätsschutz⁶ aus. Demgegenüber sind die Rücksichtnahmepflichten weiter gefasst und beinhalten auch andere schutzwürdige Interessen.⁷ Durch die, nach verbreiteter Auffassung, vollzogene Integration sämtlicher Rücksichtnahmepflichten in § 241 Abs. 2 BGB⁸ im Zuge der Schuldrechtsreform⁹ hat die Differenzierung jedoch rein terminologische Bedeutung. Daher wird im Folgenden primär der Begriff der Rücksichtnahmepflichten verwendet. Mithin sind hierunter alle Pflichten zu verstehen, die keine Leistungspflichten i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB darstellen.¹⁰

*Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln.

¹ Zur aktuellen Herleitung der *c.i.c.*: Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 39. Vor der Schuldrechtsreform von 2002 war die *c.i.c.* nicht kodifiziert. Stattdessen wurde sie im Wege richterlicher Rechtsfortbildung auf der Grundlage der dogmatischen Überlegungen Rudolf von Jherings in das Gewohnheitsrecht aufgenommen. Zur Geschichte der *c.i.c.* vor der Reform siehe Harke, in: Historisch kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II 2, Tübingen 2007, § 311 II, III, Rn. 2-23.

² Riehm, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.04.2021, § 280 BGB Rn. 49. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 22 Rn. 20

³ Schulze, in: Schulze, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2022, § 241 Rn. 1.

⁴ Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 241 BGB Rn. 6.

⁵ Zur Systematisierung: Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 240 ff.

⁶ Weller (Fn. 5), S. 243.

⁷ BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830.

⁸ Schulze (Fn. 3), § 241 BGB Rn. 1.

⁹ Dem widersprechend: Gröschler, in: Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 109 ff.

¹⁰ Weller (Fn. 5), S. 245.

II. Dogmatik

Die Rücksichtnahmepflichten dienen somit der Sicherung sowohl des Erfüllungsinteresses des Gläubigers als auch des Integritätsinteresses des Schuldners.¹¹ Zu diesem Zwecke sollen sie nicht nur vor Vertragsschluss im Wege einer *c.i.c.* aus § 311 Abs. 2 BGB, sondern auch nach Erfüllung der Hauptleistungspflicht bestehen.¹² Es genügt nicht, dass Pflichten bestehen, sondern es müssen Konsequenzen an deren schuldhaft Verletzung geknüpft werden. Eine solche *Culpa post contractum finitum* wurde vor der Schuldrechtsreform 2002 aus dem allgemeinen Grundsatz des § 242 BGB hergeleitet.¹³ Heutzutage wird hierzu § 241 Abs. 2 BGB verwendet. Im Sonderfall eines nachwirkenden gesetzlichen Schuldverhältnisses ist indes § 311 Abs. 2 BGB zusätzlich einschlägig.¹⁴ Besagter Sonderfall ist jedoch nur bei einer unmittelbaren Verknüpfung einer *c.i.c.* an den aus ihr hervorgehenden nachwirkenden Bereich, beispielsweise im Falle abgebrochener Vertragsverhandlungen denkbar.

Aufgrund des in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB normierten Schutzes des ähnlichen geschäftlichen Kontaktes erweist sich diese Konstellation jedoch als rein dogmatischer Unterbau eines bereits durch den Gesetzgeber gelösten Problems. Ob insbesondere angesichts der fortschreitenden technologischen Entwicklung eine Konstellation entstehen kann, in welcher dieser dogmatische Unterbau, beispielsweise aufgrund der Wortlautgrenzen der Begriffe „geschäftlich“ und „Kontakt“, erneut an Bedeutung gewinnt, bleibt abzuwarten. Denkbar ist eine Konstellation, in welcher der „gescheiterte“ Erwerber einer Software für den Privatgebrauch nach Abbruch der Vertragsverhandlungen, beispielsweise weil er während des Bestellprozesses bemerkt hat, dass die Software nicht mit seinem Betriebssystem kompatibel ist, einen freiwilligen, eindeutig nicht auf Erwerb der Software gerichteten Support-Dienst des Softwareunternehmens nutzt. Hierbei könnte es sich beispielsweise um einen „Support-Chat-Bot“ handeln, welcher schon heute von vielen Websitebetreibern verwendet wird. Erfährt er hierbei eine Rücksichtnahmepflichtverletzung, wie zum Beispiel die Offenlegung seiner vertraulichen Daten aufgrund evident unzureichender Sicherung der Website

oder widerrechtlichen Zugriffs durch den Websitebetreiber, so lässt sich das Vorliegen eines „geschäftlichen“ Kontaktes doch zumindest anzweifeln. In diesem Fall könnte die zuvor beschriebene dogmatische Ursprungskonstellation zumindest hilfsweise herangezogen werden.

III. Differenzierung leistungsbezogener und nichtleistungsbezogener Rücksichtnahmepflichten

Innerhalb der Rücksichtnahmepflichten ist zwischen leistungsbezogenen und nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflichten zu unterscheiden. Letztere umfassen die „klassischen“ Schutzpflichten und sind sowohl innerhalb eines vertraglichen Schuldverhältnisses wie auch eines rein gesetzlichen Schuldverhältnisses gegeben und beziehen sich auf die Rechtsgüter der Parteien.¹⁵

Leistungsbezogene Rücksichtnahmepflichten, insbesondere die Leistungstreuepflicht, beziehen sich indes auf die in einem vertraglichen Schuldverhältnis geschuldete Leistung und können mithin nur durch ein solches entstehen.¹⁶ Diese Pflichten benötigen eine vertraglich geschuldete Leistung als Bezugspunkt, weshalb sie nur innerhalb eines vertraglichen Schuldverhältnisses denkbar sind.

IV. Zeitraum der nachwirkenden Rücksichtnahmepflichten

Sowohl leistungsbezogene als auch nichtleistungsbezogene Rücksichtnahmepflichten können im Wege einer *Culpa post contractum finitum* nachwirken. Im Sinne der „Umschlagslehre“¹⁷ beginnt die nachvertragliche Rücksichtnahmepflicht mit dem Umschlagen des vertraglichen Schuldverhältnisses in ein nachvertragliches Schuldverhältnis durch Erfüllung der Leistungspflicht. Die Dauer der Pflichten ist abhängig von der Möglichkeit der Einflussnahme auf den Leistungserfolg bzw. die Rechtsgüter der Parteien.¹⁸ Durch den Zusatz „nach seinem Inhalt“ ermöglicht § 241 Abs. 2 BGB eine einzelfallabhängige Wertung.¹⁹

¹¹ Mansel, in: Jauernig BGB, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 241 BGB Rn. 10.

¹² Bachmann, in: MüKom-BGB, 8. Aufl. 2019, § 341 BGB Rn. 118.

¹³ Weller (Fn. 5), S. 240 ff.

¹⁴ Herresthal, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.01.2021, § 311 BGB Rn. 509 f.

¹⁵ Weller (Fn. 5), S. 247 f.

¹⁶ Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 488 ff.

¹⁷ BGHZ 63, 382 = NJW 1975, 642.

¹⁸ Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 495 ff.

¹⁹ Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 241 BGB Rn. 22.

B. Ansprüche, Rücktrittsrecht und Rechtsfolgen

Es sind verschiedene Ansprüche aus einer *Culpa post contractum finitum* und ein Rücktrittsrecht aus einem nachwirkenden Schuldverhältnis denkbar.

I. Innerhalb eines vertraglichen Schuldverhältnisses

Innerhalb eines nachvertraglichen Schuldverhältnisses ist die Verletzung sowohl nichtleistungsbezogener als auch leistungsbezogener Rücksichtnahmepflichten möglich.

1. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht

Die Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht steht in der Regel neben der regulären Leistungspflicht. Im Fall eines Durchschlagens auf Leistungsebene sind, dem Rechtsgedanken des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB gemäß, besonders hohe Anforderungen zu stellen.²⁰

a) Schadensersatz neben der Leistung

Wird Schadensersatz neben der Leistung begehrt, so besteht wegen Verletzung einer nachwirkenden nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht ein Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.²¹ Die Höhe des Schadensersatzes richtet sich regulär nach den §§ 249 ff. BGB.

b) Schadensersatz statt der Leistung

Ist das Begehren auf Schadensersatz statt der Leistung gerichtet, so kann ein Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282, 241 Abs. 2 BGB entstehen. Voraussetzung des § 282 BGB ist, dass die Leistung des Schuldners dem Gläubiger „nicht mehr zuzumuten ist“. Dies ist bei der *Culpa post contractum finitum* besonders restriktiv auszulegen, wird doch nicht eine noch ausstehende Leistung für unzumutbar erklärt, sondern die z.B. Nachbesserungsleistung einer bereits erfolgten. Denkbar wäre eine solche Konstellation im Falle einer Spezialmaschine, welche ausschließlich vom Hersteller repariert werden kann. Vorausgesetzt eine solche Reparatur wird aufgrund eines Sachmangels notwendig, so besteht die Gefahr eines Unterlaufens des Rechts der zweiten Andienung. Im Falle einer Wartung aufgrund regulären Verschleißes ist aufgrund der ausschließlichen Wartungsmöglichkeit durch den

Hersteller der strenge Maßstab des § 282 BGB anzuwenden, da die Hauptleistungspflicht bereits erfüllt ist. Freilich funktioniert eine solche Konstellation nur, sofern keine ausdrückliche oder konkludente Garantie vereinbart wurde. Die Schadensrekonstruktion gemäß § 249 BGB kommt hierbei, da der primäre Leistungserfolg bereits eingetreten ist, einer „Aufstörung“ der Leistungsbeziehung gleich.²² Im obigen Wartungsbeispiel ist dem Käufer der Spezialmaschine ein Festhalten am Kaufvertrag aufgrund einer beliebigen Schutzpflichtverletzung nicht mehr zuzumuten. Die Wartung bei regulärem Verschleiß ist nicht vertraglich vereinbart worden. Wird nun Schadensersatz statt der Leistung begehrt, so wird die ursprünglich schadensfreie Primärleistung (Lieferung der Maschine) nachträglich zum Quasi-Schaden erklärt, da der Sachverhalt nun aus dem Blickwinkel der Abhängigkeit von der Wartung durch den Hersteller betrachtet wird. Dieser schadensrechtliche Perspektivwechsel ermöglicht eine solche Aufstörung der Leistungsbeziehung.

c) Rücktritt

Auch ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung einer nachwirkenden nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht aus den §§ 324, 241 Abs. 2 BGB ist denkbar. Ähnlich dem Schadensersatz statt der Leistung ist durch das Durchschlagen auf Leistungsebene ein hoher Anspruch an das „nicht mehr zuzumuten“ des § 324 BGB zu stellen.²³ Sind die Voraussetzungen jedoch erfüllt, verwandelt sich das Schuldverhältnis gemäß § 346 BGB in ein Rückgewährschuldverhältnis.²⁴ Erfüllt ist eine solche Anforderung beispielsweise durch die Abhängigkeit von der Wartung durch den Hersteller im zuvor erwähnten hypothetischen Wartungsfall.

2. Verletzung einer leistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht

Innerhalb der leistungsbezogenen Rücksichtnahmepflichten ist die Leistungstreuepflicht von besonderer Bedeutung.²⁵ Die Leistungstreuepflicht umfasst die Pflicht, „alles zu unterlassen, was das Interesse des Vertragspartners an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu tun, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich

²⁰ Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 510.

²¹ Grüneberg (Fn. 4), § 241 Rn. 6.

²² Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 510.

²³ Ernst, in: MüKom-BGB, 8. Aufl. 2019, § 324 BGB Rn. 7.

²⁴ Grüneberg (Fn. 4), § 324 BGB Rn. 5.

²⁵ Zur Reichweite der Leistungstreuepflicht im Verhältnis zu sonstigen Interessen: BGH NJW-RR 1989, 1393. Zur Leistungstreuepflicht bei der Vergabe einer alten Kontonummer an einen neuen Kunden durch eine Bank siehe LG Kleve, U. v. 02.12.2014 – 4 O 351/13.

übernommenen Verpflichtung sicherzustellen“. ²⁶ Strittig ist, aus welcher konkreten Norm sich bei Verletzung einer Leistungstreuepflicht ein Anspruch auf Schadensersatz ergibt. Einer Ansicht zufolge gehe dies nur über eine Analogie zu § 281 BGB. Die Leistung sei „nachträglich“ nicht wie geschuldet und eine Analogie mithin aufgrund vergleichbarer Interessenlage anwendbar. ²⁷ Dies entspreche auch dem Telos der Norm, da durch die ausschließliche Möglichkeit eines Schadensersatzes statt der Leistung die Nacherfüllung in den Vordergrund gerückt werde. Der Wortlaut des § 281 BGB umfasse indes lediglich vorvertragliche Rücksichtnahmepflichtverletzungen, weshalb die direkte Anwendung des Paragraphen auf den nachwirkenden Bereich an der Wortlautgrenze scheitere. ²⁸ Dieser Ansicht folgend ergibt sich ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung aus den §§ 280 Abs. 1, 242, 241 Abs. 1 BGB und auf Schadensersatz statt der Leistung aus den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 analog, 242, 241 Abs. 1 BGB. ²⁹

Anderer Ansicht zufolge besteht keine, zur Anwendung einer Analogie notwendige, planwidrige Regelungslücke ³⁰, da sich die Leistungstreuepflicht unter den Begriff „Interessen“ des § 241 Abs. 2 BGB subsumieren lasse. Die Gegenmeinung verbinde indes Leistungstreuepflichten mit Nebenleistungspflichten. Dies sei gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH unzulässig. ³¹

Letztere Meinung ist vorzugswürdig. Zwar liegt der Ursprung der Rücksichtnahmepflichten in § 242 BGB, jedoch bildet § 241 Abs. 2 BGB seit der Schuldrechtsreform von 2002 eine Grundlage für sowohl nichtleistungsbezogene, als auch leistungsbezogene Rücksichtnahmepflichten. ³² Mithin resultiert ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung einer leistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB für einen Anspruch neben bzw. den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282, 241 Abs. 2 BGB für einen Anspruch statt der Leistung.

II. Ansprüche in einem gesetzlichen Schuldverhältnis (Schadensersatz wegen Verletzung einer nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht eines gesetzlichen Schuldverhältnisses)

Liegt lediglich ein gesetzliches Schuldverhältnis vor, kann nach Beendigung dessen ein Schadensersatz wegen Verletzung einer nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB gefordert werden. ³³ Angesichts des Fehlens einer Leistungspflicht bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis kommt ausschließlich die Verletzung nichtleistungsbezogener Rücksichtnahmepflichten in Betracht.

C. Anwendungsbeispiele

Von der Rechtsprechung oder der Literatur anerkannte Fallgruppen einer *Culpa post contractum finitum* sind beispielsweise:

I. Verletzung von nachwirkenden nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflichten

Bei Verletzung einer nachwirkenden nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht ist ein Anspruch auf Schadensersatz neben und statt der Leistung, sowie ein Rücktrittsrecht denkbar.

1. Schadensersatz neben der Leistung

Verletzt sich ein Kunde in einem Laden nach Abschluss und Durchführung eines Kaufvertrags, ist der Ladenbesitzer haftbar, solange sich der Kunde im Laden aufhält. ³⁴ Ähnliches gilt für einen Beförderungsvertrag, bei welchem der Fahrgast sich beim Ausstieg an der Zielhaltestelle des Busses verletzt. ³⁵

2. Schadensersatz statt der Leistung

Ist eine zwingend notwendige, zukünftige Wartung, ³⁶ bei welcher dem einen Teil Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des anderen gewährt werden, Vertragsgegenstand, die Hauptleistungspflicht jedoch bereits erfüllt, so kann bei Verletzung des Integritätsinteresses des Gläubigers ein Anspruch auf

²⁶ BGH, NJW 1983, 998.

²⁷ Zur entsprechenden Implikation dieser Meinung zur Anwendung des § 321 Abs. 1 2. Alt BGB analog anstelle des § 324 BGB für den Rücktritt siehe: *Schwarze*, in: Staudinger/Schwarze, 2020 BGB, §323 C 2.

²⁸ *Herresthal* (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 510 f. *Stadler*, in: *Jauernig BGB*, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 282 BGB Rn. 4

²⁹ Vertreter dieser Ansicht verorten die Leistungstreuepflicht entgegen der hier vertretenen Ansicht in den § 242, 241 Abs. 1 BGB. Siehe hierzu: *Herresthal* (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 490

³⁰ Zur Analogie siehe *Beer/Lotzow*, MLR 2021, 12 (17 f.).

³¹ *Weller* (Fn. 5), S. 250 ff. zitiert hierzu exemplarisch BGH, NJW 1995, 1954.

³² Vgl. oben **B. I.**

³³ *Herresthal* (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 509.

³⁴ RG LZ 1929, 1463.

³⁵ Zum Ende einer Verkehrssicherungspflicht erst bei vollständigem Ausstieg an der Zielhaltestelle: BGH, VersR 1970, 179.

³⁶ Anders bei einem Dauerschuldverhältnis. Zur rechtlichen Würdigung dessen: *Jacoby/von Hinden*, Studienkommentar zum BGB, 17. Aufl. 2020, § 241 BGB Rn. 5.

Schadensersatz statt der noch ausstehenden (Wartungs-)Leistung gegeben sein.³⁷

3. Rücktritt

Ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung einer nachwirkenden nichtleistungsbezogenen Pflicht besteht stets neben einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 325 BGB). Indes muss der Schuldner die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nicht, wie beim Schadensersatz statt der Leistung, zu vertreten haben.³⁸

II. Zum Schadensersatz wegen Verletzung einer nachwirkenden leistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht

Schadensersatz wegen Verletzung einer nachwirkenden leistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht (hier: Leistungstreuepflicht) kann beispielsweise gefordert werden, wenn der Vermieter einer Arztpraxis nach deren Umzug in neue Räumlichkeiten ein an seiner Immobilie angebrachtes Umzugsschild nicht vorübergehend duldet.³⁹ Hierbei handelt es sich um einen Schadensersatz neben der Leistung. Ist dem Gläubiger ein Festhalten an der Hauptleistung i.S.d. § 282 BGB nicht mehr zuzumuten, so kommt auch ein Schadensersatz statt der Leistung in Betracht. Diese Konstellation ist dogmatisch denkbar, erscheint jedoch unwahrscheinlich, stellt doch die Verletzung einer Leistungstreuepflicht i.d.R. keine Situation dar, in welcher ein Festhalten an der Hauptleistung unzumutbar wäre. Im Gegensatz zur Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht ist hierbei schließlich kein exponiertes Rechtsgut des Gläubigers betroffen. Eine Gefährdung lediglich des Äquivalenzinteresses wird keine hinreichende Begründung für eine Unzumutbarkeit liefern.

III. Zum Schadensersatz wegen Verletzung einer nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht eines gesetzlichen Schuldverhältnisses

Werden Vertragsverhandlungen abgebrochen, so schlagen die vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten nicht in vertragliche Rücksichtnahmepflichten um, sondern direkt in nachwirkende Rücksichtnahmepflichten mit dem Bezugspunkt *c.i.c.*⁴⁰

Abgrenzungsprobleme zwischen Haftung aus *Culpa in contrahendo* und der Verletzung einer nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht entstehen beispielsweise in Fällen, in denen ein Kunde nach abgebrochenen Vertragsverhandlungen die Geschäftsräume verlässt und sich verletzt. Die Abgrenzung ist jedoch rein dogmatischer Natur und hat geringe Bedeutung für das Rechtsfolgenregime. Grundsätzlich wird in der Literatur der Ansatz vertreten, Haftung aus *c.i.c.* sei so lange gegeben, bis der geschäftliche Kontakt i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB beendet sei (also z.B. der Kunde das Geschäft verlassen hat), während im Einzelfall, bei fortwährender Möglichkeit einer Partei, auf die Rechtsgüter der anderen einzuwirken,⁴¹ eine Verletzung einer nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht anzunehmen sei (z.B. bei einer Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen).⁴²

IV. Besondere Einzelfälle

Die *Culpa post contractum finitum* ist nicht gegeben, wenn die Pflichtverletzung im vorvertraglichen Rahmen stattgefunden hat und sie lediglich nach Erfüllung der Leistungspflicht zur Kenntnis genommen wurde.⁴³

Macht eine Partei nach Beendigung eines Schuldverhältnisses unberechtigt Forderungen geltend, die den anderen Teil zur Konsultation anwaltlicher Unterstützung bringen, liegt eine *Culpa post contractum finitum* vor. Entscheidend für die Verletzung der nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht ist jedoch die tatsächliche Geltendmachung der Forderung. Eine bloße Behauptung der Existenz einer solchen Forderung genügt hingegen nicht.⁴⁴

Liegt ein Dauerschuldverhältnis vor, so ist aufgrund der fortlaufenden Leistungs- und Rücksichtnahmepflichten die Kündigung wegen einer *Culpa post contractum finitum* der Kündigung aus wichtigem Grund aus § 314 BGB gegenüber subsidiär.⁴⁵ Freilich ist die subsidiäre *Culpa post contractum finitum* nur insofern denkbar, als dass das Dauerschuldverhältnis in abgrenzbare Abschnitte aufgeteilt werden kann. So zum Beispiel im Falle eines Sukzessivlieferungsvertrags über ein Produkt, welches monatlich geliefert wird. Betrachtet man hierbei jede Lieferung als Hauptleistung, so entstehen mit jeder Lieferung

³⁷ Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 510.

³⁸ Grüneberg (Fn. 4), § 324 BGB Rn. 1.

³⁹ Ernst (Fn. 23), § 280 BGB Rn. 120. RGZ 161, 330 (338).

⁴⁰ Grüneberg (Fn. 4), § 311 BGB Rn. 25.

⁴¹ Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 301 präferiert hier eine Interessenabwägung zwischen dem betroffenen

Rechtsgut und der Möglichkeit von Schutzmaßnahmen unter Beachtung der besonderen Umstände des Einzelfalls.

⁴² Herresthal (Fn. 14), § 311 BGB Rn. 298 ff.

⁴³ Riehm, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.04.2021, § 324 BGB Rn. 46.

⁴⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 8.11.2018 – 1 U 601/18. Rn. 47

⁴⁵ Jacoby/von Hinden (Fn. 36), § 241 Rdn. 5.

nachwirkende Rücksichtnahmepflichten im Bezug auf die vorangegangene Lieferung. Solange ein Dauerschuldverhältnis besteht, ist die Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB vorrangig anzuwenden.

D. Fazit

Zusammenfassend sind folgende Erkenntnisse festzuhalten:

Die Rücksichtnahmepflichten sind in § 241 Abs. 2 BGB normiert. Vor der Schuldrechtsreform 2002 wurden sie im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aus dem Rechtsgedanken des § 242 BGB hergeleitet.

Rücksichtnahmepflichten sind alle Pflichten, die keine Leistungspflichten i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB sind. Sie lassen sich in leistungsbezogene und nichtleistungsbezogene Rücksichtnahmepflichten unterteilen.

Rücksichtnahmepflichten entstehen bereits vor Vertragsschluss gemäß § 311 Abs. 2 BGB (*Culpa in contrahendo*). Mit Vertragsschluss schlagen sie in vertragliche und nach Erfüllung der Hauptleistungspflicht in nachvertragliche Rücksichtnahmepflichten um.

Aus einer nachwirkenden Rücksichtnahmepflicht lassen sich Schadensersatzansprüche (*Culpa post contractum finitum*) und ein Rücktrittsrecht herleiten. Im Falle eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung oder eines Rücktrittsrechts bei einem vertraglichen Schuldverhältnis erfolgt ein Durchschlagen auf die Leistungsebene des Schuldverhältnisses. An die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht ist gemäß dem § 282 BGB der Anspruch der Unzumutbarkeit des Festhaltens an der Leistungspflicht zu stellen.

„Sicherungsmittel im Immobiliarsachenrecht“

- Fälle zur Vormerkung -

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Nils Heuser und Wiss. Mitarbeiter Lukas Friedrich, Marburg*

Leistungsstufe: Fortgeschrittenenübung/Examen

Schwierigkeitsgrad: anspruchsvoll

Bearbeitungszeit: 4 Stunden

Schwerpunkte:

- 1) Auswirkungen eines Scheingeschäfts auf die Vormerkung
- 2) Gesetzliche Vertragsübernahme nach § 566 BGB
- 3) Analoge Anwendung von § 883 Abs. 2 BGB bei vormerkungswidrigem Mietvertrag?

VORBEMERKUNGEN

Der nachfolgende Sachverhalt verbindet zwei klassische Probleme aus dem Recht der Vormerkung miteinander, die in der Vergangenheit Gegenstand von BGH-Entscheidungen waren. Aufgrund der Verknüpfungen zum Allgemeinen Teil und zum Mietrecht sind die hiermit verbundenen Problemstellungen für Prüfer besonders attraktiv. Gerade im Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht ist es wichtig, die einschlägigen Grundfälle zu beherrschen, um ein Gespür für unbekannte Fragestellungen zu bekommen. Spätestens im Zuge Ihrer Examensvorbereitung sollten Sie sich mit den hier aufgeworfenen Rechtsfragen auseinandersetzen.

SACHVERHALT

K will von V ein in der Marburger Innenstadt befindliches unbebautes Grundstück erwerben und dort ein Einkaufszentrum errichten. Die Parteien einigen sich vorab am 02.01.2022 mündlich auf einen Kaufpreis von 1,5 Mio. €. Um Steuern und Notargebühren zu sparen, geben die beiden vor der Notarin am 03.01.2022 allerdings nur einen Kaufpreis von 1 Mio. € an. Neben der Beurkundung des Grundstückskaufvertrags wird auch die Auflassung erklärt. Darüber hinaus bewilligt V zugunsten des K unter Bezugnahme auf den notariellen Kaufvertrag eine Vormerkung, die am 05.01.2022 im Grundbuch eingetragen wird. Zwischenzeitlich tritt A an V heran, die nichts von der Veräußerung an K mitbekommen hat und auf dem Grundstück ebenfalls ein Einkaufszentrum errichten möchte. Diese bietet V 2 Mio. € für das unbebaute Grundstück in der Innenstadt. Diesem Angebot kann V nicht widerstehen. Er verkauft A das

Grundstück durch notariellen Vertrag vom 10.01.2022 zum Preis von 2 Mio. €. Zudem bewilligt V zugunsten der A eine Vormerkung, die am 12.01.2022 ins Grundbuch eingetragen wird. Am 13.01.2022 wird K als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

Frage 1: Welche Ansprüche stehen A gegen V und K zu?

FALLFORTFÜHRUNG

V gehört ein weiteres Grundstück in der Marburger Innenstadt, das direkt an das unbebaute Grundstück grenzt und mit einem in die Jahre gekommenen leerstehenden Einfamilienhaus bebaut ist. A ist sehr interessiert an dem Grundstück, da sie das Gebäude abreißen möchte, um ein noch größeres Einkaufszentrum errichten zu können. Am 14.01.2022 verkauft V der A durch notariellen Vertrag das Grundstück für 1 Mio. €. Es kommt zur Auflassung. Darüber hinaus bewilligt V zugunsten der A eine Vormerkung, die am 17.01.2022 im Grundbuch eingetragen wird. Am Abend des 18.01.2022 ist V mit Freunden in der Marburger Oberstadt unterwegs, um seine beiden Verkäufe zu feiern. Als er in die Kneipe „Piano“ kommt, sieht er, wie A am Tresen sitzt. Diese unterhält sich lautstark mit ihrer Freundin und erzählt ihr, dass es sich bei V um einen einfältigen Narren handle, der keine Ahnung von den aktuellen Immobilienpreisen habe. In Wirklichkeit seien die beiden Grundstücke mehr als 4 Mio. € wert. Erbozt von diesen Aussagen beschließt V, der A eins auszuwischen. Am 21.01.2022 vermietet er das leerstehende Einfamilienhaus durch schriftlichen Mietvertrag an M. Am 24.01.2022 wird A als neue Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Sie traut ihren Augen kaum, als M ihr am Morgen des 26.01.2022 im Bademantel die Türe des Einfamilienhauses öffnet.

Frage 2: Kann A von M Herausgabe des Grundstücks gemäß § 985 BGB verlangen?

GUTACHTEN (Lösungsvorschlag)**Frage 1: Ansprüche der A gegen V und K****A. Anspruch der A gegen V Übereignung des unbebauten Grundstücks gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB**

A könnte gegen V einen Anspruch auf Übereignung des unbebauten Grundstücks aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

I. Notarieller Kaufvertrag

Zwischen den beiden Parteien wurde ein Kaufvertrag mit entsprechendem Inhalt in der Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB geschlossen.

II. Erlöschen des Anspruchs nach § 275 Abs. 1 BGB

Der Anspruch könnte jedoch gemäß § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein. Dies wäre der Fall, wenn V die Erfüllung des Anspruchs unmöglich ist. Unmöglichkeit ist die dauerhafte Nichterbringbarkeit des geschuldeten Leistungserfolgs.¹ Zu beachten ist, dass V das Eigentum an dem unbebauten Grundstück wirksam durch Auflassung und Eintragung gemäß §§ 873 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 BGB am 13.01.2022 auf K übertragen hat. Dieser Umstand wäre allerdings unbeachtlich, wenn die Verfügung des V an K gegenüber der A nach § 883 Abs. 2 S. 1 BGB relativ unwirksam ist. In diesem Fall wäre V weiterhin dazu in der Lage, A das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen. Dies setzt voraus, dass A Inhaberin einer Auflassungsvormerkung geworden ist, die der Vormerkung des K im Rang vorgeht.

1. A als Inhaberin einer Vormerkung

Zunächst müsste A nach §§ 883 Abs. 1 S. 1, 885 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB eine Vormerkung erworben haben. A hat aus dem notariellen Kaufvertrag mit V einen Anspruch auf Übereignung des unbebauten Grundstücks, den die Vormerkung sichert. Darüber hinaus hat V als Berechtigter die Vormerkung bewilligt. Schließlich wurde die Vormerkung auch am 12.01.2022 im Grundbuch eingetragen. Somit hat A

mit dem Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen am 12.01.2022 eine Vormerkung erworben.

2. Vorrang vor der Vormerkung des K

Problematisch erscheint jedoch, dass K von V ebenfalls am 03.01.2022 eine Vormerkung bewilligt bekommen hat, die bereits am 05.01.2022 im Grundbuch eingetragen wurde. Sollten in diesem Zeitpunkt die restlichen Entstehungsvoraussetzungen vorgelegen haben, hätte die Vormerkung des K nach dem in § 879 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Prioritätsprinzip Vorrang vor der Vormerkung der A.² In diesem Fall wäre die Vormerkung der A, die aufgrund ihrer dinglichen Wirkung³ eine Belastung des Grundstücks darstellt und damit als Verfügung im Sinne von § 883 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen ist,⁴ gegenüber dem vorrangig abgesicherten K relativ unwirksam. Anstelle von A könnte sich dann also ausschließlich K auf die sichernde Wirkung der Vormerkung berufen.

a) K als Inhaber einer Vormerkung

Neben der gegebenen Bewilligung, Eintragung und Berechtigung benötigt die Vormerkung zu ihrer Entstehung aufgrund der Akzessorietät immer einen zu sichernden Anspruch im Sinne von § 883 Abs. 1 S. 1 BGB. Als solcher kommt zunächst der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus dem notariell beurkundeten Vertrag vom 03.01.2022 mit einem Kaufpreis von 1 Mio. € in Betracht. Die Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB wurde gewahrt. Zu beachten ist allerdings, dass V und K vor der Notarin nur einen Kaufpreis in Höhe von 1 Mio. € angegeben haben, um Steuern und Notargebühren zu sparen. In Wirklichkeit waren sie sich mündlich darüber einig, dass der Kaufpreis 1,5 Mio. € betragen sollte. Der Kaufvertragsabschluss zum Preis von 1 Mio. € stellt daher ein Scheingeschäft dar, das nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist. Als zu sichernder Anspruch kommt daher nur der Anspruch aus dem verdeckten Rechtsgeschäft vom 02.01.2022 zum Kaufpreis von 1,5 Mio. € in Betracht. Problematisch erscheint jedoch, dass die Bewilligung der Vormerkung ausdrücklich auf den notariellen Kaufvertrag Bezug nimmt. Vor diesem Hintergrund ist bereits

* Die Verfasser sind als wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tobias Helms an der Philipps-Universität Marburg tätig.

¹ Siehe zur Unmöglichkeit allgemein *Looschelders*, Schuldrecht AT, 19. Aufl. 2021, § 21 Rn. 2 ff.

² Nach h.M. ist die Vormerkung rangfähig, vgl. BGH NJW 2000, 805, 807; BGH NJW 2008, 578; OLG Celle, NJOZ 2013, 1460; a.A. *MüKoBGB/Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 879

Rn. 9; BeckOGK/*Kessler*, Stand 01.04.2020, § 879 BGB Rn. 14 f., 17 m.w.N.

³ Merken Sie sich in diesem Zusammenhang die prägnante Definition von *Helms/Zeppernick*, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2020, Rn. 111, wonach die Vormerkung „eine dinglich wirkende Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf eine dingliche Rechtsänderung“ ist.

⁴ Siehe hierzu statt aller nur *MüKoBGB/Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 53 m.w.N.

fraglich, ob man im Rahmen der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu einer Absicherung des Übereignungsanspruchs aus dem verdeckten Rechtsgeschäft gelangen kann.⁵ Diese Frage kann allerdings offen bleiben. Selbst wenn man davon ausgeht, dass sich die Vormerkung auf das verdeckte Rechtsgeschäft bezieht, ist sie in zeitlicher Hinsicht nach der Vormerkung der A entstanden.

b) Nachrangigkeit der Vormerkung des K

Nach § 117 Abs. 2 BGB gelten für das verdeckte Rechtsgeschäft die für das Scheingeschäft geltenden Vorschriften. Das verdeckte Rechtsgeschäft wurde hier entgegen § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nicht notariell beurkundet, sondern mündlich abgeschlossen. Durch die Eintragung des K im Grundbuch und seinen damit einhergehenden Eigentumserwerb am 13.01.2022 wurde der Formmangel zwar gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt. Die Heilung wirkt nach dem Wortlaut des § 311b Abs. 1 S. 2 BGB „wird [...] gültig“ allerdings nur *ex nunc*.⁶ K's Vormerkung entstand daher nicht mit der Eintragung im Grundbuch am 05.01.2022, sondern wenn überhaupt erst mit Wirksamwerden der zu sichernden Forderung am 13.01.2022. In diesem Zeitpunkt lagen erstmals sämtliche Entstehungsvoraussetzungen vor, wenn man im Rahmen der Auslegung von einer Absicherung des Übereignungsanspruchs aus dem verdeckten Rechtsgeschäft ausgeht. Da die A ihre Vormerkung bereits am 12.01.2022 erworben hatte, ist die Vormerkung des K folglich gemäß § 879 Abs. 1 S. 1 BGB nachrangig. Hieran ändert sich auch nichts unter Berücksichtigung von § 883 Abs. 1 S. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann die Vormerkung auch einen zukünftigen Anspruch sichern. Als solcher käme der zunächst unwirksame Anspruch auf Übereignung aus dem mündlichen Kaufvertragsabschluss vom 02.01.2022 zum Preis von 1,5 Mio. € in Betracht. Sollte es sich hierbei um einen zukünftigen Anspruch im Sinne der Norm handeln, wäre die Vormerkung des K doch schon am 05.01.2022 entstanden, wenn man im Rahmen der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) eine Absicherung des Übereignungsanspruchs aus dem verdeckten Rechtsgeschäft annimmt. Die Sicherung eines zukünftigen Anspruchs ist jedoch nur dann möglich, wenn der „Rechtsboden für seine Entstehung“⁷ bereitet ist. Dies ist indes nicht der Fall, da zwischen den Parteien bis zum Heilungszeitpunkt keinerlei vertragliche Bindungen bestanden. Es bleibt daher dabei, dass die

Vormerkung des K (wenn überhaupt) erst am 13.01.2022 entstanden ist.

3. Zwischenergebnis

Somit ist die Übereignung des Grundstücks an K gegenüber A relativ unwirksam und V kann den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB weiterhin erfüllen. Der Anspruch ist damit nicht nach § 275 Abs. 1 BGB untergegangen.

III. Ergebnis

A hat gegen V einen Anspruch auf Übereignung des unbebauten Grundstücks aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

B. Anspruch der A gegen K gemäß § 888 Abs. 1 BGB auf Zustimmung zur Eintragung

Da der Eigentumserwerb des K gegenüber der Vormerkungsinhaberin A nach § 883 Abs. 2 S. 1 BGB relativ unwirksam ist, kann sie von ihm nach § 888 Abs. 1 BGB die notwendige Zustimmung (vgl. § 19 GBO) zur Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch verlangen.

Frage 2: Anspruch des A gegen M auf Herausgabe des Grundstücks gemäß § 985 BGB

Anspruch der A gegen M aus § 985 BGB

A könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe bzw. Räumung des bebauten Grundstücks gemäß § 985 BGB haben.

I. A als Eigentümerin des Grundstücks

Dann müsste A Eigentümerin des bebauten Grundstücks sein. Ursprünglich war V Eigentümer des Grundstücks. A hat das Eigentum am Grundstück allerdings gemäß §§ 873 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 BGB von V erworben.

II. M als Besitzer des Grundstücks

M übt die tatsächliche Herrschaftsgewalt über das Grundstück aus und ist daher gemäß § 854 Abs. 1 BGB unmittelbarer Besitzer.

III. Kein Recht zum Besitz des M

Schließlich dürfte M kein Recht zum Besitz gegenüber A zustehen. Ursprünglich wurde der Mietvertrag gemäß §§ 549 Abs. 1, 535 BGB zwischen V und M geschlossen. Der Erwerb des Grundstücks durch A führt allerdings grundsätzlich nach § 566 Abs. 1 BGB zu

⁵ Ablehnend BGH NJW 1970, 1541.

⁶ BGH NJW 1970, 1541, 1543.

⁷ BGH NJW 1970, 1541, 1543.

einer gesetzlichen Vertragsübernahme.⁸ Dies hätte zur Folge, dass M gegenüber S ein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag gemäß § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zusteht. Zu beachten ist jedoch, dass A am 17.01.2022 – und damit vor Abschluss des Mietvertrags zwischen V und M am 21.01.2022 – gemäß §§ 883 Abs. 1 S. 1, 885 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB eine Vormerkung erworben hat. Möglicherweise könnte die zwischenzeitliche Vermietung durch V mit der Folge, dass A gemäß § 566 Abs. 1 BGB in den Mietvertrag eintritt, als vormerkungswidrige Verfügung i.S.d. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen sein. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf ein bestehendes Recht im Wege der Übertragung, Aufhebung, Belastung oder Inhaltsänderung eingewirkt wird.⁹ Die Vermietung stellt demgegenüber ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft und gerade keine Verfügung dar. Umstritten ist indessen, ob § 883 Abs. 2 S. 1 BGB in der vorliegenden Konstellation analog¹⁰ anzuwenden ist.

1. Erste Auffassung¹¹

Für eine analoge Anwendung könnte sprechen, dass die Vormerkung die Gläubigerin (A) vor allen schädigenden Handlungen durch den Schuldner (V) schützen soll. Wenn das Gesetz die Vormerkungsinhaberin (A) sogar vor der nachträglichen Bestellung eines dinglichen Wohnrechts (§ 1093 BGB) oder eines Nießbrauchsrechts (§ 1030 BGB) schützt, müsse dies erst recht für schuldrechtliche Geschäfte wie eine Vermietung gelten.¹² Nach dieser Ansicht wäre die Vermietung an M (mit der Folge des § 566 Abs. 1 BGB) als vormerkungswidrig analog § 883 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen. Dies hat die relative Unwirksamkeit der Vermietung gegenüber A zur Folge. M hat daher gegenüber A kein Recht zum Besitz gemäß § 986 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Zweite Auffassung¹³

Gegen den zuvor angeführten Erst-recht-Schluss könnte jedoch sprechen, dass dingliche Nutzungsrechte nur durch Aufgabeerklärung (§ 875 BGB) oder

Tod des Berechtigten enden, während das Wohnraummietverhältnis unter den Voraussetzungen von § 573 Abs. 2 BGB einseitig vom Eigentümer durch Kündigung beendet werden kann.¹⁴ Aufgrund der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit des Erwerbers wäre dementsprechend mangels vergleichbarer Interessenslage eine Analogie abzulehnen. Folglich würde A nach dieser Auffassung gemäß § 566 Abs. 1 BGB in den Mietvertrag als Vermieter eintreten und M stünde ihr gegenüber ein Recht zum Besitz gemäß § 986 Abs. 1 BGB zu.

3. Stellungnahme

Für die zweite Auffassung spricht entschieden der soziale Schutz des Mieters.¹⁵ § 566 Abs. 1 BGB kann die Wertung entnommen werden, wonach der soziale Schutz des Mieters über die Interessen des Erwerbers und damit auch über die Interessen des Vormerkungsberechtigten gestellt wird. Mithin steht M gegen A mit der zweiten Auffassung ein Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 S. 1 BGB aus dem Mietvertrag zu.

IV. Ergebnis

A steht gegen M kein Anspruch auf Herausgabe des bebauten Grundstücks zu. Ihr bleibt nur die Möglichkeit, dem M zukünftig unter den engen Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB¹⁶ in der Form des § 568 Abs. 1 BGB und unter Einhaltung der Frist des § 573c Abs. 1 S. 1 BGB ordentlich zu kündigen.

⁸ BGH NJW 2017, 254, 255 Rn. 17 geht hingegen davon aus, dass es nach § 566 BGB zum Neuabschluss des Mietvertrags zwischen Mieter und Erwerber mit gleichbleibenden Vertragsinhalt kommt. Siehe zum dogmatischen Streitstand MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 566 Rn. 26 m.w.N., der sich ebenfalls für die Annahme einer gesetzlichen Vertragsübernahme ausspricht.

⁹ Helms/Zeppernick, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2020, Rn. 19.

¹⁰ Allgemein zur Analogie: Beer/Lotzow, MLR 2021, 12, 17 f.

¹¹ MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 54; Erman/Artz, § 883 Rn. 37; Kaiser, JuS 2012, 341, 345.

¹² MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 54; Erman/Artz, § 883 Rn. 37; Kaiser, JuS 2012, 341, 345.

¹³ BGH NJW 1954, 953 f.; BGH NJW 1989, 451; Staudinger/Kesseler (2020), § 883 Rn. 249; umfassend BeckOGK/Assmann, Stand 01.11.2021, § 883 BGB Rn. 152 ff. m.w.N.

¹⁴ BeckOGK/Assmann, Stand 01.11.2021, § 883 BGB Rn. 152.4.

¹⁵ BeckOGK/Assmann, Stand 01.11.2021, § 883 BGB Rn. 152.7; Staudinger/Kesseler (2020), § 883 Rn. 249.

¹⁶ Siehe hierzu näher BeckOGK/Geib, Stand: 01.10.2021, § 573 BGB Rn. 106 ff.

Verfassungsprozessrecht und Rechtsnormen der EU

- Fallkonstellationen zur europäischen Integration vor dem Bundesverfassungsgericht -

Von Privatdozent Dr. **Björn Schiffbauer**, Köln/Marburg, und Stud. Hilfskraft **Johannes Henkel**, Marburg*

A. Einleitung

Mithilfe des deutschen Verfassungsprozessrechts wird die Frage beantwortet, ob bestimmte hoheitliche Maßnahmen innerhalb der deutschen Rechtsordnung einer Rechtmäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterzogen werden können.¹ Es geht dabei mit anderen Worten nur um den *Zugang* zum, nicht aber um den anschließenden Erfolg vor dem Bundesverfassungsgericht, kurz: um die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung, nicht um die Sachentscheidung selbst.² Vermutlich wird dieser Rechtsmaterie im Studium deshalb – wie allgemein dem Prozessrecht auch bezüglich der ordentlichen und fachlichen Gerichtsbarkeit – nur selten eine größere Bedeutung beigemessen.

Vermeintlich fehlende Attraktivität verleitet oft zu Ignoranz. Gerade in der juristischen Prüfung erweist sich dies jedoch erfahrungsgemäß als nachteilig. Denn zum einen gehen die meisten Aufgabenstellungen davon aus, dass das Prozessrecht – vor allem das Verfassungsprozessrecht – schlicht beherrscht wird. Viele Punkte lassen sich mit ihm meist nicht verdienen. Allerdings gehen häufig genug einige Punkte schmerzlich verloren, wenn es nicht „sitzt“. Darüber hinaus ist gerade das Verfassungsprozessrecht in juristischen Prüfungsaufgaben bestens dafür geeignet, die strukturierte Anwendung des rechtswissenschaftlichen „Handwerkszeuges“ – nämlich die Methodik über die Normanwendung³ – abzufragen. Dann geht es sogar um mehr als nur „sitzenden“ Stoff zu replizieren. Der Umgang mit Problemen im Verfassungsprozessrecht kann vielmehr verdeutlichen, ob und wie Prüfungs-

kandidatinnen und -kandidaten in der Lage sind, methodisch vertretbare Lösungsansätze zu entwickeln. Dies bringt nicht nur Punkte, sondern hinterlässt – womöglich strategisch noch wichtiger – gleich zu Beginn einer Klausur einen guten ersten Eindruck. Eine makellose Visitenkarte im Verfassungsprozessrecht verzeiht womöglich die eine oder andere Unschärfe in der späteren Sachentscheidung selbst.

Eine besonders wertvolle Chance, eine glänzende „verfassungsprozessuale Visitenkarte“ vorzulegen, bieten Fallgestaltungen im Zusammenhang mit Rechtsnormen⁴ der Europäischen Union (EU).⁵ Zugleich sind solche Konstellationen bei Studierenden erfahrungsgemäß eher unbeliebt, weil deren Bearbeitung als besonders schwer zu bewältigen gilt. Der vorliegende Beitrag möchte dieses Vorurteil widerlegen und zugleich mögliche Ängste in positive (Klausurbearbeitungs-)Energie umzuwandeln helfen. Denn gerade verfassungsprozessuale Konstellationen im sog. „Mehrebenensystem“⁶ lassen sich ordentlich bespielen, wenn die zugrunde liegende Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts bekannt ist und sie sodann methodisch sauber auf die ohnehin „sitzenden“ Prüfungspunkte des Zulässigkeitsaufbaus angewendet wird. Dies wird im weiteren Verlauf dieses Beitrages (ab C.) anhand typischer Verfahrensarten vor dem Bundesverfassungsgericht unter Berücksichtigung der jeweils einschlägigen Rechtsprechung dargestellt. Zunächst aber (unter B.) werden diesen besonderen Überlegungen einige Grundzüge eines „allgemeinen Teils“ des Verfassungsprozessrechts vorangestellt, die als gemeinsame Orientierung dienen sollen.

* *Björn Schiffbauer* ist Privatdozent und Akademischer Rat an der Universität zu Köln (dort derzeit beurlaubt); im Wintersemester 2021/22 hat er an der Philipps-Universität Marburg die Professur für Völkerrecht und Europarecht mit öffentlichem Recht (Professor Dr. *Sven Simon*) vertreten. *Johannes Henkel* ist Studentische Hilfskraft ebendort.

¹ Dies folgt aus den abschließenden Tätigkeitsfeldern des BVerfG, s. dazu nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. München 2021, Rn. 4 ff.

² Vgl. näher etwa *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 61. EL München 2021, Vor § 17, Rn. 20; *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. Tübingen 2016, Rn. 91 ff.

³ Dazu z.B. m.w.N. *Dümmeler*, *MLR* 2021, 1 ff.

⁴ Die hier verwendete Terminologie bezieht sich bewusst allgemein auf *Rechtsnormen*. Demgegenüber wird der häufig anzutreffende Begriff des *Rechtsaktes* zumeist enger im Sinne des unionsrechtlichen Sekundärrechts verstanden, vgl. Art. 288 AEUV.

⁵ S. dazu etwa die Übungsklausuren von *Koch/Ilgner*, JuS 2011, 540; *Schiffbauer*, JuS 2017, 1190; *Schmidt am Busch/Kögel*, JA 2015, 439.

⁶ Zur Gesetzesauslegung im „Mehr-Ebenen-Rechtssystem“ siehe z.B. *Beer/Lotzow*, *MLR* 2021, 12 ff.

B. Allgemeine Orientierungspunkte

I. Die Checkliste der Zulässigkeit

Wenn das Verfassungsprozessrecht darüber entscheidet, ob sich das Bundesverfassungsgericht einer Sache annimmt, lassen sich die damit verbundenen Fragen auch als Punkte einer Checkliste begreifen. Nur, wenn jeder unter der Überschrift „Zulässigkeit“ bzw. „Sachentscheidungsvoraussetzungen“⁷ aufgeführte Prüfungspunkt ein Häkchen erhält, kann ein vor Gericht gestellter Antrag als „zulässig“ gelten. In dieser simplen Feststellung schwingt schon eine oft unausgesprochene Grundvoraussetzung mit: Verfahren (nicht nur) vor dem Bundesverfassungsgericht finden nur auf Antrag (d.h. umgekehrt: niemals von Amts wegen) statt.⁸ Der Antrag spult sich daher als gleichsam roter Faden durch die gesamte Checkliste der Zulässigkeit.

