

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFÜHRUNG

Fabian von Minckwitz
Paula Köhler
Jan Philipp Wessendorf

REDAKTIONSMITGLIEDER

Kerstin Bechtelheimer
Leander Bücken
Rebecca Chudzinski
Johannes Henkel
Marie-Therese Leipelt
Mira Holland-Moritz
Marie Dorothée Schiffter
Miriam Schmalz
Lena Schönewald
Esra Varlioglu
Wiebke Wedler
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

- Legitimation durch „trial and error“?**
– Reinhold Zippelius' Rechtsphilosophie zwischen Positivismus und Nichtpositivismus
Von Stud. Hilfskraft Georg Binzenhöfer 1-12
- Abschlussklausur im Grundlagenfach Rechtstheorie**
Von Akad. Rat a. Z. Dr. Jonas David Brinkmann 13-16

ZIVILRECHT

- Grundlagen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)**
Von Akad. Rat a. Z. Dr. Johannes Meier, Rukiye Getcosgun und Stud. Hilfskraft Leander Bücken 17-27
- Examensrelevante Änderungen des Personengesellschaftsrecht durch das MoPeG**
Von Akad. Rat a. Z. Dr. Christopher Rennig 28-38
- Verbrauchereigenschaft einer GbR und einer WEG i.S.d. § 13 BGB**
Von Stud. Hilfskraft David Iselborn 39-56
- Qualitätsanforderungen an die Aufklärung bei Coronaimpfungen**
Von Rechtsanwältin Dr. Hans-Bernd Ziegler und Wiss. Hilfskraft Wiebke Wedler 57-62

ÖFFENTLICHES RECHT

- Das Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) der EZB:
Rechtsgrundlage und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**
Von Stud. Hilfskraft Johannes Henkel 63-74
- Grundrechtlicher Schutz von Plattformtätigkeiten – Inhaltmoderation und Meinungskuratierung
im Lichte der Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG**
Von Stud. Hilfskraft Niko Marcel Gräser 75-86

STRAFRECHT

- Sexueller Missbrauch von Personen nach den §§ 174a Abs. 2, 174 c StGB**
Von Stud. iur. Oscar Springmann 87-104
- „The show must go on!“ – Klausur in der Anfängerübung im Strafrecht**
Von Stud. iur. Marie Kaden 105-109

KURZBEITRÄGE

- Interview mit Professor Dr. Boris Burghardt**
Von Redaktion der Marburg Law Review 110-114
- Empirische Rechtsforschung - Bedeutung, Chancen, Herausforderungen sowie Erfahrungen**
Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. Konstanze Rothe und Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Jan Trienekens 115-125
- Buchrezension: Keiser/Oestmann/Pierson (Hrsg.), Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische
Exegese, UTB Verlag, Stuttgart 2022, 520 S., 39,00 €**
Von Stud. Hilfskraft Jann Maatz 126-129
- Buchrezension: Peter Kostorz: Basiswissen Gesundheitsrecht, ESV, Berlin 2020, 158 S., 19,80 €**
Von Stud. Hilfskraft Fabian von Minckwitz 130-133
- Der 2. Cross-Examination Moot Court – Ein Erfahrungsbericht**
Von Stud. iur. Paula Köhler 134-135

IMPRESSUM

© **Marburg Law Review e.V.**

Marburg an der Lahn

gegründet im Jahr 2007

Erscheinungsort: Marburg an der Lahn

KONTAKT:

Marburg Law Review e.V.

p.Adr. Philipps-Universität Marburg

Fachbereich Rechtswissenschaften

Universitätsstraße 6

35037 Marburg

Marburg@law-review.de

Beitrag@law-review.de

ISSN (print) 1866-4415

ISSN (online) 2748-7628

SCHRIFTLEITUNG:

Fabian von Minckwitz

Paula Köhler

Jan Phillipp Wessendorf

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 *Marburg Law Review* steht vor großen Herausforderungen und Veränderungen. Leider haben wir einen erheblichen Mitgliederschwund zu beklagen, da für viele aktive Redaktionsmitglieder nun ihre Zeit in Marburg endet. Damit steht die MLR vor elementaren Nachwuchsproblemen. Die MLR war seit Ihrer Gründung ein wichtiges Medium für die wissenschaftlichen Anfänge der Studierenden an der Philipps-Universität Marburg. In den letzten Jahren hat die MLR auch zunehmend Interesse über die Grenzen Marburgs hinaus gefunden. Es würde uns daher sehr schmerzen, wenn wir diese Aufgabe als gemeinnütziger Verein nicht fortführen könnten. Leider nehmen wir aus gegebenem Anlass vorerst keine neuen Beiträge mehr an. Daher unser dingender Aufruf an alle Interessierten: **„Helft uns, die MLR zu retten!“**

In eigener Sache möchten wir zunächst allen aktiven und ehemaligen Redaktionsmitgliedern, insbesondere auch allen ehemaligen Vorstandsmitgliedern, für ihre langjährige Unterstützung danken. Seit der Gründung sind 21 Ausgaben im Printformat und – mit dieser Ausgabe – vier Onlineausgaben erschienen. Daneben fanden verschiedene Exkursionen und Vortragsabende statt. Wir können stolz auf das Geleistete der letzten Jahre zurückblicken!

In dieser Ausgabe der *Marburg Law Review* werfen wir einen Blick in die Grundlagenfächer „Rechtsphilosophie“, „Rechtstheorie“ und „Rechtsgeschichte“. Ganz aktuell befassen wir uns zudem mit den am 01.01.2024 in Kraft tretenden Änderungen des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG, die Qualitätsanforderungen an die Aufklärung bei Coronaimpfungen, den grundrechtlichen Schutz von Plattformtätigkeiten und stellen Ihnen mit Herrn Professor Dr. *Boris Burghardt* einen neuen Professor des Fachbereichs vor. Daneben erwartet Sie als „Klassiker“ die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) und die Verbrauchereigenschaft einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und einer Wohnungseigentümergeinschaft (WEG). Einen Exkurs bilden die Seminararbeiten zum Pandemic Emergency Purchase Programm (PEPP) der Europäischen Zentralbank und zum Sexualstrafrecht. Praktisch wird es bei der Anfängerklausur im Strafrecht und der kleinen Einführung in die empirische Rechtsforschung sowie dem Erfahrungsbericht zum 2. Cross-Examination Moot Court.

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 für ihre Unterstützung. Einen herzlichen Dank auch an Sie, liebe Leser*innen, für das andauernde Interesse an unserer Zeitschrift.

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 – vielleicht aber letzte – Ausgabe eine anregende Lektüre!



Paula Köhler

Vorsitzende

Fabian von Minckwitz

Chefredakteur
Stell. Vorsitzender

Jan Philipp Wessendorf

Schatzmeister

Legitimation durch „trial and error“?

- Reinhold Zippelius' Rechtsphilosophie zwischen Positivismus und Nichtpositivismus -

Von Stud. Hilfskraft Georg Binzenhöfer, Bayreuth*

Reinhold Zippelius hat es unternommen, die experimentierende Methode, wie sie paradigmatisch in Karl Poppers Wissenschaftstheorie ausgearbeitet ist,¹ auf das Recht zu übertragen.² Die Leitlinien dieser Übertragung sollen hier skizziert werden. Dabei werden insbesondere die Ausführungen von Zippelius zur Legitimation des Rechts und zum Rechtsbegriff in den Blick genommen. Zippelius sieht die einzig mögliche Legitimation staatlichen Handelns im Konsens der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft. Seine Position zum Rechtsbegriff ist weniger klar; sie scheint bisweilen positivistisch, bisweilen nichtpositivistisch zu sein. Obwohl Zippelius selbst im Positivismusstreit konsequenterweise keine bestimmte Position für sich in Anspruch nimmt, wird hier versucht, ihn anhand des quadralen Modells des Verhältnisses von Recht und Moral³ genau einer Position in diesem Streit zuzuordnen.

A. Grundzüge der Rechtsphilosophie von Reinhold Zippelius

Zippelius verknüpft in seinen Arbeiten zwei Leitmotive, die in seinen rechtsphilosophischen Schriften stets wiederkehren: das Motiv des Fallibilismus⁴ (unter A. I.) einerseits und das der Legitimation durch Konsens (unter A. II.) andererseits. Er hat die beiden Motive in mehreren Schriften näher ausgeführt. Maßgeblich, und damit auch für den folgenden Überblick von zentraler Bedeutung, ist seine Methodenlehre⁵, die Rechtsphilosophie⁶ und die Schrift „Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft“⁷.

I. Die experimentierende Methode im Recht

Ausgangspunkt für die Darstellung seiner These, dass eine Methode experimentierenden Denkens auch auf das Recht übertragbar sei, ist die Feststellung, dass sich experimentierendes Denken als bisher „erfolgreichste Methode menschlichen Erkenntnisstrebens“⁸ herausgestellt habe. Die Einsicht, dass sich Fortschritt durch Experimentieren vollzieht, sei nicht nur eine Einsicht von Philosophen gewesen.⁹ Darwin habe

* Der Autor ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie (ÖR IV) bei Prof. Dr. Carsten Bäcker an der Universität Bayreuth. – Der Autor dankt Prof. Dr. Bäcker herzlich für wichtige Anmerkungen bei der Ausarbeitung des Textes.
¹ Frühe Spuren einer solchen Methode meint Popper selbst insbesondere bei den Vorsokratikern, später auch bei Galilei oder Einstein, identifizieren zu können: „Die wahre Erkenntnistheorie [...] ist, wie ich glaube, diese: die wahre Beschreibung einer Praxis, die in Ionien begann und die Eingang in die moderne Wissenschaft gefunden hat [...], nämlich die Theorie, daß die Erkenntnis nur auf dem Weg der Vermutungen und Widerlegungen voranschreiten kann“, K. Popper, Zurück zu den Vorsokratikern, in: H. Bohnet/K. Stadler (Hrsg.), Karl R. Popper. Alle Menschen sind Philosophen, S. 164 (Hervorhebungen beibehalten). – In den philosophischen Schulen der Vorsokratiker habe eine grundlegende Skepsis gegenüber dogmatischen Systemen vorgeherrscht und sich eine „Tradition der kritischen Diskussion“ herausgebildet, in der es möglich und sogar erwünscht war, den Meister und die eigene Schule zu kritisieren und eigene Hypothesen kritisch zu überprüfen: „Daraus folgt fast notwendigerweise die Erkenntnis, daß unsere Versuche, die Wahrheit zu sehen und zu erkennen, nicht endgültig sein können, sondern daß sie verbessert werden können; daß sich unser Wissen und unsere Lehre aus Vermutungen und Hypothesen zusammensetzen und nicht aus endgültigen und sicheren Wahrheiten; und daß Kritik und kritische Diskussion

unsere einzigen Hilfsmittel auf dem Wege der Annäherung an die Wahrheit sein“, ders. Zurück zu den Vorsokratikern, S. 161f.; vgl. ferner ders., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Band I. Der Zauber Platons, 8. Auflage, 2003, S. 220 ff.

² R. Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Auflage, 2011, S. 70f., 103ff., 217ff.

³ Die positivistischen und nichtpositivistischen Positionen, die im Positivismusstreit vertreten werden können und die Systematisierung dieser Ansichten durch das quadrale Modell werden unten näher dargestellt (vgl. bei B. II.).

⁴ Der Fallibilismus beschreibt eine erkenntnistheoretische Position, die die Annahme absoluter Gewissheit ablehnt. Die Möglichkeit einer Letztbegründung wird ausgeschlossen und stattdessen davon ausgegangen, dass Hypothesen stets auf Irrtümer hin überprüfbar bleiben. Vgl. näher unter A. I.

⁵ R. Zippelius, Methodenlehre, 10. Auflage, 2006.

⁶ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Auflage, 2011.

⁷ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Auflage, 1996.

⁸ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 21.

⁹ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 21. Beginnend mit Francis Bacon und Galileo Galilei habe sich diese Einsicht immer weiter im Bewusstsein der Philosophie verankert, etwa bei E. Mach,

dargelegt, dass „die Natur selbst – anthropomorph gesprochen – mit Lebensformen experimentiert, indem sie Varietäten hervorbringt und unter ihnen die leistungsfähigeren auswählt“¹⁰. Dieses tentative Denken, bereits von *John Stuart Mill* in ähnlicher Weise entwickelt,¹¹ habe *Karl Popper* als experimentierende Methode beschrieben¹². Zusammengefasst stelle sich diese Methode wie folgt dar:

„Für Probleme, vor welche die Natur oder das menschliche Zusammenleben uns stellt, seien Lösungen vorzuschlagen, die einer sachlichen Kritik zugänglich sind; diese Lösungsvorschläge seien dann daraufhin zu prüfen, ob sie logisch einwandfrei sind und der Erfahrung standhalten. Wenn sie diese Probe bestehen, seien sie einstweilen zu akzeptieren; wenn sie dieser Prüfung aber nicht standhalten, seien sie aufzugeben. Diese Methode zielt also darauf, nicht ‚ewige Wahrheiten‘ zu finden, sondern nur Einsichten, die uns als einstweilen beste Lösungen von Problemen erscheinen“¹³.

Die skeptizistische bzw. relativistische Prägung dieses Standpunktes ist augenscheinlich. Es gehe nicht darum, objektiv richtige, unverrückbare Wahrheiten zu erlangen, sondern vielmehr um das Erreichen einer, relativ zu sonstigen vorhandenen Lösungsvorschlägen, bestmöglichen Lösung – und diese sogleich aufzugeben, wenn wiederum eine bessere Lösung des Problems auftritt.¹⁴

Zippelius behauptet, dass diese Methode auf das Finden von Problemlösungen im Recht übertragbar ist.

Zunächst habe *Richard M. Hare* gezeigt, dass auch Gerechtigkeitsfragen, mithin Fragen der Ethik, einer experimentierenden Methode zugänglich sind.¹⁵ Dieser Konzeption folgend „kann man sich auch die Entstehung rechtlicher Institutionen, insbesondere solche des freiheitlichen Rechtsstaates, als ein ‚Herausexperimentieren‘ von Rechts- und Verfassungsstrukturen vorstellen“¹⁶. Belege dafür liefere nicht nur ältere rechtswissenschaftliche Forschung¹⁷, sondern auch die beiden bedeutendsten Rechtsordnungen, namentlich das römische und das angelsächsische Recht, die sich jeweils durch eine experimentierende Methode herausgebildet haben. Paradigmatisch dafür stehe das „reasoning from case to case“ bzw. das „a similibus ad similia procedure“.¹⁸

„Im Recht ist eine experimentierende Methode einsetzbar, um Ordnungsaufgaben menschlichen Zusammenlebens wirksam, gerecht und systemkonform zu lösen. Sie kann also der Erforschung dienen, welche Normen geeignete Mittel sind, bestimmte Zwecke zu erreichen, und welche Normen – zugleich – als gerecht erscheinen und sich in den Kontext der Rechtskultur einfügen.“¹⁹

Es liegt auf der Hand, dass ein Überprüfungsverfahren einer rechtlichen „Hypothese“ sich anders darzustellen hat als das Überprüfungsverfahren einer naturwissenschaftlichen Hypothese. Das von *Popper* zunächst für die Naturwissenschaften²⁰ entwickelte, später auch auf die Sozialwissenschaften²¹ übertragene Vorgehen der Falsifikation wissenschaftlicher Thesen

Erkenntnis und Irrtum, 3. Auflage, 1917, S. 183 ff.; *H. Parthey, D. Wahl*, Die experimentierende Methode in Natur- und Gesellschaftswissenschaften, 1966, S. 38 ff.;

¹⁰ *R. Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 21.

¹¹ Vgl. *J. St. Mill*, Essay on Liberty, 1859, Kap. 2: Überzeugungen seien demnach eine „an die ganze Welt gerichtete Einladung, ihre Haltlosigkeit zu erweisen“. Wird die Haltlosigkeit im Überprüfungsverfahren nicht erwiesen, so bestehe gleichwohl noch keine „Gewissheit“ über die Richtigkeit der Überzeugung. Man könne dann aber jedenfalls von der für diesen Moment bestmöglich vernünftigen Überprüfung der Überzeugung ausgehen. „Bleiben nur die Schranken offen, so dürfen wir hoffen, daß, wenn eine bessere Wahrheit vorhanden ist, sie gefunden wird.“

¹² *K. Popper*, Logik der Forschung, 1934.

¹³ *R. Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 22.

¹⁴ Vgl. *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 67.

¹⁵ Vgl. *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 68 m. w. N. – Auch im Bereich der Ethik sei zunächst nach moralischen Urteilen oder Prinzipien Ausschau zu halten, die sodann einem geeigneten Überprüfungsverfahren zu unterziehen und gegebenenfalls zu verwerfen seien.

¹⁶ *R. Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 23.

¹⁷ Als Beispiel nennt *Zippelius* die Arbeiten von *Oskar Bülow*, in denen er die Ansicht vertritt, dass das Recht im Ganzen das „Ergebnis von Erfahrungen“ ist und es „herausexperimentiert“ hat werden müssen, s. *O. Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 17.

¹⁸ *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 103-106. Zu Deutsch: „Argumentieren von Fall zu Fall“ und „von Ähnlichem zu Ähnlichem verfahren“. – Entscheidende Leistung der römischen Rechtspraxis sei es gewesen, nicht bei einem konkreten Judiz stehenzubleiben, sondern die Entscheidungs- und Begründungslinien eines Urteils auf andere, vergleichbare Fälle zu übertragen und mit den Instrumenten der Analogie und der Fiktion zu allgemeinen Regeln zu gelangen. Diese verharren aber stets in einem Stadium der Unvollkommenheit, verlören also niemals ihren hypothetischen Charakter und blieben weiterhin der Überprüfung und Korrektur ausgesetzt.

¹⁹ *R. Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 24.

²⁰ *K. Popper*, Logik der Forschung, 7. Auflage, 1982.

²¹ *K. Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt, 1984, S. 82.

bedarf mithin einer Abwandlung.²² Zippelius führt die entscheidenden Punkte eines für das Recht abgewandelten Überprüfungsverfahrens wie folgt aus.

Jede Überprüfung eines Lösungsvorschlages setzt notwendig die Existenz eines Lösungsvorschlages voraus. Der Jurist habe sich für ein rechtliches Problem also eine praktikable Lösung einfallen zu lassen. Insofern ähnele die Auffindung eines rechtlichen Lösungsansatzes ganz dem Vorgehen eines Naturwissenschaftlers, der eine neue Erfindung macht: die Stellvertretung müsse ebenso wie die Lokomotive erst einmal erfunden werden.²³ Voraussetzung der Möglichkeit einer kritischen Überprüfung ist also ein „kreativer“ Einfall, der im Gegensatz zu einer naturwissenschaftlichen Entdeckung oder Hypothese in einer „versuchsweisen Annahme einer Verhaltensregel, die eine Frage der richtigen Ordnung zwischenmenschlicher Beziehung lösen soll“²⁴, besteht.

Die sich an den kreativen Einfall anschließende Überprüfung der Problemlösungen erfolge in mehreren Schritten. Zunächst sei eine *Probe der Wirksamkeit* vorzunehmen. Dabei stehe die Frage im Zentrum, ob die bezweckte Wirkung mit einer Verhaltensregelung erreicht werden könne. Diese Anforderung an Gesetze könne bereits durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Überprüfungsschritt geboten sein.²⁵ Genauer meint Wirksamkeit die hinreichende Chance einer Regelung auf Befolgung und Durchsetzung, daneben die Eignung des vorgeschriebenen Verhaltens, die rechtspolitischen Ziele zu erreichen, schließlich,

dass weder Nebenwirkungen, die den Nutzen der Regelung übersteigen, noch nachteilige Nebenwirkungen, die sich vermeiden ließen, auftreten.²⁶

Sodann sei die Probe der „Systemverträglichkeit“ vorzunehmen. Eine Norm müsse demnach *vereinbar* sein, sowohl mit dem rechtlichen Kontext als auch mit den Leitideen der Kultur.²⁷ Bereits aus Funktionalitätserwägungen bzw. aus dem Gebot der Rechtssicherheit²⁸ heraus sei es zentrale Aufgabe eines Rechtssystems, ein konsistentes System an Normen, also „ein Gefüge widerspruchsfrei miteinander vereinbarter Verhaltensnormen“²⁹, vorzugeben. Daneben stehe die Notwendigkeit der logischen Widerspruchsfreiheit.³⁰ Diese Voraussetzung gelte nicht nur intern für das System der Normen, sondern auch extern für die Rechtsordnung als Ganzes. Es müsse eine Vereinbarkeit mit den Leitideen der Kultur und den übrigen Gerechtigkeitsprinzipien, die in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommen, gegeben sein.³¹

Schließlich seien Lösungsvorschläge des Rechts auch am *Maßstab der Gerechtigkeit* zu messen. Der Maßstab der Gerechtigkeit sei im Konsens der Rechtsgemeinschaft zu finden. Diese nicht unproblematische These wird sogleich näher zu behandeln sein. Eines sei bereits hervorgehoben: Die experimentierende Methode im Recht und das Konsenskriterium für gerechte Entscheidungen stehen im Zippelius'schen System nicht unverbunden nebeneinander. Das eine ist Inhalt des anderen.³² Im Rahmen der Überprüfung einer vorgeschlagenen Lösung ist diese an der Frage zu messen,

²² Dies wird auch von Zippelius gesehen: R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 2. „Freilich geht die Rechtswissenschaft hierbei nicht den exakten Gang der Naturwissenschaften. Die Kriterien, nach denen wir entscheiden, ob eine rechtliche Problemlösung, die Probe hält, sind weniger streng als in den Naturwissenschaften.“

²³ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 68; so bereits E. Ehrlich, Die juristische Logik, 1925, S. 12 ff., der von einem Herumtasten nach Lösungen in einer schwierigen Lage spricht. Vgl. auch E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1967, S. 233.

²⁴ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 25.

²⁵ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 27.

²⁶ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 69; genauer wird in *ders.*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 27-31 in Wirksamkeit im engeren und im weiteren Sinne unterschieden: ersteres sei zu bejahen, wenn die Norm zu dem vorgeschriebenen Verhalten motiviert und wenn auf die Nichteinhaltung mit einer Sanktion reagiert wird. Zweiteres läge dagegen vor, wenn das verbotene Verhalten sich auch als geeignetes Mittel erweist, um die mit der Norm

erstrebten Zwecke zu erreichen. Die Feststellung und Bewertung der Wirksamkeitsfrage sei insgesamt Aufgabe der Rechtssoziologie.

²⁷ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 70.

²⁸ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 70, 159-163.

²⁹ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 35.

³⁰ Wenig überzeugend wird dies als isolierter Prüfungspunkt vorgeschrieben, dies allerdings nur in R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 70. In *ders.*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 35f. scheint – überzeugenderweise – der Prüfungspunkt „logische Widerspruchsfreiheit“ in die Probe der Verträglichkeit mit dem rechtlichen Kontext aufgenommen zu sein.

³¹ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 70. Wichtigste „Leitidee“ einer offenen Gesellschaft sei „die Wahrung der gleichberechtigten Würde und Meinungsfreiheit jedes Menschen [...]“.

³² R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 116: „So tastet sich das Rechtsgefühl in konsenssuchender Weise bei der Erkenntnis von Recht und Gerechtigkeitsgrundsätzen [...] voran“; s. ferner *ders.* Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 85f.

ob sie auch gerecht ist. Umgekehrt ist aber auch jede Konsensentscheidung darüber, was gerecht ist, im Sinne des Fallibilismus immer nur eine relative, stets zu überprüfende Entscheidung, die im Falle einer Änderung der Ansicht der Rechtsgemeinschaft über das Gerechte zugunsten einer besseren Lösung aufzugeben ist.³³

II. Legitimation durch Konsens

Zippelius' zweite These lautet:

„Für die Entscheidung von Gerechtigkeitsfragen ist eine möglichst breite intersubjektive Grundlage zu suchen, nämlich im Rechtsgefühl möglichst vieler und in den darauf fußenden, mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen.“³⁴

Staatliches Handeln könne demnach nur im breitestmöglichen Konsens der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft legitimiert werden. Am Beginn dieses Gedankengangs steht die Überlegung, dass das Recht immer unweigerlich mit Gerechtigkeitserwägungen verbunden sei.³⁵ Insofern seien die (verschiedenen) positivistischen Ansätze unzulänglich.³⁶ Es finden Fragen der Ethik, also Fragen des richtigen Handelns und damit auch die Frage, wer entscheiden soll, was richtig oder gerecht ist, Eingang ins Recht.³⁷ Die Legitimationsfrage ist somit gestellt.

Lange Zeit sei die Beantwortung dieser Frage klar gewesen: Was gerecht und richtig ist, wurde durch religiöse oder quasi-religiöse Weltanschauungen

autoritativ vorgegeben.³⁸ Insbesondere die Tradition des Naturrechts habe sich bemüht, solche vorgegebenen Normenordnungen herzuleiten und zu begründen.³⁹ Im Ergebnis habe keiner dieser Lösungsversuche die Probe ganz bestanden; die Entwicklung von Lösungsansätzen der Gerechtigkeitsfrage könne „geradezu als ein Prozeß probierenden Denkens“⁴⁰ gelesen werden. Die Geschichte von Gerechtigkeits-theorien sei also selbst Beleg für das oben dargestellte Verfahren, den „Prozeß von ‚trial and error‘“.⁴¹

Alle Versuche einer heteronomen Gerechtigkeitsbegründung seien demnach als gescheitert anzusehen. Vorgegebene Gerechtigkeitsvorstellungen könnten keine Legitimation für gerechtes staatliches Handeln sein.⁴² Welcher Ausweg verbleibt dann? Den Ausweg sieht Zippelius in der Gewissensüberzeugung jedes einzelnen Menschen. Nach dem Wegfall autoritativer Weltanschauungen sei das Gewissen die „letzte uns zugängliche moralische Instanz“⁴³. Nach Kant sei die Hinwendung des Menschen zum eigenen Gewissen der entscheidende Schritt hin zur Mündigkeit. Der Autonomiegedanke trete in Kants berühmten Wort vom „*Sapere aude!*“ hervor.⁴⁴ Die Entscheidungsinstanz für die Frage, was gerecht sein soll, sei mit dem Gewissen des Einzelnen klar benannt. Dass jeder Bürger als gleichberechtigte moralische Instanz zu achten sei, resultiere im Bereich des Staates in dem „demokratischen Anspruch auf Mitbestimmung und Mitentscheidung aller in einem freien Wettbewerb der

³³ Vgl. R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 69f.; ders., Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 31-34.

³⁴ R. Zippelius, Methodenlehre, S. 15.

³⁵ Wie genau sich das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit in Zippelius' Rechtsphilosophie darstellt, wird weiter unten zu klären sein.

³⁶ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 5-13, 60. Der sozialwissenschaftliche Positivismus umgehe die Legitimationsproblematik gänzlich, der legalistische Positivismus, wie er etwa bei Kelsen vertreten wird, gebe auf die Frage des Geltungsgrundes, also die Frage nach der Begründung dafür, warum man eine Norm zu befolgen habe, keine hinreichende Antwort. Allein die Argumentation mit dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit reiche insofern nicht aus.

³⁷ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 61.

³⁸ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 62.

