



MLR

MARBURG LAW REVIEW

ISSN 2748-7628

2. Jahrgang | 2/2022 | Seite 149-327

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLICHTUNG

Fabian von Minckwitz
Paula Köhler
Jan Philipp Wessendorf
David Filip

REDAKTIONSMITGLIEDER

Kerstin Bechtelsheimer
Leander Bücken
Lena Schönwald
Esra Varlioglu
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

- Rechtsetzungslehre – Warum?**
Von Professor Dr. Franz Reimer 149-156
- Legal transplants – Voraussetzungen, Wirkungsweisen, Erfolg**
Von Cand. iur. Clemens Henry Michael Sonntag 157-175

ZIVILRECHT

- Einführung in das Sportrecht**
Von Dr. Caroline Bechtel und Wiss. Hilfskraft Nina Limburg. 176-188
- Der Kauf digitaler Inhalte**
Von Mag. iur. Tingting Huang, LL.M. 189-211
- Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**
Von Dipl.-Jur. Patrice Maximilian Wunderlich 212-220
- Mitveräußerungsrechte und -pflichten von (Minderheits-)Gesellschaftern (Aktionären) in Gesellschaftsverträgen bei Personenhandels- und nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften (Tag along und Drag along)**
Von Ref. iur. Dipl.-Jur. Georg Weber 221-231
- Verlängerung der Bauzeit und Ausgleichsansprüche für Baustillstand infolge der Corona-Pandemie**
Von Cand. iur. Hendrik Vormwald 232-247
- Minderheitenschutz beim Zustandekommen des Restrukturierungsplans nach dem StaRUG**
Von Stud. iur. Philipp Roller 248-260
- Eigentumsverhältnisse in der Reproduktionsmedizin – zugleich Anmerkung zu LG Darmstadt, Ur. v. 28.08.2019 – 8 O 166/18**
Von Wiss. Mitarbeiterin Sarah Messner und Stud. Hilfskraft Fabian von Minckwitz 261-274

ÖFFENTLICHES RECHT

- Schuldenbremse und Corona-Hilfen**
Von Stud. Hilfskraft Katharina Warnke 275-286
- Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und nationale Souveränität – am Beispiel des Konflikts mit Ungarn**
Von Cand. iur. Leonid Syrota 287-297
- „Neubau eines Lebensmitteldiscounts“ – Fortgeschrittenenhausarbeit zum Bauplanungsrecht**
Von Stud. Hilfskraft Maximilian Meininger-Schad, Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. Jennifer Krings und Professor Dr. Georg Hermes 298-311

STRAFRECHT

- Ehrenmord – Verständnis für soziokulturelle Motive?**
Von Stud. iur. Laura Kießling 312-322

KURZBEITRÄGE

- Der Jurist – ein arm Ding?**
Von Wiss. Mitarbeiter Jonatan Gebhardt und Wiss. Mitarbeiter Alexander Schneider 323-325
- Buchrezension: Markus Sehl: Was will der Gesetzgeber?, Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, 263 S., 68,- €**
Von Stud. Hilfskraft David Filip 326-327

© **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

SCHRIFTLÉITUNG:

Fabian von Minckwitz
Paula Köhler
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 zweimal jährlich.

(URSPRÜNGLICHES) 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,

die zweite Ausgabe des Jahres ist am Zahn der Zeit: Corona-Pandemie, Digitalisierung, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und nationale Souveränität in Europa. Auch in dieser Ausgabe konnten wir wieder eine hohe Diversität lesenswerter Beiträge erreichen. Trotzdem kommen Beiträge zu klassischen Themen nicht zu kurz. Besonders erfreulich ist die hohe Anzahl an Seminararbeiten und Beiträgen aus studentischen Federn in dieser Ausgabe.

Der Grundlagenbereich befasst sich schwerpunktmäßig mit der Rechtsetzung und der Rechtsübernahme. Passend dazu finden Sie am Ende der Ausgabe eine Buchrezension zu *Markus Sehl's* Monografie „Was will der Gesetzgeber?, Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien“.

Im Zivilrecht blicken wir zunächst über den Tellerrand bei einer Einführung in das Sportrecht und am Ende in die Schnittstelle zwischen Reproduktionsmedizin und Recht. Eine Masterarbeit befasst sich sodann nochmals mit dem Kauf digitaler Inhalte im BGB. Klassisch wird es bei dem Beitrag zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Für alle Baurechtler*innen gibt es eine Seminararbeit zur Verlängerung der Bauzeit und Ausgleichsansprüche für Baustillstand infolge der Corona-Pandemie. Mit den sogenannten *Drag along* und *Tag along* Klauseln befasst sich die vorherige Seminararbeit zum Unternehmensrecht. Auch können Sie etwas über den „Minderheitenschutz beim Zustandekommen des Restrukturierungsplans nach dem StaRUG“ erfahren.

Im Öffentlichen Recht befassen sich zwei Marburger Seminararbeiten mit der „Schuldenbremse und Corona-Hilfen“, sowie dem Thema „Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und nationale Souveränität am Beispiel des Ungarnkonflikts“. Praktisch wird es mit der Fortgeschrittenenhausarbeit zum Bauplanungsrecht „Neubau eines Lebensmitteldiscounts“.

Im Strafrecht erwartet Sie eine Seminararbeit zum Thema „Ehrenmord“.

Zum Abschluss möchten wir Ihnen unsere Kurzbeiträge ans Herz legen. Die Absolventenrede zum Juristen „als armes Ding“ regt zum Nachdenken an.

Unser Dank gebührt wieder all den Autor*innen von Studierenden über Referendare und wissenschaftliche Mitarbeiter*innen bis zum Professor, 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.

In eigener Sache möchten wir uns zudem herzlichst bei unserer ehemaligen Vorsitzenden *Esra Varlioglu* für Ihr langjähriges Engagement bedanken. Frau *Varlioglu* hat ihr Vorstandsamt nach drei Jahren an *Paula Köhler* übergeben.

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](#) oder unserer [Instagram](#)-Seite vorbeizuschauen.

Wenn Ihr Studierende Euch dafür interessiert, wie eine Zeitschrift entsteht, selbst Beiträge verfassen möchtet 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!



Paula Köhler

Vorsitzende

Fabian von Minckwitz

Chefredakteur
Stell. Vorsitzender

Jan Philipp Wessendorf

Schatzmeister

David Filip

Vorstandsmitglied

Rechtsetzungslehre – warum?

Von Professor Dr. Franz Reimer, Gießen*

A. Was tun mit den Lahnauen? Was tun für die Kinderrechte?

Der Magistrat der Universitätsstadt Marburg möchte zunehmende Nutzungskonflikte in den Lahnauen entschärfen, insbesondere das immer stärker um sich greifende sommerliche Grillen unterbinden. Daher kommt die Leiterin des Fachdienstes 30 – Rechtsservice auf Sie zu und bittet Sie um einen entsprechenden Vorschlag. Sie gibt Ihnen die Frage mit auf den Weg, ob eine Benutzungsordnung geschaffen oder geändert werden könne. – Eine kleine Szene, die Ihnen ohne Weiteres im Referendariat begegnen könnte – aber was hat sie mit Ihrem Studium, was mit Rechtsetzungslehre zu tun?

Szenenwechsel: Der Koalitionsvertrag 2021-2025 der Ampel-Koalition enthält die Ankündigung: „Wir wollen die Kinderrechte ausdrücklich im Grundgesetz verankern und orientieren uns dabei maßgeblich an den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention. Dafür werden wir einen Gesetzesentwurf vorlegen und zugleich das Monitoring zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention ausbauen.“¹ Wie würden Sie, mit einem Entwurf beauftragt, diesen Plan konkret umsetzen?

Die folgenden Überlegungen, die nach dem Sinn der Beschäftigung mit Rechtsetzungslehre fragen, gehen von der Tatsache aus, dass dieser Begriff in den Prüfungsordnungen nicht auftaucht (B.). Schaut man aber näher hin, was Rechtsetzungslehre ist und will (C.), lässt sich die Frage nach der Relevanz der Rechtsetzungslehre (D.) fundierter beantworten – und erklären, warum wir zur Zeit Zeugen einer Renaissance der Rechtsetzungslehre sind (E.).

B. Rechtsetzungslehre – eine Leerstelle?

„Rechtsetzungslehre“² ist ein Begriff, der weder im Deutschen Richterrecht (DRiG) noch im Hessischen Juristenausbildungsgesetz (HessJAG) auftaucht. Aber auch verwandte Begriffe wie „Gesetzgebungslehre“ oder „Legistik“ kommen hier nicht vor. Nach

dem novellierten § 5a Abs. 2 Satz 2 DRiG sind Pflichtfächer im Studium

„die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechts einschließlich der europarechtlichen Bezüge, der rechtswissenschaftlichen Methoden und der philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen; die Vermittlung der Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur.“

Nach Abs. 3 Satz 1 berücksichtigen die Pflichtfächer

„die ethischen Grundlagen des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts; sie berücksichtigen ferner die rechtssprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis“.

Von *rechtsetzender* Praxis, gar von Rechtsetzungslehre oder Gesetzgebungslehre ist, so scheint es, weit und breit nicht die Rede. Immerhin erhält mit der Vorschrift die Praxis schon im Studium – nicht erst im Referendariat – einen gewissen Stellenwert, und explizit auch die „verwaltende und rechtsberatende Praxis“. Hier kann man, wenn man möchte, Fragen stellen wie die oben (A.) skizzierte nach einer Regelung für die Lahnauen. Das gleiche Bild bietet sich, konsultiert man das HessJAG:

„Die Inhalte des sich auf die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts, des Verfahrensrechts und die Grundlagen des Rechts erstreckenden Studiums berücksichtigen die rechtssprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis“ (§ 6 Abs. 1 HessJAG).

Auch hier scheint die Rechtsetzung immer schon vorausgesetzt zu sein und nicht als solche zum Gegenstand gemacht zu werden – es sei denn, man schaute auf den Teil von „Staatsrecht“ (§ 7 Satz 1 Nr. 4 lit. a HessJAG), der sich auch mit den Rechtsquellen beschäftigt, das Staatsorganisationsrecht: Hier ist von Verfassung, Gesetz, Rechtsverordnung die Rede, nämlich von Zuständigkeiten zu ihrem Erlass und vom

* Der *Verfasser* ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD),

BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 98.

² Zum Teil ist auch von „Rechtsetzungslehre“ (mit Fugens) die Rede, so bei *Ulrich Karpen*, *Rechtsetzungslehre*, JuS 2016, 577.

Erlassverfahren, von Formen und von inhaltlichen Anforderungen an sie. Im Verwaltungsrecht (§ 7 Satz 1 Nr. 4 lit. d HessJAG) tritt zu Verfassung, Gesetz und Rechtsverordnung noch die Satzung hinzu. Wenn man Verträge als Recht und Vertragsschlüsse als Rechtsetzung versteht, widmen sich auch Schuldrecht und erneut Verwaltungsrecht (§§ 54 ff. H/VwVfG) der so verstandenen Rechtsetzung. Ist damit das erfasst, was die Rechtsetzungslehre beschäftigt? Ist Rechtsetzung also eine Querschnittsfrage, die kein eigenes Thema, kein eigenes Fach bildet? Dann könnte man sie getrost *ad acta* legen. Aber vielleicht ist und will Rechtsetzungslehre mehr?

C. Was ist und was will Rechtsetzungslehre?

I. Rechtsetzung verstehen und verbessern

Der Begriff der „Rechtsetzungslehre“ macht eines klar: es geht nicht um Rechtsanwendung. Fast das ganze Studium beschäftigen sich Studierende ja mit der *Anwendung* von Recht; das Jurastudium ist im Kern nach wie vor konstruiert als eine Vorbereitung auf den Richterberuf (vgl. § 5 Abs. 1 Hs. 1 DRiG). Man könnte seinen Gegenstand, oberflächlich betrachtet, als „Rechtsanwendungslehre“ bezeichnen. Von daher ahnt man, was Rechtsetzungslehre ist: eine Disziplin, die nicht nach dem gesetzten, sondern nach dem zu setzenden Recht fragt, nicht nach der *lex lata*, sondern der *lex ferenda*, oder noch deutlicher: nicht nach dem Recht, wie es ist und angewendet werden muss, sondern wie es gesetzt wird und gesetzt werden sollte. Auf eine kurze Formel gebracht, geht es darum, Rechtsetzung und ihre Produkte, die Rechtsnormen, zu verstehen und zu verbessern.

Die Rechtsetzungslehre hat also eine deskriptive (beschreibende) und eine präskriptive (empfehlende, normative) Dimension: Sie analysiert nicht nur, sondern bewertet und berät auch. Sie beschäftigt sich durchaus auch mit dem Gesetz, wie es ist (nämlich beispielsweise mit seinem Aufbau, seiner redaktionellen Gestaltung etc.), vor allem aber mit dem Gesetz, wie es sein sollte, d.h. mit Standards guter Rechtsetzung. Gerade hierin liegt ein Unterschied zur Verfassungsrechtswissenschaft einerseits und zu den Politikwissenschaften andererseits:

Die Verfassungsrechtswissenschaft klärt, wie eine Rechtsnorm von Verfassungs wegen sein muss oder

nicht sein darf: welche Anforderungen die Verfassung an den Erlass (Zuständigkeit und Verfahren) und an die erlassene Norm (Form i.e.S. und Inhalt) stellt. Die Politikwissenschaft untersucht, wie eine Rechtsnorm tatsächlich zustande kommt. Die Frage, wie eine Norm aussehen *soll*, d.h. die Frage nach einer guten Rechtsnorm, ist ein Charakteristikum der Rechtsetzungslehre. Gerade diese Perspektive macht Rechtsetzungslehre so reizvoll.

II. Viele Etiketten, ein Interessenschwerpunkt

„Gesetzgebungslehre“ ist der Begriff, der in der Vergangenheit für Rechtsetzungslehre vorherrschend war. Wenn man von einem weiten Gesetzesbegriff ausgeht, der nicht nur Parlamentsgesetze, sondern Gesetze im materiellen Sinne bzw. alle Rechtsnormen umfasst, kann man „Gesetzgebungslehre“ und „Rechtsetzungslehre“ synonym verstehen. Beides ist die Lehre von der Setzung der Rechtsnormen. Mit etwas anderen Worten versteht man unter Rechtsetzungslehre „alle Theorien..., die sich mit der Entstehung, Abfassung und Wirkung von Gesetzen befassen“.³ Mitgedacht ist dabei die Abgrenzung von Verfassungsrecht, Politikwissenschaft, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie: Rechtsetzungslehre setzt diese Disziplinen und ihre Erkenntnisse bereits voraus, also beispielsweise das Wissen um die Anforderungen der Verfassung(en) an Rechtsnormen, um die tatsächlichen Vorgänge in der Legislative, ferner eine rechtsphilosophische Position hinsichtlich des Sinns von Rechtsnormen, gewisse rechtstheoretische Kenntnisse zur Struktur von Rechtsnormen (bspw. zur Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge in „Konditionalprogrammen“). Das Besondere der Rechtsetzungslehre ist eben die Neugier auf bessere Lösungen, der Wunsch, nicht nur unionsrechts- und verfassungskonforme Normen zu haben, sondern auch gute: verständliche, zweckdienliche, funktionierende, beständige, elegante Normen.

„Legistik“ (von lat. *lex* = Gesetz, Norm) kann man als weiteres Synonym der beiden Begriffe verstehen. Während die Gesetzgebungslehre früher tatsächlich vor allem auf das Parlamentsgesetz schaute, ist heute klar, dass wegen der großen Bedeutung des Unionsrechts, des Verfassungsrechts, aber auch des untergesetzlichen Rechts (z.B. der Rechtsverordnungen) eine

³ Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik, Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 1, ZJS 2008, 111 (für Gesetzgebungslehre).

Beschränkung auf das Gesetz im formellen Sinne dysfunktional wäre. Dem entspricht, dass sich auch Vertreter der „Gesetzgebungslehre“, der „Legistik“, der „Legisprudenz“ (Gesetzesklugheit) oder der „Regulierungstheorie“ im Grundsatz mit allen Arten von Rechtsnormen beschäftigen. Insofern meinen diese Etiketten im Kern das Gleiche, und Gleiches gilt auch für weitere Begriffe wie „Gesetzgebungskunst“, „Gesetzgebungswissenschaft/en“, „Rechtsetzungstheorie“ oder „Nomologie“ (von grch. *nomos* = Gesetz, Norm). Diese Begriffe unterscheiden sich allenfalls in Schwerpunkten und Nuancen; immer geht es vor allem um die Frage, wie positive Rechtsnormen erlassen werden und erlassen werden sollten.

Letzteres schließt als Minimalanforderung ein, dass die Rechtsnorm völkerrechtskonform, unionsrechtskonform, verfassungskonform, als untergesetzliche Norm auch gesetzeskonform ist. Diese Fragen sind aber, wie gesagt, kein Spezifikum der Rechtsetzungslehre, sondern werden von den dogmatischen Teildisziplinen geklärt: der Wissenschaft vom Völkerrecht, vom Europarecht, Verfassungsrecht und von den Wissenschaften der einzelnen Teilrechtsgebiete. Die Rechtsetzungslehre kann und muss darauf aufbauen. Im Einzelfall mögen die Grenzen zwischen den dogmatischen Fächern und der Rechtsetzungslehre einmal verschwimmen, insgesamt aber ist die Arbeitsteilung mit der Faustformel „Die Rechtsetzungslehre will das Recht nicht nur verstehen, sondern auch verbessern“ brauchbar umschrieben.

III. Abgrenzungen

Noch klarer lässt sich von der Rechtsetzungslehre die sog. Kautelarjurisprudenz unterscheiden, die sich mit Rechtsgestaltung beschäftigt: also mit den Möglichkeiten, die eine Rechtsordnung den Rechtsunterworfenen zur rechtsförmigen Regelung ihrer Angelegenheit lässt. Es geht damit zum Beispiel um Vertragsgestaltung und Testamentsgestaltung. Man kann Kautelarjurisprudenz auch als Gegensatz zu gerichtlicher („forensischer“) juristischer Tätigkeit, d.h. als vorsorgend und planend charakterisieren. Während die Kautelarjurisprudenz sich mit juristischen Jedermanns-Instrumenten beschäftigt, untersucht die Rechtsetzungslehre die Instrumente, die dem Rechtsetzer zur Verfügung steht, und zwar dem hoheitlichen Rechtsetzer. Hier sind zwei Präzisierungen wichtig:

Erstens ist das „Recht“ der Rechtsetzungslehre nicht jede rechtliche Regelung. Außer Betracht bleiben nicht nur Verträge. Die Rechtsetzungslehre be-

schäftigt sich auch ebenso wenig wie die Gesetzgebungslehre mit Verwaltungsakten oder ähnlichen einseitigen Einzelfallregelungen (wie Verwaltungserklärungen). Vielmehr interessiert sie sich nur für Rechtsnormen. Es liegt nahe, diese als abstrakt-generelle Regelungen zu kennzeichnen, und für den Regelfall ist das auch richtig. Allerdings gibt es auch Einzelfallgesetze, also konkret-individuelle Regelungen in Gesetzesform (bspw. ein Enteignungsgesetz, vgl. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 GG!). Auch sie können Gegenstand der Rechtsetzungslehre sein, wohingegen diese sich nicht mit Allgemeinverfügungen (§ 35 Satz 2 H/VwVfG) beschäftigt.

Zweitens ist die Rechtsetzungslehre nicht nur auf staatliche Rechtsetzung beschränkt, sondern kann sich auch mit unionaler Rechtsetzung befassen (und das tut sie zu Recht auch zunehmend!). Meist konzentriert sie sich in diesem Sinne auf hoheitliche Rechtsetzung. Private Rechtsetzung (etwa solche von Verbänden, Normungsinstitutionen etc.) kommt aber zunehmend in den Blick, und dies auf zweierlei Weise: erstens als Alternative zu hoheitlicher Normsetzung (dies ist besonders einer Rechtsetzungslehre ein Anliegen, die sich als Regulierungstheorie versteht), zweitens als Ergänzung hoheitlicher Normsetzung. Denn immer häufiger verweisen unionaler oder nationaler Rechtsetzer auf private Standards (wie DIN-Normen), so dass hoheitliche und private Normsetzung nicht alternativ, sondern kumulativ zur Anwendung kommen.

IV. Betätigungsfelder und Gegenstände der Rechtsetzungslehre

Deutlich geworden ist, dass sich Rechtsetzungslehre mit mitgliedstaatlicher und mit unionaler Rechtsetzung befasst. Die völkerrechtliche Ebene bleibt in der Regel außer Betracht, weil sie mangels zentralisierter internationaler Normsetzungsinstanz durch Völkergewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht geprägt ist. Auch durch diese Mechanismen entstehen Normen – aber auf eine Art und Weise, die sich erstens im Verfahren und zweitens hinsichtlich der Akteure von Rechtsetzung als Erlass verschriftlichter Normen in förmlichen Verfahren soweit unterscheidet, dass die Ausklammerung *for the time being* sinnvoll erscheint. Je mehr man von einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts sprechen kann, desto sinnvoller und fruchtbarer wird die Integration völkerrechtlicher Rechtsetzung in die Rechtsetzungslehre.

Die innerstaatliche Rechtsetzung lässt sich für die Bundesrepublik Deutschland aufschlüsseln in Rechtsetzung auf Bundesebene, auf Länderebene und – will

man die Gemeinden und Gemeindeverbände in ihrer Eigenständigkeit akzeptieren⁴ – auf kommunaler Ebene. Die Rechtsnormen, um die es dabei vor allem geht, sind verfassungsändernde Gesetze (die Verfassungsgebung als Schaffung neuer Verfassungen wird als Ausnahmefall der Rechtsetzung meist ausgeklammert), einfache Parlamentsgesetze, Rechtsverordnungen, und Satzungen. Daneben stehen weitere Arten von Rechtsnormen, die bisher seltener mitbehandelt werden, wie Geschäftsordnungen. Auch Verwaltungsvorschriften (als exekutives Innenrecht) werden bislang wenig mitbearbeitet; die immense Bedeutung für die Rechtspraxis spricht allerdings sehr für eine künftige Integration in die Rechtsetzungslehre.⁵

Zu beachten ist, dass diese Aufzählung von Rechtsetzungsformen nicht abschließend ist, und zwar nicht nur im Augenblick, weil es schon jetzt etliche weitere Formen von Rechtsnormen gibt, die nicht in das Raster „Rechtsverordnung – Satzung - Geschäftsordnung – Verwaltungsvorschrift“ passen (vielleicht das wichtigste Beispiel sind die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses im Sozialversicherungsrecht⁶). Nicht abschließend ist die Aufzählung auch in dem Sinne, dass es nach herrschender und zutreffender Auffassung keinen *numerus clausus* zulässiger Rechtsetzungsformen gibt: Der Gesetzgeber kann also weitere Rechtsetzungsformen einführen (sofern nicht im Einzelfall Verfassungsprinzipien entgegenstehen). Er kann sie auch weitgehend frei benennen oder aber auf eine Benennung verzichten. Unabhängig von der Benennung wird man bis zur Herausbildung einer anerkannten Kategorie bei der neuen Rechtsform von einer Norm *sui generis* (eigener Art) sprechen.

V. Kriterien der Rechtsetzungslehre

Zu den Mindestanforderungen an Normen zählt – natürlich – die Rechtskonformität. Die Prüfung auf Völkerrechts-, Europarechts-, Verfassungskonformität etc. gehört aber nicht zum Kerngeschäft der Rechtsetzungslehre, sondern ist eine der Aufgaben des jeweiligen dogmatischen Fachs. Nur, wo es gerade um Fragen von Verfahren und Form der Rechtsetzung geht, kann die Rechtsetzungslehre spezifische Expertise beisteuern. Die eigentlichen Kriterien der Rechtsetzungslehre liegen demgemäß dort, wo es um die Verbesserung von Rechtsnormen geht – sei es der Form, sei es dem Inhalt nach. Manchmal unterscheidet man insoweit „Rechtsetzungstechnik“ (formbezogen) von „Rechtsetzungspolitik“ (inhaltsbezogen). Rechtspolitik ist damit kein außerwissenschaftliches Feld, sondern integraler Teil der wissenschaftlichen Disziplin „Rechtsetzungslehre“.

Zur Rechtsetzungstechnik kann man insbesondere die Anforderungen der Rechtsförmlichkeit zählen, wie sie auf Bundesebene in dem vom Bundesjustizministerium herausgegebenen umfangreichen „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“ (vgl. § 42 Abs. 4 GGO⁷) für Gesetzentwürfe der Bundesregierung niedergelegt sind.⁸ In Hessen gelten für Gesetzentwürfe der Landesregierung die Redaktionellen Richtlinien nach Anlage 4 zu den § 35 Abs. 1 und 44 Abs. 2 der GGO⁹. Auf europäischer Ebene gilt u.a. die Interinstitutionelle Vereinbarung über bessere Rechtsetzung.¹⁰

Die scheinbar klare Unterscheidung zwischen Rechtsetzungstechnik und Rechtsetzungspolitik führt aber insoweit in die Irre, als jede Entscheidung über formale Fragen inhaltliche Folgen hat, jede inhaltliche Entscheidung formale Konsequenzen. Es gibt keine

⁴ Zur Erinnerung: Die **h.M.** betrachtet Kommunen nicht als eigenständige dritte Ebene im Staatsaufbau, sondern als mittelbare Landesverwaltung, d.h. staatsorganisationsrechtlich als Teil der Länder. Das ist bundesverfassungsrechtlich nicht zwingend und landesverfassungsrechtlich kontraintuitiv (vgl. Art. 134 ff. HV: „Die Staats- und die Selbstverwaltung“).

⁵ Dafür auch *Karpen*, JuS 2016, 577 (578).

⁶ Vgl. vor allem §§ 92, 94, 136 f. SGB V. Vorsicht: *false friends!* Der Begriff der Richtlinie ist mehrfach besetzt. Er kann nicht nur den umsetzungsbedürftigen Sekundärrechtsakt nach Art. 288 Abs. 3 AEUV meinen, sondern auch die abstrakt-generellen Regelungen des Gemeinsamen Bundesausschusses; und schließlich sind viele Verwaltungsvorschriften als „Richtlinien“ betitelt. Bei der Qualifikation eines Rechtsakts dürfen Sie sich nicht mit der Bezeichnung zufriedustellen, sondern müssen jeweils nach allen formalen, hilfsweise nach inhaltlichen Kriterien zuordnen.

⁷ Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, vgl. https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_21072009_O11313012.htm (letzter Abruf: 1.4.2022).

⁸ Derzeit gilt die 3. Aufl. aus dem September 2008 (die 4. Aufl. ist in Vorbereitung), zugänglich über <http://hdr.bmj.de/vorwort.html> (letzter Abruf: 1.4.2022).

⁹ Gemeinsame Geschäftsordnung der Staatskanzlei, der Ministerien des Landes Hessen sowie der Landesvertretung Berlin, vgl. <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshs/document/VVHE-VVHE000018226> (letzter Abruf: 1.4.2022).

¹⁰ Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung, ABl. L 123 vom 12.5.2016, S. 1, vgl. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016Q0512%2801%29&qid=1648839273302> (letzter Abruf: 1.4.2022).

reinen Formulierungs- oder Strukturierungsfragen! Zur besonderen Expertise von Juristinnen und Juristen gehört das lebendige Wissen um die Verschränkung von Form und Inhalt – und daher auch das Wissen um die große Bedeutung von Form(en). Sie wird bei jeder Rechtsetzung von neuem sichtbar.

VI. Zwischenergebnis

Rechtsetzungslehre will hoheitliche Rechtsetzung verstehen, vor allem aber verbessern. Im Blickfeld der Rechtsetzungslehre sind Rechtsnormen aller Art von der unionalen bis zur kommunalen Ebene. Sie werden analysiert, aber auch bewertet. Als Kriterien dienen dabei über die Anforderungen des geltenden Rechts hinaus legistische und rechtspolitische Kriterien. Dabei weiß die Rechtsetzungslehre, dass Form und Inhalt verschränkt sind.

D. Lohnt die Beschäftigung mit Rechtsetzungslehre?

I. Einwände

Dass die Rechtsetzungslehre in den Studienordnungen fehlt (oben B), könnte dafür sprechen, hier „auf Lücke“ zu setzen. Zugleich könnte die Leerstelle Ausdruck des Erfahrungswertes sein, dass sich Beschäftigung mit Rechtsetzungslehre nicht lohnt. In der Sache mag dafür sprechen, dass Rechtsetzung ein genuin politisches Feld ist. Hier herrschen – so ließe sich sagen – die Urgewalten der Politik, notdürftig im Zaum gehalten von den (nicht zufällig) wenigen verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normsetzung. Alles, was eine akademische Subdisziplin an Maßstäben zu diesem Prozess der Rechtsetzung beitragen will, hält – so könnte man weiter sagen – den elementaren Kräften des politischen Betriebs nicht stand.

In der Tat kann es den Anschein haben, als bliebe das, was sich die Rechtsetzungslehre zurechtlege, oft genug geduldiges Papier. Vor allem das Diktat des politischen Zeitdrucks zermalmt viele Forderungen an gute Gesetzgebung, gefolgt vom Diktat des Kompromissdrucks. Was in nächtlichen Sitzungen des Vermittlungsausschusses ausgehandelt wird, genügt oft nicht den Anforderungen der Rechtsetzungslehre. Auch der Erlass von Corona-Verordnungen in der Pandemie auf der Basis von § 28 i.V.m. § 32 IfSG stand in der Regel unter extremem Zeitdruck, so dass nicht alle Verordnungen formal und inhaltlich ausgereift waren.

Ist dies aber ein Einwand gegen die Befassung mit Rechtsetzungslehre? Oder ist es eher ein Einwand ge-

gen überzogene, wirklichkeitsfremde Erwartungen einerseits – und eine zu unpolitisch betriebene Form von Rechtsetzungslehre andererseits? Denn wenn man die Gesetzmäßigkeiten der Politik – wie Zeit- und Kompromissdruck – kennt, kann man auch die Verfahren und Formen der Rechtsetzung auf diese Rahmenbedingungen einzustellen versuchen. Gegenstand der Rechtsetzungslehre ist ja nicht nur die einzelne – geglückte oder missglückte – Norm, sondern auch das Set an Metaregeln, die die Rechtsetzung steuern: vor allem geschriebene Normen wie die Gemeinsamen Geschäftsordnungen, daneben möglicherweise aber auch ungeschriebene Normen und Usancen der politischen Praxis.

Überdies sollte man nicht vergessen, dass das hektische Geschäft parlamentarischer Gesetzgebung zwar lange das Hauptfeld der Rechtsetzungslehre war, aber bei weitem nicht ihr einziges Betätigungsfeld ist. Die Rechtsetzungslehre sollte für alle Eventualitäten gerüstet sein: für Krisenfälle wie für den politischen Alltag. Daher sprechen die sichtbaren Leistungsgrenzen der bisherigen Rechtsetzungslehre wohl eher für mehr als für weniger Beschäftigung mit dieser Disziplin!

II. Potentiale der Rechtsetzungslehre

1. Rechtsetzungslehre als Schule der Alternativen

Unabhängig von der politisch-gesellschaftlichen Bedeutung der Rechtsetzungslehre sollte man ihre didaktische Bedeutung nicht unterschätzen: Wer sich einmal gefragt hat, wie man eine Norm formulieren, redigieren und strukturieren kann, erlebt, wie viele sprachliche, redaktionelle und inhaltliche Möglichkeiten ein Normsetzer normalerweise hat. Daher ist Rechtsetzungslehre eine Schule des Denkens in Alternativen (bzw. umfassender gesagt: in Möglichkeiten). Das kommt jeder Juristin und jedem Juristen beim umgekehrten Denkweg, bei der Rechtsanwendung, zugute: Indem man erkennt, wie ein Normsetzer nicht formuliert, nicht redigiert, nicht strukturiert hat, kann man besser verstehen, was er auf welche Weise regeln wollte. Wenn Gesetzgebung nach dem Bonmot von *Werner Maihofer* umgekehrte Subsumtion ist, dann hilft es bei der Subsumtion, auch einmal Gesetzgeber gewesen zu sein!

Auch im Übrigen kann man das Potential der Rechtsordnung besser ausschöpfen, wenn man sich zwingt, aktiv zu werden. So wird man die verschiedenen Rechtsformen, die einer Kommune zur Verfügung stehen, abstrakt lernen können (etwa, indem man ein Buch zum Kommunalrecht und ein Buch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht heranzieht). Verstehen und

ausloten wird man die kommunalen Möglichkeiten aber erst, wenn man selber an die Stelle des Normsetzers zu treten versucht.

Im eingangs genannten Beispiel einer Regelung für die Lahnaunen (A.) kann man sich fragen, ob eine kommunale Satzung in Frage kommt. Bei Grundrechtseingriffen bedarf es hierfür gegebenenfalls einer Ermächtigungsgrundlage; nach h.M. genügt § 5 HGO hierfür nicht.¹¹ Dann muss man sich auf die Suche nach einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage machen. Wenn man die Lösung der Nutzungskonflikte als Gefahrenabwehr betrachtet, kommt eine Gefahrenabwehrverordnung nach §§ 71, 74 HSOG in Betracht (d.h. eine kommunale Rechtsverordnung!). Sie ist allerdings durch die Stadtverordnetenversammlung, nicht den Magistrat zu beschließen (§ 74 S. 2 HSOG). Es könnte aber auch eine Benutzungsordnung als Regelung *sui generis* in Frage kommen. Schließlich lässt sich fragen, ob der Magistrat stattdessen eine Allgemeinverfügung erlassen darf und soll. Hier wird deutlich, dass vor dem ersten Wort eines Regelungsentwurfs schwierige dogmatische Fragen zu klären sind – die man nur aus der Anwenderperspektive kaum richtig verstehen kann!

2. Rechtsetzungslehre als Kehrseite der Methodenlehre

Damit ist zugleich das Verhältnis von Rechtsetzungslehre und Methodenlehre angesprochen. Beide sind zwei Seiten einer Medaille: Der Rechtsanwender muss sich in die Haut der Rechtsetzerin versetzen, um sinnvoll semantisch, systematisch, genetisch und teleologisch auslegen zu können. Die Rechtsetzerin muss sich beim Entwurf der Norm aber auch in die Haut des Rechtsanwenders versetzen, um klar, verständlich und vollständig zu regeln und etwaige Probleme vorwegzunehmen. Insofern sind Rechtsetzungslehre und Methodenlehre zwei Seiten einer Medaille.

3. Rechtsetzungslehre als Problemlösungskunst

Die Beschäftigung mit der Rechtsetzungslehre kann auch helfen, vom Sachproblem her zu denken, nicht lediglich von der Rechtsnorm (wie es Juristinnen und Juristen manchmal tun). Am Anfang steht ein Problem, das es zu lösen gilt – regulatorisch oder durch Verzicht auf eine Rechtsnorm. Auch das Nachdenken über Alternativen zu staatlichem Recht ist Teil der Aufgabe

der Rechtsetzungslehre – und zum Teil sogar normativ vorgegeben (vgl. z.B. § 43 Abs. 1 Nr. 3 GGO mit Anlage 5)! Fällt die Entscheidung für den Erlass einer Rechtsnorm, muss diese (wie erwähnt) nicht nur rechtmäßig, sondern auch zielführend sein: das Sachproblem lösen (oder zumindest abmildern) und zugleich keine wesentlichen neuen Probleme aufwerfen. Voraussetzung für die Eignung der Norm ist meist ihre Akzeptanz oder (ex ante) ihre Akzeptabilität. Ferner sollte die Norm verständlich sein – freilich verbirgt sich hinter dieser Forderung ein großer, weder praktisch noch theoretisch bewältigter Problembereich der Rechtsetzungslehre. Denn zu den Herausforderungen der Rechtsetzung gehört fast immer ein Kompromiss zwischen materialer Gerechtigkeit, Rechtssicherheit /-klarheit und Zweckmäßigkeit. Ein Normsetzer, der ein Problem mit einer maximal differenzierten Regelung voller Ausnahmen und Gegenausnahmen zu lösen versucht, wird es nicht lösen!

4. Rechtsetzungslehre als Rechtsanalyse

Schließlich kann man Rechtsetzungslehre als Schule der Rechtsanalyse betrachten und betreiben. Jede verantwortungsvolle Normsetzerin wird sich, bevor sie ans Werk geht, vergewissern, welche Regeln es schon gibt. Das betrifft immer zunächst die eigene Rechtsordnung. Denn kaum ein Gebiet der Gesellschaft ist heute ungeregt. Fast zu jeder Frage gibt es von einer bestimmten Seite her eine Regelung – auf einer der vielen in Frage kommenden Ebenen: Völkerrecht, Unionsrecht, Bundesrecht, Landesrecht, Recht des Landkreises oder der Gemeinde...

Im Eingangsbeispiel einer Regelung der Nutzungskonflikte in den Lahnaunen wird man in der Tat fündig werden, nämlich auf den ersten Blick in Gestalt einer „Benutzungsordnung der Lahnaunen“, die die Stadtverordnetenversammlung am 22.09.2006 beschlossen hatte. Die Eingangsformel der Norm beruft sich auf §§ 71, 74, 77 HSOG, so dass eine kommunale Gefahrenabwehrverordnung vorliegen dürfte.¹² Dass die Norm in Kraft getreten ist, heißt allerdings nicht, dass sie auch gilt: sei es, dass sie nichtig, sei es, dass sie aufgehoben ist. Auf die „Benutzungsordnung“ trifft möglicherweise beides zu: Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorschriften,¹³ Aufhebung

¹¹ A.A. Monika Böhm, Autonomes kommunales Satzungsrecht, in: Gertrude Lübke-Wolff (Hrsg.), Umweltschutz durch kommunales Satzungsrecht, 3. Aufl. 2002, S. 413 ff. – Zur h.M. Klaus Lange/Bettina Schöndorf-Haubold, Kommunalrecht, in: Hermes/Reimer (Hrsg.), Landesrecht Hessen, 10. Aufl. 2022, § 4 Rn. 114.

¹² Wie beurteilen Sie deren Rechtmäßigkeit? Vgl. hierzu § 78 Nr. 2 HSOG.

¹³ Insbes. § 78 Nr. 2 und Nr. 6 HSOG.

durch § 13 Satz 2 der Grünanlagensatzung 2019.¹⁴ Auf den zweiten Blick offenbart sich, dass eben diese Satzung eine Regelung zum Grillen in den Grünanlagen unter Einschluss der Lahnauen enthält, nämlich ein Verbot mit Ausnahme: Untersagt ist es nach § 5 Abs. 3 Nr. 14 „zu grillen. Ungeachtet der vorgenannten Regelung ist das Grillen im räumlichen Geltungsbereich des Lahnvorlands in geeigneten, hierfür vorgesehenen Geräten – mit Ausnahme von Einmalgrills – erlaubt.“ Damit bedarf es für das Regelungsziel keiner neuen Rechtsnorm, allenfalls einer Änderung der bestehenden, ggf. auch deren wirksameren Umsetzung.

Was hier an einem örtlichen Beispiel nur angedeutet worden ist, kann als *pars pro toto* (Teil für das Ganze) genommen und verallgemeinert werden: Häufig ist die Klärung der geltenden Rechtslage, d.h. aller einschlägigen bestehenden Regelungen, eine große Herausforderung, mit der der Prozess der Rechtsetzung beginnt. In aller Regel zeigt sich dann, dass Rechtsetzung Rechtsänderung ist: ein punktueller Eingriff in ein dichtes Geflecht bestehender Rechtsnormen.

5. Rechtsetzungslehre als Rechtsvergleichung

Ein letzter Aspekt soll hier nur angerissen werden: Ein nützliches, ja unentbehrliches Instrument der Rechtsetzung ist die Rechtsvergleichung. Denn wenn auch im eigenen Rechtskreis eine Regelung fehlt, wie sie nötig erscheint, so findet sich eine solche oder ähnliche Regelung häufig in anderen Rechtsordnungen oder Rechtsordnungen. So wird vor dem Entwurf einer kommunalen Satzung der Blick sinnvollerweise zunächst zu anderen Kommunen des eigenen Bundeslandes, hilfsweise zu Kommunen in anderen Bundesländern schweifen, so dass deren Regelungsideen und Regelungserfahrungen fruchtbar gemacht werden können. Auf Landesebene mag sich der Landtag über vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern informieren, auf Bundesebene der Bundestag über Äquivalente in anderen Staaten.

Wenn es im zweiten Eingangsbeispiel (A.) um den Entwurf eines „Kindesgrundrechts“ geht (dieses Wort gibt den Regelungsauftrag des Koalitionsvertrags nicht exakt wieder), so kann es sinnvoll sein, Kinderklauseln in anderen Verfassungen zu suchen und auszuwerten. Der Blick kann beispielsweise über den Tellerrand hinaus in die Schweizerische Bundesverfassung gehen; dort finden sich in Art. 11, Art. 41 Satz 1 lit. f, g, Art. 62, Art. 67 kindesbezogene Regelungen. Näher liegt es allerdings, zunächst die deutschen Landesverfassungen zu kontaktieren – so die differenzierte Regelung des Art. 4 Abs. 2 HV.¹⁵ In einem weiteren Schritt sind die zusammengestellten Vergleichsnormen daraufhin abzuklopfen, ob sie als Blaupause oder Steinbruch für die künftige eigene Regelung in Frage kommen. Maßstab sind vor allem die eigenen Regelungsziele. Diese können sich aber in Auseinandersetzung mit bestehenden Normen und weiteren Normierungsmöglichkeiten konkretisieren und modifizieren. Auch insoweit wandert der Blick (in dem berühmten Bild von *Karl Engisch* ausgedrückt) hin und her: zwischen Regelungsmöglichkeiten und Interessen.

E. Die Wiederentdeckung der Rechtsetzungslehre

Diese und weitere Vorteile der Rechtsetzungslehre sind der Fachöffentlichkeit nicht verborgen geblieben. Seit der Jahrtausendwende nimmt die Beschäftigung mit legislatischen Fragen – nach einer intensiven, hochstehenden Diskussion im Kaiserreich¹⁶ und Höhen und Tiefen während des zwanzigsten Jahrhunderts – wohl insgesamt wieder zu. Die Fachgesellschaften und Foren – Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung e.V. (DGG), Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (gfr), Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (IRP), *European Association of Legislation* (EAL) u.a. – sind zunehmend aktiv. Auch an den Universitäten wachsen die Angebote: Vorlesungen zur Rechtsetzungslehre gibt es u.a. an den Universitäten Augsburg, Berlin (HU), Gießen, Halle-Wittenberg, Köln und München (LMU); Marburg bietet ein Planspiel zur Gesetzesnovellierung an.¹⁷

¹⁴ Satzung über die Benutzung der öffentlichen Grünanlagen in der Universitätsstadt Marburg v. 3.7.2019, vgl. https://www.marburg.de/medien/satzungen/900000315_satzung_ueber_die_benutzung_der_oeffentlichen_gruenanlagen_in_der_universitaetsstadt_marburg_gruenanlagensatzung.pdf (letzter Abruf: 1.4.2022); erschwert wird die Rekonstruktion der Normgeschichte durch die zwischenzeitliche Bezugnahme auf die Benutzungsordnung in der Gefahrenabwehrverordnung über die Sicherheit und Ordnung auf und an den Straßen sowie in

den Anlagen der Universitätsstadt Marburg (Marburger Straßenordnung) v. 5.7.2013.

¹⁵ In der Fassung der Revision von 2018.

¹⁶ Hierzu *Sigrid Emmenegger*, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodsbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, 2006.

¹⁷ <https://www.uni-marburg.de/de/fb01/aktuelles/nachrichten/planspiel-gesetzesnovellierung-neue-veranstaltung-zuerlangung-der-schlüsselqualifikation-und-informationen-zu-den-anderen-schlüsselqualifikationen>;

Im Jahre 2019 hat die DGG in einer öffentlichen Resolution gefordert, die Gesetzgebungslehre in die Juristenausbildung einzubauen.¹⁸ Davon würde die Rechtsgemeinschaft insgesamt profitieren.

F. Beschäftigung mit Rechtsetzungslehre: ein Fazit

Sich auch mit Rechtsetzung (statt stets nur mit Rechtsanwendung) zu beschäftigen, ist ein Schritt vom Konsum zur Mitgestaltung. Es schult das Verständnis für die einzelnen Rechtsnormen sowie für die Komplexität und Dichte der Rechtsordnung insgesamt – und die Kritikfähigkeit. Und nicht zuletzt kann es Spaß machen, nicht immer nur unter Normen zu subsumieren, sondern Normen auch einmal selbst zu entwerfen!

Literatur zur Einführung:

Ulrich Karpén, Rechtssetzungslehre, JuS 2016, 577 ff.; *Winfried Kluth*, in: ders./Kriings (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, 2014, § 1; *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik. Entwicklungstendenzen der Legisprudenz, ZJS 2008, 111 ff., 224 ff.

<https://www.uni-marburg.de/de/fb01/aktuelles/nachrichten/planspiel-gesetzesnovellierung-infobrief-4.pdf> (letzter Abruf: 21.7.2022).

¹⁸ <https://www.dggev.de/2019/07/05/fu%cc%88r-gesetzgebungslehre-als-bestandteil-der-juristenausbildung/#more-585> (letzter Abruf: 21.7.2022).

Legal transplants

- Voraussetzungen, Wirkungsweisen, Erfolg -

Von Cand. iur. Clemens Henry Michael Sonntag, Greifswald*

A. Grundlagen

I. Das Phänomen *legal transplants* (Rechtsübernahme)

Seit jeher vergleichen sich Menschen und übernehmen Ideen von anderen. Dieser Vorgang ist auch bei Juristen der verschiedenen Rechtsordnungen erkennbar. Hieraus resultieren wechselseitige Beeinflussungen.¹ Die zunehmende Globalisierung verstärkt diesen Austausch zusätzlich.² Aber was setzt die Übernahme von Recht voraus, wie wirkt sie und sind Rechtsübernahmen überhaupt erfolgsversprechend? Schon *Montesquieu* stand dem Unterfangen insgesamt sehr skeptisch gegenüber "[Law] should be so closely tailored to the people for whom they are made, that it would be pure chance if the laws of one nation could meet the needs of another".³ Wenn dem zuzustimmen wäre, wie ist dann die Rezeption des römischen Rechts, die Übernahme des *Code Civil* in einigen südamerikanischen Staaten oder die Rechtsintegration⁴ innerhalb der Europäischen Union (EU) zu erklären? Das Phänomen,

welches sich diesem Problemkreis widmet, lautet *legal transplants*⁵.

Doch was kann man sich unter diesem Phänomen vorstellen? Dafür eignet sich ein Vergleich zur wortverwandten Organtransplantation.⁶ Gemein ist beiden, dass viele Parameter den Ausgang beeinflussen können. Aber eine Rechtstransplantation unterscheidet sich von einer Organtransplantation⁷, indem bei der Rechtstransplantation nicht etwas - Recht - „herausgenommen“ werden muss, damit es - Recht - "wiedereingesetzt" werden kann.⁸ Die Rechtsnorm existiert also fortan in beiden Systemen. Kurzum, ein rechtliches Transplantat ist kein Transplantat im eigentlichen Wortsinn, weil nichts „umgepflanzt“ wird.⁹ Ähneln *legal transplants* also eher dem Vorgang „copy and paste“ beim Schreiben eines Textes? Zwar ist ein Kopiervorgang der Rechtstransplantation immanent, doch diese Annahme würde diesen langwierigen und

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Die Seminararbeit wurde im Seminar „Rechtsvergleichende Methodenprobleme“ bei Prof. Dr. Uwe Kischel im Wintersemester 2020/2021 verfasst und mit 13 Punkten bewertet. Bearbeitungsstand: 09/2020.

¹ *Margit Cohn*, Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom, *The American Journal of Comparative Law* (AM. J. COM. L.) 58 (2010), 583 (628); *Eva Julia Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union (2017), S. 98; *Vlad Perju*, in: *Michel Rosenfeld/András Sajó*, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), S. 1304; *Alan Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative* (2. Aufl. 1993), S. 21 f., 95.

² *Ase B. Grodeland/William L. Miller*, *European Legal Cultures in Transition* (2015), S. 5 f.; *Wolf Heydebrand*, in: *David Nelken./Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures* (2001), S. 117 (130), der zwischen der Globalisierung des Rechts und der Beeinflussung des Rechts durch die Globalisierung differenziert; *David Nelken*, in: *ders./Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures* (2001), S. 7 (31); *Gunther Teubner*, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law ends Up in New Divergences*, *The Modern Law Review* 61 (1998), 11 (16).

³ *Charles de Secondat Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (1748), 1. Buch 2. Kap. S. 23, die Übersetzung ist angelehnt

an *William B. Ewald*, *Comparative Jurisprudence* (II): The Logic of Legal Transplants, *AM. J. COM. L.* 43 (1995), 489 (593).

⁴ Im Kontext der Rechtsangleichung innerhalb der EU ist der „Transfer“ von Recht zentral. Wobei Rechtsangleichung wohl mehr als nur eine Übertragung von Recht ist, vertiefend dazu *Lohse* (Fn. 1), S. 124 f.

⁵ Dieser Begriff ist unweigerlich mit *Alan Watson* verbunden, der diesen Terminus prägte. Obwohl die Untersuchungen zur Rechtsübernahme schon weiter zurückreichen. In der Literatur wird auch stark um die Begrifflichkeit gestritten. In diesem Zusammenhang zirkulieren unter anderem die Begriffe: *legal diffusion*, *legal transposition*, *legal borrowing*, *legal adaption*, *legal transfer*, *reception* und *imitation*. Eine gute Übersicht bietet *Lohse* (Fn. 1), S. 96.

⁶ *Watson* sieht eine große Parallelität der beiden Prozesse, siehe *Watson* (Fn. 1), S. 27. Obwohl *Watson* einen Begriff wählte, der der Komplexität dieses Unterfangens gerecht wird, zeugen die Aussagen von *Watson* davon, dass die Transplantation grundsätzlich einfach wäre. Daher weichen Wortbedeutung und eigentliche Idee voneinander ab. So auch kritisch zum Vergleich Organ- und Rechtstransplantation, *Nelken* (Fn. 2), S. 13, 18.

⁷ In diesem Sinne „verbraucht“ eine Organtransplantation immer ein Organ.

⁸ *Lohse* (Fn. 1), S. 96, 105.

⁹ Vgl. den Eintrag in: *Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache*, die Transplantation.

komplexen Prozess zu stark vereinfachen.¹⁰ Daher ist es sinnvoll, *legal transplants* in einigen Fragestellungen mit der Organtransplantation zu vergleichen, aber grundsätzlich das Phänomen in seiner eigenen Art zu begreifen.¹¹ In diesem Bewusstsein stellt dieser Beitrag den herantastenden Versuch dar, das komplexe¹² Phänomen *legal transplants* greifbarer zu machen.

Zunächst wird dafür ein Arbeitsbegriff gebildet (A. II.). Darauf aufbauend analysiert der Beitrag, was *legal transplants* grundsätzlich voraussetzen (B. I.) und in welcher Art und Weise *legal transplants* wirken können (B. II.). Abschließend untersucht der Beitrag, was erfolgreiche *legal transplants* auszeichnet und welche Konstanten den Erfolg eines *legal transplants* beeinflussen (B. III.).

II. Begriffsverständnis

1. *Legal transplants*, Rechtsbeeinflussung, originäres Recht

Ein Verständnis für dieses Phänomen entwickelt sich am besten, indem man *legal transplants* zu anderen rechtlichen Erscheinungen abgrenzt. *Legal transplants* sind in ein Verhältnis zur Rechtsbeeinflussung und zum originären Recht zu setzen. Rechtsbeeinflussungen und *legal transplants* weisen die Gemeinsamkeit auf, dass ein gewisser Impuls aus einer fremden

Rechtsordnung¹³ stammt¹⁴ und originäres Recht demgegenüber innovativ¹⁵ ist. Allerdings sind *legal transplants* vormalig fremde Teile eines Rechtssystems, die größtenteils nicht aus einem internen und ursprünglichen Prozess hervorgingen.¹⁶ Damit überwiegt bei einem *legal transplant* der Einflussfaktor der fremden Rechtsordnung die eigenständige Entwicklung.¹⁷ Bei bloßen Rechtsbeeinflussungen ist der externe Einfluss geringer.¹⁸ Jedoch basieren neue Normen grundsätzlich auf Vorüberlegungen anderer Rechtsetzer.¹⁹ Daher kann man davon ausgehen, dass die Menge an originärem Recht sehr gering ist.²⁰ Aber dennoch darf nicht der Schluss gezogen werden, dass die Menge aller anderen Normen *legal transplants* darstellt.²¹ Denn nur weil eine Norm nicht originär ist, kann sie trotzdem das bloße Ergebnis von allgemeiner Rechtsbeeinflussung sein.²²

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass *legal transplants*, Rechtsbeeinflussung und originäres Recht nicht klar voneinander abzugrenzen sind²³; vielmehr sind die Übergänge von *legal transplants* über Rechtsbeeinflussung zu originärem Recht fließend²⁴.

2. Gegenstand von *legal transplants*

Parallel zu einer Organtransplantation muss zwangsläufig als nächstes geklärt werden, welche Organe - also welche Gegenstände - einer Transplantation zugänglich sind. Einigkeit besteht darüber, dass Normen,

¹⁰ So auch *Nelken* (Fn. 2), S. 18; *Teubner* (Fn. 2), 12. Letzterer stellt auch klar, dass das Wort Transplantat ein falsches Verständnis hervorrufen würde, da das transferierte Material seine Identität nicht erhalten könne und immer eine neue Funktion im neuen System übernehme.

¹¹ *Otto Kahn-Freund*, „On Uses and Misuses of Comparative Law“, *Mod. L. Rev.* 37 (1974), 1 (6).

¹² Mit der Begrifflichkeit *legal transplants* ist eine der kontroversesten Debatten der Rechtsvergleichung verbunden, so auch *Kviatek, Beata*, *Explaining Legal Transplants* (2015), S. 80.

¹³ Soweit kein Hinweis erfolgt, werden die Begriffe Rechtssystem und Rechtsordnung synonym verwendet.

¹⁴ *Lohse* (Fn. 1), S. 98.

¹⁵ Innovativ meint hier die Schaffung von etwas gänzlich Neuem. Dennoch wäre es falsch, wenn man originär und *legal transplant* als absolute Gegenteile versteht.

¹⁶ *Lohse* (Fn. 1), S. 99.

¹⁷ *Lohse* (Fn. 1), S. 99.

¹⁸ *Lohse* (Fn. 1), S. 99.

¹⁹ *Christian Kirchner/David Ehmke*, in: *Kollmorgen, Raj/Merkel, Wolfgang/Wagener, Hans-Jürgen* (Hg.) *Handbuch der Transformationsforschung* (2015), S. 455 (460); so wohl auch *Esin Örücü*, *Law as Transposition, The International and Comparative Law Quarterly (Int'l & Comp. L.Q.)* 51 (2002), 205 (221).

²⁰ *Sacco* postuliert sogar, dass nur eine von Tausend

Normen eine echte Innovation ist, siehe *Rodolfo Sacco*, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law Installment II*, *AM. J. Comp. L.*, 343 (398).

²¹ Eine Norm, die eingeführt wird und einer Norm aus einer anderen Rechtsordnung gleicht, kann auch die Folge davon sein, dass beispielsweise ein globales Phänomen überall gleiche Wirkungen entfaltet. Daraufhin greifen die verschiedenen Rechtsetzer zu gleichen Ansätzen. *Stein* führt für die These das Beispiel der Weltwirtschaftskrise von 1929 auf. Infolge der Krise führten die USA und Belgien unabhängig voneinander gleiche Institutionen ein, die den Kapitalmarkt stabilisieren sollten. Siehe *Eric Stein*, *Uses, Misuses - And Nonuses of Comparative Law*, *Northwestern University Law Review* 72 (1977), 198 (206 f.).

²² Diese indirekten Folgen fängt der Begriff *cross-fertilization* ein, indem er das Phänomen beschreibt, dass ein externer Impuls eine neuartige Entwicklung in einer Rechtsordnung auslöst. Die Rechtsetzer dieser Rechtsordnung übernehmen in dieser Konstellation aber keine Norm, sondern werden bloß beeinflusst.

²³ In eine ähnliche Richtung *Lohse* (Fn. 1), S. 99; dem zustimmend *Örücü* (Fn. 19), 221.

²⁴ *Michele Graziadei*, in: *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2006), S. 441 (444, 474).

rechtliche Institutionen und Kodifikationen den Gegenstand eines *legal transplant* darstellen können.²⁵ Zudem ist es nicht notwendig, dass die Quelle, aus der die Norm übernommen wird, ihrerseits bindenden Charakter hat.²⁶ Unklar ist hingegen, ob die Anwendung einer fremden Rechtsidee durch ein Gericht ein *legal transplant* darstellt²⁷ oder unter die rechtsvergleichende Auslegung²⁸ zu subsumieren wäre. Dahinter steht die Frage, ob ein generelles Prinzip in die Rechtsordnung übernommen wird oder ob nur ein einzelner Fall entschieden wird.²⁹ Ein *legal transplant* liegt grundsätzlich nur vor, wenn das legitimierte Rechtssetzungsorgan die Übernahme „beschließt“.³⁰ Daher ist prinzipiell zwischen Gerichten des *common law* Rechtskontextes und denen des kontinentalen Rechtskontextes zu differenzieren.³¹ In *common law* Staaten wirken die Höchstgerichte als Rechtssetzungsorgane.³² Die Höchstgerichte setzen durch Präzedenzfälle in Verbindung mit der Doktrin der *stare decises* (eng., Bindungswirkung von Präjudizien) Recht.³³ Somit stellen Entscheidungen dieser Gerichte, welche fremde Rechtsinstitute übernehmen, *legal transplants* dar.³⁴ Hingegen sind Höchstgerichte kontinentaler Rechtsordnungen (mehrheitlich) keine formellen Rechtssetzungsorgane.³⁵ Trotzdem geht von ihren Entscheidungen faktisch eine Bindungswirkung aus, welche die Rechtsordnung nachhaltig modifiziert.³⁶ Beispielhaft für die faktische Bindungswirkung ist die herausragende Bedeutung der Rechtsprechung des BVerfG für die Reichweite der Grundrechte. Die Interpretationen des BVerfG weisen den Grundrechten häufig erst ihre eigentliche Bedeutung zu.

Ein *legal transplant* liegt also auch vor, wenn ein Gericht in seiner Entscheidung eine fremde Institution/Rechtsnorm übernimmt, sofern dieses Gericht formell ein Rechtssetzungsorgan ist oder faktisch die bestehende Rechtsordnung durch seine Bindungswirkung ändern kann.

3. Arbeitsbegriff

Aus den bisherigen Ausführungen lässt sich nun eine Definition bilden, die dem Verständnis dieser Abhandlung zugrunde liegt. Ein *legal transplant* ist jede rechtliche Idee einer Rechtsordnung, die im Wesentlichen aus einer anderen Rechtsordnung/Rechtsquelle stammt und durch den Rechtsetzer Eingang in die Rechtsordnung fand.³⁷

Darüber hinaus betrifft der Begriff *legal transplants* auch den Übernahmeprozess, der auf den Transplantationsakt folgt. Dieser Prozess wird vertieft in B. II., III. untersucht und bleibt bis dahin - soweit wie möglich - ausgeklammert.

Um ein stringentes Verständnis zu gewährleisten, werden grundsätzlich nur die Begriffe *legal transplant*, Rechtsübernahme, Rechtsübertragung und Rechts-transplantat verwendet. Zudem werden die Begriffe synonym genutzt.

B. Entwicklungsfaktoren eines *legal transplant*

Nachdem das Phänomen nun abstrakt greifbar ist, werden nun die wichtigsten Faktoren, die *legal transplants* beeinflussen können, herausgearbeitet.³⁸

²⁵ So Lohse (Fn. 1), S. 104; Mathias Siems, Malicious Legal Transplants, Legal Studies 38 (2018), S. 4 (diese Zählung basiert auf dem vorabveröffentlichten Manuskript und nicht auf der Zählweise in der Zeitschrift); mit vielen Beispielen Watson (Fn. 1), S. 22 ff.; Öricü (Fn. 19), 215 ff.

²⁶ Mathias Siems, in: Maurice Adams/Dirk Heirbaut (Hg.), The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke, S. 133 (144); Edward M. Wise, The Transplant of Legal Patterns, AM. J. COM. L. 38 (Supplement 1990), 1 (6).

²⁷ Perju (Fn. 1), passim; Attila Vincze, Ist die Rechtsübernahme gefährlich?, ZöR 73 (2018), passim.

²⁸ Einführend dazu Peter Madjarov, Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode, Greifrecht 16 (2013), passim.

²⁹ So auch indirekt Lohse (Fn. 1), S. 107.

³⁰ Dieser Grundsatz soll nur verdeutlichen, dass es eines rechtsetzenden Aktes bedarf. Dies soll nicht die Bedeutung des nachfolgenden Transplantationsprozesses schmälern, so Helmut Heiss, in: ders. (Hg.), Zivilrechtsreform im Baltikum (2006), S. 137 (141 f.); Watson (Fn. 1), S. 108.

³¹ Lohse (Fn. 1), S. 107.

³² Lohse (Fn. 1), S. 107.

³³ Lohse (Fn. 1), S. 107. Wobei anzumerken ist, dass im *common law* Rechtskontext auch unter dem *supreme court* stehende Gerichte Bindungswirkung entfalten können. Diese Entscheidungen der unteren Gerichte binden dann aber nur das Gericht selbst und in der Gerichtshierarchie darunter stehende Gerichte.

³⁴ Lohse (Fn. 1), S. 107.

³⁵ Lohse (Fn. 1), S. 108; wobei auch hier Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen.

³⁶ Ein aktuelles Beispiel für die Rechtstransplantation durch Höchstgerichte stellt die Aufnahme des Prinzips der Verfassungsidentität dar, welches das BVerfG entwickelt hat und durch Rechtsprechung der Höchstgerichte vom Vereinigten Königreich, Tschechien und Ungarn Eingang in die Rechtsordnung dieser Staaten fand. Siehe dazu Vincze (Fn. 27), 194 (197 ff.).

³⁷ Diese Definition beruht in Teilen auf Lohse (Fn. 1), S. 109.

³⁸ Eine sehr gute Übersicht aller Faktoren findet sich bei Kviatsek (Fn. 12), S. 111 ff.

I. Voraussetzungen von *legal transplants*

1. Möglichkeit der Rechtsübernahme?

Dieser Beitrag stand bisher unter der Prämisse, dass Rechtsübernahmen möglich sind. Aber ist diese Annahme überhaupt begründet? Bevor man die Voraussetzungen von *legal transplants* untersucht, ist zuerst diese Grundsatzfrage zu beantworten.

Watson geht davon aus, dass Rechtsübernahmen - gesellschaftlich gesehen - „einfach“ wären³⁹ und *Legrand*⁴⁰ widerspricht diametral, indem er behauptet, dass Rechtsübernahmen unmöglich seien⁴¹. Zugespielt formuliert ist entweder jede rechtliche Idee transplantierbar oder Rechtstransplantationen sind generell unmöglich.

a) Generelle Unmöglichkeit der Rechtsübernahme?

Legrand stellt im Ausgangspunkt fest, dass das Recht untrennbar mit der Gesellschaft verbunden ist.⁴² Denn Recht - insbesondere die Normen einer Rechtsordnung⁴³ - sei unmittelbar mit der Kultur der Gesellschaft verknüpft, in der das Recht wirke.⁴⁴ Die Norm erfahre ihre Bedeutung erst durch die Interpretation. Diese Norminterpretation hängt wiederum von der sie umgebenden Rechtskultur ab.⁴⁵ Die einzelnen Faktoren, die dieses rechtskulturstiftende Vorverständnis ausbilden, seien wiederum nicht greifbar und nicht bestimmbar.⁴⁶ Kurzum, man wisse als interpretierendes Individuum nicht, warum man in einer bestimmten Weise interpretiert. Die spezifische Norminterpretation wäre daher die Folge eines intersubjektiven Phä-

nomens, welches exklusiv innerhalb einer Gesellschaft besteht.⁴⁷ Und deshalb sei eine Rechtstransplantation unmöglich, denn die notwendige Interpretation und die damit verbundene Bedeutung der Norm könne nicht übertragen werden.⁴⁸

Schon der Ausgangspunkt überzeugt nicht, weil es nicht *eine* (Rechts-)Kultur gibt, die untrennbar mit „ihrem“ Recht verbunden ist, da (Rechts-)Kulturen stetiger Veränderung unterliegen.⁴⁹ Eine (Rechts-)Kultur ist nie „rein“, sondern stellt eine Vermischung von Werten, Gedanken und Einflüssen aus verschiedensten Sphären dar.⁵⁰ In der Regel stehen (Rechts-)Kulturen im ständigen Kontakt mit anderen (Rechts-)Kulturen.⁵¹ Daher befruchten sich diese gegenseitig. Somit sind (Rechts-)Kulturen wohl nie so verschieden, wie *Legrand* es beschreibt.⁵² Und wenn bestimmte (Rechts-)Kulturen verschieden sind, dann folgt daraus, dass *legal transplants* Anpassungsvorgänge auslösen.⁵³ Ein praktisches - und übertragbares - Beispiel aus dem Bereich der Linguistik zeigt auf, dass *Legrands* Kulturverständnis wenig mit der Realität gemein hat. Würde man *Legrands* Kritik auf die Übersetzung von literarischen Werken anwenden, dann wäre die Lektüre übersetzter Werke sinnlos, weil man eben nicht den Sinn hinter den Worten verstehen könnte.⁵⁴

b) Recht und Gesellschaft

Ist die Rechtsübernahme dann also „einfach“, insbesondere weil keine funktionale Beziehung zwischen Recht und Gesellschaft besteht? Dann wäre der Einfluss, den die Gesellschaft auf ein *legal transplant* ausübt, gering. Diese Auffassung vertritt *Watson*⁵⁵ und

³⁹ *Watson* (Fn. 1), passim, insb. S. 95.

⁴⁰ *Legrand* ist der wohl bedeutendste Kritiker *Watsons* und Vertreter einer postmodernen Strömung, welche Rechtsvereinheitlichung und Systematisierung von Recht kritisch gegenübersteht und die Verschiedenheit von Recht und Rechtskultur betont. Siehe erklärend dazu *Uwe Kischel*, *Rechtsvergleichung* (2015), S. 104 ff.

⁴¹ *Pierre Legrand*, in: *David Nelken/Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures* (2001), S. 55 (57).

⁴² Exemplarisch *Legrand* (Fn. 41), S. 59.

⁴³ Kritik an der positivistischen und formalistischen Herangehensweise *Watsons*, *Legrand* (Fn. 41), S. 55, 65.

⁴⁴ *Legrand* (Fn. 41), S. 57 ff.

⁴⁵ *Legrand* (Fn. 41), S. 57 ff. Rechtskultur beschreibt, wie Juristen mit Recht umgehen und was Juristen sich unter Recht vorstellen. Eine vertiefende Auseinandersetzung aus juristischer Perspektive bieten *Kischel* (Fn. 40), S. 230 ff. und *Lohse* (Fn. 1), S. 132 ff.

⁴⁶ Dieses Vorverständnis entstehe durch die professionelle Sozialisierung, *Legrand* (Fn. 41), S. 58.

⁴⁷ *Legrand* (Fn. 41), S. 59.

⁴⁸ *Legrand* (Fn. 41), S. 60.

⁴⁹ *George Galindo*, in: *Thomas Duve* (Hg.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (2014), 129 (131); *Andrew Harding* in: *David Nelken/Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures* (2001), S. 199 (219); *Lohse* (Fn. 1), S. 114; *Perju* (Fn. 1), S. 1323.

⁵⁰ *Gianmaria Ajani*, in: *A. Bakardjieva Engelbrekt/Joakim Nergelius* (Hg.), *New directions in comparative law*, S. 3 (10); *Graziadei* (Fn. 24), S. 469.

⁵¹ *Graziadei* (Fn. 24), S. 470; *Wise* (Fn. 26), 16.

⁵² *Graziadei* (Fn. 24), S. 470.

⁵³ *Lohse* (Fn. 1), S. 114.

⁵⁴ Zwar würde die Übersetzung nicht einen vollständigen Transfer des fremden Kulturverständnisses bieten können, aber die Übersetzung wird der in Herkunftskultur ursprünglichen Bedeutung nahekommen, so *Heiss* (Fn. 30), S. 140.

⁵⁵ *Watson* (Fn. 1), S. 95. Der Rechtshistoriker *Watson* hat in seinem Werk einen eigenen Ansatz der Rechtsvergleichung geprägt und begreift Rechtsvergleichung historisch.

begründet die *Dysfunktionalität des Rechts* zur Gesellschaft zum einen damit, dass die meisten Normen die Individuen einer Gesellschaft wenig beeinflussen würden⁵⁶. Zum anderen sei einem Rechtsunterworfenen der konkrete Norminhalt weniger wichtig als der Umstand, dass es überhaupt eine Norm gebe, die sein Leben regle.⁵⁷ Mit anderen Worten könne der Rechtsetzer „einfach“ fremdes Recht in die Rechtsordnung inkorporieren, wenn er das Recht verändern möchte.⁵⁸

Das folgende Beispiel demonstriert, dass die (heutigen) gesellschaftlichen⁵⁹ Gegebenheiten von *Watsons* Verständnis abweichen.⁶⁰ So kennt wohl kaum ein Deutscher die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Ehe. Dennoch würde die Gesellschaft die Einführung der Vielehe nach dem Vorbild der saudi-arabischen oder indonesischen Rechtsordnung nicht akzeptieren, weil es dem Wertesystem der Mehrheit der deutschen Gesellschaft widerspräche. Zudem kann die rechtliche Elite⁶¹ höchstens theoretisch unabhängig von anderen Akteuren „einfach“ Recht setzen, weil praktisch in einer globalisierten Welt z.B. der Internationale Währungsfonds (IWF), transnationale Unternehmen und viele weitere Akteure Einfluss auf die Rechtsetzung nehmen.⁶² Außerdem übt die Bevölkerung - zumindest in demokratischen Staaten - einen

nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Rechtsetzung aus. Des Weiteren stellen neue gesellschaftliche Bedürfnisse ein Rechtssystem vor neue Herausforderungen.⁶³ Ein Rechtssystem wird daher „von Natur aus gezwungen“, sich an diese aufkommende Situation anzupassen, um zu „überleben“.⁶⁴ Also müssten die Normen eines Rechtssystems grundsätzlich funktional zu den Bedürfnissen der Gesellschaft stehen. Ferner fällt auf, dass *Watson* in seinen Untersuchungen den Fokus auf den Zeitpunkt der Transplantation legt und der Entwicklung eines *legal transplant* wenig Beachtung schenkt.⁶⁵ Diese Herangehensweise unterschlägt eine Reihe der Probleme, die erst im Transplantationsprozess entstehen (B. II. u. III.).

Aus der Gesamtschau dieser Argumente wird klar, dass *legal transplants* - gesellschaftlich gesehen - nicht „einfach“ durchzuführen sind. Die Gesellschaft spielt eine prägende Rolle⁶⁶ (B. III. 2. b.). *Legrands* Kritik ist also insoweit gerechtfertigt, als dass rechtliche Ideen aus diesem Grund nicht „einfach“ kopiert werden können.⁶⁷ Daraus ist allerdings nicht zu schlussfolgern, dass *legal transplants* unmöglich sind.⁶⁸ Denn eine Rechtsübernahme setzt nicht voraus, dass in der Herkunfts- und Zielrechtsordnung die rechtliche Idee identisch angewendet bzw. die Norm

Beispielhaft zeigt eine Passage auf S. 74 auf, dass *Watson* wohl nicht an den aktuellen Gegebenheiten und Einflüssen interessiert war und den Fokus auf die geschichtliche Entwicklung legte. Rechtsvergleichende Arbeit sollte nahezu ausschließlich den Fokus darauflegen, die Übertragung von Rechtsregeln in der Vergangenheit zu erforschen.

⁵⁶ *Watson* (Fn. 1), S. 90.

⁵⁷ *Watson* (Fn. 1), S. 90. Im Nachwort zur zweiten Auflage auf S. 112 mildert *Watson* die Aussage dahingehend, dass komplette ungeeignete Regeln wohl nicht akzeptiert werden würde.

⁵⁸ *Roger Cotterrell*, in: *David Nelken/Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures* (2001), S. 71 (78).

⁵⁹ *Watson* misst nämlich der demokratischen Rückkoppelung eine zu geringe Bedeutung bei. Anmerkung:

Gesellschaftlich und sozial werden synonym verwendet.

⁶⁰ Es fällt auf, dass *Watson* vor allem historische Beispiele wählt und er nur zivilrechtliche Beispiele untersucht, kritisch zu letzterem *William B. Ewald*, *The American Revolution and the Evolution of Law*, AM. J. COM. L. 42 (Suppl. 1994), passim, insb. 1 (14). Insbesondere stellen die meisten Beispiele solche *legal transplants* dar, bei denen große Rezeptionen stattfanden. Insbesondere darf die Rezeption des römischen Rechts, aus der viele von *Watsons* Beispielen stammen, nicht exemplarisch für die Einfachheit der Rechtsübernahmen stehen. Denn dieser Prozess dauerte mehrere Jahrhunderte. Das römische Recht ist als System zusammengewachsen und stand nicht mehr in einer

Verbindung mit dem ursprünglichen Rechtsetzer. Es war nicht mehr in sein ursprüngliches gesellschaftliches Umfeld eingebettet, *Stein* (Fn. 21), 204. Auch *Nelken* (Fn. 2), S. 30 merkt an, dass das Studium der *legal transplants* ständig an neue Gegebenheiten anzupassen sei. Daraus ließe sich ableiten, dass die vielen historischen Beispiele *Watsons* hilfreiche Fallstudien sind, aber möglicherweise wenig Aussagekraft hinsichtlich neuer Entwicklungen der *legal transplants* haben.

⁶¹ Nach *Watsons* Auffassung entscheidet die rechtliche Elite, also eine geringe Zahl an Juristen, über die Rechtsetzung. So interpretiert auch *Wise Watson*, siehe *Wise* (Fn. 26), 3 f. *Kahn-Freund* widerspricht *Watsons* These von der starken rechtlichen Elite und stellt klar, dass moderne Demokratien plural seien und viele Interessengruppen einen Konsens finden müssten, siehe *Stein* (Fn. 21), 204, der beide Ansicht vergleicht.

⁶² *Cotterrell* (Fn. 58), S. 86 f.

⁶³ *Lawrence Friedman*, in: *David Nelken/Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures* (2001), S. 93 (95).

⁶⁴ *Friedman* (Fn. 63), 96.

⁶⁵ *Watson* (Fn. 1), passim.

⁶⁶ *Graziadei* (Fn. 24), S. 468 ff.

⁶⁷ *Graziadei* (Fn. 24), S. 468 f.; so auch *Ivan Sammut*, *Legal Engineering at the services of European Private Law*, *International Journal of International Law* 1 (2014), 2394 (2418).

⁶⁸ *Graziadei* (Fn. 24), S. 468 f.; *Lohse* (Fn. 1), S. 114.

identisch ausgelegt wird.⁶⁹ Abschließend ist zu konstatieren, dass *legal transplants* generell möglich sind.

2. Übertragungsresistente⁷⁰ und übertragungsfreundliche Rechtsinstitute/Rechtsgebiete

Aber sind bestimmte Rechtsgebiete übertragungsresistenter? Im Folgenden wird analysiert, ob Rechtsübernahmen schwierig bis nahezu unmöglich sind, wenn die zu übertragende Norm bzw. Institution zu einem bestimmten Rechtsgebiet gehört.

a) Von mechanischen *legal transplants* zu organischen *legal transplants*

Nach *Kahn-Freund*⁷¹ befindet sich jedes *legal transplant* innerhalb eines Kontinuums, welches von „mechanischen“ *legal transplants* bis zu „organischen“ *legal transplants* reicht.⁷² Mechanisch bedeutet in diesem Kontext, dass diese Rechtsübernahmen problemlos möglich wären.⁷³ Organisch meint hingegen, dass große Komplikationen zu erwarten wären und solche Rechtsübernahmen beinahe unmöglich sein können.⁷⁴ Metaphorisch gesprochen würde es sich also um Teile einer Rechtsordnung handeln, die mit der Bedeutung des Herzens für den menschlichen Körper vergleichbar wären.

Aber wann ist ein Rechtsinstitut in dieser Weise mit seiner Rechtsordnung verbunden? *Kahn-Freund* sieht jene Normen und Rechtsinstitutionen als organisch an, welche stark in die politische Struktur einer Rechtsordnung eingebettet sind.⁷⁵ Die politische Struktur eines Staates gibt eine bestimmte Verteilung von Macht vor⁷⁶, sodass bestimmte Akteure⁷⁷ mehr

oder weniger politische Macht haben. Diese Verteilung unterscheidet sich in jedem Staat.⁷⁸ Wenn eine Institution oder Norm stark zu einer „politischen Einheit“ bzw. einer politischen Gegebenheit rückgekoppelt ist, die es in der Zielrechtsordnung nicht gibt oder dort schwächer ausgeprägt ist, dann könne eine erfolgreiche Rechtsübertragung nahezu unmöglich sein.⁷⁹

b) Verfassungsrecht

Daher könnte man vermuten, dass Ideen und Institutionen des Verfassungsrechts⁸⁰ im Vergleich zu anderen Normen übertragungsresistenter sind.⁸¹ Die Vermutung beruht auf der Annahme, dass Verfassungsrecht stärker politisiert ist, indem dessen Normen die Macht in einem politischen System verteilen.⁸² Beispielsweise scheiterte Anfang des 20. Jahrhunderts der Versuch, eine parlamentarische Demokratie nach dem Vorbild des Vereinigten Königreichs in Deutschland zu installieren. Erstmals sollte die Regierung nur vom Vertrauen des Parlaments abhängen.⁸³ Das Scheitern dieser Art von Parlamentsdemokratie wird unter anderem darauf zurückgeführt, dass das Vereinigte Königreich Eigenarten aufweist, die sich im Verlauf seiner Geschichte herausbildeten.⁸⁴ Das britische Verfassungsrecht wird durch den herausragenden Grundsatz der *supremacy of parliament* (engl., Prinzip der Vorranghaft/Oberhoheit des Parlaments) geprägt, welcher im Prinzip die einzige Regel des britischen Verfassungsrechts ist, welche mit Verfassungsrang im modernen Sinne ausgestattet ist.⁸⁵ Und nicht zu unterschätzen ist auch der stabilisierende Effekt, den das Mehrheitswahlrecht hat. Diese nicht abschließend aufgezählten Besonderheiten⁸⁶ führen dazu, dass dieses

⁶⁹ Im Ergebnis so auch *Graziadei* (Fn. 24), S. 468 f.; vgl. supra die Definition A. II. 2.

⁷⁰ Übertragungsresistent bedeutet, dass die Resistenz eher von der Norm selbst oder den Eigenschaften der Herkunftsrechtsordnung ausgeht. Übernahmeresistent bedeutet, dass die Resistenz eher von den Eigenschaften der Zielrechtsordnung ausgeht.

⁷¹ *Kahn-Freund*s Ansatz ist stark durch die damalige politische Dichotomie zwischen dem liberalen, kapitalistischen System und dem kommunistischen System geprägt, siehe anmerkend dazu Teubner (Fn. 2), 22.

⁷² *Kahn-Freund*, (Fn. 11), passim, insb. 5 ff.

⁷³ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 5 ff.

⁷⁴ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 5 ff.

⁷⁵ Wobei *Kahn-Freund* grundsätzlich eher die Industriestaaten betrachtet und seine Aussagen wohl weniger für alle anderen Staaten gelten soll.

⁷⁶ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 12.

⁷⁷ Akteure meint hier formelle Institutionen wie das Parlament oder Gerichte, aber auch Gewerkschaften, Wirtschaftsvertreter, Religionsvertreter, Verbraucherorgan-

isationen, Umweltschutzorganisationen etc.

⁷⁸ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 12.

⁷⁹ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 12, 17.

⁸⁰ Das Verfassungsrecht soll als Kern des öffentlichen Rechts exemplarisch für das öffentliche Recht stehen. Im Kontext der verfassungsrechtlichen *legal transplants* werden vielfach andere Begriffe gewählt, insbesondere nutzen die Autoren vermehrt den Begriff *constitutional borrowing*. Siehe dazu, *Perju* (Fn. 1), S. 1306 f. m.w.N.

⁸¹ So *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 17. Der diese Vermutung inzident aufstellt, indem er die Normen als organisch beschreibt, welche typische Funktionen des Verfassungsrechts haben.

⁸² *Perju* (Fn. 1), S. 1305 m.w.N.

⁸³ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 17.

⁸⁴ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 17 m.w.N.; *Kischel* (Fn. 40), S. 369.

⁸⁵ Dazu vertiefend, *Kischel* (Fn. 40), S. 369 ff.

⁸⁶ Eine weitere Besonderheit wäre die *constitutional conventions* (eng., Verfassungskonventionen), dazu vertiefend, *Kischel* (Fn. 40), S. 369 f.

spezielle Parlamentssystem seit Jahrhunderten im Grundsatz stabil ist. Nebst anderen Gründen ist das Fehlen dieser Eigenarten des britischen Verfassungssystems in der Weimarer Republik dafür mitverantwortlich, dass die beleuchtete Rechtstransplantation fehlschlug.

Eine Rechtsübernahme aus der jüngeren Vergangenheit, die trotz unterschiedlicher Verfassungsgeschichte und politischen Bedingungen stattfand, könnte jedoch gegen die Übernahmeresistenz von Ideen des Verfassungsrechts sprechen.⁸⁷ Sowohl Ungarns Verfassungsgericht als auch der *supreme court* des Vereinigten Königreichs übernahm den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kontrollvorbehalt der Verfassungsidentität.⁸⁸ Diese Übernahme überrascht deshalb, weil im verfassungsrechtlichen und politischen System der beiden Staaten die Rechtsfigur der Verfassungsidentität nicht existierte.⁸⁹ Die beiden Gerichte setzten diese übernommene Idee ein, um den Anwendungsvorrang des Unionsrecht zu begrenzen. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Rechtsübernahme entwickeln wird.

Ist die aufgestellte Vermutung damit widerlegt? Die Vermutung - dass verfassungsrechtliche Normen deutlich schwerer übertragbar sind - basiert vor allem darauf, dass Verfassungsnormen mittelbar auf die gesamte Rechtsordnung einwirken, deshalb enger mit der Herkunftsrechtsordnung verbunden wären und so stärker vom politischen Kontext abhängen.⁹⁰ Dieses Argument lässt aber unberücksichtigt, dass es stark davon abhängt, welche Rechtsordnung man betrachtet.⁹¹ So nimmt beispielsweise die „starke“ Verfassung der Vereinigten Staaten eine besondere Rolle ein, indem sie kontinuierlich wirkt, weil es sehr schwer ist, diese Verfassung zu ändern.⁹² Andere Verfassungen sind demgegenüber „schwächer“, haben eine deutlich geringere Halbwertszeit und sind demnach nicht besonders stark in den politischen Kontext eingebettet.⁹³

Beispielsweise ist die französische Verfassungsgeschichte durch eine unüberschaubare Anzahl von Verfassungen gekennzeichnet. Daher entwickelte sich der *Code Civil* zu einer Art „Ersatzverfassung“ hinsichtlich der Beständigkeit und der Auswirkungen auf die gesamte Rechtsordnung.⁹⁴

Trotz der Besonderheiten einzelner Verfassungen ist aber festzuhalten, dass verfassungsrechtliche Normen und Ideen typischerweise die Besonderheit aufweisen, stark in den unikalenen politischen Gesamtkontext eingebettet zu sein. Daher ist der obigen Vermutung grundsätzlich zuzustimmen. Normen und Institutionen des Verfassungsrechts sind in der Tendenz schwieriger zu übertragen. Jedoch gilt es immer die Umstände der jeweiligen Herkunftsrechtsordnung zu beachten. Des Weiteren ist auch erheblich, ob eine ganze verfassungsrechtliche Idee, wie die Idee der Parlamentsdemokratie, oder nur eine einzelne Regel, wie der Kontrollvorbehalt aufgrund des Verstoßes gegen die Verfassungsidentität, übertragen werden soll.

c) Familienrecht

So wie das Verfassungsrecht ist auch das Familienrecht eng mit der jeweiligen Gesellschaft verknüpft. Insbesondere prägen Moralvorstellungen und Religion dieses Rechtsgebiet.⁹⁵ Deshalb liegt es auf den ersten Blick nahe, zu vermuten, dass das Familienrecht übernahmeresistent sei.⁹⁶ Die Entwicklungen im Scheidungsrecht in nahezu allen Industriestaaten im 20. Jahrhundert widerlegen diese Vermutung. Insbesondere entfielen die strengen (religiös geprägten) Voraussetzungen für die Scheidung und wurden durch „lebenspraktische“ Voraussetzungen nach neuseeländischem Vorbild ersetzt.⁹⁷ Infolge von *legal transplants* passten sich die scheidungsrechtlichen Normen der verschiedenen Rechtsordnungen an.⁹⁸

Doch sind diese Feststellungen zur Übernahmeresistenz auch auf Entwicklungsländer und Schwellenländer übertragbar, in denen der Einfluss der Religion

⁸⁷ Es sagt noch nichts darüber aus, ob die Übernahme wünschenswert war, *Vincze* (Fn. 27), passim, insb. 206 ff.

⁸⁸ Vertiefend dazu *Vincze* (Fn. 27), passim. Die in Art. 79 Abs. 3 GG auf ewig garantierten Institutionen stellen eine Besonderheit der deutschen Rechtsordnung dar. Und zur Bedeutung der Höchstgerichte, siehe A. II. 2.

⁸⁹ *Vincze* (Fn. 27), 197 ff.

⁹⁰ *Carlos F. Rosenkrantz*, Against Borrowing and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law, *International Journal of Constitutional Law* (Int. J. Const. L.) 1 (2003), 269 (284).

⁹¹ *Perju* (Fn. 1), S. 1312.

⁹² *Perju* (Fn. 1), S. 1312.

⁹³ *Perju* (Fn. 1), S. 1312. Beispielhaft sind die Verfassungen der lateinamerikanischen Staaten im 20. Jhd.

⁹⁴ *Perju* (Fn. 1), S. 1312.

⁹⁵ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 13.

⁹⁶ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 13.

⁹⁷ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 14 f.

⁹⁸ *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 14 f. Interessanterweise übernahmen Italien und Irland diese Normen erst deutlich später, siehe *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 15 f. Dies ist auf die spezifischen Machtstrukturen zurückzuführen. In beiden Staaten war im Vergleich zu den anderen Staaten der Einfluss der katholischen Kirche enorm.

tendenziell stärker ausgeprägt ist? Exemplarisch könnte man dafür die übernahmefreundlichen Entwicklungen im Familienrecht in den Staaten Südostasiens heranziehen. Ein monogames Ehesystem ersetzte das vorherrschende polygame Ehesystem.⁹⁹ Das Familienrecht dieser Staaten „übernahm“¹⁰⁰ Normen und Institutionen europäischer Rechtsordnungen.¹⁰¹ Diese Übernahme war allerdings das Ergebnis eines langen Transplantationsprozesses, da die Staaten die Normen erst nicht übernommen haben, sondern die Kolonialmächte die Rechtsordnungen änderten. Aber die ehemals kolonisierten Staaten übernahmen i.d.S., als dass sie sich aktiv dafür entschieden, die Normen zu erhalten.

Somit ist die aufgestellte Vermutung insoweit widerlegt, als dass Familienrecht gerade nicht per se übernahmeresistent ist. Jedoch zeigt insbesondere das Beispiel über die südostasiatischen Rechtsordnungen, dass Rechtsübernahmen im Familienrecht einen langen Transplantationsprozess durchlaufen und daher das Familienrecht auch nicht als übernahmefreundlich anzusehen ist.

d) Prozessrecht

Ausgehend von *Kahn-Freunds* Kontinuum könnte man vermuten, dass das Prozessrecht als technisches Recht tendenziell zu den mechanischen *legal transplants* gehört. Allerdings verteilt das Prozessrecht Macht innerhalb der täglichen Rechtspraxis.¹⁰² Denn je nachdem, wie das Prozessrecht ausgestaltet ist, üben innerhalb eines Prozesses verschiedene Akteure unterschiedlich viel Macht aus. Beispielsweise beeinflusst die Anzahl der vertretenen Praktiker den Ausgang eines Verfahrens. Man könnte sagen, dass es beim Prozessrecht - zwar auf kleinerer Ebene, aber immerhin - um die „Verfasstheit“ des Prozesses geht.¹⁰³ Daher sind Ähnlichkeiten zur Betrachtung des Verfassungsrechts erkennbar. Zudem spiegelt das Prozessrecht eine Gewohnheit bzw. eine Mentalität wider¹⁰⁴ und betrifft den Rechtsanwender in seiner täglichen Routine.¹⁰⁵ Veränderungen im Prozessrecht greifen also

ganz grundsätzlich in den Alltag der Rechtsanwender ein. So war z.B. eine Übertragung der beherrschenden Rolle, die ein Richter im deutschen Zivilprozess übernimmt, in das britische Recht zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber nur bruchstückhaft möglich.¹⁰⁶

Somit ist das Prozessrecht tendenziell dem organischen Ende des Kontinuums zuzuordnen.

e) Schlussfolgerungen

Die Zugehörigkeit einer Norm zu einem Rechtsgebiet stellt kein zwingendes Transplantationshindernis dar. Jedoch ergab die stichprobenartige Betrachtung, dass *legal transplants* aus bestimmten Rechtsgebieten weniger empfehlenswert sein können, als in anderen Rechtsgebieten.¹⁰⁷ Die Untersuchungen der ausgewählten Rechtsgebiete und Rechtsinstitute zeigen, dass jedes Rechtsgebiet Besonderheiten hinsichtlich der Transplantation von Normen aufweist.¹⁰⁸ Die Zugehörigkeit einer zu übertragenden Norm oder Institution zu einem Rechtsgebiet kann folglich ein erster Indikator dafür sein, wie schwer die Norm bzw. Institution zu übertragen ist.

3. Ähnlichkeit der Herkunfts- und Zielrechtsordnung

Nachdem die bisherigen Ergebnisse der Untersuchung darauf hinweisen, dass ein *legal transplant* keinen strikten Bedingungen unterliegt, wird folgend der Einfluss der Ähnlichkeit der Rechtsordnungen zueinander analysiert. Möglicherweise konstituiert die Ähnlichkeit der Rechtsordnungen eine zwingende Voraussetzung.

Zunächst ist festzustellen, dass bei Rechtstransplantationen häufig die Herkunfts- und Zielrechtsordnung einander ähnlich sind. Beispielhaft steht dafür der Austausch rechtlicher Ideen in den *commonwealth*-Staaten.¹⁰⁹ Dieser Umstand ist aber vielmehr die Folge praktischer Erwägungen¹¹⁰ und gerade keine strikte Voraussetzung für ein *legal transplant*.¹¹¹ So kann es insbesondere bei Transformationsprozessen naheliegen, Recht aus einem völlig anderen System zu

⁹⁹ *Harding* (Fn. 49), S. 211, 219. Dieses Beispiel exemplifiziert in extremem Maße, dass *Legrans* falsch liegt, indem er behauptet, dass *legal transplants* mit Sicherheit scheitern, wenn die Kulturen sehr verschieden sind.

¹⁰⁰ *Harding* (Fn. 49), S. 213.

¹⁰¹ *Harding* (Fn. 49), S. 213.

¹⁰² *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 19.

¹⁰³ So auch indirekt *Kahn-Freund*, (Fn. 11), 19.

¹⁰⁴ *Richard Z. Sannerholm*, in: *A. Bakardjieva Engelbrekt/Joakim Nergelius* (Hg.), *New directions in comparative law*, S. 56 (71).

¹⁰⁵ *Sannerholm* (Fn. 104), S. 72.

¹⁰⁶ Zu dieser Entwicklung *Kischel* (Fn. 40), S. 313 f.

¹⁰⁷ *Nelken* (Fn. 2), S. 25, 42.

¹⁰⁸ Zustimmung *A. Bakardjieva Engelbrekt*, in: *Peter Wahlgreen/Ulf Bernitz/Said, Mahmoudi/dieselbe* (Hg.), *Law and Development*, S. 111 (127); *Nelken* (Fn. 2), S. 25, 42. Mit weiteren Begründungen *Ajani* (Fn. 50), S. 9.

¹⁰⁹ *Sacco* (Fn. 20), 400.

¹¹⁰ Dazu B. I. 4. und B. III. 2. b. cc.

¹¹¹ *Nelken* (Fn. 2), S. 42 f.; *Sacco* (Fn. 20), 400, da eine solche Rechtsübernahme geringe Probleme bereite.

übernehmen.¹¹² Damit zeigt der Rechtsetzer der Außenwelt und auch der eigenen Bevölkerung, dass man die eigene (ungeliebte) Vergangenheit hinter sich lassen will und einen neuen Prozess starten möchte. In diesem Sinne ist auch die Rezeption von Teilen des BGB und des deutschen Zivilrechtsdenkens in Japan am Ende des 19. Jahrhunderts zu verstehen.¹¹³

Für eine Rechtstransplantation ist es also nicht notwendig, dass die Rechtsordnungen ähnlich sind. Jedoch nimmt die Ähnlichkeit der Rechtsordnungen Einfluss darauf, wie effektiv die Rechtsübernahme erfolgt (B. III. 2. b.).

4. Praktische Probleme bei einer Rechtsübernahme

Offen bleibt noch, welche praktischen Umstände eine Rechtsübernahme (be-)hindern können. Die Sprache als solche stellt eine entscheidende Voraussetzung dar. Denn je gängiger die Sprache der fremden Rechtsordnung für die Juristen der aufnehmenden Rechtsordnung ist, desto einfacher gestaltet sich die Übernahme der Normen.¹¹⁴ Dafür steht der Erfolg von Normübernahmen des von Kaiser *Justinian*¹¹⁵ in Auftrag gegebenen *Corpus Iuris Civilis* (lat., „Bestand des zivilen Rechts“) beispielhaft. Der Siegeszug der Normübernahmen aus dem *Corpus Iuris Civilis* (*C.I.C.*) beruht nämlich auch darauf, dass früher fast jeder Jurist lateinische Texte lesen und verstehen konnte.¹¹⁶ Umgekehrt litt aufgrund unzureichender Sprachkenntnisse die Rezeption der Teile des *C.I.C.*, die in der griechischen Sprache verfasst wurden.¹¹⁷

Auch ein Mangel an guten Rechtsübersetzern behindert den Transplantationsprozess.¹¹⁸ Ein weiteres praktisches Problem zeigte sich, als die baltischen Staaten den *acquis communautaire* (frz., „Gemeinsamer Besitzstand“) der EU in ihre Rechtsordnungen übernehmen wollten. Die Transplantation der Normen wurde erschwert, weil zu übersetzende Wörter mit der entsprechenden Bedeutung gar nicht in den baltischen Sprachen existierten.¹¹⁹ So konnte das Wort *leasing* nicht übersetzt werden. Zudem ist es sinnvoll, *legal transplants* zu „betreuen“, indem Juristen der

Herkunftsrechtsordnung die Juristen der Zielrechtsordnung aus- bzw. fortbilden.¹²⁰

Des Weiteren muss es den Rechtsetzern der Zielrechtsordnung möglich sein, auf die Rechtsmaterialien der Herkunftsrechtsordnung zugreifen zu können. So führte die internationale Verwaltung im Kosovo ein Warenkaufrecht ein, welches maßgeblich den Vorschriften des UN-Kaufrechts entsprach. Bei dessen Auslegung sollten bereits veröffentlichte Entscheidungen zum UN-Kaufrecht aus anderen Staaten herangezogen werden.¹²¹ Diese Urteile wurden in Sprachen veröffentlicht, die dem durchschnittlichen Rechtsanwender im Kosovo nicht geläufig waren.¹²² Zu dieser sprachlichen Barriere kam hinzu, dass einerseits im Jahre 2001 Online-Datenbanken schlecht ausgebaut waren und andererseits die Rechtsanwender im Kosovo in aller Regel nicht das technische Equipment hatten, um auf etwaige Datenbanken zugreifen zu können.

Insgesamt bestehen also einige Hürden praktischer Art, die allerdings mit der Zunahme der Globalisierung, der Verbreitung der englischen Sprache und dem besser werdenden Internetzugang für große Teile der Rechtsanwender überwindbar werden.

II. Wirkungsweisen von *legal transplants*

Mit der Übernahme der rechtlichen Idee beginnt der bisher ausgeklammerte Transplantationsprozess im weiten Sinne. Der nachfolgende Abschnitt analysiert, wie ein *legal transplant* wirkt und ob die Wirkungsweisen berechenbar sind. Dafür wird zunächst allgemein betrachtet, welche Erwartungen Rechtsetzer mit einem *legal transplant* verbinden. Sodann wird darauf eingegangen, inwieweit *legal transplants* auf die bestehende Zielrechtsordnung einwirken und welche Wechselwirkungen dabei entstehen. Zum Schluss werden einige besondere Wirkungsweisen von bestimmten Gruppen von *legal transplants* dargestellt.

¹¹² *Nelken* (Fn. 2), 43.

¹¹³ Die Rechtsetzer wollten Japan an die Moderne anpassen. Dazu kritisch, *Takao Tanase*, in: *David Nelken/Johannes Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures*, passim.

¹¹⁴ *Watson* (Fn. 1), S. 93.

¹¹⁵ *Constantin Willems*, *Justinian - ein „Nachruf“*, in: *JURA* (2016), S. 1241-1245.

¹¹⁶ *Watson* (Fn. 1), S. 93. Siehe mit weiterem Beispiel *Perju* (Fn. 1), S. 1321. Die frankophonen Staaten Afrikas übernahmen vornehmlich französische Institutionen und

englischsprachige Staaten Afrikas übernahmen mehrheitlich Institutionen aus dem Vereinigten Königreich; wobei auch die koloniale Vergangenheit maßgeblich war.

¹¹⁷ *Watson* (Fn. 1), S. 93.

¹¹⁸ *Heiss* (Fn. 30), 163 ff.; *Perju* (Fn. 1), S. 1320.

¹¹⁹ *Heiss* (Fn. 30), 163 ff.

¹²⁰ *Heiss* (Fn. 30); 156; *Kirchner/Ehmke* (Fn. 19), S. 461; *Tanase* (Fn. 113), S. 187 f.

¹²¹ *Kischel* (Fn. 40), S. 576.

¹²² *Kischel* (Fn. 40), S. 576.

1. (Zu) große Erwartungen von Rechtsetzern an *legal transplants*

Im Ausgangspunkt ist es notwendig, zu erfassen, wie Rechtsetzer typischerweise *legal transplants* begreifen. Diese Herangehensweise führt zu einem besseren Verständnis für die nachfolgende Untersuchung der Wirkungsweisen und den daraus resultierenden Problemen. Nach der Vorstellung der Rechtsetzer inkorporieren *legal transplants* Erfahrungen, die in einem Rechtssystem gemacht wurden.¹²³ An diese Erfahrungen knüpfen Rechtsetzer „sehnsüchtige“ Erwartungen, welche das Rechtstransplantat erfüllen soll.¹²⁴ Rechtstransplantate bringen also nicht nur eine Norm von einer Rechtsordnung in eine andere,¹²⁵ vielmehr versuchen Rechtsetzer, wie alle Rechtsetzer, mit einem *legal transplant*, die Zukunft zu ändern.¹²⁶ Jedoch entstehen allgemein und insbesondere bei großen Rechtsübernahmen, wie beispielsweise bei den Übernahmeprozessen in den baltischen Staaten nach dem Zerfall der Sowjetunion, besondere Gefahren für Rechtsetzer. Rechtsetzer gehen gerade bei großen Transplantationsprozessen häufig in einer utopischen Weise davon aus, dass die Wahl des „richtigen“ *legal transplants* bereits genügt.¹²⁷ Zudem besteht die Gefahr, dass die Rechtsetzer dem sog. *pro-innovation bias* unterliegen.¹²⁸ Der bewiesene Denkfehler beruht darauf, dass Menschen fälschlicherweise zu der Denkweise neigen, dass es immer besser ist, Innovation anderer Menschen zu übernehmen, sofern es möglich ist.¹²⁹ Dabei wird insbesondere der Anpassungsbedarf übersehen.

Daraus kann für Rechtsübernahmen folgen, dass Rechtsetzer Anpassungsvorgängen zu wenig Bedeutung beimessen.¹³⁰

2. Die „irritierende“ Wirkung eines *legal transplants*

Aber wie wirkt sich nun ein *legal transplant* in concreto auf die Zielrechtsordnung aus? Nach Teubner¹³¹ stellen *legal transplants* in der neuen Rechtsordnung immer Fremdkörper dar.¹³² Daher „irritieren“ sie die bestehende Rechtsordnung.¹³³ Die Rechtsübernahme löst also im bestehenden rechtlichen System¹³⁴ einen nicht vorhersehbaren Prozess aus. Das reagierende System¹³⁵ formt wiederum das *legal transplant*.¹³⁶ Somit erhält die importierte Norm eine veränderte Bedeutung bzw. Funktion, welche von den vorgefundenen Voraussetzungen (*production regime*) abhängt.¹³⁷ *Production regimes* setzen Bedingungen für die Entwicklung von Recht. *Production regimes* sind beispielsweise die angloamerikanische oder die kontinentaleuropäische Wirtschaftskultur.¹³⁸

Die Einführung der Generalklausel „*Treu und Glauben*“ in das britische Recht, welche der Umsetzung von Unionsrecht diene, wäre ein Beispiel für eine veränderte Anwendungspraxis.¹³⁹ Das britische Privatrecht ist nämlich einem sehr liberalen Markt ausgesetzt. Diese Bedingung wirkt auf die Generalklausel ein. „*Treu und Glauben*“ wächst deshalb in der britischen Rechtsordnung im Vergleich zu kontinentalen Rechtsordnungen eine andere Bedeutung zu. Ein

¹²³ Nottage stellt fest, dass bei der Einführung des japanischen Produkthaftungsrechts Erfahrungen der EU-Rechtsetzung genutzt wurden, siehe Luke Nottage, in: David Nelken/Johannes Feest (Hg.), *Adapting Legal Cultures*, S. 147 (180).

¹²⁴ Galindo (Fn. 49), 135 ff.; Nelken (Fn. 2), S. 43 ff.

¹²⁵ Galindo (Fn. 49), 135; Tanase (Fn. 113), S. 189.

¹²⁶ Galindo (Fn. 49), 144; Legrand (Fn. 41), S. 64 f.; Nelken (Fn. 2), S. 14, 48.

¹²⁷ Insbesondere bei großen Übernahmeprozessen ist auch zu berücksichtigen, dass in aller Regel Entscheidungen unter großem Zeitdruck getroffen werden müssen, um ein rechtliches Chaos zu verhindern.

¹²⁸ Siems (Fn. 25), S. 19.

¹²⁹ Andrew Karch/Sean C. Nicholson-Crotty/ Neal D. Woods/Ann O'M. Bowman, *Policy Diffusion and the Pro-innovation Bias*, *Political Research Quarterly* 69 (2016), 83 (84 ff.).

¹³⁰ Örüciü (Fn. 19), 207 f.

¹³¹ Teubner ist Vertreter einer Systemtheoretischen Denkschule. Die Merkmale dieser Schule, insbesondere selbstreferentielle Systeme und Autopoiese des Rechts, werden hier nur soweit berücksichtigt, wie sie zum grundsätzlichen Verständnis der Lehre der *legal irritants* beitragen.

Siehe vertiefend dazu Teubner (Fn. 2), passim; siehe Lohse (Fn. 1), S. 126 m.w.N.

¹³² Teubner (Fn. 2), 12, 19. So auch Kirchner/Ehmke (Fn. 19), S. 461.

¹³³ Teubner (Fn. 2), 12. Zustimmend Engelbrekt (Fn. 108), S. 134.

¹³⁴ System bedeutet hier das Geflecht innerhalb der Rechtsordnung.

¹³⁵ Zustimmend Graziadei (Fn. 24), S. 465.

¹³⁶ Teubner (Fn. 2), 12. Auch Ajani merkt an, dass infolge von Transplantaten alte Rechtsinstitutionen eine neue Bedeutung zuwächst bzw. zuwachsen müsste, denn sonst bliebe die Transplantation abstrakt und damit ohne Inhalt, siehe Ajani (Fn. 50), S. 7.

¹³⁷ Siehe dazu ausführlich Teubner (Fn. 2), passim, insb. 24 ff.

¹³⁸ Teubner (Fn. 2), 12. Jettinghoff spricht im Kontext der Kolonialisierung vergleichbar davon, dass in Kolonien eingeführte Rechtsinstitute sich aufgrund von den lokalen Rechten anders entwickeln müssten, siehe Alex Jettinghoff, in: David Nelken/Johannes Feest (Hg.), *Adapting Legal Cultures*, S. 99 (105).

¹³⁹ Teubner (Fn. 2), 24 ff.

liberaler Markt kann also dazu führen, dass z.B. Vertragsklauseln, die infolge ihres Verstoßes gegen § 242 BGB unwirksam wären, nach britischem Recht gerade keinen Verstoß gegen „*Treu und Glauben*“ darstellten, weil aufgrund der Liberalität des Marktes die Schwelle der Treuwidrigkeit noch nicht überschritten wurde. Die eingeführte Generalklausel wird also vom neuen System geprägt.

Ein weiteres Beispiel für eine veränderte Funktion bzw. Anwendung einer Rechtsinstitution wäre der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen die unionalen Grundfreiheiten. Dieses Rechtsinstitut setzt der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Unionsrecht nämlich anders ein. Zwar dient der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - wie auch im deutschen Recht - als Kontrollmaßstab einer einschränkenden Maßnahme,¹⁴⁰ aber der EuGH nimmt keine Angemessenheitsprüfung i.S.e. echten Güterabwägung vor.¹⁴¹ Der EuGH prüft im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vor allem die Kohärenz der Maßnahme im Verhältnis zu anderen Maßnahmen.¹⁴² Auch dieses Beispiel zeigt auf, dass übernommenes Recht von der Zielrechtsordnung geformt wird.

Allerdings ist der Transplantationsprozess wechselseitig, denn auch das bestehende „alte“ Recht verändert sich. Infolge von Rechtstransplantaten wächst auch alten Rechtsinstitutionen bzw. Rechtsnormen eine neue Bedeutung zu. Möglich ist auch, dass die „alten“ Rechtsnormen ihre Funktion gänzlich verlieren. Diese wechselseitigen Prozesse, die durch den Fremdkörper ausgelöst werden, kommen erst dann zum Erliegen, wenn das bestehende „alte“ Recht und die „neuen“ Rechtsnormen in der Rechtspraxis ein funktionales Verhältnis zueinander gebildet haben.¹⁴³ Es ist folglich nahezu ausgeschlossen, dass ein Rechtsinstitut bzw. eine Rechtsnorm in einen anderen rechtlichen Kontext eingefügt werden kann, ohne Irritationen auszulösen.¹⁴⁴ Rechtstransplantationen sind daher grundsätzlich nicht einfach zu beherrschen und zu „berechnen“. Das transplantierte Recht verwandelt sich

nicht einfach von „fremd“ in „vertraut“.¹⁴⁵ Somit sind die Wirkungsweisen eines *legal transplants* nicht berechenbar. Wie stark dann allerdings die beschriebenen Irritationen in der Zielrechtsordnung ausfallen, hängt von der Menge des übernommenen Rechts ab bzw. variiert von Fall zu Fall.

3. Wechselwirkungen mit informellen Regeln

a) Informelle Regeln

Folgend untersucht der Beitrag genauer, mit welchen „Teilen“ des bestehenden Systems *legal transplants* in Wechselwirkung treten und wie die Irritationen konkret ausgestaltet sind.

Wechselwirkungen entstehen insbesondere zu den informellen Regeln des bestehenden Systems.¹⁴⁶ Im Unterschied zu positivem Recht entwickeln sich informelle Regeln im Wege sozialer Interaktion.¹⁴⁷ Soziale Sanktionen und gegenseitige Überwachung sichern die Durchsetzung dieser Regeln.¹⁴⁸ Die Rechtstransplantate wirken in vielfacher Weise auf die informellen Regeln ein und umgekehrt.¹⁴⁹ Altes positives Recht wandelt sich z.B. häufig in informelle Regeln um.¹⁵⁰ Diese Umwandlung ist die Folge davon, dass bestimmte Interessengruppen einen größeren Nutzen aus dem ersetzten positiven Recht zogen. Soweit es ihnen möglich ist, werden sie ihre Macht einsetzen, um das alte Recht zumindest informell fortgelten zu lassen.¹⁵¹ Beispielsweise kann es bei einem Transformationsprozess von einer planwirtschaftlichen Ordnung in eine marktwirtschaftliche Ordnung dazu kommen, dass das ersetzte positive Recht, welches die Planwirtschaft organisierte, sich in informelle Regeln umwandelt, die die neuen marktwirtschaftlichen Regeln in ihrer Wirkung hemmen.¹⁵² Diese informellen Regeln können dann beispielsweise kartellartige Strukturen aufrechterhalten.

Hingegen können positiv abgelaufene *legal transplants* die Entwicklung eines späteren *legal transplants* unterstützen, weil ggf. eine Kultur entstanden

¹⁴⁰ *Claus-Dieter Classen*, *Europarecht* (2019), S. 407.

¹⁴¹ *Classen* (Fn. 140), S. 408.

¹⁴² *Classen* (Fn. 140), S. 408.

¹⁴³ *Teubner* (Fn. 2), 28.

¹⁴⁴ *Teubner* (Fn. 2), 28.

¹⁴⁵ *Teubner* (Fn. 2), 12.

¹⁴⁶ *Kirchner/Ehmke* (Fn. 19), S. 458.

¹⁴⁷ *Daniel Berkowitz/Katharina Pistor/Jean-Francois Richard*, *The Transplant Effect*, *AM. J. COM. L.* 51 (2003), 163 (170). Die noch darauf hinweisen, dass informelle Regeln auch in hochentwickelten Gesellschaften existierten. Zur Definition von *legal transplants*, vgl. supra A. II. 2.

¹⁴⁸ *Berkowitz/Pistor/Richard* (Fn. 147), 176. Positives Recht mit normativer Wirkung entsteht erst dann, wenn die informellen Regeln die sozialen Beziehungen nicht (mehr) ordnen können, so gibt es z.B. wenig positives Recht, welches eine funktionierende Ehe betrifft, aber ein ausgefeiltes Scheidungsrecht, siehe *Friedman* (Fn. 63), S. 97.

¹⁴⁹ *Kirchner/Ehmke* (Fn. 19), S. 459, 462.; so wohl auch *Wise* (Fn. 26), 17.

¹⁵⁰ *Kirchner/Ehmke* (Fn. 19), S. 462.

¹⁵¹ *Kirchner/Ehmke* (Fn. 19), S. 466.

¹⁵² *Kirchner/Ehmke* (Fn. 19), S. 462.

ist, die der Rechtsübernahme generell positiv gegenübersteht, weil z.B. die Mehrheit der Rechtsunterworfenen einen wirtschaftlichen Fortschritt auf die neuen Regeln zurückführt.¹⁵³

Die Bedeutung und die Wirkung von informellen Regeln kann sich im Zuge von langwierigen und komplexen Rechtsübernahmen aber auch intensivieren.¹⁵⁴ So können Rechtsunterworfenen ihre zunehmende Ablehnung gegenüber dem „fremden“ Recht signalisieren, wenn sie stetig mehr altes Recht in informelle Regeln „umwandeln“.

Informelle Regeln können also die Wirkung eines *legal transplants* fördern oder hemmen.¹⁵⁵

b) Schwierigkeiten bei der „Berechnung“ von Wechselwirkungen

Aber warum fällt es Rechtsetzern schwer, die auftretenden Wechselwirkungen zu kalkulieren? Zum einen sind informelle Regeln in ihrem genauen Ausmaß relativ schwer zu erkennen.¹⁵⁶ Zum anderen unterscheiden sich informelle Regeln im Herkunfts- und Zielsystem.¹⁵⁷ Daher ist es nicht möglich auf bisherige Erfahrungen zurückzugreifen. Und wenn Rechtsetzer diese Hemmnisse überwinden können, kommt hinzu, dass informelle Regeln schwierig zu ändern sind.¹⁵⁸ Exemplarisch stehen dafür die in den südamerikanischen Staaten existierenden Systeme von informellen Regeln, die in den sog. *favelas* oder *barrios* das Zusammenleben der Gemeinschaft organisieren. So regelt in einer solchen Gemeinschaft die sog. *junta* (port., zivile Ratsversammlung) die Verteilung und Ordnung von Land. Wenn also ein Staat, der durch *barrios* geprägt ist, das Grundbuch nach deutschem Vorbild übernimmt, dann würde das fremde Rechtsinstitut wahrscheinlich mit den gegensätzlichen und stark tradierten informellen Ordnungsprinzipien der *junta* in Konflikt geraten.

Die neue Umgebung mit ihren jeweilig vorherrschenden informellen Regeln wird zwangsläufig in unerwarteter Weise auf das übernommene Recht einwirken.¹⁵⁹ Diese Beobachtung bestätigt die Annahme, dass es keine typischen Verläufe von *legal transplants* gibt und die Wirkungsweisen von *legal transplants* variieren.¹⁶⁰

4. Das Motiv einer Rechtsübernahme als entwicklungsbeeinflussender Faktor

Ist die Entwicklung, die ein *legal transplant* nimmt, davon abhängig, aus welchem Grund die Rechtsübernahme stattfand?¹⁶¹ Aufbauend auf dem Grundgedanken aus B. II. 1. soll die Abhandlung zu diesem Aspekt nur einen Teilbeitrag leisten, da etliche Spezialmotive für eine Rechtsübernahme bestehen können.¹⁶²

In der heutigen Welt spielen ökonomische Einflüsse und Handelsbeziehungen wohl eine noch wichtigere Rolle als in früherer Zeit.¹⁶³ Daher beruhen *legal transplants* immer weniger darauf, dass ein mächtiger Staat einem Rechtsetzer, eine rechtliche Idee unmittelbar aufzwingt.¹⁶⁴ Die heutigen Rechtsübernahmen basieren vermehrt auf subtileren und indirekten Einflussnahmen.¹⁶⁵ Wenn also ökonomische Motive hinter einem *legal transplant* stehen, dann beeinflusst maßgeblich die ökonomische Effizienz des übernommenen Rechts die Entwicklung dieses Typs der Rechtsübernahme.¹⁶⁶ Ökonomisch motivierte Rechts-*transplantate* werden ihrerseits wieder ersetzt, wenn andere Normen effizienter wirken könnten.¹⁶⁷

Die Wirkungsweise einer Rechtstransplantation, die auf externer Einflussnahme beruht, hängt hingegen davon ab, ob der äußere Anreiz bzw. die Drucksituation weiter besteht.¹⁶⁸ Wenn dieser wegfällt, hebt der Rechtsetzer das *legal transplant* in der Regel nur dann nicht auf, wenn das *Transplantat* bereits aus anderen

¹⁵³ Cohn (Fn. 1), 599. Watson weitet diese Aussage aus und meint, wenn Rechtsetzer vermehrt aus einer bestimmten Rechtsordnung übernehmen, dann bestünde zudem eine höhere Chance, dass Institute aus dieser Rechtsordnung in Zukunft noch häufiger übernommen werden, siehe Watson (Fn. 1), S. 113.

¹⁵⁴ Kirchner/Ehmke (Fn. 19), S. 462.

¹⁵⁵ Kirchner/Ehmke (Fn. 19), S. 459.

¹⁵⁶ Kirchner/Ehmke (Fn. 19), S. 462 ff.

¹⁵⁷ Kirchner/Ehmke (Fn. 19), S. 462.

¹⁵⁸ Grodeland/Miller (Fn. 2), S. 510. Siehe, Kischel (Fn. 40), S. 646 ff.

¹⁵⁹ Graziadei (Fn. 24), S. 465.

¹⁶⁰ Graziadei (Fn. 24), S. 465.

¹⁶¹ So Jonathan M. Miller, A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine

Examples to Explain the Transplant Process, AM. J. COM. L. 51 (2003), 839 (867).

¹⁶² Miller (Fn. 161), 872. Zudem ist es nicht möglich, einem *legal transplant* nur eine einzige Motivation zuzuordnen, denn häufig bildet ein Motiv den Schwerpunkt, wird aber von einem weiteren Motiv flankiert. Übersichten zu den Klassifikationen bieten Cohn (Fn. 1), 592 ff. und Miller (Fn. 161), 885.

¹⁶³ Jan M. Smits, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2006), S. 513 (531).

¹⁶⁴ Örücü (Fn. 19), 213.

¹⁶⁵ Örücü (Fn. 19), 213.

¹⁶⁶ Miller (Fn. 161), 867.

¹⁶⁷ Miller (Fn. 161), 868.

¹⁶⁸ Graziadei (Fn. 24), S. 458.

rationalen Gründen einen Mehrwert bildet.¹⁶⁹ So übernehmen Entwicklungsländer beispielsweise die Standards der Welthandelsorganisation (WTO) zum Schutz des geistigen Eigentums, um Sanktionen der USA zu verhindern.¹⁷⁰

Ein Motiv, welches besonders häufig eine Rechtsübernahme begründet¹⁷¹, ist die Übernahme aus Prestige- oder Legitimitätsgründen.¹⁷² Der (erhoffte) Prestigezugewinn kann darauf beruhen, dass Rechtsetzer Recht aus einer höher entwickelten Rechtsordnung¹⁷³, aus der Rechtsordnung eines mächtigen Staates¹⁷⁴ oder aus einer demokratischen Rechtsordnung¹⁷⁵ übernommen haben. Die Wirkungsweise solcher Rechtsübernahmen hängt davon ab, ob die Herkunftsrechtsordnung weiterhin ein hohes Ansehen genießt und ob ein Institut in einer anderen Rechtsordnung existiert, welches zu größerem Prestige führen könnte.¹⁷⁶ Beispielsweise verschwanden sowjetische Rechtsmodelle in Entwicklungsländern mit dem Zerfall der Sowjetunion¹⁷⁷ und wurden vermehrt durch prestigeträchtigere westliche Rechtsmodelle ersetzt.