Die nach Maßgabe des Antrags durchzuarbeitende Checkliste lässt sich in vier kleinere, systematisch zusammenhängende (und damit leichter zu lernende) Pakete aufteilen, die sich an dem Gang des Verfahrens orientieren. Das „Paket-Quartett“ jeder Checkliste kann folgendermaßen aussehen:

- (1) Stellen wir uns das Schicksal eines Antrags übertrieben plastisch vor, so muss erst einmal geklärt werden, in welche Richtung er zeigen soll. Kommt ein Antrag in Karlsruhe an (Stichwort: „Zuständigkeit des BVerfG“), muss aus ihm zunächst hervorgehen, *wohin* es mit ihm im Verfahren genau gehen soll (Stichwort: „Statthafte Verfahrensart“).
- (2) Wenn dies klar ist, nähern wir uns der äußerlich vorgegebenen Richtung inhaltlich genauer an: *Wer* (Stichwort: „Verfahrensparteien“) und *was* (Stichwort: „Verfahrensgegenstand“) sind von dem anvisierten Verfahren umfasst?
- (3) Sodann geht es ans Eingemachte: *Warum* soll das Verfahren mit den zuvor benannten Personen und Gegenständen stattfinden – mit anderen Worten: Ist das Verfahren auch ein solches der bzw. des Antragstellers (Stichwort: „Befugnis“) und ist die Durchführung des Verfahrens unbedingt erforderlich (Stichwort: „Rechtsschutzbedürfnis“, zuweilen konkretisiert als „Subsidiarität“ und „Rechtswegerschöpfung“)?
- (4) Schließlich stellen sich noch die stets gleichlautenden Fragen über die formelle Verfahrenseinleitung: *Wie* (Stichwort: „Form“) und *wann* (Stichwort:

„Frist“) kann ein nach dem Vorgesagten umrissenes Verfahren förmlich in Gang gesetzt werden?

II. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Verfahrensarten

Die damit abgeschlossene Checkliste der Zulässigkeit kann nur als grundsätzliche Orientierungslinie dienen. Mit ihr wird vor allem sichtbar, auf welche strukturellen Stufen („Paket-Quartett“) es bei der Prüfung von Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verfassungsprozessrecht ankommt. Sie entbindet jedoch nicht von dem Erfordernis, zwischen den einzelnen Verfahrensarten vor dem Bundesverfassungsgericht genau zu differenzieren und deren jeweils spezifische Voraussetzungen zu kennen. Wenn wir die Perspektive wechseln und jede einzelne Verfahrensart für sich betrachten, werden wir zwischen den Verfahrensarten gleichwohl gewisse Gemeinsamkeiten erkennen, die unverändert bleiben (und daher auch nicht immer wieder neu gelernt werden müssen). Solche werden zuweilen auch als „allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen“ bezeichnet.⁹ Es handelt sich dabei namentlich um die Eröffnung des Rechtsweges (und damit im Verfassungsprozessrecht zugleich die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts), das Erfordernis eines verfahrenseinleitenden und zugleich ordnungsgemäßen (d.h. form- und fristgerechten) Antrages sowie das Bestehen eines (zunächst nur allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnisses. Daher soll im Folgenden auf diese Aspekte nicht näher eingegangen werden. Dagegen folgen die besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen unmittelbar aus der für statthaft gehaltenen Verfahrensart. Insoweit können sich auch unterschiedliche Herangehensweisen im Zusammenhang mit Unionsrechtsnormen ergeben.

Mit der Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen zeigt sich zugleich, dass sich die einzelnen Verfahrensarten anhand ihrer persönlichen und sachlichen Bestandteile (dem „Wer“ und dem „Was“ im Sinne der Zulässigkeits-Checkliste) auseinanderhalten lassen. Dies ist für das eigentliche Thema dieses Beitrags – das Zusammentreffen mit Rechtsnormen der Europäischen Union – von besonderer Bedeutung. Denn wenn eine Unionsrechtsnorm vor dem Bundesverfassungsgericht eine maßgebliche Rolle spielen kann, dann nur im

⁷ Die Terminologie ist Geschmacksache; es sollte lediglich auf eine einheitliche Bezeichnung innerhalb derselben Klausur geachtet werden.

⁸ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Vor § 17, Rn. 21; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozess-

recht, 5. Aufl. Heidelberg 2020, Rn. 3; Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. München 2019, Vor § 17, Rn. 9; Sachs, Verfassungsprozessrecht, Rn. 71.

⁹ Z.B. bei Sachs, Verfassungsprozessrecht, Rn. 96 ff.

Rahmen des „Was“ – also als Aspekt des Verfahrensgegenstandes. Davon ausgehend kann dies auch auf andere Sachentscheidungsvoraussetzungen ausstrahlen, insbesondere bezüglich möglicher Antragstellenden sowie im Rahmen eines möglichen (und dann vor allem besonderen) Rechtsschutzbedürfnisses.

III. Zusammentreffen mehrerer Rechtsordnungen im Verfassungsprozessrecht

Wenn Rechtsnormen der Europäischen Union vor dem Bundesverfassungsgericht relevant sein können, bedeutet dies zugleich, dass dann mehrere Rechtsordnungen¹⁰ aufeinandertreffen. Denn das oft mit dem Schlagwort „Mehrebenensystem“¹¹ markierte Zusammenspiel zwischen bestimmten Vorgaben des Unionsrechts einerseits und des mitgliedstaatlichen (hier: deutschen) Verfassungsrechts andererseits betrifft bei genauerer Betrachtung solche Rechtsnormen, die von unterschiedlichen Verbänden (einerseits EU, andererseits Bundesrepublik Deutschland) gesetzt worden sind und dabei keinen gemeinsamen Ableitungsurprung aufweisen.¹² Wer dies verstanden hat, wird auch verstehen, warum Unionsrechtsnormen selbst niemals Gegenstand des deutschen Verfassungsprozessrechts sein können. Denn das deutsche Verfassungsprozessrecht setzt sich im Wesentlichen aus den das Bundesverfassungsgericht betreffenden Normen des Grundgesetzes und den Normen im Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) zusammen.

Das Grundgesetz und das BVerfGG als förmliches Bundesgesetz gehören der deutschen Rechtsordnung an und können sich daher auch nur auf Regelungen beziehen, die den Anwendbarkeitsbereich der deutschen Rechtsordnung betreffen. Das Recht der Europäischen Union ist der Regelungsreichweite des deutschen Rechts dagegen grundsätzlich entzogen, weil insoweit der EU als eigener Hoheitsträgerin entsprechende deutsche Hoheitsrechte gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG „übertragen“ worden sind.¹³ Deshalb kann sich keine Verfahrensart des deutschen Verfassungsprozess-

rechts *unmittelbar* auf eine Unionsrechtsnorm beziehen – sei es deren Entstehung oder deren Fortbestand (d.h. Gültigkeit, mit anderen Worten deren rechtliche Existenz als solche) betreffend. Anders formuliert: Das Bundesverfassungsgericht hat zwar ein Verwerfungsmonopol¹⁴ bezüglich deutscher Rechtsnormen, kann umgekehrt jedoch niemals Unionsrechtsnormen für nichtig erklären.

Allerdings folgt daraus nicht, dass eine Unionsrechtsnorm grundsätzlich ein untauglicher Anknüpfungspunkt für das deutsche Verfassungsprozessrecht wäre. Vielmehr wirken sich Normen des Unionsrechts (auch) auf die deutsche Rechtsordnung ohne Weiteres aus und sind darin i.d.R. sogar vorrangig anwendbar.¹⁵ Dies kann im deutschen Verfassungsprozessrecht zum Anlass genommen werden, *mittelbar* auf sie zurückzugreifen. Wie dies genau funktionieren kann, wird im Folgenden dargestellt.

IV. Zur Entmystifizierung von Ultra-vires- und Identitätskontrolle

Zunächst sei allerdings noch bemerkt, wie dies definitiv nicht funktionieren kann: Wenn nämlich in Klausuren ohne dogmatischen Anknüpfungspunkt unmittelbar auf ein Verfahren abgestellt wird, das in der Bearbeitung als „Ultra-vires-“ oder „Identitätskontrolle“ bezeichnet und daraufhin gleichsam im luftleeren Raum geprüft wird, führt dies regelmäßig zum Kontrollverlust in der Zulässigkeitsprüfung – und das, obwohl diese doch eigentlich „sitzen“ sollte.¹⁶ Ein solches Vorgehen wäre schlicht ein Eingeständnis eigener Unkenntnis; dies lässt sich auch nicht dadurch kaschieren, dass womöglich einmal aufgeschnappte Signalwörter zusammenhanglos wiedergegeben werden.

Es ist zwar richtig, dass die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Ansätze über ein Unionshandeln „*ultra vires*“ oder betreffend die „Verfassungsidentität“ der Bundesrepublik Deutschland mit

¹⁰ Zum Begriff der Rechtsordnung (auch in Abgrenzung zur Rechtsebene) näher *Schiffbauer*, Formale Verfassungslehre – Grundlegung einer allgemeinen Theorie über Recht und Verfassung, Tübingen 2021, S. 204 ff.

¹¹ S. z.B. *Schiffbauer*, Formale Verfassungslehre, S. 220 m.w.N.

¹² *Schiffbauer*, Formale Verfassungslehre, S. 523 ff.

¹³ Zum Konzept der Hoheitsrechtsübertragung umfassend *Schiffbauer*, AöR 141 (2016), 551 ff.

¹⁴ So ausdrücklich u.a. BVerfGE 138, 64, Rn. 78, 97; s.a. *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 198; *Schlaich/Korioth*, BVerfG, Rn. 135.

¹⁵ Zur unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen z.B. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 12. Aufl. Tübingen 2020, Rn. 379 ff.; *Hobe/Fremuth*, Europarecht, 10. Aufl. München 2020, § 10, Rn. 1 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 9, Rn. 14 ff.; zur davon zu unterscheidenden Kollisionsregel des Anwendungsvorrangs z.B. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 202; *Herdegen*, Europarecht, 23. Aufl. München 2022, § 10, Rn. 1 ff.; *Hobe/Fremuth*, § 10, Rn. 94 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 10, Rn. 32 ff.

¹⁶ S. dazu schon *Simon*, MLR 2019, 22 ff.

Unionsrechtsnormen in Verbindung stehen.¹⁷ Doch handelt es sich dabei gerade *nicht* um eigene verfassungsprozessrechtliche Verfahrensarten mit speziellen Sachentscheidungsvoraussetzungen.¹⁸ Daher wäre es auch verfehlt, diese Aspekte in der Klausur als eigene Verfahrensarten zu behandeln. Es handelt sich vielmehr um Maßstäbe, die im Rahmen der üblichen Prüfungspunkte von Sachentscheidungsvoraussetzungen (wie auch später in der Begründetheit) relevant sein können und daher auch nur dort aufzuführen sind.

Ultra-vires- und Identitätskontrolle beschwören mit anderen Worten keine unnahbaren Mythen des Verfassungsprozessrechts, sondern dienen als besondere dogmatische Werkzeuge. Als solche nehmen sie Rechtsnormen aus einer anderen Rechtsordnung (nämlich derjenigen des Unionsrechts) zum Anlass, Verletzungen in der eigenen deutschen Verfassungsrechtsordnung zumindest möglich erscheinen zu lassen. Wenn wir uns an unserer Zulässigkeits-Checkliste orientieren und dabei auf die Besonderheiten jeder Verfahrensart achten, lassen sich auch – wie sich nun zeigen wird – die *Ultra-vires*- und Identitätskontrolle recht zwanglos darin einbauen. Dies gilt insbesondere für die Verfassungsbeschwerde.

C. Verfassungsbeschwerde

I. Allgemeine Erwägungen

Die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG prägt seit der Arbeitsaufnahme des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1951 das Verfassungsprozessrecht maßgeblich. Bis Ende 2020 nahm sie unter allen Verfahrensarten einen überragenden Anteil von 96,48 % ein.¹⁹

Dessen ungeachtet stellt sie auch diejenige Verfahrensart dar, die im Zusammenhang mit Rechtsnormen der Europäischen Union – jedenfalls in Klausuren – am häufigsten gefragt sein dürfte.²⁰ Dies hängt vor allem mit dem vom Bundesverfassungsgericht in diesem Kontext entwickelten „Recht auf Demokratie“²¹

zusammen, das als grundrechtsgleiche Individualrechtsposition aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG abgeleitet wird (dazu sogleich unter IV.) und als prozessuales Scharnier zur Geltendmachung behaupteter Verfassungsverstöße im Zusammenhang mit Unionsrechtsnormen dient. Damit deutet sich bereits an, was sogleich noch genauer ausdifferenzieren sein wird: Die einzelnen Sachentscheidungsvoraussetzungen sind differenziert zu betrachten und bauen regelmäßig aufeinander auf. Dies gilt erst recht für das Verhältnis zwischen dem rechtsordnungsübergreifenden Beschwerdegegenstand (unter III.) und der sich darauf beziehenden individuellen grundrechtsgleichen Rechtsposition (unter IV.). Zunächst (unter II.) ist jedoch festzustellen, welche Personen überhaupt als Beschwerdeführende in Betracht kommen können.

II. Beschwerdefähigkeit

Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind nunmehr neben natürlichen und inländischen juristischen (Art. 19 Abs. 3 GG) Personen auch natürliche und juristische Personen aus Mitgliedstaaten der EU aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt und des allgemeinen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes (Art. 18 AEUV) grundrechtsberechtigt.²² Sie kommen daher alle als Beschwerdeführende in Betracht.

III. Beschwerdegegenstand

1. Grundlagen

Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein.²³ Gemeint ist damit jedes rechtserhebliche Handeln oder Unterlassen eines *deutschen* Hoheitsträgers.²⁴ Unstreitig können daher jedenfalls alle innerstaatlichen Rechtsnormen überprüft werden, durch die Hoheitsrechte auf die (Organe

¹⁷ Grundlegend BVerfGE 123, 267 („Lissabon“), Rn. 240 f.; seitdem fortentwickelt u.a. in BVerfGE 142, 123 („OMT-Urteil“), Rn. 121 ff., und BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 110 ff.

¹⁸ Dies ergibt sich aus der Gesamtschau der einschlägigen Entscheidungen (insbesondere BVerfGE 142, 123 [„OMT-Urteil“], und BVerfGE 154, 17 [„PSPP-Urteil“]), weil das BVerfG beide „Kontrollen“ ausschließlich im Rahmen der geschriebenen Verfahrensarten vornimmt.

¹⁹ Offizielle Statistik des BVerfG, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-I-1.pdf> (abgerufen am 21.12.21).

²⁰ S. dazu auch Eifert/Gerberding, JURA 2016, 628.

²¹ Erstmals so benannt in BVerfGE 142, 123 („OMT-Urteil“), Rn. 147, 166; teils auch als „Anspruch auf Demokratie“ bezeichnet, s. *ibid.* Rn. 133, 185, sowie BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 158, 230; s. dazu auch Simon, MLR 2019, 22 (24).

²² BVerfGE 129, 78, Rn. 68 ff.; dazu Wolff, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage München 2022, Art. 93, Rn. 28.

²³ Statt (fast) aller *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 90, Rn. 175a.

²⁴ Dazu ausführlich *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 90, Rn. 326 ff.

der) EU übertragen wurden.²⁵ Dabei handelt es sich nämlich um Zustimmungs- und zugleich Integrationsgesetze,²⁶ die ohne Weiteres als Akte deutscher Hoheitsgewalt einzustufen sind. Dies gilt auch für deutsche Gesetze, die zur Änderung einzelner Bestimmungen des EU-Primärrechts beitragen. Dem lag insbesondere die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) zugrunde, mit welcher u.a. ein deutsches Gesetz zur Änderung von Art. 136 AEUV angegriffen wurde.²⁷ Wenn wir uns angesichts dessen bewusst machen, dass Zustimmungs- und Integrationsgesetze als Grundlage für die innerstaatliche Anwendbarkeit unionsrechtlicher Normen dienen, wird zugleich die entscheidende Perspektive des Bundesverfassungsgerichts sichtbar: Unionsgewalt wird als aus den Mitgliedstaaten abgeleitete Gewalt verstanden.²⁸

Formulierungsbeispiel 1:

„Als Beschwerdegegenstand kommt jeder Akt der öffentlichen Gewalt in Betracht. Darunter ist jedes rechtserhebliche Handeln oder Unterlassen eines deutschen Hoheitsträgers zu verstehen. Ein Zustimmungsgesetz wie das hier in Rede stehende ist ein Akt der deutschen Legislative²⁹ und folglich ein tauglicher Beschwerdegegenstand.“

Darüber hinaus wird mit der Betonung auf *deutsche* Hoheitsakte für die Verfassungsbeschwerde bestätigt, was bereits allgemein klargelegt worden ist:³⁰ Unionsrechtliche Normen kommen *selbst* nie als Beschwerdegegenstände in Betracht. Allerdings weisen sie im genannten „Mehrebenensystem“ verschiedene Schnittpunkte mit der deutschen Rechtsordnung auf. Insoweit sind durchaus Akte der deutschen öffentlichen Gewalt mit europäischem Bezug denkbar, die verfassungsprozessual angegriffen werden können. Dies kann sowohl tatsächliche als auch rechtliche Aspekte der deutschen Hoheitsgewalt betreffen, nämlich in Bezug auf:

- die (tatsächliche) *Mitwirkung* an der (rechtlichen) *Setzung* unionsrechtlicher Normen (unter 2.),

- die (rechtliche) *Umsetzung* unionsrechtlicher Normen (unter 3.) und
- die (tatsächliche) *Anwendung* unionsrechtlicher Normen (unter 4.).

In einer Prüfungsarbeit ist es besonders wichtig, den tauglichen Beschwerdegegenstand in einem unionsrechtlichen Kontext möglichst sauber herauszuarbeiten.³¹ Nach dem Vorgesagten muss sich der in Rede stehende Akt deutscher Hoheitsgewalt auf einen der drei genannten Bereiche beziehen. Wenn in einer solchen Konstellation das in Bezug genommene Unionsrecht (mit-)entscheidungserheblich ist, wird es im Rahmen einer Inzidenzprüfung untersucht.³²

2. Deutsche Mitwirkung bei der Setzung von Unionsrechtsnormen

Wenn auf der Ebene der EU-Rechtsnormen gesetzt werden sollen, kann dies grundsätzlich nur unter Mitwirkung der Mitgliedstaaten geschehen. Insbesondere am ordentlichen (Art. 289 Abs. 1 AEUV) wie auch am besonderen Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 2 AEUV) ist jedenfalls der Rat³³ beteiligt. Dieser setzt sich gem. Art. 16 Abs. 2 EUV aus je einer Vertretungsperson auf Ministerialebene aus jedem Mitgliedstaat – also auch aus Deutschland – zusammen. Die deutsche Vertretungsperson ist Trägerin deutscher Hoheitsgewalt. Daher ist ihre Mitwirkung bei der Unionsrechtssetzung – sei es durch aktives Handeln, sei es durch Unterlassen – ein Akt deutscher Hoheitsgewalt und kann als Beschwerdegegenstand herangezogen werden. Gleiches gilt bei der Setzung besonderer Unionsrechtsnormen wie z.B. im Rahmen des Europäischen Systems der Zentralbanken gem. Art. 132 AEUV.

So diene als dogmatischer Anknüpfungspunkt der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den in Reaktion auf die Eurokrise durch die EZB beschlossenen Anleihekaufprogrammen folgender Vorwurf der Beschwerdeführenden: Vor allem die Bundesregierung sei ihrer als Verfassungsorgan obliegenden Verpflichtung nicht nachgekommen, bei der Setzung unionsrechtlicher Normen auf die Einhaltung der

²⁵ Siehe nur BVerfGE 123, 267 („Lissabon“); *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 93, Rn. 175.

²⁶ *Schiffbauer*, AöR 141 (2016), 551 ff. (566).

²⁷ BVerfGE 135, 317 („ESM“), Rn. 122.

²⁸ *Eifert/Gerberding*, JURA 2016, 628 (629).

²⁹ Genau genommen handelt es sich bei einem Gesetz um das *Resultat* aus einem Akt (nämlich: Rechtssetzungsakt) der Legislative. Aus pragmatischen Gründen sollte in einer

Klausur auf eine solche Differenzierung allerdings besser nicht eingegangen werden.

³⁰ S.o. B. III.

³¹ Großzügiger dagegen *Eifert/Gerberding*, JURA 2016, 628 (637).

³² Zur Inzidenzprüfung *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL München 2021, Art. 93, Rn. 344; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, Art. 93, Rn. 23.

³³ Der Rat gem. Art. 16 EUV ist nicht zu verwechseln mit dem Europäischen Rat gem. Art. 15 EUV!

primärrechtlich und verfassungsrechtlich beschränkten Kompetenzen und Vorgaben hinzuwirken (sog. Integrationsverantwortung).³⁴ Insofern wurde Verfassungsorganen ein Unterlassen im Zusammenhang mit der Setzung von Unionsrecht vorgeworfen, nämlich die „Untätigkeit von Bundesregierung und Bundestag in Ansehung des PSPP“.³⁵ Dies hat das Bundesverfassungsgericht als tauglichen Beschwerdegegenstand akzeptiert.

Formulierungsbeispiel 2:

„Als Beschwerdegegenstand [...].³⁶ Rechtsnormen des Unionsrechts selbst sind keine Akte der deutschen öffentlichen Gewalt und kommen daher nicht als Beschwerdegegenstände in Betracht. Dagegen kann die Mitwirkung staatlicher Stellen bei der Setzung solcher Normen als Akt der deutschen öffentlichen Gewalt ein tauglicher Beschwerdegegenstand sein. Im vorliegenden Fall [...].“ (Es folgt die Subsumtion nach Maßgabe der Fallgestaltung.)

3. Umsetzung von Unionsrechtsnormen durch deutsche Rechtsnormen

Sind einmal unionsrechtliche Normen gesetzt worden und damit grundsätzlich in Kraft getreten, können sich weitere Angriffspunkte für eine Verfassungsbeschwerde ergeben. Dies wird insbesondere deutlich, wenn unionsrechtliches Sekundärrecht die deutsche Legislative dazu veranlasst, deutsche Normen für die Umsetzung von Unionsrecht zu erlassen. Sog. deutsche Umsetzungsgesetze werden vor allem dann erforderlich, wenn Richtlinien des Unionsrechts in die deutsche Rechtsordnung überführt werden sollen.³⁷ Nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung sind entsprechende deutsche Umsetzungsgesetze taugliche Beschwerdegegenstände, soweit das für die Umsetzung maßgebliche Sekundärrecht dem deutschen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum belässt.³⁸

Formulierungsbeispiel 3:

„Als Beschwerdegegenstand [...]. Rechtsnormen des Unionsrechts selbst [...].³⁹ Dagegen können deutsche

Rechtsnormen, die der Umsetzung unionsrechtlicher Rechtsnormen dienen, als taugliche Beschwerdegegenstände herangezogen werden, soweit der deutschen Legislative ein Umsetzungsspielraum verblieben ist. Im vorliegenden Fall [...].“ (Es folgt die Subsumtion nach Maßgabe der Fallgestaltung.)

Ob ein Umsetzungsspielraum vorliegt, ist für jeden Einzelfall zu prüfen. So nahm das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ an, dass die einschlägige innerstaatliche Regelung (§ 35 Abs. 2 S. 2 BDSG a.F.) durch Art. 6, 7 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG vollständig unionsrechtlich determiniert sei und insofern (jedenfalls) eine Verletzung grundgesetzlicher Grundrechte ausscheide.⁴⁰ Hier wäre demnach kein Umsetzungsspielraum gegeben, sodass auch die deutsche Umsetzungsnorm selbst nicht als tauglicher Beschwerdegegenstand in Betracht gekommen wäre, um damit inzident auch unionsrechtliche Normen zu überprüfen.

Indes hat das Bundesverfassungsgericht zugleich entschieden, dass sich Beschwerdeführende besonders in unionsrechtlich determinierten Sachverhalten auf die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta vor dem Bundesverfassungsgericht berufen können.⁴¹ Dafür muss der Anwendungsbereich des EU-Grundrechtecharta (Art. 51 GRCh) nach dem engen Verständnis⁴² des Bundesverfassungsgerichts eröffnet sein.

4. Anwendung von Unionsrechtsnormen durch deutsche Hoheitsträger

Wenn der deutschen Legislative kein Umsetzungsspielraum verbleibt, bedeutet dies jedoch nicht, dass deshalb auch kein Beschwerdegegenstand ersichtlich wäre. Vielmehr ist dann der Blick von der Umsetzung auf die Anwendung unionsrechtlicher Normen zu richten. Dies dürfte in Prüfungsarbeiten ohnehin die am weitesten verbreitete Fallgruppe betreffen. Denn damit kann abgefragt werden, ob die Grundlagen des Unionsrechts und dessen Verknüpfung mit der

³⁴ BVerfGE 146, 216 („PSPP-Vorlagebeschluss“), insb. Rn. 47 ff.; Kerber, Die EZB vor dem Bundesverfassungsgericht, S. 8 f.; zur Integrationsverantwortung Brade/Gentzsch, DÖV 2021, 327 (328 f.); Weiß, JuS 2018, 1046.

³⁵ So wörtlich BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 89.

³⁶ S.o. Formulierungsbeispiel 1.

³⁷ Vgl. Herdegen, § 8, Rn. 56; Oppermann/Classen/Nettesheim, § 9, Rn. 92.

³⁸ BVerfGE 129, 78, Rn. 52 ff.; 118, 79, Rn. 69 f.; dazu Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 49. Aufl. München 2021, Art. 93, Rn. 59.

³⁹ S.o. Formulierungsbeispiel 2.

⁴⁰ BVerfGE 152, 216 („Recht auf Vergessen II“), Rn. 32; zu den unionsrechtlichen Grundrechten Calliess, JURA 2021, 1302; Lorenzen, JURA 2021, 482.

⁴¹ BVerfGE 152, 216 („Recht auf Vergessen II“), Rn. 32; dazu Oppermann/Classen/Nettesheim, § 17, Rn. 45.

⁴² Im Gegensatz zum EuGH, der nur darauf abstellt, dass die nationale Maßnahme „in den Anwendungsbereich des Unionsrechts“ fällt, setzt das Bundesverfassungsgericht voraus, dass die nationale Maßnahme unionsrechtlich determiniert ist, vgl. BVerfGE 133, 277 („Antiterrordatei-Gesetz“), Rn. 91; EuGH, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2015:60, Rn. 19.

deutschen Rechtsordnung (Stichwort: „Übertragung von Hoheitsrechten“) beherrscht werden.

Eine Anwendung unionsrechtlicher Normen kann alle drei Staatsgewalten betreffen:

- die Legislative, wenn sie deutsche Rechtsnormen (ohne Umsetzungsspielraum) aufgrund unionsrechtlicher Normen erlässt;
- die Exekutive, wenn sie Unionsrecht vollzieht;
- die Judikative, wenn sie einen Sachverhalt auf Grundlage des Unionsrechts zu entscheiden hat.

Wenn unionsrechtliche Normen einmal in Kraft getreten sind und keiner weiteren Umsetzung bedürfen, sind sie in der deutschen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar und genießen im Kollisionsfall mit deutschem Recht sogar Anwendungsvorrang. Aus der (rechtlichen) unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm folgt, dass eine solche Norm auch (tatsächlich) angewendet werden muss. Genau dies kann als tauglicher Beschwerdegegenstand fruchtbar gemacht werden, wenn deutsche Hoheitsträger zur Anwendung unionsrechtlicher Normen schreiten. Dem liegt folgender Gedankengang zugrunde:

An die obigen Ausführungen⁴³ anknüpfend unterliegen von der EU im Bereich des Sekundärrechts erlassene Maßnahmen *selbst* grundsätzlich nicht der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle. D.h. das Bundesverfassungsgericht prüft nie deren *unionsrechtliche Gültigkeit*. Allerdings kann ausnahmsweise *deren Anwendbarkeit in Deutschland* bestritten werden. Wenn eine Unionsrechtsnorm – abweichend von dem üblichen Programm „unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang“ – ausnahmsweise in Deutschland nicht (rechtlich) anwendbar ist, ist deshalb auch deren (tatsächliche) Anwendung durch deutsche Hoheitsträger nicht angezeigt.⁴⁴ Daher kommt als Beschwerdegegenstand auch die Anwendung nicht anwendbarer unionsrechtlicher Normen durch deutsche Hoheitsträger in Betracht. Doch wann kann es überhaupt an der innerstaatlichen Anwendbarkeit unionsrechtlicher Normen fehlen?

Nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts wurzelt die innerstaatliche Anwendbarkeit des Unionsrechts in dem verfassungsrechtlich vorgesehenen Zustimmungsgesetz.⁴⁵ Was daraus folgt, hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner „Solange“-Entscheidungen⁴⁶ konkretisiert. Demnach misst das Bundesverfassungsgericht Unionsrechtsnormen trotz ihrer demnach bestehenden Begründung und Begrenzung in dem verfassungsrechtlich vorgesehenen Zustimmungsgesetz nicht an den im Grundgesetz vorgesehenen Grundrechten, solange und soweit auf europäischer Ebene ein dem durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechtsschutz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist.⁴⁷

Ferner hat das Bundesverfassungsgericht seinen verfassungsgerichtlichen Vorbehalt im Rahmen seiner durch die „Maastricht-“, „Lissabon-“ und „Honeywell-Entscheidung“ gebildeten Rechtsprechungslineie ergänzt und konkretisiert.⁴⁸ Das Bundesverfassungsgericht überprüft abweichend von dem oben angeführten Grundsatz die Einhaltung der primärrechtlich-kompetenziellen Grenzen, ob zum einen ein hinreichend qualifizierter, d.h. ein offensichtlicher zu einer im Kompetenzgefüge strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führender Kompetenzverstoß vorliegt⁴⁹ (sog. *Ultra-vires*-Kontrolle) oder die in Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3, 20, 1 GG zum Ausdruck kommende Verfassungsidentität berührt ist (sog. Identitätskontrolle).⁵⁰ Wenn demnach Unionsrechtsnormen entweder qualifiziert kompetenzwidrig („*ultra vires*“) erlassen worden sind oder aber der Identität des Grundgesetzes zuwiderlaufen, sind sie in der deutschen Rechtsordnung nicht (rechtlich) anwendbar und dürfen daher auch (tatsächlich) nicht angewendet werden.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seines Urteils zu dem von der Europäischen Zentralbank (EZB) beschlossenen Anleihekaufprogramm (bekannt unter der Abkürzung PSPP) erstmalig ein innerstaatlich unwirksames *Ultra-vires*-Handeln festgestellt. Weil weder die EZB noch der (das EZB-Handeln bestätigende) EuGH eine für die Kompetenzabgrenzung maßgebliche Begründung vorgelegt hätten, handelten sie mit ihrem Beschluss nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

⁴³ Unter C. III. 1.

⁴⁴ S. auch *Eifert/Gerberding*, JURA 2016, 628 (634).

⁴⁵ Erneut: s.o. C. III. 1.

⁴⁶ BVerfGE 37, 271 („Solange I“); BVerfGE 73, 339 („Solange II“).

⁴⁷ BVerfGE 73, 339 (386 f.) („Solange II“).

⁴⁸ Dazu *Schiffbauer*, AöR 141 (2016), 551 ff. (559 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 110; 146, 216 („PSPP-Vorlagebeschluss“), Rn. 63; dazu *Calliess*, NVwZ 2020, 897 (901 f.); *Ludwigs*, EWS 2020, 186 (190).

⁵⁰ Dazu *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, S. 266 f.

außerhalb der ihr übertragenen Kompetenzen. Das Vorgehen von EZB und EuGH sei „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und daher „objektiv willkürlich“, d.h. als qualifiziert kompetenzwidrig einzustufen.⁵¹

Das Bundesverfassungsgericht hat ferner in seinem Beschluss „Europäischer Haftbefehl II“ entschieden, dass der durch einen Mitgliedstaat beantragte europäische Haftbefehl auf Grundlage eines in dem Heimatstaat ohne Anwesenheit der betroffenen Person ergangenen Strafurteils Art. 1 Abs. 1 (Schuldprinzip) sowie die aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 EMRK folgenden Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten im Strafprozess verletzt und damit gegen die Verfassungsidentität verstößt. Die insoweit gegen die im Auslieferungsverfahren ergangene Entscheidung des OLG Düsseldorf gerichtete Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.⁵²

In seinem ersten Beschluss zum Freihandelsabkommen CETA zwischen der EU und Kanada wurde schließlich dessen vorläufige Anwendung in Deutschland durch deutsche Hoheitsträger als tauglicher Beschwerdegegenstand eingestuft.⁵³ Es kommen also auch völkerrechtliche Verträge der EU als mögliche Anknüpfungspunkte für die Anwendung von Unionsrechtsnormen in Betracht.

Formulierungsbeispiel 4:

„Als Beschwerdegegenstand [...]. Rechtsnormen des Unionsrechts selbst [...].⁵⁴ Allerdings können Unionsrechtsnormen ausnahmsweise in der deutschen Rechtsordnung nicht anwendbar sein, wenn sie qualifiziert kompetenzwidrig („*ultra vires*“) erlassen worden sind oder die Verfassungsidentität des Grundgesetzes (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG) verletzen. Werden aus diesem Grund unanwendbare Unionsrechtsnormen durch deutsche Hoheitsträger dennoch angewendet, bildet diese Anwendung einen tauglichen Beschwerdegegenstand. Im vorliegenden Fall [...].“ (Es folgt die Subsumtion nach Maßgabe der Fallgestaltung. – Aber Achtung: Hier ist auf die *Ultra-vires*- oder Identitäts-

kontrolle noch nicht näher einzugehen! Dies geschieht erst im Rahmen der Beschwerdebefugnis.)

IV. Beschwerdebefugnis

Die Verfassungsbeschwerde ist nur zulässig, wenn die oder der Beschwerdeführende die Möglichkeit darlegen kann, in einem Grundrecht oder in einem in Art. 93 Nr. 4a GG aufgelisteten grundrechtsgleichen Recht selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt zu sein. Eine bloße diesbezüglich abgegebene Behauptung genügt nicht. Vielmehr muss die Behauptung substantiiert begründet sein.⁵⁵

Im Falle der Geltendmachung einer möglichen Grundrechtsverletzung ist die oben erläuterte „Solange“-Rechtsprechung zu beachten. Demnach müssen Beschwerdeführende, soweit sie Grundrechtsverletzungen rügen, über die allgemeinen Voraussetzungen hinaus darlegen, dass ein dem durch das Grundgesetz gewährleisteter Grundrechtsschutz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene nicht gewährleistet sei.⁵⁶

Etwas anderes betrifft die zu Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁷ Danach gewährleistet das in Art. 38 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG normierte grundrechtsgleiche Recht nicht nur, in freier, gleicher, geheimer und unmittelbarer Wahl den Bundestag zu wählen, sondern auch die demokratische Selbstbestimmung und die gleiche Teilhabe an der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt.⁵⁸

Dieses sog. „Recht auf Demokratie“ soll gewährleisten,⁵⁹ dass

- die EU ein hinreichend demokratisches Legitimationsniveau aufweist,
- dem Bundestag im Rahmen der Übertragung von Hoheitsrechten Befugnisse von substanziellem Gewicht verbleiben,
- die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU nur in den verfassungsrechtlich in Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3, Art. 79 Abs. 2 GG

⁵¹ BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 116; Siekmann, EuZW 2020, 491 (496); Simon/Rathke, EuZW 2020, 500 (501 f.).

⁵² BVerfGE 140, 317 („Soweit“), Rn. 51.

⁵³ BVerfGE 143, 65 („CETA I“), Rn. 43.

⁵⁴ S.o. Formulierungsbeispiel 2.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 89, 155 (171) („Maastricht“); Schwarz, Verfassungsprozessrecht, München 2021, § 12, Rn. 48.

⁵⁶ S.o. III. 4.

⁵⁷ S. dazu auch Simon, MLR 2019, 22 ff.

⁵⁸ BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 98 f.; 142, 123 („OMT-Urteil“), Rn. 80 f.; 123, 267 („Lissabon“), Rn. 208.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 98, 101; 142, 123 („OMT-Urteil“), Rn. 80 ff.; 123, 267 („Lissabon“), Rn. 177, 208; dazu Risse/Witt, in: Hömig/Wolff, Art. 38, Rn. 4, 6 f.; Detterbeck, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. München 2021, Art. 93, Rn. 27; Schiffbauer, JuWissBlog 28. und 29.6.2016, <https://www.juwiss.de/48-2016/>, <https://www.juwiss.de/49-2016/> (abgerufen am 21.12.21).

- vorgesehenen Formen erfolgt (sog. formelle Übertragungskontrolle) und
- die Verfassungsorgane auf Grundlage ihrer Integrationsverantwortung bei offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzverstößen auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinwirken sowie die Verfassungsidentität wahren.

Das „Recht auf Demokratie“ betrifft also nicht das Verhältnis zwischen deutschen und europäischen Grundrechten, sondern eine aus dem europäischen Integrationsprozess hergeleitete deutsche Individualrechtsposition. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seines bereits erwähnten PSPP-Urteils erstmalig festgestellt, dass die Bundesregierung und der Bundestag die ihr obliegende Integrationsverantwortung, d.h. das subjektive Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG dadurch verletzt haben, dass sie nicht auf die Kompetenzeinhaltung durch die Unionsorgane hingewirkt haben.⁶⁰

Ob und inwiefern das von Beschwerdeführenden geltend gemachte Recht tatsächlich verletzt ist, bleibt im Rahmen einer Fallbearbeitung schwerpunktmäßig der Begründetheitsprüfung vorbehalten. Für die Prüfung einer zumindest möglichen Rechtsverletzung folgt daraus im Rahmen der Beschwerdebefugnis zunächst, dass hier das sog. „Recht auf Demokratie“ dogmatisch nachgezeichnet werden soll. Sodann kann in wenigen Sätzen mit Bezug auf den konkreten Fall dargelegt werden, dass eine Verletzung dieses hergeleiteten Rechts in Bezug auf den zuvor herausgearbeiteten Beschwerdegegenstand zumindest nicht von vornherein auszuschließen ist.

Formulierungsbeispiel 5:

„Die/der Beschwerdeführende muss die Möglichkeit plausibel geltend machen, durch [den Beschwerdegegenstand] in eigenen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt sein zu können. Als grundrechtsgleiches Recht kommt das aus Art. 38 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 79 Abs. 3 GG folgende Recht auf demokratische Selbstbestimmung in Betracht. Dieses kann insbesondere dann verletzt sein, wenn [...]“. (Es folgt die [Möglichkeits-]Prüfung nach Maßgabe eines Gewährleistungsgehalts des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.)

Nach der oben erläuterten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ferner eine Verfassungsbeschwerde gestützt auf die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta möglich.⁶¹ Im Rahmen der Beschwerdebefugnis gelten insofern grundsätzlich die allgemeinen Grundsätze.

V. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen und Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Wurde die Verfassungsbeschwerde form- und fristgerecht erhoben (vgl. §§ 23 Abs. 1, 92, 93 BVerfGG), richtet sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Maßgabe des § 95 BVerfGG.

Wird einer gegen ein Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde stattgegeben, ist das Gesetz grundsätzlich für nichtig zu erklären, § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG. Dann fehlt es an einem deutschen Gesetz, das EU-Sekundärrecht umsetzt, weshalb die betreffenden Normen des Unionsrechts innerstaatlich nicht anwendbar sind. In bestimmten Fällen kann sich das Bundesverfassungsgericht nach seiner gefestigten Rechtsprechung lediglich darauf beschränken, die Unvereinbarkeit einer Rechtsnorm mit dem Grundgesetz festzustellen und deren Weitergeltung befristet anzuordnen.⁶² Dies dürfte im hier besprochenen Kontext im Zusammenspiel mit unionsrechtlichen Normen allerdings eher selten relevant sein.

Soweit das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner (inzident vorzunehmenden) *Ultra-vires*- und Identitätskontrolle einen qualifizierten Kompetenzverstoß bzw. einen Verstoß gegen die Verfassungsidentität feststellt, hat die betreffende Unionsrechtsnorm keine unmittelbare Wirkung und nimmt am Anwendungsvorrang nicht teil, d.h. sie ist in Deutschland unanwendbar.⁶³ Dies stellt das Bundesverfassungsgericht verbindlich fest. Zugleich stellt es nach Maßgabe des unter C. III. dargestellten Beschwerdegegenstandes fest, welche Vorschrift des GG und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde, § 95 Abs. 1 S. 2 BVerfGG.

D. Organstreitverfahren

I. Grundlagen

Anders als die Verfassungsbeschwerde kommt das Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts nur sehr selten vor. In der offiziellen Statistik findet es nicht einmal

⁶⁰ BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“).

⁶¹ S.o. C. III. 3.

⁶² S. etwa BVerfGE 141, 220 („BKA-Gesetz“) Rn. 357 f.; allgemein dazu näher *Schlaich/Korioth*, BVerfG, Rn. 378 ff.

⁶³ Zum *Ultra-vires*-Akt BVerfGE 154, 17 („PSPP-Urteil“), Rn. 234.

eine eigene Position, sondern belegt gemeinsam mit anderen Verfahrensarten wie u.a. dem Bund-Länder-Streit einen statistischen Anteil von 1,93 % als „andere Verfahren“.⁶⁴

Im Zusammenhang mit Rechtsnormen der EU ist das Organstreitverfahren dagegen bedeutsam. Dies lässt sich vor allem daran erkennen, dass einige wichtige Entscheidungen hierzu – jedenfalls auch – infolge von Organstreitigkeiten ergingen.⁶⁵ Für die Klausurbearbeitung folgt daraus, dass das Organstreitverfahren als statthafte Verfahrensart zumindest in Erwägung zu ziehen ist, auch wenn es letztlich eher selten einschlägig sein dürfte.⁶⁶

II. Parteifähigkeit

Die im Organstreitverfahren möglichen Parteien ergeben sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG und erstrecken sich auf oberste Bundesorgane und andere Beteiligte.⁶⁷ Auf die hierzu häufig diskutierten Details⁶⁸ soll im vorliegenden Beitrag nicht eingegangen werden.

Stattdessen richtet sich der Blick auf typische Parteienkonstellationen im Zusammenhang mit Unionsrechtsnormen. Denn wenn Verfassungsorgane über die europäische Integration streiten, kann dies im Organstreitverfahren nur bezüglich ihrer organschaftlichen Rechte geschehen; darauf wird sogleich zum Antragsgegenstand noch einzugehen sein. Für den Kreis möglicher Verfahrensparteien bedeutet dies, dass sich die meisten Organstreitverfahren zwischen (oppositionellen) Fraktionen⁶⁹ des Bundestages und dem Bundestag selbst abspielen werden.⁷⁰ Denn typischerweise wird der Mehrheit im Bundestag – und damit dem Bundestag nach erfolgtem Beschluss selbst – vorgeworfen, sich im Zusammenhang mit unionsrechtlichen Normen verfassungswidrig verhalten zu haben. Einen ähnlichen Vorwurf könnte im unionsrechtlichen Kontext außerdem noch der Bundesrat gegen den Bundestag erheben, wenn dessen Mitwirkungsrechte im europäischen Integrationsprozess in Rede stehen.

Schließlich ist denkbar, dass in einzelnen Angelegenheiten die Bundesregierung selbst auf Unionsebene tätig wird. Dann wäre (ggf. neben dem

Bundestag) auch sie (bzw. ihre handelnden Organe) als Antragsgegnerin denkbar.⁷¹

III. Antragsgegenstand

Als Antragsgegenstand kommt jede rechtserhebliche Handlung oder Unterlassung des Antragsgegners in Betracht, § 64 Abs. 1 BVerfGG.⁷² Im Zusammenhang mit Rechtsnormen des Unionsrechts kann auch hier auf die bereits zur Verfassungsbeschwerde herausgearbeiteten⁷³ drei Varianten von Organverhalten (neben der „klassischen“ deutschen Gesetzgebung zur Übertragung von Hoheitsrechten) abgestellt werden: die (tatsächliche) *Mitwirkung* an der (rechtlichen) *Setzung* unionsrechtlicher Normen, die (rechtliche) *Umsetzung* unionsrechtlicher Normen und die (tatsächliche) *Anwendung* unionsrechtlicher Normen. Dies geschieht sodann im Lichte der jeweiligen Aufgaben und Befugnisse desjenigen Organs, das als Antragsgegner herangezogen wird. Wird etwa ein Verhalten der Bundesregierung angegriffen, dann kann sich dies auf die Mitwirkung bei der Setzung unionsrechtlicher Normen (nämlich im Rat)⁷⁴ oder die Anwendung bereits gesetzter Unionsrechtsnormen beziehen. Dagegen bezieht sich ein Verhalten des Bundestages als Antragsgegner regelmäßig auf den Bereich der Legislative, nämlich entweder bei der innerstaatlichen Umsetzung von Unions-Sekundärrecht oder (häufiger) bei der Gesetzgebung zur Übertragung von Hoheitsrechten.

Formulierungsbeispiel 6 (in Bezug auf den Themenkomplex „Übertragung von Hoheitsrechten“):

„Als Antragsgegenstand kommt jedes rechtserhebliche Handeln oder Unterlassen des Bundestages als Antragsgegner in Betracht. Ein Beschluss des Bundestages im Rahmen der Gesetzgebung ist ein rechtserhebliches Handeln. Daher ist auch ein Bundestagsbeschluss, der die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU ermöglicht, ein tauglicher Antragsgegenstand.“

IV. Antragsbefugnis

Darüber hinaus muss das antragstellende Organ gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG geltend machen, durch den Antragsgegenstand in eigenen Rechten verletzt worden zu sein.⁷⁵ Wie bei der Beschwerdebefugnis zur

⁶⁴ Offizielle Statistik des BVerfG, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-I-1.pdf> (abgerufen am 21.12.21).

⁶⁵ Z.B. BVerfGE 143, 65 („CETA I“); 142, 123 („OMT-Urteil“); 135, 317 („ESM“); 123, 267 („Lissabon“).

⁶⁶ Vgl. Simon, MLR 2019, 22 (22).

⁶⁷ Dazu Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 86 ff.

⁶⁸ S. nur Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 63, Rn. 20 ff.

⁶⁹ I.d.R. aber nicht einzelnen Abgeordneten, vgl. BVerfGE 123, 267 („Lissabon“), Rn. 199 f.

⁷⁰ So auch in BVerfGE 142, 123 („OMT-Urteil“); 135, 317 („ESM“); 123, 267 („Lissabon“).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 143, 65 („CETA I“).

⁷² Dazu Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 93.

⁷³ S.o. C. III. 1.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 143, 65 („CETA I“), Rn. 44.

⁷⁵ Dazu Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 94.

Verfassungsbeschwerde muss sich eine solche Rechtsverletzung zumindest als möglich darstellen. Davon lässt sich jedenfalls dann ausgehen, wenn das antragstellende Organ substantiiert darlegen kann, eigene Mitwirkungsrechte (hier in Bezug auf den europäischen Integrationsprozess) zu genießen und diese zugleich nicht ausgeübt haben zu können.

Ein wenig anders gelagert ist dagegen der prüfungsrelevante Themenkomplex „Übertragung von Hoheitsrechten“. Hier stehen sich typischerweise eine Bundestagsfraktion (in gesetzlicher Prozesssandschaft⁷⁶) und der Bundestag selbst gegenüber. Die Fraktion muss dann darlegen, dass der Bundestagsbeschluss, der zu einer Übertragung von Hoheitsrechten geführt hat, den Bundestag selbst in seinen eigenen Rechten verletzt habe. Diese auf den ersten Blick womöglich paradox erscheinende Lage klärt sich schnell auf, wenn bedacht wird, dass der Bundestag seine Beschlüsse nur im Rahmen des Verfassungsrechts treffen darf. Veräußert er mit anderen Worten eigene Rechtspositionen, die ihm das Grundgesetz als unveräußerlich zugewiesen hat, kann eine entsprechend substantiiert vorgetragene „Selbstschädigung“ zur Antragsbefugnis führen. Konkret bedeutet dies, dass der Bundestag die Grenzen der gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG möglichen Übertragung von Hoheitsrechten, die in der Verfassungsidentität gem. Art. 79 Abs. 3 GG liegen, nicht überschreiten darf. Namentlich das Demokratieprinzip darf nicht angetastet werden. Bei genauerer Betrachtung kommt damit zum Ausdruck, was wir bereits im Rahmen der Verfassungsbeschwerde zum sog. „Recht auf Demokratie“ erkannt haben.⁷⁷ Diesmal geht es nur nicht um ein grundrechtsgleiches Individualrecht, sondern um die Funktionsfähigkeit des zentralen Organs zur Verwirklichung des Demokratieprinzips – des Bundestages. Infolgedessen darf der Bundestag Hoheitsrechte auf die EU nur soweit übertragen, als er selbst die wesentlichen Funktionen der Legislative in Deutschland behält. Dies wird zuweilen in Konstellationen angezweifelt, die sich auf die „haushaltspolitische Gesamtverantwortung“⁷⁸ des Bundestages beziehen. Wenn nämlich die Staatsfinanzierung nicht mehr vom Bundestag geregelt werden kann, ist damit jedenfalls die Grenze zur Hoheitsrechtsübertragung überschritten.

Formulierungsbeispiel 7 (in Bezug auf den Themenkomplex „Übertragung von Hoheitsrechten“):

„Die antragstellende Fraktion muss auch antragsbefugt sein. Sie muss die Möglichkeit substantiiert darlegen, dass der Bundestag (für den sie in Prozesssandschaft auftritt) durch den Antragsgegenstand in seinen eigenen Rechten verletzt sein kann. Dies ist jedenfalls dann nicht von vornherein auszuschließen, wenn die Grenzen für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU überschritten sein können.“

V. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen und Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Nach einem form- und fristgerechten Antrag (vgl. §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 3 BVerfGG) stellt das Bundesverfassungsgericht im Organstreitverfahren fest, ob die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt, § 67 S. 1 BVerfGG. Eine entsprechende Entscheidung hat demnach – anders als bei der Verfassungsbeschwerde – keine rechtsgestaltende Wirkung.⁷⁹ Allerdings sind die Streitparteien über ihre Bindung an das Grundgesetz und an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (vgl. § 31 BVerfGG) gehalten, einen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen und das verurteilte Verhalten nicht zu wiederholen.⁸⁰

E. Weitere Verfahrensarten**I. Allgemeine Erwägungen**

Es ist nicht auszuschließen, dass in verfassungsprozessualen Prüfungsarbeiten noch weitere Verfahrensarten zu thematisieren sind. Zwar beschränkte sich die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit Unionsrechtsnormen (jedenfalls soweit ersichtlich) auf Verfassungsbeschwerden und Organstreitigkeiten. Je nach Fallkonstellation können aber auch andere Verfahren statthaft sein, insbesondere wenn sie in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten und ihr Rechtsschutzziel passend erscheinen.