³⁹ Zippelius beschäftigt sich im zweiten Kapitel, überschrieben mit „Im Irrgarten der Gerechtigkeit“ in R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 39-49, mit einigen Lösungsansätzen des Gerechtigkeitsproblems. Naturrechtslehren, wie sie bei Cicero, Thomas von Aquin, H. Grotius, C. von Pufendorf oder C. Wolff zu finden sind, seien bereits wegen eines Sein-Sollen-Fehlschlusses nicht überzeugend. Hegels Ansatz sei neben inneren Widersprüchen auch der nicht beantworteten Frage ausgesetzt,

warum die „faktischen Wirkungsschemata als Kriterien der Vernünftigkeit“ (S. 42) gelten sollen. J. Bentham und J. S. Mills Utilitarismus sei ein ebenso defizitärer Gerechtigkeitsansatz wie der des Aristoteles. Dessen Prinzip der Gleichbehandlung könne die Gerechtigkeitsfrage nicht mit Inhalt füllen und entkomme nicht dem Einwand E. Topitschs, der vorbrachte, dass auch über dem Eingang zu einem Konzentrationslager der Satz „Jedem das Seine“ gestanden habe, was in der Nazi-Logik nicht zu bestreiten war (vgl. E. Topitsch, Die Menschenrechte, JZ 1963, S. 3). Auch ein reiner ethischer Formalismus, wie Kant ihn vertritt, formuliere zwar eine notwendige, nicht aber ausreichende Voraussetzung für eine gerechte Gesetzgebung (vgl. S. 45f.). vgl. im Ganzen zu den Gerechtigkeits-theorien auch R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 71-100.

⁴⁰ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 71.

⁴¹ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 72.

⁴² R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 46.; vgl. weiter ders., Rechtsphilosophie, S. 62f.

⁴³ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 101.

⁴⁴ Zu Deutsch: „Habe Mut, dich deines Verstandes zu bedienen“; vgl. I. Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, 1784.

Überzeugungen, auch über die Fragen des Rechts und der Gerechtigkeit“. ⁴⁵ Das Rechtsgefühl, das die Grundlage der Gerechtigkeitsentscheidungen darstellt, sei die im Gewissen begründete Vorstellung, was gerecht sein soll. ⁴⁶

Ein Konsens über Gerechtigkeitsfragen könne sich aber erst dann bilden, wenn es gelänge, die Subjektivität des Rechtsgefühls zu überwinden. ⁴⁷ Dies stelle eine Rechtsgemeinschaft vor nicht wenige Probleme. Es sei keineswegs gesichert, dass die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft Fragen der Gerechtigkeit nach ihrem Gewissen entscheiden, anstatt eine interessen geleitete Entscheidung zu treffen. ⁴⁸ Ferner dürfe ein Konsens nicht mit „einer vordergründigen Mehrheitsmeinung gleichgesetzt werden“. ⁴⁹ Der Weg der Konsensfindung müsse daher derart kultiviert werden, dass die Entscheidung von vernünftigen Gerechtigkeitsabwägungen geleitet wird. ⁵⁰ Einem diesbezüglichen „Abklären“ von Gerechtigkeitsüberzeugungen könnten Institutionen und Verfahren dienen, die Interessenkonflikte aufnehmen und kanalisieren, um schließlich zu einer konsensgebundenen Entscheidung zu kommen. Verfahren und Institutionen dienen sohin stets der Abklärung des Konsenses, dürften also keinen Selbstzweck oder isolierte Macht- und Interessenstrukturen ausprägen. ⁵¹

Eine Konsensentscheidung könne in einer offenen Gesellschaft nicht den Anspruch haben, von allen

Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft mitgetragen zu werden. Man habe sich daher damit zu begnügen, einen „mehrheitlichen Konsens“ zu erreichen. ⁵²

B. Zippelius' Rechts- und Geltungsbegriff im quadralen Modell

Die Ausdeutung des Rechtsbegriffs und des Geltungsbegriffs kann als wesentliches Erkenntnisinteresse der Rechtsphilosophie gelten; sind sie doch als Antwort auf die denkbar zentralen Fragen zu lesen, was das Recht ist und wann es gilt. Diese Fragen implizieren die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral, die den Hauptgegenstand im sog. Positivismusstreit ⁵³ ausmacht. Die Zuordnung der Position von Zippelius zu einer rechtsphilosophischen Strömung im Positivismusstreit soll hier unternommen werden, wofür zunächst näher auf seine Ausführungen zum Rechts- und Geltungsbegriff zu blicken ist.

I. Zippelius' Rechts- und Geltungsbegriff

1. Rechtsbegriff

Zippelius nähert sich seinem Rechtsbegriff – ganz im Sinne seiner Anlehnung an Popper – im Wege der Falsifizierung einiger Rechtsbegriffe an, die die Tradition bislang hervorgebracht habe. Im skandinavischen Rechtsrealismus, wie später auch in Amerika, etwa von Oliver Wendell Holmes Jr., sei das Recht als Regelmäßigkeit faktischen Verhaltens beschrieben

⁴⁵ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 65. In *ders.*, Methodenlehre, S. 16. führt Zippelius weiter aus, dass nicht nur der demokratische Gedanke die Konsensentscheidungen von Gerechtigkeitsfragen erfordere, sondern dass dies auch vom Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Prinzip der Rechtssicherheit verlangt werde.

⁴⁶ R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 65.

⁴⁷ R. Zippelius, Methodenlehre, S. 15.

⁴⁸ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 49.

⁴⁹ R. Zippelius, Methodenlehre, S. 16.

⁵⁰ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 49.

⁵¹ Ebd.; s. auch R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 34. Im Genaueren arbeitet Zippelius in *ders.*, Rechtsphilosophie, S. 112-121. Grundlagen heraus, auf denen die Abklärung eines Konsenses gelingen kann. Dazu zählt zunächst die Auffassung, dass über Gerechtigkeitseinsichten, ähnlich wie über Sinnerfahrung ein intersubjektiver Austausch tatsächlich stattfinden kann. Eine Basis übereinstimmender Erfahrungen sieht Zippelius etwa in Zwecken des Gemeinschaftslebens wie der größtmöglichen Freiheit der Selbstbestimmung und der Persönlichkeitsentfaltung, die Mehrung der realen Entfaltungsbedingungen oder das Prinzip der Gegenseitigkeit. Es bedarf zudem der Abwägung der unterschiedlichen Interessen der

Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Weitere Grundsätze vernünftiger Entscheidungsfindung seien im „Bestand rechtsstaatlicher Verfassungen“ (S. 115) zu finden (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, Grundsatz der Verallgemeinerungsfähigkeit, Offenhalten der Meinungsbildung, Begründungspflichten für Gesetze oder Gerichtsentscheidungen, Grundsatz der vernünftigen Abwägung, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Zudem sichere ein rechtsstaatliches Repräsentativsystem vernünftige Entscheidungen institutionell ab (S. 119f.). Hier könne durch eine Institutionalisierung und Bündelung von Argumenten der Diskurs, der den Konsens zum Ziel hat, erleichtert werden. Daneben schützten unterschiedliche Entscheidungsinstanzen und das Prinzip der Gewaltenteilung vor Missbrauch der Institutionen. Vgl. auch R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 81-86.

⁵² R. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 102; Zusammenfassend s. *ders.* Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 51: „Insgesamt bedeutet der Rückgang auf die Basis des breitmöglichsten Konsenses also kein vordergründiges Abfragen irrationaler Empfindungen; vielmehr soll der Konsens, der die Prüfungsgrundlage für die Gerechtigkeitsentscheidungen bildet, auch das Ergebnis eines Bemühens um rationale Abklärung der Meinungen sein.“

⁵³ S. überblicksartig R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 5. Auflage, 2011, S. 13-44.

worden. Dieser Rechtsbegriff halte schon dem Einwand des Sein-Sollen Fehlschlusses nicht stand und sei daher zu verwerfen.⁵⁴ Die Unterscheidung in Sein und Sollen werde im Neukantianismus dagegen zwar mit „kompromißloser Schärfe“⁵⁵ eingehalten. Rechtstheorien, die neukantianisch geprägt sind, seien aber aus anderen Gründen im Ergebnis ebenfalls nicht überzeugender. Für *Gustav Radbruchs* Rechtsbegriff liege das an der Zweifelhaftheit der „individualisierenden Begriffsbildung“⁵⁶ und der „Unabdingbarkeit des Gerechtigkeitsbezuges“⁵⁷. *Hans Kelsen* wiederum könne den Anspruch einer rein normativen Betrachtungsweise in seiner „Reinen Rechtslehre“ nicht durchhalten, da auch er entscheidend darauf abstelle, dass die Normen der Verfassungsordnung „im großen und ganzen wirksam sind, das heißt tatsächlich befolgt und angewendet“⁵⁸ würden. Daher sei auch *Kelsens* Rechtsbegriff nicht überzeugend.⁵⁹ *Zippelius* bringt damit selbstverständlich nicht zum Ausdruck, dass diese Theorien keinerlei brauchbare Beobachtungen hervorgebracht hätten. So stellt er etwa selbst darauf ab, dass ein Gesetz wirksam sein muss, mithin sozial zur Geltung gebracht werden können muss.⁶⁰

Daneben müsse das Recht aber vor allem, wie auch *Radbruch* es fordert, gerecht sein: „Das Recht hat das menschliche Verhalten so zu ordnen, dass Güter und Lasten gerecht verteilt, widerstreitende Interessen gerecht gegeneinander abgewogen, strafwürdige Handlungen gerecht bestraft, kurz, dass die in einer Gemeinschaft auftretenden Rechtsprobleme gerecht gelöst werden“⁶¹. Die These, dass das Recht Gerechtigkeit beanspruchen muss, findet sich auch an zahlreichen weiteren Stellen seiner Schriften. So sei, wie er an anderer Stelle in der Methodenlehre ausführt, die „Forderung“ zu erheben, dass das Recht gerechte Antworten finde, „mag sich auch das ein oder andere Gesetz oder ein Richterspruch ihr faktisch entziehen und eine Rechtsfrage ungerecht lösen können“⁶². An wieder anderer Stelle ist davon die Rede, dass die Gesetzgebung, „wo sie nicht zur Willkür entartet, nach einer gerechten Verhaltensordnung“⁶³ suche. In seiner breiter angelegten Arbeit zur Offenen Gesellschaft heißt es, dass ein nicht aufgebbarer „Anspruch“ an das Recht zutage trete, nach dem rechtliche Lösungen „im Namen der Gerechtigkeit“⁶⁴ stets zur Diskussion zu stellen seien.⁶⁵ Insgesamt gelte: „Rechtsnormen sollen

⁵⁴ Derartige „[b]ehavioristische Zurückführungen des Rechts auf bloße Regelhaftigkeiten“ vernachlässigten den Unterschied zwischen „Richtigkeit und Wahrscheinlichkeit“, *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 7. Es bestehe ein „Sinnunterschied“ zwischen Beschreibungen von Ereignissen und Geboten. Entscheidender charakteristischer Unterschied sei, dass „Aussagen über einen wahrscheinlichen Geschehensablauf (Hypothesen)“ bzw. Beschreibungen (Seins-Sätze) durch abweichende Erfahrung widerlegt werden können. Dagegen verliere ein Gesetz (Sollens-Satz) keineswegs seinen „Geltungsanspruch“, wenn dem Gesetz zuwidergehandelt werde. Der Ansatz *Holmes'* missachte mithin den zentralen „Unterschied, ob man es für geboten oder für wahrscheinlich hält, daß ein Gericht in bestimmter Weise entscheiden werde“ (ebd.).

⁵⁵ *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 10.

⁵⁶ *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 11.

⁵⁷ *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 12. – Dieser Einwand verwundert vor dem Hintergrund der von *Zippelius* selbst angenommenen Verbindung von Recht mit dem Gerechtigkeitskonsens. *Zippelius* führt an, dass die Aufnahme des Gerechtigkeitsbezuges in den Begriff des Rechts zu einer Verdopplung der Begriffe führe: „Neben dem Begriff des, wahren‘ Rechts stünde dann der [weitere] Begriff aller von der Staatsgewalt als, Recht‘ bezeichneten und durchgesetzten Normen, die augenscheinlich auch dann verwirklicht werden können, wenn Gerechtigkeit nicht erstrebt wird“ (ebd.). Ob eine solche Verdopplung der Begriffe *Radbruch* zugeschrieben werden kann, erscheint wenigstens fraglich. Zudem wird nicht klar, wie *Zippelius* eigener Rechtsbegriff diesem Einwand entkommen will, wenn er im Ergebnis doch, wie *Radbruch*, wenn auch anders formuliert,

eine Verbindung von Recht und Moral annimmt (siehe dazu sogleich).

⁵⁸ *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960, S. 219.

⁵⁹ *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 12f.

⁶⁰ Das wurde bereits oben im Rahmen der Darstellung zur Probe innerhalb der experimentierenden Methode ausgeführt. *Zippelius* bringt es nochmal auf den Punkt, wenn er festhält, dass das Recht sich dadurch von anderen Normen (etwa von Sozialnormen) unterscheidet, dass es die Chance hat, „durch ein organisiertes und normiertes Erzwingungsverfahren durchgesetzt zu werden.“ *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 25. Ein Rechtsbegriff, der die soziale Wirksamkeit ausschließt, sei denn auch schwerlich vorstellbar. Deutlich wird das nicht zuletzt an der *Kelsen*-Position, die als wohl ambitioniertester, gleichwohl aber gescheiterter Ansatz gelten kann, das Recht unabhängig von der Wirksamkeitsvoraussetzung zu definieren. Auch sie entkommt nicht dem „Revolutionsproblem“, vgl. dazu *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 13.

⁶¹ *R. Zippelius*, Methodenlehre, S. 9.

⁶² Ebd.

⁶³ *R. Zippelius*, Methodenlehre, S. 11.

⁶⁴ *R. Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 110.

⁶⁵ Siehe überdies *R. Zippelius*, Das Wesen des Rechts, 5. Auflage, 1997, S. 60: das Recht habe „Interessenkonflikte gerecht zu lösen.“; *ders.*, Methodenlehre, S. 12: Rechtsnormen seien „Instrumente einer gerechten Lebensordnung“; ebd.: „Das rechtstechnische [...] Instrumentarium hat also eine Hilfsfunktion im Dienste einer interessenwahrenden, gerechten und widerspruchsfreien Lösung bestimmter

Probleme des Zusammenlebens nicht nur wirksam, sondern auch gerecht lösen“⁶⁶. *Zippelius*‘ Rechtsbegriff umfasst damit die Elemente der Gerechtigkeit und der sozialen Wirksamkeit.

2. Geltungsbegriff

Während im Rahmen des Rechtsbegriffs die Frage geklärt wird, wie das Recht abstrakt zu definieren ist, welche Voraussetzungen also vorliegen müssen, damit von „Recht“ gesprochen werden kann, so betrifft die Frage der Geltung des Rechts eine zweite Dimension. Warum ist dem Recht zu folgen? Zur Beantwortung dieser Frage unterscheidet *Zippelius* verschiedene Geltungsbegriffe. Eine Norm könne moralisch, sozial-ethisch und spezifisch rechtlich gelten. Gelte eine Norm moralisch, so wirke sie im Gewissen jedes Einzelnen als Treibfeder um ihrer selbst willen.⁶⁷ Die sozialethische Geltung einer Norm liege vor, wenn sie „vom überwiegenden Teil der Gemeinschaft gebilligt wird und mit Rücksicht auf bloß gesellschaftliche Sanktionen [...] befolgt wird“⁶⁸. Beides seien zwar mögliche, für das Recht aber nicht entscheidende Geltungsmodalitäten. Spezifisch rechtlich gelten, so *Zippelius*, Normen, wie bereits oben gesehen, wenn sie eine hinreichend hohe Chance haben, in einem rechtlich organisierten Erzwingungsverfahren durchgesetzt zu werden.⁶⁹ Hier stellt sich, wie schon beim Rechtsbegriff, die Frage, ob das Recht auch Anforderungen der Gerechtigkeit erfüllen muss, um in diesem Sinne (rechtlich) zu gelten. Die Beantwortung dieser Frage muss für den Rechtsbegriff und den Geltungsbegriff nicht notwendig identisch ausfallen.⁷⁰

Bei *Zippelius* konkretisiert sich der Geltungsbegriff weiter, wenn er die Geltung des Rechts in Konfliktsituationen des Rechts mit außerrechtlichen Pflichten analysiert.⁷¹ Im Idealfall eigne sich das Recht dazu, vor dem Gewissen der meisten standzuhalten, sodass ein Konflikt zwischen dem individuellen Gerechtigkeitsempfinden der Bürger und der

Rechtsordnung kaum je entsteht.⁷² Dies sei freilich nicht durchgehend für alle Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft erwartbar. Für daraus entstehende Konflikte der Gerechtigkeitsauffassung Einzelner mit dem Recht halte das Recht eigene Lösungen bereit: Bei der „Ausfüllung von Gesetzeslücken, ferner in dem Spielraum, den die Gesetzesworte der Auslegung lassen, besonders in den wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen und Generalklauseln“⁷³, könnten Elemente einer (allerdings überindividuell konsentierten) Moral Eingang ins Recht finden und so eine Konfliktlösung innerhalb des Rechts erzielen.

Dennoch verbleibe die Möglichkeit dadurch nicht aufzulösender Konflikte. *Zippelius* meint, Naturrechtslehren hätten diese Konflikte von Gesetzen mit der Gerechtigkeit stets zu Gunsten des jeweils definierten Naturrechts gelöst. „Gesetze, die gegen das ‚Naturrecht‘, also gegen Grundsätze der Gerechtigkeit, verstoßen“, seien als ungültig angesehen worden.⁷⁴ *Zippelius* will sich dieser Ansicht jedoch ausdrücklich nicht anschließen. Geltung im von ihm favorisierten rechtlichen Sinne, also als Chance, in einem staatlichen Erzwingungsverfahren durchgesetzt zu werden, könnten „Gesetze auch dann haben, wenn sie im Widerspruch zur Gerechtigkeit stehen. Diese Geltung als ‚garantiertes‘ Recht wird also nicht einfach durch entgegenstehende Gerechtigkeitsprinzipien ‚aufgehoben‘. Diese Durchsetzungschance lässt sich insbesondere nicht dadurch wegdefinieren, daß man ungerechte Gesetze nicht als ‚Recht‘ bezeichnet.“⁷⁵ Hier wird das Auseinanderfallen von Rechtsbegriff und dem Begriff rechtlicher Geltung augenfällig.

Es verliere ein Gesetz demnach nicht schon dadurch seine Geltung, dass es ungerecht ist. Die Lösung sei nicht in einer „begrifflich-normativen Lösung“⁷⁶, sondern in „einem Wandel der Realitäten“⁷⁷ zu suchen. Tritt ein Gesetz als ungerecht hervor, habe

Rechtsprobleme.“; ders., Methodenlehre, S. V.: „Zugleich ist jedoch die grundsätzliche Aufgabe des Rechts, zu gerechten Problemlösungen zu führen, im Blick zu behalten.“; ebd.: Das Recht habe die „Funktion, Gerechtigkeit zu schaffen.“

⁶⁶ R. Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, S. 31.

⁶⁷ R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 20.

⁶⁸ Ebd.

⁶⁹ R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 28.

⁷⁰ Vgl. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, 2015, S. 268.

⁷¹ Vgl. R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 28-36.

⁷² R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 30.

⁷³ R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 31.

⁷⁴ R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 32. So die im Ergebnis übereinstimmende, in der Begründung häufig unterschiedliche Ansicht wichtiger Naturrechtsdenker, etwa Cicero oder Thomas von Aquin.

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Ebd.; s. weiter R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, S. 33: „Wenn das garantierte Recht und die Gerechtigkeit in einen Widerstreit geraten, gilt es also zu handeln, um jenen Wandel des garantierten Rechts herbeizuführen. [...] Nicht aber

es auf dem dafür von der Verfassung vorgesehenen Wege der Gesetzesänderung abgeschafft oder erneuert zu werden.⁷⁸ Dies könne strukturell nur gelingen, wenn die Norm nicht nur von Einzelnen, sondern von der herrschenden Meinung der Rechtsgemeinschaft – gemäß dem Konsensdenken – als ungerecht erachtet wird, sofern diese mit einer (mittelbaren) Rechtsänderungskompetenz ausgestattet ist.⁷⁹

Es bleibt damit festzuhalten: Tritt ein Konflikt von Recht und Gerechtigkeit in einem Rechtssystem auf, ist die vom Recht vorgesehene Lösung einzuhalten, obwohl das Recht seinem Begriff nach auf Gerechtigkeit bezogen ist. Der Konflikt ist nur innerhalb des Rechts aufzufangen; erforderlichenfalls ist eine Anpassung der Rechtsnorm durch eine Rechtsänderung auf Grundlage eines Konsenses anzustreben. Anders als im Rechtsbegriff, der die Elemente der (sozialen) Wirksamkeit und der Gerechtigkeit gleichberechtigt in sich vereint, exkludiert *Zippelius'* Geltungsbegriff die Gerechtigkeit mithin weitgehend.

II. Das quadrale Modell

Die Position von *Zippelius* ist damit eigentümlich rätselhaft: Ist sie positivistisch, worauf der Geltungsbegriff hindeutet, oder nichtpositivistisch, wofür die Einbeziehung der Gerechtigkeit in den Rechtsbegriff spricht? *Carsten Bäcker* hat ein Modell vorgeschlagen, in dem derartige, scheinbar widersprüchliche Positionen in ein kategoriales System vertretbarer Positionen zum Positivismusstreit eingeordnet werden.⁸⁰ Diese Systematisierung soll hier kurz nachgezeichnet und

sodann für die Einordnung von *Zippelius'* Position herangezogen werden.

Bäcker beansprucht nicht, alle möglichen Ansichten zur Frage zum Verhältnis von Recht und Moral⁸¹ in sein Modell eingeordnet zu haben, was aufgrund der Komplexität, Unklarheit und Unendlichkeit der Materie ohnehin unmöglich sei.⁸² Ziel sei es allerdings, eine Systematisierung anzubieten, in die sich alle vertretbaren Positionen im Sinne einer logischen Analyse der möglichen Verhältnisse von Recht und Moral einordnen ließen.⁸³

1. Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivismus

Den Ausgangspunkt von *Bäckers* Systematisierung stellen *Robert Alexys* Überlegungen zu den vertretbaren Positionen im Positivismusstreit dar.⁸⁴ *Alexy* geht von einer grundlegenden Dichotomie der Ansichten aus und kommt so zu der Bezeichnung der beiden Positionen als Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivismus.⁸⁵ Im Gegensatz zu den Begriffen Rechtspositivismus und „Naturrecht“, die in einem nur konträren Verhältnis zueinander stünden, bestehe zwischen dem Rechtspositivismus und dem Rechtsnichtpositivismus ein kontradiktorisches Verhältnis, wie *Bäcker* hervorhebt.⁸⁶ Diese Einteilung sei logisch ganzheitlich, weil alle denkbaren Positionen zum Verhältnis von Recht und Moral begrifflich notwendig erfasst seien.⁸⁷

Die Position des Rechtspositivismus zeichne sich durch eine Trennung von Recht und Moral aus. Diese Position kondensiere daher in der Trennungsthese.⁸⁸ Der Rechtspositivismus vertrete letztlich, wie *Robert*

läßt sich die Gerechtigkeit des staatlich durchgesetzten Rechts durch ein naturrechtliches Begriffskunststück herstellen.“

⁷⁸ S. R. *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 33: „Der Druck solcher herrschenden oder von starken Gruppen vertretenen Meinungen kann dann z.B. auf das Parlament Einfluß gewinnen und so eine Gesetzesänderung erreichen. Dies ist in repräsentativen Demokratien der normale Weg, auf dem eine Diskrepanz zwischen Sozialmoral und dem Recht ausgeräumt und auf dem insbesondere auch das Recht einem Wandel der Sozialmoral angepaßt wird.“ – Ähnlich aus einer diskurstheoretischen Perspektive C. *Bäcker*, Begrenzter Wandel, AöR 2018, S. 366.

⁷⁹ Ebd. Vgl. weiter: R. *Zippelius*, Das Wesen des Rechts, S. 99 ff. Auf die Frage, wie mit ungerechten Gesetzen umzugehen sei, antwortet *Zippelius* auch hier mit dem „institutionellen Wege, um – durch ein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren, durch eine gerichtliche Kontrolle oder durch richterliche Rechtsfortbildung – groben Ungerechtigkeiten zu begegnen.“ Auch hier wird festgehalten, dass rückblickend die Ansicht, ein Gesetz hätte nicht gelten sollen, da es ungerecht war, die Wirksamkeit des Gesetzes nicht rückwirkend aufheben kann. (vgl. S. 100).

⁸⁰ Vgl. C. *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 245-286.

⁸¹ In den Ausführungen *Bäckers* werden die Begriffe Gerechtigkeit, Moral und Richtigkeit synonym verwendet; vgl. C. *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 245f.

⁸² C. *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 246.

⁸³ Vgl. C. *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 247.

⁸⁴ Grundlegend dazu vgl. R. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts.

⁸⁵ Ebd. S. 15.

⁸⁶ C. *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 247f. m. w. N.

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ C. *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 248ff.: Unterscheiden sich verschiedene rechtspositivistische Ansätze wesentlich voneinander, so könne der Rechtspositivismus doch auf die These von der Trennung von Recht und Moral „kondensiert“ (S. 250) werden. Dies folgt letztlich auch der Ansicht der, neben Kelsen bedeutendsten Rechtspositivisten, Norbert Hoerster und Herbert Hart, deren Definitionen des Rechtspositivismus bzw. des Rechtsbegriffs *Bäcker* anführt, vgl. N. *Hoerster*, Was ist Recht?, S. 70; H. L. A. *Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, S. 601.

Alexy⁸⁹ im Anschluss an *Ralf Dreier*⁹⁰ herausgearbeitet habe, einen regelmäßig zweigliedrigen Rechtsbegriff, der aus den Kriterien der ordnungsgemäßen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit bestehe.⁹¹ Während der Rechtspositivismus die Moral oder die inhaltliche Richtigkeit als drittes Hauptelement aus dem Rechtsbegriff sohin gerade ausschließe, nehme der Rechtsnichtpositivismus die Richtigkeit als ein notwendiges Merkmal des Rechts zusätzlich zu den anderen beiden Kriterien⁹² in den Rechtsbegriff auf: „Das Recht muß, wenigstens in einem Mindestmaß, moralisch richtig sein, um als Recht zu gelten“⁹³. Die nichtpositivistische Position lasse sich daher mit der Verbindungsthese identifizieren. Das Kriterium der inhaltlichen Richtigkeit sei demnach als Demarkationslinie zwischen den beiden Positionen zu verstehen. Wer dieses Kriterium in seinen Rechtsbegriff aufnimmt, sei ein Nichtpositivist, wer es ausschließt, ein Positivist.⁹⁴

Beide Positionen werden in der Debatte weiter differenziert; sie bilden daher eher Obergruppen. Da der Rechtspositivismus nicht zu der Annahme gezwungen sei, dass moralische Inhalte aus dem Recht auszuschließen sind, sondern nur zu der Annahme, dass es keine notwendige Verbindung von Recht und Moral gäbe, könne es denklogisch eine positivistische Position geben, nach der die Moral durch positives Recht in das Recht aufgenommen werden kann.⁹⁵ Werde die Moral dergestalt in das Recht inkorporiert, dass „die Moral *qua* Inkorporation verrechtlich[t]“⁹⁶ wird,

handele es sich um einen unechten Inkorporationismus. Es ließe sich aber ebenso vertreten, dass die Moral als das, was sie ist, nämlich Moral, in das Recht aufgenommen werde und materiell als solche bestehen bleibe.⁹⁷ Diese Form sei als echter Inkorporationismus zu bezeichnen. Eine derartige Position werde als inklusiver Rechtspositivismus bezeichnet, der unechte Inkorporationismus sei dagegen als exklusiver Rechtspositivismus zu bezeichnen.⁹⁸

Auch der Rechtsnichtpositivismus lasse sich, mit Alexy, in eine exklusive, eine inklusive und eine superinklusive Variante unterteilen. Diese drei Varianten unterschieden sich nicht in ihrer Grundannahme von einer notwendigen begrifflichen Verbindung von Recht und Moral voneinander, sondern in den Konsequenzen, die sie aus dieser Verbindung für die Geltung des Rechts ableiten.⁹⁹ Alexy stellt dieser Unterscheidung eine weitere Unterscheidung voran, die der klassifizierenden und der qualifizierenden Zusammenhänge von Recht und Moral. Werde ein klassifizierender Zusammenhang von Recht und Moral angenommen, könne einer Norm der Rechtscharakter nur dann zuerkannt werden, wenn sie das Kriterium der inhaltlichen Richtigkeit erfüllt.¹⁰⁰ Werde dagegen ein bloß qualifizierender Zusammenhang angenommen, so sei der Norm der Rechtscharakter auch dann nicht abzuerkennen, wenn sie extrem ungerecht ist.¹⁰¹ Die Konsequenz der Unterscheidung wird in den drei Positionen des Nichtpositivismus ausgeführt, der als

⁸⁹ Vgl. R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 29f.