Einen besonderen Fall stellen *legal transplants* innerhalb der EU dar, welche rechtsharmonisierend wirken sollen.¹⁷⁸ Entscheidend für diese Wirkungsweise ist, dass die übernommenen Normen innerhalb der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu gleichen Ergebnissen führen und dadurch Rechtsanwendungsgleichheit erzielt wird.¹⁷⁹ Zudem kennzeichnen vielseitige Beziehungen zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten und insbesondere dem EuGH diesen Transplantationsprozess.¹⁸⁰ Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV dient als Kommunikationskanal für den Transplantationsprozess.¹⁸¹ Somit können die Entwicklungen der *legal transplants* gegenseitig weiterverfolgt werden. Diese Möglichkeit unterscheidet die *legal transplants* im unionalen Harmonisierungsprozess von anderen *legal transplants*. Nicht selten übernimmt der EU-Rechtsetzer Rechtsinstitute aus der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats und

über das EU-Recht gelangen diese Rechtsinstitute dann in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Dadurch entstehen sog. „*doppelte Rechtstransplantate*“.¹⁸² So kennt das EU-Recht mittlerweile auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher aus der deutschen Rechtsordnung stammt und von der unionalen Rechtsordnung in andere mitgliedstaatliche Rechtsordnungen gelangte.¹⁸³

Wenn man von den Rechtsübernahmen innerhalb der EU einmal absieht, dann zeigen die ausgewählten Gruppen von Rechtsübernahmen vor allem auf, dass die Motivation, auf der ein *legal transplant* maßgeblich fußt, beeinflusst, wie lange ein *legal transplant* in der Zielrechtsordnung besteht. Das Motiv des Rechtsetzers beeinflusst aber grundsätzlich nicht die Wirkungsweise des *legal transplants*. Folglich lässt sich aus einem bestimmten Motiv keine bestimmte Wirkungsweise ableiten.

5. *Malicious legal transplants*

a) Gegenstand eines *malicious legal transplants*

Nachdem bisher vor allem solche Rechtsübernahmen untersucht wurden, die tendenziell positive Auswirkungen auf die Gesellschaft entfalten sollen, stellen folgend die *malicious legal transplants* (engl., bösarartige Rechtsübernahme) den Untersuchungsgegenstand dar. Diese Art von Rechtsübernahme setzen Rechtsetzer gezielt ein, um einzelnen Gruppen der Gesellschaft zu schaden.¹⁸⁴ Infolge dieses subjektiven Elements sind *malicious legal transplants* von solchen *legal transplants* abzugrenzen, welche vom Rechtsetzer unbeabsichtigt schädigende Auswirkungen auf die Gesellschaft haben.¹⁸⁵ Beispielsweise transplantierten einige muslimisch geprägte Staaten in den letzten Jahrzehnten religiös geprägte Rechtsnormen aus Saudi-

¹⁶⁹ Miller (Fn. 161), 868.

¹⁷⁰ Miller (Fn. 161), 847.

¹⁷¹ Miller (Fn. 161), 854; Öricü (Fn. 19), 214.

¹⁷² Nelken (Fn. 2), S. 43.

¹⁷³ Graziadei (Fn. 24), S. 458.

¹⁷⁴ Watson (Fn. 1), S. 88 ff.

¹⁷⁵ Perju (Fn. 1), S. 1318.

¹⁷⁶ Miller (Fn. 161), 854 ff., 885.

¹⁷⁷ Miller (Fn. 161), 869. Zudem waren hier wohl auch ökonomische Interessen ausschlaggebend.

¹⁷⁸ Cohn (Fn. 1), 600 f.

¹⁷⁹ Lohse (Fn. 1), S. 112.

¹⁸⁰ Cohn (Fn. 1), 602 f.

¹⁸¹ Lohse (Fn. 1), S. 124.

¹⁸² Heiss (Fn. 30), S. 152, der dieses Phänomen als Re-Rezeption bezeichnet.

¹⁸³ Engelbrekt (Fn. 108), S. 130, die feststellt, wie schwer es sei, die genauen Wechselwirkungen zu identifizieren; Lohse (Fn. 1), S. 122 f., 278-281; Perju (Fn. 1), S. 1320.

¹⁸⁴ Siems (Fn. 25), S. 2, 4 f. Die Bewertung, ob ein *legal transplant malicious* ist, hängt zwar vom Standpunkt des Betrachters ab, aber man kann in jedem Fall solche Rechtsübernahmen als *malicious legal transplants* begreifen, bei denen universelle Rechte wie die Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit verletzt werden.

¹⁸⁵ Siems (Fn. 25), S. 5.

Arabien, die Nicht-Muslimen den Zugang zu rechtlichen Berufen erschweren.¹⁸⁶

Das Beispiel dokumentiert, dass *malicious legal transplants* dadurch gekennzeichnet sind, dass dem bloßen Normtext nur eine untergeordnete Rolle zukommt und die tatsächlich dahinterstehende Ideologie maßgeblich ist.¹⁸⁷ Zudem sind die übernommenen Normen und die dahinterstehenden Werte i.d.R. häufig radikal und lassen keine entgegenstehende Interpretation zu.¹⁸⁸ Die Verbreitung dieser radikalen Ideen wird dadurch begünstigt, dass es in der Natur der Sache liegt, dass radikale Ideen in aller Regel unterkomplex sind. Somit kann die breite Masse der Menschen eher einen Zugang zur Idee finden. Folglich verbreiten sich diese Ideen im Gegensatz zu komplexen Ideen schneller.¹⁸⁹

Häufig ist der transplantierende Staat von einem anderen Staat, international operierenden Organisationen, religiösen Vereinigungen oder politischen Bewegungen abhängig.¹⁹⁰ Daher beruht die Schädigung bestimmter Teile der Gesellschaft im Kern weniger auf Freiwilligkeit des heimischen Rechtsetzers, sondern stellt vielmehr die Folge äußeren Drucks dar.

b) Maßnahmen zur Verhinderung von *malicious legal transplants*

Daraus folgt, dass sich Staaten teilweise nur schwerlich *malicious legal transplants* erwehren können.¹⁹¹ Die Staaten benötigen dafür i.d.R. die Mithilfe von internationalen Organisationen, Drittstaaten, Teilen der Zivilgesellschaft der beiden Staaten und mächtigen Unternehmen.¹⁹²

Präventiv können Rechtsetzer ihre Gesellschaft vor allem schützen, indem sie spätere Rechtsetzer einschränken. So können verfassungsgebende Rechtsetzer den Bestand bestimmter Institution für unantastbar erklären und formelle Hürden aufbauen, die verhindern, dass die Verfassung von einer kleinen Mehrheit der Gesellschaft geändert werden kann.¹⁹³ Der verfassungsgebende Rechtsetzer sollte zudem Minderheitenrechte stärken und Minderheiten zur politischen Parti-

zipation verpflichten.¹⁹⁴ Zudem sollten Bildungseinrichtungen gefördert werden, ihre Empfänger politisch zu bilden.¹⁹⁵

6. *Overfitting legal transplants*

Als letztes werden solche Rechtsübernahmen analysiert, bei denen eine Norm in der Zielrechtsordnung „intensiver“ als in der Herkunftsrechtsordnung wirkt oder mindestens einen zusätzlichen Effekt entfaltet.¹⁹⁶ Dabei ist dieses „mehr“ an Wirkung wertungsfrei. Je nachdem, welche Perspektive eingenommen wird, kann die Wirkung als gut oder schlecht betrachtet werden.¹⁹⁷ *Overfitting legal transplants* wirken intensiver, weil die geografischen, rechtlichen, sozio-ökonomischen, politischen oder anderen Bedingungen der Zielrechtsordnung in irgendeiner Weise geeigneter als in der Herkunftsrechtsordnung sind.¹⁹⁸

So wirkt eine Norm, die CO₂-Emissionen ab einer bestimmten Menge mit einer Luxussteuer belegt, in einem Industriestaat, der seine Energie hauptsächlich aus fossilen Energieträgern erzeugt, deutlich intensiver als in einem Staat, dessen Wirtschaft weniger industrialisiert ist und auf nicht-fossile Energieträger ausgelegt ist. Wenn der Industriestaat des beschriebenen Typs also eine solche Norm aus einem Staat übernimmt, dessen Wirtschaft „nachhaltig“ ist, dann würde die Rechtsübernahme dort aufgrund sozio-ökonomischer Bedingungen höhere Steuerlasten nach sich ziehen.

Ein anderes anschauliches Beispiel ist im Wasserrecht zu beobachten. So regeln die wasserreichen Einzelstaaten der USA in ihren wasserrechtlichen Ordnungen die Verteilung der Zugangsrechte nach dem klassischen Prinzip des ersten Zugriffs („wer zuerst kommt, mahlt zuerst“).¹⁹⁹ Wenn die anderen wasserarmen Einzelstaaten dieses Prinzip übernehmen, dann würden die Wirkungen gravierend sein, da Nutzer am Oberlauf eines Flusses den generellen Zugang aller anderen zur Ressource Wasser behindern könnten.²⁰⁰

Die übermäßige Eignung kann auch in einem zusätzlichen Effekt nicht-rechtlicher Art münden. Indem beispielsweise Südafrikas Verfassungsgeber Teile der

¹⁸⁶ Siems (Fn. 25), S. 6 m.w.N. Exemplarisch stehen dafür Entwicklungen in den nördlichen Teilen Nigerias und in Brunei.

¹⁸⁷ Siems (Fn. 25), S. 17.

¹⁸⁸ Siems (Fn. 25), S. 17.

¹⁸⁹ Siems (Fn. 25), S. 17.

¹⁹⁰ Siems (Fn. 25), S. 19.

¹⁹¹ Siems (Fn. 25), S. 19.

¹⁹² Siems (Fn. 25), S. 20 f.

¹⁹³ Beispielhaft ist die Ewigkeitsklausel im Grundgesetz

und die für Änderungen benötigte 2/3-Mehrheit.

¹⁹⁴ Siems (Fn. 25), S. 26.

¹⁹⁵ Siems (Fn. 25), S. 22.

¹⁹⁶ Siems (Fn. 26), S. 138 f.

¹⁹⁷ Siems (Fn. 26), S. 139.

¹⁹⁸ Siems (Fn. 26), S. 139 f.

¹⁹⁹ Kischel (Fn. 40), S. 64 m.w.N.

²⁰⁰ Ein weiteres, wenn auch etwas surreales Beispiel für die Auswirkungen geografischer Bedingungen, in Siems (Fn. 26), S. 139.

Verfassung europäischer Staaten und der USA für sein Menschenrechtsregime fruchtbar machten, verbesserte sich die Situation der einzelnen Rechtsunterworfenen.²⁰¹ Dieser Effekt ähnelt der Wirkung, die Menschenrechte bereits in den entsprechenden Herkunftsstaaten entfalten.²⁰² Darüber hinaus lösten diese Normen - zumindest teilweise - gesamtgesellschaftliche Konflikte der verfeindeten Teile der Post-Apartheid-Gesellschaft auf.²⁰³

Ein *overfitting legal transplant* kann auch darauf beruhen, dass ein wirtschaftsschwacher Staat die Transaktionskosten für Unternehmen einer starken Industrienation senkt, indem der wirtschaftsschwache Staat sein Unternehmensrecht anpasst.²⁰⁴ Wenn z.B. der jamaikanische Rechtsetzer sein Unternehmensrecht durch *legal transplants* an das Unternehmensrecht der USA anpassen würde, dann wären amerikanische Unternehmen eher interessiert, in Jamaika zu investieren.²⁰⁵ Dieser überschießende Effekt kann sich in der Herkunftsrechtsordnung gar nicht zeigen, sondern ist Folge des Anpassungsvorgangs. Infolge der geringeren Wirtschaftskraft von Jamaika würde der Anpassungsvorgang keine vergleichbaren Effekte auf amerikanischer Seite nach sich ziehen, auch wenn dort dasselbe Unternehmensrecht gelten würde.

Rechtsetzer sollten bei der Suche nach geeigneten *legal transplants* überlegen, welche besonderen Eigenschaften ihr Staat aufweist, die dazu führen könnten, dass ein Transplantat übermäßig wirken könnte.²⁰⁶ Bei dieser Unternehmung ist trotzdem eine grundsätzliche Zurückhaltung geboten, weil *legal transplants* nicht abschließend berechenbar sind und auf die gesamte Rechtsordnung einwirken (B. II. 2. u. 3.).

III. Erfolg von *legal transplants*

Die folgenden Betrachtungen unterscheiden sich von denen aus B. I., indem nun die Einflussfaktoren analysiert werden, die *legal transplants* zwar nicht bedingen,

aber die Effektivität des *legal transplants* bestimmen.²⁰⁷

1. Möglichkeit der Bewertung

Vorab stellt sich jedoch die Frage, wie man den Erfolg eines *legal transplants* überhaupt bewerten kann. Dieser Frage eine geeignete Antwort zuzuführen, ist aus den folgenden Gründen nicht trivial. Zum einen sind nicht alle Effekte eines *legal transplants* messbar. Zum anderen entwickelt sich eine Rechtsordnung ständig weiter und erreicht folglich nie ein Endstadium.²⁰⁸ Und gerade wegen der irritierenden Wirkung von *legal transplants* ist eine Bewertung des Erfolgs unmittelbar nach der Transplantation schwierig.²⁰⁹ Zudem hängt die Bewertung des Erfolgs auch davon ab, aus wessen Sicht bewertet wird. Man könnte beispielsweise aus der Sicht des Rechtsetzers oder der Rechtsunterworfenen urteilen.²¹⁰ Außerdem steigert der Umstand, dass mit Rechtsübernahmen häufig mehrere Ziele verfolgt werden, die Komplexität der Fragestellung noch einmal zusätzlich. Vermittelnd wäre es also, wenn man danach bewertet, wie effektiv sich die beabsichtigten Wirkungen entfalten und wie sich das *legal transplant* in die bestehende Ordnung einfügt.²¹¹ Des Weiteren erscheint es ungünstig, den Ausgang in die harten Gegensätze „erfolgreich“ und „nicht erfolgreich“ zu unterteilen.²¹² Man sollte den Begriff Erfolg also „weich“ verstehen.²¹³ Bei hinreichender Berücksichtigung der genannten Probleme kann man jedoch den „Erfolg“ eines *legal transplants* anhand des aufgestellten Maßstabs bewerten.²¹⁴

2. Einflussfaktoren des „Erfolgs“ bei Rechtsübernahmen

Aufgrund der Fülle an Faktoren, werden im Folgenden nur diejenigen betrachtet, die die Effektivität von Rechtsübernahmen besonders bestimmen.

²⁰¹ *Siems* (Fn. 26), S. 142 f.

²⁰² *Siems* (Fn. 26), S. 142 f.

²⁰³ *Siems* (Fn. 26), S. 142 f.

²⁰⁴ *Siems* (Fn. 26), S. 143.

²⁰⁵ *Siems* (Fn. 26), S. 143.

²⁰⁶ *Siems* (Fn. 26), S. 144.

²⁰⁷ Kurzum, es geht nicht mehr um die Voraussetzungen von Rechtsübernahmen, sondern um die Bedingungen erfolgreicher Rechtsübernahmen. Die Grenzen sind auch hier fließend, siehe zustimmend *Nelken* (Fn. 2), 39.

²⁰⁸ *Heiss* (Fn. 30), S. 141; *Nelken* (Fn. 2), S. 46.

²⁰⁹ *Cohn* (Fn. 1), passim, die deshalb von der Chronologie eines *legal transplants* spricht; *Nelken* (Fn. 2), S. 31. Ein intensiv wirkendes Rechtstransplantat kann z.B. auch dazu

führen, dass andere bedeutende Normen wenig wirken. Dann stellte sich die Frage, was nun „wertvoller“ ist, dazu kritisch *Nelken* (Fn. 2), S. 37.

²¹⁰ *Graziadei* (Fn. 24), S. 465; *Nelken* (Fn. 2), S. 49.

²¹¹ Nimmt den Gedanken von *Cotterrell* in modifizierter Weise auf, siehe *Cotterrell* (Fn. 58), S. 79.

²¹² *Nelken* (Fn. 2), S. 47; *Teubner* (Fn. 2), 12.

²¹³ So wohl auch *Cohn* (Fn. 1), 592.

²¹⁴ Grundsätzlich könnte man den Erfolg eines *legal transplants* mit einer Verbesserung der Zielrechtsordnung in der Gestalt gleichsetzen, als dass die Lebensqualität der Gesellschaft gesteigert wird. Allerdings wäre diese Herangehensweise weltanschaulich nicht neutral.

a) Allgemeine Faktoren

Der Erfolg von Rechtsübernahmen hängt nicht nur von Faktoren ab, die einzig und allein Rechtsübernahmen betreffen, sondern auch von solchen, welche den Wirkungserfolg von Recht generell betreffen.²¹⁵ Dazu zählt, wie die Gesellschaft Recht generell betrachtet²¹⁶, also ob die Rechtsunterworfenen ihre Rechtsordnung grundsätzlich akzeptieren oder ablehnen. Auch die Legitimität des Gesetzgebers²¹⁷ und der Grad an Rechtsstaatlichkeit²¹⁸ beeinflussen die Effektivität von Recht. Die Effektivität von *legal transplants* hängt mitunter auch davon ab, ob meinungsbildende Institutionen und Persönlichkeiten hinter der Rechtsübernahme stehen²¹⁹, wobei dieser Faktor stärker für große Transformationsprozesse gilt. Zudem kann auch der transplantierende Staat als solcher den Erfolg eines *legal transplants* maßgeblich beeinflussen, indem er Anreize schafft, das übernommene Recht aktiv anzuwenden.²²⁰ Beispielsweise unterstützte der türkische Staat die Übernahme des schweizerischen Familienrechts, indem fortan nur solche Personen bestimmte sozialstaatliche Zuschüsse in Anspruch nehmen durften, die sich nach dem neuen (übernommenen) Recht formell verheiraten ließen.²²¹

b) Einfluss der Gesellschaft

Nachdem bereits festgestellt wurde, dass die Gesellschaft Rechtsübernahmen in prägender Weise beeinflusst (B. I. 1. b.), wird nun analysiert, wie dieser Einfluss konkret ausgestaltet ist. Die folgenden Ausführungen lassen größtenteils außen vor, welchen alleinigen Einfluss die Rechtskultur auf Rechtsübernahmen ausübt. Denn zum einen ist es äußerst fraglich, was konkret eine Rechtskultur ist²²² und zum anderen beeinflusst die Gesellschaft die Rechtskultur.²²³ Dem Beitrag liegt demzufolge das Verständnis zugrunde,

dass der Faktor Rechtskultur nicht sinnvoll vom Faktor Gesellschaft getrennt werden kann und vielmehr eine Teilmenge des Faktors Gesellschaft darstellt.

aa) *Legal transplants* als „Angriff“ auf die Werte der Gesellschaft?

Fraglich ist zunächst einmal, wie *legal transplants* von der Gesellschaft wahrgenommen werden und ob *legal transplants* gar als „Angriff“ auf die Rechtskultur der Gesellschaft begriffen werden²²⁴. Sowohl Rechtsanwender als auch Rechtsunterworfene begreifen *legal transplants* nur dann als „Angriff“, wenn durch das *legal transplant* versucht wird, ihre Kultur zu verändern.²²⁵ Positiv formuliert bedeutet das, dass die Gesellschaft eine Rechtsübernahme dann als Chance begreift, wenn auch nach der Transplantation das nationale Erbe und die nationale Tradition erhalten bleiben soll.²²⁶

bb) *Transplant effect*²²⁷

Aber warum sollte es für Rechtsetzer überhaupt von großer Bedeutung sein, dass die Gesellschaft die Rechtstransplantation unterstützt? Rechtsetzer sollten diesen Aspekt berücksichtigen, damit der sog. *transplant effect* nur eine geringe bzw. keine Wirkung entfaltet. Der *transplant effect* beschreibt das Phänomen, dass das übernommene Recht in der Zielrechtsordnung weniger effektiv wirkt als in der Herkunftsrechtsordnung.²²⁸ Dieser Effekt beruht darauf, dass die Effektivität von Recht allgemein davon abhängt, wie häufig es im täglichen Leben von den Rechtsunterworfenen angewendet wird.²²⁹ Denn Rechtsunterworfene können ihre sozialen Beziehungen mit dem oder ohne den Einsatz von Recht organisieren.²³⁰ Bevor sich also professionelle Rechtsanwender mit Rechtsstreitigkeiten befassen und dadurch das Recht fortentwickeln,

²¹⁵ Miller (Fn. 161), 844; Nelken (Fn. 2), S. 40.

²¹⁶ Zum Rechtsnihilismus in Russland, Kischel (Fn. 40), S. 197; im Ergebnis auch Nelken (Fn. 2), S. 41.

²¹⁷ Miller (Fn. 161), 844.

²¹⁸ Andeutend Miller (Fn. 161), 857.

²¹⁹ Graziadei (Fn. 24), S. 458.

²²⁰ Cotterrell (Fn. 58), S. 80; Nelken (Fn. 2), S. 40.

²²¹ Cotterrell (Fn. 58), S. 89, dadurch sank der Einfluss der traditionellen Familienrechte.

²²² Zur Annäherung an den Begriff, siehe supra Fn. 45.

²²³ Andeutend Grodeland/Miller (Fn. 2), S. 506.

²²⁴ Jedenfalls Tanase beschreibt Rechtsübernahmen als „Angriff“ auf die Rechtskultur einer Gesellschaft, siehe Tanase (Fn. 113), S. 188.

²²⁵ Tanase (Fn. 113), S. 188.

²²⁶ Grodeland/Miller (Fn. 2), S. 375 f.

²²⁷ Die folgenden Gedanken basieren auf einer Studie, die große zivilrechtliche Rezeptionsvorgänge untersucht. Insbesondere analysieren die Autoren empirisch, ob *legal transplants* dazu führen können, dass die Zielrechtsordnung genauso effektiv wie die Herkunftsrechtsordnung funktioniert, Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 176.

²²⁸ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), passim, insb. 168.

²²⁹ Jan Torpman/Fredrik Jörgensen, Legal Effectiveness: Theoretical Developments on Legal Transplants, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (2005), 514 (522).

²³⁰ Torpman/Jörgensen (Fn. 229), 518, es existieren einige Ausnahmen von diesem Grundsatz wie z.B. bei der formellen Eheschließung.

muss erst ein Streit entstanden sein, der mit den Mitteln des Rechts ausgetragen werden soll.²³¹ Daher ist es wichtig, dass die Rechtsunterworfenen der übernommenen Norm „vertrauen“. ²³² Dieses Vertrauen setzt wiederum voraus, dass die Rechtsunterworfenen die Regel „verstehen“. ²³³ Aber an dieser Stelle wirkt der *transplant effect*, denn Rechtsunterworfenen schenken „fremden“ Normen grundsätzlich weniger Vertrauen, weil sie die Normen nicht „verstehen“. ²³⁴ Dieses „Verständnisproblem“ ist darauf zurückzuführen, dass das übernommene Recht vielfach nicht mit dem bereits gegebenen Rechtsverständnis harmoniert. ²³⁵ Dieses Vorverständnis gibt bereits vor, wie Recht „entscheiden“ soll.

cc) Begrenzung des Effekts

Aber welche Faktoren tragen dazu bei, dass Rechtsunterworfenen das übernommene Recht „verstehen“ und ihm somit auch „vertrauen“? Entscheidend ist, dass das Rechtstransplantat eine praktische Bedeutung erlangt, welche nur entsteht, wenn das *legal transplant* an die lokalen Bedingungen angepasst wird²³⁶ oder die Rechtsunterworfenen bereits mit dem transplantierten Recht vertraut sind.²³⁷

Anpassung kann vor allem bedeuten, dass der Rechtsetzer das übernommene Recht terminologisch entsprechend den vorherrschenden Bedingungen modifiziert.²³⁸ Allerdings ist gerade diese Transferleistung mitunter schwierig, weil nicht jede Sprache die passenden Worte und Begrifflichkeiten bereithält²³⁹. Idealerweise sollte das *legal transplant* so eingeführt werden, dass es einem klassischen Rechtsetzungsprozess am meisten ähnelt.²⁴⁰ Denn bei einem Rechtsetzungsprozess, welcher originäres Recht schafft, beachtet der Rechtsetzer im Optimalfall die Bedürfnisse

der Gesellschaft. Zudem werden Rechtsanwender, je nach Sachthema, herangezogen.²⁴¹ Ebenfalls sollte der Rechtsetzer jenes Recht wählen, welches der gelebten Praxis ähnelt, sodass die Rechtsunterworfenen von vornherein dem fremden Recht mit geringerer Skepsis begegnen.²⁴² Wenn die Herkunftsrechtsordnung zum selben Rechtskontext²⁴³ wie die Zielrechtsordnung gehört, dann werden Rechtsunterworfenen als auch professionelle Rechtsanwender tendenziell eher mit dem übernommenen Recht vertraut sein.²⁴⁴

Die aufgezeigten rechtsetzerischen Maßnahmen können den *transplant effect* begrenzen und führen dazu, dass die „Nachfrage“ nach dem transplantierten Recht steigt. Somit wäre es umso wahrscheinlicher, dass das *legal transplant* praktisch angewendet wird und so würden sich „transplantierte Worte“ zu gelebtem Recht entwickeln.²⁴⁵ Im Ergebnis ist also wichtig, dass die Gesellschaft das übernommene Recht als „ihr“ Recht akzeptiert.

c) Flankierende Maßnahmen

Trotz gesellschaftlicher Akzeptanz können Normen mitunter nicht ohne begleitende Maßnahmen rechtlicher und oder nicht-rechtlicher Art effektiv wirken.²⁴⁶ Daher ist es ggf. notwendig, dass alte Rechtsinstitute aufgehoben werden, die bisherige Auslegungspraxis der Gerichte in der Herkunftsrechtsordnung oder Ergebnisse der Rechtswissenschaften übernommen werden.²⁴⁷ Beispielsweise war es erforderlich, dass der estnische Rechtsetzer auch die langjährige Rechtsprechung des BGH zu § 253 BGB in sein ZGB einfügte, damit die tatsächliche Rechtslage übernommen wurde.²⁴⁸

²³¹ Torpman/Jörgensen (Fn. 229), 522, 528, 534. Die Gesellschaft muss also einen „Normenhunger“ zum Ausdruck bringen, so Heiss (Fn. 30), S. 142.

²³² Graziadei (Fn. 24), S. 461; Heiss (Fn. 30), S. 155; Torpman/Jörgensen (Fn. 229), 528.

²³³ Rechtsunterworfenen „verstehen“ Normen in jedem Falle anders als professionelle Rechtsanwender, denn sie kennen i.d.R. den Normtext nicht und leiten demnach auch nicht in juristischer Weise ein Geflecht von Regeln und Pflichten ab. Ihr Verständnis beruht vielmehr auf Intuition, siehe Torpman/Jörgensen (Fn. 229), 519, 529.

²³⁴ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 167; Torpman/Jörgensen (Fn. 229), 517 ff.

²³⁵ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 171; Torpman/Jörgensen (Fn. 229), 522, 529 f., 534.

²³⁶ Cotterrell (Fn. 58), S. 84; Heiss (Fn. 30), S. 139.

²³⁷ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 168; so auch Sacco (Fn. 20), 400.

²³⁸ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 180; Graziadei (Fn. 24), S. 462.

²³⁹ Graziadei (Fn. 24), S. 462.

²⁴⁰ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 189.

²⁴¹ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 189.

²⁴² Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 181.

²⁴³ Kischel allgemein zu Rechtskontexten, vgl. Kischel (Fn. 40), S. 238 ff.

²⁴⁴ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 166; Siems (Fn. 26), S. 138.

²⁴⁵ Berkowitz/Pistor/Richard (Fn. 147), 167 f.

²⁴⁶ Nelken (Fn. 2), S. 26.

²⁴⁷ Heiss (Fn. 30), S. 141, 150; Siems (Fn. 26), 144.

²⁴⁸ Heiss (Fn. 30), S. 150 f. Eine bloße Übernahme des Textes ohne die damit verbundene Rechtsprechung hätte zur Folge gehabt, dass der Ersatz immaterieller Schäden für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trotz

Wenn beispielsweise Menschenrechte in effektiver Weise übernommen werden sollen, dann spricht einiges dafür, die soziale Marktwirtschaft einzuführen.²⁴⁹ Diese Wirtschaftsreform bedingt nämlich die Effektivität der transplantierten Menschenrechte.

Um große Rechtsübernahmen wirksam zu gestalten, bedarf es besonderer Maßnahmen. Um die irritierende Wirkung und den *transplant effect* in diesen Fällen möglichst gering zu halten, können Rechtsetzer Übergangsrecht einsetzen.²⁵⁰ Dafür kann beispielsweise geringfügig modifiziertes „altes Recht“ der eigenen Rechtsordnung dienen²⁵¹ oder Recht aus internationalen Rechtsregimen.²⁵²

Des Weiteren kann die Übernahme von ganzen Kodifikationen Widersprüche zwischen neuem Recht und übriggebliebenem Recht der alten Rechtsordnung hervorrufen.²⁵³ Diesem Problem können Rechtsetzer wiederum mit Brückennormen begegnen, die diese Systemunstimmigkeiten auflösen²⁵⁴, indem sie Verweisungen zwischen den alten Rechtsquellen und den neuen Rechtsquellen aufstellen.

Die Beispiele belegen, dass die Effektivität von *legal transplants* durch flankierende Maßnahmen massiv gesteigert werden kann.

C. Schlussfolgerungen

Die Ergebnisse dieser Untersuchung lassen nur den Schluss zu, dass *legal transplants* keine klaren Konditionalbedingungen in Gestalt eines allgemeinen Tatbestands haben²⁵⁵, der erfüllt werden muss, damit im Ergebnis erfolgreiche *legal transplants* entstehen.²⁵⁶ Vielmehr existieren Bedingungen, wie z.B. die Zugehörigkeit einer Norm zu einem Rechtsgebiet, die im jeweiligen Einzelfall die Rechtsübernahme erschweren können. Somit ist bei jeder einzelnen Rechtsübernahme gesondert zu betrachten, welche Bedingungen Einfluss auf dieses *legal transplant* nehmen könnten.

Sämtliche *legal transplants* verbindet, dass sie die Zielrechtsordnung in irgendeiner Weise irritieren und von der Zielrechtsordnung geformt werden. Die Intensität der Irritation hängt vor allem davon ab, wie stark das übernommene Recht und die informellen Regeln aufeinander einwirken. Daher sollten Rechtsetzer mit einer grundsätzlichen Vorsicht agieren, wenn sie sich fremder Ideen bedienen wollen, da ein *legal transplant* Wirkungen auslösen kann, die nicht beabsichtigt waren. Diese Gefahren sollten Rechtsetzer jedoch nicht davon abhalten, fremde Ideen gezielt und mit Bedacht einzusetzen. Dafür sollten Rechtsetzer, so genau wie möglich, die potenziellen Herkunftsrechtsordnungen bzw. Rechtsquellen mit der eigenen Rechtsordnung rechtsvergleichend analysieren.

Nachdem ein Rechtsetzer sich für eine Idee entschieden hat, gilt es, den *transplant effect* zu begrenzen. Dafür ist von zentraler Bedeutung, individuelle Wege zu finden, das vormalig fremde Recht der Gesellschaft „vertraut“ zu machen. Denn die gesellschaftliche Akzeptanz beeinflusst den Erfolg eines *legal transplants* maßgeblich. Zudem ist es notwendig, das transplantierte Recht „nachzuuntersuchen“ und bei Bedarf innovative Lösungen zu kreieren, die den Besonderheiten der eigenen Rechtsordnung Rechnung tragen.

Metaphorisch gesprochen sollten Rechtsetzer das Rechtstransplantat - wie ein Weber - „Faser für Faser“ der eigenen Gesellschaft anpassen. Diese „Feinabstimmung“²⁵⁷ ist für ein erfolgreiches *legal transplant* unumgänglich. Und wenn ein Rechtsetzer das fremde (übernommene) Recht, soweit wie nötig, anpasst, dann ist auch eine Rechtsübernahme erfolgsversprechend. Daher ist der obigen Aussage *Montesquieu*²⁵⁸ nur hinsichtlich der Prämisse der Aussage, aber nicht hinsichtlich der gezogenen Schlussfolgerung zuzustimmen. Der Erfolg von Rechtsübernahmen hängt

immenser Bedeutung im deutschen Rechtssystem nie Teil des estnischen Zivilrechts geworden wäre.

²⁴⁹ Vertiefend dazu Michael Bogdan, in: A. Bakardjieva Engelbrekt/Joakim Nergelius (Hg.), *New directions in comparative law*, S. 33 (34).

²⁵⁰ Cotterrell (Fn. 58), S. 86. Im Idealfall kann rechtsvergleichende Forschung Übergangsrecht bereitstellen. Insbesondere rechtliche Blaupausen und Handbücher für Rechtsanwender böten sinnvolle Hilfestellungen, dazu Örücü (Fn. 19), 220; Sannerholm (Fn. 104), S. 66. Ein erfreuliches Beispiel bietet in dieser Hinsicht der Transformationsprozess in Estland, siehe Heiss (Fn. 32), S. 154.

²⁵¹ Soweit dies nicht neuen Zielen - insbesondere der

Gewährleistung von Menschenrechten - widerspricht, siehe Sannerholm (Fn. 104), S. 63.

²⁵² Sannerholm (Fn. 104), S. 65.

²⁵³ Heiss (Fn. 30), S. 146; Sannerholm (Fn. 104), S. 65.

²⁵⁴ Heiss (Fn. 30), S. 146.

²⁵⁵ Davon ausgenommen ist der Zugang zur Sprache und zu den Materialien der Herkunftsrechtsordnung; wobei die letztere Bedingung durch die zunehmende globale Vernetzung und das Internet an Bedeutung verliert.

²⁵⁶ Teilweise spielen zufällige Ereignisse eine nicht zu unterschätzende Rolle. Dazu Jettinghoff (Fn. 138), S. 115; Nelken (Fn. 2), S. 23; Nottage (Fn. 123), S. 179.

²⁵⁷ Örücü (Fn. 19), 205.

²⁵⁸ Montesquieu (Fn. 3).

also nicht vom Zufall, sondern maßgeblich von den Fähigkeiten und Mitteln des Rechtsetzers ab.

Des Weiteren führen die rechtlichen Austauschprozesse zu Anpassungsvorgängen. Dadurch entwickelt sich das Recht stetig fort. Diese Entwicklung stellt schon für sich genommen einen Mehrwert dar. Darüber hinaus bieten *legal transplants* Rechtsetzern in weniger entwickelten Rechtsordnungen die Chance, von Fehlern und Erfolgen anderer zu profitieren, aber eben nur, wenn sie die Besonderheiten ihrer Gesellschaft und ihrer Rechtsordnung im Blick behalten.

Einführung in das Sportrecht

Von Dr. **Caroline Bechtel** und Wiss. Hilfskraft **Nina Limburg**, Köln*

A. Einleitung

Sport boomt. Seine Wirtschaftskraft zeigt sich an mehreren Faktoren wie dem zunehmenden Haushaltsvolumen der Sportorganisationen, an der Entwicklung der sportbezogenen Nachfrage privater Haushalte, an sportbezogenen Unternehmenstätigkeiten sowie an staatlicher Sportförderung und der zunehmenden Beschäftigung im Sport. Darüber hinaus kommen dem Sport wichtige gesellschaftliche Funktionen zu. Er ist nicht nur das größte gesellschaftliche Subsystem mit ca. 27 Millionen Mitgliedschaften in nahezu 90.000 Sportvereinen in Deutschland, sondern reguliert Spannungen und schafft Bewegungsausgleich zum Alltag. Er trägt ferner dazu bei, kulturelle Moral- und Glaubensvorstellungen im Individuum zu verankern und persönliche Charaktermerkmale zu entwickeln. Er fasst Individuen aus unterschiedlichen Schichten bzw. Nationen zusammen und eröffnet diesen vielfältige Integrationsmöglichkeiten nicht zuletzt in Krisenzeiten. Diese Aspekte finden politische Anerkennung auf allen Ebenen. So gibt es zunehmend sportpolitische Aussagen von internationalen Organisationen, europäischen Einrichtungen sowie nationalen Stellen im öffentlichen wie privaten Sektor bis hin zu völkerrechtlichen Verträgen im Sport.

Die Zunahme der rechtstatsächlichen Bedeutung des Sports lässt sich an zahlreichen Daten ablesen. So gibt es vermehrte Rechtsfragen und zunehmende Beratungsbedarfe im Sport, die erst vor wenigen Jahren die Einführung einer Fachanwaltschaft für Sportrecht veranlassten.¹ Deren Ausbildung erstreckt sich auf das Sportrecht in seiner gesamten Breite.² Hierzu gehören auf der einen Seite die (privaten) Sportregeln sowie auf der anderen Seite die sportrelevanten Normen des (zwischen-)staatlichen Rechts. Zu den typusprägenden Merkmalen des Sportrechts gehören ferner die Wechselwirkungen zwischen Sportregeln und Rechtsnormen. Der vorliegende Beitrag illustriert diese Strukturmerkmale anhand aktueller Themen. Er vermittelt zunächst einen Überblick über die allgemeinen Grundsätze des Sportrechts vor dem Hintergrund der Organisation des Sports (hierzu B.), erläutert sodann

die beiden Säulen des Sportrechts anhand ausgewählter Herausforderungen für den Sport (hierzu C.) und beschreibt schließlich das (prozedurale/formelle) System der Schiedsgerichtsbarkeit als alternative Streitbeilegungsmethode im Sport (hierzu D.), in dem sich abermals die Grundsätze des Sportrechts widerspiegeln.

B. Allgemeine Grundsätze des Sportrechts

Zu den allgemeinen Grundsätzen des Sportrechts gehört das Nebeneinander von sportverbandlichen Regelungen und sportrelevanten Normen und Gesetzen des staatlichen Rechts. Darüber hinaus sind die im organisierten Sport vorherrschende Normenhierarchie sowie die Bindungswirkung von internationalen Vorgaben auf nationale Regelungen von typusprägender Bedeutung.

I. Das Zwei-Säulen-Modell des Sportrechts

Das Zwei-Säulen-Modell des Sportrechts illustriert die beiden Rechtsquellen des Sportrechts sowie die unterschiedlichen Regelungsebenen und Wechselwirkungen. Als Rechtsquellen gelten einerseits die sportverbandlichen Regelungen (erste Säule) und andererseits die (zwischen-)staatlichen Normen, Gesetze und Vertragstexte mit Sportbezug/-relevanz (zweite Säule).

Vertiefung: Die Bezeichnung als erste und zweite Säule des Sportrechts ist auf das (rechtliche) Verhältnis zwischen Sport und Staat zurückzuführen: Der organisierte Sport gehört zur gesellschaftlichen Sphäre und steht als solcher dem Staat gegenüber. Entsprechend eines freiheitlich-demokratischen Grundverständnisses obliegt es gesellschaftlichen Akteuren, ihre Angelegenheiten zunächst eigenverantwortlich zu regeln (Prinzip der Autonomie). Dies gilt auch für den organisierten Sport, der seine Angelegenheiten im Rahmen grundrechtlicher Freiheitsbetätigung ordnet. Deren Ausübung beruht in Deutschland auf der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 GG, welche den Sportorganisationen das Recht zum Erlass privater Regeln verleiht (Regelungsbefugnis).³

* *Caroline Bechtel* ist stellvertretende Leiterin des Instituts für Sportrecht der Deutschen Sporthochschule Köln. *Nina Limburg* ist dort wissenschaftliche Hilfskraft.

¹ Vgl. den Beschluss der Bundesrechtsanwaltskammer vom 26. November 2018.

² Vgl. § 14q FAO.

³ *Nolte, Martin*, Vereinbartes Recht am Beispiel der „lex sportiva“ – Wechselwirkungen zwischen der „lex sportiva“ und der „lex extra sportiva“, in: Bumke/Röhl (Hrsg.), *Privates Recht*. Tübingen, S. 107 ff.

1. Erste Säule des Sportrechts: *Lex sportiva*

Die Regeln, die durch die nationalen und internationalen Sportorganisationen im Rahmen der Vereinigungsfreiheit erlassen werden, sind der ersten Säule zuzuordnen. Die Gesamtheit der sportverbandlichen Regelungen wird unter dem Begriff der *Lex sportiva* zusammengefasst. Es sind Regeln, die von den Vereinen, Verbänden, Sportorganisationen und anderen im Sport beteiligten Einrichtungen gesetzt werden. Vor dem Hintergrund, dass der Regelgeber der Sport ist, gelten die Regeln nur für diejenigen Personen, die sich ihnen freiwillig unterworfen und sie anerkannt haben. Sie entfalten ihre Wirkung somit nur in dem Verhältnis zwischen den Verbänden und Vereinen sowie gegenüber sonstigen Sportbeteiligten.

Innerhalb der ersten Säule wird zwischen den Sportregeln im engeren Sinne und den Sportregeln im weiteren Sinne unterschieden. Die Sportregeln im engeren Sinne betreffen die sportliche Betätigung im eigentlichen Sinne und sind unter der Bezeichnung als Spielregeln geläufig. Sie umfassen beispielsweise Bestimmungen über das Ziel eines sportlichen Wettkampfs, die Maße eines Spielfeldes oder auch die Bewertungsmaßstäbe für sportliche Leistungen. Bei den Sportregeln im weiteren Sinne handelt es sich demgegenüber um Regelungen, die den allgemeinen Sport- und Wettkampfbetrieb regeln. Hierzu gehören zum Beispiel Vorschriften über die Voraussetzungen von Athlet*innen oder Vereinen, um an einem Sportwettbewerb teilnehmen zu können, insbesondere Qualifikationsanforderungen für einzelne Sportler*innen oder Lizenzierungsbedingungen für Vereine bei Ligen, Turnieren oder Pokalbetrieben. Hinzu kommen Normen über den Auf- und Abstieg von Vereinen sowie Anti-Doping-Bestimmungen.

Neben den Sportregeln im engeren sowie im weiteren Sinne gibt die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG den Sportorganisationen nicht zuletzt die Befugnis zum Erlass von nicht sportspezifischen Satzungen als rechtliche Grundordnung des Vereins bzw. eines Verbandes sowie weiteren organisatorischen (Geschäfts-)Ordnungen zur Regelung des internen Vereins- und Verbandsbetriebs.⁴

2. Zweite Säule des Sportrechts: *Lex extra sportiva*

Zur zweiten Säule des Sportrechts, der sog. *Lex extra sportiva*, zählen alle sportrelevanten Normen von

Staaten und Staatengemeinschaften. Die sportrelevanten Normen staatlichen Rechts gelten – anders als die sportverbandlichen Regelungen – für jedermann. Sie werden vom nationalen Gesetzgeber erlassen und gelten kraft hoheitlicher Durchsetzungsmacht. Eines freiwilligen Entschlusses zur Unterwerfung bzw. Anerkennung des geltenden Rechts bedarf es zu dessen Geltung somit nicht. Dabei wird der Sportbezug entweder durch deren Regelungsgegenstand (so z.B. beim Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG), beim Sportwettbetrug gemäß § 265c StGB oder bei der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben nach § 265d StGB) oder aber durch die Anwendung der (allgemeinen) Bestimmungen auf den Lebensbereich Sport (z.B. bei zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen oder der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund sportbedingter Verletzungen) hergestellt. Schließlich erstreckt sich die zweite Säule des Sportrechts auch auf internationale Konventionen und Verträge (zwischenstaatliches Recht) wie etwa die UNESCO-Konvention gegen Doping im Sport vom 19. Oktober 2005 oder das Übereinkommen des Europarates über die Manipulation von Sportwettbewerben vom 18. September 2014.⁵

3. Wechselwirkungen

Zu den typusprägenden Merkmalen des Sportrechts gehört es ferner, dass die beiden Säulen des Sportrechts nicht beziehungslos nebeneinanderstehen. Sie sind vielmehr in vielfältiger und komplexer Weise aufeinander bezogen und miteinander verwoben. Diese Wechselbeziehungen gehören neben der Existenz beider Säulen zum Grundverständnis des gesamten Sportrechts.

So wird die erste Säule des Sportrechts, die aus den selbst gesetzten Sport- und Spielregeln der Sportorganisationen besteht, ganz maßgeblich durch die zweite Säule des Sportrechts, den sportrelevanten Normen des (zwischen-)staatlichen Rechts, beeinflusst. Zwei wesentypische Einflüsse sind dabei auszumachen:

Zum Ersten gibt die (zwischen-)staatliche Vereinigungsfreiheit den internationalen sowie nationalen Sportorganisationen die Befugnis zur Regelgebung. Sportvereine und Sportverbände können sich somit selbst Regeln geben.

⁴ Nolte, Martin, Grundlagen des Sportrechts – Ein Skriptum zu Vorlesung und Klausurvorbereitung, Kölner Materialien zum Sportrecht, Band 1, S. 12 f.

⁵ Adolphsen, Jens/Hoefer, Bernd/Nolte, Martin, Verbandsrecht und Satzungsrecht, in: Adolphsen, Jens/Nolte, Martin/Lehner, Michael/Gerlinger, Michael, Sportrecht in der Praxis, Stuttgart, 2012, S. 63 ff.

Zum Zweiten werden die Konzeption, Auslegung und Reichweite von Sportregeln durch (zwischen-)staatliches Recht beeinflusst und begrenzt. Denn der Sport ist kein Staat im Staate, auch er ist an die geltenden (zwischen-)staatlichen Gesetze gebunden. Seine Regelgebung bewegt sich somit innerhalb (zwischen-)staatlicher Rechtsnormen. Damit betrifft das geltende (zwischen-)staatliche Recht die Gültigkeit von Sportregeln. Überschreiten Sportregeln die durch (zwischen-)staatliches Recht gezogenen Grenzen, so führt dies im Regelfall zur Unwirksamkeit der betreffenden Sportregeln. Die Beschränkungen ergeben sich dabei zumeist aus kollidierenden Rechtspositionen einzelner Athlet*innen oder sonstiger Sportteilnehmer, so dass die Grenzziehung oft auf eine Abwägung zwischen der Regelungsbefugnis des Sportverbandes auf der einen Seite und der Rechtsposition der betroffenen Athlet*innen auf der anderen Seite (z.B. Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG oder die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV) hinausläuft. Die Abwägung zwischen den kollidierenden Rechtspositionen erfolgt dabei stets einzelfallbezogen.

Umgekehrt steht auch die zweite Säule des Sportrechts unter maßgeblichem Einfluss von Sportregeln der ersten Säule. Hierbei gibt es ebenfalls zwei Phänomene:

Zum einen wird das bestehende staatliche Recht im Lichte von Sportregeln interpretiert und auf den Einzelfall angewandt. Die sportregelkonforme Auslegung und Anwendung staatlichen Rechts zeigt sich dabei insbesondere im Bereich der zivilrechtlichen Haftung sowie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für sportbedingte Verletzungen. So wirkt sich insbesondere die Einhaltung der geltenden Sportregeln dahingehend aus, dass ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB oder eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 223 StGB entfällt. Bei groben Unsportlichkeiten oder vorsätzlicher, regelwidriger Schädigung einer anderen regelunterworfenen Person entfällt hingegen weder die zivilrechtliche Haftung noch die strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Zum anderen reagieren Staaten(gemeinschaften) auf die Regelgebung des organisierten Sports, indem sie Symbole, Werte und Moralvorstellungen durch

völkerrechtliche Abkommen und entsprechende nationale Bestimmungen absichern bzw. schützen (bspw. das Olympiaschutzgesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen). Dabei erfolgt der Einfluss von Sportregeln auf (zwischen-)staatliches Recht zumeist in zwei Stufen: So wird zunächst ein völkerrechtliches Abkommen geschlossen, in dem sich verschiedene Staaten zur Verfolgung bestimmter Ziele verpflichten und einen Rahmen für sportrelevante Gesetzgebung in den einzelnen Staaten vorgeben. Anschließend wird dieser Rahmen durch die Gesetzgeber auf nationaler Ebene ausgefüllt und konkretisiert. So wurde beispielsweise das Übereinkommen des Europarates über die Manipulation von Sportwettbewerben vom 18. September 2014 auf nationaler Ebene in den §§ 265c, 265d StGB umgesetzt, welche Regelungen zum Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben enthalten und dem Schutz der Integrität des Sports dienen.⁶

II. Die Organisation des Sports

Der Leistungs- und Spitzensport, aber auch der Breitensport, erfordern einen gewissen organisatorischen Rahmen, um eine geordnete Ausübung des Sports auf Grundlage der selbst gesetzten Regeln (*Lex sportiva*) zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Kriterien der Leistung und des Leistungsvergleichs im Wettkampf. Denn ein objektiver Leistungsvergleich ist nur möglich, wenn Fairness und Chancengleichheit für alle Beteiligten gleichermaßen gelten. Voraussetzung dafür ist das Bestehen und die Durchsetzung einheitlicher und verbindlicher Regeln.⁷

1. Das Pyramidalprinzip

Die pyramidale, vertikal-hierarchisch aufgebaute Struktur des organisierten Sports setzt hierfür den Rahmen. Sie bestimmt das nationale und internationale Vereins- und Verbandsgefüge und betrifft sowohl die sportartspezifische als auch die sportartübergreifende Organisation des Sports.

So existiert in jeder Sportart ein Weltverband, der für die einheitliche Ausübung und den organisierten Betrieb der betreffenden Sportart verantwortlich ist. Dieser steht an der Spitze der Verbandspyramide (Abb. 1) und erlässt die für die einheitliche Ausübung der Sportart maßgeblichen Regeln. Dem Weltverband

⁶ Vgl. zu den Wechselwirkungen Nolte, Martin, Grundlagen des Sportrechts – Ein Skriptum zu Vorlesung und Klausurvorbereitung, Kölner Materialien zum Sportrecht, Band 1, S. 8 f., m.w. N.

⁷ Adolphsen, Jens/Hoefer, Bernd/Nolte, Martin, Verbandsrecht und Satzungsrecht, in: Adolphsen, Jens/Nolte, Martin/Lehner, Michael/Gerlinger, Michael, Sportrecht in der Praxis, Stuttgart, 2012, S. 53.

nachgeordnet sind die Kontinentalverbände sowie die Nationalen Sportfachverbände, welche wiederum die Regional- und Landesverbände in sich vereinen. Dabei erstreckt sich die Zuständigkeit des jeweiligen Sportfachverbandes stets auf einen bestimmten geografischen Bereich. Die Vorgaben des Weltverbandes werden von den nachrangigen Verbänden auf ihrer jeweiligen Ebene umgesetzt und in ihr eigenes Regelwerk aufgenommen. Auf diese Weise entfalten die maßgeblichen Regeln auf allen Ebenen Geltung.⁸



Abbildung 1 - Verbandspyramide

2. Das Ein-Platz-Prinzip

Zur Einheitlichkeit der Sportausübung und zum Gleichklang der Sportregeln bedarf es aber noch weiterer Faktoren. Neben dem vertikal-pyramidalen Aufbau weist der organisierte Sport daher ein weiteres Strukturmerkmal auf: Das sog. Ein-Platz-Prinzip. Dieses besagt, dass es für jede Sportart nur jeweils einen Verband auf der jeweiligen Ebene geben soll. Auf diese Weise entsteht eine monopolartige Verbandsstruktur.

An der Spitze der Pyramide existiert jeweils nur ein internationaler Weltverband für eine Sportart (z.B. FIFA, World Athletics). Auf der zweiten Hierarchiestufe befindet sich der zuständige Kontinentalverband (auf europäischer Ebene z.B. UEFA, *European Athletics*), wobei jeweils nur ein autorisierter Verband pro Kontinent existiert. Auf der dritten Ebene steht der nationale Sportfachverband. Auch hier erkennt der Welt-

bzw. Kontinentalverband nur einen nationalen Verband pro Staat an (in Deutschland z.B. DFB, DLV). Der zuständige nationale Verband nimmt seinerseits ebenfalls nur einen Regionalverband pro Region und einen Landesverband pro Land auf. Vor dem Hintergrund, dass die Anzahl der autorisierten und anerkannten Verbände auf jeder Stufe steigt, verbreitert sich die Verbandspyramide nach unten hin stetig, wobei die Sportvereine und deren Mitglieder sowie die Athlet*innen das Fundament bilden.

Umgekehrt betrachtet bedeutet dies, dass die unteren Verbände (Regional- und Landesverbände) Mitglieder des nationalen Sportfachverbandes sind und der nationale Sportfachverband seinerseits Mitglied des kontinentalen und internationalen Sportfachverbandes ist. Auf diese Weise wird eine Regelungs- und Mitgliedschaftskette zwischen den Verbänden geschaffen, die die Um- und Durchsetzung von einheitlichen Sportregeln auf jeder Ebene ermöglicht.

Von dem etablierten Ein-Platz-Prinzip existieren nur wenige Ausnahmen. So existieren beispielsweise im Boxsport gleich vier internationale Boxverbände, die die Regelungsgewalt über die Sportart gleichzeitig ausüben. Dies betrifft allerdings ausschließlich das Profiboxen.

Mit der Verbandspyramide geht die Normpyramide einher. So wird die einheitliche Regelung der Sportart und gleichförmige Anwendung der Sportregeln gewährleistet.⁹

3. Die Umsetzung der Sportregeln

Die Weltverbände geben die maßgeblichen Sport- und Spielregeln für die jeweilige Sportart vor. Sie bestimmen die Art und Weise, wie die Sportart ausgeübt wird. Zu diesem Zwecke erlassen die Weltverbände Regelwerke und Regularien. Im Fußball sind dies beispielsweise die „*Laws of the Game*“¹⁰, die Regelungen zu allen wesentlichen Spielsituationen und deren Bewertung enthalten. In der Leichtathletik gelten die „*Competition Rules*“¹¹, die grundsätzliche und technische Regelungen zur Durchführung von Wettkämpfen enthalten, die diese Sportart kennzeichnen.

⁸ Vgl. zum Pyramidalprinzip Pfister, Bernhard, Einführung, in: Fritzweiler, Jochen/Pfister, Bernhard/Summerer, Thomas (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 3. Auflage, München, 2014, S. 15 f.

⁹ Vgl. zum Ein-Platz-Prinzip Summerer, Thomas, Sport, Vereine, Verbände und Kapitalgesellschaften, in: Fritzweiler, Jochen/Pfister, Bernhard/Summerer, Thomas (Hrsg.),

Praxishandbuch Sportrecht, 3. Auflage, München, 2014, S. 187 f.

¹⁰ Abrufbar unter <https://www.theifab.com/laws-of-the-game-documents/?language=all&year=2022%2F23> (letzter Abruf: 07.10.2022).

¹¹ Abrufbar unter <https://www.worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules> (letzter Abruf: 07.10.2022).

Um die einheitliche Geltung der Regeln auf allen Stufen sicherzustellen, sind die nachrangigen Verbände regelmäßig dazu verpflichtet, die geltenden Regeln in ihren eigenen Regelwerken zu implementieren. Somit wird gewährleistet, dass jeder Mitgliedsverband seine eigenen Regeln erlässt, die inhaltlich mit dem höherrangigen Verbandsrecht übereinstimmen. Durch Erlass eigener Regelwerke auf jeder Stufe der Verbandspyramide entsteht eine lückenlose Verankerung der Regeln von oben nach unten, die dazu führt, dass in jeder Sportart einheitliche Regeln gelten, sei es bei internationalen Meisterschaften oder regionalen Sportfesten.¹²

4. Bindungswirkung gegenüber Athlet*innen

Um die gleichförmige Einhaltung, Anwendung und Durchsetzung der Sportregeln zu gewährleisten, müssen auch die sporttreibenden Athlet*innen an die Regelwerke gebunden und der Disziplinargewalt der Sportverbände unterworfen werden. Ist ein*e Sportler*in Mitglied in einem verbandsangehörigen Verein, so kann die Bindungswirkung durch das Mitgliedschaftsverhältnis begründet werden. Nicht immer sind Athlet*innen jedoch Mitglied in einem verbandsangehörigen Verein. In diesem Fall bedarf es weiterer Instrumente, die geltenden Regeln auch gegenüber Athlet*innen verbindlich zu machen.

So kann die Bindungswirkung beispielsweise durch die einfache Teilnahme an einem konkreten Wettkampf hergestellt werden. Durch die Meldung zum bzw. die Teilnahme am Wettkampf erklären die Athlet*innen, dass sie die Bestimmungen des Vereins und des Verbandes, die für die Durchführung des Wettkampfes gelten, anerkennen und sich deren Geltung unterwerfen. Diese Erklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die Bindungswirkung beschränkt sich dann jedoch nur auf den konkreten Wettbewerb.

Um eine langfristige und umfassende Bindungswirkung zu erreichen – etwa für eine ganze Saison – und auch die Trainings- und Vorbereitungsphasen zu erfassen, bedienen sich die meisten Verbände eines Akkreditierungs- oder Zulassungssystems durch Ertei-

lung von Lizenzen (regelmäßig in Mannschaftssportarten) oder Startpässen (üblicherweise im Individualsport). Auf diese Weise kann eine langfristige und lückenlose Unterwerfung von Sportler*innen unter die geltenden sportartspezifischen Regelwerke erzielt werden, deren Anerkennung Voraussetzung für die Erteilung einer Lizenz oder eines Startpasses ist. Durch die Erteilung der Lizenz oder des Startpasses wird ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen Verband und der beantragenden Person begründet. Kernstück des individuellen Vertrages zwischen Sportler*innen und Verband¹³ ist die Unterwerfung unter das Regelwerk und damit unter die Sanktions- und Disziplinargewalt des Verbandes als Gegenleistung für die Zulassung zu Wettkämpfen und Spielen.

Eine besondere Form der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen Athlet*innen und Verband stellt die sog. Athletenvereinbarung dar. Eine solche wird in der Regel zwischen dem Nationalen Olympischen oder Paralympischen Komitee (in Deutschland der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB) und der Deutsche Behindertensportverband (DBS)) oder dem Sportfachverband (z.B. dem DLV) und Athlet*innen geschlossen, die einem Bundeskader angehören und auf internationaler Ebene für die Nationalmannschaft in ihren jeweiligen Sportarten an Wettkämpfen teilnehmen. Wie auch bei der Erteilung einer Lizenz oder eines Startpasses verpflichten sich die Athlet*innen im Rahmen der Athletenvereinbarung zur Anerkennung der relevanten Regelwerke (Olympische Charta, Normierungsgrundsätze, Satzung etc.). Die Anerkennung der Regelwerke durch Unterzeichnung der Athletenvereinbarung ist Grundvoraussetzung für eine mögliche Nominierung zu den Olympischen Spielen, Paralympischen Spielen oder internationalen Meisterschaften. Darüber hinaus enthält die Athletenvereinbarung regelmäßig weitere Elemente, wie die Festlegung einzelner Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, insbesondere hinsichtlich der Vermarktungsrechte einer Person, sowie Regelungen zur Streitbeilegung.¹⁴

¹² Adolphsen, Jens/Hoefler, Bernd/Nolte, Martin, Verbandsrecht und Satzungsrecht, in: Adolphsen, Jens/Nolte, Martin/Lehner, Michael/Gerlinger, Michael, Sportrecht in der Praxis, Stuttgart, 2012, S. 65 ff.

¹³ Vgl. zur Rechtsnatur eines solchen Vertrages Heermann, Verbandsautonomie im Sport – Bestimmung der rechtlichen

Grenzen unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts, Neue Schriften zum Zivilrecht, Band 12, Baden-Baden, 2022, Rn. 46, m.w.N.

¹⁴ Vgl. zur Geltung des Sportverbandsrecht Adolphsen, Jens/Hoefler, Bernd/Nolte, Martin, Verbandsrecht und Satzungsrecht, in: Adolphsen, Jens/Nolte, Martin/Lehner, Michael/Gerlinger, Michael, Sportrecht in der Praxis, Stuttgart, 2012, S. 67 f.

C. Besondere Herausforderungen des Sportrechts

Der Sport sieht sich besonderen Herausforderungen und spezifischen Gefahren ausgesetzt. Diese bedrohen die Integrität und somit den zentralen Wert des Sports. Die Chancengleichheit im Sport und das Fairplay, die Ergebnisoffenheit unbeeinflusster Wettkämpfe sowie die Bekämpfung jeglicher Formen interpersonaler Gewalt sind das Fundament für die Glaubwürdigkeit des Sports und bilden die Grundlage für seinen Schutz und seine Förderung durch Staat und Gesellschaft. Deshalb sind alle Bedrohungen für die Integrität entschieden abzuwehren.

I. Dopingbekämpfung

Zu den größten Bedrohungen der Integrität des Sports gehört Doping. Deshalb ist dessen Bekämpfung ein zentrales Anliegen des organisierten Sports. Sie findet weltweit und sportartübergreifend statt und dient der Gesundheit von Athlet*innen, der Sicherung eines fairen Leistungsvergleichs sowie der Chancengleichheit im Wettkampf.

Die Bekämpfung von Doping liegt in gemeinsamer Verantwortung von Sport und Staat. Ihre normativen Grundlagen findet die Dopingbekämpfung daher sowohl im sportverbandlichen Regelwerk der ersten Säule des Sportrechts (*Lex sportiva*) als auch im (zwischen-)staatlichen Recht, der zweiten Säule des Sportrechts (*Lex extra sportiva*).

1. Dopingbekämpfung durch den Sport

Entsprechend dem Prinzip der Selbstregulierung (Autonomie) trifft den organisierten Sport eine originäre Verantwortung für die Verteidigung und den Schutz der sportimmanenten Werte, die durch Doping gefährdet sind. Seiner Verantwortung im Kampf gegen Doping ist der Sport durch Gründung von Institutionen, die für die Bekämpfung von Doping zuständig sind, den Erlass von Anti-Doping-Bestimmungen sowie der Etablierung eines weltweiten Kontroll- und Sanktionensystems nachgekommen.

Als Teil des organisierten Sports unterliegt die sportverbandliche Dopingbekämpfung dessen Regeln und Prinzipien. Insbesondere gelten auch im sportverbandlichen Anti-Doping-Kampf das Pyramidalprinzip sowie das Ein-Platz-Prinzip. An der Spitze der (internationalen) Dopingbekämpfung steht die Welt Anti-

Doping Agentur (WADA), die im Jahre 1999 gegründet wurde.¹⁵ Seit 2003 existiert zudem ein weltweit einheitliches Regelwerk zur Dopingbekämpfung, der Welt Anti-Doping Code (WADC). Dieser wird regelmäßig überarbeitet und aktualisiert. Dessen jüngste Fassung ist am 01. Januar 2021 in Kraft getreten.¹⁶

Die Umsetzung der internationalen Vorgaben auf nationaler Ebene erfolgt durch die Nationalen Anti-Doping-Agenturen. In Deutschland ist die Stiftung Nationale Anti-Doping Agentur Deutschland (NADA) die maßgebliche Instanz für die Bekämpfung von Doping im Sport. Seit ihrer Gründung im Jahre 2002 ist die NADA insbesondere zuständig für die Prävention von Doping im Sport, die Errichtung eines Doping-Kontroll-Systems im Deutschland und die Durchführung von Dopingkontrollen, die Einrichtung eines nationalen Schiedsgerichts zur Sanktionierung von Dopingverstößen sowie die medizinische und juristische Beratung von Verbänden und Athlet*innen.¹⁷ Die Umsetzung der Anti-Doping-Regeln auf nationaler Ebene erfolgt durch Erlass des Nationalen Anti-Doping Codes (NADC) als dem wichtigsten, sportartübergreifenden Regelwerk zur Bekämpfung von Doping im Sport in Deutschland. Um die Sportler*innen unmittelbar an die geltenden Anti-Doping-Regularien zu binden, erlassen die Nationalen Sportfachverbände eigene Anti-Doping-Regeln, die inhaltlich mit dem höherrangigen NADC und WADC übereinstimmen. Der NADC enthält insbesondere die Definitionen der einzelnen Dopingverstöße, Beweisregeln, Verfahrensbestimmungen zur Durchführung von Dopingkontrollen, Ermittlungen, Analysen von Proben und Ergebnismanagement sowie die Festlegung von Sanktionen, Vorschriften zum Disziplinar- und Rechtsbehelfsverfahren und den Grundsätzen von Vertraulichkeit und Information.¹⁸

a) Dopingverstöße

Die häufigsten Dopingverstöße sind solche nach Art. 2.1 NADC, also das Vorhandensein einer verbotenen Substanz, ihrer Metaboliten oder Marker in der Probe einer*s Athlet*in.¹⁹ Maßgeblich für die Bestimmung, ob eine Substanz oder eine Methode verboten ist oder nicht, ist dabei die *Prohibited List* (Verbotsliste) der

¹⁵ <https://www.wada-ama.org/en/who-we-are> (letzter Abruf: 07.10.2022).

¹⁶ <https://www.wada-ama.org/en/resources/world-anti-doping-program/world-anti-doping-code> (letzter Abruf: 07.10.2022).

¹⁷ <https://www.nada.de/nada/organisation> (letzter Abruf: 07.10.2022).

¹⁸ <https://www.nada.de/recht/nadc> (letzter Abruf: 07.10.2022)

¹⁹ Bechtel, Caroline/Nolte, Martin, Nationaler Anti-Doping Code – Eine faktenbasierte Evaluierung der Entwicklungen, Kölner Studien zum Sportrecht, Institut für Sportrecht, Band 15, Köln, 2021, S. 111.

WADA. Diese unterscheidet Substanzen insbesondere nach ihrer Wirkung und legt verschiedene Substanzkategorien fest. So ist beispielsweise zwischen spezifischen und nicht-spezifischen Substanzen (und Methoden) zu unterscheiden, sowie Substanzen und Methoden, die nur innerhalb eines Wettkampfs verboten sind und solchen, die zu allen Zeiten (also innerhalb und außerhalb eines Wettkampfs) verboten sind. Seit Inkrafttreten des NADC21 bilden Suchtmittel eine neue, eigene Substanzkategorie. In diesem Zusammenhang sind auch etwaige medizinische Ausnahmegenehmigungen (TUE) zu berücksichtigen. Ist ein*er Athlet*in im Besitz einer gültigen TUE, so stellt das Vorhandensein einer verbotenen Substanz keinen Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen dar.

Allerdings bedarf es nicht immer des Vorliegens oder Auffindens einer Dopingsubstanz im Körper eines*r Athlet*in, um einen Dopingverstoß anzunehmen. Vielmehr können auch andere Tatbestände und Handlungsweisen einen Dopingverstoß begründen. Hierzu gehören beispielsweise der Verstoß gegen Meldepflichten oder das Versäumen von Dopingkontrollen (Art. 2.4 NADC). Auch die unzulässige Einflussnahme auf das Dopingkontrollverfahren oder deren Versuch (Art. 2.5 NADC), der verbotene Umgang von Athlet*innen mit gesperrten Trainer*innen (Art. 2.10 NADC) oder die Bedrohung von Personen, um diese von der Informationsweitergabe über Dopingvergehen abzuhalten (Art. 2.11 NADC), sind sanktionsbewehrte Dopingverstöße. Das Vorliegen eines Dopingverstoßes geht somit über das Vorhandensein einer verbotenen Substanz im Körper von Athlet*innen hinaus. Die verbotenen Verhaltensweisen sind abschließend in Art. 2.1 bis Art. 2.11 NADC geregelt.

b) Beweislast und Beweismaß

Die Maßstäbe für den Nachweis eines Dopingverstoßes (Beweislast und Beweismaß) sind ihrerseits in Art. 3 NADC geregelt. Tatsachen und Vermutungen können dabei grundsätzlich durch jegliche verlässliche Beweismittel, wie beispielsweise das Geständnis von Athlet*innen, Zeugenaussagen oder Daten aus Dopingproben nachgewiesen werden. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Prinzip der *Strict Liability*. Danach besteht eine unbedingte Verantwortlichkeit von Athlet*innen für jede verbotene Substanz, die in ihrer Probe gefunden wird. Es ist daher nicht erforderlich, dass den Athlet*innen Vorsatz, Verschulden, Fahrlässigkeit oder bewusster Gebrauch über das Vorhandensein einer verbotenen Sub-

stanz in der Probe hinaus nachgewiesen wird, um einen Dopingverstoß verfolgen zu können. Allerdings können die Athlet*innen nachweisen, dass ihn/sie kein oder nur geringes Verschulden trifft, um eine Minderung der Sanktionen zu erreichen. Außerdem sind die eben dargestellten Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Substanzkategorien (spezifische Substanz, nicht-spezifische Substanz, Suchtmittel) für den Nachweis eines Dopingverstoßes sowie die zu verhängenden Sanktionen besonders relevant.

c) Dopingkontrollverfahren

Das Dopingkontrollverfahren besteht aus mehreren Abschnitten von der Kontrollplanung bis zum Ergebnismanagement-/Disziplinarverfahren und Rechtsbehelfsverfahren. Bei den Dopingkontrollen ist insbesondere zwischen Trainingskontrollen und Wettkampfkontrollen zu unterscheiden. Dabei ist die NADA gemäß Art. 5.2.1 NADC grundsätzlich zuständig für die Organisation und Durchführung von allen Dopingkontrollen in Deutschland. Die Durchführung von Dopingkontrollen richtet sich dabei in erster Linie nach der Dopingprävalenz einer Sportart sowie dem Leistungsniveau der Sportler*innen. Im Rahmen einer Dopingkontrolle kann die NADA entweder Urin- oder Blutproben entnehmen, deren Analyse in einem von der WADA akkreditierten Labor erfolgt.

Das Ergebnismanagement dient in erster Linie der Ermittlung, ob ein Dopingverstoß nach Vorliegen eines Dopingbefundes in einer Probe gegeben ist. Das Ergebnismanagementverfahren wird in der Regel von der NADA durchgeführt. In diesem Zusammenhang wird insbesondere geprüft, ob eine gültige medizinische Ausnahmegenehmigung vorliegt, ob offensichtliche Fehler bei der Dopingkontrolle oder der Analyse der Dopingprobe begangen wurden oder ob die Informations- und Aufklärungspflichten eingehalten wurden. Trifft einer oder mehrere dieser Gründe zu, kann ein Dopingverstoß nicht begründet werden und das Ergebnismanagementverfahren wird abgeschlossen. Kommt die NADA nach der Erstüberprüfung hingegen zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorliegt, informiert sie die betroffene Person hierüber, räumt ihr Gelegenheit zur

Stellungnahme ein und weist sie auf ihr Recht zur Öffnung der B-Probe²⁰ hin. Der*Die Athlet*in wird vorläufig suspendiert und es wird ein Disziplinarverfahren eingeleitet.

Das Disziplinarverfahren wird entweder durch ein verbandseigenes Gremium des zuständigen Sportfachverbandes oder durch ein unabhängiges Schiedsgericht, beispielsweise das Deutsche Sportschiedsgericht, durchgeführt. Es dient der abschließenden Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorliegt, sowie der Entscheidung über die Sanktionierung. Grundsätzlich muss das Disziplinarverfahren durch unabhängige und unparteiliche Schiedsrichter*innen durchgeführt und entschieden werden. Es ist innerhalb eines angemessenen Zeitraums durchzuführen, was gerade im schnelllebigen Sport wichtig ist, und muss für Athlet*innen und andere betroffene Personen finanziell zugänglich sein.

d) Sanktionen und Konsequenzen

Die möglichen Sanktionen und Konsequenzen für einen Dopingverstoß ergeben sich aus den Art. 9, 10 und 11 NADC. Sie beschreiben ein detailliertes Sanktionssystem und enthalten einen abschließenden Sanktionskatalog. Die im Einzelfall zu verhängende Sanktion hängt dabei in erster Linie von der Art des Verstoßes ab. Für jeden einzelnen Verstoß (Art. 2.1 bis Art. 2.11 NADC) sieht der Katalog des Art. 10 NADC konkret definierte Sanktionen vor. Dies sind insbesondere die Annullierung von Wettkampfergebnissen, die Sperre, die Verwarnung sowie finanzielle Konsequenzen und die Veröffentlichung der Entscheidung über die Sanktion.

2. Dopingbekämpfung durch den Staat

Neben dem Sport als primärem Hauptverantwortlichen trägt auch der Staat eine sekundäre Mitverantwortung für eine effektive Dopingbekämpfung. Diese beruht auf den Vorschriften des (zwischen-)staatlichen Rechts, insbesondere auf der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz betroffener Rechtspositionen sowie völkerrechtlichen Verträgen (Europarat, UNESCO), in welchen sich die unterzeichnenden Staaten zur Dopingbekämpfung (selbst)verpflichtet haben. Zu den betroffenen Rechtsgütern gehören neben der individuellen Gesundheit

von Athlet*innen die Volksgesundheit sowie Vermögensinteressen insbesondere von Konkurrent*innen dopender Athlet*innen und Sportveranstaltern. Hinzu kommt schließlich, dass die Staaten zunehmend auch originäre sportverbandliche Werte (*Fair Play* und Chancengleichheit sowie die Integrität des Sports) zu staatlichen Schutzgütern erklären und auch insofern eine Mitverantwortung zu deren Verteidigung durch die Vorbeugung und Bekämpfung von Doping übernehmen. Seit dem 01. Januar 2015 gilt schließlich das AntiDopG, das die bisherigen arzneimittelrechtlichen Vorschriften des AMG inkorporiert und diese um weitere substanzielle Bestimmungen gegen Doping ergänzt.²¹

a) Zwecke des Anti-Doping-Gesetzes

Das AntiDopG ist dabei auf vier Einzelzwecke gerichtet: (1) die Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die (2) Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, (3) die Fairness und Chancengleichheit zu sichern und damit (4) zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen. Bekämpft werden sollen sowohl der Einsatz von Dopingmittel als auch von Dopingmethoden und zwar im gesamten Sport. § 1 AntiDopG erstreckt sich somit gleichermaßen auf den Leistungs- und Spitzensport sowie den Breiten- und Freizeitsport. Darüber hinaus dient das AntiDopG dem individuellen Schutz der Gesundheit von sporttreibenden Personen, die von der Anwendung von Doping betroffen sind. Das körperliche Wohlergehen von Sportler*innen soll gewahrt und erhalten werden. Der Schutz der Volksgesundheit ist hingegen kein explizites Anliegen des AntiDopG. Gleichzeitig bezweckt das AntiDopG die Sicherung der Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben. Auf diese Weise werden die ethisch-moralische Grundwerte des Sports geschützt und die Voraussetzungen für einen gerechten Leistungsvergleich im sportlichen Wettbewerb durch Einhaltung und Anerkennung der geltenden Regeln gewahrt. Dies gilt für jede Sportveranstaltung, bei der die Teilnehmer*innen gegeneinander antreten, um ihre Leistungen miteinander zu messen und der*die Beste einen Preis erhält. Dadurch soll ein Beitrag zur Erhaltung der Integrität des Sports geleistet werden. Ziel ist

²⁰ Der bei einer Dopingkontrolle abgegebene Urin wird auf zwei Proben verteilt: Die A-Probe und die B-Probe. Beide Flaschen werden versiegelt, um Manipulationen auf dem Weg in das Labor auszuschließen. Die B-Probe muss mindestens 30ml fassen und wird versiegelt im Labor aufbewahrt. Sie wird nur dann untersucht, wenn die A-Probe ein

positives Analyseergebnis aufweist und die Athletin bzw. der Athlet eine weitere Analyse verlangt. Vgl. hierzu <https://www.gemeinsam-gegen-doping.de/wissenscenter/b> (letzter Abruf: 20.10.2022)

²¹ BT-Drs. 18/4898, S. 2, 22; § 1 AntiDopG.

somit der Schutz des Ansehens des Sports in der Öffentlichkeit und die Bewahrung des Sports vor negativen Einflüssen, um dessen Glaub- und Vertrauenswürdigkeit zu sichern.²²

b) Regelungen

Dies geschieht im AntiDopG durch den Erlass von Verbotsnormen, die solche Handlungen und Verhaltensweisen unter Strafe stellen, die den Zielen des AntiDopG zuwiderlaufen. Die Verbote sind in § 2 und § 3 AntiDopG normiert. Dabei richtet sich § 2 AntiDopG gegen das Umfeld der Athlet*innen. Es verbietet in erster Linie Handlungen, die der Herstellung und Verbreitung von Dopingmitteln (und Dopingmethoden) dienen. Maßgeblich für die Beurteilung, was Dopingmittel und Dopingmethoden sind, ist dabei im Wesentlichen die Verbotsliste der WADA.²³ Die Verbotsnorm des § 3 AntiDopG stellt ihrerseits erstmalig das Selbstdoping unter Strafe. Demnach ist es Athlet*innen untersagt, Dopingmittel oder Dopingmethoden an sich selbst anzuwenden oder anwenden zu lassen. Eine Strafbarkeit nach § 3 AntiDopG folgt allerdings nur, wenn keine medizinische Indikation vorliegt, die die Anwendung des Dopingmittels oder der Dopingmethode im Einzelfall zu rechtfertigen vermag und dementsprechend eine Strafbarkeit ausschließt. Auch muss dem*der Athlet*in bewusst sein, dass er*sie dopt und dies zu einem Vorteil in einem Wettbewerb des organisierten Sports führt. Schließlich beschränkt § 4 Abs. 7 AntiDopG die Strafbarkeit wegen Selbstdopings nach § 3 AntiDopG auf Spitzensportler*innen und Personen, die aus der sportlichen Betätigung unmittelbar oder mittelbar erhebliche Einnahmen erzielen.²⁴

Das AntiDopG hält aber auch noch weitere Regelungen vor. So werden in § 7 AntiDopG Hinweispflichten von Pharmaunternehmen statuiert, in § 8 AntiDopG wird der Informationsaustausch zwischen den sportverbandlichen und staatlichen Akteuren im Anti-Doping-Kampf geregelt, die §§ 9 und 10 AntiDopG normieren den Umgang mit personenbezogenen Daten sowie Gesundheitsdaten und § 11 AntiDopG sieht die Schiedsgerichtsbarkeit als präferierten Streitbeilegungsmechanismus im Sport vor. Diese Regelungen betreffen verschiedene Aspekte des Anti-Doping-

Kampfes, der durch die Verantwortungsteilung zwischen Sport und Staat geprägt ist. Durch diese Regelungen soll die Dopingbekämpfung insgesamt gestärkt werden, um die Gesundheit der Sportler*innen zu schützen und die ethisch-moralischen Werte des Sports zu sichern.²⁵

II. Spielmanipulation

Neben Doping gefährden auch Sport- und Spielmanipulationen, Wettbetrügereien sowie korrupte Praktiken die Integrität des organisierten Sports. Dessen Eigenbemühungen finden ihren Ausdruck in den sportverbandlichen Regelwerken. Die staatliche Mitverantwortung zum Schutze der betroffenen Rechtsgüter zeigt sich an internationalen sowie nationalen Rechtsnormen.

1. Sportverbandliche Regelwerke

Entsprechende sportverbandliche Regelungen gibt es in erster Linie im Fußball, aber auch im Eishockey oder im Basketball. Im Mittelpunkt der Vorschriften des Deutschen Fußball-Bundes gegen Spielmanipulation steht dessen ausdrückliches Verbot gemäß § 6a seiner Rechts- und Verfahrensordnung (RuVO). Danach ist es Spieler*innen, Schiedsrichter*innen, Trainer*innen sowie Funktionsträger*innen untersagt, durch eine unbefugte Beeinflussung auf den Verlauf, das Ergebnis oder einen Wettbewerb einzuwirken, um sich einen Vorteil zu verschaffen. Hierbei ist es erforderlich, dass die unbefugte Beeinflussung auch in der Absicht geschieht, sich oder einem anderen einen Vorteil zu verschaffen. Von einer Spielmanipulation nach § 6a RuVO ist ein „einfaches“ unsportliches Verhalten abzugrenzen, bei dem in erster Linie ein rein sportlicher Vorteil angestrebt wird. Darüber hinaus enthält § 1 Ziff. 2 Satz 1 RuVO ein Wettverbot, wonach es Spieler*innen, Trainer*innen und Funktionsträger*innen untersagt ist, auf Gewinnerzielung gerichtete Sportwetten auf Fußballspiele, an denen ihre Mannschaften beteiligt sind, abzuschließen. Für Schiedsrichter*innen ergibt sich ein entsprechendes Verbot aus § 1 Ziff. 3 RuVO.

2. Staatliches Recht

Im staatlichen Recht existieren seit dem 19. April 2017 spezielle Verbote des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB)

²² Nolte, Martin, § 1 Zweck des Gesetzes, in: Lehner, Michael/Nolte, Martin/Putzke, Holm (Hrsg.), Anti-Doping-Gesetz, Baden-Baden, 2017, S. 44 f., 50 ff.

²³ Striegel, Heiko, § 2 Unerlaubte Dopingmittel und Dopingmethoden, in: Lehner, Michael/Nolte, Martin/Putzke,

Holm (Hrsg.), Anti-Doping-Gesetz, Baden-Baden, 2017, S. 70, 72 ff.

²⁴ Putzke, Holm, § 3 Selbstdoping, in: Lehner, Michael/Nolte, Martin/Putzke, Holm (Hrsg.), Anti-Doping-Gesetz, Baden-Baden, 2017, S. 96 ff.

²⁵ BT-Drs. 18/4898, S. 2, 17.

und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB). Damit will der Gesetzgeber nicht nur fremdes Vermögen, sondern auch die Integrität des Sports schützen.²⁶ Verboten sind daher Manipulationsabsprachen bei Sportwettbewerben, bei denen eine Wette abgeschlossen werden soll (§ 265c StGB). Um einen möglichst umfassenden Schutz vor Sportwettbetrug zu gewährleisten, erstreckt sich das Verbot auf sämtliche Sportwettbewerbe, unabhängig vom Leistungsniveau und Professionalisierungsgrad der teilnehmenden Athlet*innen. Demgegenüber ist das Verbot der Spielmanipulation auf berufssportliche Wettbewerbe im Sinne des § 265d Abs. 5 StGB begrenzt. Diese Einschränkung wird insbesondere damit begründet, dass der Sinn des Strafrechts darin liegt, *Ultima Ratio* im System normativer Sozialkontrolle zu sein und somit nicht bei jeglicher – auch niederschwelliger, wenngleich wettbewerbswidriger – Beeinflussung von Sportwettbewerben zur Anwendung kommen soll. Vielmehr ergibt sich die Strafwürdigkeit eines solchen Verhaltens in besonderem Maße bei hochklassigen Wettbewerben, an denen Sportler*innen mit Vorbildcharakter teilnehmen.

Integritätsschützende Wettverbote sind schließlich auch im staatlichen Glücksspielrecht normiert. Diese dienen nicht nur der Bekämpfung und Sanktionierung betrügerischer Machenschaften im Kontext von Sportwetten, sondern vor allem auch deren Vorbeugung. Es soll bereits das Entstehen von Gefahren für die Integrität des Sports vermieden werden. Maßgeblich ist dabei § 21 des Glücksspielstaatsvertrags (GlückStV), der die Zulässigkeit von Sportwetten regelt. Danach können zwar Sportwetten als Kombinationswetten oder Einzelwetten auf den Ausgang von Sportereignissen oder Abschnitten von Sportereignissen (Ergebniswetten) sowie auf einzelne Vorgänge während des Sportereignisses oder auf eine Kombination solcher Vorgänge (Ereigniswetten) erlaubt werden.²⁷ Allerdings sind Sportwetten, die in erheblichem Maße anfällig für Manipulationen sind oder die die Integrität des sportlichen Wettbewerbs gefährden, stets unzulässig.²⁸

III. Gewaltprävention

Auch Gewalt bedroht die Integrität des Sports. Sie verletzt elementare (Grund-)Rechte und ist sowohl anlässlich von Sportveranstaltungen sowie innerhalb des

Sports mit aller Entschiedenheit zu verhindern und zu verfolgen.

1. Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen

Gewaltausschreitungen anlässlich von Sportveranstaltungen treten insbesondere bei Fußballspielen in Gestalt sog. physischer Fangewalt auf. Deren Abwehr liegt wiederum in gemeinsamer/geteilter Veranstaltung staatlicher sowie sportverbandlicher Akteure. Zu den staatlichen Maßnahmen gehören beispielsweise die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten von gewaltbereiten Personen, die Feststellung von Personalien, die Anordnung von Platzverweisen oder die Ingewahrsamnahme. Darüber hinaus kann die Polizei Personen durchsuchen und gefährliche Gegenstände sicherstellen. In jedem Fall bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, um entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Zudem müssen die Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen.

Allerdings besitzt der Staat kein Sicherheits- und Präventionsmonopol. Neben dem Staat als Hauptverantwortlichem trägt auch der Sport eine Mitverantwortung zur Sicherheitsgewähr bei Sportgroßveranstaltungen, welche in erster Linie aus zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten erwächst. So sind die Sportvereine und Veranstalter von Sportgroßereignissen in erster Linie verantwortlich für die Abwehr von Gefahren in den Stadien. Hinzu kommen weitere Maßnahmen zur Vorbeugung und Prävention von Gewalt im Sport.²⁹

2. Interpersonale Gewalt im Sport

Darüber hinaus rückt interpersonale Gewalt innerhalb des Sports zunehmend in den Fokus von Öffentlichkeit und Politik. Sie tritt in verschiedenen (physischen, psychischen und sexualisierten) Formen insbesondere im Kontext von Beziehungen auf, die durch besondere Verantwortungs-, Vertrauens- oder Machtverhältnisse gekennzeichnet sind. Betroffen sind somit in erster Linie innerfamiliäre Beziehungen zwischen Eltern und

²⁶ BT-Drs. 18/8831, S. 1, 10.

²⁷ § 21 Abs. 1 GlückStV 2021.

²⁸ § 21 Abs. 1a GlückStV 2021.

²⁹ Vgl. zu alledem *Nolte, Martin*, Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen durch staatliche Ordnungsbe-

hörden und den ausrichtenden Verein, in: Württembergischer Fußballverband (Hrsg.), Verantwortlichkeiten und Haftung im Sport, Tagungsband des WFV-Sportrechtsseminars vom 24. bis 26. September 2010 in Wangen/Allgäu, Baden-Baden 2012, S. 55 ff.

Kindern sowie Beziehungen zwischen Trainer*innen und Sportler*innen.³⁰

Zur Abwehr der Gefahren für Gewaltanwendung ist der Staat durch grundrechtliche Schutzpflichten verpflichtet. Er hat An- und Übergriffe auf die (körperliche und psychische) Gesundheit sowie die Selbstbestimmung von (insbesondere minderjährigen) Sportler*innen abzuwehren und zu verfolgen. Private Sportorganisationen haben demgegenüber zivilrechtliche Fürsorge-, Obhuts- und Garantenpflichten gegenüber ihren (insbesondere minderjährigen) Mitgliedern sowie Teilnehmer*innen an Sportaktivitäten.³¹ Zu diesen Zwecken dienen die Prävention, Intervention und Aufarbeitung von Fällen interpersonaler Gewalt. Diese Aufgaben liegen in gemeinsamer Verantwortung sportverbandlicher und staatlicher Akteur*innen. Im Bereich der sexualisierten Gewalt existieren zahlreiche Angebote für Betroffene. Dabei sind die horizontalen und vertikalen Strukturen in Deutschland zur Prävention, Intervention und Aufarbeitung bei sexualisierter Gewalt (im Sport) komplex und miteinander verzahnt: Es gibt sportverbandliche bzw. sportnahe Strukturen, allgemeine, nicht sportspezifische private Einrichtungen sowie staatliche Stellen vornehmlich zur Prävention und Intervention bei sexualisierter Gewalt auf den Ebenen des Bundes, der Länder sowie der Kommunen mit vielfältigen Formen kooperativer Zusammenarbeit.³²

D. Schiedsgerichtsbarkeit im Sport

Rechtsstreitigkeiten müssen nicht immer von staatlichen Gerichten entschieden werden. Die Parteien können sich entscheiden, eine Streitigkeit zunächst einvernehmlich beizulegen und eine außergerichtliche Einigung zu finden. Darüber hinaus können die Parteien sich auf alternative Streitbeilegungsmethoden verständigen. Als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit steht den Parteien insbesondere die Schiedsgerichtsbarkeit zur Verfügung.

I. Schiedsgerichtsbarkeit

Das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit dient der Durchsetzung von Rechtspositionen und ist als eine

dem staatlichen Rechtsschutz gleichwertige Alternative anerkannt. Sie findet ihre einfachgesetzliche Legitimation in der Zivilprozessordnung (§§ 1025 ff. ZPO) sowie in bi- und multilateralen völkerrechtlichen Verträgen. Im Rahmen von institutionellen Schiedsverfahren erfolgt die Durchführung der Verfahren nach der Verfahrensordnung der jeweils zuständigen Institution. Grundvoraussetzung für die Inanspruchnahme eines Schiedsgerichts ist eine Schiedsvereinbarung der Parteien, in der sich diese auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts verständigen. Dabei verzichten die Parteien auf ihren verfassungsrechtlich garantierten Justizgewährungsanspruch und schließen den ordentlichen Rechtsweg aus. Ein Urteil auf dem Wege des ordentlichen Rechtswegs zu erlangen, dauert oftmals länger als die Entscheidungsfindung im Schiedsverfahren. Daher ist das Schiedsverfahren vor allem für den Sport attraktiv, da hier eine schnelle Entscheidungsfindung oftmals unverzichtbar ist (bspw. Streit um Nominierung für ein Turnier, dass in wenigen Wochen bevorsteht). Auch ermöglicht das Schiedsverfahren die Entscheidungsfindung durch fachkompetente Schiedsrichter, die auf die Besonderheiten des Sportes eingehen können.

Das Schiedsgericht hat bei der Durchführung des Verfahrens die grundlegenden Verfahrensgrundrechte der Parteien zu beachten und einzuhalten. Die Entscheidung des Rechtsstreits erfolgt durch einen Schiedsspruch, der die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils hat und somit nicht mehr angefochten werden kann. Eine Aufhebung des Schiedsspruches ist nur bei erheblichen Verfahrensfehlern gemäß § 1059 ZPO möglich. Eine inhaltliche Überprüfung eines Schiedsspruchs durch staatliche Gerichte ist somit nicht vorgesehen.³³

Die Sportschiedsgerichtsbarkeit ist dem Bereich der Handels- und Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit zuzurechnen und dient der Entscheidung und Beilegung von Streitigkeiten mit Bezug zum Sport. Erfasst werden dabei grundsätzlich sämtliche sportrechtliche

³⁰ Vgl. zu Begriff und Erscheinungsformen interpersonaler Gewalt insbesondere den Abschlussbericht des Forschungsverbundes der Deutschen Sporthochschule Köln, des Universitätsklinikums Ulm und der Bergischen Universität Wuppertal im Rahmen der Studie „SicherImSport“, abrufbar unter <https://www.dshs-koeln.de/aktuelles/meldungen-pressemittelungen/detail/meldung/wie-sicher-ist-der-verbands-und-vereins-sport/> bzw. <https://www.uni-wuppertal.de/de/news/detail/forschungsprojekt-sicherimsport-praesentiert-abschlussbericht/> (letzter Abruf: 07.10.2022).

³¹ Nolte, Martin/Merkens, Kristina, Einrichtung für sicheren und gewaltfreien Sport – Eine Machbarkeitsstudie, Kölner Beiträge zum Sportrecht, Band 12, Köln, 2022, S. 8.

³² Nolte, Martin/Merkens, Kristina, Einrichtung für sicheren und gewaltfreien Sport – Eine Machbarkeitsstudie, Kölner Beiträge zum Sportrecht, Band 12, Köln, 2022, S. 15 ff.

³³ Bechtel, Caroline, Das Deutsche Sportschiedsgericht – Organisation, Verfahren, Entscheidungen, Kölner Studien zum Sportrecht, Band 13, Köln, 2019, S. 19 ff.

Streitigkeiten, wie beispielsweise Sponsoring-, Lizenz- oder Nominierungsstreitigkeiten. Dabei ist innerhalb der Sportschiedsgerichtsbarkeit zwischen Vereins- und Verbandsgerichten einerseits und sog. „echten“ Schiedsgerichten andererseits zu unterscheiden. Als vereins- oder verbandsinterne Organe sind solche „unechten“ Schiedsgerichte in die jeweilige Vereins- oder Verbandsstruktur eingegliedert. Sie sind somit Teil des jeweiligen Vereins oder Verbandes und als solche naturgemäß nicht unparteilich und unabhängig. „Echte“ Sportschiedsgerichte agieren hingegen unabhängig von den Parteien und sind diesen gegenüber neutral. Vor diesem Hintergrund besitzen ihre Entscheidungen (Schiedssprüche) eine andere rechtliche Qualität als die von „unechten“ Schiedsgerichten und haben die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Entscheidungen von Vereins- und Verbandsgerichten können indes vollumfänglich – auch inhaltlich - von staatlichen oder von „echten“ Schiedsgerichten überprüft werden.³⁴

Von besonderer Bedeutung ist das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich der Dopingbekämpfung. Sie stellt das bevorzugte Mittel zur Beilegung von Dopingstreitigkeiten dar und dient damit dem übergeordneten Ziel der Harmonisierung und Koordinierung des Anti-Doping-Kampfes. Anders als bei nicht-dopingbezogenen Streitigkeiten, ist bei Anti-Doping-Verfahren ein Instanzenzug vorgesehen. Letzte Instanz ist der *Internationale Sportschiedsgerichtshof CAS* in Lausanne. Auf diese Weise soll die weltweit einheitliche Anwendung der Dopingregeln gesichert werden.³⁵

II. Institutionen der Sportschiedsgerichtsbarkeit

Im Sport existieren zahlreiche Institutionen, die sich der Beilegung von Streitigkeiten widmen. Sie sind auf nationaler und internationaler Ebene angesiedelt und sehen für verschiedene Streitigkeiten unterschiedliche Verfahrensarten vor.

Auf nationaler Ebene ist insbesondere das Deutsche Sportschiedsgericht zu nennen. Dieses ist bei der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) angesiedelt und somit eine vom organisierten Sport unabhängige und selbständige Einrichtung. Das deutsche Sportschiedsgerichts dient sowohl der Beilegung

von Anti-Doping-Streitigkeiten als auch sportbezogenen Wirtschaftsstreitigkeiten. Die Durchführung von Schiedsverfahren vor dem Deutschen Sportschiedsgericht richtet sich dabei nach dessen Verfahrensordnung, der DIS-Sportschiedsgerichtsordnung (DIS-SportSchO). Neben allgemeinen Bestimmungen enthält sie auch Sonderbestimmungen zur Durchführung von Rechtsmittelschiedsverfahren sowie für Anti-Doping-Streitigkeiten. Darin sind die wesentlichen Verfahrensschritte geregelt, wie beispielsweise die Auswahl und die Benennung von Schiedsrichter*innen, die Konstituierung des Schiedsgerichts, die Kosten und die Einreichung und Übersendung von Dokumenten und Schriftsätzen. Das Verfahren endet meist durch einen Schiedsspruch.³⁶

Auf internationaler Ebene ist der Internationale Sportschiedsgerichtshof (*Court of Arbitration for Sport* (CAS)) als „Weltschiedsgericht“ von überragender Bedeutung. Dieses hat seinen Sitz in Lausanne (Schweiz) und hat zum 30. Juni 1984 seine Tätigkeit aufgenommen. Das höchste Organ des CAS ist der *International Council of Arbitration for Sport* (ICAS), dessen Zweck darin besteht, die Beilegung von sportbezogenen Streitigkeiten mittels Schieds- oder Mediationsverfahren zu ermöglichen sowie die Unabhängigkeit des CAS zu wahren. Das zweite Organ, der *Court of Arbitration for Sport* (CAS), ist der eigentliche Schiedsgerichtshof und zuständig für die Beilegung von sportbezogenen Streitigkeiten mittels Schiedsverfahren und Mediationsverfahren. Innerhalb des CAS existieren drei Abteilungen: (1) Die *Ordinary Arbitration Division* ist für die Konstituierung von Schiedsgerichten zur Durchführung von erstinstanzlichen Schiedsverfahren zuständig. (2) Der *Appeals Arbitration Division* obliegt es, Schiedsgerichte für die Durchführung von Berufungsverfahren zu bilden. (3) Die dritte Abteilung, die *Anti-Doping Division* (CAS ADD), wurde errichtet, um Anti-Doping-Streitigkeiten beizulegen, die erstinstanzlich beim CAS geführt werden. Dabei existiert für jede Abteilung eine eigene Verfahrensordnung: Die Durchführung von erstinstanzlichen Schiedsverfahren und Berufungsverfahren in allgemeinen sportbezogenen Streitigkeiten sind in zwei Unterabschnitten (Art. R37 bis R46 und Art. R47 bis R59) des zweiten Teils des

³⁴ Bechtel, Caroline, Das Deutsche Sportschiedsgericht – Organisation, Verfahren, Entscheidungen, Kölner Studien zum Sportrecht, Band 13, Köln, 2019, S. 23 ff.

³⁵ Bechtel, Caroline, Das Deutsche Sportschiedsgericht – Organisation, Verfahren, Entscheidungen, Kölner Studien zum Sportrecht, Band 13, Köln, 2019, S. 16 f.

³⁶ Vgl. zum Deutschen Sportschiedsgerichts sowie zu seiner Verfahrensordnung <https://www.dis-sportschiedsgericht.de/> (letzter Abruf: 07.10.2022)

Code of Sports-related Arbitration (CAS-Code) geregelt. Für Anti-Doping-Streitigkeiten gelten die Arbitration Rules der *CAS Anti-Doping Division* (CAS-ADD). Darüber hinaus werden sog. *Ad hoc Divisions* eingesetzt, die auf Grundlage der *Arbitration Rules applicable to the CAS ad hoc division for the Olympic Games* entscheiden. Diese Ad-hoc-Schiedsgerichte³⁷ werden speziell für Anti-Doping-Streitigkeiten eingerichtet, die für erstinstanzliche Entscheidungen in Anti-Doping-Streitigkeiten während der Olympischen Spiele zuständig sind. Die Verfahrensordnungen enthalten Regelungen zu den wesentlichen Verfahrensschritten, insbesondere zur Auswahl und Benennung von Schiedsrichter*innen, die Konstituierung des Schiedsgerichts, die Kosten sowie die Einreichung und Übersendung von Dokumenten und Schriftsätzen. Für die Auswahl von Schiedsrichter*innen stellt der CAS mehrere Listen für die unterschiedlichen Verfahrensarten bereit, aus denen die Parteien eine Person als Schiedsrichter*in benennen können. Die Parteien sind bei der Benennung von Schiedsrichter*innen an die vom CAS zur Verfügung gestellten Listen gebunden. Ein vom CAS erlassener Schiedsspruch wird nach Art. R43 CAS-Code grundsätzlich nicht veröffentlicht, es sei denn, dass alle Parteien der Veröffentlichung zustimmen oder die Präsidentin oder der Präsident in der zuständigen Abteilung entscheidet, den Schiedsspruch zu veröffentlichen. Bei Schiedssprüchen, die in Anti-Doping-Streitigkeiten ergehen, soll der Schiedsspruch hingegen regelmäßig veröffentlicht werden, wenn darin eine Sanktion ausgesprochen wurde.³⁸

E. Resümee

Das Sportrecht hat sich in den vergangenen Jahrzehnten dynamisch entwickelt. Die Zunahme von Rechtsfragen im Sport beruht auf der wachsenden Bedeutung des Sports in wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Sicht. Zu den typusprägenden Merkmalen des Sportrechts gehören die Wechselwirkungen zwischen den Sportregeln und den sportrelevanten Normen des (zwischen-)staatlichen Rechts. Diese Grundsätze zeigen sich an der Bekämpfung zentraler Bedrohungen für den organisierten Sport durch Doping, Spielmanipulation und Gewalt in gemeinsamer Verantwortung staatlicher und sportverbandlicher Akteure. Die Zukunft der Sportrechtswissenschaft dürfte

letztlich darin bestehen, beide Säulen gemäß den aktuellen Herausforderungen im Sport sowie den Erkenntnissen aus methodologisch geleiteten Evaluierungen weiterzuentwickeln und dabei eine zeitgemäße Balance zwischen freiheitlicher Regelungsautonomie und dem Geltungsanspruch (zwischen-)staatlichen Rechts zu finden.

³⁷ Schiedsgerichte, die für einen konkreten Fall oder anlässlich von konkreten Sportgroßereignissen gebildet werden und nicht dauerhaft bestehen.

³⁸ Vgl. zur Entstehung und Gründung des CAS <https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of->

[the-cas.html](https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html) (letzter Abruf: 07.10.2022) sowie zu den Verfahren *Arroyo, Manuel* (Hrsg.) *Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide*, Band 2, 2. Auflage, 2018, S. 1419-1431, 1433-1485, 1506-1568

Der Kauf digitaler Inhalte

Von Mag. iur. **Tingting Huang**, LL.M., Marburg*

A. Einleitung

I. Einführung

Aufgrund der COVID-19-Pandemie finden immer mehr Aktivitäten online statt. In dieser Situation stieg die weltweite Internet-Bandbreite im Jahr 2020 um 35 % – der größte Anstieg in einem Jahr seit 2013.¹ In mehreren Industrieländern kaufen acht von zehn Internetnutzern online ein.² Die *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) schätzt, dass der weltweite *E-Commerce*-Umsatz (*Business-to-Business* [B2B] und *Business-to-Consumer* [B2C]) im Jahr 2019 fast 26,7 Billionen Dollar erreicht hat, 4 % mehr als 2018.³ Der europäische Markt für grenzüberschreitenden *B2C-E-Commerce* wuchs im Jahr 2019 prozentual zweistellig auf über 10 Milliarden Euro und könnte sich im Jahr 2022 voraussichtlich nahezu verdoppeln.⁴ „Das Wachstumspotenzial des elektronischen Handels in der Union ist noch nicht voll ausgeschöpft.“⁵ Es wird geschätzt, dass etwa 80 % des Internetverkehrs auf den Konsum bzw. die Benutzung von Videos, sozialen Netzwerken und Spielen zurückzuführen ist.⁶ Deshalb ist es wichtig und unerlässlich, den Kauf digitaler Inhalte (dazu zählen u. a. Videodaten, digitale Spiele und Anwendungen) zu schützen.

Im Jahr 2019 verabschiedete die Europäische Kommission die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DI-RL), die auf den Schutz des Kaufs digitaler Inhalte abzielt. Diese Richtlinie ist einer der vielen digitalisierungsbezogenen Rechtsakte der Europäischen Union (EU) und kann dazu beitragen, die Hindernisse für den grenzüberschreitenden elektronischen Handel im digitalen Binnenmarkt Europas zu beseitigen und einen einheitlichen digitalen Markt der Union aufzubauen. Am 25.06.2021 wurde das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte

der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen⁷ in Deutschland erlassen; es wird am 01.01.2022 in Kraft treten. Das neue Gesetz bezieht sich auf die Kerninhalte des Leistungsstörungenrechts, wie Kriterien für die Feststellung von Produktmängeln und Rechtsbehelfe des Käufers bei Vertragsverletzungen. Dies trägt zur Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus bei. Zudem hat das neue Gesetz auch aufgrund des Änderungsrechts des Unternehmers, der Reglementierung der Bezahlung mit personenbezogenen Daten und Kryptowährungen⁸ sowie anderer Änderungen viel Beachtung gefunden.

II. Problemstellung

Mit der Einführung von digitalen Inhalten in das Zivilrecht stellen sich viele ungeklärte Fragen, die einer eingehenden rechtlichen Beurteilung bedürfen. Zu diesen Fragen zählen etwa die Einordnung der Rechtsnatur von digitalen Inhalten, wie Video- und Audiodateien, E-Books und Anwendungen, die gerade keine Sachen i.S.v. § 90 BGB sind. Es geht aber bspw. auch darum, wie sich der Kauf digitaler Inhalte von dem in §§ 433 ff. BGB geregelten Kaufvertrag unterscheidet. Welche neuen Herausforderungen ergeben sich durch die Einbeziehung personenbezogener Daten als Gegenleistung in den Kauf digitaler Inhalte? Wie ist das neue Gesetz mit dem Urheberrecht und den datenschutzrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen, um den Handel digitaler Inhalte ausreichend zu schützen?

Die Vertragsmäßigkeit beim Kauf von digitalen Inhalten unterscheidet sich in der Struktur nicht von der Vertragsmäßigkeit von klassischen Kaufverträgen nach §§ 434, 435 BGB. Auch beim Kauf von digitalen Inhalten ist das Produkt dann vertragsgemäß, wenn es frei von Produkt- und Rechtsmängeln ist. Einige

* Die *Verfasserin* ist ausländische Masterstudentin an der Philipps-Universität Marburg. Die vorliegende Masterarbeit wurde im Aufbaustudiengang „Grundzüge des deutschen Rechts“ bei Herrn Prof. Dr. *Sebastian Omlor*, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. verfasst und mit 13 Punkten bewertet. Bearbeitungsstand: 11/2021.

¹ UNCTAD, Digital Economy Report 2021. 29.09.2021, S. 15.

² UNCTAD, Digital Economy Report 2021. 29.09.2021, S. 15.

³ UNCTAD, Estimates of Global E-Commerce 2019 and Preliminary Assessment of COVID-19 Impact on Online Retail 2020, 03.05.2021, S. 4.

⁴ CEP-Research, European cross-border B2C e-commerce tops €100bn with strong growth ahead, 08.06.2020. <https://www.cep-research.com/news/european-cross-border-b2c-e-commerce-tops-100bn-with-strong-growth-ahead> (abgerufen am 27.10.2021).

⁵ Erwägungsgrund 1, RL (EU) 2019/770.

⁶ UNCTAD, Digital Economy Report 2021. 29.09.2021, S. 15.

⁷ BGBl. 2021, I, S. 2123.

⁸ Zu Kryptowährungen im Rechtsvergleich China-Deutschland siehe bereits *Huang*, *MLR* 2021, 46 ff.

Kriterien von Produktmängeln verändern sich jedoch. Vor allem Aktualisierungspflichten, auf die § 327f BGB Anwendung findet, stellen eine neue Anforderung dar, bei deren Verletzung ein Produktmangel vorliegt, und unterliegen sowohl den subjektiven als auch den objektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 2 und 3 BGB. Das damit einhergehende Problem könnte darin bestehen, dass die Grenze zwischen der Aktualisierung und der Änderung digitaler Inhalte schwer zu fassen ist. Damit geht die Frage einher, wie mit dem Spannungsverhältnis zwischen den §§ 327e, 327f und 327r BGB umzugehen ist. Ferner ist der Aktualisierungszeitraum bei einmaliger Bereitstellung offen. Wenn sich eine längere und auf unbestimmte Dauer angelegte Aktualisierungspflicht des Unternehmers ergibt, muss geklärt werden, wie sie der Unternehmer erfüllen kann.

Auch die Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzungen über digitale Inhalte folgen dem kaufrechtlichen Gewährleistungssystem nach §§ 437 ff. BGB. Das Gewährleistungsrecht des neuen Gesetzes unterscheidet sich jedoch von den herkömmlichen Vorgaben aufgrund der Besonderheiten der digitalen Inhalte beträchtlich. Bspw. hat der Verbraucher neben den klassischen Gewährleistungsrechten (Nacherfüllung, Minderung) auch ein Recht auf Vertragsbeendigung. Im Gegensatz dazu hat der Unternehmer in einer internetgeleiteten Wirtschaft, in der die Ungleichheit zugezogen hat, noch das Recht auf einseitige Änderungen zum Nachteil der Verbraucher gem. § 327r Abs. 2 BGB. Dieses Änderungsrecht setzt nach neuem Recht die Zustimmung des Verbrauchers voraus. Problematisch ist jedoch, wie die Bestimmungen zum Änderungsrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ausgestaltet sein könnten, um das Zustimmungsrecht des Verbrauchers bei entsprechenden Änderungen zu gewährleisten.

III. Gang der Darstellung

In Teil B der Arbeit werden der Begriff und die Besonderheiten der digitalen Inhalte sowie der Umsetzungsprozess der DI-RL in Deutschland in den Blick genommen. Damit wird die Spezifität digitaler Inhalte als Kaufgegenstände dargestellt, wodurch die theoretische Grundlegung für die vorliegende Arbeit erfolgt.

In Teil C werden die Kaufverträge über digitale Inhalte erörtert:

In einem ersten Schritt wird ihr Anwendungsbe- reich ausgearbeitet. Es folgt eine Ausführung zu den Pflichten der Vertragsparteien. Die Aktualisierungspflicht des Unternehmers und die Zahlungsmöglichkeit personenbezogener Daten gelten als die Schwerpunkte der Analyse. In einem dritten Schritt werden die Rechte von Verbrauchern und Unternehmern beim Kauf digitaler Inhalte aus einer vergleichenden Perspektive und durch Bezugnahme auf die kaufrechtlichen Regelungen der §§ 433 ff. BGB diskutiert. Hier wird auf das Änderungsrecht des Unternehmers hinsichtlich seines großen Einflusses auf das Interesse des Verbrauchers näher eingegangen.

In Teil D werden die besonderen Bestimmungen bei Kaufverträgen über digitale Inhalte zwischen Unternehmern und der Unternehmerregress vorgestellt.

Die Arbeit wird mit einem Fazit geschlossen, das auf der Untersuchung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien beim Kauf digitaler Inhalte beruht.

B. Grundlagen des Kaufs digitaler Inhalte

I. Begriff der digitalen Inhalte

1. Begriffsentwicklung auf EU-Ebene

a) Verbraucherrecht-RL

Erstmals wurden „digitale Inhalte“ in Art. 2 Nr. 11 Verbraucherrechte-Richtlinie (RL)⁹ in das europäische Recht eingeführt¹⁰: „Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden.“ Erwägungsgrund 19 der Verbraucherrechte-RL konkretisiert den Begriff dahingehend, dass Computerprogramme, Anwendungen, Spiele, Musik und Videos darunterfallen. Bei ihnen kommt es nicht darauf an, ob auf sie durch Herunterladen oder Herunterladen in Echtzeit von einem körperlichen Datenträger oder in sonstiger Weise zugegriffen wird.¹¹ Zudem unterliegen Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte nach Erwägungsgrund 19 der Verbraucherrechte-RL.

Es fällt ferner auf, dass in dieser RL innerhalb der Verträge über digitale Inhalte zwischen digitalen Inhalten auf einem körperlichen Datenträger sowie solchen, die sich nicht auf einem körperlichen Datenträger befinden, unterschieden wird. Für die Zwecke dieser Richtlinie werden nur Erstere (wie Inhalte auf CDs) als Waren betrachtet und Verträge mit diesen Gegenständen können mit Verträgen über die Lieferung von Wasser oder Gas verglichen werden.¹² Demgegenüber werden Verträge über digitale Inhalte, die nicht auf

⁹ RL (EU) 2011/83.

¹⁰ Vgl. Grünberger, AcP 218 (2018), 213 (223).

¹¹ Erwägungsgrund 19, RL (EU) 2011/83.

¹² Erwägungsgrund 19, RL (EU) 2011/83.

einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, weder als Kauf- noch als Dienstleistungsverträge angesehen.¹³

b) VO-Vorschlag zum GEK

Die vorgeschlagene Verordnung (VO) zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK)¹⁴ beschreibt in Art. 2 lit. j digitale Inhalte als „Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikationen – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video-, Audio-, Bild- oder schriftliche Inhalte, digitale Spiele, Software und digitale Inhalte, die eine Personalisierung bestehender Hardware oder Software ermöglichen“. Gemäß Erwägungsgrund 17 ist es für das Vorliegen eines digitalen Inhalts unerheblich, ob er sich auf einem materiellen Datenträger befindet oder nicht. Ferner ist es mit Hinblick auf die Gegenleistung nach Art. 5 lit. b VO-Vorschlag zum GEK unbedeutend, ob die Bereitstellung gegen Zahlung eines Preises erfolgt oder nicht.

c) DI-RL

Nach Art. 2 Nr. 1 DI-RL¹⁵ sind digitale Inhalte Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Erwägungsgrund 19 konkretisiert den Begriff der digitalen Inhalte: Er erstreckt sich auf „Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen“.

Dieser Anwendungsbereich weist darauf hin, dass es bei der Einstufung als digitale Inhalte auch nicht darauf ankommt, ob sie sich zum Zeitpunkt der Bereitstellung auf einem materiellen Datenträger befinden. Neben dem Begriff der digitalen Inhalte nennt Art. 2 der DI-RL weitere wichtige Fachbegriffe wie bspw. „digitale Dienstleistung“, „Ware mit digitalen Elementen“, „digitale Umgebung“, „Kompatibilität“, die auch digitale Inhalte betreffen. Es wird darüber hinaus ermöglicht, „personenbezogene Daten“ (Art. 3 Nr. 1 DI-RL) und „eine digitale Darstellung eines Werts“ (Art. 2 Nr. 7 DI-RL) als eine Gegenleistung für die Bereitstellung digitaler Inhalte zu zahlen.

d) Zusammenfassung

Seit die Terminologie digitaler Inhalte eingeführt wurde, ist ihr Begriff – digitale Inhalte als Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden – unverändert geblieben. In Hinblick auf den

konzeptuellen Anwendungsbereich kam es aber zu einer ursprünglich nicht gegebenen Miteinbeziehung von Inhalten, die nicht in Verbindung mit einem körperlichen Datenträger stehen. Das GEK ist zwar gescheitert, aber viele seiner Regelungen wurden in die DI-RL übernommen.¹⁶ Die DI-RL, die speziell dem Schutz des Handels digitaler Inhalte dient, vereinheitlicht nicht nur den Begriff der digitalen Inhalte und damit verbundene Konzepte auf EU-Ebene, sondern enthält auch detaillierte und umfassende Bestimmungen in anderen Bereichen. Wenn die Fallgruppen digitaler Inhalte betrachtet werden, wird deutlich, dass konkrete Ausgestaltungen – Computerprogramme, Videodateien, E-Books usw. – im Zusammenhang mit dem Urheberrecht stehen. Der Kauf digitaler Inhalte wird folglich neben dem neuen Gesetz über digitale Inhalte auch durch das Urheberrecht geschützt. Hierauf wird im Folgenden näher eingegangen.

2. Begriff auf deutscher Ebene

Am 20.09.2013 setzte der deutsche Gesetzgeber den Begriff der digitalen Inhalte aus der Verbraucherrichtlinie wörtlich in § 312f Abs. 3 BGB um. Nach acht Jahren wurde die Definition aus der DI-RL am 25.06.2021 in § 327 Abs. 2 BGB aufgenommen. Entsprechend wurde der Begriff digitaler Inhalte des § 312f Abs. 3 BGB gestrichen, um Überschneidungen zu vermeiden. Für digitale Inhalte gibt es zwar noch immer einen eigenen Begriff, sie werden aber nunmehr in § 327 Abs. 1 BGB zusammen mit digitalen Dienstleistungen als „digitale Produkte“ bezeichnet. Dieser gemeinsame Begriff trägt lediglich zur besseren Lesbarkeit der Vorschriften bei, weswegen er keine inhaltlichen Änderungen oder Erweiterungen bewirkt.¹⁷

II. Besonderheiten der digitalen Inhalte

An dieser Stelle soll ein genauerer Blick darauf geworfen werden, was digitale Inhalte auszeichnet und was sie als Rechtsobjekt von den klassischen Rechtsobjekten unterscheidet.

1. Merkmale der digitalen Inhalte

Digitale Inhalte sind dadurch geprägt, dass sie immateriell, veränderbar und vernetzt sind und sich nicht abnutzen; sie weisen hohe Produktionskosten auf, sind dabei aber unbegrenzt sowie kostengünstig

¹³ Erwägungsgrund 19, RL (EU) 2011/83.

¹⁴ KOM (2011) 635 endg.

¹⁵ RL (EU) 2019/770.

¹⁶ Vgl. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 (665); *Sun*, Journal of Beijing University of Aeronautics and Astronautics (Social Sciences Edition), 2017, 27 (28).

¹⁷ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 41.

reproduzierbar.¹⁸ Der Kauf digitaler Inhalte beinhaltet in der Regel auch mehrere Vertragsbeziehungen, zum einen zwischen dem Käufer und dem Verkäufer, zum anderen mit diversen Dritten, mit denen der Käufer durch elektronisch abgeschlossene Endnutzervereinbarungen, etwa bezüglich Lizenzen, Softwareaktualisierung oder Cloud-Diensten, verbunden ist.¹⁹ Aus dieser komplizierten Beziehung geht hervor, dass der Kauf digitaler Inhalte durch Multipolarität, Vernetzung, Komplexität und Internationalisierung charakterisiert ist.²⁰ Dies unterscheidet sie in vielerlei Hinsicht von Sachen i.S.v. § 90 BGB und Verträgen über diese Gegenstände. Das BGB stammt aus einer Zeit, in der Vorstellungen von Rechtsobjekten wie körperlichen oder unkörperlichen Sachen auf der realen Welt basierten. Dies genügt aber häufig nicht, um die Probleme der heutigen „digitalen Welt“ zu bewältigen. Dies stellte den Gesetzgeber seit der Vorlage des Vorschlags für DI-RL vor die Herausforderung, festzulegen, wie und wo digitale Inhalte im BGB unterzubringen sind.