II. Bund-Länder-Streit

Dies gilt zuvörderst für den Bund-Länder-Streit gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG. Denn diese Verfahrensart entspricht im Wesentlichen dem Organstreit – nur mit der Ausnahme, dass sie das Bund-Länder-Verhältnis ins Visier nimmt.⁸¹ Dementsprechend sind die

⁷⁶ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 64, Rn. 81 ff.; Lechner/Zuck, BVerfGG, § 64 Rn. 5.

⁷⁷ S.o. C. IV.

⁷⁸ BVerfGE 135, 317 („ESM“), Rn. 150.

⁷⁹ Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 97.

⁸⁰ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 67, Rn. 8 ff.

⁸¹ Vgl. Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 99; zu den Unterschieden zwischen Organstreit und Bund-Länder-Streit

Erwägungen zum Organstreitverfahren auf den Bund-Länder-Streit mit der Maßgabe übertragbar, dass der Bund im Zusammenhang mit unionsrechtlichen Normen die Rechtsposition eines Landes verletzt habe. Dies wäre z.B. denkbar, wenn Hoheitsrechte auf die EU übertragen werden sollen oder worden sind, die im innerstaatlichen Kompetenzgefüge den Ländern zustehen und die Länder bei der Übertragung entgegen Art. 23 Abs. 4–6 GG nicht (hinreichend) einbezogen wurden.

Ferner erscheint denkbar, dass sich ein Land nicht entsprechend den vom Bund eingegangenen unionsrechtlichen Verpflichtungen verhält, etwa wenn das Land ein auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhendes Bundesgesetz nicht nach Maßgabe der Art. 83 ff. GG ausführt. Dadurch würde das Land die Erfüllung einer durch den Bund eingegangenen völker- bzw. europarechtlichen Verpflichtung vereiteln. Insofern sind die Länder aufgrund des im Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 79 Abs. 3 GG) wurzelnden Grundsatzes des bundesfreundlichen Verhaltens (i.e.S.) verpflichtet, bei der Erfüllung einer nach verfassungsrechtlichen Maßstäben wirksam eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtung des Bundes mitzuwirken.⁸² Die Nichterfüllung dieser Pflicht kann im Bund-Länder-Streit gerügt werden. An die Stelle der Bezeichnung der Bestimmung des Grundgesetzes (§ 69 i.V.m. § 64 Abs. 2 BVerfGG) tritt insofern die soeben erläuterte ungeschriebene verfassungsrechtliche Pflicht der Länder.⁸³

III. Abstrakte und konkrete Normenkontrolle

Soweit deutsche Gesetze in Rede stehen, mittels derer entweder Unionsrecht gesetzt oder innerstaatlich umgesetzt wird, lassen sich diese in Wege der abstrakten oder der konkreten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG überprüfen. Als Prüfungsgegenstände fungieren dann die jeweiligen deutschen Rechtsnormen selbst nach den bereits besprochenen Maßstäben in Bezug auf die Rechtssetzung.

IV. Kommunalverfassungsbeschwerde

Schließlich sind auch Kommunalverfassungsbeschwerden gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG in einem unionsrechtlichen Kontext nicht völlig auszuschlie-

ßen.⁸⁴ Auch wenn es sich bei der Kommunalverfassungsbeschwerde eigentlich um ein spezielles Normenkontrollverfahren handelt,⁸⁵ lässt sich für sie grundsätzlich auf die Maßstäbe zur Verfassungsbeschwerde zurückgreifen – dies jedoch nur in Bezug auf deutsche Gesetze. Voraussetzung ist dabei, dass das angegriffene deutsche Gesetz eine besondere Rechtsposition der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG betrifft.⁸⁶ Daran wäre etwa zu denken, wenn auf die EU solche Hoheitsrechte durch Gesetz übertragen werden sollen, die nach der Ordnung des Grundgesetzes zwingend den kommunalen Gebietskörperschaften zustehen müssen.

F. Fazit

Vor dem Bundesverfassungsgericht angesiedelte Fallkonstellationen im Zusammenhang mit Rechtsnormen der EU lassen sich mit einem überlegten Rückgriff auf das „sitzende“ Verfassungsprozessrecht ansprechend lösen. Grundvoraussetzung dafür ist, dass das Verhältnis zwischen der europäischen und der innerstaatlichen Rechtsordnung verstanden worden ist und sodann aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts erklärt werden kann. Wer sich merkt, dass vor dem Bundesverfassungsgericht Unionsrecht nur mittelbar und inzident geprüft wird und formal stets ein deutscher Hoheitsakt als Verfahrensgegenstand herangezogen wird, hat sich bereits den wichtigsten Einstieg in eine erfolgreiche Klausurbearbeitung erschlossen.

In der Klausur gilt es, auf Grundlage dieses Wissens genau zu arbeiten: Was wird im konkreten Fall mit welchen Argumenten angegriffen? Dies lässt sich aus dem Klausursachverhalt ermitteln und sodann mit den möglichen dogmatischen Varianten spiegeln. Genau um diese drehte sich der vorliegende Beitrag. Er hat strukturiert aufgezeigt, wo genau die einzelnen Mechanismen der verfassungsrechtlichen Kontrolle im Mehrebenensystem greifen. Dies für den Einzelfall in einer Prüfungsarbeit auch umzusetzen, bleibt jedoch den Kandidatinnen und Kandidaten selbst vorbehalten. Denn dafür gibt es schließlich auch die wertvollen Punkte zu verdienen. Möge dies fortan ein wenig leichter fallen!

aber deutlich *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 69, Rn. 6 ff.

⁸² *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20, Rn. 129; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20, Rn. 40.

⁸³ Vgl. BVerfGE 6, 309 (328) („Reichskonkordat“).

⁸⁴ Vgl. auch *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 40.

⁸⁵ *Schlaich/Korioth*, BVerfG, Rn. 192.

⁸⁶ Dazu ausführlich *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 56 ff.

Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

- Praktische Tipps für die Klausur -

von Ass. iur. **Laura Katharina Woll**, LL.M., Saarbrücken*

A. Einführung

Auf den ersten Blick mag die Beschäftigung mit dem Tod bzw. der Selbstbestimmung über das eigene Lebensende den meisten Studierenden als wenig prüfungsrelevant erscheinen und im Studium begegnet den meisten allenfalls der Begriff des freiverantwortlichen Suizids im Strafrecht bei Behandlung der Tötungsdelikte nach den §§ 211 ff. StGB.¹ Tatsächlich aber hat sich seit der teils als Sterbehilfe-Urteil² bezeichneten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 26. Februar 2020, in der es mit erstaunlicher Klarheit § 217 StGB a.F. (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) für nichtig erklärt hatte, auch in der juristischen Welt und Ausbildung ein Wandel vollzogen.³

Spätestens seit dieser Entscheidung ist eines klar: Unmittelbar aus dem Grundgesetz (GG) ergibt sich ein Recht jedes Einzelnen auf selbstbestimmtes Sterben, welches das Bundesverfassungsgericht als ein weiteres Recht im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verankerte.⁴

Die Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. nahm das BVerfG zum Anlass, weitreichende Ausführungen zu diesem neu von ihm etablierten Teilrecht des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) zu machen, die erhebliche Folgen für die Praxis haben dürften und für Studierende die Notwendigkeit etablierte, sich insbesondere während der Examensvorbereitung auch im Öffentlichen Recht mit der Thematik der Selbsttötung näher auseinanderzusetzen.⁵ Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass auch in Ausbildungsliteratur und Lehrmaterialien privater Repetitorien zur

Examensvorbereitung das Recht auf selbstbestimmtes Sterben mittlerweile Eingang gefunden hat.⁶

Im Folgenden soll daher zunächst kurz auf das APR allgemein, die Vorgeschichte der genannten BVerfG-Entscheidung und die Herleitung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingegangen sowie anhand des typischen Dreiklangs im Rahmen der Grundrechtsprüfung – Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung – der Umfang dieses Rechts erläutert werden. Die typischen grundrechtlichen Prüfungserfordernisse werden für das Recht auf selbstbestimmtes Sterben mit Beispielen Schritt für Schritt erläutert. Als Übungsklausur bzw. Examensklausur im Öffentlichen Recht ist hierbei insbesondere eine Verfassungsbeschwerde oder eine konkrete Normenkontrolle denkbar, in die eingebettet sodann Existenz und Umfang des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben sowie die mögliche Rechtfertigung von Eingriffen abgeprüft werden würden.⁷

B. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und die neue Fallgruppe des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben

I. Das APR und seine verschiedenen Fallgruppen

Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist wie soeben erwähnt eine weitere Spezialausprägung des APR, neben anderen Teilbereichen wie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dem Recht am eigenen Wort und Bild oder auch dem besonders sperrig bezeichneten Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, die sich allesamt ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1

* Die Verfasserin ist Doktorandin am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. (Direktor des Europa-Instituts).

¹ Dazu etwa Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Stragesetzbuch, 30. Auflage München 2019, Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 33 ff.; Kutzer, ZRP 2012, 135 ff.

² Lindner, NStZ 2020, 505; Woll, Saar Brief vom 09.03.2020, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2467 (abgerufen am 15.01.2022).

³ Boehme-Neßler, NVwZ 2020, 1012 spricht gar von „Quantensprung“.

⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – Az. 2 BvR 2347/15 = BVerfGE 153, 182 ff. = NJW 2020, 905 ff.; Dießner, FD-StrafR 2020, 427867.

⁵ Sachs, JuS 2020, 580 (582).

⁶ Siehe von der Decken/Telschow, JuS 2021, 1061 ff. Auch in den Examensvorbereitungsmaterialien der Repetitorien Alpmann-Schmidt oder Hemmer wird es mittlerweile behandelt, siehe beispielhaft unter https://www.repetitorium-hemmer.de/rep_pdf/31_16308_Crash_VerfR_Urteile.pdf (abgerufen am 13.01.2022), S. 9.

⁷ Als Beispiel einer konkreten Normenkontrolle siehe von der Decken/Telschow, JuS 2021, 1061 ff.

i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben.⁸ Im engen Zusammenhang hiermit ist wiederum die Ausprägung des APR in Form des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zu sehen: dieses verstärkt durch die Inbezugnahme von Art. 1 Abs. 1 GG den Gewährleistungsgehalt der nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten körperlichen Unversehrtheit sogar bis hin zu einer grundrechtlich gewährleisteten „Freiheit zur Krankheit“, welche durch das APR gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG besonders geschützt wird.⁹

Allgemein gesprochen schützt das APR die engere persönliche Lebenssphäre und „Elemente der Persönlichkeit, die nicht schon Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen“.¹⁰ Es sichert nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG jedem Einzelnen einen „autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann“¹¹.

Weitere Fallgruppen des APR sind der Schutz der persönlichen Ehre, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung oder auch der Schutz der geschlechtlichen Identität.¹²

Es handelt sich beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht also um ein richterrechtlich etabliertes Rahmenrecht, weshalb es auch in Zukunft zur kasuistischen Herausarbeitung neuer Fallgruppen durch das BVerfG kommen kann¹³ – die jüngste ist dabei das Recht auf selbstbestimmtes Sterben.

II. Recht auf selbstbestimmtes Sterben: Persönlicher und sachlicher Schutzbereich

Erst seit der genannten BVerfG-Entscheidung aus 2020 ist das Recht auf selbstbestimmtes Sterben als Teil des APR anerkannt.¹⁴

Zuvor war die Existenz eines solchen Grundrechts oder jedenfalls seine normative Verankerung

umstritten: Während manche Stimmen in der Literatur es als negative Seite des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angesehen hatten, stritten andere für eine Anwendung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁵

In einer viel diskutierten Entscheidung von 2017 hatte das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass aus dem APR auch das Recht eines schwer und unheilbar erkrankten Menschen folge, „selbstbestimmt zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll“.¹⁶

Das BVerfG ging in seiner Entscheidung indes noch darüber hinaus und verankerte im APR ganz allgemein das Recht *jedes* Einzelnen, über Zeitpunkt und Umstände des eigenen Todes zu entscheiden.¹⁷ Die Verfügung über das eigene Leben, d.h. seine Beendigung „ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde“¹⁸.

Für eine Übungs- oder Examensklausur bedeutet dies: Im Rahmen der Grundrechtsprüfung sollten kurz das Recht auf Leben und die allgemeine Handlungsfreiheit als möglicherweise einschlägige Grundrechte angeprüft, ihre Einschlägigkeit jedoch sodann etwa mit der Begründung abgelehnt werden, dass das speziellere APR als eine Verbindung von Art. 2 Abs. 1 mit Art. 1 Abs. 1 GG vorzugswürdig ist: Dies lässt sich mit dem Menschenwürdebezug und der existentiellen Bedeutung der Entscheidung über das eigene Lebensende und dem nunmehr auch vom BVerfG anerkannten grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht hierüber überzeugend begründen.¹⁹

Hierfür spricht zudem die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG als Auslegungshilfe zur Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte des GG heranzuziehen ist: Nach der Rechtsprechung des EGMR

⁸ Dazu etwa *Martini*, JA 2009, 839 ff.

⁹ Dazu BVerfG, Beschl. v. 08.06.2021 – 2 BvR 1866/17, 2 BvR 1314/18 = NSTZ-RR 2021, 356 (358).

¹⁰ BVerfG (Fn. 4), Rn. 205.

¹¹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 207; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage München 2020, Art. 2 Rn. 39.

¹² Dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 47 ff.

¹³ *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage München, 2021 Art. 2 Rn. 51 ff.

¹⁴ *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012; *Muckel*, JA 2020, 473 (476); *Sachs*, JuS 2020, 580 (582); *Woll*, Saar Brief vom 09.03.2020, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2467 (abgerufen am 12.01.2022).

¹⁵ *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL München Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 50; *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung: verfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Selbsttötungen, 1992, S. 110; *Hufen*, NJW 2018, 1524 f.; *Muckel*, JA 2020, 473.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 02.03.2017 – Az. 3 C 19.15 = BVerwGE 185, 142 ff. = NJW 2017, 221; *Muckel*, JA 2020, 473; *Woll*, ZEuS 2/2018, 181 (204).

¹⁷ BVerfG (Fn. 4), Rn. 210; *Sachs*, JuS 2020, 580 (581).

¹⁸ BVerfG (Fn. 4), Rn. 211.

¹⁹ *Brunhöber*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage München 2021, § 217 Rn. 20; *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1063); *Woll*, ZEuS 2/2018, 181 (203).

wiederum umfasst das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK auch das Recht jedes Einzelnen, über Zeitpunkt und Umstände des eigenen Todes zu entscheiden.²⁰ Das APR gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als mit Art. 8 Abs. 1 EMRK vergleichbare Norm ist damit die überzeugende normative Verankerung des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben.²¹

1. Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich dieses „neuen“ Grundrechts ist somit einfach zu bestimmen: es steht jedem Menschen in allen Phasen menschlicher Existenz zu,²² ist ein sogenanntes Jedermann-Grundrecht.

Insbesondere ist es unabhängig von Alter oder Gesundheitszustand, d.h. es kommt nicht nur älteren und/oder schwer kranken Menschen zugute.²³

2. Sachlicher Schutzbereich

Auch der sachliche Schutzbereich des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben ist weit gefasst.²⁴ Er besteht allerdings aus mehreren, im Einzelnen zu prüfenden Elementen:

Die Selbsttötung muss zunächst auf einem autonom gebildeten, freien Willensentschluss beruhen.²⁵ Ist dies der Fall, umfasst das Recht zur Selbsttötung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sodann auch die Freiheit, zur Umsetzung dieses Rechts bei Dritten Hilfe zu suchen und angebotene Hilfe in Anspruch zu nehmen.²⁶

Der sachliche Schutzbereich besteht also aus zwei Elementen: dem freien, von gewisser Dauerhaftigkeit geprägten Willensentschluss der sterbewilligen Person und ihrer Berechtigung, sich beim Sterben helfen zu lassen.²⁷

a) Freier Wille von gewisser Dauerhaftigkeit

Hierfür ist zunächst die Fähigkeit notwendig, den Willen zur Selbsttötung frei von einer akuten psychischen Erkrankung bilden zu können.²⁸ Außerdem muss der Sterbewunsch von einer gewissen Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit getragen sein und darf nicht allein auf einer vorübergehenden Lebenskrise beruhen.²⁹

Zudem müssen dem Einzelnen alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte inklusive denkbarer Handlungsalternativen zur Selbsttötung (etwa die umfangreichen Möglichkeiten der Palliativmedizin)³⁰ bekannt sein, was eine umfassende Beratung und Aufklärung der suizidwilligen Person von fachkundiger Seite voraussetzt.³¹

Zuletzt muss die Entscheidung autonom getroffen sein: Hierfür dürfen keine unzulässigen Einflussnahmen oder Druck vorliegen, was neben Zwang, Drohung oder Täuschung³² (etwa über die Schwere einer Krankheit)³³ ebenfalls sonstige Formen der Einflussnahme durch das Umfeld des Suizidwilligen oder auch psychosoziale Aspekte³⁴ (z.B. der Gedanke, der Familie oder Gesellschaft zur Last zu fallen)³⁵ beinhaltet – sofern sie jeweils geeignet sind, eine reflektierte Entscheidung wesentlich zu beeinträchtigen.

Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass alleine das Bestehen solcher Gedanken bei der sterbewilligen Person noch nicht die Annahme einer unfreien Entscheidung bedingt, sofern sie ihren Sterbewunsch dennoch orientiert an ihrem eigenen Selbstbild³⁶ und in reflektierter Abwägung aller entscheidungserheblicher Gesichtspunkte freiverantwortlich trifft.

b) Hilfe Dritter

Zur grundrechtlich geschützten Freiheit des selbstbestimmten Sterbens nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1

²⁰ BVerfG (Fn. 4), Rn. 302 ff.; Woll, ZEuS 2/2018, 181 (202) und zu den EGMR-Entscheidungen *Pretty v. UK*, *Haas v. Switzerland* sowie Folgeentscheidungen *ibid.* (184 ff.).

²¹ So bereits Woll, ZEuS 2/2018, 181 (202).

²² BVerfG (Fn. 4), Rn. 210.

²³ *Ibid.*; Kneihs, NLMR 2020, 425 (428 f.).

²⁴ Boehme-Neßler, NVwZ 2020, 1012 (1013); Brunhöber, in: MüKo StGB, § 217 Rn. 21.

²⁵ BVerfG (Fn. 4), Rn. 240 ff.; Boehme-Neßler, NVwZ 2020, 1012 (1013).

²⁶ BVerfG (Fn. 4), Rn. 212 ff.; Brunhöber, in: MüKo StGB, § 217 Rn. 23 ff.

²⁷ Boehme-Neßler, NVwZ 2020, 1012 (1013 f.); von der Decken/Telschow, JuS 2021, 1061 (1064).

²⁸ BVerfG (Fn. 4), Rn. 241.

²⁹ *Ibid.*, Rn. 244. Instrukтив zur freiverantwortlichen Entscheidung und ihrer Überprüfung *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695 ff.

³⁰ Auch diese hat indes Grenzen, siehe Heidemann, Schmerzen, Husten, Übelkeit: Probleme der Palliativmedizin, Möglichkeiten und Grenzen der Behandlung, CME 3/2010, S. 70; Woll, ZEuS 2/2018, 181 (208 f.).

³¹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 242 und Rn. 246.

³² *Ibid.*, Rn. 243 und 247.

³³ Zur diesbezüglichen Irrtumsproblematik im Strafrecht *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo StGB, 2020, § 25 Rn. 127 ff.

³⁴ BVerfG (Fn. 4), Rn. 247.

³⁵ Die Anerkennung eines Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben soll und darf nicht den Druck auf Kranke oder alte Menschen erhöhen, „sozialverträglich abzutreten“, so schon Woll, ZEuS 2/2018, 181 (214). Siehe auch BVerfG (Fn. 4), Rn. 250.

³⁶ BVerfG (Fn. 4), Rn. 247.

Abs. 1 GG gehört auch die Möglichkeit, bei Dritten Unterstützung zur Umsetzung des Sterbewunschs zu suchen und Hilfsangebote von ihnen anzunehmen. Dies gilt gleichermaßen für jene, die ihr Leben eigenhändig beenden wollen, wie für jene, die die (aktive) Mitwirkung eines anderen benötigen.³⁷

Tatsächlich ist die Hilfe Dritter auch bei eigenhändigem Suizid und erst recht in allen übrigen Fällen häufig eine Bedingung für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts in Autonomie und Würde, denn insbesondere die Erlangung eines tödlich wirkenden Betäubungsmittels bedarf einer ärztlichen Verschreibung und theoretisch denkbare Alternativen wie das Aufschneiden der Pulsadern oder das Werfen vor einen fahrenden Zug werden meist als qualvoll, zu unsicher und nicht zuletzt entwürdigend empfunden.³⁸

Da die Umsetzung des Sterbewillens somit oft von der Bereitschaft Dritter zur Hilfe abhängig ist, müssen diese dafür auch die rechtliche Möglichkeit haben³⁹ (worauf sogleich und insbesondere unter V. noch näher eingegangen werden soll) – allerdings ist das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben kein Grundrecht allgemein auf Sterbehilfe jedweder Art. Der Gesetzgeber darf – und muss – zum Schutz anderer Grundrechte, wie etwa dem Recht auf Leben, Vorkehrungen in diesem Bereich treffen.⁴⁰

III. Eingriff

Einschränkungen der Sterbehilfe dürften jedoch zu meist Eingriffe in das APR der sterbewilligen Person darstellen und der Gesetzgeber darf Suizidhilfe nicht allein deshalb unterbinden, weil sie seiner Ansicht nach einem bestehenden oder vermeintlichen Konsens über Wert- und Moralvorstellungen hinsichtlich der Verfügung über das eigene Leben widerspricht.⁴¹

Folglich stellt beispielsweise eine Strafnorm wie die des § 217 StGB a.F. einen Eingriff in das APR in Form des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben dar, wobei es sich um einen mittelbaren bzw. faktischen Eingriff handelt.⁴²

Ein solcher genügt nach dem modernen Eingriffsbegriff, wenn er in Zielsetzung und Wirkung einem direkten Eingriff gleichkommt und die Beschränkung nicht nur unbeabsichtigte Nebenfolge ist: Dies ist mit einem strafbewehrten Verbot der Förderung der Selbsttötung – wie es § 217 StGB a.F. vorsah – der Fall, da es Suizidwilligen so faktisch unmöglich gemacht wird, professionelle Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen – und dieser Zweck ist vom Gesetzgeber auch gerade beabsichtigt worden.⁴³ Jede so oder ähnlich gestaltete Regelung, die nicht nur als reiner Rechtsreflex eine Beeinträchtigung des APR der Sterbewilligen darstellt, dürfte also mit dem Grundgesetz unvereinbar sein (womit dem Gesetzgeber sicherlich hohe Kreativität abverlangt wird).⁴⁴

Einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff stellen damit beispielsweise auch Normen des Betäubungsmittelrechts (etwa §§ 3 ff. BtMG) dar, die ein weitgehendes Verbot der Ausgabe von Medikamenten zur Selbsttötung wie etwa Natrium-Pentobarbital vorsehen.⁴⁵

IV. Rechtfertigung

1. Schranke

Wenngleich in der Literatur teils eine schrankenlose Gewährleistung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben gefordert wird,⁴⁶ so ist in einer Examens- oder Übungsklausur dennoch mit dem BVerfG davon auszugehen, dass das APR mittels förmlichen Gesetzes einschränkbar ist.⁴⁷

Die Schranke ist also ein Gesetz des parlamentarischen Gesetzgebers.⁴⁸

Dieses muss, da das APR auf der Verbindung von Art. 2 Abs. 1 GG mit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG beruht, und die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG daher nicht eins zu eins übertragen werden kann, überwiegende Interessen der Allgemeinheit oder Grundrechte Dritter schützen.⁴⁹

³⁷ Ibid., Rn. 213.

³⁸ *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1014); *Brunhöber*, in: MüKo StGB, 2021, § 217 Rn. 24 f.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ BVerfG (Fn. 4), Rn. 223 ff.; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1014).

⁴¹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 234.

⁴² *Brunhöber*, in: MüKo StGB, § 217 Rn. 34; *Woll*, Saar Brief vom 09.03.2020, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2467 (abgerufen am 12.01.2022).

⁴³ BVerfG (Fn. 4), Rn. 217; *Brunhöber*, in: MüKo StGB, § 217 Rn. 34 f.

⁴⁴ *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1015); *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1525).

⁴⁵ *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1525); *Neumann*, NJOZ 2021, 385 (389); *Sachs*, JuS 2020, 580 (582); zum selbstbestimmten Suizid mit Betäubungsmitteln siehe auch *Brixius*, MLR 2020, 81 ff.

⁴⁶ *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1014).

⁴⁷ BVerfG (Fn. 4), Rn. 221 ff.

⁴⁸ *Von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1064).

⁴⁹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 221; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1014); *Kneihs*, NLMR 2020, 425 (429).

2. Schranken-Schranken

Diese Schranke, also das in der Klausur auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfende förmliche Gesetz, unterliegt ihrerseits den sog. Schranken-Schranken: Es muss verfassungskonform, insbesondere hinreichend bestimmt und verhältnismäßig sein, wobei aufgrund der genannten Bedeutsamkeit des Grundrechts eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig ist.⁵⁰ Hier dürfte der Schwerpunkt einer Klausur zum Thema selbstbestimmtes Sterben liegen.

Das einschränkende Gesetz muss also zunächst formell verfassungsgemäß erlassen worden sein und ist sodann auf Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Erreichung des legitimen Zwecks zu prüfen sowie seine Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ausführlich darzustellen und eine Abwägung vorzunehmen.⁵¹

a) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit

Legitimer Zweck sind wie soeben erwähnt überwiegende Interessen der Allgemeinheit oder grundrechtlich geschützte Interessen Dritter und die Geeignetheit ist bereits zu bejahen, wenn das Gesetz den erstrebten Rechtsgüterschutz zumindest fördern kann.⁵²

Der Gesetzgeber darf also insbesondere Regelungen zum Schutz des Lebens treffen – oder auch zum Schutz der Selbstbestimmung in Gestalt von Sterbehilferegulungen, die sozialen bzw. gesellschaftlichen Druck insbesondere auf alte oder kranke Menschen verhindern sollen, ihre Lebensbeendigung zu beschleunigen, um anderen nicht zur Last zu fallen.⁵³ Bei einer Verbotsnorm wie § 217 StGB a.F. oder jeder ihr ähnlichen Regelung wäre die Geeignetheit hierfür aufgrund der Zweckförderung (die weit zu verstehen ist) daher zu bejahen.⁵⁴

Zur Bejahung der Erforderlichkeit dürfen wiederum keine gleich effektiven, aber mildereren Mittel vorliegen.⁵⁵ Das BVerfG sah sich in seiner Entscheidung von 2020 nicht in der Lage, die Erforderlichkeit abschließend zu beurteilen, da seiner Ansicht nach keine ausreichenden empirischen Befunde zur Effektivität weniger eingriffsintensiver Schutzmaßnahmen

vorlagen,⁵⁶ in einer Klausur jedoch muss auf die Erforderlichkeit näher eingegangen werden.

Als mildere Mittel kommen etwa die Ahndung wiederholt vorgenommener Sterbehilfe durch das Ordnungswidrigkeitenrecht oder Verbotsnormen gegenüber der Ärzteschaft bzw. allein geschäftsmäßig handelnden Sterbehilfevereinen in Betracht.⁵⁷ Diese mildereren Mittel wären aber nicht gleich geeignet zur Erreichung der Ziele Lebens- und Autonomieschutz, da dann die wiederholte bzw. geschäftsmäßige Sterbehilfe nur einem kleineren Adressatenkreis verboten und somit in weitem Umfang noch möglich wäre.

b) Angemessenheit

Der Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung dürfte wiederum, wie so häufig bei Grundrechtsprüfungen, in der Angemessenheit liegen: „Einschränkungen individueller Freiheit sind nur dann angemessen, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.“⁵⁸ Es ist also eine Abwägung der Rechtsgüter, deren Schutz das Gesetz dienen soll, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der Betroffenen vorzunehmen.⁵⁹

Leitlinie der Prüfung der Angemessenheit beim Recht auf selbstbestimmtes Sterben muss dabei sein, dass das Grundrecht nicht in weiten Teilen faktisch entleert werden darf, da dies mit seiner existenziellen Bedeutung nicht in Einklang steht.⁶⁰ Der grundsätzlich legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz von Leben und Autonomie des Einzelnen – auch in präventiver Form – findet seine Grenze nämlich dort, wo die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern praktisch unmöglich gemacht wird.⁶¹

Dies ist mit einer umfassenden Strafnorm wie § 217 StGB a.F. der Fall, weil keine realen Alternativen zur Lebensbeendigung und damit Ausübung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG mehr verbleiben.⁶²

Durch diese oder jede ähnliche Regelung werden nicht nur die Tätigkeiten von Sterbehilfevereinen unmöglich gemacht, auch die wenigen Ärzte oder Ärztinnen, welche zur Leistung von Sterbehilfe bereit sind,

⁵⁰ BVerfG (Fn. 4), Rn. 223 ff.; *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1525); *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1064).

⁵¹ *Lindner*, NJW 2013, 136 (137 f.); *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1064 f.).

⁵² BVerfG (Fn. 4), Rn. 260.

⁵³ BVerfG (Fn. 4), Rn. 227 ff. und 250 ff.

⁵⁴ *Von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1064).

⁵⁵ BVerfG (Fn. 4), Rn. 263; *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1064).

⁵⁶ BVerfG (Fn. 4), Rn. 263.

⁵⁷ Ähnlich *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1064).

⁵⁸ BVerfG (Fn. 4), Rn. 264.

⁵⁹ *Ibid.*, Rn. 265.

⁶⁰ *Ibid.*, Rn. 264.

⁶¹ *Ibid.*, Rn. 273.

⁶² *Ibid.*, Rn. 273 und 282 ff.

und sogar jene, die „nur“ in der Palliativmedizin tätig sind, träfe ein Strafbarkeitsrisiko, da die „geschäftsmäßige“ Tätigkeit jede auf Wiederholung angelegte berufsmäßige Tätigkeit ist, die insbesondere nicht mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden muss.⁶³

Ausreichend ist auch nicht der Verweis der Sterbewilligen auf Sterbehilfeangebote im Ausland, da der deutsche Staat den erforderlichen Grundrechtsschutz auch hinsichtlich des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben gemäß Art. 1 Abs. 3 GG innerhalb der eigenen Rechtsordnung gewährleisten muss.⁶⁴

Bei der notwendigen realitätsgerechten Betrachtung und unter Berücksichtigung dessen, dass dem Einzelnen als Ausfluss des APR noch die Freiheit verbleiben muss, auf alle lebenserhaltenden Angebote zu verzichten und seinem Leben ggf. mithilfe Dritter ein Ende zu setzen, sind daher umfassende Strafnormen, die Sterbehilfevereinen und der zur Sterbehilfe bereiten Ärzteschaft ein Hilfeleisten beim Sterben unmöglich machen, nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.⁶⁵ Führt man die Entscheidung des BVerfG konsequent fort, ist auch die Verfassungsmäßigkeit der noch immer bestehenden Norm des § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) jedenfalls fraglich.⁶⁶

Während in den bisherigen Ausführungen das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben der sterbewilligen Personen im Vordergrund stand, soll im Folgenden auf die je nach Gestaltung der Übungs- oder Examensklausur auch zu prüfenden Grundrechte der Berufsfreiheit bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit von Sterbehilfevereinen oder medizinischem bzw. juristischem Fachpersonal, eingegangen werden sowie auf ggf. weitere anzuprüfende Grundrechte.

V. Betroffene Grundrechte von Suizidassistenten, ärztlichem Personal, Rechtsanwaltschaft oder Sterbehilfevereinen

1. Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG

Zu denken wäre zunächst an die Gewissensfreiheit, die „jede ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in

einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“,⁶⁷ schützt.

Bei wiederholt geleisteter oder vermittelter Sterbehilfe konnte sich der oder die Handelnde jedoch wohlüberlegt dafür entscheiden, sodass keine derartige innere Gewissensnot angenommen werden kann.⁶⁸ Folglich wäre die Gewissensfreiheit allein für einen einmalig handelnden Suizidassistenten relevant, der in einer Einzelsituation aus Überforderung und in einem Zustand der Gewissensnot in der Überzeugung, letztlich nicht anders handeln zu können, Sterbehilfe leistet.⁶⁹

2. Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich

Zu prüfen ist insbesondere die Berufsfreiheit der – in der Klausur dann namentlich genannten – Sterbehilfe leistenden oder vermittelnden Ärzte bzw. Rechtsanwältinnen: Bei der Berufsfreiheit handelt es sich um ein Deutsches-Grundrecht, d.h. im persönlichen Schutzbereich wäre grundsätzlich zu prüfen, ob die jeweiligen Personen Deutsche gemäß Art. 116 Abs. 1 GG⁷⁰ sind.

Im sachlichen Schutzbereich wäre das Vorliegen einer Berufsausübung, also jeder auf Dauer angelegten und der Schaffung bzw. Erhaltung einer Lebensgrundlage dienenden Tätigkeit,⁷¹ zu prüfen. Ärzte und Ärztinnen sowie Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit wiederholt Sterbehilfe anbieten, vermitteln oder sonst die Gelegenheit dazu gewähren, tun dies im Rahmen einer Berufsausübung,⁷² sodass der sachliche Schutzbereich eröffnet wäre.

Dem steht insbesondere nicht der bei Hinweisen im Klausursachverhalt zu thematisierende Ausschluss der Berufsfreiheit wegen „Sozial- oder Gemeenschädlichkeit“ der Tätigkeit entgegen, da auch wiederholt vorgenommene Sterbehilfe nicht als evident sozialschädlich aus dem Schutzbereich der Berufsfreiheit herausfällt, insbesondere da das Recht auf Hilfesuchen bei

⁶³ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 217 Rn. 18; Safferling, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafrecht, 2. Auflage München 2020, § 217 Rn. 9 f.

⁶⁴ BVerfG (Fn. 4), Rn. 300.

⁶⁵ Ibid., Rn. 267 und 277 ff.

⁶⁶ Hierzu m.w.N. Hoven, ZIS 1/2016, 1 (3); Schmitt, JZ 1985, 365 (366). Differenzierend Lindner, NStZ 2020, 505 (508).

⁶⁷ BVerfG (Fn. 4), Rn. 309.

⁶⁸ Ibid., Rn. 309; Sachs, JuS 2020, 580 (582).

⁶⁹ Ähnlich von der Decken/Telschow, JuS 2021, 1061 (1065).

⁷⁰ BVerfG (Fn. 4), Rn. 307 und 316. Ob Unionsbürger sich unmittelbar auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, ist umstritten, siehe m.w.N. Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 49. Edition München 2021, Art. 12 Rn. 34 ff. Für eine Anwendung sind von der Decken/Telschow, JuS 2021, 1061 (1065).

⁷¹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 310.

⁷² Ibid.; von der Decken/Telschow, JuS 2021, 1061 (1065).

Dritten vom APR der Sterbewilligen wie oben erläutert umfasst und damit verfassungsrechtlich geschützt ist.⁷³

b) Eingriff und Rechtfertigung

Eingriffe in die Berufsfreiheit können bekanntlich Regelungen mit subjektiv (also vom Gesetzgeber beabsichtigter) oder objektiv berufsregelnder Tendenz sein, wobei letztere bei mittelbaren bzw. faktischen Eingriffen in der Klausur gesondert geprüft werden muss und immer dann vorliegt, wenn die Rahmenbedingungen der beruflichen Tätigkeit verändert werden und aufgrund der Regelungsgestaltung ein enger Zusammenhang mit der Berufsausübung besteht.⁷⁴

Bei einem Verbot wie § 217 StGB a.F. (oder ähnlichen Regelungen), welche wiederholt durchgeführte Sterbehilfe oder ihre Vermittlung der Ärzte- und Rechtsanwaltschaft verbieten, sind die objektiv berufsregelnde Tendenz und damit ein Eingriff in die Berufsfreiheit zu bejahen.⁷⁵

Eine Klausur zum Thema selbstbestimmtes Sterben bietet den Klausurerstellern somit ganz allgemein die Gelegenheit, die Kenntnis der besonderen Prüfungsschritte im Rahmen der Berufsfreiheit und dabei insbesondere auch die Drei-Stufen-Lehre abzufragen: Hiernach wird zwischen verschiedenen Eingriffsstufen und den damit verknüpften unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen unterschieden, namentlich der ersten Stufe der Berufsausübungsregelung, der zweiten Stufe der subjektiven Berufswahlregelungen und der dritten Stufe der objektiven Berufswahlregelungen.⁷⁶

Auf der ersten Stufe gelten die geringsten Rechtfertigungsanforderungen, d.h. bei lediglich die Berufsausübung regelnden Normen sind als Schranken-Schranken allein „vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls“ als legitimer Zweck sowie, wie auch sonst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit üblich, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu prüfen.⁷⁷

Im Rahmen des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit dürften dieselben

Grundsätze wie in den Ausführungen zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben der suizidwilligen Personen gelten.

Im Rahmen der Angemessenheit gilt indes eine Besonderheit: Der verfassungsrechtliche Schutz des Handelns der Sterbehilfeleistenden ergibt sich aus einer sog. funktionalen Verschränkung ihrer Grundrechte mit dem sich aus dem APR ergebenden Recht auf selbstbestimmtes Sterben der sterbewilligen Personen.⁷⁸ Da die Umsetzung dieses Rechts inhaltlich abhängig ist vom grundrechtlichen Schutz des Handelns der Suizidassistenten, müssen jene auch rechtliche Möglichkeiten zur Leistung von Sterbehilfe haben, da anderenfalls das Recht auf selbstbestimmtes Sterben aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG faktisch leerliefe.⁷⁹

Aufgrund dieser funktionalen Verschränkung der Grundrechte kann eine Angemessenheit der jeweils in der Klausur zu prüfenden Sterbehilferegelung also nicht mehr bejaht werden, wenn das Handeln von Suizidassistenten aus der Ärzte- oder Rechtsanwaltschaft (als Vermittler) faktisch weitgehend unmöglich gemacht wird.⁸⁰

3. Allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG für Sterbehilfevereine und ausländische Ärzteschaft

a) Sterbehilfevereine: Berufsfreiheit, Vereinigungsfreiheit oder allgemeine Handlungsfreiheit?

Bei Sterbehilfevereinen und ihren Vorständen bzw. Mitarbeitenden ist in einer Klausur zu beachten, dass sie sich nur auf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG berufen könnten, sofern die Führung eines Geschäftsbetriebs zum satzungsmäßigen Zweck des Vereins gehörte und seine unternehmerische Tätigkeit auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen würde.⁸¹ Das ist bei gemeinnützigen Vereinen bzw. selbst bei Mitgliedsbeiträgen verlangenden Vereinen aber nicht der Fall, sofern der Vereinszweck lediglich Angebot bzw. Vermittlung von Suizidbegleitung oder

⁷³ BVerfG (Fn. 4), Rn. 312; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, Art. 12 Rn. 42; *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1065 f.).

⁷⁴ *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 18. Auflage München 2021, Rn. 665 ff.; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, Art. 12 Rn. 53 ff.

⁷⁵ *Von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1066).

⁷⁶ *Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer*, Klausurtraining Verfassungsrecht, Grundstrukturen, Prüfungsschemata, Formulierungsvorschläge, 4. Auflage Baden-Baden 2021,

S. 97 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Auflage München 2021, § 35 Rn. 29 ff.; *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1066).

⁷⁷ *Hufen*, Staatsrecht II, § 35 Rn. 18, 30 und 34 ff.; *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 682 ff.

⁷⁸ BVerfG (Fn. 4), Rn. 331.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Ähnlich *von der Decken/Telschow*, JuS 2021, 1061 (1066).

⁸¹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 318 ff.

Durchsetzung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in Deutschland ist.⁸²

Auch die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG wäre in einer Klausur ggf. kurz anzuprüfen. Diese schützt zwar ein Recht auf Betätigung im Sinne eines „Kernbereichs der Vereinstätigkeit“,⁸³ also Handlungen zur Entstehung und Erhaltung des Bestands der Vereinigung, nicht aber reine vereinszweckrealisierende Tätigkeiten im Sinne einer „vereinigungsspezifischen allgemeinen Handlungsfreiheit“.⁸⁴ Folglich ist die Prüfung auch hier bereits im Schutzbereich beendet.

In einer Klausur dürfte es damit voraussichtlich für Sterbehilfevereine auf eine Prüfung der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG hinauslaufen.⁸⁵ Da das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, wie es § 217 StGB a.F. vorsah, aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit dem APR der sterbewilligen Personen verfassungswidrig und nichtig ist, gilt diese Nichtigkeit (oder die Nichtigkeit einer anderen in der Klausur geprüften Regelung) auch gegenüber den unmittelbaren Normadressaten wie Sterbehilfevereinen oder der Ärzteschaft.⁸⁶

Dies und auch die Besonderheit der funktionalen Verschränkung des Handelns von Sterbehilfevereinen mit dem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben der suizidwilligen Personen wären im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfen.

b) Ausländische Ärzte und Ärztinnen

Auch ausländische Sterbehilfevereine sowie ausländische Ärzte und Ärztinnen,⁸⁷ etwa aus der Schweiz, können sich auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.⁸⁸

c) Androhung einer Freiheitsstrafe oder Bußgeldtatbestand als Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG

Zuletzt ist zu beachten, dass die Androhung einer Freiheitsstrafe in einer nach entsprechender grundrechtlicher Prüfung verfassungswidrigen Norm – wie § 217 StGB a.F. – diejenigen Normadressaten, die natürliche Personen sind, auch in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 GG verletzt und eine möglicherweise mit der Strafnorm verknüpfte Bußgeld-

bewehrung Art. 2 Abs. 1 GG, der nämlich auch das Recht umfasst, nicht zu Unrecht zu einer Geldbuße herangezogen zu werden.⁸⁹

C. Fazit

Das in einer Klausur zum selbstbestimmten Sterben – sei es eine Verfassungsbeschwerde, eine konkrete Normenkontrolle oder ein anderweitiger Rechtsbehelf – anstehende Prüfungsprogramm umfasst also vor allem das APR der sterbewilligen Personen gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG bezüglich der Suizidassistenten wie Ärzten und Ärztinnen, Rechtsanwaltschaft und Sterbehilfevereinen.

Schlussendlich bleibt festzuhalten, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung von 2020 in begrüßenswerter Weise endlich anerkannt hat, dass die Entscheidung über Zeitpunkt und Umstände des eigenen Todes verfassungsrechtlich geschützt ist – und das Recht auf selbstbestimmtes Sterben überzeugend und in Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert hat.

Wenn ein Mensch sich freiverantwortlich und nach reiflicher Überlegung dazu entschließt, sein Leben beenden zu wollen, dann ist das keine gesetzlich oder gesellschaftlich notwendigerweise zu bekämpfende Gefahr, sondern eine in einer freiheitlichen und auf Menschenwürde und Selbstbestimmung fokussierten Gesellschaft zu achtende Entscheidung.⁹⁰

Dem Gesetzgeber verlangt die Entscheidung nun vor allem ein wenig Kreativität ab, wobei das BVerfG mögliche Rahmenbedingungen für eine Neuregelung der Sterbehilfe bereits skizzierte:⁹¹ Ein zukünftiges legislatives Schutzkonzept für das Leben bzw. die Autonomie des Einzelnen kann insbesondere ein prozedurales Sicherungskonzept mit gesetzlich festgeschriebenen Aufklärungs- und Wartepflichten vor Umsetzung des Sterbewunsches sein, ggf. mit Verboten besonders gefährdeter Erscheinungsformen der Suizidhilfe⁹² (etwa aggressiv werbender Sterbehilfevereine oder von offenem Anbieten der Suizidhilfe

⁸² Ibid., Rn. 322.

⁸³ Ibid., Rn. 326.

⁸⁴ Ibid., Rn. 328.

⁸⁵ Ibid., Rn. 313 und Rn. 330.

⁸⁶ Ibid., Rn. 331.

⁸⁷ Sofern man für Unionsbürgerinnen und -bürger die Deutschen-Grundrechte nicht analog anwenden will, können sie sich jedenfalls auch auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.

⁸⁸ BVerfG (Fn. 4), Rn. 313, 316 und 330.

⁸⁹ Ibid., Rn. 332 und 333.

⁹⁰ Ebenso *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1528); *Woll*, ZEuS 2/2018, 181 (215).

⁹¹ *Muckel*, JA 2020, 473 (476).

⁹² BVerfG (Fn. 4), Rn. 338 ff.

in Pflege- bzw. Altenheimen⁹³).⁹⁴ Bis zu einer solchen Neuregelung sollte aber v.a. das Bundesministerium für Gesundheit endlich seiner rechtlichen Pflicht in Form der Umsetzung der Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts aus seinem eingangs erwähnten Urteil von 2017 nachkommen,⁹⁵ in dem es auch entschieden hatte, dass schwer und unheilbar erkrankte Personen in extremer Notlage einen Anspruch auf Erwerb einer tödlich wirkenden Dosis von Betäubungsmitteln haben, wozu es § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG einschränkend ausgelegt hatte.⁹⁶

Zu hoffen und mit Spannung abzuwarten bleibt daher, wann und wie Gesetzgeber und Exekutive endlich die Selbstbestimmung auch am Lebensende konsequent anerkennen und entsprechend handeln.

⁹³ *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1015).

⁹⁴ Für eine kritische Diskussion mehrerer Gesetzesentwürfe siehe *Neumann*, NJOZ 2021, 385 ff.

⁹⁵ BVerwG (Fn. 15).

⁹⁶ Ebenso *Dießner*, FD-StrafR 2020, 427867.

Unfallversicherungsschutz von Hochschulstudierenden

Von Richter am Bundessozialgericht Dr. Dirk Bieresborn, Kassel*

Studierende an Hochschulen stehen „während der Aus- und Fortbildung“ unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung (gUV).¹ Die Reichweite dieses in § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII normierten Versicherungstatbestands, der erstmals vor rund 50 Jahren² durch § 539 Abs. 1 Nr. 14d RVO 1971³ eingeführt wurde, ist nach wie vor umstritten. In mehreren Entscheidungen hat das Bundessozialgericht (BSG) in jüngerer Zeit zwar bestätigt, dass nicht nur die Teilnahme an Veranstaltungen im gewählten Studiengang selbst, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch andere Unternehmungen bis hin zur Ausübung von Hochschulsport versichert sind.⁴ Dennoch sind zahlreiche Einzelfragen ungeklärt, zumal die BSG-Rechtsprechung auf Kritik in der Literatur gestoßen ist. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über den Versicherungsschutz Hochschulstudierender anhand der Rechtsprechung geben und verbliebene Problemkonstellationen aufzeigen.

A. Einordnung des Versicherungsschutzes in der gUV für Hochschulstudierende

Die Aufgaben der gUV bestehen gemäß § 1 SGB VII in der Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, der Wiederherstellung der Gesundheit und Leistungsfähigkeit der Versicherten sowie ihrer Entschädigung als auch die ihrer Angehörigen und Hinterbliebenen.⁵ Die UV Studierender nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII gehört im Unterschied zur der dem Schutz der Beschäftigten dienenden „echten“ UV, die von den Unternehmern auf eigene Rechnung durchgeführt wird, zur sogenannten „unechten“ UV⁶, die für solche

Personen entwickelt wurde, die ähnlich schutzbedürftig wie Arbeitnehmer sind. Diese Versicherungstatbestände gehören systematisch in den Bereich der sozialen Entschädigung⁷, sind bei den UV-Trägern der Länder und Gemeinden angesiedelt sowie steuerfinanziert.⁸ Auch hier handelt sich um eine Versicherung kraft Gesetzes und damit eine Zwangsversicherung.⁹

Wie in der gewerblichen UV, die gem. § 104 Abs. 1 SGB VII eine Art Haftpflichtversicherung der Unternehmer ist, durch welche deren zivilrechtliche Haftpflicht gegenüber den Beschäftigten außer bei Vorsatz abgelöst wird¹⁰, gelten gem. § 106 Abs. 1 SGB VII diese Wirkungen auch im Verhältnis der Hochschulen zu den Studierenden. Hierdurch wird letzteren das Risiko eines Prozesses gegen die Hochschule abgenommen, weil alleine passivlegitimiert für Ansprüche nach dem SGB VII der jeweilige UV-Träger ist. Im Recht der gUV gilt ferner das Kausalprinzip: Für die erfolgreiche Geltendmachung von Ansprüchen ist Voraussetzung, dass die versicherte Tätigkeit das Unfallereignis und dieses einen Gesundheitsschaden verursacht hat. Hingegen kommt es weder auf den Nachweis eines Verschuldens der Hochschule noch auf ein etwaiges Mitverschulden des Versicherten an, weil verbotswidriges Handeln einen Versicherungsfall gem. § 7 Abs. 2 SGB VII nicht ausschließt. Weiterer Vorteil ist die grundsätzliche Kostenfreiheit des Sozialgerichtsverfahrens (§ 183 SGG).

* Der Autor ist Richter am Bundessozialgericht und Lehrbeauftragter der Philipps-Universität Marburg; er war bis zum 31.12.2020 dem für die gUV zuständigen 2. Senat des BSG zugewiesen.

¹ Nach Angaben der Bundesregierung gab es im Jahr 2020 bei 2.883.611 Versicherten im Bereich der Hochschulen 4.256 Unfälle (1,5 je 1000 Versicherte) und 1.808 Wegeunfälle (0,6 je 1000 Versicherte), BT-Drs. 20/370, S. 82 vom 6.1.2022.

² Schlaeger, WzS 2021, 72 ff.

³ Reichsversicherungsverordnung, i.d. bis 31.12.1996 geltenden Fassung des Gesetzes über Unfallversicherung für Schüler und Studenten sowie Kinder in Kindergärten vom 18.3.1971 (BGBl. I, S. 237).