⁹⁰ Vgl. R. Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, S. 890

⁹¹ Vgl. C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 253: In verschiedenen rechtsphilosophischen Strömungen seien den beiden Merkmalen jeweils unterschiedliche „Interpretationen und Gewichtungen“ zugekommen; gemeinsam sei ihnen aber, dass „das Recht, wie es sein soll, für das Recht, wie es ist, ohne notwendige Auswirkung“ (ebd.) sei. Kelsen habe das in aller Radikalität in seinem Wort, jeder beliebige Inhalt könne Recht sein, festgestellt, vgl. H. Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 201.

⁹² Die nichtpositivistische Position wird daher auch mit der Verbindungsthese identifiziert. Da die positivistische Position konstitutiv für den Nichtpositivismus ist, ergebe sich für den Nichtpositivismus ein dreigliedriger, oder, wie Alexy ihn nennt, ein triadischer Rechtsbegriff aus sozialer Wirksamkeit, ordnungsgemäßer Gesetztheit und inhaltlicher Richtigkeit, vgl. R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 29f.

⁹³ C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 255.

⁹⁴ Vgl. C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 256. Diese Einteilung kann allerdings nur *prima facie* bestehen, wie das quadrale Modell zeigt (s. dazu sogleich).

⁹⁵ C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 256.

⁹⁶ Ebd.

⁹⁷ Näher dazu C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 257: „Der inklusive Rechtspositivismus stellt es dem Recht dagegen frei, moralische Maßstäbe einzubinden. Durch eine solche Einbindung wird das Kriterium der inhaltlichen, moralischen Richtigkeit für das geltende, positive Recht und damit auch für die Geltung des positiven Rechts potentiell bedeutsam. Das nichtpositivistische Element der inhaltlichen Richtigkeit ist damit nicht ausgeschlossen, sondern potentiell eingeschlossen, also inkludiert.“

⁹⁸ C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 256f. Als Vertreter eines exklusiven Rechtspositivismus könne etwa Joseph Raz, als Vertreter des inklusiven Rechtspositivismus Jules Coleman gelten.

⁹⁹ Vgl. R. Alexy, On the Concept and the Nature of Law, *Ration Juris* 2008, S. 287.

¹⁰⁰ Vgl. R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 48f. Danach sind ungerechte Normen kein Recht. Sie verlieren mit der inhaltlichen Richtigkeit ihre rechtliche Geltung, vgl. C. Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 259.

¹⁰¹ R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 49. Ein ungerechtes Gesetz bleibt demnach auch im Fall extremen Unrechts geltendes Recht.

exklusiver, inklusiver und superinklusiver Nichtpositivismus vertreten werde.

Ein exklusiver Rechtsnichtpositivist nehme an, dass ein unmoralisches bzw. unrichtiges Recht kein geltendes Recht sein könne.¹⁰² Er vertrete damit einen „volumfänglichen begrifflichen und klassifizierenden Zusammenhang von Recht und Moral, der für jede moralisch defizitäre Rechtsnorm den Verlust der Rechtsgeltung fordert“¹⁰³. Die Gegenposition beziehe der superinklusive Rechtsnichtpositivist. Er vertrete einen bloß qualifizierenden Zusammenhang von Recht und Moral.¹⁰⁴ Auch wenn ein Gesetz extrem ungerecht ist, verliere es damit noch nicht seine Rechtsgeltung. Eine mittlere Position will Alexy, im Anschluß an Radbruchs Formel, selbst vertreten. Er bezeichnet sie als inklusiven Nichtpositivismus. Die Unrichtigkeit eines Gesetzes führe nach dieser Position nicht unweigerlich zum Geltungsverlust. Erst wenn die Schwelle des extremen Unrechts überschritten wird, verliere das Gesetz seine Rechtsgeltung.¹⁰⁵ Demnach nimmt der inklusive Nichtpositivismus zunächst einen qualifizierenden Zusammenhang von Recht und Moral an, der im Fall extremen Unrechts in einen klassifizierenden Zusammenhang umschlägt.¹⁰⁶

2. Das quadrale Modell

In einer weiteren Systematisierungsbemühung hat es Alexy unternommen, die zwei positivistischen und drei nichtpositivistischen Positionen in zwei Triaden einander gegenüberzustellen.¹⁰⁷ In der ersten, der Notwendigkeitstriade¹⁰⁸, werde der logische Raum des Positivismusproblems dargestellt. In ihr finden sich die Positionen des exklusiven Rechtspositivismus, des Rechtsnichtpositivismus und des inklusiven

Rechtspositivismus wieder. In der Quantorentriade¹⁰⁹ sei der logische Raum des Rechtsnichtpositivismus dargestellt. In ihr sind die drei nichtpositivistischen Positionen enthalten, also der exklusive, der inklusive und der superinklusive Rechtsnichtpositivismus. Bäcker hält dieser Systematisierung den Vorwurf der Asymmetrie entgegen. Im Kern macht er geltend, daß die beiden Triaden die Begriffs- und die Geltungsdimension vermengen bzw. unvollständig abbilden. Im Ergebnis sei der logische Raum des Positivismusproblems mit den beiden Triaden nicht erschöpfend dargestellt.¹¹⁰

Daher stellt Bäcker Alexys doppeltriadischer Unterscheidung eine doppelduale oder quadrale Unterscheidung entgegen, mit der er den Anspruch erhebt, „ein vollständigeres Bild vom logischen Raum des Positivismusproblems zu vermitteln“¹¹¹. Er stellt die Unterscheidung von Begriff und Geltung des Rechts in den Vordergrund. Es könne entweder von einer Begriffstrennung (also der These, dass Recht und Moral begrifflich voneinander zu trennen seien, BT) oder einer Geltungstrennung (GT) sowie von einem Begriffs- bzw. Geltungszusammenhang (BZ bzw. GZ) von Recht und Moral gesprochen werden. Anhand dieser Gegenüberstellungen liege eine Reformulierung der fünf Positionen auf der Hand. Der exklusive Rechtsnichtpositivismus vertrete neben einer begrifflichen Trennung (BT) auch, dass inhaltlich unrichtiges Recht rechtlich gilt (GT; mithin BT und GT).¹¹² Der inklusive Positivist nehme ebenso eine Begriffstrennung an, lasse aber die Möglichkeit eines Geltungszusammenhangs von Recht und Moral – qua Inkorporation – zu (BT und GZ). In ähnlicher Weise können die nichtpositivistischen Positionen (stets BZ) systematisiert

¹⁰² C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 261. Vgl. auch D. Beyleveld, R. Brownsword, *Law as a Moral Judgement*, 1994, S. XVI: „Immoral rules cannot be law“.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ In der von R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 205 formulierten Kurzform: „Extremes Unrecht ist kein Recht.“

¹⁰⁶ Vgl. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 262.

¹⁰⁷ Vgl. R. Alexy, *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, *Ration Juris*, 2012, S. 3ff.

¹⁰⁸ Vgl. ebd. – Es geht hier um die Darstellung aller möglichen Positionen zu der Frage, ob in den Rechtsbegriff notwendig die Moral exkludiert oder inkludiert werden soll. Dies sind nach Alexy drei Positionen, die ein Triade (also ein dreigliedriges Konzept) ergeben.

¹⁰⁹ Vgl. ebd. S. 6f. – Ein Quantor ist ein Operator der Prädikatenlogik. Alexy verwendet Quantoren hier zur Formalisierung der nichtpositivistischen Positionen.

¹¹⁰ Vgl. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 267f.: In der Notwendigkeitstriade, die auch als Begriffstriade bezeichnet werden kann, treten zwei positivistische einer nichtpositivistischen Position gegenüber. Begrifflich unterscheidet die positivistischen Positionen nichts, da beide eine Trennung von Recht und Moral annehmen. Die Notwendigkeitstriade sei daher richtigerweise nicht als Triade, sondern als Linie mit zwei Endpunkten darzustellen. Die Quantorentriade, die auch als Geltungstriade bezeichnet werden kann, stelle nur die Effekten der nichtpositivistischen Positionen auf die Geltung des Rechts dar. Eine Darstellung der Effekten der positivistischen Positionen auf die Geltung bleibe bei Alexy aus. Dies mache es notwendig, die Triaden neu zu systematisieren.

¹¹¹ C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 268.

¹¹² C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 269.

werden, wobei der Begriffszusammenhang mit einem Geltungszusammenhang (GZ) oder einer Geltungstrennung (GT) kombiniert werden könne. Diese Einteilung erlaube die Reformulierung der Positionen referenziell zu einer beliebigen Position aufgrund der Kontradiktionen zwischen den Positionen.¹¹³

Von zentraler Bedeutung sei, dass somit für die Einteilung in Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivismus nicht nur die „Frage des begrifflichen Zusammenhangs zwischen Recht und Moral als entscheidendes Kriterium“¹¹⁴ dienen könne, sondern ebenso die Frage nach der „Abhängigkeit der Geltung positiven Rechts vom Kriterium der inhaltlichen Richtigkeit“¹¹⁵. Damit ist die Grundlage für das quadrale Modell gelegt. In ihm werden die Positionen, die zugleich eine Begriffstrennung und eine Geltungstrennung bzw. einen Begriffszusammenhang und einen Geltungszusammenhang annehmen, als konvergente Positionen bezeichnet, während diejenigen Positionen, die eine Begriffstrennung und einen Geltungszusammenhang bzw. einen Begriffszusammenhang und eine Geltungstrennung annehmen, als divergente Positionen charakterisiert werden. Unterschieden wird dabei noch das Begriffs- vom Geltungsparadigma. Im Begriffsparadigma seien die beiden Positionen, die einen begrifflichen Zusammenhang annehmen, als nichtpositivistische Positionen, die beiden anderen als positivistische Positionen zu begreifen. Im Geltungsparadigma dagegen seien die beiden Positionen, die einen Geltungszusammenhang annehmen, als nichtpositivistische Positionen, die anderen beiden als positivistische Positionen zu bezeichnen.

Die wichtigste Erkenntnis dieser Systematisierung dürfte sich anhand der beiden divergenten Positionen zeigen: Während der divergente Rechtsnichtpositivismus (also der superinklusive Rechtsnichtpositivismus; BZ und GT) im Begriffsparadigma als nichtpositivistische Position zu verstehen sei, wäre er im Geltungsparadigma, da hier der Geltungszusammenhang für die Zuordnung zum Positivismus oder Nichtpositivismus ausschlaggebend sei, als Positivismus zu bezeichnen. Umgekehrtes gelte für den divergenten

Positivismus im Begriffsparadigma (der inklusive Rechtspositivismus, BT und GZ), da er im Geltungsparadigma als nichtpositivistische Position zu bezeichnen sei.¹¹⁶

Damit hält *Bäcker* als wesentlichen Erkenntnisgewinn aus dem quadralen Modell fest: „Die Bezeichnung als Rechtspositivist oder Rechtsnichtpositivist ist nur für diejenigen Positionen eindeutig, die eine Konvergenz zwischen dem Begriffs- und dem Geltungszusammenhang aufweisen. Die divergenten Positionen lassen sich dagegen, je nach Bezugspunkt der Trennungs- und Verbindungsthese, als positivistisch oder als nichtpositivistisch einstufen“¹¹⁷. Dies offenbart eine die bisherige Diskussion prägende Unklarheit in der Einordnung der divergenten Positionen: Erst wenn spezifiziert wird, ob von einem geltungsbezogenen oder einem begriffsbezogenen Positivismus bzw. Nichtpositivismus ausgegangen wird, lässt sich die Position eindeutig zuordnen.

3. Zippelius im quadralen Modell

Vor dem Hintergrund des quadralen Modells ist es möglich, die scheinbar zwischen Positivismus und Nichtpositivismus oszillierende Position von *Reinhold Zippelius* eindeutig zu kategorisieren. *Zippelius* selbst verwendet die Terminologie der analytischen Rechtsphilosophie, wie sie sich etwa in *Alexys* oder auch in *Bäckers* Arbeiten findet, nicht. Dies bedeutet freilich nicht, dass sie nicht auf seine Ausführungen übertragbar wären, und noch weniger, dass die Ausführungen *Zippelius*‘ zum Positivismusproblem unbrauchbar wären.

Wie oben festgehalten, vertritt *Reinhold Zippelius* die Ansicht, dass der Rechtsbegriff zwei Elemente umfasst: die soziale Wirksamkeit und die Gerechtigkeit. *Zippelius* geht also von einem begrifflichen Zusammenhang von Recht und Gerechtigkeit bzw. Moral im Sinne der Verbindungsthese aus (BZ). Für die Geltung hat sich gezeigt, dass *Zippelius* das Kriterium der sozialen Wirksamkeit aufnimmt, wohl abgewandelt zu einer spezifisch rechtlichen Wirksamkeit, nicht aber das der Gerechtigkeit. *Zippelius* Lösung des Problems ungerechter Gesetze sieht vielmehr vor, diese durch

¹¹³ S. als Beispiel Abbildung 6, C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 273.

¹¹⁴ C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 274.

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 278: „Der nach dem Begriffszusammenhang divergente Rechtspositivismus wäre nach dem Geltungszusammenhang also als divergenter Rechtsnichtpositivismus zu bezeichnen, und der nach dem Begriffszusammenhang divergente

Rechtsnichtpositivismus wäre als divergenter Rechtspositivismus anzusehen. Der superinklusive Rechtsnichtpositivismus in *Alexys* Terminologie wäre demnach eine Variante des Rechtspositivismus, und der inklusive Rechtspositivismus wäre, zumindest in der zugespitzten Form des superinklusiven Rechtspositivismus, als eine Spielart des Rechtsnichtpositivismus anzusehen.“

¹¹⁷ C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, S. 279. Vgl. weiter Abbildungen 10 und 11.

Änderungen des gegebenen Rechts zu beheben. Es handelt sich also um eine Position, die auf der Ebene der Geltung Recht und Moral voneinander trennt (GT). *Zippelius* vertritt daher eine Position, die im *Alexy*-schen Kanon als superinklusiver Rechtsnichtpositivismus zu bezeichnen wäre. Im Begriffsparadigma des quadralen Modells wäre diese Position als divergenter Rechtsnichtpositivismus zu bezeichnen. Für die Frage, ob die Position als nichtpositivistisch oder als positivistisch einzustufen ist, ist in diesem Paradigma allein relevant, ob von einem Begriffszusammenhang (dann nichtpositivistisch) oder von einer Begriffstrennung (dann positivistisch) ausgegangen wird. Im Geltungsparadigma ergibt sich dagegen das Gegenteil: Die Position von *Zippelius* geht von einer Geltungstrennung aus, sie wäre daher als divergenter Rechtspositivismus zu bezeichnen.

Dies zeigt, daß *Zippelius* nicht einfach haltlos zwischen einem Positivismus und einem Nichtpositivismus oszilliert, sondern vielmehr positivistische und nichtpositivistische Elemente kombiniert. Diese sind ohne Widerspruch zugleich vertretbar, wenn sie sich, wie bei *Zippelius*, zum einen auf die Rechtsgeltung, zum anderen auf den Rechtsbegriff beziehen.

C. Schluss

Zippelius hat gezeigt, dass sich *Poppers* Wissenschaftstheorie gewinnbringend auf das Recht übertragen lässt. Er kann damit als Verfechter einer rechtsphilosophischen Strömung gelten, die sich zum Ziel gesetzt hat, Gedanken des kritischen Rationalismus auf das Recht zu übertragen.¹¹⁸ Heute vertreten etwa *Eric Hilgendorf* und *Armin Engländer* Standpunkte, die auf Arbeiten zum Kritischen Rationalismus beruhen.¹¹⁹ Es mag erstaunen, daß die Arbeiten von

Reinhold Zippelius in diesen Kreisen gleichwohl kaum rezipiert werden.¹²⁰

¹¹⁸ Vgl. etwa *P. Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 1998; *V. Petev*, Das Recht der offenen Gesellschaft, 2001; *M. Potacs*, Kritischer Rationalismus und Rechtswissenschaft, in: *Neck/Salamun* (Hrsg.), Karl R. Popper – Plädoyer für eine kritisch-rationale Wissenschaft, S. 109ff.; *P. Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus, Rechtslehre 1971, S. 67ff.

¹¹⁹ S. überblicksartig *E. Hilgendorf*, Konstruktion und Kritik im Recht, in: *Hilgendorf/Jordan* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 225ff.; *ders.* Kritischer Rationalismus und Positivismus, in: *ders.* (Hrsg.), Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften, S. 43ff.; *A. Engländer*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften, S. 111ff. – In *Hilgendorf*, Diskurstheorie des

Rechts, in: *Bäcker* (Hrsg.), Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff (im Erscheinen), S. 41ff. deutet *Hilgendorf* an, dass die Denkrichtungen des Kritischen Rationalismus und die Diskurstheorie des Rechts durchaus mehr Gemeinsamkeiten aufweisen als (wenigstens von ihm) bisher angenommen.

¹²⁰ Die Arbeiten von *Zippelius* werden in den genannten Aufsätzen zwar durchaus erwähnt (insbesondere der Sammelband „Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft“), eine nähere Auseinandersetzung findet allerdings kaum statt. Bei *A. Engländer*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, S. 113, heißt es etwa, die Jurisprudenz habe im Bereich der Rechtsethik auf den kritischen Rationalismus Bezug genommen, „wenn auch teilweise in recht allgemeiner Art und Weise [...]“.

Abschlussklausur im Grundlagenfach Rechtstheorie

Von Akademischer Rat a. Z. Dr. **Jonas David Brinkmann**, Marburg/Bielefeld*

Aufgabe 1: Erläutern Sie die Funktion, die Arten und die Voraussetzungen/Grenzen der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung.

Als Rechtsfortbildung bezeichnet man die über den Wortlaut hinausgehende Interpretation des Rechts. Man unterscheidet zwischen der sog. gesetzesimmanenten und der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.¹ Während die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung sich innerhalb des Regelungsplans des Gesetzgebers bewegt, also dazu dient, den Interessenbewertungen des Gesetzgebers auch in Konstellationen Geltung zu verschaffen, in denen dies im Rahmen der sog. Auslegung i.e.S. wegen der Wortlautgrenze nicht möglich ist, bewegt sich die gesetzesüberschreitende Rechtsfortbildung außerhalb des Regelungsplans des Gesetzgebers und ist allenfalls ausnahmsweise – etwa im Falle des Rechtsnotstands² – zulässig.

Mit Blick auf die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung lassen sich drei Arten differenzieren:³ Die Analogie, die teleologische Extension und die teleologische Reduktion. Von einer Analogie spricht man, wenn eine Norm hinsichtlich ihrer Voraussetzungen zu eng geraten ist und deshalb die Rechtsfolge auch auf solche Fälle angewendet wird, in denen die Voraussetzungen der Norm zwar nicht vorliegen, dies aber wertungsmäßig angebracht erscheint. Die teleologische Extension hingegen betrifft diejenigen Fälle, in denen der Wortlaut einer Vorschrift mit Blick auf die Rechtsfolgen zu eng geraten ist und die Norm deshalb um solche Rechtsfolgen, die zwar nicht explizit in der jeweiligen Vorschrift genannt werden, die aber zur Erreichung des vom Gesetzgeber intendierten Zwecks erforderlich sind, erweitert werden. Die teleologische Reduktion betrifft schließlich Konstellationen, in denen eine Norm hinsichtlich ihrer Voraussetzungen oder Rechtsfolgen zu weit geraten ist – also ihrem Wortlaut nach auch auf solche Fälle anwendbar ist, in denen dies nach der gesetzgeberischen

Interessenabwägung nicht notwendig wäre bzw. die angeordneten Rechtsfolgen über das zur Erreichung des Interessenausgleichs Notwendige hinausgeht. Hier wird die Norm mit Blick auf diese Fälle bzw. diese Rechtsfolgen nicht angewendet. Grundsätzlich kommt die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung nur in Betracht, wenn sie nicht – wie etwa im Strafrecht zuungunsten des Täters⁴ – ausgeschlossen ist.⁵ Zudem bildet die contra-legen-Grenze eine absolute Grenze für die Rechtsfortbildung – eine Rechtsfortbildung entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist nicht zulässig. Auch darf eine Rechtsfortbildung nicht zur Folge haben, dass eine Norm jeglichen Anwendungsbereichs beraubt wird. Hinsichtlich der konkreten Voraussetzungen ist zwischen der Analogie, der teleologischen Extension und der teleologischen Reduktion zu differenzieren. Die Analogie setzt neben einer planwidrigen Regelungslücke in der Gestalt, dass der Gesetzgeber für einen bestimmten Fall unabsichtlich keine Regelung vorgesehen hat, eine Vergleichbarkeit der Interessenlage voraus, die dann zu bejahen ist, wenn der nicht geregelte Fall wertungsmäßig mit den geregelten Fällen so ähnlich ist, dass vernünftigerweise davon ausgegangen werden muss, dass der Gesetzgeber den Fall ebenso geregelt hätte. Die teleologische Reduktion setzt neben einer planwidrigen Regelungslücke in der Gestalt, dass der Gesetzgeber für einen bestimmten Fall unabsichtlich keine Einschränkungen vorgesehen hat, die fehlende Vergleichbarkeit der Interessenlage voraus, die zu bejahen ist, wenn der fragliche Fall wertungsmäßig so stark von den übrigen geregelten Fällen abweicht, dass vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber diesen Fall bei Kenntnis der Umstände gleichbehandeln wollte. Die teleologische Extension setzt neben der planwidrigen Regelungslücke in Form einer unabsichtlich fehlenden Rechtsfolge voraus, dass diese Rechtsfolge zur Erreichung des vom Gesetzgeber intendierten Interessenausgleichs

* Der Verfasser ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Markus Artz* an der Universität Bielefeld. Die Abschlussklausur wurde im Sommersemester 2022 in der Vorlesung „Rechtstheorie und juristische Methodenlehre“ an der Philipps-Universität Marburg gestellt. In diesem Semester hat der Verfasser ebendort eine Vertretungsprofessur übernommen.

¹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 3.

² Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 52.

³ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 38.

⁴ Vgl. Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB.

⁵ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 19.

erforderlich ist, sodass anzunehmen ist, der Gesetzgeber hätte sie in Kenntnis der Umstände für die fraglichen Fälle ebenfalls angeordnet.

Aufgabe 2: Was bedeutet der sog. „lex-posterior-Grundsatz“ und welche Überlegungen liegen diesem zugrunde?

Der *lex-posterior*-Grundsatz – der in voller Länge „*lex posterior derogat legi priori*“ lautet – besagt, dass neuere Rechtsvorschriften im Kollisionsfall (also im Fall des Konflikts zwischen zwei Rechtsvorschriften) die älteren Vorschriften verdrängen.⁶ Es handelt sich also um eine sog. Kollisionsregel. Diese basiert auf der Überlegung, dass der Gesetzgeber die Anwendung der älteren Regelung im Anwendungsbereich der jüngeren Regelung implizit ausschließen wollte, da er die jüngere Regelung in ihrem Anwendungsbereich für gerechter gehalten haben dürfte.⁷

Aufgabe 3: Nennen und erläutern sie die Voraussetzungen des „Erst-Recht-Schlusses“.

Der Erst-Recht-Schluss, auch „*argumentum a fortiori*“ genannt, setzt voraus, dass bei verschiedenen Sachverhalten ein entscheidender Umstand unterschiedlich stark ausgeprägt ist.⁸ In diesem Fall lässt sich in zwei Richtungen ziehen – einerseits vom Kleineren auf das Größere (*a minore ad maius*) und vom Größeren auf das Kleinere (*a maiore ad minus*):⁹ Der Erst-Recht-Schluss besagt, dass, wenn im Fall des Sachverhalts mit der geringeren Ausprägung die Voraussetzungen für den Eintritt der Folgen genügen, dies auch für den Sachverhalt mit der stärkeren Ausprägung gelten muss (*minore ad maius*) bzw. dass, wenn im Fall des Sachverhalts mit der stärkeren Ausprägung die Voraussetzungen für die Folgen nicht gegeben sind, dies auch für den Fall mit der geringeren Ausprägung genügen muss. Damit der Erst-Recht-Schluss gezogen werden kann, bedarf es neben der erwähnten unterschiedlichen Ausprägung eines entscheidenden Umstands – es muss sich also um ein steigerungsfähiges Merkmal handeln – einer komparativen Regel für dieses Merkmal durch das sich die Fälle verbinden lassen.¹⁰ Es muss also gelten, dass je stärker

der Umstand ausgeprägt ist, desto wahrscheinlicher ist der Eintritt der Folge. Schließlich dürfen sich die beiden Sachverhalte im Wesentlichen nur mit Blick auf das steigerungsfähige Merkmal unterscheiden und müssen ansonsten gleich sein.

Aufgabe 4: Was versteht man unter dem sog. „naturalistischen Fehlschluss“?

Der Begriff naturalistischer Fehlschluss bezeichnet einen besonderen Fehler bei der Argumentation – nämlich den Fehler, dass aus einem „Sein“ unmittelbar auf ein „Sollen“ geschlossen wird.¹¹ Denn „das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit [...] aus, die in der [...] Natur nicht vorkommt“¹². In anderen Worten, nur weil etwas in der Realität zu beobachten ist, muss es nicht zwingend „richtig“ sein. Denn die Beurteilung, ob etwas richtig oder falsch, gut oder schlecht ist, setzt eine zusätzliche Bewertung voraus. Als Beispiel lässt sich das „Gesetz des Stärkeren“ nennen, das sich in der Natur beobachten lässt: Zwar mag es zutreffen, dass sich in der Natur in der Regel die Stärksten durchsetzen, daraus aber etwa zu schließen, dies solle sich auch in der Rechtsordnung niederschlagen, wäre ein naturalistischer Fehlschluss, da hier für ein valides Argument noch die (zweifelhafte) bewertende Prämisse fehlt, dass alles was in der Natur zu beobachten ist, auch immer „gut“ ist.

Aufgabe 5: Erklären Sie die methodischen Unterschiede bei der Auslegung von deutschem und europäischem Recht.