2. Erschöpfung: Unterschiede bei diversen digitalen Inhalten

Der Begriff der digitalen Inhalte ist im Urheberrecht zwar nicht festgelegt, aber dies ändert die Zusammenhänge mit dem Urheberrecht nicht, da konkrete technische Ausgestaltungen wie bspw. Computerprogramme, E-Books und Musikdaten echte Gegenstände der Verträge über digitale Inhalte darstellen. Der Begriff der digitalen Inhalte fasst die einzelnen Begriffe zusammen, damit es bei digitalen Angeboten nicht auf ihre konkrete Ausgestaltung ankommt. Dies sollte vermeiden, dass das neue Gesetz vorschnell veraltet.²¹

Der Kaufvertrag über digitale Inhalte steht in einem Spannungsfeld zwischen dem Vertrags- und dem Urheberrecht. Er wird manchmal durch das Kauf- und das Urheberrecht doppelt geschützt, vor allem über den Erschöpfungsgrundsatz²². Einerseits erfordert es keine Zustimmung des Rechteinhabers, einen auf einem körperlichen Träger fixierten digitalen Inhalt

(bspw. Computerprogramme, § 69a Abs. 1 UrhG) weiterzugeben. „Es kommt deshalb für die Fallgruppe der Bereitstellung auf körperlichen Datenträgern zu einem weitgehenden Gleichlauf von vertraglichen und urheberrechtlichen Nutzungsmöglichkeiten.“²³ Andererseits ist der Erschöpfungsgrundsatz nicht auf digitale Inhalte anwendbar, die nicht auf einem Datenträger gespeichert sind. Jeder Erwerber eines Vervielfältigungsstücks muss eine vertragliche Erlaubnis des Rechteinhabers haben. Wenn mit digitalen Inhalten keine eingeräumten Befugnisse übertragen werden, betrifft dies sowohl die Rechtswirkung des Vertragsrechts als auch diejenige des Urheberrechts.²⁴ Die Fälle *UsedSoft v. Oracle* und *NUV & GAU*²⁵ v. *Tom Kabinet* stehen beispielhaft für das Problem.

Im Fall *Oracle* ging es darum, ob aus dem Internet heruntergeladene Software weiterverkauft werden kann. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 03.06.2012 entschieden, dass das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms erschöpft ist, wenn der Inhaber des Urheberrechts das Computerprogramm entgeltlich verkauft; dann darf das Computerprogramm frei weiterverkauft werden.²⁶

Dagegen ging im Fall *Tom Kabinet* darum, ob gebrauchte E-Books weiterverkauft werden dürfen. Der EuGH entschied am 19.12.2012, dass die Überlassung eines E-Books zur dauerhaften Nutzung an die Öffentlichkeit durch Herunterladen unter den Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ und nicht unter ein Verbreitungsrecht fällt, sodass dafür der Erschöpfungsgrundsatz nicht gilt.²⁷ Der Grund liegt darin, dass sich das „Verbreitungsrecht“ in Art. 4 Abs. 1 der RL 2001/29²⁸ lediglich auf Werke bezieht, die auf einem Datenträger verkörpert sind oder als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können, wie Computerprogramme.²⁹

Beide Fälle unterscheiden sich lediglich im Gegenstand, weisen jedoch andere Ergebnisse auf. Computerprogramme und E-Books sind zwar laut dem neuen Gesetz als digitale Inhalte einzuordnen, unterscheiden sich aber in manchem konkreten Anwendungsbereich,

¹⁸ *Wendland*, ZVglRWiss 2019, 191 (224); *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (231-235).

¹⁹ *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (2610).

²⁰ Vgl. *Wendland*, ZVglRWiss 2019, 191 (224), *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (2610).

²¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 41.

²² Der Erschöpfungsgrundsatz ist ein Begriff im Urheberrecht, der in § 17 Abs. 2 UrhG normiert ist. Bei der Erschöpfung handelt es sich um die weitere Verbreitung von Werkstücken nach erstmaligem In-Verkehr-Bringen. Wenn die Weiterverbreitung oder Vervielfältigung des Werks die

Zustimmung des Rechteinhabers nicht erfordert, ist das Recht erschöpft.

²³ *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (230).

²⁴ *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (231).

²⁵ *NUV* und *GAU* sind Verbände, deren Ziel die Vertretung der Interessen der niederländischen Verleger ist.

²⁶ *EuGH*, UrT. v. 03.06.2012 – C-128/11.

²⁷ *EuGH*, UrT. v. 19.12.2019 – C- 236/18.

²⁸ RL (EG) 2001/29.

²⁹ Erwägungsgrund 28, RL (EG) 2001/29; *EuGH*, UrT. v. 19.12.2019 – C- 236/18, Rn. 39, 40.

was einen großen Unterschied im Vergleich zum Kaufrecht nach §§ 433 ff. BGB ausmacht. Wie bereits erwähnt, bestehen bei der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei diversen digitalen Inhalten Differenzen. In diesem Zusammenhang unterliegt der Weiterkauf digitaler Inhalte gleichzeitig dem neuen Gesetz und dem Urheberrecht.

III. Umsetzung des Gesetzes über digitale Inhalte in Deutschland

1. Umsetzungsgrundsatz: kein neuer Vertrag über digitale Inhalte

Seit die DI-RL im Jahr 2015 als Vorschlag vorgelegt worden ist, wird über ihre Umsetzung in Deutschland lebhaft diskutiert. Unter dem Titel „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?“ setzte sich die zivilrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentages 2016 mit konkreten Einzelfragen auseinander.³⁰ Im Mittelpunkt der Diskussion stand der Vorschlag, im BGB einen eigenen Vertrag über digitale Inhalte zu schaffen. Aus den Beschlüssen dieses Juristentages geht hervor, dass dieser Vorschlag abgelehnt wurde.³¹

Dieses Ergebnis wurde wie folgt begründet: Um den rasanten technologischen Entwicklungen und der kontinuierlichen Veränderung der digitalen Welt Rechnung zu tragen und damit die Verträge über digitale Inhalte nicht bald schon überholt sind, sollten Sachverhalte, die mit digitalen Inhalten in Zusammenhang stehen, nicht in einem einheitlichen Vertragstyp geregelt werden.³² Ferner handelt es sich um die vertragstypologische Einordnung. Verträge sollten an die Leistungshandlung – etwa Kauf, Miete und Tausch – gekoppelt sein und nicht von der Art des Gutes abhängig sein. Ansonsten käme es zu einer Fragmentierung des Vertragsrechts und dazu, dass relevante Regelungen des Vertragsrechtes wie Gewährleistungsregime

nicht einheitlich anwendbar sind.³³ Schließlich differenziert die DI-RL bei der Bereitstellung digitaler Inhalte zwischen der einmaligen und der dauerhaften Bereitstellung, was ungefähr den aktuellen Vertragstypen des BGB entspricht.³⁴

Es ist auch in der Literatur allgemein anerkannt, dass es sich bei den Verträgen über digitale Inhalte um keinen eigenen Vertragstyp handelt.³⁵ Vor dem Hintergrund des Umsetzungsgrundsatzes ist jedoch umstritten, wo die Umsetzungspositionen hinsichtlich der offenkundigen Besonderheiten von digitalen Inhalten sind.

2. Streit über Umsetzungspositionen

a) Umsetzung innerhalb der bestehenden Vertragstypologie

Die Mehrzahl der Teilnehmer des 71. Deutschen Juristentag stimmte für den Vorschlag von *Faust*³⁶, der davon ausgeht, dass im Rahmen der bestehenden Vertragstypen eine Sondervorschrift zu digitalen Inhalten geschaffen werden sollte.³⁷ Die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ griff die von *Faust* vertretene Ansicht einer zurückhaltenden Umsetzungsposition auf, was sich auch im Abschlussbericht widerspiegelt.³⁸

Dieser Umsetzungsweg bezieht sich beispielweise darauf, dass entsprechende Regelungen für Miet- und Werklieferungsverträge in § 453 Abs. 1 BGB geschaffen werden.³⁹ Während die aktuellen Mangelbegriffe in §§ 434, 435 BGB und das Rechtsbehelfssystem gem. §§ 437 ff. BGB auf digitale Inhalte Anwendung finden können, sollten die Pflichten des Anbieters zur Rückgewähr und zur Löschung von Daten des Käufers bei Vertragsbeendigung im Widerrufsrecht und die entsprechende Vorschrift zum Erlöschen des Widerrufsrechts ergänzt werden.⁴⁰ Darüber hinaus betrifft der Anpassungs- und Veränderungsbedarf zudem Leistungsstörungen, die Verjährung und die Nutzung von Daten.⁴¹

³⁰ *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1 und II/2, Teil K.

³¹ *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1, Teil K. S. 189.

³² *Faust*, in *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. I. S. A 59.

³³ *Wendland*, ZVglRWiss 2019, 191 (194); *Faust*, in *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. I. S. A 15.

³⁴ *Wendland*, ZVglRWiss 2019, 118 (194).

³⁵ *Carl Jacob Haller*, Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB, 1. Aufl. 2019, S. 115 ff.; *Kindl*, in:

Kind/Arroyo Vendrell/Gsell (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 63ff.; *Weller*, in: *Weller/Wendland* (Hrsg.), Digital Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes, 2019, S. 130ff.; *Wendland*, ZVglRWiss 2019, 118 (228);

³⁶ *Faust*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. I. S. A 59.

³⁷ *Faust*, NJW-Beil 2016, 29 (29).

³⁸ *Arbeitsgruppe*, in *Justizministerium NRW* (Hrsg.), „Digitaler Neustart“, 2017, S. 11, 225f.

³⁹ *Faust*, NJW-Beil 2016, 29 (30-31)

⁴⁰ *Faust*, NJW-Beil 2016, 29 (30)

⁴¹ *Faust*, NJW-Beil 2016, 29 (30).

Mit anderen Worten: Grundsätzlich sollen alle relevanten Vorschriften mehr oder weniger modifiziert bzw. ergänzt werden. Es handelt sich deswegen nicht nur um „punktuelle“ Änderungen, wie *Faust* ursprünglich dachte.⁴² Außerdem wäre es umständlich, Spezialvorschriften für digitale Inhalte in überkommene Vertragstypen zu integrieren. Dies würde vielfach zu gesetzlichen Wiederholungen und komplexen Verweisungen führen.⁴³

b) Ergänzung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts

Neben der oben genannten Umsetzungsposition stand auch ein anderer Weg zur Diskussion, der von *Weller* vorgestellt wurde. Hiernach sollten die Sondervorschriften für digitale Inhalte in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts eingebettet werden.⁴⁴ Auf diese Weise würde die Rechtsanwendungsmethode unberührt bleiben: In einem ersten Schritt würden Verträge über digitale Inhalte auf klassische Vertragstypen im BGB verweisen, wodurch sich die anwendbaren Vorschriften für sie feststellen ließen; das festgestellte Recht wäre in einem zweiten Schritt mit den Maßgaben der Richtlinie abzugleichen.⁴⁵ Verglichen mit der Umsetzungsstrategie, deren punktuelle Ergänzungen der bestehenden Vertragstypen mühsam und fehleranfällig sind, wäre dieser Umsetzungsweg transparenter und methodenehrlicher.⁴⁶

c) Schlussfolgerung

Letzten Endes zog der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf diverse Faktoren – die Besonderheit der Verträge über digitale Inhalte, den Umsetzungsaufwand, das Kriterium für die vertragstypologische Einordnung, die rechtliche Einheit und die Rechtsanwendung⁴⁷ – die Schlussfolgerung, dass die Umsetzung der DI-RL im Allgemeinen Schuldrecht des BGB die beste Wahl wäre.⁴⁸ Die Verträge über digitale Produkte wurden so in §§ 327 ff. BGB festgelegt. Von dieser Option versprachen sich die Entscheidungsträger, den Umsetzungsaufwand zu reduzieren, eine Rechtsfragmentierung zu vermeiden sowie die Rechtsanwendung zu vereinfachen.

C. Die Kaufverträge über digitale Inhalte

Der Kaufvertrag über digitale Inhalte ist ein gegenseitiger Vertrag. In diesem Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer insbesondere zur Bereitstellung eines digitalen Inhalts frei von Produkt- und Rechtsmängeln einerseits sowie der Käufer zur Kaufpreiszahlung andererseits. Nach § 327 Abs. 1 BGB sind Verträge über digitale Inhalte nur auf Verbraucherverträge anzuwenden, d. h. Verträge über digitale Inhalte zwischen Verbrauchern und Unternehmern. Der Beitrag befasst sich ebenfalls mit diesen Vertragstypen. Soweit die Bestimmungen von §§ 327 ff. BGB über den Kauf digitaler Inhalte vorschreiben, greifen weder die Vorschriften des Allgemeinen noch die des Besonderen Schuldrechts ein.

I. Der Anwendungsbereich

1. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Verbraucher und Unternehmer

Der Vertrag über digitale Inhalte findet nach § 327 Abs. 1 BGB lediglich auf Verbraucherverträge Anwendung. Unter dem Verbrauchervertrag wird gem. § 310 Abs. 3 BGB ein Vertrag zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB) verstanden. Es ist anzumerken, dass Verträge über den Weiterverkauf von Inhalten auch die Form eines Vertrags über digitale Inhalte annehmen können, da der gewerbliche Zweitmarkt für digitale Inhalte vom neuen Gesetz erfasst wird, soweit es sich um Verbraucherverträge handelt.⁴⁹

Die Verbraucher befinden sich im Handel mit Unternehmern häufig in einer benachteiligten Position, weshalb es viele zwingende Vorschriften zum Schutz ihrer Interessen gibt. Die Benachteiligung der Verbraucher beim Kauf digitaler Inhalte ist jedoch noch ausgeprägter, da der Unternehmer nach der Bereitstellung in vielen Fällen noch den Zugang zu den Inhalten kontrolliert oder durch die Aktualisierung oder die einseitige Änderung auf ihre Nutzung Einfluss nimmt. Dieses neue Gesetz, das auf den Verbraucherschutz ausgerichtet ist, steht im Einklang mit der Entwicklung der Wirtschaft im digitalen Zeitalter.

⁴² Grünberger, AcP 218 (2018), 213 (238).

⁴³ Gsell, in: Kindl/Verdrell/Gsell (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 85.

⁴⁴ Weller, in: Weller/Wendland (Hrsg.), Digital Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes, 2019, S. 130.

⁴⁵ Weller, in: Weller/Wendland (Hrsg.), Digital Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes, 2019, S. 130.

⁴⁶ Weller, in: Weller/Wendland (Hrsg.), Digital Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes, 2019, S. 130-131.

⁴⁷ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 28-29.

⁴⁸ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S.1-2.

⁴⁹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 70.

b) Kein Kaufvertrag zwischen Verbrauchern

Der Verbrauchervertrag bedeutet aber auch, dass Verträge zwischen Verbrauchern nicht in den Anwendungsbereich des neuen Gesetzes zu digitalen Inhalten fallen. Hingegen sieht Untertitel 2 besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Inhalte zwischen Unternehmern vor. Es wäre eine Überlegung wert, den Handel mit digitalen Inhalten auch ohne die Beteiligung eines Unternehmers zu schützen.

Der Handel mit digitalen Inhalten zwischen Verbrauchern hängt mit der Frage nach der Rechtsnatur digitaler Inhalte zusammen. Allerdings gibt es darauf keine einheitliche Antwort. Einerseits ist es eine in der Literatur⁵⁰ und in der Rechtsprechung vom BGH⁵¹ und EuGH⁵² anerkannte Praxis, eine auf einem Datenträger materialisierte Standardsoftware als Sache i. S. v. § 90 BGB zu qualifizieren und zu behandeln. Andererseits ist ein auf keinem Datenträger gespeicherter digitaler Inhalt auf jeden Fall keine Sache i. S. v. § 90 BGB. Zudem ist es schwer, den Erschöpfungsgrundsatz beim Handel digitaler Inhalte zwischen Verbrauchern zu wahren. Auf dieser Grundlage kann das Vertragsrecht allein die Frage des Verkaufs digitaler Inhalte nicht lösen. Es wird daher argumentiert, dass ein rein typologischer Ansatz auf der Grundlage der Vertragstypen des BGB dazu jedenfalls nichts beitragen kann.⁵³ Eine praktische Lösung wäre ein Urheberverbraucherrecht, mit dem sich klären ließe, wie weit geistige Schutzrechte an diversen digitalen Produkten in Anbetracht von wirtschaftlichen Erwägungen im Massenverkehr mit Verbrauchern konkret reichen sollten.⁵⁴ Es scheint so, als wäre ein Gesetz über digitale Inhalte zwischen Verbrauchern zur Zeit aus gesetzgeberischer Sicht sehr schwierig auszuarbeiten.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Daten

Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 BGB Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Dem Wortlaut des Ausdrucks nach ist der Vertrag über digitale Inhalte ein Vertrag mit Daten als Vertragsgegenstand. Der Begriff der digitalen Inhalte erfasst Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen.⁵⁵ Zudem zählen dazu gem. § 327 Abs. 4 BGB

solche Inhalte, die nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden. Solche Inhalte können einmalig, dauerhaft (§ 327e Abs. 1 S. 2 BGB) oder geändert nach bestimmten Bedingungen (§ 327h BGB) in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.

b) Keine Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen

Das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (neues Kaufrecht) und das Gesetz zu den Verträgen über digitale Inhalte wurden gleichzeitig erlassen und gelten zusammen ab dem 01.01.2022. Beide unterscheiden sich voneinander, ergänzen sich jedoch zugleich gegenseitig.

Digitale Elemente zählen zu den Gegenständen sowohl der Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen als auch der Verträge über digitale Inhalte (§ 327a Abs. 2 und 3 BGB). Während bei ersteren an den Kaufvertrag angeknüpft wird, wird bei letzteren je nach Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung weiter auf Kauf-, Miete- oder Dienstverträge (oder andere Schuldverhältnisse) verwiesen. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich schließen sie sich jedoch gegenseitig aus. Nach § 327a Abs. 3 BGB werden Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen von Verbraucherverträgen über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind (§ 327a Abs. 2 BGB), ausgeschlossen.

Das Smartphone steht beispielhaft für die Abgrenzung der beiden Verträge. Wenn ein Apple iPhone verkauft wird, ist das Betriebssystem iOS üblicherweise bereits mitinbegriffen. Ohne dieses kann ein Apple iPhone seine Funktionen nicht erfüllen. Hier liegt folglich ein Vertrag über Waren mit digitalen Elementen vor. Demgegenüber fällt das Herunterladen von etwas aus dem App-Store, ohne das die Ware ihre Funktionen noch erfüllen könnte, unter die Verträge über digitale Inhalte. Ein Beispiel hierfür kann auch eine intelligente Armbanduhr sein, die im Erwägungsgrund 21 der DI-RL erwähnt wird.

II. Pflichten des Unternehmers als Verkäufer

1. Pflicht zur Bereitstellung digitaler Inhalte

Beim Kauf digitaler Inhalte ist der Unternehmer zunächst verpflichtet, digitale Inhalte bereitzustellen.

⁵⁰ Mössner, in: BeckOGK-BGB, § 90 Rn. 78-96.4; *Stresemann*, in: MüKo-BGB, § 90 Rn. 25; *Kremer*, in: Taeger/Pohle (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 2021, Stichwort: Softwareerstellung, Rn. 4-8.

⁵¹ BGH, Urt. v. 15.11.2006 - XII ZR 120/04.

⁵² EuGH, Urt. v. 03.06.2012 – C-128/11.

⁵³ Auer, ZfPW 2019, 130 (147).

⁵⁴ Auer, ZfPW 2019, 130 (147).

⁵⁵ Erwägungsgrund 19, RL (EU) 2019/770.

Diese Pflichten wurden in Art. 5 DI-RL vorgesehen und in § 327b BGB umgesetzt. Nach § 327b Abs. 3 BGB ist ein digitaler Inhalt bereitgestellt, „sobald der digitale Inhalt oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist.“

Die Bereitstellung digitaler Inhalte umfasst die einmalige Bereitstellung, die Reihe einzelner Bereitstellungen (§ 327b Abs. 5 BGB) sowie die dauerhafte Bereitstellung (§ 327e Abs. 1 S. 3 BGB). Die dauerhafte wird auch als die fortlaufende Bereitstellung bezeichnet. Bei dieser sollte der Unternehmer über den gesamten vereinbarten Zeitraum hinweg digitale Inhalte bereitstellen.

Bezüglich der Leistungszeit i. S. v. § 327b Abs. 2 BGB gilt dasselbe wie für die Leistungszeit aus § 271 BGB: Ist sie nicht vereinbart worden, kann der Verbraucher die Bereitstellung nach dem Vertragsschluss unverzüglich verlangen, der Unternehmer sie sofort bewirken. Anzumerken ist aber an dieser Stelle, dass die entnommene Leistungszeit aus den Umständen nicht umfasst wird.

2. Pflicht zur Mängelfreiheit bei der Bereitstellung digitaler Inhalte

Für den Produktmangel gelten beim Kauf digitaler Inhalte angesichts seiner Spezialität statt §§ 434, 435 BGB die Normen aus §§ 327e bis 327g BGB. Die Regelungen dienen der Umsetzung von Art. 6, 7, 8, 9 der DI-RL. Die bereitgestellten digitalen Inhalte müssen vertragsmäßig sein i. S. v. § 327d BGB. Daher hat der Unternehmer digitale Inhalte frei von Produkt- und Rechtsmängeln zur Verfügung zu stellen.

a) Produktmangel gem. § 327e BGB

§ 327e Abs. 1 BGB enthält die Definition des Produktmangels. Der von Produktmängeln freie digitale Inhalt setzt die Erfüllung subjektiver und objektiver Anforderungen (§ 327e Abs. 2, 3 BGB) sowie der Anforderungen an die Integration (§ 327e Abs. 4 BGB) voraus. Es ist anzumerken, dass die Aktualisierung als eine neue Pflicht des Unternehmers in den Begriff des Produktmangels einbezogen wird. Diese Pflicht unterliegt nicht nur den subjektiven und objektiven Anforderungen, sondern hat auch eine eigene Vorschrift nach § 327f BGB.

aa) Subjektive Anforderungen

Subjektive Anforderungen könnten durch die Vereinbarung beider Vertragsparteien als abweichende objektive Anforderungen bezeichnet werden. Die objektiven Kriterien erhalten zwar im Bezugspunkt einen mit subjektiven Kriterien gleichrangigen Stellenwert, allerdings haben subjektive Standards im Anwendungsbereich Priorität, da nach Art. 8 Abs. 1 der DI-RL der Unternehmer objektive Anforderungen „zusätzlich zur Einhaltung der subjektiven Anforderungen“ einzuhalten hat.⁵⁶ Eine subjektive Anforderung ist grundsätzlich eine für den Verbraucher vorteilhafte Abweichung.

(1) Voraussetzungen

(a) Abweichungsmöglichkeiten aus § 327h BGB

§ 327h BGB enthält eine wichtige Vorschrift hinsichtlich des Vorliegens eines Produktmangels; mit ihrer Unterstützung wird es den Vertragspartnern ermöglicht, im einzelnen Fall von den objektiven Anforderungen abzuweichen. Im Fall einer Abweichung wird der Verbraucher aufgrund eines Mangels an Fachkenntnis und Technologie leicht benachteiligt, weshalb Abweichungen nur dann zum Tragen kommen, wenn die Verbraucher vor Abgabe der Vertragserklärung in Kenntnis gesetzt werden. Ferner müssen diese Abweichungen im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart worden sein.

Die Unterrichtung sollte den Verbraucher deutlich darüber informieren, inwieweit seine gekauften digitalen Inhalte von den objektiven Standards der Produkte abweichen.⁵⁷ Der Zeitpunkt für die Vereinbarung ist nicht „zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ wie in Art. 8 Abs. 5 der DI-RL, sondern vor Abgabe der Vertragserklärung, da der Gesetzgeber der Meinung ist, dass die Unterrichtung erst beim Vertragsschluss für eine wohlüberlegte Entscheidung des Verbrauchers in Kenntnis der Abweichung zu spät sein könne.⁵⁸ Ausdrückliche und gesonderte Vereinbarungen könnten bspw. durch Anklicken eines Kästchens, Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion erfüllt werden.⁵⁹

(b) Nachteilige Abweichungen aus § 327s BGB

Eine von objektiven Anforderungen abweichende und für den Verbraucher nachteilige Vereinbarung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Jedoch erfolgt sie nach dem Vertragsschluss unter den Voraussetzungen von

⁵⁶ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 60.

⁵⁷ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 70-71.

⁵⁸ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 71.

⁵⁹ Erwägungsgrund 49, RL (EU) 2019/770.

§ 327s BGB. Dessen abgesenkte Anforderungen tragen letztlich zum Erreichen des Ziels der Verträge bei.

Nach § 327s Abs. 1 BGB kann der Unternehmer eine nachteilige Vereinbarung geltend machen, wenn sie erst nach der Mitteilung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer über unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts getroffen wurde. Zudem betrifft eine abweichende Vereinbarung veränderte digitalen Inhalte aus § 327r BGB, die im Folgenden näher betrachtet werden (Teil B.V).

(2) Anforderungen

Der digitale Inhalt entspricht den subjektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 2 BGB, wenn er

1. die vereinbarte Beschaffenheit hat und sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Die Begriffe der „Vereinbarten Beschaffenheit“ und der „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ übernehmen die Mangelbegriffe aus dem Kaufrecht nach § 434 Abs. 1 BGB. Die „Beschaffenheit“ ist ebenso wie im Kaufvertragsrecht weit zu verstehen, sodass damit die natürlichen Eigenschaften der digitalen Inhalte und auch deren tatsächliche, wirtschaftliche, soziale und rechtliche Beziehungen zur Umwelt erfasst werden.⁶⁰ Eine vereinbarte Beschaffenheit beinhaltet bspw. die Funktionalität, die Kompatibilität und die Interoperabilität, die in § 327e Abs. 2 S. 2 BGB jeweils detailliert definiert sind. Die Menge stellt die Quantität dar, die in den subjektiven und den objektiven Anforderungen der DI-RL genannt wurde.

2. mit vereinbartem Zubehör, Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt wird; das Zubehör und die Anleitungen der digitalen Inhalte können in digitaler Art und Weise bereitgestellt werden. Das Zubehör umfasst beispielweise notwendige Treiber und ähnliche Ergänzungen für die Ausführung digitaler Produkte.⁶¹ Es ist möglich, die Anleitungen während eines Integrationsprozesses zur Verfügung zu stellen.⁶²

3. im Bereitstellungszeitraum nach Vereinbarung aktualisiert wird. Die Aktualisierung spielt eine große Rolle bei der Erhaltung der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte. Die Aktualisierung ist hier ein Ergebnis der Vereinbarung der Vertragsparteien, unter den Voraussetzungen von § 327h BGB von der objektiven Aktualisierung abzuweichen.

bb) Objektive Anforderungen

Die Vorschrift über objektive Anforderungen befindet sich in § 327e Abs. 3 BGB. Liegen weder eine Beschaffenheitsvereinbarung noch ein vertraglich vereinbarter Verwendungszweck vor, erfüllt ein bereitgestellter digitaler Inhalt die objektiven Anforderungen, wenn er

1. sich für die gewöhnliche Verwendung eignet. Der Begriff der gewöhnlichen Verwendung lehnt sich auch an die Formulierung des Kaufrechts an. Seine Auslegung ist abhängig von der Verkehrsanschauung.⁶³ Nach Art. 8 Abs. 1 lit. a DI-RL stellen den Standard der gewöhnlichen Verwendung die Zwecke dar, für die digitale Inhalte derselben Art in der Regel genutzt werden.

2. die konkreten Beschaffenheiten aufweist, die bei digitalen Inhalten derselben Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Die Beschaffenheiten beziehen sich auf die Menge, die Funktionalität, die Kompatibilität, die Zugänglichkeit, die Kontinuität sowie die Sicherheit.

3. der Beschaffenheit einer Testversion oder Voranzeige entspricht, die der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsschluss hat zukommen lassen.

4. mit dem üblichen Zubehör und den üblichen Anleitungen bereitgestellt wird, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann.

5. dem Verbraucher nach § 327f BGB die Aktualisierung verfügbar gemacht wird und der Verbraucher darüber informiert wird. Die Bedeutung und Besonderheit der Aktualisierungspflicht werden im Folgenden näher betrachtet.

6. die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neueste verfügbare Version bereitgestellt wird, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Hintergrund ist, dass digitale Inhalte häufig durch schnelle Aktualisierung verbessert werden.⁶⁴

Bei vier von sechs der oben genannten Bedingungen kann von den objektiven Anforderungen abgewichen werden. Die Verträge können deshalb wahrscheinlich sowohl durch subjektive als auch durch objektive Anforderungen (und somit doppelt) geschützt werden. Allerdings sind die Voraussetzungen aus § 327h BGB zu beachten. Dies trägt zur Flexibilität des Handels bei. Zusätzlich zu den oben angegebenen konkreten Beschaffenheiten enthält § 327e Abs. 3 S. 2

⁶⁰ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 61; Medicus/Lorenz, BT Schuldrecht, 18. Aufl., 2018, S. 28.

⁶¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 62.

⁶² Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 62.

⁶³ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 64.

⁶⁴ Erwägungsgrund 49, RL (EU) 2019/770.

BGB die ergänzende Bestimmung, dass zur üblichen Beschaffenheit i. S. v. S. 1 Nr. 2 auch Anforderungen gehören, die der Verbraucher nach einer öffentlichen Äußerung erwarten kann. Aber nach § 327e Abs. 3 S. 3 BGB gilt das nicht, wenn (1) der Unternehmer die öffentliche Äußerung nicht kannte und nicht kennen musste, (2) beim Vertragsschluss über sie berichtigt war oder (3) sie die Entscheidung des Verbrauchers, das Produkt zu erwerben, nicht beeinflussen konnte.

cc) Anforderungen an die Integration

So, wie Waren teilweise zu montieren sind, müssen auch einige digitale Inhalte integriert werden. Bei der Integration handelt es sich nach § 327e Abs. 4 S. 2 BGB um „die Verbindung und die Einbindung eines digitalen Produkts mit den oder in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers, damit das digitale Produkt gem. den Anforderungen genutzt werden kann“. Ein von Produktmängeln freier digitaler Inhalt liegt ferner dann vor, wenn er nach den Anforderungen an die Integration integriert wird. Macht sich der Unternehmer nicht der unsachgemäßen Integration schuldig, entsprechen digitale Inhalte den Anforderungen an die Integration (§ 327e Abs. 4, S. 1 Nr. 2 BGB).

b) Pflicht zur Aktualisierung gem. § 327f BGB

Erstmals wurde eine Aktualisierungspflicht im Gesetz vorgesehen, die eine spezifische und ausschließliche Regelung für digitale Inhalte darstellt und als eine selbständige Pflicht des Unternehmers sowohl durch eine einmalige als auch durch eine fortlaufende Bereitstellung digitaler Inhalte erfüllt wird. Als eine spezielle Pflicht ist sie eine wichtige Neuerung des Gesetzes über digitale Inhalte.

aa) Aktualisierungstypen

Die Aktualisierungspflicht umfasst den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Aktualisierungen und die Sicherheitsaktualisierungen nach § 327f Abs. 1 BGB. Bei Ersterem handelt es sich um eine Pflicht des Unternehmers, dem Verbraucher die erforderliche Vertragsmäßigkeit der Aktualisierungen während des maßgeblichen Zeitraums zu gewährleisten und den Verbraucher über diese Aktualisierungen zu informieren (§ 327f Abs. 1 S. 1 BGB). Die Sicherheitsaktualisierungen werden anders als die Vertragsmäßigkeitaktualisierung im § 327f Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehen.

Sicherheitsmängel unterscheiden sich von den allgemeinen Produktmängeln i. S. v. § 327e BGB. Liegt bei einem digitalen Inhalt ein Sicherheitsmangel vor, beeinflusst dies nicht die Funktionsfähigkeit der Sache.⁶⁵ Dennoch sollte diese Verpflichtung nicht außer Acht gelassen werden.

bb) Verhältnis zu Änderungen nach § 327r BGB

Aktualisierungen und Änderungen schließen sich im Hinblick auf die Anwendungsbereiche grundsätzlich gegenseitig aus. Eine Änderung liegt vor, wenn die Aktualisierung über die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte hinausgeht.⁶⁶ Dies zeigt, dass der Begriff der Änderung als Oberbegriff von Aktualisierung und Verbesserung betrachtet wird. Sind die zusätzlichen Voraussetzungen des § 327r BGB erfüllt, ist der Unternehmer berechtigt, eine Änderung vorzunehmen. Als Beispiele für Änderungen nennt Erwägungsgrund 75 der DI-RL die Anpassung an eine neue technische Umgebung oder an eine erhöhte Nutzerzahl. Eine solche Änderung wirkt häufig zugunsten von Verbrauchern. Es kann jedoch zu Fällen kommen, die nach § 327r Abs. 2 BGB nachteilig für den Verbraucher sein können. Dann hat der Verbraucher ein Vertragsbeendigungsrecht nach § 327r Abs. 3 BGB. Im Gegensatz dazu gibt es viele Rechte des Verbrauchers – auf Nacherfüllung, Vertragsbeendigung, Minderung sowie Schadensersatz – bei Produktmängeln aufgrund fehlender Aktualisierungen (§ 327i BGB).

Die Grenze zwischen beiden ist schwer zu bestimmen, wenn auch die Unterscheidung zwischen Aktualisierungen und Änderungen oben schon vorgenommen wurde. Dies liegt daran, dass die Vertragsparteien gem. § 327e Abs. 2 die Aktualisierung unter den Voraussetzungen des § 327h BGB vereinbaren können. In diesem Fall können Aktualisierungen auch über digitale Inhalte zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit hinausgehen. Die Abgrenzung zwischen Aktualisierungen und Änderungen führt folglich im Einzelfall zu Problemen, z. B. wenn der Unternehmer behauptet, die Aktualisierung wäre eine Änderung, um so die Pflicht zu jener zu umgehen.⁶⁷ In umstrittenen Fällen ist es zweifelhaft, wer als ein Überprüfer gilt, um Aktualisierungen und Änderungen zu unterscheiden. Der Verbraucher ist hier nicht in der Lage – so wie er im Fall der Nacherfüllung kein Wahlrecht hat –,

⁶⁵ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 64.

⁶⁶ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (5); Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317).

⁶⁷ Vgl. Spindler, MMR 2021, 451 (455); Möllnitz, MMR 2021, 116 (117).

den Unterschied zwischen den beiden zu beurteilen. Im Vergleich zum Verbraucher verfügt der Unternehmer über bessere Fachkenntnisse und Hochtechnologien. Wenn der Unternehmer jedoch eine Vertragspartei darstellt und gleichzeitig als Überprüfer fungiert, könnte die Fairness des Ergebnisses beeinträchtigt werden. Deswegen sollte eine neutrale und professionelle dritte Partei herangezogen werden, um die Abgrenzung zwischen Aktualisierungen und Änderungen vorzunehmen. Das Bewertungsergebnis sollte von den Vertragsparteien akzeptiert und auf dieser Grundlage gehandelt werden.

cc) Aktualisierungszeitraum

Beim maßgeblichen Zeitraum kommt es auf den Vertragstyp an. Einerseits dauert die Aktualisierungspflicht des Vertrages über die dauerhaft bereitgestellten digitalen Inhalte den gesamten Bereitstellungszeitraum (§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB) an. Andererseits ist als Zeitraum des Vertrages über einmalige Bereitstellung bzw. der Reihe einzelner Bereitstellungen derjenige vorgegeben, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann (§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB). Die Kriterien der Art und des Zweckes der digitalen Inhalte sollten auf objektive Anforderungen aus § 327e Abs. 3 BGB verweisen.

Künftig wird der Unternehmer beim Verkauf digitaler Inhalte folglich neben der Haltbarkeit der Aktualisierungspflicht nachkommen müssen.⁶⁸ Der Aktualisierungszeitraum bei der einmaligen Bereitstellung wird aber wegen ihrer offenen Formulierung kritisiert, da die Rechtssicherheit für den Verbraucher und den Unternehmer – und damit das Ziel der DI-RL – beeinträchtigt werde.⁶⁹ Jedoch wäre eine starre Frist auch unvereinbar mit der Vielfalt der digitalen Inhalte.⁷⁰ Laut Erwägungsgrund 47 der DI-RL kann der Aktualisierungszeitraum mit dem Gewährleistungszeitraum identisch sein, aber er ist nicht auf diesen zu beschränken und kann darüber hinausgehen. Festzustellen ist demzufolge, dass die Aktualisierungspflicht tatsächlich zu einer längeren Dauer für die Pflichten des Unternehmers führt.⁷¹ Doch eine unbestimmte Frist ist

für den Unternehmer beunruhigender als eine längere Dauer für die Pflichten.

Es ist erforderlich, sofern digitale Inhalte durch kontinuierliche Aktualisierungen in vertragsgemäßem Zustand und sicher bleiben können, die digitale Umgebung häufig anzupassen und Sicherheitslücken zu schließen.⁷² Besonders hervorzuheben ist, dass die Aktualisierung einen Teil der objektiven und der subjektiven Anforderungen darstellt. Deswegen kann der Unternehmer einerseits nach § 327e Abs. 3 BGB die Aktualisierungspflicht nicht abbedingen oder den Aktualisierungszeitraum verkürzen oder ihre periodische Erfüllung von Anfang an eingrenzen.⁷³ Andererseits gibt es allerdings einen Spielraum für die Aktualisierungspflicht nach § 327e Abs. 2 BGB, wenn die Voraussetzungen für abweichende Vereinbarungen nach § 327h BGB vorliegen. Folglich kann der Unternehmer von der Möglichkeit der Abweichungen Gebrauch machen, um die Dauer der Aktualisierungspflicht zu konkretisieren oder festzulegen.⁷⁴ Die Vereinbarung über den Aktualisierungszeitraum sollte nicht nur im Vertragstext vorgesehen werden, sondern durch einen auffälligen Hinweis markiert werden und eigens, bei automatisiertem Vertragsschluss etwa mit einer zusätzlichen „Klickbox“, zu bestätigen sein.⁷⁵

dd) Mitwirkung des Verbrauchers bei der Aktualisierung

Im Zuge der Aktualisierung muss der Unternehmer Erstellungs-, Informations- und Bereitstellungspflichten nachkommen,⁷⁶ nicht aber Installationspflichten. Daher ist die Einbeziehung des Verbrauchers in die Aktualisierungspflicht, die als eine Mitwirkungspflicht desselben angesehen wird,⁷⁷ von wesentlicher Bedeutung. Allerdings ist der Verbraucher berechtigt, selbst zu entscheiden, ob er die bereitgestellte Aktualisierung installiert.⁷⁸

ee) Folgen einer unterbliebenen Installation

Installiert der Verbraucher die bereitgestellte aktualisierte Version innerhalb einer angemessenen Frist nicht, nimmt er den Produktmangel, der auf unterlassene Aktualisierung zurückzuführen ist, in Kauf, sofern er über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert worden ist und das Ausbleiben der Installation oder

⁶⁸ Bach, NJW 2019, 1705 (1707).

⁶⁹ BR-Drs. 168/16, S. 13.

⁷⁰ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (6).

⁷¹ Spindler, MMR 2021, 451 (455).

⁷² Spindler/Sein, MMR 2019, 488 (499).

⁷³ Spindler/Sein, MMR 2019, 488 (489).

⁷⁴ Schreiber, MMR 2021, 601 (602).

⁷⁵ Schreiber, MMR 2021, 601 (602-603).

⁷⁶ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (4-5).

⁷⁷ Kumkar, ZfPW 2020, 306 (316).

⁷⁸ Erwägungsgrund 47, RL (EU) 2019/770.

deren unsachgemäße Durchführung nicht auf eine dem Verbraucher bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist (§ 327f Abs. 2 BGB). Alles in allem werden in den oben genannten Fällen keine Verbindlichkeiten von dem Unternehmer eingegangen.

c) Rechtsmangel gem. § 327g BGB

§ 327g BGB sieht den Rechtsmangel vor. Der Unternehmer hat daher nicht nur die Produktmangelfreiheit, sondern auch die Rechtsmangelfreiheit zu beachten, um die Vertragsmäßigkeit bereitgestellter digitaler Inhalte zu gewährleisten. Nach § 327g BGB ist ein digitaler Inhalt frei von Rechtsmängeln, wenn der Verbraucher ihn nach den subjektiven oder objektiven Anforderungen nutzen kann, ohne Rechte Dritter zu verletzen. Es ist leicht vorstellbar, dass der Rechtsmangel eine große Rolle beim Kauf digitaler Inhalte spielt, da diese häufig im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten stehen:⁷⁹ Die Nutzung digitaler Inhalte wird vor allem durch die Urheberrechte und dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte Dritter beschränkt.⁸⁰ Wie bereits erwähnt, darf ein Unternehmer bei fehlender Zustimmung des Rechtsinhabers E-Books an einen Verbraucher nicht weiterverkaufen.

3. Beweislast

Der Unternehmer trägt die Beweislast für die Mangelfreiheit digitaler Inhalte innerhalb von bestimmten Zeitraum nach § 327k BGB. Es handelt sich zwar nicht um eine Besonderheit des Vertrags über die Bereitstellung von digitalen Inhalten, aber die Beweislastumkehr bei Kaufverträgen zwischen Verbraucher und Unternehmer über unkörperliche Gegenstände kann lediglich nach § 327k BGB Anwendung finden.

Zeigt sich nach einer einmaligen Bereitstellung oder einer Reihe einzelner Bereitstellungen der Mangel innerhalb eines Jahres seit der Bereitstellung, so wird vermutet, dass Inhalte mangelhaft waren (§ 327k Abs. 1 BGB). Zeigt sich bei einer dauerhaften Bereitstellung digitaler Inhalte der Mangel im Bereitstellungszeitraum, so wird vermutet, dass die Inhalte während der bisherigen Bereitstellung mangelhaft waren (§ 327k Abs. 2 BGB). Der Unternehmer sollte die Beweislast für die Mangelfreiheit digitaler Inhalte zum entsprechenden Zeitpunkt bzw. im entsprechenden

Zeitraum tragen. Die Beweislastumkehr tritt jedoch nach § 327k Abs. 3 BGB nicht ein, wenn die digitale Umgebung des Verbrauchers mit den technischen Anforderungen der digitalen Inhalte inkompatibel war oder dies aufgrund fehlender Mitwirkung des Verbrauchers nicht festgestellt werden kann, sofern die Voraussetzungen für die Unterrichtung nach § 327k Abs. 3 BGB vorliegen.

III. Pflichten des Verbrauchers

1. Kaufpreiszahlung

Die Pflicht zur Kaufpreiszahlung ist Hauptleistungspflicht des Verbrauchers. Nach § 327 Abs. 1 BGB ist die Gegenleistung der bereitgestellten digitalen Inhalte die Zahlung eines Preises; darunter kann Geld oder die digitale Darstellung eines Werts verstanden werden. Ferner kann der Verbraucher gem. § 327 Abs. 3 BGB dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellen, um digitale Inhalte zu erhalten.

a) Geld

Geld ist das vom Staat oder vom Verkehr allgemein anerkannte Tauschmittel.⁸¹ Es gibt keine vereinheitlichte Definition im Recht. Gesetzliches Geld verweist aber lediglich auf Bargeld, wie bspw. Banknoten und Geldmünzen. Neben Bargeld gibt es auch Buchgeld. Es ist zwar kein gesetzliches Zahlungsmittel, aber es wird aufgrund seiner großen praktischen Bedeutung als Bargeld betrachtet, wenn der Gläubiger mit der Bezahlung durch Buchgeld einverstanden ist.⁸²

b) Zahlung in Form der digitalen Darstellung eines Werts

Die digitale Darstellung eines Werts wird als Zahlungsweise in Art. 2 Nr. 7 DI-RL vorgesehen und in § 327 Abs. 1 S. 2 BGB aufgenommen; Formen sind elektronische Gutscheine oder E-Coupons.⁸³ Daher kann neben Geld die digitale Darstellung eines Werts verwendet werden, um digitale Inhalte zu zahlen. Bemerkenswert ist ferner, dass virtuelle Währungen auch unter den Begriff der digitalen Darstellung eines Werts fallen, sofern sie nach nationalem Recht anerkannt sind.⁸⁴ Am 01.01.2020 trat das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie⁸⁵ in Deutschland in Kraft. Der Begriff der Kryptowerte wird im Kreditwesengesetz (KWG) festgelegt. Virtuelle Währungen werden vom

⁷⁹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 70.

⁸⁰ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 70.

⁸¹ Hakenberg, in: Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 2021, Stichwort: Geld.

⁸² Bergdolt, in: NK-BGB, § 245 Rn. 6, 7.

⁸³ Erwägungsgrund 23, RL (EU) 2019/770.

⁸⁴ Erwägungsgrund 23, RL (EU) 2019/770.

⁸⁵ BGBl. 2019 I, S. 2602.

Begriff der Kryptowerte erfasst und als Finanzinstrument akzeptiert nach § 1 Abs. 11 S. 4, 5 KWG. Ohne Zweifel fördert die Anwendung der digitalen Darstellung eines Werts im Zusammenhang mit digitalen Inhalten den Prozess der Digitalisierung.

c) Zahlung in Form der Weitergabe personenbezogener Daten

Nach § 327 Abs. 3 hat der Verbraucher das Recht, seine personenbezogenen Daten dem Unternehmer bereitzustellen, um digitale Inhalte zu erhalten. Dies gilt als eine bedeutsame Neuerung beim Gesetz über digitale Inhalte, da sie die Form klassischer Geschäftsmodelle (Ware gegen Geld) durchbricht. Der Begriff personenbezogener Daten entspricht dem in Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) anzutreffenden, d. h., „personenbezogene Daten sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“.⁸⁶ Ihr Umfang ist zwar nicht definiert, aber nach § 327 Abs. 3 BGB kann § 312 Abs. 1a S. 2 BGB herangezogen werden. Es ist dann klar, dass personenbezogene Daten, die als Leistungspflicht des Unternehmers oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen fungieren, nicht als Gegenleistung betrachtet werden. Außerdem ist es unerheblich, ob die betreffenden Daten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder zu einem späteren Zeitpunkt übermittelt werden.⁸⁷ Auf dieser Grundlage ist näher auf den Wert und den Schutz personenbezogener Daten einzugehen.

aa) Wert von personenbezogenen Daten

Die datenbasierte Gegenleistung erscheint beim Kauf digitaler Inhalte kostenlos, in Wahrheit sind sie jedoch selten „kostenlos“.⁸⁸ Das Leben spielt sich heute in einer digitalen Welt ab, in der Hochtechnologien es erlauben, größere Mengen an Daten selbstständig, schnell, leicht und kostengünstig zu speichern, zu überarbeiten, zu übermitteln und weiterzuverwenden.⁸⁹ An personenbezogene Daten binden sich zahlreiche wirtschaftliche Werte. Der Unternehmer profitiert durch Überarbeitung oder Weiterverkauf der Daten. Plattformen wie Facebook und Google sind Beispiele dafür: Sie verkaufen gesammelte Daten den Drittunternehmen oder sie verwenden Daten für die eigene Entwicklung, um ihren Wert zu steigern.⁹⁰ In diesem Geschäftsmodell haben Daten zweifellos einen

wirtschaftlichen Wert, auch wenn dieser im Gegensatz zu üblichen Waren schwer zu bestimmen sein mag.⁹¹

Der Wert von Daten ist schwer zu bestimmen, da Daten selbst keinen wirtschaftlichen Wert haben. Erst wenn sie gesammelt, verarbeitet, gespeichert und analysiert werden, entsteht ein Wert. Außerdem gibt es keinen einheitlichen Standard zur Messung des Wertes von Daten. Wenn die Daten zur Bereitstellung personalisierter Produkte oder Dienstleistungen verwendet werden, hängt ihr Wert vom Grad der Nutzeridentifikation ab. Je höher dieser ist, desto höher ist der Wert der Daten.⁹² Werden die Daten de-identifiziert und für die Verbesserung und Herstellung eines bestimmten Produkts verwendet, so kann ihre Daten anhand des Nutzens berechnet werden, den der Unternehmer durch die Verwendung der Daten erzielt. Ein professionelles Datenbewertungsinstitut sollte eingeführt werden, um den Marktwert von Daten zu bestimmen.

Daten als Gegenleistung hat die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 5 DSGVO durchbrochen (wie Datenminimierung) und lässt sie in den Bereich der Privatautonomie eintreten. Der Handel digitaler Inhalte wird erst durch AGB geschützt. Dies bezieht sich bspw. auf die Zustimmung der Vertragsparteien nach § 305 Abs. 1 BGB und die Inhaltskontrolle des § 307 BGB. Außer den AGB unterliegt der Kauf digitaler Inhalte auch dem Missverhältnis im Rahmen von § 138 BGB, um den Spielraum der Privatautonomie zu begrenzen. Überschreitet der Wert einer Leistung den einer anderen um etwa 100%, bildet dies unabhängig von anderen subjektiven und objektiven Umständen ein grobes Missverhältnis und kann damit als sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB angesehen werden.

Wie oben beschrieben, ist der Wert von Daten schwer zu messen. Der Wert der datenbasierten Gegenleistung ist folglich ebenfalls schwer zu messen. Allerdings könnte er mit Hilfe eines Datenbewertungsinstituts bestimmt werden.

bb) Verhältnis zu Datenschutzvorschriften

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist aus dem Kauf digitaler Inhalte nicht mehr wegzudenken. Diesbezügliche Verträge über digitale Inhalte sollten vor allem der DS-GVO unterliegen. Der Verbraucher hat nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO jederzeit ein Widerrufsrecht. Artikel 16 Abs. 2 DI-RL sieht

⁸⁶ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 45.

⁸⁷ Erwägungsgrund 24, RL (EU) 2019/770.

⁸⁸ Mischau, ZEuP 2020, 335, (338).

⁸⁹ Kumkar, ZfPW 2020, 306, (323).

⁹⁰ Schweitzer, in: Körber/ Kühling (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 273.

⁹¹ Mischau, ZEuP 2020, 335, (338).

⁹² Hacker, ZfPW 2019, 148, (193).

unmissverständlich vor, dass in Bezug auf personenbezogene Daten des Verbrauchers der Unternehmer die gem. DS-GVO geltenden Verpflichtungen einzuhalten hat. Dies wurde in § 327q BGB umgesetzt.

Die Besonderheit der mit Daten bezahlten Verträge liegt darin, dass diese neben dem Gesetz über digitale Inhalte der DS-GVO unterliegen. Der Vertragsschluss setzt die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten des Verbrauchers gem. Art. 4 Nr.11 DS-GVO voraus. Außerdem kann der Vertrag nach dem Widerruf des Verbrauchers gekündigt werden, wenn die Voraussetzungen für eine Kündigung des Vertrags nach § 327q Abs. 2 BGB vorliegen. Neben der DS-GVO kommen auch die datenschutzrechtlichen Bereiche der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201 v. 31.07.2002, S. 37) in Betracht.⁹³

2. Mitwirkungspflichten

Außer der genannten Kaufpreiszahlungspflicht hat der Verbraucher Mitwirkungspflichten. Nach § 327f Abs. 2 BGB muss der Verbraucher die bereitgestellte aktualisierte Vision innerhalb einer angemessenen Frist installieren. Wenn der Verbraucher der Pflicht nicht nachkommt, haftet er unter den Voraussetzungen aus § 327f Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB für den Produktmangel. Dies wurde bei der Aktualisierungspflicht beschrieben und wird hier daher nicht näher behandelt.

Die Pflichten des Verbrauchers betreffen überwiegend die Kaufpreiszahlung und die Mitwirkung bei der Aktualisierung. Die Abnahmepflicht kommt nicht in Betracht, da digitale Inhalte über das Internet übertragen werden und dann auf einem Endgerät, wie einem Computer, einem Smartphone oder einem internetfähigen Fernseher, verwendet werden. Wenn der Unternehmer digitale Inhalte nach § 327b Abs. 3 BGB bereitgestellt hat, so gilt dies automatisch auch als Abnahme.

IV. Rechte des Verbrauchers bei mangelhaften digitalen Inhalten

Falls ein bereitgestellter digitaler Inhalt Produkt- oder Rechtsmängel i. S. v. §§ 327e bis 327g aufweist, kann der Verbraucher in erster Linie Nacherfüllung nach § 327i BGB verlangen. Hat der Unternehmer

innerhalb der gesetzten Frist die Pflicht zur Nacherfüllung nicht erfüllt, stehen dem Verbraucher die anderen Gewährleistungsrechte, nämlich die Vertragsbeendigung, Minderung und Schadensersatz, zur Verfügung. Während die Gewährleistungsrechte beim Kauf digitaler Inhalte in engem Zusammenhang mit geltenden Gewährleistungsrechten des Schuldrechts stehen, weisen sie nach sorgfältiger Modifizierung einzigartige Merkmale auf. Darüber hinaus ergibt sich die Verjährung der Mängelansprüche – anders als die Verjährung des Kaufrechts aus § 438 BGB – aus § 327j BGB. Sie beträgt immer zwei Jahre. Die Vertragsbeendigung und die Minderung sind als Gestaltungsrechte unter Berufung auf § 218 BGB sowie indirekt auf § 327j BGB anwendbar.

1. Nacherfüllung

Die Nacherfüllung befindet sich auf der ersten Stufe des Gewährleistungsrechts; sie ist in § 327i BGB normiert und aus Art. 14 Abs. 2, 3 DI-RL entnommen. Hintergrund ist „der Grundsatz der Vertragserhaltung“⁹⁴, der im Kaufrecht nach §§ 437 ff. BGB zu beachten ist. Bei Auftreten eines Mangels versuchen die beiden Parteien in erster Linie, mangelhafte Produkte zu reparieren oder umzutauschen, statt zu mindern oder zurückzutreten.⁹⁵ Im Rahmen der Nacherfüllung kann der Verbraucher vom Unternehmer verlangen, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen und die erforderlichen Aufwendungen zu tragen (§ 327i Abs. 1 S. 1 BGB). Außerdem ist die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen (§ 327i Abs. 1 S. 2 BGB).

a) Wahlrecht des Unternehmers

Das Wahlrecht steht dem Unternehmer zu: Er entscheidet, wie er die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte wiederherstellt (Nachbesserung oder Nachlieferung), denn er verfügt im betreffenden Bereich über bessere Fachkenntnis und die nötige Hochtechnologie und kontrolliert dadurch den Zugang zu digitalen Inhalten. Aufgrund seiner Vorteile sollte folglich der Unternehmer statt des Verbrauchers die Form der Wiederstellung festlegen.⁹⁶ Damit unterscheidet sich die Nacherfüllung bei digitalen Inhalten von der geltenden Nacherfüllung des Schuldrechts, bei der der Käufer zwischen Nachbesserung oder Nachlieferung wählen kann.

⁹³ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 45-46.

⁹⁴ *Medicus/Lorens*, Schuldrecht II: Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, S. 46.

⁹⁵ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, S. 64-65.

⁹⁶ Erwägungsgrund 63, RL (EU) 2019/770.

b) Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs

Unmöglichkeit als ein Ausschlussgrund gilt nach § 327 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB auch für Nacherfüllungsansprüche bei Kaufverträgen über digitale Inhalte. Als Unmöglichkeit kommt hier – anders als die Nacherfüllungsvorschriften im Kaufrecht, auf die die Unmöglichkeitsbestimmungen des § 275 Abs. 1, 2 und 3 BGB Anwendungen finden können – aber lediglich objektive und subjektive Unmöglichkeit i. S. v. § 275 Abs. 1 BGB in Betracht. Wirtschaftliche und persönliche Unzumutbarkeiten spielen mit Blick auf die Besonderheiten der digitalen Inhalte keine Rolle. Der Nacherfüllungsanspruch ist zudem ausgeschlossen, soweit die Nacherfüllung für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 327 Abs. 2 S. 2 Var. 2 BGB). Beim Urteil über unverhältnismäßige Kosten kann teilweise wie in § 439 Abs. 4 S. 2 BGB insbesondere auf den Wert digitaler Inhalte in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels Rücksicht genommen werden.⁹⁷ Außerdem sollte beachtet werden, inwiefern dem Unternehmer Synergieeffekte zugutekommen.⁹⁸

2. Vertragsbeendigung

Die Vertragsbeendigung wird als ein neuer Begriff in das Gesetz über digitale Inhalte eingeführt. Allerdings hat diese Begriffsänderung keinen Einfluss auf sachliche Inhalte des Gewährleistungsrechts, da der Begriff lediglich einer einfachen Rechtsanwendung zwischen dem Einmalleistungsaustausch der einmaligen Bereitstellung und dem Dauerschuldverhältnis der dauerhaften Bereitstellung dient. Der Rücktritt und die Kündigung gelten auch für den Kauf digitaler Inhalte.

a) Gründe der Vertragsbeendigung

Sechs Gründe der Vertragsbeendigung aus Art. 14 Abs. 4 der DI-RL sind in § 327m Abs. 1 aufgelistet:

1. Liegen die ausgeschlossenen Gründe der Nacherfüllung nach § 327l Abs. 2 BGB vor, kann der Verbraucher den Vertrag beenden. Wenn der Verbraucher nicht bewerten kann, ob die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung erfüllt sind, kann er den Vertrag erst nach der Weigerung der Nacherfüllung des Unternehmers beenden.⁹⁹

2. Wenn die Pflicht zur Nacherfüllung des Unternehmers nicht nach § 327l Abs. 1 innerhalb einer angemessenen Frist erfüllt wurde, ist der Verbraucher berechtigt, den Vertrag zu beenden.

3. Zeigen digitale Inhalte nach der Nacherfüllung des Unternehmers noch einen Mangel, hat der Verbraucher das Recht auf Vertragsbeendigung. Denn in diesem Fall ist das Vertrauen des Verbrauchers in den Unternehmer erschüttert.¹⁰⁰ Der zweite Mangel darf nicht derselbe sein wie der, den der Unternehmer schon nacherfüllt hat. Andere oder bereits bei Bereitstellung vorliegende, aber noch nicht erkennbare Mängel werden erfasst.

4. Ein schwerwiegender Mangel bewirkt die sofortige Vertragsbeendigung. Ob ein schwerwiegender Mangel vorliegt und ein sofortiges Vertragsbeendigungsrecht infolgedessen bewirkt wird, lässt sich nur durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer feststellen.¹⁰¹ So wird als ein Beispiel in der DI-RL genannt, dass der Anbieter dem Verbraucher ein Antivirenprogramm bereitstellt, das selbst mit Viren infiziert ist.¹⁰²

5. Falls der Unternehmer die ordnungsgemäße Nacherfüllung gem. § 327l Abs. 1 S. 2 BGB verweigert, kann der Verbraucher das Vertragsbeendigungsrecht ausüben.

6. Der Verbraucher kann das Vertragsbeendigungsrecht wahrnehmen, wenn es angesichts der Umstände offensichtlich ist, dass der Unternehmer nicht nach § 327l Abs. 1 S. 2 ordnungsgemäß nacherfüllen wird. Bei der Ausübung des Kündigungsrechts kommt es nicht auf die Weigerung des Unternehmers an, da vermieden werden soll, dass der Unternehmer dies ausnutzt und eine Weigerung nicht vornimmt.

Sofern der Verbraucher den Vertrag nach § 327m Abs. 1 BGB beenden kann, gibt es neben den oben genannten Fällen auch zwei besondere Vertragslösungsrechte beim Paketvertrag (§ 327m Abs. 4) und beim Warenvertrag mit digitalen Produkten (§ 327m Abs. 5). Einerseits ist der Verbraucher beim Paketvertrag berechtigt, alle Bestandteile vom ganzen Vertrag zu lösen, solange er an den weiteren Vertragsbestandteilen ohne das mangelhafte digitale Produkt kein Interesse hat. Andererseits kann der Verbraucher alle Bestandteile des Warenkaufvertrags mit digitalen Produkten (§ 327a Absatz 2) vom Vertrag lösen, wenn sich die Waren aufgrund des Mangels des digitalen Produkts nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignen.

⁹⁷ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 77.

⁹⁸ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 77.

⁹⁹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 78.

¹⁰⁰ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 78.

¹⁰¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 79.

¹⁰² Erwägungsgrund 65, RL (EU) 2019/770.

b) Ausschluss der Vertragsbeendigung

Nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB ist das Recht auf Vertragsbeendigung ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Dies gilt aber nicht für den Fall der Einbeziehung personenbezogener Daten in den Kauf digitaler Inhalte. Der Grund liegt darin, dass es für den Verbraucher bei mangelhaften digitalen Inhalten unmöglich ist, einen Anspruch auf Preisminderung geltend zu machen, wenn er personenbezogene Daten bereitgestellt hat.¹⁰³ In diesem Fall hat eine geringfügige Vertragswidrigkeit eine Vertragsbeendigung zur Folge. Hat der Verbraucher sowohl einen Preis gezahlt als auch personenbezogene Daten übermittelt, gilt ein unerheblicher Produktmangel auch als Ausschlussgrund, denn dem Verbraucher können in diesem Fall die Preisminderung oder die Vertragsbeendigung zur Verfügung stehen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen.¹⁰⁴

c) Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung

§§ 327o, 327p BGB sehen die Rechte und Pflichten beider Parteien nach der Vertragsbeendigung vor und setzen Art. 15, 16 und 17 DI-RL um. Die Vertragsbeendigung wird durch Willenserklärung gegenüber dem Unternehmer ausgeübt (§ 327o Abs. 1 BGB). Sie kann formlos, konkludent und ohne Angabe der Gründe erfolgen.

aa) Pflichten des Unternehmers

(1) Kaufpreiserstattungspflicht

Im Fall der Vertragsbeendigung verpflichtet sich der Unternehmer, dem Verbraucher erhaltene Zahlungen zu erstatten (§ 327o Abs. 2 BGB). Beim Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung digitaler Inhalte erstattet der Unternehmer ausschließlich die Zahlung, die der Verbraucher während des Zeitraums für den mangelhaften Inhalt bezahlt hat (§ 327 Abs. 3 BGB). Der Unternehmer muss innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Vertragsbeendigungserklärung mit demselben Zahlungsmittel, das der Verbraucher bei der Zahlung anwendet hat, die Zahlung erstatten.

(2) Verbot der Weiternutzung digitaler Inhalte

Es ist dem Unternehmer untersagt, nach der Vertragsbeendigung die Inhalte, die nicht personenbezogene Daten darstellen und die der Verbraucher bei Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Inhalts übermittelt oder erstellt hat, weiter zu nutzen (§

327p Abs. 2 S. 1 BGB). In Bezug auf personenbezogene Daten des Verbrauchers ist der Unternehmer nach der DS-GVO verpflichtet, sie zu löschen.¹⁰⁵

Jedoch darf der Unternehmer gem. § 327p Abs. 2 S. 2 BGB die oben genannten Inhalte nach der Vertragsbeendigung weiter nutzen, wenn einer der folgenden vier Fälle vorliegt:

1. Der Verbraucher kann die Inhalte ausschließlich innerhalb des Kontextes des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts nutzen, sonst haben sie keine anderen Verwendungszwecke. Als Beispiel für diesen Fall führt die Begründung zum Regierungsentwurf (Begr.-RegE) ein vom Unternehmer vorgegebenes und vom Verbraucher lediglich ausgewähltes Profilbild für den Charakter eines Computerspiels an.¹⁰⁶

2. Die Inhalte stehen lediglich mit der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts durch den Verbraucher in Verbindung.

3. Wurden die Inhalte vom Unternehmer mit anderen Daten aggregiert, können sie nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand disaggregiert werden. Unter „aggregiert“ ist hier „verbunden“ zu verstehen.¹⁰⁷ Wenn die Inhalte von anderen Bestandteilen getrennt werden, muss der Unternehmer seinen finanziellen Aufwand verdoppeln, was einen „unverhältnismäßigen Aufwand“ darstellt.¹⁰⁸

4. Die Inhalte wurden vom Verbraucher zusammen mit anderen Verbrauchern erzeugt, die diese Inhalte weiterhin nutzen können. Dies nimmt Rücksicht auf das Interesse der anderen Teilnehmer.

bb) Pflichten des Verbrauchers

Nach § 327o Abs. 5 S. 1 BGB ist der Verbraucher verpflichtet, einen vom Unternehmer bereitgestellten körperlichen Datenträger zurückzusenden. Wenn der Unternehmer das Recht auf Rücksendung innerhalb von 14 Tagen nach der Vertragsbeendigung in Anspruch nimmt, sollte der Verbraucher die körperlichen Datenträger unverzüglich zurücksenden. Die Sendungskosten muss der Unternehmer selbst übernehmen (§ 327o Abs. 5 S. 2 BGB). Ferner ist es dem Verbraucher untersagt, nach der Vertragsbeendigung das digitale Produkt weiter zu verwenden und an andere zu übertragen (§ 327p Abs. 1 S. 1 BGB).

¹⁰³ Erwägungsgrund 67, RL (EU) 2019/770.

¹⁰⁴ Erwägungsgrund 67, RL (EU) 2019/770.

¹⁰⁵ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 84.

¹⁰⁶ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 85.

¹⁰⁷ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 85.

¹⁰⁸ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 86.

3. Minderung

a) Voraussetzungen der Minderungsrecht

Das Minderungsrecht gilt als ein zum Vertragsbeendigungsrecht paralleles Gewährleistungsrecht, weshalb es ebenfalls unerlässlich ist, eine bestehende erfolglose Nacherfüllung zu konstatieren. Anders als bei der Vertragsbeendigung gilt die Minderung aber nur für die Geldleistung, die der Verbraucher für digitale Inhalte bezahlt hat. Das heißt, das Recht auf Minderung ist ausgeschlossen, falls die Gegenleistung in Form von personenbezogenen Daten erbracht worden ist. Wenn der Verbraucher jedoch wiederum sowohl einen Preis gezahlt als auch personenbezogene Daten bereitgestellt hat, hat er auch das Minderungsrecht. Zum anderen stellt die Unerheblichkeit eines Mangels für das Recht zur Minderung keinen Ausschlussgrund dar (§ 327n Abs. 1 S. 2 BGB). Als ein Gestaltungsrecht wird das Preisminderungsrecht durch einseitige Erklärung gegenüber dem Unternehmer ausgeübt (§ 327n Abs. 1 S. 1 BGB).

b) Berechnung der Minderungsbetrages

Minderung ist die Herabsetzung des Kaufpreises. Das Gesetz benutzt in der Regel eine relative Berechnungsmethode.¹⁰⁹ Maßgeblich ist dadurch die objektive Wertminderung.¹¹⁰ Diese Berechnungsmethode und dieses Berechnungskriterium entsprechen der Minderung nach § 411 Abs. 3 BGB. Anders als beim Kaufrecht ist der Ausgangspunkt für den heranzuziehenden Wert beim Vertrag über digitale Inhalte der Zeitpunkt nicht des Vertragsschlusses, sondern der Bereitstellung. Im Hinblick auf den besonderen Zeitpunkt der Wertermittlung geht der Gesetzgeber davon aus, dass dessen Festlegung nicht notwendig ist, da nach § 327b Abs. 1 BGB der Zeitraum zwischen dem Vertragsschluss und der Bereitstellung des digitalen Inhalts grundsätzlich sehr kurz ist.¹¹¹ Zudem ist die Minderung, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln (§ 327n Abs. 3 BGB).

Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts gilt die Minderung mit gleicher Berechnungsmethode für den entsprechenden Zeitraum, in dem der Mangel besteht (§ 327n Abs. 3 BGB).

c) Folgen der Minderung

Liegt ein Fall der Minderung vor und hat der Verbraucher mehr als den geminderten Preis gezahlt, so muss der Unternehmer den Mehrbetrag unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 14 Tagen, erstatten (§ 327n Abs. 4 S. 1, 2 BGB). Die Frist beginnt mit dem Zugang der Minderungserklärung beim Unternehmer (§ 327n Abs. 4 S. 3 BGB). Was das Zahlungsmittel der Erstattung angeht, so hat der Unternehmer dasselbe Zahlungsmittel zu benutzen, das der Verbraucher bei der Zahlung verwendet hat, soweit es keine andere ausdrücklich Vereinbarung gibt (§ 327n Abs. 4 S. 4 BGB). Der Unternehmer muss zudem für die Kosten, die ihm für die Erstattung des Mehrbetrags entstehen, aufkommen (§ 327n Abs. 4 S. 5 BGB).

4. Schadensersatz

Neben der Vertragsbeendigung kann der Verbraucher unter den Voraussetzungen der Vertragsbeendigung nach § 327m Abs. 3 S. 1 BGB auch Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) geltend machen. Anders als in der Regelung im Regierungsentwurf finden sich in § 327m Abs. 3 BGB dagegen keine Verweise auf §§ 283, 284, 311a BGB, da der Rechtsausschuss davon ausgeht, dass die Vertragsbeendigungsgründe in § 327m Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB teils mit einer nicht ordnungsgemäßen Nacherfüllung und teils mit einer ausgeschlossenen Nacherfüllung vergleichbar seien.¹¹² Diese Voraussetzungen genügen für § 280 BGB, der als „Drehscheibennorm“ fungiert und in Abs. 3 über Verweise auf §§ 281–283 BGB weitere Voraussetzungen für bestimmte Arten von Pflichtverletzungen bestimmt. Darüber hinaus wurde § 284 BGB zwar in der Finalfassung gestrichen, der Verbraucher kann aber auch Ersatz vergeblicher Aufwendungen hinsichtlich der deutlichen Regelung des § 327i Abs. 3 BGB verlangen.¹¹³ § 281 Abs. 1 S. 3 und Abs. 4 BGB bleiben unberührt nach § 327m Abs. 3 S. 2 BGB.

Wenn der Verbraucher Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, ist der Unternehmer gem. § 327m Abs. 3 S. 3 BGB zur Rückforderung des Geleisteten berechtigt. Hat der Verbraucher zudem beim Rechtsmangel dem Dritten gegenüber Schadensersatz zu leisten, kann er vom Unternehmer seinen Aufwand seinerseits ersetzt bekommen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.¹¹⁴ Schließlich kann

¹⁰⁹ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, S. 81.

¹¹⁰ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 81.

¹¹¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 81.

¹¹² Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/31116, S. 11.

¹¹³ Weiß, ZVertriebsR 2021, 208 (212).

¹¹⁴ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 70.

Schadensersatz auf die Fälle für den Verbraucher nachteiliger Vereinbarungen Anwendung finden (§ 327s Abs. 4 BGB).

V. Rechte des Verbrauchers bei unterbliebener Bereitstellung

1. Beendigungsrecht des Verbrauchers

Das Gesetz gewährt dem Verbraucher das Vertragsbeendigungsrecht, wenn der Unternehmer einer fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nachkommt (§ 327c Abs. 1 BGB). Die Beendigung des Vertrags erfolgt durch Erklärung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer (§ 327o Abs. 1 BGB).

Beim Paketvertrag kann der Verbraucher unter den Voraussetzungen der Vertragsbeendigung alle Bestandteile vom Vertrag lösen, wenn er an den restlichen Komponenten ohne das nicht bereitgestellte digitale Produkt kein Interesse hat (§ 327c Abs. 6 BGB). Beim Vertrag über eine Sache mit digitalen Elementen sind unter den Voraussetzungen des § 327c Abs. 1 BGB alle Bestandteile nach § 327a Absatz 2 vom Vertrag zu lösen, wenn sich die Sache ohne die nicht bereitgestellten Teile nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet (§ 327c Abs. 7 BGB). Nach der Vertragsbeendigung ist der Unternehmer verpflichtet, die Kaufpreisbeträge zu erstatten und relevante Daten nicht weiter zu benutzen (§§ 327o, p BGB).

2. Schadensersatz des Verbrauchers

Unter der Voraussetzung des § 327c Abs. 1 BGB ist der Verbraucher neben der Vertragsbeendigung in der Lage, Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB) und Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) zu verlangen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllt sind (§ 327c Abs. 2 S. 1 BGB). Die DI-RL sieht die Unmöglichkeit der Bereitstellung vor, folglich kann Schadensersatz i. S. v. §§ 283 und 311a Abs. 2 unbegrenzt auf die unterbliebene Bereitstellung angewendet werden.¹¹⁵

VI. Rechte des Unternehmers als Verkäufer

In einem auf den Verbraucherschutz zugeschnittenen Gesetz über digitale Inhalte sollte das Recht des Unternehmers nicht vorrangig sein. So ist es auch: In diesem Gesetz werden nur wenige Rechte des

Unternehmers geregelt. Jedoch gewährt das Gesetz dem Unternehmer hinsichtlich der Besonderheiten digitaler Inhalte das einseitige Änderungsrecht. Außerdem hat der Unternehmer im Rahmen der Interessenabwägung aufgrund des jederzeitigen Widerrufsrechts des Verbrauchers nach der DS-GVO ein Kündigungsrecht.

1. Änderungsrecht des Unternehmers

Kodel macht von einer Reihe von Daten aus Studien einer von der Europäischen Kommission eingesetzten Expertengruppe Gebrauch, um die praktische Bedeutung der Änderungen zu veranschaulichen.¹¹⁶ Es ist auch denkbar, dass der Unternehmer digitale Inhalte häufig durch einseitige Änderungen verbessert. Die Änderung unterscheidet sich dadurch von der Aktualisierung, der der Unternehmer nachkommen muss, um die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte aufrechtzuerhalten. Dieser Zusammenhang wurde schon oben beschrieben und wird hier daher nicht eingehender behandelt.

Die Änderungsvorschriften sind von Art. 19 der DI-RL umgesetzt und in § 327r BGB festgelegt. Sie gelten nur für die dauerhafte Bereitstellung digitaler Inhalte nach Vertragsschluss und werden ausschließlich unter strikten Voraussetzungen ausgeübt. Die Änderungen sind meistens zu Gunsten von Verbrauchern, aber sie können auch nachteilig oder zumindest neutral sein.¹¹⁷ Entsprechend werden sie unter verschiedenen Voraussetzungen vorgenommen. Während die Änderungen nach § 327r Abs. 1 BGB verbraucherfreundlich sind¹¹⁸, stellen sich die Änderungen gem. § 327r Abs. 2 BGB als verbraucherfeindlich dar.

a) Grundsätzliches Änderungsrecht nach § 327r Abs. 1 BGB

Nach § 327r Abs. 1 BGB ist der Unternehmer berechtigt, digitale Inhalte ohne Berücksichtigung von subjektiven und objektiven Anforderungen zu verändern, wenn

1. der Vertrag die Änderungsmöglichkeit vorsieht und einen triftigen Grund dafür nennt. Als Beispiel für einen triftigen Grund führt der Erwägungsgrund 75 der DI-RL den Fall an, in dem eine Anpassung an eine neue technische Umgebung oder an eine erhöhte Nutzerzahl vorgenommen wird.¹¹⁹

¹¹⁵ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 56.

¹¹⁶ „Im Jahr 2013 gab es beim Cloud Computing nicht als 538 einseitige Änderungen, etwa bei Facebook 22-mal, bei Amazon Web Services 11-mal, bei Foursquare 10-mal, bei Twitter 9 -mal.“ *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/

Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 142.

¹¹⁷ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 89.

¹¹⁸ Erwägungsgrund 75, RL (EU) 2019/770.

¹¹⁹ Erwägungsgrund 75, RL (EU) 2019/770.

2. dem Verbraucher durch die Änderung keine weiteren Kosten entstehen. Unter zusätzlichen Kosten sollte nicht nur Geld verstanden werden; auch personenbezogene Daten fallen darunter.¹²⁰ Dies gilt folglich sowohl für Verträge mit monetären Preisen als auch für solche mit personenbezogenen Daten als Gegenleistung.¹²¹

3. der Verbraucher klar und verständlich über die Änderung informiert wird. Hier unterscheidet sich der Zeitpunkt des Informierens von § 327r Abs. 2 BGB; „im Voraus in Kenntnis gesetzt“ worden zu sein, ist nicht zwingend.

b) Nachträgliche Änderungen nach § 327r Abs. 2 BGB

aa) Voraussetzungen

Bei nachteiligen Änderungen müssen zunächst die Voraussetzungen des § 327r Abs. 1 BGB vorliegen. Es ist zudem unerlässlich, den Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist vor dem Zeitpunkt der Änderung über diese zu informieren. Ob eine Änderung für den Verbraucher nachteilig ist, kann anhand der objektiven Kriterien des § 327m Abs. 3 BGB beurteilt werden. Die Informationen, betreffend etwa den Umfang, die Funktionen und den Zeitpunkt der Änderung sowie das Beendigungsrecht des Verbrauchers nach der Änderung, sollten auf das Endgerät des Verbrauchers übermittelt werden und nicht nur auf der Homepage des Unternehmers aufzufinden sein.¹²² Vor allem sollten die Informationen innerhalb einer angemessenen Frist vor dem Zeitpunkt der Änderung übermittelt werden. Im Hinblick auf die Vielfalt der digitalen Inhalte sind unbestimmte Fristen flexibler und können daher je nach dem Einzelfall verlängert oder verkürzt werden.¹²³ Eine Unterrichtung vor dem Zeitpunkt der Änderung gibt dem Verbraucher ausreichend Zeit, darüber nachzudenken, ob er die Änderung akzeptieren oder den Vertrag nach § 327r BGB beenden möchte. Diese Voraussetzung macht den größten Unterschied im Vergleich zur vorteilhaften Änderung aus.

bb) Folge: Vertragsbeendigung oder Beibehaltung der bisherigen Version

Gem. § 327r Abs. 3 BGB hat der Verbraucher das Recht zur Vertragsbeendigung, wenn durch eine Änderung der Zugang zu digitalen Inhalten oder deren Nutzung beeinträchtigt wird. Der Verbraucher kann

das Vertragsbeendigungsrecht innerhalb von 30 Tagen ab dem Zugang der Änderungsinformation ausüben. Wenn die Änderung nach dem Zugang der Information stattfindet, so tritt an die Stelle des Zeitpunkts des Zugangs der Information der Zeitpunkt der Änderung (§ 327r Abs. 3 BGB). Wenn die Beeinträchtigung geringfügig oder unerheblich ist, ist das Vertragsbeendigungsrecht ausgeschlossen (§ 327r Abs. 4 Nr.1 BGB).

Ferner gewährt das Gesetz dem Verbraucher ein Wahlrecht nach § 327r Abs. 4 Nr. 2 BGB. Wenn der Verbraucher die unveränderte Version ohne zusätzliche Kosten, die sowohl Preise als auch personenbezogene Daten einschließen, weiterverwenden kann, behält der Verbraucher die bisherige Version bei. In diesem Fall ist das Recht auf Vertragsbeendigung auch ausgeschlossen. Freilich ist der Unternehmer nicht verpflichtet, mehrere Versionen digitaler Inhalte parallel zu pflegen. Wenn der Verbraucher weitere Kosten für die Benutzung der bisherigen Version bezahlen muss, steht das Vertragsbeendigungsrecht ihm wieder offen.

c) Zustimmung des Verbrauchers

Nach § 327r Abs. 1 Nr. 1 muss die Änderungsmöglichkeit im Vertrag vorgesehen werden. Es handelt sich um eine zwingende Vorschrift, die durch vertragliche Vereinbarungen weder geändert noch aufgehoben werden kann. Liegt die Änderungsklausel im Vertrag vor, geht der Vertragsschluss mit der Zustimmung zur Änderung einher. Daher ist die Zustimmung des Verbrauchers zur Änderung zwingend. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um vorteilhafte oder nachteilige Änderungen handelt. Erheblich ist, dass das Änderungsrecht vom Unternehmer erst ausgeübt werden kann, wenn der Verbraucher der Änderung zustimmt. Wie wird aber das Zustimmungsrecht des Verbrauchers im Fall der Änderung geschützt?

Die Änderungsklausel sollte nach § 310 Abs. 3 BGB zuerst vom Unternehmer gestellt werden. Es ist danach erforderlich, dass der Unternehmer bei Vertragsschluss nach § 305 Abs. 2 BGB den Verbraucher darauf ausdrücklich hinweist und dieser ihren Inhalt zur Kenntnis nehmen kann; schließlich ist der Verbraucher mit ihrer Geltung einverstanden. Der Vertrag über digitale Inhalte erfolgt grundsätzlich in elektronischer Form. Solche Verträge werden in der Regel dadurch abgeschlossen, dass der Verbraucher auf die

¹²⁰ *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 147.

¹²¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 90.

¹²² *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 147.

¹²³ Erwägungsgrund 64, RL (EU) 2019/770.

Schaltfläche „Zustimmen“ klickt (Click-Wrap-Agreements¹²⁴). Die Unterzeichnung von Verträgen findet somit nicht mehr wie bisher in persönlichen Gesprächen statt, sondern mittels Interaktion durch Browsing und Anklicken zwischen Menschen und Maschinen.

Die zahlreichen komplizierten technischen Bestimmungen oder rechtlichen Begriffe in den AGB sind häufig schwer zu verstehen. Zudem werden die den Anforderungen korrespondierenden ausdrücklichen Hinweise und deutlichen Erklärungen durch die Menge an Informationen auf dem Handy- oder Computerbildschirm überlagert.¹²⁵ Ihr unterscheidbares Merkmal ist daher stark beeinträchtigt.¹²⁶ Obwohl die Verbraucher einen Vertrag unterzeichnen, indem sie auf den Zustimmungsbutton klicken, kennen oder verstehen sie möglicherweise die daraus entstehenden Rechte und Pflichten nicht.¹²⁷ Es ist schwierig für den Verbraucher, eine echte entsprechende Willenserklärung gegenüber dem Unternehmen zu äußern.¹²⁸ Alles in allem ist das Zustimmungsrecht des Verbrauchers vor diesem Hintergrund schwierig zu gewährleisten.

Bei der Ausgestaltung von Inhalten der Änderungsklausel müsste der Unternehmer deutlich erklären, dass sowohl vorteilhafte als auch nachteilige Änderungen für den Verbraucher möglich sind. Detailliert sollten die Bedeutung und die Art der Änderung sowie die Auswirkung auf die Rechte und Pflichten des Verbrauchers erläutert werden, wobei der Verbraucher durch eine besondere Schriftart und Farbe darauf hinzuweisen wäre. Darüber hinaus sollte eine weitere Schaltfläche neben der Schaltfläche „Zustimmen“ angebracht werden, die mit dem Hinweis „Ich bin mir bewusst, dass das Unternehmen das Änderungsrecht hat“ versehen wäre. Außerdem sollte hier ein Link erstellt werden, mit dem schnell auf die Änderungsklausel zugegriffen werden kann und der es dem Verbraucher erlaubt, das Änderungsrechts des Unternehmers zu kennen. Auf diese Weise könnte das Zustimmungsrecht des Verbrauchers geschützt werden und der Streit über die Gültigkeit von Verträgen wegen der Pflicht zum ausdrücklichen Hinweis vermieden werden.

d) Weitere Überlegung

Das einseitige Änderungsrecht ist ein ausschließliches Recht des Unternehmers im Zeitalter der

internetgeleiteten Wirtschaft. Dies trägt den Interessen sowohl des Unternehmers als auch des Verbrauchers Rechnung. Ist eine Änderung nachteilig für den Verbraucher, hat er das Recht zur Vertragsbeendigung. Dies scheint eine gerechtfertigte Maßnahme für die Vertragsparteien zu sein. Trotzdem können sich diesbezüglich Bedenken einstellen.

Der Unternehmer und der Verbraucher haben bei Transaktionen einen ungleichen Status; dieses Phänomen ist beim Kauf digitaler Inhalte noch stärker ausgeprägt. So verfügt der Unternehmer über Fachkenntnis und Technologien und kontrolliert dadurch den Zugang zu digitalen Inhalten und deren Nutzung. Außerdem ist klar, dass die Firmen in der Internetwirtschaft leicht ein Kartell bilden können. Daher ist der Verbraucher stark von diesen Firmen abhängig. Wenn eine nachteilige Änderung und zugleich kein Fall der weiteren Nutzung von unveränderten digitalen Inhalten ohne zusätzliche Kosten vorliegen, kann der Verbraucher entweder den Vertrag beenden oder die nachteilige Änderung akzeptieren. Aufgrund des Monopols des Unternehmens sind die Verbraucher jedoch möglicherweise nicht in der Lage, nach Beendigung des Vertrages ähnliche oder bessere Produkte oder Dienstleistungen zu erhalten. In diesem Fall wäre der Verbraucher nur in der Lage, die nachteiligen Änderungen zu akzeptieren. Das ist vor allem der Fall bei Accounts (wie Spielaccounts) oder Plattformen, bei denen sich die Verbraucher durch langwierigen Einsatz einen Rang und eine Reputation erworben haben. Der Verbraucher zieht es dann vor, das Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten, anstatt es zu beenden. An dieser Stelle gibt es einen unlösbaren Widerspruch zwischen dem Änderungsrecht des Unternehmers und dem Verbraucherschutz. Wie kann aber der Verbraucher im Fall der Vertragsfortsetzung kompensiert werden oder im Fall der Vertragsbeendigung durch den Verbraucher ein Ausgleich für den Verlust des Verbrauchers geschaffen werden?

Der Unternehmer sollte den Verbraucher ausgleichen. Hierfür gibt es drei Gründe: die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen, ihre wirtschaftliche vorteilhafte Stellung und ihre Interessen aus der Änderung. Der Unternehmer könnte eine eigene Abteilung einrichten, die sich mit Fragen befasst, die sich aus verbraucherfeindlichen Änderungen ergeben. Im

¹²⁴ Elektronische Verträge werden Shrink-Wrap Contract, Click-Wrap Agreements, Browse-Wrap Agreements untergliedert. *Xia*, *Jurists Review* 2020, 14 (16).

¹²⁵ *Xia*, *Jurists Review* 2020, 14 (16).

¹²⁶ *Wang/Sun*, *Journal of Hunan University (Social Sciences)* 2019, 137 (140-141)

¹²⁷ *Wang/Sun*, *Journal of Hunan University (Social Sciences)* 2019, 137 (140-141)

¹²⁸ *Xia*, *JiangHuai Tribune* 2020, 134 (135).

Fall der Vertragsfortsetzung könnte der Unternehmer dem Verbraucher für einen begrenzten Zeitraum kostenlosen oder ermäßigten Zugang zu dem digitalen Inhalt anbieten. Die Dauer des Angebots richtet sich nach dem Ausmaß der Interessenverluste des Verbrauchers. Im Fall der Vertragsbeendigung könnte ein Ausstiegsmechanismus eingerichtet werden. Hier werden zwei Fälle diskutiert. Wenn digitale Inhalte keine weitere Verwendung finden, könnte der Unternehmer den Verbraucher in Form eines Gutscheins oder einer Rabattkarte kompensieren. Wenn die digitalen Inhalte noch einen Wert haben und von anderen weiterverwendet werden können, könnte der Unternehmer dem Verbraucher die Entscheidung überlassen, ob er die digitalen Inhalte selbst verkaufen oder dem Unternehmer ihre Entsorgung überlassen möchte. Wenn ein Verbraucher digitale Inhalte selbst verkauft, sollte er den Unternehmer benachrichtigen, wenn er von diesem nach Abschluss der Transaktion dazu aufgefordert wird. Im zweiten Fall könnten die Erlöse aus dem Weiterverkauf oder der Weiterverwendung digitaler Inhalte durch den Unternehmer nach Abzug der notwendigen Aufwendungen an den Verbraucher zurückgezahlt werden. Zusammenfassend ist ein Preis für technologische Entwicklung zu entrichten. Die von dem Unternehmer gezahlte Abfindung und die erlittenen Verluste des Verbrauchers, die nicht vollständig ausgeglichen werden können, sind ein Beitrag zu den Kosten der gesellschaftlichen Entwicklung.

Würden die Änderungsinhalte zudem vor ihrer Ausübung bekanntgemacht werden, könnte das Änderungsrecht durch die Überwachung von Dritten beschränkt werden. Auf dieser Weise könnte das Recht des Verbrauchers weiter geschützt werden. Bspw. sieht § 34 Abs. 2 E-Commerce Law der Volksrepublik China¹²⁹ vor: „Die vorgeschlagenen Änderungen sind mindestens sieben Tage vor ihrem Inkrafttreten zu veröffentlichen.“

2. Kündigungsrecht des Unternehmers

Nach § 327q Abs. 1 BGB bleibt die Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich davon unberührt, dass der Verbraucher datenschutzrechtliche Betroffenenrechte ausgeübt hat und datenschutzrechtliche Erklärungen abgegeben hat. Insbesondere kann der Verbraucher nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO seine Einwilligung jederzeit widerrufen. Dies ermöglicht es dem Verbraucher, seine Datenschutzrechte nach dem

Vertragsschluss ohne Bedenken wahrzunehmen.¹³⁰ Der Unternehmer kann jedoch die Ersatzansprüche gegen den Verbraucher aufgrund einer durch die Ausübung von Datenschutzrechten oder die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen bewirkten Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung nicht verlangen (§ 327q Abs. 3 BGB).

Im Rahmen der Interessenabwägung gewährt das Gesetz dem Unternehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht gegen das Rücktrittsrecht des Verbrauchers. Nach § 327q Abs. 2 BGB kann der Unternehmer den Vertrag kündigen, wenn nach der Ausübung datenschutzrechtlicher Rechte des Verbrauchers unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ein Festhalten am Vertrag für ihn unzumutbar ist.

Das Kündigungsrecht beschränkt sich auf Fälle einer Reihe einzelner Bereitstellungen und einer dauerhaften Bereitstellung digitaler Inhalte, da diese anders als einmalige Bereitstellungen von Anfang an unkontrollierbare Risiken beinhalten.¹³¹ Ob der Vertrag nach der Ausübung der datenschutzrechtlichen Rechte fortgesetzt werden kann, hängt vom weiterhin zulässigen Umfang der Datenverarbeitung ab. Ein zu enger Umfang der Datenverarbeitung führt direkt zur Vertragsbeendigung.

D. Besondere Bestimmungen bei Kaufverträgen über digitale Inhalte zwischen Unternehmern

I. Anwendungsbereich

Besondere Bestimmungen der Verträge über digitale Inhalte gelten nur zwischen Unternehmern und befinden sich in Untertitel 2 (§§ 327t ff. BGB), um sie von den Vorschriften in Untertitel 1 zu unterscheiden. Das trägt zu einer eindeutigen Abgrenzung der Anwendungsbereiche der jeweiligen Regelungen zur Umsetzung der DI-RL bei.¹³² Im genannten Untertitel wird bezüglich der Vertragsparteien bestimmt, dass einer von den Unternehmern die Bereitstellung digitaler Inhalte durch den anderen (den Vertriebspartner) verlangen kann. Gem. § 327t BGB sind die Vorschriften aus Untertitel 2 auf Verträge zwischen Unternehmern, die der Bereitstellung digitaler Produkte gem. der nach den §§ 327 und 327a vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfassten Verbraucherverträge dienen, ergänzend anzuwenden.

¹²⁹ E-commerce Law of the People's Republic of China, NPCSC, 08.31.2018.

¹³⁰ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 88.

¹³¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 88.

¹³² Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 93.

¹³¹ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 95.

II. Der Unternehmerregress

§ 327u BGB enthält eine zwingende Regressvorschrift zu Gunsten des Unternehmers. Obwohl nach Art. 22 DI-RL eine günstige und zwingende Vorschrift nur für den Verbraucher gilt, geht der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass sich der Unternehmer im Verhältnis zum Vertriebspartner grundsätzlich in der Position der strukturell unterlegenen Vertragspartei befindet.¹³³

Der Unternehmer ist nach § 327u BGB berechtigt, den Aufwendungsersatz von seinem Vertriebspartner zu verlangen, wenn die von diesem unterlassene oder die nicht vertragsgemäße Bereitstellung auf einseitige Gründe des Vertriebspartners zurückzuführen ist. Die Aufwendungen, die der Unternehmer als Kosten aus Vertragsbeendigung und Schadensersatz nach § 327c BGB zu tragen hat und ihm im Zusammenhang mit der Nacherfüllung nach § 327l entstehen, kommen in Betracht. Bemerkenswert ist ferner, dass das Regressverhältnis sich nicht nur auf das erste „Endglied“ der Vertriebskette beschränkt, sondern sich auf jeden Vertriebspartner in der Lieferkette bezieht (Kettenregress).¹³⁴

Die Regressfrist beträgt nach § 327u Abs. 2 BGB sechs Monate ab der Erfüllung des Anspruchs des Verbrauchers durch den Unternehmer. Besonders erwähnenswert ist, dass die Frist beim Fall der Aktualisierung aufgrund eines verlängerten Gewährleistungszeitraums über zwei Jahre hinaus gehen kann.¹³⁵ Außerdem sind nach § 327u Abs. 3 BGB die Beweisumkehrregelungen des § 327k Abs. 1 und 2 BGB anwendbar, um die Ausübung des Regressrechte des Unternehmers zu erleichtern. Jedoch muss der Unternehmer wegen seiner Eigenschaft als Kaufmann bereitgestellte digitale Inhalte unverzüglich auf Mängel untersuchen, sonst verliert er seinen Regressanspruch (§ 327u Abs. 5. BGB).

E. Fazit

1. Beim Kauf digitaler Inhalte sind neben dem Gesetz über digitale Inhalte selbst auch das Urheberrecht und datenschutzrechtliche Regelungen zu beachten. Dies schlägt sich in dem Verbot des Weiterverkaufs digitaler Inhalte im Falle des Eingreifens des Erschöpfungsgrundsatzes und im Falle fehlender Erlaubnis des Rechteinhabers nieder. Außerdem unterliegt der Vertrag der DS-GVO, wenn personenbezogene Daten als Gegenleistung in den Handel digitaler Inhalte einbezogen werden. Der Wert von Daten ist aufgrund ihrer Eigenschaften und des Fehlens einheitlichen Kriterien

schwer zu messen, allerdings könnte er mit Hilfe eines Datenbewertungsinstitut bestimmt werden. Der Kauf digitaler Inhalte wird erst durch AGB geschützt. Um den Spielraum der Privatautonomie zu begrenzen, werden der Wert einer Leistung und einer datenbasierten Gegenleistung dann durch die Äquivalenzkontrolle nach § 138 BGB beurteilt, ob sie ein grobes Missverhältnis bilden.

2. § 327f BGB enthält eine eigenständige Bestimmung zur Aktualisierungspflicht, die für subjektive Anforderungen durch Abweichungen von objektiven Anforderungen bei Vertragsschluss gelten kann. Nach der subjektiven Vereinbarung besteht eine Grenze zwischen Aktualisierungen und Änderungen, die allerdings fließend ist, sodass im Streitfall zur Klärung dieser Frage eine neutrale und professionelle dritte Partei eingeführt werden muss. Ferner könnte der Unternehmer im Falle abweichender Vereinbarung nach § 327e Abs. 2 Nr. 3 BGB den unbestimmten Aktualisierungszeitraum bei einmaliger Bereitstellung digitaler Inhalte konkretisieren oder festlegen.

3. Bei der Vertragsverletzung stehen dem Verbraucher, ebenso wie dem Käufer nach §§ 433 ff. BGB, neben dem Nacherfüllungsrecht wahlweise auch das Recht auf Vertragsbeendigung und das auf Minderung zur Verfügung. Darüber hinaus kann der Verbraucher Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche geltend machen. Dies spielt eine große Rolle im Verbraucherschutz. Dieses Gewährleistungsrecht unterscheidet sich jedoch teilweise vom bestehenden System. Beim Nacherfüllungsrecht etwa steht dem Unternehmer das Recht zu, zu entscheiden, ob er sich für die Nachbesserung oder die Nachlieferung entscheidet. Das Vertragsbeendigungsrecht ist zwar ein neues Recht des Verbrauchers, aber es trägt zur einfachen Rechtsanwendung bei. Was sich unter neuen Bedingungen hinter dem Recht auf Vertragsbeendigung verbirgt, ist nach wie vor das Rücktritts- und das Kündigungsrecht.

4. Während der Unternehmer das Recht auf eine für den Verbraucher nachteilige Änderung hat, erteilt das Gesetz dem Verbraucher das Vertragsbeendigungsrecht oder das Recht auf Beibehaltung der bisherigen Version. Durch diese Regelung werden zwar die Interessen beider Vertragsparteien abgewogen, sie erscheint indes in einer Internetwirtschaft der ungleichen Internetwirtschaft gegenüber den Verbrauchern als belastend. Doch sind einseitige Veränderungen in der Wirtschaft digitaler Inhalte häufig und unerlässlich.

¹³⁴ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 94.

¹³⁵ Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 94.

In diesem Zusammenhang sollte das Recht des Verbrauchers auf Zustimmung zu einer ihm vorher mitgeteilten Änderung respektiert werden. Es ist daher zu empfehlen, zusätzlich zu der eindeutigen Änderungsbestimmung eine Schaltfläche für die Zustimmung zur Änderung einzurichten, um den Verbraucher darauf ausdrücklich hinzuweisen. Zudem sollte der Unternehmer den Verbraucher im Fall einer nachteiligen Veränderung ausgleichen, um Interessenkonflikte zu verringern, die sich aus dem Änderungsbedürfnis ergeben.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Von Dipl.-Jur. Patrice Maximilian Wunderlich, Potsdam*

A. Einleitung

Eine der wohl bedeutsamsten und vielschichtigsten Normen des Deliktsrechts ist § 823 BGB. Besonders der § 823 Abs. 1 BGB stellt – für Studium und Praxis – eine der relevantesten Anspruchsgrundlagen dar, bei dessen Anwendung bei Weitem nicht alles eindeutig und unstrittig ist. Einer der Streitpunkte, zu welchem innerhalb der Rechtsprechung sowie der juristischen Literatur seit jeher Uneinigkeit besteht, ist die Frage, ob i. R. d. § 823 Abs. 1 BGB auch ein sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt wird.

Im Nachfolgenden wird der Versuch unternommen, auf diese Frage eine abschließende Antwort zu finden. Hierzu werden zunächst die Prämissen und Positionen innerhalb einer rein zivilrechtlichen Beurteilung dargestellt (B), in einem zweiten Schritt wird ein Vergleich mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewagt (C). Anschließend ist zu klären, inwieweit die verfassungsrechtliche Argumentation auf eine zivilrechtliche Beurteilung übertragbar ist und den Diskurs bereichern kann (D).

B. Argumentative Ausgangsposition und Prämissen im Zivilrecht

§ 823 Abs. 1 BGB schützt seinem Wortlaut nach vor Verletzungen des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums, sowie sonstiger Rechte.

Die Stimmen innerhalb der juristischen Literatur, welche das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i. R. d. § 823 Abs. 1 BGB anerkennen, sehen in diesem – soweit ersichtlich – einhellig ein solches sonstiges Recht.¹

Die Idee, die dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zugrundeliegt, geht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 8 PrALR zurück.² Nach Inkrafttreten des BGB wurde das Recht

am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in der Jutefaser-Entscheidung³ erstmals als solches benannt und vom RG als sonstiges Recht anerkannt.⁴ In diesem Fall hatte ein Unternehmer einem anderen unter Berufung auf ein Gebrauchsmusterrecht – also ein absolutes Recht, welches seinem Inhaber die ausschließliche Befugnis zur gewerblichen Nutzung eines Herstellungsverfahrens gewährt – die „Nachbildung“ seines Gebrauchsmusters bei der Textilherstellung untersagt. Das Gebrauchsmuster war jedoch in der Gebrauchsmusterrolle gelöscht worden, da es schon zur Zeit seiner Anmeldung allgemein bekannt und mithin nicht mehr schutzfähig war. Daraufhin klagte der verwarnte Unternehmer auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Einstellung der Produktion und des Vertriebs entstanden ist.⁵ Das RG gab der Klage statt; es stützte sich hierbei auf die Argumentation, die „freie Erwerbstätigkeit“ als solche unterfalle nicht dem § 823 Abs. 1, jedoch finde die „Willensbetätigung des Gewerbetreibenden“ im eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine „gegenständliche Verkörperung“, weshalb in diesem ein sonstiges Recht i. S. d. Norm zu sehen sei.

Der BGH hat sich der Rechtsprechung des RG angeschlossen, sodass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb heute gerichtlich anerkannt ist, was von einem beachtlichen Teil der juristischen Literatur mitgetragen wird.

Der BGH hat festgestellt, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schütze die ungestörte Betätigung und Entfaltung des Unternehmers in seinen einzelnen Erscheinungsformen und umfasse alles, was in der Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebs ausmacht.⁶ Er verzichtete jedoch darauf ausdrücklich zu definieren, was als „Unternehmen“ i. S. dieses Rechtsinstituts zu verstehen ist, was also der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb ist. Dies geschah wohl um das als Auffangtatbestand konzipierte Rechtsinstitut im Einzelfall weit fassen zu

* Der Verfasser ist Doktorand am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Kommunalrecht von Herrn Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt an der Universität Potsdam. Die vorliegende Seminararbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 im Seminar zum Kreditsicherungsrecht und sonstigem Bürgerlichen Recht bei Herrn Prof. Dr. Tilman Bezenberger an der Universität Potsdam verfasst und mit 16 Punkten bewertet.

¹ Statt vieler: Wagner, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 823 Rn. 363.

² RGZ 28, 238 (248).

³ RGZ 58, 24.

⁴ Ebd. (29ff.).

⁵ Ebd. (24f.); zusammengefasst in Larenz/Canaris, Schuldrecht, Band 2 Halbband 2, 13. Auflage 1994, S. 538 f.

⁶ BGHZ 3, 270 (279).

können.

Für die Frage, was als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb zu verstehen ist, finden sich innerhalb der Literatur Definitionen, die zum Teil inhaltlich divergieren. So genüge laut *Teichmann* – der sich darauf beruft, dies sei herrschende Meinung – jede „gegenwärtige“, „selbstständige“ und „gewerbliche“ Tätigkeit.⁷ Demgegenüber fordert *Förster* ein sog. „gegenständlich verkörpertes“ Unternehmen.⁸ Innerhalb der Lehre wird jedoch darauf hingewiesen, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bewusst als Auffangtatbestand konzipiert und daher weit zu verstehen ist – sodass beispielsweise auch Angehörige freier Berufe erfasst sind – weshalb kein Bedürfnis nach dem Erfordernis der gegenständlichen Verkörperung bestehe.⁹

Jedoch wird auch an der erstgenannten Definition Kritik geäußert. Innerhalb der juristischen Literatur findet sich vermehrt das Argument, auch potenzielle/entstehende Unternehmen seien für den Wettbewerb wesentlich, sodass auch diese erfasst seien, weshalb das Merkmal der Gegenwartigkeit nicht erforderlich sei.¹⁰ Der Gewerbebetrieb muss damit keineswegs bereits eingerichtet und ausgeübt sein und es müsste konsequenterweise eine entsprechende neue Bezeichnung des Rechtsinstituts erwogen werden. Daneben ist anzumerken, dass das Merkmal der Gewerblichkeit zirkelschlüssig ist.

Werden diese kritisierten Begriffsmerkmale gestrichen, so ist festzustellen, dass der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb im Zivilrecht als jede selbstständige Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht (also jede wirtschaftliche Tätigkeit) verstanden wird.

Ein Gewerbebetrieb i. S. d. GewO¹¹ oder des HGB¹² ist nicht notwendig.

Nach einhelliger Auffassung sei der Schutzbereich

hinsichtlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sehr weit gefasst und bedürfe Einschränkungen. Als Grund hierfür wird u.a. angeführt, durch die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb komme es zu einem - von § 823 Abs. 1 BGB eigentlich nicht intendierten - partiellen Schutz des Vermögens an sich.¹³ Auch wird darauf hingewiesen, dass Beeinträchtigungen unternehmerischer Tätigkeiten im freien Wettbewerb legitim sind und grundsätzlich keine Sanktionen zur Konsequenz haben dürfen.¹⁴

Eine dieser Einschränkungen des Schutzbereichs folgt bereits aus dem Umstand, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein sog. Rahmenrecht darstellt.¹⁵ Steht ein Rahmenrecht in Rede, so indiziert die Rechtsgutsverletzung – anders als bei der Verletzung eines der genannten Rechte und Rechtsgüter¹⁶ – nicht bereits die Rechtswidrigkeit, sondern es muss eine Güter- und Interessenabwägung stattfinden. Einige Autoren sprechen von einer Abwägung auf Tatbestandsebene – also der Ebene der objektiven Verletzungshandlung – und Rechtswidrigkeitsebene.¹⁷

Andere Stimmen innerhalb der Literatur sowie auch die Rechtsprechung trennen diese Rechtswidrigkeits- und Tatbestandsebene nicht ausdrücklich.¹⁸ Als weitere Einschränkung wird viel mehr das zusätzliche Erfordernis der Betriebsbezogenheit¹⁹ des Eingriffs bemüht. Erfasst seien nur solche Eingriffe, die „irgendwie gegen den Betrieb als solches gerichtet [...] sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres abgrenzbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen“.²⁰ Es gilt zu erwähnen, dass laut BGH lediglich der Eingriff, nicht auch der Schadenseintritt, unmittelbar

⁷ *Teichmann*, in: Jauernig BGB, 18. Auflage 2021, § 823 Rn. 100.

⁸ *Förster*, in: Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage 2021, § 8 Rn. 17. Er beruft sich hinsichtlich dieser Definition auf BGH NJW 1976, 753 (754); in diesem Urteil findet sich jedoch kein Hinweis auf die Notwendigkeit dieser gegenständlichen Verkörperung.

⁹ *Sprau*, in: Grüneberg, 80. Auflage 2021, § 823 Rn. 134.

¹⁰ *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar, 17. Auflage 2020, § 823 Rn. 11.

¹¹ Zur Definition des Gewerbebetriebs im Sinne des öffentlichen Wirtschaftsrechts siehe *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 8.

¹² Zur Definition des Gewerbebetriebs aus im handelsrechtlichen Sinne siehe *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, 40. Auflage 2021, § 1 Rn. 12.

¹³ *Jacoby/v. Hinden*, (Fn. 10), § 823 Rn. 10.

¹⁴ *Jacoby/v. Hinden*, (Fn. 10), § 823 Rn. 10.

¹⁵ *Katzenmeier*, in: Dauner-Lieb/Langen, 4. Auflage 2021, § 823 Rn. 85.

¹⁶ Gemäß der heute herrschenden Lehre vom Erfolgsunrecht.

¹⁷ So etwa *Kropholler*, Studienkommentar, 11. Auflage 2008, § 823 Rn. 13; *Larenz/Canaris*, (Fn. 5) S. 542.

¹⁸ So haben etwa *Jacoby/v. Hinden*, (Fn. 10), § 823 Rn. 13 die Auffassung des früheren Autors aufgegeben. Es liegt also der Schluss nahe, dass die Differenzierung zwischen Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsebene veraltet ist.

¹⁹ Vor allem in der älteren Literatur findet sich stattdessen vermehrt die Bezeichnung des „Unmittelbarkeitserfordernisses“, soweit ersichtlich verwendet jedoch der überwiegende Teil der Literatur die Begriffe „Betriebsbezogenheit“ und „Unmittelbarkeit“ synonym.

²⁰ BGHZ 29, 65 (74).

betriebsbezogen sein muss.²¹ Zur Veranschaulichung dieser Betriebsbezogenheit wird innerhalb der Lehrbuchliteratur häufig der sog. Stromkabelfall²² herangezogen:

In diesem Fall hatte ein Baggerführer aus Unachtsamkeit ein zu einer Fabrik führendes Stromkabel beschädigt, wodurch die Fabrik einen Tag lang keinen Strom hatte. Der Eigentümer der Fabrik verlangte Schadensersatz vom Baggerführer aus § 823 Abs. 1 BGB.²³ Der BGH verneinte diesen Anspruch mit Blick auf das Erfordernis eines betriebsbezogenen Eingriffs. Das Stromkabel „hätte genauso gut für die Stromlieferung an andere Abnehmer bestimmt sein können“.²⁴ In einem späteren Urteil konkretisierte der BGH, es bedürfe einer Betriebsbezogenheit des Eingriffs, der sich nach seiner objektiven Stoßrichtung gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten müsse, nicht nur gegen vom Betrieb ablösbare Rechte oder Rechtsgüter.²⁵

Medicus/Petersen kritisieren, man könne die Begründung des BGH ebenso gut inhaltlich umgekehrt verstehen und damit eine Betriebsbezogenheit ebenso gut für die anderen Abnehmer bejahen, wenn deren Betriebe ebenfalls auf Strom angewiesen seien.²⁶ Die geforderte Betriebsbezogenheit erscheint damit oftmals wie eine reine Zufälligkeit und sollte daher nicht als Kriterium herangezogen werden.

Eine weitere Einschränkung erfährt das Rechtsinstitut dadurch, dass allgemein von einer Subsidiarität des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ausgegangen wird.²⁷ Dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt lückenfüllende Funktion zu, daher ist für dieses kein Raum mehr, soweit der betreffende Sachverhalt bereits durch andere Ansprüche hinreichend abgedeckt wird.²⁸ Zu denken ist regelmäßig vor allem an § 823

Abs. 2 BGB sowie § 826 BGB.

Schließlich fordert der BGH, dass der entstandene Schaden gerade unternehmensspezifischer Natur sein müsse.²⁹ Notwendig ist also ein Schaden, der gerade in der Eigentümlichkeit des Gewerbebetriebs wurzelt und daher nicht bei Privatpersonen genauso entstehen könnte.³⁰

I. Die Fallgruppen der Verletzung des Rechts – Eine erste Kritik

Es haben sich vier Fallgruppen herausgebildet, in denen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb regelmäßig von der Rechtsprechung herangezogen wird:

1. Schädigende Werturteile

Ursprünglich vertrat der BGH mit der Constanze-Entscheidung³¹ die Ansicht, dass bereits der abwertende Charakter einer Kritik an einem Unternehmen die Rechtswidrigkeit des Eingriffs indizieren könne und es eines Rechtfertigungsgrundes wie etwa § 193 StGB bedürfe.

Von diesem Standpunkt rückte der BGH später ab und vertritt seit der Höllenfeuer-Entscheidung³² die Auffassung, an einem Unternehmen geäußerte Kritik müsse „noch in einem vertretbaren Verhältnis zu seinem sachlichen Anliegen und zu den belastenden Auswirkungen halten“.³³ Es wirkt zunächst höchst erfreulich, dass der BGH den aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachsenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heranzieht, um eine möglichst große Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen.

Allerdings ist anzumerken, dass es gerade typisch im freien Wettbewerb ist, dass Bewertungsplattformen und Kritiker gegenüber Kunden, als auch Kunden untereinander, Werturteile über Unternehmen abgeben; dies ist auch grundrechtlich abgesichert (Art. 5 Abs. 1 GG). Diese Meinungsfreiheit kollidiert mit den Rechten des Unternehmens. Diesbezüglich hat der

²¹ Entsteht der Schaden wie beispielsweise im Fall einer angemessenen Schutzrechtsverwarnung erst durch den Entschluss des Verwarnten zum Verzicht auf die Produktion/den Verkauf, so ist dies unerheblich.

²² Basierend auf BGHZ 29, 65 = BGH NJW 1959, 479.

²³ Schadensersatz hinsichtlich des Eigentums am Stromkabel kommt nicht in Betracht, denn dieses gehört dem Elektrizitätswerk (§ 95 Abs. 1 BGB), auch ist das Eigentum an der Fabrik nicht beeinträchtigt worden.

²⁴ BGH NJW 1959, 479, 481.

²⁵ BGH ZIP 1998, 1033 (1035).

²⁶ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 28. Auflage 2021, Rn. 612.

²⁷ *Jacoby/v. Hinden*, (Fn. 10), § 823 Rn. 10; *Teichmann*, in: *Jauernig* § 823 Rn. 101.

²⁸ *Teichmann*, (Fn. 7), § 823 Rn. 101.

²⁹ BGHZ 29, 65 (70).

³⁰ BGHZ 29, 65 (74); vgl. *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 542.

³¹ BGHZ 3, 270.

³² BGHZ 45, 296.

³³ BGHZ 91, 117 (122). Dieser Wechsel in der Rechtsprechung erfolgte wohl aufgrund des Lüth-Urteils des BVerfG (BVerfGE 7, 198), welches die Bedeutung der Meinungsfreiheit betont.

Gesetzgeber mittels § 826 BGB und § 185 StGB eine Konkretisierung dieser Spannungslage vorgenommen. Bejaht die Rechtsprechung einen Anspruch aus § 823 Abs. 1, ohne dass die Grenze der § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB überschritten ist, so werden diese Normen unterlaufen.³⁴ Für eine solche vom BGH vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt damit vorliegend gar kein Raum.³⁵ Wird dennoch die Verhältnismäßigkeit einer geäußerten Kritik erläutert, obwohl eine Wertung des Gesetzgebers (§ 826 BGB; § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB) besteht, so stellt dies eine prinzipielle Höherbewertung von bloßen Vermögensinteressen gegenüber der Meinungsfreiheit dar.³⁶

2. Verbreitung Wahrer Tatsachen

Die Rechtsprechung, sowie Teile der Literatur, nehmen ein sog. Unternehmenspersönlichkeitsrecht an.³⁷ Der soziale Geltungsanspruch eines Wirtschaftsunternehmens sei parallel zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt. Mit Blick darauf, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG erwächst und an die Eigenschaft als Mensch anknüpft, ist dies bereits sehr kritisch zu sehen. Wird diese Prämisse jedoch akzeptiert, so ist zu bedenken, dass sich Menschen durchaus durch die Verbreitung wahrer Tatsachen in unangebrachter Weise angegriffen und beleidigt fühlen können. Für ein Unternehmen gilt dies jedoch nicht. Schamgefühl, Trauer und sonstige Emotionen kommen für ein Unternehmen nicht in Betracht. Es ist möglich, dass die Verbreitung wahrer Tatsachen zu einer Einbuße der sozialen Geltung führt, was dann in finanziellen Einbußen resultiert, hierfür gilt jedoch ebenfalls, dass die Verbreitung wahrer Tatsachen erlaubt und geschützt ist und die vorgesehenen Grenzen der § 826 BGB bzw. § 823 Abs. 2 i. V. m. § 185 StGB nicht unterlaufen werden dürfen.

Larenz/Canaris weisen anhand dieser Fallgruppe ferner darauf hin, dass nicht ersichtlich sei, warum Unternehmer einen gesonderten Schutz genießen.³⁸ So dürften die einschlägigen Fälle prinzipiell nicht anders entschieden werden, wenn es etwa hinsichtlich eines Arbeitnehmers um die Verbreitung

anstellungsgefährdender Tatsachen ginge.³⁹ Eine solche Gefahr der anderen Beurteilung besteht jedoch bereits allein aufgrund der Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

3. Physische Blockaden

Wird der Zugang zu einem Unternehmen physisch unmöglich gemacht, so wird dem Berechtigten der Gebrauch seines Eigentums verwehrt. Dies stellt nach ganz h. M. eine Eigentumsverletzung durch Besitzentzug dar.⁴⁰ Liegt keine solche Besitzentziehung vor, so dürfte die physische Belagerung eines Unternehmens etwa im Arbeitskampf zumindest die Grenze der Sittenwidrigkeit überschreiten, sodass § 826 BGB greift. Auch in diesem Fall ist das Rechtsinstitut des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb also nicht zur Falllösung erforderlich.

4. Unbegründete Schutzrechtsverwarnungen

Auch für Konstellationen wie die geschilderte Jutefaser-Entscheidung wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb herangezogen. Handelt es sich jedoch wie zumeist um eine Verwarnung eines (potenziellen) Konkurrenten, die ihn dazu bringen soll, die Produktion einzustellen, obwohl hierzu kein Recht besteht, so stellt dies einen sog. „Behinderungswettbewerb“ dar, welcher den §§ 1; 3 UWG unterfällt.⁴¹ Auch in diesem Fall besteht damit kein Bedürfnis nach einem eigenen Rechtsinstitut.

II. Voraussetzung der Anerkennung des Rechtsinstituts

Nach überwiegender Auffassung innerhalb der Literatur und Rechtsprechung sei ein Recht nur dann als sonstiges Recht i. S. d. Norm zu verstehen, wenn es den anderen zuvor genannten Rechten ähnlich ist.⁴² Dies ist erforderlich, um den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB nicht ausufern zu lassen und so zu einer deliktsrechtlichen Generalklausel umzufunktionieren.⁴³

Bei Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit handelt es sich jedoch nicht um Rechte, sondern um Rechts- bzw. Lebensgüter.⁴⁴ Das einzige explizit

³⁴ *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb S. 201, 211.

³⁵ Vgl. *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb S. 213 f.

³⁶ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 548.

³⁷ BGH NJW 94, 1281 (1281 ff.); *Sprau*, (Fn. 9), § 823 Rn. 92.

³⁸ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 547.

³⁹ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 547.

⁴⁰ Statt vieler *Wagner*, (Fn. 1), § 823 Rn. 261.

⁴¹ Vgl. *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb S. 288; vgl. *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb § 6 Rn. 1 ff.; *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 554.

⁴² Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 26), Rn. 607.

⁴³ *Katzenmeier*, in: Dauner-Lieb/Langen § 823 Rn. 3, 62.

⁴⁴ *Medicus/Petersen*, (Fn. 26), Rn. 607.

genannte Recht ist damit das Eigentum.⁴⁵ Um ein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB darzustellen muss das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mithin Ähnlichkeit zum Eigentum i. S. d. BGB aufweisen.

Für das zivilrechtliche Eigentum i. S. d. § 903 BGB ist die abschließende Zuordnungsfunktion, sowie die Ausschlussfunktion *erga omnes*⁴⁶ maßgeblich.

Die zentrale Frage lautet also, ob dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine solche eindeutige Zuordnungs- und Ausschlussfunktion zukommen kann wie dem Eigentum.

C. Verfassungsrechtliche Betrachtung

I. Nutzen der verfassungsrechtlichen Diskussion für das Zivilrecht

Es stellt sich die Frage, inwieweit ein Rechtsvergleich mit dem Verfassungsrecht geboten oder überhaupt zielführend ist. Gemäß der Normenhierarchie geht das Verfassungsrecht dem einfachen Recht vor, weshalb das einfache Recht verfassungskonform auszulegen ist. Damit drängt sich der Gedanke auf, die Frage des Schutzes des Gewerbebetriebs durch Art. 14 Abs. 1 GG sei gleichzeitig entscheidend für die Klassifizierung als eigentumsähnliches sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB.

Vorliegend stellen sich jedoch zwei Probleme. Zum einen wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Zivilrecht nicht als Eigentum i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB verstanden, sondern lediglich als eigentumsähnlich, sodass die Auslegung des Art. 14 Abs. 1 GG schon insoweit nicht letztverbindlich sein kann. Ferner gilt es zu beachten, dass Art. 14 Abs. 1 GG ein sog. normgeprägtes Grundrecht darstellt.⁴⁷ Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG ist nach herrschender Definition die ausschließliche Zuordnung einer vermögenswerten Position zu einem bestimmten Zeitpunkt durch das einfache Recht.⁴⁸ Damit wirkt in diesem Fall das einfache Recht konstitutiv für das Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG. Das verfassungsrechtliche Verständnis ist damit keineswegs

zwingend für die zivilrechtliche Klassifizierung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Der Vergleich mit dem Verfassungsrecht wird lediglich herangezogen, um die zivilrechtliche Debatte eventuell durch Argumente zu bereichern; auch ist es denkbar, dass sich herausstellt, dass die beiden im Zivilrecht und Verfassungsrecht geführten Debatten inhaltlich deckungsgleich sind und als eins verstanden werden sollten.