⁴ Zuletzt BSG, SozR 4-2700 § 2 Nr. 49 = SGB 2019, 559 ff. m. Anm. Ziegler, SGB 2019, 563 ff.

⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Niemeyer/Freund, NZS 1996, 497 ff.; Graeff, SGB 1996, 297 ff.; Gitter, BB Beilage 1998, Nr. 6, 1 ff.

⁶ S. BVerfGE 75, 348 ff. sowie BVerfGE 81, 156 ff.; kritisch zur Terminologie P. Becker, BG 2011, 224 (228).

⁷ S. BVerfGE 75, 348 ff. sowie BVerfGE 81, 156 ff.

⁸ Schlegel, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2, 1996, § 13 Rn. 3.

⁹ Im Unterschied zur Pflichtversicherung, die den Abschluss eines Vertrages erfordert, wie z.B. in der privaten Pflegeversicherung, s. § 23 SGB XI.

¹⁰ Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969, S. 38 ff., 211 ff.; Gitter, BB Beilage 1998, Nr. 6, 1 (3).

B. Grundsätzliche Prüfungsschritte eines Versicherungs-/Leistungsfalls in der gUV

Gem. § 7 Abs. 1 SGB VII sind Versicherungsfälle der gUV Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten.¹¹ Nach § 8 SGB VII ist Arbeitsunfall ein Unfall, den ein Versicherter bei einer der den Versicherungsschutz nach §§ 2, 3 oder 6 SGB VII begründenden Tätigkeiten erleidet. Unfälle sind nach § 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse¹², die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen. Ein Arbeitsunfall setzt somit voraus, dass die Verrichtung zur Zeit des Unfalls der versicherten Tätigkeit zuzurechnen ist (*innerer oder sachlicher Zusammenhang*), sie zu dem zeitlich begrenzten, von außen auf den Körper einwirkenden (Unfall-)Ereignis geführt hat (*Unfallkausalität*) und dass das Unfallereignis einen Gesundheitsschaden oder den Tod des Versicherten objektiv und rechtlich wesentlich verursacht hat (*haftungsbegründende Kausalität*).¹³ Damit ist nicht zwingend der Leistungsfall verbunden, da ein Anspruch auf konkrete Leistungen von weiteren Voraussetzungen abhängig ist und häufig erst durch weitere Gesundheitsfolgeschäden ausgelöst wird (*haftungsausfüllende Kausalität*) (vgl. Abb. 1).¹⁴

Die somit auf drei Ebenen bestehenden Kausalbeziehungen werden jeweils in zwei Stufen geprüft: Die Verrichtung der versicherten Tätigkeit muss die Einwirkung sowie der versicherte Unfall muss den Gesundheitsschaden objektiv (1. Stufe) und rechtlich wesentlich (2. Stufe) verursacht haben.¹⁵ Auf der ersten Stufe setzt dies voraus, dass die Einwirkung durch die versicherte Verrichtung bzw. der Gesundheitsschaden durch das versicherte Unfallereignis objektiv

naturwissenschaftlich als *conditio sine qua non* (mit-)verursacht wurden.¹⁶ Dies ist eine rein tatsächliche Frage¹⁷, die aus der nachträglichen Sicht (*ex post*) nach dem jeweils neuesten anerkannten Stand des Fach- und Erfahrungswissens über Kausalbeziehungen und ggf. unter Einholung von Sachverständigen-gutachten beantwortet werden muss.¹⁸ Auf der zweiten Stufe ist im Rahmen einer reinen Rechtsfrage nach der „Theorie der (rechtlich) wesentlichen Bedingung“ der versicherten Verrichtung für den Erfolg der Einwirkung eigenständig zu entscheiden, ob sich durch das versicherte Handeln ein Risiko verwirklicht hat, gegen das der jeweils erfüllte Versicherungstatbestand gerade Schutz gewähren soll.¹⁹ Ebenso muss bei der haftungsbegründenden Kausalität das versicherte Unfallereignis den Gesundheitsschaden objektiv wie rechtlich wesentlich verursacht haben.²⁰ Der Prüfung zugrunde zu legen sind Art und Ausmaß der Einwirkungen sowie der konkurrierenden Ursache, der zeitliche Ablauf des Geschehens, ferner Rückschlüsse aus dem Verhalten des Erkrankten sowie die gesamte Krankengeschichte und der Schutzzweck der Norm.²¹ Die gleichen Grundsätze gelten im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität.²²

Beweisrechtlich ist zu beachten, dass das Unfallereignis selbst bzw. die Einwirkungen sowie die versicherte Tätigkeit als auch die Erkrankung mit dem sog. Vollbeweis nachgewiesen sein müssen.²³ Für die Ursachenzusammenhänge, die als ebenfalls anspruchsbegründende Voraussetzung positiv festgestellt werden müssen²⁴, genügt die hinreichende Wahrscheinlichkeit, nicht allerdings die bloße Möglichkeit.²⁵ Für die den Versicherungsschutz begründenden Umstände

¹¹ Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist die in § 8 SGB VII tatbestandlich vorausgesetzte „zeitliche Begrenzung“, die bei Arbeitsunfällen einen Zeitraum bis zu einer Arbeitsschicht erfasst, während Berufskrankheiten längere Einwirkungen voraussetzen; BSGE 24, 216 (219).

¹² Dazu zuletzt BSG NJW 2021, 3613 ff.

¹³ StRspr, zuletzt BSG, Urt. v. 6.10.2020 – B 2 U 13/19R – SozR 4-2700 (vorgesehen), Rn. 8 -juris; BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 52 Rn. 13; BSGE 122, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 35 Rn. 13; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 55 Rn. 9; jeweils mit zahlreichen weiteren Verweisen.

¹⁴ Vgl. BSG NZS 1996, 30.

¹⁵ Vgl. hierzu BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 55 und BSGE 112, 177 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 46 Rn. 32 ff. m.w.N.

¹⁶ Den missverständlichen Begriff der „Wirkursache“ hat das BSG inzwischen wieder aufgegeben, dazu *Spellbrink*, SGB 2017, 1 ff.; *Bieresborn*, in: Francke/Gagel/Bieresborn (Hrsg.), *Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht*, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 19.

¹⁷ BSGE 128, 104 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 50, Rn. 24 bis 25.

¹⁸ Grundlegend BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 44 Rn. 55 ff.; BSGE 112, 177 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 46 Rn. 31 ff.; zuletzt BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52 Rn. 25.

¹⁹ Vgl. auch BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 55.

²⁰ Vgl. BSGE 118, 18 = SozR 4-2700 § 101 Nr. 2 Rn. 16, BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52 Rn. 11 und SozR 4-2700 § 8 Nr. 53 Rn. 11 sowie BSGE 112, 177 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 46. Rn. 32 ff. m.w.N.

²¹ Vgl. BSGE 96, 196 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 17 Rn. 16.

²² Zuletzt BSG SozR 4-2700 § 73 Nr. 2 Rn. 25.

²³ BSG, Urt. v. 2.4.2009 - B 2 U 29/07 R - juris; BSGE 19, 52 = SozR Nr. 62 zu § 542 aF RVO; BSGE 32, 203 (209) = SozR Nr. 15 zu § 1263 aF RVO; BSGE 45, 285 (287) = SozR 2200 § 548 Nr. 38; BSG SozR Nr. 20 zu § 542 RVO; *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl. 2020, § 128 Rn. 3c.

²⁴ BSGE 96, 196 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 17 Rn. 20.

²⁵ BSGE 103, 45 = SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 3101 Nr. 4 Rn. 16 m.w.N.; BSGE 103, 59 = SozR 4-2700 § 9 Nr. 14,

trifft denjenigen die Beweislast i.S. einer objektiven Feststellungslast, der hieraus ein Recht oder einen rechtlichen Vorteil herleiten will sich darauf beruft.²⁶

C. Voraussetzungen des Versicherungsschutzes von Studierenden

Die Versicherung Studierender erfasst nicht jedes Lebensrisiko während des Studiums, auch existiert kein allgemeiner Hochschulbann, der jedwede Aktivität auf dem Gelände der Hochschule unter Versicherungsschutz stellt, vielmehr ist wie bei Beschäftigten genau zu prüfen, ob die unfallbringende Verrichtung überhaupt der versicherten Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII zurechenbar ist. Voraussetzungen hierfür sind erstens die Zulassung zur Hochschule, zweitens dass die unfallbringende Verrichtung im organisatorischen Verantwortungsbereich der Hochschule stattfindet sowie drittens der Studienbezug der Verrichtung.²⁷ Im Anschluss hat dann die Prüfung der Unfallkausalität zu erfolgen. Das Prüfungsschema (Abb. 1) gestaltet sich zusammenfassend wie folgt:

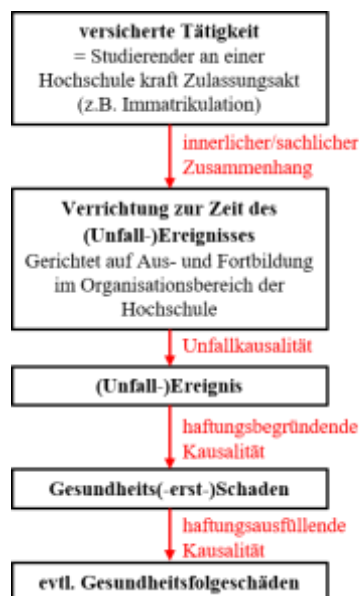


Abbildung 1 - Prüfungsschema

Rn. 9 m.w.N.; BSGE 114, 90 = SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1 Rn. 12; BSG NZS 2012, 151 (152); BSG SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 4111 Nr. 3 Rn. 14.

²⁶ Vgl. zur Wegeunfallversicherung nach § 8 Abs. 2 SGB VII BSG SozR 4-1500 § 55 Nr. 27 Rn. 31 sowie BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 60 Rn. 23; BSGE 102, 111 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 29 Rn. 31; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 43 Rn. 28.

²⁷ BSGE 118, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 32 Rn. 12 ff.

²⁸ *Mehrtens*, in: Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, Stand: Januar 2020, § 2 Rn. 19.1.

I. Hochschule

Zu den Hochschulen zählen alle öffentlichen und privaten Universitäten, Gesamthochschulen und Fachhochschulen, Musik- und Kunsthochschulen, soweit diese einen staatlich anerkannten Lehrauftrag zur Berufsvorbereitung verfolgen.²⁸ Erfasst werden auch Pädagogische Hochschulen, Theologische Hochschulen, die Deutsche Sporthochschule in Köln, die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer sowie die Universitäten der Bundeswehr.²⁹ Nicht zu den Hochschulen zählen lediglich der Erwachsenenbildung dienende Volkshochschulen sowie Akademien.³⁰ Gleiches gilt, wenn bloße weltanschauliche Zwecke verfolgt werden, wie es z.B. bei einer als Vorlesung bezeichneten Unterweisung durch Sekten der Fall ist.³¹ Höhere Fachschulen fallen wiederum unter § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. b) SGB VII.³²

II. Immatrikulation

Für die Eigenschaft als Studierender im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII ist eine formale Beziehung zwischen der Universität als Ausbildungsstätte und der betreffenden Person im Sinne einer Zulassung durch die Hochschule erforderlich. Denn der Status als der Hochschule angehörender Studierender setzt grundsätzlich eine Immatrikulation voraus.³³ Aus der Verwendung einer anderen Begrifflichkeit in anderen Sozialrechtszweigen (Krankenversicherungspflicht für „eingeschriebene Studenten“ nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V; Rentenversicherungsfreiheit für „ordentliche Studierende“ in § 5 Abs. 3 SGB VI) kann nicht zwingend der Umkehrschluss abgeleitet werden, dass die gUV jeden irgendwie in Kontakt zur Universität Tretenen schützen will, weshalb bloße Zuhörer an einer Vorlesung ohne offizielle Registrierung nicht

²⁹ *Schlaeger*, in: Schlaeger/Linder/Bruno (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 11.

³⁰ OLG Bremen NJW 1972, 164 (175).

³¹ *Schlegel*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2, 1996, § 18 Rn. 82.

³² *P. Becker*, in: Krasney/Becker/Heinz/Bieresborn, SGB VII, Stand: Juli 2019, § 2 Rn. 517.

³³ § 36 Abs. 1 Hochschulrahmengesetz - HRG - vom 26.1.1976, (BGBl. I, S. 185), geändert mit Wirkung durch

versichert sind.³⁴ Dies folgt nicht zuletzt aus dem Schutzzweck des § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII, der die Gleichbehandlung der Studierenden mit anderen Lernenden gewährleisten soll, die während ihrer beruflichen Aus- und Fortbildung in bestimmten Einrichtungen, z.B. Lehrwerkstätten, Fachschulen, Berufsfachschulen und Berufsschulen, bereits vor Inkrafttreten des § 539 Abs. 1 Nr. 14d RVO Versicherungsschutz in der gUV genossen.³⁵ Die organisatorische Zugehörigkeit durch eine Zulassung der Universität stellt sicher, dass ein Ausbildungswilliger an Lehrveranstaltungen teilnehmen, Mindeststudienzeiten zurücklegen und Prüfungen ablegen kann. Auf die Zahlung des Semesterbeitrags kommt es hingegen nicht an.³⁶

Umstritten ist, ob darüber hinaus auch offiziell registrierte Gasthörer, Teilnehmer an Ferienkursen, Doktoranden sowie Senioren³⁷ zum versicherten Personenkreis zählen.³⁸ Das BSG hat diese Frage zuletzt dahinstehen lassen.³⁹ Insoweit ist zu bedenken, dass die in § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. a) bis c) SGB VII aufgeführten Tatbestände der sog. unechten Unfallversicherung ihre gemeinsame Rechtfertigung in der Tatsache finden, dass der "Staat" durch Gründung von Universitäten, Schulen und Kindertagesstätten i.w.S. einen Verantwortungsbereich schafft⁴⁰, was grundsätzlich für den Versicherungsschutz auch dieser genannten Personengruppen spricht. Voraussetzung ist freilich eine offizielle Erlaubnis mit dem Status des „Gasthörers“, des „Seniorstudierenden“ usw., die zu einer

regelmäßigen Teilnahme an Lehrveranstaltungen befugt, und sich nicht in der einmaligen Teilnahme an einer Exkursion oder auch der wiederholten Teilnahme am Hochschulsport⁴¹ beschränkt. Eine befürchtete „Sinnentleerung“ des Begriffs des Studierenden⁴² ist darin nicht zu sehen, zumal es die Hochschule letztlich in der Hand hat, selbst darüber zu entscheiden, wer durch den Zulassungsakt dem ihrem Organisationsbereich unterfallenden Risiko ausgesetzt wird. Voraussetzung ist jedenfalls stets ein offizieller Einschreibungsakt.

Beispiel:

S war bis Sommersemester 2018 bei der Universität X als Studierende für das Fach Kunstgeschichte eingeschrieben. Im Wintersemester 2018/19, in dem sie bereits exmatrikuliert ist, nimmt sie noch an einem Proseminar teil und hört eine Vorlesung, ohne dass die Dozenten die Immatrikulation überprüfen. Ihre Teilnahme an diesen Lehrveranstaltungen wird in das beim Kunstgeschichtlichen Seminar der Universität geführte Personalblatt eingetragen. Nachdem sie abends einen in der Universität gehaltenen Gastvortrag besucht hat, dessen Besuch für die Teilnehmenden des Proseminars freiwillig war, wird sie auf dem Heimweg zu ihrer Wohnung von einem ihr unbekannten Täter vergewaltigt. Sie erleidet eine posttraumatische Belastungsstörung (PTBS).

Hier besteht kein Versicherungsschutz, weil S zum Zeitpunkt des Überfalls nicht mehr immatrikuliert war.

das Vierte Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 20.8.1998 (BGBl. I, S. 2190); BSG SozR 4-2200 § 539 Nr. 2, Rn. 15; vgl. auch BVerwGE 112, 248 (251).

³⁴ LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 14.7.2011 - L 5 U 240/10 - juris.

³⁵ § 539 Abs. 1 Nr. 14 RVO i.d.F. des Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes vom 30.4.1963 (BGBl. I, S. 241); s. Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. VI/1333 S. 3 f.; BSG, SozR 4-2200 § 539 Nr. 2 Rn. 14.

³⁶ Zutreffend *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno*, UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 45 unter Hinweis auf BSG NZS 2019, 303 (306).

³⁷ SG Lübeck NZS 2002, 270 (271).

³⁸ *Leube*, NZS 2007, 468 (471); *P. Becker*, in: *Krasney/Becker/Heinz/Bieresborn*, SGB VII, Stand: Juli 2021, § 2 Rn. 516; *Marschner*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), BeckOK-SGB VII, § 2 Rn. 36; *Mehrtens*, in: *Bereiter-Hahn/Mehrtens*, SGB VII, Stand: Januar 2020, § 2 Anm. 19.2; *Riebel*, in: *Hauck/Noftz*, SGB VII, Stand: III/2021, § 2 Rn. 108; *Schmitt*, SGB VII, 4. Aufl. 2009, § 2 Rn. 65; **da-gegen** *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno* (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende,

2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 30 ff. und *ders.*, WzS 2011, 297 (299); *Ricke*, SGB 2006, 460 (464), und *Lilienfeld*, in: *Kas-Komm*, Stand: Juli 2017, SGB VII § 2 Rn. 37; *Schwerdtfeger*, in: *Lauterbach UV-SGB VII*, Stand: Oktober 2016, § 2 Rn. 312.

³⁹ BSG SozR 4-2200 § 539 Nr. 2, Rn. 21; darauf verweist letztlich BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 49 Rn. 13; eine anderslautende Entscheidung existiert – soweit ersichtlich – nicht; vgl. zutreffend *Ziegler*, SGB 2019, 559 (563); **a.A.** *Schlaeger*, WzS 2021, 72 (73).

⁴⁰ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 46 Rn. 22; vgl. zur Schülerunfallversicherung BSGE 125, 129 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 38 = NJW 2018, 1418 Rn. 20 f; zu Studierenden vgl. BSGE 118, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 32, BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 31 und BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 30; hierzu *Schlaeger*, SGB 2016, 80.

⁴¹ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 31 Rn. 19.

⁴² So *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno* (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 39; dabei beschreibt gerade der Begriff „Studierender“ wie schon die zuvor gebräuchliche Form „Student“ (nominalisierte 3. Person Plural von lat. *studeare* = lernen) letztlich eine bloße Tätigkeit.

Die Eintragungen der in das Personaldatenblatt des Kunstgeschichtlichen Seminar dienten lediglich dem Nachweis der Teilnahme an dem Proseminar und der Vorlesung, dokumentierten nicht jedoch eine Immatrikulation oder sonstige förmliche Zulassung. Es genügt nicht der Besuch von Universitätsveranstaltungen ohne Kenntnis der Dozenten von der Exmatrikulation.⁴³

Mit dieser Frage verknüpft ist auch die Streitfrage, ob Voraussetzung für den Versicherungsschutz die Feststellung einer beruflichen Zweckorientierung des Studiums ist, oder ob es genügt, wenn die dort erlangte Bildung nur einem reinen Privatzweck dienen soll.⁴⁴ Angesichts der vielfältigen Studienziele führt letztere Auffassung indes zu erheblichen Abgrenzungsproblemen. Nachvollziehbar ist zwar der Wunsch, bloß formal eingeschriebene Studierende, die z.B. dadurch Vergünstigungen für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) erhalten wollen, aus dem Versicherungsschutz herausnehmen zu wollen⁴⁵, jedoch dürfte in diesen Fällen regelmäßig der Studienbezug⁴⁶ der unfallbringenden Verrichtungen fehlen.

III. Organisatorischer Verantwortungsbereich

Geschützt sind nur Verrichtungen, die dem organisatorischen Verantwortungsbereich der Hochschule zuzurechnen sind.⁴⁷ Insoweit ist der Schutzbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII enger als der in der gewerblichen gUV.⁴⁸ Erfasst wird zwar nicht nur der unmittelbare Besuch von Unterrichtsveranstaltungen⁴⁹, jedoch sind nur die studienbezogenen Tätigkeiten versichert, die in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Hochschule und

deren Einrichtungen verrichtet werden.⁵⁰ Hierzu zählen insbesondere Seminare, Bibliotheksaufenthalte⁵¹, Prüfungen sowie experimentelles Arbeiten im Labor auch während der Semesterferien.⁵²

Nicht versichert sind Tätigkeiten außerhalb des organisatorischen Verantwortungsbereichs der Hochschule⁵³, insbesondere wenn diese in der Privatsphäre des Studierenden stattfinden.⁵⁴ Hierzu zählen z.B. das Anfertigen einer Bachelorarbeit⁵⁵ oder Diplomarbeit zu Hause,⁵⁶ die Teilnahme an privaten Studienfahrten, Auslandsaufenthalte, bei denen es sich nicht um ins Ausland ausstrahlende Maßnahmen (§ 4 Abs. 1 SGB IV) einer deutschen Hochschule handelt⁵⁷ oder ein grenzüberschreitender Sachverhalt gem. VO (EG) Nr. 883/2004 vorliegt.⁵⁸

Bei Praktika ist zu unterscheiden, ob ein wesentlicher Einfluss der Hochschule auf die Art und Weise der Durchführung besteht.⁵⁹ Dies gilt z.B. für das sog. klinisch-praktische Jahr von Medizinstudenten in einer Universitätsklinik oder einem Lehrkrankenhaus außerhalb der Universität, welches hochschulrechtlich, inhaltlich-ausbildungsmäßig und organisatorisch als klinisch-praktische Ausbildung in das Gesamtstudium der Medizin integriert ist.⁶⁰ Die gleichen Grundsätze gelten für Vertiefungs- und Wiederholungskurse wie Repetitorien.⁶¹

Bei Doktoranden und Diplomanden ist zu differenzieren, ob eine organisatorische Eingliederung der Promotionsarbeiten in den Hochschulbetrieb stattgefunden hat, oder ob diese in ihrer Durchführung und Gestaltung jeder Einwirkung seitens der Hochschule

⁴³ BSG SozR 4-2200 § 539 Nr. 2 Rn. 20; in solchen Fällen greift aber unter Umständen das Opferentschädigungsgesetz (OEG) ein, ab 1.1.2024 das SGB IX.

⁴⁴ Für diese Einschränkung *Leube*, NZS 2007, 468 (471 f.); *Hedermann*, in: LPK-SGB VII, 5. Aufl. 2018; § 2 Rn. 77; **dagegen** *Schlaeger*, in: Schlaeger/Linder/Bruno (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 42, der zutreffend darauf hinweist, dass ein Studierender auch im 57. Semester auf dem Rückweg von der Bibliothek versichert sei; *Ricke*, SGB 2006, 460 (461); vgl. BSG SozR 3-2200 § 539 Nr. 27 S. 99 zu den „Lernenden“.

⁴⁵ *Schlaeger*, in: Schlaeger/Linder/Bruno (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 43

⁴⁶ S. unten IV.

⁴⁷ BSGE 44, 100 (102 f.) = SozR 2200 § 539 Nr. 36.

⁴⁸ Vgl. zur Vorgängernorm § 539 Abs. 1 Nr. 14 d RVO BSGE 41, 149; 51, 257; BSG SozR 3-2200 § 539 Nr. 22; s.

auch LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 16.2.2007 – L 6 U 839/04, Rn. 67 – juris.

⁴⁹ Vgl. BSGE 73, 5 (7).

⁵⁰ BSGE 44, 100 (102 f.) = BSG SozR 2200 § 539 Nr. 36.

⁵¹ BSG SozR 3-2200 § 539 Nr. 26.

⁵² Hessisches LSG - Breithaupt 1974, 475.

⁵³ BSG SozR 3-2200 § 539 Nr. 26.

⁵⁴ BSGE 44, 100 (103) = BSG SozR 2200 § 539 Nr. 36.

⁵⁵ SG Detmold, Urt. v. 10.03.2015 - S 14 U 162/12, Rn. 17 - juris.

⁵⁶ BSGE 44, 100 = SozR 2200 § 539 Nr. 36.

⁵⁷ BSGE 73, 5 (7).

⁵⁸ *Schlaeger*, in: Schlaeger/Linder/Bruno (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020 § 6 Rn. 70.

⁵⁹ *Bereiter-Hahn/Mehrtens*, SGB VII, § 2, Stand 3/21 Rn. 19.6.

⁶⁰ *P. Becker*, in: Krasney/Becker/Heinz/Bieresborn, SGB VII, Stand: Juli 2019, § 2 Rn. 521a.

⁶¹ *Leube*, ZfS 2007, 363 f.

entzogen und daher auch nicht mehr ihrem organisatorischen Verantwortungsbereich zuzuordnen sind.⁶² Die bloße Kenntnis der Universität von dem konkreten Erkundungsvorhaben oder der Umstand, dass die Universität Materialien zur Verfügung gestellt hat, genügen nicht.⁶³ Bei der Durchführung von Feldforschungen sowie bei Tätigkeiten zur Darstellung der ersten Forschungsergebnisse im Ausland besteht Versicherungsschutz, wenn ein Mindestmaß an Einflussnahme der deutschen Universität auf die Inhalte und die Organisation des Auslandsaufenthaltes besteht.⁶⁴ Erforderlich ist auch hier, dass die Tätigkeit mit dem Ziel der Erstellung einer Promotion/Diplomarbeit innerhalb des organisatorischen Verantwortungsbereichs der Hochschule ausgeübt wird, wobei stets ein unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Zusammenhang mit der Hochschule und ihren Einrichtungen bestehen muss. Die erforderliche organisatorische und rechtliche Verantwortung der Hochschule kann nicht dadurch ersetzt werden, dass ein vom Studierenden selbst durchgeführter Auslandsaufenthalt für das angestrebte Ziel der Promotion sachgerecht, dienlich oder sogar unerlässlich ist. Nicht erforderlich ist aber, dass neben der Immatrikulation an der Universität – auch für ein anderes Fach – eine Eintragung als Promotionsstudent erfolgt ist sowie dass der Betreffende ein ausformuliertes Promotionsthema gefunden hat.⁶⁵

Dies gilt auch für sonstige Ausbildungsschritte nach der Approbationsordnung, wie z.B. die *Famulatur*.⁶⁶ Denkbar ist aber auch Versicherungsschutz als Beschäftigter nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, sofern eine organisatorische Eingliederung z.B. als Hochschulassistent erfolgt ist⁶⁷ oder eine Versicherung kraft Satzung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII.⁶⁸ Das LSG Sachsen-Anhalt hat entschieden, dass im Praktischen Jahr befindliche Studierende der Humanmedizin dem Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII unterfallen, wenn sie immatrikuliert sind. Sie stünden jedoch mangels wirtschaftlichen

Wertes ihrer Ausbildungstätigkeit und Verfolgung wesentlich eigener Interessen nicht i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV in einer abhängigen Beschäftigung und seien deshalb nicht gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII versicherungspflichtig. Auch sei ein Beschäftigungsverhältnis i.S.v. § 7 Abs. 2 SGB IV mangels betrieblicher Berufsbildung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 BBiG⁶⁹ nicht gegeben, wenn die praktische Tätigkeit aufgrund landesrechtlicher Vorschriften in die Hochschulbildung eingegliedert und deshalb als Teil des Studiums anzusehen sei.⁷⁰ Studentische Hilfskräfte sind wiederum regelmäßig als Beschäftigte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Lehrstuhl versichert.⁷¹

Es genügt für den Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII die organisatorische Mitverantwortung der Hochschule für die Teilnahme an der Veranstaltung, die sich jedoch nicht auf eine reine Unterstützungsleistung einer ansonsten in der Organisationshoheit des Studierenden liegenden Einrichtung beschränken darf.⁷²

Beispiel:

Die Hochschulmannschaft der Universität M nimmt an den Deutschen Hochschulmeisterschaften im Basketball in Köln teil. Diese wurden vom Allgemeinen Deutschen Hochschulsport (ADH) organisiert und von der Universität Köln veranstaltet. Hier steht dem Versicherungsschutz nicht entgegen, dass die Veranstaltung nicht auf dem Gelände der Universität M ausgetragen und auch nicht unmittelbar von dieser, sondern von dem ADH organisiert wurde, sondern es genügt, dass die Hochschule M mit der Auswahl aus den Basketball als Hochschulsport betreibenden Studierenden für die Universitätsmannschaft die organisatorische Verantwortung für den Teilnehmerkreis trug, die An- und Abfahrt, Unterbringung der Mannschaft und die Verpflegung während des Turniers organisierte, sowie laut Satzung des ADH, dessen Mitglied die Universität

⁶² LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 16.2.2007 - L 6 U 839/04 - juris.

⁶³ LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 11.3.2021 - L 6 U 4/19 - juris.

⁶⁴ Sächsisches LSG, Urt. v. 12.3.2014 - L 6 U 220/11 - juris.

⁶⁵ LSG Mecklenburg-Vorpommern vom 30.6.2021 - L 5 U 49/13, Rn. 66 - juris; mit krit. Anm. P. Becker, jurisPR-SozR 1/2022 Anm. 2; s. zur unbefriedigenden sozialen Absicherung von Wissenschaftlern und insbesondere zum UV-Schutz Promovierender die Kleine Anfrage BT-Drs. 19/3665 und BT-Drs. 19/7866.

⁶⁶ Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 2 Stand 3/21, Rn. 19.7.

⁶⁷ P. Becker, in: Krasney/Becker/Heinz/Bieresborn, SGB VII, Stand: Juli 2019, § 2 Rn. 516a.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 19/3665 sowie BT-Drs. 19/7866; erfasst werden z.B. die Werksbesucher.

⁶⁹ Berufsbildungsgesetz i.d.F. v. 4.5.2020 (BGBl. I, S. 920) zul. geänd. d. Art. 16 G. v. 28.3.2021 (BGBl. I, S. 591 [602]).

⁷⁰ LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 22.4.2021 - L 6 U 145/17, Rn. 35 - juris (Revision zugelassen).

⁷¹ Schlaeger, in: Schlaeger/Linder/Bruno (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 67.

⁷² BSGE 118, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 32, Rn. 26.

M war, (mittelbare) Mitveranstalterin der Meisterschaften war.

Das LSG Niedersachsen-Bremen lässt das Bestehen einer Kooperationsvereinbarung zwischen der Hochschule und einem allein für die Durchführung des Hochschulsports verantwortlichen eingetragenen Verein genügen.⁷³

Diese Grundsätze gelten auch bei Traditionsveranstaltungen wie z.B. der „Kittelverbrennung“ bei Studierenden des Fachs Pharmazie⁷⁴, oder bei Teilnahme eines Studenten an einer von ihm und anderen Kommilitonen ehrenamtlich organisierten *Halloween-Party* in den Räumen der Universität⁷⁵, bei denen jeweils bloße Unterstützungsleistungen der Universität nicht genügen.

Veranstaltungen des allgemeinen Studierendenausschusses (AStA) sind – im Unterschied zur Fachschaft, in der man zwangsweise Mitglied als Studierender des jeweiligen Fachbereichs ist – nicht zwingend der Hochschule zuzurechnen. Das BSG⁷⁶ hat darauf hingewiesen, dass der AStA das Organ zur Vertretung der Studierendenschaft ist, die als eigenständige rechtsfähige Gliedkörperschaft der Hochschule unbeschadet der Zuständigkeit der Hochschule und des Studentenwerks ihre eigenen Angelegenheiten selbst verwaltet⁷⁷, womit dieser nicht die Hochschule vertritt.⁷⁸ Denkbar ist insoweit aber Versicherungsschutz als abhängig Beschäftigter i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII oder als sog. Wie-Beschäftigter i.S.d. § 2 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.⁷⁹

IV. Aus- und Fortbildung

Der Unfallversicherungsschutz besteht nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII nur während der Aus- und Fortbildung. Versicherter i.S.d. § 8 Abs. 1 S. 1 SGB VII ist jemand nur, wenn, solange

und soweit er den Tatbestand einer versicherten Tätigkeit durch eigene Verrichtungen erfüllt. Eine Verrichtung ist jedes konkrete Handeln eines Verletzten, das (objektiv) seiner Art nach von Dritten beobachtbar und (subjektiv) – zumindest auch – auf die Erfüllung des Tatbestandes der jeweiligen versicherten Tätigkeit ausgerichtet ist.⁸⁰

1. objektiver Studienbezug

Der erforderliche sachliche Zusammenhang zwischen einer Verrichtung und der Aus- und Fortbildung ist jedenfalls bei studienfachbezogenen Tätigkeiten, die als solche im Vorlesungsverzeichnis enthalten oder die zur Erlangung eines Studienabschlusses erforderlich sind, gegeben. Durch das Studienangebot kommen die Hochschulen ihrem gesetzlichen Bildungsauftrag gem. § 2 HRG⁸¹ nach.⁸²

Im Unterschied zu Schülern sind Studierende in ihrer Wahl, an welchen Lehrveranstaltungen sie über ihr Fach hinaus teilnehmen, regelmäßig frei, weshalb der Versicherungsschutz Studierender nicht auf rein studienfachbezogene Verrichtungen beschränkt ist. In der Regel besteht Versicherungsschutz, wenn Studierende Hochschuleinrichtungen wie Universitätsbibliotheken, Seminare und Institute zu Studienzwecken aufsuchen.⁸³ Dies umfasst auch die Teilnahme an öffentlichen Veranstaltungen des *studium generale*, die der Förderung der umfassenden Allgemeinbildung dienen – sofern die formale Voraussetzung der Hochschulzulassung besteht (s.o.). Dies gilt auch für Doktoranden, die für andere Fächer als das, in dem sie promovieren, eingeschrieben sind.⁸⁴ Auch bei der Teilnahme an der studentischen Selbstverwaltung ist der Studienbezug gegeben⁸⁵, wobei für Versicherungsschutz die Hochschule zumindest teilweise die Organisationsverantwortung haben muss.⁸⁶ Auch von der Universität ver-

⁷³ LSG Niedersachsen-Bremen, WzS 2021, 90 f.; kritisch *Schlaeger*, WZS 2021, 72 (76).

⁷⁴ Thüringer LSG, Urt. v. 10.12.2015 - L 1 U 1264/14, Rn. 29 ff. – juris; vgl. auch die Anm. *Schlaeger*, jurisPR-SozR 6/2016 Anm. 4.

⁷⁵ SG Mainz, Urt. v. 18.06.2018 - S 14 U 45/17 - juris.

⁷⁶ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 30 Rn. 16.

⁷⁷ Unter Bezug auf §§ 53 und 55 Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen i.d.F. v. 31.10.2006 (GV NRW 2006, S. 474).

⁷⁸ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 30 Rn. 15 bis 16.

⁷⁹ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 30 Rn. 18 bis 20; s. zur Wie-Beschäftigung *Spellbrink/Bieresborn*, NJW 2019, 3745 ff.

⁸⁰ S. zur Handlungstendenz BSGE 111, 37 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 20 Rn. 21 f. und zuletzt BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52 Rn. 14.

⁸¹ I.d.F., die er durch das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen und zur Änderung anderer Gesetze <BGuaÄndG> vom 27.4.2002 (BGBl. I, S. 1467), mit Wirkung zum 1.5.2002 erfahren hat.

⁸² BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 31 Rn. 15.

⁸³ BSG SozR 3-2200 § 539 Nr. 1 S. 4; BSGE 73, 5 (6) = SozR 3-2200 § 539 Nr. 26 S. 91 f; BSG NJW 1996, 949. S. allerdings zur Begrenzung des Teilnehmerkreises sogleich.

⁸⁴ LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 30.6.2021 – L 5 U 49/13, Rn. 66 – juris, mit krit. Anm. *P. Becker*, jurisPR-SozR 1/2022 Anm. 2.

⁸⁵ BSGE 28, 204 = SozR § 539 Nr. 9.

⁸⁶ S.o. unter III.

anstaltete Exkursionen stehen unter Versicherungsschutz, wenn auch der Teilnehmerkreis im Wesentlichen auf die Studierenden beschränkt ist, wobei es unschädlich ist, wenn auch andere Hochschulangehörige an dem Angebot der Universität teilnehmen.⁸⁷ Es darf aber keine mit einer Reisebütrotätigkeit vergleichbare Angebotsleistung einer Hochschule für Dritte vorliegen, die in keinem Zusammenhang mit dem gesetzlichen Förderauftrag steht.

Beispiel:

Der Bereich Hochschulsport einer Universität bietet einen einwöchigen Skikurs in den Alpen an. Es wird ein Reisebus gechartert. Dieser hat 50 Sitzplätze. Da sich nur 10 Studierende für die Teilnahme angemeldet haben wird in der örtlichen Tageszeitung nach dem Prinzip des *First-Come-First-Serve* angeboten, dass jeder Interessierte gegen einen Unkostenbeitrag i.H.v. 200,00 Euro mitfahren darf.⁸⁸

Wie bei der gewerblichen „echten“ Unfallversicherung sind rein eigenwirtschaftliche oder privatnützige Einrichtungen, die jeder Mensch unabhängig von der versicherten Tätigkeit ausübt, und mit denen allein eigene Angelegenheiten verfolgt werden, nicht versichert.⁸⁹ Dies gilt z.B. für die Nahrungsaufnahme als solche, weil diese für jeden Menschen Grundbedürfnis ist.⁹⁰ So wie dies bei Beschäftigten selbst bei Einnahme von Essen oder Trinken in einer Werkskantine der Fall ist⁹¹, sind auch Studierende beim Essen in der Mensa nicht gesetzlich unfallversichert.⁹² Im Unter-

schied zur Nahrungsaufnahme selbst ist das Zurücklegen eines Weges mit der Handlungstendenz, sich an einem vom Ort der Tätigkeit verschiedenen Ort Nahrungsmittel für den alsbaldigen Verzehr am Arbeitsplatz zu besorgen oder einzunehmen, nach der ständigen Rechtsprechung des BSG unabhängig von dessen zwingender betrieblicher Notwendigkeit grundsätzlich versichert.⁹³ Diese für Beschäftigte zumindest bei "normalen Mahlzeiten"⁹⁴ geltende Rechtsprechung ist auch auf Studierende anzuwenden, da sich auch hier typisierend das Unfallrisiko einer fremden Umgebung auswirkt, in der sich der Betroffene studienbedingt aufhält. Dies gilt ferner nicht bei Wegen zur Genussmitteleinnahme wie Süßigkeiten, Alkohol oder Rauchen.⁹⁵ Ebenso ist zwar der Aufenthalt in der Toilette, sofern dieser nicht für betriebsbezogene Verrichtungen genutzt wird, nicht versichert, jedoch sind die Wege, die Beschäftigte während der Arbeitszeit zum Aufsuchen der Toilettenräume zurücklegen, nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich unfallversichert.⁹⁶

Das BSG hat in der jüngeren Rechtsprechung klargestellt, dass der erforderliche Studienbezug grundsätzlich auch während der sportlichen Betätigung der Studierenden im Rahmen des Hochschulsports gegeben ist.⁹⁷ Als maßgebliches Kriterium hat es sich im konkreten Fall auf § 101 des Hochschulgesetzes für Rheinland-Pfalz⁹⁸ gestützt, wonach der für den Sport zuständige Fachbereich auch für die Durchführung des sportwissenschaftlichen Auftrags in Forschung, Lehre

⁸⁷ A.A. noch *Schlaeger*, SGB 2016, 80 (82).

⁸⁸ Vgl. BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 31 Rn. 19 zu einem im Ausland über den Jahreswechsel angebotenen Skikurs. Das LSG Niedersachsen-Bremen (Urt. v. 27.0.2016 - L 3 U 56/15, Rn. 21 ff. - juris) lässt es genügen, wenn im Einzelfall ausnahmsweise auch Dritte teilnehmen können oder die zur Verfügung stehenden Plätze vorrangig an Studierende vergeben werden (zur Fußballspielrunde „Campusliga“).

⁸⁹ Vgl. BSG SozR 2200 § 548 Nr. 97; BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 27; BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 6 = NZS 2006, 375.

⁹⁰ BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 2 = SozR 3-2200 § 548 Nr. 36, Rn. 19; BSGE 11, 267 (268); BSGE 12, 247 (249) = SozR Nr. 28 zu § 542 RVO aF; BSG SozR Nr. 26 zu § 543 RVO aF.

⁹¹ BSG Breithaupt 1969, 755 = USK 6920 BSG SozR 2200 § 548 Nr. 20.

⁹² LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 17.12.2019 - L 16 U 79/16, Rn. 51 ff. - juris (Revision anhängig unter B 2 U 5/20 R); *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno* (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 68.

⁹³ Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 48 Rn. 20; BSG NJW 2018, 1203 (1205); vgl. zur Abgrenzung auch BSG

SozR 4-2700 § 8 Nr. 62; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 48 Rn. 20; BSG UV-Recht Aktuell 2010, 897 (898 f.); BSG, Urt. v. 20.2.2001 - B 2 U 6/00 R, Rn. 20 m.w.N. - juris; BSG SozR 3-2200 § 548 Nr. 38 S. 135 f. m.w.N.; sofern *Schlaeger* (jurisPR-SozR 13/2021 Anm. 4) behauptet, das BSG verlange, dass die Nahrungsaufnahme unaufschiebbare, notwendige Handlung sei, die geeignet ist, die Arbeitskraft des Versicherten zu erhalten und ihm damit zu ermöglichen, die betriebliche Tätigkeit fortzusetzen, verkennt er den Kontext der Fiktion in der von ihm zitierten Entscheidung des 2. Senats, BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 48 Rn. 20. Am Ende würde Versicherungsschutz nur bei Hunger- oder Durstgefühlen bestehen.

⁹⁴ BSG SozR 2200 § 548 Nr. 97; BSG USK 80107.

⁹⁵ *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno* (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020 § 6 Rn. 61.

⁹⁶ Vgl. BSG NZS 2017, 625 (627).

⁹⁷ S. zum erforderlichen organisatorischen Verantwortungsbereich oben 3.

⁹⁸ HochSchG – i.d.F. vom 21.7.2003 (GVBl 2003 S. 167) zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.3.2008 (GVBl 2008 S. 57).

und Studium und damit auch den zum Studium zählenden Hochschulsport verantwortlich ist, der mit seinem Angebot den Bildungsauftrag erfülle.⁹⁹ In einer späteren Entscheidung hat es zusätzlich bewegungspädagogische Aspekte angeführt und als Funktion des Sports neben dem gesundheitlichen Ausgleich die sozialen Integration, Identifikation mit der eigenen Hochschule und nicht zuletzt die Persönlichkeitsentwicklung genannt.¹⁰⁰ Die diesbezügliche in der Literatur geäußerte Kritik, dass das BSG, außerjuristische Aspekte ohne ausreichende eigene Fachkompetenz anwende¹⁰¹, übersieht, dass an dieser Stelle keine Tatsachenfeststellung oder revisionsgerichtliche Überprüfung einer solchen¹⁰², sondern die Verifikation einer grundsätzlich bindenden Auslegung von Landesrecht (§ 162 SGG) und damit eine Wertung erfolgt.¹⁰³ Die für Beschäftigte geltenden Grundsätze zum Betriebssport, insbesondere zum Wettkampfsport¹⁰⁴, sind im Rahmen des Versicherungsschutzes nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII hingegen nicht anwendbar.¹⁰⁵ Der Versicherungsschutz Studierender bei der Ausübung von Hochschulsport findet im Gesetz selbst in dem Tatbestandsmerkmal der Aus- und Fortbildung seine Stütze und muss im Gegensatz zum Betriebssport bei Beschäftigten nicht erst im Wege der Rechtsfortbildung und eine Erweiterung eines gesetzlichen Tatbestands § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII konstruiert werden.¹⁰⁶

Die nicht nur mit dem gesetzlichen Förderauftrag sondern auch dem positiven Effekt auf das Lernen argumentierende Rechtsprechung des BSG hat sich bisher nur auf den Versicherungsschutz beim Hochschulsport bezogen und eine Beschränkung auf wirkliche Sportveranstaltungen in einem *obiter dictum* angedeutet.¹⁰⁷ Ob alleine aufgrund des Förderauftrags von

Studierenden mit Kind in § 2 Abs. 4 S. 1 HRG auch Versicherungsschutz in seitens der Hochschule zur Verfügung gestellten Eltern-Kind-Zimmern oder bei Still- und Wickelkursen besteht, ist mehr als fraglich, weil hier der Aus- und Fortbildungsbezug kaum begründbar ist.¹⁰⁸

2. subjektiver Studienbezug

Neben dem objektiven Aus- und Fortbildungsbezug der jeweiligen Verrichtung verlangt die BSG-Rechtsprechung nach wie vor die zumindest auch darauf gerichtete Willensrichtung, dass die eigene Tätigkeit unmittelbare oder mittelbare Vorteile für das eigene Studium bringen soll. Das Vorliegen dieser subjektiven Komponente wird (widerlegbar) vermutet, wenn sich der Versicherte bei objektiv studienfachbezogenen Tätigkeiten – wie dem Besuch einer Vorlesung – verletzt, die als solche im Vorlesungsverzeichnis enthalten oder die zur Erlangung eines Studienabschlusses erforderlich sind.¹⁰⁹ Aber nicht jede Aktivität im Verantwortungsbereich der Universität ist damit versichert.

Beispiel:

Das Aufsuchen der Universitätsbibliothek ist, wenn rein private Interessen wie das Schreiben eines privaten Briefes verfolgt werden, als privatwirtschaftlich und eben nicht studienbezogene Verrichtung unversichert.¹¹⁰ Dies gilt auch dann, wenn das Briefeschreiben objektiv eine wichtige stilistische Übung für spätere Klausuren ist.

Die Kritik am Erfordernis des subjektiven Studienbezugs¹¹¹ erkennt, dass für die gesamte Unfallversicherung die objektivierte Handlungstendenz maßgebliches Kriterium ist.¹¹² Als weitere Beschränkung und

⁹⁹ BSGE 118, 1 (4 f.).

¹⁰⁰ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 49 Rn. 17.

¹⁰¹ *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno* (Hrsg.), *UV für Kinder in Tagesbetreuung, Schüler und Studierende*, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 83.

¹⁰² Vgl. z.B. zur Überprüfung tatrichterlicher Feststellungen am Maßstab von Erfahrungssätzen BSG SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2108 Nr. 10 Rn. 23 ff.

¹⁰³ S. zum Versicherungsschutz bei einem Skikurs BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 31.

¹⁰⁴ S. dazu BSG SozR 4-2200 § 1150 Nr. 2; BSG SozR 4-2200 § 539 Nr. 3 sowie BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 45; BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 23; s. auch *Bieresborn*, SGB 2007, 472 ff.

¹⁰⁵ So bereits die Vorinstanz LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 20.6.2013 - L 5 U 115/12 - juris.

¹⁰⁶ BSGE 118, 1 ff.

¹⁰⁷ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 49 Rn. 20.

¹⁰⁸ *Schlaeger* betrachtet diesen Gedanken im Hinblick auf den höchstpersönlichen Charakter dieser Tätigkeiten gar als „absurd“, *Schlaeger*, in: *Schlaeger/Linder/Bruno* (Hrsg.), *UV für Kinder in Tagesbetreuung, Schüler und Studierende*, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 84.

¹⁰⁹ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 49 Rn. 16.

¹¹⁰ *A.A.* anscheinend *Ziegler*, SGB 2019, 559 (564), wenn er das Merkmal des subjektiven Studienbezugs als entbehrlich bezeichnet. Die wiederum zutreffend beschriebenen praktischen Probleme bei der stets rückwirkend zu erfolgenden Feststellung stellen sich fast immer in der gUV.

¹¹¹ *Ziegler*, SGB 2019, 559 (564); *Schlaeger* WzS 2021, 72 (73).

¹¹² Vgl. BSGE 129, 44-52 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 51 Rn. 16; zur Ablösung des ausschließlich räumlichen Ansatzes vgl. auch *Ricke*, WzS 2017, 9 (13); *Spellbrink*, NZS 2016, 527 (530 Rn. 34), *ders.*, MedSach 2018, 164 (168).

Grenze zwecks Vermeidung eines uferlosen Versicherungsschutzes für Hochschulstudierende dienen das Erfordernis des objektiven Studienbezugs der Tätigkeit sowie der organisatorischen Mitverantwortung der Hochschule. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass Studierende in vollständiger Lern- und Studienfreiheit eigennützig tätig sind, während Arbeitnehmer fremdnützig, weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit ihre Tätigkeit verrichten.¹¹³ Lediglich bei Schülern gelten diese strengen Anforderungen an die Handlungstendenz nicht, weil diese aufgrund ihres Alters häufig nicht die Folgen ihres Handelns einschätzen können.¹¹⁴

Die befürchteten Schwierigkeiten bei der praktischen Beurteilung und Feststellung der Handlungstendenz stellen sich bei jedem Versicherten, nicht nur bei Studierenden, sie lassen sich aber mit Hilfe der entwickelten Kriterien in der Regel lösen. Zum einen ist gerade der Ort des Geschehens nach wie vor wichtiges Indiz bei der Beurteilung der Objektivierung der – später behaupteten – Handlungstendenz¹¹⁵; zum anderen wurde bei Unfällen, die sich am Ort der versicherten Tätigkeit ereigneten und bei denen die genauen Umstände des jeweiligen Unfalls ungeklärt waren, dem beklagten Unfallversicherungsträger die Beweislast dafür auferlegt, dass die zuvor ausgeübte versicherte Tätigkeit im Unfallzeitpunkt für eine eigenwirtschaftliche Verrichtung unterbrochen worden war.¹¹⁶ Voraussetzung dafür ist, dass aufgrund der Gesamtumstände eine Vermutung für die Vornahme einer den Interessen des Beschäftigungsunternehmens dienenden Verrichtung zum Unfallzeitpunkt besteht, weil der Versicherte den räumlichen Bereich, in dem er zuletzt die versicherte Tätigkeit verrichtete, nicht verlassen und dort noch kurz vor dem Unfallereignis versicherte Tätigkeiten verrichtet hatte.¹¹⁷

Beispiel:

Das Schreiben eines privaten Briefes in der Universitätsbibliothek ist zwar unversichert, wenn aber zuvor Literatur für eine Hausarbeit gesichtet wurde, würde

zugunsten des Studierenden bei einem Unfall die o.g. Vermutung eingreifen.