Zunächst ist festzustellen, dass mit Blick auf die Auslegung von europäischem Recht anders als in der deutschen Methodenlehre nicht zwischen Auslegung i.e.S. und Rechtsfortbildung differenziert wird. Insofern ist der Begriff „Auslegung“ im europäischen Kontext weiter aufzufassen.¹³ Gleichwohl kennt auch die europäische Methodenlehre – wie die deutsche Auslegung i.e.S. – als Erkenntnisquellen für die Interpretation grds. auch Wortlaut, Systematik, Historie und Teleologie. Es bestehen allerdings Unterschiede mit Blick auf die Gewichtung, die den einzelnen Erkenntnisquellen bei der Interpretation zukommen. Während

⁶ Bydliniski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 34.

⁷ Vgl. Bydliniski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 34.

⁸ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 63.

⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 62.

¹⁰ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 63.

¹¹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 75.

¹² Kant, Kritik der reinen Vernunft (Neuedition 2021), Rn. 575.

¹³ Vgl. Roth/Jopen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 17.

dem Wortlaut mit Blick auf die Auslegung von deutschem Recht ein besonderes Gewicht zukommt – er stellt den Ausgangspunkt und die Grenze der Auslegung dar –, hat der Wortlaut bei der Auslegung von europäischen Vorschriften ein deutlich geringeres Gewicht. Dies folgt aus dem Umstand, dass europäische Regelungen nicht einen Wortlaut haben, sondern die verschiedenen Sprachfassungen der 24 Amtssprachen der europäischen Union gleichberechtigt nebeneinander stehen.¹⁴ Auch die Systematik hat bei der Auslegung europäischer Vorschriften einen geringeren Stellenwert als in der deutschen Auslegung. Dies liegt daran, dass die europäischen Regelungen eher punktuell für bestimmte Bereiche erfolgen und es deshalb – anders als im deutschen Recht – kein umfassendes „Rechtssystem“ gibt.¹⁵ Vor diesem Hintergrund beschränkt sich die systematische Interpretation in der Regel auf die Binnensystematik der einzelnen Rechtsakte und rechtsaktsübergreifende systematische Erwägungen kommen weniger zum Tragen.¹⁶ Die historische Auslegung ist im Zusammenhang mit europäischen Vorschriften praktisch kaum relevant.¹⁷ Insbesondere mit Blick auf Vorarbeiten im Gesetzgebungsprozess stellt der EuGH hohe Anforderungen,¹⁸ sodass diese letztlich keine Berücksichtigung finden. Im Gegensatz zur deutschen Methodik, bei der die teleologische Interpretation grds. gleichwertig neben den anderen Erkenntnisquellen steht, kommt ihr bei der Auslegung von europäischen Vorschriften eine überragende Bedeutung zu.¹⁹ Dies dürfte erheblich aus den zuvor genannten Schwächen der übrigen Auslegungsmethoden im europäischen Kontext resultieren. Jedenfalls stellt der EuGH die teleologische Interpretation in der Regel offen in den Fokus seiner Überlegungen. Hierbei greift der EuGH vornehmlich auf die für europäische Rechtsakte obligatorischen Erwägungsgründe zurück, die – anders als etwa die Regierungsbegründungen bei deutschen Rechtsakten – Teil des Rechtsaktes selbst sind²⁰ und deshalb unmittelbarer

Bestandteil der konkreten Legislativentscheidung sind, sodass ihnen ein höheres Gewicht zukommt als den Gesetzesmaterialien im deutschen Recht.

Aufgabe 6: Was versteht man unter der „europarechtskonformen Auslegung“?

Als europarechtskonforme Auslegung bezeichnet man es, wenn nationales Recht nach Möglichkeit so ausgelegt wird, dass es europäische Vorgaben – insbesondere aus europäischen Richtlinien – am besten erfüllt.²¹ Die europarechtskonforme Auslegung basiert auf dem Umstand, dass das europäische Recht grds. alle Träger staatlicher Gewalt der Mitgliedstaaten bindet und diese deshalb verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Kompetenz alles ihnen Mögliche zur Erreichung der europäischen Vorgaben zu tun.²² Das europäische Recht bindet dementsprechend auch die nationalen Gerichte, in deren Kompetenz auch die Interpretation des nationalen Rechts im Rahmen der Auslegung i.e.S. fällt.²³ Da die Gerichte im Rahmen des Wortlauts grds. frei in der Auslegung sind, haben sie die Möglichkeit auch diejenige Interpretation zu wählen, die den europäischen Vorgaben am besten entspricht.²⁴ Und aufgrund ihrer europarechtlichen Bindung sind sie dazu eben auch verpflichtet. Die europarechtskonforme Auslegung betrifft deshalb auch nicht nur Konstellationen in denen nationale Vorschriften ausdrücklich vom nationalen Gesetzgeber zur Umsetzung von europäischen Vorgaben gedacht gewesen sind, sondern auch Fälle, in denen dies nicht der Fall war.²⁵ Da die europäische Verpflichtung der nationalen Gerichte allerdings nur so weit reicht wie der Anwendungsbe-
reich der europäischen Vorgaben, besteht bei sog. überschießend umgesetzten Recht – also Normen, für die der nationale Gesetzgeber eine den europäischen Vorgaben entsprechende Regelung vorgesehen hat, obwohl dies nach den europäischen Vorgaben nicht erforderlich war – keine europarechtliche Pflicht zur

¹⁴ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 14.

¹⁵ Vgl. Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 24.

¹⁶ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 24.

¹⁷ Groeben, von der/Schwarze/Charlotte Gaitanides, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 47; anders: Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 32.

¹⁸ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 16.12.1960 - 6/60 (Humblet), BeckRS 2004, 73385.

¹⁹ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 5.2.1963 - Rs 26/62 (Van Gend & Loos), NJW 1963, 974, S. 27.

²⁰ Groeben, von der/Schwarze/Charlotte Gaitanides, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 45.

²¹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 14.

²² EuGH, Urt. v. 10.04.1984 - Rs 14/83 (von Colson und Kamann gegen Nordrhein-Westfalen), NJW 1984, 2021.

²³ EuGH, Urt. v. 10.04.1984 - Rs 14/83 (von Colson und Kamann gegen Nordrhein-Westfalen), NJW 1984, 2021.

²⁴ Beer/Lotzow, MLR 2021, 12 (15)

²⁵ MüKo-BGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, Vor § 305 BGB Rn. 25.

Konformauslegung.²⁶ Eine Auslegung entsprechend der europäischen Vorgaben kann allerdings vom nationalen Gesetzgeber gewünscht sein, der schließlich mit der überschießenden Umsetzung zum Ausdruck gebracht hat, dass er einen Gleichlauf zwischen den europarechtlich bedingten und den nicht europarechtlich bedingten Fällen wünscht. In diesem Fall bezeichnet man die Orientierung an den europarechtlichen Vorgaben als „europarechtsorientierter Auslegung“²⁷.

Aufgabe 7: Was ist gemeint, wenn man mit Blick auf das Recht von „Positivismus“ und „Nicht-Positivismus spricht“?

Unter Positivismus versteht man die Auffassung, dass Recht all das ist, was zu einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Gesellschaft als Recht gilt.²⁸ Der Positivismus versteht das Recht also als einen rein empirisch wahrnehmbaren und von der Gerechtigkeit unabhängigen Gegenstand. Recht ist, was als Recht gesetzt bzw. als Recht befolgt wird. So etwas wie gesetzliches Unrecht kann es nach einer positivistischen Rechtsauffassung nicht geben. Im Gegensatz dazu geht der Nicht-Positivismus davon aus, dass das Recht eine dem positiven (also gesetzten Recht) vorausgehende und von dieser unabhängige Ordnung darstellt.²⁹ Ob positives Recht nach dieser Auffassung als Recht einzustufen ist oder nicht, hängt nach dieser Auffassung davon ab, ob das gesetzte Recht mit der (vorpositiven) Ordnung übereinstimmt. Gesetzliches Unrecht ist demnach ohne Weiteres denkbar. Zur Begründung der vorpositiven rechtlichen Ordnung werden verschiedene Begründungen angeführt – neben gerechtigkeitsphilosophischen Überlegungen wird etwa auf das Vernunft- oder Naturrecht und die Schöpfungsordnung verwiesen.

Aufgabe 8: Was sagt die sog. „Radbruch'sche Formel“ aus?

Die *Radbruch'sche Formel* bestimmt, wann sich ein Richter ausnahmsweise von seiner Bindung an das Gesetz lösen können. Demnach soll ein Richter sich bei einem Konflikt zwischen dem positiven (gesetzten) Recht und der Gerechtigkeit immer dann – und nur dann – gegen das Gesetz und für die materielle Gerechtigkeit entscheiden, wenn das fragliche Gesetz als unerträglich ungerecht anzusehen ist oder die im

Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Interpreten bewusst verleugnet wird.³⁰

Aufgabe 9: Zeichnen und erläutern Sie das sog. „Normenquadrat“.

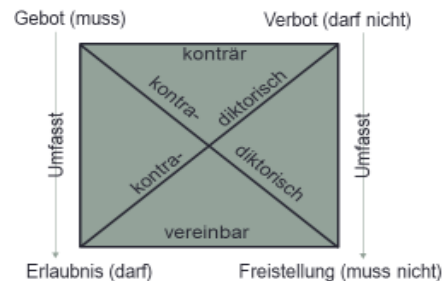


Abbildung 1 - Das Normenquadrat

Ausgehend vom sog. Aussagenquadrat *Aristoteles'* lässt sich das Normenquadrat (Abb. 1) entwickeln, das es ermöglicht, vier grundsätzlich verschiedene Normtypen zu differenzieren und in ein Verhältnis zueinander zu setzen.³¹ Es gibt demnach Gebote, Verbote, Erlaubnisse und Freistellungen. Das Gebot zwingt dazu, etwas zu tun, während das Verbot genau das Gegenteil bedeutet – es zwingt dazu, etwas nicht zu tun. Gebot und Verbot sind also konträr – was bedeutet, dass sie nicht gleichzeitig gelten können. Was verboten ist, kann nicht auch geboten sein und umgekehrt. Das Fehlen eines Gebots lässt aber nicht darauf schließen, dass es verboten ist – ebenso lässt sich aus dem Fehlen eines Verbots nicht schließen, dass etwas geboten ist. Verbote und Gebote sind also nicht kontradiktorisch – es muss also nicht eines von beiden gelten. Dies ist hingegen der Fall im Verhältnis zwischen Gebot und Freistellung und Verbot und Erlaubnis. Die Freistellung besagt, dass ich etwas nicht tun muss – wenn kein Gebot besteht, dann muss eine Freistellung existieren und umgekehrt. Es kann aber nicht beides gleichzeitig der Fall sein. Dies gilt umgekehrt auch für das Verhältnis zwischen Verbot und Erlaubnis – also der Möglichkeit etwas zu tun. Eine Erlaubnis kann nicht vorliegen, wenn ein Verbot vorliegt, muss aber vorliegen, wenn kein Verbot vorliegt. Erlaubnis und Freistellung können gleichzeitig vorliegen – dann besteht maximale Entscheidungsfreiheit.

²⁶ Vgl. MüKo-BGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, Vor § 305 BGB Rn. 29.

²⁷ Vgl. Brinkmann, WuM 2021, 705 (716).

²⁸ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 4.

²⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 55.

³⁰ Radbruch, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, S. 105.

³¹ Hierzu auch Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie für Studenten, 6. Aufl. 2012, Rn. 42.

Grundlagen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Von Akademischer Rat a. Z. Dr. **Johannes Meier**, Ref. iur. **Rukiye Getcosgun**
und Ref. iur. **Leander Bücken**, Marburg*

Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) erfreut sich bei Klausurerstellern großer Beliebtheit, ist bei Studierenden aber gleichzeitig eher unbeliebt. Dies hängt sicher auch mit der Fülle an verschiedenen Konstellationen zusammen. Da die GoA immer wieder Eingang in juristische Klausuren, gleich ob Anfänger- oder Examensklausuren, findet, ist eine sichere Beherrschung der Grundlagen und Probleme essenziell. Dieser Aufsatz soll einen Beitrag zur grundlegenden Wissensvermittlung im Bereich der GoA leisten und den Studierenden dabei helfen, die Thematik zu durchdringen.

A. Grundlagen¹

Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ist in den §§ 677 ff. BGB geregelt. Danach ist ein Fall der GoA gegeben, wenn ein Geschäftsführer im Interessenkreis eines anderen, dem Geschäftsherrn, tätig wird, ohne dafür vertraglich oder gesetzlich verpflichtet zu sein. Sofern die Voraussetzungen gegeben sind, erhält der nicht beauftragte Geschäftsführer Rechte und Pflichten wie ein Beauftragter, weshalb es sich bei diesem Institut um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt.²

B. Systematik

Für ein besseres Verständnis, ist zunächst die Systematik der §§ 677 ff. BGB³ zu behandeln. Die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag regeln die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und die entsprechenden Rechtsfolgen. Obwohl das Gesetz ausdrücklich keine Unterteilung vorsieht, entwickelte die Lehre und Rechtsprechung vier Ausprägungen der

GoA: Die echte berechtigte GoA (§§ 683, 679), die echte unberechtigte GoA (§§ 678, 684) sowie die unechte GoA in Form der irrtümlichen Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 1) oder der angemessenen Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2).

I. Gemeinsame Merkmale

Hilfreich ist zunächst, sich die Gemeinsamkeiten aller Ausprägungen der Geschäftsführung ohne Auftrag anzuschauen.

1. Vorliegen eines fremden Geschäfts

Laut des tradierten Verständnisses setzen alle Ausprägungen der GoA ein fremdes Geschäft voraus. Diese maßgebliche Voraussetzung lässt sich nicht aus der Lektüre des § 677 Hs. 1, der den Anwendungsbereich der GoA festlegt,⁴ entnehmen⁵. Die grundlegende Weichenstellung ergibt sich vielmehr durch eine Gegenüberstellung des § 677 und des § 687.⁶ Zunächst regelt § 687 Abs. 1, dass die §§ 677-686 keine Anwendung finden, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei. Sodann regelt § 687 Abs. 2, dass die §§ 677 ff. nur teilweise Anwendung finden, wenn jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, dass er dazu nicht berechtigt ist. Aufgrund des Verweises in § 687 kann somit der Rückschluss gezogen werden, dass die §§ 677 ff. nur anwendbar sind, wenn der Geschäftsführer das fremde Geschäft auch als solches führen will, er also mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt.⁷

* *Johannes Meier* ist Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Sebastian Omlor*, LL.M. (NYU), LL.M. Eur., Institut für Rechtsvergleichung, Institut für das Recht der Digitalisierung (IRDi) der Philipps-Universität Marburg. *Rukiye Getcosgun* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer Kanzlei in Frankfurt am Main. *Leander Bücken* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Der Ausbildungsaufsatz ist strukturell und inhaltlich den Ausführungen des Erstverfassers in seiner Dissertation nachgebildet: *Meier*, Das subjektive System der Geschäftsführung ohne Auftrag, Die §§ 677-686 BGB im Lichte der zweigliedrigen subjektiven Theorie, Diss. Tübingen, 2019, S. 3 ff. Eingearbeitet sind zudem aktuelle Urteile zum Recht der GoA.

² *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, S. 16.

³ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

⁴ *Beuthien*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 1.

⁵ Nach der Auffassung des Erstverfassers gehört das Merkmal des fremden Geschäfts nicht in den Tatbestand des § 677 Hs. 1, *Meier*, Das subjektive System der Geschäftsführung ohne Auftrag, Die §§ 677-686 BGB im Lichte der zweigliedrigen subjektiven Theorie, Diss. Tübingen, 2019, S. 244 ff.

⁶ *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, S. 426, Rn. 5.

⁷ *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, S. 426, Rn. 5.

Des Weiteren ist zu klären, was das fremde Geschäft inhaltlich verlangt. Der Begriff des Geschäfts ist parallel zu § 662 weit zu verstehen.⁸ Er umfasst jede Tätigkeit, sei sie rechtsgeschäftlicher, wirtschaftlicher oder tatsächlicher Art.⁹ Damit ist jede Tätigkeit, die Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags oder eines Auftrags sein kann, umfasst.¹⁰

Auch der Begriff der Fremdheit ist weit zu verstehen. Ein Geschäft ist fremd, wenn die Angelegenheit nicht ausschließlich im eigenen Rechts- oder Interessenkreis des Geschäftsführers liegt, sondern auch die Belange mindestens einer weiteren Person berührt.¹¹ In bestimmten Fällen ist die Fremdheit des Geschäfts unproblematisch zu bejahen. Dazu gehören Fallgruppen wie die *Erbringung von Hilfeleistungen in Notfallsituationen*, die *Rettung des fremden Eigentums* oder die *Bezahlung fremder Schulden*.¹²

Daneben gibt es aber auch Fälle, bei denen die Fremdheit nicht problemlos angenommen werden kann. Beispiele hierfür sind die sog. *Erbensucherfälle* oder die Fälle, bei denen der Mieter aufgrund unwirksamer Klauseln im Mietvertrag *Schönheitsreparaturen* an dem Mietobjekt vornimmt.

Den sog. *Erbensucherfällen* liegt folgende allgemeine Konstellation zugrunde: Ein gewerblicher Erbensucher bietet den von ihm ermittelten Erben einen Vertragsschluss im Hinblick auf die vollständige Offenlegung der Nachlassangelegenheiten an. Die Erben lehnen einen Vertragsschluss jedoch ab und machen das Erbe selbstständig geltend. Nun verlangt der Erbensucher von den Erben Ersatz der getätigten Aufwendungen. Es geht also um eine Person, die Aufwendungen macht, um einen Vertragsschluss herbeizuführen um sodann den Ersatz der Aufwendungen verlangen zu können.

Nach Ansicht des BGH¹³ sind die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht anwendbar. Denn jede Seite trage das Risiko des Schei-

terns der Vertragsverhandlungen selbst.¹⁴ Der Grundsatz der Privatautonomie dürfe nicht dahingehend eingeschränkt werden, dass der Anbietende fürchten muss, mit Aufwendungsersatzansprüchen konfrontiert zu werden.¹⁵ Gegen die Ansicht des BGH könnte sprechen, dass die Erbensucher gerade schutzwürdig sind, da sie kraft ihres Berufes in Vorleistung für einen nicht bekannten Vertragspartner treten müssen.¹⁶

Aufgrund der Bedeutsamkeit dieses Tatbestandsmerkmals muss daher stets herausgearbeitet werden, ob es sich bei der Geschäftsführung um ein fremdes Geschäft handelt oder nicht. Jedenfalls ändert sich an der Fremdheit des Geschäfts nichts, wenn der Geschäftsführer mit der Handlung auch eigene Belange verfolgt. Der Eigengeschäftsführungswille schließt den Fremdgeschäftsführungswillen nicht aus.¹⁷

Gemeinhin wird bei dem fremden Geschäft zwischen objektiv fremden, neutralen und objektiv eigenen Geschäften differenziert.¹⁸ Das Geschäft ist objektiv fremd, wenn sich die Zugehörigkeit zum fremden Rechts- und Interessenbereich bereits äußerlich erkennbar aus dem Inhalt des Geschäfts ergibt.¹⁹ Bei dieser Fallgruppe wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Gehört das Geschäft nach seinem äußeren Erscheinungsbild hingegen in den Rechts- und Pflichtenkreis des Geschäftsführers, liegt ein objektiv eigenes Geschäft vor. Zwar kann auch in diesen Fällen eine Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sein, zusätzlich erforderlich ist aber eine Manifestation des Willens des Geschäftsführers, das Geschäft für den Geschäftsherrn auszuführen.²⁰

Ein neutrales Geschäft liegt vor, wenn das Geschäft weder dem Geschäftsführer noch einer anderen Person zugeordnet werden kann, es sich also um ein Jedermann-Geschäft handelt.²¹ Ein Beispiel für diese Fallgruppe ist der Rechtserwerb durch Rechtsgeschäft im eigenen Namen. Erst wenn der Geschäftsführer das neutrale Geschäft durch seinen Fremdgeschäftsführungswillen einer anderen Person zuordnet, wird das

⁸ Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 2.

⁹ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 39.

¹⁰ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, S. 30.

¹¹ Dornis, in: Erman BGB, 16. Aufl. 2020, § 677 Rn. 5.

¹² Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 677 Rn. 3.

¹³ BGH, Urt. v. 23.09.1999 - III ZR 322/98, NJW 2000, 72.

¹⁴ BGH, Urt. v. 23.09.1999 - III ZR 322/98, NJW 2000, 72 (73).

¹⁵ BGH, Urt. v. 23.09.1999 - III ZR 322/98, NJW 2000, 72 (73).

¹⁶ Thole, NJW 2010, 1243 (1245); für die Einordnung der Erbensucherfälle als echte unberechtigte GoA (§§ 684,

818 ff.), Meier, Das subjektive System der Geschäftsführung ohne Auftrag, Die §§ 677-686 BGB im Lichte der zweigliedrigen subjektiven Theorie, Diss. Tübingen, 2019, S. 348 ff.

¹⁷ Meier, MDR 2019, 1162 (1165); Meier/Bülte, BauR 2017, 1442 (1448); Bülte/Meier, VuR 2018, 128 (131).

¹⁸ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 41-43.

¹⁹ Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 677 Rn. 3; Lorenz, JuS 2016, 12 (12).

²⁰ Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 7.

²¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 48.

neutrale Geschäft zum subjektiv fremden Geschäft i. S. d. § 677.²²

Ein klausurrelevantes Problem im Rahmen des fremden Geschäfts stellt sich, wenn der Geschäftsführer eine *Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten* erfüllen will. Klassischerweise geht es hier um die sog. *Abschleppfälle*, in denen der Abschleppunternehmer A aufgrund eines Vertrages mit der Polizei ein Auto abschleppen lässt. Die Entgeltfrage ist dabei nicht geregelt. A verlangt nun von dem Eigentümer des Autos Aufwendungsersatz. Nach der h.M. (insb. Rspr.)²³ sind die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag in diesen Fällen anwendbar. Argumentiert wird, dass der Aufgabencharakter, nämlich die Führung eines fremden Geschäfts, nicht dadurch geändert wird, dass eine wirksame vertragliche Verpflichtung zu einem Dritten besteht. Ausnahmsweise sollen die Regeln aber nicht anwendbar sein, wenn die Entgeltfrage durch einen Vertrag mit einem Dritten hinreichend geklärt ist,²⁴ da die GoA-Regeln nicht dazu bestimmt seien, bei einem vertraglich verpflichteten Geschäftsführer das Insolvenzrisiko für seinen Vertragspartner abzunehmen. Nach einer anderen Ansicht²⁵ sind die GoA-Regeln in diesen Fällen nicht anwendbar. Zum einen würde derjenige, der eigene vertragliche Pflichten erfüllt – also der Abschleppunternehmer – kein fremdes Geschäft i.S.v. § 677 besorgen.²⁶ Zum anderen seien die öffentlich-rechtlichen Vorschriften maßgeblich, wenn ein Privatunternehmer die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, da dieser die Aufgaben der Behörde erfülle.

Im Rahmen des fremden Geschäfts kann sich weiterhin das Problem stellen, dass der Geschäftsführer eine vermeintliche Verbindlichkeit gegenüber dem Geschäftsherrn erfüllen will. Klassischerweise geht es hierbei um Fälle, in denen eine Vertragspartei seine Vertragspflicht erfüllt, obwohl der Vertrag unwirksam ist (*Anwendung der GoA auf nichtige bzw. unwirksame Verträge*). Ein typischer Fall ist die Erbringung von Werkleistungen im Falle der Vereinbarung einer sog. *Ohne-Rechnung-Abrede*. Nach einer Ansicht (h.M.) sind die nichtigen Verträge ausschließlich nach den Regeln der Leistungskondition (§ 812 Abs. 1

S. 1, 1. Alt.) abzuwickeln.²⁷ Hauptgrund hierfür sei, dass bei Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag die bereicherungsrechtlichen Ausschlussvorschriften nach §§ 814, 815, 817 nicht berücksichtigt werden. Diese Ansicht wird aber mit dem Argument, dass die GoA ein Schuldverhältnis sei, auf das die §§ 134, 138, 242, 315 (str.) Anwendung finden und sich die Ausschlussgründe nach §§ 814, 815, 817 einfangen lassen, kritisiert.

Nach einer anderen Ansicht seien die Regeln der GoA auch in diesem Fall anwendbar, sofern die Voraussetzungen der echten berechtigten GoA gegeben sind.²⁸ Nach dieser Ansicht dürfe derjenige, der aufgrund eines nichtigen Vertrags im Geschäftsbereich eines anderen berechtigterweise tätig wird, nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der ohne Vereinbarung für einen anderen tätig geworden ist. Denn für diesen sind die GoA-Regeln uneingeschränkt anwendbar. Dagegen spricht aber, dass der Anwendungsbereich des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. deutlich eingeschränkt würde. Da die echte berechtigte GoA einen Rechtsgrund i.S.v. § 812 darstellt, würde der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. bei Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag stets scheitern.

Weiterhin kann sich das Problem des Ausgleichs unter den Mitverpflichteten bei einer Gesamtschuld (§ 426) stellen. Unstreitig ist, dass § 426 bei einer Gesamtschuld zwischen den Mitverpflichteten die vorrangige Regelung ist und damit die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung finden. Hingegen stellt der Ausgleich unter Mitverpflichteten bei einer gestuften Verantwortlichkeit ein Problem dar.

Fallbespiel: A zerstört den Turm einer Kirche. Der Bischof B bittet den kirchenbaulastpflichtigen Fiskus F, die Schäden zu beseitigen.

(1) Da zwischen A und F keine Gesamtschuld i.S.v. § 421 besteht, kommt kein Anspruch aus § 426 in Betracht.

(2) Ein Anspruch aus §§ 677, 683, 670 wäre nur dann gegeben, wenn F mit der Beseitigung der Schäden die Pflichten des A gegenüber dem B erfüllen würde.

²² Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 48.

²³ BGH, Urt. v. 11.03.2016 - V ZR 102/15, NJW 2016, 2407 (2408); BGH, Urt. v. 21.09.2012 - V ZR 230/11, NJW 2012, 3781 (3781).

²⁴ BGH NJW-RR 2004, 956.

²⁵ LG München I, Urt. v. 28.09.1977 - 15 S 2733/77, NJW 1978, 48 (48); Janssen, NJW 1995, 624 (624 f.); Weishaupt, NJW 2000, 1002 (1002 f.).

²⁶ Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2011, § 677 Rn. 9.

²⁷ Dornis, in: Ermann, BGB, 16. Aufl. 2020, § 677 Rn. 51; Beuthien, in: Soergel, BGB, § 677 Rn. 22 f.; Canaris NJW 1985, 2403 (2405); Lorenz, NJW 1996, 883, (885 ff.); OLG Koblenz, Urt. v. 16.12.1998 - 7 U 124-98, NJW 1999, 2904 (2905).

²⁸ OLG Dresden, Urt. v. 14.05.2003 - 11 U 2152/01.

Nach dem normativen Schadensbegriff kommen die Leistungen Dritter den Schädigern jedoch grundsätzlich nicht zugute, weshalb keine Erfüllung der Pflichten gegenüber B vorliegt.

(3) Jedoch steht dem F in dieser Fallkonstellation ein Anspruch gegen B auf Abtretung der Ansprüche gegen A nach § 255 analog zu.

Der Ausgleich bei gleicher Verantwortlichkeit läuft dagegen über §§ 677, 683, 670, da es sich hierbei um eine echte berechtigte GoA handelt.