II. Art. 14 Abs. 1 GG - Eigentum

Das BVerwG teilt in gefestigter Rechtsprechung die Ansicht des BGH, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unterfalle dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.⁴⁹ Dem hat sich die juristische Literatur in großen Teilen angeschlossen.⁵⁰

Ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb aus verfassungsrechtlicher Sicht sei jedes auf Erwerb ausgerichtete Unternehmen.⁵¹ Auch nach Ansicht der verfassungsrechtlichen Literatur sei also kein Gewerbebetrieb i. S. d. GewO oder des HGB notwendig.

Der Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG liegt der Gedanke zugrunde, dass zwar die einzelnen Bestandteile eines Unternehmens wie Grund und Boden, Maschinen, Warenvorräte sowie aus verfassungsrechtlicher Sicht auch einzelne Forderungen bereits Eigentum darstellen, jedoch der wirtschaftliche Wert eines Unternehmens die Summe des Werts seiner Bestandteile regelmäßig übersteigen dürfte.⁵² Daher besteht ein Bedürfnis, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – über den Schutz seiner Bestandteile hinaus – dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zu unterstellen.

Die herrschende Literatur versteht hierunter nicht nur den Bestand und/oder die Arbeitsfähigkeit des Unternehmens, sondern alles, was „in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebs ausmacht“.⁵³ Dies umfasst namentlich die geschäftlichen Verbindungen und Beziehungen, den Kundenstamm, das Image und die Bekanntheit des Unternehmens, die

⁴⁵ *Medicus/Petersen*, (Fn. 26), Rn. 607.

⁴⁶ In Lehrbüchern findet sich zum Teil die Formulierung „*inter omnes*“, allerdings stellt die Ausschlussfunktion ein Abwehrrecht dar, welche nicht zwischen Parteien besteht, sondern zielgerichtet ist, sodass diese Formulierung nicht korrekt ist.

⁴⁷ BVerfGE 74, 129 (148); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, 16. Auflage 2020, Art. 14 Rn. 21.

⁴⁸ BVerfGE 58, 300 (336).

⁴⁹ BGHZ 92, 34 (37); 81, 21 (33); 67 190 (192); BVerwGE 62, 224 (226).

⁵⁰ So etwa *Papier/Shirvani*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 95. EL Juli 2021, Art. 14 Rn. 200; *Jarass*, (Fn. 47), Art. 14 Rn. 9; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art. 14 Rn. 16.

⁵¹ *Papier/Shirvani*, (Fn. 50), Art. 14 Rn. 203.

⁵² *Detterbeck* Öffentliches Recht, 11. Auflage 2018, Rn. 502.

⁵³ *Papier/Shirvani*, (Fn. 50), Art. 14 Rn. 200.

Einkaufs- und Absatzorganisation, sowie auch die Fertigkeiten der Mitarbeiter.

Wie dargelegt besteht tatsächlich ein Bedürfnis, den Gewerbebetrieb als solches grundrechtlich zu schützen. Allerdings kann ein Schutzbedürfnis allein noch keine Schutzbereichseröffnung begründen. Vielmehr ist dogmatisch sauber anhand der dargestellten Definition des verfassungsrechtlichen Eigentums zu subsumieren.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht setzt Eigentum die ausschließliche Zuordnung einer vermögenswerten Position voraus. Hinsichtlich der einzelnen Bestandteile des Unternehmens dürfte dies im Hinblick auf das zivilrechtliche Eigentum unproblematisch gegeben sein. Auch das Unternehmen per se hat regelmäßig einen oder mehrere Eigentümer, denen es ausschließlich zugeordnet ist. Erörterungsbedürftig erscheint dies jedoch hinsichtlich der äußeren Umstände eines Unternehmens (geschäftliche Verbindungen, Kundenstamms, etc.). Es erscheint äußerst problematisch, inwieweit schlichten geschäftlichen bzw. menschlichen Beziehungen eine ausschließliche rechtliche Zuordnungsfunktion zukommt. Diese erfasst – ebenso wie das zivilrechtliche Eigentum – eine Ausschlussfunktion *erga omnes*.

Es gilt zu bedenken, dass das Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne kein zivilrechtliches Eigentum voraussetzt, sondern lediglich die Zuweisung einer Position, deren Schutzgehalt gegenüber Dritten dem des Eigentums gleichkommt. Dies bejaht die herrschende verfassungsrechtliche Literatur beispielsweise für den Mieter, der sich Eingriffen in sein Wohnverhältnis ähnlich wie ein Eigentümer erwehren kann.⁵⁴

Zwar sieht etwa das UWG in §§ 3 ff. Regelungen vor, welche den Kundenstamm eines Unternehmens vor unlauterer Einwirkung durch Dritte schützt. Allerdings dienen diese Regelungen primär dem Schutz der Verbraucher⁵⁵ und sollen nicht zuvorderst die wirtschaftliche Position eines Unternehmens gegen Dritte schützen. Selbst unter der Prämisse, dass dies der Fall wäre, so ist in diesem wettbewerbsrechtlichen Schutz allein noch kein Schutzniveau *erga omnes* zu erkennen, wie es der absoluten Zuordnung des zivilrechtlichen Eigentums entspricht. Diese Erwägungen hinsichtlich

des Kundenstamms müssen erst recht für die rechtlich weniger geschützten Geschäftsbeziehungen gelten.

Den Geschäftskontakten und -beziehungen, dem Kundenstamm sowie sonstigen Umständen mag ein gewisser wirtschaftlicher Wert zukommen. Jedoch hat sich dieser zu einem bestimmten Betrachtungszeitpunkt noch nicht tatsächlich messbar realisiert. Damit sind in den wirtschaftlich-vorteilhaften Umständen lediglich bloße Gewinnchancen zu sehen. Schlichte Gewinnchancen können jedoch keine ausschließliche Zuordnung einer vermögenswerten Position darstellen und unterfallen deshalb niemals dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.⁵⁶ Dem Schutz der Gewinnchancen dient lediglich Art. 12 Abs. 1 GG. Insoweit gilt die Faustformel: Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworben, Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb.

Dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG können damit keine äußeren Umstände unterfallen, sondern lediglich Vermögenspositionen, die aus dem Betrieb als solchem hervorgehen – insoweit kann von der Betriebssubstanz gesprochen werden. Hier ist neben den einzelnen Bestandteilen vor allem an das Unternehmen als solches zu denken.

Das BVerfG hat sich nie klar für oder gegen die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i. R. d. Art. 14 Abs. 1 GG geäußert. Es hat jedoch im Nassauskiesungsbeschluss entschieden, unter der Prämisse, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem Art. 14 Abs. 1 GG unterfalle, so könne „sein Schutz [...] nicht weiter gehen als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt.“⁵⁷ Laut BVerfG kann sich der Schutz der Eigentumsgarantie also nur auf den konkreten Bestand an Rechten und Gütern erstrecken.⁵⁸ Diese Argumentation ist jedoch nicht konsequent zu Ende gedacht.

Erfasst sind offensichtlich die betriebseigenen Maschinen, Warenvorräte usw. Der Schutzbereich des Art. 14 I GG umfasst allerdings auch das geistige Eigentum⁵⁹; erfasst sind damit beispielsweise das Recht am Namen des Unternehmens als vermögenswerter Aspekt des Urheberrechts.⁶⁰ Selbiges gilt für Patente⁶¹ sowie Warenzeichen und Marken.⁶² Auch Betriebsgeheimnisse können dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG unterfallen, sofern sie als vermögenswert anzusehen

⁵⁴ BVerfGE 89, 1 (7).

⁵⁵ Aus Gründen der sprachlichen Einfachheit wird nachfolgend das generische Maskulinum verwendet, dieses bezieht sich jedoch auf alle Personen, unabhängig des Geschlechts.

⁵⁶ BVerfGE 110, 274 (290); 77, 84 (118), 68, 193 (223).

⁵⁷ BVerfGE 58, 300 (353). BVerfGE 36, 281 (290).

⁵⁸ So später Ausdrücklich im Urteil zu den Zahntechniker-Innungen: BVerfGE 68, 193 (223).

⁵⁹ Jarass, (Fn. 47), Art. 14 Rn. 9a.

⁶⁰ BVerfGE 77, 263 (270).

⁶¹ BVerfGE 36, 281 (290).

⁶² BVerfGE 51, 193 (217).

sind.⁶³

Ist es wie vorliegend nicht möglich, den Schutz des Grundrechts auch auf darüber hinaus gehendes Recht (den Gewerbebetrieb als solches) zu erstrecken, welches laut Aussage des BVerfG lediglich eine Zusammenfassung dieser Rechte darstellt, so bringt die Benennung und Definition dieser Zusammenfassung weder auf Tatbestands- noch auch Rechtsfolgenseite einen Mehrwert.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann damit als eine Art juristische Redundanz gesehen werden. Eine solche Redundanz in Form einer ungeschriebenen Institution, welche im Ergebnis genau denselben Schutzzumfang bietet, wie der geschriebene Tatbestand einer Norm, ist dem Recht jedoch fremd.⁶⁴

Damit kann es kein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Fall des Art. 14 Abs. 1 GG geben.

III. Art. 12 Abs. 1 GG - Berufsfreiheit

Im Hinblick darauf, dass die Umstände, welche laut Rechtsprechung vom Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt werden, lediglich Gewinnaussichten und Erwerbsschancen darstellen, liegt der Gedanke nicht fern, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sei verfassungsrechtlich in Art. 12 Abs. 1 GG verankert (für juristische Personen i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG). Diesen Ansatz vertrat kürzlich auch der VI. Zivilsenat des BGH, ohne dass hierfür eine hinreichende Begründung erfolgte.⁶⁵ Art. 12 Abs. 1 GG wird ganz herrschend als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden, das allerdings mehrere Schutzgegenstände umfasst und daher in sich gliedert ist.⁶⁶

Im Folgenden sind lediglich die außerhalb des Unternehmens liegenden Umstände wie der Kundenstamm erörterungsbedürftig; die bereits erworbenen Positionen, beispielsweise Warenlager und Grundstücke, unterfallen bereits dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.

Um dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zu

unterfallen, müssten die in Rede stehenden Aspekte des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einen Beruf darstellen. Beruf i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient oder dazu beiträgt und nicht schlechterdings gemeinschädlich ist.⁶⁷

Für den (bzw. die) Eigentümer eines Unternehmens stellt die Tätigkeit des Unternehmens in allen ihren Facetten eine solche Tätigkeit zur Schaffung einer finanziellen Lebensgrundlage dar. Die Gemeinschaftlichkeit ist von der jeweiligen Tätigkeit des Unternehmens abhängig, hiervon ist jedoch im Folgenden nicht auszugehen.

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist weit zu verstehen und erfasst auch untypische Tätigkeitsformen.⁶⁸ Es stellt sich allerdings das Problem, dass die Literatur als Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG immer nur die Tätigkeit an sich ansieht. Auf die Frage, ob außerhalb des Unternehmens liegende Umstände ebenfalls als Tätigkeit i. S. d. Schutzbereiches zu sehen sind, findet sich keine eindeutige Antwort. Daher erscheint es sinnvoll, im vorliegenden Fall die starre Grenze zwischen Schutzbereichs- und Eingriffsebene aufzuweichen.⁶⁹

Die Frage lautet daher: Wirkt es sich für ein Unternehmen negativ auf seine Erwerbstätigkeit zur Schaffung einer Lebensgrundlage aus, wenn ihm der Zugang bzw. die Einwirkungsmöglichkeit auf äußere Umstände wie den Kundenstamm, die Einkaufsorganisation oder Geschäftskontakte ganz oder teilweise unmöglich gemacht wird? Diese Umstände dürften oftmals gerade elementar für die Tätigkeit eines Unternehmens sein. Ein Entzug der Einwirkungs- bzw. Nutzungsmöglichkeit dürfte das Unternehmen (mitunter erheblich) bei der Erzielung größtmöglicher Gewinne behindern, weshalb die Frage nach dem Vorliegen eines Eingriffs zu bejahen ist.

Das BVerfG fordert in ständiger Rechtsprechung, welche von großen Teilen der Literatur bestätigt wird, eine objektiv und subjektiv berufsregelnde Tendenz für die Annahme eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1

⁶³ BVerwGE 115, 319 (325); *Breuer*, in: HStR VIII, 3. Auflage 2007, § 171 Rn. 38.

⁶⁴ Zum Postulat der gesetzlichen Nichtredundanz siehe *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Auflage 2019, S. 71 f.

⁶⁵ BGH NJW 2019, 781 (782).

⁶⁶ Statt vieler *Scholz*, (Fn. 50), Art. 12 Rn. 25.

⁶⁷ *Mann*, in: Sachs, 9. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 45; *Jarass*, (Fn. 47), § 12 Rn. 5; *Detterbeck*, (Fn. 52), Rn. 463. Einige

Autoren fordern, dass die Tätigkeit nicht verboten sein darf, dies würde jedoch dazu führen, dass das einfache Recht das Verfassungsrecht bestimmt, obwohl Art. 12 Abs. 1 GG kein normgeprägtes Grundrecht darstellt, weshalb diese Ansicht abzulehnen ist.

⁶⁸ *Mann*, (Fn. 68), Art. 12 Rn. 43.

⁶⁹ Dasselbe wird im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 GG getan, da eine Definition der „Würde“ ohne Erläuterung des herabwürdigenden Eingriffs schwierig ist.

GG.⁷⁰ Diese ist jedoch nur dann erforderlich, wenn tatsächlich die Frage eines Grundrechtseingriffs zu erläutern ist; vorliegend wurde lediglich ein möglicher Eingriff für die Erörterung der Schutzbereichseröffnung herangezogen, sodass keine berufsregelnde Tendenz zu thematisieren ist. Auch auf die Qualifikation eines hypothetischen Eingriffs nach der Dreistufentheorie⁷¹ kommt es daher nicht an.

Für die verfassungsrechtliche Betrachtung lässt sich damit festhalten, dass die bereits erworbenen Abs. 1 GG unterfallen. Ein darüber hinausgehender zusätzlicher Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist nicht geboten.

Die Positionen, die bloße Gewinnchancen darstellen, genießen keinen Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. Sie sind jedoch als Teil der Erwerbstätigkeit anzusehen und unterfallen dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.

D. Übertragbarkeit der verfassungsrechtlichen Beurteilung auf den zivilrechtlichen Diskurs

Wie dargelegt, lautet die zentrale Frage für die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht, ob den zu schützenden Aspekten eine dem zivilrechtlichen Eigentum gleichwertige eindeutige Zuordnungs- und Ausschlussfunktion zukommt.

Die zu erörternden außerhalb des Unternehmens liegenden Umstände sind nicht Eigentum des Unternehmens. Sie sind diesem auch – wie die verfassungsrechtliche Erörterung zeigte – auf keine andere Weise ausschließlich zugeordnet. Damit stellen sie keine Position dar, die dem zivilrechtlichen Eigentum gleichbedeutend ist.

Die verfassungsrechtliche Erläuterung zeigte jedoch, dass die außerhalb eines Unternehmens liegenden Umstände durchaus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen. Im Hinblick darauf, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls aus den Grundrechten (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 2 Abs. 1 GG) hergeleitet wird, ist der Gedanke naheliegend, auch durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Positionen als sonstige Rechte anzuerkennen. Es muss jedoch eingesehen werden, dass den äußeren Umständen – das Beziehungsgeflecht zu Kunden und Lieferanten, die Fertigkeiten der Belegschaft, sowie auch die Außenwahrnehmung des

Unternehmens – keine derart eindeutige abschließende Zuordnungsfunktion zukommt wie dem Eigentum. Der alleinige Umstand, dass eine Position grundrechtlich geschützt ist, vermag es deshalb noch nicht die Anerkennung als sonstiges Recht zu rechtfertigen.

Der BGH hat es schon sehr richtig erkannt: Wenn überhaupt, muss der Eingriff gegen das Unternehmen per se gerichtet sein, und nicht gegen ablösbare Rechte und Rechtsgüter.⁷² Aber genau das nimmt die Rechtsprechung und noch herrschende Literatur an. Der Kundenstamm und unternehmerische Beziehungen sind nicht das Unternehmen, sondern von diesem loslösbar. Die Rechtsprechung ist hier inkonsistent.

Eine saubere dogmatische Erörterung zeigt damit, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt.

Wie dargelegt entstehen durch den Verzicht auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb keinerlei Schutzlücken; damit kann auch nicht der Einwand erhoben werden, die Anerkennung des Rechtsinstituts sei aufgrund von Gewohnheitsrecht irreversibel.⁷³

Die Rechtsprechung und die herrschende Literatur gehen von der Subsidiarität des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus. Wird dieser Gedanke jedoch konsequent zu Ende gedacht, so führt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus sich selbst heraus zur Auflösung.⁷⁴

Darüber hinaus bemängelt die Literatur weitere Aspekte. Diese sind jedoch aufgrund des eindeutigen Ergebnisses einer dogmatischen Analyse nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen. So wird gerügt, dass es sich laut Rechtsprechung beim Gewerbebetrieb um eine gegenständliche (erkennbare) Verkörperung handle. Oftmals stelle der Gewerbebetrieb nämlich keine Fabrik im klassischen Sinne dar und ist damit für einen potenziellen Schädiger nicht ebenso leicht erkennbar, wie die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter. Gleichsam ist jedoch auch eine Differenzierung der jeweiligen Betriebe anhand ihrer äußeren Erscheinungsform nicht anzuraten; in diesem Fall wäre nicht ersichtlich, warum bestimmte Unternehmen einen anders gearteten Schutz genießen sollten.⁷⁵ Hier zeigt sich also ein weiterer innerer Wertungswiderspruch des Rechts am eingerichteten und

⁷⁰ BVerfGE 13, 181 (185); 113, 29 (48); *Mannsen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Auflage 2018, Art. 12 Rn. 74; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, 7. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 91.

⁷¹ Hierzu vertiefend etwa *Detterbeck*, (Fn. 52), Rn. 469.

⁷² BGH ZIP 1998, 1033 (1035).

⁷³ *Sack* Das Recht am Gewerbebetrieb S. 313; *Larenz/Canaris*, (Fn. 5) S. 562.

⁷⁴ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5) S. 561.

⁷⁵ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 547.

ausgeübten Gewerbebetrieb.

Ferner wird kritisiert, dass die gegenwärtig von der Rechtsprechung noch vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung den Richtern einen immensen Beurteilungsspielraum einräumt, der so vom Gesetzgeber nie vorgesehen war.⁷⁶ Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bewirkt also im Ergebnis die Aufstellung allein richterrechtlich entwickelter Verhaltenspflichten, die dem Unternehmer das nötige Maß an korrekter und fairer Behandlung zusichern sollen.⁷⁷ *Larenz/Canaris* sehen daher die wahre Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch in der Entwicklung eines Bündels von Verhaltensnormen aufgrund einer ungeschriebenen Generalklausel.⁷⁸

Noch überspitzter formuliert, kann man im Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch eine „Ermächtigungsgrundlage zur Entwicklung außergesetzlicher Verkehrspflichten zum Schutz der Grundlagen und des Freiraums unternehmerischer Tätigkeit“ sehen, „welche sich die Rechtsprechung selbst zugesprochen hat und die als solche heute zum festen Bestandteil des Richterrechts gehört.“⁷⁹

Vor diesem Hintergrund ist der Rechtsprechung eine Abkehr vom Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzuraten, da nur auf diese Weise der nötige Druck auf den Gesetzgeber ausgeübt wird, die entsprechenden Fälle selbst zu normieren, sofern er dies wünscht.

⁷⁶ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 545; *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb S. 218; 314 f.

⁷⁷ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 545; vgl. *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb S. 218; 314 f.

⁷⁸ *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 545; vgl. *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb S. 218; 314f.

⁷⁹ So *Mertens*, in *MüKo* (1994) § 823 Rn. 484. Selbst *Larenz/Canaris*, (Fn. 5), S. 545 sehen diese Aussage aber im Hinblick auf einen implizierten Verstoß gegen die Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht kritisch.

Mitveräußerungsrechte und -pflichten von (Minderheits-)Gesellschaftern (Aktionären) in Gesellschaftsverträgen bei Personenhandels- und nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften (*Tag along* und *Drag along*)

Von Ref. iur. Dipl.-Jur. Georg Weber, Frankfurt am Main*

A. Einführung in das Thema

Drag along und *Tag along* Klauseln werden sehr vielfältig benutzt. Sie finden sich in *Merger and Acquisition Deals*¹ – sog. *M&A Deals* – wieder, aber auch in *Joint Ventures*², *Private Equity Investitionen*³, und *Venture Capital Investitionen*. Aufgrund der vielfältigen Anwendbarkeit dieser Klauseln wird in dieser Ausfertigung lediglich Bezug auf *Venture Capital Investitionen* genommen. Dies ist wohl das relevanteste Anwendungsfeld dieser Klauseln.⁴

I. Überblick

Der Wirtschaftsstandort Deutschland wird immer attraktiver für *Start-ups*.⁵ Dabei werden *Start-ups* medial immer präsenter und bekannter.⁶ Ob dies nun z. B. Online-Banken wie *N26* oder der *Neo-Broker Trade Republic Start-ups* aus dem Finanzsektor sind, *Infarm* oder *SpiceNerds* aus dem Lebensmittel-Sektor oder *Pitch* oder *Lilium* aus dem Tech-Sektor. Jedes dieser bereits etablierten *Start-ups* hat mit den jungen noch nicht etablierten *Start-ups* gemeinsam, dass der Aufstieg i. d. R. nur durch Aufnahme von Fremdkapital bewerkstelligt werden kann. Dieses Fremdkapital wird

zum größten Teil von sog. *Venture Capital* Investoren bereitgestellt, die ihr Kapital zumeist gegen Übernahme von Gesellschaftsanteilen in das junge *Start-up* einschießen. Dadurch kann das *Start-up* wachsen und seine Geschäfte erst richtig aufnehmen. Häufig kann sich ein *Start-up* nur durch solche Investitionen zu einem sog. *Unicorn* aufwerten⁷ und tatsächlich marktrelevante Stellungen übernehmen.⁸

Allerdings ist es meist Sinn und Zweck der oben genannten Investitionen, dass eben diese *Venture Capital* Investoren nach einer gewissen Zeit ihre Investition realisieren wollen.⁹ Deswegen veräußern sie ihre Anteile, die üblicherweise eine Mehrheitsbeteiligung verkörpern. Die Situation ist für die verbleibenden Minderheitsgesellschafter oft ungewiss. Hierfür gibt es die sog. *Drag along* und *Tag along* Klausel, die Mitveräußerungspflichten und Mitveräußerungsrechte statuieren.

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Landgericht Hanau und Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Schalast Law | Tax. Er war Student am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Der Beitrag basiert auf der Seminararbeit des Verfassers, welche im Seminar zum Unternehmensrecht (Gesellschaftsrecht und Unternehmenssteuerrecht) bei Herrn Prof. Dr. Johannes Wertenbruch und Herr Rechtsanwalt Hon.-Prof. Dr. Thomas Mueller-Thuns im Wintersemester 2021/2022 verfasst wurde.

Ferner hat der Verfasser Interviews mit vier Personen geführt. Davon sind drei Personen als *Venture Capital* Investoren tätig und eine Person als *Start-up* Gründer. Aus datenschutzrechtlichen Gründen sind die geführten Interviews nicht mit abgedruckt und die Personen werden als *Proband 1-4* bezeichnet.

¹ Vgl. *Dienstag/Wechseler* <https://www.kramerlewin.com/en/perspectives-search/protecting-drag-along-rights-in-private-equity-deals.html> (abgerufen am 07.09.2021); zu Post-M&A-Streitigkeiten in der Schiedsgerichtspraxis siehe *Parise Kuhnle/Bergner*, *MLR* 2020, 26 (26 ff.); „*Merger and Acquisition Deals*“ werden im Deutschen als „Fusionen und Übernahmen“ bezeichnet.

² Vgl. *Göthel*, <https://pier11.de/was-gehoert-in-den-joint-venture-vertrag-teil-2/> (abgerufen am 07.09.2021); „*Joint*

Ventures“ werden im Deutschen als „Gemeinschaftsunternehmen“ bezeichnet.

³ Vgl. *Dienstag/Wechseler*, <https://www.kramerlewin.com/en/perspectives-search/protecting-drag-along-rights-in-private-equity-deals.html> (abgerufen am 07.09.2021); „*Private Equity*“ wird im Deutschen als „außerbörsliches oder privates Beteiligungskapital“ bezeichnet.

⁴ Vgl. *Hahn*, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/venture-capital-definition-recht/> (abgerufen am 07.09.2021).

⁵ Vgl. *Deller*, <https://centurionlgplus.com/de/start-up-sektor/> (abgerufen am 07.09.2021).

⁶ Vgl. *Streim/Weber*, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Startup-Gruender-haben-einen-guten-Ruf> (abgerufen am 07.09.2021).

⁷ Vgl. *El Qalqili/Offinger*, *BKR* 2021, 86 (87).

⁸ Gut zu sehen bei *Traderepublik*; vgl. *Baudzus*, <https://de.extraktf.com/news/etf-news/trade-republic-sammelt-mehr-als-900-millionen-dollar-ein-und-ist-jetzt-53-milliarden-wert> (abgerufen am 07.09.2021).

⁹ Vgl. *Hartleib*, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/exit-beteiligungsvertrag/> (abgerufen am 07.09.2021).

II. Was sind *Start-ups* und wie sind sie organisiert?

Start-ups – aus dem Englischen übersetzt: „anfangen, hochfahren“¹⁰ – sind junge, i. d. R. noch nicht etablierte Unternehmen, die zur Verwirklichung einer innovativen Idee meist mit geringem Startkapital gegründet werden und i. d. R. in recht frühen Stadien auf sog. *Venture Capital* Investitionen bzw. *Seed Capital* Investitionen angewiesen sind, weil eine Bankenfinanzierung noch nicht gewährleistet werden kann.¹¹ Sie haben meist noch keine feste Organisationsstruktur.¹² Um das Kapital zu erhalten, welches sie benötigen, damit sich die *Start-ups* aufzubauen können, werden sog. Finanzierungsrunden veranstaltet.¹³ Hierbei stellen die Gründer ihr *Start-up* bei sog. *Venture Capital* Investoren vor,¹⁴ welche sie durch eigene Beziehungen, Beziehungen von Mentoren oder durch Programme finden.¹⁵ Dieses Vorstellen wird *Pitch* oder *Elevator-Pitch* genannt.¹⁶ *Venture Capital* Investitionen sind Risiko- oder Wagnisinvestitionen, die eine Anschubfinanzierung junger *Start-ups* ermöglichen, in einer Phase, in der typischerweise noch keine Bank bereit ist, dem jungen Unternehmen Kapital zu geben.¹⁷ Bezeichnend für *Venture Capital* Investitionen ist, dass die Kapitalgeber meist bereit sind eine aktive Managementunterstützung durch deren Kontakt Netzwerk, fachlichen Rat, Produktionsstätten, *Acceleratoren*, *Inkubatoren* und *Hubs*,¹⁸ und der Einbindung in Gremien zu leisten. Hierfür übernehmen die *Venture Capital* Investoren Gesellschaftsanteile.¹⁹ Demgegenüber finden *Seed Capital* Investitionen noch lange vor

den *Venture Capital* Investitionen statt. Bezeichnend ist für diese, dass derartige Investitionen gerade für den Aufbau des *Start-ups* benötigt werden und nicht erst zum Wachsen. Daher sind die typischen *Seed Capital* Investoren die Eltern, Verwandten und Freunde²⁰ der Gründer oder *Business Angels* und teilweise *Early Stage Venture Capital* Investoren, die überwiegend ohne nennenswerten Beteiligungswillen Kapital in die Idee hineingeben.²¹ Ein weiterer Unterschied zwischen *Seed Capital* Investitionen und *Venture Capital* Investitionen ist die Höhe des Kapitals, das investiert wird. Bei *Seed Capital* Investitionen beträgt dies i. d. R. von 50.000 Euro bis 500.000 Euro – in seltenen Fällen bis zu 1. Mio. Euro²² – bei *Venture Capital* Investitionen kann dies über mehrere Millionen Euro hinausgehen.²³

So werden die Investitionen der *Seed Capital* Investoren oft dazu verwendet aus der Idee ein Unternehmen zu gründen. Bei *Start-ups* wird diese Art der Finanzierung zunehmend beliebter. Rund 63 % der *Start-ups* greifen auf externe Finanzierung zurück.²⁴ Nachdem die jungen *Start-ups* das nötige Kapital gesammelt haben, stellt sich meist die Frage der Organisation und der richtigen Rechtsformwahl. Die häufigste Ausgestaltung der Rechtsform dieser

¹⁰ <https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/start-up> (abgerufen am 07.09.2021).

¹¹ Vgl. *El Qalqili/Offinger*, BKR 2021, 86 (89.); vgl. *Achleitner*, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/start-unternehmen-42136/version-265490> (abgerufen am 07.09.2021); vgl. *Hümmer*, <https://ventury-analytics.de/academy/blog/bewertung-im-rahmen-von-vc-finanzierungen>, (abgerufen am 07.09.2021).

¹² Vgl. *Schockenhoff*, NZG 2018, 201 (205).

¹³ Vgl. *Streuve*, <https://startup-mitteldeutschland.de/startup-finanzierungszyklus/>, (abgerufen am 07.09.2021).

¹⁴ Vgl. *Weidemann*, <https://dmexco.com/de/stories/wie-investoren-und-start-ups-zusammenfinden/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹⁵ Vgl. Interview mit *Proband 4* vom 31.08.2021, Frage 3.

¹⁶ Vgl. *Gertz*, <https://www.ruhrgruender.de/startup-pitch-welche-formen-es-gibt-und-was-einen-guten-pitch-ausmacht/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹⁷ Vgl. BT WD 5 – 3000 – 040/19, S. 5.; vgl. *Weitnauer*, in: *Handbuch Venture Capital*, 6. Auflage 2019, Teil A Rn. 1.

¹⁸ Vgl. Interview mit *Proband 4* vom 31.08.2021, Frage 3.

¹⁹ Vgl. *Weitnauer*, HdB VC (Fn. 17), Teil A Rn. 4.

²⁰ Vgl. *Vega*, <https://www.cooleygo.com/difference-friends-family-seed-series-financings/> (abgerufen am 07.09.2021).

²¹ Vgl. *Volkmann*, <https://www.cmshs-bloggt.de/venture-capital/die-unterschiedlichen-finanzierungsrunden-von-der-seed-stage-bis-zur-later-stage/> (abgerufen am 07.09.2021).

²² Vgl. *Volkmann*, <https://www.cmshs-bloggt.de/venture-capital/die-unterschiedlichen-finanzierungsrunden-von-der-seed-stage-bis-zur-later-stage/> (abgerufen am 07.09.2021.); vgl. *Klumpp*, <https://www.tech-corporatefinance.de/blog/venture-capital/seed-finanzierung-seed-phase-venture-capital-foerderprogramme/> (abgerufen am 07.09.2021).

²³ Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotz 2013, 74, (77f.); vgl. *Volkmann*, <https://www.cmshs-bloggt.de/venture-capital/die-unterschiedlichen-finanzierungsrunden-von-der-seed-stage-bis-zur-later-stage/> (abgerufen am 07.09.2021.); vgl. *Jasch*, <https://www.companisto.com/de/academy/anlageformen-und-strategien/venture-capital> (abgerufen am 07.09.2021).

²⁴ Vgl. *Nöll*, <https://www.pwc.de/de/branchen-und-markte/startups/deutscher-startup-monitor-2020.html> (abgerufen am 07.09.2021).

Unternehmen²⁵ ist die Form einer GmbH.²⁶ Allerdings sind durchaus auch eine GbR, OHG, KG, KGaA, UG oder sogar eine AG sowie eine SE²⁷ denkbare Gesellschaftsformen. In seltenen Fällen kann man auch ausländische Gesellschaftsformen anzutreffen.²⁸ Kürzlich wurde ein Gesetzesentwurf vorgelegt der die Rechtsform der GmbH mit gebundenem Vermögen – kurz GmbH-gebV – vorschlägt.²⁹ Dieser sieht vor, dass die GmbH-gebV ihr Gesellschaftsvermögen als Verantwortungseigentum hält und lässt keine Ausschüttungen oder Verkäufe zu.³⁰ Eine Veräußerung der Gesellschaftsanteile soll hierbei, sofern möglich, strengen Regularien unterliegen.³¹ Diese Rechtsform sei zwar grundsätzlich attraktiv für *Start-ups*³², ist aber in dieser Erörterung von geringer Relevanz, da *Exit*-Strategien von *Venture Capital* Investoren hier nicht greifen können. Es ist schließlich Sinn der GmbH-gebV, dass die Gesellschafter an die Gesellschaft gebunden sind und als Treuhänder fungieren.³³

Sofern sich das *Start-up* für die Gesellschaftsform einer AG entscheidet, ist diese i. d. R. nicht börsennotiert.³⁴ Aufgrund der hohen Kosten eines IPOs (*Initial Public Offering*) und der Folgekosten einer Börsennotierung entscheidet sich ein *Start-up* erst für einen Börsengang, wenn es einen hohen Bekanntheitsgrad genießt und oft auch erst, wenn es zu einem sog. *Unicorn* gewachsen ist.³⁵ *Unicorns* – bzw. Einhörner – sind *Start-ups*, deren Unternehmensbewertung auf einen Wert von über 1 Mrd. Dollar gewachsen ist.³⁶ So ist z. B. der deutsche *Neo-Broker Trade Republic* mit einer

Bewertung von ca. 5,3 Mrd. Euro³⁷ als *Unicorn* zu werten. *Trade Republic* hat im Gegensatz zu seiner amerikanischen Konkurrenz *Robinhood*³⁸ noch keinen IPO durchgeführt. Mit einem IPO gehen oft *Exit*-Strategien einher,³⁹ in denen die *Venture Capital* Investoren ihre Investition realisieren wollen.⁴⁰ Anders als *Exit*-Strategien die auf einen IPO angewiesen sind, gibt es noch andere *Exit*-Strategien, die außerbörslich stattfinden.⁴¹ Hierzu zählen unter Umständen. *Shoot out* Klauseln – wobei diese nicht primär auf einen *Exit* abzielen –, *Call* und *Put* Optionen und die hier vorrangig behandelten *Drag along* und *Tag along* Klauseln. In der folgenden Bearbeitung werden diese Klauseln im Rahmen der häufigsten Form der Rechtsformgestaltung von *Start-ups*, also der Gestaltung als GmbH behandelt. In Ausnahmefällen wird auf Besonderheiten hingewiesen.

III. Wie ist eine *Venture Capital* Investition aufgebaut und worauf zielt diese ab?

Venture Capital Investitionen sind, wie oben angesprochen, große Investitionen, die von meist wohlhabenden Einzelpersonen oder zunehmend *Venture*

²⁵ Bei der Auswahl der für ein *Start-up* passenden Rechtsform ist von in Deutschland ansässigen *Start-ups* auszugehen.

²⁶ Vgl. *Rosenthal*, <https://www.deutsche-startups.de/2013/09/19/recht-start-ups-gesellschaftsform/> (abgerufen am 07.09.2021); Für Österreich vgl. *Trettnak/Heimel*, AA 2, 2013, 21 (21).

²⁷ Das deutsche *Start-up* Flaschenpost SE hat diese für ein *Start-up* eher untypische Rechtsform angenommen.

²⁸ Vgl. *Schiemzik*, <https://www.rosepartner.de/startup-gruendung-gesellschaftsform-gesellschaftsvertrag-anwalt-kanzlei.html> (abgerufen am 07.09.2021).

²⁹ Der Gesetzesentwurf in der Ausgangsfassung von 2020 und in der Aktualisierten Fassung von 2021 ist abrufbar unter: <https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoe-gen.de/gesetzesentwurf> (abgerufen am 07.09.2021).

³⁰ Vgl. *Plöger/Weitemeyer*, BB 2021, Heft 15, Umschlagteil, I, S. 1f.; vgl. *Reiff*, NJOZ 2021, 609 (609ff.).

³¹ Vgl. *Plöger/Weitemeyer*, BB 2021, Heft 15, Umschlagteil, I, S. 2.; vgl. *Reiff*, NJOZ 2021, 609 (610).; vgl. *Rhode*, <https://www.dhpg.de/de/newsroom/blog/gmbh-mit-gebundenem-vermoe-gen/> (abgerufen am 07.09.2021).

³² Vgl. *Thiergart*, <https://www.heuking.de/de/news-events/fachbeitraege/die-gmbh-mit-gebundenem->

[vermoe-gen-eine-neue-rechtsform-fuer-start-ups.html](https://www.heuking.de/de/news-events/fachbeitraege/die-gmbh-mit-gebundenem-vermoe-gen-eine-neue-rechtsform-fuer-start-ups.html) (abgerufen am 07.09.2021).

³³ Vgl. *Plöger/Weitemeyer*, BB 2021, Heft 15, Umschlagteil, I, S. 1.

³⁴ *Start-ups* in Form einer AG, KGaA oder einer SE, die an der Börse notiert sind, sind nicht von dieser Ausfertigung umfasst.

³⁵ So hatte z. B. *Bumble inc.* eine Valutierung von ca. 5 Mrd. Dollar vor dem IPO und stockte durch den IPO auf ca. 7 Mrd. Dollar auf; vgl. *Subin*, <https://www.cnn.com/2021/02/11/bumble-ipo-the-woman-behind-dating-app-making-market-history.html> (abgerufen am 07.09.2021).

³⁶ Vgl. *Kaindl*, <https://www.salsup.de/unicorns-deutschland/> (abgerufen am 07.09.2021).

³⁷ Wert vom 20.05.2021, abrufbar unter: <https://www.cbinsights.com/research-unicorn-companies> (abgerufen am 07.09.2021).

³⁸ Bewertung nach IPO ca. 32 Mrd. Dollar; vgl. *Trichtl*, <https://www.capital.de/geld-versicherungen/robinhood-ipo-ausgabepreis-am-unteren-ende> (abgerufen am 07.09.2021).

³⁹ Vgl. Interview mit *Proband 3* vom 07.09.2021, Frage 5.

⁴⁰ Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWN 2013, 74 (80).

⁴¹ Vgl. Interview mit *Proband 3* vom 07.09.2021, Frage 5.

Capital Unternehmen⁴² sowie *Venture Capital Fonds*⁴³ getätigt werden. Neben ihrem Kapital, welches sie in das *Start-up* investieren, betreiben sie für gewöhnlich zusätzlich aktive Managementunterstützung. Diese kann je nach Bedarf unterschiedlich gestaltet sein. Hauptsächlich übernehmen die *Venture Capital* Investoren jedoch Anteile der Gesellschaft als Gegenleistung für ihre Investition. Dies wird i. d. R. so ausfallen, dass die *Venture Capital* Investoren eine Mehrheitsbeteiligung halten. Wenn das *Start-up* nach einigen Jahren an Wert gewonnen hat, wollen die *Venture Capital* Investoren ihre Investition regelmäßig realisieren. Dies kann geschehen, indem sie ihre Anteile an ein Unternehmen veräußern. Dabei handelt es sich um einen *Trade Sale*.⁴⁴ Hierbei wird es üblicherweise so sein, dass die sog. *Buy-side*⁴⁵, also die Erwerber Seite, gerne 100 % der Gesellschaftsanteile erwerben möchte.⁴⁶ Dies kann unter Umständen auch von der sog. *Sell-side*⁴⁷, also der Veräußerer Seite, gewollt sein. Zum einen mag dies von den *Venture Capital* Investoren gewünscht sein. Zum anderen wollen dies evtl. auch die verbleibenden Altgesellschafter – welche in aller Regel Minderheitsgesellschafter sind –, so dass es gelingt einen sauberen *Exit* zu gestalten. Ein solcher kann durch sog. *Drag along* und *Tag along* Klauseln oder ähnlichen Klauseln von vornherein fest geregelt werden. Diese werden üblicherweise bei Einsteigen des *Venture Capital* Investors statutarisch in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag oder einem anderen, i. d. R. beurkundungsbedürftigen Gesellschafterbeschluss niedergeschrieben.⁴⁸ Entsprechende Klauseln können den jeweiligen Parteien aus sehr unterschiedlichen Gründen nützlich sein, jedoch bergen sie

auch Risiken und können rechtliche sowie praktische Problematiken aufweisen. Daher gebietet sich eine Abwägung der Vorteile und der Nachteile. Zudem können durchaus weitere Alternativklauseln statutarisch festgelegt werden, die demselben Zweck dienen und die *Drag along* und *Tag along* Klauseln gewissermaßen ergänzen.

B. Drag along und Tag along

Bei Eintreten eines *Venture Capital* Investors kann und wird meistens per Gesellschafterbeschluss in die Satzung eine Klausel zur Mitveräußerungspflicht, sog. *Drag along* und zum Mitveräußerungsrecht, sog. *Tag along* aufgenommen. Die Basis hierfür ist meist ein Beteiligungsvertrag oder ein anderer Vertrag, der die Rahmenbedingungen der *Venture Capital* Investition regelt.⁴⁹ Diese Regelungen sind i. d. R. an bestimmte Fristen oder Voraussetzungen geknüpft.⁵⁰ Der Hintergrund für die Aufnahme der besagten Klauseln in die Satzung ist trivial. Ein potentieller Erwerber ist regelmäßig an einer deutlichen Mehrheit der Anteile, möglicherweise sogar 100 % der Anteile interessiert.⁵¹ Um dies zu erreichen, muss es Regelungen geben, die dies ermöglichen.⁵² Durch die Aufnahme in die Satzung, bedarf es keines weiteren Vertrages, der eine Abtretungsverpflichtung der Gesellschaftsanteile regelt.⁵³

I. Was ist Drag along?

Bei einem *Drag along* zieht der veräußernde Mehrheitsgesellschafter die Minderheitsgesellschafter mit sich. „*To drag*“ bedeutet aus dem Englischen übersetzt

⁴² Vgl. Wehmeyer/ Anzenhofer, <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/das-sind-die-besten-venture-capital-firmen-in-deutschland/> (abgerufen am 07.09.2021).

⁴³ Vgl. Metzger, <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-Studien-und-Materialien/KfW-Venture-Capital-Studie-2020.pdf>, S. 3 (abgerufen am 07.09.2021).

⁴⁴ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil I, Rn. 48; vgl. Risse/Kästle/Gebler, in: Risse/Kästle/Gebler, M & A und Corporate Finance von A - Z, 2006, S. 174.

⁴⁵ Vgl. Risse/Kästle/Gebler, M&A A-Z (Fn. 44), S. 29.

⁴⁶ Vgl. Rombach, in: Lorz/Pfisterer/Gerber, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 2010, 5. Rn. 1; vgl. Interview mit Proband 4 vom 31.08.2021, Frage 8.

⁴⁷ Vgl. Risse/Kästle/Gebler, M&A A-Z (Fn. 44), S. 155.

⁴⁸ Vgl. Schmidt/Nachtwey, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Auflage 2021, § 3 Rn. 161ff.; vgl. Seibt, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Auflage 2018, § 2 Rn. 273; vgl. Stengel, in: Prinz/Kahle, Beck'sches

Handbuch der Personengesellschaften, 5. Auflage, § 22 Rn. 90; vgl. Schneider, in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 2010, § 2 Rn. 373; anders bei der AG vgl. Brehm, in: Das *Venture Capital* Vertragswerk, 2012, S. 170.

⁴⁹ Vgl. Thurn/Ziegenhain, in: Walz, Beck'sches Formularhandbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch – Englisch, 4. Auflage 2018, Kap. N Unterkap. 5 Rn. 19; vgl. Weitnauer, GWR 2018, 245 (247).

⁵⁰ Vgl. Sickinger, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Auflage, 2018, § 11 Rn. 21.

⁵¹ Vgl. Interview mit Proband 4 vom 31.08.2021, Frage 8.

⁵² Vgl. Zätzsch/Galle, <https://www.cms-hs-bloggt.de/venture-capital/mitverkaufspflicht-drag-along-recht-wesentlicher-bestandteil-jeder-venture-capital-dokumentation/> (abgerufen am 07.09.2021).

⁵³ Vgl. Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217 (1219).

„[mit] ziehen“. ⁵⁴ Es handelt sich also um das Sonderrecht des Mehrheitsgesellschafters, von den übrigen Minderheitsgesellschaftern ebenfalls die Veräußerung ihrer Anteile zu erzwingen, um einen sauberen *Exit* zu gestalten. ⁵⁵ Eine *Drag along* Klausel ist keine *self-executing* Klausel, sondern stellt vielmehr eine Pflicht zur Veräußerung dar. ⁵⁶ Die übrigen Minderheitsgesellschafter müssen je nach Ausgestaltung der Klausel alle ihrer Anteile oder nur ein Teil davon an den gleichen Erwerber veräußern. Zudem kann auch eine Mitveräußerungspflicht mit einem Vorkaufsrecht der übrigen Minderheitsgesellschafter kombiniert werden. ⁵⁷

1. Vorteile des *Drag alongs*

Die Mitveräußerungspflicht kann sowohl für den Erwerber als auch für den Veräußerer von Vorteil sein. Diese Pflicht bietet eine Planungssicherheit bei Verkaufsvorhaben. ⁵⁸ Des Weiteren erhöht eine solche Klausel die Fungibilität der Gesellschaftsbeteiligung, ⁵⁹ weil im Falle eines *Drag alongs* die Gesellschaftsanteile der Minderheitsgesellschafter veräußert werden müssen. ⁶⁰

a) Vorteile für den Erwerber (*Buy-side*)

Vorteilhaft kann ein *Drag along* vor allem für den Erwerber sein. Der Erwerber erhält alle Anteile des *Start-ups* veräußert und kann so über das *Start-up* verfügen, wie es ihm beliebt. Häufig wird dies das Ziel eines Erwerbers sein. ⁶¹ Übernimmt er alle Anteile, muss er sich nicht mit übrigen Minderheitsgesellschaftern befassen und auf deren Rechte Rücksicht nehmen. ⁶² Ein *Venture Capital* Investor, der keine Mehrheitsbeteiligung hat, kann sich in der Satzung oder in dem Beteiligungsvertrag Sonderrechte garantieren lassen. ⁶³ Diese werden bei einer Veräußerung dieser Anteile nicht auf den Erwerber übergehen ⁶⁴. Gerade in

diesem Fall ist eine aufgenommene *Drag along* Klausel für den Erwerber besonders vorteilhaft. ⁶⁵ Diese Sonderrechte werden dem *Venture Capital* Investor explizit und namentlich in der Satzung oder in dem Beteiligungsvertrag zugesprochen. ⁶⁶ Da der Erwerber diese Sonderrechte nicht erwirbt wird er auf einen *Drag along* hoffen. Durch diesen erwirbt der Erwerber eine stärkere Position als nur die ohne Sonderrechte geschützte Minderheitsbeteiligung

b) Vorteile für das *Start-up* (*Sell-side*)

Auch für die Veräußererseite bzw. für das *Start-up* kann ein *Drag along* unter Umständen vorteilhaft sein. Ein *Venture Capital* Investor investiert für gewöhnlich nur eine Zeit lang in das *Start-up*. Nach dieser Zeit möchte er seine Investition realisieren und seine Anteile gewinnbringend veräußern. ⁶⁷ Hier kommt ihm ein *Drag along* zugute. Häufig sind Erwerber bereit mehr zu zahlen, wenn sie sämtliche Anteile angeboten bekommen, als wenn es sich nur um einen Teil handelt. ⁶⁸ Der *Venture Capital* Investor kann dem Erwerber also einen Paketzuschlag sichern. ⁶⁹ Damit der *Venture Capital* Investor jedoch nicht aus freiem Belieben seine Anteile veräußern kann und dadurch die Minderheitsgesellschafter zwingt ihre Anteile ebenfalls zu veräußern, ist die Mitveräußerungspflicht üblicherweise an eine aufschiebende Befristung oder an einen qualifizierten Mehrheitsbeschluss gekoppelt. ⁷⁰

Eine *Drag along* Klausel kann daher auch für die übrigen Minderheitsgesellschafter von Vorteil sein. Sie können ihre Anteile zu Preisen veräußern, die sie bei einer eigenständigen Veräußerung nicht erzielt hätten. ⁷¹ Auch wenn dies bedeutet, dass die Minderheitsgesellschafter – welche oft die Gründer des *Start-ups* sind – ihr Unternehmen aufgeben, haben sie

⁵⁴ <https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/drag> (abgerufen am 07.09.2021).

⁵⁵ Vgl. Schulte/Hushahn, in: Gummert/Weipert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 5. Auflage 2019, § 35 Rn. 14; vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil F Rn. 199; vgl. Giehl, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 57. Edition 2021, 7.8.2.2.1 Rn. 4.

⁵⁶ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil I Rn. 4.; vgl. Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217 (1219).

⁵⁷ Vgl. Seibt, AnwHandB. GmbH-R (Fn 48), § 2 Rn. 315.

⁵⁸ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1251).

⁵⁹ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

⁶⁰ Vgl. Robles y Zepf/Mangels, NZG 2021, 46 (48).

⁶¹ Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotz 2013, 74 (83).; vgl. Martinius/Stubert, BB 2006, 1977 (1983).

⁶² Vgl. Siedlatzek, in: WSS Rechtsanwälte, Startup – Finanzierung mit Investoren, S. 99 f.; vgl. Interview mit Proband 1 vom 28.08.2021, Frage 7.

⁶³ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil I Rn. 138.

⁶⁴ Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotz 2013, 74 (81).

⁶⁵ Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotz 2013, 74 (83).

⁶⁶ Für die Satzung vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Anhang VI, Kap. 3 Satzung (GmbH); für den Beteiligungsvertrag vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Anhang VI, Kap. 1 Beteiligungsvertrag.

⁶⁷ Vgl. Hartleib, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/exit-beteiligungsvertrag/> (abgerufen am 07.09.2021).

⁶⁸ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil F Rn. 199.

⁶⁹ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

⁷⁰ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil F Rn. 200.

⁷¹ Vgl. Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217 (1219).

immerhin mehr bzw. eine höhere Kompensation, als bei einer eigenständigen Veräußerung.⁷²

Ferner kann eine *Drag along* Klausel eine disziplinarische Wirkung entfalten.⁷³ Wenn es zu einem Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter kommt, kann der Mehrheitsgesellschafter durch die Verkaufsoption die übrigen Minderheitsgesellschafter ebenfalls zu einer Veräußerung zwingen.⁷⁴ Konflikte bzw. Gesellschafterstreitigkeiten sind nicht selten. In Rund 50 % aller Unternehmen bricht mindestens einmal ein Gesellschafterstreit aus.⁷⁵

2. Nachteile des *Drag alongs*

Eine *Drag along* Klausel kann andererseits auch ihre Nachteile für Erwerber und Veräußerer bieten.

a) Nachteile für den Erwerber (*Buy-side*)

Eine solche *Drag along* Klausel kann unter Umständen für den Erwerber mit Nachteilen behaftet sein. Üblicherweise müssen die Anteile, die aufgrund einer *Drag along* Klausel mitveräußert werden sollen zu den gleichen Konditionen abgenommen werden, wie sie der *Venture Capital* Investor ausgehandelt hat.⁷⁶ Somit muss der Erwerber bei einem entsprechenden sog. *Share-Deal*, also einem Geschäft über den Erwerb von Gesellschaftsanteilen⁷⁷ auch einen entsprechend hohen Preis zahlen.⁷⁸ Dies muss von einem Erwerber von vornherein mit einkalkuliert werden. Es kann also unter Umständen sein, dass dem Erwerber dieser Preis zu hoch ist und er die Mittel nicht zur Verfügung hat und sich zu stark verschulden würde.⁷⁹ Zudem muss ein Erwerber das *Start-up* nach Erwerb i. d. R. umstrukturieren oder in den eigenen Konzern oder das eigene Unternehmen einbinden.⁸⁰ Dies sind zusätzliche Folgekosten.⁸¹

b) Nachteile für das *Start-up* (*Sell-side*)

Zu einigen Nachteile kann es auch auf Veräußererseite kommen. Dies ist der Fall, sofern es zu Missverständnissen oder Konflikten innerhalb des *Start-ups* kommt. Die Veräußerungsoption des Mehrheitsgesellschafter

hat dann eine mitreißende Wirkung auf die übrigen Minderheitsgesellschafter.⁸² Zudem ist in den Fällen, in denen sich der Mehrheitsgesellschafter und der Erwerber nahe stehen, ein adäquater Marktpreis nicht gewährleistet.⁸³ Dies kann durchaus der Fall sein, da oft der Mehrheitsgesellschafter als *Venture Capital* Investor einen geeigneten Erwerber aufgrund von Kontakten oder Beziehungen findet.⁸⁴ Ein *Venture Capital* Investor ist i. d. R. gut vernetzt und in der „*Business-Welt*“ wohl bekannt⁸⁵ und Teil eines Ökosystems, dessen Teilnehmer sich im allgemeinen kennen.⁸⁶ Trotzdem müssen sich die übrigen Minderheitsgesellschafter der Veräußerung unterordnen, ohne dass ihnen eine Einwirkungsmöglichkeit bleibt. Gerade bei Familienunternehmen bzw. Familiengesellschaften kann dies ein Problem darstellen.⁸⁷ Auch wenn durch die Veräußerung die unternehmerische Verbindung beendet wird, bleibt der Familienverband aber bestehen. Sollte einer oder einige Familienmitglieder durch die Veräußerung der Anteile und dem darauffolgendem *Drag along* anderen Familienmitgliedern schaden, so kann dies zu erheblichen und dauerhaften Konflikten und Streitigkeiten innerhalb der Familie führen.⁸⁸

3. Probleme bei *Drag along* Klauseln

Da bei *Drag along* Klausel alle Minderheitsgesellschafter durch die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen eines einzelnen Gesellschafter, mithin des Mehrheitsgesellschafter verpflichtet werden ihre Anteile ebenfalls zu veräußern und aufzugeben, können diese Klauseln als problematisch angesehen werden. Hierbei kann es zu rechtlichen und praktischen Problemen kommen.

a) Problem der Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB

Problematisch in rechtlicher Hinsicht ist die Tatsache, dass eine Mitveräußerungsverpflichtung einen gravierenden Eingriff in die Vermögensinteressen und die Bestandsinteressen der Minderheitsgesellschafter

⁷² Vgl. Siedlatzek, SU-FmI (Fn. 62), S. 99.

⁷³ Vgl. Martinius/Stubert, BB 2006, 1977 (1982).

⁷⁴ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

⁷⁵ Vgl. Trettnak/Heimel, AA 2, 2013, 21 (21).

⁷⁶ Vgl. Siedlatzek, SU-FmI (Fn. 62), S. 102.; vgl. Martinius/Stubert, BB 2006, 1977 (1983).

⁷⁷ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil I Rn. 49.

⁷⁸ Vgl. Möllmann/Möllmann, BWN 2013, 74 (83).

⁷⁹ Vgl. Hartleib, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/exit-beteiligungsvertrag/> (abgerufen am 07.09.2021).

⁸⁰ Vgl. Kästle/Schmoll, BB 2018, 820 (820f.).

⁸¹ Vgl. Kästle/Schmoll, BB 2018, 820 (820f.).

⁸² Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

⁸³ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

⁸⁴ Vgl. Interview mit *Proband 2* vom 24.08.2021, Frage 3. und Frage 4.

⁸⁵ Vgl. Interview mit *Proband 2* vom 24.08.2021, Frage 5.

⁸⁶ Vgl. Interview mit *Proband 3* vom 07.09.2021, Frage 4.

⁸⁷ Vgl. Meyer-Sparenberg, in: Hoffman-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019, Nr. 29; vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

⁸⁸ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1252).

darstellen kann.⁸⁹ Die Anteile einer Gesellschaft verkörpern eine Eigentümerstellung an dem Unternehmen und auch einen gewissen Prozentsatz an dem Wert des Unternehmens.⁹⁰ Da *Drag along* Klauseln die Pflicht zur Mitveräußerung eben dieser Gesellschaftsanteile eines Minderheitsgesellschafters begründen, könnten diese unter Umständen als vergleichbar mit der Herauskündigung eines Gesellschafters gelten.⁹¹ Eine Hinauskündigung ist der Ausschluss eines Gesellschafters nach freiem Ermessen und ohne sachlichen Grund durch eine Gesellschaftermehrheit.⁹² Eine Herauskündigung eines Gesellschafters ist grundsätzlich als sittenwidrig i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB einzustufen.⁹³ Dies fußt vor allem auf dem Schutz des ausscheidenden Gesellschafters.⁹⁴ Vergleicht man jedoch den Fall eines *Drag alongs* mit dem Fall eines Hinauskündigen eines Gesellschafters vertieft, so zeigt sich, dass bei einem *Drag along* der Mehrheitsgesellschafter kein freies Ermessen hat, die Mitveräußerung zu verlangen. Dies ergibt sich schon dadurch, dass das *Drag along* Recht, anders als die Hinauskündigung eines Gesellschafters, durch berechnete ökonomische Interessen des *Venture Capital* Investors gedeckt ist.⁹⁵ Denn diese Mitveräußerungspflicht darf nur anhand eines festen, von vornherein festgelegtem Tatbestand, mit anderen Worten nur durch einen sachlichen Grund⁹⁶, ausgeübt werden. Bei der Hinauskündigung eines Gesellschafters ist dies anders, da ja gerade kein sachlicher Grund erforderlich ist.⁹⁷ Dies ist anders bei der Mitveräußerungspflicht. Hier ist ein sachlicher Grund vorhanden. Dieser sachliche Grund ist ein von vornherein konkret festgeschriebenem Ereignis oder Bedingung – so z. B. die Verkaufsentscheidung des Mehrheitsgesellschafters.⁹⁸ So kann ein Mehrheitsgesellschafter nur bei Vorliegen

dieser Bedingungen, also nicht nach seinem freien Ermessen, die Minderheitsgesellschafter bei einer Veräußerung mit sich ziehen.

Ferner wird bei einem *Drag along* kein Ausschluss eines Minderheitsgesellschafters vorgenommen, sondern vielmehr eine gemeinsame Beendigung des unternehmerischen Engagements.⁹⁹ Der Minderheitsgesellschafter hat sich der Aufnahme dieser Pflicht zur Mitveräußerung gegen einen marktüblichen Preis freiwillig unterworfen, bzw. zugestimmt.¹⁰⁰ Dies ist unter den Gesichtspunkten privatautonomer Vertragsgestaltung die richtige Konsequenz.

Zutreffender Weise wird die Zulässigkeit einer *Drag along* Klausel überwiegend bejaht.¹⁰¹

b) Wem steht das *Drag along* Recht überhaupt zu?

Praktisch problematisch gestaltet sich ein *Drag along*, wenn es keinen Mehrheitsgesellschafter gibt, oder wenn der *Venture Capital* Investor selbst nur ein Minderheitsgesellschafter ist. Während es früher nahezu üblich war, dass das *Drag along* Recht allein dem *Venture Capital* Investor zustand, ist dies heute nicht mehr zwingend der Fall.¹⁰² Vielmehr kommt es heutzutage darauf an, wie viel die *Venture Capital* Investoren investiert haben und wie viele Anteile sie halten.¹⁰³

Ungenügend wäre es, einem Minderheitsgesellschafter, der einen Bruchteil der Anteile hält, dieses Recht einzuräumen und durch die Veräußerung seiner Anteile alle anderen Gesellschafter, unabhängig davon wie hoch deren Anteile sind, zur Mitveräußerung zu zwingen. Hier wird es in der Vertragspraxis oft so ausgestaltet, dass entweder nur der Mehrheitsgesellschafter dieses Recht ausüben kann,¹⁰⁴ oder nur ein *Venture Capital* Investor zusammen mit dem Gründungsgesellschaftern.¹⁰⁵ Ferner wird in der

⁸⁹ Vgl. *Brehm*, VCVN (Fn. 48), S. 170

⁹⁰ Vgl. *Roth*, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 40. Auflage 2021, § 124 Rn. 16.

⁹¹ Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1252); vgl. *Fleischer/Schneider*, DB 2012, 961 (966).

⁹² Vgl. *Strohn*, in: *Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar GmbHG, Band 1 §§ 1-34, 3. Auflage, 2018, § 34 Rn. 140.; vgl. *Hanke*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB Schuldrecht, 4. Auflage 2021m § 737 Rn. 13.

⁹³ Vgl. BGH, NJW 1990, 2622 (2622); vgl. *Strohn*, MüKo GbHG B1 (Fn. 92), § 34 Rn. 142a.; vgl. *Schockenhoff*, NZG 2018, 201 (203).

⁹⁴ Vgl. *Martinius/Stubert*, BB 2006, 1977 (1978).

⁹⁵ Vgl. *Weitnauer*, HdB VC (Fn. 17), Teil F Rn. 201.

⁹⁶ Vgl. *Brehm*, VCVN (Fn. 48), S. 170.

⁹⁷ Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1253).

⁹⁸ Vgl. *Martinius/Stubert*, BB 2006, 1977 (1982).

⁹⁹ Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1253).

¹⁰⁰ Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1253).

¹⁰¹ Vgl. OLG Stuttgart NJOZ 2004, 2124, (2124).; vgl. *Liebscher*, in: *Fleischer*, Münchener Kommentar GmbHG, Band 2 §§35-52, 3. Auflage 2019, § 45 Rn. 60a; vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1253); vgl. *Fleischer/Schneider*, DB 2012, 961 (966); vgl. *Martinius/Stubert*, BB 2006, 1977 (1982).

¹⁰² Vgl. *Meyer-Sparenberg*, BeckFbBHWR (Fn. 87), Nr. 25 Rn. 29.

¹⁰³ Vgl. *Hartleib*, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/exit-beteiligungsvertrag/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹⁰⁴ Vgl. Interview mit *Proband 1* vom 28.08.2021, Frage 10.

¹⁰⁵ Vgl. Interview mit *Proband 2* vom 24.08.2021, Frage 10; vgl. *Zätzsch/Galle*, <https://www.cmshs-bloggt.de/venture-capital/mitverkaufspflicht-drag-along-recht-wesentlicherbestandteil-jeder-venture-capital-dokumentation/> (abgerufen am 07.09.2021).

Unternehmenspraxis i. d. R. ein Veräußerungsvorhaben und die Anwendung eines *Drag alongs* nur mit Rücksprache der anderen Gesellschafter realisiert.¹⁰⁶

II. Was ist *Tag along*?

Das Pendant eines *Drag alongs* ist das *Tag along* Recht. Bei einem *Tag along* können sich die Minderheitsgesellschafter an den veräußernden Mehrheitsgesellschafter anheften und haben ein Recht zur Mitveräußerung.¹⁰⁷ „*To tag*“ bedeutet aus dem Englischen übersetzt „kennzeichnen, anhängen, markieren“. ¹⁰⁸ Die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen aufgrund des Beteiligungsveräußerungsrechts wird i. d. R. zu denselben Bedingungen vorgenommen, die der Mehrheitsgesellschafter mit dem Erwerber für den Erwerb seiner Anteile verhandelt hat.¹⁰⁹ Von diesem Mitveräußerungsrecht muss der mitveräußerungswillige Minderheitsgesellschafter grundsätzlich innerhalb von 30 Tagen Gebrauch machen.¹¹⁰

1. Vorteile des *Tag alongs*

Das Recht sich einer Veräußerung anzuschließen kann für beide Seiten von Vorteil sein, weil eine höhere Planungssicherheit bei Verkaufsvorhaben geboten wird.¹¹¹ Des Weiteren erhöht eine solche Klausel die Fungibilität der Gesellschaftsbeteiligung¹¹², weil veräußerungswillige Minderheitsgesellschafter sich ohne weiteres an die Veräußerung des Mehrheitsgesellschafters anhängen können.¹¹³

a) Vorteile für den Erwerber (*Buy-side*)

Vorteilhaft kann ein *Tag along* für den Erwerber sein. Für ihn bietet sich faktisch die Möglichkeit das *Start-up* als Ganzes, d.h. alle Anteile, oder zumindest mehr Anteile als von vornherein vorgesehen mitzuerwerben. So muss der Erwerber sich nicht, sofern dies möglich ist, um einen *Squeeze-out* bemühen, um die evtl. sonst

verbleibenden Minderheitsgesellschafter aus dem *Start-up* auszuschließen.¹¹⁴ Ein *Squeeze-out* wäre allerdings nur bei einer AG, einer KGaA oder einer SE möglich.¹¹⁵ Diese müssten zudem eine Börsennotierung aufweisen. Daher sei dies nur am Rande erwähnt.¹¹⁶ Bei einer GmbH oder anderen Gesellschaften, die keine Aktien zeichnen, gibt es keinen *Squeeze-out*.¹¹⁷ Daher müsste sich ein Erwerber mit Minderheitsgesellschaftern auseinandersetzen und auf diese Rücksicht nehmen, die möglicherweise seine Vorhaben boykottieren.¹¹⁸ So kommt es dem Erwerber oft gelegen, 100 % der Anteile zu erwerben, sodass das *Start-up* frei von jeglichen Minderheitsgesellschaftern ist.¹¹⁹

b) Vorteile für das *Start-up* (*Sell-side*)

Besonders vorteilhaft ist ein *Tag along* für die Veräußererseite bzw. für das *Start-up*. Das Mitveräußerungsrecht bietet den übrigen Minderheitsgesellschaftern, die Möglichkeit eine Veräußerung erst zuzulassen, sofern der Erwerber auch ihre Anteile übernimmt.¹²⁰ Dies ist ein Ausdruck des opportunistischen Charakters von *Start-ups*. Es wird ihnen nämlich regelmäßig schwer fallen, mangels finanzieller Mittel, von ihrem Vorerwerbsrecht Gebrauch zu machen.¹²¹ Ferner können die übrigen Minderheitsgesellschafter durch den schon von dem *Venture Capital* Investor verhandelten Preis für die Geschäftsanteile meist eine höhere Rendite erzielen, als durch eine eigenständigen Veräußerung.¹²² Zudem bietet das Mitveräußerungsrecht den Minderheitsgesellschaftern den Schutz davor, dass gegen ihren Willen ein neuer Mehrheitsgesellschafter eintritt, der im Zweifel nicht im Sinne der Minderheitsgesellschafter agiert.¹²³ Auch der *Venture Capital* Investor profitiert von dem *Tag along*. Zwar bekommt der *Venture Capital* Investor für seine

¹⁰⁶ Vgl. Interview mit *Proband 3* vom 07.09.2021, Frage 9.

¹⁰⁷ Vgl. *Sickinger*, MüAA (Fn. 50), § 11 Rn. 19.

¹⁰⁸ <https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/tag> (abgerufen am 07.09.2021).

¹⁰⁹ Vgl. *Schulte/Hushahn*, MüHG B2 (Fn. 55), §35 Rn. 14; vgl. *Sickinger*, MüAA (Fn. 50), § 11 Rn. 19; vgl. *Seibt*, AnwHandB GmbH-R (Fn. 48), § 2 Rn. 310; vgl. *Giehl*, BeckOF Vertrag (Fn. 55), 7.8.2.2.1 Rn. 3; vgl. *Stengel*, BeckHdPG (Fn. 48), § 22 Rn. 90.

¹¹⁰ Vgl. *Weitnauer*, HdB VC (Fn. 17), Anhang III, Kap 10.

¹¹¹ Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1251).

¹¹² Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1252).

¹¹³ Vgl. *Robles y Zepf/Mangels*, NZG 2021, 46 (48).

¹¹⁴ Wird typischerweise bei börsennotierten Gesellschaften durchgeführt, ist jedoch nicht auf diese beschränkt.; vgl. *Angerer*, BKR 2002, 260 (263).

¹¹⁵ Vgl. *Koch*, in: *Hüffner/Koch*, Aktiengesetz, 15. Auflage 2021, § 327a Rn. 3.

¹¹⁶ Dies sei nur am Rande erwähnt, da dies nicht vom Umfang dieses Beitrages umfasst ist.

¹¹⁷ Vgl. *Rave*, <https://www.businessinsider.de/gruender-szene/allgemein/gruende-streit-gesellschafter-startup-loesung/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹¹⁸ Vgl. *Robles y Zepf/Mangels*, NZG 2021, 46 (48); vgl. Interview mit *Proband 1* vom 28.08.2021, Frage 7.

¹¹⁹ Vgl. *Siedlatzek*, SU-FmI (Fn. 62), S. 99f.; vgl. *Weitnauer*, HdB VC (Fn. 17), Teil I Rn. 48.

¹²⁰ Vgl. *Hübner*, in: *Scherer*, Unternehmensnachfolge, 6. Auflage 2020, § 6 Rn. 232.

¹²¹ Vgl. *Hübner*, UntNF (Fn. 119), § 6 Rn. 233.

¹²² Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotz 2013, 74 (83).

¹²³ Vgl. *Robles y Zepf/Mangels*, NZG 2021, 46 (48); vgl. Interview mit *Proband 1* vom 28.08.2021, Frage 7.

Anteile i. d. R. einen hohen Preis geboten, jedoch wird regelmäßig der Preis höher sein, je mehr Anteile der Erwerber erwerben kann.¹²⁴ So wird ein Paketzuschlag eine höhere Rendite erzielen.¹²⁵

2. Nachteile des *Tag alongs*

Allerdings kann ein *Tag along* sowohl für die Erwerberseite, als auch für die Veräußerer Seite Nachteile bieten.

a) Nachteile für den Erwerber (*Buy-side*)

Besonders nachteilig kann ein *Tag along* für den Erwerber sein. Sollte sich neben dem Mehrheitsgesellschafter ein Minderheitsgesellschafter, ggf. sogar alle Minderheitsgesellschafter zu einer Veräußerung verleitet fühlen, so muss der Erwerber das nötige Kapital aufbringen, um alle Anteile zu erwerben.¹²⁶ Dies kann unter Umständen schwierig sein. Gerade ein kleiner Erwerber, der zwar die Kontrolle über das *Start-up* erhalten möchte, aber die anderen Gesellschafter – meist die Gründer – noch wegen der Ideen oder des Rufs im *Start-up* halten möchte¹²⁷, kann sich dies oft nicht leisten oder muss eigene Gesellschaftsanteile an die verbleibenden Minderheitsgesellschafter – i. d. R. die Gründer – verteilen.¹²⁸ So kann er sich ggf. hoch verschulden oder wird aus Vernunft- und Wirtschaftlichkeitsgründen von einem Erwerb des *Start-ups* absehen.¹²⁹

b) Nachteile für das *Start-up* (*Sell-side*)

Allerdings kann eine *Tag along* auch für die Veräußererseite bzw. für das **Start-up** nachteilig sein. Problematisch wird es, sofern der Erwerber nicht bereit ist, alle Anteile zu übernehmen. Dies kann einem Verkauf jeglicher Gesellschaftsanteile im Weg stehen.¹³⁰ Anderenfalls kann auch die Modalität gewählt werden, dass nur ein bestimmtes Kontingent an Gesellschaftsanteilen veräußert wird, die wiederum vom Mehrheitsgesellschafter und dem veräußerungswilligen

Minderheitsgesellschafter in dem Verhältnis der jeweiligen Beteiligung am Stammkapital aufgeteilt ist.¹³¹ Dies hat zur Folge, dass ein *Venture Capital Investor* nur einen Teil seiner Investition realisieren kann und so zwar noch eine Gesellschafterstellung in dem *Start-up* innehält, allerdings in einer geschwächten Form. Es kann so unter Umständen sein, dass der *Venture Capital Investor* keine Mehrheitsbeteiligung mehr hält und er demnach keine Kontrolle – außer evtl. im Wege einer Sperrminorität – mehr über die Entscheidungen oder das Geschehen innerhalb des *Start-ups* hat. Gerade dies war i. d. R. bei Einsteigen des *Venture Capital Investors* in das *Start-up* nicht gewünscht.

III. Ähnliche *Exit-Klauseln*

Des Weiteren gibt es ähnliche Klauseln, die wie die *Drag along* und *Tag along* Klauseln der Regelung eines sauberen *Exits* dienen. Sie sind der Vollständigkeit halber aufgezeigt, da sie letztlich in der ein oder anderen Weise der Mit- oder Abveräußerung von Gesellschaftsanteilen dienen. Sie können oft im Zusammenhang mit *Drag along* und *Tag along* Klauseln auftreten.

1. *Call* und *Put* Optionen

Da sowohl die *Drag along* Klauseln als auch die *Tag along* Klauseln Raum für Alternativen bietet, stehen oft alternative Klauseln neben denen des *Drag alongs* und des *Tag alongs*. Hierbei gibt es sog. *Call* Optionen, also Andienungspflichten und sog. *Put* Optionen, also Verkaufsrechte.¹³² Trivial gesprochen handelt es sich bei generellen *Call* und *Put* Optionen um Ankauf- und Andienungsrechte der Gesellschafter.¹³³ *Call* und *Put* Optionen werden je nach Kontext anders verstanden. In diesem Kontext, also im Zusammenhang mit *Drag along* Klauseln und *Tag along* Klauseln, dienen sie ebenfalls dem Zweck die Gesellschafter durch die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen neu zu

¹²⁴ Vgl. *Seibt*, AnwHandB GmbH-R (Fn. 48), § 2 Rn. 310.

¹²⁵ Vgl. *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1252).

¹²⁶ Vgl. *Hartleib*, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/exit-beteiligungsvertrag/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹²⁷ So blieben die Gründer von *YouTube* nach der Übernahme durch *Google* vorerst in dem Unternehmen; vgl. *Berchem*, https://www.zeit.de/online/2006/41/google-tube?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com (abgerufen am 07.09.2021).

¹²⁸ So bekamen die Gründer von *YouTube* nach der Übernahme durch *Google* Anteile von *Google*; vgl. *Kröger*, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere/a-441921.html> (abgerufen am 07.09.2021).

¹²⁹ Vgl. *Hartleib*, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/allgemein/exit-beteiligungsvertrag/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹³⁰ Vgl. *Sickinger*, MüAA (Fn. 50), § 11 Rn. 19.

¹³¹ Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotz 2013, 74 (83).

¹³² Vgl. *Seibt*, AnwHandB GmbH-R (Fn. 48), § 2 Rn. 306; vgl. *Volpert*, RNotZ 2017, 291 (291); vgl. *Hohaus/Inhester*, DStR 2003, 1765 (1766).

¹³³ Vgl. *Wirbel*, in: *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Auflage 2019, § 28 Rn. 55.

besetzen bzw. die Gesellschaftergefüge neu zu formieren.¹³⁴ *Call* und *Put* Optionen können zwar neben den *Drag along* und *Tag along* Klauseln bestehen, in der Anwendung sind sie jedoch alternativ.¹³⁵

a) *Call* Optionen

Bei der Alternative der *Call* Optionen wird ein Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen dazu verpflichtet, seine Anteile an einen Mitgesellschafter zu veräußern oder zumindest zur Veräußerung anzubieten.¹³⁶ Mit einher geht ein sog. *Founder's Buy Back*, bei dem die Mitgesellschafter zur Abwendung des *Drag alongs* dem ausscheidenden Gesellschafter ein Angebot zu Erwerb seiner Anteile abgeben.¹³⁷

Allerdings kann bei solchen *Call* Optionen in Ausnahmefällen, mit ähnlicher Argumentation wie bei den *Drag along* Klauseln, die Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB diskutiert werden.¹³⁸ Auch hier ist der problematische Fall gegeben, wenn eine *Call* Option einer Hinauskündigung eines Gesellschafters gleichkommt.¹³⁹

b) *Put* Optionen

Bei sog. *Put* Optionen, hat der Minderheitsgesellschafter, der seine Anteile veräußern muss oder will auch die Möglichkeit seine Anteile an einen anderen als den Erwerber der Mehrheitsbeteiligung zu veräußern.¹⁴⁰ Dieser wird i. d. R. einer der Mitgesellschafter sein.¹⁴¹ Üblicherweise hat allerdings nur der Mehrheitsgesellschafter das nötige Kapital, um die Anteile zu erwerben.¹⁴²

2. *Shoot out* Klauseln

Da die *Shoot out* Klauseln nur mittelbar dem Erwerb oder der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen dienen, seien sie nur am Rande mit den zwei wichtigsten Varianten erwähnt. Sie sind lediglich *ultima ratio*, denn sie dienen dazu die Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft wiederherzustellen, nachdem einer der Gesellschafter einen sog. *Deadlock*, also ein *Patt*-Situation, hervorgerufen hat.¹⁴³ Dabei muss einer der

Gesellschafter seine Anteile an den anderen Gesellschafter veräußern.

a) *Texan Shoot out*

Die *Texan Shoot out* Klausel ist an sich eine Klausel, die nicht primär die Mitveräußerung von Gesellschaftsanteilen regelt, sondern viel mehr eine Streitbeilegungsklausel im Falle eines *Deadlocks*, also einer *Patt*-Situation.¹⁴⁴ Bei dieser Variante übermittelt die Partei, welche den *Deadlock* ausgelöst hat, dem anderen Gesellschafter ein Angebot zum Erwerb aller Anteile des anderen Gesellschafters. Dieser kann das Angebot entweder annehmen oder muss seine Anteile zu einem höheren Preis anbieten.¹⁴⁵

b. *Russian Roulette*

Die *Russian Roulette* Klausel ist ebenfalls wie die *Texan Shoot out* Klausel primär eine Klausel der Streitbeilegung bei einem *Deadlock* innerhalb des *Start-ups*.¹⁴⁶ Bei der Variante *Russian Roulette* unterbreitet die Partei, welche den *Deadlock* ausgelöst hat, dem anderen Gesellschafter ein Angebot, alle Anteile des anderen Gesellschafters zu erwerben oder aber bietet alle seine Anteile zum Erwerb an.¹⁴⁷

C. Fazit

Sowohl *Drag along* Klauseln als auch *Tag along* Klauseln sind taugliche Hilfsmittel für die Gestaltung von *Exit*-Strategien nach einem *Venture Capital* Investment. Sie bieten sowohl den *Venture Capital* Investoren als auch den Minderheitsgesellschaftern bzw. Gründern und dem Erwerber des *Start-ups* viele Vorteile. Im Wesentlichen sind dies die generelle Risikominimierung, geregelte Veräußerungen und der Erwerb von Gesellschaftsanteilen, erhöhte Fungibilität der Gesellschaftsanteile und Disziplin innerhalb des *Start-ups*. Allerdings beinhalten beide Klauseln auch Nachteile. So können die Minderheitsgesellschafter kaum Einfluss nehmen auf das Veräußerungsgeschehen und müssen ihr Unternehmen aufgeben, ohne dass

¹³⁴ Vgl. Göthel, <https://pier11.de/was-gehört-in-den-joint-venture-vertrag-teil-2/> (abgerufen am 07.09.2021).

¹³⁵ Vgl. Tiedtke, in: Korintenberg/Otto/Sikora/Tiedtke, Gerichts- und Notarkostengesetz: GNotKG, 21. Auflage 2020, § 107 Rn. 70.

¹³⁶ Vgl. Heckschen/Weitbrecht, NZG 2021, 709 (716).

¹³⁷ Vgl. Weitnauer, HdB VC (Fn. 17), Teil F Rn. 202.

¹³⁸ Vgl. Wirbel, MüHdb GR B1 (Fn. 133), § 28 Rn. 57.

¹³⁹ Vgl. Hohaus/Weber, BB 2007, 2582 (2582); siehe auch die Ausführung oben, zur Sittenwidrigkeit bei *Drag along* Klauseln.

¹⁴⁰ Vgl. Meyer-Sparenberg, BeckFbBHWR (Fn. 87), Nr. 25 Rn. 30; vgl. Sabel/Schauer, ZStV 2018, 81 (83).

¹⁴¹ Vgl. Wirbel, MüHdb GR B1, § 28 Rn. 55.

¹⁴² Vgl. Sturm, <https://www.gabler-banklexikon.de/definition/tag-along-klausel-81571/version-343493> (abgerufen am 07.09.2021).

¹⁴³ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1250).

¹⁴⁴ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1250); vgl. Elfring, NZG 2012, 895 (895).

¹⁴⁵ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1250).

¹⁴⁶ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1250).

¹⁴⁷ Vgl. Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1250).

das gewollt ist. Auch der Erwerber muss teilweise mit höheren Kosten rechnen.

Vor allem die *Drag along* Klausel bringt ihre sowohl rechtlichen als auch praktischen Probleme mit sich, doch gilt sie bislang als zulässig.

Beide Klauseln werden von den Gesellschaftern, d. h. sowohl dem Mehrheitsgesellschafter als auch den Minderheitsgesellschaftern freiwillig aufgenommen und tragen zur Koordinierung und Disziplinierung innerhalb des *Start-ups* bei. Zwar ist jedes *Start-up* anders aufgebaut, organisiert und führt eine andere intrinsische Dynamik. Doch die meisten *Start-ups* benötigen in der ein oder anderen Weise Fremdkapital, weil das Eigenkapital nicht ausreicht und sind so überwiegend auf *Venture Capital* Investoren angewiesen. Diese werden kaum in das *Start-up* investieren, ohne dass ihnen ein vorteilhafter *Exit* bereitgelegt wird. Eine sinnhafte Anwendbarkeit der *Drag along* und *Tag along* Klauseln kann nicht pauschalisiert werden. Hier spielen die Motivation, die Dynamik, die Art der Investition und die Ziele des *Start-ups* eine große Rolle. Dennoch wird in den meisten Fällen das Vorliegen einer der beiden Klauseln zu einem sauberen und erleichterten *Exit* führen und sich als vorteilhaft herausstellen.

In Conclusio lässt sich daher sagen, dass nach gebotener Abwägung die Vorteile der *Drag along* und *Tag along* Klauseln die Nachteile deutlich überwiegen.¹⁴⁸

¹⁴⁸ So auch die *Conclusio* der geführten Interviews; vgl. Interview mit *Proband 1* vom 28.08.2021, Frage 7 und Frage 8; vgl. Interview mit *Proband 2* vom 24.08.2021, Frage 7

und Frage 8; Interview mit *Proband 3* vom 07.09.2021, Frage 6 und Frage 7.

Verlängerung der Bauzeit und Ausgleichsansprüche für Baustillstand infolge der Corona-Pandemie

Von Cand. iur. **Hendrik Karl Wilhelm Vormwald**, Linsengericht*

A. Einleitung

Seit nunmehr zwei Jahren hat das neuartige Coronavirus (auch als SARS-CoV-2 oder COVID-19 bezeichnet) die Welt fest im Griff.¹ Die erste offiziell bestätigte Infektion mit der Lungenkrankheit wurde im Dezember 2019 in Wuhan, China festgestellt.² Innerhalb kürzester Zeit stiegen die Zahlen infizierter und verstorbener Menschen auf der ganzen Welt rasant an, bis der Ausbruch von COVID-19 am 11.03.2020 vom Generalsekretär der *Weltgesundheitsorganisation* (WHO) *Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus* als weltumspannende Pandemie eingestuft wurde.³ Nationale Reaktion auf die exponentielle Ausbreitung des Virus waren erhebliche Einschränkungen zum Schutze der Bevölkerung („*Lockdown*“), die nicht nur weite Teile des privaten und öffentlichen Lebens, sondern auch die Wirtschaft lähmten.⁴ Begleitet wird das Pandemiegeschehen seither von zahlreichen Fragen politischer, gesellschaftlicher und nicht zuletzt rechtlicher Art.

Auch das deutsche Baugewerbe ist von den Auswirkungen des Coronavirus nicht verschont geblieben. „Bau fürchtet Schwierigkeiten durch Coronakrise“ heißt es in der Schlagzeile eines Artikels aus der *Süddeutschen Zeitung*⁵, kurz nachdem der Ausbruch von SARS-CoV-2 zur Pandemie erklärt wurde. Und in

der Tat: Das Coronavirus hat auch die Bauwirtschaft infiziert.⁶ Zwar wurde und wird auch während der Krise gebaut. Nachfragerückgänge, Stornierungen von Vorhaben, steigende Preise für Material und Behinderungen der Bautätigkeit sind in den letzten zwei Jahren nicht spurlos an der deutschen Bauwirtschaft vorübergegangen.⁷ Für das aktuelle Jahr wird jedoch wieder eine positive Entwicklung erwartet.⁸

Eng verwoben mit den wirtschaftlichen Folgen der Coronakrise auf das Bauwesen sind deren rechtlichen Auswirkungen. So flankieren beispielsweise Grenzschließungen, Personalausfall durch Krankheit oder Quarantäneanordnungen, Kontaktbeschränkungen, Abstandsregeln sowie Materialknappheit die Prozesse am Bau und stellen die daran beteiligten Akteure vor immer neue Herausforderungen. Aus rechtlicher Perspektive stehen dabei, neben der wirtschaftlichen Bedeutung der Bauzeit, die zeitlichen und finanziellen Folgen der Corona-Pandemie auf bestehende VOB/B- und BGB-Bauverträge im Mittelpunkt der Betrachtung. Aus dem Blickwinkel der Bauzeit haben aktuell coronabedingte Bauverzögerungen Einfluss auf den Bauablauf, woraus sich Ansprüche auf Bauzeitverlängerung ergeben können. Derartige Bauablaufstörungen verschieben gleichzeitig aber auch die

* Der *Verfasser* ist Student der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg, Absolvent der Zusatzqualifikation im privaten Baurecht unter der Leitung von Prof. Dr. *Wolfgang Voit* und wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei Haldenwang Rechtsanwälte & Notare in Frankfurt am Main. Die vorliegende Seminararbeit wurde im Sommersemester 2022 als wissenschaftliche Hausarbeit innerhalb des Schwerpunktbereichs Recht der Privatperson für das Seminar im privaten Baurecht bei Prof. Dr. *Wolfgang Voit* verfasst und mit 16 Punkten bewertet. Der Stand von Literatur und Rechtsprechung entspricht dem Zeitpunkt der Abgabe der Seminararbeit.

¹ Zwei Jahre Corona: Die unendliche Pandemie, Artikel aus der *FAZ* vom 14.02.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/zwei-jahre-corona-geht-das-immer-so-weiter-17797930.html> (letzter Abruf: 04.04.2022).

² *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 3.

³ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 3; <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (letzter Abruf: 04.04.2022).

⁴ *Jung*, *JZ* 2020, 715; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, *NJW* 2020, 1017.

⁵ Bau: Bau fürchtet Schwierigkeiten durch Coronakrise, Artikel aus der *SZ* vom 18.03.2020, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bau-bau-fuerchtet-schwierigkeiten-durch-coronakrise-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200318-99-372235> (letzter Abruf: 04.04.2022).

⁶ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1; *Fuchs/Dreher*, *NZBau* 2020, 201 „... der deutsche Bausektor ist massiv betroffen.“; so auch *Christiansen*, *ZfBR* 2020, 428.

⁷ Hierzu *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1; *Diehr*, *ZfBR* 2020, 444; aus bauwirtschaftlicher Sicht: Geschäftsbericht des ZDB aus dem Jahr 2020, S. 10 ff., Stand: März 2021, Downloadlink abrufbar unter: <https://www.zdb.de/publikationen/geschaeftsberichte/geschaeftsbericht-2021> (letzter Abruf: 04.04.2022).

⁸ <https://www.bauindustrie.de/themen/news-detail/baukonjunkturelle-lage-bauindustrie-materialmangel-behindert-bauproduktion-weiter> (letzter Abruf: 06.04.2022).

wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Vertrages. Nicht zuletzt, wenn es im „worst case“ zu einem Baustillstand kommt. Dann stellt sich die Frage, ob es dafür finanziellen Ausgleich geben kann.

B. „Zeit ist Geld“ – die betriebswirtschaftliche Bedeutung der Bauzeit

Qualität, Kosten und Termine: Diese drei Faktoren entscheiden über Erfolg oder Misserfolg einer Baumaßnahme.⁹ Für die Verwirklichung von Bauvorhaben ist die Bauzeit ein unverzichtbarer Parameter. Gleichwohl bleiben bauzeitliche Fragestellungen häufig unbeantwortet.¹⁰ Die Bauzeit definiert sich schlicht als die Dauer der Bauausführung. Ihre Bedeutung lässt sich dagegen nicht so leicht beschreiben. Das liegt darin begründet, dass die Frage der Bauzeit auf der Schnittstelle zwischen privatem Baurecht und Baubetriebswirtschaft liegt.¹¹ Ihr Stellenwert in der Baupraxis, vor allem für Auftragnehmer und Auftraggeber, lässt sich deshalb nur themenübergreifend aus dem Blickwinkel beider Disziplinen betrachten.

Um anhand der auftraggeberseitigen Vorgaben die Kosten des Vorhabens genau ermitteln zu können, muss der Auftragnehmer die zeitlichen Abläufe möglichst detailliert und vollständig erfassen.¹² Auf dieser Grundlage kann er, auch in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse, vor allem die bauzeitabhängigen Kosten für den Einsatz von Arbeitskräften, Material und Gerätschaften optimal bestimmen.¹³ Bemisst der Auftraggeber die Ausführungsfristen zu kurz, leidet häufig die Qualität der Bauleistung; zu großzügig definierte Bauzeiten führen dagegen zu unwirtschaftlichem Arbeiten oder Fehlallokationen von Ressourcen.¹⁴ Trotz genauer Zeitplanung entstehen dem Auftragnehmer auch bei störungsfreiem Bauablauf hohe Kosten.¹⁵ Die Kostenfolgen sind umso höher, wenn Störungen den Terminplan ins Wanken bringen und sich der Bauablauf verzögert.¹⁶ Das kann nicht selten

zu einer Vervielfachung der Gesamtprojektkosten führen.¹⁷ Beispiele aus der Praxis sind Großvorhaben wie die Elbphilharmonie, der Berliner Flughafen oder Stuttgart 21. Werden Terminziele verfehlt, drohen dem Auftragnehmer außerdem Vertragsstrafen oder Schadensersatzansprüche; ferner können Folgeaufträge nicht wahrgenommen werden.¹⁸

Die zeitgerechte Ausführung des Bauvorhabens liegt aber auch im wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers. Der Erwerber eines Einfamilienhauses möchte z.B. rechtzeitig einziehen können.¹⁹ Gewerbliche Auftraggeber verpflichten sich darüber hinaus häufig dazu, dass ein Bauwerk zu einem festen Termin fertiggestellt ist.²⁰ Wird der Termin verfehlt, drohen ebenfalls Vertragsstrafen oder Schadensersatzansprüche.²¹ Die Einhaltung der Bauzeit ist aber auch wegen der mit einer Terminverschiebung verbundenen Kosten wesentlich, etwa wenn das Vorhaben aus handelsrechtlichen oder steuerlichen Gründen noch vor Jahresende erstellt sein muss.²²

Eine genaue Zeitplanung ist daher für Auftragnehmer und Auftraggeber unerlässlich, denn für sie gilt: „Remember that Time is Money“²³.

C. Die rechtliche Bewältigung coronabedingter Bauablaufstörungen

I. Ausgangspunkt

Die Abwicklung von Bauvorhaben verläuft nicht immer reibungslos. Das gilt für kleine, wie große Bauprojekte. Der Betrieb einer Baustelle ist von etlichen Vorgängen abhängig, die wie Zahnräder ineinandergreifen und den Baufortschritt vorantreiben. Vor dem Hintergrund dieser komplexen Prozesse gerät nicht selten Sand in das empfindliche Getriebe der Bautätigkeit. Es kommt zu Bauablaufstörungen. Die Ursachen solcher Störungen sind mannigfaltig, ihre

⁹ Langen, NZBau 2009, 145.

¹⁰ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Einl., Rn. 2; dazu schon Langen, NZBau 2009, 145 „... kommt die zeitliche Dimension der Planung und Bauausführung vergleichsweise stiefmütterlich weg.“

¹¹ Roquette, in: Standpunkt Baurecht, S. 593 (596).

¹² Langen, NZBau 2009, 145 f.

¹³ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 7.

¹⁴ Eschenbruch, BauR 2019, 1213 f.

¹⁵ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 8.

¹⁶ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 8.

¹⁷ Roquette, in: Standpunkt Baurecht, S. 593.

¹⁸ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 13, 10; näheres zur Vertragsstrafe unten unter C., III., 3., b).

¹⁹ Eschenbruch, BauR 2019, 1213.

²⁰ Eschenbruch, BauR 2019, 1213.

²¹ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Einl., Rn. 4.

²² Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Einl., Rn. 4.

²³ Die Redewendung geht zurück auf Franklin, Advice to a young tradesman, S. 1.

Auswirkungen oftmals gleich: Sie führen zu Verzögerungen und/oder Unterbrechungen des Bauablaufs.²⁴

II. Zeitliche Auswirkungen: Verlängerung der Bauzeit

1. VOB/B-Bauvertrag

a) Die Rechtsnatur der VOB/B

Die *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB) ist aus dem Bedürfnis heraus erwachsen, der Baupraxis klare rechtliche Rahmenbedingungen vorzugeben.²⁵ Sie wurde vom *Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen* (früher: *Verdingungsausschuss*) konzipiert, der sich aus öffentlichen Vertretern, sowie Vertretern der Bauwirtschaft und Technik zusammensetzt.²⁶ In ihrem Teil B enthält sie allgemeine Geschäftsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.²⁷ Die VOB/B ist daher *Vertragsrecht* und muss von den Parteien vereinbart werden.²⁸ Ziel der VOB/B ist es, die Vorschriften der §§ 631 ff. BGB um die praktischen Bedürfnisse der Parteien zu modifizieren und zu ergänzen.²⁹ Dahinter steht die Erwägung, dass das Werkvertragsrecht nach dem Leitbild des Gesetzgebers an einfach gelagerten Austauschverträgen orientiert und nicht auf die Bewältigung komplexer Bauverträge zugeschnitten ist.³⁰

b) Bauzeitverlängerung und Risikoverteilung, § 6 Abs. 2, Abs. 4 VOB/B

Ist die VOB/B vereinbart worden, findet sich in § 6 Abs. 2, Abs. 4 VOB/B eine Regelung zu Behinderungen und Unterbrechungen des Bauablaufs. Der geplante Bauablauf wird durch alles behindert, was die Bauausführung in zeitlicher, sachlicher oder räumlicher Hinsicht hemmt oder verzögert; führt die Behinderung zu einem zeitweiligen Stillstand der Bauarbeiten, liegt als ihr Sonderfall eine Unterbrechung (§ 6 Abs. 5, Abs. 7 VOB/B) vor.³¹ Aus dem Verhältnis zu § 5 VOB/B folgt, dass § 6 VOB/B allein

vorübergehende Zeitstörungen zum Gegenstand hat.³² Kommen die Bauarbeiten dagegen z.B. wegen Unmöglichkeit *dauerhaft* zum Erliegen, ist § 6 VOB/B nicht mehr anwendbar.³³

Daneben ist zudem die in § 6 Abs. 2 VOB/B angelegte Risikoverteilung zu beachten. Sofern nichts anderes vereinbart ist, trägt nach § 4 Abs. 2 VOB/B grundsätzlich der Auftragnehmer das Zeitrisko³⁴ Dieses Risiko wird in den Fällen des § 6 Abs. 2 VOB/B auf den Auftraggeber verlagert.³⁵ Nur wenn ein Ereignis aus dem Risikobereich des Auftraggebers den Bauablauf stört (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a VOB/B) oder die Behinderung durch einen Umstand eintritt, den weder Auftraggeber noch Auftragnehmer zu vertreten haben (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. b und lit. c, Nr. 2 VOB/B), verlängert sich die Ausführungsfrist (§ 5 VOB/B) zugunsten des Auftragnehmers ohne gesonderte Vereinbarung „*automatisch*“ um die Dauer der Behinderung (§ 6 Abs. 4 VOB/B).³⁶ Hat der Auftragnehmer den hindernden Umstand dagegen selbst verursacht, kann er sich nicht auf § 6 Abs. 2, Abs. 4 VOB/B berufen. Vielmehr muss er nach den §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 3 VOB/B alles unternehmen, um seine Leistungsfähigkeit aufrechtzuerhalten und die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Außerdem hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Störung unverzüglich anzeigen oder sie muss offenkundig sein, § 6 Abs. 1 VOB/B. Dafür ist regelmäßig eine genaue bauablaufbezogene Darstellung erforderlich aus der z.B. hervorgeht, dass die Störung des Bauablaufs ausschließlich Folge der Corona-Pandemie ist.³⁷ Der schlichte Hinweis auf Corona begründet dagegen noch keine Offenkundigkeit.³⁸ Es kann nach wie vor gebaut werden. Eine andere Beurteilung ist aber etwa dann geboten, wenn der Auftraggeber Adressat einer coronabedingten behördlichen Anordnung ist.³⁹

²⁴ *Roquette* u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 474.

²⁵ *Glöckner*, JZ 2020, 63 (64).

²⁶ *Glöckner*, JZ 2020, 63 (64).

²⁷ St. Rspr. nur BGH NZBau 2008, 640 m.w.N.; *Glöckner*, JZ 2020, 63 (64).

²⁸ *Messerschmidt/Voit/Voit*, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, III. Teil, Vorbem. vor § 1 Rn. 1.

²⁹ *Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen*, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, 3. Teil, Einl. Rn. 50.

³⁰ Dazu schon *Nicklisch*, BB 1979, 533 (537 f.).

³¹ *Roquette* u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 483 ff.

³² *Kapellmann/Messerschmidt/Markus*, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, 3. Teil, § 6 Rn. 1.

³³ *Kapellmann/Messerschmidt/Markus*, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, 3. Teil, § 6 Rn. 3 f.

³⁴ *Tomic*, ZfBR 2020, 419 (420).

³⁵ *Tomic*, ZfBR 2020, 419 (420 f.); *Weiser*, NZBau 2020, 203 (204).

³⁶ *Kapellmann/Messerschmidt/Markus*, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, 3. Teil, § 6 Rn. 29.

³⁷ *Weiser*, NZBau 2020, 203 (204); *Tomic*, ZfBR 2020, 419 (424).

³⁸ *Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht/Arbeitskreis X – Baubetrieb*, BauR 2021, 1671 (1674).

³⁹ *Koblizek/Finke*, NZBau 2020, 279 (280); *Weiser*, NZBau 2020, 203 (204).

aa) Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Bauablauf

Die Corona-Pandemie hat gegenwärtig auch Einfluss auf die Baustellen hierzulande. Für Bauvorhaben relevante Maßnahmen zur Bekämpfung von COVID-19 wurden von den Behörden und Landesregierungen vor allem nach den §§ 28, 30, 32 IfSG erlassen.⁴⁰ Mit der Änderung des IfSG ist zum 20.03.2022 allerdings die Rechtsgrundlage vieler einschneidender Schutzmaßnahmen außer Kraft getreten. Seit dem 02.04.2022 können die Länder weitergehende Regelungen nur noch dann treffen, wenn es lokal zu einer bedrohlichen Infektionslage („Hotspot“) kommt.⁴¹ Davon abgesehen sind sie lediglich befugt einfache, *nicht tiefgreifende* Basisschutzmaßnahmen festzulegen.⁴² Die nachfolgenden Infektionsschutzmaßnahmen waren und sind aber gleichwohl noch allgegenwärtig. Ein Überblick:

Kommt § 28 Abs. 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage zur Anwendung, können Kontaktbeschränkungen oder Betretungsverbote angeordnet werden.⁴³ Kontaktbeschränkungen bzw. Abstandsregeln verursachen gerade bei engen Bauflächen oder kleinen Arbeitsräumen Produktivitätsverluste.⁴⁴ Gleichzeitig erschweren sie Ortstermine zur Abnahme oder Zustandsfeststellung durch die Vertragsparteien oder durch sonst am Bau Beteiligter.⁴⁵ Betretungsverbote können sich außerdem auf das Baugrundstück beziehen und im äußersten Fall zu einer Baueinstellung führen.⁴⁶

Die Verpflichtung zur Einhaltung arbeitsrechtlicher Hygiene- und anderer Schutzmaßnahmen können den Baubetrieb ebenfalls einschränken.⁴⁷

§ 30 Abs. 1 IfSG ermöglicht es Personen „abzusondern“; mithin unter Quarantäne zu stellen. Quarantäneanordnungen wegen eigener Infektion oder behördlicher Verfügung können aber nicht nur die

Vertragsparteien selbst betreffen, sondern darüber hinaus auch zum Wegfall des Baustellenpersonals, extern Beauftragter (Planer, Projektleiter, Sachverständiger etc.) oder zum Ausbleiben von Vorunternehmerleistungen führen.⁴⁸

Auch der Umstand, dass faktisch ganze Länder unter „Quarantäne“ gestellt wurden, führte in der Vergangenheit zu Verzögerungen auf den deutschen Baustellen.⁴⁹ Grenzsicherungen, Reisebeschränkungen oder Quarantäneanordnungen für eingereiste Arbeitskräfte aus dem Ausland (z.B. für Vor- oder Nachunternehmer), verstärkten den coronabedingten Personalmangel auf dem Bau.⁵⁰

Schließlich fehlt es den deutschen Baustellen aber auch an etwas anderem: Durch die Maßnahmen zur Virusbekämpfung kommt es weltweit zu Verzögerungen bei der Lieferung von Baumaterialien oder gar zum Zusammenbruch ganzer Lieferketten.⁵¹ Auch das kann dazu führen, dass ein Bauvorhaben wegen Materialmangel eingestellt werden muss.⁵²

bb) Die Coronakrise als dauerhaftes Leistungshindernis?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob coronabedingte Unterbrechungen des Bauablaufs zu einer dauernden Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB führen. Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Bauzeitverlängerung wäre dann ausgeschlossen. Die Leistung des Schuldners ist dauernd unmöglich, wenn ihr ein wirklich unüberwindbares tatsächliches oder rechtliches Leistungshindernis entgegensteht.⁵³ Unmöglichkeit tritt z.B. in Fällen ein, in denen die Leistung des Schuldners nur zu einem bestimmten Zeitpunkt erbracht und mit Ablauf dieser Zeitlinie nicht mehr nachgeholt werden kann (*absolutes Fixgeschäft*).⁵⁴ Die werkvertragliche

⁴⁰ Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 4 ff.; Weiser, NZBau 2020, 203.

⁴¹ BT-Drs. 20/958, S. 1 f.

⁴² Coronavirus-Basisschutzmaßnahmenverordnung Hessen: https://www.hessen.de/sites/hessen.hessen.de/files/2022-04/LF%20CoBa-SchuV%20%20%28Stand%2002.04.22%29_0.pdf (letzter Abruf: 04.04.2022).

⁴³ Lindner, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 87, 89.

⁴⁴ Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 11; Christiansen, ZfBR 2020, 428 (431).

⁴⁵ Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 11.

⁴⁶ Weiser, NZBau, 2020, 203; Tomic, ZfBR 2020 419, (423).

⁴⁷ Zu arbeitsrechtlichen Vorgaben umfassend Meyer, COVuR 2020, 291 ff.; 802 ff.

⁴⁸ Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 11; Christiansen, ZfBR 2020, 428 (433).

⁴⁹ Coronavirus in Italien: Schluss mit italienischer Lebensart?, Artikel aus der FAZ vom 10.03.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/coronavirus-ganz-italien-ist-ein-sperrgebiet-16672147.html> (letzter Abruf: 04.04.2022); Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 8 ff.

⁵⁰ Kues/Thomas, BauR 2020, 1043; Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 11.

⁵¹ Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017; Beyer/Hoffmann, NJOZ 2020, 609.

⁵² Fuchs/Dreher, NZBau 2020, 201; ferner auch Krebs, ZfBR 2020, 434.

⁵³ Looschelders, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2020, § 21 Rn. 1.

⁵⁴ MüKoBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 50; zu absoluten Fixgeschäften in der Praxis siehe unter B.

Leistungspflicht des Auftragnehmers stellt in der Regel aber kein absolutes, sondern ein *relatives Fixgeschäft* dar.⁵⁵ Auch mit Ablauf dieses Termins, wird die Leistung des Auftragnehmers noch nachholbar sein.⁵⁶

Relevanter dürften mit Blick auf die Coronakrise daher die Fälle rechtlicher Unmöglichkeit sein. Alle coronabedingten Unterbrechungen der Bauausführung wurzeln letztlich in nationalen und internationalen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung. Rechtliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn der geschuldete Erfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden kann oder darf.⁵⁷ Doch nur wenn der Schuldner seine Leistung während der Dauer dieser rechtlichen Verbote erbringen muss und sie nicht nachholbar ist, wird er von seiner Leistungspflicht frei; trifft das nicht zu, stellt sich die Frage der vorübergehenden Unmöglichkeit.⁵⁸

In der Corona-Pandemie könnte deshalb ein Fall der zeitweiligen (rechtlichen) Unmöglichkeit begründet liegen. Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2002 hat der Gesetzgeber von einer gesetzlichen Regelung der vorübergehenden Unmöglichkeit abgesehen; die Lösung der mit ihr verbundenen Rechtsprobleme bleibt deshalb nach wie vor der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.⁵⁹ Beispiele vorübergehender Unmöglichkeit sind etwa kriegs- oder embargoähnliche Lieferschwierigkeiten, Produktionsausfälle durch Naturkatastrophen oder Erkrankungen bei vom Schuldner persönlich zu erbringenden Werkleistungen.⁶⁰ Vor diesem Hintergrund liegt es nahe auch die Corona-Pandemie als nur vorübergehendes Leistungshindernis einzuordnen. Sicher ist das aber nicht. Die vorübergehende Unmöglichkeit kann im Einzelfall der dauernden gleichzustellen sein, wenn die Erreichung des Vertragszwecks in Frage steht und einer Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zum Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist.⁶¹ Maßgeblich ist, ob der Gläubiger ein Interesse daran hat, dass die Leistung später erbracht wird und ob es dem Schuldner zugleich zumutbar ist, die Leistung erst nach Wegfall des Hindernisses zu erbringen.⁶² Zur

Orientierung kann eine Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1982 angeführt werden, wonach seit drei Jahren andauernde politische Unruhen im Iran, deren Ende noch nicht abzusehen war, einen Fall dauernder Unmöglichkeit begründeten.⁶³ Die vorgezeichnete Rechtsprechung des *BGH* lässt sich auch auf Corona übertragen. Es macht keinen Unterschied, ob das Leistungshindernis seine Ursache in nicht absehbaren politischen Unruhen hat oder Folge einer ebenso unvorhersehbaren Pandemie ist.⁶⁴ Um sich der Abgrenzungsfrage zu nähern, lässt sich folgender Maßstab aufstellen: Je länger die pandemiebedingten Restriktionen andauern und je fernliegender die Aussichten auf deren Ende sind, desto eher begründet die Krise ein dauerndes Leistungshindernis.⁶⁵

cc) Würdigung

Zwischen Sicherheit und Freiheit liegt ein schmaler Grat. Neben den übergeordneten Zielen das Gesundheitssystem zu entlasten und die Bevölkerung zu schützen, dabei aber, auf dem Boden demokratischer und rechtsstaatlicher Prinzipien gleichzeitig die grundrechtsintensiven Maßnahmen zu rechtfertigen, wurden die Corona-Regeln fortlaufend neu bewertet und der dynamischen Entwicklung des Infektionsgeschehens angepasst. Mit Blick auf die derzeitige Sachlage scheint ein Ende der pandemiebedingten Einschränkungen in Sicht zu sein. Doch das ist gleichwohl nur ein vorläufiger Befund. Wie sich die Infektionslage künftig entwickeln wird, ist nur schwer abzusehen. Vor allem die Verbreitung neuer Virusvarianten macht eine verlässliche Prognose nahezu unmöglich. Die Rechtslage wird deshalb für den kommenden Herbst und Winter neu verhandelt.⁶⁶ Für den Moment wird es wohl aber dabei bleiben, der Pandemie vorerst nur mit den Basisschutzmaßnahmen der Länder entgegenzutreten.

Gemessen an den vorgestellten Maßstäben ist zumindest eine *Tendenz* erkennbar, die Auswirkungen der Coronakrise nur als zeitweiliges rechtliches

⁵⁵ BeckOGK/*Riehm*, 1.4.2021, BGB § 275 Rn. 209; bereits *Mugdan II* S. 277 „... daß der Werkvertrag an und für sich und im Zweifel kein Fixgeschäft ist ...“.

⁵⁶ BeckOGK/*Riehm*, 1.4.2021, BGB § 275 Rn. 209; *Rhiem/Thomas*, JURA 2020, 1046 (1049 f.)

⁵⁷ BGH NJW 2013, 152 (154); *Lorenz*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 22.

⁵⁸ *Lorenz*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 22.

⁵⁹ *Arnold*, JZ 2002, 866 (868); BT-Drs. 14/7052, S. 183; zu den Rechtsfolgen siehe unter C., III., 1.

⁶⁰ *Arnold*, JZ 2002, 866.

⁶¹ BGH NJW 1982, 1458 m.w.N.; Staudinger/*Caspers* (2019) BGB § 275 Rn. 53.

⁶² BGH NJW 1982, 1458.

⁶³ Amtlicher Leitsatz BGH NJW 1982, 1458; *Weiser*, NZBau 2020, 203.

⁶⁴ *Behme*, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 73 (79 f.)

⁶⁵ *Behme*, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 73,(79 f.)

⁶⁶ BT-Drs. 20/985, S. 2.

Leistungshindernis einzustufen.⁶⁷ Mit Blick auf die privaten Baustellen bleibt festzuhalten, dass nach wie vor gebaut wird. Auch das *Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat* (BMI) hat in einem Erlass vom 23.03.2020 klargestellt, dass Vorhaben auf den Baustellen des Bundes fortgeführt werden sollen.⁶⁸ Wenn sich die nationalen und internationalen Einschränkungen auf den Bauablauf ausgewirkt haben, dürften ihre Folgen nach den Grundsätzen des *BGH* indes nicht so schwerwiegend gewesen sein, dass den Vertragsparteien ein weiteres Festhalten am Vertrag schlechthin unzumutbar wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Bauarbeiten gleichwohl fortgesetzt werden sollen. Eine sorgfältige Prüfung jedes Falles wird dadurch freilich nicht ersetzt. Im Einzelfall kann ein dauerndes Leistungshindernis nicht auszuschließen sein.⁶⁹

Nach der Entscheidung des Gesetzgebers liegt es aber letztlich in den Händen der Gerichte und der Rechtswissenschaft, klare und rechtssichere Linien zu ziehen. Nach alledem begründet die Coronakrise *kein* andauerndes Leistungshindernis. Auch die in § 6 Abs. 5, Abs. 7 VOB/B festgelegte Grenze wird regelmäßig ebenfalls nicht überschritten worden sein.

c) Corona und höhere Gewalt in Bauverträgen

Mit der Pandemie ist vor allem der Rechtsbegriff der *höheren Gewalt* ins Zentrum vieler Fragestellungen gerückt. Höhere Gewalt ist dem BGB nicht fremd. Der Begriff wird ausdrücklich oder sinngemäß z.B. in den §§ 206, 651h Abs. 3, 701 Abs. 3 BGB erwähnt. Die §§ 631 ff. BGB enthalten dagegen keine vergleichbaren Bestimmungen. Haben die Parteien die VOB/B vereinbart, enthält § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B eine Regelung zur höheren Gewalt. Im Übrigen können die Vertragspartner diesbezüglich aber auch durch sog. *Force-Majeure-Klauseln* Vorsorge treffen.

aa) „Force-Majeure“ – vertragliche Klauseln zu höherer Gewalt

Besonders vorausschauende Vertragsparteien haben sich deshalb womöglich schon vor Vertragsschluss Gedanken über den Eintritt besonderer Umstände gemacht. Individualvertragliche Vereinbarungen oder AGB, die Regelungen zu unvorhersehbaren und unberechenbaren Ereignissen, wie etwa Seuchen oder Krankheiten enthalten, werden als *Force-Majeure-Klauseln* bezeichnet.⁷⁰ In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Epidemien Fälle höherer Gewalt begründen.⁷¹ Mit Blick auf die Erklärungen des *Auswärtigen Amtes* und der *WHO*, denen sicherlich eine Indizwirkung zukommt, wird man den Ausbruch von SARS-CoV-2 ebenfalls als einen solchen Fall qualifizieren können.⁷² Im Kern stellen derartige Klauseln sicher, dass die Parteien für die Dauer der Umstände von ihren Vertragspflichten befreit werden.⁷³ Für Lieferverträge sind solche Klauseln üblich.⁷⁴ Anders im Bauvertragsrecht. *Force-Majeure-Klauseln* sind dort nur selten zu finden.⁷⁵ Das liegt zum einen daran, dass die Parteien mit Einbeziehung der VOB/B Fälle höherer Gewalt ohnehin regeln; zum anderen bestand in der Baupraxis bislang aber auch noch kein Bedürfnis dazu, konkrete Vereinbarungen zu treffen.⁷⁶ Das wird sich in Zukunft sicher ändern.⁷⁷

bb) Höhere Gewalt in der Rechtsprechung: Eine Bestandsaufnahme

Es gibt kaum Rechtsprechung zu höherer Gewalt in Bauverträgen.⁷⁸ In diesem Kontext hat sich bisher, soweit ersichtlich, auch noch kein Gericht zu den baurechtlichen Folgen der Corona-Pandemie geäußert. Aus diesem Umstand lässt sich schließen, dass es in der Vergangenheit nur wenige Fälle gab, in denen der Bauablauf durch höhere Gewalt gestört wurde.⁷⁹ Das begründet auch wiederum, weshalb Regelungen zu

⁶⁷ Etwa *Kues/Thomas*, BauR 2020, 1043 (1047); *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (1020); ferner *Roquette/Wurm*, BauR 2020, 695 (698).

⁶⁸ Abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.pdf?__blob=publicationFile&v=1, S. 1 (letzter Abruf: 06.04.2022).

⁶⁹ *BeckOGK/Riehm*, 1.4.2021, BGB § 275 Rn. 208 im Fall absoluter Fixgeschäfte.

⁷⁰ *Weiser*, NZBau 2020, 203 (204); *Beyer/Hoffmann*, NJOZ 2020, 609.

⁷¹ Zur SARS-Epidemie: AG Augsburg BeckRS 2004, 16212; zur COVID-19-Pandemie z.B.: LG Frankfurt a.M. BeckRS 2022, 3192; LG Paderborn NJW 2021, 170.

⁷² *Weiser*, NZBau 2020, 203 (204); *Beyer/Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (610).

⁷³ *Beyer/Hoffmann*, NJOZ 2020, 609.

⁷⁴ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 38; *Beyer/Hoffmann*, NJOZ 2020, 609.

⁷⁵ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 38; *Krebs*, ZfBR 2020, 434 (435).

⁷⁶ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 38.

⁷⁷ Zu künftigen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten *Tschäpe*, ZfBR 2020, 438 ff.

⁷⁸ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 41.

⁷⁹ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 41.

höherer Gewalt in Bauverträgen bislang nur wenig Beachtung geschenkt wurde.⁸⁰

(1) Rechtsprechung zu § 7 Abs. 1 VOB/B

Neben § 6 VOB/B enthält auch § 7 Abs. 1 VOB/B den unbestimmten Rechtsbegriff der höheren Gewalt. In der Vergangenheit waren vor allem extreme Witterungslagen Gegenstand höchstrichterlicher Judikatur.⁸¹ Um den Begriff der höheren Gewalt in diesem Sinne zu bestimmen, hat der *BGH* in einer Entscheidung aus dem Jahre 1961 auf die Beurteilungsmaßstäbe des Haftpflichtrechts zurückgegriffen: Höhere Gewalt stelle sich danach als ein von außen auf den Betrieb einwirkendes außergewöhnliches Ereignis dar, das unvorhersehbar sei, bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des wirtschaftlichen Unternehmenserfolgs nicht abgewendet werden könne und auch nicht wegen seiner Häufigkeit von dem Unternehmer in Rechnung zu stellen oder in Kauf zu nehmen sei.⁸² Zwar beziehen sich die Entscheidungen alle auf § 7 Abs. 1 VOB/B. Der Begriff „höhere Gewalt“ wird in § 6 VOB/B aber wortgleich verwendet, sodass sich die Erwägungen zu § 7 Abs. 1 VOB/B entsprechend auch auf § 6 VOB/B übertragen lassen.⁸³

(2) Rechtsprechung zum Reiserecht

Im Gegensatz zum Baurecht finden sich in der Rechtsprechung zum Reiserecht durchaus Entscheidungen zur höheren Gewalt infolge von Seuchen und Epidemien. Im Jahre 2004 hatte das *AG Augsburg* zu § 651j Abs. 1 BGB a.F. den Fall zu entscheiden, ob das 2003 in China entdeckte, SARS-assoziierte Coronavirus einen Fall höherer Gewalt darstellt.⁸⁴ Auf dem Boden der höchstrichterlichen Rechtsprechung beschreibt das Gericht höhere Gewalt als ein von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes, auch durch äußerste, vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis.⁸⁵ Vor diesem Hintergrund hatte das *AG Augsburg* den

Ausbruch des Virus als Fall höherer Gewalt bejaht.⁸⁶ Im Zuge der Neufassung des Reiserechts ist die Regelung des § 651j Abs. 1 BGB a.F. zur höheren Gewalt im Wesentlichen in § 651h Abs. 3 BGB aufgegangen.⁸⁷ Anstatt von höherer Gewalt spricht § 651h Abs. 3 BGB zwar von unvermeidbaren, außergewöhnlichen Umständen; die Rechtsprechung zu § 651j Abs. 1 BGB a.F. wird man indes auf § 651h Abs. 3 BGB übertragen können.⁸⁸ Ob auch COVID-19 einen solchen Umstand darstellt, ist noch nicht abschließend geklärt. Das *LG Frankfurt a.M.* hat sich kürzlich zu dieser Frage geäußert und konstatiert, dass die Corona-Pandemie unter § 651h Abs. 3 BGB zu fassen sei.⁸⁹

(3) Würdigung

Bringt man die von der Rechtsprechung vorgezeichneten Kriterien als Vergleichsmaßstab für den Bauvertrag in Ansatz, lässt sich auch der Ausbruch von SARS-CoV-2 grundsätzlich als höhere Gewalt im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B behandeln.⁹⁰ Den Erklärungen der *WHO* und des *Auswärtigen Amtes* kommt hier in gleicher Weise Indizwirkung zu. Dafür spricht außerdem der bereits erwähnte Erlass des *BMI*. Das *BMI* ordnete COVID-19 ebenfalls als möglichen Fall höherer Gewalt in diesem Sinne ein.⁹¹ Entscheidend ist letztlich, dass es sich bei der Corona-Pandemie um ein von außen einwirkendes und völlig unabwendbares Ereignis handelt.⁹² Auch hier kommt es aber auf den Einzelfall an. Trotz Corona können viele Baustellen störungsfrei weiterbetrieben und dort, wo es zu Störungen kommt, Abhilfe beschafft werden. Coronabedingte Bauablaufstörungen führen deshalb nur dann zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen, wenn der Auftragnehmer nachweisen kann, inwiefern er durch sie an der Ausführung seiner Leistung

⁸⁰ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 41.