V. Gemischte Tätigkeit/Gespaltene Motivationslage

1. gespaltene Motivationslage

Greifen ausbildungsbezogene und private Verrichtungen derart ineinander, dass sie nicht aufteilbar sind und nur eine einzige Verrichtung ausgeübt wird, die aber gleichzeitig sowohl einen privatwirtschaftlichen als auch auf die Erfüllung eines Versicherungstatbestandes gerichteten Zweck verfolgt (nach der älteren Rechtsprechung auch gemischte Motivationslage¹¹⁸ oder gespaltene Handlungstendenz¹¹⁹ genannt), muss gemäß dem in der gesetzlichen Unfallversicherung geltenden Alles-oder-s-Nichts-Prinzip entschieden werden, ob das konkrete unfallbringende Verhalten der versicherten Tätigkeit oder dem eigenwirtschaftlichen nicht versicherten Bereich angehört. Eine solche Verrichtung erfüllt dann den Tatbestand der versicherten Tätigkeit, wenn das konkrete Geschehen hypothetisch auch ohne die private Motivation des Handelns vorgenommen worden wäre, wenn also die Verrichtung nach den objektiven Umständen in ihrer konkreten, tatsächlichen Ausgestaltung ihren Grund in der versicherten Handlungstendenz findet. Insoweit ist nicht auf Vermutungen über hypothetische Geschehensabläufe außerhalb der konkreten Verrichtung und der objektivierten Handlungstendenz, sondern nur auf die konkrete Verrichtung selbst abzustellen. Es ist zu fragen, ob die Verrichtung, so wie sie durchgeführt wurde, objektiv die versicherungsbezogene Handlungstendenz erkennen lässt.¹²⁰

Beispiel:

Der Studierende, der auf dem Uni-Campus nach der Vorlesung unterwegs ist, um an einem Seminar teilzunehmen, bei dieser Gelegenheit auf dem Weg in das andere Universitätsgebäude an einem Kiosk eine neue *Pre-Paid*-Karte für sein Handy kaufen möchte, ist daher versichert, wenn er über einen losen Stein stolpert.

¹¹³ Karmanski, SozSich 2020, 357 (360).

¹¹⁴ Karmanski, SozSich 2020, 357 (352).

¹¹⁵ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 68 Rn. 20, 21.

¹¹⁶ Vgl. BSG UV-Recht Aktuell 2008, 142 und BSGE 93, 279 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 9.

¹¹⁷ BSG SozR 4-1500 § 55 Nr. 27 Rn. 31.

¹¹⁸ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 33; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 39.

¹¹⁹ Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 39 und BSG 4-2700 § 8 Nr. 48 m.w.N.

¹²⁰ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52 ; vgl. auch BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 39; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 33; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 39; zu der Problematik Köhler, SGB 2011, 586 ff.; Köhler, WzS 2011, 203 (205); Jung, WzS 2011, 227 (230 f.); Spellbrink, WzS 2011, 351 ff.; P. Becker, SGB 2012, 691 (695); Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII, § 8 Rn. 24 f. Nach der älteren Terminologie wurden diese Fälle auch als gemischte Tätigkeiten bezeichnet, vgl. BSG SozR 3-2200, § 548 Nr. 19; BSG SozR 4-2700, § 8 Nr. 14; BSG SozR 3-2200, § 548 Nr. 32.

2. gemischte Tätigkeiten

Gemischte Tätigkeiten setzen demgegenüber (zumindest) zwei gleichzeitig ausgeübte Verrichtungen voraus, von denen (wenigstens) eine den Tatbestand einer versicherten Tätigkeit erfüllt.¹²¹ Die Unterscheidung zwischen gemischten Tätigkeiten und Verrichtungen mit gemischter Motivationslage stellt darauf ab, ob der Unfallhergang durch eine oder mehrere höchstpersönliche Handlungen geprägt ist. Diese Abgrenzung führt zu einer je differenzierten Schwerpunktprüfung der Voraussetzungen eines Arbeitsunfalls. Während bei Verrichtungen mit einer gemischten Motivationslage bereits die Versicherteneigenschaft und damit der sachliche Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der versicherten Tätigkeit besonders zu klären ist, steht bei einer gemischten Tätigkeit die Prüfung der Unfallkausalität im Vordergrund.¹²²

Beispiel:

Der eben genannte Studierende nutzt das Handy sofort, um seine Freundin anzurufen, während er den Weg zum Seminargebäude fortsetzt. Aufgrund eines heftigen Streits übersieht er eine Bordsteinkante, stürzt und bricht sich das Handgelenk. Hier ist es die private (nicht-versicherte) Ursache, die den Sturz (Unfallereignis) alleine wesentlich verursacht, nicht das (grundsätzlich versicherte) Zurücklegen des Weges zur Veranstaltung.

VI. Betriebsgefahren

Ereignet sich der Unfall bei einer versicherten Verrichtung, muss sich jedoch keine besondere Betriebsgefahr verwirklichen. Auch sog. „Unfälle des täglichen Lebens“¹²³ sind versichert, sofern sie sich während versicherter Tätigkeit ereignen. Es kann – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – jede Einwirkung wie ein Insektenstich während des Seminars unter freiem Himmel oder auch ein bakterieller oder viraler Infekt, ausreichen.¹²⁴

Beispiel:

Der Studierende, der bei der Platzsuche im Hörsaal aus Unachtsamkeit stolpert und stürzt, ist versichert.

Wenn der Versicherte dagegen im Wesentlichen durch eine private Tätigkeit einen Unfall erleidet, fehlt der Zusammenhang zwischen seiner versicherten Tätigkeit und dem Unfallereignis.¹²⁵ In bestimmten Ausnahmefällen ist aber Anknüpfungspunkt der Wertung nicht der finale Zweck der Verrichtung, sondern der kausale (unternehmensbedingte) Ursprung der zum Schaden führenden Handlung.¹²⁶ Dies gilt namentlich dann, wenn sich unabhängig von der gerade ausgeübten Verrichtung ein Unfall infolge einer besonderen Betriebsgefahr ereignet. Eine solche liegt vor, wenn der Versicherte sich wegen einer versicherten Tätigkeit an einem Ort aufhält, an dem sich objektiv gefahrträchtige Einrichtungen befinden oder gefährliche Arbeiten durchgeführt werden oder wenn er wegen seiner versicherten Tätigkeit auch im privaten Bereich gefährdet ist, von Dritten angegriffen zu werden.¹²⁷ Denn die gUV schützt die Versicherten gegen solche Gefahren, denen sie im Wesentlichen wegen ihrer versicherten Tätigkeit ausgesetzt sind. Damit werden zugleich die Hochschulen von möglichen Schadensersatzansprüchen der Studierenden freigestellt (§ 106 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII i.V.m. § 104 SGB VII).¹²⁸

Beispiel:

Die Studierende, die in die Bibliothek geht, um dort in Ruhe einen Brief an ihren Freund zu verfassen, ist daher bei einem Brand versichert, obwohl sie gerade keine Tätigkeit mit Aus- oder Fortbildungsfunktion verrichtet.

Kein Ausschlussgrund ist in diesem Kontext das Vorliegen „höherer Gewalt“. Diese gilt zwar als Befreiungsgrund bei verschuldensunabhängiger Haftung

¹²¹ Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52; vgl. auch grundlegend BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 39; vgl. auch BSGE 111, 37 = SozR 4-2700 § 2 Nr. 20; hierzu *Spellbrink*, WzS 2011, 351 ff.

¹²² BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52.

¹²³ BSG SozR 3-2200 § 548 Nr. 4, Rn. 17; BSGE 9, 222 (224).

¹²⁴ Vgl. BSG SozR 3-2200 § 548 Nr. 4 Rn. 17; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 28.9.2006 - L 10 U 3430/05, Rn. 21 - juris; G. Wagner, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB VII, 3. Aufl. 2022, Stand: 15.01.2022, § 8 Rn. 126.

¹²⁵ BSG SozR 3-2200 § 548 Nr. 22 S. 67, S. 71; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 33 Rn. 30.

¹²⁶ BSG, Urt. v. 6.10.2020 – B 2 U 13/19 R, Rn. 19 (SozR vorgesehen).

¹²⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 30.9.1970 - 2 RU 150/68, Rn. 15 - juris; BSGE 43, 113 = SozR 2200 § 550 Nr. 26 = Rn. 18 - juris; BSG, Urt. v. 29.8.1974 – 2 RU 65/74, – Rn. 17 - juris; BSG SozR 3-2200 § 539 Nr. 34 = SozR 3-2200 § 548 Nr. 24 = Rn. 16 - juris und BSG, Urt. v. 7.11.2000 - B 2 U 40/99 R - Rn. 17 - juris; zuletzt zu besonderen Gefahren für Jugendliche bei durch die Betriebsverhältnisse ermöglichten leichtsinnigen Spielereien und gruppenspezifischen Prozessen BSG, Urt. v. 6.10.2020 – B 2 U 13/19 R, Rn. 18 (SozR vorgesehen).

¹²⁸ Vgl. nur BSGE 98, 285 = SozR 4-2700 § 105 Nr. 2, jeweils Rn. 16 ff.

nach zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen¹²⁹ und setzt ein außergewöhnliches, betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter (betriebsfremder) Personen herbeigeführtes und nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbares Ereignis voraus, das mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch nach den Umständen äußerste, vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und das auch nicht im Hinblick auf seine Häufigkeit in Kauf genommen zu werden braucht.¹³⁰ Für die gUV passt dieser Aspekt angesichts des zugleich geltenden Schutzprinzips nicht, wie die beitragsrechtliche Norm § 162 Abs. 1 S. 3 SGB VII zeigt, die durch höhere Gewalt verursachte Versicherungsfälle voraussetzt.¹³¹ Auch bei der unechten UV ist daher allenfalls denkbar, dass eine sich realisierende Gefahr während einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit als nicht betriebsspezifisch angesehen wird.¹³²

VII. Selbst eingebrachte/selbstgeschaffene Gefahr

1. eingebrachte Gefahr

Eine differenzierte Betrachtungsweise ist wiederum bei selbst eingebrachten Gefahren angezeigt. Eine solche liegt vor bei einer von einem Gegenstand aus dem privaten Lebensbereich ausgehenden Gefahr, wobei unerheblich ist, ob diese dem Versicherten im Zeitpunkt des Unfallereignisses bekannt war oder nicht.¹³³ Bei Auswirkung einer solchen Gefahr bedarf es einer juristischen Wertentscheidung, ob diese im Verhältnis zur versicherten Tätigkeit die allein wesentliche Ursache des Unfallereignisses ist.¹³⁴

Beispiel:

Der Studierende möchte während der Vorlesung etwas mitschreiben. Er greift in seinen Rucksack, um einen Stift heraus zu nehmen und verletzt sich an einem geöffneten Taschenmesser, das er versehentlich nach dem letzten Gebrauch nicht zusammengeklappt hatte.

Dies ist regelmäßig der Fall, wenn sich die eingebrachte Gefahr während einer geringfügigen Unterbrechung der versicherten Tätigkeit verwirklicht.¹³⁵

2. selbstgeschaffene Gefahr

Dies darf nicht verwechselt werden mit der „selbstgeschaffenen Gefahr“ durch grob unvernünftiges Verhalten, die das BSG nicht zuletzt wegen der Regelung in § 7 Abs. 2 SGB VII, nach der verbotswidriges Verhalten den Versicherungsschutz nicht ausschließt, seit längerem nicht mehr als die wesentliche Kausalität ausschließendes Kriterium, sondern nur als Element der Abwägung bei der Beurteilung des sachlichen Zusammenhangs ansieht.¹³⁶

Beispiel:

Studierender des Fachs Chemie C besucht eine Lehrveranstaltung zum Thema Alkali-Metalle. Der Dozent demonstriert die Reaktion mit Wasser, indem er ein ca. 0,5 cm großes Stück Kalium abschneidet und in eine Petrischale mit Wasser fallen lässt und die Studierenden animiert, es ihm mittels der jeweils auf den Laborischen angebrachten Apparaturen gleichzutun. C, der seine Kommilitonin Y beeindrucken will, nimmt das ganze ca. 10 cm große Stück des Metalls und wirft es in einen vor ihm stehenden Glasbottich mit Wasser, der durch die Explosion zerbricht und beide verletzt. Der Versicherungsschutz von C scheitert hier nicht an der Selbstgefährdung, sondern daran, dass die überwiegende Handlungstendenz nicht auf die Aus- und Fortbildung, sondern auf das private Motiv „Imponiergehabe“ gerichtet war. Für Y stellt sich das Geschehen – sofern sie dieses nicht ebenfalls wesentlich aus privatbezogenen Motiven beeinflusst hat – als Auswirkung einer betriebsbezogenen Gefahr dar.

VIII. Irrtum

Während bei Beschäftigten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII der Unfallversicherungsschutz auch dann besteht, wenn der Verletzte eine objektiv nicht geschuldete Handlung vornimmt, um einer vermeintlichen Pflicht aus dem Rechtsverhältnis nachzugehen, sofern er nach den besonderen Umständen zur Zeit der Verletzung annehmen durfte, ihn treffe eine solche Pflicht, oder er unternehmensbezogene Rechte aus

¹²⁹ Vgl. z.B. § 701 Abs. 3 BGB, §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftPflG.

¹³⁰ OLG Celle MDR 2005, 1345 (1345) mit zahlreichen Nachweisen zum Zivilrecht.

¹³¹ S. z.B. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 8.12.2016 – L 3 U 56/15, Rn. 23 -juris.

¹³² Vgl. zu Geschäftsreisen BSG NZS 2009, 288, 289 sowie Nusser NZS 2021, 179, 181.

¹³³ Keller, in Hauck/Noftz, SGB VII, Stand: Februar 2021, § 8 Rn. 290d.

¹³⁴ Bayerisches LSG, Urt. v. 12.5.2021 – L 3 U 373/18 – juris (Revision anhängig B 2 U 14/21 R).

¹³⁵ Bayerisches LSG, Urt. v. 23.9.2020 – L 3 U 305/19, Rn. 27 -juris zu einem privat beschafften und zur Arbeitsstätte mitgebrachten Radio; vgl. auch Wietfeld, in: BeckOK Sozialrecht, Stand: 1.3.2020, § 8 SGB VII Rn. 135.

¹³⁶ BSGE 97, 54 ff.; s. auch BSGE 94, 262 ff.; vgl. zur früheren Rechtsprechung BSGE 64, 159, BSGE 30, 14 (15).

dem Rechtsverhältnis ausübt¹³⁷, ist dies in Fällen der unechten Unfallversicherung grundsätzlich nicht der Fall.¹³⁸ Lediglich bei Schülern hat man unter Berücksichtigung des Alters Irrtümer, die auf Gedankenlosigkeit, Unkonzentriertheit und Fahrigkeit zurückzuführen sind – z.B. zu spätes Aussteigen aus dem Schulbus und dadurch Verlängerung des Schulwegs –, nicht als versicherungsschädlich angesehen.¹³⁹ Die jüngeren Entscheidungen des BSG lassen darauf schließen, dass neben der subjektiven Handlungstendenz, dass die konkrete Verrichtung unmittelbare oder mittelbare Vorteile für das eigene Studium bringen soll, kumulativ der objektive Aus- und Fortbildungsbezug der jeweiligen Verrichtung sowie der Organisationsbereich der Hochschule vorhanden sein müssen.¹⁴⁰

Beispiel:

Studierender S ist fest davon überzeugt, dass sein morgendliches Jogging, das er auf dem Universitätsgelände vor der ersten Vorlesung auf dem Universitätsgelände absolviert, ihn nicht nur mental stärkt, sondern deshalb auch unter dem Schutz der gUV steht. Dies ist aber mangels Veranstaltung durch die Universität gerade nicht der Fall.

IX. Wegeunfälle

Bei dem auch für Hochschulstudierende geltenden Schutz bei Unfällen während des Zurücklegens von Wegen ist zunächst zwischen Betriebswegen, die unter § 8 Abs. 1 SGB VII fallen, sowie Wegen nach § 8 Abs. 2 SGB VII zu unterscheiden.

1. Betriebswege

Betriebswege sind Wege, die in Ausübung der versicherten Tätigkeit zurückgelegt werden, Teil der versicherten Tätigkeit sind und damit der Betriebsarbeit bzw. hier der Ausbildung an der Hochschule gleichstehen.¹⁴¹ Sie werden im unmittelbaren Betriebsinte-

resse unternommen und unterscheiden sich von Wegen nach und von dem Ort der Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII dadurch, dass sie der versicherten Tätigkeit nicht lediglich vorausgehen oder sich ihr anschließen.¹⁴²

Beispiel:

Der Studierende des Fachs Chemie C, der sich vom Hörsaal in das auf dem Uni-Gelände befindliche Labor begibt, wo die Professorin einen Versuch demonstrieren möchte, befindet sich auf einem solchen Betriebsweg.

Zeitlicher Beginn des Versicherungsschutzes ist zwar die Immatrikulation¹⁴³, jedoch ist der Weg zur Einschreibung ebenfalls versichert.¹⁴⁴ Der Weg zum Abholen eines Übungsscheins ist versichert, wenn dieser Vorgang aus organisatorischen Gründen der Universität – z.B. zwecks rechtzeitiger Vorlage zur Anmeldung zum Vordiplom – notwendig ist.¹⁴⁵ Gleiches gilt für einen Unfall auf dem Weg zum Postamt, um eine Semesterferienhausarbeit fristwährend einzureichen.¹⁴⁶

2. Wege nach § 8 Abs. 2 SGB VII

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII gehören zu den in der gUV versicherten Tätigkeiten das Zurücklegen des mit der nach den §§ 2, 3 oder 6 SGB VII versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit. Auch Studierende stehen damit unter dem Schutz der Wegeunfallversicherung, wenn sie entsprechend zugelassen sind und sich auf dem Weg zu einer oder von einer Verrichtung der Aus- und Fortbildung einer Hochschule unter den oben genannten Voraussetzungen befinden.¹⁴⁷

Die Formulierung „des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges“ kennzeichnet den sachlichen Zusammenhang des

¹³⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 6.10.2020 – B 2 U 13/19, Rn. 16 (SozR 4 vorgesehen); BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 47 Rn. 21; BSG NJW 2017, 2858 (2859) Rn. 15; BSGE 121, 297 ff. = SozR 4-2700 § 2 Nr. 36 Rn. 12; und grundlegend BSGE 111, 37 ff. = SozR 4-2700 § 2 Nr. 20 Rn. 27 ff.; Hessisches LSG, Urt. v. 24.11.2015 – L 3 U 171/11 – juris; Krasney, NZS 2014, 607 ff.

¹³⁸ Vgl. Spellbrink/Karmanski, SGB 2021, 461 (470).

¹³⁹ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 25 Rn. 14.

¹⁴⁰ BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 49 Rn. 16; BSG SozR 4-2200 § 539 Nr. 2 Rn. 20.

¹⁴¹ BSGE 124, 93 ff. = SozR 4-2700 § 8 Nr. 63 Rn. 10, „Frisseurmeisterin“; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 36 Rn. 16 m.w.N.; BSG SozR 4-1300 § 45 Nr. 8 Rn. 24; BSGE 98, 20 ff. = SozR 4-2700 § 8 Nr. 21 Rn. 14 m.w.N.; BSG, Urt.

v. 6.5.2003 – B 2 U 33/02 R, Rn. 15 m.w.N. – juris; BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 3, S. 15 f.

¹⁴² BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 48 Rn. 13.

¹⁴³ Vgl. hierzu näher Rieke, SGB 2006, 460 (463).

¹⁴⁴ BSG SozR 2200 § 539 Nr. 122.

¹⁴⁵ BSG NJW 1996, 949 (950).

¹⁴⁶ LSG Nordrhein-Westfalen HVBG-INFO 1997, 800 ff.; kritisch Schlaeger, in: Schlaeger/Linder/Bruno (Hrsg.), UV für Kinder in der Tagesbetreuung, Schüler und Studierende, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 63 wegen der fehlenden Organisationshoheit der Universität; allerdings hält er die Subsumtion unter § 8 Abs. 2 Nr. 5 SGB VII (Hausarbeit als Arbeitsgerät) für vertretbar.

¹⁴⁷ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 55 Rn. 12; BSG SozR 4-2200 § 539 Nr. 2 Rn. 12.

unfallbringenden Weges mit der eigentlichen¹⁴⁸ versicherten Tätigkeit, wobei nicht der Weg als solcher, sondern dessen Zurücklegen als Vorbereitungshandlung versichert ist, also der Vorgang des Sichfortbewegens auf einer Strecke, die durch einen Ausgangs- und einen Zielpunkt begrenzt ist.¹⁴⁹ Entscheidend ist, ob der konkret zurückgelegte Weg nach der aufgrund objektiver Umstände zu beurteilender Handlungstendenz des Versicherten beim Zurücklegen des Weges dazu dient, die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII versicherte Tätigkeit aufzunehmen.¹⁵⁰ § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII legt als End- oder Ausgangspunkt des Weges nur den Ort der versicherten Tätigkeit fest, wobei in der Regel Ausgangs- bzw. Endpunkt die eigene Wohnung ist.

Da normativ bei allen (Hin-)Wegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII den Ort der versicherten Tätigkeit als Zielpunkt feststellt („nach“), aber zugleich den Startpunkt offenlässt (*vice versa* beim Rückweg), kann anstelle der Wohnung auch ein anderer (sog. „dritter“) Ort Ausgangs- bzw. Endpunkt sein, sofern sich der Versicherte an diesem dritten Ort mindestens zwei Stunden aufgehalten hat.¹⁵¹ Das BSG hat stets ausdrücklich an dieser Rechtsprechung zur Zwei-Stunden-Grenze bei einem Aufenthalt an einem sog. dritten Ort, insbesondere auch aus Gründen der Rechtssicherheit, festgehalten.¹⁵² Der weite Wortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII ist auch nicht im Rahmen der teleologischen Restriktion auf solche Wege zu reduzieren, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem Arbeitsweg stehen, der vom Lebensmittelpunkt aus üblicherweise zurückgelegt wird.¹⁵³

Beispiel:

S, der in Marburg Jura studiert, wohnt in einer WG in der Marburger Innenstadt. Seine Freundin wohnt in Frankfurt, weshalb er dort ab und zu übernachtet. Auf der Fahrt von dort morgens zur Vorlesung erleidet er auf der Autobahn einen Verkehrsunfall und wird verletzt. Da er länger als 2 Stunden sich dort aufgehalten

hat, wurde der Aufenthaltsort der Freundin zum dritten Ort, von dem er zur versicherten Tätigkeit fuhr.

Das BSG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung dem Merkmal „unmittelbar“ die Bedeutung des geeigneten Weges gegeben.¹⁵⁴

Beispiel:

Studierender S betreibt als Hobby „*Parcouring*“, was beinhaltet, von Mauern, Geländern und Gebäudeteilen zu springen. Auf dem morgendlichen Weg zur Vorlesungsveranstaltung quer durch die Marburger Altstadt hält er es zu Trainingszwecken für eine gute Idee, nicht die Treppen zu laufen, sondern eine Abkürzung durch Sprung von einer vier Meter hohen Mauer zu nehmen. Hierbei bricht er sich das Sprunggelenk. Hier wäre zwar – sofern er dadurch im Wesentlichen das pünktliche Erreichen der Vorlesung sicherstellen wollte – nicht die erforderliche Handlungstendenz auf Zurücklegung des unmittelbaren Weges zu verneinen, jedoch wäre die Geeignetheit des gewählten Weges zumindest kritisch zu hinterfragen.

Familienheimfahrten sind nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 SGB VII versichert, wonach eine versicherte Tätigkeit auch das Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden Weges von und nach der ständigen Familienwohnung, wenn der Versicherte wegen der Entfernung seiner Familienwohnung von dem Ort der Tätigkeit an diesem oder dessen Nähe eine Unterkunft hat. Diese Norm findet auf Studierende grundsätzlich Anwendung¹⁵⁵, so dass Versicherungsschutz bei Fahrten am Wochenende in den Heimatort zu den Eltern oder von dort zum Studienort selbst dann besteht, wenn auf dem Weg etwas – z.B. Wäsche – in der „Studentenbude“ als Zwischenstopp abgeholt oder hingebracht wird.

X. Besonderheiten der Corona-Pandemie

Auch die Corona-Pandemie hat zahlreiche Fragestellungen aufgeworfen insbesondere zur Reichweite der erforderlichen Organisationsgewalt der Universität,

¹⁴⁸ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 58 Rn. 19.

¹⁴⁹ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 64 Rn. 12; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 62; BSGE 122, 177 ff. = SozR 4-2700 § 8 Nr. 46 Rn. 47; BSG SozR 2200 § 550 Nr. 24b, S. 52 und BSGE 11, 156 ff. = Rn. 15 – juris.

¹⁵⁰ Vgl. zu Beschäftigten BSGE 130, 25-38 = SozR 4-1300 § 105 Nr. 8; vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 64 Rn. 12; BSG, Urte. v. 31.8.2017 – B 2 U 1/16 R, Rn. 13 – juris; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 60 Rn. 15; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 28 Rn. 14; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 25 Rn. 9; BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 24 Rn. 12.

¹⁵¹ Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 58 Rn. 24 f. m.w.N. und BSGE 82, 138 (141 f.) = SozR 3-2200 § 550 Nr. 18 S. 73 f.;

hierzu kritisch *Heinz*, Unfälle auf Wegen, in: Deutsches Anwaltsinstitut (Hrsg.), 25. Jahresarbeitstagung Sozialrecht 2013, S. 34 (40), sowie *ders*, Versicherte und unversicherte Wege in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Sozialrecht als Menschenrecht 2011, S. 273 (283).

¹⁵² I.E. auch BSGE 130, 25 = SozR 4-1300 § 105 Nr. 8 Rn. 21.

¹⁵³ Zuletzt BSG, Urte. v. 10.8.2021 – B 2 U 2/20 R – juris; BSGE 130, 1 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 70 Rn. 23 ff.

¹⁵⁴ BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 61 Rn. 18

¹⁵⁵ BSGE 44, 100 (105 f.).

aber auch zu Wegeunfällen sowie zur Corona-Infektion als Versicherungsfall.

1. Homestudying

So ist es ungeklärt, ob der organisatorische Verantwortungsbereich der Universität sich ausnahmsweise auf die Privatsphäre erstreckt, wenn z.B. Studierende einer Online-Vorlesung in ihren eigenen vier Wänden folgen und sich dabei ein Unfall ereignet. Dies wird in der Literatur unter Hinweis auf den fehlenden Mitverantwortungsbereich der Universität abgelehnt.¹⁵⁶

Beispiel:

Während der Philosophie-Vorlesung schläft ein Studierender vor dem heimischen Computer ein, fällt von seinem Stuhl und bricht sich das Handgelenk.

Hier stellt sich aber die Frage, ob der neue § 8 Abs. 1 S. 3 SGB VII i.d.F. des Betriebsrätemodernisierungsgesetz¹⁵⁷ Anwendung findet, demzufolge – wenn die versicherte Tätigkeit im Haushalt der Versicherten oder an einem anderen Ort ausgeübt wird – „Versicherungsschutz in gleichem Umfang wie bei Ausübung der Tätigkeit auf der Unternehmensstätte“ besteht. Diese Norm wurde zwar laut gesetzlicher Begründung maßgeblich für Beschäftigte im Homeoffice geschaffen¹⁵⁸, da jedoch gem. § 136 Abs. 3 Nr. 3 SGB VII bei Versicherten nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 SGB VII der Sachkostenträger und damit die Universität der Unternehmer ist, ist die Anwendbarkeit dieses neuen Gleichstellungsgebotes nach dem Wortlaut der Norm und ihrer systematischen Stellung auch beim Homestudying begründbar. Andererseits ist zu erwägen, ob – weil „die versicherte Tätigkeit“ eben nur im Organisationsbereich der Hochschule ausgeübt werden kann – Satz 3 hier keine Anwendung finden kann.¹⁵⁹ Im Beispielsfall wäre zudem ohnehin kritisch zu prüfen, ob der schlafbedingte Sturz überhaupt infolge einer versicherten Verrichtung geschah, oder eine innere Ursache hatte. Zwingende Voraussetzung wird daher sein, dass – da der Gesetzgeber den UV-Schutz kaum auf Hausarbeiten und häusliches Lernen erstrecken wollte – es sich um eine normalerweise im direkten Organisationsbereich der Hochschule durchgeführte Veranstaltung wie eine

Vorlesung oder ein Seminar handelt, die ausnahmsweise online durchgeführt wird und die organisatorische Verantwortung der Hochschule durch Handlungsaufforderungen von Lehrpersonen (sog. bidirektionale Veranstaltung) begründet wird.¹⁶⁰

Beispiel:

Der Dozent erläutert vor Studierenden des Fachs Sport während seiner Vorlesung die Wichtigkeit des richtigen Dehnens vor sportlicher Betätigung. Er demonstriert bestimmte Übungen und animiert die Zuhörer, diese mitzumachen. Hierbei verliert Studierender S das Gleichgewicht und verletzt sich bei dem folgenden Sturz.

Ob im Übrigen Sachverhalte, die sich vor der Gesetzesänderung ereignet haben, entsprechend der ab 18.6.2021 geltenden Fassung des § 8 SGB VII zu beurteilen sind, bleibt mangels Rückwirkungsanordnung des Gesetzgebers der Rechtsprechung vorbehalten.¹⁶¹

2. Familienheimfahrten

Ungeklärt ist auch, ob versicherte Familienheimfahrten nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 SGB VII auch dann vorliegen, wenn Studierende in der Zeit des Lockdowns, in der keine Präsenz-Veranstaltungen stattfinden, an ihren Studienort fahren, z.B. um ihren vertraglichen Pflichten als Mieter nachzukommen.

Beispiel:

Studierende S fährt während des Lockdowns auf Veranlassung ihres Vermieters von ihrer Elternwohnung in Mainz nach Marburg, um den Wasserverbrauch abzulesen und verunglückt auf der Rückfahrt. Hier ergibt sich der Zweck der Zurücklegung des Weges nicht unmittelbar aus dem Studium, sondern allenfalls mittelbar.

Zwischen dem Zurücklegen des Weges und der versicherten Tätigkeit muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Das BSG hat diesen bereits im Fall einer Marburger Studierenden bejaht, die auf der Wochenendheimfahrt verunglückte, zuvor jedoch keine zur Hochschule gehörenden Einrichtung aufgesucht, sondern sich während der Semesterferien in ihrer Unterkunft auf eine Vordiplomprüfung durch privates

¹⁵⁶ Karmanski, SozSich 2020, 357 (360).

¹⁵⁷ I.d.F. vom 14.6.2021 (BGBl. I, S. 1762).

¹⁵⁸ Vgl. Beschlussempfehlung vom 19.5.2021, BT-Drs. 19/29819, S. 17 zu Nr. 3. Zum gesetzlichen Unfallversicherungsschutz im Homeoffice siehe Bieresborn, WzS 2022, 3 ff. und WzS 2022, 31 ff.

¹⁵⁹ Spellbrink folgert aus der Gesetzesbegründung, dass lediglich die Stellung der Arbeitnehmer/-innen verbessert

werden sollte, sowie aus § 2 Abs. 1 Nr. 8b) SGB VII, dass zumindest Schüler nur während des „Schulbesuchs“, also gerade nicht zu Hause versichert sind: Spellbrink, in: Ruland/Becker/Axer (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 37.

¹⁶⁰ Vgl. zu Schülern auch Keller, SGB 2021, 738 (743).

¹⁶¹ Vgl. Keller, SGB 2021, 738 (739).

Lernen vorbereitet hatte.¹⁶² Findet der Aufenthalt am Studienort trotz Ausfall jeglicher Präsenzlehre statt, um eine studienbezogene Tätigkeit zu verrichten (z.B. Lektüre von dort befindlichen Fachbüchern; Lernen „in Ruhe“) ist der erforderliche Zusammenhang daher unproblematisch zu bejahen. Bei bloßen organisatorischen Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis ist dies zumindest zweifelhaft und dürfte eher als unversicherte Vorbereitungshandlung zum Studium zu werten sein.

3. Corona-Infektion

Schließlich ist ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen die Infektion mit dem Corona-Virus (*Sars-CoV-2*) und dadurch entstehende Erkrankung (*Covid-19*)¹⁶³ am Studienort als Versicherungsfall anerkennungsfähig ist. Denkbar ist die Anerkennung als Berufskrankheit der Nr. 3101 BKV¹⁶⁴, wenn der oder die Studierende z.B. im Rahmen der praktischen Ausbildung (*Famulatur*) unter den o.g. Voraussetzungen im Gesundheitsdienst, der Wohlfahrtspflege oder in einem Laboratorium tätig ist. Ansonsten ist die Anerkennung als Arbeitsunfall denkbar, wenn der Kontakt mit einer infizierten Person (sog. Indexperson) während einer versicherten Hochschulveranstaltung nachgewiesen werden kann.¹⁶⁵ Nicht absehbar ist, welche Voraussetzungen an die Dauer und den Kontakt mit der Indexperson zu stellen sind, da zum Zeitpunkt der Drucklegung bereits verschiedene Virus-Varianten mit unterschiedlicher Infektiosität existierten, zumal stets konkurrierende Ansteckungsmöglichkeiten bei nicht-hochschulbedingten Kontakten damit abzuwägen sind. Ferner wird ggf. nach dem aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand zu klären sein, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen kausal auf eine Infektion zurückzuführen sind (z.B. *Long-Covid*- und *Post-Covid-Syndrom*).

D. Leistungen

Als Leistungen sieht die gUV Heilbehandlung einschließlich Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben und zur

Sozialen Teilhabe, ergänzende Leistungen, Leistungen bei Pflegebedürftigkeit sowie Geldleistungen vor (§ 26 SGB VII). Nicht geleistet wird Ersatz für Sachschäden mit Ausnahme der Beschädigung oder Verlust eines Hilfsmittels wie z.B. der Brille (§ 8 Abs. 3 SGB VII). Des Weiteren kennt die gUV nicht das Schmerzensgeld, wie es das Zivilrecht in § 253 Abs. 2 BGB normiert.¹⁶⁶

1. Heilbehandlung und medizinische Reha

Die Heilbehandlung (§ 27 SGB VII) wird im Wege der Sachleistung erbracht und umfasst regelmäßig nach Art und Umfang zumindest die Leistungen, welche auch die gesetzliche Krankenversicherung gewährt.¹⁶⁷ Dazu gehören nach § 28 SGB VII die Erstversorgung, ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich Zahnersatz sowie die häusliche Krankenpflege nach § 32 SGB VII und die Behandlung in Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen nach § 33 SGB VII sowie Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (§ 42 Abs. 2 Nr. 1 und 3 bis 7 und Abs. 3 SGB IX).¹⁶⁸ Des Weiteren zählen dazu die Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln (§ 29 SGB VII), mit Heilmitteln (§ 30 SGB VII) und Hilfsmitteln (§ 31 SGB VII). Dieser Leistungskatalog ist nicht abschließend.¹⁶⁹

2. Verletztenrente

Versicherte haben gem. § 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII Anspruch auf eine Rente, wenn ihre Erwerbsfähigkeit infolge eines Versicherungsfalls über die 26. Woche nach dem Versicherungsfall hinaus um wenigstens 20 v.H. gemindert ist. Bei der Verletztenrente handelt es sich um eine in Geld gewährte, periodisch, nämlich monatlich wiederkehrende Entschädigungsleistung.¹⁷⁰ Die Bemessung der Verletztenrente in der gUV folgt im Unterschied zum zivilrechtlichen Haftungsprinzip und der damit verbundenen konkreten Schadensbemessung dem Prinzip der abstrakten Schadensbemessung, d.h. ohne konkrete Schadensfeststellung in Form eines tatsächlichen Minderverdienstes. Maßgeblich ist

¹⁶² BSGE 37, 98; s. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 23.3.2004 – L 9 U 155/02 – juris.

¹⁶³ Die Infektion als solche ist grundsätzlich noch kein Gesundheitserstschaden, vgl. BSG SGB 2018, 500 (503).

¹⁶⁴ Berufskrankheitenverordnung.

¹⁶⁵ S. die Informationen der DGUV auf der Homepage: <https://www.dguv.de/corona/index.jsp> (abgerufen am 14.1.2022).

¹⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.3.2011 – 1 BvR 593/08 – juris.

¹⁶⁷ S. dazu *Gillner*, in: Francke/Gagel/Bieresborn (Hrsg.), *Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht*, 2. Aufl. 2017, § 7 Rn. 9 ff.

¹⁶⁸ Zu letzterem *Stähler*, in: Schlegel/Voelzke, *jurisPK-SGB VII*, 3. Aufl., § 27 SGB VII (Stand: 15.01.2022), Rn. 23 ff.

¹⁶⁹ *Krasney*, in: Becker/Krasney/Heinz/Bieresborn, *SGB VII*, § 28 (Stand 10/2018) Rn. 6.

¹⁷⁰ *Scholz*, in: *jurisPK-SozR-SGB VII*, § 56 Rn. 14.

ausschließlich die durch die jeweiligen Funktionseinschränkungen verursachte Verminderung der Möglichkeiten, sich auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt eine Lebensgrundlage in Form eines Erwerbs zu verschaffen (MdE). Hierbei führen gleiche gesundheitliche Funktionseinschränkungen grundsätzlich zur gleichen Höhe der MdE.¹⁷¹ Es werden nur solche Gesundheitsschäden miteinbezogen, die rechtlich wesentlich durch den Versicherungsfall verursacht wurden.¹⁷²

Bei der Berechnung der Rente ist neben dem sich aus der MdE ergebenden Faktor der Jahresarbeitsverdienst (JAV) entscheidend, der sich gem. § 82 Abs. 1 SGB VII nach dem Gesamtbetrag der Arbeitsentgelte (§ 14 SGB IV) und des Arbeitseinkommens (§ 15 SGB IV) des Versicherten in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat, in dem der Versicherungsfall eingetreten ist, bemisst. Für Studierende ist in diesem Zusammenhang die Regelung zum Mindestverdienst (§ 85 SGB VII), der für Versicherte, die im Zeitpunkt des Versicherungsfalles das 18. Lebensjahr vollendet haben, mindestens 60 % und nach Vollendung des 25. Lebensjahres 75 % der im Zeitpunkt des Versicherungsfalles maßgebenden Bezugsgröße beträgt.

Zudem sind auch die Anpassungsvorschriften (§§ 90 ff SGB VII) von Bedeutung: Wenn der Versicherungsfall vor Vollendung des 30. Lebensjahres eingetreten ist und die Hochschul- oder Fachhochschulreife erworben wurde, wird der JAV mit Vollendung des 30. Lebensjahres auf 120 % der zu diesem Zeitpunkt maßgebenden Bezugsgröße neu festgesetzt, wenn dies für den Versicherten günstiger ist (§ 90 Abs. 1 S. 2 SGB VII¹⁷³).

Tritt der Versicherungsfall während einer Hochschul- oder Fachhochschulausbildung ein, wird – wenn dies für den Versicherten günstiger ist – der JAV schon vor dem 25. Lebensjahr fünf Jahre nach Beginn der Ausbildung auf 75 % der Bezugsgröße neu festgesetzt und zwar (1.) von dem Zeitpunkt an, in dem die Hochschul- oder Fachhochschulausbildung beendet worden ist, oder (2.) fünf Jahre nach Beginn der Hochschul- oder Fachhochschulausbildung, wenn diese verzögert oder abgebrochen wurde, es sei denn, dass die Hochschul- oder Fachhochschulausbildung ohne den Versicherungsfall ebenfalls keinen regelmäßigen

Verlauf genommen hätte (§ 91 Abs. 1 SGB VII¹⁷⁴). Bei Eintritt des Versicherungsfalles nach Erreichen des 30. Lebensjahr gilt ein Wert für den JAV von 120 % der Bezugsgröße (§ 91 Abs. 3 SGB VII)

Entscheidend ist das angestrebte Ausbildungsziel. Das BSG hat in ständiger Rechtsprechung ein Weiterstudium zum Zwecke der Promotion nicht als berufliche Ausbildung, sondern als berufliche Weiterbildung angesehen.¹⁷⁵ Das BSG hatte im Übrigen bereits zu § 90 SGB VII a.F.¹⁷⁶ entschieden, dass wenn der Versicherte seine Ausbildung ohne Verzögerung innerhalb der vorgeschriebenen Zeit absolviert hatte, dies eine Neuberechnung nach Altersstufen nicht ausschließt.¹⁷⁷

E. Zusammenfassung

Studierende sind nicht nur bei Teilnahme an Veranstaltungen im gewählten Studiengang selbst, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch bei anderen Veranstaltungen der Hochschule versichert. Voraussetzungen für den Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. c) SGB VII sind erstens die Zulassung zur Hochschule, zweitens dass die unfallbringende Verrichtung im organisatorischen Verantwortungsbereich der Hochschule stattfindet sowie drittens der Studienbezug der Verrichtung. Letzter beinhaltet sowohl eine objektive wie eine subjektive Komponente. Die Grundsätze der gemischten Tätigkeit sowie bei gespaltenen Motivationslage gelten hier ebenso wie der Versicherungsschutz bei der Auswirkung besonderer Betriebsgefahren. Ungeklärt sind dennoch zahlreiche Einzelfragen wie der Versicherungsschutz von Gasthörern oder Teilnehmer von Seniorenstudiengängen mit entsprechender Zulassung, der Versicherungsschutz beim *Homestudying* sowie die Anerkennungsfähigkeit von Covid-19-Erkrankungen nach Kontakt zu infizierten Personen während der universitären Aus- und Fortbildung.

Anmerkung der Redaktion: Zur studentischen Krankenversicherung siehe *Bernsdorff*, **MLR** 2020, 72 ff.

¹⁷¹ BSGE 122, 232 = SozR 4-2700 § 56 Nr. 4 Rn. 25

¹⁷² *Bieresborn*, in: Francke/Gagel/Bieresborn (Hrsg.), *Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht*, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 42.

¹⁷³ I.d.F. v. 12.6.2020 (BGBl. I, S. 1248) mWv 1.1.2021.

¹⁷⁴ I.d.F. v. 12.6.2020 (BGBl. I, S. 1248) mWv 1.1.2021.

¹⁷⁵ S. zu einem Arzt BSG vom 30.10.1991 - 2 RU 61/90, Rn. 17 – juris; zu einem Chemiker BSG SozR 4-2700 § 90 Nr. 4 Rn. 21.

¹⁷⁶ I.d.F. v. 17.8.1996 (BGBl. I, S. 1254).

¹⁷⁷ BSG SozR 4-2700 § 90 Nr. 3, Rn. 18; vgl. ausf. BSGE 112, 43 Rn. 35 sowie *Spellbrink*, in: DGUV (Hg.), *20 Jahre Hochschule der GUV* (2014), S. 215.

Grundzüge des Vertragsarztrechts

- Gemeinsame Selbstverwaltung als Ausprägung mittelbarer Staatsverwaltung -

Von Richterin am Sozialgericht **Christine Hellkötter-Backes**, Marburg*

Vertragsarztrecht, was ist das eigentlich? Zivilrecht, wie der Begriff bei vordergründiger Betrachtung vielleicht nahelegen könnte? Nein! Das Vertragsarztrecht (früher „Kassenarztrecht“) ist ein spezieller Bereich des Sozialrechts und regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsärzten/Vertragsärztinnen und den Krankenkassen. Regelungen zu diesen Rechtsbeziehungen finden sich im Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (SGB V), vornehmlich im Kapitel 4.

Ungefähr 85% der Menschen in Deutschland sind überwiegend pflichtversichert in der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie haben keine Möglichkeit sich selbst – zivilrechtlich – durch Abschluss eines privaten Versicherungsvertrages gegen das Risiko von Krankheit abzusichern. Im System der gesetzlichen Krankenversicherung haben sie Zugang zu den Leistungserbringern der gesetzlichen Krankenversicherung und damit insbesondere zu den Vertragsärzten/Vertragsärztinnen, denen die ambulante Behandlung (in Abgrenzung zur stationären Behandlung durch die Krankenhäuser) der Versicherten in diesem System obliegt.

A. Systematik

I. Sachleistungsprinzip

Das Sachleistungsprinzip prägt das System der gesetzlichen Krankenversicherung und ist bereits historisch einer ihrer wesentlichen Grundsätze.¹ Nach diesem Strukturprinzip erhalten die Versicherten die medizinischen Leistungen durch entsprechende Leistungserbringer, wie z.B. die Vertragsärzte, ohne dafür in Vorleistung treten zu müssen.

Die gesetzliche Krankenversicherung unterscheidet sich damit fundamental vom System der privaten Krankenversicherung, die auf dem Erstattungsprinzip beruht.²

Die auf dem Sachleistungsprinzip beruhenden Grundsätze für die Tätigkeit der Vertragsärzte/Vertragsärztinnen sind Ausdruck des öffentlichen Interesses an der Funktionsfähigkeit der vertragsärztlichen Versorgung als einer Aufgabe von Verfassungsrang.³

II. Vertragliche Beziehungen zwischen den Krankenkassen und Vertragsärzten/Vertragsärztinnen

Für das Vertragsarztrecht ist das Sachleistungsprinzip insoweit elementar, als dem Vertragsarzt weder gegenüber den Versicherten noch direkt gegenüber den Krankenkassen ein Vergütungsanspruch zusteht. Der Vergütungsanspruch richtet sich vielmehr direkt gegen die Kassenärztliche Vereinigung (KV), die den gesetzlichen Auftrag der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung zu erfüllen hat, § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V. Kassenärztliche Vereinigungen sind nach § 77 Abs. 5 SGB V Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen alle Vertrags(zahn)ärzte/Vertrags(zahn)ärztinnen und Vertragspsychotherapeut*innen angehören müssen.



Abbildung 1 - Beziehungsviereck

Die prägenden Grundsätze für die Beziehung zwischen den Krankenkassen und den Vertragsärzten/Vertragsärztinnen sind die Gebote der Qualität und Wirtschaftlichkeit. Es ist dabei eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende medizinische Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Die Versorgung muss ausreichend und zweckmäßig sein und darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, § 70 Abs. 1 SGB V.

Zwischen dem/der gesetzlich Krankenversicherten und dem Vertragsarzt/der Vertragsärztin kommt ein zivilrechtlicher Behandlungsvertrag nach § 630a BGB

* Die Verfasserin ist seit vielen Jahren Vorsitzende einer Kammer für Vertragsarztrecht am Sozialgericht Marburg und nimmt einen Lehrauftrag für das Vertragsarztrecht an der Philipps-Universität Marburg wahr.

¹ BSG, Urt. v. 20.7.1976 - 3 RK 18/76; Urt. v. 18.5.1978 - 3 RK 11/77.

² BSG, Urt. v. 19.3.1986 - 8 RK 58/94.

³ BSG, Urt. v. 7.8.1991 - 1 RR 7/88.

zustande. Es gilt nach § 76 SGB V das Prinzip der freien Arztwahl, so dass sich die Versicherten aussuchen können, von welchem Vertragsarzt/welcher Vertragsärztin sie sich behandeln lassen möchten.

III. Gemeinsame Selbstverwaltung

Das Vertragsarztrecht ist wesentlich geprägt durch die gemeinsame Verwaltung durch die Krankenkassen einerseits und die Kassenärztlichen Vereinigungen andererseits.⁴

Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind weit überwiegend für den Bereich jeweils eines Bundeslandes organisiert (vgl. § 77 Abs. 1 SGB V). Auf der Bundesebene vertritt die Kassenärztliche Bundesvereinigung die Interessen der Vertragsärzte, § 77 Abs. 4 SGB V.

Die gemeinsame Selbstverwaltung ist eine Ausprägung mittelbarer Staatsverwaltung. Der Staat delegiert durch Rechtsetzung Aufgaben und Verantwortungsbereiche an die Träger der gemeinsamen Selbstverwaltung, die die ihnen übertragenen Aufgaben eigenverantwortlich, organisatorisch und auch finanziell selbstständig wahrnehmen. Im Gegenzug führt der Staat die Rechtsaufsicht über das Handeln⁵, z.B. durch Genehmigung von Satzungen.

In den Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung (wie z.B. Berufungsausschuss und Beschwerdeausschuss, siehe dazu näher unten) wirken Vertreter*innen der Vertragsärzte/Vertragsärztinnen und der Krankenkassen gleichermaßen auf verschiedenen Gebieten zusammen, um die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen. Die Gremien haben in aller Regel einen unparteiischen Vorsitz.

IV. Normenhierarchie

Die gemeinsame Selbstverwaltung geht einher mit einem komplizierten und hierarchisch strukturierten Normgeflecht, das die Strukturen der gemeinsamen Selbstverwaltung auf Bundes- und Landesebene widerspiegelt.



Abbildung 2 - Normenhierarchie des Vertragsarztrechts

B. Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung

I. Hausärztliche und fachärztliche Tätigkeit

Nach § 73 Abs. 1 S. 1 SGB V gliedert sich die vertragsärztliche Versorgung in eine hausärztliche und eine fachärztliche Versorgung. Die Zuordnung zur haus- oder fachärztlichen Versorgung ist in § 73 Abs. 1a SGB V umfassend und abschließend geregelt.⁶ Gemäß § 73 Abs. 1a S. 1 und 2 SGB V werden somit die einzelnen Arztgruppen dem einen oder dem anderen Versorgungsbereich zugeordnet mit der Folge, dass die den jeweiligen Arztgruppen angehörenden Ärzte/Ärztinnen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung grundsätzlich nur Leistungen aus dem ihnen zugehörigen Versorgungsbereich abrechnen dürfen. Die Gliederung der vertragsärztlichen Versorgung in einen hausärztlichen und fachärztlichen Versorgungsbereich einschließlich der grundsätzlichen Zuordnung der Arztgruppen zu dem jeweiligen Versorgungsbereich ist verfassungsgemäß.⁷ Die Gründe, die die Begrenzung der beruflichen Tätigkeit durch Zuordnung zu bestimmten Versorgungsbereichen rechtfertigen, ergeben sich aus den Zielen, die Funktion des Hausarztes zu stärken, der ständigen Zunahme spezieller fachärztlicher Leistungen entgegenzuwirken, dadurch ökonomische Fehlentwicklungen im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung zu beseitigen und so die Qualität der Versorgung der Patienten sowie die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung zu sichern.⁸

⁴ Dazu Rompf, Ärztliche und gemeinsame Selbstverwaltung, in: Jacobs/Plagemann/Schafhausen/Ziegler (Hrsg.), Weiterdenken – Recht an der Schnittstelle zur Medizin 2020, S. 541.