2. Besorgung eines Geschäfts

Die Geschäftsbesorgung umfasst nur tatsächliche Handlungen, weshalb ein Unterlassen nicht umfasst ist.²⁹ Diese Voraussetzung ist meist unproblematisch, da der Geschäftsführer das Geschäft auch ausführen muss, während das Vorbereitungsstadium noch keine Geschäftsführung ohne Auftrag ist.

3. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

Des Weiteren muss das fremde Geschäft nach § 677 Hs. 1 „ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung“ geführt worden sein.

Sobald ein Auftrag oder eine sonstige Berechtigung vorliegt, ist die GoA ausgeschlossen, sodass die Abwicklung innerhalb des jeweiligen Berechtigungsverhältnisses erfolgt. Auftrag i. S. d. § 677 meint dabei jedes Rechtsgeschäft, welches eine Geschäftsbesorgung i. S. v. § 677 Hs. 1 zum Inhalt haben kann.³⁰ Insbesondere fallen Werk- und Dienstverträge darunter. Bei dem Merkmal der sonstigen Berechtigung handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der alle Berechtigungsgründe außer dem Rechtsgeschäft umfasst.

II. Unterscheidung zwischen echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag

Nun ist die erste Differenzierung innerhalb der §§ 677 ff. vorzunehmen. An dieser Stelle wird zwischen der echten und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag unterschieden. Abgrenzungskriterium ist der Fremdgeschäftsführungswille des Geschäftsführers.³¹

Besorgt jemand ein fremdes Geschäft mit Fremdgeschäftsführungswillen, handelt es sich um eine echte Geschäftsführung ohne Auftrag, sodass die

§§ 677-686 Anwendung finden. Handelt der Geschäftsführer hingegen mit einem Eigengeschäftsführungswillen, so liegt eine unechte Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

Der Fremdgeschäftsführungswille setzt sich aus einem kognitiven Bewusstseinselement und einem voluntativen Willenselement zusammen.³² Erforderlich ist dabei, dass der Geschäftsführer das fremde Geschäft als solches erkennt und damit ein sog. Fremdgeschäftsführungsbewusstsein hat. Darüber hinaus muss der Geschäftsführer auch einen Fremdgeschäftsführungswillen, also den Willen im Interesse eines anderen tätig zu werden, haben. Eine gesetzliche Ausnahme stellt dabei § 686 dar. Danach ist der Irrtum über die Person des Geschäftsherrn irrelevant, da in einem solchen Fall der wirkliche Geschäftsherr berechtigt oder verpflichtet wird. Daher genügt in solchen Fällen auch der abstrakte Fremdgeschäftsführungswille.³³ Auch im Rahmen des Fremdgeschäftsführungswillens ist die Unterscheidung zwischen objektiv fremden, neutralen und objektiv eigenen Geschäften von Bedeutung. Denn im Fall eines objektiv fremden Geschäfts, gehört das Geschäft also nach dem äußeren Erscheinungsbild dem Rechts- und Interessenkreis des Geschäftsherrn an, wird der Fremdgeschäftsführungswille widerleglich vermutet. Da in den meisten Fällen ein objektiv auch-fremdes Geschäft gegeben sein wird, muss der Geschäftsherr die Vermutung regelmäßig durch Beweis widerlegen.

Bedeutsamer ist der Fremdgeschäftsführungswille in den Fällen, in denen ein objektiv neutrales oder objektiv eigenes Geschäft vorliegt. Denn dann muss der Fremdgeschäftsführungswille von außen erkennbar sein und wird nicht vermutet.³⁴

Fraglich ist, ob der Fremdgeschäftsführungswille bei einem auch-fremden Geschäft vermutet werden kann. Bei einem auch-fremden Geschäft fällt die ausgeführte Tätigkeit sowohl in den Rechts- und Interessenkreis des Geschäftsherrn als auch in den des Geschäftsführers.³⁵

Ein Teil der Literatur³⁶ geht davon aus, dass sich der Fremdgeschäftsführungswille in einem solchen Fall nach außen manifestiert haben muss, da es bei einem auch-fremden Geschäfts wahrscheinlicher sei,

²⁹ Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 2; Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 2.

³⁰ Giesen, Jura 1996, 225 (235); Looschelders, Schuldrecht, BT, 12. Aufl. 2017, Rn. 856; a. A.: Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 21.

³¹ Martinek/Theobald, JuS 1997, 612 (613); Lorenz, JuS 2016, 12 (13).

³² Rödder, JuS 1983, 930 (931); Martinek/Theobald, JuS 1997, 612 (613); auch Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 4.

³³ Martinek/Theobald, JuS 1997, 612 (615).

³⁴ Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 3.

³⁵ Gursky, AcP 185 (1985), 18 (38 ff.); Thole, NJW 2010, 1243 (1246 f.).

dass der Geschäftsführer nur in eigenem Interesse handle.

Hingegen soll der Fremdgeschäftsführungswille nach h.M.³⁷ auch bei einem sog. auch-fremden Geschäft widerleglich vermutet werden. Wer sowohl im eigenen als auch im fremden Rechts- und Interessenkreis tätig wird, der möchte im Zweifel neben der eigenen auch die fremde Angelegenheit besorgen.³⁸

1. Echte Geschäftsführung ohne Auftrag

a) Echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683)

Nicht jede Handlung des Geschäftsführers ist dem Geschäftsherrn willkommen, weshalb weiter zwischen der berechtigten und der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag differenziert wird. Die Unterscheidung richtet sich nach dem Willen des Geschäftsherrn, dessen Bezugspunkt die Übernahme ist. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist nach § 683 S.1 berechtigt, wenn ihre Übernahme dem Interesse und dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entspricht.³⁹ Unter der Übernahme wird der Beginn der Einwirkung des Geschäftsführers auf den fremden Rechtskreis, getragen von einem Einwirkungsentschluss, verstanden.⁴⁰ Damit erstreckt sich der Übernahmewille auf den Gegenstand, Ort und Zeitpunkt der Geschäftsführung.⁴¹ Zur Veranschaulichung des Zeitpunkts der Geschäftsführung soll folgender **Beispielsfall**⁴² dienen:

Die über 70-jährige A war bei ihrer Tochter zu Besuch, als der hinter deren Grundstück verlaufende Bach zu überlaufen begann. Zwar erreichte das Wasser bereits eine gewisse Höhe, lag aber noch ca. 300 Meter von den umliegenden Häusern entfernt und näherte sich nur langsam. Die A versuchte erfolglos, den verantwortlichen Wasserverband W zu erreichen. Sodann versuchte die A, die Verstopfung – aufgrund derer der Bach zu überlaufen begann – zu beseitigen, fiel dabei in den Bach und verletzte sich.

In dem Beschluss entschied das OLG Köln, dass die Geschäftsführung nicht im Interesse des Beklagten

– dem Wasserverband W – läge. Die bloße „Bedrohung“ der umliegenden Gärten reiche dafür nicht aus. Es sei nicht ersichtlich, dass ein Wassereintritt in den Keller der Tochter unmittelbar bevorstand, noch das im übrigen Vermögenswerte unmittelbar gefährdet gewesen wären. Eine unmittelbare Gefahr für die körperliche Unversehrtheit Dritter oder für im Verhältnis zur körperlichen Unversehrtheit der Klägerin erhebliche Vermögenswerte durch den Übertritt des Bachlaufes läge nicht vor. Daher habe die A eigene Maßnahmen zu unterlassen und zu versuchen, weiterhin Kontakt mit Mitarbeitern aufzunehmen.

Dieser Fall zeigt, dass die A den Zeitpunkt der Geschäftsführung falsch eingeschätzt und die Geschäftsführung zu früh übernommen hat. Wäre der Bachlauf bereits bis unmittelbar vor den benachbarten Grundstücken übergetreten, so wäre der Fall wohl anders zu entscheiden.

Die Durchführung, also die Art und Weise der Ausführung des Geschäfts, wird nicht von § 683 S. 1 erfasst. Vielmehr steht dem Geschäftsherrn ein Schadenersatzanspruch aus §§ 280, 677 Hs. 2 zu, wenn die Art und Weise der Ausführung des Geschäfts nicht dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Ein Anspruch aus §§ 677, 683, 670 ist nur gegeben, wenn die Übernahme der Geschäftsführung nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat. Dabei ist der mutmaßliche Wille gegenüber dem wirklichen Willen subsidiär,⁴³ weshalb der mutmaßliche Wille nur anzusprechen ist, wenn der wirkliche Wille nicht festgestellt werden kann.⁴⁴ Der mutmaßliche Wille wird mit der hypothetischen Frage ermittelt, ob der Geschäftsherr mit der Übernahme bei Kenntnis aller Umstände einverstanden gewesen wäre.

Daher zeigt sich, dass bezüglich des Übernahmewillens ein gestuftes Verhältnis angenommen wird: Zunächst ist der wirkliche Wille, dann der mutmaßliche Wille und schließlich das öffentliche Interesse (siehe hierzu unter B II. 1. b)) maßgeblich.

Liegt entweder der wirkliche oder der mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn bzgl. der Übernahme vor,

³⁷ BGH, Urt. v. 04.12.1975 – VII ZR 218/73, NJW 1976, 619 (620); BGH, Urt. v. 05.07.2018 – III ZR 273/16, NJW 2018, 2714 (2716); Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 4; Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 56; Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 677 Rn. 59.

³⁸ Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 677 Rn. 59.

³⁹ Lorenz, JuS 2016, 12 (13).

⁴⁰ Martinek/Theobald, JuS 1997, 612.

⁴¹ Vgl. Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 683 Rn. 14 f.

⁴² Der Beispielsfall beruht auf OLG Köln, Beschl. v. 14.01.2020 - 7 U 311/19, mit Anm. v. Omlor, JuS 2020, 883 f.

⁴³ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 683 Rn. 7.

⁴⁴ Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 683 Rn. 4.

dann wird von einer echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gesprochen.

Das Vorliegen eines Aufwendungsersatzanspruchs hängt dann nur noch von den weiteren Voraussetzungen des § 670 ab. Es müssen also Aufwendungen vorliegen, die vom Geschäftsführer nach den Umständen für erforderlich gehalten werden durften.

b) Echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 684)

Entspricht die Übernahme des Geschäfts nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Interesse des Geschäftsherrn, so liegt nach der Lehre eine sog. echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Grundsätzlich ist in solchen Fällen ein Aufwendungsersatz ausgeschlossen. Das Gesetz kennt jedoch zwei Ausnahmen. Zum einen kann der Geschäftsherr die Geschäftsführung nach § 684 S. 2 nachträglich genehmigen. Erteilt der Geschäftsherr die Genehmigung, wird die Geschäftsführung *ex tunc* zur echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag.⁴⁵ Zum anderen kann das Fehlen des Übernahmewillens nach §§ 683 S. 2, 679 unbeachtlich sein. Dies ist der Fall, sofern ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltungspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden kann.⁴⁶

Weiterhin stehen dem Geschäftsherrn nach § 684 S. 1 bereicherungsrechtliche Ansprüche zu. Nach h.M.⁴⁷ handelt es sich dabei um eine Rechtsfolgenverweisung. Folge davon ist, dass sich der Geschäftsführer nach § 818 Abs. 3 enteignen kann, sodass der Geschäftsherr das Risiko trägt, auf den Kosten der Geschäftsführung sitzen zu bleiben.

2. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

§ 687 regelt die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag. Eine unechte Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn es sich um ein objektiv fremdes Geschäft handelt, der Geschäftsführer aber keinen

Fremdgeschäftsführungswillen hat. § 687 Abs. 1 regelt die vermeintliche Geschäftsführung ohne Auftrag. In einem solchen Fall führt der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft unwissentlich als eigenes.⁴⁸ Bei der vermeintlichen Geschäftsführung ohne Auftrag finden die Vorschriften der §§ 677- 686 keine Anwendung. Vielmehr kann die Abwicklung über andere Schuldverhältnisse – insbesondere die Vorschriften des Bereicherungsrechts – erfolgen.

§ 687 Abs. 2 regelt sodann die angemessene Eigengeschäftsführung. Hierbei führt der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft willentlich als eigenes. Hier sieht der Gesetzgeber den Geschäftsherrn als schutzwürdiger an, weshalb die §§ 677- 686 grundsätzlich keine Anwendung finden. Ferner kann der Geschäftsführer nach § 687 Abs. 2 einen Anspruch aus § 684 S. 1 haben, wenn der Geschäftsherr die sich aus §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend macht. Macht der Geschäftsherr seine Ansprüche gegen den Geschäftsführer hingegen nicht geltend, so stehen ihm keine Ansprüche aus den §§ 677 ff. zu. Er kann aber weiterhin seine Ansprüche aus anderen gesetzlichen Schuldverhältnissen geltend machen.

C. Rechtsfolgen

Weiterhin gilt es die einzelnen Rechtsfolgen zu erörtern. Auch hier kommt es auf die Art der Geschäftsführung ohne Auftrag an.

I. Echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Aufwendungsersatz nach §§ 683 S. 1, 670

Im Falle einer echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, kann der Geschäftsführer den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Dabei können nach h.M. sowohl risikotypische Schäden⁴⁹ geltend gemacht werden als auch in bestimmten Fällen eine Vergütung⁵⁰ verlangt werden. Der Sinn und Zweck des § 670 im Auftragsrecht (§§ 662 ff.) besteht darin, den Beauftragten schadlos zu stellen. Auf der

⁴⁵ Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012 § 684 Rn. 8.

⁴⁶ Fries/Schulze, in: Schulze, BGB, 11. Aufl. 2021, § 679 Rn. 2.

⁴⁷ Rödder, JuS 1983, 930 (932); Martinek/Theobald, JuS 1997, 612 (616), wobei die Verfasser die §§ 814, 815, 817 S. 2 ebenfalls anwenden wollen, da eine Haftung des Geschäftsherrn über § 684 S. 1 kaum bezweckt sein kann; Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 684 Rn. 4; Seiler, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 684 Rn. 4; Loo-schelders, Schuldrecht, BT, 12. Aufl. 2017, Rn. 880; Lorenz, JuS 2016, 12 (13); a. A.: Gursky, AcP 185 (1985), 13 (40);

Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, II/1.

⁴⁸ Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 684 Rn. 2.

⁴⁹ BGH NJW-RR 2005, 1426 (1428); BGH NZM 2005, 536 (539); Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 683 Rn. 8; Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 683 Rn. 7.

⁵⁰ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 683 Rn. 39 f.; Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 683 Rn. 8; Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 683 Rn. 6.

anderen Seite soll der Beauftragte durch die Geschäftsführung keinen Gewinn erlangen, weshalb der genannte Vergütungsanspruch dem System des Auftragsrechts auf den ersten Blick zu widersprechen scheint.⁵¹ Zieht man den Wortlaut des § 683 S. 1 heran, deutet dieser darauf hin, eine einheitliche Beurteilung auch im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag vorzunehmen („so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen“). Dabei ist das Wort „wie“ i.S.v. „entsprechend“ zu verstehen, sodass eine Gleichbehandlung nur bei vergleichbarer Interessenlage gerechtfertigt ist. An dieser Stelle zeigt sich der Unterschied zwischen den §§ 662 ff. und den §§ 677 ff., da letztere nach überwiegender Auffassung eine fremdnützige Hilfe begünstigen wollen.⁵² Daher ist in diesen Fällen auch eine Vergütung zu leisten, sofern die Geschäftsführung zu dessen beruflichen Tätigkeiten gehört. Rechtliche Grundlage für die Vergütung ist die analoge Anwendung des § 1835 Abs. 3.⁵³

Hat der Geschäftsherr bezüglich der Übernahme der Geschäftsführung einen entgegenstehenden Willen, so kann der Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 dennoch gegeben sein. Dies ist der Fall, wenn ohne die Übernahme der Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (§§ 682 S. 2, 679).

Ein klausurrelevantes Problem ist in diesem Kontext die Bedeutung des entgegenstehenden Willens bei einem *Suizidversuch*. Die Fälle sind regelmäßig so gelagert, dass der Selbstmörder eine Überdosis an Medikamenten nimmt, er jedoch von einem Arzt gerettet wird. Dieser verlangt nun eine Vergütung nach §§ 677, 683, 670.

Nach einer zum Teil vertretenen Auffassung ist der Wille des Geschäftsherrn maßgeblich. Ein entgegenstehender Wille ist nur im Rahmen des § 679 unbeachtlich oder, wenn sich der Geschäftsherr im Zustand der geistigen Störung befunden hat.

Nach der herrschenden Auffassung ist der entgegenstehende Wille⁵⁴ dagegen unbeachtlich. Innerhalb der herrschenden Auffassung wird dies teils mit dem Argument begründet, dass sich der Geschäftsführer ansonsten nach §§ 13, 323c StGB strafbar machen würde, sodass es auf den entgegenstehenden Willen nicht ankäme.⁵⁵ Andere begründen die Unbeachtlichkeit mit § 138 oder einer analogen Anwendung des § 679.⁵⁶

Hingegen scheidet der Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 jedenfalls dann aus, wenn der Geschäftsführer eine Schenkungsabsicht nach § 685 Abs. 1 hatte. Nach Abs. 2 liegt eine solche im Zweifel dann vor, wenn Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen Unterhalt gewähren.

2. Interessengerechte Geschäftsführung nach § 677 Hs. 2

Nach § 677 Hs. 2 ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet, das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

Da sich der Wortlaut des § 677 Hs. 2 zu dem des § 683 S. 1 hinsichtlich der Beachtung des Willens unterscheidet, zieht die h.M. hieraus eine andere Beurteilung für die Berechtigung. So kommt es bei § 683 S. 1 maßgeblich auf den wirklichen Willen und damit auf ein subjektives Element an, während § 677 Hs. 2 das „Interesse“ und damit ein objektives Element vorrangig betrifft. Nur wenn der wirkliche Wille im Rahmen des § 683 S. 1 nicht feststellbar ist, kommt es auch hier auf die objektiven Merkmale des mutmaßlichen Willens und Interesses an (Subsidiaritätsverhältnis).⁵⁷ Entspricht die Art und Weise der Durchführung des Geschäfts (Geschäftsführung) nicht dem Willen des Geschäftsherrn, kann sich der Geschäftsführer nach §§ 280 Abs. 1, 677 Hs. 1 schadensersatzpflichtig machen.⁵⁸

Neben der willenswidrigen Geschäftsführung als Pflichtverletzung ist ein Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1, S. 2) sowie die Entstehung eines zurechenba-

⁵¹ Denn grundsätzlich soll daher auch keine Vergütung verlangt werden können, siehe Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 683 Rn. 36 ff.

⁵² Martinek/Omlor, in: Staudinger, BGB, 2017, § 670 Rn. 10.

⁵³ Gehrlein, in: BeckOK, BGB, 65. Ed. Stand 01.02.2023, § 683 Rn. 5; Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 6.

⁵⁴ Bergmann, in: Staudinger, BGB, 2017, § 683 Rn. 15; Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 683 Rn. 23;

⁵⁵ Bergmann, in: Staudinger, BGB, 2017, § 683 Rn. 15.

⁵⁶ Für einen Verstoß gegen §§ 134, 138 siehe Sprau, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2022, § 679 Rn. 6; für eine entsprechende Anwendbarkeit siehe Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 679 Rn. 2.

⁵⁷ Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 683 Rn. 6.

⁵⁸ Denn die echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches daher als Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 qualifiziert werden kann, siehe oben unter A.

ren Schadens Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs. Grundsätzlich gilt dabei der allgemeine Verschuldensmaßstab nach § 276 Abs. 1 S. 1. Es ist jedoch auch die spezielle Regelung des § 680 zu beachten.⁵⁹ Dabei muss die Gefahr so unmittelbar bevorstehen, dass schnelles Handeln erforderlich scheint, um die Gefahr abzuwenden, da nur so ein erhöhtes Fehlerisiko besteht.⁶⁰ Im Kontext des § 680 stellt sich das Problem, ob auch eine *Scheingefahr*, wenn der Geschäftsführer also irrtümlich eine Gefahr annimmt, umfasst ist. Nach einer teilweise vertretenen Auffassung sei nur eine tatsächliche Gefahr erfasst, sodass das Irrtumsrisiko der Geschäftsführer trage.⁶¹ Hingegen geht die herrschende Meinung davon aus, dass auch eine Scheingefahr von § 680 umfasst ist.⁶² Denn *ratio legis* des § 680 sei es, die Bereitschaft zur Hilfe in einer Gefahrenlage zu fördern.⁶³

Ein weiteres klausurrelevantes Problem stellt sich, wenn im Rahmen des § 680 ein *professioneller Nothelfer* – beispielsweise die Feuerwehr – handelt.

Nach einer Auffassung soll § 680 auch bei professionellen Nothelfern Anwendung finden.⁶⁴ Die h.M. hält das Haftungsprivileg bei professionellen Nothelfern hingegen kraft teleologischer Reduktion für unanwendbar.⁶⁵ Denn § 680 berücksichtige, dass es in Gefahrensituationen regelmäßig nicht möglich sei, ruhig und überlegt abzuwägen und so leicht ein „falsches“ Mittel der Hilfe gewählt werden könne.⁶⁶ Dies entspreche jedoch nicht der Situation von Amtsträgern, zu deren öffentlich-rechtlicher Pflicht die „berufsmäßige“ Abwehr einer dringenden Gefahr oder die Allgemeinheit gehöre.⁶⁷ Denn Amtsträger sind auf die mit der Gefahrenabwehr verbundenen Noteinsätze regelmäßig vorbereitet und können auf die Erfahrung aus dem Berufsalltag zurückgreifen. Daher sei das Risiko eines Fehlverhaltens deutlich geringer.⁶⁸

Ähnlich ist die Frage, ob § 680 analog auf den Amtshaftungsanspruch nach § 839 i.V.m. Art. 34 GG

anwendbar ist. In derselben Entscheidung widmete sich der BGH auch dieser Frage und versagte eine analoge Anwendung auf den Amtshaftungsanspruch. Denn im Rahmen des § 839 Abs. 1 sei ein objektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen, bei dem es auf die Kenntnisse und Fähigkeiten ankommt, die für die Führung des übernommenen Amtes erforderlich sind.⁶⁹ Eine Haftung für einfach fahrlässige Amtspflichtverletzung könne dabei nicht von vornherein ausgeschlossen werden, insbesondere da das Personal – gemeint ist der Amtsträger – dafür ausgebildet wird, in den Notsituationen auch unter großem Zeitdruck die in Betracht kommenden Handlungsalternativen abzuwägen und sofort Entscheidungen zu treffen.⁷⁰

Damit zeigt sich, dass die Argumentation in beiden zuletzt genannten Fällen ähnlich gelagert ist und sich auch in einer Klausur bei entsprechender Normkenntnis, insbesondere bei Verständnis der *ratio legis*, ein vertretbarer Lösungsweg hergeleitet werden kann.

3. Anzeige und Wartepflicht des Geschäftsführers nach § 681 S. 1

§ 681 S. 1 Var. 1 regelt, dass der Geschäftsführer die Übernahme der Geschäftsführung dem Geschäftsherrn, sobald es tunlich ist, anzuzeigen und nach § 681 S. 1 Var. 2 dessen Entschließung abzuwarten hat. Eine Anzeige hat jedoch nicht zu erfolgen, wenn es mit dem Aufschub einer Gefahr verbunden ist, die Entschließung abzuwarten. Dann entfällt auch die Wartepflicht. Dies ist etwa dann möglich, wenn der Geschäftsherr nicht anwesend ist oder der Geschäftsführer die Person des Geschäftsherrn nicht kennt, dem er die Übernahme anzeigen könnte. Oftmals ist auch der Geschäftsherr die Person, an der die Geschäftsführung durchgeführt wird, sodass eine Anzeige nicht möglich oder nicht tunlich ist. Daher entfällt in solchen Fällen die Anzeige- und Wartepflicht des § 681 S. 1.

⁵⁹ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 680 Rn. 16.

⁶⁰ Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 680 Rn. 4.

⁶¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 680 Rn. 8.

⁶² Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 680 Rn. 6; Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 680 Rn. 2; Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 680 Rn. 1 mit der Einschränkung, dass die irrtümliche Annahme der Gefahr nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen darf.

⁶³ Vgl. zur *ratio legis* Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 680 Rn. 1.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 24.10.1974 - VII ZR 223/72, NJW 1975, 207 (209).

⁶⁵ BGH, Urt. v. 14.06.2018 - III ZR 54/17, NJW 2018, 2723; Gehrlein, in: BeckOK, BGB, 65. Ed. Stand 01.02.2023,

§ 680 Rn. 2; Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 680 Rn. 9; Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 680 Rn. 11 mit der Voraussetzung, dass der professionelle Nothelfer ein Entgelt verlangt; Bielitz, NJW 2012, 1253 (1255).

⁶⁶ BGH, Urt. v. 14.06.2018 - III ZR 54/17, NJW 2018, 2723 (2727).

⁶⁷ BGH, Urt. v. 14.06.2018 - III ZR 54/17, NJW 2018, 2723 (2727).

⁶⁸ BGH, Urt. v. 14.06.2018 - III ZR 54/17, NJW 2018, 2723 (2727).

⁶⁹ BGH, Urt. v. 14.06.2018 - III ZR 54/17, NJW 2018, 2723 (2728).

⁷⁰ BGH, Urt. v. 14.06.2018 - III ZR 54/17, NJW 2018, 2723 (2728).

4. Benachrichtigungs-, Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach §§ 681 S. 2, 666

Im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag, ist zwischen der Übernahme des Geschäfts und der eigentlichen Durchführung und Beendigung zu unterscheiden. In Bezug auf die Benachrichtigungs-, Auskunfts- und Rechenschaftspflicht bedeutet diese Unterscheidung, dass sich die Anzeigepflicht auf die Übernahme des Geschäfts bezieht, während sich die Informationspflichten aus §§ 681 S. 2, 666 auf zuletzt genannte Durchführung und ihre Beendigung beziehen.

Dabei ist i.R.d. § 666 zwischen drei Informationspflichten zu unterscheiden: Zum einen ist der Geschäftsführer nach § 666 Var. 1 verpflichtet, dem Geschäftsherrn „die erforderlichen Nachrichten zu geben“, weshalb man diese auch als sog. Benachrichtigungspflicht bezeichnet⁷¹. Sie muss der Geschäftsführer von sich aus erfüllen,⁷² sodass der Geschäftsherr die Benachrichtigung durch den Geschäftsführer auch nicht zunächst verlangen muss.

Anders ist dies bei der Pflicht des Geschäftsführers „über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen“, § 666 Var. 2. Diese Pflicht greift erst nachdem der Geschäftsherr ein entsprechendes Verlangen in Richtung des Geschäftsführers geäußert hat. Im Unterschied zu den Informationen nach § 666 Var. 1, die der Geschäftsführer von sich aus mitzuteilen hat, handelt es sich hierbei um weniger gewichtige Informationen. Schließlich enthält §§ 681 S. 2, 666 Var. 3 eine Rechenschaftspflicht, also „die Pflicht des Beauftragten, in verkehrsüblicher Weise die wesentlichen Einzelheiten seines Handelns zur Auftragsausführung darzulegen und dem Auftraggeber die notwendige Übersicht über das besorgte Geschäft zu verschaffen“.⁷³ Nach herrschender Auffassung bedarf es auch hier eines „Verlangens“.⁷⁴

5. Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn nach §§ 681 S. 2, 667

Der Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn ist wohl eine der wichtigsten Rechtsfolgen der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag. Nach §§ 681 S. 2, 667 hat der Geschäftsführer an den Geschäftsherrn alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält

und was er aus der Geschäftsführung erlangt, herauszugeben. Voraussetzung ist daher, dass das Erhaltene bzw. Erlangte in einem inneren Zusammenhang mit der Geschäftsführung steht.⁷⁵ Dabei ist der erlangte Gegenstand selbst herauszugeben und nicht nur Wertersatz zu leisten, da der Anspruch aus § 667 gegenständlich-objektiv und nicht lediglich wertmäßig vermögensbezogen, zu verstehen ist.