⁸¹ Kapellmann/Messerschmidt/*Markus*, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl. 2020, 3. Teil, § 6 Rn. 26.

⁸² *BGH NJW* 1953, 184; *Roquette* u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 492 m.w.N.

⁸³ Kapellmann/Messerschmidt/*Markus*, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl. 2020, 3. Teil, § 6 Rn. 25.

⁸⁴ *AG Augsburg BeckRS* 2004, 16212.

⁸⁵ *BGH NJW* 1987, 1938 (1939) m.w.N.; *AG Augsburg BeckRS* 2004, 16212, Rn. 14.

⁸⁶ Amtlicher Leitsatz *AG Augsburg BeckRS* 2004, 16212, vgl. auch die Rn. 14 ff.

⁸⁷ *MüKoBGB/Tonner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 651h Rn. 3.

⁸⁸ *BeckOK BGB/Geib*, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 651h Rn. 18.

⁸⁹ Amtlicher Leitsatz *LG Frankfurt a.M. BeckRS* 2022, 3192, vgl. auch die Rn. 20 ff.

⁹⁰ *Kues/Thomas*, *BauR* 2020, 1043 (1044) „Die grundsätzliche Einordnung der Corona-Pandemie als ein Fall der höheren Gewalt dürfte zwischenzeitlich geklärt sein.“

⁹¹ Abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.pdf?__blob=publicationFile&v=1, S. 2 f. (letzter Abruf: 06.04.2022).

⁹² *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 47.

gehindert wird.⁹³ Zugleich schließt jedes noch so geringe Verschulden einen Fall höherer Gewalt aus.⁹⁴

2. BGB-Bauvertrag

a) Problemstellung

Haben die Parteien die VOB/B weder vereinbart, noch eigene Regelungen zur Bauzeit oder zu höherer Gewalt getroffen, zeichnet sich dagegen ein anderes Bild. Außerhalb des ausdifferenzierten Regulationssystems der §§ 5, 6 VOB/B finden sich im BGB keine vergleichbaren Vorschriften. Das stellt die Vertragsparteien, gerade mit Blick auf die rechtliche Bewältigung von in der Baupraxis allgegenwärtigen Bauablaufstörungen, vor erhebliche Schwierigkeiten. Hinter der lückenhaften Regelung steht der Befund, dass bauzeitliche Fragestellungen, selbst nach der Reform des Bauvertragsrechts im Jahre 2018, allenfalls fragmentarisch Eingang in das BGB-Werk- bzw. Bauvertragsrecht gefunden haben.⁹⁵ Zwar wurde im Zuge der Reform mit § 650k Abs. 3 BGB eine Vorschrift geschaffen, nach der der Besteller einen Fertigstellungszeitpunkt nennen muss. § 650k Abs. 3 BGB stellt aber keine allgemeingültigen Kriterien auf. Außerhalb des Verbraucherbereichs ist § 650k Abs. 3 BGB nicht anwendbar. Übrig bleibt deshalb nur ein Rückgriff auf § 271 BGB. Doch auch § 271 BGB wird dem Charakter eines Bauvertrages als komplexen Langzeitvertrag nicht gerecht.⁹⁶ Ähnlich versteht auch die Rechtsprechung diese Vorschrift: Der Unternehmer hat die Leistung nicht „sofort“, sondern in angemessener Zeit zu erbringen.⁹⁷ Um die vorhandenen Lücken zu schließen, muss daher auf das zurückgegriffen werden, was das allgemeine Zivilrecht an Handwerkszeug bereithält oder sich aus den Grundsätzen der gängigen Methodik ergibt.

b) Lösungsansätze und Risikoverteilung

aa) Lösungsansätze

Vor diesem Hintergrund soll daher die Frage beleuchtet werden, ob dem Unternehmer auch gestützt auf das BGB bauzeitliche Ansprüche zustehen können.

(1) Analoge Anwendung der VOB/B auf den BGB-Bauvertrag?

Auf den ersten Blick scheint es zunächst nahe zu liegen, die Bestimmungen der VOB/B schlicht analog auf die im BGB fehlenden Vorschriften anzuwenden. Eine *Analogie* setzt voraus, dass die geregelte Norm *analogiefähig* ist, das Gesetz eine *planwidrige Regelungslücke* enthält und der zu betrachtende Sachverhalt mit dem, den der Gesetzgeber geregelt hat, *vergleichbar* ist.⁹⁸ Das *argumentum per analogiam* greift nach den Grundsätzen der juristischen Methodenlehre immer dann Platz, wenn die für einen Tatbestand im Gesetz gegebene Regel auf einen anderen, ihm gleichstehenden Tatbestand übertragen oder an mehreren Rechtssätzen angeknüpft und aus diesen durch einen Induktionsschluss ein übergeordnetes Prinzip abgeleitet werden kann (*Gesetzes- oder Rechtsanalogie*).⁹⁹

Damit ist die Frage bereits beantwortet: Aus rechtsmethodischer Sicht geht eine analoge Anwendung der VOB/B auf den BGB-Vertrag fehl. Dahinter steht die Erwägung, dass der VOB/B wegen ihrer vertragsrechtlichen Natur gerade keine Rechtsnormqualität zukommt.¹⁰⁰ Es fehlt der VOB/B mithin an der für eine Analogie entscheidenden Analogiefähigkeit.

(2) Der umgekehrte Fall: Die VOB/B als Ausdruck gemeiner Grundsätze

Von einem anderen Standpunkt aus betrachtet ändert sich dieser Befund. Aus den Vorschriften der VOB/B lassen sich allgemeingültige Kriterien ableiten, die im Wege *ergänzender Vertragsauslegung* (§§ 133, 157 BGB) bzw. unter Berücksichtigung des Rechtsgrundsatzes von *Treu und Glauben* (§ 242 BGB) auf einen BGB-Bauvertrag auch dann Anwendung finden, wenn die Parteien die Geltung der VOB/B nicht vereinbart haben.¹⁰¹ Methodisch handelt es sich aber nicht um eine Analogie, vielmehr ist es umgekehrt: Die Regelungslücken im BGB sollen nicht *durch*, sondern, über die Anwendung der §§ 133, 157, 242 BGB, *aus* der VOB/B geschlossen werden.¹⁰² Eine ergänzende Anwendung der VOB/B-Bestimmungen kommt einschränkend allerdings nur

⁹³ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 493.

⁹⁴ Beyer/Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (614); Tomic, ZfBR 2020, 419 (422).

⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 1 ff.; zur Genese des Bauvertrags Glöckner, JZ 2020, 63 ff.

⁹⁶ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 1, Rn. 196; Nicklisch, BB 1979, 533 (537).

⁹⁷ BGH NZBau 2004, 155 f.; BGH NZBau 2001, 389.

⁹⁸ Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (949); Möllers, Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 115 ff.

⁹⁹ Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (953 f.); Möllers, Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 112, 140.

¹⁰⁰ Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1046); siehe hierzu auch unter C., II., 1., a).

¹⁰¹ Roquette/Wurm, BauR 2020, 695 (697); Staudinger/Peters (2019) BGB § 642 Rn. 57.

¹⁰² Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 1, Rn. 200.

insoweit in Betracht, als sie nicht im Widerspruch zu den BGB-Vorschriften steht und sie den Parteien nach dem, was im Bauwesen an Verkehrssitte üblich ist, zugemutet werden kann.¹⁰³ In diesem Zusammenhang sind z.B. die §§ 4 Abs. 1, Abs. 2, 5 Abs. 1 S. 1 und 6 Abs. 2, Abs. 4 VOB/B ergänzend anwendbar.¹⁰⁴ Der Unternehmer sollte dem Besteller die Behinderung, orientiert an § 6 Abs. 1 VOB/B, allerdings alsbald anzeigen, §§ 241 Abs. 2, 242 BGB.¹⁰⁵

(3) Anspruch auf Bauzeitverlängerung aus §§ 642, 242 BGB

Haben die Parteien keine Ausführungsfrist festgelegt, bestimmt sich die Fälligkeit der Leistung nach § 271 BGB. Die Ausführungsfristen verlängern sich bei vom Besteller zu vertretenden Behinderungen entsprechend.¹⁰⁶ Auch nachträgliche vom Besteller zu vertretende Umstände sind mit Blick auf § 271 BGB zu berücksichtigen; der Unternehmer muss seine Arbeiten deshalb erst aufnehmen oder fortsetzen, wenn der Besteller seine Mitwirkungshandlungen erbringt.¹⁰⁷ Ist die Leistungszeit dagegen vertraglich vereinbart worden, bleibt diese zunächst weiterhin bestehen; eine automatische Verlängerung der Ausführungsfristen, wie sie sich aus § 6 Abs. 2 VOB/B ergibt, kennt das BGB nicht.¹⁰⁸ Vielmehr entfällt die Verbindlichkeit der Frist oder der Unternehmer erhält über § 242 BGB einen Anspruch auf Terminanpassung.¹⁰⁹ Hat der Besteller die Behinderung zurechenbar verursacht, folgt dieser Anspruch allerdings schon mittelbar aus § 642 BGB.¹¹⁰ Das liegt darin begründet, dass die Entschädigung, die der Unternehmer für den Verzögerungszeitraum erhält, zugleich nicht auch ohne Einfluss auf die Ausführungsfristen des Vertrages bleiben kann.¹¹¹

(4) Anspruch auf Bauzeitverlängerung aus § 295 BGB analog

Sofern auf Umstände abzustellen ist, die sich aus dem Risikobereich des Bestellers ergeben, lässt sich ein Anspruch des Unternehmers auf Bauzeitverlängerung auch auf eine Analogie zu § 295 BGB stützen.¹¹² Die im Recht des Gläubigerverzugs verortete Vorschrift regelt, dass der Schuldner (Unternehmer) den Gläubiger (Besteller) nur dann in Verzug setzen kann, wenn er selbst zur Leistung bereit ist.¹¹³ Analog dazu schließt sich daraus für den umgekehrten Fall, dass der Besteller den in Verzug geratenen Unternehmer nur dann wirksam mahnen kann, wenn er mit der Aufforderung zur Leistung selbst eine ihm obliegende Handlung vornimmt.¹¹⁴ Stört ein Ereignis aus der Sphäre des Bestellers den Bauablauf, das die rechtzeitige Leistung des Unternehmers unmöglich macht, kann er dem nicht nachkommen. Der Unternehmer gerät nicht in Verzug.¹¹⁵

bb) Risikoverteilung nach § 286 Abs. 4 BGB

Wird die nach § 271 BGB ermittelte Leistungszeit überschritten, kommt der Schuldner grundsätzlich in Verzug.¹¹⁶ Das gilt selbst dann, wenn Umstände aus der Risikosphäre des Bestellers oder jenseits davon, die Leistung verzögern.¹¹⁷ In solchen Fällen gewinnt zugunsten des Unternehmers allerdings die Verschuldensvermutung aus § 286 Abs. 4 BGB an Bedeutung: Der Schuldner gerät nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Der Unternehmer kann sich deshalb exkulpieren, wenn die Verzögerung ohne sein Verschulden eingetreten ist und er nach § 276 Abs. 1 BGB keine strengere Haftung übernommen hat.¹¹⁸ Das gilt z.B. für höhere Gewalt.¹¹⁹ Ferner gerät der Unternehmer auch für den Fall der (vorübergehenden) Unmöglichkeit nicht in Verzug, solange er

¹⁰³ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 1, Rn. 198 f.

¹⁰⁴ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 1, Rn. 200.

¹⁰⁵ Kues/Thomas, IBR 2020, 1035; Roquette, in: Standpunkt Baurecht, S. 593 (599).

¹⁰⁶ Messerschmidt/Voit/von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil, H., Rn. 139.

¹⁰⁷ Messerschmidt/Voit/von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil, H., Rn. 139.

¹⁰⁸ Messerschmidt/Voit/von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil, H., Rn. 139; siehe hierzu bereits oben unter C., II., 1., b).

¹⁰⁹ Messerschmidt/Voit/von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil, H., Rn. 139.

¹¹⁰ Messerschmidt/Voit/von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil, H., Rn. 139.

¹¹¹ Messerschmidt/Voit/von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil, H., Rn. 139.

¹¹² Roquette, in: Standpunkt Baurecht, S. 593 (600).

¹¹³ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 480.

¹¹⁴ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 480.

¹¹⁵ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 480.

¹¹⁶ Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1046).

¹¹⁷ Tomic, ZfBR 2020, 419 (422).

¹¹⁸ Staudinger/Feldmann (2019) BGB § 286 Rn. 137 f.

¹¹⁹ Roquette/Wurm, BauR 2020, 695 (697); Lorenz, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 15.

sie nicht verursacht hat. Das folgt ebenfalls aus § 286 Abs. 4 BGB.¹²⁰ Damit lässt sich aus § 286 Abs. 4 BGB eine zu § 6 Abs. 2 VOB/B vergleichbare Risikoverteilung gewinnen.

cc) Würdigung

Wie sich zeigt, sind Ansprüche des Unternehmers auf Bauzeitverlängerung auch für den BGB-Vertrag zu begründen. Die Lösung über die §§ 642, 242 BGB überzeugt in Fällen höherer Gewalt allerdings nicht. Nach hier vertretener Rechtsauffassung hat der Besteller die Verzögerung seiner Leistung nicht zu vertreten bzw. gerät nicht in Verzug.¹²¹ Der Ansatz über § 295 BGB analog greift dagegen nur, wenn eine Störung aus dem Risikobereich des Bestellers die rechtzeitige Leistung des Unternehmers unmöglich macht. Im Übrigen lässt sich ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung über die ergänzende Geltung der VOB/B begründen. Das ist vor allem dem Rechtsgrundsatz aus § 242 BGB zu verdanken. *Barczak* vergleicht die Bedeutung von Rechtsgrundsätzen mit dem Bauplan für ein Gebäude, ohne den das normative Grundgerüst einer Rechtsordnung fragil wäre und letzten Endes einzustürzen drohe.¹²² Sie bringen mithin die zentralen Rechtsgedanken oder Wertvorstellungen ihrer Architekten – vor allem die der Rechtsprechung – zum Ausdruck und dienen der normativen Einheits- und Systembildung.¹²³ Gerade dort, wo Lücken entstehen oder Teile ergänzt werden müssen, hilft dieser Bauplan bei ihrer Vervollständigung.¹²⁴

Insgesamt ist allen vorgestellten Ansätzen zu entnehmen, dass sie die in der VOB/B angelegte Risikoverteilung nachzeichnen. Zeitverzögernde Ereignisse aus dem Risikobereich des Bestellers führen in der Regel zu einer Verlängerung der Vertragsfrist zugunsten des Unternehmers; hindernde Umstände aus der Sphäre des Unternehmers verlängern die Frist dagegen nicht. Er kommt grundsätzlich in Verzug.¹²⁵ Gleichwohl können sich die Parteien nicht stets auf die uneingeschränkte Geltung dieser Lösungsansätze verlassen. Es kommt wie immer auf den Einzelfall an.

Vor diesem Hintergrund waren bauzeitliche Fragestellungen auch immer wieder Gegenstand der

Deutschen Baugerichtstage. Zuletzt haben der *Arbeitskreis Ib (Bauvertragsrecht)* und der *Arbeitskreis X (Baubetrieb)* auf dem 8. *Deutschen Baugerichtstag* im Mai des vergangenen Jahres gemeinsame Thesen entwickelt, auf deren Grundlage die vorangestellten Probleme künftig gesetzlich geregelt werden könnten. Drei Thesen beschäftigen sich mit bauzeitlichen Ansprüchen: Die 1. These enthält, angelehnt an § 5 VOB/B, einen Lösungsvorschlag rund um die Probleme zu § 271 BGB; nach der 2. These soll, orientiert an § 6 Abs. 1 VOB/B, künftig auch die Pflicht des Unternehmers Gesetz werden, Behinderungen anzuzeigen, und schließlich wird mit der 3. These zur Diskussion gestellt, den Anspruch aus § 6 Abs. 2, Abs. 4 VOB/B gesetzlich zu regeln.¹²⁶ Gleichwohl. Ein Wermutstropfen bleibt: Der Baupraxis ist es nur schwer zu vermitteln, weshalb Teile des Baurechts gesetzlich geregelt sind und nicht weniger wichtige Fragestellungen vertraglich vereinbart werden müssen; gerade zur Erzielung größerer Rechtssicherheit scheinen klare gesetzliche Rahmenbedingungen im Interesse aller Beteiligten dringend geboten.¹²⁷

III. Monetäre Auswirkungen: Insbesondere Ausgleichsansprüche für Baustillstand

1. Ausgangspunkt: Der Rechtsgedanke des § 275 Abs. 1 BGB

Kommen die Bauarbeiten pandemiebedingt zum Erliegen, tritt in der Regel ein Fall vorübergehender rechtlicher Unmöglichkeit ein. Im Fokus steht dabei der Rechtsgedanke des § 275 Abs. 1 BGB. Kann der Schuldner unter allen denkbaren Anstrengungen nicht leisten, hilft es nicht weiter, ihn an seiner Leistungspflicht festzuhalten.¹²⁸ Er wird kraft Gesetzes von ihr befreit. Dahinter steht der römisch-rechtliche Grundsatz, dass Unmögliches nicht geschuldet ist (*impossibile nulla obligato est*).¹²⁹ Zwar ist die vorübergehende Unmöglichkeit im Gesetz nicht geregelt. Der § 275 Abs. 1 BGB immanente Rechtsgedanke kann aber auch auf diese Fälle übertragen werden.¹³⁰ Analog zu § 275 Abs. 1 BGB wird die Leistungspflicht des Schuldners für die Dauer des Hindernisses

¹²⁰ MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 143.

¹²¹ *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66; unten C., III., 2., b), 3., a).

¹²² *Barczak*, JuS 2021, 1 (2 f.).

¹²³ *Barczak*, JuS 2021, 1 (3).

¹²⁴ *Barczak*, JuS 2021, 1 (3).

¹²⁵ *Roquette* u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 479 ff.; siehe hierzu auch unter C., II. 1., b.).

¹²⁶ Zu diesen und weiteren Thesen en détail *Roquette*, in: Standpunkt Baurecht, S. 593 ff.

¹²⁷ *Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht/Arbeitskreis X – Baubetrieb*, BauR 2021, 1671 (1672 f.).

¹²⁸ *Looschelders*, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2020, § 21 Rn. 2.

¹²⁹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2020, § 21 Rn. 19.

¹³⁰ MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 141.

suspendiert.¹³¹ Gleichzeitig muss der Gläubiger für dieselbe Zeit ebenfalls nicht leisten, § 320 BGB bzw. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB analog.¹³²

2. Ausgleichsansprüche des Auftragnehmers bzw. Unternehmers

Vergütung, Entschädigung und Schadensersatz. Unter diesen drei Aspekten kann der Auftragnehmer (Unternehmer) im Falle gestörter Bauabläufe regelmäßig finanziellen Ausgleich verlangen. Das gilt für VOB/B- und BGB-Bauverträge gleichermaßen. Vorausgesetzt ist aber, dass dem Auftragnehmer jeweils ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung zusteht.¹³³

Die vorgezeichneten Möglichkeiten des Auftragnehmers auf finanziellen Ausgleich bereiten in der Praxis allerdings erhebliche Schwierigkeiten. Dahinter steht der Befund, dass die dazu bestehenden Anspruchsgrundlagen nach der VOB/B und dem BGB in ihrer Handhabung für den Einzelfall zu komplex sind, sie sich teilweise überschneiden und die finanziellen Folgen gestörter Bauabläufe zugleich nicht vollständig abdecken.¹³⁴ Das liegt zum einen daran, dass der BGH den Anwendungsbereich des § 642 Abs. 1 BGB in seiner jüngeren Rechtsprechung wesentlich beschränkt hat.¹³⁵ Zum anderen bestehen nur getrennte Anspruchsgrundlagen, je nach Ursache der Störung.¹³⁶ Der Auftragnehmer kann daher keinen Anspruch wählen, sondern je nach Fall entweder nur Vergütung oder nur Entschädigung- bzw. Schadensersatz verlangen.¹³⁷ Das Folgeproblem: Die Ansprüche werden jeweils anders berechnet. Das ist den Parteien kaum zumutbar.¹³⁸

a) Vergütungsanspruch, § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B bzw. § 650c BGB

Anordnungen des Auftraggebers (Besteller) können zu einer Bauzeitverlängerung und damit nach § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B bzw. § 650c BGB zu einem Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrvergütung führen.¹³⁹ Nicht unumstritten, aber für VOB/B- und BGB-Verträge gleichwohl in sehr engen Grenzen zulässig ist, dass der Auftraggeber isolierte Anordnungen zu Baumständen oder zur Bauzeit treffen kann.¹⁴⁰ Der Streit ist hier aber nicht entscheidend. Jedenfalls in Fällen höherer Gewalt ist eine entsprechende Anordnung des Auftraggebers fernliegend.¹⁴¹ Die Behinderung allein begründet noch keine solche Anordnung.¹⁴² Es bleibt daher grundsätzlich dem Auftraggeber überlassen ausdrückliche oder konkludente Anordnungen zu treffen.¹⁴³ Mit Blick auf Corona gewinnen aber vor allem behördliche Weisungen an Bedeutung. Das wirft die Frage auf, ob nicht durch das „Schweigen“ des Auftraggebers die Vergütungsfolgen aus § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B bzw. § 650c BGB ausgelöst werden können. Anders gesagt: Ob in den staatlichen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung, die unter Umständen zu einem Baustillstand führen können, nicht eine Anordnung Dritter begründet liegt.¹⁴⁴ Das ist vor allem bei zwingenden behördlichen Auflagen, z.B. einem Betretungsverbot denkbar, sofern der Auftraggeber keine andere Wahl hat, als diesem Folge zu leisten.¹⁴⁵ Nimmt er die behördliche Verfügung in Kenntnis der Umstände in Kauf, dürfte das eine stillschweigende Anordnung begründen.¹⁴⁶ Davon abgesehen verändern behördliche Weisungen den Vertragsinhalt von sich aus nicht.¹⁴⁷ Behörden bewegen sich außerhalb des Vertragsverhältnisses und sind

¹³¹ BGH NJW 2013, 3437; BeckOGK/Riehm, 1.4.2021, BGB § 275 Rn. 163.

¹³² BeckOGK/Riehm, 1.4.2021, BGB § 275 Rn. 173; für eine analoge Anwendung von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB Staudinger/Caspers (2019) BGB § 275 Rn. 50.

¹³³ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 668; siehe hierzu schon oben unter C., II.

¹³⁴ Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht/Arbeitskreis X – Baubetrieb, BauR 2021, 1671 (1674 f.); zur Änderung der VOB/B Langen, NZBau 2021, 427 ff.

¹³⁵ BGH ZfBR 2018, 141 (143); BGH NJW 2020, 1293 (1295); unten unter C., III., 2., c).

¹³⁶ Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht/Arbeitskreis X – Baubetrieb, BauR 2021, 1671 (1674 f.)

¹³⁷ Roquette, in: Standpunkt Baurecht, S. 593 (602).

¹³⁸ Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht/Arbeitskreis X – Baubetrieb, BauR 2021, 1671 (1674 f.).

¹³⁹ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 671.

¹⁴⁰ Ein Recht zu isolierten bauzeitlichen Anordnungen wird von der überwiegenden Literatur abgelehnt. Zum Stand der Meinungen: Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 675 ff. zu § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B und Rn. 697 zu § 650c BGB.

¹⁴¹ Brübach, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 64; Diehr, ZfBR 2020, 444 (446).

¹⁴² Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, III. Teil, § 2 Rn. 17.

¹⁴³ Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, III. Teil, § 2 Rn. 17.

¹⁴⁴ Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1048).

¹⁴⁵ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauzeitverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 990; ferner auch Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1048).

¹⁴⁶ OLG Naumburg BeckRS 2011, 21708; Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1049).

¹⁴⁷ Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1049).

deshalb nicht anordnungsberechtigt.¹⁴⁸ Dem Auftragnehmer kann zwar ein Mehrvergütungsanspruch zustehen. Die Regel wird das aber nicht sein.¹⁴⁹

b) Entschädigungsanspruch, § 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B bzw. § 642 BGB

Der Auftraggeber ist der „Kooperationspartner des Unternehmers“¹⁵⁰. Die erfolgreiche Durchführung eines Bauvertrages steht und fällt mit der gegenseitigen Zusammenarbeit beider Parteien. Deshalb ist nicht nur der Auftragnehmer zur Mitwirkung angehalten, sondern in gleichem Maße auch der Auftraggeber.¹⁵¹ Dem trägt § 642 BGB Rechnung. Ergänzend zu den §§ 293 ff. BGB gibt § 642 Abs. 1 BGB dem Auftragnehmer einen *verschuldensunabhängigen* Anspruch auf angemessene Entschädigung für Nachteile, die ihm infolge unterlassener Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers und dadurch ausgelöste Verzögerungen durch Nichtauslastung seiner Kapazitäten (Zeit, Arbeitskraft, Kapital) entstanden sind.¹⁵² § 642 BGB sanktioniert mithin unkooperatives Verhalten des Auftraggebers.¹⁵³ Der Anspruch steht dem Auftragnehmer für den VOB/B-, und den BGB-Vertrag zu (§ 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB bzw. § 642 BGB).

Zunächst ist fraglich, ob die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers innerhalb der bauvertraglichen Kooperation als Pflichten im Rechtssinne oder als Obliegenheiten einzuordnen sind. Der *BGH* hat immer wieder herausgestellt, dass Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Nebenleistungspflichten lediglich Obliegenheiten darstellen; eine Rechtspflicht bestehe nur, wenn sie gesetzlich gefordert oder vereinbart sei.¹⁵⁴

Darüber hinaus muss sich der Auftraggeber nach den §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug befinden. An dieser Stelle entzündet sich die wohl hitzigste Debatte, die mit Blick auf Corona derzeit im baurechtlichen Schrifttum diskutiert wird.¹⁵⁵ Der Streit kreist um die

Frage, ob der Auftraggeber in Fällen höherer Gewalt in Annahmeverzug geraten kann, obwohl § 642 Abs. 1 BGB kein Verschulden voraussetzt. Ausgangspunkt ist dabei eine Entscheidung des *BGH* vom 20.04.2017¹⁵⁶.

In diesem Fall hatte sich der *BGH* zu der Frage geäußert, ob dem Auftragnehmer bei Vorliegen außergewöhnlicher Witterungsverhältnisse neben einer Anpassung der Bauzeit ebenso auch ein Anspruch auf finanziellen Ausgleich zusteht. Das hat der *BGH* im Ergebnis verneint. Die Entscheidung beruht auf der Erwägung einer gerechten Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer; denn das Wetter kann von keiner Partei beeinflusst werden.¹⁵⁷ Daran anknüpfend hat das *BMI* in seinem Erlass vom 23.03.2020 darauf verwiesen, dass der Auftraggeber in Fällen höherer Gewalt ebenfalls nicht in Annahmeverzug geraten könne, weil die Ausführungen des *BGH* zu außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen erst recht auch auf die Corona-Pandemie übertragbar seien.¹⁵⁸

Das gilt aber nicht uneingeschränkt. Nach der Entscheidung des *BGH* ist es vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende Mitwirkungshandlung, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnliche Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.¹⁵⁹ Da der *BGH* aber bereits das Vorliegen einer Mitwirkungsobliegenheit abgelehnt hat, blieb die Frage der Risikoordnung offen.¹⁶⁰ Die Entscheidung ist deshalb nur auf solche Fälle übertragbar, in denen der Auftraggeber keine Obliegenheit ausdrücklich übernommen hat.¹⁶¹ In vielen Fällen wird sich der Auftraggeber allerdings, in welcher Form auch immer, zur Mitwirkung verpflichtet haben.¹⁶² Dazu gehören vor allem die rechtzeitige Zurverfügungstellung von Baugrundstück und

¹⁴⁸ *Kues/Thomas*, BauR 2020, 1043 (1049).

¹⁴⁹ *Kues/Thomas*, BauR 2020, 1043 (1048); *Hänsel*, NJW-Spezial 2020, 236 (237).

¹⁵⁰ Dazu die grundlegenden Ausführungen von *Nicklisch*, BB 1979, 533 (537 ff.).

¹⁵¹ *BGH NZBau* 2000, 130 (131); *OLG Düsseldorf NZBau* 2000, 427 (428).

¹⁵² *Roquette u.a.*, Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 718 f., 725.

¹⁵³ *Kues/Thomas*, BauR 2020, 1043 (1051).

¹⁵⁴ Etwa *BGH NJW* 1985, 2475; *BGH NJW* 2000, 1336.

¹⁵⁵ *Weiser*, NZBau 2020, 203; *Krebs*, ZfBR 2020, 434; *Si-enz*, BauR 2021, 1205; *Koblizek/Finke*, NZBau 2020, 279; *Kues/Thomas*, BauR 2020, 1043; *Tomic*, ZfBR 2020, 419;

Roquette/Wurm, BauR 2020, 965; *Brübach*, in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66.

¹⁵⁶ *BGH ZfBR* 2017, 461.

¹⁵⁷ *BGH ZfBR* 2017, 461 (463).

¹⁵⁸ Abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.pdf?__blob=publication-File&v=1, S. 3 (letzter Abruf: 06.04.2022).

¹⁵⁹ Amtlicher Leitsatz *BGH ZfBR* 2017, 461.

¹⁶⁰ *Roquette*, u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 780; *Si-enz*, BauR 2021, 1205 (1216 f.)

¹⁶¹ *Roquette*, u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 780; *Si-enz*, BauR 2021, 1205 (1217).

¹⁶² *Roquette*, u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 780.

Vorunternehmerleistungen.¹⁶³ Wegen der verschuldensunabhängigen Ausgestaltung des § 642 Abs. 1 BGB kann der Auftragnehmer daher grundsätzlich Entschädigung verlangen.

Das kann zum Anlass genommen werden, dem Auftragnehmer z.B. für den Fall, dass der Vorunternehmer des Auftraggebers wegen einer Coronainfektion seine Leistung nicht rechtzeitig erbringen konnte, einen Anspruch aus § 642 Abs. 1 BGB zu gewähren. Die Frage der höheren Gewalt und damit des schlechten Wetters betrifft allein das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Vorunternehmer.¹⁶⁴ Gegenüber dem Auftragnehmer kann es dagegen allein auf das womöglich deshalb fehlende Verschulden des Auftraggebers ankommen.¹⁶⁵ Doch gerade diese Konstellation betrifft die von der Rechtsprechung im Anwendungsbereich des § 642 Abs. 1 BGB herausgearbeitete Fallgruppe der sog. Vorunternehmerfälle.¹⁶⁶ Deshalb ist es unerheblich, ob der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Baugrundstück nicht zur Verfügung stellen kann, weil der Vorunternehmer seine Leistung pandemiebedingt nicht rechtzeitig erbringen konnte.¹⁶⁷ In allen Fällen geht es darum, dass die ausbleibende Leistung des Vorunternehmers – pflichtwidrig oder nicht – dem Auftraggeber über § 278 BGB als Fremdverschulden zugerechnet wird.¹⁶⁸ Auf den Grund, weshalb die Leistung ausbleibt, kommt es deshalb nicht an.¹⁶⁹

Ein Anspruch des Auftragnehmers aus § 642 Abs. 1 BGB ist in Fällen höherer Gewalt aber gleichwohl abzulehnen. Kann der Auftraggeber das Baugrundstück z.B. wegen eines Betretungsverbots nicht zur Verfügung stellen oder der Vorunternehmer coronabedingt seine Leistungen nicht erbringen, dürfte nach dem Rechtsgedanken des § 275 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Entschädigung ausscheiden.¹⁷⁰

Unmögliches ist auch vorübergehend nicht geschuldet. Deshalb wird der Auftraggeber für die Dauer des Leistungshindernisses von seiner Leistungspflicht frei und kann mithin auch nicht in Verzug geraten.¹⁷¹ Das darf einschränkend allerdings nur insoweit gelten, als der Auftraggeber alles unternommen hat, die behördliche Untersagung bzw. die damit verbundene Störung des Bauablaufs zu verhindern.¹⁷² Das gebietet der Zweck des § 642 BGB. Gleichzeitig setzen die §§ 293 ff. BGB voraus, dass der Auftragnehmer seinerseits leisten darf und zu seiner Leistung auch tatsächlich imstande ist. Daran fehlt es, wenn z.B. Mitarbeiter oder Subunternehmer des Auftragnehmers nicht nach Deutschland einreisen dürfen und der Auftragnehmer deshalb nicht leisten kann.¹⁷³ Dann ist das Unmöglichkeitsrecht vorrangig; ein Anspruch aus § 642 BGB scheidet ebenfalls aus.¹⁷⁴ Der Auftragnehmer kann mithin keine Entschädigung verlangen.

c) Schadensersatzanspruch, § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B bzw. §§ 280 ff. BGB

Schließlich kann der Auftragnehmer unter den Voraussetzungen von § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B bzw. den §§ 280 ff. BGB Ersatz des durch die Unterbrechung entstandenen Schadens fordern. Damit beginnen aber auch hier die Probleme. Nur Pflichtverletzungen können zum Schadensersatz führen.¹⁷⁵ Solange der BGH seine vorbezeichnete Rechtsprechung nicht ändert, wird es letztlich dabei bleiben, dass eine ganze Reihe erforderlicher Mitwirkungshandlungen nur als Obliegenheiten angesehen werden müssen, die bei ihrer Verletzung allenfalls einen Anspruch aus § 642 BGB begründen können.¹⁷⁶ Mit der Begrenzung des § 642 BGB auf die Dauer des Annahmeverzuges, hat das erhebliche Konsequenzen für einen auftragnehmerseitigen Schadensersatzanspruch. Die meisten Folgen einer Behinderung sind als Schadensersatz

¹⁶³ Roquette, u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 722.

¹⁶⁴ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 1223.

¹⁶⁵ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 1223.

¹⁶⁶ Hierzu bereits oben BGH NJW 2000, 1336 (1337 f.); Si-enz, BauR 2021, 1205 (1217).

¹⁶⁷ Sienz, BauR 2021, 1205 (1217); Krebs, ZfBR 2020, 434 (436); in diesem Sinne wohl auch Weiser, NZBau 2020, 203 (206); kritisch Koblizek/Finke, NZBau 2020, 279 (281).

¹⁶⁸ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 1223.

¹⁶⁹ Vygen u.a., Vygen/Joussen, Bauverzögerung u. Leistungsänderung, 8. Aufl. 2021, Teil A, Rn. 1223.

¹⁷⁰ Roquette/Wurm, BauR 2020, 695 (697 f.); Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1050 f.); dazu schon unter C., II., 1., b), bb), III., 1.; a.A. Krebs, ZfBR 2020, 434 (435); Kniffka, BauR 2020, 329 (340 ff.) schlägt eine vergleichbare Lösung über § 313 BGB vor.

¹⁷¹ Roquette/Wurm, BauR 2020, 695 (698); Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1051).

¹⁷² Riehm, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (39 f.)

¹⁷³ BeckOK BGB/Voit, 61. Ed. 1.5.2020, BGB § 642 Rn. 11.

¹⁷⁴ Riehm, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (40).

¹⁷⁵ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2 Rn. 709.

¹⁷⁶ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2 Rn. 712; siehe auch unter C., III., 2., b).

nicht abgedeckt; der Auftragnehmer wird weitestgehend rechtslos gestellt.¹⁷⁷ Die Entscheidung des Streits steht aber auch hier auf einem anderen Blatt. Selbst wenn man die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers zu einer Rechtspflicht erheben würde, scheidet ein Anspruch aus, solange er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das wird in Fällen höherer Gewalt regelmäßig der Fall sein.¹⁷⁸

d) „Rien ne va plus“: Vertragsanpassung über § 313 Abs. 1 BGB?

Bedeutsamstes Rechtsinstitut für ein privatautonomes System ist der Vertrag.¹⁷⁹ Er erlaubt es den Parteien, ihr künftiges Zusammenwirken zu planen, zu gestalten und Risiken aufzuteilen.¹⁸⁰ Haben sie sich verbindlich geeinigt, können sich die Parteien auch darauf verlassen, dass die vertraglich übernommen Rechte und Pflichten bestehen bleiben.¹⁸¹ Verträge sind einzuhalten (*pacta sunt servanda*). Dieser Grundsatz stößt freilich dort an seine Grenzen, wo künftige Risiken von den Vertragspartnern nicht erkannt oder gänzlich falsch bewertet wurden.¹⁸² Die in § 242 BGB verwurzelten Grundsätze der Grundlagenstörung durchbrechen dieses Dogma. Aus Billigkeitsgründen kann die benachteiligte Partei unter den Voraussetzungen von § 313 BGB Anpassung des Vertrages verlangen oder sich davon lösen.¹⁸³ Die Corona-Pandemie, mit ihren extremen wirtschaftlichen und sozialen Folgen, ist als Störung der „großen Geschäftsgrundlage“ einzuordnen.¹⁸⁴

Damit ist der Einstieg ins Baurecht vollzogen. § 313 BGB gilt in der Regel auch für VOB/B- und BGB-Bauverträge.¹⁸⁵ Für den Auftragnehmer ist § 313 Abs. 1 BGB das letzte Mittel, die Äquivalenz zwischen verlängerter Bauzeit und finanziellem Ausgleich wiederherzustellen, sofern keine Partei die

Unterbrechung wegen höherer Gewalt zu vertreten hat.¹⁸⁶ Gleichwohl darf auf die Billigkeitslehre der Grundlagenstörung nicht vorschnell zurückgegriffen werden. Mit § 313 BGB ist ein subsidiäres Auffangsystem in das BGB aufgenommen worden, dem spezielle vertragliche oder gesetzliche Regelungen zur Risikoverteilung vorgelagert sind.¹⁸⁷

Mit Blick auf den VOB/B-Vertrag scheint § 313 BGB deshalb schon gar nicht anwendbar, weil die Parteien höhere Gewalt bereits geregelt haben.¹⁸⁸ Dagegen spricht jedoch, dass die folgenschweren Auswirkungen der Corona-Pandemie in den meisten Fällen außerhalb jeglicher vertraglichen Risikoverteilung liegen; sie werden daher von vielen Vereinbarungen nicht mehr erfasst sein.¹⁸⁹ Für Force-Majeure-Klauseln ist dagegen eine andere Beurteilung geboten. Hier haben die Parteien das Risiko ausdrücklich verteilt.¹⁹⁰

Die Hürden zur Überwindung der gesetzlichen Risikoverteilung in VOB/B- und BGB-Verträgen liegen dagegen noch höher. Unmöglichkeit schließt § 313 BGB aus.¹⁹¹ Das ist aber nicht das Problem. Die Schwierigkeiten beginnen bei der Frage, ob § 313 BGB auch für den Fall vorübergehender Unmöglichkeit, z.B. bei einem coronabedingten Baustillstand Platz greift. Methodisch ließe sich ein ausnahmsweiser Vorrang von § 313 BGB gegenüber den §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB durch eine *teleologische Reduktion* dieser Vorschriften begründen.¹⁹² Im Wege einer teleologischen Reduktion wird eine Norm um Fälle reduziert, die zwar von ihrem Wortlaut erfasst sind, nicht aber von ihrem Regelungszweck.¹⁹³ Der Gesetzgeber hat den Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit durch die Störung der großen Geschäftsgrundlage bei den §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB nicht mitbedacht.¹⁹⁴ Das gilt zwar auch für § 313 BGB.¹⁹⁵ § 313 BGB ist

¹⁷⁷ Kapellmann, NZBau 2018, 338 (339); Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1051 f.)

¹⁷⁸ Riehm/Thomas, JURA 2020, 1046 (1053).

¹⁷⁹ BeckOGK/Martens, 1.1.2022, BGB § 313 Rn. 2.

¹⁸⁰ BeckOGK/Martens, 1.1.2022, BGB § 313 Rn. 2.

¹⁸¹ BeckOGK/Martens, 1.1.2022, BGB § 313 Rn. 2.

¹⁸² BeckOGK/Martens, 1.1.2022, BGB § 313 Rn. 2.

¹⁸³ Looschelders, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2020, § 37 Rn. 2 f.

¹⁸⁴ Zum Mietrecht etwa BGH NZI 2022, 183 (187); dafür auch Jung, JZ 2020, 715 ff.

¹⁸⁵ Fritzsche, BauR 2020, 311 (319).

¹⁸⁶ Kues/Thomas, BauR 2020, 1043 (1052).

¹⁸⁷ Riehm, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (15); ferner auch Prütting, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 47 (54).

¹⁸⁸ Wohl nur Weiser, NZBau 2020, 203 (206); siehe hierzu auch oben C., II., 1., c), aa).

¹⁸⁹ Riehm, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (15 f.)

¹⁹⁰ Siehe hierzu bereits oben C., II., 1., c), aa), bb).

¹⁹¹ Looschelders, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2020, § 37 Rn. 6 f.

¹⁹² Jung, JZ 2020, 715 (718); Schall, JZ 2020, 388 (395 f.), schlägt für gewerbliche Miet- und Pachtverträge eine Lösung über § 242 BGB vor.

¹⁹³ Möllers, Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 92.

¹⁹⁴ Jung, JZ 2020, 715 (718 f.)

¹⁹⁵ Jung, JZ 2020, 715 (719); in BT-Drs. 14/6040, 128 f. nicht erwähnt.

indes der Ort, an dem die Bewältigung der großen Grundlagenstörung konzentriert werden sollte.¹⁹⁶

Für eine vorrangige Anwendung von § 313 BGB spricht auch, dass die Vorschrift im Gegensatz zu der starren „Alles-oder-Nichts-Lösung“ der §§ 275, 320 ff. BGB die flexibleren Rechtsfolgen bereithält.¹⁹⁷ Nach diesen Grundsätzen müsste eine Partei das Risiko ihres eigenen Leistungsausfalls oder das ihres Vertragspartners alleine tragen.¹⁹⁸ Es ist aber eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe den Folgen der Pandemie zu begegnen.¹⁹⁹ Die §§ 275, 320 ff. BGB allein dürften deshalb nicht ausreichend sein, die vertragsrechtlichen Probleme einer vermittelnden Lösung zuzuführen, die das Risiko zwischen den Parteien gerecht verteilt.²⁰⁰

Der Auftragnehmer kann mithin über § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich Vertragsanpassung verlangen. § 313 BGB soll aber die Ausnahme bleiben. Vor allem darf die Pandemie nicht vorgeschoben werden, die Risikoverteilung zwischen den Parteien zu umgehen. Es bleibt nach wie vor dabei, dass die Beschaffung von Baustoffen und Personal, regelmäßig auch zu höheren Preisen, dem Auftragnehmer obliegt.²⁰¹ Staatliche Hilfen, wie sie z.B. § 56 Abs. 4 IfSG gewährt, sind bei der Risikoverteilung ebenfalls zu beachten.²⁰² Am Ende kommt es auch hier stets auf den Einzelfall an.

3. Ausgleichsansprüche des Auftraggebers bzw. Bestellers

Nicht nur der Auftragnehmer, sondern auch der Auftraggeber kann infolge gestörter Bauabläufe finanziellen Ausgleich verlangen. Im Blick stehen dabei vor allem Ansprüche auf *Schadensersatz* und *Vertragsstrafe*.

a) Schadensersatzanspruch, § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B bzw. §§ 280 ff. BGB

Die Anspruchsgrundlage des § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B gilt auch für den Auftraggeber; für den BGB-Vertrag

greifen die §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.²⁰³ Kann sich der Auftragnehmer jedoch auf höhere Gewalt berufen, wird ein Anspruch in aller Regel nicht in Betracht kommen.²⁰⁴

b) Anspruch auf Vertragsstrafe

Fertigstellungstermine sind oft mit Vertragsstrafe bedroht. Vertragsstrafen haben vor allem Sanktions- und Ausgleichsfunktion: Zum einen soll der Auftragnehmer veranlasst werden die vereinbarte Bauzeit einzuhalten; zum anderen ermöglichen sie es dem Auftraggeber sich im Falle einer Vertragsverletzung schadlos zu halten.²⁰⁵ Vertragsstrafen müssen jedoch vereinbart werden (z.B. nach § 11 VOB/B).²⁰⁶ Außerdem setzen sie meist ein Verschulden voraus; in Fällen höherer Gewalt scheiden sie deshalb aus.²⁰⁷

4. Würdigung

Haben weder Auftragnehmer noch Auftraggeber die coronabedingte Unterbrechung zu vertreten, scheiden sämtliche Ansprüche auf finanziellen Ausgleich wegen höherer Gewalt aus. Die wirtschaftlichen Folgen des Baustillstands hat deshalb jede Partei selbst zu tragen. Dieses Ergebnis entspricht z.B. auch den beiden von den *Arbeitskreisen Ib* und *X* für den BGB-Bauvertrag zur Wahl gestellten *Thesen* zu finanziellen Ansprüchen infolge gestörter Bauabläufe. Der vorgeschlagene einheitliche Ausgleichsanspruch, in dem alle monetären Ansprüche des Unternehmers konzentriert werden sollen, soll nur dann Platz greifen, wenn die Störung aus der Sphäre des Bestellers stammt; kann er sie dagegen nicht beeinflussen, wie in Fällen höherer Gewalt, erhält der Unternehmer keinen finanziellen Ausgleich, sondern nur einen Anspruch

¹⁹⁶ Jung, JZ 2020, 715 (719); in BT-Drs. 14/6040, 174 ff. nicht erwähnt.

¹⁹⁷ Riehm/Thomas, JURA 2020, 1046 (1054 ff.); ferner Warmuth, COVuR 2020, 16 (21).

¹⁹⁸ Rhiem, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (15).

¹⁹⁹ Rhiem, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (15).

²⁰⁰ Rhiem, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-Tagung im April 2020, S. 11 (14 f.)

²⁰¹ Krebs, ZfBR 2020, 434 (435); Beyer/Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (614).

²⁰² Weiser, NZBau 2020, 203 (207); Prütting, in: Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, Online-

Tagung im April 2020, S. 47 (56), § 313 BGB sei eine „intradisziplinäre Brückennorm“.

²⁰³ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 976, 1000.

²⁰⁴ Diehr, ZfBR 2020, 444 (445); dazu schon unter C., II., 2., b), bb), III., 2., c).

²⁰⁵ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 1001.

²⁰⁶ Roquette u.a., Handbuch Bauzeit, 4. Aufl. 2021, Teil 2, Rn. 1002, 1007.

²⁰⁷ Roquette/Wurm, BauR 2020, 695 (697); Hänsel, NJW-Spezial 2020, 236 (237).

auf Bauzeitverlängerung.²⁰⁸ Zwar kommt im Einzelfall zugunsten des Auftragnehmers eine Anpassung des Vertrages über § 313 Abs. 1 BGB in Betracht. § 313 BGB bleibt aber gleichwohl eine Ausnahmenvorschrift, deren Anwendungsbereich nicht überspannt werden sollte. Alle vorgezeichneten Erwägungen begründen indes nur einen vorläufigen Befund. Rechtsklarheit können letztlich nur die Gerichte schaffen. Gerade deshalb ist den Parteien am ehesten damit geholfen, wenn sie versuchen eine interessengerechte Lösung im Rahmen der ihnen obliegenden Kooperationspflicht zu suchen. „*Bauen statt streiten*“ ist das Gebot der Stunde.

D. Schlussbetrachtung und Ausblick

Der Ausbruch von SARS-CoV-2 begründet einen Fall höherer Gewalt. Der Auftragnehmer hat in den meisten Fällen einer pandemiebedingten Verzögerung zwar einen Anspruch auf Anpassung der Vertragsstermine. Die monetären Folgen wird jede Partei jedoch selbst zu tragen haben.

Probleme stellen sich in diesem Zusammenhang vor allem bei BGB-Bauverträgen. *De lege lata* gibt es im BGB keine Vorschriften zu gestörten Bauabläufen. Das führt insgesamt auch zu Schwierigkeiten bei der rechtlichen Bewältigung ihrer finanziellen Folgen. In beiden Fällen besteht für die Baupraxis ein dringendes Bedürfnis nach klaren Vorgaben. Die von den *Arbeitskreisen Ib* und *X* erarbeiteten Thesen bieten dafür ein solides Fundament. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber darauf aufbaut und künftig auch für bauzeitliche Fragen rechtssichere Strukturen schafft.

Letzten Endes halten aber insbesondere Rechtsprinzipien wie die §§ 242, 313 BGB unsere Rechtsordnung zusammen. Die in ihnen verwurzelten Wertvorstellungen ermöglichen es, nicht nur baurechtlichen Problemen, sondern vor allem auch Systemkrisen wie der Corona-Pandemie adäquat zu begegnen. Aus zivilrechtlicher Sicht sind sie Mittel und Weg aus der Krise. Gleichwohl bleibt eines festzuhalten: Trotz der jüngsten Lockerungen ist das Coronavirus nach wie vor präsent. Ein besonderes Maß an Rücksichtnahme bleibt daher auch weiterhin unverzichtbare Bedingung.

E. Ergebnisse

Am Ende dieser Betrachtung lassen sich folgende Ergebnisse formulieren:

1. Zeit ist Geld. Aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht ist eine genaue Zeitplanung für Auftragnehmer und Auftraggeber unerlässlich.
2. Gemessen an den vom *BGH* aufgestellten Maßstäben sind coronabedingte Unterbrechungen der Bauausführung als vorübergehendes Leistungshindernis einzuordnen. Es liegt in den Händen der Gerichte und Rechtswissenschaft Kriterien für eine klare Abgrenzung zu schaffen.
3. Angelehnt an die Rechtsprechung zu § 7 Abs. 1 VOB/B und zum Reiserecht, ist der Ausbruch von SARS-CoV-2 als Fall höherer Gewalt im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B zu qualifizieren. Der Auftragnehmer hat daher *a priori* einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung.
4. Auch für den BGB-Bauvertrag besteht gestützt auf eine ergänzende Anwendung der VOB/B-Bestimmungen, nach den §§ 642, 242 BGB oder im Wege einer Analogie zu § 295 BGB grundsätzlich ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung zugunsten des Unternehmers. Eindeutige gesetzliche Regelungen werden dadurch allerdings nicht ersetzt.
5. Die wirtschaftlichen Folgen eines pandemiebedingten Baustillstands hat jede Partei selbst zu tragen. Im Einzelfall bietet § 313 Abs. 1 BGB eine flexible Möglichkeit den Vertrag anzupassen. Davon abgesehen sind die Vertragspartner zur gegenseitigen Kooperation verpflichtet.

²⁰⁸ *Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht/Arbeitskreis X – Baubetrieb*, BauR 2021, 1671 (1674 f.); dazu schon unter C., III., 2.

Minderheitenschutz beim Zustandekommen des Restrukturierungsplans nach dem StaRUG

Von Stud. iur. Philipp Roller, Trier*

A. Einleitung

Mit dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) hat der Gesetzgeber die europäische Restrukturierungsrichtlinie umgesetzt.¹ Die Richtlinie soll ein einheitliches Sanierungsverfahren in den Mitgliedsstaaten etablieren, das dem bestandsfähigen Schuldner Zugriff auf Restrukturierungsinstrumente bieten soll, wenn die Insolvenz wahrscheinlich erscheint.² Für die Umsetzung von Sanierungen im Vorfeld der Insolvenz gab es im deutschen Recht bislang keine Grundlage.³ Mit dem Verfahren nach dem StaRUG wird die Lücke der Sanierungsmöglichkeiten gefüllt, die zwischen freier, konsensualer Vergleichslösung und dem kostspieligen Insolvenzverfahren bestand.⁴ Für eine privatautonome Einigung ist die Zustimmung aller Gläubiger notwendig. Ein Insolvenzverfahren ist teuer und gibt das Steuer dem Insolvenzverwalter in die Hand. Die Restrukturierung nach dem StaRUG will das Beste beider Verfahren vereinen und lässt den Schuldner in eigener Verantwortung und Organisation sanieren.⁵ So soll die Kreativität und Flexibilität genutzt werden, die private Sanierungen prägt und gleichzeitig der negative Beigeschmack des verfahrensförmigen Insolvenzverfahrens vermieden werden.⁶

Die Restrukturierung beginnt, indem der Schuldner die Gläubiger auswählt, die ihn bei seiner Sanierung unterstützen sollen. Er konzipiert einen Restrukturierungsplan, der den betroffenen Gläubigern zur Abstimmung vorgelegt wird. Bei Annahme des Plans bekommt der Schuldner gesetzliche Restrukturierungs-

instrumente an die Hand, mit deren Hilfe er seinen Bestand sichern soll. Sind sich die Gläubiger uneinig, kann eine Minderheit überstimmt und der Plan gegen den Willen einzelner durchgesetzt werden. Der große Gestaltungsrahmen des Schuldners bietet in Verbindung mit einem solchen Obstruktionsverbot jedoch viele Missbrauchsmöglichkeiten.⁷ Gerichtliche Hilfe, die auch zur Überprüfung des Restrukturierungsplans dient, ist häufig nur als fakultative Hilfestellung gestaltet. Deswegen besteht die Gefahr, dass die Interessen und Forderungen der Minderheitsgläubiger übergangen werden.

B. Notwendigkeit der Mehrheitsentscheidung

I. Überwindung der „Akkordstörer“-Problematik

In § 1 InsO formuliert der Gesetzgeber das Ziel des Insolvenzverfahrens. Dieses sei die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger, ihre Interessen würden den Mittelpunkt des Verfahrens bilden.⁸ In der Restrukturierungsrichtlinie wird die Intention genannt, bestandsfähigen Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten Zugang zu wirksamen und präventiven Sanierungsmöglichkeiten zu bieten.⁹ Im Gegensatz zum deutschen Insolvenzrecht steht hier der Schuldner im Vordergrund.¹⁰ Welche Intention im StaRUG verfolgt wird, ist schwieriger einzuordnen.¹¹

Zuerst einmal ist festzustellen, dass die Sanierung eines Unternehmens ein Instrument der Gläubigerbefriedigung ist, da so teils höhere Befriedigungserfolge erzielt werden können als bei der Verwertung der

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Trier. Der Beitrag wurde dort als Seminararbeit im Schwerpunkt Unternehmensrecht bei Prof. Dr. Diederich Eckardt im Wintersemester 2021/2022 verfasst.

¹ Im Folgenden ist immer die Richtlinie (EU) 2019/1023 gemeint und mit „RL“ abgekürzt.

² Dahl/Linnebrick, NJW-Spezial 2020, 21.

³ Gehrlein, BB 2021, 66.

⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/24181, S. 1; Desch, in: Desch (Hrsg.), Das neue Restrukturierungsrecht, München 2021, § 1 Rn. 19; Denkhaus, in Bieg/Borchardt/Frind (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Betriebsfortführung, München 2021, Teil 1, B, I, 1, b, Rn. 3; Korch, ZHR 182 (2018), 440 (472).

⁵ BT-Drs. 19/24181, S. 91 f; Doebert/Krüger, NZI 2021, 614.

⁶ BT-Drs. 19/24181, S. 92; Eidenmüller, ZIP 2010, 649 (659); Gruber, NZI 2021, 249 (250), Gehrlein, BB 2021, 66.

⁷ Zipperer, ZInsO 2016, 831 (833); Doebert/Krüger, NZI 2021, 614.

⁸ Schmidt, in: Schmidt (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 7. Auflage Köln 2019, § 1 Rn. 32; Schmerbach, in: Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Auflage Köln 2018, § 1 Rn. 2; Wegener, Der Minderheitenschutz im Insolvenzplanverfahren, Berlin 2020, S. 37.

⁹ ErwG zur RL (EU) 2019/1023, S. 1.

¹⁰ BR-Drs. 619/1/20, S. 3; Skauradszun, KTS 2021, 1 (20, 29); Stohrer, ZInsO 2018, 660; Kayser, ZIP 2017, 1393 (1397).

¹¹ Skauradszun, KTS 2021, 1 (19).

Unternehmensbestandteile.¹² Der Schuldner hat allerdings großen Einfluss auf das Verfahren und kann Gläubiger in seinen Plan einbinden, die diesem nicht zugestimmt haben. Bezweckt wird damit die Überwindung der „Akkordstörer“-Problematik.¹³ Dies beschreibt das Problem, dass ein vielversprechender Vergleich, der die Insolvenz eines Unternehmens abwenden soll, wegen der Ablehnung einzelner Gläubiger nicht zustande kommt.¹⁴ Wenn die Sanierungsbeiträge dieser Gläubiger für die Umsetzung des Konzepts notwendig sind, scheitert ein außergerichtlicher Vergleich. Widersprechende Gläubiger werden als „Akkordstörer“ bezeichnet, also als Vereinbarungsstörer.¹⁵ Das Motiv für die Verweigerungshaltung kann die Hoffnung auf eine bessere, schnellere Befriedigung oder überproportionale Sondervorteile sein.¹⁶ Manche möchten sich ihre Zustimmung „abkaufen“ lassen.¹⁷ Es ist aber auch möglich, dass ein Gläubiger aus wirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen obstruiert, die bei der Mehrheit der anderen Gläubiger nicht vorliegen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn sich die Mehrheit der Gläubiger Vorteile aus den zukünftigen Geschäftsbeziehungen mit dem sanierten Schuldner erhoffen, diese Erwartungen bei einer Minderheit aber nicht vorliegen.¹⁸ Somit verfolgen nicht alle Akkordstörer verwerfliche Absichten. Der Begriff „Akkordstörer“ wird dabei regelmäßig als Generalbezeichnung für alle dem Plan widersprechenden Gläubiger verwendet.¹⁹

Die Obstruktion durch solche Minderheitsgläubiger wird als rechtspolitisch unbefriedigend angesehen.²⁰ Mit dem Insolvenzplan hat der Gesetzgeber ein Instrument geschaffen, um diesem Problem zu begegnen.²¹ So umfasst das Insolvenzplanverfahren nach §§ 217 ff. InsO nicht nur Mittel der

eigenverantwortlichen Sanierung, sondern auch die Möglichkeit, Akkordstörer zu überstimmen.²² Eine solche Mehrheitsentscheidung ist auch im Restrukturierungsplan vorgesehen.

II. Gläubiger als Gemeinschaft

Jede Gläubigerforderung entspringt einem Schuldverhältnis, aus dem nach § 241 Abs. 1 S. 1 BGB der Gläubiger die Berechtigung erlangt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Dieses Verhältnis besteht grundsätzlich nur zwischen zwei Parteien, dem Schuldner auf der einen und dem Gläubiger auf der anderen Seite. Wenn die Gläubiger anlässlich einer Sanierung einen Vergleich mit Konsens schließen, binden sie sich als Gruppe vertraglich und die Bindungswirkung trifft alle zustimmenden Gläubiger.²³ Kommt es zur Insolvenzöffnung, bilden die Forderungsinhaber zwangsweise einen Zusammenschluss in Form der Gläubigergemeinschaft.²⁴ Es finden sich die Bezeichnungen „Verlustgemeinschaft“²⁵, „prozessuale Verfahrensgemeinschaft“²⁶ oder „Schicksalsgemeinschaft“²⁷.

Im Restrukturierungsverfahren werden die Gläubiger zum Teil dieser Gruppe, wenn sie vom Schuldner gemäß § 8 StaRUG als Planbetroffene ausgewählt werden. Sie sollen möglichst autonom über die Sanierung des Schuldners entscheiden.²⁸ Der Moment, in dem die Meinungsbildung der Gläubiger das Verfahren steuert, ist die Planabstimmung. Dabei handeln die Beteiligten aus unterschiedlichen Interessen und Motivationen heraus, die nicht immer auf eine höchstmögliche Befriedigungsquote gerichtet sind.²⁹ Die Abstimmung ist lediglich ein „technischer Behelf“³⁰

¹² BT-Drs. 19/24181, S. 85; *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (4); *Richter*, BRJ 2021, 19 (20).

¹³ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (7).

¹⁴ *Spahlinger/Schlott*, in: *Bieg/Borchardt/Frind* (Fn. 4), Teil 2, A, II, Rn. 10 ff.; *Richter*, BRJ 2021, 19 (23); *Geldmacher*, ZInsO 2010, 696 (699).

¹⁵ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (7); *Jacoby*, ZGR 2010, 359 (378).

¹⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 79; *Wahlers*, *Ausgestaltung und Erforderlichkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens*, Baden-Baden 2016, S. 172 f.; *Spahlinger/Schlott*, in: *Bieg/Borchardt/Frind* (Fn. 4), Teil 2, A, II, Rn. 10; *Westpfahl*, ZGR 2010, 385 (397); *Korch*, ZHR 182 (2018), 440 (472 f.).

¹⁷ *Thorwart/Schauer*, NZI 2011, 574.

¹⁸ BT-Drs. 12/2443, S. 211; *Wegener* (Fn. 8), S. 134 f.

¹⁹ *Wegener* (Fn. 8), S. 134 f.

²⁰ So BGHZ 116, 319 (322).

²¹ *Braun/Frank*, in: *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 8. Auflage München 2020, § 245 Rn. 1; *Hänel*, *Gläubigerautonomie und das Insolvenzplanverfahren*, Berlin 2000, S. 109.

²² *Stohrer*, ZInsO 2018, 660; *Richter*, BRJ 2021, 19 (21).

²³ BGHZ 166, 319, 323; *Voß*, AcP 97 (1905), 396 (398); mit anderer Ansicht *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649 (659).

²⁴ BGHZ 116, 319 (323 f.); *Wegener* (Fn. 8), S. 85; *Jaffé*, in: *FK-InsO* (Fn. 8), § 217 Rn. 17.

²⁵ *Hänel* (Fn. 21), S. 63.

²⁶ *Voß*, AcP 97 (1905), 396 (400 f.).

²⁷ BGH NZI 2006, 100 (102), Rn. 15.

²⁸ BT-Drs. 19/24181, S. 89; *Wegener* (Fn. 8), S. 86.

²⁹ *Henckel*, KTS 1989, 477 (484 f.); *A. Braun*, *Die vorinsolvenzliche Sanierung von Unternehmen*, Baden-Baden 2015, S. 42 f.; *Wegener* (Fn. 8), S. 87 (134, 180).

³⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 79; *Henckel*, KTS 1989, 477 (484).

und kein Akt demokratischer Willensbildung.³¹ Eine mehrheitliche Gruppenentscheidung kann nicht alle Interessen angemessen berücksichtigen, ist aber notwendig, um Handlungsfähigkeit zu erreichen.³²

C. Das Zustandekommen des Restrukturierungsplans

I. Planauswahl

Im Gegensatz zum Insolvenzplan hat der Restrukturierungsplan teilkollektiven Charakter, es müssen also nicht sämtliche Gläubiger miteinbezogen werden.³³ Der Schuldner entscheidet nach § 8 StaRUG, welche Gläubiger vom Plan betroffen sein sollen, und teilt diese nach § 9 StaRUG in Gruppen ein. Diese Auswahl muss nach sachgerechten Kriterien erfolgen. Damit versucht der Gesetzgeber, die Gefahr von Missbräuchen zu entschärfen.³⁴

Der Schuldner muss im darstellenden Teil des Plans nach § 8 S. 1 StaRUG darlegen, warum er manche Gläubiger einbezieht und andere außen vor lässt. Diese Transparenz soll neben einer besseren Überprüfbarkeit durch das Gericht auch den Gläubigern helfen, die Lastentragung des Plans auf ihre Angemessenheit zu überprüfen.³⁵ Der Gesetzgeber hält zum Beispiel die Restrukturierung durch die ausschließliche Einbeziehung von Finanzforderungen für angemessen, wie aus § 8 S. 2 Nr. 2 StaRUG hervorgeht. Der Hintergrund ist, dass Kreditinstitute und andere professionelle Finanzgläubiger in der Regel die notwendige Expertise haben, sich mit dem Restrukturierungsvorhaben zu befassen, und die erforderlichen Sanierungsbeiträge leisten können.³⁶ Klein-, Kleinstunternehmen, mittlere Unternehmen (KMUs) und Verbraucher können so unberücksichtigt bleiben. Mehrere Stimmen in der Literatur fordern sogar, den

Restrukturierungsrahmen ausschließlich für finanzwirtschaftliche Restrukturierungen zu eröffnen.³⁷ Für den Schuldner kann eine solche Auswahl den Vorteil haben, dass der operative Betrieb des Unternehmens nicht belastet wird, wenn beispielsweise Lieferanten vom Plan betroffen sind.³⁸ Dies zeigt aber auch, dass bei Kleingläubigern eine erhöhte Schutzbedürftigkeit gegeben ist.³⁹ Ob die Missbrauchsgefahr durch das Kriterium der Sachgerechtigkeit vermindert wird, ist fraglich. Da der Schuldner die zu beteiligenden Gläubiger auswählen kann, ist das Abstimmungsergebnis durch ihn beinahe planbar.⁴⁰ Missbraucht er diese Einflussnahme, sind nicht genug „rational agierende Gläubiger“ vorhanden, die gegen den Plan stimmen können.⁴¹ Dabei scheint eine strategische Ausübung der Gestaltungsmacht von Missbrauch nicht leicht zu unterscheiden zu sein.⁴² Bereits die Auswahl der Planbetroffenen kann folglich Auswirkungen auf das Abstimmungsergebnis haben.

II. Einteilung in Gruppen und Planabstimmung

Durch die Einteilung in verschiedene Abstimmungsgruppen würdigt der Schuldner die unterschiedliche rechtliche und wirtschaftliche Betroffenheit der Beteiligten.⁴³ Im Gegensatz zum Insolvenzplan müssen im Restrukturierungsplan Pflichtgruppen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1-4 StaRUG vorgesehen werden. Kleingläubiger bilden nach § 9 Abs. 2 S. 4 StaRUG eine eigene Gruppe, weil sie mit ihren niedrigeren Forderungssummen sonst von großen Finanzgläubigern in der gleichen Gruppe einfach überstimmt werden könnten.⁴⁴

Planbestätigung und damit Eintritt der Rechtswirkung gegenüber dissentierenden Gläubigern erfolgt nach § 60 Abs. 1 S. 1 StaRUG, wenn die betroffenen

³¹ BT-Drs. 12/2443, S. 79; so unzutreffender Weise *Thorwart/Schauer*, NZI 2011, 574.

³² BT-Drs. 12/2443, S. 211; *Wegener* (Fn. 8), S. 134 f.

³³ BT-Drs. 19/24181, S. 117; *Madaus*, Insolvenzzrechtliche Prinzipien für Restrukturierungshilfen?, Working Paper 2021-1 (<https://stephanmadaus.de/wp-content/uploads/2021/03/Ein-passendes-Paradigma-fuer-das-StaRUG-%E2%80%93-Madaus-WP-2021-1.pdf>, abgerufen am 08.01.2022), S. 5.

³⁴ BT-Drs. 19/24181, S. 117; *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614 (618).

³⁵ BT-Drs. 19/24181, S. 117 f.

³⁶ BT-Drs. 19/24181, S. 118; *Böhm*, in: Braun (Hrsg.), Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG), München 2021, § 8 Rn. 8.

³⁷ So *Hölzle*, ZIP 2017, 1307 (1309); *Bork*, ZIP 2017, 1441 (1450); *Stohrer*, ZInsO 2018, 660 (661); *Hölzle*, ZIP 2020, 585 (586 f, 594); *Gravenbrucher Thesen*,

Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren in Deutschland? (https://www.gravenbrucher-kreis.de/app/download/13030986435/Thesen_Restrukturierungsverf_Jan2017.pdf?t=1494422336, abgerufen am 08.01.2022), S. 2; mit anderer Ansicht *Heß*, Die Restrukturierung des Insolvenzrechts, Baden-Baden 2019, S. 72.

³⁸ BT-Drs. 19/24181, S. 118; *Böhm*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 8 Rn. 8.

³⁹ BT-Drs. 19/24181, S. 118; *Böhm*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 8 Rn. 8.

⁴⁰ *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614 (618).

⁴¹ BT-Drs. 19/24181, S. 117; *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614 (618).

⁴² *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614.

⁴³ *Böhm*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 9 Rn. 1; vgl. für Insolvenzplan BT-Drs. 12/2443, S. 199.

⁴⁴ BT-Drs. 19/24181, S. 119; BR-Drs. 619/20, S. 133 f; *Skauradszun*, ZRI 2020, 625 (632).

Gläubiger das Planangebot angenommen haben. Grundsätzlich hat der Schuldner die Wahl, ob er über sein Planangebot nach § 20 Abs. 1 StaRUG im privaten Rahmen oder vor Gericht nach §§ 23, 45 f. StaRUG abstimmen lassen will.⁴⁵

1. außergerichtliche Planabstimmung

Ohne die Beteiligung des Gerichts legt der Schuldner nach § 20 Abs. 5 S. 2 StaRUG die Bedingungen der Abstimmung fest. Insbesondere bestimmt er die Stimmrechte der Gläubiger nach der Höhe ihrer Forderungen.⁴⁶ Um Gläubiger vor einer Unterrepräsentation zu schützen, gehen Zweifel nach § 63 Abs. 3 S. 1 StaRUG zu Lasten des Schuldners. Besteht Streit über ein Stimmrecht, legt das Gericht gemäß § 63 Abs. 3 S. 2 StaRUG bei der Planbestätigung das Stimmrecht nach § 24 StaRUG fest und ist nicht an die Einschätzung des Schuldners gebunden.⁴⁷ § 19 StaRUG sichert, dass den Gläubigern mindestens 14 Tage eingeräumt wird, um sich mit dem Planangebot zu befassen.⁴⁸ Darüber hinaus kann ein Planbetroffener nach § 21 Abs. 1 StaRUG eine Versammlung zur Erörterung des Plans verlangen, wenn die Abstimmung ohne Versammlung durchgeführt werden soll.⁴⁹ Der Schuldner muss dann nach §§ 21 Abs. 3, 20 Abs. 3 S. 2 StaRUG Auskunft über den Inhalt und die relevanten Umstände des Plans geben.

2. gerichtliche Planabstimmung

Die Abstimmung ohne gerichtliche Begleitung wird wohl nicht zum Regelfall werden.⁵⁰ Wird außergerichtlich abgestimmt, muss das Gericht nach § 61 S. 2 StaRUG eine Anhörung der Planbetroffenen durchführen. Außerdem muss das Gericht den Plan nach § 67 Abs. 1 S. 2 StaRUG bestätigen, wenn dissentierende Gläubiger überstimmt werden sollen. Ist Streit

zu erwarten oder werden viele Kleingläubiger miteinbezogen, wird deshalb die Inanspruchnahme gerichtlicher Planabstimmung empfohlen. Sie sei regelmäßig sinnvoller, weil keine Zweifel am Abstimmungsverfahren aufkommen könnten.⁵¹ Außerdem sei besonders bei Kleingläubigern mehr Zuspruch für das Planangebot zu erwarten, wenn das Gericht eingebunden sei.⁵²

3. Mehrheitserfordernisse

Nach § 25 Abs. 1 StaRUG gilt der Plan als angenommen, wenn in jeder Gruppe 75 % der Stimmrechte auf die Annahme entfallen. Nicht anwesende Stimmen werden dabei wie Ablehnungen gezählt.⁵³ Es wird angenommen, dass ein hohes Quorum die Gläubiger schützt.⁵⁴ Ob die Grenze von 75 % aber ausreicht, ist strittig. Einerseits werden die Anforderungen des StaRUG als praktisch sehr hoch bewertet, da unter anderem nur anwesende Gläubiger zur Mehrheit beitragen können.⁵⁵ Andererseits werden auch höhere Quoten von bis zu 90 % gefordert.⁵⁶

Der Insolvenzplan erhebt einen weniger strengen Anspruch an die Mehrheitserfordernisse. Nach § 244 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO ist für die Annahme einer Gruppe nur eine einfache Mehrheit erforderlich.⁵⁷ Dafür muss eine Majorität bei den Forderungssummen und bei der Zahl der Köpfe erreicht werden. Das bedeutet, dass die anwesenden Gruppenmitglieder ihrer Anzahl nach mehrheitlich für den Plan stimmen müssen.⁵⁸ Dies hat den Vorteil, dass einzelne Gläubiger mit besonders hohen Forderungen die Sanierungsgespräche nicht dominieren. In Abweichung vom insolvenzrechtlichen Vorbild sieht der

⁴⁵ Thole, ZIP 2020, 1985; Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2362).

⁴⁶ Thole, ZIP 2020, 1985 (1990).

⁴⁷ BT-Drs. 19/24181, S. 162; Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 63.

⁴⁸ BT-Drs. 19/24181, S. 122; Hölzle, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, III, Rn. 9.

⁴⁹ Spahlinger, in: Skauradzun; Fridgen (Hrsg.), BeckOK-StaRUG, 2. Edition, Stand 01.09.2021, § 21 Rn. 1; Pehl, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 21 Rn. 2.

⁵⁰ Ebenso Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 56; Spahlinger, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 17 Rn. 2; Hölzle, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, III, Rn. 8, 15.

⁵¹ Spahlinger, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 23 Rn. 5; Thole, ZIP 2020, 1985 (1994); Gehrlein, BB 2021, 66 (70, 73).

⁵² Thole, ZIP 2020, 1985 (1994); Vallender, ZInsO 2020, 2677 (2678).

⁵³ Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 65; Gehrlein, BB 2021, 66 (70).

⁵⁴ Stohrer, ZInsO 2018, 660 (666).

⁵⁵ Desch, in: Desch (Fn. 4), § 1 Rn. 20; Thies, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, VII, Rn. 2; Proske/Streit, NZI 2020, 969 (970 f); Spahlinger, NZI-Beilage 2021, 32 (33).

⁵⁶ Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu präventiven Restrukturierungsverfahren, zweiter Chance und zur Steigerung der Effizienz von Insolvenzverfahren (https://die-dk.de/media/files/2017-06-06-Stn-DK-praevent_Restrukturierung-DE.pdf, abgerufen am 08.01.2022), S. 16.

⁵⁷ Müller, ZIP 2020, 2253 (2256).

⁵⁸ Geiwitz/von Danckelmann, in: Fridgen/Geiwitz/Göpfert, (Hrsg.), BeckOK-InsO, 23. Edition, Stand 15.04.2021, § 244 Rn. 2.

Restrukturierungsplan eine solche Lösung nicht vor, obwohl die Möglichkeit in Art. 9 Abs. 6 UAbs. 2 RL gegeben ist.⁵⁹

Der Gesetzgeber begründet seine Entscheidung gegen eine Kopfmehrheit damit, dass sonst mehr Raum für Umgehungsstrategien eröffnet werden würde, indem Forderungen auf mehrere Gläubiger aufgespalten und so die Zahl der Stimmberechtigten erweitert werden könnte. Eine solche Strategie könne zwar durch das Bestimmen eines Stichtags entschärft werden, würde das Verfahren jedoch mit einer „streitanfälligen Frage“ belasten.⁶⁰ Stattdessen würden die Pflichtgruppen insbesondere für Kleingläubiger einer Dominanz durch Großgläubiger vorbeugen.⁶¹ Als Folge dessen muss der Schuldner Mehrheiten in den Gruppen erreichen, der Plan muss also den Interessen der verschiedenen Gläubigergruppen entsprechen. Da jedoch nicht abgegebene Stimmen ablehnend gewertet werden, ist der Schuldner auf die Beteiligung der Gläubiger angewiesen.⁶² Bei einer niedrigen Beteiligungsquote spiegelt das Abstimmungsergebnis folglich nicht wider, ob der Plan interessengerecht ist. Die fehlende Kopfmehrheit kompensiert somit die eher hohen Anforderungen an die Summenmehrheit.⁶³

Warum die bewährte Lösung mit einer Kopfmehrheit nicht fortgeführt wird, bleibt offen. Wenn sich nur wenige Gläubiger an der Abstimmung beteiligen, weil sich zum Beispiel die Anreise nicht lohnt, kann dieses Fortbleiben den ganzen Plan zu Fall bringen. Der Schuldner ist deshalb besonders angehalten, sich bereits im Vorfeld mit den Planbetroffenen abzusprechen. Gegner eines Planvorhabens und insbesondere KMU⁶⁴ dürfen sich jedoch über eine stärkere Position bei der Planabstimmung freuen.

III. Obstruktionsverbot

Falls eine ganze Gruppe die Zustimmung verweigert, kann sie mit dem Mittel des Obstruktionsverbots aus

§ 26 StaRUG überstimmt werden („*cross-class-cram-down*“). Gläubiger werden so in den Plan einbezogen, die mit dessen Inhalt nicht einverstanden sind, wenn eine erfolgreiche Restrukturierung dennoch möglich erscheint.⁶⁵ Eine solche Überstimmung kann massive Auswirkungen auf die Forderungen der überstimmten Gläubiger haben und wird deshalb mit Hinblick auf den vorinsolvenzlichen Charakter des Restrukturierungsverfahrens teilweise als unangemessen abgelehnt.⁶⁶ Auch wird gefordert, dass nur eine einzelne Gruppe überstimmt werden sollen könnte.⁶⁷ Gerade für Gesellschafter kann eine gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung bedeuten, dass sie gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen wie in § 225a InsO unterworfen werden, obwohl ihre Gruppe den Plan ablehnt.⁶⁸ Der Gesetzgeber hat wegen der Schwere dieses Eingriffs Schutzmechanismen vorgesehen, damit eine Gläubigerminderheit in ihren Interessen nicht übergangen wird. Diese werden als „gruppenbezogener Minderheitenschutz“⁶⁹ bezeichnet und im Rahmen der gerichtlichen Planbestätigung geprüft.

IV. Planbestätigung

Damit die Beteiligten im Restrukturierungsverfahren möglichst autonom bleiben können, ist grundsätzlich keine gerichtliche Bestätigung des Plans notwendig.⁷⁰ Damit weicht das StaRUG vom Vorbild des Insolvenzplans ab, der in § 248 Abs. 1 InsO die Gerichtsbestätigung verpflichtend vorschreibt. Die Restrukturierungsrichtlinie fordert in Art. 4 Abs. 6 RL für das Verfahren jedoch eine möglichst geringe Gerichtseteiligung, damit eine konsensuale Planlösung möglich ist und der Plan schnell abgewickelt werden kann.⁷¹ Sollen allerdings Gläubiger überstimmt werden, ist die gerichtliche Planbestätigung nach § 67 Abs. 1 StaRUG notwendig, damit der Plan Rechtswirkung erlangt.⁷² So sollen dissentierende Gläubiger durch die obligatorische Prüfung des Gerichts geschützt und die

⁵⁹ Thole, ZIP 2020, 1985 (1990).

⁶⁰ BT-Drucks. 19/24181, S. 127.

⁶¹ BT-Drs. 19/24181, S. 127; für eine Kopfmehrheit Zipperer, ZInsO 2016, 831 (837).

⁶² Thies, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, VII, Rn. 119.

⁶³ Spahlinger, NZI-Beilage 2021, 32 (33).

⁶⁴ Herzig, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 26 Rn. 10.

⁶⁵ BT-Drs. 19/24181, S. 127 f; ErwG zur RL (EU) 2019/1023, Nr. 47; Gehrlein, BB 2021, 66 (70 f.); Herzig, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 26 Rn. 1.

⁶⁶ Stohrer, ZInsO 2018, 660 (666 f.); Heß (Fn. 37), S. 184; Die Deutsche Kreditwirtschaft (Fn. 56), S. 16 f.

⁶⁷ Korch, ZHR 182 (2018), 440 (480); Müller, ZIP 2020, 2253 (2256).

⁶⁸ Schäfer, ZIP 2020, 2164 (2166).

⁶⁹ Kern, in: Jaeger (Begr.), Insolvenzordnung Großkommentar, Berlin/Boston 2019, § 251 Rn. 5.

⁷⁰ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 60 Rn. 1; Stohrer, ZInsO 2018, 660 (662).

⁷¹ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 60 Rn. 1; Madaus, in: Flöther (Hrsg.), Sanierungsrecht, Einführung zur Richtlinie der Europäischen Kommission über präventive Restrukturierungsrahmen, München 2019, F Rn. 199; Zipperer, ZInsO 2016, 831 (833).

⁷² Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 60 Rn. 1; Hölze, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, III, Rn. 18; Skauradszun, ZRI 2020, 625 (632).

Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens sichergestellt werden.⁷³ Die Planbestätigung bildet damit den gläubigerschützenden Ausgleich zu dem weitestgehend durch den Schuldner frei steuerbaren Planverfahren.⁷⁴ Auf Antrag des Schuldners überprüft das Gericht die Rechtmäßigkeit des Plans, unabhängig davon, ob es zur Planabstimmung hinzugezogen wurde oder nicht.⁷⁵

In § 63 Abs. 1, Abs. 2 StaRUG sind die Voraussetzungen für die Bestätigung negativ in Form von Versagungsgründen aufgezählt.⁷⁶ Das Gericht überprüft von Amts wegen, ob der Schuldner überhaupt drohend zahlungsunfähig ist.⁷⁷ Damit wird sichergestellt, dass sich ein gesundes Unternehmen mit Hilfe der Restrukturierungsinstrumente keiner teuren Verbindlichkeiten entledigt.⁷⁸ Weiterhin muss der Planinhalt den Maßgaben der §§ 5-13 StaRUG entsprechen und wirksam angenommen worden sein.⁷⁹ Wenn die Planabstimmung außergerichtlich erfolgt ist, muss der Schuldner nach § 60 Abs. 1 S. 3 StaRUG eine vollständige Dokumentation über die Abstimmung erbringen. Da das Gericht davor nicht beteiligt wurde, gehen Zweifel nach § 63 Abs. 3 S. 1 StaRUG zu seinen Lasten.⁸⁰ Für diesen Fall soll das Gericht eine erhöhte Prüfungsdichte haben, da schlecht beratene Schuldner mit erhöhter Wahrscheinlichkeit Fehler bei der gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung machen können.⁸¹

D. Mechanismen des Minderheitenschutzes

Im StaRUG finden sich an verschiedenen Stellen Regelungen, die den Schutz und die Beachtung der Interessen der dissentierenden Gläubiger beim Zustandekommen des Plans sicherstellen sollen.

I. Gruppenbezogener Minderheitenschutz

Bevor eine Gläubigergruppe im Wege des Obstruktionsverbots überstimmt werden kann, müssen die

Voraussetzungen der §§ 26 Abs. 1 Nr. 1-3 StaRUG iVm §§ 27, 28 StaRUG kumulativ vorliegen.⁸²

1. Schlechterstellungsverbot

Die Restrukturierungsrichtlinie legt in Art. 10 Abs. 2 Buchst. d RL fest, dass die Mitgliedsstaaten im Falle einer Obstruktion das „Kriterium des Gläubigerinteresses“ erfüllen müssen. Dieses Kriterium wird in Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL definiert und ist dann als erfüllt anzusehen, wenn kein ablehnender Gläubiger durch den Restrukturierungsplan schlechter gestellt wird, als er seinem Rang nach bei einer Liquidation durch nationales Recht stehen würde.

§ 26 Nr. 1 StaRUG setzt dieses Kriterium um. Dissentierende Betroffene sollen durch den Restrukturierungsplan nicht schlechter gestellt werden dürfen, als sie ohne den Plan stünden.⁸³ Für diese Beurteilung wird der Fall, dass der Plan wirksam wird, mit der wirtschaftlichen Situation ohne den Plan verglichen.⁸⁴ So soll bereits früh abgesichert werden, dass Gläubiger durch eine gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung keinen Forderungswert verlieren. Der darstellende Teil des Restrukturierungsplans muss deshalb nach § 6 Abs. 2 S. 1 StaRUG eine Vergleichsrechnung enthalten, in der die Folgen des Plans auf die Forderungen und Befriedigungsaussichten der Gläubiger dargelegt werden.⁸⁵

a) nächstbestes Alternativszenario

Die Effektivität des Verbots hängt maßgeblich davon ab, welches Alternativszenario in der Vergleichsrechnung gewählt wird.⁸⁶ Die Restrukturierungsrichtlinie sieht in Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL die Liquidation und ein nächstbestes Alternativszenario als alternative Vergleichsmaßstäbe vor.⁸⁷ Der Insolvenzplan zieht in § 251 Abs. 1 InsO ausschließlich die Verwertung im Insolvenzverfahren als Alternative heran.⁸⁸ Dem

⁷³ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 63 Rn. 1; Zipperer, ZInsO 2016, 831 (833); vgl. für Insolvenzplan Thies, in: HambKomm (Fn. 8), § 250 Rn. 1.

⁷⁴ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 63 Rn. 19.

⁷⁵ Thole, ZIP 2020, 1985 (1997); Vallender, ZInsO 2020, 2677 (2678).

⁷⁶ BT-Drs. 19/24181, S. 162; Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 63 Rn. 1; Vahlender, ZInsO 2020, 2677 (2678 f.).

⁷⁷ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 63 Rn. 18; Vahlender, ZInsO 2020, 2677 (2679).

⁷⁸ Geldmacher, ZInsO 2010, 696 (700).

⁷⁹ Vahlender, ZInsO 2020, 2677 (2679).

⁸⁰ BT-Drs. 19/24181, S. 162; Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 63 Rn. 15.

⁸¹ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 63 Rn. 8.

⁸² Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 68; Spahlinger, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 26 Rn. 2.

⁸³ Spahlinger, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 26 Rn. 9; Smid, in: Pannen/Riedemann/Smid (Hrsg.), Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz, München 2021, § 26 Rn. 12.

⁸⁴ Spahlinger, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 26 Rn. 17; Herzig, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 26 Rn. 11; Distler, ZIP 2021, 1033 (1040).

⁸⁵ Herzig, in: Braun StaRUG (Fn. 36), § 26 Rn. 6.

⁸⁶ Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 69.

⁸⁷ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 9; Hoffmann/Braun, in: Flöther (Fn. 71), F Rn. 387.

⁸⁸ LG Stade NZI 2019, 31; Kern, in: Jaeger (Fn. 69), § 251 Rn. 32; Geiwitz/von Danckelmann, in: BeckOK-InsO (Fn. 58), § 245 Rn. 4.

entgegen steht der amerikanische *Bankruptcy Code*⁸⁹, der auf den Fortführungswert abstellt.⁹⁰ Fraglich ist, welcher Maßstab im deutschen Restrukturierungsverfahren sinnvoller ist.

Wenn die Verwertung im Insolvenzverfahren als Bezugspunkt für die Schlechterstellung gewählt wird, garantiert das den Gläubigern einen Kernbereich für den Wert ihrer Forderungen, der nicht unterschritten werden darf.⁹¹ Der Schuldner soll sich durch das Unterstellen des Worstcase-Szenarios aber nicht mehr Raum schaffen können, in Rechte der Gläubiger einzugreifen („arm rechnen“).⁹² In Hinblick auf das Restrukturierungsziel ist zuerst immer von der Fortführung des Unternehmens auszugehen.⁹³ Erst danach und mit fundierter Begründung darf die Regelliquidation als Alternative bedacht werden.⁹⁴ Soll das Unternehmen fortgeführt werden, ist nach § 6 Abs. 2 S. 2 StaRUG vorrangig die Fortführung ohne Plan als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.

b) Herausforderungen der Vergleichsrechnung

Der Schuldner erstellt die Vergleichsrechnung selbst.⁹⁵ Sie kann ihn somit vor schwierige Einschätzungsfragen stellen. Das nächstbeste Alternativszenario sollte kein Extrem darstellen.⁹⁶ Da der Restrukturierungsplan zum Zeitpunkt drohender Zahlungsunfähigkeit konzipiert wird, ließe sich argumentieren, der Gläubiger könne noch voll befriedigt werden. Seine Forderung bestehe also noch in Höhe ihres wahren Werts („*in-the-money*“).⁹⁷ Ein potenzieller Plan, der nicht die volle Befriedigung des Gläubigers vorsieht, stellt so automatisch die schlechtere Alternative dar und wäre wegen des Schlechterstellungsverbots unmöglich.⁹⁸ Wenn hingegen die Forderungen des

Gläubigers bereits als verloren angesehen werden, ergibt sich immer das gegenteilige Ergebnis („*out-of-the-money*“).⁹⁹ Jeder Restrukturierungsplan ist dann besser, der auch nur irgendeine Befriedigung vorsieht.¹⁰⁰ Um einen realistischen Verkaufspreis zu ermitteln, kann der Schuldner einen Markttest durchführen, bei dem er das Unternehmen probeweise zum Verkauf anbietet. Doch ist ein solches Verfahren von vielen Faktoren abhängig, was es unsicher macht. Gleichzeitig wird das Vorhaben bekannt, was die Sanierungschancen weiter schmälert.¹⁰¹ Für den Restrukturierungsplan als schnelles und frühes Sanierungsinstrument wird ein Markttest deshalb überwiegend nicht gefordert.¹⁰²

Der Schuldner ist nicht verpflichtet, im Vorfeld mit den Gläubigern zu verhandeln oder ihnen sein Restrukturierungsvorhaben anzuzeigen.¹⁰³ Somit hängt es vorrangig von ihm allein ab, welches nächstbeste Alternativszenario er für die Vergleichsrechnung wählt.

c) Machbarkeitsprüfung

Anhand des Insolvenzplans wurde bereits die Frage aufgeworfen, inwieweit das Gericht bei dem Vergleich der Szenarien den vom Schuldner vorgelegten Plan hinnehmen sollte. Eine Ansicht fordert, dass das Gericht auch die Machbarkeit des Plans überprüfe, so wie es das US-Recht in Form der „*feasibility*“-Prüfung vorsehe.¹⁰⁴ Begründet wird diese Prüfung damit, dass die Schlechterstellung bei einem unrealistischen Plan nur auf dem Papier nicht bestehen würde. Tatsächlich würden die betroffenen Gläubiger durch einen undurchführbaren Plan aber schlechter gestellt als in der Regelliquidation.¹⁰⁵ Die Gegenansicht wendet

⁸⁹ Der unter dem Namen „Bankruptcy Code“ bekannte Chapter 11 BC regelt das US-amerikanische Reorganisationsverfahren. Überblick bei *Braun*, in: Nerlich/Römermann (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, Stand Mai 2021, Vorb. vor §§ 217 bis 269 InsO, Rn. 40-45.

⁹⁰ *Dammann*, Der Vorschlag der Kommission für vorinsolvenzliche Restrukturierung und Auswirkung auf den Gläubigerschutz, Studie Juri Ausschuss ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583155/I-POL_STU\(2017\)583155_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583155/I-POL_STU(2017)583155_DE.pdf), abgerufen am 08.01.2022), S. 39.

⁹¹ *Hoffmann/Braun*, in: Flöther (Fn. 71), F Rn. 387.

⁹² *Böhm*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 6 Rn. 14; *Bork*, ZRI 2021, 345 (357).

⁹³ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 26 Rn. 6; *Smid*, in: Pannen/Riedemann/Smid (Fn. 83), § 26 Rn. 13; *Thole*, ZIP 2021, 1985 (1989).

⁹⁴ BT-Drs. 19/24181, S. 128; *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 28 Rn. 5.

⁹⁵ *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614 (615).

⁹⁶ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (55).

⁹⁷ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (55).

⁹⁸ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (55).

⁹⁹ So auch *Schäfer*, ZIP 2019, 1645 (1646); *Schäfer*, ZIP 2020, 2164 (2168).

¹⁰⁰ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (55).

¹⁰¹ *Böhm*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 6 Rn. 23, 25; *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (68).

¹⁰² *Böhm*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 6 Rn. 24; ErWG zur RL (EU) 2019/1023, Nr. 50; *Langer/Wolf*, in: Morgen (Hrsg.), *Präventive Restrukturierung*, Köln 2019, Art. 14, Rn. 2; mit anderer Ansicht *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (67).

¹⁰³ *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614 (616).

¹⁰⁴ *Braun/Frank*, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 245 Rn. 4; *Distler*, ZIP 2021, 1033 (1035).

¹⁰⁵ So *Braun/Frank*, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 245 Rn. 4; im Ergebnis auch *Lüer/Streit*, in: Hirte/Vallender (Hrsg.),

ein, dass eine solche Machbarkeitsprüfung vom Gesetz eben nicht vorgesehen sei.¹⁰⁶

Im Restrukturierungsverfahren stellt sich diese Frage erneut. Ein Vertreter der ersten Ansicht kommt wieder zu dem Ergebnis, dass das Gericht eine Machbarkeitsprüfung vorzunehmen habe.¹⁰⁷ Dies verkennt aber zum einen, dass der Gesetzgeber sich trotz Wissen um die Uneinigkeit nicht für eine ausdrückliche Anpassung in § 26 StaRUG entschieden hat. Stattdessen sieht § 63 Abs. 1 Nr. 3 StaRUG vor, dass das Gericht im Rahmen der Planbestätigung die den Gläubigern zugewiesenen Ansprüche auf ihre offensichtliche Unmöglichkeit zu prüfen hat.¹⁰⁸ Zum anderen ist es Sache der Gläubiger die Machbarkeit, also die Konformität des Plans mit dem Markt, zu bewerten.¹⁰⁹ Diese Entscheidung ist im Wege der Planabstimmung in die Hände der Gläubiger gelegt. Als Marktteilnehmer und Betroffene können sie mehrheitlich besser als das Gericht einschätzen, ob der Plan realisierbar ist.¹¹⁰

2. angemessene Planwertbeteiligung

Als weitere Voraussetzung müssen überstimmte Gläubiger nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der den Planbetroffenen zufließen soll. Die Höhe dieses Betrags regelt sich nach der absoluten Prioritätsregel in § 27 StaRUG, deren Reichweite in § 28 StaRUG eingeschränkt wird.

a) absolute Prioritätsregel nach § 27 StaRUG

Die absolute Prioritätsregel teilt sich in drei Grundsätze aus § 27 Abs. 1 Nr. 1-3 StaRUG auf, die Rangordnung und Gleichbehandlung der überstimmten Gläubiger sicherstellen sollen.¹¹¹ Nach dem Verbot der Überbefriedigung darf kein Planbetroffener mehr ausgezahlt bekommen als den vollen Betrag seines Anspruchs. Damit ist die Obergrenze der möglichen Befriedigung anderer Gläubiger der Nennwert ihrer Forderung.¹¹² § 27 Abs. 1 Nr. 3 StaRUG beschreibt

das Gebot der Gleichbehandlung von Gruppen gleichen Rangs. So dürfen planbetroffene Gläubiger, die gleichrangig mit den überstimmten Beteiligten sind, nicht besser befriedigt werden.¹¹³ Zuletzt besagt das Gebot der Rangwahrung nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG, dass nachrangige Gläubiger gemäß ihrer Rangstellung im Insolvenzverfahren befriedigt werden müssen. Auch der Schuldner und die am Schuldnervermögen beteiligten Personen dürfen keine wirtschaftlichen Werte erhalten.¹¹⁴

b) Ausnahmen von der absoluten Prioritätsregel

§ 28 Abs. 1 StaRUG formuliert eine Ausnahme der absoluten Prioritätsregel, nach der gleichrangige Gläubiger dann ungleich behandelt werden können, wenn eine solche Behandlung den Umständen nach sachgerecht ist.¹¹⁵ Damit wurde von der Möglichkeit in Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 RL Gebrauch gemacht, was im Vergleich zur InsO eine Neuerung darstellt. Diese Regelung soll dem teilkollektiven Charakter des Restrukturierungsverfahrens Rechnung tragen.¹¹⁶ So sollen zum Beispiel Lieferanten bevorteilt werden können, die für die weitere Restrukturierung wichtig sind.¹¹⁷ Nach § 28 Abs. 1 S. 2 StaRUG ist eine Ungleichbehandlung aber jedenfalls dann nicht sachgerecht, wenn auf die überstimmte Gruppe mehr als 50 % der Stimmrechte der Gläubiger gleicher Rangklasse entfällt. So soll eine zusätzliche Belastung der Gläubiger ausgeschlossen sein, die eh schon mehr als die Hälfte der Sanierungsbeiträge in ihrer Rangklasse zu tragen haben.¹¹⁸ Die Voraussetzungen erscheinen manchen aber trotz der Konkretisierung in § 28 Abs. 1 S. 2 StaRUG unklar und wären letztendlich von der Bewertungsentscheidung des Gerichts abhängig.¹¹⁹ Die Durchbrechung der absoluten Priorität stand deshalb im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses in der Kritik, da sie zusätzlich zu der qualifizierten

Uhlenbruck Insolvenzordnung, 15. Auflage München 2019, § 245 Rn. 9 ff; *Thies*, in: HambKomm (Fn. 8), § 245 Rn. 8.

¹⁰⁶ *Löer/Streit*, in: Uhlenbruck (Fn. 105), § 245 Rn. 11; *Distler*, ZIP 2021, 1033 (1036).

¹⁰⁷ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 26 Rn. 12.

¹⁰⁸ So auch *Distler*, ZIP 2021, 1033 (1036).

¹⁰⁹ *Jacoby*, ZGR 2010, 359 (379); *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (56 f.); *Madaus* (Fn. 33), S. 11.

¹¹⁰ BT-Drs. 19/24181, S. 85 f; *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (57 f.).

¹¹¹ *Desch*, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 74; *Spahlinger*, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 27 Rn. 2.

¹¹² *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 27 Rn. 4; *Spahlinger*, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 27 Rn. 9.

¹¹³ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 27 Rn. 11; *Spahlinger*, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 27 Rn. 2.

¹¹⁴ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 27 Rn. 5; *Spahlinger*, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 27 Rn. 14.

¹¹⁵ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 28 Rn. 17; *Spahlinger*, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 28 Rn. 4.

¹¹⁶ BT-Drs. 19/24181, S. 129; *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 28 Rn. 4.

¹¹⁷ BT-Drs. 19/24181, S. 129; *Spahlinger*, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 28 Rn. 5; *Müller*, ZIP 2020, 2253 (2256).

¹¹⁸ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 28 Rn. 5.

¹¹⁹ *Herzig*, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 28 Rn. 17.

Mehrheitsanforderung bei der Planabstimmung weitere Hürden aufwerfe.¹²⁰

3. Zustimmung der Gruppenmehrheit

Als dritte Voraussetzung für eine Zustimmungsfiktion muss nach § 26 Abs. 1 Nr. 3 StaRUG die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt haben. Sind nur zwei Gruppen gebildet worden, genügt die Zustimmung der anderen Gruppe.¹²¹ Dies bietet die Möglichkeit, dass sogar eine Gruppe mit größeren Forderungssummen von einer anderen im Wege des *cross-class-cram-down* überstimmt werden kann.¹²²

II. Individueller Minderheitenschutz

Neben gruppenbezogenen Schutzmechanismen sieht das Restrukturierungsverfahren auch Rechtsmittel vor, die individuell geltend gemacht werden können.

1. Minderheitenschutzantrag

Gemäß § 64 StaRUG kann ein überstimmtter Gläubiger beantragen, dass er nicht schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde.¹²³ Hierbei handelt es sich neben dem gruppenbezogenen Schutz um einen weiteren Mechanismus, der das Kriterium des Gläubigerinteresses umsetzen soll. Insbesondere einfach überstimmtte Gläubiger können so eine Schlechterstellung ihrer Forderungen verhindern.

a) Voraussetzungen

Voraussetzung für einen Schutzantrag ist nach § 64 Abs. 2 S. 1 StaRUG, dass der Antragssteller dem

Plan widersprochen und seine voraussichtliche Schlechterstellung geltend gemacht hat.¹²⁴ Inhaltlich ist das Kriterium der Schlechterstellung gleichbedeutend mit dem der Voraussetzung des Obstruktionsverbot in § 26 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG.¹²⁵ Trotz der Formulierung „voraussichtlich“ sind die Anforderungen an die Geltend- und Glaubhaftmachung der Schlechterstellung hoch.¹²⁶ Der Gläubiger muss zeigen und gegebenenfalls unter Bezugnahme auf die Vergleichsrechnung vorrechnen, warum eine Schlechterstellung überwiegend wahrscheinlich ist.¹²⁷ Der Minderheitenschutz nach § 64 StaRUG kann bis zur Verkündung der Bestätigungsentscheidung beantragt werden.¹²⁸ Das Gericht kann nach § 73 Abs. 3 Nr. 1 Var. 3 StaRUG den Restrukturierungsbeauftragten als Sachverständigen hinzuziehen.¹²⁹

b) Ausgleichsmittel

Im Plan dürfen nach § 64 Abs. 3 S. 1 StaRUG keine Mittel vorgesehen sein, die einen schlechter gestellten Gläubiger entschädigen sollen.¹³⁰ Diese Regelung entspricht § 251 Abs. 3 S. 1 InsO, ist in der Restrukturierungsrichtlinie jedoch nicht vorgesehen.¹³¹ Mit der Zurückstellung von Vermögenswerten kann der Schuldner die notwendige Schlechterstellung von Gläubigern einkalkulieren und vorsorglich kompensieren.¹³² Die Streitigkeiten werden ausgelagert, um das Verfahren einfacher und schnell zu halten.¹³³ Solche „salvatorischen Klauseln“ sollen mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung vereinbar sein.¹³⁴ Das Gericht

¹²⁰ Herzig, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 28 Rn. 6; Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme zum Referententwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 2.10.2020 (https://die-dk.de/media/files/201002_-_StN_DK_-_SanInsFoG.pdf, abgerufen am 08.01.2022), S.12; Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V., Stellungnahme zum Referententwurf v. 18.9.2020 eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/19_wp/SanInsFoG/stellung_refe_ba-kinso.pdf;jsessio-

[nid=52798D3E4106629D04D13640DFD69EA8.2_cid294?__blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/19_wp/SanInsFoG/stellung_refe_ba-kinso.pdf;jsessio-nid=52798D3E4106629D04D13640DFD69EA8.2_cid294?__blob=publicationFile&v=2), abgerufen am 08.01.2022), S. 1; befürwortend Müller, ZIP 2020, 2253 (2256).

¹²¹ ErwG zur RL (EU) 2019/1023, Nr. 54; Spahlinger, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 26 Rn. 27.

¹²² Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 71.

¹²³ Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 1; Smid, in: Pannen/Riedemann/Smid (Fn. 83), § 64 Rn. 1.

¹²⁴ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 12.

¹²⁵ Vgl. für Insolvenzplan Kern, in: Jaeger (Fn. 69), § 251 Rn. 5; Braun/Frank, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 251 Rn. 6; Thies, in: HambKomm (Fn. 8), § 251 Rn. 1.

¹²⁶ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 13; Thorwart/Schauer, NZI 2011, 574 (575).

¹²⁷ LG Hamburg ZInsO 2015, 159 (161); AG Bonn ZInsO 2015, 353 (354); Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 13; Wegener (Fn. 8), S. 139, 157.

¹²⁸ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 5; mit anderer Ansicht Haas, in: Kayser/Thole (Hrsg.), Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung, 9. Auflage Heidelberg 2018, § 251 Rn. 4.

¹²⁹ Fuhst, in: Desch (Fn. 4), § 5 Rn. 10; Blümle/Erbe, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 73 Rn. 20.

¹³⁰ Desch, in: Desch (Fn. 4), § 3 Rn. 93; Thies, in: HambKomm (Fn. 8), § 251 Rn. 14.

¹³¹ BT-Drs. 19/24181, S. 163; Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 86; Schäfer, ZIP 2020, 2164 (2168).

¹³² Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 14; vgl. für Insolvenzplan Thies, in: HambKomm (Fn. 8), § 251 Rn. 14.

¹³³ BT-Drs. 17/5712, S. 35; Wegener (Fn. 8), S. 162.

¹³⁴ BT-Drs. 17/5712, S. 35.

muss den Antrag auf Minderheitenschutz grundsätzlich abweisen, wenn Mittel im Plan bereitgestellt sind. Eine Ausnahme bildet der Fall, dass die Gelder offensichtlich unzureichend sind.¹³⁵ Insoweit ist § 64 Abs. 3 S. 1 StaRUG teleologisch zu reduzieren, weil ansonsten nur symbolische Rücklagen für Gläubiger gebildet werden würden.¹³⁶ Da die Frist für Minderheitenschutzanträge mit der Bestätigungsentscheidung endet, hat das Gericht einen genauen Überblick über die Zahl der Ausgleichspflichtigen.¹³⁷

Im Restrukturierungsverfahren ist wegen dem frühen Sanierungszeitpunkt im Vergleich zum Insolvenzverfahren eher damit zu rechnen, dass Vermögen für Rücklagen gebildet werden kann. Kritiker warnen aber vor einer Verwendung als „Allheilmittel“.¹³⁸ Gerade im Restrukturierungsverfahren sei die Ermittlung des Alternativszenarios schwierig und ungenau, womit auch die Höhe der Ausgleichszahlungen unklar sei.¹³⁹ Ob die Gläubiger in den ausgelagerten Zivilprozessen auch an ihre Ausgleichszahlungen kommen, kann zum Zeitpunkt der Planumsetzung somit noch offen sein.

c) Ermittlung von Amts wegen

§ 64 StaRUG soll individuellen Minderheitenschutz garantieren, indem jeder Gläubiger, der eine Schlechterstellung seiner Position durch den Restrukturierungsplan glaubhaft macht, den Plan verhindern kann.¹⁴⁰ Ist der Antrag zulässig und begründet, ist die Planbestätigung durch das Gericht zu versagen.¹⁴¹ Fraglich ist, inwieweit das Gericht die Schlechterstellung selbst überprüfen muss. In der Gesetzesbegründung findet sich hierzu keine Aussage.¹⁴² Weil sich Minderheitsgläubiger und Gläubigermehrheit direkt gegenüberstehen, hält eine Ansicht den Beibringungsgrundsatz nach § 282 Abs. 1 ZPO für anwendbar.¹⁴³ Dafür spräche, dass der Gläubiger seine Schlechterstellung nach § 64 Abs. 3 S. 1 StaRUG

„nachweisen“ müsse, anstatt dass das Gericht eine solche Stellung von Amts wegen erforschen solle.¹⁴⁴ Diese Ansicht ist jedoch mit dem Sinn und Zweck von § 64 StaRUG nicht vereinbar. Wenn es sich bei dem betroffenen Gläubiger um einen Kleinstunternehmer handelt, wird dieser mit fehlender Expertise und begrenzten Mitteln bereits Schwierigkeiten haben, die erforderliche Schlechterstellung für die Zulässigkeit des Antrags glaubhaft zu machen.¹⁴⁵ Effektiver Minderheitenschutz kann nur gewährleistet werden, wenn nicht der Minderheitsgläubiger mit seinem beschränkten Einblick, sondern das Gericht durch eine exakte Überprüfung der relevanten Informationen den Plan von Amts wegen auf eine Schlechterstellung untersucht.¹⁴⁶

2. Sofortige Beschwerde

Ein weiteres Rechtsmittel findet sich in § 66 StaRUG. Die sofortige Beschwerde ermöglicht es Betroffenen, den Bestätigungsbeschluss des Plans anzufechten.¹⁴⁷ Die Beschwerde ist nach §§ 40 Abs. 1, 38 S. 1 StaRUG iVm § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO innerhalb von zwei Wochen nach Verkündung des Beschlusses beim Restrukturierungsgericht einzulegen.¹⁴⁸ Der Beschwerdeführer muss dem Plan nach § 66 Abs. 2 Nr. 1, 2 StaRUG im Abstimmungsverfahren widersprochen und gegen ihn gestimmt haben. Dies weicht vom Vorbild des § 253 InsO ab, der einen Widerspruch zum Abstimmungstermin vorsieht.¹⁴⁹ Der Gesetzgeber nimmt damit auf die privatautonome Gestaltungsfreiheit im Vorfeld der Planbestätigung Rücksicht, nach der weder ein Abstimmungstermin noch eine Planbetroffenenversammlung zwangsläufig vorliegen muss.¹⁵⁰

a) wesentliche Schlechterstellung

Materiell muss der Beschwerdeführer gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 StaRUG eine wesentliche Schlechterstellung glaubhaft machen. Das Merkmal

¹³⁵ Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 90; vgl. für Insolvenzplan BT-Drs. 17/5712, S. 35; Thies, in: HambKomm (Fn. 8), § 251 Rn. 23.

¹³⁶ Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 90.
¹³⁷ Wegener (Fn. 8), S. 165.

¹³⁸ Distler, ZIP 2021, 1033 (1040).

¹³⁹ Distler, ZIP 2021, 1033 (1040); Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 86.

¹⁴⁰ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 64 Rn. 3; Kern, in: Jaeger (Fn. 69), § 251 Rn. 5; Braun/Frank, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 251 Rn. 1.

¹⁴¹ Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 94.

¹⁴² BT-Drs. 19/24181, S. 163; Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 60.

¹⁴³ Wegener (Fn. 8), S. 155.

¹⁴⁴ Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 62.

¹⁴⁵ So auch Wegener (Fn. 8), S. 218 f.

¹⁴⁶ Ebenso Wegener (Fn. 8), S. 156 a.E.; mit anderer Ansicht im Ergebnis Skauradszun, in: BeckOK-StaRUG (Fn. 49), § 64 Rn. 68.

¹⁴⁷ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 1; vgl. Braun/Frank, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 253 Rn. 1.

¹⁴⁸ Fendel, in: Braun StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 7.

¹⁴⁹ Braun/Frank, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 253 Rn. 4; Kern, in: Jaeger (Fn. 69), § 253 Rn. 19.

¹⁵⁰ BT-Drs. 19/24181, S. 164; Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 7.

„wesentlich“ findet sich in § 64 Abs. 2 StaRUG nicht. Wann genau die Schwelle der Wesentlichkeit erreicht ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.¹⁵¹ Im Insolvenzplanverfahren wird daher teils mit einer „10-%-Grenze“ gearbeitet. Danach ist eine Schlechterstellung wesentlich, wenn der Gläubiger nach dem Insolvenzplan mindestens 10 % weniger erhält als bei einer Regelliquidation.¹⁵² Diese Grenze soll auch auf den Restrukturierungsplan anwendbar sein, wobei den Vergleichsmaßstab das nächstbeste Alternativszenario bilden müsste.¹⁵³ Wie beim Minderheitenschutzantrag dürfen keine Ausgleichsmittel im Plan bereitgestellt sein.¹⁵⁴

b) Rechtsfolge

Rechtsfolge einer sofortigen Beschwerde ist die Aufhebung des Bestätigungsbeschlusses durch das Beschwerdegericht.¹⁵⁵ Der Rechtsbehelf hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, was auf Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 RL zurückzuführen ist.¹⁵⁶ Damit der bestätigte Restrukturierungsplan nicht durch Rechtsmittel der Akkordstörer aufgehalten werden kann, treten die im gestaltenden Teil festgelegten Folgen bereits mit Verkündung des Bestätigungsbeschlusses ein.¹⁵⁷

E. Rechtfertigung von Restrukturierungsmaßnahmen

Ein überstimmter Gläubiger wird gegen seinen Willen Restrukturierungsmaßnahmen unterworfen. Diese Maßnahmen können mit erheblichen Auswirkungen auf seine Forderungen einhergehen. Der Gläubiger wird so in seinem Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG betroffen.¹⁵⁸ Ist er mit einer Kürzung einverstanden, ist dies unproblematisch, denn er kann über sein Eigentumsrecht disponieren.¹⁵⁹ Die Zwangswirkung durch den gruppenübergreifenden Mehrheitsbeschluss nach § 26 StaRUG ist jedoch nicht konsensual.

Eingriffe sind daher nur auf der Grundlage einer sachlich gerechtfertigten und auch im Übrigen verhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zulässig.¹⁶⁰

I. Ansatz des Gesetzgebers

Im Insolvenzplanverfahren steht die Liquidation unmittelbar bevor, was die Einbeziehung von Gläubigern gegen ihren Willen rechtfertigt. Die Forderungen könnten bereits nicht mehr voll erfüllt werden und würden nur noch an ihren tatsächlichen Wert angeglichen werden.¹⁶¹ Für den Restrukturierungsplan wird zeitlich früher an die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO angeknüpft.¹⁶² So wird schon vor der materiellen Insolvenz in das Eigentum der Gläubiger eingegriffen.¹⁶³ Nach der Ansicht des Gesetzgebers ist dieser frühe Eingriff gerechtfertigt, denn ein Schuldner könne zu diesem Zeitpunkt nach §§ 16, 18 Abs. 1 InsO bereits den Weg über das Insolvenzverfahren wählen. Dort seien solche Eingriffe ohnehin vorgesehen.¹⁶⁴ Gläubiger müssten bereits mit unvollständiger Befriedigung rechnen, weswegen die Sanierung so nah an der Zahlungsunfähigkeit liege, dass sich die Zwangseingriffe entsprechend dem Insolvenzverfahren rechtfertigen ließen.¹⁶⁵

II. Kritik

Gegen die Argumentation des Gesetzgebers spricht, dass im Gesellschaftsrecht weitere Voraussetzungen an die Insolvenzeröffnung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit geknüpft sind. So ist eine solche Eröffnung für die Personengesellschaft ein Grundlagengeschäft, das den Gesellschaftszweck ändert und über das die Gesellschafter einstimmig beschließen

¹⁵¹ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 9.

¹⁵² LG Wuppertal ZInsO 2016, 1164 (1165); BT-Drs. 17/5712, S. 35; Haas, in: HK-InsO (Fn. 128), § 253 Rn. 7.

¹⁵³ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 9; Thies, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, VII, Rn. 137.

¹⁵⁴ Skauradszun, in: BeckOK StaRUG (Fn. 49), § 66 Rn. 38; Thies, in: Bieg/Borchardt/Frind (Fn. 4), Teil 2, B, VII, Rn. 137.

¹⁵⁵ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 1; vgl. Braun/Frank, in: Braun, InsO (Fn. 21), § 253 Rn. 11.

¹⁵⁶ Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 12.

¹⁵⁷ BT-Drs. 19/24181, S. 165; Fendel, in: Braun, StaRUG (Fn. 36), § 66 Rn. 17; Backes/Blankenburg, in: Morgen (Fn. 102), Art. 10 Rn. 18 ff.

¹⁵⁸ Wegener (Fn. 8), S. 90.

¹⁵⁹ Wegener (Fn. 8), S. 88; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Auflage München 2020, Vorb. Art. 1, Rn. 35.

¹⁶⁰ Wahlers (Fn. 16), S. 173 f; Westpfahl, ZGR 2010, 385 (428); Jacoby, ZGR 2010, 359 (379); Wegener (Fn. 8), S. 109.

¹⁶¹ Bork, ZIP 2017, 1441 (1444); Wegener (Fn. 8), S. 110 f.

¹⁶² BT-Drs. 19/24181, S. 90; Gehrlein, BB 2021, 66 (71); Stohrer, ZInsO 2018, 660 (662).

¹⁶³ Richter, BRJ 2021, 19 (24).

¹⁶⁴ BT-Drs. 19/24181, S. 162; ebenso Beissenhirtz, ZInsO 2011, 57 (69); ablehnend Bork, ZIP 2010, 397 (408, 410); Bork, ZIP 2017, 1441 (1444 ff.).

¹⁶⁵ Madaus (Fn. 33), S. 2.

müssen.¹⁶⁶ In der AG und der GmbH muss ein Beschluss der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung mit Dreiviertelmehrheit eingeholt werden.¹⁶⁷ Ein aussichtsreicher Restrukturierungsrahmen kann dagegen ohne die Beteiligung der Anteilseigner in Anspruch genommen werden.¹⁶⁸ Außerdem verfolgt das Insolvenzverfahren mit dem Motiv, Gläubiger bestmöglich zu befriedigen, ein anderes Ziel als das Restrukturierungsverfahren, bei dem die Sanierung im Vordergrund steht.¹⁶⁹ Die Insolvenzeröffnung bei drohender Zahlungsunfähigkeit steht also regelmäßig nicht dem Restrukturierungsplan gleich.

III. Das Schlechterstellungsverbot als Rechtfertigungsansatz

Die Begründung des Gesetzgebers für die Einbeziehung dissentierender Gläubiger in den Plan mag nicht zu überzeugen. Es widerspricht gerade dem Zweck einer frühzeitigen Sanierung, die Forderungen der Gläubiger mit dem Verweis auf das mögliche Insolvenzverfahren abzuschreiben.¹⁷⁰ In der Gesetzesbegründung wird allerdings noch eine weitere Begründung angeführt, namentlich der Schutz durch das Schlechterstellungsverbot.¹⁷¹ Wie bereits gezeigt, stellen sowohl der bei Planbestätigung zu prüfende gruppenbezogene Minderheitenschutz nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG, als auch der individuelle Minderheitenschutz nach § 64 Abs. 1 StaRUG auf das Schlechterstellungsverbot ab.