⁵ Dazu aktuell Sterzik, Extensive Rechtsaufsicht und Fachaufsicht versus Selbstverwaltung, GesR 2021, 356.

⁶ BSG, Urt. v. 31.5.2006 - B 6 KA 74/04 R.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.6.1999 - 1 BvR 2507/97, BSG, Urt. v. 13.2.2019 - B 6 KA 62/17 R.

⁸ BSG, Urt. v. 31.5.2006 - B 6 KA 74/04 R.

II. Zulassung

Aus der Trennung der Versorgungsbereiche folgt, dass auch die Zulassung nur entweder für die hausärztliche oder für die fachärztliche Versorgung erteilt wird.⁹ Die Zulassung ist der statusbegründende Verwaltungsakt¹⁰, durch den der Arzt/die Ärztin Pflichtmitglied der Kassenärztlichen Vereinigung wird (§ 77 Abs. 3 S. 1 SGB V) und mit dem einem Arzt/einer Ärztin die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet wird. Die Zulassung begründet eine höchstpersönliche Rechtsposition. Mit der Zuteilung dieses Status ist die Berechtigung und Verpflichtung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 Abs. 3 SGB V) sowie die Teilnahme an der Honorarverteilung (vgl. § 87b Abs. 1 SGB V) notwendig verbunden.¹¹

Die Zulassung definiert den Versorgungsauftrag, d.h. in diesem Verwaltungsakt werden die wesentlichen Voraussetzungen für die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung festgelegt. Dazu gehört neben dem Vertragsarztsitz (gesetzlich definiert als Ort der Zulassung, § 24 Ärzte-ZV) vor allem das Fachgebiet und der Umfang der Zulassung.¹²

Zuständig für die Zulassung sind der Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V) und im Widerspruchsverfahren der Berufungsausschuss (§ 97 SGB V) als Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung. Die gesetzlichen Vorgaben werden durch die Ärzte-Zulassungsverordnung (Ärzte-ZV) konkretisiert.¹³

1. Voraussetzungen

Um eine Zulassung als Vertragsarzt/Vertragsärztin kann sich jeder Arzt/jede Ärztin bewerben, der/die seine/ihre Eintragung in ein Arzt- oder Zahnarztregister nachweist, § 95 Abs. 2 S. 1 SGB V. Diese Eintragung erfordert nach § 95a SGB V die Approbation als Arzt sowie den erfolgreichen Abschluss entweder einer allgemeinmedizinischen Weiterbildung oder einer

Weiterbildung in einem anderen Fachgebiet mit der Befugnis zum Führen einer entsprechenden Gebietsbezeichnung oder den Nachweis einer Qualifikation, die gemäß den Absätzen 4 und 5 anerkannt ist.

2. Rechtsfolgen der Zulassung

Mit der Zulassung als Vertragsarzt/Vertragsärztin hat sich der Arzt/die Ärztin freiwillig einer Reihe von Einschränkungen seiner/ihrer ärztlichen Berufsausübung unterworfen, die mit der Einbeziehung in ein öffentlich-rechtliches Versorgungssystem notwendig verbunden sind. Zu diesen der Berufsausübung im vertragsärztlichen Bereich immanenten Einschränkungen gehören u.a. die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung, eine Fortbildungsverpflichtung (§ 95d SGB V), die Pflicht zur Abhaltung von Sprechstunden (vgl. § 17 Bundesmantelvertrag-Ärzte¹⁴, kurz BMV-Ä) sowie die Pflicht zur Teilnahme am Bereitschaftsdienst, ohne den eine ausreichende Versorgung der Versicherten nicht gewährleistet ist.¹⁵ Die Teilnahme am Bereitschaftsdienst hat der Gesetzgeber als Annex zur Niederlassung in freier Praxis ausgestaltet.¹⁶ Ob auch Privatärzte am Bereitschaftsdienst teilnehmen müssen, ist eine aktuell hochumstrittene Frage.¹⁷

3. Ende der Zulassung

a) Verzicht

Nach § 95 Abs. 7 S. 1 SGB V endet die Zulassung u.a. mit dem Wirksamwerden eines Verzichts. Ein Verzicht kann jederzeit vom Vertragsarzt/von der Vertragsärztin erklärt werden und stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Das Zulassungsende tritt als gesetzliche Rechtsfolge ein.¹⁸ Eines konstitutiven Verwaltungsaktes bedarf es daher nicht. Das Bundessozialgericht (BSG) billigt jedoch in ständiger Rechtsprechung den Zulassungsgremien das Recht zu, deklaratorische Entscheidungen über das Ende der Zulassung zu treffen, um Rechtssicherheit herzustellen

⁹ Eine gleichzeitige Teilnahme an beiden Versorgungsbereichen ist ausgeschlossen, BSG, Urt. v. 13.2.2019 - B 6 KA 62/17 R.

¹⁰ BSG, Urt. v. 25.11.1998 - B 6 KA 4/98 R. Zum grundrechtlich abgesicherten Status *Rixen*, Art. 12 Abs. 1 GG als Grundrecht der Vertragsärzte – Effektive Gewährleistung oder „zahnloses“ Versprechen? MedR 2018, 667.

¹¹ BSG, Urt. v. 12.12.2018 - B 6 KA 50/17 R.

¹² Neben hälftigen und vollen Versorgungsaufträgen sind seit dem Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung/Terminservice- und Versorgungsgesetz TSVG) vom 6.5.2019 auch Dreiviertel-Versorgungsaufträge möglich.

¹³ Siehe dazu *Pawlita*, Grenzüberschreitungen des Verordnungsgebers – Zulassungsverordnung für Ärzte/Zahnärzte,

in: Jacobs/Plagemann/Schafhausen/Ziegler (Hrsg.), *Weiterdenken – Recht an der Schnittstelle zur Medizin* 2020, S. 497.

¹⁴ Dazu *Dahm*, Umfang vertragsärztlicher Tätigkeit und Eignung als Vertragsarzt, in: Jacobs/Plagemann/Schafhausen/Ziegler (Hrsg.), *Weiterdenken – Recht an der Schnittstelle zur Medizin* 2020, S. 319.

¹⁵ BSG, Urt. v. 15.9.1977 - 6 RKa 8/77.

¹⁶ BSG, Urt. v. 12.12.2012 - B 6 KA 3/12 R.

¹⁷ Vgl. BSG, Beschl. v. 5.5.2021 - B 6 SF 1/20 R zur Frage des Rechtsweges; SG Marburg, Beschl. v. 20.12.2021 - S 12 KA 305/21 ER; SG Marburg, Gerichtsbescheid v. 28.1.2022 - S 18 KA 464/20.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.9.2016 - 1 BvR 1326/15.

und für alle an der vertragsärztlichen Versorgung Beteiligten Klarheit darüber zu schaffen, ob ein Arzt/eine Ärztin (noch) berechtigt ist, vertragsärztlich tätig zu werden.¹⁹

b) Entziehung

Die Zulassung ist zu entziehen, wenn ihre Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen, der Vertragsarzt/die Vertragsärztin die vertragsärztliche Tätigkeit nicht aufnimmt oder nicht mehr ausübt oder seine/ihre vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt § 95 Abs. 6 S. 1 SGB V.

Insbesondere die Konstellation der gröblichen Pflichtverletzung beschäftigt die Rechtsprechung.

Fallbeispiel: Ein Vertragsarzt, der fünf Jahre seiner Fortbildungsverpflichtung nicht oder nur unzureichend nachkommt und sich auch durch empfindliche Honorarkürzungen nicht beeindrucken lässt, verweigert sich hartnäckig der Fortbildungsverpflichtung und verletzt seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich.²⁰ Die Verletzung der Fortbildungspflicht durch den Vertragsarzt stellt somit - über die Frage der fachlichen Qualität der Behandlungsleistungen des Vertragsarztes hinaus - seine Eignung zur vertragsärztlichen Versorgung in Frage und damit - unabhängig von dem konkreten Fachgebiet des Vertragsarztes - die Grundlagen seiner Zulassung.²¹

Fallbeispiel: Auch Verfehlungen außerhalb des Kernbereichs der vertrags(zahn)ärztlichen Tätigkeit, die im Zusammenhang mit dem Praxisbetrieb erfolgen (hier: Eingriff in die Privat- und Intimsphäre der Praxismitarbeiterinnen durch Herstellen von Videoaufnahmen im Umkleideraum der Praxis), können eine Zulassungsentziehung rechtfertigen.²²

III. Gemeinsame Berufsausübung

Vertragsärzte/Vertragsärztinnen können ihre Tätigkeit nicht nur in Einzelpraxis ausüben, sondern es bestehen zahlreiche Modelle für Kooperationen.²³

1. Berufsausübungsgemeinschaft (BAG)

Das wohl gängigste Kooperationsmodell ist die sog. Berufsausübungsgemeinschaft (früher „Gemein-

schaftspraxis“), bei der sich mindestens zwei zugelassene Vertragsärzte/Vertragsärztinnen zur gemeinsamen Ausübung der Tätigkeit organisatorisch und wirtschaftlich zusammenschließen. Die BAG wird üblicherweise in der Rechtsform einer GbR oder Partnerschaftsgesellschaft gegründet. Die Gründung einer BAG bedarf der Genehmigung des Zulassungsausschusses.

2. Praxisgemeinschaft

Im Gegensatz zur BAG handelt es sich bei der Praxisgemeinschaft nicht um eine wirtschaftliche Einheit, sondern lediglich um einen organisatorischen Zusammenschluss, bei dem die Vertragsärzte/Vertragsärztinnen beispielsweise Räumlichkeiten und Personal teilen, jedoch wirtschaftlich selbständig arbeiten. Es handelt sich damit um mehrere unabhängige Arztpraxen unter einem Dach. Die Praxisgemeinschaft ist im Gegensatz zur BAG nicht genehmigungs-, sondern nur anzeigepflichtig.

3. Jobsharing

Demgegenüber ist das Jobsharing ein reines Arbeitszeitmodell, bei dem sich zwei Ärzte/Ärztinnen der gleichen Fachrichtung einen Arztsitz teilen.²⁴ Dieses ist eine Möglichkeit der ärztlichen Berufsausübung in für Neuzulassungen gesperrten Planungsbereichen. Das *Jobsharing* kann so ausgestaltet werden, dass sich entweder zwei gleichberechtigte Ärzte/Ärztinnen einen Sitz teilen oder dass ein Vertragsarzt/eine Vertragsärztin einen weiteren Arzt/eine weitere Ärztin anstellt. Der Leistungsumfang der Praxis darf in diesem Modell jedoch nicht ausgeweitet werden, sondern wird auf den Leistungsumfang des Vorjahres zzgl. max. 3% festgeschrieben. Die Voraussetzungen sind in §§ 40ff. der Bedarfsplanungsrichtlinie geregelt.

Fallbeispiel: Anträge auf Änderungen der Abrechnungsobergrenzen für sogenannte *Job-Sharing*-Praxen setzen auch bei einer Neustrukturierung der Honorarverteilung wie der Einführung von Regelleistungsvolumina eine Substantiierung der geltend gemachten Veränderungen bezogen auf die individuelle Praxis voraus.²⁵

¹⁹ BSG, Urt. v. 8.5.1996 - 6 RKa 16/95.

²⁰ BSG, Beschl. v. 28.10.2015 - B 7 KA 36/15 B; Beschl. v. 10.5.2017 - B 6 KA 72/16 B.

²¹ BSG, Urt. v. 4.11.2021 - B 6 KA 9/20 R.

²² BSG, Urt. v. 3.4.2019 - B 6 KA 4/18 R.

²³ Dazu *Kordt*, Mehrere Ärzte unter einem Dach – rechtliche Möglichkeiten und Formen der Kooperation selbständiger Mediziner, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2021, 1164.

²⁴ Dazu *Hildebrandt*, Jobsharing – Vorteile jenseits der Altersteilzeit, ZMGR 2019, 3.

²⁵ BSG, Urt. v. 15.7.2015 - B 6 KA 26/14 R.

4. Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ)

Medizinische Versorgungszentren (MVZ) sind eigenständige Leistungserbringer, die durch eine organisatorische Trennung der Inhaberschaft von der ärztlichen Behandlungstätigkeit gekennzeichnet sind.²⁶

MVZ erhalten eine eigenständige Zulassung und nehmen wie ein Vertragsarzt/eine Vertragsärztin an der vertragsärztlichen Versorgung teil, § 95 Abs. 1 S. 1 SGB V.

MVZ wurden erstmals durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung²⁷ eingeführt. Gründer und Gesellschafter eines MVZ konnten zunächst alle Leistungserbringer sein, die aufgrund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnahmen (§ 95 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 SGB V idF des GMG). Durch die Beschränkung auf die im System der gesetzlichen Krankenversicherung tätigen Leistungserbringer sollte sichergestellt sein, dass eine primär an medizinischen Vorgaben orientierte Führung der Zentren gewährleistet wurde. Deshalb war diese Gründungsvoraussetzung auch Voraussetzung für den Fortbestand des Zentrums und war nach § 95 Abs. 6 S. 2 SGB V idF des GMG die Zulassung zu entziehen, wenn in die Trägergesellschaft Gesellschafter aufgenommen wurden, die keine zugelassenen Leistungserbringer waren.²⁸

Als Gründer der MVZ kamen daher neben zugelassenen und ermächtigten Ärzten, Zahnärzten, Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten die ermächtigten ärztlichen Einrichtungen sowie alle übrigen Leistungserbringer – etwa auch Apotheker – in Betracht, die aufgrund einer Zulassung oder eines Vertrages an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnahmen.

MVZ können heute neben Vertragsärzten/Vertragsärztinnen nur noch von zugelassenen Krankenhäusern, von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen, bestimmten gemeinnützigen Trägern und anerkannten Praxisnetzen gegründet werden. Darüber hinaus besteht auch für Kommunen die Möglichkeit, MVZ zu gründen.

Mit der Erweiterung des potentiellen Gründerkreises geht die Entwicklung einher, dass MVZ besonders in den kapitalintensiven Bereichen wie der Labormedizin, der operierenden Augenheilkunde und der Radiologie immer häufiger von Investoren gegründet werden, die keinen fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung haben, sondern allein Kapitalinteressen verfolgen.²⁹

Fallbeispiel: MVZ dürfen selber keine MVZ gründen.³⁰

MVZ als ärztlich geleitete Einrichtung sind weder eine natürliche noch eine juristische Person. Es handelt sich beim MVZ nur um eine besondere Organisations- und Kooperationsform im Rahmen der vertragsärztlichen Tätigkeit. Dem MVZ werden zwar im Vertragsarztrecht Rechte zugewiesen. So ist das MVZ Träger der Zulassung und Adressat von Anstellungsgenehmigungen; auch werden ihm Versorgungsaufträge zugeordnet. Ungeachtet dessen ist das MVZ aber eine reine Kooperationsform, die in einer der gesellschaftsrechtlich zulässigen Rechtsformen betrieben wird und in dieser Rechtsform am allgemeinen Rechtsverkehr teilnimmt.

Dementsprechend ist beteiligtenfähig in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren nur der MVZ-Rechtsträger und nicht die rechtlich unselbstständige Einrichtung MVZ selbst.

Zulässige Rechtsformen für die Rechtsträger sind die Personengesellschaft, die eingetragene Genossenschaft, die GmbH oder öffentlich-rechtliche Rechtsformen, § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V.

Die Leitung eines MVZ muss in der Hand eines Arztes oder einer Ärztin liegen, der/die in dem MVZ selbst tätig und in medizinischen Fragen weisungsfrei ist, § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V. MVZ können sowohl als fachübergreifende als auch als facharztgruppengleiche Einrichtungen betrieben werden. Das bedeutet, dass auch reine Hausarzt-MVZ sowie spezialisierte facharztgruppengleiche MVZ möglich sind.

IV. Anstellung

Grundsätzlich können Vertragsärzte, BAGen und MVZ andere Vertragsärzte anstellen.³¹ Das Recht zur Anstellung ist Ausfluss des vertragsarztrechtlichen

²⁶ Siehe dazu Wenner, Mehr Chancen oder mehr Risiken für die vertragsärztliche Versorgung? Eine Zwischenbilanz zu den MVZ am Ende der 19. Legislaturperiode des Bundestages, SGB 2021, 593.

²⁷ GMG vom 14.11.2003, BGBl I 2190.

²⁸ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks 15/1525, S. 108.

²⁹ Siehe dazu Ternick, Auf dem Prüfstand – medizinische Versorgungszentren mit Investorenbeteiligung, NZS 2022, 121.

³⁰ BSG, Urt. v. 16.5.2018 - B 6 KA 1/17 R.

³¹ Siehe dazu Wenner, Angestellte Ärzte in Medizinischen Versorgungszentren – Verständigungsprobleme zwischen Arbeitsrecht und Vertragsarztrecht? in: Brose/Greiner/Rolfs et al. (Hrsg.) Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts, 2021, S. 1485.

Status des Vertragsarztes; er darf seine vertragsärztliche Praxis nach Maßgabe der die Anstellung regelnden Vorschriften vergrößern. Dabei sind für Entscheidungen über Anträge auf Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ § 95 Abs. 2 Satz 7 bis 9 SGB V und für Entscheidungen über die Anstellung eines Arztes bei einer BAG oder einem Vertragsarzt § 95 Abs. 9 SGB V als gesetzliche Grundlage maßgeblich. Vorgaben zu den formalen Anforderungen für Anträge auf Erteilung einer Anstellungsgenehmigung sind zudem in § 32b Ärzte-ZV normiert.³²

V. Ermächtigung

Die Ermächtigung ist neben der Zulassung eine weitere Form der Teilnahme an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung und dient insbesondere zur Deckung bestimmter quantitativer bzw. qualitativer Versorgungsbedarfe.

Ermächtigungen sind im Gegensatz zu den Zulassungen zeitlich, räumlich und/oder ihrem Umfang nach definiert. Sie existieren in diversen Formen und Ausprägungen und mit unterschiedlichen Ermächtigungsvoraussetzungen verbunden.

Rechtsgrundlagen für Ermächtigungen befinden sich in § 116 SGB V iVm § 31a Abs. 1 Ärzte-ZV sowie in § 31 Ärzte-ZV.

1. § 31a Ärzte-ZV

Nach § 31a Ärzte-ZV kann ein Krankenhausarzt, der über eine abgeschlossene Weiterbildung verfügt, mit Zustimmung des Krankenhausträgers zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt werden, soweit und solange die ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten ohne die besonderen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden oder Kenntnisse von hierfür geeigneten Krankenhausärzten nicht sichergestellt ist. Ermächtigungen kommen insofern nur dann in Betracht, wenn die ambulante Versorgung von den niedergelassenen Ärzten (und den Medizinischen Versorgungszentren) nicht gewährleistet ist.³³ Die Ermächtigung eines Krankenhausarztes erfordert entweder einen quantitativ-allgemeinen oder einen qualitativ-speziellen Versorgungsbedarf.³⁴

Dem zu beachtenden Vorrang der niedergelassenen Ärzte kann dadurch Rechnung getragen werden, dass der Krankenhausarzt nur auf Überweisung von

Ärzt*innen seiner Gebietsgruppe ermächtigt wird. Eine Einschaltung von Krankenhausärzten in die ambulante vertragsärztliche Versorgung ist grundsätzlich erst dann gerechtfertigt, wenn die Möglichkeiten der zugelassenen Vertragsärzte ausgeschöpft sind.

Fallbeispiel: Es kann geboten sein, bei Ermächtigungen, die nicht auf quantitative Versorgungsdefizite, sondern wegen der Schwierigkeit der Diagnose oder Behandlung ausnahmsweise auf die Kenntnisse und Erfahrungen des besonders qualifizierten Krankenhausarztes gestützt werden, die Befugnis zur Überweisung an den Krankenhausarzt denjenigen Gebiets- oder Teilgebietsärzten vorzubehalten, die aufgrund ihrer Ausbildung und der Ausrichtung ihrer Tätigkeit für die Behandlung der in Frage kommenden Krankheiten in erster Linie zuständig sind, sog. **FacharztfILTER**.³⁵ Ein derartiger Überweisungsfilter soll sicherstellen, dass der gesetzlich vorgegebene Vorrang der Vertragsärzte im Rahmen der ambulanten Versorgung gewahrt bleibt.³⁶

2. § 31 Ärzte-ZV

Für den Fall einer bestehenden oder unmittelbar drohenden Unterversorgung nach § 100 Abs. 1 SGB V oder eines nach § 100 Abs. 3 SGB V festgestellten zusätzlichen lokalen Versorgungsbedarfs oder zur Versorgung eines begrenzten Personenkreises (beispielsweise Rehabilitanden in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation oder Beschäftigte eines abgelegenen oder vorübergehenden Betriebes) können auch darüber hinausgehend nach § 31 Ärzte-ZV Ermächtigungen erteilt werden. Eine abgeschlossene Weiterbildung ist hierfür – im Gegensatz zur § 31a Ärzte-ZV – nicht erforderlich.

VI. Belegarzt/Belegärztin

Unter belegärztlicher Tätigkeit versteht man die stationäre Behandlung durch nicht am Krankenhaus angestellte Vertragsärzte (§ 121 Abs. 2 Satz 1 SGB V).

Stationäre vertragsärztliche Behandlung (belegärztliche Behandlung) liegt gemäß § 38 BMV-Ä vor,

- wenn und soweit das Krankenhaus gemäß § 108 SGB V zur Krankenbehandlung zugelassen ist,

³² BSG, Urt. v. 30.9.2020 - B 6 KA 18/19 R.

³³ BSG, Urt. v. 27.2.1992 - 6 RKA 15/91; BSG, Urt. v. 19.7.2006 - B 6 KA 14/05 R.

³⁴ BSG, Urt. v. 15.3.1995 - 6 RKA 42/93; BSG, Urt. v. 30.1.2002 - B 6 KA 12/01 R.

³⁵ BSG, Urt. v. 27.6.2001 - B 6 KA 39/00 R; BSG, Urt. v. 16.12.2015 - B 6 KA 40/14 R.

³⁶ BSG, Urt. v. 15.3.1995 - 6 RKA 27/94; zum Vorrang der Vertragsärzte siehe auch BSG, Urt. v. 2.7.2014 - B 6 KA 30/13 R unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 17.8.2004 - 1 BvR 378/00.

- wenn die Krankenkasse Krankenhausbehandlung oder stationäre Entbindung gewährt,
- wenn die stationäre ärztliche Behandlung nach dem zwischen der Krankenkasse und dem Krankenhaus bestehenden Rechtsverhältnis nicht aus dem Pflegesatz abzugelten ist und
- wenn der Vertragsarzt gemäß § 40 als Belegarzt für dieses Krankenhaus anerkannt ist.

Die stationäre Tätigkeit darf dabei nicht den Schwerpunkt der Tätigkeit des Vertragsarztes/der Vertragsärztin bilden. Als Belegarzt/Belegärztin ist deshalb nicht geeignet, wer neben seiner ärztlichen Tätigkeit andere Tätigkeiten ausübt, die eine ordnungsgemäße stationäre Versorgung seiner Patienten gefährdet. Nach § 39 Abs. 5 Nr. 3 Hs. 1 BMV-Ä ist als Belegarzt nicht geeignet ein Arzt/eine Ärztin, dessen/deren Wohnung und Praxis nicht so nahe am Krankenhaus liegen, dass die unverzügliche und ordnungsgemäße Versorgung der von ihm/ihr ambulant und stationär zu betreuenden Versicherten gewährleistet ist.³⁷

Belegärztliche Leistungen können auch von bei Vertragsärzten/Vertragsärztinnen oder an MVZ angestellten Ärzten/Ärztinnen erbracht werden.³⁸

Fallbeispiel: Eine niedrige Zahl von je Belegarzt verfügbaren Belegbetten stellt kein absolutes Ausschlusskriterium für eine Belegarztzulassung dar. Soll einem Bewerber um eine Sonderzulassung zur Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit nur eine unterdurchschnittliche Zahl von Belegbetten zur Verfügung stehen, muss der Krankenhausträger gegenüber den Zulassungsgremien konkret darlegen, weshalb er einen weiteren Belegarzt an sich binden will.³⁹

Fallbeispiel: Ein zur vertragsärztlichen wie zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassener Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurg, der von der Kassenärztlichen Vereinigung als Belegarzt anerkannt ist, kann seine

Leistungen in stationären Behandlungsfällen nur gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung und nicht gegenüber der Kassenzahnärztlichen Vereinigung abrechnen. Eine belegzahnärztliche Tätigkeit ist derzeit gesetzlich ausgeschlossen.⁴⁰

C. Bedarfsplanung

Die Bedarfsplanung regelt, wie viele Ärzte und Psychotherapeuten in bestimmten Regionen – den sogenannten Planungsbereichen – zugelassen werden können. Mit Hilfe der Bedarfsplanung sollen Niederlassungsmöglichkeiten von Ärztinnen und Ärzten sowie Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten genau dort ausgewiesen werden, wo sie benötigt werden.⁴¹ Ziel ist es, einen gleichmäßigen und bedarfsgerechten Zugang der Versicherten zur ambulanten Versorgung zu gewährleisten. Hierbei beschreiben Verhältniszahlen das Soll-Versorgungsniveau – Einwohnerzahl pro Arzt – für die jeweilige Arztgruppe.

Die Rahmenvorgaben für die Bedarfsplanung legt auf der Bundesebene der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) in der Bedarfsplanungsrichtlinie⁴² fest. Auf der Landesebene werden auf dieser Grundlage von den Kassenärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen die Bedarfspläne erstellt, § 99 SGB V. Hierfür wird die aktuelle Versorgungssituation auf die verschiedenen Arztgruppen bezogen erfasst, mit dem jeweiligen Sollniveau abgeglichen und so das Versorgungsniveau, der sog. allgemeine Versorgungsgrad ermittelt.

Die Arztgruppen werden in unterschiedlich großen Räumen geplant. Am kleinräumigsten werden Hausarztsitze gesteuert, die Planung für die allgemeine fachärztliche Versorgung (z.B. Augenärzte, Frauenärzte, HNO, Hautärzte, Orthopäden) erfolgt (in Hessen) auf der Ebene der Landkreise. Die spezialisierte fachärztliche Versorgung (z.B. Anästhesisten, Fachinternisten, Radiologen) wird (in Hessen) auf der Ebene der Regierungspräsidien geplant. Der gesonderten

³⁷ Vgl. dazu BSG, Urt. v. 17.3.2021 - B 6 KA 6/20 R.

³⁸ BSG, Urt. v. 23.3.2011 - B 6 KA 15/10 R.

³⁹ BSG, Urt. v. 2.9.2009 - B 6 KA 44/08 R.

⁴⁰ BSG, Urt. v. 12.12.2012 - B 6 KA 15712 R.

⁴¹ Siehe dazu *Stollmann*, Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten der ärztlichen Versorgung im ländlichen Bereich, *GesR* 2020, 416.

⁴² Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Überversorgung und Unterversorgung in der vertragsärztlichen

chen Versorgung (Bedarfsplanungs-Richtlinie) in der Neufassung vom 20. Dezember 2012, veröffentlicht im Bundesanzeiger *BAnz AT* 31.12.2012 B7 vom 31. Dezember 2012, in Kraft getreten am 1. Januar 2013; zuletzt geändert am 15. Juli 2021, veröffentlicht im Bundesanzeiger (*BAnz AT* 29.09.2021 B2), in Kraft getreten am 30. September 2021; dazu *Ladurner*, Die Weiterentwicklung der Bedarfsplanungs-Richtlinie im Jahr 2019, in: *Jacobs/Plagemann/Schafhausen/Ziegler* (Hrsg.), *Weiterdenken – Recht an der Schnittstelle zur Medizin*, 2020, S. 467.

fachärztlichen Versorgung (z.B. Nuklearmedizin, Humangenetik, Labor) entspricht als Planungsgebiet das Gebiet der Kassenärztlichen Vereinigung.

Auf der Grundlage dieses Bedarfsplans haben die Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen gemäß § 100 Abs. 1 S. 1 SGB V bzw. § 103 Abs. 1 S. 1 SGB V von Amts wegen festzustellen, ob eine Unter- bzw. Überversorgung vorliegt.

I. Zulassungsbeschränkungen

Die Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen (§ 90 SGB V) stellen fest, ob eine Überversorgung vorliegt, § 103 Abs. 1 S. 1 SGB V. Wenn dies der Fall ist, hat der Landesausschuss nach den Vorschriften der Zulassungsverordnungen und unter Berücksichtigung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses Zulassungsbeschränkungen anzuordnen (§ 103 Abs. 1 S. 2 SGB V). Darüber hinaus treffen die Landesausschüsse eine Feststellung, wenn der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad um 40 Prozent überschritten ist (§ 103 Abs. 1 S. 3 SGB V).

Die Zulassungsbeschränkungen sind nach § 103 Abs. 2 SGB V räumlich zu begrenzen und arztgruppenbezogen unter angemessener Berücksichtigung der Besonderheiten bei den Kassenarten anzuordnen.

Die Zulassungsbeschränkungen sind aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für eine Überversorgung entfallen sind, § 103 Abs. 3 SGB V.

II. Sonderbedarfszulassung

Die Feststellung dieses Sonderbedarfs bedeutet die ausnahmsweise Zulassung eines zusätzlichen Vertragsarztes in einem Planungsbereich trotz Zulassungsbeschränkungen.⁴³

Unbeschadet der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuss darf der Zulassungsausschuss dem Zulassungsantrag eines Arztes der betreffenden Arztgruppe auf Sonderbedarf nach Prüfung entsprechen, wenn die nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind und die ausnahmsweise Besetzung eines zusätzlichen Vertragsarztsitzes unerlässlich ist, um die vertragsärztliche Versorgung in einem

Versorgungsbereich zu gewährleisten und dabei einen zusätzlichen lokalen oder einen qualifikationsbezogenen Versorgungsbedarf zu decken, § 36 Bedarfsplanungsrichtlinie. Sonderbedarf ist als zusätzlicher

Versorgungsbedarf für eine lokale Versorgungssituation oder als qualifikationsbezogener Versorgungsbedarf festzustellen (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 SGB V).

Ein lokaler oder qualifikationsbezogener Sonderbedarf setzt voraus, dass aufgrund von durch den Zulassungsausschuss festzustellenden Besonderheiten des maßgeblichen Planungsbereichs (z.B. in Struktur, Zuschnitt, Lage, Infrastruktur, geografische Besonderheiten, Verkehrsanbindung, Verteilung der niedergelassenen Ärzte) ein zumutbarer Zugang der Versicherten zur vertragsärztlichen Versorgung nicht gewährleistet ist und aufgrund dessen Versorgungsdefizite bestehen, § 36 Abs. 4 S. 3 Bedarfsplanungsrichtlinie. Die Sonderbedarfszulassung setzt ferner voraus, dass der Versorgungsbedarf dauerhaft erscheint. Bei vorübergehendem Bedarf ist von der Möglichkeit der Ermächtigung Gebrauch zu machen, § 36 Abs. 5 Bedarfsplanungsrichtlinie.

Fallbeispiel: Ärzten aus Arztgruppen, die in der Bedarfsplanung der spezialisierten fachärztlichen Versorgung zugeordnet sind, kann eine Sonderbedarfszulassung nur erteilt werden, wenn die Patienten Behandlungsangebote in anderen Praxen dieser Fachrichtung nicht innerhalb von 45 Minuten erreichen können.⁴⁴

III. Nachbesetzungsverfahren⁴⁵

Liegt der Versorgungsgrad in einem Planungsbereich für eine Arztgruppe unter 110% sind reguläre Zulassung und auch eine Praxisnachfolge unproblematisch möglich.

Im gesperrten Planungsbereich (mit einem Versorgungsgrad von über 110%) ist eine reguläre Zulassung hingegen nicht möglich. Hier kann gemäß § 103 Abs. 3a S. 1 SGB V ein Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens gestellt werden.

Im MVZ kann gemäß § 103 Abs. 4a S. 5 SGB V auch bei Zulassungsbeschränkungen eine Nachbesetzung von Arztstellen erfolgen.

Fallbeispiel: Verzichtet ein Arzt auf seine (volle) Zulassung, um in einem MVZ im Umfang einer 3/4-Stelle tätig zu werden, kann die Stelle nach seinem Ausscheiden aus dem MVZ auch nur im Umfang einer 3/4-Stelle nachbesetzt werden.

Das Recht zur Nachbesetzung einer in das MVZ eingebrachten Stelle steht dem MVZ grundsätzlich nur zu, wenn der Arzt dort mindestens drei Jahre tätig war, oder

⁴³ Dazu *Wahrendorf*, Die Sonderbedarfszulassung – aktuelle und alte Probleme, KrV 2014, 241.

⁴⁴ BSG, Urt. v. 17.3.2021 - B 6 KA 2/20 R.

⁴⁵ Allgemein dazu *Ströttchen*, Die wirtschaftliche Verwertung von Vertragsarztpraxen – rechtliche Grenzen einer weitergehenden Regulierung, KrV 2020, 98 und 143.

– wenn er früher ausscheidet – jedenfalls ursprünglich die Absicht hatte, dort mindestens drei Jahre tätig zu sein.⁴⁶

Wenn die Zulassung eines Vertragsarztes in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, durch Tod, Verzicht oder Entziehung endet und die Praxis von einem Nachfolger weitergeführt werden soll, entscheidet der Zulassungsausschuss auf Antrag des Vertragsarztes oder seiner zur Verfügung über die Praxis berechtigten Erben, ob ein Nachbesetzungsverfahren nach Abs. 4 für den Vertragsarztsitz durchgeführt werden soll, § 103 Abs. 3a S. 1 SGB V.

Der Zulassungsausschuss kann den Antrag ablehnen, wenn eine Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes aus Versorgungsgründen nicht erforderlich ist.

Hat der Zulassungsausschuss einem Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens entsprochen, hat die Kassenärztliche Vereinigung den Vertragsarztsitz in den für ihre amtlichen Bekanntmachungen vorgesehenen Blättern unverzüglich auszu-schreiben und eine Liste der eingehenden Bewerbungen zu erstellen (§ 103 Abs. 4 S. 1 SGB V).

Bei der Auswahl der Bewerber sind im Rahmen einer Ermessensentscheidung folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. die berufliche Eignung,
2. das Approbationsalter,
3. die Dauer der ärztlichen Tätigkeit,
4. eine mindestens fünf Jahre dauernde vertragsärztliche Tätigkeit in einem Gebiet, in dem der Landesausschuss nach § 100 Abs. 1 das Bestehen von Unterversorgung festgestellt hat,
5. ob der Bewerber Ehegatte, Lebenspartner oder ein Kind des bisherigen Vertragsarztes ist,
6. ob der Bewerber ein angestellter Arzt des bisherigen Vertragsarztes oder ein Vertragsarzt ist, mit dem die Praxis bisher gemeinschaftlich betrieben wurde,
7. ob der Bewerber bereit ist, besondere Versorgungsbedürfnisse, die in der Ausschreibung der Kassenärztlichen Vereinigung definiert worden sind, zu erfüllen,

8. Belange von Menschen mit Behinderung beim Zugang zur Versorgung,
9. bei medizinischen Versorgungszentren die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots; dies gilt entsprechend für Vertragsärzte und Berufsausübungsgemeinschaften mit einem besonderen Versorgungsangebot (§ 103 Abs. 4 S. 5 SGB V).

Der Zulassungsausschuss darf den Antrag nicht ablehnen, sofern die Praxis von einem Nachfolger weitergeführt werden soll, der dem in Nummer 4, 5 und 6 bezeichneten Personenkreis angehört oder der sich verpflichtet, die Praxis in ein anderes Gebiet des Planungsbereichs zu verlegen, in dem nach Mitteilung der Kassenärztlichen Vereinigung aufgrund einer zu geringen Ärztedichte ein Versorgungsbedarf besteht oder sofern mit der Nachbesetzung Festlegungen nach § 101 Abs. 1 S. 8 befolgt werden (§ 103 Abs. 3a S. 3 SGB V).

Ein Vorverfahren (§ 78 SGG) findet nicht statt. Klagen gegen einen Beschluss des Zulassungsausschusses, mit dem einem Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens entsprochen wird, haben keine aufschiebende Wirkung. Hat der Zulassungsausschuss den Antrag abgelehnt, hat die Kassenärztliche Vereinigung dem Vertragsarzt oder seinen zur Verfügung über die Praxis berechtigten Erben eine Entschädigung in der Höhe des Verkehrswertes der Arztpraxis zu zahlen.

Fallbeispiel: Reine Konzeptbewerbungen von MVZ sind nicht möglich.⁴⁷

Bis zur näheren Ausgestaltung einer "arztlosen Anstellungsgenehmigung" durch den Normgeber können Konzeptbewerbungen ohne personenbezogene Angaben zu dem anzustellenden Arzt nicht berücksichtigt werden.

D. Wirtschaftlichkeitsprüfung⁴⁸

Zu den vertragsärztlichen Pflichten gehört die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots nach §§ 12, 2 SGB V. Der Vertragsarzt/die Vertragsärztin hat ihr gesamtes Behandlungs- und Ordnungsverhalten an diesem Grundsatz zu orientieren. Den Vertragspartnern auf Landesebene (Kassenärztliche Vereinigung und Landesverbände der Krankenkassen andererseits)

⁴⁶ BSG, Urt. v. 4.5.2016 - B 6 KA 21/15 R.

⁴⁷ BSG, Urt. v. 15.5.2019 - B 6 KA 5/18 R.

⁴⁸ Dazu näher *Ladurner*, Die Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung nach dem TSVG, ZMGR 2019, 123; *Rademacker*, Abrechnung und Wirtschaftlichkeitsprüfung nach dem TSVG, GuP 2020, 49.

obliegt es, Regelungen für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit, die sog. Prüfvereinbarungen, zu vereinbaren. Dabei haben Sie sich an den gesetzlichen Rahmenvorgaben des SGB V (§§ 106-106c SGB V) zu orientieren.

Zuständig für die Prüfungen sind eigene Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung, nämlich die Prüfungsstellen und im Widerspruchsverfahren die Beschwerdeausschüsse, § 106c SGB V.

Auf begründeten Antrag einer einzelnen Krankenkasse, mehrerer Krankenkassen gemeinsam oder der Kassenärztlichen Vereinigung werden arztbezogenen Prüfungen durchgeführt. Diese beziehen sich entweder auf die ärztlichen Leistungen, § 106a SGB V, oder auf ärztlich verordnete Leistungen, § 106b SGB V.

Bei den ärztlichen Leistungen sieht der Gesetzgeber insbesondere dann eine Veranlassung für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit (§ 106a Abs. 2 SGB V)

1. bei begründetem Verdacht auf fehlende medizinische Notwendigkeit der Leistungen (Fehlindikation),
2. bei begründetem Verdacht auf fehlende Eignung der Leistungen zur Erreichung des therapeutischen oder diagnostischen Ziels (Ineffektivität),
3. bei begründetem Verdacht auf mangelnde Übereinstimmung der Leistungen mit den anerkannten Kriterien für ihre fachgerechte Erbringung (Qualitätsmangel), insbesondere in Bezug auf die in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses enthaltenen Vorgaben,
4. bei begründetem Verdacht auf Unangemessenheit der durch die Leistungen verursachten Kosten im Hinblick auf das Behandlungsziel oder
5. bei begründetem Verdacht, dass Leistungen des Zahnersatzes und der Kieferorthopädie unvereinbar mit dem Heil- und Kostenplan sind.

E. Honorarverteilung

Zu den wesentlichen Rechten des Vertragsarztes/der Vertragsärztin zählt das Recht auf Teilnahme an der Honorarverteilung. In den Gesamtverträgen (vgl. § 83 SGB V) werden die Einzelheiten des Vergütungs- und Abrechnungswesens auf der Landesebene geregelt.

Die Krankenkassen entrichten nach Maßgabe des Gesamtvertrages für die gesamte vertragsärztliche

Versorgung mit befreiender Wirkung eine Gesamtvergütung an die Kassenärztliche Vereinigung (§ 85 Abs. 1 SGB V), die wiederum das Geld an die Vertragsärzte/Vertragsärztinnen verteilen muss. Die Kriterien für die Verteilung werden in einem Honorarverteilungsvertrag vereinbart. Dabei ist das zur Verfügung stehende Verteilungsvolumen in einen haus- und einen fachärztlichen Anteil aufzuteilen.

I. Abrechnung

Der Vertragsarzt/die Vertragsärztin rechnet auf der Grundlage des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) seine/ihre Leistungen am Quartalsende ab. Der EBM (vgl. § 87 SGB V) enthält für alle Leistungen, die Vertragsärzte/Vertragsärztinnen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung erbringen dürfen, eine Definition sowie einen Wert. Die Kosten- und Mengensteuerung – bei begrenztem Verteilungsvolumen – erfolgt über sog. Regelleistungsvolumina (RLV), die die von allen Vertragsärzten/Vertragsärztinnen einer Fachgruppe abgerechneten „Basisleistungen“ enthält.

Zusätzlich zum RLV erhält der Vertragsarzt/die Vertragsärztin in den meisten KVen für bestimmte spezielle Leistungen, die entweder eine besondere Qualifikation voraussetzen oder nur von wenigen Ärzten einer Fachgruppe abgerechnet werden, sogenannte qualifikationsgebundene Zusatzvolumina (QZV). Diese sollen die Unterschiede im Leistungsspektrum der Praxen besser abbilden. Die meisten QZVs setzen für die Abrechnung der jeweiligen Leistungen eine Genehmigung der KV voraus, zum Beispiel Sonographie oder Psychosomatische Grundversorgung. In anderen Fällen ist eine entsprechende Gebiets- oder Schwerpunktbezeichnung erforderlich, um die Leistung abrechnen zu können.

Jedem Vertragsarzt/jeder Vertragsärztin werden pro Quartal RLV und QZV gleichzeitig und in einer Summe zugewiesen. Das RLV-/QZV-Honorarvolumen bildet die Obergrenze, bis zu der alle RLV- und QZV-Leistungen mit festen Preisen vergütet werden. Wird dieses Honorarvolumen überschritten, wird es nur abgestaffelt vergütet.

II. Abrechnungsprüfung

Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Krankenkassen prüfen die Rechtmäßigkeit und Plausibilität der Abrechnungen in der vertragsärztlichen Versorgung, § 106d Abs. 1 SGB V.⁴⁹

⁴⁹ Siehe dazu Willaschek, „Second line“-Budgetierungen in der vertragsärztlichen Versorgung – die Instrumente der

KVen im Überblick; Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein, 2018, S. 31.

Die KV ist zuständig für die sachlich-rechnerische Prüfung sowie die Plausibilität. Gegenstand der arztbezogenen Plausibilitätsprüfung ist insbesondere der Umfang der je Tag abgerechneten Leistungen im Hinblick auf den damit verbundenen Zeitaufwand des Arztes; Vertragsärzte und angestellte Ärzte sind entsprechend des jeweiligen Versorgungsauftrages gleich zu behandeln, § 106d Abs. 2 S. 2 SGB V.

Im EBM werden für jede Leistung sog. Prüfzeiten hinterlegt, die die durchschnittliche Dauer für eine Leistungserbringung angeben. Diese Zeiten sind so zu bemessen, dass sie auch von erfahrenen und zügig arbeitenden Ärzten für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung benötigt werden.⁵⁰ Tages- und Quartalsprofile eignen sich als Indizienbeweise für eine nicht ordnungsgemäße Abrechnung⁵¹

Fallbeispiel: Aus einer Überschreitung der von den Bundesmantelvertragspartnern festgelegten Zeitgrenzen für Tages- oder Quartalszeitprofile kann auf einen Verstoß gegen das Gebot der persönlichen Leistungserbringung geschlossen werden, wenn keine Gründe erkennbar sind, die die Überschreitung erklären.⁵²

Die Krankenkassen hingegen prüfen die Abrechnung insbesondere hinsichtlich

1. des Bestehens und des Umfangs ihrer Leistungspflicht,
2. der Plausibilität von Art und Umfang der für die Behandlung eines Versicherten abgerechneten Leistungen in Bezug auf die angegebene Diagnose, bei zahnärztlichen Leistungen in Bezug auf die angegebenen Befunde,
3. der Plausibilität der Zahl der vom Versicherten in Anspruch genommenen Ärzte, unter Berücksichtigung ihrer Fachgruppenzugehörigkeit, § 106d Abs. 3 SGB V.

F. Rechtsschutz

Sachlich zuständig für vertragsarztrechtliche Streitigkeiten sind die Sozialgerichte, § 51 Abs. 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Diese abdrängende Sonderzuweisung erfasst grundsätzlich alle Rechtsstreitigkeiten, bei denen die angestrebte Rechtsfolge ihre Grundlage im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung haben kann. Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenver-

sicherung sind Streitigkeiten, die entweder die versicherungs- oder leistungsrechtlichen Beziehungen der Krankenkassen zu ihren Mitgliedern und zu den Leistungserbringern auf der Grundlage des SGB V oder auch die Beziehungen der Leistungserbringer untereinander betreffen.⁵³ Von § 51 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 SGG erfasst wird damit das gesamte Vertragsarztrecht sowie auch die Rechtsbeziehungen der Kassenärztlichen Vereinigung zu ihren Mitgliedern sowie zu sonstigen Leistungserbringern, die innerhalb des vertragsärztlichen Systems Leistungen erbringen und über die Kassenärztliche Vereinigung abrechnen.

In Hessen bestimmt § 5 Abs. 2 AGSGG (HE) für die örtliche Zuständigkeit, dass der Bezirk der Kammern für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts beim SG Marburg sich auf die Bezirke der übrigen Sozialgerichte des Landes Hessen erstreckt. Das Verfahren richtet sich nach dem SGG und ist in den wesentlichen Grundzügen parallel mit den Verfahrensvorschriften der VwGO.

Der Widerspruch und die Anfechtungsklage haben im sozialgerichtlichen Verfahren grundsätzlich aufschiebende Wirkung, § 86a Abs. 1 SGG. Auch die Anrufung der Berufungs- und Beschwerdeausschüsse hat aufschiebende Wirkung, §§ 96 Abs. 4 S. 2, 106 Abs. 5 S. 4 SGB V.

Ausnahmen regelt § 86a Abs. 2 Nr. 1–4 SGG. Bei Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Honorarfestsetzung entfällt die aufschiebende Wirkung nach § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG in Verbindung mit § 85 Abs. 4 S. 6 SGB V. In diesen Fällen kann die Behörde die aufschiebende Wirkung durch Aussetzung der sofortigen Vollziehung (wieder-)herstellen, § 86a Abs. 3 SGG. Auf Antrag kann auch das Sozialgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anordnen, § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG.

Die Sozialgerichte sind grundsätzlich mit ein bis drei Berufsrichter*innen und zwei ehrenamtlichen Richter*innen besetzt. Soweit Angelegenheiten der gemeinsamen Selbstverwaltung betroffen sind (wie z.B. bei Klagen gegen die Berufungs- und Beschwerdeausschüsse, die selber beteiligtenfähig sind, § 70 Nr. 4 SGG), wirken je ein ehrenamtlicher Richter/eine ehrenamtliche Richterin aus den Kreisen der Krankenkassen und aus den Kreisen der Vertragsärzte/Vertragszahnärzte/Psychotherapeuten mit, § 12 Abs. 3 S. 1 SGG. In Angelegenheiten, die ausschließlich die Vertragsärzte/Vertragszahnärzte/Psychotherapeuten

⁵⁰ BSG, Urt. v. 21.3.2018 - B 6 KA 47/16 R.

⁵¹ BSG, Beschl. v. 17.8.2011 - B 6 KA 27/11 B.

⁵² BSG, Urt. v. 24.10.2018 - B 6 KA 42/17 R.

⁵³ Vgl. BSG, Beschl. v. 5.5.2021 - B 6 SF 4/20 R

betreffen (beklagt ist in der Regel die Kassen(zahn)ärztliche Vereinigung), wirken als ehrenamtliche Richter*innen nur Vertragsärzte/Vertragszahnärzte/Psychotherapeuten mit, § 12 Abs. 3 S. 2 SGG.

Für das gerichtliche Verfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, § 103 SGG.

„Feiern gegen das Tanzverbot“

- Untersagung einer Veranstaltung am Karfreitag -

Von Privatdozent Dr. **Andreas Kulick**, LL.M. (NYU)
und Wiss. Mitarbeiter **Hans-Martin Reissner**, Heidelberg/Marburg*

Leistungsstufe: Examensklausurenkurs

Schwierigkeitsgrad: mittel

Bearbeitungszeit: 5 Stunden

Probleme:

- 1) Beschwerdeberechtigung bei privatrechtlichen Personenvereinigungen
- 2) Abgrenzung der Weltanschauungsfreiheit gegenüber anderen Freiheitsgrundrechten
- 3) Staatliches Neutralitätsgebot im Kontext christlicher Feiertage

SACHVERHALT¹

Der Verein deutscher Atheisten und Agnostiker (VdA) ist ein eingetragener gemeinnütziger Verein (e.V.), der sich seiner Satzung nach als Weltanschauungsgemeinschaft versteht, die sich zum Ziel gesetzt hat, die Interessen und Rechte von Konfessionslosen auf der Basis der Aufklärung und des weltlichen Humanismus zu vertreten. Er tritt deshalb auch insbesondere für eine strikte Trennung von Staat und Kirche ein und möchte die Privilegien der Kirchen eliminieren. Voraussetzung für die Mitgliedschaft ist unter anderem das eindeutige Bekenntnis zu diesen Zielen.