6. Verzinsungspflicht des Geldes nach §§ 681 S. 2, 668

Das Geld, das der Geschäftsführer „für sich“ verwendet, er aber dem Geschäftsherrn herauszugeben oder für diesen zu verwenden hat, hat der Geschäftsführer von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen, §§ 681 S. 2, 668. Da der Geschäftsführer das Geld aber häufig nicht „für sich“, sondern zur Ausführung des Geschäfts verwendet, ist dieser Verzinsungsanspruch regelmäßig nicht einschlägig.

7. Privilegierung nach § 682

Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so richten sich die Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn gem. § 682 nicht nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern ausschließlich nach Deliktsrecht (§§ 823 ff.) und nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff.).

II. Echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Herausgabeansprüche des Geschäftsführers nach Bereicherungsrecht

Ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683 S. 1, 670 für den Geschäftsführer einer echten unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet mangels Übernahmewillens des Geschäftsherrn aus. Daher richtet sich die Herausgabe des Erlangten nach Bereicherungsrecht (§§ 684 S. 1, 818 ff.). Dabei handelt es sich nach h.M. um eine *Rechtsfolgenverweisung*, weshalb es auf das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 812-817 nicht ankommt.⁷⁶ Durch die Anwendung des Bereicherungsrechts ist es dem Geschäftsherrn möglich sich auf Entreicherung nach § 818 Abs. 3 zu berufen. Ein solcher Entreicherungsseinwand ist hingegen bei dem Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 683 S. 1, 670 nicht möglich, weshalb dieser Anspruch grundsätzlich vorteilhafter für den Geschäftsführer ist.

⁷¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 666 Rn. 18.

⁷² Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 666 Rn. 18; Wiese, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 666 Rn. 3.

⁷³ BGH NJW 1990, 510 (511).

⁷⁴ Fischer, in: BeckOK, BGB, 65. Ed. Stand: 01.02.2023, § 666 Rn. 9; Wiese, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 666 Rn. 5.

⁷⁵ Martinek/Omlor, in: Staudinger, BGB, 2017, § 667 Rn. 7.

⁷⁶ Siehe oben unter A.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich der Geschäftsführer in fremde Angelegenheiten einmischt und daher auch immer mit dem fehlenden Willen des Geschäftsherrn rechnen muss, weshalb der historische Gesetzgeber dem Geschäftsführer dieses Risiko aufgebürdet hat.

2. Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn aus §§ 678, 683

Der Geschäftsherr kann gegen den Geschäftsführer einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 678, 683 geltend machen, sofern die Übernahme der Geschäftsführung nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn stand und der Geschäftsführer dies erkennen musste. Freilich nur, wenn die übrigen Voraussetzungen – das Verschulden und das Vorliegen eines zurechenbaren Schadens – erfüllt sind.

Für den Verschuldensmaßstab des Erkennenmüssens ist § 276 heranzuziehen, das sich aber nicht auf die Entstehung eines Schadens erstrecken muss.⁷⁷

3. Interessengerechte Geschäftsführung nach § 677 Hs. 2

Auch bei der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ist der Geschäftsführer nach überwiegender Auffassung⁷⁸ verpflichtet, es entsprechend dem Interesse des Geschäftsherrn, mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen auszuführen. Verstößt der Geschäftsführer gegen diese Pflicht, so kann es auch bei der echten unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag einen Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer aus §§ 280 Abs. 1, 677 Hs. 2 geben, bei dem der Verschuldensmaßstab auf § 680 anzupassen sein kann. Zwar hat der unberechtigte Geschäftsführer die Geschäftsführung grundsätzlich zu unterlassen, jedoch sollte er – bei dennoch erfolgter Ausführung des Geschäfts – erst recht den Pflichten unterworfen sein, die den berechtigten Geschäftsführer treffen.⁷⁹

4. Pflichten nach § 681

Ob der Geschäftsführer einer echten unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag den Anzeige-, Informations-, Herausgabe und Verzinsungspflichten aus § 681 S. 1 und 2 unterliegt, wird nicht einheitlich bewertet. Während die frühere h.M.⁸⁰ die Anwendung des § 681 auf eine echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag ablehnte, hält die heute überwiegende Auffassung⁸¹ den § 681 auch in einem solchen Fall für anwendbar.

5. Privilegierung nach § 682

Nach § 682 sind Schadensersatzansprüche nur nach Deliktsrecht (§§ 823 ff.) und nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff.) möglich, wenn der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist.

Im Rahmen dessen kann die Frage auftreten, ob auch bei einem beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer ein gesetzliches Schuldverhältnis nach §§ 677 ff. entsteht. Die Rechtsfolge wäre, dass dem Minderjährigen Ansprüche aus §§ 683, 684 zustünden, seine Haftung jedoch nach § 682 beschränkt wäre.

Nach einer Auffassung müssen die §§ 104 ff. auch im Rahmen der Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung finden. Daher verneint diese Ansicht ein gesetzliches Schuldverhältnis nach §§ 677 ff. bei Minderjährigen.⁸² Nach der herrschenden Auffassung entsteht hingegen auch bei einem beschränkt Geschäftsfähigen ein gesetzliches Schuldverhältnis.⁸³ Dafür spricht zum einen, dass ein Geschäft i.S.d. § 677 auch rein tatsächliche Handlungen erfasst, während die §§ 104 ff. nur für Rechtsgeschäfte gelten. Zum anderen ist es unbillig, dem Minderjährigen die Ansprüche aus §§ 683, 684 zu versagen. Ferner ist Sinn und Zweck des § 682 der Schutz des Minderjährigen.⁸⁴ Allein die Existenz des § 682 spricht für die Annahme des Schuldverhältnisses, da es dieser Vorschrift nicht bedurft hätte, wenn das Schuldverhältnis aus §§ 677 ff. ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ohnehin nicht entstünde.⁸⁵

⁷⁷ Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 678 Rn. 13; Gehrlein, in: BeckOK, BGB, 65. Ed. Stand 01.02.2023, § 678 Rn. 3.

⁷⁸ Gehrlein, in: BeckOK, BGB, 65. Ed. Stand 01.02.2023, § 677 Rn. 7; Sprau, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2022, Vor § 677 Rn. 4; Thole, BeckOGK, BGB, Stand 01.03.2023, § 677 Rn. 80; kritisch Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, Vor §§ 677 Rn. 5.

⁷⁹ Thole, BeckOGK, BGB, Stand 01.03. 2023, § 677 Rn. 80.

⁸⁰ BGH NJW 1995, 1154 (1155); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 1281.

⁸¹ BGH NJW 1984, 1461 (1462); BGH NJW-RR 1990, 109; Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 678 Rn. 13; Gehrlein, in: BeckOK, BGB, 65. Ed. Stand 01.02.2023, § 681 Rn. 3.

⁸² Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 682 Rn. 1.

⁸³ Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 682 Rn. 2.

⁸⁴ Schäfer, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 682 Rn. 1.

⁸⁵ Schwab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 682 Rn. 1.

III. Vermeintliche Geschäftsführung ohne Auftrag

Auf die vermeintliche Geschäftsführung ohne Auftrag finden die Vorschriften der §§ 677-686 keine Anwendung. Vielmehr sind die Rechtsfolgen der vermeintlichen Geschäftsführung ohne Auftrag klar und endgültig. Daher kann nur auf andere gesetzliche Schuldverhältnisse zurückgegriffen werden.

IV. Angemaßte Geschäftsführung ohne Auftrag

Für die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 677-686 kommt es darauf an, ob der Geschäftsherr sein Wahlrecht ausübt oder nicht. Übt der Geschäftsherr sein Wahlrecht nicht aus, so finden die Vorschriften der §§ 677-686 auf die angemaßte Geschäftsführung keine Anwendung. Übt er sein Wahlrecht hingegen aus, sind die §§ 677-686 teilweise anwendbar.

§ 687 Abs. 2 stellt eine Rechtsfolgenverweisung dar,⁸⁶ sodass folgende Rechtsfolgen entstehen:

1. Herausgabeansprüche nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1, 818 ff.

Ebenso wie der unberechtigte Geschäftsführer kann der angemaßte Geschäftsführer die Bereicherung von dem Geschäftsherrn herausverlangen. Dabei kann sich der Geschäftsherr nach § 818 Abs. 3 auf Entreichung berufen.

2. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678, 683 S. 1

Der Geschäftsherr kann gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678, 683 S. 1 einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer haben. Dies ist der Fall, wenn dem Geschäftsherrn bei fehlenden Übernahmewillen ein Schaden entstanden ist und der Geschäftsführer die willenswidrige Übernahme zu vertreten hat.

3. Anzeige-, Benachrichtigungs-, Auskunft- und Rechenschaftspflicht nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681

Neben der Anzeigepflicht nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 1 ist der Geschäftsführer bei der angemaßten Geschäftsführung zur Benachrichtigung (§§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 666 Var. 1) zur Auskunft (§§ 687 Abs. 2 S. 1, 666 Var. 2) und zur Rechenschaft (§§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 666 Var. 3) gegenüber dem Geschäftsherrn verpflichtet.

Fraglich ist, ob auch ein Herausgabeanspruch des Geschäftsführers nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 besteht. Hier könnte es zu einem juristischen Zir-

kelschluss kommen. Denn während der Geschäftsführer nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 die Herausgabe des Erhaltenen und Erlangten aus der Geschäftsführung schuldet, muss der Geschäftsherr die Bereicherung nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1, 818 ff. an den Geschäftsführer herausgeben. Daher kann es sein, dass der Geschäftsführer das im Rahmen des Anspruchs aus §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1, 818 ff. erhaltene, an den Geschäftsherrn herauszugeben hat. Dies kann bei Schaffung der Norm jedoch kaum gewollt sein, weshalb der Geschäftsherr nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1, 818 ff. verpflichtet ist, die ihn bereichernden Aufwendungen zu erstatten.⁸⁷

4. Privilegierung nach §§ 687 Abs. 2 Satz 1, 682

Auch im Rahmen der angemaßten Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Geschäftsführer nach den Vorschriften des Deliktsrechts (§§ 823 ff.) und nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) zum Schadensersatz verpflichtet, sofern die restlichen Voraussetzungen vorliegen.

⁸⁶ Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 687 Rn. 1; Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 687 Rn. 1.

⁸⁷ RGZ 138, 45 (50); Fries/Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 687 Rn. 6; Mansel, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 687 Rn. 9.

Examensrelevante Änderungen des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG

Von Akademischer Rat a. Z. Dr. **Christopher Rennig**, Marburg*

A. Einleitung: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Am 17.8.2021 wurde mit dem „Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ (im Folgenden: MoPeG) ein Gesetz im Bundesgesetzblatt veröffentlicht,¹ das in Fachkreisen die Bezeichnung „Jahrhundertrevolution“ erhalten hat.² Das Gesetz, das nach seinem Art. 137 in wesentlichen Teilen zum 1.1.2024 in Kraft treten wird, führt zu umfangreichen Weiterentwicklungen auf dem Gebiet des Personengesellschaftsrechts, die neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) mit der offenen Handelsgesellschaft (oHG) und der Kommanditgesellschaft (KG) auch Personenhandelsgesellschaften betreffen werden. Das MoPeG wurde dabei durch den sog. „Mauracher Entwurf“ ganz maßgeblich beeinflusst, durch den – unter anderem unter Beteiligung des Marburger Rechtsprofessors *Johannes Wertenbruch* – der Reformprozess durch die Rechtswissenschaft vorbereitet und intensiv begleitet wurde.³

Examensrelevanz kommt dem Personengesellschaftsrecht und damit dem MoPeG wegen § 7 Nr. 2 lit. b) des hessischen Juristenausbildungsgesetzes (JAG) zu („Pflichtfächer der staatlichen Pflichtfachprüfung [...] sind [...] aus dem Besonderen Teil des Schuldrechts: [...], Gesellschaft, [...]“) sowie lit. g) („[...] aus dem Gesellschaftsrecht: Recht der Offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, [...]“). Entsprechend ist zu erwarten, dass die sich aus dem MoPeG ergebenden Neuerungen in absehbarer Zukunft zum Gegenstand der Examensrealität werden. Aus diesem Grund gibt dieser Beitrag einen Überblick über die wichtigsten Neuerungen, die das MoPeG mit sich bringt. Zu diesem Zweck werden zunächst Regelungen vorgestellt, die sich vor allem als gesetzliche Klarstellungen von in Rechtsprechung und Wissenschaft bereits etablierten Grundsätzen verstehen lassen

(B.), bevor auf echte Neuerungen eingegangen wird (C.). Der Beitrag konzentriert sich dabei auf solche Regelungskomplexe, die als besonders examensrelevant angesehen werden und enthält dabei keine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen. Der Beitrag schließt mit einer Prognose, wie die Justizprüfungsämter in ihrer Klausurpraxis auf das MoPeG reagieren werden und einem Fazit (D.).

B. Gesetzliche Klarstellungen...

Bereits vor Inkrafttreten des MoPeG lässt sich die Prognose anstellen, dass das Personengesellschaftsrecht studierendenfreundlicher wird.⁴ Bislang wurden die gesetzlichen Regelungen häufig noch durch das „wahre“, insbesondere durch die Rechtsprechung entwickelte Gesellschaftsrecht überlagert; erforderlich war deshalb mit entsprechendem Lernaufwand verbundenes außergesetzliches Wissen. Das MoPeG führt in dieser Hinsicht zumindest teilweise zu einer Entlastung, da dieses Gesellschaftsrecht nunmehr eine positivrechtliche Umsetzung erfährt.

I. Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Richtungsweisend für das gesamte Reformvorhaben und zumindest für das geschriebene Recht als Paradigmenwechsel zu beurteilen, ist die gesetzliche Verankerung einer rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in § 705 Abs. 2 BGB n.F. Damit wird vom ursprünglichen Regelungskonzept der §§ 705 ff. a.F. BGB abgewichen, das in der GbR noch eine nicht rechtsfähige, zur Durchführung einer begrenzten Anzahl von Einzelgeschäften gegründete Gesamthandsgemeinschaft erkannte.⁵ In der Rechtsrealität hat sich indes spätestens durch das „Weißes Ross“-Urteil

* Der Verfasser ist akademischer Rat a. Z. am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht, sowie am Institut für das Recht der Digitalisierung (IRDi) bei Herrn Prof. Dr. *Florian Möslin*, LL.M. an der Philipps-Universität Marburg.

¹ BGBl. 2021 I 3436.

² *Lieder ZRP* 2021, 34.

³ Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, April 2020, abrufbar unter:

https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (letzter Abruf: 10.12.2022).

⁴ *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 1a; *Teichmann*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, S. VII.

⁵ MoPEG-RegE, S. 1. Vgl. für eine kurze Darstellung der Entwicklungslinien im Hinblick auf die GbR BeckOGK-BGB/Geibel (Stand: 1.1.2019), § 705 Rn. 185 ff.

des BGH im Jahr 2001⁶ eine andere Sichtweise durchgesetzt, da seitdem die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR sowohl in ständiger Rechtsprechung⁷ als auch durch die herrschende Meinung in der Literatur⁸ anerkannt ist. Erforderlich war in Klausuren damit bislang stets die Prüfung, ob es sich bei der in Frage stehenden GbR um eine Außen- oder Innen-Gesellschaft handelt sowie – bei Vorliegen einer Außen-GbR – eine kurze Herleitung ihrer Rechtsfähigkeit.

§ 705 Abs. 2 BGB n.F. nimmt nunmehr ausdrücklich eine Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaften vor. Rechtsfähig und damit in der Lage, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, ist die GbR, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Dies entspricht im Wesentlichen der heute anerkannten Außen-GbR. Eine rechtsfähige Gesellschaft kann zudem laut ausdrücklicher Anordnung in § 713 BGB n.F. selbst Rechtsträgerin sein. Ersetzt wird dadurch das nach Ansicht des Gesetzgebers historisch überholte Gesamthandsprinzip.⁹

Die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB n.F. beziehen sich vor diesem Hintergrund insbesondere auf die rechtsfähige Gesellschaft. Nicht rechtsfähige Gesellschaften werden dagegen in den §§ 740–740c BGB n.F. angesprochen. Festgelegt wird in § 740 Abs. 1 BGB n.F. insbesondere, dass eine solche Gesellschaft kein Vermögen bilden kann, weil sie mangels Rechtsfähigkeit gerade nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Auch ein gesamthänderisch gebundenes Vermögen der Gesellschafter kommt nicht in Betracht.¹⁰ § 740 Abs. 2 BGB n.F. ordnet zudem die entsprechende Geltung bestimmter Vorschriften an, die originär die rechtsfähige Gesellschaft betreffen. Die genannten Vorschriften müssen dann angepasst werden, wenn sie an die Rechtsfähigkeit einer

Gesellschaft anknüpfen.¹¹ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich nun auf die rechtsfähige Gesellschaft.

II. Akzessorische Gesellschafterhaftung

Eng mit der Rechtsfähigkeit der GbR hängt die Frage zusammen, ob und unter welchen Voraussetzungen deren Gesellschafterinnen und Gesellschafter persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Nach der in diesem Zusammenhang unter anderem in ständiger Rechtsprechung durch den BGH vertretenen Doppelverpflichtungslehre erforderte dies, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter an einem zur Verbindlichkeit führenden Vertragsschluss mitgewirkt haben oder zumindest durch andere Gesellschafterinnen und Gesellschafter wirksam vertreten wurden, was wiederum Vertretungsmacht voraussetzt.¹² Mangels eines der Stellvertretung zugänglichen rechtsgeschäftlichen Handelns kam z.B. eine Haftung für deliktisches Handeln anderer Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht in Betracht. Vertreter der Akzessorietätstheorie leiten demgegenüber aus einer analogen Anwendung des – unmittelbar für die oHG geltenden – § 128 HGB eine akzessorische, persönliche und unbeschränkte Primärhaftung für sämtliche Verbindlichkeiten der GbR her, unabhängig von ihrem Rechtsgrund.¹³ Im oben bereits genannten „Weißes Ross“-Urteil des BGH hat sich dieser endgültig für die Akzessorietätstheorie entschieden und § 128 HGB analog zur Anwendung gebracht.¹⁴ Diese Entscheidung hat auch in dieser Hinsicht dazu geführt, dass sich die Akzessorietätstheorie in der Folge zur ganz herrschenden Meinung entwickelt hat.

Im Zuge des MoPeG hat sich der Gesetzgeber nunmehr in § 721 BGB n.F. endgültig für die Akzessorietätstheorie entschieden, sodass GbR-Gesellschafterinnen und -gesellschafter – wie bei § 128 HGB – für sämtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten akzessorisch haften, unabhängig von deren Rechtsgrund.¹⁵

⁶ BGHZ 146, 341 = BGH NJW 2001, 1056 – ARGE Weißes Ross.

⁷ Statt vieler BGH NJW 2002, 1857; NJW 2001, 3121; NJW 2002, 3593; NJW 2003 1445.

⁸ Vgl. statt vieler aus der Kommentarliteratur Staudinger/*Habermeyer* (Neubearbeitung 2003), Vorbemerkungen zu §§ 705–740 Rn. 9; MüKo-BGB/*Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 310; BeckOK-BGB/*Schöne* (Stand: 1.5.2023), § 705 Rn. 16 f.

⁹ MoPeG-RegE, S. 148; vgl. ferner *Wertenbruch*, GmbHR 2021, 1 (2); *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615 f.).

¹⁰ MoPeG-RegE, S. 222; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 37b.

¹¹ Dies betrifft z.B. den Vermögensausgleich zwischen Gesellschaft und Gesellschafterinnen bzw. Gesellschaftern nach §§ 716 Abs. 1, 2, 3; 718 BGB n.F., an dessen Stelle ein Vermögensausgleich der Gesellschafter untereinander tritt, vgl. MoPeG-RegE, S. 223.

¹² Vgl. statt vieler BGHZ 74, 240 (241) = NJW 1979, 1821; BGHZ 136, 254 (258 f.) = NJW 2754 (2755); mit weiteren Nachweisen auch aus der Literatur BeckOK-BGB/*Schöne* (Stand: 1.5.2022), § 714 Rn. 16.

¹³ BeckOK-BGB/*Geibel* (Stand: 1.1.2019), § 705 Rn. 219.

¹⁴ Vgl. *Sanders/Berisha*, NZG 2020, 1290 (1291 f.) m.w.N.

¹⁵ Vgl. MoPeG-RegE, S. 194.

Damit wird es in der Klausur zukünftig nicht mehr erforderlich sein, die Analogievoraussetzungen des § 128 HGB für die Haftung von GbR-Gesellschaftern darzulegen. Stattdessen kann direkt unter Bezugnahme auf § 721 BGB n.F. eine Haftung der GbR-Gesellschafterinnen und -gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaften angenommen werden (im Rahmen der Anspruchsgrundlage bspw. als „§§ 433 Abs. 2 i.V.m. 721 BGB“ zitiert).

III. Haftung eintretender und ausscheidender Gesellschafter

Zu einer gesetzlichen Klarstellung in Haftungsfragen kommt es durch das MoPeG zudem insbesondere hinsichtlich des Eintritts eines Gesellschafters in eine bestehende rechtsfähige Gesellschaft. Die bisher über eine analoge Anwendung des § 130 HGB¹⁶ anerkannte Haftung eintretender Gesellschafterinnen und Gesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft wird nunmehr in § 721a BGB n.F. auch für die GbR ausdrücklich angeordnet. Die Vorschrift ist dabei dem § 130 HGB nachgebildet,¹⁷ sodass sich insoweit im Wesentlichen keine inhaltlichen Unterschiede ergeben: Neugesellschafterinnen und -gesellschafter haften für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt und persönlich.

Ausscheidende Gesellschafterinnen und -gesellschafter haften gem. §§ 728b Abs. 1 S. 1 BGB n.F. sowie § 137 Abs. 1 S. 1 HGB n.F. unter den dort genannten Voraussetzungen für bis zum Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten. Insofern ergeben sich – abgesehen von der erstmaligen ausdrücklichen gesetzlichen Festschreibung dieser Nachhaftung für die GbR – keine wesentlichen Abweichungen zur alten Rechtslage.¹⁸ Zu beachten ist für die GbR ferner, dass die Nachhaftungsfrist neben der Kenntniserlangung des Gläubigers von dem Ausscheiden nunmehr auch mit der Eintragung des Ausscheidens in das Gesellschaftsregister beginnen kann (§ 728b Abs. 1 S. 3 BGB n.F.) – vor dem 1.1.2024 war dies mangels Gesellschaftsregister keine Option. Für die oHG ergeben sich in dieser Hinsicht nur scheinbar Veränderungen: Obwohl nach dem gesetzlichen Wortlaut allein die Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister den maßgeblichen Zeitpunkt für den Fristbeginn

darstellte (§ 160 Abs. 1 S. 2 HGB a.F.), war bereits nach alter Rechtslage anerkannt, dass diese Eintragung nur deklaratorisch wirkt und die positive Kenntnis des Gläubigers von dem Ausscheiden bereits ausreicht, um die Enthafungsfrist in Gang zu setzen.¹⁹ Diese herrschende Auffassung überführt § 137 Abs. 1 S. 3 HGB n.F. nunmehr auch in den Gesetzeswortlaut.

Eine weitere Klarstellung enthalten die § 728b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. sowie § 137 Abs. 1 S. 2 HGB n.F., nach denen es bei einer auf Schadensersatz gerichteten Verbindlichkeit zu einer Haftung ausscheidender Gesellschafterinnen und Gesellschafter nur dann kommt, wenn die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor dem Ausscheiden eingetreten ist.²⁰ Wann diese zeitliche Voraussetzung erfüllt ist, ist für die verschiedenen Arten von Schadensersatzansprüchen jeweils einzeln zu beantworten: So kommt es z.B. bei einer gesetzlichen Gewährleistungshaftung nicht auf den Zeitpunkt des Entstehens eines Schadensersatzanspruchs an (z.B. durch Ablauf einer durch den Gläubiger gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung), weil bereits die mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung der Gesellschaft anzusehen ist.²¹

IV. Einwendungen und Einreden persönlich haftender Gesellschafter

Einhergehend mit der bislang fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Positionierung zu einer persönlichen Haftung von GbR-Gesellschafterinnen und -gesellschaftern enthalten die §§ 705 ff. BGB n.F. bis zum Inkrafttreten des MoPeG ebenfalls keine dem § 129 HGB vergleichbare Vorschrift dazu, welche Einwendungen und Einreden diese im Falle einer persönlichen Inanspruchnahme geltend machen können. Bislang kam deshalb der genannte § 129 HGB analog zur Anwendung.²² Dieses Analogieschlusses bedarf es nunmehr aufgrund der Einführung des § 721b BGB n.F. für die GbR nicht mehr, der die für die oHG geltende Vorschrift – durch das MoPeG wird § 129 HGB a.F. in § 128 HGB n.F. verschoben – inhaltsgleich wiederholt.

Zu beachten ist, dass § 128 HGB n.F. und damit auch § 721b BGB n.F. im Vergleich zu § 129 HGB a.F. zusätzlich inhaltlich umgestaltet werden, freilich ohne

¹⁶ BGH NJW 2003, 1803; BeckOK-BGB/Schöne (Stand: 1.5.2022), § 714 Rn. 52 m.w.N.

¹⁷ MoPeG-RegE, S. 192.

¹⁸ Wertenbruch/Döring, GmbHR 2023, 649 Rn. 6.

¹⁹ BGHZ 174, 7; vgl. auch BeckOGK-HGB/Temming (Stand: 15.5.2023), § 160 Rn. 27 m.w.N.

²⁰ Anders noch BGHZ 36, 224 = NJW 1962, 536.

²¹ Wertenbruch/Döring, GmbHR 2023, 649 Rn. 19; die zahlreiche weitere Konstellationen beleuchten.

²² BGH NJW-RR 2006, 1268 (1269); NJW 2001, 1056; MüKo-HGB/K. Schmidt/Drescher, 5. Aufl. 2022, § 129 Rn. 3.

Änderungen der Verteidigungsmöglichkeiten persönlich haftender Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Zunächst umfasst § 129 Abs. 2 HGB a.F. unmittelbar nur die Anfechtbarkeit des der Verbindlichkeit zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, sodass die Geltendmachung anderer Gestaltungsrechte – zu denken ist bspw. an Rücktritts- oder Minderungsrechte – die analoge Anwendung der Vorschrift erfordert. Sowohl § 721b Abs. 2 BGB n.F. als auch § 128 Abs. 2 HGB n.F. stellen nun klar, dass Gesellschafter die Leistung immer noch wegen der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts, daneben aber auch aufgrund anderer Gestaltungsrechte, die der Gesellschaft zustehen, verweigern können. Explizit mit aufgenommen ist hierbei nunmehr auch die Aufrechnung, der vor Inkrafttreten des MoPeG mit § 129 Abs. 3 HGB n.F. noch ein eigener Absatz gewidmet ist. Da die Vorschrift schon zuvor so gelesen werden musste, dass es – anders als im Rahmen des wortgleich formulierten § 770 Abs. 2 BGB zur Bürgschaft²³ – entscheidend auf die Aufrechnungsbefugnis der Gesellschaft ankam,²⁴ war die Vorschrift angesichts der analogen Anwendung des § 129 Abs. 2 HGB a.F. auf sämtliche Gestaltungsrechte der Gesellschaft redundant.²⁵ Die Integration der Aufrechnungbarkeit in § 721b Abs. 2 BGB n.F. bzw. § 128 Abs. 2 HGB n.F. ist damit nur folgerichtig.