Um eine Schlechterstellung zu prüfen, wird ein Vergleichswert in Form des „nächstbesten Alternativszenarios“ herangezogen. Dieser Vergleich gestaltet das Kriterium flexibel, weil dem konkreten Zustand des Unternehmens des Schuldners Rechnung getragen wird. Zwar ist das Unternehmen „definitionsgemäß gefährdet“, wenn es das Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit erreicht.¹⁷² Doch soll gerade eine frühzeitige Sanierung diese Gefahr möglichst

beseitigen. Sieht ein Gläubiger seine Forderung als nicht ausreichend gewichtet an, muss er sich gegen die Schlechterstellung wehren. Er muss gegen den Restrukturierungsplan stimmen und anschließend einen Antrag auf Minderheitenschutz stellen.¹⁷³ Dabei wird durch die kollektive Entscheidung der Gläubiger grundsätzlich sichergestellt, dass die Vergleichsrechnung des Schuldners plausibel ist.¹⁷⁴ Sinnvollerweise prüfen so die am Markt beteiligten Betroffenen das Plankonzept.¹⁷⁵ Über Rücklagen können schlechter gestellte Gläubiger monetär ausgeglichen werden, wobei andere Interessen nicht berücksichtigt werden.¹⁷⁶ Zuletzt schützt das Gericht als letzter Sicherungsmechanismus über die Planbestätigung, in der der Minderheitenschutzantrag Beachtung findet, die dissentierenden Gläubiger. Solange also die Minderheitsgläubiger durch den Plan nicht schlechter gestellt werden, ist eine Einbindung gegen ihren Willen zumutbar.¹⁷⁷

F. Fazit

Das Restrukturierungsverfahren hat „Zwittercharakter“¹⁷⁸, denn es verbindet die Freiheit privatautonomer Gestaltung mit der Zwangswirkung eines staatlichen Eingriffs.¹⁷⁹ Viele Elemente sind dabei aus dem Insolvenzplanverfahren übernommen worden, was teils als „schablonenhafte“ Übertragung kritisiert wird.¹⁸⁰ Auch die gruppenübergreifende Überstimmung und die Schutzmechanismen des Minderheitenschutzes entstammen der InsO.¹⁸¹ Neu ist allerdings die größere Gestaltungsfreiheit des Schuldners. Dieser kann grundsätzlich den Planinhalt, die vom Plan betroffenen Gläubiger, deren Stimmrechte und die Modalitäten der Abstimmung selbst festlegen. Zum Schutz der Minderheitsgläubiger wird deshalb im Kern auf das Schlechterstellungsverbot abgestellt, das Gläubiger vor einem Wertverlust ihrer Forderungen schützen soll. Der Gesetzgeber versucht so, größtmögliche

¹⁶⁶ OLG München NZI 2013, 542 (545); insbesondere auch zum Zwecke der Sanierung: *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201 (1204).

¹⁶⁷ Für GmbH: OLG München NZI 2013, 542 (545); *Müller*, in: *Fleischer/Goette* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 3. Auflage München 2018, § 64 Rn. 51; für AG: *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201 (1204); *Wortberg*, ZInsO 2004, 707 (708).

¹⁶⁸ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (50).

¹⁶⁹ So *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (48 f, 51).

¹⁷⁰ Ebenso *Schäfer*, ZIP 2021, 2164 (2168).

¹⁷¹ BT-Drs. 19/24181, S. 90; *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (52).

¹⁷² BT-Drs. 19/24181, S. 105.

¹⁷³ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (53); *Backes/Blankenburg*, in: *Morgen* (Fn. 102), Art. 10 Rn. 34.

¹⁷⁴ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (56).

¹⁷⁵ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (63).

¹⁷⁶ *Wegener* (Fn. 8), S. 135.

¹⁷⁷ Ebenso *Westpfahl*, ZGR 2010, 385 (428); *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (63); mit anderer Ansicht: *Die Deutsche Kreditwirtschaft* (Fn. 120), S. 16 f.

¹⁷⁸ *Proske/Streit*, NZI 2020, 969 (971).

¹⁷⁹ *Madaus* (Fn. 33), S. 3; *Proske/Streit*, NZI 2020, 969 (971); *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (36).

¹⁸⁰ *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (10); ebenso kritisch *Müller*, ZIP 2020, 2253 (2259).

¹⁸¹ *Desch*, BB 2020, 2498 (2506).

Beteiligtenautonomie und Flexibilität zu ermöglichen und zugleich das Gericht im Streitfall einzubinden.¹⁸² Gläubiger können mit einer frühen Gerichtsbeteiligung bei der Planabstimmung im Regelfall rechnen.

Weil der Schuldner im Vorfeld nicht mit den Gläubigern verhandeln muss, bleibt einem überraschten Planbetroffenen nur wenig Zeit bis zur Abstimmung, um seine Position und die Vergleichsrechnung zu prüfen und dem Gericht seine Schlechterstellung glaubhaft zu machen. Vor allem KMUs dürften damit erhebliche Probleme haben, da sie mit begrenztem Einblick in den Geschäftsverkehr des Schuldners in der Kürze der Zeit kaum plausible Alternativszenarien entwickeln können.¹⁸³ Das Restrukturierungsverfahren kann so zwar wirksam dem Akkordstörer-Problem begegnen, doch könnten vor allem kleine Gläubiger Probleme haben, ihren Interessen Geltung zu verleihen.

Im Rahmen der ESUG-Evaluierung¹⁸⁴ gaben fast 40 % der Befragten an, dass der Insolvenzplan häufig zum Nutzen des Schuldners und mehr zu Lasten der Gläubiger genutzt werde.¹⁸⁵ Beim Restrukturierungsverfahren, bei dem seiner Zielrichtung nach die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens noch mehr im Mittelpunkt steht, ist dies erst recht zu erwarten. Der Gesetzgeber plant auch für das StaRUG eine Evaluierung.¹⁸⁶ Er scheint sich der Missbrauchsgefahren durch die größere Autonomie des Schuldners im Vergleich zum Insolvenzplanverfahren bewusst und benennt diesen Punkt ausdrücklich als Evaluierungsaspekt.¹⁸⁷ Wie effektiv sich der Minderheitenschutz im Restrukturierungsverfahren praktisch gestaltet, bleibt somit abzuwarten.

¹⁸² BT-Drs. 19/24181, S. 92 f.

¹⁸³ *Thies*, in: *Bieg/Borchardt/Frind* (Fn. 4), Teil 2, B, VII, Rn. 137; *Doebert/Krüger*, NZI 2021, 614 (619); vgl. für Insolvenzplan *Thorwart/Schauer*, NZI 2011, 574 (576).

¹⁸⁴ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, erlassen am 07.12.2011.

¹⁸⁵ Evaluierung ESUG (https://www.bmjbv.de/Shared-Docs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.pdf; *jsessionid=EDDDA6B663126019FBC0EC401D09E59A.1_cid334?_blob=publicationFile&v=2*, abgerufen am 08.01.2022), S. 26; *Wegener* (Fn. 8), S. 219.

¹⁸⁶ BT-Drs. 19/24181, S. 102 f; *Madaus* (Fn. 33), S. 13.

¹⁸⁷ BT-Drs. 19/24181, S. 102 a.E.

Eigentumsverhältnisse in der Reproduktionsmedizin

- zugleich Anmerkung zu LG Darmstadt, Urt. v. 28.08.2019 – 8 O 166/18 -

Von Wiss. Mitarbeiterin Sarah Messner und Stud. Hilfskraft Fabian von Minckwitz, Marburg*

Zum Eigentum an imprägnierten Eizellen in der Reproduktionsmedizin nach dem Tod des Samenzellengebers¹.

Leitsätze

1. Eine reproduktionsmedizinisch erstellte imprägnierte Eizelle, also eine befruchtete Eizelle, in der noch zwei Vorkerne (*Pronuclei*) vorhanden sind, die jeweils den einfachen Chromosomensatz beider Keimzellenspender enthalten, steht im gemeinsamen Eigentum von Eizellenspenderin und Samenzellenspender.
2. Bei dem Herausgabeanspruch einer eingelagerten imprägnierten Eizelle handelt es sich um ein höchstpersönliches, nicht vererbbares Recht. Nach dem Tode des Samenzellenspenders kann die überlebende Eizellenspenderin den Herausgabeanspruch nicht mehr alleine geltend machen.
3. Vertragsklauseln, die beim Tod eines Keimzellenspenders die Beendigung der reproduktionsmedizinischen Behandlung und die Vernichtung vorhandener imprägnierter Eizellen vorsehen, sind wirksam.

BGB § 90; § 307; § 947; § 985; ESchG § 4 Abs. 1 Nr. 3; TPG § 4 Nr. 1a

LG Darmstadt, Urt. v. 28.08.2019 – Az. 8 O 166/18²

A. Problem

Das Urteil des LG Darmstadt vom 28.08.2019 betrifft die umstrittene Frage, wer bei reproduktionsmedizinischen Maßnahmen Eigentümer der imprägnierten

Eizellen im Vorkernstadium (sog. 2-PN-Zellen) ist bzw. wird, sodass diese Person nach § 985 BGB die Herausgabe von imprägnierten Eizellen verlangen kann. Die Frage erlangt im konkreten Fall besondere Bedeutung, da die Eizellengeberin (Klägerin) in Bezug auf eine imprägnierte Eizelle gemäß § 985 BGB gegen den Arzt, der die Behandlung durchgeführt hat, vorgeht, wobei der Samenzellengeber zwischenzeitlich verstorben ist. Der Fall betrifft daher auch sachenrechtliche Fragen und damit einen Teil des Pflichtfachstoffs im Bürgerlichen Recht, vgl. § 7 S. 1 Nr. 2 lit. c hess. JAG.

B. Sachverhalt (vereinfacht)

In dem vom LG Darmstadt zu entscheidenden Fall begannen die Klägerin (Eizellengeberin) und ihr nicht-ehelicher Lebensgefährte (Samenzellengeber) im Frühjahr 2016 eine reproduktionsmedizinische Behandlung bei dem Beklagten.

Im Rahmen der reproduktionsmedizinischen Behandlung wurden von dem Beklagten drei imprägnierte Eizellen aus den Eizellen der Klägerin mit dem Samen ihres Lebensgefährten erstellt. Als imprägnierte Eizelle wird eine bereits befruchtete Eizelle bezeichnet, wobei noch zwei Vorkerne (*Pronuclei*) vorhanden sind, die jeweils den haploiden Chromosomensatz ($n = 23$) des Keimzellengebers enthalten. Die Samenzelle ist dabei bereits in die Eizelle eingedrungen, jedoch hat die Kernverschmelzung noch nicht stattgefunden, sodass die Befruchtung noch nicht abgeschlossen ist.³

* Sarah Messner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit an der Forschungsstelle für Pharmarecht der Philipps-Universität Marburg und Absolventin der dortigen Zusatzqualifikation im Pharmarecht. Fabian von Minckwitz ist studentische Hilfskraft an der Forschungsstelle und Absolvent der Zusatzqualifikation im Pharmarecht und der Fachausbildung im Sozialrecht.

¹ Die Rechtsprechung verwendet die Terminologie „Keimzellenspender“ bzw. „Eizellenspenderin“ oder „Samenzellenspender“. Die Terminologien „Spender“ oder „Spenderin“ sollten aber nur verwendet werden, wenn ein Paar bei der reproduktionsmedizinischen Maßnahme auf die Hilfe („Spende“) von fremden Keimzellen durch eine dritte Person angewiesen ist. Stammen die Keimzellen von dem jeweiligen Partner/der jeweiligen Partnerin selbst, erscheint

die Terminologie „Keimzellengeber“ vorzugswürdig. Letztere Terminologie verwendet bspw. Mayr, NZFam 2018, 913 (914).

² LG Darmstadt GesR 2019, 744 ff. = FamRZ 2020, 355 ff.

³ Schumann, in: Rieger (Begr.)/Dahm/Katzenmeier/Stellflug/Ziegler (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 85. Update 2021, Fortpflanzungsmedizin, Rn. 26; zu den biologisch-medizinischen Grundlagen siehe ferner Taupitz, NJW 2019, 337 (337). Das OLG Rostock (FamRZ 2010, 1117 [1118]) und das LG Darmstadt (GesR 2019, 744 [744, Ls. 1]) sehen imprägnierte Eizellen im Vorkernstadium als bereits befruchtet an, a.A. Taupitz, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2019, 74 (78); LG Bonn BeckRS 2016, 19072, spricht im Hinblick auf 2-PN-Zellen dagegen von „in der Befruchtung befindliche[n] Eizellen“.

Nach bereits zwei erfolglosen Versuchen, eine Schwangerschaft der Klägerin durch Einsetzung der imprägnierten Eizellen in die Gebärmutter (*Uterus*) künstlich herbeizuführen, ist noch eine imprägnierte Eizelle bei dem Beklagten kryokonserviert⁴.

In der Zwischenzeit ist der Lebensgefährte der Klägerin nach langer, schwerer Krankheit verstorben.

Der zwischen den Parteien geschlossene „*Behandlungsvertrag über Kryokonservierung und Lagerung von Eizellen im Vorkernstadium (2 PN-Zellen, Pronucleus-Zellen)*“ sieht in § 12 Nr. 4 allerdings die Verwerfung der kryokonservierten imprägnierten Eizellen im Todesfalle eines der Keimzellengeber vor. Die Herausgabe der imprägnierten Eizellen an den überlebenden Keimzellengeber oder einen Dritten wurde vertraglich ausgeschlossen.

Die Klägerin beantragte, den Beklagten zu verurteilen, die verbleibende unter ihrem Namen und dem ihres verstorbenen Lebensgefährten eingelagerte imprägnierte Eizelle an sie herauszugeben.

C. Entscheidung des LG Darmstadt⁵

An der Gültigkeit der Vertragsklausel (§ 12 Nr. 4 des Behandlungsvertrages) hatte das Gericht keine Zweifel. Ein vertraglicher Herausgabeanspruch wurde verneint, sodass es insbesondere um einen möglichen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB ging.

Das LG Darmstadt verneinte aufgrund der fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin auch den gesetzlichen Herausgabeanspruch.

Grundlegend für einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB ist die Frage nach dem Eigentümer der Sache.

Die Kammer folgte dabei der Auffassung, dass es sich bei imprägnierten Eizellen um Sachen im Sinne von § 90 BGB handele, an denen grundsätzlich Eigentumsrechte bestehen können. Insbesondere seien imprägnierte Eizellen noch kein Embryo im Sinne von § 8 Abs. 1 ESchG⁶ und genossen daher auch nicht die beschränkte Rechtsfähigkeit eines Embryos.

Bei der Frage des Eigentums schloss sich die Kammer der Auffassung des OLG Karlsruhe und der Literatur an. Demnach bestehe an imprägnierten Eizellen, die durch reproduktionsmedizinische Maßnahmen erstellt wurden, **Miteigentum** beider Keimzellengeber, § 947 Abs. 1 BGB analog. Die Eizelle sei dabei nicht

als „Hauptsache“ im Sinne von § 947 Abs. 2 BGB anzusehen.

Das LG begründete seine Auffassung mit der biologischen Tatsache, dass nur und erst durch das Hinzukommen des Samens aus einer Eizelle eine imprägnierte Eizelle werden könne, welche das Potential der Heranreifung eines biologischen Kindes der beiden Keimzellengeber habe. Die Gesamtsache „imprägnierte Eizelle“ sei daher ohne den Samen des Mannes nicht denkbar. Der Ausschluss des Samenzellengebers vom Eigentum an der imprägnierten Eizelle und den daraus resultierenden Rechten erschien der Kammer daher unangemessen.

Bei dem Recht, die Herausgabe der imprägnierten Eizelle zu verlangen, handelt es sich nach Auffassung des LG auch nicht um einen vererbaren, vermögensrechtlichen Anspruch, sondern um ein (nicht vererbbares) höchstpersönliches Recht. Nach dem Tod eines der beiden Keimzellengeber könne der überlebende Teil daher den Herausgabeanspruch nicht alleine geltend machen. Dafür sprächen zum einen Aspekte des Kindeswohles, zum anderen aber auch das postmortale Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Keimzellengebers. Die Identitätsfindung des Kindes könne darunter leiden, wenn es „von einem Toten abstammt“. Dieser Gedanke fußt in – dem hier vom Wortlaut nicht einschlägigen – § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, der die Befruchtung von Eizellen mit dem Samen eines verstorbenen Mannes verbietet. Das postmortale Persönlichkeitsrecht werde ebenfalls in Frage gestellt, wenn durch rechtliche Fiktion (hier z.B. durch das Institut der mutmaßlichen Einwilligung) ein nicht weiter belegbarer Wille des Verstorbenen angenommen würde, die reproduktionsmedizinische Maßnahme auch nach dem eigenen Tod fortsetzen zu wollen. Erforderlich sei insoweit die Vorlage eines Testaments, einer Vertragsurkunde oder einer Vollmacht, aus der der Wille des Verstorbenen zur Fortsetzung der reproduktionsmedizinischen Maßnahme nach seinem Tod hervorgeht.

Ergänzend führte die Kammer aus, dass selbst im Falle der Annahme eines Herausgabeanspruchs der Herausgabe der imprägnierten Eizelle an die Klägerin Regelungen des TPG⁷ und des ESchG entgegenstehen würden. Eine Herausgabe wäre allenfalls an die weiterbehandelnden Ärzte möglich gewesen; diese wurde hier von der Klägerin aber nicht beantragt.

⁴ Einfrieren von Zellen und Gewebe in flüssigem Stickstoff, siehe kurz *Mayr*, NZFam 2018, 913 (914).

⁵ LG Darmstadt GesR 2019, 744 ff. = FamRZ 2020, 355 ff.

⁶ Embryonenschutzgesetz (ESchG).

⁷ Transplantationsgesetz (TPG).

D. Stand der Rechtsprechung vor der Entscheidung des LG Darmstadt

I. LG Neubrandenburg (Az. 2 O 111/09)

Das LG Neubrandenburg ging in einem ähnlich gelagerten Fall davon aus, dass die Frau, zu der die Eizellen vor der Abtrennung oder Absonderung gehörten, (**Allein-)Eigentümerin** der mit dem Samen ihres verstorbenen Ehemannes imprägnierten Eizellen sei.⁸ Im Ergebnis verneinte aber auch das LG Neubrandenburg den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB. Begründet wurde dies mit der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 Abs. 1 BGB), denn der Schuldner würde sich wegen Beihilfe zur postmortalen Befruchtung gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, § 27 Abs. 1 StGB strafbar machen.⁹

II. OLG Rostock (Az. 7 U 67/09)

In der Berufung zur Entscheidung des LG Neubrandenburg bestätigte das OLG Rostock die Auffassung, dass die Klägerin (**Allein-)Eigentümerin** der imprägnierten Eizellen sei.¹⁰ Allerdings bejahte das OLG entgegen der Entscheidung des LG den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB, weil keine rechtliche Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB vorliege.¹¹ Das Verbot der postmortalen Befruchtung gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG regele den Fall, in dem eine Eizelle wissentlich nach dem Tod des Mannes mit dessen Samen befruchtet werden soll. Die bloße Vervollendung einer künstlichen Befruchtung von bereits zu Lebzeiten imprägnierten Eizellen nach dem Tod des Mannes sei dagegen nicht erfasst.¹²

III. OLG Karlsruhe (Az. 14 U 165/15)

Das OLG Karlsruhe hingegen verneinte im umgekehrten Fall des vorzeitigen Todes der Ehefrau einen Herausgabeanspruch des Ehemannes sowohl hinsichtlich kryokonservierter imprägnierter Eizellen im 2-PN-Stadium als auch hinsichtlich in der Folge entstandener Embryonen (§ 8 Abs. 1 ESchG). Vertragliche Herausgabeansprüche seien angesichts der eindeutigen vertraglichen Ausgestaltung, insbesondere vor dem Hintergrund des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, der jede künstliche Befruchtung zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung der Schwangerschaft der Frau, von

der die Eizellen stammen, verbietet, ausgeschlossen.¹³ Auch ein dinglicher Herausgabeanspruch aus § 985 BGB scheitere hinsichtlich der imprägnierten Eizellen im 2-PN-Stadium bereits an der Aktivlegitimation des Klägers und der vertraglichen Vereinbarung.¹⁴ Mit den **Eigentumsverhältnissen** an den imprägnierten Eizellen **befasste** sich das OLG **nicht**. Bezogen auf die Herausgabe entstandener Embryonen sei schon der Anwendungsbereich des § 985 BGB mangels Sacheigenschaft der Embryonen, die als Vorstufe zum geborenen Menschen anzusehen seien, nicht eröffnet.¹⁵

IV. OLG München (Az. 3 U 4080/16)

Auch das OLG München lehnte einen Herausgabeanspruch einer Frau betreffend die kryokonservierten Spermaproben ihres zwischenzeitlich verstorbenen Ehemannes ab. Dem auf § 985 BGB gestützten Herausgabeverlangen stehe der Einwand der Beklagten, sich im Falle der Herausgabe wegen Beihilfe zum Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG (*post-mortem*-Befruchtung) strafbar zu machen, entgegen, sodass ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) vorliege.¹⁶ Die **Eigentumsverhältnisse prüfte** das Gericht **nicht**. Nach Auffassung des Senats ist die betreffende Vorschrift des ESchG auch nicht verfassungswidrig.¹⁷ Jedenfalls stehe dem Herausgabeanspruch das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen entgegen, das unterlaufen würde, wenn man einen anderweitig nicht belegbaren Willen des Verstorbenen bezogen auf die Vornahme einer Zeugung mit dessen Spermien nach dem Tod durch rechtliche Fiktionen wie die mutmaßliche Einwilligung ableiten könnte.¹⁸ Erforderlich sei insoweit eine unmissverständliche, eigene Erklärung etwa im Testament oder in der Vertragsurkunde über die Kryokonservierung der Spermaproben.¹⁹ Die zugelassene Revision zum BGH wurde zurückgenommen.²⁰

V. Auswertung

Prüft die Rechtsprechung die Eigentumsverhältnisse bei imprägnierten Eizellen im 2-PN-Stadium überhaupt, so wird sowohl die (Allein-)Eigentümerstellung der Eizellengeberin als auch das Miteigentum beider Keimzellengeber vertreten (Abb. 1).

⁸ LG Neubrandenburg FamRZ 2010, 686 (686).

⁹ LG Neubrandenburg FamRZ 2010, 686 (687).

¹⁰ OLG Rostock FamRZ 2010, 1117 (1117); siehe auch die Zusammenfassung von *Schafhausen*, jurisPR-MedizinR 9/2010 Anm. 1.

¹¹ OLG Rostock FamRZ 2010, 1117 (1117).

¹² OLG Rostock FamRZ 2010, 1117 (1118).

¹³ OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1790 (1791).

¹⁴ OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1790 (1792).

¹⁵ OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1790 (1792).

¹⁶ OLG München FamRZ 2017, 904 (905).

¹⁷ OLG München FamRZ 2017, 904 (905 f.).

¹⁸ OLG München FamRZ 2017, 904 (907).

¹⁹ OLG München FamRZ 2017, 904 (907).

²⁰ Siehe nur MüKo-BGB/*Baldus*, 8. Aufl. 2020, § 985 BGB Rn. 65 in Fn. 77.

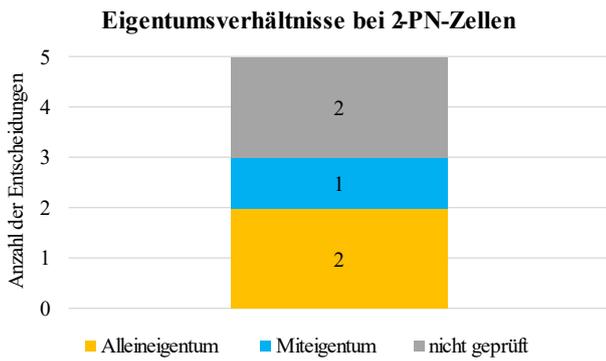


Abbildung 1 - Eigentumsverhältnisse bei 2-PN-Zellen

Insgesamt neigen die Gerichte aber dazu, den Herausgabeanspruch des hinterbliebenen Keimzellengebers zu verneinen. Lediglich das OLG Rostock²¹ (siehe unter D. II.) gab dem Herausgabeanspruch der als Alleineigentümerin angesehenen, hinterbliebenen Eizellengeberin nach dem Tod des Samenzellengebers in der Berufungsinstanz statt (Abb. 2).

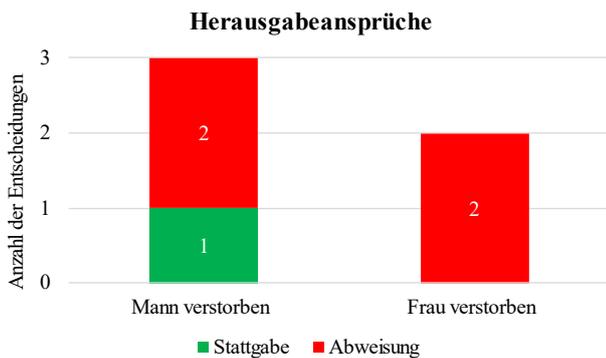


Abbildung 2 – Erfolgsaussichten der Herausgabeansprüche

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Herausgabe von imprägnierten Eizellen im 2-PN-Stadium von den Gerichten nur im Falle des Todes des Mannes, nicht aber im Falle des Todes der Frau, welche jeweils die Keimzellengeber sind, als möglich angesehen wird.²² So könnte die hinterbliebene Frau *post mortem* eine eigene Schwangerschaft mit den mit dem Samen ihres Partners imprägnierten eigenen Eizellen herbeiführen lassen und das Kind selbst austragen, während im Falle des hinterbliebenen, potenziellen Vaters die Möglichkeit der Herbeiführung einer Schwanger-

schaft durch Einpflanzung der imprägnierten Eizellen bei einer – notwendigerweise – anderen Frau als der Eizellengeberin verwehrt bleibt.²³ Die Ungleichbehandlung der beiden Fälle wird zwar kritisiert,²⁴ soll hier aber nicht weiter thematisiert werden.

E. Eigene Stellungnahme

I. Sacheigenschaft und Eigentumsfähigkeit

Um die Frage der Eigentumsfähigkeit klären zu können, bedarf es zuvor der Differenzierung zwischen Keimzellen (Gameten, also Samenzellen und unbefruchteten Eizellen), imprägnierten Eizellen und Embryonen.²⁵ In den verschiedenen Stadien ist sodann jeweils die Frage nach der Sachqualität als Voraussetzung für die Eigentumsfähigkeit zu stellen.

Sachen im Sinne des § 90 BGB sind nur körperliche Gegenstände. Damit wäre die Eigentumsfähigkeit der Keimzellen und der imprägnierten Eizellen bereits zu verneinen, wenn es sich bei diesen nicht um ein Rechtsobjekt, sondern (schon) um ein Rechtssubjekt handeln würde.²⁶

1. Extrakorporale Samenzelle und extrakorporale, unbefruchtete Eizelle

Als menschliche Keimzellen (Gameten) gelten die Eizelle der Frau (Oozyte) und der Samen des Mannes (Spermium), solange diese noch nicht miteinander verbunden sind.²⁷ Ungetrennte Körperbestandteile sind nicht als Sache zu qualifizieren.²⁸

a) Funktionaler Körperbegriff des BGH

Der BGH hat in einer umstrittenen Entscheidung betreffend die Vernichtung einer kryokonservierten Spermakonserven einen funktionalen Körperbegriff geprägt.²⁹ Danach sollen dem Körper entnommene Bestandteile nach dem Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB, der die körperliche Integrität in Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Rechtsträgers umfassend schützt, auch während ihrer Trennung vom Körper mit diesem weiterhin eine funktionale Einheit bilden, wenn die Entnahme mit dem Willen des Rechtsträgers, die Bestandteile zur Bewahrung der Körperfunktionen oder zu ihrer Verwirklichung später wieder

²¹ OLG Rostock FamRZ 2010, 1117 ff.

²² Zu dem Ergebnis kommen auch Mayr, NZFam 2018, 913 (914); Siede, FamRB 2016, 461 (462).

²³ Spickhoff, FamRZ 2016, 1790 (1793); Siede, FamRB 2016, 461 (462).

²⁴ Mayr, NZFam 2018, 913 (914); vgl. Spickhoff, FamRZ 2016, 1790 (1793).

²⁵ Schumann, in: Rieger (Begr.)/Dahm/Katzenmeier/Stellflug/Ziegler (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 85. Update 2021, Fortpflanzungsmedizin, Rn. 26.

²⁶ Vgl. Börger/Frister, HFR 2010, 1 (2).

²⁷ Mayr, NZFam 2018, 913 (913).

²⁸ BeckOK-BGB/Fritzsche, § 90 BGB Rn. 33 (01.08.2022).

²⁹ Siehe BGHZ 124, 52 (55).

mit dem Körper zu vereinigen, erfolgt.³⁰ Anders liege dies, wenn die ausgegliederten Bestandteile des Körpers nach dem Willen des Rechtsträgers nicht dazu bestimmt sind, wieder in den Körper eingegliedert zu werden, da es in den Fällen der endgültigen Trennung bei dem durch die Abtrennung bedingten Verlust der Zuordnung der Körperbestandteile zum Schutzgut Körper bleibe.³¹ Da in diesen Fällen der Gedanke der auf dem Selbstbestimmungsrecht des Rechtsträgers beruhenden funktionalen Einheit nicht greife, werden die Körperbestandteile sodann im Zeitpunkt ihrer Abtrennung zu Sachen im Rechtssinne.³²

Insoweit ergibt sich nach dem vom BGH geprägten funktionalen Körperbegriff eine Abhängigkeit der rechtlichen Einordnung als Körperteil oder Sache von dem Willen des Rechtsträgers bezogen auf eine mögliche Wiedereingliederung des Körperteiles in den Körper. Diese Ansicht führt damit zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und wirkt auf argumentativer Ebene nicht zuletzt konstruiert und gekünstelt. Zwar stellt der BGH heraus, dass es sich bei konserviertem Spermia, welches nach dem Willen des Rechtsträgers zur Fortpflanzung verwendet werden soll, um einen Sonderfall handle, da das Spermia zwar endgültig vom Körper getrennt sei, jedoch andererseits dazu bestimmt sei, die Fortpflanzung des Rechtsträgers und damit eine körpertypische Funktion zu erfüllen.³³ Der die verlorene Fortpflanzungsfähigkeit substituierenden Spermakonserven komme insoweit unter Gesichtspunkten der Selbstverwirklichung keine geringere Bedeutung zu als einem zur Wiedereingliederung bestimmten Körperbestandteil.³⁴

b) Wertungswiderspruch in der Rechtsprechung

Die Vorstellung von einer funktionalen Einheit der vom Körper getrennten Bestandteile mit dem Körper ist jedoch insgesamt nur schwer nachvollziehbar.³⁵ Einer derart inflationären Ausweitung des Körperbegriffs ist nicht zuzustimmen, vorzugswürdig erscheint in solchen Fällen eine Abstimmung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht.³⁶ Die Rechtsprechung des BGH verkennt dabei die Verschiedenheit des Persönlichkeitsrechts und der körperlichen Unversehrtheit.³⁷ Von einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts kann nicht auf eine Verletzung der körperlichen Integrität geschlossen werden.³⁸

Mit der Auffassung des BGH können zudem Wertungswidersprüche einhergehen, die die unterschiedliche Behandlung einer dem Körper zur Befruchtung außerhalb des Mutterleibes entnommenen unbefruchteten Eizelle und einer bereits befruchteten Eizelle betreffen.³⁹ Während erstere im Sinne der Rechtsprechung des BGH als Körperteil zu qualifizieren wäre, wäre letzterer mangels weiter bestehender Körperfunktion hinsichtlich der Fortpflanzung die Eigenschaft als Körperteil abzuspochen; der Wunsch zur Fortpflanzung ist jedoch in beiden Fällen gleichsam betroffen.⁴⁰ Die Reichweite entsprechender Wertungswidersprüche hängt dabei von der näheren Definition der „befruchteten“ Eizelle ab, insbesondere, ob man eine 2-PN-Zelle als „befruchtet“ oder „in der Befruchtung befindlich“ ansieht (siehe unter E. I. 2.), so dass sich diesbezüglich angesichts verschiedener Auffassungen weitere Rechtsunsicherheiten ergeben. Offen bleibt auch, ob Spermia nach der Rechtsprechung des BGH stets dem Schutz des Rechtsguts Körper unterfallen soll, oder wo im Einzelnen die Grenzen zu

³⁰ BGHZ 124, 52 (55).

³¹ BGHZ 124, 52 (55).

³² BGHZ 124, 52 (55).

³³ Siehe BGHZ 124, 52 (56); zustimmend NK-BGB/A. Staudinger, 11. Aufl. 2021, § 823 BGB Rn. 7.

³⁴ BGHZ 124, 52 (56).

³⁵ MüKo-BGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 90 BGB Rn. 27; speziell zur Samenspende auch BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 20 (01.03.2021). Zwar mag es Fälle geben, in denen die Auffassung des BGH zu einleuchtenden Ergebnissen führen kann. So wird zum Teil bei der Wiederhinzufügung kurzzeitig aus dem Körper entfernter Körpersubstanzen in einem engen räumlich-zeitlichen Zusammenhang die Sachqualität verneint, so etwa Staudinger/Stieper, Neubearbeitung 2021, § 90 BGB Rn. 31, der zur medikamentösen Bearbeitung entnommenes Blut während einer Operation anbringt. Es erscheint jedoch fraglich, ob dahingehend dem funktionalen Körperbegriff als solchem, oder vielmehr den Ergebnissen, zu denen der BGH in entsprechenden

Fällen gelangen würde, zuzustimmen ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob entsprechende Ergebnisse nicht auch auf anderer Ebene zu erzielen sind. Weitergehende Ausführungen zu diversen möglichen Konstellationen und vertretenen Auffassungen wären an dieser Stelle vor dem Hintergrund der eigentlichen Thematik des Beitrages jedoch zu weitgehend.

³⁶ MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 196 m.w.N.; vgl. auch Mayr, NZFam 2018, 913 (913); für den rechtsdogmatisch überzeugenderen Weg über das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Keimzellengebers spricht sich auch Staudinger/Stieper, Neubearbeitung 2021, § 90 BGB Rn. 32 aus; siehe ferner Rohe, JZ 1994, 465 (468).

³⁷ Laufs, NJW 1994, 775 (776).

³⁸ Laufs, NJW 1994, 775 (775); Taupitz, NJW 1995, 745 (750).

³⁹ Laufs, NJW 1994, 775 (776).

⁴⁰ Laufs, NJW 1994, 775 (776).

ziehen sind; zu denken ist insoweit an das fragliche Erfordernis der Substitution einer verlorenen Fortpflanzungsfähigkeit.⁴¹

Gegen eine Beurteilung der Sachqualität in Abhängigkeit von der subjektiven Zweckbestimmung spricht zudem bereits der absolute Geltungsanspruch der Sachenrechte, der zur maßgeblichen Bestimmung der Sachqualität nach der Verkehrsauffassung führt.⁴² Wenn nach dem Publizitätsgrundsatz schon das Bestehen dinglicher Rechte nach außen erkennbar sein muss, so muss dies erst recht für die Sacheigenschaft gelten.⁴³ Zurecht wird insoweit auf schwierige, mit der Auffassung des BGH einhergehende Abgrenzungsfragen abgestellt, die etwa Fälle einer nur als möglich, aber nicht als sicher erachteten Wiedereingliederung betreffen und zur Problematik der Einstufung als Sache oder „auflösend bedingtes Körperteil“ führen.⁴⁴ Der Rechtsprechung des BGH ist damit angesichts dieser erheblichen Rechtsunsicherheiten nicht zu folgen.

Nach vorzugswürdiger Ansicht fallen vom Körper getrennte, unbefruchtete Eizellen und Sperma vielmehr unter den Sachbegriff.⁴⁵ Die Sacheigenschaft entsteht im Zeitpunkt der Trennung vom Körper.⁴⁶ Extrakorporale Samenzellen und extrakorporale, unbefruchtete Eizellen sind dabei als eigentumsfähig anzusehen.⁴⁷

2. Imprägnierte Eizelle im 2-PN-Stadium

Wird die männliche Keimzelle (Spermium) künstlich in eine weibliche Eizelle eingebracht oder dringt das Spermium in die Eizelle ein, so muss zwischen der

imprägnierten Eizelle im 2-PN-Stadium und einer Zygote unterschieden werden.⁴⁸

Als imprägnierte Eizelle gilt „eine [befruchtete⁴⁹] Eizelle, in der noch zwei Vorkerne (*Pronuclei*) vorhanden sind, die jeweils den einfachen Chromosomensatz beider Keimzellenspenden enthalten“.⁵⁰ Imprägnation bezeichnet hierbei den Vorgang der extrakorporalen Befruchtung durch Einbringen des aufbereiteten Spermiums in die zuvor entnommene Eizelle.⁵¹

Sind dagegen bereits beide Vorkerne zu einem diploiden Zellkern verschmolzen, liegt mit Abschluss der Kernverschmelzung eine Zygote, mithin ein Embryo im Sinne des § 8 Abs. 1 ESchG vor (dazu unter E. I. 3.).⁵²

Die Sachqualität imprägnierter Eizellen ist bisweilen umstritten.⁵³ Im Kern dreht sich die Streitigkeit um die weichenstellende Frage, ob imprägnierte Eizellen im 2-PN-Stadium noch als Rechtsobjekt („etwas“) oder schon als Rechtssubjekt („jemand“) anzusehen sind.⁵⁴

Versteht man den funktionalen Körperbegriff des BGH (dazu unter E. I. 1.) dahingehend, dass die imprägnierte Eizelle im 2-PN-Stadium weiterhin als Körperbestandteil von Eizellengeberin und Samenzellengeber und damit nicht als Sache im Sinne des § 90 BGB anzusehen wäre,⁵⁵ würde dies zu dem ungewöhnlichen Ergebnis führen, dass ein Körperteil (imprägnierte Eizelle) nunmehr zu zwei Menschen (beiden Keimzellengebern) gehören würde.⁵⁶ Insoweit zeigt sich ein weiterer Grund für die bereits oben dargelegte Ablehnung des funktionalen Körperbegriffs des BGH.

⁴¹ *Taupitz*, NJW 1995, 745 (750) mit weiteren Folgefragen.

⁴² BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 20 (01.03.2021); Staudinger/Stieper, Neubearbeitung 2021, § 90 BGB Rn. 31.

⁴³ *Nixdorf*, VersR 1995, 740 (743).

⁴⁴ Siehe hierzu *Nixdorf*, VersR 1995, 740 (743), der sich unter anderem aus diesem Gesichtspunkt gegen die Möglichkeit einer sich „geräuschlos vollziehende[n] Mutation vom Körper zur Sache“ ausspricht; zu weiteren offenen Fragen siehe *Taupitz*, NJW 1995, 745 (752); ausführlich ferner *Busch*, Eigentum und Verfügungsbefugnisse am menschlichen Körper und seinen Teilen, Recht und Medizin, Band 107, Frankfurt 2012.

⁴⁵ MüKo-BGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 90 BGB Rn. 27; MüKo-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 242 StGB Rn. 27.

⁴⁶ Vgl. MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 197.

⁴⁷ Statt vieler nur BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 16.1 (01.03.2021).

⁴⁸ *Coester-Waltjen*, FamRZ 2015, 1981 (1981).

⁴⁹ Das OLG Rostock (FamRZ 2010, 1117 [1118]) und das LG Darmstadt (GesR 2019, 744 [744, Ls. 1]) sehen imprägnierte Eizellen im Vorkernstadium als bereits befruchtet an, a.A. *Taupitz*, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2019, 74 (78); LG Bonn BeckRS 2016, 19072, spricht im Hinblick auf 2-PN-Zellen dagegen von „in der Befruchtung befindliche[n] Eizellen“.

⁵⁰ LG Darmstadt GesR 2019, 744 (744, Ls. 1).

⁵¹ Vgl. *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 261. Aufl. 2007, Stichwort: Imprägnation, S. 903.

⁵² LG Bonn BeckRS 2016, 19072; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2015, 1981 (1981); *Mayr*, NZFam 2018, 913 (914); *Schumann*, in: Rieger (Begr.)/Dahm/Katzenmeier/Stellflug/Ziegler (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 85. Update 2021, Fortpflanzungsmedizin, Rn. 26.

⁵³ MüKo-BGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 90 BGB Rn. 27 m.w.N. in Fn. 52.

⁵⁴ Vgl. *Börger/Frister*, HFR 2010, 1 (2).

⁵⁵ Kritisch *Börger/Frister*, HFR 2010, 1 (4).

⁵⁶ *Börger/Frister*, HFR 2010, 1 (4).

Eine andere Ansicht verneint bereits die Sachqualität der imprägnierten Eizelle, da die befruchtete Eizelle nicht mehr mit einem Körperprodukt, sondern schon mit dem – wenn auch noch ungeborenen – Menschen jedenfalls gleichgestellt sei.⁵⁷ Würde man die Sachqualität imprägnierter Eizellen verneinen, ließen sich schwierige Fragen vermeiden.⁵⁸ Aus einer Sache könne keine Person entstehen.⁵⁹

Gegen die Gleichstellung der imprägnierten Eizelle mit dem Menschen spricht aber die Gesetzesbegründung zum ESchG, die den Beginn des menschlichen Lebens an den Abschluss der Kernverschmelzung innerhalb der Eizelle (Abschluss der Befruchtung) knüpft.⁶⁰ Das BVerfG ließ in seiner „Schwangerschaftsabbruch II“-Entscheidung offen, ob das menschliche Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle entstehe,⁶¹ zog aber auch keinen früheren Zeitpunkt für den Beginn des Menschseins in Betracht.⁶² Eine klare Position bezog dagegen der BFH: „Auch wenn zum Zeitpunkt der künstlichen Befruchtungen [...] noch kein zu schützendes Rechtssubjekt vorhanden ist, so wird doch mit der Befruchtung der Eizelle und der Einpflanzung des Embryos die Ursache für die Entstehung menschlichen Lebens gesetzt. Auch die Würde des werdenden Lebens wird bereits ab der Befruchtung der Eizelle geschützt.“⁶³ Befindet sich die (imprägnierte) Eizelle noch im 2-PN-Stadium, sind noch beide Zellkerne vorhanden, sodass noch keine Kernverschmelzung stattgefunden hat und die Befruchtung als zeitliche Zäsur zum Beginn des menschlichen Lebens noch nicht abgeschlossen ist.

Die Gegenauffassung sieht auch in bereits imprägnierten Eizellen im 2-PN-Stadium (noch) Sachen im Sinne des § 90 BGB.⁶⁴ Auch die Eigentumsfähigkeit

von Eizellen im 2-PN-Stadium wird nach dieser Auffassung bejaht.⁶⁵

Teilweise wird auch angenommen, dass es hinsichtlich der Eizellen im 2-PN-Stadium einer analogen Anwendung des Sachbegriffs des § 90 BGB bedürfe.⁶⁶

Im Ergebnis ist die Annahme der Sachqualität der 2-PN-Zellen und Bejahung ihrer Eigentumsfähigkeit vorzugswürdig. 2-PN-Zellen kommt noch kein eigener verfassungsrechtlicher Schutz als Rechtssubjekt zu.⁶⁷ Es ist somit anzunehmen, dass die zuvor als Sache zu qualifizierende Eizelle (siehe unter E. I. 1.) allein durch den Vorgang der Imprägnation mit einer ebenfalls als Sache zu qualifizierenden Spermienzelle ihre Sacheigenschaft im 2-PN-Stadium nicht verliert.

3. Embryo

Etwas anderes ergibt sich hingegen in Bezug auf einen Embryo. Juristisch gilt nach § 8 Abs. 1 ESchG bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an als Embryo, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag. Bis zur sogenannten „Kernverschmelzung“ liegt nach der gesetzlichen Festlegung noch kein Embryo im Sinne des § 8 Abs. 1 ESchG vor.⁶⁸ Der juristische Embryonenbegriff knüpft dabei nicht unmittelbar an die medizinisch-biologischen Gegebenheiten an.⁶⁹

Richtigerweise wird dem noch nicht geborenen Menschen (*nasciturus*⁷⁰) jedenfalls eine beschränkte Rechtsfähigkeit zugesprochen.⁷¹ Der menschliche Embryo kann damit zutreffend nicht mehr als Sache im Sinne des § 90 BGB angesehen werden, weshalb an ihm auch keine Eigentumsrechte bestehen können.⁷²

⁵⁷ OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1790 (1792); MüKo-BGB/Baldus, 8. Aufl. 2020, § 985 BGB Rn. 64.

⁵⁸ Schmidt-Recla/Drewelow, Der Gynäkologe 2010, 447 (448).

⁵⁹ Schmidt-Recla/Drewelow, Der Gynäkologe 2010, 447 (447).

⁶⁰ BT-Drucks. 11/5460, S. 6.

⁶¹ BVerfGE 88, 203 (251 f.) – Schwangerschaftsabbruch II.

⁶² Börgers/Frister, HFR 2010, 1 (3).

⁶³ BFH NJW 2005, 3217 (3220).

⁶⁴ LG Neubrandenburg FamRZ 2010, 686 (686); OLG Rostock FamRZ 2010, 1117 (1117); LG Darmstadt GesR 2019, 744 (746); Prehn, MedR 2011, 559 (562); NK-BGB/Ring, 4. Aufl. 2021, § 90 Rn. 9; wohl auch Bilsdorfer, MDR 1984, 803 (804).

⁶⁵ BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 16.2 (01.03.2021).

⁶⁶ BeckOGK/Schermaier, § 947 BGB Rn. 14 (01.09.2022).

⁶⁷ BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 16.2 (01.03.2021).

⁶⁸ LG Bonn BeckRS 2016, 19072; Taupitz, NJW 2019, 337 (339).

⁶⁹ Taupitz, NJW 2019, 337 (340); Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, C II § 8 Rn. 10, 11; für die Anpassung des Embryonenbegriffs daher Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (53).

⁷⁰ Zur Unterscheidung des Embryos im Mutterleib und des eingefrorenen Embryos siehe Mankowski, FamRZ 2015, 1980 (1980).

⁷¹ Statt vieler BVerfGE 39, 1 (37); BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 16 m.w.N. in Fn. 141.

⁷² OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1790 (1792); BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 16 (01.03.2021); MüKo-BGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 90 BGB Rn. 27; Staudinger/Stieper, Neubearbeitung 2021, BGB § 90 Rn. 37.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt gemäß § 1 BGB erst mit der **Vollendung der Geburt**. Der Gesetzgeber hat dem noch nicht geborenen, aber bereits gezeugten Menschen für den Fall der späteren Lebendgeburt aber in zahlreichen Einzelregelungen bestimmte Rechte zuerkannt.⁷³ Dem später geborenen Kind wird zudem bei einer Schädigung im Mutterleib ein eigener Schadensersatzanspruch zugesprochen.⁷⁴

Dieser zivilrechtlichen Abgrenzung nach § 1 BGB wird im Strafrecht wiederum keine Bedeutung zugemessen.⁷⁵ Für den Beginn der Rechtsfähigkeit wird im Strafrecht auf den **Beginn der Geburt** abgestellt.⁷⁶ Die Geburt beginnt bei einem natürlichen Geburtsverlauf mit dem Beginn der Eröffnungswehen.⁷⁷ Bei einem Kaiserschnitt (*sectio caesarea*) vor Beginn der Eröffnungswehen beginnt die Geburt dagegen bereits mit der Eröffnung des *Uterus*, um das Kind oder die Zwillinge/Mehrlinge aus dem Mutterleib zu entnehmen und damit die Schwangerschaft zu beenden.⁷⁸

Es zeigt sich somit, dass die Regelungen zur Rechtsfähigkeit nur aus dem jeweiligen Regelungszusammenhang zu verstehen sind und demnach Unterschiede aufweisen können. Für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit ist daher der jeweilige Kontext zu berücksichtigen.

II. Eigentumsverhältnisse zu Lebzeiten

1. Eigentumsverhältnisse vor der Imprägnation

Fraglich ist zunächst, wie die Eigentumsverhältnisse zu Lebzeiten beider Keimzelleugeber und vor einer Imprägnation zu bewerten sind. Zu untersuchen ist insoweit die Rechtsstellung der unbefruchteten Keimzelle.

Abgetrennte Körperteile fallen nach überwiegender Auffassung *ipso iure* in das Eigentum des (vorherigen) Trägers.⁷⁹ Die teilweise vertretene Ansicht, die getrennten Teile würden zunächst als herrenlose

Sachen einem privilegierten Aneignungsrecht ihres ehemaligen Trägers unterliegen, vermag indes nicht zu überzeugen.⁸⁰ Vielmehr ist eine Gleichbehandlung der Keimzelle mit Organen, Blut oder Hautgewebe nach Anerkennung der Sachqualität vorzuziehen.⁸¹

Vorzugswürdig ist damit eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens aus § 953 BGB.⁸² Demnach gehören analog § 953 BGB Bestandteile einer Person, vorliegend die Keimzellen, auch nach der Trennung vom Körper dem ursprünglichen Träger. Dies führt dazu, dass die entnommenen Eizellen im Eigentum der Eizelleugeberin liegen, während die Samenzellen Eigentum des Samenzelleugebers sind. Damit ergibt sich vor der Imprägnation in der sachenrechtlichen Bewertung zunächst eine Alleineigentümerstellung des jeweiligen Keimzelleugebers.⁸³

2. Eigentumsverhältnisse nach der Imprägnation

Zu betrachten sind überdies die Eigentumsverhältnisse zu Lebzeiten beider Keimzelleugeber nach der Imprägnation. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen die imprägnierte Eizelle im Vorkernstadium, also eine Eizelle, in welche bereits ein Spermium eingedrungen ist oder eingebracht wurde, bei der aber noch beide Vorkerne (*Pronuclei*) mit dem jeweils einfachen Chromosomensatz des Keimzelleugebers enthalten sind.⁸⁴

Bezüglich der 2-PN-Zelle wird in Literatur und Rechtsprechung überwiegend das Miteigentum der Eizelleugeberin und des Samenzelleugebers analog § 947 Abs. 1 BGB an der imprägnierten Eizelle angenommen.⁸⁵ Teilweise wird jedoch die analoge Anwendung der Vorschrift als inkonsequent kritisiert, da sich im Falle der Anerkennung der Sacheigenschaft der 2-PN-Zelle im Sinne des § 90 BGB eine direkte Anwendbarkeit der §§ 947 Abs. 1, 93 BGB ergebe.⁸⁶ Im Ergebnis führen jedoch beide Auffassungen zur

⁷³ MüKo-BGB/*Spickhoff*, 9. Aufl. 2021, § 1 BGB Rn. 31; BeckOGK/*Behme*, § 1 BGB Rn. 19, 23 (01.11.2021).

⁷⁴ BGHZ 58, 48 (49).

⁷⁵ *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2020, § 212 StGB Rn. 8.

⁷⁶ MüKo-StGB/*Gropp/Wörner*, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 218 StGB Rn. 92.

⁷⁷ BGHSt 31, 348 (355); 32, 194 (195); 65, 163 (170).

⁷⁸ BGHSt 65, 163 (171 f.).

⁷⁹ *Lanz-Zumstein*, Die Rechtstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, Ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie, 1990, S. 205.

⁸⁰ *Lanz-Zumstein*, Die Rechtstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, S. 205 f.; vgl. MüKo-BGB/*Stresemann*, 9. Aufl. 2021, § 90 BGB Rn. 26.

⁸¹ *Lanz-Zumstein*, Die Rechtstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, S. 206.

⁸² *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803 (804); *Lanz-Zumstein*, Die Rechtstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, S. 221.

⁸³ *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803 (804); vgl. auch *Staudinger/Stieper*, Neubearbeitung 2021, § 90 BGB Rn. 31.

⁸⁴ LG Bonn BeckRS 2016, 19072; LG Darmstadt GesR 2019, 744 (744, Ls. 1).

⁸⁵ *Prehn*, MedR 2011, 559 (562); *Meier*, NZFam 2019, 934 (934); BeckOGK/*Schermaier*, § 947 BGB Rn. 14 (01.09.2022); LG Darmstadt GesR 2019, 744 (746) m.w.N.

⁸⁶ BeckOGK/*Schermaier*, § 947 BGB Rn. 14 (01.09.2022).

Annahme eines Miteigentums. Insbesondere ist weder die Eizelle noch die Samenzelle als Hauptsache im Sinne des § 947 Abs. 2 BGB anzusehen, sodass keiner der beiden Keimzellegeber das Alleineigentum an der 2-PN-Zelle erwirbt.⁸⁷ Ferner sei hier angemerkt, dass der Reproduktionsmediziner, welcher die Befruchtung der Eizelle mit dem Sperma des Samenzellegebers vornimmt, nicht analog § 950 BGB durch „Verarbeitung“ Eigentum an der imprägnierten Eizelle erwirbt.⁸⁸

Die Annahme des Miteigentums beider Keimzellegeber führt zu der Frage, ob und inwieweit die Miteigentumsanteile übertragbar sind und welche Konsequenzen dies mit sich bringt.

Wird eine Übertragbarkeit des Miteigentumsanteils angenommen, so besteht die Möglichkeit des Erwerbs von Alleineigentum mit der Folge, dass der sodann alleinige Eigentümer gegebenenfalls gemäß § 985 BGB die Herausgabe der imprägnierten Eizelle verlangen kann. Insoweit wird vertreten, dass aus der möglichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Keimzellegeber aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch bestimmungswidrige Nutzungen oder Vernichtungen der 2-PN-Zellen keine Verkehrsunfähigkeit dieser Zellen als *res extra commercium*⁸⁹ folgt.⁹⁰

Wird eine Übertragbarkeit des Miteigentumsanteils hingegen verneint, so verbleibt es bei der Möglichkeit, die Herausgabe an alle Miteigentümer, vorliegend an beide Keimzellegeber, zu verlangen, §§ 1011, 432 Abs. 1 BGB. Zu Lebzeiten beider Keimzellegeber käme insoweit die Herausgabe an lediglich einen Miteigentümer nicht in Betracht. Die Frage der Übertragbarkeit des Miteigentumsanteils an der 2-PN-Zelle wirkt sich damit auf die Möglichkeiten der Geltendmachung von Herausgabeansprüchen zu Lebzeiten beider Keimzellegeber aus.

Es erscheint hierbei vorzugswürdig, das Recht, die Herausgabe der 2-PN-Zelle zu verlangen, nicht als vermögensrechtlichen Anspruch, sondern vielmehr als höchstpersönliches Recht einzustufen.⁹¹ 2-PN-Zellen

sind daher als eigentumsfähige *res extra commercium*⁹² anzusehen, die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Keimzellegeber überlagert werden.⁹³ Dabei unterfallen die Eizellen im Vorkernstadium nicht allein dem Persönlichkeitsrecht der Eizellegeberin, sondern gleichermaßen auch dem des Samenzellegebers, sodass dieser etwa den Transfer der imprägnierten Eizelle auf die Eizellegeberin noch verweigern kann, sollte er sich letztendlich gegen die Zeugung eines Kindes entscheiden.⁹⁴ Andernfalls würde insbesondere die verfassungsrechtlich garantierte Reproduktionsfreiheit als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) einseitig verkürzt.⁹⁵ Es fehlt somit angesichts dieser persönlichkeitsrechtlichen Überlagerung an der Verkehrsfähigkeit der 2-PN-Zellen. Eine Übertragbarkeit des Miteigentumsanteils ist daher zu verneinen. Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass andernfalls auch unter ethischen Gesichtspunkten fragwürdige Eigentumskonstellationen entstehen könnten, unumgänglich, um die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten zu wahren. Die für den menschlichen Körper geltenden Wertungen sollten auch trotz der Bejahung der Sachqualität von 2-PN-Zellen unter Beachtung der untrennbaren Verbindung mit dem werdenden Leben Berücksichtigung finden. Zudem kann durch eine grundsätzliche fehlende Übertragbarkeit möglichen Missbrauchsfällen und einem „Handel mit dem (potenziellen) menschlichen Leben“ über bestehende Verbotsvorschriften hinaus vorgebeugt werden.

Eine ähnliche Wertung hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit ergibt sich etwa im Hinblick auf den menschlichen Leichnam, der grundsätzlich als Sache im Sinne des § 90 BGB angesehen wird,⁹⁶ welche aber dem Rechtsverkehr entzogen und herrenlos ist.⁹⁷

Im Ergebnis zeigt sich somit nach der Imprägnation der Eizelle in der sachenrechtlichen Bewertung ein gemeinsames Eigentum der beiden Keimzellegeber an der 2-PN-Zelle, welches angesichts der

⁸⁷ LG Darmstadt GesR 2019, 744 (746); *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803 (804).

⁸⁸ MüKo-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 242 StGB Rn. 27.

⁸⁹ Lat. „Sache außerhalb des Geschäftsverkehrs“.

⁹⁰ BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 16.2 (01.03.2021).

⁹¹ So auch LG Darmstadt GesR 2019, 744 (746).

⁹² Lat. „Sache(n) außerhalb des Geschäftsverkehrs“.

⁹³ Vgl. *Coester-Waltjen*, FamRZ 2015, 1981 (1981); *Börger/Frister*, HFR 2010, 1 (6).

⁹⁴ LG Bonn BeckRS 2016, 19072.

⁹⁵ LG Bonn BeckRS 2016, 19072.

⁹⁶ OLG Hamburg, NJW 2012, 1601 (1603); *Staudinger/Stieper*, Neubearbeitung 2021, § 90 BGB Rn. 39 m.w.N., Rn. 48 m.w.N., Rn. 52; *jurisPK-BGB/Vieweg/Lorz*, § 90 BGB Rn. 16 (02.06.2020).

⁹⁷ OLG Hamburg, NJW 2012, 1601 (1603); *Erman BGB/Schmidt*, 16. Aufl. 2020, § 90 BGB Rn. 6; *jurisPK-BGB/Vieweg/Lorz*, § 90 BGB Rn. 16 (02.06.2020); *Staudinger/Heinze*, Neubearbeitung 2020, § 958 BGB Rn. 4

persönlichkeitsrechtlichen Überlagerung jedoch nicht übertragbar ist.

III. Eigentumsverhältnisse *post mortem*

Die oben dargestellten Sachverhalte vereint, dass während einer laufenden reproduktionsmedizinischen Maßnahme ein Keimzellegeber verstorben ist, sei es die Eizellegeberin oder der Samenzellegeber. Für die Frage der Eigentumsverhältnisse kommt es nun entscheidend darauf an, ob die Imprägnation der Eizelle vor dem Todeszeitpunkt eines der Keimzellegeber durchgeführt wurde.

1. Eigentumsverhältnisse vor der Imprägnation

Vor der Imprägnation entsteht nach der Trennung der Eizellen und Spermien vom Körper des jeweiligen Keimzellegebers wie ausgeführt ein Alleineigentum an den eigenen Keimzellen analog § 953 BGB. Diesbezüglich wird vertreten, dass das Eigentum dabei durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht überlagert wird, welches einen Schutz vor einer bestimmungswidrigen Verwendung bietet.⁹⁸ Dies führt dazu, dass das Eigentum an den Keimzellen weder durch Rechtsgeschäft noch im Wege der Erbfolge übertragbar ist.⁹⁹ Aufgrund des überwiegenden persönlichkeitsrechtlichen Aspektes ist ein Rechtsübergang demnach ausgeschlossen.¹⁰⁰

Der hinterbliebene Keimzellegeber wird somit nicht Eigentümer der Keimzellen des verstorbenen Keimzellegebers. Damit kommt es in Fällen, in denen ein Keimzellegeber vor der Durchführung der Imprägnation stirbt, zum Untergang des Eigentums an den jeweiligen Keimzellen des Verstorbenen. Die Geltendmachung eines sachenrechtlichen Herausgabeanspruchs scheidet demnach bereits an der fehlenden Eigentümerstellung des hinterbliebenen Keimzellegebers.

2. Eigentumsverhältnisse nach der Imprägnation

Nach der Imprägnation sind dagegen beide Keimzellegeber zunächst analog § 947 Abs. 1 BGB Miteigentümer der 2-PN-Zelle. Demnach stellt sich die Frage, wie sich das Ableben des einen Miteigentümers

auf die Eigentumsverhältnisse des jeweils anderen Miteigentümers auswirkt.

Im Todesfall kann die Eigentumsposition an der imprägnierten Eizelle weder durch ein Rechtsgeschäft noch im Wege der Erbfolge übertragen werden und legt man das Miteigentum beider Keimzellegebern an der imprägnierten Eizelle zu Grunde, so folgt daraus, dass mit dem Tod eines der Keimzellegeber sein Eigentumsanteil an der imprägnierten Eizelle untergehen würde und am Ende ein Alleineigentum des lebenden Keimzellegebers verbleiben würde.¹⁰¹

Einer anderen Ansicht zufolge soll es sich bei dem ursprünglich gemeinsamen Herausgabeanspruch gegen den Verwahrer hingegen um ein höchstpersönliches und daher unvererbliches Recht handeln, sodass der Herausgabeanspruch mit dem Tod des einen Keimzellegebers erlischt.¹⁰²

Hiergegen spricht jedoch, dass es hinsichtlich der Eigentumsstellung *post mortem* nicht um die Vererbbarkeit des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB geht, sondern vielmehr um die Vererbung des Eigentums selbst.¹⁰³ Eine Verneinung der Vererbung des Eigentums selbst unter Bezugnahme auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht erscheint zumindest zweifelhaft.¹⁰⁴ Als vorzugswürdig erweist sich zugunsten einer größeren Rechtsklarheit die Annahme, dass im Falle des Todes des einen Keimzellegebers der hinterbliebene Keimzellegeber Alleineigentümer wird.

Es zeigt sich folglich im Falle der bereits vor dem Tod des einen Keimzellegebers durchgeführten Imprägnation ein von dem einer Imprägnation vorgelagerten Todesfall abweichendes Ergebnis. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob die Imprägnation im Todeszeitpunkt bereits durchgeführt wurde. Dieses Ergebnis mag zwar juristisch überzeugen, es ergeben sich aber dennoch unter Wertungsgesichtspunkten Zweifel, wenn die Eigentumsverhältnisse *post mortem* im Ergebnis von dem Zufall des zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Todeseintritt und der Durchführung der Imprägnation abhängen.

⁹⁸ Brockmann/Künnen, Die sonstigen Rechte iSd § 823 I BGB, JuS 2020, 910 (914).

⁹⁹ MüKo-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1922 BGB Rn. 185; vgl. zu konserviertem Sperma BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB Rn. 350 (01.08.2022); Burandt/Rojahn/Große-Boymann, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 1922 BGB Rn. 101; a.A. bzgl. der Vererbbarkeit von Spermiaspenden Staudinger/Stieper, Neubearbeitung 2017, § 1922 BGB Rn. 288 ff.

¹⁰⁰ MüKo-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1922 BGB Rn. 185.

¹⁰¹ Siede, FamRB 2020, 22 (23).

¹⁰² MüKo-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1922 BGB Rn. 185.

¹⁰³ Vgl. Meier, NZFam 2019, 934 (934).

¹⁰⁴ Meier, NZFam 2019, 934 (934).

F. Kindeswohlargument

In den geschilderten Fällen wird oft mit der vom Gesetzgeber¹⁰⁵ angeführten Kindeswohlgefährdung, wenn das Kind „von einem Toten abstammt“ und seine Identitätsfindung dadurch beeinträchtigt werden könnte, argumentiert.¹⁰⁶ Bei der Argumentation wird jedoch verkannt, dass Kinder aus unterschiedlichen Gründen mit nur einem Elternteil aufwachsen können.¹⁰⁷ Die Erziehung durch nur ein Elternteil widerspricht dabei nicht generell dem Kindeswohl.¹⁰⁸

Im Kontext der Reproduktionsmedizin weist *Löhnig* darauf hin, dass bei der anonymisierten¹⁰⁹ Samenspende der Spender zum Zeitpunkt der Zeugung des Kindes bereits verstorben sein kann, ohne dass die Beteiligten davon Kenntnis haben.¹¹⁰ Handelt es sich bei der werdenden Mutter um eine alleinstehende Frau,¹¹¹ so wächst das Kind ebenfalls ohne (biologischen) Vater auf und stammt „von einem Toten“ ab, unabhängig davon, ob die Vaterrolle später von einem anderen Mann als dem biologischen Vater übernommen wird.

Ebenfalls ohne seinen biologischen Vater wächst das Kind auf, wenn der Vater als Samenzellengeber zwischen dem Abschluss der reproduktionsmedizinischen Maßnahmen und der Geburt des Kindes oder kurz danach verstirbt,¹¹² wobei das Kind dann nicht „von einem Toten abstammt“, wenn der Erzeuger zum Zeugungszeitpunkt¹¹³ noch gelebt hat.

Es sollte daher vielmehr darauf abgestellt werden, ob nach den Umständen des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass auch der zwischenzeitlich verstorbene

Partner mit der Fortsetzung der reproduktionsmedizinischen Maßnahme einverstanden war und das Kind damit „gewollt“ (ein sogenanntes „Wunschkind“¹¹⁴) ist. Denn wichtiger als die Art der Zeugung ist für die Entwicklung des Kindes die „Qualität des konkreten Familienlebens“.¹¹⁵ Entscheidend ist also das Eltern-Kind-Verhältnis nach der Geburt.¹¹⁶

Negative Auswirkungen auf die Identitätsfindung des Kindes könnte es haben, wenn der biologische Vater vor der Befruchtung seine Zustimmung zur Fortsetzung der reproduktionsmedizinischen Maßnahme widerrufen und sich damit gegen das Kind entschieden hat.¹¹⁷ Denn hier würde im Falle einer hypothetischen Geburt eine „Anti-Beziehung“ zwischen dem Kind und seinem leiblichen Vater bestehen.¹¹⁸ Die negativen Auswirkungen sind jedoch nicht nachgewiesen.¹¹⁹

Im Falle einer Embryonenspende¹²⁰ – im Gegensatz zu einer anonymen Samenspende – kann der Identitätskonflikt durch die fehlende Verwandtschaft zu den sozialen Eltern noch verstärkt werden.¹²¹ Zudem entwickelte sich das Kind aus einer kryokonservierten und bei der Behandlung eines anderen Paares übrig gebliebenen Eizelle,¹²² wodurch sich das Kind möglicherweise als nicht gewollt oder übriggeblieben empfindet.¹²³

Dem Kind jedoch sein Existenzrecht abzuspochen, weil es nur mit einem Elternteil aufwachsen soll, ist damit nicht mehr vertretbar.¹²⁴ Die Abstammung von einem Toten als mögliche Kindeswohlgefährdung¹²⁵

¹⁰⁵ Siehe BT-Drucks. 11/5710, S. 10.

¹⁰⁶ LG Bonn BeckRS 2016, 19072; LG Darmstadt GesR 2019, 744 (746) m.w.N.; ablehnend im Einzelfall OLG Rostock MedR 2010, 874 (877); OLG Hamburg NZFam 2022, 20 (23); zur Rechtslage in der Schweiz siehe *Gächter/Schwendener*, Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2005, 11 (17).

¹⁰⁷ *Löhnig*, NZFam 2022, 24 (25).

¹⁰⁸ *Mayr*, NZFam 2018, 913 (919).

¹⁰⁹ In Deutschland ist die anonymisierte Samenspende seit der Einführung des Samenspenderregisters (seit 01.07.2018 in Kraft) zur Sicherstellung der Verwirklichung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht mehr möglich, vgl. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2 SaRegG (Samenspenderregistergesetz). Vereinbarungen zur Einschränkung des Auskunftsrechts sind unzulässig, siehe *Grziwotz*, NJW 2022, 3255 (3257 f.).

¹¹⁰ *Löhnig*, NZFam 2022, 24 (25). Bei Kenntnis vom Tod kommt ein Verstoß gegen das Verbot der postmortalen Befruchtung gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG in Betracht. Zur Rechtslage in der Schweiz siehe *Gächter/Schwendener*, Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2005, 11 (17).

¹¹¹ Zur Samenspende bei lesbischen Paaren und dem Kindeswohl vgl. *Hansen/Heyder/Stroop*, Ethik in der Medizin 2012, 77 (78).

¹¹² *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51 (54).

¹¹³ BT-Drucks. 11/5710, S. 10.

¹¹⁴ *Mayr*, NZFam 2018, 913 (919).

¹¹⁵ *Mayr*, NZFam 2018, 913 (919) m.w.N.; vgl. *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, C II § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 10 ff.

¹¹⁶ BVerfG NJW 1998, 519 (522).

¹¹⁷ LG Bonn BeckRS 2016, 19072. Ausführlich zum Zeitpunkt und zur Form des Widerrufs *Grziwotz*, NJW 2022, 3255 (3256 f.).

¹¹⁸ *Kreß*, ZRP 2016, 232 (234).

¹¹⁹ *Mayr*, NZFam 2018, 913 (919).

¹²⁰ Zur Embryonen- und Eizellenspende siehe *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51 (53).

¹²¹ *Ludewig*, PdR 2/2016, 45 (49).

¹²² Beachte aber das Verbot der Eizellenspende in Deutschland, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG.

¹²³ *Ludewig*, PdR 2/2016, 45 (49).

¹²⁴ Vgl. *Löhnig*, NZFam 2022, 24 (25).

¹²⁵ BT-Drucks. 11/5710, S. 10.

kann, jedenfalls solange es keine Studien¹²⁶ dazu gibt, welche mögliche negative Auswirkungen auf das Kind belegen, auch nicht als Argument gegen die Herausgabe von imprägnierten Eizellen herangezogen werden. Bei einer Gesetzesreform sollte auch das strikte Verbot der postmortalen Befruchtung in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG in den Blick genommen werden. Denkbar wäre eine nach den Todeszeitpunkt zeitlich begrenzte Ausnahmeregelung für Fälle noch nicht imprägnierter Eizellen, in denen der Wille des verstorbenen Samengebers zur Fortsetzung der reproduktionsmedizinischen Maßnahme über seinen Tod hinaus entsprechend dokumentiert ist.

G. Praxisfolgen

In Deutschland werden typischerweise imprägnierte Eizellen kryokonserviert, da sie im Gegensatz zu noch unbefruchteten Eizellen beim Einfrieren und anschließenden Auftauen weniger Schaden nehmen.¹²⁷

I. Kryokonservierung in der GKV

Mit dem Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG) wurde der Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) 2019 um die Kryokonservierung gemäß § 27a Abs. 4 SGB V erweitert.¹²⁸ Demnach haben gesetzlich Versicherte einen Anspruch auf Kryokonservierung von Ei- oder Samenzellen oder von Keimzellgewebe sowie auf die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen, wenn die Kryokonservierung wegen einer Erkrankung und deren Behandlung mit einer keimzellschädigenden Therapie medizinisch notwendig erscheint, um spätere medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27a Abs. 1 SGB V vornehmen zu können. Die Kryokonservierung von imprägnierten Eizellen ist jedoch nicht vom Leistungskatalog der GKV erfasst,¹²⁹ auch wenn sie unter Beachtung des Arztvorbehaltes (§ 9 Nr. 4 ESchG) in Deutschland erlaubt ist.¹³⁰

Besonders relevant ist die neue Leistung für junge Menschen, welche einen (noch) unerfüllten Kinderwunsch haben bzw. deren Familienplanung noch nicht abgeschlossen ist.¹³¹ Die Gesetzesbegründung weist hierbei beispielsweise auf Krebserkrankungen sowie rheumatologische Erkrankungen und das aus den keimzellschädigenden Therapien folgende Risiko der Unfruchtbarkeit hin.¹³² Für die Versicherten kann dann später eine künstliche Befruchtung zur Herbeiführung der Schwangerschaft in Frage kommen.¹³³ Die Kryokonservierung des eigenen Keimguts dient daher als „Vorsorge“ und „Backup“ für die Versicherten, wenn sie durch die Therapie unfruchtbar werden sollten.¹³⁴ Im Jahr 2020 waren Krebserkrankungen die zweithäufigste Todesursache in Deutschland und mit 239.552 Toten aufgrund von Krebs und anderen Neubildungen für fast jeden vierten Todesfall verantwortlich.¹³⁵ Trotzdem wird eine Kryokonservierung im Vorfeld einer Chemotherapie nicht zuerst wegen des eigenen, nicht auszuschließenden Todes, sondern wegen der zu erwartenden Keimzellenschädigung vorgenommen werden.¹³⁶

II. Fortsetzung der Behandlung im Ausland

Die restriktive Handhabung von Herausgabeansprüchen hinsichtlich kryokonservierten Keimguts gemäß § 985 BGB durch die deutschen Gerichte wirft aber auch Schwierigkeiten auf, wenn die postmortale Befruchtung unter bestimmten Voraussetzungen im Ausland möglich ist und die reproduktionsmedizinische Maßnahme nach dem Tod eines der Keimzelleugeber im Ausland fortgesetzt werden soll.

In einem zeitlich nach dem Urteil des LG Darmstadt ergangenen Beschluss befasste sich auch das OLG Hamburg¹³⁷ mit der Frage nach Herausgabeansprüchen hinsichtlich des kryokonservierten Keimmaterials des verstorbenen Lebensgefährten der Antragstellerin. Das Gericht entschied, dass eine Klinik die zu Lebzeiten kryokonservierten Keimzellen eines zwischenzeitlich Verstorbenen zum Zwecke einer

¹²⁶ Zur Samenspende bei lesbischen Paaren und dem Kindeswohl vgl. *Hansen/Heyder/Stroop*, Ethik in der Medizin 2012, 77 (78).

¹²⁷ *Schumann*, in: Rieger (Begr.)/Dahm/Katzenmeier/Stellflug/Ziegler (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 85. Update 2021, Fortpflanzungsmedizin, Rn. 26; kein Argument für § 27a Abs. 4 SGB V, vgl. SG München, Gerichtsbescheid v. 10.08.2022, Az. S 7 KR 2383/21.

¹²⁸ BGBl. I 2019, S. 646 (647).

¹²⁹ SG München, Gerichtsbescheid v. 10.08.2022, Az. S 7 KR 2383/21.

¹³⁰ *Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel*, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2010, 96 (100).

¹³¹ BT-Drucks. 19/6337, S. 68.

¹³² BT-Drucks. 19/6337, S. 87.

¹³³ BT-Drucks. 19/6337, S. 87.

¹³⁴ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/kryokonservierung.html> (abgerufen am 12.10.2022).

¹³⁵ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/172573/umfrage/krebstote-in-deutschland/> (abgerufen am 12.10.2022).

¹³⁶ *Löhnig*, NZFam 2022, 24 (25).

¹³⁷ Siehe OLG Hamburg NZFam 2022, 20 ff.

postmortalen künstlichen Befruchtung im Ausland herauszugeben hat, wenn dessen Wille zur Herausgabe dieser Zellen bereits vor dem Eintritt des Todes deutlich geworden ist. Der Verstorbene hatte im zugrundeliegenden Fall vor seinem Tod den Aufbewahrungsvertrag mit der Klinik zum Zwecke der Überführung der Samenzellen nach Spanien gekündigt, um dort in einer Kinderwunschklinik eine künstliche Befruchtung seiner Lebensgefährtin durchführen zu lassen. In einem solchen Fall sei der zentrale Schutzzweck des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG nicht berührt, denn der Verstorbene habe seinen Willen zur Ermöglichung der postmortalen Befruchtung zugunsten seiner Lebensgefährtin deutlich gemacht. Daher werde sein Selbstbestimmungsrecht durch die Herausgabe der Spermienzellen anders als im vom OLG München¹³⁸ (siehe unter D. IV.) entschiedenen Fall nicht verletzt. Es sei auch keine ernsthafte Bedrohung des Wohles des noch ungeborenen bzw. noch nicht gezeugten Kindes anzunehmen. Vielmehr solle die Erzeugung des Kindes in einer dem Willen der Beteiligten entsprechenden Weise erfolgen. Die Herausgabe des Keimmaterials sei der Klinik auch zumutbar.

Es zeigt sich damit, dass die deutsche Rechtsordnung angesichts der international unterschiedlichen Regelungen postmortale Befruchtungen faktisch kaum verhindern kann.¹³⁹ Vielmehr führen die derzeit in Deutschland bestehenden Rechtsunsicherheiten zu einem Ausweichen auf reproduktionsmedizinische Behandlungen im Ausland, mit denen wiederum weitergehende Fragestellungen etwa im Hinblick auf die Anerkennung der Elternschaft in der Bundesrepublik Deutschland einhergehen können. Damit ergibt sich nach der aktuellen Rechtslage keine Lösung möglicher Problematiken, sondern eine Verschiebung der Fragestellungen, die auf eine rechtssichere Ausgestaltung der Ausgangslage durch den Gesetzgeber hoffen lässt. Andernfalls ist anzunehmen, dass mit zu erwartenden zunehmenden reproduktionsmedizinischen Eingriffen im Ausland vermehrt gerichtliche Einzelfallent-

scheidungen erforderlich sein werden, mit denen angesichts der unklaren Rechtsprechungslinie große Rechtsunsicherheiten einhergehen. Insofern erscheint eine Klärung durch eine Anpassung der Rechtslage an die medizinischen und gesellschaftlichen Fortentwicklungen angebracht, um für die neu aufkommenden Fragestellungen einen rechtssicheren Rahmen zu bieten.

III. *Social (egg) freezing*¹⁴⁰

Auch im „Lifestyle“-Bereich ist die Kryokonservierung von Eizellen ohne medizinische Indikation unter dem Begriff „*social (egg) freezing*“ angekommen.¹⁴¹ Reproduktionsmedizinische Maßnahmen haben damit in der Gesellschaft auch über medizinische Erwägungsgründe hinaus Anklang gefunden, um etwa zu einer Vereinbarkeit von Karriere- und Familienplanung beizutragen.¹⁴² Mit den kryokonservierten Eizellen kann die Schwangerschaft auch noch nach der Menopause ermöglicht werden.¹⁴³ Das Phänomen des „*social (egg) freezings*“ verdeutlicht damit die zunehmende Relevanz der mit der Reproduktionsmedizin einhergehenden Fragen und Problemstellungen. Denn mit der zunehmenden Bekanntheit der Methode steigt auch die Nachfrage stark an.¹⁴⁴ So stieg die Zahl der Behandlungsfälle von gerade einmal 22 Fällen im Jahr 2012 auf bereits 750 Fälle im Jahr 2014.¹⁴⁵

H. Fazit

Der (reproduktions-)medizinische Fortschritt wirft immer wieder rechtliche Fragen auf, welche bisweilen nicht oder nur unzureichend, insbesondere durch das ESchG, geregelt werden.¹⁴⁶ Reproduktionsmediziner bzw. -kliniken laufen Gefahr, sich strafbar zu machen.

Zwar trägt die Ansicht des LG Darmstadt zu einer Klärung der Rechtslage bei und verdient somit unter praktischen Gesichtspunkten auch Zustimmung. Jedoch bleibt es fraglich, ob die Ansicht auch unter ethischen Gesichtspunkten überzeugen kann, wenn man

¹³⁸ OLG München FamRZ 2017, 904 ff.

¹³⁹ Vgl. Rapp, ZfPW 2022, 106 (122); zur Problematik des „Medizintourismus“ siehe auch Kreß, ZRP 2016, 232 (235).

¹⁴⁰ Ausführlich Ludewig, PdR 2/2016, 45 ff.

¹⁴¹ Deutscher Ethikrat, Infobrief 1/2014, 8 (11); Nawroth/Dittrich/Kupka/Lawrenz/Montag/von Wolff, Der Frauenarzt 2012, 528 (528); von Wolff/Germeyer/Nawroth, Medizin studieren 1/2015, 26 (27).

¹⁴² Ludewig, PdR 2/2016, 45 (45); Nawroth/Dittrich/Kupka/Lawrenz/Montag/von Wolff, Der Frauenarzt 2012, 528 (528); von Wolff/Germeyer/Nawroth, Medizin studieren 1/2015, 26 (27).

¹⁴³ https://www.springermedizin.de/emedpedia/reproduktionsmedizin/ethik-reproduktionsmedizin-unter-dem-aspekt-ethischer-normen-und-des-kindewohls?epedia-Doi=10.1007%2F978-3-662-55601-6_57 (abgerufen am 28.11.2022).

¹⁴⁴ <https://www.tagesschau.de/inland/socialfreezing100.html> (abgerufen am 12.10.2022).

¹⁴⁵ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/457789/umfrage/zahl-der-eingriffe-zum-einfrieren-von-eizellen-nach-bewegungruenden/> (abgerufen am 12.10.2022).

¹⁴⁶ Vgl. Schafhausen, jurisPR-MedizinR 9/2010 Anm. 1; Mankowski, FamRZ 2015, 1980 (1980).

die Folgen der gerichtlichen Entscheidung für das weitere Leben der Hinterbliebenen bedenkt.

Die weitreichenden Folgen für den lebenden Partner durch die Verwerfung (Vernichtung) der imprägnierten Eizellen oder der teilverwaisten Embryonen¹⁴⁷ dürfen nicht vergessen werden. Oft werden die kryokonservierten Zellen die letzte Möglichkeit darstellen, ein Kind mit dem Erbgut des verstorbenen Partners bzw. der verstorbenen Partnerin zu zeugen. Ein Testament oder eine Vertragsurkunde, welche dem lebenden Keimzelleugeber die Möglichkeit zur Fortsetzung der reproduktionsmedizinischen Maßnahme nach dem Tod des anderen Keimzelleugebers ermöglicht, wird in aller Regel nicht vorliegen, insbesondere muss hier zwischen Fällen des Versterbens aufgrund plötzlicher Ereignisse (z.B. Unfall) oder aufgrund einer bereits bekannten lebensbedrohlichen Erkrankung des Keimzelleugebers unterschieden werden.

Aufgrund der derzeit in der Rechtsprechung unterschiedlichen vertretenen Auffassungen in Bezug auf die Eigentumsfrage bei imprägnierten Eizellen erscheint eine eindeutige Klärung der Rechtslage durch den BGH wünschenswert.¹⁴⁸ Weitere durch den medizinischen Fortschritt aufkommende Fragen, wie die ausnahmsweise Zulässigkeit der *post-mortem*-Befruchtung im Todesfall eines Keimzelleugebers und deren Voraussetzungen, bedürfen aber der Klärung durch den Gesetzgeber.¹⁴⁹ Wünschenswert erscheint insoweit eine rechtssichere gesetzliche Ausgestaltung, die den reproduktionsmedizinischen Problematiken des heutigen Zeitalters gerecht wird und einen geeigneten Rahmen bietet, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen und gleichzeitig hinreichende Grenzen zur Verhinderung eines Missbrauchs der Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin zieht.

¹⁴⁷ Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2010, 96 (101).

¹⁴⁸ Dafür auch schon Büchner, LTO vom 22.6.2010, https://www.lto.de/persistent/a_id/786/ (abgerufen am

12.10.2022); vgl. Siede, FamRB 2016, 461 (462); ebenso Löhnig, NZFam 2022, 24 (25).

¹⁴⁹ In diesem Sinne auch Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (54); Mayr, NZFam 2018, 913 (920).

Schuldenbremse und Corona-Hilfen

Von Stud. Hilfskraft **Katharina Warnke**, Marburg*

Ist die Schuldenbremse noch zeitgemäß? Die Corona-Krise hat diese Frage in ein neues Licht gerückt. Der vorliegende Beitrag (eine modifizierte Fassung einer Seminararbeit aus dem Wintersemester 2021/22) beschäftigt sich mit der Regelung der Schuldenbremse und ihrer Vereinbarkeit mit einer nicht mehr krisenfreien Realität. Nicht nur die COVID-19-Pandemie, sondern auch die Klimakrise stellen die Schuldenbremse auf die Probe. Einerseits wird durch sie die Handlungsfähigkeit des Staates in der Pandemie gewährleistet - andererseits werden wichtige Investitionen nicht getätigt.

A. Einleitung

Am 29.07.2009 wurde das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes verkündet, mit dem die Föderalismusreform II einherging. Durch diese Reform wurde auch die sogenannte Schuldenbremse, als Herzstück des Reformvorhabens¹, für Bund und Länder eingeführt.² Als Ziele der Föderalismusreform II (und damit auch der Schuldenbremse) gelten unter anderem die Stärkung der Eigenverantwortung von Gebietskörperschaften sowie der Finanzausstattung, doch die Föderalismusreform II sollte vor allem Maßnahmen ermöglichen, die die künftigen und bestehenden Haushaltskrisen vorbeugen bzw. diese bewältigen.³ Ob die Ziele der Reform von 2009 mithilfe der Schuldenbremse erreicht werden konnten, bleibt jedoch auch im Hinblick auf die Corona-Krise fraglich, denn für Corona-Hilfspakete wurden Rekordsummen ausgegeben. Jedenfalls hat die Pandemie, die zur Aussetzung der Schuldenbremse führte, diese in ein neues Licht gerückt, in dem sie von einer Seite scharf kritisiert, von anderer Seite weiterhin befürwortet wird (siehe hierzu unter Punkt D.).

B. Die Schuldenbremse und ihre Bedeutung für Bund und Länder

I. Historische Entwicklung

Um den Gedanken hinter der Schuldenbremse zunächst besser nachvollziehen zu können, ist die historische Entwicklung zu betrachten. Als Vorbild der Schuldenbremse im Grundgesetz kann die Schweizer Schuldenbremse in Art. 126 der Bundesverfassung angesehen werden.⁴ Zuvor gab es jedoch auch in Deutschland Regelungen zur Haushaltsdisziplin, so war beispielsweise gem. Art. 73 der Reichsverfassung von 1871 an das Schulden-Aufnehmen bereits das Erfordernis eines außergewöhnlichen Bedürfnisses geknüpft.⁵ In den 1960er Jahren hingegen empfand man die Vorgaben des zuvor von der Weimarer Reichsverfassung geprägten Art. 115 GG a.F. als nicht mehr sachdienlich, da dieser an strengere Voraussetzungen geknüpft war: Kredite durften nur zu Zwecken aufgenommen werden, die der öffentlichen Hand Einnahmen brachten, was sowohl der gegenwärtigen als auch der zukünftigen Generation dienen sollte.⁶

Vor der Föderalismusreform II gab es außerdem bereits Beschränkungen für die Kreditaufnahme auf europäischer Ebene.⁷ Durch die Schuldenbremse im Grundgesetz werden daher die sich aus dem europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt ergebenden Grundsätze des Haushaltsrechts, die für die Mitgliedstaaten gelten, innerstaatlich konkretisiert.⁸ Allerdings ist die Schuldenbremse als deutlich strenger anzusehen als die Regelungen des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes sowie des Art. 126 AEUV.⁹ Vor der Föderalismusreform II hatte Deutschland aufgrund der Weltwirtschaftskrise sehr hohe Schulden, was eine Reform des Staatsschuldenrechts

* Die Verfasserin ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht von Prof. Dr. *Monika Böhm*, an der Philipps-Universität Marburg. Die vorliegende Seminararbeit wurde im Seminar „Corona und Recht“ im Wintersemester 2021/22 bei Prof. Dr. *Monika Böhm* verfasst.

¹ *Kirchhof*, v. *Mangoldt/Klein/Starck GG*, 7. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 73; *Heintzen*, v. *Münch/Kunig GG*, 7. Aufl. 2020, Art. 109 Rn. 29; *Tappe*, *DÖV* 2009, 881 (881); *Heun*, *Dreier GG*, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 35.

² *Wolff*, *Hömig/Wolff GG*, 13. Aufl. 2021, Einführung Rn. 7; *Kienemund*, *Hömig/Wolff GG*, Art. 109 Rn. 1; *Heun*, *Dreier GG* (Fn. 1), Art. 109 Rn. 6.

³ *Wolff*, *Hömig/Wolff GG* (Fn. 2), Einführung Rn. 7.

⁴ *Wieland*, *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz*, *Handbuch d. VerFR*. 2021, § 24 Rn. 40; *Heintzen*, v. *Münch/Kunig GG* (Fn. 1), Art. 109 Rn. 29; *Schuknecht*, *ifo Schnelldienst* 2021, 3, (4).

⁵ *Kloepfer*, *FinanzverFR mit HaushaltsverfassR*, 2014, § 8 Rn. 133.

⁶ *Kloepfer* (Fn. 5), § 8 Rn. 133, 135.

⁷ *Kloepfer* (Fn. 5), § 8 Rn. 137.

⁸ *Kienemund*, *Hömig/Wolff GG* (Fn. 2), Art. 109 Rn. 9; *Kube*, *Dürig GG* (Fn. 7), Art. 109 Rn. 114; *Heintzen*, v. *Münch/Kunig GG* (Fn. 1), Art. 109 Rn. 29.

⁹ *Wieland*, *Herdegen* (Fn. 4), § 24 Rn. 39.

unabdingbar machte.¹⁰ Mit der Einführung der Schuldenbremse sind nun nicht mehr investive Ausgaben Ziel von Kreditaufnahmen, sondern die Tragfähigkeit der Kreditaufnahme und die gesamtwirtschaftliche Entwicklung.¹¹ Die Schuldenbremse gilt gem. Art. 143d GG für den Bund seit 2011, für die Länder erst seit 2020 verpflichtend.¹² Die Intention der Schuldenbremse ist es, dass die Staatsschuldenquote (öffentlicher Schuldenstand in Relation zum BIP) stabil bleibt. Dies war im Jahr der Föderalismusreform II 2009 nicht der Fall.¹³

II. Verankerung im Grundgesetz

Die Schuldenbremse als solche ist in Art. 109 III 1 GG und Art. 115 II 1 GG geregelt. Demnach sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne die Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Dem ist gem. Art. 115 II 2 GG bzw. Art. 109 III 4 GG entsprochen, wenn die Einnahmen aus Krediten 0,35% im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) nicht überschreiten (sog. Strukturausnahme)¹⁴. Das bedeutet, es dürfen nur in einem sehr geringen Maße neue Kredite aufgenommen werden, nämlich maximal 0,35% der Wirtschaftsleistung.¹⁵ Dies gilt jedoch nur für den Bund, während die Länder gem. Art. 109 III 5 GG an die strikte Nullgrenze gebunden sind. Für den Bund gilt daher eine Milderung der strikten Schuldenbremse, während diese für die Länder nicht greift.¹⁶ Dies hat zunächst zu Diskussionen über die Vereinbarkeit mit dem Bundesstaatlichkeitsprinzip, das aus Art. 20 I GG i.V.m. Art. 79 III GG folgt, geführt, dessen Verletzung im Ergebnis jedoch nicht gegeben ist, weil die unbeschränkte Verschuldungsfähigkeit kein notwendiger Bestandteil der Haushaltsautonomie der Länder ist und der Kerngehalt der deutschen

Bundesstaatlichkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird.¹⁷ Durch die Föderalismusreform II wurden den Ländern außerdem zum ersten Mal überhaupt konkrete Grenzen der Staatsverschuldung vorgeschrieben.¹⁸

Wie bereits festgestellt, ist die Schuldenbremse nicht einfachgesetzlich geregelt, sondern sowohl in Art. 109 III 1 GG als auch in Art. 115 II 1 GG verankert. Zu ermitteln ist daher der Unterschied und das Verhältnis der beiden Regelungen.

Art. 115 II 1 GG wiederholt mit der Regelung „Einnahmen und Ausgaben sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen“ lediglich den Grundsatz, der bereits in Art. 109 III 1 GG festgeschrieben ist. Allerdings gilt Art. 115 III GG nur für die Haushaltsführung des Bundes und nicht der Länder.¹⁹ An der Formulierung „Haushalte von Bund und Ländern“ wird teilweise kritisiert, dass nicht der Wortlaut „Haushalte **in** Bund und Ländern“ gewählt wurde, da dies die Unklarheit aus dem Weg räumen würde, ob die mittelbare Staatsverwaltung von Bund und Ländern miteinzubeziehen sind.²⁰ Gemeint sind mit den Haushalten von Bund und Ländern der Bundeshaushalt und die 16 Landeshaushalte sowie jeweils deren nicht-rechtsfähige Sondervermögen.²¹ Nicht erfasst sind juristisch selbstständige Personen des öffentlichen Rechts und juristische Personen der mittelbaren Staatsverwaltung.²² Etwaige Defizite von Sozialversicherungen und Gemeinden bei der Haushaltsaufstellung können schon wegen der „unerfüllbaren Informationsanforderungen“ nicht einbezogen werden.²³

Bei der Schuldenbremse spricht man vom grundsätzlichen Verbot struktureller Neuverschuldung.²⁴ Dabei geht es um die Nettoneuverschuldung.²⁵ Das bedeutet, die Einnahmen aus den vom Bund

¹⁰ *Tappe*, DÖV 2009, 881 (881); vgl. *Kube*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Loseblatt Stand Juli 2021, Art. 109 Rn. 124; *Darley/Hartlieb/Morwinsky*, KAS 2020, Nr. 431, (5).

¹¹ *Meickmann*, NVwZ 2021, 97 (97).

¹² *Tappe/Wernsmann*, Öff. FinanzR, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 437.

¹³ *Holtemöller*, ifo Schnelldienst 2020, 9 (9).

¹⁴ *Katz*, DÖV 2021, 670 (673).

¹⁵ *Geers*, Deutschlandfunk, Bericht vom 26.01.2021, <https://www.deutschlandfunk.de/corona-hilfen-des-staates-debatte-um-lockerung-der-100.html> (abgerufen am 10.04.2022).

¹⁶ *Siekmann*, Sachs GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 64; *Jarass*, Jarass/Pieroth GG, 16. Aufl. 2020, Art. 109 Rn. 15; *Kloepfer* (Fn. 5), § 8 Rn. 154; krit. *Wieland*, Herdegen (Fn. 4), § 24 Rn. 38.

¹⁷ *Kloepfer* (Fn. 5), § 8 Rn. 157 ff.; *Kube*, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 118; *Jarass*, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 15; *Tappe/Wernsmann* (Fn. 12), § 6 Rn. 436; *a. A. Wieland*, Herdegen (Fn. 4), § 24 Rn. 48.

¹⁸ *Kirchhof*, v. Mangoldt/Klein/Starck GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 73; *Kube*, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 26.

¹⁹ *Jarass*, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 115 Rn. 2.

²⁰ *Heintzen*, v. Münch/Kunig GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 30.

²¹ *Heintzen*, v. Münch/Kunig GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 30; *Kube*, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 117.

²² *Heun*, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 36; *Heintzen*, v. Münch/Kunig GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 30.

²³ BT-Drs. 16/12410, S. 10.

²⁴ *Heintzen*, v. Münch/Kunig GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 29; *Kienemund*, Hömig/Wolff GG (Fn. 2), Art. 109 Rn. 9; *Heun*, Dreier GG (Fn. 1), Art. 115 Rn. 22.

²⁵ *Siekmann*, Sachs GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 64; *Jarass*, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 13.

aufgenommenen Krediten sind nur die nach Abzug der Tilgung verbleibenden Nettoerlöse aus den aufgenommenen Krediten.²⁶ Zur Schaffung eines Ausgleichs des Haushaltes stehen damit nur die Nettoerlöse zur Verfügung. Dies soll gewährleisten, dass keine Zukunftsbelastung entsteht (Stichwort Generationengerechtigkeit).²⁷ Daher ist auch eine strenge Unterscheidung zwischen den Begriffen „Einnahmen aus Krediten“ und „Aufnahme von Krediten“ erforderlich.²⁸ Der Kreditbegriff umfasst – wie auch der Kreditbegriff des Art. 115 GG – alle Zuflüsse von Geld, die zu vertraglichen Rückzahlungsansprüchen führen.²⁹ Einnahmen aus Krediten sind Zuflüsse, denen Darlehensverträge, darlehensähnliche Verträge oder hoheitlich auferlegte Zwangsanleihen zugrunde liegen.³⁰

Art. 109 III 1 GG nennt bereits das wesentliche Grundsatzgebot mit entsprechenden Ausnahmen von der Schuldenbremse (siehe hierzu unter Punkt IV.), sodass sich die Eigenständigkeit und der konkretisierende Gehalt von Art. 115 II GG auf Weniges beschränkt.³¹ Grund für diese normsystematisch „unglückliche Regelungsdoppelung“³² ist, dass die Kreditaufnahme auf Bundesebene schon vor der Föderalismusreform II grundgesetzlich in Art. 115 I 2 GG a.F. geregelt war.³³ Die wesentliche rechtliche Grundlage für Haushaltsdisziplin und Schuldenbremsung enthält Art. 109 III 1 GG, während Art. 115 GG gem. Art. 109 III 4 GG nur die nähere Ausgestaltung für den Haushalt des Bundes regelt.³⁴ Art. 115 GG kommt damit kaum ein zusätzlicher Gehalt zu.³⁵

IV. Ausnahmen von der Schuldenbremse

Die recht streng wirkende Regelung der Schuldenbremse im Grundgesetz gilt jedoch nicht ohne Ausnahmen. Ein absolutes Verbot von Einnahmen aus Krediten zum Haushaltsausgleich wäre mithin unrealistisch und sachlich so gar nicht haltbar.³⁶ Daher sind

in Art. 109 III 2, 4 bzw. 115 II 2, 3, 6 GG Ausnahmen von der Schuldenbremse geregelt:

1. Strukturausnahme

Zum einen gilt für den Bund, wie bereits dargestellt, die „strukturelle“³⁷ Ausnahme der 0,35%-Regel gem. Art. 109 III 4, Art. 115 II 2 GG. Grund für die Ausnahme ist, dass ein Verschuldensspielraum geschaffen wird, der es ermöglicht, Maßnahmen zu finanzieren, die künftigen Generationen zu Gute kommen und Wirtschaftswachstum gewährleisten („Zukunftsinvestitionen“³⁸).³⁹ Hiermit ist bereits ein Ziel der Schuldenbremse aufgegriffen: „Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit“ sollen mit der Schuldenbremse gewährleistet werden.⁴⁰ Trotzdem besteht keine Verpflichtung, die Einnahmen aus den Krediten, die im Rahmen der 0,35% liegen, für investive Zwecke zu nutzen, was teilweise kritisiert wird.⁴¹ Die Kreditaufnahme im Rahmen der 0,35% des BIP bedarf der Begründung und wird durch die nach Art. 109 II GG verbindlichen EU-rechtlichen Vorgaben begrenzt.⁴²

2. Konjunkturbedingte Ausnahme

Außerdem regelt Art. 109 III 2 Fall 1 GG bzw. Art. 115 II 3 GG die konjunkturbedingte Neuverschuldung.⁴³ Es dürfen demnach Regelungen getroffen werden, „die bei der Bestimmung der zulässigen Kreditaufnahme die Berücksichtigung der Auswirkungen der konjunkturellen Entwicklung auf den Haushalt gewährleisten“⁴⁴. Konkret bedeutet das, dass die Haushaltsgesetzgeber von Bund und Ländern in Phasen konjunktureller Schwäche neue Kredite aufnehmen, ohne an die sonst geltende Schuldenbremse gebunden zu sein.⁴⁵ In Abschwungphasen erweitert sich somit der Verschuldungsrahmen entsprechend, während sich der Rahmen in Aufschwungphasen verengt und ggf. zu einem Tilgungsgebot wird.⁴⁶ Die Abweichung muss hinreichend begründet werden, wobei „geringe

²⁶ Heun, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 38; Siekmann, Sachs GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 65.

²⁷ Heun, Dreier GG (Fn. 1) Art. 109 Rn. 38.

²⁸ Siekmann, Sachs GG (Fn. 6), Art. 109 Rn. 65; Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 129.

²⁹ Jarass, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 13; Siekmann, Sachs GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 65.

³⁰ Reimer, BeckOK GG, 48. Ed. 2021, Art. 109 Rn. 55.

³¹ Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 115 Rn. 9.

³² Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 115; vgl. Selmer, NVwZ 2009, 1255 (1260).

³³ Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 115.

³⁴ Heintzen, v. Münch/Kunig GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 3.

³⁵ Siekmann, Sachs GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 49; Heun, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 35.

³⁶ Heun, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 39.

³⁷ Jarass, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 15.

³⁸ BR-Drs. 262/09, S. 9; Reimer, BeckOK GG (Fn. 30), Art. 109 Rn. 69.

³⁹ Klotz, DÖV 2012, 504 (504); Heintzen, v. Münch/Kunig GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 36.

⁴⁰ Heun, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 35.

⁴¹ Siekmann, Sachs GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 71; Selmer, NVwZ 2009, 1255 (1260).

⁴² Jarass, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 15.

⁴³ Reimer, BeckOK GG (Fn. 30), Art. 109 Rn. 60.

⁴⁴ BT-Drs. 16/12410, S. 11.

⁴⁵ Reimer, BeckOK GG (Fn. 30), Art. 109 Rn. 60.

⁴⁶ Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 165; Siekmann, Sachs GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 74f.

Wirtschaftskraft“ und „hohe Arbeitslosigkeit“ nicht genügen.⁴⁷

3. Naturkatastrophe/Außergewöhnliche Notsituation

Eine Neuverschuldung ist außerdem gem. Art. 109 III 2 Fall 2 GG ausnahmsweise zulässig, wenn eine Naturkatastrophe oder eine außergewöhnliche Notsituation vorliegt. Dafür werden drei Tatbestandsmerkmale⁴⁸ vorausgesetzt, nämlich, die Notsituation muss außergewöhnlich sein, ihr Eintritt muss sich der Kontrolle des Staates entziehen und sie muss den Haushalt erheblich beeinträchtigen.⁴⁹

Der Begriff der Naturkatastrophen umfasst unmittelbar drohende Gefahrenzustände oder Schädigungen von erheblichem Ausmaß, die durch Naturereignisse ausgelöst werden wie beispielsweise Erdbeben, Hochwasser, Unwetter, Dürre und Massenerkrankungen.⁵⁰ Eine außergewöhnliche Notsituation ist eine „plötzlich eintretende oder sich jedenfalls rapide verschärfende und darin nach Art und Maß unvorhersehbare Krise, die sich der Kontrolle des Staates entzieht.“⁵¹ Als Beispiel werden besonders schwere Unglücksfälle im Sinne von Art. 35 II 2, III GG genannt.⁵²

Die Voraussetzung der erheblichen Beeinträchtigung der Finanzlage liegt vor, wenn der Finanzbedarf wegen der Bewältigung der Katastrophe/Notsituation gemessen an der Finanzkraft der entsprechenden Gebietskörperschaft außerordentlich hoch ist.⁵³

Wichtig hierbei ist ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Neuverschuldungsbedarf und der Notlage.⁵⁴ Die Neuverschuldung darf dabei zwar nicht über das erforderliche Maß hinausgehen, dem Gesetzgeber kommt jedoch ein Einschätzungsspielraum zu.⁵⁵ Nach allgemeiner Ansicht muss die Kreditaufnahme außerdem dazu bestimmt und geeignet sein, die Notsituation effektiv zu beseitigen.⁵⁶

Mit dem Einräumen der Möglichkeit der Neuverschuldung in solchen Situationen soll die Handlungsfähigkeit des Staates zur Krisenbewältigung

sichergestellt werden.⁵⁷ Es muss außerdem Art. 109 III 3 GG beachtet werden, in dem geregelt ist, dass entsprechende Tilgungsregelungen vorgesehen werden müssen. Die Kredite sind dann in überschaubarer Zeit wieder zu tilgen, um „alte Fehler“ nicht zu wiederholen.⁵⁸

Wenn eine Nettoneuverschuldung im Zuge einer solchen Notlage eingegangen wird, findet diese auf einem Kontrollkonto nicht als kontobelastende Überschreitung der Kreditobergrenze Berücksichtigung, Art. 115 II 4 GG.⁵⁹ Eine erhöhte Kreditaufnahme gem. Art. 109 III 2 Fall 2 GG ist außerdem durch Beschluss zu entscheiden und mit einem Tilgungsplan zu verbinden.⁶⁰

In Bezug auf die Tatbestandsmerkmale kommt dem Staat trotz enger Auslegung ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu.⁶¹

V. Höhe der Kreditaufnahme

Fraglich ist nun, in welcher Höhe Kredite in den Ausnahmefällen aufgenommen werden dürfen und wie sich der Entscheidungsspielraum bemisst. In Art. 115 II 6 GG wird dies offengelassen. Unter Berücksichtigung des Normzwecks liegt es jedoch nahe, der Kreditaufnahme Grenzen zu setzen.⁶² Es kann daher davon ausgegangen werden, dass Art. 109 bzw. 115 GG nur die Kredite in Ausnahmefällen erfasst, die erforderlich sind, um die Notsituation zu beseitigen.⁶³ Dies ist nach dem hessischen Staatsgerichtshof nicht der Fall, „wenn die Notsituation ohne Kreditaufnahme und unter Inanspruchnahme der sonstigen haushaltsrechtlichen Möglichkeiten eindeutig ebenso effektiv bekämpft werden könnte“.⁶⁴

C. Aussetzen der Schuldenbremse – COVID-19-Pandemie als Naturkatastrophe

Als wesentliches Argument wird von Kritiker*innen der Schuldenbremse angeführt, dass der Bund zwar aufgrund stabilen Wirtschaftswachstums seit einigen Jahren Haushaltsüberschüsse erzielte, die aber nicht

⁴⁷ BVerfGE 140, 240, Rn 140; Jarass, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 16.

⁴⁸ Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 204.

⁴⁹ BT-Drs. 16/12410, S. 11.

⁵⁰ BT-Drs. 16/12410, S. 11.

⁵¹ Reimer, BeckOK GG (Fn. 30), Art. 109 Rn. 66.

⁵² BT-Drs. 16/12410, S. 11.

⁵³ Jarass, Jarass/Pieroth GG (Fn. 16), Art. 109 Rn. 20.

⁵⁴ Reimer, BeckOK GG (Fn. 30), Art. 109 Rn. 67; Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 207.

⁵⁵ Reimer, BeckOK GG (Fn. 30), Art. 109 Rn. 67; a. A. Heun, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 46.

⁵⁶ Schwarz, COVuR 2020, 74 (77).

⁵⁷ BT-Drs. 16/12410, S. 11; Heun, Dreier GG (Fn. 1), Art. 109 Rn. 43.

⁵⁸ Tappe/Wernsmann (Fn. 12), § 6 Rn. 435.

⁵⁹ Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 203.

⁶⁰ Kube, Dürig GG (Fn. 10), Art. 109 Rn. 208; Kloepfer (Fn. 5), § 8 Rn. 187; Meickmann, NVwZ 2021, 97 (98).

⁶¹ Meickmann, NVwZ 2021, 97 (99).

⁶² Schwarz, COVuR 2020, 74 (77).

⁶³ Schwarz, COVuR 2020, 74 (77).

⁶⁴ Hessischer Staatsgerichtshof, Urteil vom 27.10.21 – P.St. 2783, P.St. 2827- Rn. 251.

ausgeschöpft werden, sodass notwendige Investitionen nicht getätigt werden.⁶⁵ Die COVID-19-Pandemie hat dies geändert.⁶⁶ Im „Corona-Jahr“ 2020 ist die Wirtschaftsleistung Deutschlands um 5% eingebrochen.⁶⁷ Die Corona-Krise hat sowohl den Export Deutschlands als auch den privaten Konsum enorm beeinträchtigt.⁶⁸ Das BIP ist dementsprechend im zweiten Quartal von 2020 um 10% gegenüber dem Vorquartal eingebrochen.⁶⁹ Dies ist damit zu begründen, dass notwendige Maßnahmen wie Lockdown, Schließung und Kontaktreduzierung getroffen wurden, die dazu geführt haben, dass die Kaufkraft sich verändert hat. Dies bringt eine immense Konjunkturschwankung mit sich. Um diese wieder auszugleichen, sind Kreditaufnahmen in großem Umfang notwendig.⁷⁰

Daher musste sowohl im Bund als auch in den Ländern von der strengen Regelung der Schuldenbremse abgewichen werden. Die Zulässigkeit hiervon lässt sich mit dem Vorliegen einer Naturkatastrophe⁷¹, mindestens aber einer außergewöhnlichen Notsituation⁷² gem. Art. 109 III 2 GG, begründen.⁷³ Auch angesichts des Gebots der restriktiven Auslegung des Ausnahmetatbestands der Schuldenbremse kann die Corona-Krise mit ihren immensen und unabsehbaren Folgen die Tatbestandsmerkmale erfüllen.⁷⁴

Von der Ausnahme der Naturkatastrophe bzw. außergewöhnlichen Notsituation hat der Bund wegen der Corona-Pandemie erstmals Gebrauch gemacht.⁷⁵ Einen entsprechenden Beschluss hat der Bundestag mit dem Nachtragshaushaltsgesetz am 25.03.2020 gefasst.⁷⁶ Das Nachtragshaushaltsgesetz vom

27.02.2020 ist rückwirkend zum 01.01.2020 in Kraft getreten.⁷⁷ Als „Corona-Schutzschild für Deutschland“ galt diese Regelung, indem sie unter anderem die Ausweitung des Kurzarbeitergeldes sowie Zuschüsse für kleinere Unternehmen vorsah.⁷⁸ Hiernach folgte ein Konjunkturprogramm von 130 Milliarden Euro, an welches das Senken der Mehrwertsteuer um drei Prozentpunkte geknüpft war.⁷⁹ Es folgten außerdem Nachtragshaushalte auch für 2021.⁸⁰ Hierin sind Mittel zur Unterstützung von Bürger*innen, Unternehmen und Selbstständigen enthalten.⁸¹ Für die Bekämpfung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie wurden und werden daher Rekordsummen ausgegeben (156 Mrd. Euro allein im ersten Nachtragshaushalt⁸²).⁸³ Die Corona-Hilfen sind damit das größte Hilfspaket in der Geschichte der Bundesrepublik.⁸⁴ Wirtschaftspolitisch betrachtet übernahm der Staat anfangs mit den Corona-Hilfen in Form von Zuschüssen bzw. Krediten die Rolle des Kunden.⁸⁵ Dies war notwendig, da es sich zu Beginn um eine Krise des Angebots handelte.⁸⁶ Hierauf folgte die Senkung der Mehrwertsteuer im Juni 2020, was die Nachfrage wieder steigern sollte.⁸⁷

Fraglich ist aber dennoch die Verfassungsmäßigkeit dieser Rekordverschuldung. Voraussetzung ist nämlich ein Zusammenhang zwischen den Investitionen, die nun getätigt werden dürfen, und der Pandemie.⁸⁸ Es ist jedenfalls notwendig, dass im Voraus eine Prognose durchgeführt wird, die sicherstellt, dass die erhöhte Kreditaufnahme auch zur Reduzierung bzw. Beseitigung der Notsituation führt.⁸⁹ Durch die Unvorhersehbarkeit der Corona-Pandemie sind diese

⁶⁵ *Wieland*, Herdegen (Fn. 4), § 24 Rn. 39.

⁶⁶ *Wieland*, Herdegen (Fn. 4), § 24 Rn. 39; *Katz*, DÖV 2021, 670 (670); *Hüther/Südekum*, Wirtschaftsdienst 2020, 746 (750); *Darley/Hartlieb/Morwinsky*, KAS 2020, Nr. 431, 4.

⁶⁷ *Katz*, DÖV 2021, 670.

⁶⁸ Landeszentrale für politische Bildung, Welche Folgen hat Corona für die Wirtschaft? <https://www.lpb-bw.de/wirtschaft-und-corona> (abgerufen am 10.04.2022); *Engel*, Deutschland und Europa 2020, 2 (2).

⁶⁹ Statistisches Bundesamt, Wirtschaftliche Auswirkungen, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Corona/Wirtschaft/kontextinformationen-wirtschaft.html#BIP> (abgerufen am 10.04.2022).

⁷⁰ *Katz*, DÖV 2021, 670 (671).

⁷¹ *Katz*, DÖV 2021, 670 (670).

⁷² *Gröpl*, NJW 2020, 2523 (2524).

⁷³ *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2787); *Hey*, NJW 2021, 2777 (2778); BT-Drs. 19/18108; BT-Drs. 19/20128.

⁷⁴ *Schwarz*, COVuR 2020, 74 (77); *Meickmann*, NVwZ 2021, 97 (99).

⁷⁵ *Meickmann*, NVwZ 2021, 97 (98).

⁷⁶ Deutscher Bundestag Online-Dienste, Bundestag beschließt Nachtragshaushalt 2020, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw13-de-corona-schuldenbremse-688956/> (abgerufen am 10.04.2022); *Feld*, ifo Schnelldienst 2020, 3 (3).

⁷⁷ *Schwarz*, COVuR 2020, 74 (74).

⁷⁸ *Engel*, Deutschland & Europa 2020, 2 (3).

⁷⁹ *Engel*, in: Deutschland & Europa 2020, 2 (3).

⁸⁰ Bundesregierung, Bundestag beschließt Nachtragshaushalt (Fn. 77).

⁸¹ Bundesregierung, Bundestag beschließt Nachtragshaushalt (Fn. 77).

⁸² § 2 I HaushaltsG 2020; *Gröpl*, NJW 2020, 2523 (2524).

⁸³ *Feld*, ifo Schnelldienst, 2020, 3 (3).

⁸⁴ LPB, Welche Folgen hat Corona für die Wirtschaft? (Fn. 69).

⁸⁵ *Horn*, Deutschland & Europa 2020, 6 (9).

⁸⁶ *Horn*, Deutschland & Europa 2020, 6 (9).

⁸⁷ *Horn*, Deutschland & Europa 2020, 6 (10).

⁸⁸ *Katz*, DÖV 2021, 670 (673).

⁸⁹ *Katz*, DÖV 2021, 670 (674).

Prognosen sowie Dauer und Umfang der Zusatzverschuldung jedoch schwer zu bestimmen.⁹⁰ Mit dem Fehlen eines solchen Zusammenhangs könne die Corona-Krise sogar missbraucht werden, um Ziele umzusetzen, die mit der Bekämpfung der Pandemie in keinem hinreichenden Zusammenhang stehen.⁹¹ Problematisch wird dies, wenn Handlungsspielräume künftiger Generationen beschnitten werden.⁹² Ein zeitlicher Zusammenhang mit der Krise reiche jedenfalls nicht aus.⁹³ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Ausnahmeregelung, die „für“ Naturkatastrophen und außergewöhnliche Notsituationen gilt.⁹⁴ Erforderlich ist ein „unmittelbarer Veranlassungszusammenhang, der sich bei der Nachprüfung durch die parlamentarische Opposition, die Öffentlichkeit und die Verfassungsgerichte als nachvollziehbar erweisen muss („Notlagenspezifisches Konnexitätsprinzip“).“⁹⁵ Langfristige Projekte und allgemeine Staatsaufgaben dürfen somit nicht mit „Corona-Mitteln“ finanziert werden.⁹⁶

Dies hat auch der Hessische Staatsgerichtshof in seiner Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des Sondervermögens deutlich gemacht. Demnach bedarf es bei der Kreditaufnahme einer Darlegung darüber, dass die Kreditermächtigung und die kreditfinanzierten Maßnahmen zur Krisenbekämpfung geeignet und erforderlich sind und in einem angemessenen Verhältnis zum Ausmaß der Krise stehen.⁹⁷ An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn die Notsituation auch ohne Kreditaufnahme ebenso effektiv bekämpft werden könnte.⁹⁸ Die Mittelverwendung muss daher genau auf ihre Erforderlichkeit zur unmittelbaren Bewältigung der Notsituation geprüft werden.⁹⁹

Der Staat muss außerdem zuerst bestehende Rücklagen aufbrauchen bevor er neue Kredite aufnehmen kann.¹⁰⁰ Insgesamt ist also die Verfassungsmäßigkeit von Kreditaufnahmen im Einzelfall auch in Bezug auf das Jährlichkeitsprinzip (Art. 110 II 1 GG) sowie das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu prüfen. Das

Jährlichkeitsprinzip gem. Art. 110 II 1 GG regelt, dass der Haushaltsplan für ein Jahr bzw. mehrere Jahre im Vorhinein zu erstellen ist¹⁰¹ und dient dazu, den Haushalt wirksam zu steuern und nachhaltig zu planen.¹⁰²

Um die Verfassungsmäßigkeit von Corona-Hilfen festzustellen, sollte zunächst dargestellt werden, welche Ausgaben genau als Corona-Hilfen anzusehen sind. Corona-Hilfen sind staatliche Hilfsprogramme, die finanzielle, aus dem Lockdown resultierende Nachteile für Unternehmen, Selbstständige und Normalbürger*innen (Kurzarbeit) ausgleichen sollen.¹⁰³

Ein Beispiel für solche Hilfen sind die „November- und Dezemberhilfen“ aus 2020. Damit sollen die Betroffenen auf Antrag einen Zuschuss iHv 75% ihres durchschnittlichen Umsatzes im entsprechenden Monat des Vorjahres bekommen.¹⁰⁴ Es wurden außerdem die Corona-Überbrückungshilfen I, II und III eingeführt. Die erste erfolgte auf Ebene des Bundes in Kooperation mit den Ländern für die Monate Juni bis August 2020 und sollte Selbstständigen, Freiberuflichen und Unternehmen, die sich nicht für den Wirtschaftsstabilisierungsfonds qualifizieren, unterstützen.¹⁰⁵ Die Corona-Überbrückungshilfe II schloss sich der ersten für die Monate September bis Dezember 2020 an und der maximale Monatsbetrag der Förderung belief sich, wie auch bei der ersten Überbrückungshilfe, auf 50 000 Euro.¹⁰⁶ Die dritte Überbrückungshilfe gilt für das erste halbe Jahr von 2021, wobei sich der maximale Förderungsbetrag auf 1,5 Mio. Euro monatlich beläuft.¹⁰⁷

In den Bundesländern wurden ebenfalls Rekordsummen für Corona-Hilfen ausgegeben.¹⁰⁸ In Baden-Württemberg beispielsweise wurde für das Jahr 2020 ein Nachtragshaushalt für Kredite bis zu fünf Mrd. Euro mit entsprechender Tilgungsregelung ab 2024 beschlossen.¹⁰⁹ Ein weiterer gilt für 2021. Auch Nordrhein-Westfalen hat zuerst einen Nachtragshaushalt und ein Sondervermögen von 25 Mrd. Euro beschlossen, danach einen weiteren mit Erhöhung von 10 Mrd.

⁹⁰ Katz, DÖV 2021, 670, (674).

⁹¹ Gröpl, NJW 2020, 2523 (2523); vgl. Koriath, in: ifo Schnelldienst 2021, 21 (23).

⁹² Gröpl, NJW 2020, 2523, (2524).

⁹³ Gröpl, NJW 2020, 2523 (2524).

⁹⁴ Gröpl, NJW 2020, 2523 (2525).

⁹⁵ Gröpl, NJW 2020, 2523 (2525).

⁹⁶ Gröpl, NJW 2020, 2523 (2525).

⁹⁷ Hessischer Staatsgerichtshof, Urteil vom 27.10.21 – P.St. 2783, P.St. 2827- Rn. 228.

⁹⁸ Fn. 97, Rn 251.

⁹⁹ Klauck/Müller/Riedner, JuS 2021, 739 (744).

¹⁰⁰ Gröpl, NJW 2020, 2523 (2526).

¹⁰¹ Jarass, Jarass/Pieroth GG (Fn. 6), Art. 110 Rn. 6.

¹⁰² Vgl. Kube, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 110 Rn. 129f.

¹⁰³ Klauck/Müller/Riedner, JuS 2021, 739 (744).

¹⁰⁴ Klauck/Müller/Riedner, JuS 2021, 739 (744).

¹⁰⁵ Zwirner/Vodermeier/Krauß, BC 2021, 169 (169).