Am Karfreitag des Jahres 2019 plante der VdA in der Landeshauptstadt L des Bundeslandes B die Durchführung einer Veranstaltung unter dem Titel „Religionsfreie Zone L – Heidenspaßparty 2019“. Diese Veranstaltung sollte um 18 Uhr mit der Vorführung des Films „The Life of Brian“ beginnen. Um 20 Uhr sollte ein Schokoladenbuffet angeboten werden und zeitgleich die Rede des bekannten Philosophieprofessors P zum Thema „Leichenschändung am toten Gott?“ mit darauffolgender Podiums- und Publikumsdiskussion stattfinden. Daran sollte sich unmittelbar ab 22 Uhr die „Heidenspaßparty“ unter dem Motto „Heidenspaß statt Höllenqual“ anschließen. Bis ca. 2 Uhr nachts sollte die Rockband „Heilig“ spielen. Der Eintrittspreis sollte 15 EUR für die Gesamtveran-

staltung betragen, selbst wenn die Gäste erst zur „Heidenspaßparty“ hinzugestoßen wären. Während der gesamten Veranstaltung sollten Getränke, einschließlich solcher alkoholischer Art, kostenpflichtig ausgeschrieben werden. Der Preis für die Getränke war nicht im Eintrittspreis inbegriffen. Die Veranstaltung sollte in einem geschlossenen Raum in einer stillgelegten Fabrik stattfinden, in deren unmittelbarer Nachbarschaft sich keine sonstige Bebauung befindet. Auf Plakaten, die auf die Veranstaltung hinwiesen und an vielen Stellen im gesamten Stadtgebiet von L aufgehängt waren, waren lediglich der Titel „Religionsfreie Zone L – Heidenspaßparty 2019“ sowie die Informationen „Vorprogramm: 18-22 Uhr, Party: ab 22 Uhr“ und der Veranstaltungsort annonciert. In der Ankündigung der Party im Internet auf der Website des VdA sowie auf diversen Veranstaltungsportalen waren überdies detaillierte Hinweise zum Programmteil vor 22 Uhr zu finden. Die Party war überdies mit dem Text beworben: „Mit Live-Musik feiern wir fröhlich an einem Tag, an dem allen Bürger:innen dieser Republik das öffentliche Tanzen aus christlichen Gründen untersagt ist!“ Weiterhin wurde die Veranstaltung bezeichnet als „politische Veranstaltung mit dem Zweck, auf das aus unserer Sicht nicht zeitgemäße und undemokratische Feiertagsgesetz hinzuweisen und eine Überarbeitung zu erreichen.“ Der gleiche Text wurde auch als Pressemitteilung an die lokalen Medien versendet.

Nach vorheriger Anhörung des VdA untersagte L die Veranstaltung für den ab 22 Uhr vorgesehenen Teil „Heidenspaßparty“ unter Androhung eines Zwangsgeldes bei Nichtbefolgung und erklärte die Untersagung für sofort vollziehbar. Der Teil „Heidenspaßparty“ verstoße gegen die Vorschriften des Feiertagsgesetzes des Landes B (FTG). Das FTG lautet in den relevanten Passagen:

* Der Verfasser *Kulick* war im Sommersemester 2021 Professurvertreter am Institut für Öffentliches Recht der Philipps-Universität Marburg. Der Verfasser *Reissner* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches

Recht, Lehrstuhl von Prof. Dr. *Sven Simon*, der Philipps-Universität Marburg.

¹ Der Übungsklausur und den Lösungshinweisen liegt die Entscheidung des BVerfGE 143, 161 [2016] zugrunde.

§ 1 Gesetzliche Feiertage

- (1) Gesetzliche Feiertage sind
1. im ganzen Staatsgebiet
 - [...] Karfreitag, [...]

§ 2 Schutz der Sonn- und Feiertage

- (1) An den Sonntagen und den gesetzlichen Feiertagen sind öffentlich bemerkbare Arbeiten, die geeignet sind, die Feiertagsruhe zu beeinträchtigen, verboten, soweit aufgrund Gesetzes nichts anderes bestimmt ist.
- (2) Während der ortsüblichen Zeit des Hauptgottesdienstes sind außerdem verboten
1. alle vermeidbaren lärmzeugenden Handlungen in der Nähe von Kirchen und sonstigen zu gottesdienstlichen Zwecken dienenden Räumen und Gebäuden, soweit diese Handlungen geeignet sind, den Gottesdienst zu stören,
 2. öffentliche Unterhaltungsveranstaltungen; erlaubt sind jedoch Sportveranstaltungen und die herkömmlicherweise in dieser Zeit stattfindenden Veranstaltungen der Kunst, Wissenschaft oder Volksbildung, soweit sie nicht unter Nummer 1 fallen, [...]

§ 3 Stille Tage

- (1) Stille Tage sind
- [...] Karfreitag, [...]
- (2) An den stillen Tagen sind öffentliche Unterhaltungsveranstaltungen nur dann erlaubt, wenn der diesen Tagen entsprechende ernste Charakter gewahrt ist. Sportveranstaltungen sind jedoch erlaubt, ausgenommen am Karfreitag und am Buß- und Betttag. Am Karfreitag sind außerdem in Räumen mit Schankbetrieb musikalische Darbietungen jeder Art verboten.

§ 5 Befreiungen

Die Gemeinden können aus wichtigen Gründen im Einzelfall von den Verboten der Art. 2, 3 [...] Befreiung erteilen, nicht jedoch für den Karfreitag.

Der Widerspruch des VdA wurde negativ beschieden. Die darauffolgende Klage des VdA vor dem zuständigen Verwaltungsgericht scheiterte ebenso wie die Berufung vor dem Verwaltungsgerichtshof des Landes B, welches ebenfalls einen Antrag auf Zulassung der Revision zum Bundesverwaltungsgericht ablehnte. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ab. Daraufhin erhob der VdA form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht.

Nach Auffassung des VdA verletzen die angegriffenen Entscheidungen der L sowie der Gerichte seine

Grundrechte, vor allem das Recht auf Weltanschauungs- und Versammlungsfreiheit. Insbesondere beruhen sie auf verfassungswidrigen Vorschriften des FTG. Die am Karfreitag geplante Veranstaltung sei als Gesamtkonzept geplant gewesen, das insgesamt die Weltanschauung des VdA zum Ausdruck bringen sollte. Die „Heidenspaßparty“ sei integraler Bestandteil dieses Konzepts gewesen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass auf den Plakaten, welche die Veranstaltung ankündigten, vor allem auf die „Heidenspaßparty“ hingewiesen und die anderen Teile der Veranstaltung als „Vorprogramm“ bezeichnet worden seien. Die Durchführung der „Heidenspaßparty“ gerade am Karfreitag entgegen des Verbots in § 3 Abs. 2 S 3 FTG bringe die weltanschaulichen und politischen Positionen des VdA zum Ausdruck. Die Privilegierung bestimmter christlicher Feiertage durch Festlegung so genannter „stiller Tage“ verstoße gegen das staatliche religiös-weltanschauliche Neutralitätsgebot. Auch wenn die Verfassung staatlich anerkannte Feiertage ausdrücklich unter Schutz stelle, zielen dies gerade nicht auf einen religiösen Sinngehalt, sondern darauf, zu gewährleisten, dass die Bevölkerung bestimmte Tage ohne die werktäglichen Bindungen und Beanspruchungen leben könne. Dazu sei die synchrone Taktung des sozialen Lebens in Form einheitlicher Feiertage zwar erforderlich. Dies rechtfertige indes nicht ein unter Hinweis auf einen religiös definierten ernsten Charakter des jeweiligen Tages begründetes Feierverbot im Sinne des § 3 Abs. 2 FTG. Es bestehe gerade kein allgemeines Recht, vor bestimmten kulturellen, religiösen oder weltanschaulichen Positionen und mit ihnen im Zusammenhang stehenden Handlungen bewahrt zu werden. Ferner genieße der VdA auch den Schutz des Art. 8 GG. Die Gesamtveranstaltung sei auf Bekundung einer bestimmten Weltanschauung und somit auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet. Sie stelle eine Kritik an einer christlichen Weltanschauung ebenso wie an der neutralitätswidrigen Verquickung von Staat und Kirche dar, die sich unter anderem in den Vorschriften des FTG manifestiere. Dies gelte nicht nur für die Teile der Veranstaltung bis 22 Uhr, sondern auch für die „Heidenspaßparty“. Erstens sei letztere untrennbarer Teil des Gesamtkonzepts der Veranstaltung. Zweitens komme auch in den religionskritischen Texten der Band „Heilig“ sowie durch das Motto der Party und die dadurch evozierte Geisteshaltung ein genuin auf öffentliche Meinungsbildung ausgerichtetes Element zum Ausdruck. Das gesetzliche Verbot sei in jedem

Fall mit Blick auf die betroffenen Grundrechte unverhältnismäßig.

Die Stadt L und das Land B meinen dagegen, die Entscheidungen seien rechtmäßig ergangen und das FTG sei mit dem Grundgesetz vereinbar. Das Grundgesetz enthalte hinsichtlich des Feiertagsschutzes eine Wertentscheidung für die Orientierung der Gesellschaft an der christlichen Tradition. Dies stelle eine Ausnahme von der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates dar. In jedem Fall bedeute religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates nicht eine strikte Trennung von Kirche und Staat, da eine solche streng laizistische Haltung ihrerseits nicht weltanschaulich neutral sei. Der Karfreitag sei einer der wichtigsten christlichen Feiertage. Die Begehung dieses Feiertages erfordere die Wahrung seines ernststen Charakters und deshalb die Untersagung von Unterhaltungsveranstaltungen wie der geplanten „Heidenspaßparty“. Der verbotene Veranstaltungsteil sei klar vom Vorprogramm trennbar. Er sei als Party angekündigt gewesen und weise weder einen spezifischen Bezug zu den behaupteten Weltanschauungen des VdA auf, noch sei er auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet. Im besten Fall sei die Kundgabe von Weltanschauungen und Meinungen beiläufiger Nebenakt dieser Vergnügungsveranstaltung. Schließlich habe diese Vergnügungsveranstaltung angesichts eines Eintrittspreises von 15 EUR sowie des Ausschanks insbesondere auch von alkoholischen Getränken gegen Entgelt einen eindeutigen kommerziellen Charakter. Dieser schließe die Berufung auf die Grundrechte auf Weltanschauungs- und Versammlungsfreiheit aus. Soweit die kommerzielle Betätigung grundrechtlichen Schutz genieße, sei das Verbot angesichts der entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Güter verhältnismäßig. In jedem Fall wiege ein etwaiger Eingriff in die Rechte des VdA bereits deshalb gering, weil dieser nur einen kleinen Kreis von Personen repräsentieren könne, während auf der anderen Seite die Interessen der christlichen Bevölkerungsmehrheit an der Feiertagsruhe stünden. Das FTG verbiete die Durchführung von Vergnügungsveranstaltungen ausnahmslos nur am Karfreitag und nur in Räumen mit Schankbetrieb, sodass es dem VdA an 364 anderen Tagen im Jahr möglich sei, die „Heidenspaßparty“ zu veranstalten, und selbst am Karfreitag

Veranstaltungen im Sinne des „Vorprogramms“ der „Heidenspaßparty“ durchgeführt werden könnten.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden? Erstellen Sie das entsprechende Gutachten. Alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen sind – ggf. hilfsgutachterlich – zu beantworten.

GUTACHTEN (Lösungsvorschlag)

A. Zuständigkeit des BVerfG und Zulässigkeit der Beschwerde

Das BVerfG müsste zuständig sein, über den Antrag zu entscheiden und die Verfassungsbeschwerde des VdA müsste zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Die Verfassungsbeschwerde ist hier die maßgebliche Verfahrensart. Das BVerfG ist für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG.

II. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde des VdA müsste zulässig sein. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

1. Beschwerdeberechtigung und -befugnis

Fraglich ist, ob der VdA, der keine natürliche Person ist, zur Einleitung einer Verfassungsbeschwerde berechtigt und befugt ist. Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG ist „jedermann“ zur Einleitung einer Verfassungsbeschwerde berechtigt, d.h. jeder Grundrechtsträger. Bei privatrechtlichen Personenvereinigungen richtet sich die Grundrechtsfähigkeit nach Art. 19 Abs. 3 GG. Es kommt dabei nicht auf die Rechtsfähigkeit nach dem Privatrecht an, sondern darauf, ob die fraglichen Grundrechte „ihrem Wesen nach“ auf die fragliche Personenvereinigung, hier den VdA, anwendbar sind.² Die Möglichkeit einer solchen Anwendbarkeit genügt bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung. Nach herrschender Auffassung ist ein Grundrecht seinem Wesen nach auf eine privatrechtliche Personenvereinigung anwendbar, wenn sie entweder ein „personales Substrat“ aufweist oder wenn eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“ besteht.³ Es kommt also auf

² Stern, Staatsrecht Bd. 1, Aufl. 2006, S. 939; Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 36; Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. Ergänzungslieferung 2021, Art. 8 Rn. 113.

³ Vgl. Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 55. Ergänzungslieferung 2009, Art. 19 Abs. 3 Rn. 27, 35; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 3 Rn. 209 ff.; grundlegend Dürig, in:

den Schutz der hinter der Vereinigung stehenden Personen an, auf die „durchgegriffen“ wird. Nach einer anderen Auffassung ist die Funktion der „juristischen Person“ selbst maßgeblich, d.h. ob sie ihrem Zweck und ihrer sozialen und wirtschaftlichen Funktion nach den Schutz des fraglichen Grundrechts beanspruchen kann.⁴ Ferner müsste der VdA ebenfalls gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt sein, d.h. er müsste durch die fraglichen Maßnahmen möglicherweise selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen sein. Der VdA ist als e.V. eine juristische Person des Privatrechts (vgl. § 21 BGB), in der sich seine Mitglieder zur Realisierung ihrer gemeinsamen Weltanschauung zusammengeschlossen haben. Die kostenpflichtige Veranstaltung am Karfreitag 2019 stand unter dem Motto, die weltanschaulichen Ziele des VdA zu verwirklichen. Um diese gemeinsamen Ziele zu propagieren, hat der VdA eine Zusammenkunft von mehreren Personen mit dem erklärten Ziel – auch – der politischen Meinungskundgabe organisiert. Die Untersagung durch L sowie die Gerichtsurteile richteten sich direkt an den VdA. Der VdA ist mithin bezüglich der fraglichen Grundrechte, insbesondere Art. 4 und 8, aber auch möglicherweise Art. 5 Abs. 1, 12 und 2 Abs. 1 GG, nach allen Auffassungen beschwerdeberechtigt sowie auch beschwerdebefugt.

Anmerkung: Die Prüfung kann hier recht knapp bleiben. Entscheidend ist, dass erkannt wird, dass sich die Grundrechtsfähigkeit nach Art. 19 Abs. 3 GG richtet und dass kurz begründet wird, warum die einschlägigen Grundrechte ihrem Wesen nach anwendbar sind. Eine umfangreiche Prüfung wäre hier fehl am Platze, da die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nach dem verringerten Prüfungsmaßstab der Zulässigkeit bereits genügt.

2. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen sind ebenfalls gewahrt, vgl. §§ 90 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1, 23 BVerfGG. Insbesondere sind zulässiger Beschwerdegegenstand sowohl die behördliche Entscheidung der L in Form des Widerspruchsbescheids als auch das letztinstanzliche Gerichtsurteil.

III. Zwischenergebnis: Zuständigkeit und Zulässigkeit

Das BVerfG ist zuständig, über den Antrag des VdA zu entscheiden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der maßgeblichen Verfahrensart, der Verfassungsbeschwerde, sind gegeben.

B. Begründetheit

Fraglich ist, ob die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet ist. Dazu müsste der VdA in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichem Recht verletzt sein.

I. Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG)

Der VdA könnte durch die fraglichen Maßnahmen in seiner Weltanschauungsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG beeinträchtigt sein.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

aa) Abgrenzung zu Art. 5 GG

Fraglich ist zunächst die Abgrenzung zum sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Man könnte die Auffassung vertreten, dem VdA ginge es mit der Karfreitagsveranstaltung im Wesentlichen darum, eine politische Position effektiv zu propagieren, sodass hier Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG das maßgebliche Grundrecht darstelle. Auf der anderen Seite versteht sich der VdA als Weltanschauungsgemeinschaft, welche die Ziele der Konfessionslosen vertritt und sich für ein laizistisches Verständnis engagiert. Diese Ziele verfolgte der VdA auch mit der verbotenen Veranstaltung. Dies spricht für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Hierbei gilt es zu beachten, dass religiösen Gruppen ein „Öffentlichkeitsanspruch“ zuzugestehen ist. Diesem ist stets ein Element politischer Meinungskundgabe zu eigen.⁵ Indes bewegt sich dieses Element politischer Meinungskundgabe der Veranstaltung im Bereich der weltanschaulichen Positionen des VdA. Dies spricht für die Spezialität des Art. 4 GG. Dagegen könnte man einwenden, dass jedenfalls der verbotene Teil der Veranstaltung, die „Heidenspaßparty“ kein wesentliches weltanschauliches Element aufweise, weil es bei einer derartigen Vergnügungsveranstaltung nicht wesentlich um Fragen des „weltlichen Humanismus“ im Sinne des Programms des VdA gehe. Darauf lässt sich indes entgegen, dass nach dem erklärten Ziel des VdA mit der

Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 1977 (2. Bearb.), Art. 19 Abs. 3 Rn. 1 ff.

⁴ Vgl. Kulick, JöR 2017, 57 (57 ff.).

⁵ Vgl. dazu BVerfGE 143, 161 (206) [2016].

Party gerade der Protest gegenüber dem Feiertagschutz ausgedrückt werden soll, welcher nicht der laizistischen Weltanschauung des VdA entspreche. Die Organisation einer Vergnügungsveranstaltung gerade am Karfreitag ist so verstanden notwendiger Ausdruck dieser Weltanschauung. Deshalb ist hier Art. 4 GG *lex specialis*.

Anmerkung: Dagegen könnte man wiederum anführen, dass das Protestelement gerade für den Charakter als politische Meinungskundgabe spreche. Hier sind beide Positionen vertretbar. Maßgeblich ist nicht das Ergebnis, sondern die Argumentation. Wer hier Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG für maßgeblich hält, muss diesen entsprechend weiter prüfen. Die Lösungsskizze folgt hier dem Lösungsweg des BVerfG, welches Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG prüft.

bb) Ausschluss des Art. 4 GG wegen kommerzieller Zwecke? Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

Zweitens könnte der Schutzbereich der Weltanschauungsfreiheit für den VdA hinsichtlich der Veranstaltung deshalb nicht eröffnet sein, wenn die Veranstaltung primär auf kommerzielle Zwecke gerichtet war, womit die Veranstaltung nicht in den Schutzbereich des Art. 4 GG, sondern in denjenigen des Art. 12 Abs. 1 GG, ggf. i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG fallen würde. Hier erhob der VdA einen Eintrittsbetrag von 15 EUR sowie weitere Kosten für alkoholische und nichtalkoholische Getränke. Dieser nicht unerhebliche Eintrittsbetrag spricht für einen kommerziellen Charakter der Veranstaltung. Indes ist es Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht untersagt, auch kommerzielle Zwecke zu verfolgen, sofern diese nicht überwiegen.⁶ Hier könnte man einwenden, der Betrag von 15 EUR sei im Wesentlichen nur kostendeckend, da er als Gesamtbetrag für die gesamte Veranstaltung erhoben wurde und somit auch die Finanzierung der Diskussionsveranstaltung sowie des Schokoladenbuffets sicherstellen sollte. Dagegen spricht, dass der Betrag als Pauschalbetrag unabhängig davon erhoben werden sollte, ob man bereits beim ersten Teil anwesend war oder erst zur „Heidenspaßparty“ hinzustieß. Erfahrungsgemäß wäre die Mehrzahl der Besucher erst zum zweiten Teil gekommen, sodass davon auszugehen ist, dass der erwirtschaftete Betrag aufgrund des sodann hohen Eintrittspreises den Kostenbetrag

für beide Veranstaltungsteile erheblich überschritten hätte. Dies bewegt sich indes im Bereich der Spekulation. Stattdessen ist angesichts des umfangreichen Programms bei einem Betrag von 15 EUR davon auszugehen, dass dieser zur Deckung der Kosten erforderlich war. Im Zweifel ist hier zugunsten der Eröffnung des Schutzbereichs zu entscheiden.

Anmerkung: Auch hier sind beide Positionen vertretbar. Wer einen primär kommerziellen Charakter annimmt, muss sodann im Hilfsgutachten weiterprüfen.

cc) Veranstaltung als Ausübung der Weltanschauungsfreiheit

Schließlich ist fraglich, ob die Karfreitagsveranstaltung als Ausübung der Weltanschauungsfreiheit anzusehen ist. Maßgeblich für die Bewertung ist grundsätzlich die Eigendefinition und das Selbstverständnis der fraglichen Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft.⁷ Die Überprüfung durch das BVerfG muss sich darauf beschränken, ob der Bezug zu den weltanschaulichen Zielen hinreichend substantiiert dargelegt worden ist.⁸ Dazu führt das BVerfG aus:

„Das angekündigte Erscheinungsbild und der inhaltliche Gehalt der Veranstaltung sind mit Rücksicht darauf zu beurteilen, dass der Beschwerdeführer auf der Grundlage der Prinzipien der Aufklärung und des weltlichen Humanismus und einer atheistischen Anschauung sich auch an der Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens und strikter wissenschaftlicher Rationalität orientiert. Dem Beschwerdeführer ist ebenso wie Religionsgemeinschaften zuzugestehen, auf der Grundlage der von ihm vertretenen sinnstiftenden Prinzipien in die Öffentlichkeit zu wirken sowie das öffentliche Leben vom Standpunkt seiner Weltanschauung aus zu begleiten und zu bewerten. Der Beschwerdeführer selbst weist zutreffend darauf hin, dass die aktive Bekenntnisfreiheit einer atheistischen Weltanschauungsfreiheit es mit sich bringe, dass nicht nur positive Grundsätze wie Humanismus, Aufklärung, Toleranz und Liberalität werbend verbreitet würden, sondern stets auch eine Abgrenzung von theistischen Anschauungen nötig sei. Die Gottlosigkeit sei ein wesentliches Unterscheidungskriterium und gleichzeitig Bindeglied einer atheistischen Weltanschauungsgemeinschaft. Dies erfordere notwendigerweise auch eine Abgrenzung von den Feiertagen der Religionsgemeinschaften. Der Wunsch, am Karfreitag zu tanzen,

⁶ Siehe ebenda, Rn. 108; Walter, in: Dörr/Grote/Maruhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kapitel 17 Rn. 45; vgl. Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. Ergänzungslieferung 2021, Art. 4 Rn. 55.

⁷ BVerfGE 143, 161 (206) [2016].

⁸ Vgl. ebenda, S. 207, 209f.

*sei daher Element der aktiven Betätigung seines weltanschaulichen Bekenntnisses. Mit der Veranstaltung habe er seine freigeistige Weltanschauung plakativ präsentieren und ausleben wollen.*⁹

Auf dieser Grundlage erscheint es plausibel, dass die Durchführung der Veranstaltung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verwirklichung der Ziele des VdA als Weltanschauungsgemeinschaft steht.

Allerdings ließe sich argumentieren, dass lediglich der erste Teil der Veranstaltung hinreichend weltanschaulich geprägt gewesen sei, um den Schutz des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG genießen zu können, während der zweite Veranstaltungsteil davon zu trennen sei, welcher primär Vergnügungscharakter aufweise. Deshalb sei auch nur der zweite Teil, nämlich die „Heidenspaßparty“, verboten worden. Dafür sprechen die deutliche thematische Aufteilung in der Plakatankündigung („Vorprogramm“ und „Party“) ebenso wie die Tatsache, dass eine Tanzveranstaltung mit lauter Musik keinen spezifisch weltanschaulichen Charakter aufweist. Allerdings war nach dem erklärten Ziel des VdA gerade der Vergnügungscharakter als Tanzveranstaltung provokanter Gegenpol zum gesetzlich geschützten christlichen Gebot der Feiertagsruhe. In der Tanzveranstaltung äußert sich die kollektive Ablehnung des Feiertagsschutzes: *„Da auch diese Abgrenzung in nachvollziehbarer Weise dem Grundsatprogramm des Beschwerdeführers entspricht, müssen bestehende Zweifel, ob es sich nicht etwa doch um eine ganz überwiegend politisch geprägte oder vom Vergnügungscharakter dominierte Veranstaltung handelte, zu Gunsten des Grundrechtsschutzes des Beschwerdeführers zurücktreten.“*¹⁰ Mithin weist die Gesamtveranstaltung einen weltanschaulichen Bezug auf und genießt insoweit den Schutz des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

Anmerkung: Hier kommt es wesentlich auf die Auswertung des Sachverhalts an, der insoweit reiches Argumentationsmaterial bereitstellt. Zu nennen sind unter anderem die Ankündigung im Internet und Pressemitteilungen sowie die religionskritischen Texte der Band „Heilig“, die ebenfalls für die Bejahung der Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs sprechen.

dd) Zwischenergebnis sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG ist mithin eröffnet.

b) Persönlicher Schutzbereich

Auch der persönliche Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG ist eröffnet. Über Weltanschauungs- und Religionsgemeinschaften im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV hinaus genießen auch solche Vereinigungen den Schutz des Art. 4 GG, die nicht als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt sind, sofern sie ihre Zielsetzung hinreichend plausibel geltend machen können,¹¹ was hier der Fall ist.

Beachte: Im Originalfall genoss die fragliche Weltanschauungsgemeinschaft den Status des Art. 137 Abs. 5 WRV.¹²

Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG sind i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG ihrem „Wesen nach“ auf den VdA anwendbar (s. oben II.1.).

c) Zwischenergebnis: Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG ist mithin eröffnet.

2. Eingriff

Die Untersagungsverfügung der L in Form des Widerspruchsbescheids sowie das letztinstanzliche Gerichtsurteil machten es dem VdA unmöglich, die Karfreitagsveranstaltung wie geplant durchzuführen und greifen deshalb in den Schutzbereich der Weltanschauungsfreiheit ein.

3. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist.

a) Schranke: FTG

Die behördliche Entscheidung sowie die Gerichtsurteile beruhen auf den Vorschriften des FTG. Nach § 3 Abs. 2 S. 3 FTG sind „in Räumen mit Schankbetrieb musikalische Darbietungen jeder Art verboten.“ Das Gesetz ließ der Behörde insoweit keinen Ermessensspielraum, zumal der Karfreitag von der Möglichkeit der ausnahmsweisen Befreiung gemäß § 5 FTG ausdrücklich ausgenommen ist. Da die behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen somit unmittelbar auf den Vorschriften des FTG beruhen, ist zu prüfen, ob

⁹ Ebenda, S. 208.

¹⁰ Ebenda, S. 209.

¹¹ Vgl. dazu BVerfGE 83, 341 (351f.) [1991]; Ungern-Sternberg, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts 2021, § 21 Rn. 74.

¹² Siehe BVerfGE 143, 161 (162, 205) [2016].

dieses eine zulässige Schranke der Weltanschauungsfreiheit darstellt.

Art. 4 GG ist ein schrankenloses Grundrecht.¹³ Mithin ist eine Beschränkung desselben nur aufgrund einer verfassungsimmanenten Schranke zulässig. Deshalb ist erforderlich, dass in den Vorschriften der § 3 Abs. 3 S. 3 sowie § 5 FTG eine Regel oder ein Prinzip zum Ausdruck kommen, die im Grundgesetz Verankerung finden. Insoweit kommt der Feiertagsschutz in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV in Betracht. Hierbei stellt sich die Frage, ob das FTG den Vorgaben dieser Vorschriften entspricht und ob es mit den Grundsätzen staatlicher Neutralität in Weltanschauungs- und Religionsfragen vereinbar ist.

aa) Allgemeine Vorgaben der Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV

Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV *„enthält einen objektivrechtlichen Schutzauftrag, der dem Staat die Gewährleistung von Feiertagen aufgibt. An diesen Tagen soll im zeitlichen Gleichklang grundsätzlich die Geschäftigkeit in Form der Erwerbsarbeit, insbesondere der Verrichtung abhängiger Arbeit, ruhen, damit der Einzelne diese Tage allein oder in Gemeinschaft mit anderen ungehindert von werktäglichen Verpflichtungen und Beanspruchungen nutzen kann. Geschützt ist damit der allgemein wahrnehmbare Charakter des Tages als Tag der Arbeitsruhe. Die soziale Bedeutung des Sonn- und Feiertagsschutzes im weltlichen Bereich resultiert dabei wesentlich aus der synchronen Taktung des sozialen Lebens.“*¹⁴

Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV hat sowohl einen weltlich-sozialen als auch einen religiös-christlichen Gehalt.¹⁵ Er zielt einerseits auf die Wahrung persönlicher Ruhe, Erholung und Zerstreuung und garantiert somit auch die Wahrnehmung von Grundrechten, die dem Persönlichkeitsschutz dienen. Andererseits zielt die Vorschrift auch auf die Ermöglichung der Religionsausübung ab.¹⁶ Dabei schützt Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV Sonn- und Feiertage als verfassungsrechtliche Institution mit unantastbarem Kernbestand, deren Ausgestaltung er allerdings dem Gesetz-

geber überlässt. In der konkreten Ausgestaltung genießt der Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum.¹⁷ Im Rahmen dieses Gestaltungsspielraums kann der Gesetzgeber für bestimmte Tage einen Stilleschutz bestimmen. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese von der Mehrheit der Bürger als Feiertage begangen werden.¹⁸

bb) Neutralitätsgebot

Fraglich ist, ob durch die Privilegierung vor allem christlicher Feiertage das staatliche Neutralitätsgebot verletzt wird.¹⁹ Allerdings gilt es zu beachten, dass der Feiertagsschutz über Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV explizit verfassungsrechtlich verankert ist. Die Wahl der Formulierung „bleiben geschützt“ in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV verweist insoweit auf die im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit des Feiertagsschutzes mögliche Anknüpfung des Gesetzgebers an eine überkommene Tradition, die im Falle Deutschlands vor allem christlich-abendländisch geprägt ist.²⁰ Jedoch bedeutet dies nicht, dass sich der Gesetzgeber inhaltlich mit einer bestimmten Religion, zum Beispiel der christlichen, identifizieren darf.²¹ Überdies müssen Angehörige kleiner Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften die Möglichkeit haben, ihre Feiertage angemessen zu begehen und niemand darf gezwungen werden, die gesetzgeberisch ausgewählten Feiertage auf eine bestimmte weltanschauliche oder religiöse Weise zu begehen.²² Anhaltspunkte, die dafür sprächen, dass das FTG diesen Grundsätzen widerspricht, bestehen nicht.

Schließlich erfordert das Neutralitätsgebot, dass der Gesetzgeber das Gemeinwesen durch die Feiertagsgesetzgebung nicht in spezifischer Weise gezielt religiös oder weltanschaulich zu prägen versucht. Eine inhaltliche Einflussnahme auf die Art und Weise der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV genannten „seelischen Erhebung“, die sowohl religiöser als auch weltanschaulicher oder rein ethischer Art sein kann, ist dem Gesetzgeber verwehrt. Mithin steht im Vordergrund, diese „seelische Erhebung“ durch synchrone Taktung des sozialen Lebens, also durch die Schaffung eines Tages sicherzustellen, an dem bestimmte

¹³ Kalenborn, JA 2016, 6 (11); v. Harbou, JuS 2019, 473 (476).

¹⁴ BVerfGE 143, 161 (190f.) [2016] unter Verweis auf BVerfGE 125, 39 (82) [2009].

¹⁵ Ehlers, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, WRV Art. 139 Rn. 7 (stellt auf christlich-abendländische Kulturtradition ab).

¹⁶ Koriath, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. Ergänzungslieferung 2021, WRV Art. 139 Rn. 24f.; Renck, NVwZ 1993, 648 (649f.).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 143, 161 (190f.) [2016].

¹⁸ Vgl. ebenda, S. 196.

¹⁹ Vgl. dazu auch BVerfGE 138, 296 [2015].

²⁰ Vgl. auch BVerfGE 125, 39 (84) [2009].

²¹ Graßhof, in: Graßhof, Nachschlagewerk der Rspr. des BVerfG, 214. Ergänzungslieferung 2021, Art. 140 Rn. 201; Holzke, NVwZ 2002, 903 (905).

²² Ehlers, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, WRV Art. 139 Rn. 7.

Unterlassungspflichten gelten. „Gesetzgeberische Regelungen schaffen also nur den Freiraum zu entsprechender individueller und gemeinschaftlicher Entfaltung. Deshalb erweist sich der besondere Ruheschutz lediglich als Angebot, das zugleich aber Raum für individuell empfundene Bedürfnisse lässt, auch wenn diese nicht im Einklang mit den gesetzgeberischen Motiven stehen, welche den Zwecken der Ausgestaltung unterlegt sind (vgl. BVerfGE 111, 10 <51>). Anders als der Beschwerdeführer meint, wird Andersgläubigen oder nichtreligiösen Menschen durch die gesetzlichen Unterlassungspflichten, die den äußeren Ruherahmen des Tages sicherstellen sollen, keine religiös begründete „Haltung“ vorgeschrieben. Sie dürfen ihre andere Weltanschauung auch an diesem Tage leben, wenn auch nur mit den aus den spezifischen Betätigungsverboten folgenden, auf öffentlichkeitswirksame Handlungen begrenzten Einschränkungen.“²³

Mithin wahrt das FTG das staatliche Neutralitätsgebot.

Anmerkung: Selbstverständlich kann nicht erwartet werden, dass die Bearbeiter/innen die hier dargelegten Grundsätze umfassend darstellen. Maßgeblich für die Bewertung ist, ob sie erkennen, dass das staatliche Neutralitätsgebot aufgrund der Vorgaben des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV nicht streng laizistisch²⁴ zu verstehen sein kann. Der Sachverhaltstext enthält umfangreiches Argumentationsmaterial in dieser Hinsicht, das ausgeschöpft werden sollte. Aufgrund des expliziten Hinweises auf die „synchrone Taktung des sozialen Lebens“ sollten sich die Bearbeiter/innen auch mit diesem Argument auseinandersetzen. Hierin einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot zu erblicken, ist durchaus vertretbar. Man muss sodann aber gut begründen, warum dies trotz der offensichtlichen gesetzgeberischen Möglichkeit der Anknüpfung an überkommene Traditionen durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV der Fall sein soll.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die Voraussetzungen der formellen Verfassungsmäßigkeit des FTG, insbesondere die Gesetzgebungskompetenz, sind gewahrt.

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit: Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist indes, ob die Vorschriften des FTG mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

aa) Legitimer Zweck und Geeignetheit

Der im FTG verankerte Schutz des Karfreitags als Stiller Tag mit umfassendem und ausnahmslosem Ruheschutz verfolgt den Zweck, durch die synchrone Taktung des sozialen Lebens einen Tag der „seelischen Erhebung“ i.S.d. verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV zu schaffen. Aufgrund dieser expliziten verfassungsrechtlichen Vorgaben stellt dies einen legitimen Zweck dar. Die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 3 FTG fördert diesen Zweck, indem sie den Karfreitag unter einen besonderen Stilleschutz stellt, und erfüllt somit das Kriterium der Geeignetheit. Gleiches gilt für ein Verbot der „Heidenspaßparty“. Dagegen kann der Schutz der Interessen der christlichen Bevölkerungsmehrheit an der Feiertagsruhe als solche keinen legitimen Zweck darstellen. Denn Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG schützen Gläubige insbesondere nicht davor, mit Werbung darauf aufmerksam gemacht zu werden, dass andere auf provokante Weise den Glauben der Bevölkerungsmehrheit in Frage stellen und dadurch ihre eigene Weltanschauung bekunden.²⁵

bb) Erforderlichkeit

Die Regelung müsste überdies erforderlich sein, das heißt sie müsste das relativ mildeste Mittel zur Erreichung des obigen Zweckes darstellen²⁶. Eine Tanzveranstaltung mit lauter Musik wie die „Heidenspaßparty“ hat regelmäßig erhebliche Außenwirkung sowohl in der öffentlichen Wahrnehmung wie auch mit Blick auf Lärmimmissionen. Allerdings ließe sich argumentieren, dass dies gerade nicht im konkreten Fall gelte, da die Gesamtveranstaltung in einem geschlossenen Raum in einem alten Fabrikgebäude stattfinden sollte, das sich in einem Gebiet befindet, in dem in unmittelbarer Nachbarschaft keine weitere Bebauung existiert. Die Lärmimmissionen wären mithin für Dritte entweder gar nicht wahrnehmbar oder nur äußerst minimal gewesen. Indes gilt es zu beachten, dass der Stilleschutz nicht nur auf die Verhinderung von Lärmimmission, sondern allgemein auf die Wahrung

²³ BVerfGE 143, 161 (195f.) [2016].

²⁴ Laizismus beschreibt ein staatsrechtliches Modell, das die strikte Trennung zwischen Religion und Staat vorsieht.

²⁵ BVerfGE 143, 161 (203f.) [2016].

²⁶ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. Ergänzungslieferung 2021, Art. 20 Rn. 113, 115.

des ernststen Charakters des Feiertages abzielt.²⁷ Dieser ist bereits gestört, wenn eine den Stilleschutz verletzende Veranstaltung angekündigt und durchgeführt wird, selbst wenn Dritte durch diese nicht unmittelbar durch Lärmimmissionen belästigt werden.²⁸ Ein milderer Mittel als das Verbot der „Heidenspaßparty“ ist mithin nicht ersichtlich, womit auch die Erforderlichkeit zu bejahen ist.

Anmerkung: Hier kann man auch eine andere Auffassung vertreten. Man müsste dann hilfsgutachterlich weiterprüfen.

cc) Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind die sich gegenüberstehenden verfassungsrechtlichen Positionen festzustellen, gegeneinander abzuwägen und in einen Ausgleich zu bringen, der alle Positionen bestmöglich berücksichtigt (sog. *praktische Konkordanz*).²⁹ Auf der einen Seite steht hier der Feiertags- und Ruheschutz im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV. „*Er erweist sich als verfassungsverankertes Grundelement sozialen Zusammenlebens und staatlicher Ordnung und ist als Konnexgarantie zu verschiedenen Grundrechten zu begreifen (vgl. BVerfGE 125, 39 <80>).* Damit wird in Form einer synchronen Taktung des sozialen Lebens allen Menschen die Möglichkeit zur physischen und psychischen Rekreation individuell oder in Gemeinschaft - jeweils nach eigener Gestaltung - gewährleistet. Die Regelungen des Art. 3 Abs. 2 FTG schaffen dabei einen Stilleschutz als äußeren Rahmen zur seelischen Erhebung, der die Arbeitsruhe ergänzt. Der Schutz des Karfreitags als Feiertag mit grundsätzlich gewährleisteter Arbeitsruhe bietet in Verbindung mit dem besonderen Stilleschutz in Anknüpfung an lange bestehende entsprechende Regelungen einer großen Zahl von Gläubigen einen äußeren Rahmen, den Tag in religiös-christlicher Tradition zu begehen, und sei es auch nur in individueller Zurückgezogenheit.“³⁰ Auf der anderen Seite steht die Weltanschauungsfreiheit des VdA gem. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG, welche als schrankenloses Grundrecht ebenfalls von erheblicher Bedeutung ist.

Zunächst kann das Argument des Landes B und der Landeshauptstadt L nicht durchgreifen, das Verbot sei

auf Grundlage des FTG gerechtfertigt, weil der betroffene Personenkreis klein sei und sich die Anzahl der Verbottage auf einen Tag im Jahr beschränke. Grundrechtsschutz bedeutet Minderheitenschutz.³¹ Dass nur wenige Personen betroffen sind, kann deshalb keinen Eingriff in ihr Grundrecht rechtfertigen. Ferner hat der VdA substantiiert dargelegt, dass gerade die Veranstaltung einer „Heidenspaßparty“ am Karfreitag als einzigem Tag mit absolutem Stilleschutz wesentlicher Ausdruck seiner Weltanschauung darstellte.³² Aus diesem Grund kann er nicht auf einen Ausweichtermin verwiesen werden. Dagegen ist in die Abwägung einzustellen, dass die konkrete Lärmbelästigung durch die „Heidenspaßparty“, die in einer stillgelegten Fabrik ohne Bebauung in der Nachbarschaft stattfinden sollte, gering gewesen wäre. Zwar war das Verbot zur Wahrung des ernststen Charakters des Karfreitags nichtsdestoweniger aus den genannten Gründen erforderlich,³³ jedoch steht dem auf der anderen Seite sodann notwendigerweise der vollkommene Ausschluss der Ausübung der Weltanschauungsfreiheit des VdA mit Blick auf den Protest gegenüber dem Karfreitagsschutz gegenüber. Angesichts dieser erheblichen Beeinträchtigung des VdA war das Verbot der „Heidenspaßparty“ nicht angemessen. Entsprechend verstößt das generelle und ausnahmslose Verbot in § 3 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 5 FTG a.E. gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Anmerkung: Selbstverständlich ist hier auch ein anderes Ergebnis vertretbar. Entscheidend für die Bewertung ist die Auseinandersetzung mit den im Sachverhalt genannten Anhaltspunkten und Argumenten. In jedem Fall sollte erkannt und diskutiert werden, dass das Verbot das Recht des VdA aus Art. 4 GG wesentlich konterkariert, weil die Durchführung der Party gerade am Karfreitag für die Ausübung seiner Weltanschauung zentral ist.

dd) Zwischenergebnis: Verhältnismäßigkeit

Das Verbot der „Heidenspaßparty“ war folglich mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG unverhältnismäßig.

²⁷ Graßhof, in: Graßhof, Nachschlagewerk der Rspr. des BVerfG, 214. Ergänzungslieferung 2021, Art. 140 Rn. 36f.

²⁸ Vgl. BVerfGE 143, 161 (193f.) [2016] mit dem Hinweis auf die Errichtung eines „äußeren [Ruhe-]Rahmens“.

²⁹ Kalenborn, JA 2016, 6 (7).

³⁰ BVerfGE 143, 161 (199f.) [2016].

³¹ Vgl. Hufen, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 18.

³² Siehe oben B.I.1.a)cc).

³³ Siehe oben B.I.3.c)bb).

4. Zwischenergebnis: Weltanschauungsfreiheit

Mithin verletzte das Verbot der „Heidenspaßparty“ die Weltanschauungsfreiheit des VdA nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

II. Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG)

Ferner ist fraglich, ob das Verbot der Veranstaltung mit dem Recht des VdA aus Art. 8 Abs. 1 GG vereinbar war.

1. Schutzbereich

Zunächst ist zu erörtern, ob der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit eröffnet ist.

a) Sachlicher Schutzbereich

Die Veranstaltung müsste als Versammlung zu charakterisieren sein, um in den sachlichen Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG zu fallen. Zunächst spricht auch hier die Erhebung eines Eintrittsgeldes aus den oben genannten Gründen nicht für einen primär kommerziellen Charakter, welcher den Schutz des Art. 8 GG gegebenenfalls ausschließen könnte.³⁴ Allerdings ist fraglich, ob die Veranstaltung als Ganzes angesichts der Aufteilung in einen ersten und einen zweiten Teil und der Planung des zweiten Teils als Musik- und Tanzveranstaltung als „Versammlung“ anzusehen ist. Nicht jede Zusammenkunft von Menschen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes genießt den Schutz des Art. 8 GG, sondern nur eine solche, die „gerade auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist.“³⁵ Daran fehlt es Veranstaltungen, „die der bloßen Zurschaustellung eines Lebensgefühls dienen und die als eine auf Spaß und Unterhaltung ausgerichtete öffentliche Massenparty gedacht sind.“³⁶ Um eine solche Vergnügungsveranstaltung könnte es sich bei dem verbotenen Veranstaltungsteil der „Heidenspaßparty“ gehandelt haben. Dafür spricht einerseits, dass diese für sich genommen als Tanzveranstaltung geplant war, auf der bis in die frühen Morgenstunden zu lauter Musik und unter Ausschank auch alkoholischer Getränke gefeiert werden sollte. Im Gegensatz zum ersten, bis 22 Uhr terminierten Teil stand demnach hier nicht das Element politischer Auseinandersetzung, sondern die Verfolgung hedonistischer Bedürfnisse im Vordergrund. Andererseits war dieser zweite Teil nach dieser Auffassung nicht integraler Bestandteil eines Gesamtkonzepts, sondern ein für

sich stehender separater Teil. Dies zeigte sich vor allem in der Ankündigung der Veranstaltung auf den Plakaten, die zum einen von „Vorprogramm“ (Veranstaltungsteil bis 22 Uhr) und zum anderen von „Party“ (Veranstaltungsteil ab 22 Uhr) sprach. Aufgrund der Ankündigung des ersten Teils als „Vorprogramm“ könnte man sogar selbst dann, wenn man den ersten und zweiten Teil als Gesamtheit behandeln wollte, zweifeln, weil diese Bezeichnung offenbart, dass bei der Gesamtveranstaltung der Vergnügungscharakter im Vordergrund stand, sodass das Element politischer Stellungnahme auch insgesamt nur beiläufigen Charakter aufweist.

Dem ist indes entgegenzuhalten, dass die Ankündigung im Internet und in der Pressemitteilung für das Gesamtkonzept der Veranstaltung sprechen. Dafür spricht auch die Ankündigung „Mit Live-Musik feiern wir fröhlich an einem Tag, an dem allen Bürger:innen dieser Republik das öffentliche Tanzen aus christlichen Gründen untersagt ist!“ Die Pressemitteilung bezeichnete die Gesamtveranstaltung als „politische Veranstaltung mit dem Zweck, auf das aus unserer Sicht nicht zeitgemäße und undemokratische Feiertagsgesetz hinzuweisen und eine Überarbeitung zu erreichen.“ Außerdem kam auch in der Tanzveranstaltung ein auf politische Meinungsbildung gerichteter Zweck zum einen durch den Kontext der Gesamtveranstaltung und zum anderen durch die religionskritischen Texte der Musikband „Heilig“ zum Ausdruck. Gerade dem Vergnügungscharakter der Veranstaltung am Karfreitag und angesichts des Verbots im FTG kommt mithin der Charakter politischer Meinungskundgabe zu. Schließlich ging der erste Teil der Veranstaltung nahtlos in den zweiten Veranstaltungsteil über, was ebenfalls für den untrennbaren Zusammenhang beider Veranstaltungsteile spricht. In den Worten des BVerfG:

„Im Hinblick auf die Gesamtveranstaltung war damit die Meinungskundgabe nicht nur beiläufiger Nebenakt. Die ihr immanente bewusste Provokation und der demonstrativ herausgestellte Vergnügungscharakter dienten dazu, die Auffassung des Beschwerdeführers und seine Programmatik zu der seines Erachtens kritisch zu bewertenden, im Feiertagsgesetz aufgegriffenen Prägung des Tages kundzutun. Die darin zum Ausdruck kommende grundsätzliche Position ist

³⁴ Vgl. oben I.1.a)(2).

³⁵ Vgl. BVerfGE 104, 92 (104) [2001]; siehe auch BVerfGE 143, 161 (210) [2016]; *Mast/Gafus*, JuS 2021, 153 (155);

Deppenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. Ergänzungslieferung 2021, Art. 8 Rn. 45.

³⁶ BVerfGE 143, 161 (210) [2016] mit Verweis auf BVerfG, NJW 2001, 2459, 2460 – „Fuckparade/Love Parade“.

wesentliches Element der Weltanschauung des Beschwerdeführers und seines auch in den weltlichen Raum hineinwirkenden Grundsatzprogramms.“³⁷

Mithin ist der sachliche Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG auch deshalb eröffnet, weil überdies die Gesamtveranstaltung in einem geschlossenen Raum stattfinden sollte.

b) Persönlicher Schutzbereich

Der VdA kann sich auf den Schutz der Versammlungsfreiheit als Veranstalter der Gesamtveranstaltung einschließlich der *Heidenspaßparty* berufen, vgl. Art. 19 Abs. 3 GG.

2. Eingriff

Die Untersagungsverfügung der L in Form des Widerspruchsbescheids sowie das letztinstanzliche Gerichtsurteil machten es dem VdA unmöglich, die Karfreitagsveranstaltung wie geplant durchzuführen und greifen deshalb auch in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ein.

3. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist.

a) Schranke und formelle Verfassungsmäßigkeit

Art. 8 Abs. 1 GG ist wie Art. 4 GG ein vorbehaltloses Grundrecht.³⁸ Hinsichtlich des FTG als zulässige Schranke, auch mit Blick auf das Neutralitätsgebot, und die formelle Verfassungsmäßigkeit gilt das zuvor Gesagte entsprechend.³⁹

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit: Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, ob der durch das Verbot erfolgte Eingriff in die Versammlungsfreiheit auch verhältnismäßig war.

aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit

Hier gilt ebenfalls das zur Weltanschauungsfreiheit Gesagte entsprechend.⁴⁰

bb) Angemessenheit

Wiederum ist fraglich, ob das Verbot mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 GG verhältnismäßig im engeren Sinne war. Auf der einen Seite steht der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV verankerte Feiertags- und Stilleschutz, auf der anderen Seite die für ein demokrati-

sches Gemeinwesen „schlechthin konstituierende“ Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG. Hierbei gilt es zu beachten, dass das Verbot die wesentliche Zielsetzung der Versammlung konterkarierte, da es nach der politischen Zielsetzung derselben zentral war, diese aus Protest am Feiertagsschutz gerade am Karfreitag zu veranstalten. Deshalb ist auch hier der Versammlungsfreiheit des VdA der Vorzug zu geben.

Anmerkung: Auch hier ist ein anderes Ergebnis vertretbar.