V. Gestaltungsfreiheit des Innenverhältnisses

Wesensmerkmal der GbR ist, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht nur die Entscheidungsfreiheit darüber besitzen, ob sie einem solchen Personenverband überhaupt beitreten wollen (sog. Abschlussfreiheit), sondern, dass ihnen diese Gesellschaftsform darüber hinaus gerade für das Innenverhältnis ein überaus hohes Maß an Gestaltungs- und Formfreiheit gewährt.²⁶ Bislang war diese Offenheit der Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses durch die Ausübung von Privatautonomie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die GbR zwar allgemein

anerkannt,²⁷ aber nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Mit § 708 BGB n.F. stellt der Gesetzgeber nun allgemein klar, dass von den Vorschriften der §§ 705 ff. BGB im Grundsatz durch privatautonome Gestaltung im Rahmen des Gesellschaftsvertrags abgewichen werden kann. Auch für diese Vorschrift existiert mit § 109 HGB a.F. (§ 108 HGB n.F.) ein handelsrechtliches Vorbild, dem sie nachgebildet ist.²⁸

Die gesetzgeberische Klarstellung hat insbesondere zwei Folgen: Erstens ist darauf zu achten, ob das Gesetz bestimmte Regelungen ausdrücklich als zwingend deklariert, da sich der zwingende Charakter einer Vorschrift insbesondere aus dem Gesetzestext ergeben kann.²⁹ Daneben ist aber weiterhin denkbar, dass sich die zwingende Natur aus dem jeweiligen Normzweck ergibt,³⁰ sodass aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht ohne Weiteres auf die Dispositivität der Vorschrift geschlossen werden darf. Zugleich führt die generalklauselartige Formulierung in § 708 BGB n.F. dazu, dass an anderen Stellen die gesetzliche Anordnung der Zulässigkeit einer Abweichung entfällt, ohne dass hiermit inhaltliche Veränderungen verbunden wären. Beispiel dafür sind die §§ 709 Abs. 2, 710 BGB a.F., die im Hinblick auf die Geschäftsführung bei der GbR Abweichungen von der grundsätzlichen Gesamtgeschäftsführung ausdrücklich erlaubten. Auf die Übernahme der Vorschriften in das neue Recht verzichtet der Gesetzgeber unter Hinweis auf § 708 BGB n.F. ganz bewusst.³¹ Dennoch bleiben Abweichungen von der Gesamtgeschäftsführung weiterhin möglich.

VI. Haftungsbeschränkung von Kommanditisten

Bei der Kommanditgesellschaft hat derzeit vor allem der § 171 Abs. 1 HGB a.F. das Potenzial, bei Studierenden Verwirrung zu stiften, da dort an zwei Stellen der Begriff der „Einlage“ identisch verwendet wird, dabei aber jeweils Unterschiedliches gemeint ist. Zu lesen war die Vorschrift schon vor der zum 1.1.2024

²³ Die unterschiedlichen Lesarten liegen darin begründet, dass der Bürge grundsätzlich subsidiär, also gegenüber dem Hauptschuldner nachrangig haftet, während Gesellschafterinnen und Gesellschafter aufgrund der Akzessorietät der Haftung auf gleicher Stufe wie die Gesellschaft haften.

²⁴ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 6 Rn. 26; BeckOK-HGB/Klimke (Stand: 15.1.2023), § 129 Rn. 23.

²⁵ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 26a.

²⁶ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 1, 50.

²⁷ MoPeG-RegE, S. 116 f.

²⁸ MoPeG-RegE, S. 160.

²⁹ MoPeG-RegE, S. 160. Beispiele für Vorschriften mit ausdrücklich angeordneter zwingender Natur sind – jeweils in der Fassung ab 1.1.2024 – § 715a S. 2 (Notgeschäftsführungsbefugnis), § 715b Abs. 2 (Gesellschafterklage), § 717 Abs. 1 S. 3 (Informationsrechte und -pflichten), § 719 Abs. 2 (Entstehung der Gesellschaft), § 720 Abs. 3 (Umfang der Vertretungsmacht) BGB.

³⁰ MoPeG-RegE, S. 160. Beispiele für Vorschriften, deren zwingende Natur sich aus ihrem Zweck ergibt, sind §§ 722 (Zahlungsverbot bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung), § 726 (Kündigung durch einen Privatgläubiger der Gesellschaft) BGB n.F.

³¹ MoPeG-RegE, S. 149, 152.

erfolgenden Klarstellung dahingehend, dass eine unmittelbare Haftung des Kommanditisten bis zur Höhe der in das Handelsregister eingetragenen *Haftsumme* in Betracht kommt, wenn nicht die Haftung durch die Leistung der *Einlage* – d.h. die Summe, zu deren Leistung der Kommanditist im Innenverhältnis gegenüber der KG verpflichtet ist³² – ausgeschlossen ist.³³ Diese Lesart integriert das MoPeG nunmehr in den gesetzlichen Wortlaut, indem sowohl in §§ 171, 172 HGB n.F. als auch in § 161 Abs. 1 HGB n.F. begrifflich sauber zwischen der Haftsumme und der Einlage unterschieden wird. Inhaltliche Änderungen im Hinblick auf Umfang und Ausschluss der persönlichen Haftung von Kommanditisten sind hiermit nicht verbunden.³⁴

C. ... und echte Neuheiten

Der MoPeG-Gesetzgeber hat sich allerdings nicht auf die gesetzliche Niederschreibung in Rechtsprechung und Wissenschaft bereits entwickelter Grundsätze beschränkt, sondern an anderen Stellen neue Regelungen geschaffen, die ebenfalls Examensrelevanz erhalten können. Diese sollen nun vorgestellt werden.

I. Gesellschaftsregister und Wirkungen der Eintragung

Eine echte Neuheit des MoPeG stellt die erstmalige Einführung eines Gesellschaftsregisters für rechtsfähige Gesellschaften bürgerlichen Rechts in den §§ 707 ff. BGB n.F. dar. Diesen stand nach altem Recht zwar stets die Möglichkeit der freiwilligen Eintragung in das Handelsregister offen, doch führte eine solche Eintragung dazu, dass die Gesellschaft dadurch gem. § 105 Abs. 2 HGB zwingend den Status einer oHG erlangte, verbunden mit der Anwendung der Vorschriften des HGB. Das durch das MoPeG eingeführte Register ermöglicht dagegen eine rechtsformwahrende Eintragung: Die GbR bleibt trotz Eintragung in das Gesellschaftsregister weiterhin eine GbR.

Im Gegensatz zu der Eintragungspflicht für die oHG aus § 106 Abs. 1 HGB n.F. müssen sich rechtsfähige Gesellschaften im Grundsatz nicht in das Gesellschaftsregister eintragen lassen. Stattdessen zeigt schon der Wortlaut des § 707 Abs. 1 BGB n.F.

(„können“), dass die Eintragung auf Freiwilligkeit beruht. Entscheiden sich die Gesellschafter dafür, so muss die Anmeldung die in § 707 Abs. 2 BGB n.F. genannten Angaben enthalten. Besonders den Angaben zu den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie deren Vertretungsbefugnissen kann im Rechtsverkehr Bedeutung zukommen (dazu näher sogleich). Die Eintragung in das Gesellschaftsregister berechtigt die Gesellschaft nach § 707a Abs. 2 S. 1 BGB n.F. zur Führung eines Namenszusatzes („eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“).³⁵

Besondere Examensrelevanz könnte der Anwendbarkeitserklärung des § 15 HGB durch § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. zukommen. Demnach kommt dem Gesellschaftsregister gleich dem Handelsregister Publizitätswirkung zu, was gerade im Hinblick auf die Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter von Bedeutung sein kann. Wurde nämlich eine vom gesetzlichen Grundsatz der Gesamtvertretung³⁶ abweichende Vertretungsregel eingetragen (z.B. Einzelvertretung), so können sich Dritte hierauf berufen, selbst wenn die Gesellschafter inzwischen etwas anderes vereinbart, dies aber nicht eingetragen haben (sog. negative Publizität, § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB). Gleichmaßen können sich Dritte auf eine solche Eintragung berufen, selbst wenn für die GbR tatsächlich nichts vereinbart war, die abweichende Regelung aber unrichtig eingetragen war (sog. positive Publizität, § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. i.V.m. § 15 Abs. 3 HGB). Eine wichtige Einschränkung enthält aber § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F., wenn dort das Fehlen der Kaufmannseigenschaft von der Publizitätswirkung der Eintragung im Gesellschaftsregister ausgeschlossen wird. Gesellschaften, die in das Gesellschaftsregister eingetragen sind, ist es damit nicht möglich, unter Hinweis auf die dort erfolgte Eintragung ihre Kaufmannseigenschaft abzustreiten. Entscheidend ist hier vielmehr weiterhin, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Ist dies der Fall, so ist sie oHG; eine Eintragung in das Gesellschaftsregister anstelle der – bei vorheriger Geschäftsaufnahme der Gesellschaft ohnehin nur

³² BeckOK-HGB/Häublein/Beyer (Stand: 15.1.2023), § 171 Rn. 10; Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 8.

³³ Aus MoPeG-RegE, S. 304 geht hervor, dass es sich bei der Änderung des Wortlauts von § 171 HGB ausschließlich um eine Klarstellung handelt. Inhaltliche Änderungen sind damit im Umkehrschluss nicht verbunden.

³⁴ Lediglich der Vollständigkeit halber soll auf die zum 1.1.2024 erfolgende Streichung des § 172 Abs. 5 HGB a.F. hingewiesen werden, der den Fall des Bezugs eines

Scheingewinns mit doppelter Gutgläubigkeit regelte, vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 13.

³⁵ Sind an der Gesellschaft keine natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafterinnen und Gesellschafter, sondern z.B. ausschließlich Kapitalgesellschaften beteiligt, muss auch dies durch einen entsprechenden Zusatz kenntlich gemacht werden, der auf die Haftungsbeschränkung hinweist (§ 707a Abs. 2 S. 2 BGB n.F.).

³⁶ Vgl. dazu noch unten, Ziff. C. III.

deklaratorisch wirkenden (§ 123 Abs. 1 S. 2 HGB n.F.) – Eintragung in das Handelsregister ändert hieran nichts. Gut vorstellbar ist, dass diese Argumentation seitens einer in Anspruch genommenen Gesellschaft in gesellschaftsrechtlichen Examensklausuren als „Störfeuer“ integriert wird, gerade wenn sie verhindern will, dass bestimmte handelsrechtliche Anforderungen zu ihren Lasten zur Anwendung kommen, wie z.B. die Rügeobliegenheit bei einem beiderseitigen Handelskauf gem. § 377 HGB³⁷ zu ihren Lasten zur Anwendung kommt.

Als erstes, möglicherweise auch examensrelevantes Problem in diesem Bereich zeichnet sich die Frage ab, ob bereits die im Rahmen der ursprünglichen, dann noch freiwilligen Eintragung im Gesellschaftsregister eingetragenen Tatsachen an der Publizitätswirkung von § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. i.V.m. § 15 HGB teilnehmen.³⁸ Hintergrund ist, dass § 15 HGB ausschließlich eintragungspflichtige Tatsachen umfasst,³⁹ die nach § 707 Abs. 2 BGB n.F. einzutragenden Tatsachen bei der Ersteintragung der GbR jedoch gerade aufgrund einer freiwilligen Entscheidung in das Register aufgenommen werden. Jedoch dürfte hier davon auszugehen sein, dass nur die Entscheidung für das „Ob“ einer Eintragung an sich als freiwillig anzusehen ist, während die Eintragung der in § 707 Abs. 2 BGB n.F. genannten Tatsachen bereits eine aus dieser Entscheidung erwachsende Pflicht darstellt, auf die sich die Wirkungen des § 15 HGB erstrecken können.⁴⁰

Denkbar sind – wie oben bereits kurz angerissen – Konstellationen, in denen eine bislang kleingewerblich tätige und in das Gesellschaftsregister eingetragene GbR durch den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB in den Status einer oHG „aufsteigt“. Auch umgekehrt ist vorstellbar, dass eine in das Handelsregister eingetragene oHG unter die Schwelle des § 1 Abs. 2 HGB fällt. Für diese Fälle sehen § 707c BGB n.F. (GbR zu oHG) und § 106 Abs. 3–5 HGB n.F. (oHG zu GbR) einen sog. Statuswechsel vor. Wichtig ist hier insbesondere, dass eine Gesellschaft, die im Handelsregister eingetragen ist, trotz der Unterschreitung der Schwelle des § 1 Abs. 2

HGB gem. § 107 Abs. 1 S. 1 HGB n.F. weiter oHG bleibt, solange nicht ein Statuswechsel hin zu einer GbR vollzogen wurde (§ 107 Abs. 2 S. 2 HGB n.F.).

II. Registerfähigkeit der GbR

Auch außerhalb des Gesellschaftsregisters stellt sich die Frage, ob eine GbR z.B. in das Grundbuch als Inhaberin von Grundstücksrechten oder als Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft in ein Handelsregister eingetragen werden kann. Die Grundbuchfähigkeit der GbR ist seit einem Urteil des BGH aus dem Jahr 2008⁴¹ allgemein anerkannt und durch § 47 Abs. 2 GBO in der Folge gesetzlich festgehalten worden: Hiernach sind neben der Gesellschaft selbst sämtliche Gesellschafter in das Grundbuch einzutragen. Komplementiert wurde diese Vorschrift durch § 899a BGB a.F., der insoweit eine Erweiterung der Wirkung der in §§ 892–899 BGB enthaltenen Vorschriften zu einem gutgläubigen Erwerb enthält. Danach durften Geschäftspartner der GbR bei Grundstücksgeschäften darauf vertrauen, dass es sich bei den im Grundbuch eingetragenen Personen um Gesellschafter der GbR handelte (positive Vermutung) und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter existierten (negative Vermutung).⁴² Ist die GbR ihrerseits Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft, deren Gesellschafterinnen und Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen sind, sind nach aktueller Rechtslage neben der GbR auch deren Gesellschafterinnen und Gesellschafter sowie spätere Änderungen bei der Gesellschafterzusammensetzung einzutragen.⁴³

An der Möglichkeit einer Eintragung einer GbR in andere Register als das Gesellschaftsregister – z.B. als Inhaberin von Grundstücksrechten in das Grundbuch oder als Gesellschafterin anderer Gesellschaften in das Gesellschafts- oder Handelsregister – ändert sich durch das MoPeG im Grundsatz nichts. Die Modalitäten der Eintragung unterliegen allerdings erheblichen Veränderungen, denn es erfolgt eine Koppelung an eine vorhergegangene Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister i.S.d. §§ 707 ff. BGB n.F.

³⁷ Zur kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit siehe Stöber, *MLR* 2020, 20 ff.

³⁸ Vgl. hierzu Geibel, *ZRP* 2020, 137 (139); Herrler, *ZGR-Sonderheft* 23, 2021, 39 (57 f., 82 f.).

³⁹ BeckOGK-HGB/Schaal (Stand: 15.9.2019), § 15 Rn. 33.

⁴⁰ So wie hier auch Bitter/Heim, *Gesellschaftsrecht*, § 5 Rn. 8b; Lieder, *ZGR-Sonderheft* 23, 2021, 169 (175 f.).

⁴¹ BGH *NJW* 2009, 594.

⁴² Vgl. zu den Vermutungswirkungen des § 899a BGB BeckOK-BGB/H. W. Eckert (Stand: 1.8.2022), § 899a Rn. 3.

⁴³ Für Kommanditisten einer KG ergibt sich dies ausdrücklich aus § 162 Abs. 1 S. 2 HGB; die Vorschrift wird auf die GbR als oHG-Gesellschafterin oder Komplementärin einer KG aber entsprechend angewendet, vgl. für die oHG BeckOK-HGB/Sanders (Stand: 15.7.2022), § 106 Rn. 22; Lieder, in: Oetker, *HGB*, 7. Aufl. 2021, § 106 Rn. 17.

Für ihre Registerfähigkeit – unter anderem⁴⁴ – in Grundbuch und Handelsregister unterliegt eine GbR ab dem 1.1.2024 einer sog. Voreintragungsobliegenheit. Besonders deutlich wird dies an § 47 Abs. 2 GBO n.F., nach dem ein Recht für eine GbR nur eingetragen werden soll, wenn diese im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Eine ähnliche Regelung findet sich zukünftig in § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F., nach der die Eintragung einer GbR als Gesellschafterin einer anderen GbR ebenfalls eine Eintragung in das Gesellschaftsregister voraussetzt. Über §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB n.F. findet § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. zudem Anwendung auf die oHG sowie die KG, sodass eine GbR im Gesellschaftsregister eingetragen sein muss, um als oHG-Gesellschafterin, Komplementärin oder Kommanditisten einer KG eingetragen werden zu können.

Durch die Schaffung der Voreintragungsobliegenheit übt der MoPeG-Gesetzgeber Druck auf rechtsfähige Gesellschaften aus, sich in das Gesellschaftsregister eintragen zu lassen.⁴⁵ Ohne eine solche Eintragung können diese nämlich ausschließlich Rechtspositionen erlangen, die nicht an eine Registereintragung geknüpft sind. Gerade im Hinblick auf Grundstücksrechte dürfte dies für viele Gesellschaften nicht ausreichend sein.

Gleichzeitig führt die Voreintragungsobliegenheit dazu, dass der Regelungszweck des bereits oben angesprochenen § 899a BGB a.F. obsolet wird, sodass die Vorschrift durch das MoPeG konsequenterweise gestrichen wird.⁴⁶ Denn wenn die Eintragung der GbR-Gesellschafterinnen und -gesellschafter in das Grundbuch durch deren Eintragung in das Gesellschaftsregister ersetzt wird, enthält das Grundbuch für einen guten Glauben der Geschäftspartnerin oder -partner der GbR keinen Anknüpfungspunkt. Stattdessen ergeben sich sowohl der Gesellschafterbestand als auch die Vertretungsbefugnis als eintragungspflichtige Tatsachen i.S.d. § 707 Abs. 2 BGB n.F. zukünftig aus dem Gesellschaftsregister, das mit den Publizitätswirkungen des § 15 HGB ausgestattet ist.⁴⁷

III. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei der GbR

Die allgemein durch das MoPeG zu beobachtende Annäherung an das Recht anderer am Rechtsverkehr teilnehmender rechtsfähigen Gesellschaften spiegelt sich auch in Veränderungen bei der Ausgestaltung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis wider. Das alte Recht koppelt die Vertretungsbefugnis in § 714 BGB a.F. im Grundsatz an die Geschäftsführungsbefugnis, sodass aus der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter (§ 709 Abs. 1 BGB) die Gesamtvertretungsmacht folgt. Durch das MoPeG kommt es in dieser Hinsicht zu einer Entkoppelung,⁴⁸ da § 720 Abs. 1 BGB n.F. ohne Hinweis auf die Geschäftsführungsbefugnis – vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag – die Gesamtvertretung durch alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter anordnet. Bei der Geschäftsführungsbefugnis verhält es sich ähnlich; hier ordnet § 715 Abs. 1, 3 BGB n.F. die grundsätzliche Gesamtgeschäftsführungsbefugnis sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter an. Weiterhin möglich bleiben gesellschaftsvertragliche Abweichungen, in deren Rahmen eine Mehrheits- oder Einzelgeschäftsführungs- bzw. -vertretungsbefugnis vereinbart werden können. Unverändert bleibt die passive Einzelvertretungsbefugnis, die sich zukünftig aus § 720 Abs. 5 BGB n.F. ergibt.

Die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft sind bei ihrer Eintragung in das Gesellschaftsregister anzugeben (§ 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F.), selbst wenn nicht vom gesetzlichen Regelfall abgewichen wird.⁴⁹ Die Wirksamkeit einer solchen Abweichung ist allerdings nicht von ihrer Eintragung abhängig, sodass bei gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung einer Einzelvertretungsbefugnis die Eintragung einer Gesamtvertretungsbefugnis nicht ausschließt, dass sich Dritte dennoch auf die Einzelvertretungsbefugnis berufen können. Umgekehrt führt die Anwendung des § 15 HGB und die Teilnahme der Angaben im Gesellschaftsregister an den Publizitätswirkungen dazu, dass sich Dritte auf die Eintragung einer abweichenden Vertretungsregel auch bei einer Rückkehr zur Gesamtvertretungsbefugnis berufen können, solange keine

⁴⁴ Entsprechendes gilt für die Aufnahme einer GbR in die Gesellschafterliste einer GmbH (vgl. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG) sowie das Aktienregister einer AG (§ 67 Abs. 1 S. 3 AktG n.F.).

⁴⁵ Vgl. die Begründung zur neuen Fassung des § 47 Abs. 2 GBO in MoPeG-RegE, S. 206; dazu auch *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 8a.

⁴⁶ MoPeG-RegE, S. 193 f.

⁴⁷ Vgl. *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 63a.

⁴⁸ So ausdrücklich in MoPeG-RegE, S. 120.

⁴⁹ Vgl. dazu schon oben, Ziff. C. I.

entgegenstehende Eintragung in das Gesellschaftsregister erfolgt ist.⁵⁰

Für die Vertretungsbefugnis ergibt sich aus dem MoPeG zudem die inhaltlich wichtige Änderung, dass eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht nach § 720 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. Dritten gegenüber unwirksam ist. Dies gilt insbesondere für solche Beschränkungen, nach denen sich die Vertretungsbefugnis nur auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter erstreckt (§ 720 Abs. 3 S. 3 BGB n.F.). Demgegenüber ist eine im Außenverhältnis wirksame Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach altem Recht schon durch die Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag möglich. Damit wird der allgemeine Grundsatz des Gesellschaftsrechts umgesetzt, dass der Umfang der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann, womit neben dem Verkehrsschutz auch die Sicherung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft bezweckt werden soll.⁵¹

IV. Haftungsmaßstab der Gesellschafter im Innenverhältnis

Aus der personalistisch geprägten Struktur der GbR wurde schon im Entstehungsprozess des BGB gefolgert, dass sich die Gesellschafter untereinander im Grundsatz so zu nehmen haben, wie sie sind.⁵² Dieser Gedanke liegt im alten Recht dem § 708 BGB a.F. zugrunde, nach dem eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihr oder ihm obliegenden Verpflichtung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.⁵³ Damit wurde – ausschließlich für das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander⁵⁴ – ein von § 276 Abs. 2 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) abweichender Sorgfaltsmaßstab bestimmt. Grenzen für die Erleichterung des Sorgfaltsmaßstabs enthält § 277 BGB, der spätestens bei grob fahrlässigem Verhalten die Berufung auf die eigenübliche Sorgfalt

ausschließt. Die rechtspolitisch umstrittene Vorschrift wurde schon durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts für den nicht eingetragenen Verein⁵⁵ und durch den BGH für die Publikums-KG eingeschränkt;⁵⁶ begründet wurde dies jeweils mit teleologischen Überlegungen.⁵⁷

Zum 1.1.2024 wird § 708 BGB a.F. nunmehr ersatzlos gestrichen.⁵⁸ Damit ist der Gesetzgeber der Empfehlung des Deutschen Juristentags aus dem Jahr 2016, die Haftung für eigenübliche Sorgfalt für die GbR beizubehalten, für Personenhandelsgesellschaften aber abzuschaffen, nicht gefolgt.⁵⁹ Zu einem derartigen Auseinanderfallen kommt es nun nicht; stattdessen wird sowohl für die GbR als auch Personenhandelsgesellschaften der allgemeine Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 1, 2 BGB anwendbar sein.⁶⁰

Der Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 1, 2 BGB ist häufig strenger als der des § 708 BGB a.F.⁶¹ Der Gesetzgeber ging allerdings davon aus, dass sich im neuen Recht interessengerechte Lösungen durch die Anwendung der allgemeinen Rechtsgeschäfts- und Sorgfaltslehre finden lassen, wozu z.B. die Einschränkung durch eine stillschweigende Vereinbarung oder die verkehrskreisbezogene Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs gehören.⁶² Allerdings kann eine stillschweigende Vereinbarung zur Einschränkung des Sorgfaltsmaßstabs auf Grundlage ergänzender Vertragsauslegung nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur „ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände“ angenommen werden.⁶³ Zugleich wird vorgeschlagen, eine aus der allgemeinen Fahrlässigkeitsdogmatik bekannte⁶⁴ verkehrskreisbezogene Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs nur für solche Gesellschafter eingreifen zu lassen, von denen nicht erwartet werden kann, dass sie eine Modifikation des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen des Gesellschaftsvertrags vornehmen; dies betrifft insbesondere nicht professionell handelnde Gelegenheitsgesellschaften und

⁵⁰ Vgl. zur Publizitätswirkung einer Eintragung auch *John*, NZG 2022, 243 (245).

⁵¹ MoPeG-RegE, S. 188.

⁵² So in den Protokollen *Mugdan* II 985.

⁵³ Zum Regelungszweck *MüKo-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 708 Rn. 1 f. m.w.N.

⁵⁴ BeckOK-BGB/Schöne (Stand: 1.5.2023), § 708 Rn. 8.

⁵⁵ RGZ 143, 212 (214 f.).

⁵⁶ St. Rspr., vgl. statt vieler BGH NJW 1980, 589 (591); NJW 1977, 2311.

⁵⁷ Vgl. hierzu auch *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (6).

⁵⁸ Vgl. die Begründung in MoPeG-RegE, S. 140; nicht restlos überzeugt sind *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (6 f.).

⁵⁹ Vgl. 71. DJT II/1, 2017, O104 (Beschluss Nr. 17).

⁶⁰ Detailliert zum Haftungsmaßstab in der Personengesellschaft *Schirrmacher*, ZHR 2022, 250.

⁶¹ *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (7).

⁶² MoPeG-RegE, S. 140.

⁶³ Statt vieler BGH NJW-RR 2017, 272 (273); NJW 1993, 3067 (3068).

⁶⁴ Vgl. statt vieler *MüKo-BGB/Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 57 ff.

Gesellschaften ohne vermögensrechtlichen Charakter.⁶⁵ Für geschäftsführende Gesellschafter wird zudem die analoge Anwendung der aktienrechtlichen *business judgment rule* des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erwogen.⁶⁶

In der Examensklausur dürfte solches Detailwissen gerade zur Einschränkung des Sorgfaltsmaßstabs nicht zu erwarten sein. Dennoch sollte ein Bewusstsein dafür bestehen, dass die Regelung des § 708 BGB a.F. weggefallen ist, aber trotz Geltung von § 276 Abs. 1, 2 BGB zumindest gedanklich überprüft werden sollte, ob nicht im Einzelfall dennoch eine Einschränkung des Sorgfaltsmaßstabs angezeigt ist, sei es aufgrund einer ergänzenden Gesellschaftsvertragsauslegung oder der verkehrskreisbezogenen Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs. Ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung sollte sich die Annahme einer solchen Einschränkung jedoch auf Ausnahmefälle begrenzen.