¹⁰⁶ Zwirner/Vodermeier/Krauß, BC 2021, 169 (170).

¹⁰⁷ Zwirner/Vodermeier/Krauß, BC 2021, 169 (170).

¹⁰⁸ Vgl. ifo Schnelldienst: Schuldenbremse in den Bundesländern, <https://www.ifo.de/sites/default/files/2021-01/corona-schuldenbremse.pdf> (abgerufen am 10.04.2022).

¹⁰⁹ Landtag Baden-Württemberg Drs. 16/7915; ifo Schnelldienst: Schuldenbremse in den Bundesländern (Fn. 107).

Euro.¹¹⁰ Ähnliche Beschlüsse und entsprechende Gesetze wurden in allen 16 Ländern auf den Weg gebracht, wobei jeweils entsprechende Regelungen der jeweiligen Landesverfassung die Grundlage darstellten. Allerdings fallen Tilgungszeiträume oder Konkurbereinigungsverfahren nach Anhalten der Not-situation je nach Bundesland unterschiedlich aus.¹¹¹

Als Beispiel soll hier aufgrund der Aktualität des Urteils über das Sondervermögen „Hessens gute Zukunft sichern“ das Aussetzen der Schuldenbremse in Hessen näher aufgeführt werden, um die Voraussetzungen, die an das Abweichen von der Schuldenbremse geknüpft sind, näher darzulegen.

In Hessen wurde am 04.07.2020 das Vorliegen einer außergewöhnlichen Notsituation festgestellt und eine Kreditaufnahme von bis zu 12 Mrd. Euro auf Grundlage von Art. 141 HV i.V.m. § 2 Artikel 141-Gesetz in Form eines Sondervermögens beschlossen. Das Gute-Zukunft-Sicherungsgesetz (GZSG) regelt in § 1, dass Hessen ein Sondervermögen „Hessens gute Zukunft sichern“ errichtet und gem. § 2 I 1 dazu dient, notwendige Maßnahmen zur Beseitigung der direkten und indirekten Folgen der Corona-Virus-Pandemie und zur Verhinderung weiterer Schäden zu finanzieren. In § 5 I GZSG wird die Pandemie als Naturkatastrophe eingestuft. Das GZSG wurde allerdings am 27.10.2021 durch den Hessischen Staatsgerichtshof für verfassungswidrig erklärt. Unter anderem verstößt dieses nämlich gegen das Verbot der Neuverschuldung gem. Art. 141 I HV, der die Schuldenbremse auf Landesebene regelt.¹¹² Der Verstoß wird damit begründet, dass der Gesetzgeber einerseits nicht hinreichend dargelegt habe, dass die kreditfinanzierten Maßnahmen des § 2 I, II GZSG zur Krisenbekämpfung geeignet und erforderlich sind sowie in einem angemessenen Verhältnis zum Ausmaß der Krise stehen.¹¹³ Das notlagenspezifische Konnexitätsprinzip fordert nämlich, wie bereits festgestellt, einen unmittelbaren Veranlassungszusammenhang zwischen Krise und Ausgaben. Wenn diese Darlegung nicht detailliert geschieht, kann das Aussetzen der

Schuldenbremse für krisenunabhängige Maßnahmen missbraucht werden. Auch seien die Zwecke, für die die Einnahmen aus Krediten eingesetzt werden dürfen, nicht hinreichend bestimmt worden.¹¹⁴ Wie bereits festgestellt, muss außerdem für das Vorliegen einer Ausnahme von der Schuldenbremse ein Veranlassungszusammenhang zwischen dem Neuverschuldungsbedarf und der Naturkatastrophe bestehen. Das Bestehen eines solchen Zusammenhangs habe der Gesetzgeber nicht dargelegt.¹¹⁵ Das Erfordernis der Tilgungsregelung wurde jedoch eingehalten.¹¹⁶ Auch das Vorliegen einer Naturkatastrophe wurde ausreichend damit begründet, dass die Zahl der mit dem Corona-Virus infizierten Menschen weiterhin dynamisch zunimmt und die Pandemie zu einer massiven Belastung des Gesundheitssystems führe.¹¹⁷ Nach der Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs liefen kleine und mittlere Unternehmen ohne zeitnahe wirtschaftliche Hilfe Gefahr, unverschuldet in Insolvenz zu geraten und ganze Wirtschaftsbereiche sähen sich mit einer existenzbedrohenden Krise konfrontiert.¹¹⁸

Als problematisch wird außerdem eingestuft, dass der Landeshaushalt Hessens noch über eine Rücklage verfügte, die nicht vor Abweichung von der Schuldenbremse aufgebraucht wurde und dass dessen Nichtinanspruchnahme nicht begründet wurde. Verfügt der Gesetzgeber nämlich über Spielräume wie beispielsweise solche Rücklagen oder Ausgabenkürzungen, hat er diese grundsätzlich vor Abweichung vom Neuverschuldungsverbot zu nutzen.¹¹⁹ Hiervon kann jedoch abgewichen werden, wenn der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren substantiell begründet, warum er die ihm zur Verfügung stehenden Spielräume nicht oder nicht in vollem Umfang ausnutzt.¹²⁰ Hessen hat zunächst nicht die Allgemeine Rücklage des Landeshaushaltes genutzt und dies nicht wie erforderlich substantiell begründet.¹²¹ Auch § 5 III GZSG ist mit seiner Vorgabe über eine Tilgungsfrist von 30 Jahren nicht mit Art. 141 IV 3 HV vereinbar, da dies keinen angemessenen Zeitraum darstellt.¹²²

¹¹⁰ Pressemitteilung NRW vom 21.04.2020, <https://www.land.nrw/pressemitteilung/weitere-unterstuetzung-fuer-oeffentliche-und-soziale-infrastruktur-sowie-kommunen> (abgerufen am 10.04.2022); ifo Schnelldienst: Schuldenbremse in den Bundesländern (Fn. 107).

¹¹¹ *Beznoska/Hentze/Hüther*, IW-Policy Paper 2021, Nr. 7 (5), <https://www.iwkoeln.de/studien/martin-beznoska-tobias-hentze-michael-huether-simulationsrechnungen-zur-schuldenstandquote.html> (abgerufen am 10.04.2022).

¹¹² Fn. 97, Rn 228.

¹¹³ Fn. 97, Rn 228.

¹¹⁴ Fn. 97, Rn 228.

¹¹⁵ Fn. 97, Rn 228.

¹¹⁶ Fn. 97, Rn 234.

¹¹⁷ Fn. 97, Rn 242.

¹¹⁸ Fn. 97, Rn 242.

¹¹⁹ Fn. 97, Rn 288.

¹²⁰ Fn. 97, Rn 288.

¹²¹ Fn. 97, Rn 288f.

¹²² Fn. 97, Rn 290.

Insgesamt zeigt das Urteil, dass an das Abweichen von der Schuldenbremse sehr strenge Anforderungen gestellt werden müssen, nämlich nicht nur das Vorliegen einer Naturkatastrophe, außergewöhnlichen Not-situation oder eines Gebots, konjunkturbedingt davon abzuweichen. Vielmehr müssen die kreditfinanzierten Maßnahmen geeignet sein, die Pandemie zu bekämpfen oder zu mildern. Außerdem darf es kein milderes Mittel mit gleicher Wirkung geben, welches die Pandemie ebenso wirksam bekämpft oder abschwächt, die Maßnahme muss also erforderlich sein. Des Weiteren müssen die Kreditaufnahme und die kreditfinanzierten Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum Ausmaß der Krise und zum Krisenbewältigungspotential der Maßnahmen und Projekte stehen. Als weitere Voraussetzung, die an die ausnahmetatbestandliche Neuverschuldung geknüpft ist, ergibt sich eine Darlegungs- und Begründungsobliegenheit des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren, im Rahmen derer maßgebliche Erwägungen, die ihn zu der jeweiligen Maßnahme bewogen haben, zu nennen sind. Die Neuverschuldung darf außerdem nicht für andere Zwecke als der Krisenbewältigung missbraucht werden. Daher hat der Gesetzgeber die Pflicht, die Zwecke, für die kreditfinanzierte Mittel vergeben werden, hinreichend zu bestimmen. Maßgeblich ist außerdem ein (finaler) Veranlassungszusammenhang, die durch Kredite finanzierten Maßnahmen müssen also auf die Beseitigung der Pandemie gerichtet sein. Als letzte Voraussetzung ergibt sich, dass andere Finanzspielräume zunächst ausgenutzt werden müssen, bevor vom Neuverschuldungsverbot abgewichen wird, es sei denn es liegt eine substantielle Begründung des Gesetzgebers vor. Und es wird betont: Je größer die Neuverschuldung, desto detaillierter muss eine substantielle Begründung dargelegt und das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingehalten werden.¹²³ Problematisch erscheint hier, dass der Gesetzgeber aufgrund der Unvorhersehbarkeit, die eine Krise mit sich bringt, häufig noch nicht einschätzen kann, für was genau die kreditfinanzierten Mittel benötigt werden. Für jede Abweichung von der Schuldenbremse muss daher eine separate Begründung erfolgen. Im Falle der Corona-Hilfen sind Sinn und Zweck der Finanzspritzen genau zu benennen. Der Gesetzgeber unterliegt also der Obliegenheit, zu begründen, inwiefern die exakt geplante Corona-Hilfe der Bewältigung der Krise dient. Dies ist

auch mit einer Ungewissheit über die Folgen und Entwicklung der Pandemie möglich, weil durch die Einzelfallbetrachtung ein absehbarer Zeitraum, in dem die Hilfen gewährt werden, betrachtet wird.

Hieraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

Materielle Rechtmäßigkeit einer Durchbrechung der Schuldenbremse

I. Verhältnismäßigkeit

1. Geeignetheit

Ist die kreditfinanzierte Maßnahme geeignet, die Krise zu bewältigen?

2. Erforderlichkeit

Kein milderes Mittel zur Bekämpfung der Krise?

3. Angemessenheit

Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zum Ausmaß der Krise?

II. Hinreichende Begründung und Zweckbestimmung

III. Finaler Veranlassungszusammenhang

IV. Vorherige Ausnutzung sonstiger Finanzspielräume

Für die Corona-Hilfen heißt das, dass sie grundsätzlich zwar zulässig, aber wegen enger Auslegung der im Grundgesetz verankerten Ausnahmen von der Schuldenbremse genau zu bestimmen und zu begründen sind. Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie können somit auch wirtschaftliche Hilfen für Unternehmen sein, wenn sie tatsächlich und unmittelbar zum Aufbau des durch Corona verursachten Einbruchs der Wirtschaft beitragen. Um den Menschen und Unternehmen in Hessen ein Signal von Sicherheit trotz des jüngsten Urteils zu geben, betont der hessische Finanzminister Boddenberg: „Die Corona-Hilfen des Landes bleiben bestehen“.¹²⁴ Die angegriffenen Normen wurden tatsächlich nicht für nichtig, sondern für unvereinbar mit der Verfassung des Landes Hessen erklärt und es bestehen keine Rückabwicklungspflichten. Es ist jedoch bei neuen Maßnahmen, die neu genehmigt und finanziert werden, erforderlich,

¹²³ Fn. 97, Rn 183.

¹²⁴ Hessisches Ministerium der Finanzen, Pressemitteilung, 27.10.21, <https://finanzen.hessen.de/Presse/Corona-Hilfen-des-Landes-bleiben-bestehen> (abgerufen am 10.04.2022).

dass sie einen eindeutigen Bezug zur Pandemie aufweisen.¹²⁵

An der Angemessenheit, Erforderlichkeit und Eignetheit von Corona-Hilfen im Allgemeinen bestehen im Hinblick auf die immense Finanzlast, die seit Ausbruch der Pandemie auf Unternehmen und Selbstständigen haftet und sie an ihrer Existenz bedroht, keine Zweifel.¹²⁶ Ihre Umsetzung gestaltet sich jedoch angesichts hoher bürokratischer Hürden bei der Beantragung und nicht voller Ausschöpfung als schwierig.¹²⁷ Es sind außerdem nicht alle Maßnahmen gleich sinnvoll. Die Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen ist durch das Aufnehmen von Rekordschulden nicht erheblich beeinträchtigt, allerdings erscheint, wirtschaftspolitisch gesehen, die kurzfristige Stimulierung der Nachfrage (z.B. durch Senken der Mehrwertsteuer) nicht gleich effizient wie beispielsweise das Fördern von Schulkindern aus benachteiligten Verhältnissen.¹²⁸

D. Sparen oder investieren? Forderungen nach einer Reform der Schuldenbremse

Doch es drängt sich die Frage auf, wie es nach der Pandemie weiter gehen soll und vor allem wann festgelegt wird, dass die Notsituation vorbei ist und die Voraussetzungen des Art. 115 II 6 GG nicht mehr erfüllt sind¹²⁹, denn die Staatsverschuldung aufgrund der Notsituation „darf nicht zum Normalfall werden“¹³⁰. Die Corona-Krise hat der Debatte über die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Schuldenbremse Schwung gegeben.¹³¹

Während teilweise großzügige Verschuldungen für Zukunftsinvestitionen vorgeschlagen werden, plädiert die Gegenseite für eine zügige Rückkehr zur nachhaltigen Haushaltspolitik.¹³²

I. Reformforderungen

Von einer Seite wird die Schuldenbremse oft als „Investitionsbremse“¹³³ bezeichnet. Durch die Schuldenbremse könnten nämlich einige Investitionen in „produktiven Bereichen“ nicht getätigt werden.¹³⁴ Diese Investitionen seien insbesondere für den öffentlichen Raum und die Infrastruktur notwendig.¹³⁵ Durch die Regelung der Schuldenbremse sei es nicht möglich, öffentliche Ausgaben für Investitionen nachhaltig zu stärken.¹³⁶ Eine Neuausrichtung der derzeit bestehenden Schuldenbremse sei daher „mit Nachdruck zu begrüßen“.¹³⁷ Die Krisenbewältigung sei außerdem mit mehr Freiheit für Wirtschaft und Gesellschaft ebenfalls möglich.¹³⁸ Es wird sogar so weit gegangen, dass die Schuldenbremse dazu führe, dass sich der Wohlstandszuwachs verlangsamt.¹³⁹ Auch das Argument der Generationengerechtigkeit greife nicht, weil eine schlechte Infrastruktur der nächsten Generation ebenso schaden kann wie noch zu zahlende Schulden.¹⁴⁰ Ein Unterlassen von kreditfinanzierten Investitionen könne künftigen Generationen schaden und ihre Spielräume einschränken.¹⁴¹

Die Schuldenbremse sei außerdem angesichts der fehlenden Krisenfreiheit nicht mehr zeitgemäß.¹⁴² Es wird zudem kritisiert, dass die jetzige im Grundgesetz geregelte Schuldenbremse keinen „Anpassungspfad“ zurück zur Normalsituation zur Verfügung stellt, mit dem ein Übergang aus der Notsituation hinaus in die krisenfreie Realität geschaffen werden kann.¹⁴³ Das Grundgesetz gibt nur zwei grundsätzliche Kriterien für die Rückführung vor, nämlich Konjunktur-

¹²⁵ Fn. 97, Rn 325.

¹²⁶ Vgl. *Beznoska/Hentze/Hüther*, IW-Policy Paper 2021 (Fn. 111), Nr. 7 (4).

¹²⁷ *Beznoska/Hentze/Hüther*, IW-Policy Paper 2021 (Fn. 111), Nr. 7 (4).

¹²⁸ *Holtemöller*, in: ifo-Schnelldienst, 2020, 9 (13).

¹²⁹ *Meickmann*, NVwZ 2021, 97 (98); *Beznoska/Hentze/Hüther*, IW-Policy Paper 2021 (Fn. 111), Nr. 7 (4).

¹³⁰ *Katz*, DÖV 2021, 670 (674).

¹³¹ *Holtemöller*, ifo Schnelldienst 2020, 9 (9).

¹³² *Katz*, DÖV 2021, 670 (672); *Hey*, NJW 2021, 2777 (2778).

¹³³ *Horn/Rietzler*, Die Schuldenbremse ist eine Investitionsbremse, Makronom 2016, <https://makronom.de/die-schuldenbremse-ist-eine-investitionsbremse-17782> (abgerufen am 10.04.2022).

¹³⁴ *Horn/Rietzler*, Makronom 2016 (Fn. 133).

¹³⁵ *Horn/Rietzler*, Makronom 2016 (Fn. 133).

¹³⁶ *Horn/Rietzler*, Makronom 2016 (Fn. 133).

¹³⁷ *Kube*, Dürig GG (Fn. 7), Art. 109 Rn 124.

¹³⁸ *Katz*, DÖV 2021, 670 (672).

¹³⁹ *Horn/Rietzler*, Makronom 2016 (Fn. 133).

¹⁴⁰ *Horn/Rietzler*, Makronom 2016 (Fn. 133); *Dullien*, in: *IMK Policy Brief 2020*, Nr. 87 (9), https://www.imk-boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-007618 (abgerufen am 10.04.2022).

¹⁴¹ *Dullien*, in: *IMK Policy Brief 2020* (Fn. 141), Nr. 87 (9).

¹⁴² *Horn/Rietzler*, Makronom 2016 (Fn. 133).

¹⁴³ *Hentze*, IW-Kurzbericht 77/2021, 1, <https://www.iwkoeln.de/studien/tobias-hentze-der-langeschatten-der-schuldenbremse.html> (abgerufen am 10.04.2022); *Beznoska/Hentze/Hüther*, IW-Policy Paper 2021 (Fn. 110), Nr. 7 (10)

gerechtigkeit und das Rückzahlen in einem angemessenen Zeitraum.¹⁴⁴

In ihren Wahlprogrammen forderten Parteien einige verschiedene Investitionen. Während die Grünen beispielsweise ein „Investitionsprogramm“ für den Klimaschutz und ein „Energiegeld“ fordern, sieht die FDP Nachholbedarf im Bereich der Digitalisierung und fordert daher die „digitale Modernisierung“.¹⁴⁵ Wenn 2023 die Schuldenbremse wieder eingehalten werden soll, wie es aktuell geplant ist, bedeutet dies, dass die Ausgaben nicht durch Kreditfinanzierungen, sondern durch Steuereinnahmen gedeckt werden müssen.¹⁴⁶ Eine Reform der Schuldenbremse sei jedenfalls unabdingbar, wenn man sinkende Steuereinnahmen und höhere Ausgaben anstrebt.¹⁴⁷ Doch die Wahlversprechen aller Parteien stehen aufgrund der in der Pandemie ausgereizten Ausgabenspielräume vor einem „verfassungsrechtlichen Finanzierungsvorbehalt“.¹⁴⁸ Insgesamt lässt sich jedoch festhalten, dass auch steigende Steuereinnahmen nicht genügen, um die ausgabenintensiven Projekte der neuen Bundesregierung zu finanzieren.¹⁴⁹ Gefordert wird daher ein Lockern der Schuldenbremse und ein „Abklopfen der Ausgabeposten auf ihre Wachstumspotentiale“.¹⁵⁰ Eine Möglichkeit der Lockerung kann sein, dass eine sogenannte „goldene Regel“ eingeführt wird, nach der die Neuverschuldung ausschließlich für zukunftsorientierte Investitionen zulässig ist.¹⁵¹

Eine Reform der Schuldenbremse biete sich auch in Anbetracht des derzeitigen Zinsstandes an.¹⁵² Es müsse jedoch europäischer und nationaler Konsens gefunden werden und eine Modifizierung der Schuldenbremse dürfe nicht überstürzt werden.¹⁵³

II. Haushaltsdisziplin als Anker der Finanzpolitik

Auf der anderen Seite wird für das Beibehalten der Schuldenbremse plädiert. Hierfür spricht, dass der

Staat es ihr zu verdanken hat, auch in einer Krisensituation wie der Corona-Pandemie wirtschaftlich handlungsfähig zu sein.¹⁵⁴ Diese Handlungsfähigkeit nutzte der Staat zwar, allerdings häufig undurchsichtig und für die Gesellschaft schwer nachvollziehbar.¹⁵⁵ Begründet wurde dies anfangs mit dem Vorliegen einer neuen Ausnahmesituation, doch mit der hohen Komplexität und Unsicherheit sind nicht alle Defizite in der Organisation „wegzudiskutieren“.¹⁵⁶ Gefordert wird daher „Krisenexpertise und Zukunftskompetenz“¹⁵⁷.

Der Schuldenbremse muss außerdem zu Gute gehalten werden, dass der Politik eine schnelle Reaktion auf das Ausbrechen des Corona-Virus möglich war, was zur Stabilisierung von Unternehmen und Beschäftigungen beigetragen hat.¹⁵⁸ Damit die Handlungs- und Tragfähigkeit auch erhalten bleibt, sei eine rasche Rückkehr zu der niedrigeren Verschuldung notwendig.¹⁵⁹ Das Konzept der Schuldenbremse durchlaufe erst in der Krise die erste echte Bewährungsprobe, sodass eine sofortige Neuerung problematisch erscheine.¹⁶⁰

Die Schuldenbremse setze den Ausgaben den notwendigen Rahmen. Nicht bedacht werden nämlich häufig Folgekosten, die entstehen, wenn Investitionen getätigt werden.¹⁶¹ Die Haushaltsdisziplin sei von großer Bedeutung, um auch der Gesellschaft Sicherheit, Wohlstand und Stabilität zu generieren und symbolisieren.¹⁶² Außerdem sei ein wesentlicher Zweck der Schuldenbremse, Generationengerechtigkeit zu gewährleisten, denn „das Heute soll nicht das Morgen zahlen lassen“.¹⁶³ Hätte man keine Begrenzung für Schulden, würden außerdem häufig Besserverdienende begünstigt und die Schere zwischen arm und reich würde weiter auseinander gehen.¹⁶⁴ Die Sicherheit, die die Schuldenbremse gewährleiste, Sorge dafür, dass sozial Schwache, die auf Kontinuität und Qualität

¹⁴⁴ *Beznoska/Hentze/Hüther*, in: IW-Policy Paper 2021 (Fn. 111), Nr. 7 (11).

¹⁴⁵ *Diermeier/Hüther/Obst*, Wirtschaftsdienst 2021, 692 (692).

¹⁴⁶ *Diermeier/Hüther/Obst*, Wirtschaftsdienst 2021 (692).

¹⁴⁷ *Diermeier/Hüther/Obst*, Wirtschaftsdienst 2021, 692, (693).

¹⁴⁸ *Diermeier/Hüther/Obst*, Wirtschaftsdienst 2021, 692 (693).

¹⁴⁹ *Diermeier/Hüther/Obst*, Wirtschaftsdienst 2021, 692 (699).

¹⁵⁰ *Diermeier/Hüther/Obst*, Wirtschaftsdienst 2021, 692 (699).

¹⁵¹ *Dullien*, IMK Policy Brief 2020 (Fn. 141), Nr. 87 (9); *Lenk/Bender/Hesse*, ifo Schnelldienst 2021, 13 (16).

¹⁵² *Lenk/Bender/Hesse*, ifo Schnelldienst 2021, 13 (16).

¹⁵³ *Lenk/Bender/Hesse*, ifo Schnelldienst 2021, 13 (16).

¹⁵⁴ *Katz*, DÖV 2021, 670 (673); *Feld*, ifo Schnelldienst 2020, 3 (5); *Hentze*, in: IW-Kurzbericht 77/21, 3 (Fn. 143).

¹⁵⁵ *Katz*, DÖV 2021, 670 (675).

¹⁵⁶ *Katz*, DÖV 2021, 670 (674).

¹⁵⁷ *Katz*, DÖV 2021, 670 (675).

¹⁵⁸ *Beznoska/Hentze/Hüther*, in: IW-Policy Paper 2021 (Fn. 111), Nr. 7 (4).

¹⁵⁹ *Feld*, ifo Schnelldienst 2020, 3 (5).

¹⁶⁰ *Schnellenbach*, ifo Schnelldienst 2021, 11 (12).

¹⁶¹ *Katz*, DÖV 2021, 670 (672).

¹⁶² *Katz*, DÖV 2021, 670 (672); *Darley/Hartlieb/Morwinsky*, KAS 2020, Nr. 431, 8.

¹⁶³ *Katz*, DÖV 2021, 670 (673).

¹⁶⁴ *Katz*, DÖV 2021, 670 (673).

staatlicher Leistungen angewiesen sind, durch die Pandemie oder andere Krisen nicht wesentlich schlechter gestellt sind.¹⁶⁵

Zudem müssten Politiker*innen an klare Regeln gebunden werden, die das Geldausgeben beschränken, da eine Neigung zu übermäßigen Haushaltsdefiziten nach wie vor bestehe.¹⁶⁶ In diesem Sinne seien Politiker*innen „auch nur Menschen“ und es müssten Mechanismen geschaffen werden, die dafür sorgen, dass der Staat nicht über seinen Verhältnissen lebt.¹⁶⁷ Unter dem Druck Schuldenbremse sei der Staat in der Lage, seine Kernaufgaben gut und effizient zu erfüllen, was zu Wachstum, Wohlstand und mittelbar zu sozialem Ausgleich und Chancengerechtigkeit führe.¹⁶⁸

Das Argument einer Investitionsbremse greife nicht, weil beispielsweise Personalausgaben im Bildungsbereich zukunftssträchtiger seien als einige Investitionen.¹⁶⁹ Angesichts der Handlungsfähigkeit in einer Krise wie dieser gelte „Man soll nicht reparieren, was nicht kaputt ist“.¹⁷⁰ Außerdem sende die Schuldenbremse auch ein wichtiges Signal an die Gläubiger des Staates, indem sie glaubhaft versichert, dass der Staat an eine solide Finanzpolitik und damit auch an die Rückzahlung des Darlehens gebunden ist.¹⁷¹

Von einigen wird die Schuldenbremse erst gar nicht als Grund von wenigen Investitionen gesehen.¹⁷² Es habe der Regierung vor der Corona-Krise nicht an finanziellem Spielraum, sondern an politischer Prioritätensetzung gefehlt.¹⁷³

Eine Rückkehr zur „goldenen Regel“ würde wegen Abgrenzungsproblematiken beim Investitionsbegriff die Bindungswirkung der Schuldenbremse erheblich reduzieren, sodass nicht von der jetzigen Schuldenbremse abgewichen werden sollte.¹⁷⁴ Zusätzliche Ausgaben seien außerdem kein Garant für bessere staatliche Leistungen.¹⁷⁵ Die Schuldenbremse Sorge dafür,

dass die Haushalte in Bund und Ländern in Normalzeiten fast ausgeglichen sind und in Krisen zuverlässig reagiert werden könne und insgesamt eine solide Haushaltspolitik gegeben sei.¹⁷⁶ Sie schränke den Handlungsspielraum des Bundes außerdem nicht so extrem ein, wie es von Reform-Befürworter*innen behauptet würde.¹⁷⁷ Insgesamt sei die Schuldenbremse der „Anker der deutschen Finanzpolitik“.¹⁷⁸

III. Ausblick

Doch was heißt das für die Jahre nach der Pandemie? Die Notsituation wird laut Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung angesichts der steigenden Infektionszahlen 2022 noch anhalten.¹⁷⁹ Der nächste Schritt zurück zur Schuldenbremse ab dem Jahr 2023 wird für die neue Bundesregierung jedoch eine Herausforderung sein.¹⁸⁰ Es ist nämlich erforderlich, die Tilgungsverpflichtungen, die durch die Corona-Krise entstanden sind, mit den gewöhnlichen haushaltspolitischen Herausforderungen in Einklang zu bringen.¹⁸¹

In den Jahren unmittelbar nach der Notsituation sollen Spielräume geschaffen werden, damit die Rückkehr zur Normallage „abgefedert“ wird.¹⁸² Allerdings ist fraglich, ob dies mit den Grundsätzen der Transparenz und der Jährlichkeit des Haushalts vereinbar ist.¹⁸³ Jedenfalls darf die Schuldenbremse nicht mehr so starr gesehen werden, sondern es muss eine „kreative“ Haushaltspolitik geben, die dem Prinzip des Verbots von Neuverschuldung standhält und trotzdem Nachhaltigkeit und Zukunftsvisionen generieren kann.¹⁸⁴ Die Schuldenbremse braucht demnach mehr Flexibilität in ihrer Ausgestaltung.¹⁸⁵ Es ist jedoch vor Bewältigung der Pandemie schwer abzuschätzen, wie hoch die Staatsverschuldung tatsächlich sein wird.¹⁸⁶ Da vor allem auf kommunaler Ebene Bedarf nach Investitionen besteht, wäre es wünschenswert, den Spielraum hierfür auszuweiten.¹⁸⁷ Jedenfalls ist sich

¹⁶⁵ Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3 (4).

¹⁶⁶ Katz, DÖV 2021, 670 (677); Feld/Reuter/Yeter, Freiburger Diskussionspapiere 2020, 14.

¹⁶⁷ Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3 (3).

¹⁶⁸ Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3 (7).

¹⁶⁹ Katz, DÖV 2021, 670 (677).

¹⁷⁰ Katz, DÖV 2021, 670 (678); vgl. Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3 (6).

¹⁷¹ Feld, ifo Schnelldienst 2020, 3 (5); vgl. Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3 (7).

¹⁷² Feld/Reuter/Yeter, Freiburger Diskussionspapiere 2020, 14; Schnellenbach, ifo Schnelldienst 2021, 11 (12).

¹⁷³ Schnellenbach, ifo Schnelldienst 2021, 11 (12).

¹⁷⁴ Feld/Reuter/Yeter, Freiburger Diskussionspapiere 2020, 14.

¹⁷⁵ Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3 (5).

¹⁷⁶ Schuknecht, ifo Schnelldienst 2021, 3; Darley/Hartlieb/Morwinsky, KAS 2020, Nr. 431, 3.

¹⁷⁷ Schnellenbach, ifo Schnelldienst 2021, 11 (13).

¹⁷⁸ Schuknecht, in: ifo Schnelldienst 2021, 3 (6).

¹⁷⁹ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 158.

¹⁸⁰ Hentze, IW-Kurzbericht 77/21, 1 (Fn. 144).

¹⁸¹ Beznoska/Hentze/Hüther, in: IW-Policy Paper 2021 (Fn. 110) Nr. 7, 5.

¹⁸² Hentze, in: IW-Kurzbericht 77/21, 3 (Fn. 144).

¹⁸³ Hentze, in: IW-Kurzbericht 77/21, 3 (Fn. 144).

¹⁸⁴ Hentze, in: IW-Kurzbericht 77/21, 3 (Fn. 144).

¹⁸⁵ Hentze, in: IW-Kurzbericht 77/21, 3 (Fn. 144).

¹⁸⁶ Feld, in: ifo-Schnelldienst 2020, 3 (5).

¹⁸⁷ Lenk/Bender/Hesse, in: ifo Schnelldienst 2021, 13, (16).

die neue Regierung darüber einig, dass nötige Zukunftsinvestitionen in den Bereichen Klimaschutz, Digitalisierung, Bildung, Forschung und Infrastruktur gewährleistet werden und die Schuldenbremse ab dem Jahr 2023 trotzdem eingehalten wird.¹⁸⁸

E. Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Corona-Hilfen, die in den vergangenen zwei Jahren getätigt wurden, notwendig und wichtig waren, um einerseits die Wirtschaft zu stabilisieren und andererseits Unternehmen, Selbstständigen und Normalbürger*innen, die von der Krise existenziell bedroht waren, Hoffnung auf Besserung zu geben. Deren Ausgestaltung hätte mit klareren Regeln und verlässlicheren Mechanismen gestaltet werden können, doch in begrenztem Rahmen ist dies auch mit der neuen Situation einer Pandemie zu begründen. Aus der Existenzangst wurden mit den Corona-Hilfen jedoch die wenigsten Unternehmen geholt, denn mit verspäteten Finanzspritzen konnten einige Friseursalons, Handwerksbetriebe und Ladenbesitzer*innen gerade mal zwei Monatsmieten bezahlen. Doch es geht um Glaubwürdigkeit und Vertrauen in die Politik, insofern ist jede Hilfe besser als keine.

Das Urteil des Hessischen Staatsgerichtshofes hat gezeigt, dass an die Neuverschuldung in Ausnahmesituationen strenge Anforderungen zu stellen sind. Dies ist angesichts des Normzwecks der Haushaltsdisziplin auch geboten und auch wenn die Corona-Hilfen für viele Menschen von großer, teilweise existentieller, Bedeutung waren und möglichst schnell gehandelt werden musste, muss der Finanzverfassung und mithin der Schuldenbremse entsprochen werden.

Die Schuldenbremse hat sich in der Corona-Krise somit bewährt, jahrelanges Sparen hat sich bezahlt gemacht. Trotzdem ist fraglich, ob dies nach der Pandemie immer noch der richtige Weg ist oder ob die Krise die Schuldenbremse eingeholt hat. Denn hätte man vor Ausbruch des COVID-19-Virus in Digitalisierung und Infrastruktur investiert, wäre die Pandemie von Schulen, Arbeitnehmer*innen und Ausbildungsstätten leichter abgedeckt worden. Es bleibt wie so oft ein Mittelweg, eine im Rahmen der Schuldenbremse mögliche Zukunftspolitik, die Klimaschutz, Digitalisierung, Bildung und soziale Gerechtigkeit gewährleistet. Denn was haben künftige Generationen von einem schuldenfreien Haushalt, wenn die Klimakrise sie

einholt? Von der Schwarzen Null kann das Klima jedenfalls nicht gerettet werden.

¹⁸⁸ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 126 f.

Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und nationale Souveränität

- am Beispiel des Konflikts mit Ungarn -

Von Cand. iur. Leonid Syrota, Marburg*

A. Einleitung

Am 12. April 2003 stimmten 83,8% der ungarischen Wähler für einen Beitritt Ungarns in die Europäische Union. Im Jahr 2004 trat Ungarn schließlich der Europäischen Union bei. Die europäische Integration des Landes erreichte damit im Jahr 2010 ihren Höhepunkt. Mit der Regierungsübernahme durch Ministerpräsident Viktor Orbán im Jahr 2010 wächst jedoch zunehmend intensive Kritik an Ungarn und dem Regierungsstil Orbáns.¹ Noch nie waren die Werte der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie in der EU so auf die Probe gestellt worden wie im Falle Ungarns. Als Reaktion darauf leitet die Union 2018 gegen Ungarn das Rechtsstaatlichkeitsverfahren gemäß Art. 7 EUV ein. Diese Arbeit soll den materiellen Gehalt der Grundwerte der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie unter Einbeziehung der nationalen Identität auswerten (B.). Zudem werden die materiellen, als auch die prozessualen Gegebenheiten und die Effektivität des Art. 7-EUV-Verfahrens kritisch beleuchtet und mögliche Alternativen abgeleitet (C.).

B. Die Grundwerte Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und das Gegengewicht der nationalen Souveränität

Die grundlegenden Werte der EU spiegeln sich unter anderem im EUV, welches Primärrecht darstellt, wider. Aus Art. 2 S. 1 EUV sind verschiedene Werte der Union abzuleiten, darunter die Rechtsstaatlichkeit und die Demokratie. Für die Aufklärung der Thematik ist der Inhalt der abstrakten Begrifflichkeit und der Tatbestand dieser beiden Werte, aufgrund der separaten Auflistung in Art. 2 S. 1 EUV, getrennt voneinander zu ermitteln. Aufgrund der Verankerung dieser Werte im Primärrecht wird das Selbstverständnis der EU als Wertegemeinschaft anerkannt.² Auf der anderen Seite

ist auch begrifflich zu klären, was unter Achtung der nationalen Identität aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zu verstehen ist.

I. Rechtsstaatsprinzip

1. Der Begriff der Rechtsstaatlichkeit

Das Rechtsstaatsprinzip im Europarecht leitet sich aus dem Wortlaut „Rechtsstaatlichkeit“ im Art. 2 S. 1 EUV ab. Fraglich ist, ob mit diesem Begriff eine Staatlichkeit vorausgesetzt wird. Die EU wird nämlich seitens des BVerfG im Rahmen seines Lissabon-Urteils als Staatenverbund gesehen und sieht sich auch selber nicht als Staat.³ Der EuGH spricht in seiner Rechtsprechung auch vom „Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit“⁴ und einer „Rechtsgemeinschaft“.⁵ Aus diesen Termini lässt sich eine Ausübung der Hoheitsgewalt seitens der Union begründen, welche jedoch rechtlicher Bindung unterworfen ist, auch wenn die EU kein Staat i.S.d. Völkerrechts ist.⁶ Der Begriff Rechtsstaatlichkeit ist als Sammelbegriff für elementare Bedingungen der Legalität aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten übernommen worden und entfaltet somit trotz fehlender Staatlichkeit der EU Bindungswirkung in den Mitgliedstaaten.⁷

2. Inhalt des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit

Problematisch ist die fehlende vertragliche Definition der Rechtsstaatlichkeit. Die Kommission stützt sich einerseits auf die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR, auf der anderen Seite auf die Studie der Europäischen Kommission für Demokratie und Recht, auch „Venedig-Kommission“ genannt, welche für verfassungsrechtliche Beratungen von Staaten beim Europarat angesiedelt ist.⁸ Aus diesen und weiteren Rechtsquellen ergibt sich, dass das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in die formelle und materielle

* Der Verfasser war bis 31.07.2022 studentische Hilfskraft am Institut für Öffentliches Recht, Professur von Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Detlef Horn, an der Philipps-Universität Marburg. Die vorliegende Seminararbeit wurde im Seminar zur Einheit und Vielfalt im europäischen Rechtsverbund bei Prof. Dr. Sven Simon im Sommersemester 2020 verfasst und mit 13 Punkten bewertet. Bearbeitungsstand: 04/2022.

¹ Vgl. Spiegel Online, Ein Jahrzehnt Viktor Orbán. Der eiserne Vorgang, <https://www.spiegel.de/ausland/ungarn-viktor-orban-seit-10-jahren-an-der-macht-die-ungarische-tragoedie-a-24d54cbf-efa9-4de7-ae42-44b37b73e873>

² Herdegen, EuropaR, § 6, Rn. 10.

³ BVerfG, NJW 2009, 2267, 2271; Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2019, 974, 975.

⁴ EuGH, Rs. 101/78, Granaria, Slg. 1979, 623 Rn. 5.

⁵ EuGH, Rs. 294/83, Les Verts/EP, Slg. 1986, 1339 Rn. 23.

⁶ Schroeder, § 4, Rn. 14.

⁷ Pechstein, in: Streinz, EUV/AEUV, EUV Art. 2, Rn. 6; Schroeder, § 4, Rn. 14.

⁸ Vgl. Venedig-Kommission, Report on the Rule of Law, S. 9, Rn. 35 ff.

Rechtsstaatlichkeit zu unterteilen ist.⁹ Die formelle Rechtsstaatlichkeit umfasst den Vorbehalt des Gesetzes, das Gebot geregelter Verfahren, das Prinzip der Rechtssicherheit, die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit der Gerichte und der Justiz, eine wirksame richterliche Kontrolle und den Grundsatz der Gewaltenteilung.¹⁰ Die materielle Rechtsstaatlichkeit beinhaltet den Schutz der Grundrechte, die Bindung der Verwaltung und der staatlichen Organe an das Gesetz, das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz und das Willkürverbot.¹¹ Ergänzend zu den oben genannten Kriterien wird noch das Rechtmäßigkeitsprinzip bzw. der Grundsatz der Gesetzlichkeit zum Rechtsstaatlichkeitsprinzip gerechnet.¹² Unter dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit wird ein pluralistisches Gesetzgebungsverfahren umfasst, welches einem transparenten und demokratischem Kontrollsystem unterworfen ist.¹³ Über diese Inhalte besteht ein Grundkonsens zwischen der Kommission und der Literatur.¹⁴ Aus der Literatur lässt sich des Weiteren noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁵, das Prinzip des Zugangs zum Recht, welches fordert, dass das Recht verständlich, vorhersehbar, publik und klar sein muss, sowie das Schutzprinzip der legitimen Erwartungen entnehmen.¹⁶

II. Demokratieprinzip

1. Der Begriff der Demokratie

Aus dem Griechischen wird die Demokratie als „Volksherrschaft“¹⁷ bzw. „Herrschaft des Volkes“ übersetzt.¹⁸ Die Demokratie gilt als ein Sammelbegriff für moderne Lebensformen und insbesondere für politische Ordnungen¹⁹, weswegen allein schon aus dieser Tatsache eine Politisierung über die

Auslegung und den Inhalt des Demokratieprinzips allgegenwärtig ist. Aus allgemeiner politischer Sicht ist die Volkssouveränität und die Beschränkung politischer Herrschaft das Grundelement einer Demokratie.²⁰ Dazu kommt noch die individuelle Handlungsfreiheit jedes einzelnen Bürgers und die Gewährung von Grundrechten, wie etwa der Versammlungs- und Koalitionsfreiheit, die Gleichheit vor Recht und Gesetz und letztlich der Minderheitenschutz.²¹ Da es sich bei dieser Arbeit speziell um Europarecht handelt, stellt sich die elementare Frage, was das Demokratieprinzip nach Art. 2 S. 1 EUV beinhaltet.

2. Inhalt des Demokratieprinzips

Im Rahmen des Demokratieprinzips ist nach Art. 2 S. 1 EUV primär zwischen der EU und den Mitgliedstaaten zu unterscheiden.²² Das Demokratieprinzip für die Union selber ist eindeutig in Art. 10, 11 EUV als repräsentative Demokratie mit Mitteln der partizipativen Demokratie verwirklicht worden. Problematisch ist jedoch, dass im Zusammenhang mit den nationalen politischen Systemen der Mitgliedstaaten, das Demokratieprinzip lediglich als Wert „Demokratie“ aus Art. 2 S. 1 EUV normiert ist und nicht näher beschrieben oder ausgestaltet worden ist. Für die Auslegung des Demokratiewertes aus Art. 2 S. 1 EUV wird Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK herangezogen²³, welcher die Unterzeichnerstaaten verpflichtet, freie und geheime Wahlen in angemessenen Zeitabständen zu organisieren und dabei auf die freie Meinungsäußerung der Bevölkerung zu achten und diese zu gewährleisten. Ergänzend zur Hinzuziehung der EMRK, welche nach Art. 6 Abs. 1 EUV mit den Verträgen gleichrangig ist, werden Schlussfolgerungen bzw. Mitteilungen der

⁹ Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, EUV Art. 2, Rn. 25.

¹⁰ Calliess, Die neue EU, S. 288 f.

¹¹ Calliess, Die neue EU, S. 288 f.; COM (2014) 158 final vom 11.03.2014, Rn. 10.

¹² Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/14/237, Anhang 2: Vorrang des Rechts in der Rechtsordnung der Union, S. 5.

¹³ Hummer, EuR 2015, 625, 630.

¹⁴ Deutscher Bundestag, Der EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, S. 4 f.

¹⁵ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zudem im primärrechtlichen Art. 5 Absatz 1 Satz 2 EUV verankert, die Rechtsprechung des BVerfG sieht in dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein erhebliches Gewicht für das Demokratieprinzip, vgl. BVerfG, Urteil vom 05.05.2020, -2 BvR 859/15- Leitsatz Nr. 6 lit. a).

¹⁶ Kochenov/Pech, S. 4, Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a

Timid Step in the Right Direction, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Research Paper No. RSCAS 2015/24, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2625602_code2172473.pdf?abstractid=2625602&mirid=1 (letzter Zugriff 16.06.2020).

¹⁷ Genauer betrachtet steht die deutsche Übersetzung von *dēmos* für das Volk sowie *krátos* für die Herrschaft.

¹⁸ Schliesky, EuR 2004, 124, 125.

¹⁹ Schubert/Klein, Das Politiklexikon. Begriffe. Fakten. Zusammenhänge, 5. Auflage, Bonn 2011, S. 71 f.

²⁰ Schubert/Klein, ebenda, S. 72.

²¹ Schubert/Klein, ebenda, S. 72 f.

²² Heintschel von Heinegg, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, EUV Art. 2, Rn. 7.

²³ Calliess, in: Calliess/Ruffert EUV/AEU, EUV Art. 2, Rn. 21; Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEU, EUV Art. 2, Rn. 3; Hilf/Schorkopf, in: GHN, EUV Art. 2, Rn 28; Vgl. auch ABl. 1989 C 120; S. 51, Art. 17.

Kommission zur Auslegung bzw. Konkretisierung des Demokratieprinzips zusätzlich herangezogen.²⁴ Namentlich ist daraus die Zulassung eines Machtwechsels zwischen verschiedenen politischen Parteien, die Anerkennung der allgemeinen Rolle der politischen Opposition, die Schaffung von demokratischen Institutionen und die Gewährleistung des politischen Pluralismus zu benennen.²⁵ Zudem wird die Transparenz und Integrität der Staatsorgane als Teil des Demokratieprinzips angesehen.²⁶ Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Demokratieprinzip nicht eindeutig vertraglich definiert ist, jedoch im Rahmen von verschiedenen Auslegungen zumindest ein Mindestgehalt erkennbar ist und dieses auch allgemein anerkannt ist.

III. Nationale Identität gem. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV

Als Gegenpol zu den Grundwerten aus Art. 2 EUV steht die in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV kanonisierte „nationale Identität“, welche seitens der Union zu beachten ist. Die Souveränität der Mitgliedstaaten zum einen und die staatliche Unabhängigkeit zum anderen fungieren dabei als elementarer Kern der nationalen Identität.²⁷ Zusätzlich zum Kerngehalt der nationalen Identität werden lediglich die aus dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 EUV folgenden „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ anerkannt. Dabei handelt es sich um grundlegende Verfassungsentscheidungen und Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten.²⁸ Bedingt durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 EUV wird der früher weit ausgelegte Begriff der „nationalen Identität“ auf die oben genannten Punkte hauptsächlich eingeschränkt, weswegen z.B. die kulturellen Gegebenheiten eines Mitgliedstaates lediglich durch einen Mindestbestand geschützt sind, nicht jedoch vom eigentlichen Sinn und Zweck der Norm vollumfänglich erfasst und gesichert sind.²⁹ Demnach ergibt sich ein Konflikt zwischen der Durchsetzung der Grundwerte aus Art. 2 EUV einerseits und die Beachtung der nationalen Identität und Souveränität andererseits. In dem Konflikt mit Ungarn wird dieses Dilemma besonders deutlich. Zur Lösung des Konflikts ist ein Blick in die konkreten Verfahren und die

dazugehörige Rechtsprechung geboten und von zentraler Bedeutung.

C. Das Art. 7-EUV-Verfahren gegen Ungarn

I. Allgemeines zum Art. 7-EUV-Verfahren

1. Zweck des Verfahrens

Das Verfahren nach Art. 7 EUV bezweckt speziell den Schutz der Grundwerte aus Art. 2 EUV und ist dabei im Vergleich zu den weiteren möglichen Verfahren nicht auf Einzelfälle beschränkt, sondern eben als *ultima ratio* auf die negativen Gesamtentwicklungen in Bezug auf die Grundwerte in den Mitgliedstaaten.³⁰ Das Art. 7-EUV-Verfahren stellt dabei ein schwerwiegendes und tiefgreifendes Verfahren dar, bei welchem nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 EUV eigens auch Sanktionen, wie etwa der Stimmentzug des jeweiligen Mitgliedstaates, möglich sind. Dementsprechend bestehen hohe Hürden sowohl in formeller, als auch in materieller Hinsicht für die Durchführung dieses Verfahrens. Besonders erwähnenswert ist die Tatsache, dass das Art. 7-EUV-Verfahren erst vierzig Jahre nach Bestehen der Europäischen Gemeinschaft als Schutzmechanismus der Grundwerte in den Vertrag von Amsterdam im Jahr 1997 aufgenommen worden ist, nachdem Befürchtungen kundgetan wurden, dass künftige Neumitglieder aus Mittel- und Osteuropa nicht direkt die bestehende Vertrautheit bzgl. der Einhaltung der Homogenität gewährleisten würden, wie es die Mitgliedstaaten davor taten.³¹ Mit Art. 7 EUV bringt die Europäische Union zudem die Sicht einer wehrhaften und streitbaren Demokratie zum Ausdruck.³²

2. Überblick der Systematik von Art. 7 EUV

Das Sanktionsverfahren nach Art. 7 EUV ist in drei Stufen unterteilt: Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 EUV kann zuerst eine eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung festgestellt werden. Des Weiteren kann nach Art. 7 Abs. 2 EUV ein Feststellungsbeschluss gefasst werden, welcher im Anschluss eine Voraussetzung für mögliche Sanktionsbeschlüsse gem. Art. 7 Abs. 3 EUV darstellt. Die drei Stufen haben formell- und

²⁴ Calliess, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, EUV Art. 2, Rn. 21.

²⁵ Calliess, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, EUV Art. 2, Rn. 21; *Hilf/Schorkopf*, in: GHN, EUV Art. 2, Rn. 29; Vgl. KOM (1997) 2000 Vol. 1 endg. vom 15.07.1997, S. 47 f.

²⁶ Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, EUV Art. 2, Rn. 21; Vgl. KOM (1998) 146 endg. vom 12.03.1998, S. 8 f.

²⁷ *Schöbener/Knauff*, § 5, Rn. 246.

²⁸ *von Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 701, 714.

²⁹ *Franzius*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, EUV Art. 4, Rn. 26; *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, EUV Art. 4, Rn. 14.

³⁰ *Heselhaus*, in: Heselhaus/Nowak EU-Grundrechte-HdB, § 12, Rn. 41; *Hatje/Schwarze*, EuR 2019, 153, 180.

³¹ *Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, EUV Art. 7, Rn. 2.

³² *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 277, Rn. 38.

materiell-rechtliche Unterschiede. Der Feststellungsbeschluss nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 EUV fungiert dabei auch als ein Frühwarnsystem, um den Einsatz von Sanktionen und die damit verbundene Eskalation weitgehend zu vermeiden, als auch weiterhin eine Dialogbereitschaft mit dem betroffenen Mitgliedstaat zu signalisieren.³³ Die Sanktionsmöglichkeiten und Folgen eines Art. 7-EUV-Verfahrens, welches nicht grundlos als „nukleare Option“ bezeichnet wird,³⁴ sind schwerwiegend, weswegen die Hürden für die Einleitung des Verfahrens, als auch für die Sanktionen hoch sind. Diese Arbeit beleuchtet aufgrund der herausragenden Relevanz der ersten Stufe in der Causa Ungarn nicht die weiteren Stufen des Art.-7-EUV-Verfahrens.

3. Das „Frühwarnsystem“-Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV (Stufe 1)

a) Formelle Voraussetzungen

Das Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV, welches den Zweck einer Warnfunktion hat³⁵, erfordert zu Beginn einen begründeten Vorschlag eines Drittels der Mitgliedstaaten, der Kommission oder des Europäischen Parlaments. Nach Art. 354 UAbs. 4 AEUV ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit für den Beschluss des Vorschlages im Falle der Initiative seitens des Europäischen Parlamentes erforderlich. Aus dem Vorschlagsrecht des Antragstellers folgt ein Begründungserfordernis, bei welchem das Verhalten des Mitgliedsstaates analysiert werden muss, und zudem erfordert es eine substantiierte Darlegung von Tatsachen, welche die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen.³⁶ Der Sinn und Zweck dieser Erforderlichkeit ist der Schutz vor Missbrauch des Rechtsmittels,³⁷ als auch die frühzeitige Bekanntgabe der entscheidenden Gesichtspunkte für die entsprechende Rechtsverteidigung des

betroffenen Mitgliedstaates.³⁸ Bevor der Rat die Gefahr feststellt, hat er nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 EUV den betroffenen Mitgliedstaat anzuhören, demnach wird dem allgemeinen Rechtsgrundsatz „*audiatur et altera pars*“³⁹ entsprochen, was bei den EU-Sanktionen gegen Österreich im Jahr 2000 unterlassen wurde,⁴⁰ und dementsprechend eine Normierung dieses Grundsatzes im Vertrag von Nizza für notwendig empfunden wurde.⁴¹ Bevor das Beschlussverfahren beim Rat eingeleitet werden kann, bedarf es wiederum auch der Zustimmung des Europäischen Parlamentes, was in Anbetracht der demokratischen Partizipation und Einflussnahme der europäischen Bürgerkammer zu begrüßen ist. Anschließend obliegt es dem Rat mit der Mehrheit von vier Fünfteln seiner Mitglieder die Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte. Schließlich hat der Rat zusätzlich ein Recht auf Abgabe von Empfehlungen gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat.

b) Materielle Voraussetzungen

Aus materiell-rechtlicher Sicht wird die „Eindeutigkeit“ der „Gefahr“ einer „schwerwiegenden Verletzung“ vorausgesetzt.

Der Begriff der Gefahr definiert sich durch eine kritische und gegenwärtige Beurteilung einer Entwicklung, welche mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Verletzung der Werte aus Art. 2 EUV auf schwerwiegender Weise sieht.⁴² Die Eindeutigkeit der Gefahr ist dabei an der Voraussicht einer tatsächlichen Verletzung zu messen; dabei muss diese Verletzung in absehbarer Zeit mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten.⁴³ Die konkrete politische Entwicklung in einem Mitgliedstaat kann nicht generell-

³³ Träbert, Riedel (Hrsg.), Studien zum Internationalen, Europäischen und Öffentlichem Recht. Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten, Band 23, Die Sanktionsverfahren nach Art. 228 Abs. 2 EGV und Art. 7 EUV, 2010, S. 287.

³⁴ Franzius, DÖV 2018, 381, 382.

³⁵ Becker, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 7 EUV, Rn. 4.

³⁶ Serini, Magiera/Merten/Niedobitek, Sommermann (Hrsg.), Schriften zum Europäischen Recht, Band 141, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Berlin, 2009, S. 186.

³⁷ Schorkopf, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Möglichkeiten und Grenzen einer „streitbaren Demokratie“ auf europäischer Ebene, Berlin, 2002, S. 102.

³⁸ Schönborn, Die Causa Austria, Zur Zulässigkeit bilateraler Sanktionen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Frankfurt am Main, 2005, S. 352 ff.

³⁹ aus dem Lateinischen für: „Gehört werde auch der andere Teil“; Vgl. Groh/Raik, in: Creifelds, *audiatur et altera pars*.

⁴⁰ Hummer/Obwexer, *europa blätter* 2000, 51, 55.

⁴¹ Serini, Magiera/Merten/Niedobitek, Sommermann (Hrsg.), Schriften zum Europäischen Recht, Band 141, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Berlin, 2009, S. 186.

⁴² Serini, Magiera/Merten/Niedobitek, Sommermann (Hrsg.), Schriften zum Europäischen Recht, Band 141, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Berlin, 2009, S. 195.

⁴³ Yamato/Stephan, DÖV 2014, 58, 63.

abstrakt in Art. 7 EUV festgehalten werden. Bedingt durch die nicht mögliche allgemein-gesetzliche Ableitung der politischen Entwicklung in einem Mitgliedstaat ist mithin nur ein subjektiv-politischer Beurteilungsspielraum beim Begriff der Gefahr möglich, weswegen es letztlich eine politische Entscheidung ist.⁴⁴ Die drohende schwerwiegende Verletzung muss die Werte aus Art. 2 EUV in ihrem Kern- und Wesensbereich antasten und nicht von kurzfristiger Dauer sein.⁴⁵ Das Antasten des Kernbereichs der Werte wird bejaht, sobald die Grundlage der Union, die Wertegemeinschaft, durch geeignete Geschehnisse in dem betroffenen Mitgliedstaat erschüttert wird.⁴⁶ Als praktisches Beispiel ist dabei eine Situation zu nennen, bei welcher das Vorbild des „westlichen Verfassungsstaates“ im gesellschaftlichen oder politischen System des Mitgliedstaates nicht mehr erfüllt wird. Die vereinzelt Beeinträchtigungen des Schutzbereiches eines Wertes aus Art. 2 EUV, z.B. sogenannte „rechtsstaatliche Defizite“, werden nicht als schwerwiegende Verletzung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EUV angesehen.⁴⁷ Dies ist auf den Wortlaut der Norm zurückzuführen, welcher von einer „schwerwiegenden Verletzung“ spricht, eine restriktivere Subsumtion ist daher geboten.

II. Konkrete Anwendung des Verfahrens im Ungarn-Konflikt

Seit 2018 findet nun das Art. 7-EUV-Verfahren Anwendung gegenüber Ungarn, es sind daher die bereits konkret eingeleiteten Maßnahmen zu betrachten.

1. Die Initiative bzw. Aufforderung des Europäischen Parlamentes vom 12.09.2018 zur Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 EUV gegen Ungarn

Das Europäische Parlament hat am 12.09.2018 zum ersten Mal in seiner Geschichte von seinem Initiativrecht im Rahmen eines Entschließungsantrages bezüglich der Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 Abs. 1 EUV gegen Ungarn Gebrauch gemacht.⁴⁸ Im Vergleich zum Verfahren nach Art. 7 EUV gegen Polen, bei welchem die Kommission das Verfahren initiierte und zuvor ein eigens entwickeltes Vorverfahren

durchführte⁴⁹, ist der Beschluss des Entschließungsantrages im Parlament demnach eher einer parteipolitischen Motivation zuzuordnen.

a) Prozessuale Problematik: Rechtmäßiges Zustandekommen des Entschließungsantrages des Europäischen Parlamentes vom 12.09.2018

Bereits aus formeller Sicht besteht zwischen Ungarn und dem Europäischen Parlament eine Rechtsstreitigkeit. Ungarn bezweifelt das korrekte Zustandekommen einer Zwei-Drittel-Mehrheit gem. Art. 354 Abs. 4 AEUV, welche für den Antrag bzgl. der Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 Abs. 1 EUV notwendig ist. Bei der Abstimmung waren 693 der insgesamt 751 Abgeordneten anwesend, es wurden 448 Ja-Stimmen und 197 Nein-Stimmen abgegeben. 48 Abgeordnete haben sich enthalten.⁵⁰ Nach der Auffassung des Europäischen Parlaments und seines Juristischen Dienstes sind die enthaltenen Stimmen nicht mitzuzählen, mithin ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit zustande gekommen. Die Auffassung Ungarns stützt sich auf Art. 178 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments (GO EP), welche zwar erstmal vorsieht, dass Enthaltungen nicht zu berücksichtigen sind, jedoch in Fällen eine Ausnahme vorsieht, „für die in den Verträgen eine spezifische Mehrheit vorgesehen ist“⁵¹. Art. 354 Abs. 4 AEUV bestimmt spezifisch für Beschlüsse des Europäischen Parlaments, welche im Rahmen des Art. 7 EUV beschlossen werden, eine qualifizierte Mehrheit (Zwei-Drittel-Mehrheit). Dementsprechend wäre der Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments vom 12.09.2018 rechtswidrig zustande gekommen, da statt den erforderlichen 66,6%, nur 64,6% der Ja-Stimmen abgegeben wurden. Für die Auffassung des Europäischen Parlaments könnte allerdings sprechen, dass Art. 354 Abs. 4 AEUV die Behandlung von Stimmenthaltungen im Vergleich zum Art. 354 Abs. 1 S. 2 AEUV nicht spezifisch erwähnt. Folglich wurde die Frage bezüglich der Berücksichtigung der Stimmenthaltungen nicht geregelt. Demnach kann keine Ausnahme im Vergleich zur Geschäftsordnung des Europäischen

⁴⁴ *Serini*, Magiera/Merten/Niedobitek, Sommermann (Hrsg.), Schriften zum Europäischen Recht, Band 141, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Berlin, 2009, S. 195 f.

⁴⁵ *Schmahl*, EuR 2000, 819, 823.

⁴⁶ *Heintschel von Heinegg*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, EUV Art. 7, Rn. 8.

⁴⁷ *Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, EUV Art. 7, Rn. 16; *Heintschel von Heinegg*, in:

Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 7 EUV, Rn. 10.

⁴⁸ *Philipp*, EuZW 2018, 787.

⁴⁹ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/17/5367 vom 20.12.2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_5367.

⁵⁰ Vgl. tagesschau.de, Einleitung eines Strafverfahrens, Ungarn will EU-Beschluss anfechten, <https://www.tagesschau.de/ausland/ungarn-327.html>.

⁵¹ Art. 178 III GO EP.

Parlaments bejaht werden. Zu betonen ist hier auch nach einer systematischen Auslegung die Existenz des Art. 83 Abs. 3 GO EP, welcher den Wortlaut des Art. 354 Abs. 4 AEUV wiederholt und die Berücksichtigung der Enthaltungen nicht erwähnt. Eine „Ausnahme“ i.S.v. Art. 178 Abs. 3 GO EP kann demnach im Fall des Art. 354 Abs. 4 AEUV in Verbindung mit Art. 83 Abs. 3 GO EP nicht bejaht werden. Zusätzlich ist der Sinn und Zweck und der Wortlaut des Art. 178 Abs. 3 GO EP zu nennen, welcher einfach nur deutlich macht, dass Ausnahmen bei der Berücksichtigung der Stimmenthaltungen im Falle von spezifischen Mehrheiten bestehen können. Allerdings müsste für die Ausnahme nach Art. 178 Abs. 3 GO EP, also bei der Frage bezüglich der Behandlung von Enthaltungen, dies auch im Primärrecht reglementiert sein, wie z.B. im Falle des Art. 354 Abs. 1 S. 2 AEUV, welcher besagt, dass Stimmenthaltungen im Europäischen Rat und in dem Rat der EU im Rahmen des Art. 7-EUV-Verfahrens nicht bei der Abstimmung entgegenstehen. Vor allem die explizite Erwähnung der Nichtberücksichtigung von Stimmenthaltungen in Art. 354 Abs. 1 S. 2 AEUV macht deutlich, dass die Vertragsgeber dies explizit im Falle der Abstimmung im Europäischen Rates und im Rat der EU normiert haben, dies jedoch dem Europäischen Parlament nicht aufgezwungen haben. Letztlich spricht auch der Vorrang und die höherrangige Stellung des Primärrechts gegenüber der einfachen niederrangigen Geschäftsordnung, welche nur aufs Primärrecht verweisen darf bzw. sich an diesem orientieren kann, für die Ansicht des Europäischen Parlaments und die Nichtberücksichtigung der Stimmenthaltungen, da im Primärrecht aus Art. 354 Abs. 4 AEUV keine Berücksichtigung von Stimmenthaltungen vorgeschrieben ist.

Am 17.10.2018 reichte Ungarn diesbezüglich gegen das Europäische Parlament eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV beim EuGH ein.⁵² Bis heute ist kein Urteil in der Rechtssache gefällt worden. Allerdings mag es zu bezweifeln sein, ob diese formelle Streitigkeit den eigentlichen Konflikt schlichten kann. Vielmehr ist dies eher als eine Verschärfung des Konfliktes anzusehen.

b) Materiell-rechtliche Begutachtung des Entschließungsantrages vom 12.09.2018

Der Entschließungsantrag des Europäischen Parlamentes beinhaltet über 12 Punkte, welche in Ungarn

seitens des Staates beeinträchtigt sein sollen.⁵³ Das Parlament hat diese Punkte in einer Anlage zu seinem Entschließungsantrag näher erläutert, diese Anlage ist zugleich ein Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung nach Art. 7 Abs. 1 EUV.

aa) Funktionsweise des Verfassungs- und des Wahlsystems

Zum einen hat das Parlament Bedenken bzgl. der Funktionsweise des Verfassungs- und des Wahlsystems kundgetan. Das Parlament stützt sich hier auf die bereits erwähnte Venedig-Kommission, welche einerseits die Bemühungen Ungarns zur Einführung einer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsordnung begrüßt, andererseits jedoch die fehlende Transparenz, die mangelnde Einbeziehung der Zivilgesellschaft, die Gefährdung der Gewaltenteilung und die Schwächung des Systems von Kontrolle und Gegenkontrolle kritisiert.⁵⁴ Hier wird deutlich, dass das Parlament versucht, ohne Belastungstendenzen Ungarn sachlich zu kritisieren, da dieses auch positive Aspekte bzw. Bemühungen Ungarns benennt. Das Parlament äußert zudem seine Bedenken wegen der Einschränkungen der Zuständigkeiten und Rechte des Verfassungsgerichts im Rahmen der Verfassungsreform 2013 in Ungarn. Namentlich betont das Parlament die Abschaffung der Popularklage und die Einschränkung der Entscheidungsbefugnis des Verfassungsgerichts in Haushaltsfragen und der Verfassungsmäßigkeit von Verfassungsänderungen, welche nicht lediglich prozessualen Charakter tragen.⁵⁵ Kritisch angemerkt wird zusätzlich der Ernennungsprozess von Richtern, bei welcher ein Mangel an Kontrolle und Gegenkontrolle existiert.⁵⁶ Auch die Sorgen des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen bzgl. der Schwächung des Verfassungsgerichts werden benannt, darunter die nicht vorhandene Frist für die verfassungsgerichtliche Kontrolle und der mangelnden aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die angefochtenen Rechtsvorschriften.⁵⁷ Die kritischen Punkte fallen nicht in den Schutz fundamentaler nationaler Verfassungsprinzipien, ganz im Gegenteil sind dies alles formell-rechtliche Maßnahmen, welche sich gegen das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit wenden, darunter der Unabhängigkeit der Gerichte und dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Eine Rechtfertigung bzw. Berufung auf die Achtung der nationalen Identität gem. Art. 4

⁵² ABl. 2018 C 436, 03.12.2018, S. 33.

⁵³ Vgl. ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 67 f.

⁵⁴ ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 70, (7).

⁵⁵ ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 70, (8).

⁵⁶ ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 70, (7), (8).

⁵⁷ ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 70, (9).

Abs. 2 S. 1 EUV seitens der ungarischen Regierung ist in diesem Fall nicht einschlägig. Das Europäische Parlament rügt auf Basis des OSZE-Berichtes⁵⁸ vom Juni 2018, welcher im Rahmen der Wahlbeobachtungsmission zur Parlamentswahl 2018 erstellt worden ist, die willkürliche Einteilung von Wahlkreisen und die erheblich überhöhten Ausgaben der Regierung für Informationsanzeigen im Wahlkampf, welche damit die Chancengleichheit der oppositionellen Kandidaten beeinträchtigt hat.⁵⁹ Sehr kritisch anzumerken ist, dass bis zur Wahl keine Pflicht bzw. kein Gebot der Berichterstattung bzgl. der Wahlkampffinanzierung vorhanden war, was zur Folge hat, dass dem Wähler ein wesentliches Entscheidungsmerkmal vorenthalten wurde.

Außerdem war der Wahlkampf seitens der Regierung durch unsachliche Behauptungen und Unterstellungen bei nationalen Konsultationen wie etwa „Brüssel stoppen!“ oder „Einwanderung und Terrorismus“, wo Parallelen zwischen Migration und Terrorismus gezogen worden sind, geprägt.⁶⁰ Dies führte zu Hass gegenüber Migranten und *George Soros*, welcher oppositionelle Positionen bezogen hat. Zu betonen ist hier eben die Rolle und Tätigkeit der Exekutive. Solche nationalen Konsultationen dienen einer vermeintlichen Umfrage des Volkes, sie sind mit einer Volksabstimmung zu vergleichen, haben jedoch keine rechtliche Bindung.⁶¹ Diese Befragungen fanden im Vorfeld der Wahlen statt, dadurch konnte durch die stattgefundenen staatlichen Kampagnen, die im Rahmen der nationalen Konsultation gelaufen sind, Einfluss auf die tatsächlichen Wahlen ausgeübt werden. Zudem besaß die Regierungspartei durch intransparente Vorschriften über die Wahlkampffinanzierung sowie der Verwendung staatlicher Mittel für den Wahlkampf⁶² mehr Ressourcen als die Oppositionsparteien.⁶³ Die Gleichwertigkeit der Wahlen und das Gebot des fairen Wahlkampfes⁶⁴ kann damit in Frage gestellt werden. Jedoch wird grundsätzlich die Gewährung der Grundrechte und -

freiheiten bei der Wahl, als auch eine Professionalität und Transparenz der Wahl in technischer Hinsicht bejaht.⁶⁵

bb) Unabhängigkeit der Justiz und anderer Institutionen sowie die Rechte der Richter

Ein wichtiger Punkt aus dem Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments ist die Kritik an der Justizreform 2012, konkret der Senkung des Renteneintrittsalters der Richter, Staatsanwälte und Notare auf 62 Jahre. Zwar wurde seitens des ungarischen Parlaments nach einem Urteil des EuGHs⁶⁶ ein Gesetz verabschiedet, welches das Renteneintrittsalter von Richtern stufenweise innerhalb von zehn Jahren auf 65 Jahre absenkt, jedoch erging das Urteil und das damit folgende Änderungsgesetz erst nach der Entlassung von einer Mehrzahl von Richtern. Die Mehrheit der entlassenen Richter ist nicht in ihre ursprüngliche Position zurückgekehrt, da die Posten bereits zwischenzeitlich neuvergeben worden sind. Zudem bestand keine Garantie auf eine Wiedereinsetzung in Führungspositionen in der Verwaltung.⁶⁷ Aus politischer Sicht kann hier eine Verletzung der Unabhängigkeit bzw. Autonomie der Gerichte vorliegen. Der EuGH hat jedoch in seinem Urteil die richterliche Unabhängigkeit nicht erwähnt, sondern stützte sich auf das Diskriminierungsverbot. Das lag zum einen am Grundsatz „*ne eat iudex ultra petita partium*“⁶⁸, die antragsstellende Kommission hatte nämlich diesen Punkt in ihrer Klage gar nicht erwähnt, zum anderen aber wegen der begrenzten richterlichen Überprüfbarkeit des EuGH bei Fragen bzgl. einer Suspendierung nach Art. 7 EUV, welche sich aus Art. 269 Abs. 1 AEUV ableiten lässt.⁶⁹ Demnach ist der Einwand des Europäischen Parlamentes, dass die richterliche Unabhängigkeit in Ungarn nicht gewährleistet ist, zwar berechtigt, jedoch eine rein politische Interpretation ohne juristische Beurteilung seitens des EuGH. Dennoch ist das Urteil des EuGHs wegweisend, da Ungarn mit der willkürlich

⁵⁸ Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa – kurz OSZE – ist eine Staatenkonferenz zur Sicherung des Friedens sowie zum Wiederaufbau nach Konflikten. Die OSZE veröffentlicht regelmäßig verschiedene Berichte über den Ablauf von abgehaltenen Wahlen.

⁵⁹ HUN, Parliamentary Elections 8.4.2018, ODIHR Limited Election Observation Mission. Final Report, S. 2 ff.

⁶⁰ <https://www.dw.com/de/hassrhetorik-im-ungarischen-wahlkampf-soros-als-totes-schwein/a-41777557>

⁶¹ <https://www.mdr.de/nachrichten/welt/osteuropa/ostblogger/ungarn-volksbefragung-soros-100.html>

⁶² HUN, Parliamentary Elections 8.4.2018, ODIHR Limited Election Observation Mission. Final Report, S. 5.

⁶³ <https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-04/ungarn-parlamentswahl-osze-wahlbeobachtung-kritik-medien-wahlkampffinanzierung>

⁶⁴ *Hilf/Schorkopf*, in: GHN, EUV Art. 2, Rn 29.

⁶⁵ ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 70, (10).

⁶⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 06.11.2012, Kommission/Ungarn, C-286/12, EU:C:2012:687.

⁶⁷ ABl. 2019 C 433 vom 23.12.2019, S. 70, (14).

⁶⁸ aus dem Lateinischen für: „*nie gehe der Richter über den Antrag der Parteien hinaus*“; Vgl.: *Groh*, in: Creifelds, *ne (eat iudex) ultra petita partium*.

⁶⁹ *Vincze*, EuR 2013, 323, 330.

gesetzten Altersgrenze aus europarechtlicher Perspektive gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot aus Art. 1 und Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG verstoßen hat. Insbesondere der formell-rechtliche Umstand, dass das Urteil des EuGHs im beschleunigten Verfahren nach Art. 23a der Satzung des EuGH und drei Tage vor dem Urteil des nationalen ungarischen Verfassungsgerichtes erfolgte, macht die Schwere der Folgen und Konsequenzen dieses Falls deutlich. Die stattgefundenen Entlassungen von Richtern sowie die beliebige Setzung von Altersgrenzen können jedoch im Art. 7-EUV-Verfahren als Indizien für einen Verstoß herangezogen werden.

Das Parlament stützt sich weiterhin auf weitere Kritik, z.B. seitens des EGMR im Rahmen seiner Urteile. In diesen Urteilen stellt der EGMR fest, dass der ungarische Staat gegen das Recht auf ein faires Verfahren und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf aus Art. 6 und Art. 13 Abs. 1 EMRK verstoßen hatte. Die Gründe dafür waren die unzumutbaren und recht langen Verfahrensdauern in der Justiz, die Versäumnisse bzw. das Verschulden ist dem ungarischen Staat zuzurechnen. Der EGMR spricht hier von einem „systematischen Problem“⁷⁰, demnach handelt es hier nicht um Einzelfälle, sondern generell um Mängel im nationalen Rechtssystem, was für die Bejahung der schwerwiegenden Verletzung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 S. 1 EUV notwendig ist. Auch in Bezug auf die Justizreform 2012 hat der EGMR ein Urteil erlassen und *Andras Baka*, dem vorzeitig entlassenen Richter des Obersten Gerichtshofes, Recht gegeben und eine Entschädigung zugesprochen. Der EGMR sah in seinem Urteil das Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK und das Recht auf einen Zugang zu einem Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK durch Ungarn verletzt.⁷¹ *Andreas Baka* hatte sich am 03.11.2011 kritisch zu Gesetzesvorhaben im ungarischen Parlament geäußert. Kurz darauf folgte ein Gesetz vom 09.11.2011, welche neue Kriterien über die Eignung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes „Kuria“ schaffte. Das Gesetz beinhaltet u.a. eine Mindesttätigkeitsdauer von fünf Jahren als Richter in Ungarn, der Kläger *Baka* konnte diese aufgrund von Tätigkeiten bei internationalen Gerichten nicht erfüllen. In einer bemerkenswerten Zeit, schon am 19. und 23.11.2011 wurden öffentliche Vorschläge, sein Mandat als Präsident des Obersten Gerichtshofes zu

beenden, kundgetan und kurzfristig die Beendigung seines Mandats zum 1.1.2012 beschlossen, dreieinhalb Jahre vor dem Ablauf der fixen Amtszeit. Die frühzeitige Entlassung habe mithin unzweifelhaft eine abschreckende Wirkung⁷², die das Problem der schrumpfenden richterlichen Unabhängigkeit und der damit einhergehenden Erosion der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn weiter verschärft.

Das Europäische Parlament stützt sich schließlich noch auf einen Bericht aus Oktober 2015 des Menschenrechtsinstituts der Internationalen Anwaltskammer, welches die Rechtsstaatlichkeit in Ungarn generell als geschwächt beurteilt und eine Unabhängigkeit bzw. Überparteilichkeit der Justiz nicht gewährleistet sieht. Der Bericht benennt die mangelnde Abgrenzung der Justizverwaltung von der Exekutive. Konkret wird die Stellung des Präsidenten des 2012 errichteten Nationalen Justizsamtes kritisiert, welcher vom Parlament gewählt ist und tiefgreifende Befugnisse im Vergleich zum Nationalen Justizrat besitzt, das ausschließlich von Richtern besetzt ist. Der Präsident des Nationalen Justizsamtes hat oft Einfluss auf die Justizverwaltung genommen, welche eigentlich autonom sein sollte. Die Internationale Anwaltskammer fordert daher die Übertragung aller Tätigkeiten, die für die Selbstverwaltung der Justiz notwendig sind, als auch die Budgethoheit auf den Nationalen Justizrat, da dieser im Vergleich zum politisch beeinflussten Justizamt Fachwissen und Erfahrung vorzuweisen hat.⁷³ Im Ergebnis sind die Einwände und die oben analysierten Punkte des Europäischen Parlaments im Hinblick auf die mangelnde Unabhängigkeit der Justiz und die Einschränkung von Rechten der ungarischen Richter berechtigt. Die Beschneidungen der Rechte des Verfassungsgerichtes und die damit eingehende Einschränkung der Gewaltenteilung, sowie die Entlassung von Richtern stellen schließlich einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 2 EUV dar.

cc) Sonstige Punkte aus dem Entschließungsantrag und Stellungnahme

Das Parlament äußert noch Bedenken bezüglich von Korruptionsfällen und Interessenkonflikten in Ungarn, als auch von Einschränkungen diverser Grundrechte, darunter der Meinungs-, Vereinigungs- und der Religionsfreiheit. Zudem seien die Minderheitenrechte insbesondere von Roma, Juden und Grundrechte von Migranten und Flüchtlingen nicht vollständig

⁷⁰ EGMR, NLMR 2015, 357, 358 f.

⁷¹ Vgl. EGMR, NLMR 2016, 267 ff.

⁷² EGMR, NLMR 2016, 270 f.

⁷³ Int. Bar Assoc., Still under threat: the independence of the judiciary and the rule of law in HUN, 2015, S. 49 ff.

gewährleistet.⁷⁴ Im akademischen Bereich ist zudem die Wissenschaftsfreiheit bedroht, das Recht auf Gleichbehandlung, soziale und wirtschaftliche Rechte seien auch nicht sichergestellt.

Zusammenfassend besteht nach Ansicht des Parlamentes im Gesamtkontext die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte. Allerdings ist aus juristischer Sicht zu kritisieren, dass das Parlament in seinem Vorschlag zu einem Beschlussantrag bzgl. der Feststellung der eindeutigen Gefahr die Geschehnisse in Ungarn nur zusammenfasst und nicht konkret unter die Werte aus Art. 2 EUV subsumiert. Die in Art. 2 EUV genannten Werte werden im Antrag vermischt und nicht sauber getrennt, was nochmal den politischen Charakter des gesamten Art. 7-EUV-Verfahrens deutlich macht. Auch auf die mögliche Rechtfertigung Ungarns im Rahmen der nationalen Identität aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV gehen die Parlamentarier in ihrem beschlossenen Antrag nicht ein, was kritisch anzumerken ist.

dd) Die Anhörung Ungarns im Rat der EU

Ungarn wurde gem. Art. 7 Abs. 1 S. 2 EUV formell durch den Rat zweimal angehört. Die Anhörung erfolgte erstmalig am 16.09.2019.⁷⁵ Darauf folgte eine weitere Anhörung am 10.12.2019 bzgl. der Unabhängigkeit der Justiz, Meinungsfreiheit und der akademischen Freiheit; jedoch wurden die Inhalte der beiden Anhörungen nicht öffentlich kommuniziert⁷⁶, was wegen des doch hohen öffentlichen Interesses zu kritisieren ist. Auch das Europäische Parlament kritisiert in seinem Entschließungsantrag vom 16.01.2020 u.a. die mangelnde Transparenz der Anhörung und die fehlende Regelmäßigkeit, Strukturierung und Offenheit dieser.⁷⁷ Das Parlament stützt seine Forderungen insbesondere auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen den Organen nach Treu und Glauben aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Einen gewissen Teil dazu tragen die turnusmäßig abwechselnden Ratspräsidentenstaaten bei, welche federführend die Arbeit des Rates koordinieren. Zum 01.06.2020 soll Deutschland die EU-Ratspräsidentschaft übernehmen. Zwar ist das nationale Programm noch nicht veröffentlicht worden, allerdings wurde u.a. der Leitgedanke für „ein Europa

der Sicherheit und der gemeinsamen Werte“⁷⁸ seitens der deutschen Bundesregierung öffentlich gemacht. Mithin könnte dem Verfahren Nachdruck verliehen werden.

2. Der weitere mögliche Verlauf des Art.-7-EUV-Verfahrens gegen Ungarn

Der Rat kann mit einer Vier-Fünftel-Mehrheit, dafür wären zur Zeit Stimmen aus 21 Mitgliedstaaten nötig, den Beschluss über die Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung nach Art. 7 Abs. 1 EUV beschließen. Der betroffene Mitgliedstaat ist jedoch nach Art. 354 Abs. 1 S. 1 AEUV nicht dazu berechtigt, über den Beschluss über die Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung nach Art. 7 Abs. 1 EUV abzustimmen. Der Beschluss nach Art. 7 Abs. 1 EUV hat allerdings Feststellungswirkung und kann mit Empfehlungen an den Mitgliedstaat geknüpft sein⁷⁹; bei Besserung hat der Rat sogar nach Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 EUV eine Überprüfungspflicht bzgl. des Fortbestandes der Gründe, welche zur Feststellung einer eindeutigen Gefahr nach Art. 7 Abs. 1 EUV führten. Ansonsten ist zu betonen, dass mit dem Feststellungsbeschluss der Weg für die Stufe 2 und 3 des Art. 7-EUV-Verfahrens geebnet ist. Art. 7 Abs. 2 EUV stellt die zweite Stufe dar: So kann der Europäische Rat einstimmig eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der Werte beschließen. Mithin überträgt die Norm die Verantwortung beim Feststellungsbeschluss auf die Politik bzw. auf die Staats- und Regierungschefs der EU.

Als besonders problematisch stellt sich hier die Notwendigkeit der Einstimmigkeit dar. Zwar ist auch hier Ungarn bei der Abstimmung nach Art. 354 Abs. 1 S. 1 AEUV nicht einzubeziehen, allerdings hat bereits Polen Unterstützung für Ungarn zugesichert und eine Ablehnung eines Beschlusses nach Art. 7 Abs. 2 EUV im Europäischen Rat signalisiert. Polen darf sich im Gegenteil auf die Unterstützung Ungarns in seinem Verfahren nach Art. 7 EUV freuen.⁸⁰ Gegen Polen wurde 2017 ein Art. 7-EUV-Verfahren wegen Bedenken bezüglich der Reform zur Umstrukturierung der Justiz eingeleitet. Eine Überlegung ist es, ein Verfahren gegen Ungarn und Polen gleichzeitig zu betreiben

⁷⁴ Vgl. ABl. 2019 C 433 v. 23.12.2019, S. 67 f., Punkt E. 1.

⁷⁵ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 13.09.2019, S. 2.

⁷⁶ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 14959/19 vom 10.12.2019, S. 3, <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/gac/2019/12/10/>.

⁷⁷ Europäisches Parlament, Angenommene Texte, P9_TA (2020)0014, (2020/2513(RSP)), Punkt F. 1.

⁷⁸ Bundesregierung, 24.06.2020, Programm für deutsche EU-Ratspräsidentschaft steht, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/programm-ratspraesidentschaft-1763632>.

⁷⁹ Schorkopf, in: GHN, EUV Art. 7, Rn. 26.

⁸⁰ Nickel, EuR 2017, 663, 673.

und beiden Staaten das Stimmrecht in diesem einheitlichen Verfahren gleichzeitig auszusetzen.⁸¹ Allerdings ist dies wegen den unterschiedlichen Verfahrensgegenständen abzulehnen.⁸² Zudem spricht der Wortlaut der Art. 7 Abs. 2 EUV und Art. 354 Abs. 1 S. 1 AUEV von einem Mitgliedstaat, also im Singular. Demnach ist nach einer wortlautgetreuen Auslegung der Normen ein Verfahren gegen zwei Mitgliedstaaten gleichzeitig nicht zulässig. Dementsprechend ist das Verfahren nach Art. 7 EUV gegen Ungarn an so hohe Hürden gebunden, dass die Realisierung der Stufe 2 und 3 des Verfahrens nicht wahrscheinlich ist.

D. Überblick über relevante Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn

Im Vergleich zum Art. 7-EUV-Verfahren ist ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258, 259 AEUV ein juristisches Verfahren, bei welchem konkrete vertragswidrige Handlungen eines Mitgliedstaates seitens der Kommission oder eines Mitgliedstaates beim EuGH gerügt werden können. Dabei ergeht die Entscheidung des EuGH anhand einer objektiven Rechtsüberprüfung.⁸³ Der EuGH bejahte eine Vertragsverletzung in seinem aktuellen Urteil vom 02.04.2020, da Ungarn sich vorsätzlich weigerte die infolge der Flüchtlingskrise durch den Rat beschlossene Umverteilung umzusetzen.⁸⁴ Das Gericht betonte die geltende Vermutung der Rechtmäßigkeit für Handlungen von Organen, welche sich aus dem Wert der Rechtsstaatlichkeit ableitet und damit die Verbindlichkeit der Beschlüsse für die Mitgliedstaaten beinhaltet.⁸⁵ Außerdem verstößt die Weigerung Ungarns zur Umsetzung von rechtmäßigen und verbindlichen Beschlüssen gegen den Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes. Dieser Umstand kann in das Art. 7-EUV-Verfahren einfließen. Aus juristischer Sicht hat Ungarn nach geltender Rechtslage allerdings keine Konsequenzen zu tragen; die Rechtskraft des Beschlusses aus 2015 ist bereits abgelaufen, weshalb Ungarn nach Art. 260 Abs. 1 AEUV weder eine Beseitigungsmaßnahme durchführen muss, noch kann Ungarn gem. Art. 260 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV die Zahlung eines Zwangsgeldes auferlegt werden.

Im Juni 2020 erlitt Ungarn eine weitere Niederlage vor dem EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens bezüglich des ungarischen Transparenz-Gesetzes. Dabei verstoßen die daraus verpflichtenden Deklarationspflichten für aus dem Ausland unterstützten Nichtregierungsorganisationen gegen die Grundfreiheit des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs aus Art. 63 AEUV, gegen die Vereinigungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh, gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 EU-GRCh und schließlich gegen das Recht des Schutzes personenbezogener Daten aus Art. 8 Abs. 1 EU-GRCh.⁸⁶ Der Schutz der Grundrechte stellt ein Prinzip der Rechtsstaatlichkeit dar, dementsprechend ist dieses Urteil eine weitere juristische Bestätigung für ein Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit durch Ungarn. Demnach besteht auch eine Pflicht gem. Art. 260 Abs. 1 AEUV zur Ergreifung von Maßnahmen, um den Verstoß zu beseitigen. Infolgedessen stellt sich das Vertragsverletzungsverfahren im Vergleich zum Art. 7-EUV-Verfahren als eine effektivere Methode zur Beseitigung von vertragswidrigen Handlungen dar. Bereits die Androhung dieses Verfahrens in Bezug auf die ungarischen Corona-Notstandsgesetze trägt Früchte; Ungarn nahm diese Gesetz nach zwei Monaten wieder zurück.⁸⁷

E. Schlussteil und Fazit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Art. 7-EUV-Verfahren gegenüber Ungarn ineffizient, unflexibel und an hohe Hürden gebunden ist. Aus politischen Gründen endet das Verfahren unstrittig in einer Sackgasse, Sanktionen und Stimmrechtsverlust für Ungarn sind nicht zu befürchten. Die Tatsache, dass dieses Verfahren eher ein Politikum ist, hat den Vorteil, dass die Einheit der Union aus territorial-politischer Sicht trotz besorgniserregender Vorfälle in Ungarn weiterhin sichergestellt ist. Die europäische Integration ist ein fortlaufender Prozess, welchen man auch anhand des Art. 7-EUV-Verfahrens merkt. Die Mitgliedstaaten könnten dieses Verfahren reformieren, indem sie die Verträge dahingehend ändern, dass die europäische Judikative, der EuGH, im Art. 7-EUV-Verfahren weitgehende Entscheidungsbefugnisse erhält.

⁸¹ Vgl. Süddeutsche Zeitung, 08.09.2017, Orbáns europarechtliche Verbrechen muss Folgen haben, <https://www.sueddeutsche.de/politik/ungarn-und-polen-ex-lex-1.3656408>.

⁸² Nickel, EuR 2017, 663, 681, Fn. 43.

⁸³ Gurreck/Otto, JuS 2015, 1079.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 02.04.2020, Kommission/Ungarn, C-718/17, EU:C:2020:257, Rn. 189.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 02.04.2020, Kommission/Ungarn, C-718/17, EU:C:2020:257, Rn. 139.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 18.06.2020, Kommission/Ungarn, C-718/17, EU:C:2020:476, Rn. 143.

⁸⁷ Vgl. tagesschau.de, Ungarn droht EU-Verfahren; Parlament hebt Orbáns Sondervollmachten auf, <https://www.tagesschau.de/ausland/corona-ungarn-eu-103.html>.

Allerdings stellt dieser Schritt eine weitere Übertragung von nationaler Souveränität und Einzelermächtigungen dar; es erfordert politische Überzeugungskraft und Vertrauen in die Europäische Union, welches bedingt durch zahlreiche Krisen bedauerlicherweise nicht immer gegeben ist.

„Neubau eines Lebensmitteldiscounters“

- Fortgeschrittenenhausarbeit zum Bauplanungsrecht -

Von Stud. Hilfskraft **Maximilian Meininger-Schad**, Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. **Jennifer Kring**
und Professor Dr. **Georg Hermes**, Frankfurt am Main*

Der Fall ist angelehnt an zwei Entscheidungen des 10. Senats des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, die beide am 8.10.2018 ergingen. Dem Urteil mit Aktenzeichen „10 A 1803/16“ liegt die Frage der Erteilung des Bauvorbescheids für den Neubau des Lebensmitteldiscounters zugrunde, während das Urteil mit Aktenzeichen „10 D 56/18.NE“ eine Normenkontrolle bezüglich des Bebauungsplans zum Inhalt hat. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Urteilen findet sich bei Arndt/Heyn, UPR 2020, 281 (281 ff.).

*Die Hausarbeit weist einen leicht erhöhten Schwierigkeitsgrad auf. Neben den einfacheren bauplanungsrechtlichen Fragen (z. B. die Abgrenzung der §§ 34 und 35 BauGB) müssen sich die Bearbeiter*innen mit unbekanntem Problemkonstellationen (z. B. die Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB oder die teilweise Lage eines Vorhabens im Außenbereich) und dem Verhältnis der unterschiedlichen Planungsebenen im Rahmen eines Einzelhandelsprojekts auseinandersetzen.*

Leistungsstufe: Fortgeschrittenenhausarbeit

Schwierigkeitsgrad: mittel/schwer

Bearbeitungszeit: 10 Wochen

Probleme:

- 1) Verhinderungsplanung
- 2) Verhältnis Landesentwicklungsplan zu B-Plan
- 3) Abgrenzung Innenbereich zu Außenbereich

SACHVERHALT¹

In einem Stadtteil der hessischen kreisangehörigen Kleinstadt A betreibt die Supermarktkette S AG eine Filiale mit einer Verkaufsfläche von 850 qm und einer Geschossfläche von 1250 qm. Der Stadtteil ist vorwiegend geprägt durch zwei- und dreistöckige Mehrfamilienhäuser und stellt keinen zentralen Versorgungsbe-

reich dar. Der Supermarkt bildet mit weiteren Wohngebäuden in einzeiliger Bebauung nördlich entlang einer Straße in Feldrandlage den baulichen Abschluss des Stadtteils. In dem Gebäude westlich neben dem Supermarkt befindet sich im Erdgeschoss eine Apotheke, südlich gegenüber auf der anderen Straßenseite eine Grundschule. Die Grundstücke sind in Richtung Straße mit Wohngebäuden bebaut. Auf dem nördlichen Teil der Grundstücke befinden sich mit Hecken umgrenzte Gartenflächen, wobei auf diesen Gartenflächen auch kleinere Geräteschuppen stehen. Auch der Supermarkt ist zur Straße ausgerichtet. Der nördliche Teil des Grundstücks der S AG ist Brachland, das westlich und östlich an die Hecken der benachbarten Gartenflächen angrenzt. An das Brachland und die Gartenflächen schließen im Norden unmittelbar unbebaute landwirtschaftlich genutzte Flächen an.

Die Filiale ist bereits einige Jahrzehnte alt und bedarf dringend einer Modernisierung. Um in Zukunft der umliegenden Wohnbevölkerung ein vielfältigeres Sortiment anbieten zu können, möchte die S AG die bestehende Filiale abreißen und ein Gebäude mit einer Verkaufsfläche von 1250 qm und einer Geschossfläche von 1700 qm auf dem Vorhabengrundstück errichten. Dadurch könnte die Filiale auch attraktiv für Pendler über die nahegelegene Autobahn werden. Bisher ist das Grundstück der S AG von der Straße aus nur bis zur Hälfte bebaut. Die andere Hälfte des Grundstücks, das ungenutzte Brachland, soll teilweise für das neue Gebäude genutzt werden. Der Flächennutzungsplan stellt den nach der Straße gelegenen Teil der Fläche des Vorhabengrundstücks als Wohnbaufläche und den anderen Teil als Fläche für Landwirtschaft dar.

Um die Planungskosten vorerst gering zu halten, stellt die S AG zunächst eine Bauvoranfrage an den Kreisausschuss des Landkreises, in dem A liegt, um die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des neuen Supermarktes klären zu lassen. Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt A beschließt nach Kenntnis von

* *Maximilian Meininger-Schad* ist studentische Hilfskraft an dem Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. *Georg Hermes* an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Ass. iur. *Jennifer Kring* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an dem Lehrstuhl.

Prof. Dr. *Georg Hermes* ist Inhaber der Professur für öffentliches Recht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.
¹ Der Hausarbeit liegen die Entscheidungen des OVG Nordrhein-Westfalen, BauR 2019, 215 und OVG Nordrhein-Westfalen, BauR 2019, 206 zu Grunde.

der Bauvoranfrage die Aufstellung eines Bebauungsplans für den zur Straße gelegenen Teil des Vorhabengrundstücks der S AG. Der Bebauungsplan soll das Sondergebiet „Lebensmitteldiscounter“ festsetzen. Zunächst beschließt die Stadtverordnetenversammlung ordnungsgemäß eine Veränderungssperre für das Plangebiet. Nach öffentlicher Auslegung des Planentwurfs und ordnungsgemäßer Beteiligung von Bürger*innen, Behörden und sonstigen Trägern öffentlicher Belange wird der Bebauungsplan formell rechtmäßig als Satzung beschlossen und bekannt gemacht. Nach den Festsetzungen in dem Bebauungsplan dient das Sondergebiet „Lebensmitteldiscounter“ der Unterbringung eines Lebensmitteldiscounters mit nahversorgungsrelevantem Kernsortiment. Die Verkaufsflächenobergrenze wird auf 850 qm, also auf den bisherigen Bestand des Supermarktes, begrenzt. Zentrenrelevante Randsortimente einschließlich zentrenrelevanter Aktionswaren sind auf maximal 10 % der Verkaufsfläche begrenzt. Damit orientiert sich der Bebauungsplan an den Zielen des Landesentwicklungsplans. Dieser besagt, dass außerhalb von zentralen Versorgungsbereichen grundsätzlich kein großflächiger Einzelhandel i. S. d. § 11 Abs. 3 BauGB entstehen darf. Bereits vorhandene Standorte von Vorhaben im Sinne des § 11 Abs. 3 BauNVO dürfen aber außerhalb von zentralen Versorgungsbereichen als Sondergebiete gemäß § 11 Abs. 3 BauNVO dargestellt und festgesetzt werden. Dabei sind die Sortimente und deren Verkaufsflächen in der Regel auf die Verkaufsflächen, die baurechtlichen Bestandsschutz genießen, zu begrenzen. Ergänzend werden die Öffnungszeiten zum Schutz vor Lärm auf 7:00 bis 21:00 Uhr beschränkt. Der Vorstand der S AG ist empört über dieses Vorgehen. Es könne doch nicht sein, dass A nur für ihr Grundstück einen Bebauungsplan erlässt, um die Vergrößerung und notwendige Modernisierung der bisherigen Filiale aktiv zu verhindern. Dadurch würde die Nutzungsmöglichkeit durch die S AG als Eigentümerin in unzulässiger Weise beschränkt. Ohne die Verhinderung durch den Bebauungsplan sei der geplante Neubau schließlich bauplanungsrechtlich zulässig. Die Stadt A beharrt hingegen auf ihrer Planungshoheit. Diese umfasse die Befugnis, großflächigen Einzelhandel an der Stadtgrenze zu unterbinden, um schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche im Stadtgebiet zu verhindern. Zwar habe die Stadt A noch kein Einzelhandelskonzept für die gesamte Stadt entwickelt, aber immerhin sichere der Bebauungsplan den Bestand des vorhandenen Lebensmitteldiscounters als Nahversorgungsstandort rechtsverbindlich.

Zudem sei sie zur Umsetzung der Ziele des Landesentwicklungsplans verpflichtet gewesen.

Die Rechtsabteilung der S AG wird damit beauftragt, umfassend zu klären, ob die S AG einen Anspruch auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheids hat. Dabei soll auch geprüft werden, ob ein Anspruch bei Unwirksamkeit des Bebauungsplans besteht.

Aufgabe: Erstellen Sie das erbetene Rechtsgutachten und gehen Sie dabei ggf. hilfsgutachterlich auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

GUTACHTEN (Lösungsvorschlag)

Fraglich ist, ob die S AG einen Anspruch auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheids hat, der die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Filiale feststellt. Dies ist der Fall, wenn eine Anspruchsgrundlage, deren Voraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sind, den begehrten Anspruch normiert.

A. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage für die Erteilung eines Bauvorbescheids ist § 76 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i. V. m. § 74 Abs. 1 HBO.

Hinweis:

§ 76 HBO eröffnet die in der Praxis bedeutsame Möglichkeit, mittels eines Bauvorbescheids einzelne Fragen des Bauvorhabens vorab klären zu lassen. Dies trägt dem Bedürfnis Rechnung, in einem gestuften Verwaltungsverfahren grundsätzliche Fragen zu beantworten und den Antragstellenden Rechtssicherheit zu vermitteln, bevor sie den Aufwand der Ausarbeitung der förmlichen Bauvorlagen auf sich nehmen müssen. Der Bauvorbescheid enthält nicht lediglich die Zusage einer späteren Genehmigung, sondern nimmt bereits einen Teil der Genehmigung vorweg. Allerdings bewirkt der Bauvorbescheid – anders als die Baugenehmigung – noch keine Baufreigabe. Durch die Feststellung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Vorschriften, auf die sich die Bauvoranfrage bezieht, beinhaltet er jedoch einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Baugenehmigung und

ist diesbezüglich auch für das nachfolgende Genehmigungsverfahren bindend (vgl. § 76 Abs. 1 S. 4 HBO)².

B. Genehmigungsbedürftigkeit

Ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben müsste vorliegen.

I. Vorhaben nach § 62 HBO

Bei dem geplanten Bau der Supermarktfiliale müsste es sich um ein Vorhaben nach § 62 Abs. 1 HBO handeln. Nach § 62 Abs. 1 S. 1 HS 1 bedarf die Errichtung von Anlagen der Baugenehmigung. Anlagen im Sinne der HBO sind gem. § 2 Abs. 1 HBO bauliche Anlagen, zu denen gem. § 2 Abs. 3 HBO auch Gebäude gehören. Bei dem geplanten Bau der Supermarktfiliale ist die Errichtung eines Gebäudes geplant. Somit liegt grundsätzlich ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben vor.

Hinweis:

Gefragt ist nur nach der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit für den geplanten Neubau der Filiale. Der geplante Abriss der alten Filiale ist nicht Gegenstand der Bauvoranfrage.

II. Baugenehmigungsfreies Bauvorhaben, § 63 HBO

Vorhaben nach § 62 Abs. 1 S. 1 HBO bedürfen gem. § 63 HBO ausnahmsweise keiner Baugenehmigung, wenn es sich um ein baugenehmigungsfreies Vorhaben handelt. Maßgeblich hierfür ist die Anlage zur HBO. Ein solches Vorhaben steht hier jedoch nicht in Rede.

III. Genehmigungsfreistellung, § 64 HBO

Das Vorhaben könnte nach § 64 Abs. 1 S. 1 HBO einer Genehmigungsfreistellung unterliegen. Zunächst müsste hierzu die Errichtung einer baulichen Anlage, die kein Sonderbau ist, geplant sein. Die neue Filiale soll eine Geschossfläche von 1700 qm aufweisen und ist somit ein Sonderbau gem. § 2 Abs. 9 Nr. 3 HBO. Also ist das Vorhaben nicht nach § 64 HBO von der Genehmigung freigestellt.

IV. Zwischenergebnis

Das geplante Bauvorhaben bedarf einer Baugenehmigung.

C. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Die formellen Anspruchsvoraussetzungen müssen bei Einreichung der Bauvoranfrage gewahrt werden. Die

Bauvoranfrage muss gem. § 76 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i. V. m. § 69 Abs. 1 und 2 HBO mit den erforderlichen Bauvorlagen bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde eingereicht werden. Zuständige Behörde ist hier gem. § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b, S. 3 HBO der Kreisausschuss als untere Bauaufsichtsbehörde. In dem Antrag muss die S AG als Bauherrin inhaltlich eindeutig bestimmen, welche Fragen Gegenstand des Bauvorbescheides sein sollen. Das heißt, die S AG muss in dem Antrag das Vorhaben (Bau der neuen Filiale) genau beschreiben und das Begehren auf Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Bauvorhabens eindeutig formulieren. Die Bauvoranfrage ist gem. § 76 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i. V. m. § 69 Abs. 5 HBO zu unterschreiben. Es ist davon auszugehen, dass alle formellen Anspruchsvoraussetzungen eingehalten wurden.

Hinweis:

Mangels Angaben im Sachverhalt kann die Prüfung auf die zuständige Bauaufsichtsbehörde beschränkt bleiben.

D. Materielle Anspruchsvoraussetzungen (Genehmigungsfähigkeit)

Ein positiver Bauvorbescheid kann erteilt werden, wenn das Vorhaben genehmigungsfähig ist. Das Bauvorhaben ist gem. § 74 Abs. 1 HBO genehmigungsfähig, wenn ihm keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind. Dabei besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung des Bauvorbescheides, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Die Formulierung „kann“ lässt sich zum einen dahingehend verstehen, dass sie sich nur auf die Wahlmöglichkeit der Bauherrschaft bezieht, vor der Stellung des Bauantrages auf eine Bauvoranfrage verzichten zu können³. Zum anderen kann sie dahingehend verstanden werden, dass sich das Ermessen der Behörde nur auf die Frage bezieht, ob anstatt einer vollständigen Baugenehmigung ein Bauvorbescheid erteilt wird. Wird dies bejaht, besteht auch dann entsprechend ein Anspruch.⁴

I. Prüfungsumfang

Fraglich ist also, welches Baugenehmigungsverfahren im vorliegenden Fall einschlägig ist. Wie geprüft, stellt das geplante Vorhaben einen Sonderbau dar, so dass nicht das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren

² *Hermes*, in: *Hermes/Reimer* (Hrsg.), *Studienbuch Landesrecht Hessen*, 10. Aufl. 2022, § 6 Rn. 132 f.

³ *Hornmann*, HBO, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 41.

⁴ *Hermes*, in: *Hermes/Reimer* (Hrsg.), *Studienbuch Landesrecht Hessen*, 10. Aufl. 2022, § 6 Rn. 134.

ren gem. § 65 HBO durchgeführt wird. Bei Sonderbauten prüft die Bauaufsichtsbehörde die Zulässigkeit nach dem (regulären) Baugenehmigungsverfahren gem. § 66 S. 1 HBO. Dabei werden neben den Vorschriften des Bauplanungsrechts, im Unterschied zum vereinfachten Verfahren nach § 65 HBO, zusätzlich die gesamten Vorschriften des Bauordnungsrechts (und nicht nur Abweichungen nach § 73 HBO) geprüft. Daran ändert auch die Bauvoranfrage der S AG, die sich nur auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit bezieht (sog. Bebauungsgenehmigung), nichts. Gem. § 76 Abs. 2 i. V. m. § 74 Abs. 1 Hs. 2 HBO darf die Bauaufsichtsbehörde den Antrag auch ablehnen, wenn das Vorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

Hier bestehen aber ohnehin lediglich Bedenken in bauplanungsrechtlicher Hinsicht, § 66 S. 1 Nr. 1 HBO. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich nach den §§ 29 ff. BauGB.

II. Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB

Die Anwendbarkeit der §§ 30–37 BauGB richtet sich nach § 29 Abs. 1 BauGB. Als Vorhaben im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB kommt in diesem Fall die Errichtung einer baulichen Anlage in Betracht.

Hinweis:

Der Begriff der baulichen Anlage aus dem Bauplanungsrecht ist nicht vollständig deckungsgleich mit demjenigen aus dem Bauordnungsrecht (§ 2 Abs. 2 HBO).

Nach dem BauGB ist eine bauliche Anlage eine auf Dauer mit dem Erdboden verbundene künstliche, also aus Bauprodukten bestehende Anlage mit bodenrechtlicher Relevanz. Bodenrechtliche Relevanz liegt vor, wenn das Vorhaben Belange aus § 1 Abs. 5, Abs. 6 und § 1a BauGB in einer Weise berührt oder berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen. Das Bauvorhaben der S AG tangiert zum Beispiel Belange des § 1 Abs. 6 Nr. 4 oder 8 BauGB. Aufgrund der Größe der Filiale ist von einer hinreichenden bauplanungsrechtlichen Bedeutsamkeit auszugehen.

Daher bestimmt sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach den §§ 30–37 BauGB. Die Systematik der §§ 30 ff. BauGB differenziert nach der Lage des Grundstücks. Liegt das Grundstück, auf dem das Vorhaben geplant ist, im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so bestimmt sich die Zulässigkeit nach § 30 BauGB. § 34 BauGB regelt die Zulässigkeit betreffend

Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, für den Außenbereich gilt § 35 BauGB.

III. Bebauungsplan, § 30 BauGB

Hinweis:

Hier ist auf den ersten Blick problematisch, dass das Vorhaben der S AG zum Teil auf der nördlichen Grundstückshälfte, für die kein Bebauungsplan gilt, realisiert werden soll. Konkret wäre also zu fragen, ob sich die Zulässigkeit eines Vorhabens, das teils im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, teils aber außerhalb des Geltungsbereichs liegt, nach § 30 BauGB (und/oder nach §§ 34, 35 BauGB) beurteilt. Diese Frage kann aber dahinstehen, wenn der Bebauungsplan unwirksam ist. In diesem Fall könnte sich die Zulässigkeit ohnehin nicht nach § 30 BauGB richten. Folglich ist zunächst die Wirksamkeit des Bebauungsplans zu prüfen. Es ist ebenso möglich, das Problem der Lage des geplanten Vorhabens bereits an dieser Stelle ausführlicher zu thematisieren.

Die Zulässigkeit könnte sich vorliegend zunächst nach § 30 BauGB richten. Voraussetzung hierfür ist ein wirksamer Bebauungsplan. Unwirksam ist ein Bebauungsplan als Satzung (und damit als Rechtsnorm), wenn er gegen höherrangiges Recht verstößt und der Verstoß nicht unbeachtlich ist oder geheilt wird. Für den zur Straße gelegenen Teil des Vorhabensgrundstücks der S AG besteht inzwischen ein einfacher Bebauungsplan nach § 30 Abs. 3 BauGB. Dieser müsste wirksam sein. Dies ist der Fall, wenn für seinen Erlass eine Rechtsgrundlage besteht und er formell und materiell rechtmäßig ist.

Hinweis:

Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn ein qualifizierter Bebauungsplan nach § 30 Abs. 1 BauGB angenommen wird, obwohl der Bebauungsplan neben der Nutzungsart nur die Verkaufsflächenobergrenze festsetzt. Insgesamt sollte dieser Punkt nicht ausführlich geprüft werden, da er für die weitere Prüfung nicht relevant ist.

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Erlass eines Bebauungsplans ist §§ 10 Abs. 1, 2 Abs. 1 S. 1, 1 Abs. 2 BauGB.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Bebauungsplan wurde formell rechtmäßig beschlossen.

Hinweis:

Laut Sachverhalt wurde der Bebauungsplan formell rechtmäßig als Satzung beschlossen. Darüber hinaus

finden sich keine Anhaltspunkte für formelle Verstöße im Sachverhalt. Eine ausführliche (und nicht nur sehr kurze) abstrakte Prüfung möglicher formeller Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen würde einen falschen Schwerpunkt setzen und ist negativ zu bewerten.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bebauungsplan müsste auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sein.

a) Erforderlichkeit, § 1 Abs. 3 BauGB

Nach § 1 Abs. 3 BauGB muss die Aufstellung eines Bauleitplans für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich sein.

Hinweis:

Das Problem der Erforderlichkeit wird im Zusammenhang mit der Verhinderungsplanung ausdrücklich im Sachverhalt angesprochen und ist schwerpunktmäßig zu bearbeiten.

aa) Prüfungsmaßstab

Im Grundsatz liegt die Planungshoheit gem. § 2 Abs. 1 BauGB bei den Gemeinden. Diese gewährt ihnen in sachlicher Hinsicht planerische Gestaltungsfreiheit und ermöglicht es ihnen, sich durch die Aufstellung von Bauleitplänen städtebauliche Individualität zu verleihen.⁵ § 1 Abs. 3 BauGB stellt diesbezüglich eine Schranke dar, an die die Gemeinde gebunden ist. Aufgrund der besagten planerischen Gestaltungsfreiheit ist das Gebot der Erforderlichkeit allerdings – im Gegensatz zu anderen Schranken wie zum Beispiel §§ 5, 8 Abs. 2, 9 BauGB – nicht voll, sondern nur eingeschränkt überprüfbar.⁶ Daher kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Schranke des § 1 Abs. 3 BauGB nur bei groben und einigermaßen offensichtlichen Missgriffen Wirksamkeit entfalten, weswegen es als „erforderlich“ genügt, wenn die Planung vernünftigerweise geboten ist.⁷

bb) Liegt eine reine Verhinderungsplanung vor?

Hinweis:

Die Begriffe „Verhinderungsplanung“ und „Negativplanung“ werden synonym verwendet.

(1) Verhinderungsplanung/Negativplanung

Nach der Rechtsprechung gilt, „dass nicht erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB nur solche Bebauungspläne sind, die einer positiven Planungskonzeption

entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind. Davon ist u. a. auszugehen, wenn eine positive Zielsetzung nur vorgeschoben wird, um eine in Wahrheit auf bloße Verhinderung gerichtete Planung zu verdecken. [...] Ein solcher Fall ist nicht schon dann gegeben, wenn der Hauptzweck der Festsetzungen in der Verhinderung bestimmter städtebaulich relevanter Nutzungen besteht. Eine Gemeinde darf mit der Bauleitplanung grundsätzlich auch städtebauliche Ziele verfolgen, die mehr auf Bewahrung als auf Veränderung der vorhandenen Situation zielen. Festsetzungen in einem Bebauungsplan sind nur dann als ‚Negativplanung‘ unzulässig, wenn sie nicht dem planerischen Willen der Gemeinde entsprechen, sondern nur vorgeschoben sind, um eine andere Nutzung zu verhindern.“⁸ Eine auf Verhinderung gerichtete Planung ist folglich grundsätzlich zulässig, solange ein hinreichendes Plankonzept vorliegt, es sich also nicht um reine Verhinderungsplanung handelt, sondern mit der Planung auch andere Ziele verfolgt werden.

Bei der vorliegenden Planung könnte es sich, wie von der S AG behauptet, um eine unzulässige Negativplanung handeln, um die Vergrößerung und notwendige Modernisierung der bisherigen Filiale aktiv zu verhindern. Diese Vermutung kann auf mehrere Punkte gestützt werden: Erstens hat die Stadtverordnetenversammlung den Bebauungsplan erst nach Kenntnis von der Bauvoranfrage der S AG aufgestellt. Zweitens erfasst der Bebauungsplan nur das Vorhabengrundstück der S AG, obwohl die Stadt A noch kein Einzelhandelskonzept für die gesamte Stadt entworfen hat. Und drittens wird „nur“ der aktuelle ohnehin bestehende Lebensmitteldiscounter rechtsverbindlich abgesichert.

(2) Planaufstellung nach Kenntnis des Vorhabens

Das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen Vorhaben und Planung ist nicht bereits an sich schädlich. Der Stadt ist es jedenfalls nicht grundsätzlich untersagt, ein Vorhaben zum Anlass zu nehmen, ein Gebiet zu beplanen⁹. Dieses Vorgehen sieht das BauGB sogar ausdrücklich vor. Zum Beispiel wird der Gemeinde über den Erlass einer Veränderungssperre die Möglichkeit eingeräumt, ihre Bauleitplanung zu sichern.

⁵ Etwa BVerwG, NVwZ-RR 1997, 83; NVwZ 1999, 1338.

⁶ *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020, Rn. 952.

⁷ BVerwG, Urt. v. 22.1.1993 – 8 C 46.91 – juris Rn. 21.

⁸ BVerwG, Beschl. v. 15.3.2012 – 4 BN 9/12 – juris Rn. 3.

⁹ Zum vorliegenden Fall *Arndt/Heyn*, UPR 2020, 281 (281 ff.)

Damit die Gemeinde dieses Sicherungsinstrument einsetzen kann, bestimmt § 36 BauGB, dass die Gemeinde über Vorhaben, die ihre beabsichtigte Planung beeinträchtigen könnten, informiert wird¹⁰. Aufgrund konkreter Vorhaben kann die Gemeinde dann planerisch tätig werden, um ihre Planungsvorhaben abzuschern. Nur bereits erteilte Baugenehmigungen oder auch Bauvorbescheide genießen Bestandschutz und können nicht durch die Veränderungssperre widerrufen werden.¹¹ Die Veränderungssperre hat aber nicht die Aufgabe, die bauliche Nutzung konkreter Grundstücke vorzubereiten.¹²

(3) Vorliegen eines ausreichenden Planungskonzeptes

Die Stadt A hat noch kein Einzelhandelskonzept für die gesamte Stadt entworfen. Dies könnte dafürsprechen, dass die Gemeinde kein positives Plankonzept entwickelt hat, sondern der einzige Zweck der Planung in der Verhinderung des Vorhabens lag.

Die Stadt A begründet ihre Planungsentscheidung damit, dass sie mit der Planung großflächigen Einzelhandel an der Stadtgrenze unterbinden will, damit schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche im Stadtgebiet vermieden werden. Dies ist, wie § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB zeigt, als legitimes städtebauliches Ziel anzuerkennen. Allerdings ist zu untersuchen, ob dieses Ziel der Planung der Gemeinde auch tatsächlich zugrunde lag. Es ist zwar nicht erforderlich, dass schon ein Einzelhandelskonzept für das gesamte Stadtgebiet ausgearbeitet ist. Jedoch muss immerhin ein planerisches Konzept für das Plangebiet, hier also für die zur Straße gelegene Teilfläche des Grundstücks der S AG, existieren. Aus dem Flächennutzungsplan, der den zur Straße gelegenen Teil des Vorhabensgrundstücks als Wohnbaufläche darstellt, ist ein solches Einzelhandels- und Nahversorgungskonzept jedenfalls nicht zu gewinnen. Die konkreten Darstellungen des Flächennutzungsplans können aber im Bebauungsplan weiter konkretisiert werden. Die Stadt A möchte durch den Bebauungsplan die Nahversorgung des Stadtteils sicherstellen und zugleich großflächigen Einzelhandel an der Stadtgrenze verhindern. Damit reicht das existierende Einzelhandelskonzept der Stadt A im Hinblick auf den Schutz der zentralen Versorgungsbereiche aus.¹³

Die ausschließliche Beplanung des Grundstücks der S AG begründet die Stadt A weiterhin damit, dass durch diese Planung der Bestand des vorhandenen Lebensmitteldiscounters als Nahversorgungsstandort rechtsverbindlich abgesichert würde.

Hinweis:
Mangels näherer Angaben im Sachverhalt kann eine positive Plankonzeption für den Einzelhandel sowohl angenommen als auch abgelehnt werden.

(4) Bestandssicherung des bestehenden Lebensmitteldiscounters

Dem könnte entgegengehalten werden, dass sich die Sicherung des Standorts für die Nahversorgung städtebaulich nicht rechtfertigen lässt. Denn die Bauvoranfrage zeigt, dass die S AG den Lebensmitteldiscounter auf längere Sicht weiter betreiben und sogar in ihn investieren möchte, sodass eine Umnutzung des Grundstücks nicht zu erwarten ist.¹⁴ Die Übereinstimmung der bisher vorhandenen Verkaufsfläche (850 qm) mit der durch den Plan für die Zukunft begrenzten Verkaufsfläche (850 qm) könnte danach auf eine Verhinderungsplanung schließen lassen, um die Erweiterung durch den Neubau zu verhindern.¹⁵

Hinweis:
Hier ist es vertretbar, darüber hinaus mit dem OVG Münster zu argumentieren, dass eine „einen einzelnen Grundstückseigentümer gegen seinen Willen treffende Festsetzung einer einzigen möglichen gewerblichen Nutzung, die ihn vor die Wahl stellt, sein Grundstück im fremden Interesse – hier: zur Erhaltung der Nahversorgung – auf diese Weise oder gar nicht zu nutzen, keine anzuerkennende Form städtebaulicher Ordnung oder Entwicklung“ ist. Begründet wird dies damit, dass § 11 BauNVO zwar einen Ausnahmefall im Katalog der Baugebietstypen darstellt, jedoch nicht vollständig vom System der Baugebiete und deren Zweckbestimmung abgekoppelt werden darf. Der Plangeber solle nicht durch die Reduzierung auf lediglich eine Nutzungsart, indem er kleinste Sondergebiete festsetzt,

¹⁰ Hornmann, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, 56. Ed. 2022, § 14 Rn. 5.

¹¹ Hornmann, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, 56. Ed. 2022, § 14 Rn. 81 ff.

¹² Hornmann, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, 56. Ed. 2022, § 14 Rn. 2.

¹³ So für einen vergleichbaren Fall auch Arndt/Heyn, UPR 2020, 281 (281 ff.); a.A. OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 20 f.

¹⁴ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 28.

¹⁵ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 21.

„im Wege der Angebotsplanung eine bestimmte Nutzung von Grundstücken quasi erzwingen.“¹⁶

Zu beachten ist aber, dass § 1 Abs. 3 BauGB nur in Fällen, in denen ein offensichtlicher Mangel der Gebotenheit vorliegt, als wirksame Schranke fungieren kann. Die Annahme, der Bebauungsplan sichere den vorhandenen Supermarkt als Nahversorgungsstandort durch den Bebauungsplan nicht in städtebaulich zu rechtfertigender Weise ab, ist deshalb nicht zwingend. Die Anwendung von Planungsinstrumenten für die zukünftige Absicherung der Nahversorgung bei gleichzeitigem Schutz der zentralen Versorgungsbereiche stellt keinen offensichtlichen Missgriff dar.