4. Zwischenergebnis: Versammlungsfreiheit

Mithin verletzt das Verbot der Party den VdA auch in seinem Recht auf Art. 8 Abs. 1 GG.

III. Berufs- und unternehmerische Freiheit, Art. 12, 2 Abs. 1 GG

Die kommerziellen Interessen des VdA an der Veranstaltung der „*Heidenspaßparty*“ standen jedenfalls nicht im Vordergrund. Bei obiger Ablehnung der Eröffnung der Schutzbereiche der Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG beziehungsweise Art. 8 Abs. 1 GG könnte sich der VdA stattdessen auf den Schutz der Berufs- und unternehmerischen Freiheit zur Durchführung einer auf Gewinnerzielung ausgerichteten Vergnügungsveranstaltung berufen. Insoweit ist der Eingriff durch ein auch absolutes und ausnahmsloses Verbot gerechtfertigt. Denn es ist kein über ein allgemeines Interesse an Gewinnerzielung hinausgehendes besonderes schützenswertes Interesse erkennbar, eine solche Veranstaltung gerade am Karfreitag durchzuführen. Das ausnahmslose Verbot von Veranstaltungen im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 3 FTG durch § 5 FTG a.E. galt nur für einen Tag im Jahr. Ein Ausweichen auf einen anderen der 364 Tage im Jahr erscheint gerade mit Blick auf die Bedeutung des Feiertagsschutzes und die Zielsetzung, der Bevölkerung Tage „seelischer Erhebung“ zu schaffen, die verfassungsrechtlich in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV verankert sind, zuzumutbar.

IV. Zwischenergebnis: Begründetheit

Das Verbot der Party verstieß somit gegen Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowie Art. 8 Abs. 1 GG. Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde des VdA begründet. Diese beiden Grundrechte zielen auf den Schutz

³⁷ BVerfGE 143, 161 (213) [2016].

³⁸ Enders, JuS 2000, 883 (884); Gröpl/Leinenbach, JA 2018, 8 (10 f.).

³⁹ Siehe oben B.I.3.a).

⁴⁰ Siehe oben B.I.3.c)aa) und bb).

unterschiedlicher Güter ab und stehen somit in Idealkonkurrenz. Ein Verstoß gegen Art. 12, 2 Abs. 1 GG ist indes nicht festzustellen. Die Entscheidungen der L und der Gerichte beruhten auf § 3 Abs. 2 S. 3 sowie § 5 FTG. Da aufgrund deren eindeutigen Wortlauts eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Frage kommt, ist das ausnahmslose Verbot nach § 5 FTG a.E. nicht mit Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowie Art. 8 Abs. 1 GG vereinbar und somit nichtig.

C. Endergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des VdA ist zulässig und begründet.

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20

- Verbotenes Kraftfahrzeugrennen -

Von Ref. iur. Dr. **Dominic Reitner**, Frankfurt am Main*

Verbotenes Kraftfahrzeugrennen: Die Absicht des Täters, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

Leitsatz (des Verfassers)

Zur Auslegung des Absichtsmerkmals beim sog. Alleinrennen nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und seinem Beweis.

StGB §§ 315d, 69, 69a

Vorinstanz: LG Kempten (Allg.), Urt. v. 08.01.2020 – 220 Js 3532/18 2 Ks

A. Problemaufriss

Die Strafvorschrift des § 315d StGB ist seit ihrer Einführung im Jahr 2017 ein Dauerbrenner im Bereich des Verkehrsstrafrechts. Die weiterhin konstant hohe Zahl sog. "Raser-Fälle" befeuert die Praxisrelevanz nachhaltig, weshalb die Vorschrift gerade auch im Fokus der Prüfungsämter stehen dürfte.

Im Besonderen hat der für die Revision in Verkehrsstrafsachen zuständige 4. Strafsenat des BGH zur Tatbestandsvariante des sog. Alleinrennens nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB bereits wiederholt judiziert und das Straftatbestandsmerkmal der Absicht des Täters, "eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen", extensiv ausgelegt.

In der hier referierten Entscheidung bestätigt der 4. Strafsenat des BGH seine bisherige Spruchpraxis, in einer Polizeifluchtkonstellation mit mehreren Streckenabschnitten. Des Weiteren setzt er sich erstmalig kritisch mit dem Beweis des Absichtsmerkmals auseinander.

B. Sachverhalt (vereinfacht)

Nach den Feststellungen des Tatgerichts war der Angeklagte gegen 1:08 Uhr mit einem VW Golf GTI im Stadtgebiet K-Stadt unterwegs. Als der Angeklagte ein hinter sich fahrendes Polizeifahrzeug bemerkte, wollte er sich einer bevorstehenden allgemeinen Verkehrskontrolle entziehen.

Zu diesem Zweck beschleunigte er sein Fahrzeug mit Vollgas und durchfuhr daraufhin die A-Straße mit mindestens 130 km/h trotz der angeordneten Geschwindigkeitsbegrenzung von u.a. 20 km/h. Dabei war es das Hauptziel des Angeklagten, dem verfolgenden Polizeiwagen zu entkommen, wobei aus seiner Sicht eine höchstmögliche Geschwindigkeit erforderlich war. Obwohl die Polizeibeamten zunächst entsprechend beschleunigten, konnten diese den Angeklagten nicht einholen. Als die Polizeibeamten aus Sicherheitsgründen die Geschwindigkeit reduzierten, verloren diese den Angeklagten aus den Augen.

Gleichwohl setzte der Angeklagte seine Fahrt mit überhöhter Geschwindigkeit nunmehr durch eine sich anschließende Fußgängerzone fort. Im weiteren Verlauf näherte er sich einer – auf der kreuzenden B-Straße stehenden – Personengruppe mit einer Geschwindigkeit von 60 km/h. Durch eine Ausweichbewegung konnten die auf der B-Straße stehenden Personen eine Kollision gerade noch verhindern.

Das LG verurteilte den Angeklagten im zweiten Rechtszug aufgrund seines Fluchtverhaltens in der B-Straße wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens¹ zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Des Weiteren hat es dem Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen und eine Sperre für die Wiedererteilung von einem Jahr und sechs Monaten angeordnet.

C. Entscheidung

Der BGH hob die Entscheidung, soweit das LG den Angeklagten wegen seines Fluchtverhaltens in der B-Straße verurteilt hat, auf. Indes geht der BGH von einer Verwirklichung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB im ersten Streckenabschnitt auf der A-Straße aus. Dem lagen folgende rechtliche Erwägungen zugrunde:

Zunächst führt der BGH auf abstrakt rechtlicher Ebene aus: „[...] § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt in objektiver Hinsicht ein Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit voraus, das sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles als grob verkehrswidrig und rücksichtslos darstellt. [...] Die

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts im Frankfurter Büro von Clifford Chance.

¹ Das LG bejahte neben dem Grundtatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ebenfalls den Qualifikationstatbestand des Abs. 4.

Tathandlung muss ferner im Sinne einer überschießenden Innentendenz von der Absicht des Täters getragen sein, nach seinen Vorstellungen auf einer nicht ganz unerheblichen Wegstrecke die unter den konkreten situativen Gegebenheiten maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Diese Absicht braucht nicht Endziel oder Hauptbeweggrund des Handelns zu sein. [...] Dieses Verständnis des Absichtsmerkmals in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hat zur Folge, dass [...] auch sogenannte Polizeifluchtfälle von der Strafvorschrift erfasst werden [...]. Dabei ist allerdings zu beachten, dass aus einer Fluchtmotivation nicht ohne Weiteres auf die Absicht geschlossen werden kann, die gefahrene Geschwindigkeit bis zur Grenze der situativ möglichen Höchstgeschwindigkeit zu steigern."²

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe erachtete der BGH den Schuldspruch bezüglich des Tatkomplexes B-Straße aufgrund defizitärer Beweiswürdigung (§ 261 StPO) zum Absichtsmerkmal für rechtsfehlerhaft. Das LG hatte die Annahme des Absichtsmerkmals nämlich maßgeblich mit der – isoliert nicht ausreichenden – Fluchtmotivation begründet. Demgegenüber ließ das LG die entlastenden Angaben des verkehrstechnischen Sachverständigen, welcher bestätigte, dass dem Angeklagten in der B-Straße eine Geschwindigkeit bis zu 110 km/h anstelle der gefahrenen 60 km/h möglich war, unbeachtet.³

Bezüglich des Streckenabschnitts in der A-Straße ermöglichten die Urteilsfeststellungen nach Ansicht des BGH indes eine Verurteilung nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB. Das Überschreiten der zulässigen Geschwindigkeitsbegrenzung um über 90 km/h sei grob verkehrswidrig und rücksichtslos. Auch die Annahme des Absichtsmerkmals ließe sich tragfähig durch die insoweit geständige Einlassung des Angeklagten begründen.⁴

D. Bewertung

Bei der Bewertung der Entscheidung ist zu differenzieren: Das materiell-rechtliche Verständnis des BGH

zum Absichtsmerkmal, wonach dieses erfüllt sein kann, wenn das Primärmotiv des Täters nicht in einer Rennmotivation liegt, ist nur eingeschränkt nachvollziehbar. Zwar steht der weite Wortlaut der Vorschrift dem nicht entgegen.⁵ Ebenso wird die Praktikabilität der Vorschrift für die Strafverfolgungsbehörden gesteigert, da die Möglichkeit von Schutzbehauptungen eingeschränkt wird.

Demgegenüber gibt es aber beachtliche Argumente in der Strafrechtsliteratur und Richterschaft für die gegenteilige Auffassung, wonach die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, das Hauptmotiv des Täters sein muss. *Ratio legis* der Vorschrift ist die Sanktionierung des Nachstellens eines Kraftfahrzeugrennens und die damit einhergehende spezifische Gefahrensituation.⁶ Nur dieses Verständnis wird der amtlichen Überschrift des § 315d StGB („Verbotenes Kraftfahrzeugrennen“) gerecht.⁷ Das extensivere Verständnis des BGHs verwässert zudem in rechtspolitischer Hinsicht die Grenze zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat. Bewusste (schwere) Geschwindigkeitsübertretungen, etwa um pünktlich zur Arbeit zu kommen oder noch einen Flug zu erwischen, können als nicht angepasste Geschwindigkeit im Wege eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens mit einer Geldbuße sanktioniert werden.⁸ Nunmehr wird sich in diesen Fällen der „Alltagsraserei“ die Frage nach einer Strafbarkeit stellen.⁹

Bedeutsam ist deshalb der zweite Aspekt der Entscheidung, wonach der BGH gesteigerte Anforderungen an den Nachweis des Absichtsmerkmals stellt. Der zuvor beschriebene, weite Anwendungsbereich der Vorschrift wird damit auf der Beweisebene wieder relativiert. Als inner-subjektive Tatsache ist das Absichtsmerkmal – wie bspw. der Tötungsvorsatz¹⁰ – aufgrund von Indizien nachzuweisen. Es bedarf einer Gesamtschau sämtlicher Tatumstände, welche Rückschlüsse auf das Vorstellungsbild des Täters zulassen. Maßgebliche Aspekte können bei § 315d StGB sein:

² BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20, NStZ 2021, 615 f.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20, NStZ 2021, 540 (541 f.) m. Anm. Stam.

³ BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20, NStZ 2021, 615 (616).

⁴ BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20, NStZ 2021, 615 (616).

⁵ BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 (1176) m. Anm. Hoven.

⁶ Schönke/Schröder/Hecker, StGB, 30. Auflage 2019, § 315d Rn. 9; BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20,

NJW 2021, 1173 (1176) m. Anm. Hoven; Obermann, NZV 2021, 344 (347).

⁷ Obermann, NZV 2021, 344 (347).

⁸ §§ 3 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO, 24 StVG.

⁹ BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 (1176) m. Anm. Hoven.

¹⁰ Allgemein zum Thema Steinberg/Stam, NStZ 2011, 177 ff.; beachte ebenfalls die hoch examensrelevante Frage, ob "Rasern" bei tödlichem Rennausgang der Vorwurf eines bedingten Tötungsvorsatzes (§§ 211, 212 StGB) gemacht werden kann. Hierzu bspw.: BGH, Urt. v. 18.06.2020 – 4 StR 482/19, NStZ 2020, 602 ff. m. Anm. Steinert.

die Auswertung der Crashdaten¹¹, die Angaben von Sachverständigen zur tatsächlich möglichen Geschwindigkeit¹² oder möglicherweise die baubedingte Maximalgeschwindigkeit des Fahrzeuges.¹³ In einer (Examens-)Klausur wird von den Bearbeitern an dieser Stelle erwartet werden, anhand der konkreten Sachverhaltsangaben die Annahme des Absichtsmerkmals vertieft zu diskutieren. Verbleiben im Ergebnis Zweifel am Vorliegen des Absichtselements, so kann ein Rückgriff auf den *in dubio* Grundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 6 Abs. 2 EMRK, § 261 StPO)¹⁴ angezeigt sein.

Im Besonderen die hier beschriebene Konstellation erscheint für Klausurersteller reizvoll, da man präzise zwischen den beiden Streckenabschnitten (A-Straße und B-Straße) differenzieren und das Vorliegen des Absichtsmerkmals gesondert in der jeweiligen Fahr-situation erörtern muss. Die Bildung von verschiedenen Tatkomplexen ist gerade im Verkehrsstrafrecht regelmäßig angezeigt, und wird vom Korrektor honoriert.

E. Prozessuales

Soweit der BGH den Entzug der Fahrerlaubnis und die Anordnung einer Sperrfrist für deren Wiedererteilung (§§ 69, 69a StGB) dem Grunde nach bestätigte,¹⁵ ist die Entscheidung auch für eine strafprozessuale Zusatzfrage oder ein mündliches Prüfungsgespräch von Relevanz. Fahrerlaubnisrechtliche Maßnahmen sind in der verkehrsstrafrechtlichen Praxis oftmals der zentrale Streitpunkt. Werden (empfindliche) Geldstrafen oftmals von den Tätern akzeptiert, wird der Entzug der Fahrerlaubnis und die Höhe der Sperrfrist regelmäßig vehement bekämpft. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Fahrerlaubnis – um bspw. seinem Beruf nachzugehen – ist das durchaus nachvollziehbar.

Voraussetzung für den Entzug der Fahrerlaubnis nach § 69 Abs. 1 S. 1 StGB ist, dass sich der Täter aufgrund der Tat als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen hat. Ist der Täter – wie im vorliegenden Fall – strafbar nach § 315d StGB, so gilt die Ungeeignet als indiziert (§ 69 Abs. 2 Nr. 1a StGB). Die Regelvermutung führt dazu, dass der Tatrichter

eine Gesamtwürdigung unterlassen darf und sich auf die Prüfung beschränken kann, ob ausnahmsweise eine atypische Konstellation vorliegt, welche die Indizwirkung entfallen lässt.¹⁶ Die Hürden dafür sind sehr hoch, sodass regelmäßig in Fällen verbotener Kraftfahrzeugrennen der Entzug der Fahrerlaubnis angeordnet werden wird. Hierzu tritt die Sperrfrist für die Wiedererlangung der Fahrerlaubnis nach § 69a Abs. 1 S. 1 StGB, welche zwischen sechs Monaten und fünf Jahren betragen kann.

Abschließend sollte man im Zusammenhang mit § 315d StGB wissen, dass der Gesetzgeber darüber hinaus in § 315f StGB den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten die Anordnung der Einziehung des Kraftfahrzeuges ermöglicht. Anhänger der „Raser-Szene“ seien besonders nachhaltig durch den Verlust des Kraftfahrzeuges zu beeindrucken.¹⁷ Da Vorwürfe nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, wie bereits gezeigt, auch gegenüber dem „Alltagsraser“ erhoben werden können, wird sich auch in diesen Fällen ein Einziehungsrisiko ergeben – was in einer (Examens-)Klausur ebenfalls als Zusatzfrage thematisiert werden kann.

¹¹ BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20, NStZ 2021, 540 (542) m. Anm. Stam.

¹² BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20, NStZ 2021, 615 (616).

¹³ BGH, Urt. v. 24.06.2021 – 4 StR 79/20, BeckRS 2021, 19204 Rn. 14.

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage 2013, Rn. 802.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 29.04.2021 – 4 StR 165/20, NStZ 2021, 615 (616).

¹⁶ MüKo-StGB/v. Heintschel-Heinegg/Huber, 4. Auflage 2020, § 69 Rn. 65.

¹⁷ Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 315f Rn. 1.

„Das Ende einer Ehe“

- Klausur in der Übung für Anfänger*innen im Strafrecht -

Von Professorin Dr. **Stefanie Bock**, Wiss. Mitarbeiter **Jannik Heine**
und Stud. Hilfskraft **Jonathan Kuchinke**, Marburg*

Leistungsstufe: Anfänger*innenübung

Schwierigkeitsgrad: mittel

Bearbeitungszeit: 2 Stunden

Probleme:

- 1) Beschränkung des Notwehrrechts in persönlichen Nähebeziehungen
- 2) Garantenstellung zwischen getrennten Ehegatten
- 3) Garantenstellung aus Ingerenz bei gerechtfertigtem Vorverhalten

SACHVERHALT

T und O sind seit mehreren Jahren verheiratet. Vor acht Wochen haben sich die beiden aber getrennt und T ist aus dem (bis dahin gemeinsam bewohnten) Haus ausgezogen, das O gehört. Dennoch kehrt T noch einmal in das Haus zurück, um unter Aufsicht von O einige Sachen aus der Garage abzuholen. Dabei erzählt T beiläufig, inzwischen mit D zusammen zu sein. D war früher einmal sehr gut mit O befreundet. Die beiden haben aber den Kontakt eingestellt, weil O den Verdacht hatte, dass T und D eine Affäre hätten. O gerät über diese neue Erkenntnis so in Rage, dass O auf T losgeht und T erst eine Backpfeife und danach mehrere Schläge in die Magengegend verpasst. Da O T körperlich deutlich überlegen ist und auch keine Anstalten macht, von T abzulassen, sieht T die einzige Möglichkeit, sich zu schützen, darin, sich mit einer auf einer Werkbank liegenden Heckenschere zu verteidigen. T ergreift diese und verpasst O einen Stich direkt in die Brust. O geht sofort zu Boden und bleibt blutend dort liegen.

T erkennt, dass O sehr wahrscheinlich tödlich verletzt ist und verbluten wird, wenn nicht alsbald Hilfe gerufen wird. Dennoch beschließt T, O als Rache für die zahllosen Affären, die O während ihrer Beziehung hatte, dem eigenen Schicksal zu überlassen. Zwar erinnert sich T an das Ehegelübde, bei dem sich die

beiden gegenseitigen Beistand versprochen hatten. T ist das Bedürfnis nach Rache aber wichtiger als die ehelichen Pflichten. Obwohl T einen tödlichen Verlauf für möglich hält, verlässt T den Hinterhof.

Wenige Momente später schafft es O mit letzter Kraft, das eigene Mobiltelefon aus der Hosentasche zu ziehen, und den Notdienst zu alarmieren, der kurze Zeit später eintrifft und O in das nächste Krankenhaus bringt. Dort kann O durch eine Notoperation gerettet werden.

Strafbarkeit von T nach dem StGB?

§ 221 StGB ist nicht zu prüfen.

GUTACHTEN (Lösungsvorschlag)

Vorbemerkung:

*Diese mittelschwere Klausur wurde im Sommersemester 2021 in der strafrechtlichen Übung für Anfänger*innen an der Philipps-Universität Marburg gestellt. Der inhaltliche Schwerpunkt liegt auf Problemen der Unterlassungsstrafbarkeit, namentlich auf der Begründung von Garantenstellungen, sowie den Auswirkungen von engen persönlichen Nähebeziehungen auf die Reichweite des Notwehrrechts. Konkret gilt es im ersten Tatkomplex (Stich mit der Heckenschere) zu erkennen, dass der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, T aber durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein könnte. Dabei ist zu diskutieren, ob das Notwehrrecht aus sozialetischen Gründen (Näheverhältnis zwischen T und O) zu beschränken ist.*

Der Schwerpunkt der Klausur liegt auf dem zweiten Tatkomplex (Verlassen des Hinterhofs). Hier wird durch die Formulierung „obwohl T einen tödlichen Verlauf für möglich hält“ deutlich, dass T mit Tötungsvorsatz handelt. Problematisch ist aber, ob T sich Umstände vorgestellt hat, welche eine Garantenstellung gegenüber O begründen. Eine Garantenstellung kann sich hier aus zwei Umständen ergeben: zum einen aus der immer noch bestehenden Ehe zwischen

* Die Verfasserin Bock ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Philipps-Universität Marburg. Der Verfasser Heine ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für das Recht der Digitalisierung bei Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. an der Philipps-Universität Marburg. Der Verfasser Kuchinke ist studentische Hilfskraft am Institut für Kriminalwissenschaften bei Prof. Dr. Stefanie Bock an der Philipps-Universität Marburg.

T und O und zum anderen aus dem vorangegangenen Stich mit der Heckenschere. Um das Potential der Klausur voll auszuschöpfen, müssen beide Aspekte getrennt voneinander rechtlich gewürdigt werden. Zwischen Ehegatten wird eine Garantenstellung fast allgemein bejaht, wobei der Umfang der sich hieraus ergebenden Pflichten allerdings umstritten ist. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass Ehegatten verpflichtet sind, einander in Gefahr beizustehen. Im konkreten Fall muss aber diskutiert werden, wie und wann diese Pflicht bei dauerhafter Trennung endet. Bei dem Stich mit der Heckenschere als Anknüpfungspunkt für eine Garantenstellung aus Ingerenz stellt sich das Problem, dass die damit einhergehende Körperverletzung vom Notwehrrecht des § 32 StGB gedeckt war. Ob auch eine gerechtfertigte Gefahrschaffung eine Sonderverantwortlichkeit begründen kann, ist umstritten. Die Rechtsprechung verneint dies. Sofern eine Garantenstellung (sei es aus persönlicher Nähebeziehung, sei es aus Ingerenz) bejaht wird, bereitet die restliche Prüfung der §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB keine Probleme mehr. Anderenfalls ist eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung zu prüfen und zu bejahen. Sofern davon ausgegangen wurde, dass T wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar ist, tritt § 323c StGB auf Konkurrenzebene zurück.

Eine Besonderheit des Sachverhalts besteht darin, dass er genderneutral formuliert ist, also keinen Aufschluss über das Geschlecht der Beteiligten gibt. Die hier vorgestellte Lösung ist dementsprechend ebenfalls genderneutral gehalten. Wenn ein*e Bearbeiter*in den Beteiligten ein Geschlecht zugeschrieben hat, ist dies selbstverständlich nicht als Fehler bewertet worden, gibt aber möglicherweise Anlass, die eigenen geschlechtsspezifischen Vorstellungen zu hinterfragen.

Insgesamt bereitete die Klausur den Bearbeiter*innen gerade im Aufbau einige Probleme. Zum Teil wurden die zentralen Probleme des Sachverhalts nicht hinreichend klar erkannt und aufbereitet. So lag die Durchfallquote bei 41,4 %, die Durchschnittspunktzahl bei 3,88 Punkten. Allerdings gab es auch einige erfreuliche Leistungen, die mit Vollbefriedigend bewertet werden konnten. Für ein gelungenes

Zeitmanagement, das hinreichend Raum lässt, um die Schwerpunkte des Falles vertieft zu behandeln, ist ein sinnvoller, problemorientierter Einsatz des Gutachtenstils unabdingbar und sollte bereits in der Übung für Anfänger*innen erlernt werden: Unproblematisches kann und muss kurzgefasst werden. Hier kann auch der Feststellungsstil zum Einsatz kommen. Die zentralen Probleme des Falles sind hingegen umfassend im Gutachtenstil aufzuarbeiten.

1. Teil – Stich mit der Heckenschere

A. Strafbarkeit wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB

Durch den Stich in den Brustkorb von O kann sich T einer Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

Anmerkung: Grundsätzlich kommt auch eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 (Heckenschere als gefährliches Werkzeug) und Nr. 5 (Stich in die Brust als das Leben gefährdende Behandlung) in Betracht. Da die Tat aber möglicherweise gerechtfertigt ist, ist es klausurtaktisch sinnvoll, zunächst isoliert das Grunddelikt zu prüfen. So spart man ggf. nicht notwendige Ausführungen zu den Qualifikationstatbeständen.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

T hat durch den Stich mit der Heckenschere in den Brustkorb bei O Schmerzen herbeigeführt, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt haben.¹ Zudem stellt eine Stichverletzung im Brustkorb einen pathologischen Zustand dar, der negativ vom körperlichen Normalzustand abweicht.² O wurde somit körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

Der Stich kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass Os Verletzungen entfielen.³ Außerdem hat T durch den Stich das rechtlich relevante Risiko einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität von O geschaffen, das sich in der konkreten Stichverletzung realisiert hat.⁴ Der Verletzungserfolg ist T damit zurechenbar.

¹ Zur Definition der körperlichen Misshandlung: BGH NJW 1995, 2643; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 13 Rn. 14.

² Zur Definition der gesundheitlichen Schädigung: BGHSt 36, 1 (6); Rengier, Strafr BT II, § 13 Rn. 16.

³ Zur Definition der Kausalität nach der *conditio-sina-qua-non*-Formel: Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, Grundlagen, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 6; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 3.

⁴ Zum Begriff der objektiven Zurechnung: Roxin/Greco, Strafr AT I, § 11 Rn. 47.

2. Subjektiver Tatbestand

T wusste, dass O infolge des Stiches Schmerzen und eine Stichverletzung erleiden würde. Der Stich zielte sogar auf die Herbeiführung eines Verletzungserfolges ab. T handelte damit willentlich und in Kenntnis aller relevanten Umstände und somit vorsätzlich.

Anmerkung: Weitere Ausführungen zu den (umstrittenen) einzelnen Elementen des Vorsatzes⁵ sind bei einem derart eindeutig gelagerten Sachverhalt nicht geboten.

II. Rechtswidrigkeit

T kann nach § 32 Abs. 1 StGB durch Notwehr gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Dafür müsste eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorgelegen haben. Ein Angriff ist jedes menschliche Verhalten, das eine Gefahr für Individualrechtsgüter schafft. O hat T eine Backpfeife und danach mehrere Schläge in die Magengegend verpasst. O machte keine Anstalten, von T abzulassen. Damit drohte eine (weitere) Verletzung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit von T. Dieser Angriff fand noch statt, war also gegenwärtig. O war selbst nicht gerechtfertigt, sodass der Angriff auch rechtswidrig war. Eine Notwehrlage ist gegeben.⁶

2. Notwehrhandlung

Gerechtfertigt sind nach § 32 StGB Handlungen, die geeignet, erforderlich und geboten sind, um den Angriff abzuwehren. Der Stich mit der Heckenschere muss also das am wenigsten eingriffsintensive Mittel dargestellt haben, das gleich geeignet war, den Angriff auf die körperliche Unversehrtheit von T abzuwenden.⁷ Der Stich mit der Heckenschere war *ex ante* geeignet, den Angriff von O zu beenden. Es ist auch kein weniger intensives Mittel erkennbar, das mit gleicher Sicherheit den Angriff von O abgewehrt hätte. Dies gilt umso mehr, als O T körperlich überlegen ist. Der Stich war damit erforderlich.

Problem: Beschränkung des Notwehrrechts in persönlichen Nähebeziehungen

Darüber hinaus müsste der Stich mit der Heckenschere geboten sein. Grundsätzlich ist jede Handlung, die geeignet und erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff abzuwehren, auch geboten.⁸ Fraglich ist aber, ob im konkreten Fall das Notwehrrecht aus sozialem Gründen zu beschränken ist. Die h.M. leitet aus engen persönlichen Garantenbeziehungen, wie sie insbesondere unter Ehegatten bestehen, eine gewisse Solidaritätspflicht zum Angreifer ab, die zu einer vorsichtigen Einschränkung des Notwehrrechts führen sollen.⁹ Ob dies überzeugt, ist zweifelhaft; immerhin kündigt der Angreifer durch den Angriff das Solidaritätsverhältnis faktisch auf.¹⁰ Im konkreten Fall ist zudem fraglich, ob nach dem Auszug von T überhaupt noch eine Garantenstellung aus persönlicher Verbundenheit besteht (siehe dazu unten 2. Teil. A. II. 1. d) aa)). Aber selbst, wenn man dies bejahen würde, muss berücksichtigt werden, dass in persönlichen Garantenbeziehungen das Notwehrrecht nur beschränkt, nicht vollständig ausgeschlossen ist. Der Angreifer entscheidet sich schließlich immer noch selbst dafür, eine rechtlich missbilligte Gefahr für die Rechtsgüter des Opfers zu schaffen. Diesem nun jedwede Verteidigungsmöglichkeit zu nehmen und zur Hinnahme auch schwerer Verletzungen zu zwingen, wäre unangemessen. Angebracht ist es daher allenfalls, die zulässigen Verteidigungsmittel zu staffeln, sodass der Angegriffene nicht sofort zur sonst erlaubten Trutzwehr übergehen darf.¹¹ Vielmehr sind Ausweichmöglichkeiten zu nutzen, bevor auf Schutzwehr und zuletzt Trutzwehr zurückgegriffen werden darf. Bei vereinzelt auftretenden Tötlichkeiten von geringer Intensität, die keine ernsthaften Gefahren begründen, wird teilweise auch eine Hinnahme leichter Verletzungen diskutiert.¹²

Es ist hier nicht zu erkennen, dass T Os Angriff hätte ausweichen können, ohne sich weiter zu gefährden. Es ist T – vor allem angesichts von Os körperlicher Überlegenheit – auch nicht zuzumuten, weitere

⁵ Siehe zum Meinungsstreit *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 333 ff.; *Heinrichs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 298 ff.

⁶ Zu den Voraussetzungen der Notwehrlage siehe *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 2 ff.

⁷ Zum Begriff der Erforderlichkeit *Rengier*, Strafr AT, § 18 Rn. 47.

⁸ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 43.

⁹ Zur Solidaritätspflicht unter Ehegatten und der daraus folgenden Einschränkung des Notwehrrechts BGH NJW 1969,

802; *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, §§ 1-37, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 219.

¹⁰ So auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafr AT, Rn. 531; *Rengier*, Strafr AT, § 18 Rn. 69.

¹¹ BGH NJW 1984, 986; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 53; *Rengier*, Strafr AT, § 18 Rn. 56.

¹² Vgl. *Rengier*, Strafr AT, § 18 Rn. 69; **kritisch** *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafr AT, Rn. 531.

Schläge hinzunehmen. Die Verteidigungshandlung war daher geboten.

3. Subjektives Rechtfertigungselement

T hatte Kenntnis der die Notwehrlage begründenden Umstände und wollte sich auch verteidigen. Damit erfüllt T jedenfalls¹³ die subjektiven Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach § 32 StGB.

4. Zwischenergebnis

Die Körperverletzung zulasten von O ist durch Notwehr nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt.

III. Ergebnis

T hat sich nicht der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

2. Teil – Verlassen des Hinterhofs

A. Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB

Indem T O blutend auf dem Hinterhof zurückließ, kann sich T eines versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

Anmerkung: In so eindeutig gelagerten Fällen, in denen eine Vollendungsstrafbarkeit wegen Nichteintritts des tatbestandlichen Erfolges eindeutig ausscheidet, sollte direkt eine mögliche Versuchsstrafbarkeit thematisiert werden.

I. Vorprüfung

O ist nicht gestorben, die Tat ist also nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Totschlags ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter der Tat, §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB.

Anmerkung: Eine Vorprüfung beim Versuch ist nicht zwingend erforderlich. Alternativ ist es auch möglich, den Obersatz so zu formulieren, dass er alle notwendigen Informationen enthält (Nichtvollendung der Tat, Strafbarkeit des Versuchs).

II. Tatbestand

1. Tatentschluss

T muss Tatentschluss zur Begehung eines Totschlags durch Unterlassen gehabt haben. Erforderlich hierfür

ist Vorsatz zur Erfüllung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen aller sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale.¹⁴

a) Todeserfolg

T fand sich damit ab, dass O infolge der Verletzung verbluten könnte.

b) Nichtvornahme der gebotenen Handlung

Außerdem ging T davon aus, dass die Einleitung von Hilfsmaßnahmen sowie die Alarmierung eines Notarztes geeignet gewesen wäre, um den möglichen Tod von O zu verhindern. Auf die Vornahme dieser Rettungshandlung wollte T bewusst verzichten.

c) Quasi-Kausalität

T hielt es für möglich, eine zur Verhinderung des Todes geeignete Handlung zu unterlassen (nämlich die Einleitung von Rettungsmaßnahmen und das Herbeirufen eines Notarztes), deren Vornahme den Eintritt des Todeserfolges mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte, mithin (quasi-)kausal gewesen wäre.¹⁵

d) Garantenstellung

Fraglich ist aber, ob T von einer Garantenstellung gegenüber O ausging, welche T zu einem Tätigwerden zu Gunsten von O verpflichtet hätte.

aa) Beschützergarantenstellung aus natürlicher Verbundenheit

In Betracht kommt zunächst eine Beschützergarantenstellung. T und O sind verheiratet. T hat daher für O grundsätzlich eine gesetzlich fundierte Garantenstellung (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB) aus natürlicher Verbundenheit inne.¹⁶ Dies heißt freilich nicht, dass die Garantenstellung unmittelbar auf dem bürgerlichen Recht beruht. Vielmehr wurzelt die Garantenstellung im engsten Familienbereich auf zwei Gründen: auf dem konkludent erklärten Beistandsversprechen im Innenverhältnis und auf der wegen des Respekts vor

¹³ Die genauen Anforderungen sind umstritten. Die **h.M.** verlangt bei § 32 StGB einen Verteidigungswillen, vgl. BGHSt 2, 111 (114); die **Gegenauffassung** lässt Kenntnis der Notwehrlage genügen, siehe *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn 21; *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 238 ff. m.w.N.

¹⁴ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 22 Rn. 13.

¹⁵ Zur Definition der Quasi-Kausalität *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafr AT, Rn. 1172; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 35.

¹⁶ *Kühl*, Strafr AT, § 18 Rn. 56; **a.A. Böhm**, Garantenpflichten aus familiären Beziehungen, 2006, S. 19, 193 u. 239 ff.

der familiären Sphäre reduzierten Schutzbereitschaft Dritter im Außenverhältnis.¹⁷

Problem: Garantenstellung zwischen getrennten Ehegatten

Die sich grundsätzlich aus der Ehe ergebende Garantenpflicht könnte hier aber dadurch weggefallen sein, dass T sich acht Wochen zuvor von O getrennt hat und aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen ist. Dies wirft die Frage auf, ob sich aus der Verpflichtung zur Praktizierung der ehelichen Lebensgemeinschaft gem. § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB isoliert eine rechtliche Schutzverpflichtung ergeben kann.¹⁸ Dagegen spricht, dass die gegenseitige Schutzverpflichtung von Ehegatten bereits dann nicht mehr selbstverständlich ist, wenn die Ehe „zerrüttet“ ist, und erst recht dann nicht mehr, wenn diese Zerrüttung zu einem Getrenntleben der Ehegatten geführt hat.¹⁹ Sobald sich ein Ehegatte vom anderen in der Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen, entfällt das berechnete Vertrauen des Ehegatten, der andere werde ihm notfalls beistehen.²⁰ § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB mag zwar zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verpflichten, doch solange diese nicht wiederhergestellt ist, sind die Ehegatten nur für sich selbst verantwortlich, da sie den Lebensbereich des anderen gar nicht beeinflussen können.²¹ Durch die Trennung wurden die gegenseitigen Versprechungen *inter partes* gekündigt. Die formal bestehende Ehe soll gerade keine aktuelle Verbindlichkeit mehr begründen.²² Aus diesem Grund ergibt sich keine Garantenstellung aus der noch bestehenden Ehe zwischen T und O.

Anmerkung: Mit entsprechender Argumentation ist ein anderes Ergebnis (noch) vertretbar.

Anmerkung: Besonders gute Bearbeiter*innen können darauf eingehen, dass T kurz an die ehelichen Beistandspflichten denkt, diese Überlegung dann aber zur Seite schiebt. T ist daher wohl zu Unrecht davon ausgegangen, aus ehelicher Verbundenheit zur Rettung

von O verpflichtet gewesen zu sein. Dies stellt einen Irrtum über die sich aus dem Zivilrecht ergebende Reichweite der ehelichen Beistandsverpflichtung dar und betrifft somit die rechtliche Ebene: T erfasst nach einer laienhaften Parallelwertung das Merkmal der Garantenstellung aufgrund natürlicher Verbundenheit nicht korrekt und kommt aufgrund einer fehlerhaften rechtlichen Würdigung zu Unrecht zu dem Schluss, dass ein strafbarkeitsbegründendes Merkmal (Garantenstellung und Garantenpflicht aus ehelicher Verbundenheit) vorliegt. Die (rechtlichen) Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit werden aber durch den Gesetzgeber festgelegt; die fehlerhafte Vorstellung des Handelnden strafbar zu sein, kann keine Strafbarkeit begründen. Die Fehlvorstellung des T führt daher wohl zu einem straflosen Wahndelikt.²³

Ausführungen zu der Fehlvorstellung des T und ihrer rechtlichen Würdigung wurden nicht erwartet. Erfolgt sie dennoch, war dies sehr positiv zu honorieren.

bb) Garantenstellung aus Ingerenz

Allerdings kann eine Garantenstellung aus Ingerenz vorliegen. Durch den Stich mit der Heckenschere hat T eine Gefahr für das Leben und die körperliche Integrität von O geschaffen.

Problem: Garantenstellung aus Ingerenz bei gerechtfertigtem Vorverhalten

Allerdings war der Stich nach § 32 StGB gerechtfertigt (siehe oben Teil 1 II.). Dies wirft die Frage auf, ob auch rechtmäßiges Vorverhalten eine Garantenstellung begründen kann.²⁴

Dafür spricht, dass es schwer nachvollziehbar ist, den Notwehrübenden in der konkreten Notwehrsituation auf das Nötigste („erforderliche“) zu beschränken, andererseits aber nach der notwendigen Verteidigung den Angreifer jedem Risiko, das infolge der Verteidigung entsteht, schutzlos auszuliefern.²⁵ Es ist eben doch die Notwehrhandlung, die die Todesgefahr begründet.²⁶

¹⁷ Zur Garantenstellung von Ehegatten: *Kühl*, Strafr AT § 18 Rn. 56; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 32 Rn. 45.

¹⁸ Dafür: *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 64.

¹⁹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafr AT, Rn. 1180; *Rengier*, Strafr AT, § 50 Rn. 19; *Ceffinato*, NSStZ 2021, 65 (68).

²⁰ BGHSt 48, 301; *Kühl*, Strafr AT, § 18 Rn. 58; *Roxin*, Strafr AT II, § 32 Rn. 45.

²¹ *Roxin*, Strafr AT II, § 32 Rn. 50.

²² BGHSt 48, 301 (305); *Ceffinato*, NSStZ 2021, 65 (68); *Roxin*, Strafr AT II, § 32 Rn. 45.

²³ Hierzu *Kühl*, Strafr AT, § 18 Rn. 129. Siehe auch BGHSt 16, 155 zum Irrtum über die Garantenpflicht als Verbotsirrtum im Vollendungsdelikt.

²⁴ **Dafür:** BGHSt 3, 203; *Herzberg*, JuS 1971, 74; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband II, 7. Aufl. 1989, § 46 Rn. 98; **dagegen:** BGHSt 23, 327 (327), *Engländer*, JuS 2001, 958.

²⁵ *Rengier*, Strafr AT, § 50 Rn. 78.

²⁶ *Kühl*, JuS 2007, 497 (503); *Kühl*, Strafr AT, § 18 Rn. 95; *Roxin*, Strafr AT II, 32/181.

Dagegen spricht aber, dass diejenige Person, die in gerechtfertigter Weise eine Gefahr für Rechtsgüter Dritter schafft, dem Opfer nicht näher verbunden ist als ein*e unbeteiligte*r Zuschauer*in.²⁷ Letzere*n trifft aber „nur“ die allgemeine Solidaritätspflicht aus § 323c Abs. 1 StGB. Ansonsten würde die bloße Kausalität für einen Erfolg strafbarkeitsbegründende Wirkung haben.²⁸ Das Notwehropfer hat die Lebensgefahr durch den rechtswidrigen Angriff selbst heraufbeschoren und muss dementsprechend die Konsequenzen tragen.²⁹ Diejenige Person, die sich gegen Angriffe verteidigt, besteht nur auf die Einhaltung der eigenen rechtlich geschützten Freiheitssphären.³⁰ Das Opfer, das sich die Folgen selbst zuzuschreiben hat, kann nicht erwarten, dass es gerade von derjenigen Person gerettet wird, die es zuvor angegriffen hat. Es lässt sich normativ nicht begründen, warum man sich durch einen rechtswidrigen Angriff einen (zusätzlichen) Garanten verschaffen können sollte; hierdurch würde das sehr weitreichende Notwehrrecht größtenteils entleert.³¹ Das Vorverhalten muss also rechtswidrig sein. Folglich hat T auf Basis der eigenen Vorstellung keine Garantenstellung aus Ingerenz gegenüber O gehabt.

Anmerkung: Mit entsprechender Begründung ist ein anderes Ergebnis vertretbar.

T ging nicht von Umständen aus, die eine Garantenstellung gegenüber O begründet hätten. T hatte folglich keinen Tatentschluss zur Begehung eines Totschlages durch Unterlassen.

III. Ergebnis

T hat sich nicht des versuchten Totschlages durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

B. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB

Durch das Verlassen des Hinterhofs kann sich T einer unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Die Stichverletzung in der Brust von O stellt ein plötzliches Ereignis dar, das eine

Gefahr für Individualrechtsgüter und damit einen Unglücksfall begründet hat.³² Dass T diese Gefahr vorsätzlich herbeigeführt hat, ist irrelevant, solange es sich zumindest aus Sicht von O um ein plötzlich eintretendes Ereignis handelt.³³ T hat es unterlassen, Hilfsmaßnahmen zu ergreifen, obwohl ihm dies physisch möglich war.

Fraglich ist allerdings, ob T die Hilfeleistung zumutbar war. Immerhin hat T den Unglücksfall vorsätzlich herbeigeführt.³⁴ Allerdings war der Stich mit der Heckenschere gerechtfertigt; die Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung besteht daher nicht. Zudem lässt das Risiko, ggf. in ein zivil- oder strafrechtliches Verfahren verwickelt zu werden, für sich genommen nicht die allgemeine Hilfspflicht entfallen.³⁵

Dieser könnte aber entgegenstehen, dass O T angegriffen, so die Abwehr provoziert und den Unglücksfall damit selbst verursacht hat. Gleichwohl wird man angesichts der erheblichen Gefahren für das Leben des O und dem geringen Hilfsaufwand für T ein überwiegendes Interesse an der Rettung Os annehmen müssen. Zudem waren keine weiteren Angriffe Os mehr zu erwarten, T hätte sich durch die Hilfeleistung also keiner Gefahr ausgesetzt.³⁶ Sie war daher zumutbar. Außerdem handelte T vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

Somit hat sich T einer unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Anmerkung: Sofern eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlages durch Unterlassen bejaht wurde, tritt die unterlassene Hilfeleistung hierhinter auf Konkurrenzebene zurück.

C. Gesamtergebnis

T ist strafbar wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB.

²⁷ Kühl, JuS 2007, 497 (503); Rengier, StrafR AT, § 50 Rn. 77; Kühl, StrafR AT, § 18 Rn. 95.

²⁸ Heinrich, StrafR AT, Rn. 957 ff.; Roxin, StrafR AT II, § 32 Rn. 181.

²⁹ Kühl, StrafR AT, § 18 Rn. 95; Roxin, StrafR AT II, § 32 Rn. 182; Rengier, StrafR AT, § 50 Rn. 77.

³⁰ Kühl, StrafR AT, § 18 Rn. 95.

³¹ BGHSt 23, 327 f.; Roxin, StrafR AT II, § 32 Rn. 183.

³² BGHSt 6, 147 (152); Rengier, StrafR BT II, § 42 Rn. 3.

³³ BGHSt 23, 327 (328); Hecker, in: Schönke/Schröder, § 323c Rn. 7.

³⁴ Setzt sich der Täter durch die Hilfeleistung der Gefahr einer Strafverfolgung aus, so kann er sich auf Unzumutbarkeit nur berufen, wenn seine Straftat in keinem Zusammenhang mit dem Unglücksfall steht, vgl. BGH MDR 1982, 448.

³⁵ BGHSt 23, 327 (328); Freund, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, §§ 263–358 StGB, 3. Aufl. 2019, § 323c, Rn. 97.

³⁶ Zur Unzumutbarkeit bei drohendem Angriff: Freund, in: MüKo-StGB, § 323c Rn. 97; Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 323c Rn. 21.

Buchrezension: *Michael Stahlschmidt: Steuerstrafrecht, Nomos-Verlagsgesellschaft, 2. Auflage Baden-Baden 2020, 222 S., 26,90 €*

Von Rechtsanwältin Dr. **Katrin Wick**, Frankfurt am Main*

Dieses Lehrbuch zum Steuerstrafrecht aus der Reihe „*Nomos Lehrbuch*“ richtet sich an fortgeschrittene Studierende der Rechtswissenschaft, die bereits Kenntnisse aus dem allgemeinen und besonderen Teil des Kernstrafrechts mitbringen und es konzentriert sich auf den ausbildungs- und prüfungsrelevanten Stoff des Steuerstrafrechts. Praktikern ermöglicht es einen ersten Zugriff auf die Materie.

Das Buch gliedert sich in drei Kapitel: Nach einem kurzen systematischen und historischen Überblick (Erstes Kapitel, S. 21 bis 30) wird zunächst das materielle Steuerstrafrecht (Zweites Kapitel, S. 31 bis 140) und anschließend das formelle Steuerstrafrecht dargestellt (Drittes Kapitel, S. 141 bis 213). Die einzelnen Kapitel sind so aufgebaut, dass zunächst das abstrakte Wissen mithilfe von Schemata und Beispielen vermittelt wird und am Ende des jeweiligen Abschnittes Wiederholungs- und Vertiefungsfragen gestellt werden. Die Wiederholungs- und Vertiefungsfragen eignen sich sehr gut um den gelesenen Abschnitt nochmals zu reflektieren und sensibilisieren für Schwerpunkte.

Das erste Kapitel vermittelt zunächst in der gebotenen Kürze einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen des Steuerstrafrechtes und die systematische Stellung, was den Einstieg in die Materie erleichtert und eine Wissensbasis schafft (S. 21 ff.). Die Ausführungen zur historischen Entwicklung des Steuerstrafrechts sind ebenfalls sehr kompakt gehalten und konzentriert sich auf das Wesentliche, wodurch der Leser nicht mit zu viel abstraktem Wissen überladen wird (S. 26 ff.).

Im zweiten Kapitel stellt der *Autor* das materielle Steuerstrafrecht dar, wobei der Fokus auf dem zentralen Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) liegt. Zu Beginn der Darstellung entwickelt der *Autor* ein Prüfungsschema und eine Übersicht zu § 370 AO, in welcher er die Normbestandteile den einzelnen Elementen des aus dem Grundlagenstudium bekannten dreigliedrigen Deliktsaufbaus integriert (S. 33). An diesem Schema orientiert sich sodann die weitere Darstellung zu den einzelnen Elementen des Straftatbestandes. Besonders studierendenfreundlich sind die Ausführungen zum Vorsatz und der Täterschaft und Teilnahme, da hier das Grundlagenwissen anschaulich

wiederholt wird (bspw. Seite 60) und auf das unbekannte Steuerstrafrecht übertragen wird.

In den weiteren Abschnitten des ersten Kapitels stellt der *Autor* die weiteren Steuerstraftaten, wie Bannbruch § 372 AO, Schmuggel § 373 AO und die Steuerhehlerei § 374 AO (S. 85 ff.) dar und erörtert die praktisch bedeutsamen persönlichen Strafaufhebungsgründe des Rücktritts und der strafbefreienden Selbstanzeige (S. 98 ff.). Das Kapitel schließt mit einer Darstellung der Steuerordnungswidrigkeiten (S. 127 ff.).

Das dritte Kapitel zum formellen Steuerstrafrecht beginnt mit der Darstellung der maßgeblichen Rechtsgrundlagen (S. 141 ff.). Sodann wird auf die Rollenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Finanzverwaltung im Steuerstrafverfahren eingegangen. Die insoweit von den aus dem Grundlagenstudium bekannten Grundsätzen abweichenden Regelungen werden in übersichtlicher Form dargestellt, bspw. der praxisrelevante Konflikt zwischen Besteuerungsverfahren und Steuerstrafverfahren (S. 162 ff.).

Sodann befasst sich der *Autor* ausführlich mit den im Steuerstrafrecht sehr praxisrelevanten Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung durch Einstellung aus Opportunitätsgründen und der Erledigung im Strafbefehlswege (Drittes Kapitel § 18). Dem *Autor* gelingt es hierbei sehr gut, die Vorteile der jeweiligen strafprozessualen Möglichkeiten darzustellen, sodass dieser Abschnitt auch für Berufseinsteiger im Bereich des Steuerstrafrechts einen guten Zugriff auf die Materie ermöglicht. Einzig bei der Darstellung der Hinterziehungssummen, die noch eine Einstellung gegen Geldauflage nach § 153a StPO ermöglichen, ist es angezeigt, die noch in DM ausgewiesenen Beträge zu aktualisieren (S. 181).

Alles in allem ist das Lehrbuch ein anschauliches, sehr studierendenfreundliches Buch, was für den übersichtlichen Einstieg in das Steuerstrafrecht geeignet und sehr zu empfehlen ist. Gerade die steigende Bereitschaft der Staatsanwaltschaften und Finanzbehörden Steuerstraftaten zu verfolgen – bspw. die Ermittlungsverfahren gegen zahlreiche Banken aufgrund sogenannter *Cum/Ex*-Geschäfte – ist ein guter Anlass sich mit der Thematik anhand dieses Buches vertraut zu machen.

* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts im Frankfurter Büro von Clifford Chance.