Hinweis:

A. A. bei entsprechender Begründung vertretbar.

(5) Zwischenergebnis

Die Aufstellung des Bauleitplans war zum Schutz der zentralen Versorgungsbereiche über das Einzelhandelskonzept sowie zur Absicherung der Nahversorgung erforderlich.

Hinweis:

An dieser Stelle sind mit entsprechender Begründung alle Ergebnisse vertretbar. Entscheidend ist, dass der konkrete Sachverhalt bei der Prüfung der Erforderlichkeit ausgewertet und die Argumentation nachvollziehbar und überzeugend strukturiert wird. Besonders positiv zu bewerten ist, wenn es gelingt, alle im Sachverhalt aufgeworfenen Problempunkte im Hinblick auf die Erforderlichkeit strukturiert aufzuarbeiten.

Wird die Erforderlichkeit abgelehnt, muss zwingend eine mögliche Planungspflicht aufgrund der Ziele des Entwicklungsplans geprüft werden. Aber auch bei Annahme der Erforderlichkeit ist ergänzend die im Sachverhalt angesprochene Planungspflicht zu prüfen, weil in dem Rechtsgutachten auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist.

cc) Planungspflicht aufgrund der Ziele des Entwicklungsplans

Ergänzend beruft sich die Stadt A darauf, dass sie zur Umsetzung der Ziele des Landesentwicklungsplans verpflichtet gewesen sei. Entsprechend orientiert sich der Bebauungsplan an den Zielen des Landesentwicklungsplans. Im Sondergebiet „Lebensmitteldiscount-

ter“ ist die Verkaufsflächenobergrenze auf den bisherigen Bestand der Filiale (850 qm) begrenzt. Zentrenrelevante Randsortimente einschließlich zentrenrelevanter Aktionswaren sind auf maximal 10 % der Verkaufsfläche beschränkt.

(1) Grundsätzliche Erstplanungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB

Eine solche Verpflichtung könnte aus § 1 Abs. 4 BauGB folgen. Danach sind Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen. Die Pflicht zur Anpassung umfasst zum einen, dass im Aufstellungsverfahren der Bauleitpläne die Ziele der Raumordnung beachtet werden müssen, zum anderen, dass bei nachträglicher Zieländerung bereits existierende Bauleitpläne umgeplant werden müssen. Die herrschende Meinung¹⁷ und die Rechtsprechung¹⁸ entnehmen § 1 Abs. 4 BauGB über den Wortlaut hinaus auch eine Pflicht zur erstmaligen Aufstellung eines Plans (sog. Erstplanungspflicht). Das verlangt bereits der Sinn und Zweck von § 1 Abs. 4 BauGB, der darin liegt, materielle Konkordanz zwischen den Zielen der übergeordneten Landesplanung und der kommunalen Bauleitplanung herzustellen.¹⁹ Insofern kann es keinen Unterschied machen, ob zur Erreichung dieses Zwecks bereits aufgestellte Bauleitpläne geändert oder Pläne erstmalig beschlossen werden müssen.²⁰

Im vorliegenden Fall könnte also eine (Erst-)Planungspflicht für die Stadt A aus § 1 Abs. 4 BauGB bestehen. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass es sich bei den Vorgaben des Landesentwicklungsplans um Ziele der Raumordnung handelt. Der Landesentwicklungsplan ist gem. § 3 Abs. 1 S. 1 HLPG der Raumordnungsplan für das Landesgebiet (i. S. v. § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG). Die in Rede stehenden Vorgaben des Landesentwicklungsplans sind eindeutig als Ziele (i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) bezeichnet und erfüllen auch die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG genannten Voraussetzungen (abschließende Abwägung). Somit ist diese Voraussetzung erfüllt.

(2) Das Verhältnis zwischen § 1 Abs. 3 und 4 BauGB: Vorrang der Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB?

Hinweis:

¹⁶ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 29.

¹⁷ *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020, Rn. 969; *Scheidler*, UPR 2019, 494 (496); *Kümper*, ZfBR 2020, 135 (136) m. w. N.

¹⁸ BVerwGE 119, 25 = BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01.

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01 – juris Rn. 33.

²⁰ *Kümper*, ZfBR 2018 119 (126).

Die folgenden Überlegungen sind insbesondere notwendig, wenn die Planungserforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB abgelehnt wurde, nun aber eine Planungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB begründet werden soll. In diesem Fall folgt aus der fehlenden Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB ein Planungsverbot, während zeitgleich eine Planungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB besteht. Es lässt sich einerseits argumentieren, dass § 1 Abs. 4 BauGB nicht zum Zuge kommt, wenn ein Planungsverbot besteht. Andererseits kann das Verbot bei Bestehen einer Planungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB unbeachtlich sein, weil § 1 Abs. 4 BauGB die Durchsetzung der Ziele der Raumordnung zum Gegenstand hat, die ohnehin nicht zur Disposition der Gemeinden stehen und eine selbständige Planungspflicht begründen. Das Entdecken dieses Problems ist anspruchsvoll, sodass eine Nichtbearbeitung nicht schwer ins Gewicht fällt. Bei entsprechender Begründung sind beide Ansichten vertretbar.

In einem vergleichbaren Fall nimmt das OVG Münster ein Rangverhältnis zwischen § 1 Abs. 3 und 4 BauGB an. Nur wenn die Aufstellung eines Bebauungsplans zur städtebaulichen Entwicklung und Ordnung erforderlich sei, stelle sich die Frage der Anpassung an die Ziele der Raumordnung.²¹ Als Argument hierfür könnte die gesetzliche Systematik, namentlich die Stellung des § 1 Abs. 3 BauGB vor § 1 Abs. 4 BauGB, angeführt werden. In diesem Fall kommt § 1 Abs. 4 BauGB nur zur Anwendung, wenn die Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB bejaht wurde.

Dem steht jedoch entgegen, dass sowohl § 1 Abs. 3 BauGB als auch § 1 Abs. 4 BauGB gemeindliche Erstplanungspflichten begründen können, das heißt, § 1 Abs. 4 BauGB kann als eigenständige Rechtsgrundlage eine Pflicht zur (erstmaligen) Aufstellung eines Bauleitplans neben § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB begründen.²² Dahinter steht der Gedanke, dass § 1 Abs. 3 BauGB in erster Linie örtliche Belange in den Blick nimmt, während § 1 Abs. 4 BauGB überörtliche Aspekte berücksichtigt. Während § 1 Abs. 3 BauGB der Gemeinde einen städtebaulichen Gestaltungsspielraum einräumt und sich das Planungsermessen nur ausnahmsweise zu einer Planungspflicht verdichtet, folgt aus dem Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB, dass die Ziele der Raumordnung nicht zur Disposition

der Gemeinde stehen. Vielmehr sind diese Ziele durch die Bindungswirkung der bauplanerischen Abwägung entzogen, damit die Gemeinde nicht anderen Belangen in der Abwägung den Vorrang einräumen kann. Insofern wirkt § 1 Abs. 4 BauGB in § 1 Abs. 3 BauGB hinein.²³ Aufgrund dieser unterschiedlichen Zweckrichtung besteht zwischen den beiden eine Erstplanungspflicht auslösenden Tatbeständen kein Rangverhältnis.²⁴ Vielmehr kann die Erstplanungspflicht sowohl durch § 1 Abs. 3 BauGB als auch durch § 1 Abs. 4 BauGB ausgelöst werden.

Hinweis:

Die folgende durch das OVG Münster aufgeworfene Problematik muss im Rahmen der Hausarbeit nicht thematisiert werden. Es ist jedoch positiv zu bewerten, wenn das Problem angesprochen und angemessen erfasst wird. Eine schwerpunktmäßige Bearbeitung sollte hingegen nicht erfolgen.

*Das OVG Münster äußert in dem zugrundeliegenden Fall grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Planungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB und der Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung, die einer bauplanerischen Abwägung entzogen sind. Die Planungshoheit obliegt grundsätzlich den Gemeinden, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (und in Hessen Art. 137 HV). Zwar ist das Recht gemeindlicher Selbstverwaltung einschränkbar (vgl. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG: „im Rahmen der Gesetze“), jedoch unterliegt die Einschränkung ihrerseits wiederum Grenzen. Die enorme Regelungsdichte der Landesentwicklungsplanung schränke den Planungsspielraum der Gemeinden, denen aus guten Gründen die Planungshoheit zugewiesen ist, übermäßig ein. Dadurch entstehe ein Dilemma zwischen Anpassungspflicht und gerechter Abwägung. Insbesondere verbleibe dadurch kein Raum für eine ergebnisoffene Berücksichtigung der Interessen der Grundstückseigentümer*innen unter Berücksichtigung der konkreten örtlichen Verhältnisse. Eine generelle Interessenbewertung auf einer übergeordneten Planungsebene könne die notwendige Ermittlung, Beurteilung und Gewichtung der örtlichen Umstände und konkret berührten Belange bei der Aufstellung eines Bebauungsplans nicht ersetzen.²⁵*

Entgegen dem OVG Münster ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass der raumordnerischen

²¹ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 22.

²² BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01 – juris Rn. 45; BVerwG, Beschl. v. 26.8.2019 – 4 BN 1/19 – juris Rn. 6.

²³ BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01 – juris Rn. 44 f.; Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 7 Rn. 18.

²⁴ BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01 – juris Rn. 45.

²⁵ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 23-26.

Standortplanung für raumbedeutsame Einzelhandels-großbetriebe ein überörtliches Interesse zukommt, das einen Eingriff in die kommunale Planungshoheit rechtfertigen kann.²⁶ An dieser Stelle kann demnach in beide Richtungen argumentiert werden.

(3) Konkrete Erstplanungspflicht aufgrund fortschreitender „planloser“ städtebaulicher Entwicklung

Darüber hinaus ist für das Entstehen einer Planungspflicht nach der Rechtsprechung erforderlich, dass die Verwirklichung der Raumordnungsziele bei Fortschreiten einer „planlosen“ städtebaulichen Entwicklung auf unüberwindbare tatsächliche oder rechtliche Hindernisse stoßen oder wesentlich erschwert würde.²⁷ Eine Pflicht zur Planung besteht dagegen nicht, wenn ein womöglich den Zielen der Raumordnung widersprechendes Vorhaben bereits ohne gemeindliche Planung planungsrechtlich unzulässig ist.²⁸ Folglich ist zu prüfen, ob das in Frage stehende Vorhaben ohne den Bebauungsplan zulässig wäre.

(a) Grundstückslage im (unbeplanten) Innenbereich oder im Außenbereich

Die Zulässigkeit des Vorhabens der S AG könnte sich zunächst nach § 34 BauGB bestimmen. Dafür müsste die S AG das Vorhaben innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils realisieren wollen. Dies ist das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung gegenüber § 35 BauGB. Ein Ortsteil i. S. d. § 34 Abs. 1 BauGB ist definiert als ein Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde von gewissem zahlenmäßigem Gewicht, der Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist. Ein Bebauungszusammenhang liegt vor, wenn die Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt und die zur Bebauung vorgesehene Fläche selbst diesem Zusammenhang noch angehört. Bei der Bestimmung eines Bebauungszusammenhangs kommt es auf die Grundstücksgrenzen nicht entscheidend an.²⁹

Hinweis:

Die Ziele der Raumordnung (Landesentwicklungsplan, Regionalplan) und der Flächennutzungsplan wirken sich nicht auf die Bebauung der näheren Umgebung aus. Sie sind daher weder Anwendbarkeitsvoraussetzung noch Zulässigkeitsvoraussetzung des § 34 Abs. 1 BauGB.

Der Stadtteil, in dem sich das Vorhaben der S AG befindet, besteht vorwiegend aus Mehrfamilienhäusern. Der Supermarkt liegt entlang einer Straße in einzeiliger Bebauung mit einigen Wohngebäuden. Demnach handelt es sich um einen Bebauungskomplex, der nach Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und keine Splitterstruktur aufweist, also um einen Ortsteil. Fraglich ist aber, ob ein Bebauungszusammenhang vorliegt. Zu beachten ist hier, dass sich die Lage des vorhandenen Supermarktes nicht mit der Lage des geplanten (neuen) Supermarktes deckt. Die beschriebene Bebauung stellt den baulichen Abschluss des Stadtteils in nördlicher Richtung dar. Nördlich hinter den Gebäuden befinden sich unbebaute Flächen. Hinter den Wohngebäuden liegen mit Hecken umgrenzte Gartenflächen, auf denen auch kleinere Geräteschuppen stehen. Hinter dem bestehenden Supermarkt wiederum herrscht Brachland, das seitlich jeweils an die Hecken der Gartenflächen angrenzt. Nördlich der Gärten und des Brachlands befinden sich landwirtschaftlich genutzte Flächen. Bislang war das Grundstück der S AG nur auf der südlichen Hälfte mit der Supermarktfiliale bebaut. Die alte Filiale bildet mit den in einzeiliger Bebauung stehenden Wohnhäusern demnach eine Siedlung, die den Eindruck der Geschlossenheit vermittelt. Das Vorhaben – der neue Supermarkt – soll jedoch teilweise auf der anderen Grundstückshälfte, also auf dem bisher ungenutzten Brachland, realisiert werden. Obwohl die Filiale noch auf demselben Grundstück errichtet werden soll, erscheint es problematisch, dass sie aus der einzeiligen Bebauung „ausbricht“, insofern als die nebenstehenden Grundstücke (wie das Grundstück der S AG bislang auch) nur auf dem südlichen, zur Straße gelegenen, Teil bebaut sind. „Besteht der Bebauungszusammenhang wie in dem hier in Rede stehenden Abschnitt aus einer einzeiligen Bebauung entlang einer Straße und schließen sich im rückwärtigen Bereich unbebaute Freiflächen an, endet er dort [...] grundsätzlich mit den die jeweiligen Hauptgebäude rückwärtig abschließenden Bauteilen und nicht etwa an den rückwärtigen Grenzen der jeweiligen Grundstücke. Denn bei der Grenzziehung zwischen Innen- und Außenbereich geht es darum, inwieweit ein Grundstück zur Bebauung ansteht und sich aus dem tatsächlich Vorhandenen ein hinreichend verlässlicher Maßstab für die Zulassung weiterer Bebauung nach Art und Maß der

²⁶ BVerwGE 138, 301 Rn. 18.

²⁷ BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01 – juris Rn. 31.

²⁸ BVerwG, Beschl. v. 26.8.2019 – 4 BN 1/19 – juris Rn. 15.

²⁹ VG Neustadt, Urt. v. 1.12.2014 – 3 K 272/14.NW – juris Rn. 31 m. w. N.

baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche gewinnen lässt.“³⁰ Danach ist die nördliche zur Bebauung vorgesehene Grundstücksfläche dem Bebauungszusammenhang grundsätzlich nicht mehr angehörig.

Allerdings könnte sich etwas anderes daraus ergeben, dass die Gartenflächen zum einen von Hecken umgeben sind und zum anderen kleine Geräteschuppen auf ihnen stehen. Eine unbebaute Fläche jenseits des letzten Baukörpers kann dann noch zum Bebauungszusammenhang gezählt werden, „wenn der Eindruck der Geschlossenheit beziehungsweise der Zugehörigkeit einer solchen Fläche zum Bebauungszusammenhang durch besondere topografische oder geografische Umstände wie Geländehindernisse in Form natürlicher oder künstlicher Erhebungen oder Einschnitte, Gewässer oder Waldränder vermittelt wird. Bloße Baumreihen oder Hecken sind aber, auch wenn sie Grundstücksgrenzen sichtbar werden lassen, selbst wenn sie optisch markant in Erscheinung treten und ihr Bestand dauerhaft gesichert sein sollte, nicht geeignet, einen solchen Eindruck zu erzeugen.“³¹ Fraglich ist, ob die Bebauung der rückwärtigen Grundstücksflächen mit den Geräteschuppen als Nebengebäude mit Bezug zur Hauptanlage dazu führt, dass diese Flächen als bebauungsakzessorische Grundstücksteile dem Bebauungszusammenhang zuzurechnen sind. Zweck der Zulassung eines Bauvorhabens nach § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB ist die der Siedlungsstruktur angemessene Weiterentwicklung der Bebauung. Dies setzt eine maßstabbildende Bebauung voraus. Das heißt, die Anlage muss optisch erkennbar und nach Art und Gewicht geeignet sein, einem Gebiet eine Prägung zu verleihen. Im Grundsatz trifft das nur bei Bauten zu, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen. Bauwerke, die nur vorübergehend genutzt werden, stellen unabhängig davon, welchen Zwecken sie dienen, regelmäßig keine Bebauung im Sinne von § 34 BauGB dar, die für sich genommen einen Bebauungszusammenhang erzeugen. Dasselbe gilt für Nebenanlagen oder sonstige Gebäude mit reiner Hilfsfunktion für ein Hauptgebäude. Entscheidend ist stets der maßstabbildende Charakter der Baulichkeiten im jeweiligen Einzelfall.³² Vorliegend handelt es sich um kleinere Geräteschuppen, die im Vergleich zu den mehrstöckigen Wohngebäuden allenfalls einen

dienenden Charakter aufweisen und nicht geeignet erscheinen, die Siedlungsstruktur zu prägen. Daher begründen auch die Geräteschuppen keinen Bebauungszusammenhang.

Hinweis:
Es ist mit entsprechendem Begründungsaufwand auch vertretbar, aufgrund der Bebauung der rückwärtigen Grundstücke mit den Geräteschuppen einen Bebauungszusammenhang anzunehmen und den Innenbereich danach zu bejahen. Dann muss die Zulässigkeit nach § 34 Abs. 2 BauGB ausführlich geprüft werden.

Nach alledem ist der neue Supermarkt nicht mehr vollständig dem Bebauungszusammenhang des Ortsteils zuzurechnen. Die Zulässigkeit des Vorhabens muss sich damit sowohl an § 34 BauGB als auch an § 35 BauGB messen lassen, da das Vorhaben auf beiden Gebieten liegt und das gesamte Vorhaben allen öffentlich-rechtlichen Vorschriften Rechnung tragen muss.

Hinweis:
Das Vorhaben liegt nach der hier vertretenen Auffassung teils im Innenbereich und teils im Außenbereich. Diese Problematik sollte erkannt und entsprechend aufgearbeitet werden. Der folgende Aufbau ist nicht zwingend. Es ist auch vertretbar das Vorhaben nicht insgesamt zu prüfen, sondern zunächst den „südlichen Vorhabenteil“ nach § 34 BauGB zu prüfen und anschließend den „nördlichen Vorhabenteil“ nach § 35 BauGB. Im Regelfall sind die Voraussetzungen nach § 35 BauGB strenger, sodass der Schwerpunkt auf die Prüfung des § 35 BauGB gelegt werden und die Prüfung des § 34 BauGB entsprechen kürzer gehalten werden kann. Teilweise wird auch vertreten, in diesen Fällen nur die Voraussetzungen des § 35 BauGB zu prüfen³³. Entscheidend ist, dass die Problematik gut strukturiert und der Sachverhalt ausführlich ausgewertet wird.

(b) Zulässigkeit im (unbeplanten) Innenbereich, § 34 BauGB

Im Innenbereich bestimmt sich die Zulässigkeit eines Vorhabens nach der Art seiner baulichen Nutzung nach § 34 Abs. 2 BauGB, der diesbezüglich die speziellere Norm im Vergleich zu § 34 Abs. 1 BauGB darstellt. Dazu muss die Eigenart der näheren Umgebung

³⁰ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 A 1803/16 – juris Rn. 34 m. w. N.

³¹ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 A 1803/16 – juris Rn. 36; vgl. BVerwG, Beschl. v. 8.10.2015 – 4 B 28/15 – juris Rn. 6 f.

³² Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 34 Rn. 8 f. m. w. N.; VG Neustadt, Urt. v. 1.12.2014 – 3 K 272/14.NW – juris Rn. 31 m. w. N.

³³ Stürer, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 2738.

einem der Baugebiete im Sinne der BauNVO entsprechen. Der Stadtteil ist vorwiegend geprägt durch Mehrfamilienhäuser, eine Apotheke und eine Grundschule. Dies entspricht einem allgemeinen Wohngebiet nach § 4 Abs. 1 BauNVO. Folglich ist die allgemeine Zulässigkeit des Vorhabens nach § 4 Abs. 2 BauNVO zu prüfen. Die S AG möchte der umliegenden Wohnbevölkerung ein vielfältigeres Sortiment anbieten, weswegen es im Hinblick auf die Gebietsversorgungsklausel nicht schädlich ist, dass auch Pendler über die nahegelegene Autobahn erreicht werden könnten. Unzulässig wäre es nur, wenn die Anlage vornehmlich den Zwecken der Pendler dienen würde. Im Ergebnis ist das Vorhaben nach seiner Art als ein der Versorgung des Gebiets dienender Laden zulässig gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO. Darüber hinaus muss es sich nach § 34 Abs. 1 BauGB nach Maß der baulichen Nutzung, Bauweise und überbaubarer Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Problematisch ist an dieser Stelle lediglich die überbaubare Grundstücksfläche, genauer die Bebauungstiefe, die von der Straße aus gemessen wird. Diesbezüglich ist das Einfügen in die nähere Umgebung fraglich, weil auf den benachbarten Grundstücken in dieser Bebauungstiefe maximal Nebengebäude stehen (beide Auffassungen vertretbar). Jedenfalls könnte § 34 Abs. 3a BauGB bei Bedenken hinsichtlich des Einfügens Abhilfe schaffen. Die Regelung ist aber auf Erleichterungen beim Gebot des Einfügens beschränkt. Sie ändert nichts daran, dass ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil insgesamt vorliegen muss, was hier nicht der Fall ist. Zudem steht der Erleichterung § 34 Abs. 3 BauGB entgegen, sofern von dem Vorhaben schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche ausgehen.

Hinweis:

Die Zulässigkeit nach § 34 BauGB kann mit entsprechender Begründung sowohl bejaht als auch abgelehnt werden.

(c) Zulässigkeit im (unbeplanten) Außenbereich, § 35 BauGB

Das Vorhaben liegt zum Teil auch im Außenbereich und muss sich neben § 34 BauGB auch an den Maßstäben des § 35 BauGB messen lassen.

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich hier um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB oder um ein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB

handelt. Vorliegend kommt für den Supermarkt keiner der Privilegierungstatbestände in Betracht. Die Zulässigkeit der Filiale richtet sich also nach § 35 Abs. 2 BauGB. Sonstige Vorhaben können im Außenbereich zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt.

Der Supermarkt könnte den Darstellungen des Flächennutzungsplans gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB widersprechen. Der Flächennutzungsplan stellt die zur Straße gelegene Grundstückshälfte als Fläche für Wohnbau und die andere Hälfte als landwirtschaftliche Fläche dar. Der Supermarkt wird nicht zur Landwirtschaft genutzt und widerspricht somit dem Flächennutzungsplan.

Außerdem kommt eine Beeinträchtigung nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB in Betracht. Dazu müsste das Vorhaben die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lassen. Ziel dieser Regelung ist die Verhinderung der Entwicklung unorganischer Siedlungsstrukturen im Außenbereich.³⁴ Von einer Splittersiedlung ist nicht nur bei Wohngebäuden auszugehen, sondern auch bei anderen Bauten (z. B. gewerbliche Anlagen), die zum Aufenthalt von Menschen geeignet sind. Auch das ungeordnete „Anbauen“ eines Gebäudes im Außenbereich an einen Ortsteil führt zur Entstehung einer Splittersiedlung, „denn auch dadurch kann eine Zersiedlung eingeleitet werden, weil [der „Anbau“] das Vorbild für eine weitere ungeordnete Ausuferung der Bebauung in den Außenbereich schafft.“³⁵ Wie geprüft, gehört ein Teil des Vorhabens nicht mehr dem Bebauungszusammenhang des Ortsteils an, sodass diese vereinzelte Ausweitung der bislang einheitlichen Bebauung eine negative Vorbildwirkung für die Entstehung einer Splittersiedlung haben kann. Also beeinträchtigt das Vorhaben öffentliche Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB.

Hinweis:

Daneben kann noch eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft durch den Supermarkt gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB diskutiert und auch bejaht werden, weil eine Ausweitung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils in den Außenbereich geeignet ist, neben einer unorganischen Siedlungsweise eine Nachfolgebebauung nach sich zu ziehen und auf

³⁴ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 93.

³⁵ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 A 1803/16 – juris Rn. 47.

diese Weise zur Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft zu führen.³⁶

Einem Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB kann eine Beeinträchtigung der angesprochenen öffentlichen Belange nicht entgegengehalten werden, wenn eine der in § 35 Abs. 4 BauGB aufgezählten Fallgruppen einschlägig ist. Die Privilegierung der baulichen Erweiterung eines zulässigerweise errichteten gewerblichen Betriebs nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 6 BauGB ist jedoch nicht anwendbar auf einen im Innenbereich gelegenen Betrieb, der sich in den Außenbereich ausdehnen will.³⁷ Zudem soll der Supermarkt nicht einfach erweitert, sondern abgerissen und neu gebaut werden. Ein teilprivilegiertes Vorhaben liegt damit nicht vor.

Deshalb ist das Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB unzulässig.

(4) Zwischenergebnis

Folglich wäre das Vorhaben ohne Bebauungsplan unzulässig. Demgemäß lösen die Ziele des Entwicklungsplans vorliegend keine Planungspflicht aus.

dd) Zwischenergebnis

Die Aufstellung des Bebauungsplans ist nach § 1 Abs. 3 BauGB erforderlich. Ein Verstoß gegen das stets beachtliche Erforderlichkeitsgebot liegt nicht vor.

Hinweis:

A. A. bei entsprechender Begründung vertretbar (s. Hinweise oben).

b) Entwicklungsgebot, § 8 Abs. 2 BauGB

§ 8 Abs. 2 S. 1 BauGB normiert, dass Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln sind. Der Bebauungsplan setzt für den zur Straße gelegenen Teil des Vorhabengrundstücks der S AG das Sondergebiet „Lebensmitteldiscounter“, das der Unterbringung eines Lebensmitteldiscounters mit nahversorgungsrelevantem Kernsortiment dient, fest. Diesen Teil des Grundstücks stellt der Flächennutzungsplan als Wohnbaufläche dar. Fraglich ist, ob dadurch gegen das Entwicklungsgebot verstoßen wurde. Flächennutzungspläne beschränken sich anders als Bebauungspläne auf die Darstellung der Grundzüge der Planung. Das heißt, die Planung ist insgesamt eine „grobmaschige“. Hingegen wird im Bebauungsplan parzellengenau geplant. Er enthält für die einzelnen Grundstücke die rechtsverbindlichen planerischen Festsetzungen, die es in einem Genehmigungsverfahren zu beachten gilt. Wird also in einem Flächennutzungsplan

ein Wohngebiet geplant, muss die Gemeinde noch nicht genau festsetzen, an welcher Stelle ein Lebensmitteldiscounter für die Versorgung der Bevölkerung entstehen muss. Problematisch könnte hier sein, dass der Bebauungsplan ein Sondergebiet nach § 11 BauNVO ausweist, weil der Supermarkt eine Geschossfläche von 1250 qm hat und es sich ab einer Geschossfläche von 1200 qm gem. § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO in der Regel um großflächigen Einzelhandel handelt. Dennoch ist diese weitere Konkretisierung im Bebauungsplan zur Gewährleistung der wohnortnahen Versorgung der Bewohner*innen des Stadtteils zulässig. Ein Verstoß gegen das Entwicklungsgebot liegt damit nicht vor.

Hinweis:

*Wird ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 BauGB angenommen, muss wie folgt weitergeprüft werden: Fraglich ist, welche Fehlerfolge sich daraus ergibt. Ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB ist gemäß § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB unbeachtlich, wenn die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung nicht beeinträchtigt worden ist. Hierfür ist die Konzeption des Flächennutzungsplans für den größeren Raum, in der Regel das gesamte Gemeindegebiet, maßgeblich. Aus der Unbeachtlichkeitsklausel in § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB folgt, dass eine Verletzung des Entwicklungsgebots nicht gleichzeitig eine Beeinträchtigung der geordneten städtebaulichen Entwicklung bedeutet. Es kommt darauf an, ob der Flächennutzungsplan seinen Charakter als kommunales Instrument zur Steuerung der städtebaulichen Entwicklung insgesamt bewahrt oder verloren hat.³⁸ Der Sachverhalt enthält Angaben zum Flächennutzungsplan nur in Bezug auf das Vorhabengrundstück, nicht aber hinsichtlich des übrigen Stadtgebietes. Insofern der Bebauungsplan nur ein Teilgrundstück umfasst, kann hier angenommen werden, dass der Flächennutzungsplan seine Funktion im Großen und Ganzen behalten hat und somit keine Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung vorliegt. Zudem wurde auf dem Grundstück statt Wohnbaufläche ein Supermarkt zur Sicherung der Nahversorgung der Bewohner*innen des Stadtteils errichtet, was dafür spricht, dass damit der geplanten städtebaulichen Entwicklung Rechnung getragen wird.*

³⁶ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 86.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 14.1.1993 – 4 C 33/90 – juris Rn. 13 ff.

³⁸ BVerwG, DÖV 1999, 733.

c) Zulässiger Inhalt, § 9 BauGB

Der Inhalt des Bebauungsplans müsste zulässig sein. Die Festsetzung des Sondergebiets „Lebensmitteldiscounter“ ist zulässig gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. §§ 1 Abs. 2 Nr. 12, 1 Abs. 3 S. 1, 11 Abs. 3 BauNVO. Problematischer sind allerdings die Begrenzungen der Verkaufsfläche und der Sortimente sowie der Öffnungszeiten zum Schutz vor Lärm auf 7:00 bis 21:00 Uhr. Die Rechtsprechung beurteilt die Festsetzung der Öffnungszeiten folgendermaßen: „Bei der Festsetzung eines Sondergebietes nach § 11 BauNVO unterliegt die Gemeinde geringeren Beschränkungen als bei der Festsetzung von Baugebieten nach den §§ 2 bis 9 BauNVO. Sie ist weder an bestimmte Nutzungsarten noch gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 BauNVO an die Möglichkeiten der Feinsteuerung gebunden, die in § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO für die normativ ausgestalteten Baugebiete eröffnet sind. Vielmehr liegt die Definitionsmacht darüber, welche Anlagen zulässig oder ausnahmsweise zulassungsfähig sind, bei ihr. Sie kann auf der Grundlage von § 11 Abs. 2 BauNVO die Art der baulichen Nutzung über die Möglichkeiten hinaus, die § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 9 BauNVO bietet, näher konkretisieren und zu diesem Zweck die Merkmale bestimmen, die ihr am besten geeignet erscheinen, um das von ihr verfolgte Planungsziel zu erreichen. Lediglich die Definition und Differenzierung der Nutzungsarten muss städtebaulich begründet sein. [...] Insbesondere darf die Gemeinde [...] den Anlagentyp durch die Festlegung maximaler, marktgängiger Öffnungszeiten selbst festsetzen, um dessen Umgebungsverträglichkeit herzustellen.“³⁹ Folglich ist die Begrenzung der Öffnungszeiten von § 11 BauNVO gedeckt. Die allgemeinen Erwägungen der Rechtsprechung zu § 11 BauNVO lassen sich auch auf die Verkaufsflächenbegrenzung und die Sortiments- und Warenbegrenzung übertragen. Eine Begrenzung der Verkaufsfläche ist somit ebenfalls grundsätzlich möglich. § 11 Abs. 1, Abs. 2 BauNVO lässt lediglich keine vorhabenunabhängige Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen für alle im Sondergebiet zulässigen Einzelhandelsbetriebe oder deren isolierte zahlenmäßige Kontingentierung zu. Damit würde nämlich die Möglichkeit für sog. „Windhundrennen“ potentieller Bauantragstellender eröffnet, was den Ausschluss von Grundeigentümer*innen von der

Nutzung im Falle der Erschöpfung des Kontingents fördern könnte. Nach der Systematik der Baugebiete (§§ 2 ff. BauNVO) soll aber im Geltungsbereich eines Bebauungsplans grundsätzlich jedes Grundstück für jede dort zulässige Nutzung in Betracht kommen.⁴⁰ Vorliegend bezieht sich der Bebauungsplan nur auf das Vorhabengrundstück der S AG, weshalb die Verkaufsflächenbegrenzung vorhabenabhängig und somit zulässig ist. Auch die Sortimentsbegrenzung lässt sich nach obigen Grundsätzen auf § 11 BauNVO stützen.⁴¹ Also ist der festgesetzte Planinhalt zulässig.

d) Abwägungsgebot, § 1 Abs. 7 BauGB

Weiterhin liegen Anhaltspunkte für Fehler im Abwägungsergebnis (Abwägungsdisproportionalität) vor. Gem. § 1 Abs. 7 BauGB sind bei der Aufstellung eines Bebauungsplans die öffentlichen und privaten Belange gerecht abzuwägen. Die Gemeinde darf als Abwägungsergebnis keinen eindeutig unangemessenen Ausgleich entgegenstehender Belange vornehmen. Die S AG ist der Ansicht, dass der Bebauungsplan ihre Nutzungsmöglichkeit als Eigentümerin in unzulässiger Weise beschränkt. Eine Vergrößerung und Modernisierung der einige Jahrzehnte alten Filiale sei dringend notwendig, auch um in Zukunft in der Lage zu sein, der umliegenden Wohnbevölkerung ein vielseitigeres Sortiment anzubieten. Zudem könnte der Supermarkt dadurch auch interessant für Autobahnpendler werden. Das Eigentum von Betroffenen, das Art. 14 Abs. 1 GG schützt, stellt einen zentralen Belang in der Abwägung dar, der in hervorgehobener Weise zu berücksichtigen ist. Fraglich ist also, ob das Eigentum der S AG als Belang angemessen in Ausgleich mit den öffentlichen Belangen (Verhinderung schädlicher Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche, Einzelhandelskonzept, Absicherung als Nahversorgungsstandort) gebracht wurde. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die städtebaulich beachtlichen Allgemeinbelange umso gewichtiger sind, je intensiver die Festsetzungen eines Bebauungsplans die Eigentümerbefugnisse beeinträchtigen. Nach der Rechtsprechung wird das Interesse der Eigentümer*innen dann nicht unangemessen beeinträchtigt, wenn ihnen nach dem Bebauungsplan eine hinreichende Bandbreite möglicher Nutzungen verbleibt.⁴² Der vorliegende Bebauungsplan lässt nur eine Nutzungsmöglichkeit zu und erlaubt auch lediglich einen

³⁹ OVG NRW, Urt. v. 16.10.2017 – 2 D 61/16.NE – juris Rn. 47 ff. m. w. N.

⁴⁰ OVG NRW, Urt. v. 16.10.2017 – 2 D 61/16.NE – juris Rn. 51 ff.

⁴¹ Etwa OVG Rheinland-Pfalz, ZfBR 2011, 570.

⁴² OVG NRW, Urt. v. 12.4.2017 – 10 D 70/15.NE – juris Rn. 65.

Discountermarkt mit vorwiegend nahversorgungsrelevantem Kernsortiment anstelle eines Lebensmitteldiscounters mit Vollsortiment. Insofern ist hier von einer erheblichen Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten auszugehen. Dies trifft in diesem Fall umso mehr zu, als die Filiale schon sehr alt ist und dringend der Modernisierung bedarf.⁴³ Allerdings schützt Art. 14 GG das Eigentum nur in Ausgestaltung durch die Gesetze. Das Baurecht – insbesondere § 11 BauNVO – lässt die Einschränkung auf die Art der Nutzung ausdrücklich zu. Die besondere Rolle des § 11 Abs. 3 BauNVO liegt darin, den großflächigen Einzelhandel zu steuern und ihn nur in Kerngebieten oder in den festgesetzten Sondergebieten zuzulassen, um mögliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche zu verhindern. Das bedeutet, dass außerhalb von Kerngebieten nur Sondergebiete festgesetzt werden können, welche die Art der Grundstücksnutzung erheblich beeinträchtigen. Diese vom Gesetzgeber vorgesehene Planungsoption beschränkt das Eigentum in zulässiger Weise. Zum Schutz vor schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche kann das Eigentum der S AG im vorliegenden Fall auf eine Art der Nutzung beschränkt werden.

Hinweis:

A. A. mit entsprechender Begründung vertretbar (so auch OVG NRW, Urteil v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 37 ff.). Der Sachverhalt ist an dieser Stelle sehr knapp. Insbesondere bei Annahme einer Verhinderungsplanung lässt sich argumentieren, dass damit wohl zugleich die Eigentumsinteressen der S AG nicht ausreichend in die Abwägung einbezogen wurden. Es ist dann festzuhalten, dass Mängel im Abwägungsvorgang erheblich sind, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind, § 214 Abs. 3 BauGB.

Hier wurde entsprechend der Sachverhaltsangabe, dass der Bebauungsplan formell rechtmäßig ist, ausschließlich eine Abwägungsdisproportionalität geprüft. Wer allerdings der Abwägungsfehlerlehre in ihrer alten Form folgen möchte, kann an dieser Stelle theoretisch auch Abwägungsausfall, -defizit und -fehleinschätzung in Betracht ziehen. Dann sollte eine kurze Diskussion um die Auslegung der Begriffe der Ermittlung und Bewertung in § 2 Abs. 3 BauGB geführt werden und begründet werden, warum die alte Lehre aufrechtzuhalten ist.

e) Zwischenergebnis

Der Bebauungsplan ist wirksam.

Hinweis:

A. A. bei entsprechender Begründung vertretbar (s. Hinweise oben).

4. Zulässigkeit nach § 30 BauGB

Der Bebauungsplan ist insgesamt rechtmäßig und damit wirksam. Also richtet sich die Zulässigkeit für das Vorhaben zum einen nach § 30 BauGB. Wie bereits erörtert wurde, liegt das Vorhaben der S AG zum Teil im Geltungsbereich des Bebauungsplans (südlich in Richtung Straße) und zum Teil im Außenbereich (bisher nördliche Brachfläche). Das geplante Vorhaben widerspricht den Festsetzungen des Bebauungsplans (insbesondere der Verkaufsoberflächengrenze) nach § 30 BauGB und ist zudem in Bezug auf die Lage im Außenbereich nach § 35 BauGB unzulässig (s. oben).

Hinweis:

A. A. vertretbar. Bei materieller Rechtswidrigkeit des Bebauungsplans richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB und § 35 BauGB (s. oben). Wurde die Planungspflicht oben nicht thematisiert, müssen § 34 und § 35 BauGB und das Problem des geteilten Grundstücks an dieser Stelle ausführlich erörtert werden.

IV. Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig.

E. Ergebnis

Die S AG hat keinen Anspruch auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheids. Selbst bei Rechtswidrigkeit des Bebauungsplans ist das Vorhaben aufgrund der teilweisen Lage im Außenbereich bauplanungsrechtlich unzulässig.

⁴³ OVG NRW, Urt. v. 8.10.2018 – 10 D 56/18.NE – juris Rn. 37 ff.

Ehrenmord

- Verständnis für soziokulturelle Motive? -

Von Stud. iur. Laura Kießling, Erlangen*

A. *Hatun Sürücü*

Im Januar 2020 wurden in Berlin zum achten Mal drei Projekte und Initiativen mit dem *Hatun-Sürücü*-Preis ausgezeichnet. Im Mai 2019 erschien der Film „*Nur eine Frau*“, dessen Handlung sich auf die wahre Geschichte der Protagonistin *Hatun Sürücü* bezieht. Doch was hat es mit dem Namen auf sich? Wer ist *Hatun Sürücü*? *Hatun Aynur Sürücü* war eine Deutsch-Kurdin. Sie wurde am 07.02.2005 in Berlin von ihrem jüngsten Bruder durch drei Kopfschüsse getötet. Der Fall ging damals bundesweit durch die Presse, nicht allein deswegen, weil ihr eigener Bruder sie tötete, sondern auch aus welchen Gründen er dies tat. Er soll sie umgebracht haben, um die Ehre der Familie wiederherzustellen, da sie einen zu westlichen Lebensstil pflegte und Schande über die Familie gebracht hätte.

Sie verließ mit ihrem ungeborenen Sohn ihren Ehemann in der Türkei, mit dem sie zwangsverheiratet wurde und lebte dann wieder in Deutschland bei ihren Eltern. Nach dem Hatun aus dem Elternhaus auszog, begann sie eine Ausbildung zur Elektroinstallateurin, legte ihr Kopftuch ab, fing an sich zu schminken und auszugehen. Sie führte Beziehungen zu anderen Männern. Das Familienverhältnis war angespannt und geprägt von Kontaktabbrüchen. Zu dem Täter hatte sie keinen Kontakt, da er dies ablehnte. Auch zu den beiden anderen Brüdern hatte sie ein distanziertes Verhältnis, da sie mit ihrem Verhalten die Ehre der Familie befleckte. Das Urteil des LG Berlin sorgte für Diskussionen, denn der Täter wurde zu einer Jugendstrafe von neun Jahren und drei Monaten verurteilt. Die beiden älteren Brüder, die in Verdacht stranden, an der Tat beteiligt gewesen zu sein, wurden aus Mangel an Beweisen freigesprochen.¹ Allerdings hob der BGH in seinem Urteil vom 28.08.2007 die Freisprüche mit der

Begründung auf, dass die Beweiswürdigung des Landgerichts Berlin rechtsfehlerhaft war.² Der tragische Fall von *Hatun Sürücü* ist allerdings kein Einzelfall in Deutschland. Das Bundeskriminalamt (BKA) verzeichnete in den Jahren zwischen 1996 und 2005 55 Taten, basierend auf angeblichen Ehrverletzungen mit 70 Opfern, darunter 48 Tote.³ Laut einer Studie der Vereinten Nationen (UN) werden weltweit jährlich ca. 5000 Mädchen und Frauen Opfer einer solchen Tat, die auf einer vermeintlichen vorangegangenen Ehrverletzung beruht. Viele Ehrenmorde werden dabei nicht erfasst, da sie als Suizide oder Unfälle getarnt werden.⁴ In Anbetracht dessen, sollte man die soziokulturellen Motive und Hintergründe genauer betrachten, die die Täter dazu veranlassen, eine solche Tat zu begehen. Dabei werden die Probleme der Auslegung des Ehrenmordes als Mord aus niedrigen Beweggründen und die Ursprünge des Ehrenmordes genauer beleuchtet.

B. Ehrenmord und Ehre

I. Ehrenmord

1. Definition und Hintergründe

Nach der Definition des BKA sind Ehrenmorde Tötungshandlungen, „die aus vermeintlich kultureller Verpflichtung heraus innerhalb des eigenen Familienverbandes verübt werden, um der Familienehre gerecht zu werden“⁵. Tötungshandlungen die aus Eifersucht verübt wurden, sind dabei nicht berücksichtigt worden. Ebenso wenig Sachverhalte, die der Vergeltung eines getöteten Familienmitglieds dienen. Handelt es sich um einen Ehrenmord, so ist zu differenzieren, ob es sich um die Tötung eines eigenen Familienmitglieds zur Wiederherstellung der Familienehre oder um die sogenannte Blutrache handelt. Blutrache

* Die *Verfasserin* ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Die Seminararbeit wurde dort im Wintersemester 2020/2021 im Seminar Kriminalwissenschaften „Diskriminierung durch Strafrecht“ bei PD Dr. *Hilde Farthofer* verfasst.

¹ *Burmeister*, Die schuldangemessene Bewertung von Ehrenmorden im deutschen Strafrecht: Differenzierte Schuldmerkmale auf Tatbestandsebene bei sonstigen niedrigen Beweggründen, in: Maiwald/Momsen (Hrsg.), Schriften zum

Strafrecht und Strafprozessrecht, Band 107, 2011, S. 22, 23; LG Berlin, Urt. v. 13.04.2006 – 1 Kap Js 285/05.

² BGH, Urt. v. 28.08.2007 - 5 StR 31/07 = openJur 2011, 7561.

³ *Valerius*, JZ 2008, 912 (913).

⁴ *Böhmecke*, Studie: Ehrenmord, 2005, S. 3.

⁵ *Oberwittler/Kasselt*, Ehrenmorde in Deutschland 1996-2005, Eine Untersuchung auf der Basis von Prozessakten, 2011, S. 13.

meint die Tötung eines Mitglieds einer anderen Familie, aus Vergeltung für eine Ehrverletzung oder für eine vorherige Tötung eines Mitglieds der eigenen Familie. Zu den Opfern von Ehrenmorden zählen vorwiegend Frauen, während vor allem Männer Opfer der Blutrache werden.⁶ Der Anteil der männlichen Opfer von Blutrache liegt bei knapp 90%.⁷ Somit sind also alle vorsätzlichen Tötungen, die aus einer vermeintlich kulturellen Verpflichtung entspringen, um die Familienehre wiederherzustellen, als Ehrenmorde im weiteren Sinne zu verstehen. *Burmeister* beschreibt die Blutrache bzw. Blutfehde so, dass sich die Tat regelmäßig gegen eine Familie (auch Sippe) anstatt einer einzelnen Person richte und die Fehde selbst zum Motiv werde, da der Auslöser gegebenenfalls lange zurück läge.⁸ Des Weiteren ist auch noch die Affekttat davon abzugrenzen. Eine Affekttat ist eine Beziehungstat, bei denen Männer ihre Partnerinnen oder Ex-Partnerinnen töten, da sie sich in ihrer Ehre oder Männlichkeit verletzt fühlen. Meistens werden Affektaten alleine und ungeplant, also im Affekt vom Täter begangen. Die Täter zeigen meist Schuldgefühle und Unrechtsbewusstsein und fühlen sich nicht wie Ehrenmörder durch das Ehrprinzip legitimiert dementsprechend zu handeln.⁹ Einem Ehrenmörder fehlt oft dieses Schuldbewusstsein, auch wenn es nach westlichen Wertanschauungen unverständlich ist, die Ehre durch Begehung eines unehrenhaften Verhaltens in Form von Mord wiederherzustellen. Als tatauflösende Umstände werden beispielsweise Ehebruch, Vergewaltigung, Ablehnung des durch die Familie bestimmten zukünftigen Ehemannes, Scheidung oder eine außereheliche Schwangerschaft, sowie das offene Ausleben von Homosexualität angeführt.¹⁰ In manchen Fällen werden Ehrenmorde auch aus wirtschaftlichen Gründen begangen, wenn beispielsweise eine Frau sich weigert, auf ihr Erbe zu verzichten oder aufgrund der Verweigerung des Erbteils oder der hohen Verschuldung der Familie. Morde, die aufgrund einer solchen vermeintlichen Ehrverteidigung beruhen, werden auch als „fake honour killings“ bezeichnet.¹¹

2. Ursprung des Ehrenmordes und die Entwicklung der Frauenrechte

Laut *Çakir-Ceylan* ist der Ursprung von Ehrverbrechen nicht bekannt, trotz der Tatsache, dass diese überwiegend in islamischen Ländern begangen werden. Typisch für das Auftreten solcher Verbrechen, sind patriarchalische Gesellschaften, in denen die Ehre und das Leben eines Mannes über dem Leben einer Frau stehen. Dennoch gibt es Anhaltspunkte, dass die Frauen früher (3000 v. Chr.) mehr Hochschätzung und Freiheit, sowie Teilhabe am öffentlichen Leben hatten als heutzutage in den Turkvölkern. Weibliche Götter wurden verehrt und Frauen genossen einen gleichberechtigten Anteil an der Machtausübung. Ab 1950 v. Chr. zeichneten sich auch patriarchalische Strukturen im Hethiterreich in Anatolien ab. Der Mann war das Oberhaupt der Familie. Die Frauen standen unter der Vormundschaft des Vaters bis sie verheiratet waren. Danach standen sie unter der Vormundschaft des Ehemanns. Zahlungen von Brautpreisen und Entführungen von Frauen waren damals in der Gesellschaft bekannt. Bestrafte man eine Frau, so bestrafte man auch den Vater oder Ehemann. Bei den Hunnen, Göktürken und Mongolen wurde der außereheliche Geschlechtsverkehr mit dem Tod bestraft. Vergewaltiger mussten ihre Opfer heiraten und eine hohe Geld- und Sachstrafe zahlen. 800-900 n. Chr. standen die Frauen unter dem Einfluss der arabischen, persischen und byzantinischen Kultur, die vom Islam geprägt waren. Sie verloren ihre politische und wirtschaftliche Bedeutung und ihre Rechte. Ihre Meinung war nichts mehr wert und sie sollten sich den Regeln des Korans unterwerfen. Im 16. Jahrhundert wurden Frauen in ihrer Bewegungsfreiheit und ihrem öffentlichen Auftreten beschränkt, indem sie sich beispielsweise verschleiern mussten. Jungfräulichkeit und Treue in der Ehe waren bedeutend, um die Ehre des Mannes zu bewahren. Polygamie war sowohl auf dem Land als auch in den Städten verbreitet. Ehrenmorde konnte man an Hand von archivierten Schriftstücken bis ins Jahr 1541 zurückverfolgen. Die Täter mussten Blutgeld an die Hinterbliebenen der Opfer zahlen oder genossen Straffreiheit. Durch die Revolution von 1908 bis 1918 der

⁶ *Valerius*, JZ 2008, 912 (913).

⁷ *Oberwittler/Kasselt* (Fn. 5), S. 77.

⁸ *Burmeister* (Fn. 1), S. 27.

⁹ *Yazgan*, Morde ohne Ehre: Der Ehrenmord in der modernen Türkei. Erklärungsansätze und Gegenstrategien, 2011, S. 38, 39.

¹⁰ *Burmeister* (Fn. 1), S. 27, 28.

¹¹ *Schirmacher*, Ehrenmord und Emanzipation – Geschlechterrollen in Migrantenkulturen vor dem Hintergrund nahöstlicher Begriffe von „Ehre“ und „Schande“, in: *Heininger/Lindner/Klinger* (Hrsg.), Ehrenmord und Emanzipation: Die Geschlechterfrage in Ritualen von Parallelgesellschaften, Band 6, 2009, S. 15.

Jungtürken, neigte sich die feudale Struktur des Osmanischen Reichs dem Ende zu und den Frauen wurden wieder mehr Rechte eingeräumt, z. B. das Verbot der Zwangsehe. 1923 wurde *Mustafa Kemal Atatürk* Präsident der Türkischen Republik. Er galt als Vorreiter und setzte sich für mehr Frauenrechte ein. Er führte das lokale Wahlrecht und eigenständige Scheidungsrecht ein. Er versuchte durch die radikale Modernisierungspolitik die Stellung der Frau in der Gesellschaft zu verbessern. Da es keine Anpassungen an gesellschaftliche Formen und soziokulturelle Strukturen gab, sowie Aufklärung der Bevölkerung, waren die Reformen allein durch die Gesetzgebung nicht umsetzbar. Die Keuschheit und Treue der Frauen werden weiterhin von den Familien kontrolliert. Fraglich ist, ob Teile der Reformen *Atatürks* die Frauen auf dem Land überhaupt erreicht haben.¹² Die Ehre des Mannes ist immer noch von der Sexualität der Frau und ihrer Bereitschaft, sich nach traditionellen Vorstellungen zu richten, abhängig. Dies kann unter anderem auch ein Andauern der Ehrenmorde erklären. In Bezug auf Deutschland und die europäischen Wertvorstellungen sind die verschiedenen Formen der Ehrbereinigungen bis in die germanische Zeit zurückzuführen. Damals gab es noch kein staatliches Gewaltmonopol und keine staatliche Verbrechenverfolgung, weshalb die Menschen zur Selbstjustiz gezwungen waren. Die Ehre hatte in der germanischen Zeit einen nicht unbeachtlichen Stellenwert, was durch das Missachten der Regelungen zum Umfang und Durchführung der Ehrwiederherstellungshandlungen zum Ausdruck kommt.¹³ Die Verteidigung der Ehre in Form von der Fehde und der Blutrache trat in der Epoche des mittelalterlichen Rechtsgedanken in Erscheinung. Die sich bis dahin gesellschaftlich entwickelten Duelle wurden bis kurz vor dem zweiten Weltkrieg noch ausgefochten. Allerdings änderte sich die Meinung zu Handlungen der Wiederherstellung der Ehre, da aufgrund des Krieges der Erhalt der Gemeinschaft im Vordergrund stand, anstatt Blut und Kraft für die Wiederherstellung der Ehre zu vergeuden. Demnach wurden die rechtlichen Verbote bzgl. der Duelle im Jahr 1969 aus dem deutschen Rechtssystem entfernt.¹⁴ Im 19. Jahrhundert hatte der Ehrschutz noch eine große strafrechtliche Relevanz, die im Laufe der Jahre immer mehr abnahm

und sich ins Zivilrecht verlagerte. Nach §§ 823 ff. BGB hat man einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn eine unerlaubte Handlung durch eine Ehrverletzung erfolgt ist.¹⁵

II. Ehre

Einigkeit besteht lediglich darin, dass man bei der Begriffsbestimmung von Ehre uneinig ist. Es gibt keine Definition schlechthin, da verschiedene Wertmaßstäbe, kulturelle Traditionen und Ansichten sowie historische Entwicklungen den Begriff der Ehre prägen. Grundsätzlich kann man aber eine grobe Unterteilung in die innere und äußere Ehre vornehmen. Die innere Ehre beschreibt damit die persönliche Würde eines Menschen, die ihm grundsätzlich von Natur aus mit dem Menschsein zukommt. Die äußere Ehre ist das Ansehen eines Menschen, das diesen durch die gesellschaftliche Position, erbrachter Leistungen oder erworbener Fähigkeiten angerechnet wird. Ehre ist somit die Schnittstelle zwischen dem Menschen selbst und dem System.¹⁶ Dabei gibt es verschiedene kulturelle Systeme, an die die Gesellschaft gebunden ist und somit die inhaltlichen Bestimmungen und Wertvorstellungen von Ehre individuell gesellschaftsabhängig definieren.

1. Der Begriff der Ehre in der deutschen Kultur

In der deutschen Kultur stellt man nach heutiger Ansicht auf das Individuum ab, dessen zustehende Achtung als Ehre bezeichnet wird. Die Wertschätzung der eigenen Person steht im Fokus der Gesellschaft, auch wenn ein kollektiver Bezug hergestellt wird, lässt sich diese beispielsweise auch nicht familiär übertragen. Ehre ist die Würde und Achtung, die einem von Natur aus zusteht, die auf Selbstachtung beruhende Haltung und das Ansehen in einer Gesellschaft durch die Lebensführung, Stellung in der Gesellschaft oder ihrer angesehenen Leistungen. Der Ruf nach Außen, den eine Person genießt, ist nicht auf andere übertragbar, da die Ehre immer verbunden ist mit der individuellen Persönlichkeit eines Menschen. So ist beispielsweise die Beleidigungsfähigkeit von Personengemeinschaften umstritten, obwohl nach herrschender Meinung heutzutage die „Kollektivehre“ anerkannt wird. Beleidigungsfähig sind Gewerkschaften, politische Parteien,

¹² Vgl. *Çakir-Ceylan*, Gewalt im Namen der Ehre: Eine Untersuchung über Gewalttaten in Deutschland und in der Türkei, in: Harzer (Hrsg.), Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 7, 2011, S. 97-105.

¹³ *Elyafi-Schulz*, Das Phänomen des „Ehrenmordes“: Eine rechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Täter- und Opferperspektive, 2012, S. 267.

¹⁴ *Elyafi-Schulz* (Fn. 13), S. 271, 272.

¹⁵ *Elyafi-Schulz* (Fn. 13), S. 266.

¹⁶ *Wilms*, Ehre, Männlichkeit und Kriminalität, 2009, S. 8.

Arbeitgeberverbände oder die Bundeswehr, da sie einen einheitlichen Willen bilden können und eine anerkannte soziale Funktion erfüllen.¹⁷ In Deutschland ist die Ehre ein personales Rechtsgut, welches im Strafrecht durch die §§ 185 ff. StGB geschützt wird. Das Grundgesetz schützt die persönliche Ehre, indem sie die Meinungs- und Pressefreiheit durch Vorschriften der allgemeinen Gesetze beschränkt, Art. 5 Abs. 2 GG.¹⁸ Die Rechtsprechung ging damals von einem normativ-faktischen Ehrbegriff aus, der auch aus den zwei Unterteilungen besteht. Die innere Ehre, die im Wert eines Menschen liegt und die äußere Ehre, die den guten Ruf des Ehrträgers darstellt. Der faktische Ehrbegriff wurde abgelehnt, da dieser die innere Ehre als Ehrgefühl eines Menschen beschreibt, der das unverdiente Ansehen einer Person nicht beachtet und damit auch nicht das nichtvorhandene Ehrgefühl. Die herrschende Meinung folgt der Definition des normativen Ehrbegriffs. Demnach ist Ehre der berechtigt zustehende Geltungswert, begründet auf der Personwürde eines Menschen, sowie der Anspruch nicht unverdient herabgesetzt zu werden, der sich aus dem Geltungswert des Menschen ergibt. Wird durch Kundgabe der ethische, moralische oder soziale Wert missachtet oder nicht geachtet, so liegt ein Angriff auf die Ehre vor.¹⁹

2. Der Begriff der Ehre in der traditionell türkischen Kultur

In der türkischen Kultur setzt sich die Ehre aus drei Formen zusammen. Ehre in Form von „*Namus*“, „*Seref*“ und „*Saygi*“. Die Form von „*Namus*“ wird nochmal unterteilt für das weibliche und männliche Geschlecht. Dabei bezieht sich die „*Namus*“ der Frau auf die Bewahrung der eigenen Ehre, unter anderem hängen damit die Jungfräulichkeit und Treue in der Ehe zusammen. Des Weiteren werden das Bedeckthalten ihres körperlichen Erscheinungsbildes und die Zurückhaltung der eigenen Meinung gefordert.²⁰ Die „*Namus*“ des Mannes hängt hingegen von der Ehre seiner weiblichen Familienmitglieder ab, die er vor Angriffen schützen muss. „*Namus*“ ist damit ein statischer Wert, den eine Frau oder ein Mann entweder besitzen oder verlieren kann.²¹ Die Form von „*Seref*“ lässt sich mit Ansehen, Würde und Prestige ins

Deutsche übersetzen. Die „*Seref*“ wirkt vor allem im Außenbereich, da sie die familiären Beziehungen zu ihrer Verwandtschaft und Nachbarn, also auf das soziale Umfeld, regelt. Diese Beziehungen sind geprägt von Gleichheit und umfassen Arbeits- und Nachbarschaftshilfe, die Gastfreundschaft der Familien und das Verleihen von Geld und Gegenständen. „*Seref*“ kann vererbt oder muss sich hart erarbeitet werden, beispielsweise beim Gabentausch. Personen die „*Seref*“ erworben haben sind gesellschaftlich anerkannt. Sie zählen als Respektpersonen und Vorbilder und werden als reif und erfolgreich angesehen. Somit ist „*Seref*“ ein variabler Wert, der sinken und steigen kann. Wird dieses Ansehen durch einen Fremden geschmälert, so muss die Ehre durch Tötung desjenigen, der die Ehre verletzt hat, wiederhergestellt werden. Die „*Saygi*“ zählt auch zu den drei zentralen Ehrbegriffen des türkischen Wertesystems. Übersetzt bedeutet das Respekt und Achtung. Im Fokus stehen dabei die Verhaltensweisen und Umgangsformen zwischen Jung und Alt, ebenso Mann und Frau. So soll man immer respektvoll gegenüber Älteren und Männern sein, darf ihnen nicht widersprechen und soll diese als Oberhaupt durch Einhaltung der gesellschaftlichen Regeln akzeptieren. „*Saygi*“ ist auch für die Bewertung der Familie und des Oberhauptes in der Öffentlichkeit wichtig, denn fehlt diese, dann interessiert sich das Umfeld nicht mehr für seine Meinung. Werden Regeln missachtet, so ist der Rangtieferer der Verantwortliche. Die Person, die gegen die Regeln verstößt, wird von der Gesellschaft verurteilt, kann aber in Bezug auf Kleinigkeiten in Form einer Entschuldigung und eines Handkusses Wiedergutmachung leisten.²² Die Gemeinsamkeiten der drei Formen der Ehre zielen also auf den Besitz und Verlust der Ehre ab. So kann „*Seref*“ nicht ohne „*Namus*“ und „*Saygi*“ existieren, denn sie alle drei machen das türkische Verständnis von Ehre aus.²³ Folglich ist nach traditioneller Auffassung die Ehre das höchste Gut einer Familie, dessen Bewahrung unabdinglich für gesellschaftliches Ansehen ist. Ehrlosigkeit wird als Schande angesehen und „führt in der Regel zum sozialen Aus einer Person beziehungsweise einer ganzen Gruppe“²⁴. Deshalb ist

¹⁷ Çakir-Ceylan (Fn. 12), S. 219, 220.

¹⁸ Erbil, Toleranz für Ehrenmörder? Soziokulturelle Motive im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Ehrbegriffs, 2008, S. 107.

¹⁹ Çakir-Ceylan (Fn. 12), S. 223.

²⁰ Elyafi-Schulz (Fn. 13), S. 78.

²¹ Elyafi-Schulz (Fn. 13), S. 76, 77.

²² Vgl. Elyafi-Schulz (Fn. 13), S. 85-90.

²³ Elyafi-Schulz (Fn. 13), S. 90.

²⁴ Elyafi-Schulz (Fn. 13), S. 91.

eine Wiederherstellung der Ehre oft nur durch den Tod des Angreifers möglich.

3. Der Begriff der Ehre in anderen Kulturkreisen

Der Kulturkreis des Nahen und Mittleren Ostens und der arabisch nordafrikanischen Länder ist auch von dem Ehrbegriff der traditionell türkischen Kultur geprägt. Dabei spielen „*Namus*“ und „*Seref*“ eine große Rolle für die Ehrhaftigkeit. Der Fokus liegt auch hier auf dem äußeren Verhalten und der Einhaltung der tradierten Regeln.²⁵ Abendländische Kulturkreise verstehen unter dem Begriff Ehre das positive Bild eines Menschen, welches durch sämtliche charakterlichen Werte geprägt wird. Dazu zählen Werte wie Fleiß, Zuverlässigkeit oder Ehrlichkeit. Allein der sittlich verwerfliche Lebenswandel kann zu Ehrverlust führen, jedoch keine charakterlichen Schwächen, solange das Gesamtbild des Menschen und dessen Persönlichkeit positiv bleibt. Eine Handlung, die in den Augen des Opfers oder in den Augen von Dritten, geeignet ist die persönliche Integrität anzutasten, wird als ehrverletzend angesehen und zählt gleichermaßen für Frauen und Männer.²⁶

III. Zwischenergebnis

Das Phänomen des Ehrenmordes und der Blutrache gibt es schon viele Jahre, in verschiedenen Ländern und Kulturkreisen. Besonders die Konstellation des Ehrenmordes, indem eine Frau die Ehre der Familie befleckt, weil sie sich nicht den patriarchalischen Regeln des Kulturkreises beugt, ist weit verbreitet. Ehrenmorde stehen nicht in direkter Verbindung mit der islamischen Religion. Auch in Indien, Brasilien oder Italien wurden Personen getötet, um die Ehre wiederherzustellen.²⁷ Die Ursprünge des Ehrenmordes sind somit auch keinem Volk zuzurechnen, aber sie haben ihre Wurzeln in patriarchalischen Gesellschaften, die das Leben einer Frau geringer schätzen und die Ehre des Mannes darüber stellen. Da es früher keine Mittel zur Strafverfolgung gab, wurde alles im Rahmen der Selbstjustiz geregelt. Die Ehre wird in den westlichen Ländern von den Charaktereigenschaften des Individuums geprägt, sogenannte innere Ehre. Die äußere Ehre, die vor allem in patriarchalischen Kulturen im Fokus steht, beschreibt das Ansehen, das der Ehrträger in der Öffentlichkeit genießt. Noch bis heute spielt

dies eine große Rolle und könnte erklären, warum bis heute Verbrechen im Namen der Ehre begangen werden.

C. Strafrechtliche Bewertung und Einordnung

I. Grundsätzliches zum Mord aus niedrigen Beweggründen

Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse, stellt sich nun die Frage, ob Ehrenmorde als Morde aus „niedrigen Beweggründen“ nach § 211 StGB einzuordnen sind. Nach dem deutschen Strafrecht ist Mord (§ 211 StGB) eine Qualifikation zum Grundtatbestand des Totschlags (§ 212 StGB), weshalb der Gesetzgeber auch die lebenslange Freiheitsstrafe fordert. Um einen Mord zu begehen, muss der Täter also einen Totschlag und dazu ein katalogisiertes Mordmerkmal aus § 211 Abs. 2 StGB verwirklichen. Dazu zählen beispielsweise Heimtücke, Grausamkeit, Habgier, Mordlust, Absicht eine weitere Straftat zu verdecken oder zu ermöglichen oder sonstige niedrige Beweggründe. Niedrige Beweggründe sind nach der herrschenden Meinung und Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn die Beweggründe der Tat nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind.²⁸ Unter den Begriff der Beweggründe fallen die Vorstellungen des Täters, „die [die] zu der Tat führende Willensbetätigung entscheidend beeinflusst haben“²⁹. Gedankliche Überlegungen, sowie triebhafte und gefühlsmäßige Regungen werden auch davon erfasst. Bei der Beurteilung der Beweggründe werden alle äußeren und inneren maßgeblichen Faktoren, die für die Handlungsantriebe des Täters verantwortlich waren, im Rahmen der Gesamtwürdigung betrachtet. Zu berücksichtigen sind auch die Lebensverhältnisse des Täters, seine Persönlichkeit und die Umstände der Tat.³⁰ Die Frage ist nun, welcher Maßstab soll für die Einordnung der Beweggründe des Täters als niedrig herangezogen werden?

II. Rechtsprechung zum Ehrenmord – die drei Phasen der Entwicklung des BGH

Welcher Maßstab zur Bewertung der Beweggründe des Täters heranzuziehen ist, die inländischen Wertvorstellungen oder die kulturellen Anschauungen des

²⁵ Baumeister, Ehrenmorde, Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz, in: Biers/Reinecke (Hrsg.), Kriminologie und Kriminalsoziologie, Band 2, 2007, S. 48.

²⁶ Baumeister (Fn. 25), S.47.

²⁷ Böhmecke, Studie: Ehrenmord, 2005, S. 7.

²⁸ BGHSt 3, 132 (133, 134); Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil, 2017, S. 18; Bosch, Jura 2015, 803 (803ff.); Kett-Straub, JuS 2007, 517 (517ff.).

²⁹ Burmeister (Fn. 1), S.55, 56.

³⁰ BGHSt 35, 116 (127, 128).

Täters, wird von der Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich vertreten. Verfolgt man die Rechtsprechung des BGH, dann lässt sich diese in drei Phasen der Entwicklung unterteilen.³¹ Die erste Phase war von Uneinigkeit beherrscht.³² Es sollte im Rahmen der bemessenen Gesamtumstände, die heimatliche Prägung des Täters und damit auch die Persönlichkeit des Täters in die sittliche Bewertung einfließen. Andererseits hielt der BGH es nicht für erforderlich, dass der Täter seine Handlungsmotive selbst als niedrig bewertete, er handelte sogar ohne Vorsatz, wenn er aufgrund seiner Persönlichkeit nicht im Stande war, eine solche Wertung vorzunehmen (subjektive Tatseite).³³ So wurden abweichende kulturelle Maßstäbe mit schuld mindernden psychischen Krankheiten verglichen und diese Persönlichkeitsmängel sollten demnach auch bei Ausländern berücksichtigt werden.³⁴ In der zweiten Phase der Rechtsprechung des BGH, ist zu erkennen, dass im Rahmen der notwendigen Gesamtwürdigung die Anschauungen und Wertvorstellungen des Täters nicht außeracht gelassen werden dürfen, da diese wegen ihrer Bindung an eine fremde Kultur verhaftet sind. Verdeutlicht wurde das durch den Beschluss aus dem Jahr 1979, nachdem ein türkischer Student zum Opfer eines Ehrenmordes wurde. Er hatte die Eheschließung mit einer Frau, die er geschwängert hat, verweigert. Der Vater der Frau beauftragte ihren Bruder, den Studenten zu töten, da dieser Schande über die Familie brachte.³⁵ Die Entscheidungen aus der Zeit der zweiten Phase, stufen den Ehrenmord nicht als Mord aus niedrigen Beweggründen ein. Die noch bis heute andauernden letzte Phase, wurde durch eine Entscheidung aus dem Jahr 1994 eingeläutet. Demnach ist „der Maßstab für die Bewertung des Beweggrundes [...] den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen, vor deren Gericht sich der Angeklagte zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt“³⁶. Der Ehrenmord wird demnach regelmäßig als Mord angesehen. Die niedrigen

Beweggründe werden also bejaht. Hinzukommt, dass der Täter sich durch sein Handeln in doppelter Art und Weise über die Rechtsordnung von Deutschland hinwegsetzt, weshalb seine Gründe als verächtlich anzusehen sind. Der Täter misst sich und seiner Familie die Stellung eines Richters und Vollstreckers eines privaten Todesurteils an. Durch die Abschaffung der Todesstrafe wurde eben diese Achtung des Rechtsguts Leben ausgedrückt, weshalb diese Motive besonders im Gegensatz zu den Werten der deutschen Rechtsordnung stehen.³⁷ Nach dem sogenannten Motivationsbeherrschungspotential, muss der Täter in der Lage sein, bewusst und gewollt die Gefühle und Regungen, die ihn zum Handeln bewegen, zu steuern. Dazu kommt, dass der Täter sich den Umständen bewusst sein muss, die seine Beweggründe als niedrig qualifizieren. Trifft das nicht auf den Täter zu, so verweigert der BGH, dass die objektiv vorliegenden niedrigen Beweggründe dem Täter subjektiv angelastet werden.³⁸ Die zweite subjektive Anforderung erinnert stark an die Schuldfähigkeit.³⁹ Allerdings schließt das die Möglichkeit einer Einschränkung der subjektiven Komponente der niedrigen Beweggründe nicht aus, wenn die Voraussetzungen des § 21 StGB noch nicht gegeben sind.⁴⁰ So hat der BGH im Falle eines integrationsunfähigen Chinesen nur Totschlag angenommen. Dieser wurde nach der Einreise nach Deutschland von seiner Ehefrau verlassen und sie wandte sich einem deutschen Partner zu. Er tötete sie aus Verzweiflung über seine Lebenssituation.⁴¹ Erstaunlich ist allerdings die Tatsache, dass Tatgerichte ungern den höchststrichterlichen Vorgaben Folge leisten und bei weniger als ein Viertel der zu beurteilenden Fälle, einen Mord aus niedrigen Beweggründen bejaht haben.⁴²

III. Rechtswissenschaft zum Ehrenmord

In der Literatur findet die aktuelle Rechtsprechung vorwiegend Zustimmung.⁴³ *Baumeister* und *Saliger* betrachten die Orientierung der mittleren Phase immer noch für zutreffender.⁴⁴ Im Folgenden sollen zuerst

³¹ *Salinger*, StV 2003, 22 (22).

³² *Valerius*, JZ 2008, 912 (915).

³³ BGH NJW 1967, 1140 (1141), *Valerius*, JZ 2008, 912 (915).

³⁴ BGH, Urt. v. 11.05.1967 - 1 StR 181/67.

³⁵ BGH NJW 1980, 537 (537).

³⁶ BGH NJW 1995, 602 (602, 603).

³⁷ BGH NJW 1995, 602 (602, 603).

³⁸ *Greco*, ZIS 2014, 309 (309).

³⁹ *Küper*, JZ 2006, 608 (611).

⁴⁰ BGH NStZ 2004, 497 (498).

⁴¹ BGH NStZ 2004, 497 (498, 499).

⁴² *Oberwittler/Kasselt* (Fn. 5), S. 161, 162.

⁴³ *MüKo-StGB/Schneider*, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 70-72; *Valerius*, JZ 2008, 912 (916); *Pohlreich*, Ehrenmorde im Wandel des Strafrechts: Eine vergleichende Untersuchung des römischen, französischen, türkischen und deutschen Rechts, in: *Schroeder/Hoyer* (Hrsg.), *Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge, Band 208, 2009, S. 249, 289; *Küper*, JZ 2006, 608 (610 ff.); *Çakir-Ceylan* (Fn. 12), S. 254 ff.

⁴⁴ *Baumeister* (Fn. 25), S. 148 ff.; *Saliger*, StV 2003, 22 (23 ff.).

die Argumente und Lösungsansätze dargestellt werden, die ohne eine Reflektion über den Sinn der niedrigen Beweggründe und den Sinn von Schuld und Unrecht erfolgen, danach folgt die Auseinandersetzung unter der Trennung von Moral und Legalität nach Kant, ähnlich wie bei *Greco*.⁴⁵

1. Streitgegenstand - Inhalt des deutschen Rechts

Behauptungen wie die von *Jähnke*, dass für die rechtliche Einordnung einer in Deutschland begangenen Tat, nur das deutsche Recht gelten soll, verkennen das Problem.⁴⁶ Denn der Streitgegenstand dieser Thematik ist gerade der Inhalt des deutschen Rechts bzw. der Mordmerkmale der niedrigen Beweggründe. Auch der BGH entzog sich der Bewertung des Inhalts und änderte seine Rechtsprechung, ohne sich mit den Gründen der vorherigen Entscheidungen auseinanderzusetzen.⁴⁷ Verdeutlicht wird das Problem in Bezug auf die Bevölkerung Deutschlands. In Deutschland leben über 21 Millionen Menschen mit Migrationshintergrund, die mit verschiedenen Kulturen sozialisiert wurden.⁴⁸ Sie bilden schon lange keine Minderheit mehr, weshalb auch ihre Ansichten und Wertvorstellungen für das deutsche Recht und deren Inhalt relevant sein sollten.

2. Infragestellung der Beschreibung als Kulturkonflikt

Viele Vertreter der herrschenden Meinung versuchen die gängige Beschreibung als Kulturkonflikt in Frage zu stellen und somit die Problemlage neu zu beschreiben. So führt beispielsweise *Grünwald* an, dass sogar das türkische Recht die Blutrache als qualifizierten Fall des Totschlags seit 2005 annimmt.⁴⁹ Dagegenzuhalten ist allerdings, dass in vielen Gebieten der Türkei Ehrenmorde kulturell akzeptiert sind, sogar die Gerichte interpretieren die Gesetze restriktiv und zeigen eine große Verständnisbereitschaft.⁵⁰ Da solche soziale Normen Parallelen zum „Gewohnheitsrecht“⁵¹ aufweisen, das auch der türkische Gesetzgeber bekämpfen will, sollte dies auch durch das deutsche Recht bekämpft werden. Da es aber an tatgerichtlichen Feststellungen fehlt, ob der Ehemann nach anatolischen Wertvorstellungen seine Frau töten oder misshandeln darf, kann man nicht davon ausgehen, dass die

Tötungshandlungen, die die deutschen Gerichte betreffen, wirklich in Übereinstimmung mit den kulturellen Wertvorstellungen aus der Heimat des Täters stehen.⁵² Diese Argumentation hat nur eine begrenzte Reichweite, da zwar die Mehrheit der Täter türkischer Herkunft ist, ist aber auch nur für diese Mehrheit das türkische Recht von Bedeutung. Bezieht man das auf den Fall des integrationsunfähigen Chinesen, der seine Frau getötet hat, dann wäre dieser Fall nicht mit einem Verweis auf das türkische Recht zu lösen. Es lässt sich auf der empirischen Ebene also nicht feststellen, ob die rechtlichen oder sozialen Normen des Herkunftslandes ausschlaggebend sein sollen. Durch die normative Auslegung lässt sich ein Maßstab gewinnen, dem es zur Bewertung und Selektion des Empirischen gefehlt hat.⁵³

3. Normative Argumente

a) Der Vergleich mit anderen Mordmerkmalen

Valerius führt an, dass der Vergleich mit den anderen katalogisierten Beweggründen des § 211 StGB für einen objektiven allgemeingültigen Maßstab spricht. Wenn der Täter sein Opfer beispielsweise aus rücksichtslosen Streben nach Gewinn, also aus Habgier tötet, dann verwirklicht der Täter auch dann einen Mord, wenn er aus einem Umfeld entstammt, „in dem materieller Wohlstand zum primären Lebensziel erhoben wird und daher sein Verhalten nicht als besonders verachtenswert erscheint“⁵⁴. Auch hier findet eine Bewertung allein vom Standpunkt der deutschen Rechtsgemeinschaft statt, die *Valerius* zu einem Analogieschluss führen. Dem steht aber entgegen, dass die anderen genannten Mordmerkmale des § 211 StGB auch im Sinne der Mindermeinungen eine logisch gleichwertige Schlussfolgerung gestatten. Da Tötungen aus Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Mordlust nicht nur nach den Wertvorstellungen der Deutschen, sondern auch nach den hierzulande lebenden Kulturkreisen besonders verächtlich sind, könnte man mit dem gleichen Recht behaupten, dass die Tötungshandlungen gerade deshalb als niedrig anzusehen sind.⁵⁵

⁴⁵ *Greco*, ZIS 2014, 309 (312 ff.).

⁴⁶ LK-StGB/*Jähnke*, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 37.

⁴⁷ *Greco*, ZIS 2014, 309 (313).

⁴⁸ https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/_inhalt.html (abgerufen am 21.11.2020).

⁴⁹ *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (3, 4).

⁵⁰ *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (96); *Çakir-Ceylan* (Fn. 12), S. 254.

⁵¹ *Rohe*, JZ 2007, 801 (805).

⁵² *Greco*, ZIS 2010, 309 (313).

⁵³ *Greco*, ZIS 2010, 309 (313).

⁵⁴ *Valerius*, JZ 2008, 912 (916).

⁵⁵ *Greco*, ZIS 2014, 309 (314).

b) Das Gleichbehandlungsgebot

Man könnte auch eine Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 GG in Betracht ziehen. Nach dem Wortlaut des Art. 3 GG sind dementsprechend alle Menschen vor dem Gesetz gleich und niemand darf wegen seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauung benachteiligt oder bevorzugt werden. Die Argumentation, dass nur die Bewertung der niedrigen Beweggründe anhand der deutschen Wertvorstellungen eine gleichmäßige Rechtsanwendung garantiert, ist einseitig beleuchtet. Argumentiert man aus der Sicht des Täters und lehnt die anderen Ansichten ab, so würde das auch gegen das Gleichheitsgebot verstoßen, weil man ihn aufgrund seines Glaubens bzw. seiner fremden Wertvorstellungen benachteiligen würde. Aus dem Blickwinkel des Opfers stellt der gleiche Aspekt eine Privilegierung des Täters aufgrund seiner anderen Wertanschauungen dar. Rohe formuliert es drastischer und äußert die Befürchtung, dass dadurch bestimmte Bevölkerungsgruppen zu „Opfern minderer Schutzwürdigkeit degradiert“⁵⁶ werden. Anhand dieser Ausführung ist es jedoch immer noch nicht möglich ohne einen Maßstab, an dem Ungleichheit und Gleichheit gemessen werden sollen, zu urteilen.

c) Das Gebot der Toleranz

Des Weiteren ist auch an das Gebot der Toleranz zu denken, welches *Fabricius* auf kultur-relativistische Erwägungen stützt. Demnach gibt es keine gültigen intersubjektiven und interkulturellen Maßstäbe, um zu begründen, wieso das hiesige Verbot von Ehrenmorden den anderen kulturellen Geboten moralisch überlegen sein soll. Es ist selbst als verächtlich anzusehen, wenn man die Wertvorstellungen, die gegen die der deutschen Bevölkerung frontal widersprechen, als niedrig zu bewerten.⁵⁷ Dagegen spricht die Aussage von *Küper*, dass eine derart entwickelte Rechtsordnung, wie sie in Deutschland existiert, den Einfluss rückständig-menschenverachtender Traditionen entscheiden ablehnen muss.⁵⁸ *Greco* ist der Ansicht, dass das Toleranzargument, das sich auf eine kulturrelativistische Position bezieht, die äußerste Unplausibilität des Kulturrelativismus sei, da dieser Ansatz nur die eigenen Geltungsansprüche zu einer bloß kulturinternen

Angelegenheit relativierte.⁵⁹ Als Angehöriger einer intoleranten Kultur, dürfte man die Gebote bzw. Verbote der Rechtsordnung unbeachtet lassen. *Greco* führt Beispiele wie die Abschaffung der Todesstrafe oder Sklaverei an, die nicht nur kulturintern positiv anzuerkennen sind. Genauso wenig ist zu behaupten, dass das Nazi-Regime oder das heutige deutsche Rechtssystem gemessen an intersubjektiven Maßstäben als gleichwertig zu interkulturellen Maßstäben zu erachten sind. Im Zusammenhang folgt daraus, dass Zwangsehen, Genitalverstümmelung bei Frauen oder unbedingter weiblicher Gehorsam gegenüber dem Ehemann objektiv nicht gleich gut sind, wie die diesbezüglichen Verbote.⁶⁰ Man muss das Gebot der Toleranz also ohne kulturrelativistische Hintergründe betrachten. Echtes tolerantes Verhalten zeichnet sich durch die Anerkennung eines Andersdenkenden aus, obwohl man sich seiner Sache absolut sicher ist. Übertragen auf die Anwendung des Rechts, ist dieses Argument dennoch fragwürdig, da sich das Recht nicht die Sichtweise oder die Überzeugungen des Täters oder Terroristen aneignen darf.⁶¹ Das Recht verlangt nur die Einhaltung der äußeren Verhaltensstandards und nicht die innere Überzeugung, die Werte der Gebote zu achten.⁶² *Grünwald* beruft sich auf eine Unterscheidung von *Kant* nach Moralität und Liberalität des liberalen Staates.⁶³ So darf der Täter, der die Rechtsordnung bzw. die Rechte durch sein äußeres Verhalten positiv missbilligt und geringschätzt, nicht erwarten, besser gestellt zu werden, dabei ist es egal, ob das missbilligende Verhalten auf kulturellen Ursachen oder persönlichen Entscheidungen beruht. Weiter führt *Greco* an, dass die Täter, die die Werte der deutschen Rechtsordnung ablehnen, obwohl die persönliche Aneignung rechtlich geboten wäre, zu einer Berufung auf Toleranz führen würde.⁶⁴

4. Moralität und Legalität

Die bisherigen Ansätze führen zu keiner echten Lösung. Es stellt sich die Frage, ob die niedrigen Beweggründe deshalb richtigerweise moralitätsbezogen gedeutet werden müssen. Der Ausgangspunkt dieser Überlegung ist demnach, dass Mord aus niedrigen Beweggründen schwerste Schuld verwirklicht, für den

⁵⁶ *Rohe*, JZ 2007, 801 (805).

⁵⁷ *Fabricius*, StV 1996, 209 (210).

⁵⁸ *Küper*, JZ 2006, 608 (610).

⁵⁹ *Greco*, ZIS 2014, 309 (314).

⁶⁰ *Greco*, ZIS 2014, 309 (315).

⁶¹ MüKo-StGB/*Schneider*, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 108.

⁶² *Jakobs*, ZStW 2006, 839 (844).

⁶³ *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (114 ff.); *Greco*, ZIS 2014, 309 (315).

⁶⁴ *Greco*, ZIS 2014, 309 (315).

die Rechtsordnung die Höchststrafe androht.⁶⁵ Schwerste Schuld kann einerseits die selbstständige schwere Schuld sein, sprich der Täter wird zum eigenständigen Träger des Unwertes der Schuld. Andererseits kann man schwerste Schuld als einen Reflex schwersten Unrechts begreifen, der es gestattet, wie bei einem Filter den bestehenden Unwert des Unrechts dem Täter persönlich anzulasten.⁶⁶ Bestimmt man den Gehalt der Schuld, so kann man den Grenzfall schwerster Schuld inhaltlich kenntlich machen.

a) Der Ehrenmörder

In der zweiten Phase der Rechtsprechung berief sich der BGH auf das Schuldprinzip, welches auch das Hauptargument derer ist, die auf die Wertung der kulturellen Minderheiten abstellen wollen.⁶⁷ Gesprochen wird dabei von einer Gesamtwürdigung, allerdings werden im Rahmen der Gesamtwürdigung nur relevante Umstände des Einzelfalls gewürdigt. Für die Abgrenzung von Irrelevantem und Relevantem, ist ein bestimmtes Verständnis von Schuld nötig.⁶⁸

aa) Schuld in Bezug auf Moralität

Nach dem Verständnis des Schuldbegriffs von Köhler, ist die Strafrechtsschuld demnach Willensschuld, also die willentliche Entscheidung für das Unrecht. Gegenstand der Bewertung von Schuld ist die rechtsindifferente oder rechtsfeindliche Motivation des Täters. Seine Schuld besteht darin, dass der Täter sich die Maßstäbe nicht zu eigen gemacht hat. Daraus folgt, dass die Berufung auf einen gewissen ethischen Allgemeinanspruch bzgl. der Tatmotivation nicht als niedrig eingestuft werden darf. Niedrige Beweggründe sind also solche, die Ausdruck einer extremen selbstsüchtigen Motivation darstellen, die die Höchststrafe für die Höchstschuld darstellen.⁶⁹ Sehr kritisch wird dieser Ansatz von Greco beleuchtet, denn es wäre somit keine Einstufung als niedrig mehr möglich, wenn selbst abwegigste Standpunkte mit einem Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit vertreten werden können, da keine Selbstsucht vorliegen würde. Verdeutlicht wird dies durch das Beispiel des extrem antisemitischen Mannes, der sich und seine Frau töten würde, wenn sich später herausstellt, dass er oder sie jüdischer Herkunft entstammen.⁷⁰ Im Rahmen des herrschenden normativen Schuldbegriffs, stellt sich die Frage, ob

sich in den vorliegenden Fällen des Ehrenmordes nicht eine Willensbildung äußert, die im höchstmöglichen Maße vorwerfbar ist. Der normative Schuld begriff beschreibt die Schuld als Vorwerfbarkeit der Willensbildung des Täters, die die Gebote und Verbote missachtet. Ein solches Schuldverständnis ist deshalb moralitätsbezogen, da die Motivation des Täters an das Recht gebunden ist. Wenn der Täter sich also alle Motive zu eigen macht, die den Geboten und Verboten des Rechts entgegenstehen, ist höchste Schuld verwirklicht worden, da er sich nicht auf die Motive, die auf der Basis des Rechts stehen, zu eigen machte. Deshalb sind niedrige Beweggründe anzunehmen.⁷¹ Besonders schwer ist die moralitätsbezogene Beurteilung deshalb, weil die Fälle des Ehrenmordes aus zwei relevanten Elementen bestehen. Das eine Element beinhaltet den Verstoß des Täters gegen moralisch fundierte Prinzipien, dass für die höchste Schuld spricht. Das andere Element bezieht sich auf das Unwissen bzgl. der Prinzipien des Täters, der nach anderen Werten und Maßstäben sozialisiert wurde, weshalb die Verwirklichung von höchster Schuld nicht vorliegt. Indem Fall, bei dem der Täter das erste Element erfüllt, aber nicht das zweite, sprich er kennt die Prinzipien gegen die er verstößt, wird die wirkliche höchstmoralische Schuld verwirklicht. Deshalb sollte für diejenigen, die die Werte und Prinzipien nicht verinnerlichen konnten, Nachsicht geübt werden. So sind Ehrenmorde, bei denen der Täter beide Elemente erfüllt, nur als Totschlag einzustufen, da dies sonst eine Privilegierung des Täters, dessen moralische Willensschuld um einiges höher anzusehen ist, darstellt. So auch Greco, der weiter anführt, dass die Tatgerichte dem BGH nicht Folge leisten, indem sie sich weigern das Motiv der Ehre als niedrige Beweggründe anzusehen.⁷²

bb) Schuld in Bezug auf Legalität

Betrachtet man die Schuld des Ehrenmörders im Rahmen des funktionalen Schuld begriffs, so „werden Schuld begründung und Schuld ausschluss nach dem Interesse der Gesellschaft an Normstabilisierung gemessen“⁷³. Jakobs ist der Meinung, dass Schuld etwas sei, das aufgrund der Bedürfnisse der Gesellschaft dem Täter zugeschrieben werde, die aber von einer Schuldzurechnung absehen könnte, wenn solche Taten

⁶⁵ Küper, JZ 2006, 608 (611).

⁶⁶ Greco, ZIS 2014, 309 (315).

⁶⁷ Baumeister (Fn. 25), S. 149; Köhler, JZ 1980, 238 (240 f.); Saliger, StV 2003, 22 (23).

⁶⁸ Greco, ZIS 2014, 309 (316).

⁶⁹ Köhler, JZ 1980, 238 (240).

⁷⁰ Greco, ZIS 2014, 309 (316).

⁷¹ Vgl. Greco, ZIS 2014, 309 (316).

⁷² Greco, ZIS 2014, 309 (317).

⁷³ Greco, ZIS 2014, 309 (317).

eine Ausnahme blieben.⁷⁴ Da in Deutschland Millionen fremd sozialisierte Menschen leben, besteht wohl die Verpflichtung des Staates sich mit den allgemeinen Anpassungsproblemen jener als eigene Angelegenheit zu befassen.⁷⁵ Anhand dieser Anpassung an die Normstabilisierung ist der Ehrenmord regelmäßig als Mord aus niedrigen Beweggründen einzustufen. Dagegen spricht allerdings, dass der funktionale Schuldbegriff das Anliegen ignoriert, dem Täter gegenüber seine Strafe zu rechtfertigen, da dieser im Interesse anderer nur instrumentalisiert wird.⁷⁶ Dieser Ansatz zeigt dem Täter also nicht, warum er schuldig ist. Eine weitere Möglichkeit Schuld in Bezug auf Legalität zu ergründen, zeigt *Greco* auf, indem er den Gedanken von *Feuerbachs*, Schuld sei nur eine unkluge Entscheidung für die eigene Bestrafung, fortführt. Die Strafe wird demnach begründet, weil der Täter durch sein strafbares Verhalten selbst Strafe auf sich zieht. Der Täter muss damit rechnen, wenn er sich in einem fremden Staat aufhält, dass in diesem andere Maßstäbe als die seiner Heimat herangezogen werden. Bezieht man das auf die Aussagen von *Jähnke*⁷⁷ und die Andeutungen der Rechtsprechung, dass der Täter sich vor einem deutschen Gericht mit einem hierzulande gültigen Wertmaßstab zu verantworten hat, dann findet man mit dem klugheitsbezogenen Schuldbegriff einen festen normativen Rückhalt. Es wäre unklug zu denken, dass es anders sei. Dabei wird dem Fremden auch nur die äußere Einhaltung der Regeln in dem Staat, in dem er sich befindet, zugemutet. Ein weiterer Vorteil ist, dass dieser Ansatz dem Täter zeigt, wieso dieser selber schuld ist. Kritisch zu betrachten ist allerdings, dass dieser Ansatz zu keiner eigenständigen Bestimmung höchster Schuld führt, die unabhängig vom Unrecht der Tat ist. Dem Täter wird die Schuld vollumfänglich zugerechnet, da es von ihm unklug ist, eine andere Strafe, die der Gesetzgeber für dieses Verbrechen erachtet, zu erwarten. Ob diese vollumfängliche Schuld des Täters allerdings für die geforderte Höchstschuld bei Mord ausreicht, hängt davon ab, ob durch den Ehrenmord auch höchstes Unrecht verwirklicht wurde.⁷⁸

b) Der Ehrenmord

Der Fall von höchster Schuld (Mord aus niedrigen Beweggründen) ist nur dann gegeben, wenn höchstes Unrecht verwirklicht wurde, was bedeutet, dass zu dem

Unrechtselement des Totschlags noch ein weiteres enormes unrechtserhöhendes Element hinzutreten muss, um einen Mord zu begründen. Unter diesen Gegebenheiten argumentiert die Rechtsprechung, der Ehrenmörder misst sich die Position eines Richters und Henkers an, weshalb ein Mord vorliegt. Dem Mordtatbestand wird dadurch die Rechtspflege als ein weiteres Rechtsgut zugeordnet.⁷⁹ Angriffe gegen die Rechtspflege stellen häufig nur Vergehen da, die nach § 12 StGB im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe unter einem Jahr oder Geldstrafe bedroht sind. So ist es un schlüssig, das Unrecht eines Totschlags auf das Niveau eines Mordes anzuheben, wenn diesen Vergehen nur eine geringe Gewichtung zufällt. Die Einstufung zum Mord wird also dadurch begründet, dass der Täter neben dem verwirklichten Totschlag auch die Rechtspflege des Staates angegriffen hat.⁸⁰ Dazu lässt sich nur sagen, dass der Gesetzgeber wollte, dass dem Rechtsgut Leben ein höherer Schutz zukommt als dem Rechtsgut der Rechtspflege. Das lässt sich anhand der Systematik des Strafgesetzbuches festmachen, sowie der angedrohten Strafe und dem Wortlaut des § 211 StGB. Das Unrecht widerfährt aber dem Opfer, nicht dem Staat. Für die Täter der Ehrenmorde ist es eine höchstpersönliche Angelegenheit, da sie sich durch das Verhalten des Opfers entehrt fühlen. Den Opfern von Ehrenmorden werden oft fundamentale Rechte abgesprochen, wie das Recht auf ein selbstbestimmtes Leben. Der Täter bestimmt also wann das Leben des Opfers endet und zusätzlich will er auch den Inhalt des Lebens seines Opfers bestimmen. Aus diesen Gründen wird von dem Täter höchstes Unrecht verwirklicht, weshalb ein Ehrenmord einen Mord aus niedrigen Beweggründen darstellt und somit die Höchststrafe verdient.⁸¹ Dieser Ansatz wird auch von der Rechtsprechung durch die Ergebnisse bestätigt. Mord ist aber auch weiterhin in anderen Fällen anzunehmen, die auch das höchste Unrecht des Mordes verwirklichen.

c) Zwischenergebnis

Wenn das Strafrecht eine Unterteilung in Moralität und Legalität vornimmt, dann wird es weniger Schwierigkeiten haben, Taten die aufgrund anderer kultureller Wertvorstellungen von Minderheiten beruhen, zu beurteilen. Weder die moralischen Überzeugungen der Minderheit, noch die der Mehrheit liegen im Fokus. Ein Mord ist also deshalb anzunehmen, weil

⁷⁴ *Jakobs*, ZStW, 2006, 839 (850).

⁷⁵ *Jakobs*, ZStW, 2006, 839 (848).

⁷⁶ *Greco*, ZIS 2014, 309 (317).

⁷⁷ LK-StGB/*Jähnke*, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 37.

⁷⁸ *Greco*, ZIS 2014, 309 (317, 318).

⁷⁹ *Greco*, ZIS 2014, 309 (318).

⁸⁰ *Greco*, ZIS 2014, 309 (318).

⁸¹ *Greco*, ZIS 2014, 309 (318).

durch die Taten höchstes Unrecht verwirklicht wird, da nicht nur das Rechtsgut Leben, sondern auch das Recht auf eine autonome Lebensgestaltung verletzt wird. Die Schuld wird den Tätern auch vollumfänglich angelastet, da Schuld als unkluge Willensbildung, die Strafe auf sich zieht, angesehen wird. Deshalb ist ein Mord begründet. In diesem Zusammenhang wurde allerdings kaum noch von Beweggründen gesprochen, da der Ausgangspunkt von der Unterscheidung der Legalität und Moralität stattgefunden hat.⁸² Niedrige Beweggründe sind also der Ausdruck von höchster Schuld und höchsten Unrechts.

D. Fazit

Eine solche Bewertung eines Ehrenmordes nach den erfolgten Kriterien, wie auch *Greco* es tat, scheint vorzugswürdig. So ist ein Täter, der einer vermeintlichen Ehrverletzung erliegt und diese durch eine Tötungshandlung wiederherzustellen versucht, wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen nach § 211 Abs. 1, Abs. 2 Grp. 1 Var. 4 StGB zu verurteilen. Die subjektiven Aspekte der Rechtsprechung sollten auch weiterhin Anwendung finden. Es ist von einem Tatbestandsirrtum auszugehen, wenn der Täter die Umstände nicht kennt, die höchstes Unrecht begründen. Ein Mord ist nicht zurechenbar, wenn der Täter aufgrund seiner Persönlichkeit unfähig ist, eine kluge Entscheidung zu treffen. Anhand dieser Aspekte werden auch die gesellschaftlichen Zwänge, denen der Täter obliegt, berücksichtigt. Um die Interessen der hierzulande lebenden Menschen, die andere Wertvorstellungen teilen und eine größere Gewichtung auf die äußere Ehre legen, ernst zu nehmen, könnte man in diesem Zusammenhang die Familie als beleidigungsfähig erachten. Man könnte auch die §§ 185 ff. StGB verschärfen, um der Ehre wieder mehr Ausdruck als Rechtsgut zu verleihen. Kulturen verändern sich ständig, weshalb es wichtig ist, diese Veränderungen anzunehmen. In den Fällen, in denen sich verschiedene Familien bekriegen, könnte dies ein kleiner erster Schritt zur Verringerung der Opfer von Blutrache sein. Freilich, kann man das nicht auf den Ehrenmord, der an weiblich, unterdrückten Opfern verübt wird, in Betracht ziehen. Weitere Versuche eine faire und gerechte Lösung zu finden, resultieren in dem Ergebnis der längst überfälligen Reform der Tötungsdelikte.

⁸² *Greco*, ZIS 2014, 309 (319).

Der Jurist – ein arm Ding?

– Absolventenrede bei der Examensfeier des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg des Jahrgangs 2021/2022 am 8. Juli 2022 in der Alten Aula –

Von Wiss. Mitarbeiter **Jonatan Gebhardt** und Wiss. Mitarbeiter **Alexander Schneider**, Marburg*

Gebhardt: Sehr geehrte Frau Vizepräsidentin *Pankuweit*, Eure Spektabilität, sehr geehrte Frau Professorin *Auer*, sehr geehrte Damen und Herren, liebe Mitabsolventen!

Es ist vollbracht! Auch wenn es für manche schon wieder etwas her ist, liegen für die meisten von uns mindestens fünf Jahre Studium hinter uns, von denen zumindest die letzten zwei für fast alle sehr anstrengend waren. Was vor einigen Monaten noch unerreichbar weit entfernt schien, dürfen wir heute feiern: Wir haben es tatsächlich geschafft! Was für eine Befreiung! Und deshalb ist es passend, dass wir heute im schönsten und ehrwürdigsten Saal der Universität feiern – wenn man mal vom juristischen Seminar absieht natürlich.

Wir wollen die Zeit nochmal kurz Revue passieren lassen. Dabei gilt aber natürlich wie immer, ich kann Sie beruhigen, das Mantra eines unserer erfahrensten Professoren: Das müssen Sie jetzt nicht mitschreiben! Es reicht, wenn Sie das mal gehört haben!

Schneider: Wir könnten jetzt detailliert unsere gesamte Studienzeit abklappern, beginnend mit der OE-Woche, wo die meisten Semester noch aus ca. 300–400 Mitstreitern bestanden, über die ersten Vorlesungswochen, Klausuren- und Hausarbeitenphasen in der Bibliothek. So erinnere ich mich beispielsweise noch an meine – und ich betone – allererste Vorlesung, die einige von euch auch miterlebt haben dürften: Es handelte sich um BGB AT. Wir haben direkt einen Fall ausgeteilt bekommen, in dem sich der Kaufmann *Horten* durch ein Spottgedicht eines Herrn *Delius* in seiner Ehre verletzt gefühlt hat und nun gegen die Verbreitung des Gedichts vorgehen wollte. Zu prüfen war hier letztlich – natürlich, wie hätte es anders sein sollen in der ersten Stunde – ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB in analoger Anwendung i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Allgemeinen

Persönlichkeitsrecht, das wiederum hergeleitet wird aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes. Verstanden habe ich in dieser Vorlesung selbstverständlich: gar nichts!

Und ich zweifelte grundlegend an meinen intellektuellen Fähigkeiten, als ich danach fieberhaft versuchte, herauszufinden, wie man einfach irgendeinen Paragraphen heranziehen kann, in dem ausschließlich etwas über das Eigentum steht und dann offenbar so tun kann, als würde dieser Paragraph auch etwas über die persönliche Ehre aussagen.

Aber ich durfte lernen, was, denke ich, viele von uns im Laufe des Studiums immer wieder festgestellt haben: Nur weil manches in Jura auf den ersten Blick keinen Sinn ergibt, heißt das noch lange nicht, dass man es auf den zweiten Blick versteht.

Erst mit der Zeit entwickelte sich so etwas wie juristisches Denken und es hat sich uns teilweise sogar eine gewisse Logik offenbart.

Klar, warum der BGH Mord und Totschlag als zwei selbständige Delikte anerkennt und nicht als Grunddelikt und Qualifikation, erschließt sich nach wie vor nicht, aber gut: das ist ja auch nur Strafrecht.

Wenn wir ehrlich sind, feiern wir aber heute in erster Linie nicht aufgrund dieser ersten drei bis vier Jahre Studium, die auch manche Annehmlichkeiten mit sich brachten, sondern wohl vor allem aufgrund der letzten beiden Jahre.

Gebhardt: Examensvorbereitung. Wie ein mächtig emporragerender und unbarmherziger Berg erschien nun plötzlich ganz real das Examen am Horizont. Der Weg dahin? Beschwerlich. Bei nicht wenigen: 75 Wochen. Ich weiß nicht, wie viele von Ihnen schon einmal versucht haben, ein 75 Wochen entferntes Ziel zu erreichen, für das man von nun an mehr oder weniger jeden einzelnen Tag ganz allein viele Stunden am Schreibtisch sitzen und eine unüberblickbare Menge

* *Jonatan Gebhardt* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht und Römisches Recht von Prof. Dr. *Constantin Willems* an der Philipps-Universität Marburg. *Alexander Schneider* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für das Recht der Digitalisierung, Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Sebastian Omlor* an der Philipps-Universität Marburg.

an Wissen möglichst tief in seinem Gehirn verankern muss – aber ich kann Ihnen aus Erfahrung sagen: eine einzige von diesen 75 Wochen vergeht langsam. Sehr langsam!

Nicht wenige von uns haben in dieser Zeit über 50 Übungsklausuren geschrieben. Bei fünfstündigen Klausuren sind das zusammengerechnet allein 250 Stunden, also knapp 10 ½ Tage und Nächte ununterbrochene Schreibezeit. Pro Klausur bitte möglichst 15 bis – sagen wir – 45 Seiten. Deshalb galt die Devise: möglichst wenig *trinken* bzw. möglichst taktisch *pinkeln*, damit nicht wertvolle Schreibzeit verloren geht. Und das alles bei vielen von uns an Samstagvormittagen, an denen man sich sicherlich auch Schöneres vorstellen kann. Wohlgermerkt nach einer vollen Woche mit hysterischen Repetitoren, stundenlangem Starren auf Karteikarten und dem Nacharbeiten der letzten Klausur – leider nicht bestanden – mit der in der Regel zwar äußerst spärlichen, dafür aber umso demotivierenderen Korrektur.

Nicht wenige von uns haben in dieser Zeit auch mit ernsthaften psychischen und körperlichen Problemen zu kämpfen gehabt: Schlafstörungen, Fressattacken, Nervenzusammenbrüche, Sehnenscheidenentzündungen an der Schreibhand und nicht zuletzt Alpträume über plötzlich auftauchende, noch nicht auswendig gelernte Argumente zur Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung waren an der Tagesordnung. Bei mir persönlich hat ab einem gewissen Zeitpunkt zum Beispiel einfach der Daumen der Schreibhand wild angefangen zu zucken und ich hatte keine Kontrolle mehr darüber. Das tut er übrigens bis heute gelegentlich.

Ich könnte jetzt noch deutlich mehr aufzählen. Aber das Schöne ist, liebe Mitabsolventen: Das alles liegt jetzt hinter uns! Egal was für eine Note dabei am Ende herausgekommen ist: Wir haben den Berg tatsächlich erklommen!

Schneider: Was nehmen wir jetzt mit aus dieser Zeit außer vielleicht körperlichen Zuckungen und einem leichten psychischen Knacks? In jedem Fall konnten wir durchgängig Demut und Durchhaltevermögen lernen, denn wenn eins sicher war, dann, dass auf seltenen Erfolg umso größerer Frust folgen würde. Mit 6 von 18 Punkten lag man über dem Durchschnitt, mit 10 Punkten bei den besten 5 % und 18 Punkte existieren sowieso nur in der Theorie. Selbst für das Bestehen, also für eigentlich gerade mal vier magere Pünktchen, war es nicht ausreichend, bloß zu wissen, dass *Haakjö-ringsköd* Wal- und nicht Hafischfleisch bedeutet,

sondern hierfür wurde *schon* das Wissen erwartet, dass ein versteigerter unerfahrener Junghengst mit der Trennung von der Mutterstute und dem Eintritt seiner Geschlechtsreife aufgrund erhöhter Verletzungsgefahren infolge seines triebgesteuerten Paarungsverhaltens als “gebraucht” gilt und damit die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf möglicherweise doch nicht mehr anzuwenden sind.

Außerdem hat es seit Beginn des Studiums eigentlich niemanden mehr interessiert, ob wir in den Vorlesungen und Arbeitsgemeinschaften anwesend waren oder diese zumindest nachgearbeitet haben. Viele mussten so auf die harte Tour lernen, sich selbst zu organisieren und zu strukturieren. Ich bin aber überzeugt, dass wir alle heute hier nicht anwesend wären, wenn wir uns diese Selbständigkeit nicht – zumindest in einem gewissen Maß – angeeignet hätten.

Gebhardt: Und jetzt? Jetzt dürfen wir den wunderschönen Ehrentitel “geprüfte Rechtskandidaten” tragen – und setzen uns zufrieden und lebenssatt zur Ruhe. Das ist natürlich Blödsinn! *Martin Luther*, der es selbst nur ein paar Wochen im Jurastudium aushielt, hat mal gesagt: “*Ein Jurist, der nicht mehr als ein Jurist ist, ist ein arm Ding.*” Und so gibt es für uns im Leben nach dem Examen weitere Ziele zu erreichen, sei es im privaten oder beruflichen Bereich. Einige von uns haben schon mit dem Referendariat angefangen, andere externe Arbeitsstellen angenommen und wieder andere haben des Wahnsinns noch nicht genug und wollen der Uni für eine Promotion treu bleiben.

Wir machen also eine Erfahrung, die wir vielleicht so ähnlich schon einmal nach dem Abitur erlebt haben und die wahrscheinlich fast alle hier in diesem Raum kennen: Auch wenn das nächste zu erreichende Ziel häufig so erscheint, als sei es das ultimative, mit dem man es dann wirklich endgültig geschafft hat, bleibt meistens nur ein kurzer Freudenmoment und kurz danach jagen wir schon wieder den nächsten Zielen nach.

Und die Frage, die wir uns in diesem Hamsterrad früher oder später wahrscheinlich alle einmal stellen, ist: Was ist eigentlich mein Kompass bei alledem? Worin finde ich denn Halt in aller Unbeständigkeit? Und gibt es etwas, das mich durchträgt, auch in schweren Phasen (wie der Examensvorbereitung) oder wenn ich meine Ziele auch mal nicht erreiche – lassen Sie uns an dieser Stelle auch an all diejenigen denken, die heute auch gerne hier säßen, dies aber nicht geschafft haben, und sich jetzt beruflich und in ihrem Leben komplett neu orientieren müssen.

Für uns persönlich – das wollten wir am Ende gerne noch erzählen – war das in der ganzen zurückliegenden Zeit vor allem unser Glaube an *Jesus Christus*. Wir haben es wirklich so erlebt, dass er unsere Kraftquelle war, uns zusammengeschweißt hat und dass wir durch ihn wussten, dass unser Wert – egal, was passiert – nicht in unseren Leistungen und Noten liegt. Und dafür sind wir sehr dankbar!

Schneider: Danken wollen wir zum Abschluss aber auch, und ich glaube, hier kann ich stellvertretend für alle Absolventen sprechen, allen denjenigen, die uns auf dem Weg zum Examen begleitet haben. Dazu gehören vor allem auch diejenigen Professoren, die sich mit Herzblut für die Lehre und Ausbildung von uns Studenten eingesetzt, die Vorlesungen gut aufbereitet und spannend gestaltet oder entsprechendes Material konzipiert haben. Zudem durften wir davon profitieren, dass sich die Bedingungen für Examenskandidaten in Marburg in den letzten Jahren durch Angebote wie die Klausurenklinik oder die Schaffung des Marburger UniRep-Teams, dem wir an dieser Stelle auch ganz herzlich danken wollen, deutlich verbessert haben. Schließlich sind wir auch jedem Korrekturassistenten dankbar, der sich trotz bescheidener Bezahlung Zeit genommen und auch mal mehr an den Rand geschrieben hat als nur: “abwegig”, “völlig unvertretbar” oder “nein”.

Ganz persönlich wollen wir uns bei unseren Familien, und vor allem bei unseren Eltern bedanken, die uns immer den Rücken freigehalten und uns gestärkt haben, sodass wir uns voll auf das Studium konzentrieren konnten.

Gebhardt: Ich möchte zusätzlich auch noch ganz besonders meiner Verlobten danken, die ich – trotz aller Entbehrungen, die sie in den letzten Jahren an meiner Seite erleben musste – tatsächlich in 3 ½ Wochen heiraten darf!

Jetzt wünschen wir aber Euch allen, liebe Mitabsolventen, viel Erfolg auf Euren weiteren Wegen, einen guten Kompass und Weisheit an allen Weggabelungen! Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Buchrezension: *Markus Sehl: Was will der Gesetzgeber?, Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, 263 S., 68,- €*

Von Stud. Hilfskraft **David Filip**, Marburg*

Der sog. „*Wille des Gesetzgebers*“ taucht in vielen Urteilen auf. Oft wird er als Argumentationshilfe im Rahmen der „historischen Auslegung“ herangezogen.¹ Diese Methode nutzte beispielsweise auch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2002, als es über die Frage zu entscheiden hatte, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber dem Bundesgesetzgeber einen Beurteilungsspielraum beim neugefassten Art. 72 Abs. 2 GG einräumen wollte.² Das Gericht kam zum Ergebnis, dass ein solcher Spielraum „in klarem Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen“ stehe.³

Auch im Studium kommt der „Wille des Gesetzgebers“ vor. So wird er oft als Stütze in einem Meinungsstreit oder zur Ermittlung einer planwidrigen Regelungslücke bei der analogen Anwendung einer Vorschrift verwendet. Jedoch haben die Studierenden mit der eigentlichen Ermittlung des gesetzgeberischen Willens aus den Gesetzesunterlagen wenig zu tun – ihnen wird lediglich das Ergebnis aus Rechtsprechung und Literatur präsentiert. Allenfalls bei einer Haus- oder Seminararbeit kann eine eigene Ermittlung gelegentlich eine Rolle spielen.

Der Grund dafür liegt vermutlich darin, dass die Gesetzesunterlagen ein oft verworrenes und mehrdeutiges Bild der parlamentarischen Meinungsbildung aufzeigen, was die Suche nach einem einheitlichen Willen erheblich erschwert. Kann zwischen so vielen beteiligten Akteuren (Bundestag, Bundesrat, ggf. Bundesregierung) überhaupt ein einheitlicher Wille bestehen? Ist dieser Wille, wenn er irgendwie ermittelbar sein sollte, für eine nachvollziehbare juristische Argumentation geeignet?

A. Inhalt des Werkes

Mit diesen und weiteren Fragen steigt *Markus Sehl* in den Sachverhalt seiner Dissertation ein. Einführend

stellt er fest, dass die Rechtsprechung zwar seit geraumer Zeit mit Gesetzesunterlagen arbeitet, sie aber kaum versucht hat, hierfür geeignete methodische Grundsätze zu entwickeln. Anhand der Darlegung einiger Urteile kommt der Autor schließlich zum schwerwiegenden Vorwurf, dass sich die Methodik der Rechtsprechung bestenfalls im Rahmen „*guter Intuition*“ bewege.⁴ Zugleich steckt er sich das hohe Ziel, selbst eine brauchbare Methodik zu entwickeln.⁵

Weiterführend zeigt der *Autor*, wie Gesetzesmaterialien generell für die Gesetzesauslegung fruchtbar gemacht werden können, welche Unterlagen dafür konkret nützlich sein können und wie dies bisher in der Praxis geschah.⁶

Sodann wird erläutert, wie es möglich sei, aus den vielen in den Gesetzesunterlagen zum Vorschein kommende Willensrichtungen zu einer einheitlichen Interpretation eines Gesetzestextes zu gelangen. Miteinbezogen werden sämtliche Akteure, die von der Verfassung zur Mitwirkung am Gesetzgebungsverfahren berufen sind. *Markus Sehl* setzt dabei Methoden der Sozialphilosophie und Politikwissenschaften ein.⁷

Nach der Darstellung dieser Grundsätze erläutert der *Autor*, wie sie konkret auf die Arbeit des Bundestags angewendet werden können. Er entwickelt einen Maßstab dafür, ab wann genügend geeignete Gesetzesunterlagen existieren, damit ein „Wille des Gesetzgebers“ ermittelt werden kann, der in der juristischen Argumentation tragfähig ist. So sei es etwa möglich, eine historische Auslegung mangels geeigneter Unterlagen schlicht nicht vornehmen zu können. Schließlich wendet er die von ihm herausgearbeiteten Grundsätze auf einige Fälle aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung an, um zu zeigen, dass sie in der Fallanwendung funktionsfähig sind.⁸

* *David Filip* ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für öffentliches Recht von Prof. Dr. *Sebastian Müller-Franken* an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Zur historischen Auslegung siehe *Koch*, *MLR* 2017, 31 ff. und *Dümmler*, *MLR* 2021, 1 (3).

² BVerfGE 106, 62 ff.

³ BVerfGE 106, 62 (142).

⁴ *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, Baden-Baden 2019, S. 32.

⁵ Siehe zu diesem Abschnitt *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, S. 17 ff.

⁶ Siehe zu diesem Abschnitt *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, S. 51 ff.

⁷ Siehe zu diesem Abschnitt *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, S. 85 ff.

⁸ Siehe zu diesem Abschnitt *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, S. 197 ff.

B. Auseinandersetzung

Die Lesbarkeit der Arbeit leidet unter langen verschachtelten Sätzen mit vielen eingeschobenen Adjektiven. Außerdem tendiert der *Autor* an einigen Stellen dazu, seine Ausführungen überflüssig lange auszugestalten, sodass seine Kernaussagen „vor lauter Bäumen“ nicht mehr zu erkennen sind. Darüber hinaus sind die gewählten Worte, wie es von einem Werk aus der juristischen Fachliteratur wohl kaum anders zu erwarten ist, etwas hochgestochen und an manchen Stellen unnötig kompliziert. Trotz dieser Makel ist die Arbeit überwiegend gut lesbar und die Thesen des *Autors* sind nachvollziehbar. Insbesondere die Textstellen, die von einem kurzen Satzbau geprägt sind, machen einen hervorragenden Eindruck.

Hinsichtlich des Erscheinungsbilds des Textes macht der *Autor* leider zu viel Gebrauch von seinen Fußnoten – es werden viele Erwägungen vollständig in die Fußnoten verlagert. Das mag wohl deshalb attraktiv sein, weil damit überflüssige Erwägungen dem Haupttext erspart bleiben. Dadurch erweckt der *Autor* aber den Eindruck, als wäre er sich der Bedeutsamkeit einiger Inhalte selbst nicht sicher. Bei zweifelhafter Relevanz sollte eine Textstelle aber – meiner Meinung nach – ersatzlos gestrichen werden.

Auf inhaltlicher Ebene wäre ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und anderen Verfassungsstaaten wünschenswert gewesen. Dies hätte plastisch zeigen können, ob eine fehlende Methodik für die juristische Arbeit mit Gesetzesunterlagen ein „deutsches“ Problem ist oder ob sich dies auch durch andere Rechtsstaaten zieht.

Lobend hervorzuheben sind allerdings die fachübergreifenden Überlegungen von *Markus Sehl*. Er erkennt an, dass die Rechtswissenschaften allein das Problem der fehlenden Maßstäbe für den Umgang mit Gesetzesunterlagen nicht sachgerecht lösen können, und bedient sich Methoden aus den Werkzeugkästen der Sozialphilosophie und Politikwissenschaften. Diese Instrumente setzt er anschließend geschickt ein. Anerkennenswert ist in diesem Zusammenhang die Herausarbeitung der Gewichtung verschiedener Gesetzesunterlagen. Auch die Herleitung eines einheitlichen „Willen des Gesetzgebers“ gelingt sehr gut; der *Autor* führt letztlich die verschiedenen Willensrichtungen der beteiligten Akteure durch ihre gegenseitige Kompromissbereitschaft auf ein einheitliches Verständnis zusammen.⁹

Darüber hinaus entkräftet der *Autor* ihn widersprechende Thesen mit der nötigen Sorgfalt. Es kann ihm keinesfalls unterstellt werden, sich einfach zu überwindende Argumente, die vermeintlich von der Gegenseite stammen (sog. „Strohmann-Argumente“), in den Weg zu stellen.

C. Fazit

Abschließend ist festzustellen, dass es *Markus Sehl* gelungen ist, sein Versprechen von der Bereitstellung nützlicher Maßstäbe für den Umgang mit Gesetzesunterlagen einzulösen. Ihm gelingt es, dabei gefundene Lösungsansätze sprachlich sauber zu übermitteln. Seine Ausführungen sind stringent, die von ihm entwickelten Grundsätze sind verwertbar. Einerseits sind sie mit ihrer bemerkenswerten Simplizität geeignet, die Nachvollziehbarkeit der „historischen Auslegung“ in Gerichtsentscheidungen und rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen erheblich zu steigern. Andererseits burden sie der ohnehin überlasteten Justiz nicht weitere komplexe dogmatische Konstrukte auf.

Ohne zu viel aus dem Inhalt der Arbeit vorwegzunehmen, rate ich den Leserinnen und Lesern, bei der eigenen Arbeit mit Gesetzesunterlagen den Gesetzentwurf des dazu vom Bundestag beauftragten Ausschusses besonders gut in den Blick zu nehmen. Der Ausschussentwurf sei nämlich das Dokument, welches den Willen des Gesetzgebers am ehesten widerspiegelt.

⁹ Unter dem Stichwort „geteilte Absichten“ besprochen bei *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 109 ff.