V. Stimmanteile sowie Gewinn- und Verlustbeteiligung

Die Bedürfnisse der Praxis stehen im Mittelpunkt von Anpassungen, durch die es im Hinblick auf die Stimmkraft innerhalb der Gesellschaft sowie die Gewinn- und Verlustbeteiligung zu Änderungen kommt. Im Hinblick auf die Mehrheitserfordernisse für die gesellschaftliche Willensbildung und die damit verbundene Stimmkraft einzelner Gesellschafterinnen und Gesellschafter ergab sich bislang aus § 709 Abs. 2 BGB a.F., dass die Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen gesellschaftsvertraglich vereinbart sein muss; ansonsten gilt der Einstimmigkeitsgrundsatz. § 722 BGB a.F. sah vor, dass jede Gesellschafterin bzw. jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe ihres oder seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust trug, wenn nicht etwas anderes bestimmt war. Beides entspricht allerdings nicht den Bedürfnissen der Praxis, sodass gesellschaftsvertragliche regelmäßig abweichende Regelungen getroffen wurden.⁶⁷

Mit § 709 Abs. 3 BGB n.F. hat der Gesetzgeber deshalb nun für beide Fälle eine einheitliche Regelung geschaffen, die zudem die in der Praxis häufig anzutreffenden abweichenden Vereinbarungen im Rahmen des Gesellschaftsvertrags obsolet macht. Danach richten sich sowohl Stimmkraft als auch der Anteil an

Gewinn und Verlust vorrangig nach den vereinbarten Beteiligungsverhältnissen. Auch für den Fall, dass keine Beteiligungsverhältnisse vereinbart wurden, enthält die Vorschrift Zweifelsregelungen, da dann eine Orientierung am vereinbarten Wert der Beiträge erfolgt. Nur, wenn auch hierüber keine Vereinbarung getroffen wurde, hat jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter die gleiche Stimmkraft und einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust. Die nach altem Recht geltende Grundregel wird damit nur noch höchst hilfsweise zur Anwendung kommen und kann insbesondere durch die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung von Beteiligungsverhältnissen ohne Weiteres ausgeschlossen werden.

VI. Gesellschafterklage (*actio pro socio*)

Zwischen gesetzgeberischer Klarstellung und echter Neuheit bewegt sich die gesetzliche Niederlegung der Gesellschafterklage (*actio pro socio*) in § 715b BGB n.F. Einerseits ist das Rechtsinstitut bereits seit langem nahezu allgemein anerkannt,⁶⁸ andererseits fehlte bislang eine gesetzliche Grundlage. Nach § 715b Abs. 1 S. 1 BGB n.F. ist jede Gesellschafterin bzw. jeder Gesellschafter befugt, einen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Anspruch der Gesellschaft gegen eine andere Gesellschafterin bzw. einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, wenn der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter dies pflichtwidrig unterlässt. Die Vorschrift betrifft damit die sog. Sozialansprüche. Die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte ist zwar ebenfalls möglich, wird aber durch § 715 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. unter die zusätzliche Voraussetzung gestellt, dass dieser an dem pflichtwidrigen Unterlassen der Anspruchsdurchsetzung mitgewirkt hat oder dieses zumindest kannte. Dies dient dem Schutz des Dritten, der regelmäßig keine Einblicke in das Innenverhältnis der Gesellschaft hat und insbesondere häufig keine Aussagen zu der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens einer Anspruchsdurchsetzung treffen kann.⁶⁹ Dogmatisch ordnet der Gesetzgeber diese Befugnis als einen Fall gesetzlicher

⁶⁵ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8); hierzu schon vor Beginn des MoPeG-Gesetzgebungsverfahrens Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (490 f.).

⁶⁶ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (9 f.).

⁶⁷ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 144.

⁶⁸ Einen Überblick über die Entwicklungslinien der *actio pro socio* bietet BeckOGK-BGB/Geibel (Stand: 1.12.2019), § 709 Rn. 49.

⁶⁹ MoPeG-RegE, S. 178.

Prozessstandschaft ein.⁷⁰ Aus dieser Einordnung folgt, dass ein angerufenes Gericht die Voraussetzungen des § 715b Abs. 1 BGB n.F. von Amts wegen zu prüfen hat.⁷¹ Über § 105 Abs. 3 HGB n.F. und § 161 Abs. 2 HGB findet die Vorschrift zudem Anwendung auf die oHG und die KG.

Das Klagerecht aus § 715b BGB n.F. stellt ein Beispiel dafür dar, dass bestimmte Komplexe von der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsverhältnisses ausgeschlossen sind: Nach § 715b Abs. 2 BGB n.F. sind Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, die das Klagerecht ausschließen oder beschränken, unwirksam. Beachtenswert ist zudem § 715b Abs. 4 BGB n.F., der die Rechtskraft des auf die Gesellschafterklage hin ergangenen Urteils regelt. Die Notwendigkeit einer eigenen gesetzlichen Regelung ergibt sich wiederum aus der Ausgestaltung als gesetzliche Prozessstandschaft.⁷²

VII. Beschlussmängelrecht

Reformiert wurde zudem das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften. Regelungen hierzu finden sich nunmehr in §§ 110–115 HGB n.F., die nach dem Vorbild des Aktienrechts das Anfechtungsmodell einführen. Unterschieden wird zwischen nichtigen und nur anfechtbaren Beschlüssen. Ein von Anfang an nichtiger Gesellschafterbeschluss kommt dabei nur ausnahmsweise in Betracht, wenn eine der in § 110 Abs. 2 HGB n.F. genannten Alternativen eingreift, also entweder durch den Beschlussinhalt Rechtsvorschriften verletzt sind, auf deren Einhaltung die Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht verzichten können (Nr. 1) oder der Beschluss nach einer Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (Nr. 2).⁷³ Regelfall wird dagegen die Geltendmachung einer Rechtsverletzung durch den Gesellschafterbeschluss im Wege einer Anfechtungsklage (§ 110 Abs. 1 HGB n.F.). Die Rechtsverletzung kann sich dabei auf jede Rechtsnorm oder den Gesellschaftsvertrag beziehen; keinen Unterschied

macht, ob das Zustandekommen oder der Inhalt des Beschlusses in Frage steht.⁷⁴ Die §§ 111–115 HGB n.F. enthalten dann im Wesentlichen verfahrensrechtliche Vorschriften, indem sie z.B. Regelungen zur Klagebefugnis (§ 111 Abs. 1 HGB n.F.), zum Rechtsschutzbedürfnis (§ 111 Abs. 2 HGB n.F.) und zur Zuständigkeit (§ 113 Abs. 1 HGB n.F.) enthalten. Aus § 112 HGB n.F. ergibt sich zudem eine Klagefrist von drei Monaten ab dem Tag, an dem der Beschluss der oder dem anfechtungsbefugten Gesellschafterin oder Gesellschafter bekanntgegeben worden ist.

Aus der Stellung der Vorschriften im HGB ergibt sich ihr persönlicher Anwendungsbereich, der zunächst die oHG umfasst. Über § 161 Abs. 2 HGB kommen die Vorschriften auch bei der KG zur Anwendung. Erwogen hat der Gesetzgeber eine andere Lösung wohl bei der Publikumskommanditgesellschaft, dies letztlich aber abgelehnt.⁷⁵ Für die GbR bleibt es bei dem grundsätzlichen Modell, dass formelle oder materielle Fehler grds. zur Unwirksamkeit betroffener Beschlüsse führen. Geltend gemacht wird die Unwirksamkeit über eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO.⁷⁶ Nach Willen des Gesetzgebers kann allerdings auch eine GbR freiwillig in die Geltung der §§ 110 ff. HGB n.F. durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung optieren.⁷⁷ Bei Fehlen einer solchen Vereinbarung – worauf im Rahmen einer Klausur zu achten ist – existiert aber weiterhin kein einheitliches Beschlussmängelrecht.

VIII. Öffnung der oHG für freie Berufe

§ 105 Abs. 1 S. 2 HGB n.F. stellt klar, dass die Gesellschaftsformen der Personenhandelsgesellschaften – und dabei insbesondere auch die GmbH & Co. KG⁷⁸ – zumindest aus Sicht des Gesellschaftsrechts trotz ihres Ausschlusses aus dem Gewerbebegriff des § 1 Abs. 1 HGB⁷⁹ den freien Berufen offensteht, soweit dies durch das jeweils anwendbare Berufsrecht zugelassen ist.⁸⁰ Die Entscheidung, ob sich Freiberufler als Personenhandelsgesellschaft organisieren können, steht

⁷⁰ MoPeG-RegE, S. 177. Bislang wurde alternativ vertreten, dass es sich um die Geltendmachung eines eigenen Parallelanspruchs mit Grundlage im Gesellschaftsvertrag handelt, sodass das Klagerecht auf eben jenem Vertrag beruht, vgl. MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 210 ff. Dieser Ansatz ist nach Ansicht des Gesetzgebers allerdings nicht in der Lage, die Erweiterung des Klagerechts auf Ansprüche gegen Dritte zu erklären, vgl. MoPeG-RegE, S. 177.

⁷¹ MoPeG-RegE, S. 178.

⁷² MoPeG-RegE, S. 179.

⁷³ Vergleichbar ist dies mit der Unterscheidung zwischen nichtigen (§ 44 VwVfG) und rechtswidrigen

Verwaltungsakten, die separat zurückgenommen werden müssen (§ 48 VwVfG).

⁷⁴ MoPeG-RegE, S. 269.

⁷⁵ MoPeG-RegE, S. 269.

⁷⁶ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 92.

⁷⁷ MoPeG-RegE, S. 107, 111, 228.

⁷⁸ MoPeG-RegE, S. 3.

⁷⁹ Vgl. statt vieler MüKo-BGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 32, 34.

⁸⁰ Wirtschaftsprüfer und Steuerberater konnten aufgrund spezieller gesetzlicher Regelungen schon zuvor in der

damit nunmehr unter dem Vorbehalt des Berufsrechts, wobei für jeden freien Beruf jeweils unterschiedliche Rechtsquellen mit unterschiedlicher Gesetzgebungskompetenz zu beachten sind.⁸¹ Aufgrund dieser Überlassung der Letztentscheidungskompetenz an das Berufsrecht, ist hier auf weitere Gesetzänderungen zu achten.

D. Auswirkungen auf die Examenspraxis – Prognose und Fazit

An dieser Stelle soll nun abschließend der Versuch unternommen werden, die Reaktion der Justizprüfungsämter auf das MoPeG zu prognostizieren. Für die folgenden Ausführungen kann und soll dabei naturgemäß keine Gewähr übernommen werden. Die Beobachtungen zu anderen großen Gesetzesreformen lässt zumindest die Vermutung zu, dass sich Klausuren unmittelbar nach deren Inkrafttreten nicht auf Spezialprobleme beziehen, da insoweit erste Tendenzen aus der Rechtsprechung abgewartet werden. Vorstellbar ist aber durchaus, dass sich Klausuren auf die Klarstellungen sowie die grundsätzlichen Änderungen durch das MoPeG beziehen. Besonders attraktiv erscheinen vor diesem Hintergrund Sachverhalte mit Bezug zum neu eingeführten Gesellschaftsregister oder zur Gesellschaftsklage nach § 715b BGB zu sein. Für die Examensvorbereitung bedeutet dies, dass eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesen Änderungen angezeigt scheint, während Spezialwissen noch nicht im Fokus stehen dürfte. Gerade Kandidatinnen und Kandidaten, die zu einem späteren Zeitpunkt das Staatsexamen ablegen wollen, sei zudem die Beobachtung der Rechtsprechung zu MoPeG-Themen angeraten.

Die Auswirkungen des MoPeG werden in die Examenspraxis einziehen, soviel steht fest. Studierende können sich aber zumindest darüber freuen, dass eine Reihe an gesetzgeberischen Klarstellungen dazu führen wird, dass einiges an Lernaufwand entfallen wird. Zudem führt die weitestgehende Angleichung des Rechts der GbR mit dem Recht der Personenhandels-gesellschaften dazu, dass ein Wissenstransfer möglich ist. Besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte vor diesem Hintergrund dann aber gerade solchen Punkten, an denen das Recht noch nicht vereinheitlicht wurde, z.B. im Hinblick auf das Beschlussmängelrecht.

Rechtsform der KG und GmbH & Co. KG tätig werden, vgl. Wertenbruch, GmbHR 2021, 1 (6).

⁸¹ Wertenbruch, GmbHR 2021, 1 (6); Noack, NZG 2020, 581 (584).

Verbrauchereigenschaft einer GbR und einer WEG i.S.d. § 13 BGB

Von Stud. Hilfskraft **David Iselborn**, Marburg*

A. Einführung

I. Einführung in die rechtliche Problematik

Können die Parteien eines Rechtsgeschäfts auf der einen Seite als Verbraucher nach § 13 BGB und auf der anderen Seite als Unternehmer nach § 14 BGB kategorisiert werden? Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Anwendbarkeit weiter Teile des allgemeinen (z.B. §§ 310 III, 312 f. BGB) und besonderen (z.B. §§ 481, 491, 650 u. f. BGB) Schuldrechts ab. Ihr kommt wesentliche Bedeutung zu. Zentral für ihre Beantwortung ist, inwiefern die Voraussetzung „natürliche Person“ des § 13 BGB verstanden werden darf. Zwischen einfach gelagerten Fällen, in denen sich ein biologischer Mensch oder eine Aktiengesellschaft auf die Anwendbarkeit von § 13 BGB beruft, wird diese Auslegungsfrage besonders brisant, wenn sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder eine Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) nach ihrer Verbrauchereigenschaft erkundigt; sie sind weder ein biologischer Mensch noch eine juristische Person, sondern bilden eine separate Zwischenkategorie¹. Um diese abschließend in den Kreis der schützenswerten Verbraucher nach § 13 BGB aufzunehmen, oder sie hieraus zu verbannen, ist ein Tiefgang in die rechtsdogmatischen Grundzüge der Auslegung und Rechtsfortbildung, sowie der rechtlichen Besonderheiten der GbR und WEG selbst, erforderlich.

II. Herangehensweise der Bearbeitung

Ziel der Bearbeitung ist es die Fragen nach der Verbrauchereigenschaft einer GbR und einer WEG nach § 13 BGB von allen relevanten Facetten zu durchleuchten und mithilfe der anerkannten rechtsdogmatischen Methodik zu beantworten.

Die Arbeit beginnt, nach den Einführungen (A.), mit der Herausarbeitung des rechtsdogmatischen Rahmens des § 13 BGB (B. I. – IV.). Anknüpfend wird die Frage beantwortet, ob die GbR als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB einzuordnen ist (C.), wobei zunächst der Meinungsstand in der Rechtsprechung (C. I. 1.) und der Literatur (C. I. 2.) dargestellt wird, gefolgt von einer persönlichen Stellungnahme (C. II. 1. – 3.). Die

selbige Vorgehensweise erfolgt danach bei der Frage nach der Verbrauchereigenschaft der WEG i.S.d. § 13 BGB (D. I. – II., 1. – 3.). Beurteilt wird sodann, ob sich eine etwaig ergebende unterschiedliche Handhabung zu den Fragen nach C. und D. rechtfertigt (E.) und welche praktischen Konsequenzen sich aus der jeweiligen Einordnung ergeben (F.). Die Arbeit findet ihren Abschluss in einem persönlichen Resümee (G.). Schwerpunkte der Bearbeitung sind die persönlichen Stellungnahmen zu den Fragen nach der Verbrauchereigenschaft einer GbR (C. II.) bzw. einer WEG (D. II.), und der Rechtfertigung für eine etwaige unterschiedliche Handhabung (E.).

III. Thesen der Bearbeitung

Es werden nun drei Thesen aufgestellt, die die Bearbeitung kompassartig leiten sollen und die kritisch auf ihre Stichfestigkeit überprüft werden:

Erste These: Die GbR ist analog § 13 BGB als Verbraucher einzuordnen.

Zweite These: Die WEG ist analog § 13 BGB als Verbraucher einzuordnen.

Dritte These: Eine Analogie des § 13 BGB ist für die Verbrauchereigenschaft der GbR und der WEG nur unter unterschiedlichen Voraussetzungen möglich und diese Unterschiede sind gerechtfertigt.

B. Rechtsdogmatischer Rahmen des § 13 BGB

Zunächst gilt es den rechtsdogmatischen Rahmen des § 13 BGB anhand der vier Auslegungsmethoden herauszuarbeiten. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse werden das Fundament für spätere Argumentationen.

I. Wortlaut des § 13 BGB

Der Wortlaut des § 13 BGB kennt drei Voraussetzungen: Eine „natürliche Person“ (1.) muss ein Rechtsgeschäft abschließen (2.) und hierbei einen Zweck verfolgen, der überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann (3.).

* Der Verfasser ist studentische Hilfskraft am Institut für Rechtsgeschichte und Papyrusforschung bei Herrn Prof. Dr. *Constantin Willems* an der Philipps-Universität Marburg. Die Seminararbeit wurde im Rahmen des Seminars „Aktuelle Probleme im Arbeits- und Unternehmensrecht“ im

Wintersemester 2022/2023 bei Herrn Prof. Dr. *Markus Roth* verfasst.

¹ BGH, WM 2015, 1999, (2002); BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 26.

II. Ratio legis des § 13 BGB

Der Sinn und Zweck des § 13 BGB ist zweierlei.² Zum einen soll § 13 BGB einheitlich den persönlichen Anwendungsbereich des besonderen Verbraucherschutzes normieren.³ Zum anderen soll § 13 BGB (damalige) europarechtliche Vorgaben an die Bundesrepublik erfüllen.⁴ Der Sinn und Zweck des § 13 BGB erschöpft sich hierin – er *alleine* soll keine unmittelbar verbraucherschützende Wirkung haben, sondern eher als „Hilfsnorm“ (bezgl. Anwendbarkeit Verbraucherrecht) dienen.⁵ Für konkreten Verbraucherschutz muss § 13 BGB viel eher mit Normen des besonderen Verbraucherschutzes (z.B. §§ 355 f. BGB) kombiniert werden.⁶

III. Entstehungsgeschichte des § 13 BGB (Historie)

§ 13 BGB ist am 30.06.2000⁷ durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro⁸ in Kraft getreten. Dieses Gesetz beruhte wiederum auf den europäischen Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 99/34/EG.⁹ Im Rahmen des ersten Entwurfs wurde zunächst erwogen, die Verbrauchereigenschaft in § 361 a III BGB zu normieren.¹⁰ Dies wurde nachfolgend vom Rechtsausschuss des Bundestages kritisiert,¹¹ sodass sie in § 13 BGB (Allgemeiner Teil) normiert wurde.¹²

Bei der Begriffsbestimmung der Verbrauchereigenschaft wurde die Legaldefinition aus „§ 24a Satz 1“ des (damals geltenden) AGB-Gesetzes „inhalts- und wortgleich“ übernommen.¹³ Diese Legaldefinitionen hat der Bundestag bei der (damaligen) Änderung des AGBG den Legaldefinitionen der Artikel 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 93/13/EWG entnommen.¹⁴ Im Zuge dieser Gesetzesänderung beschloss der Bundestag, dass die Bestimmungen der Richtlinie nur „insoweit verändert werden, wie es die Richtlinie

erforderlich macht“¹⁵, wozu eine neue Definition der Verbrauchereigenschaft nicht gehört hat.¹⁶ Im Rahmen der historischen Auslegung lässt sich somit zum einen festhalten, dass die Definition der Verbrauchereigenschaft des § 13 BGB inhalts- und wortgleich auf den Artikel 2 der Richtlinie 93/13/EWG zurückzuführen ist.¹⁷ Zum anderen kommt den Richtlinien 93/13/EWG und 97/7/EG ausweislich ihrer Art. 8 bzw. Art. 14 lediglich mindestharmonisierende Wirkung zu; der deutsche Gesetzgeber hatte somit also die Möglichkeit, hiervon abzuweichen.¹⁸

IV. Systematik des § 13 BGB

Systematisch gilt es § 13 BGB zu den folgenden drei Regelungskomplexen zu untersuchen: Bezüglich des besonderen Verbraucherschutzes des BGB stellt § 13 BGB Anwendungsvoraussetzung und Legaldefinition der immergleichen Voraussetzung „Verbraucher“ dar.¹⁹

Im Verhältnis zu § 14 BGB lässt sich folgendes festhalten: Die §§ 13, 14 BGB sind gegensätzliche Begriffe²⁰ und stehen in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsgeschäft in einem Ausschließlichkeitsverhältnis,²¹ ohne dass Raum für eine dritte Personengruppe neben den §§ 13, 14 BGB bleibt.²² Außerdem normiert § 14 BGB in dessen Abs. 1 „rechtsfähige Personengesellschaften“ ausdrücklich – anders als § 13 BGB (nur „natürliche Person“) – als in Betracht kommendes Rechtssubjekt und enthält in dessen Abs. 2 eine Legaldefinition der rechtsfähigen Personengesellschaften.

Letztlich ist die Einordnung des § 13 BGB in das europäische Verbraucherschutzrecht, auf dem er beruht,²³ relevant. Dies hat den Kerngedanken, dass Verbraucher im Rechtsverkehr gegenüber Unternehmen schutzbedürftig sind.²⁴ Allerdings wird die sachliche Rechtfertigung hierfür nuanciert betrachtet:²⁵ Nach

² MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 1; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 1.

³ BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 1; MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 1.

⁴ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 1; MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 1.

⁵ BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 1.

⁶ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 7; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 1.

⁷ HKK BGB/Duve, Aufl. 1 2003, Vor. §§ 1-14, Rn. 2.

⁸ BT-Drucks. 14/2658, 1, (1).

⁹ BT-Drucks. 14/2658, 1, (1).

¹⁰ BT-Drucks. 14/2658, 1, (47).

¹¹ BT-Drucks. 14/3195, 1, (32).

¹² BT-Drucks. 14/3195, 1, (32).

¹³ BT-Drucks. 14/2658, 1, (47).

¹⁴ BT-Drucks. 13/2713, 1, (1).

¹⁵ BT-Drucks. 13/2713, 1, (6).

¹⁶ BT-Drucks. 13/2713, 1, (6); Mülberr, WM 2004, 905, (910).

¹⁷ Mülberr, WM 2004, 905, (910).

¹⁸ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 5.

¹⁹ Vgl. Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 30.

²⁰ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 14, Rn. 2; Pfeiffer, NJW 1999, 169, (171).

²¹ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 14, Rn. 3.

²² Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 14, Rn. 3.

²³ BT-Drucks. 14/2658, 1, (1).

²⁴ Vgl. BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

²⁵ Vgl. Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 2.

dem sog. Informationsmodell²⁶ sei der Verbraucher zwar dazu in der Lage, seine ökonomischen Interessen autonom zu wahren – benötige hierfür aber Aufklärung über die erforderlichen Informationen.²⁷ Dies müsse durch spezifische Maßnahmen gewährleistet werden.²⁸ Dem Schutzmodell²⁹ nach sei der Verbraucher gegenüber anderen Marktteilnehmern grundsätzlich strukturell unterlegen.³⁰ Dieses Ungleichverhältnis könne nicht nur durch die zuvor erwähnte Aufklärung ausbalanciert werden, sondern erfordere darüber hinaus gehende Maßnahmen.³¹ Beide Modelle stehen dabei nicht selbstständig nebeneinander, sondern werden häufig kombiniert.³²

C. Verbrauchereigenschaft einer GbR

Es gilt nun zu klären, ob, wie und unter welchen Voraussetzungen einer GbR nach § 13 BGB Verbrauchereigenschaft zugesprochen werden kann. Die Bearbeitung beschränkt sich auf die Außen-GbR, da eine Innen-GbR mangels Rechtsfähigkeit³³ niemals ein Rechtsgeschäft abschließen,³⁴ und mithin niemals Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sein kann.³⁵

I. Bisheriger Meinungsstand

Dabei wird zunächst der bisherige Meinungsstand dargestellt.

1. Bisheriger Meinungsstand in der Rechtsprechung

Dargestellt werden zunächst zwei höchstrichterliche Entscheidungen, gefolgt von weiteren untergerichtlichen Entscheidungen.

a) BGH XI ZR 63/01: In diesem Urteil sah sich der BGH mit der Frage konfrontiert, ob einer klagenden GbR ein Anspruch auf Rückzahlung von überzahlten Darlehenszinsen (3 % Zinsen auf die

Darlehenssumme für die Zeit von neun Monaten) gem. § 6 II Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) i.V.m. § 812 BGB zustand.³⁶ Entscheidungstragend war hier die Frage, ob das damals geltende VerbrKrG (heute §§ 491 f. BGB) zugunsten einer GbR anwendbar ist.³⁷ Hierfür musste die GbR als Verbraucher i.S.d. § 1 VerbrKrG kategorisiert werden können,³⁸ wofür nach § 1 VerbrKrG eine „natürliche Person“ vorliegen musste.³⁹ Die GbR hatte ausschließlich natürliche Personen als Gesellschafter und war mit dem Zweck des Erwerbs, des Umbaus und der Verwaltung tätig.⁴⁰ Diese Frage klärte der BGH, mit der damaligen „ganz herrschenden Meinung im Schrifttum“,⁴¹ dahingehend, dass unter "natürliche Person" im Sinne von § 1 Abs. 1 VerbrKrG auch eine gesellschaftsrechtlich verbundene Gruppe von natürlichen Personen zu verstehen sei.⁴² Auch sei hierbei die innere Strukturierung der GbR nicht relevant.⁴³ Im Ergebnis bejahte er mithin den von der GbR geltend gemachten Anspruch⁴⁴ und stellte ferner klar, dass die Tätigkeit der Vermögensverwaltung grundsätzlich unabhängig von der Höhe der verwalteten Werte keine gewerbliche Tätigkeit nach § 1 VerbrKrG sei.⁴⁵

b) BGH VII ZR 269/15: Streitfrage dieses Urteils war, ob sich eine GbR gegenüber ihrem Vertragspartner auf die Unwirksamkeit von AGB nach §§ 309 Nr. 7 b), 306 II BGB berufen konnte und infolge dessen einen Anspruch auf Schadensersatz hatte.⁴⁶ Dafür müsste § 309 Nr. 7 b) BGB anwendbar sein, was gem. § 310 III Nr. 2 BGB voraussetzte, dass die GbR Verbraucher nach § 13 BGB war.⁴⁷ Gesellschafter der GbR waren eine natürliche und eine juristische Person.⁴⁸ Der BGH urteilte, dass die GbR aufgrund der juristischen Person als Gesellschafterin, wegen der Voraussetzung des § 13 BGB „natürliche Person“, nicht als Verbraucher qualifiziert werden könne.⁴⁹

²⁶ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 4; BeckOK BGB/Martens Stand, 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

²⁷ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 4; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

²⁸ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 4; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

²⁹ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 5; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

³⁰ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 5; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

³¹ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 5; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 3.

³² Vgl. BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 4.

³³ MHdB GesR/Gummert, Aufl. 5 2019, § 17, Rn. 13.

³⁴ MHdB GesR/Gummert, Aufl. 5 2019, § 17, Rn. 13.

³⁵ Vgl. BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 27; Vgl. Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB/Bamberger, Aufl. 4 2019, § 13, Rn. 22.

³⁶ BGH, WM 2001, 2379, (2379).

³⁷ BGH, WM 2001, 2379, (2380).

³⁸ BGH, WM 2001, 2379, (2380).

³⁹ BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁴⁰ BGH, WM 2001, 2379, (2379).

⁴¹ BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁴² BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁴³ BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁴⁴ BGH, WM 2001, 2379, (2382).

⁴⁵ BGH, WM 2001, 2379, (2381).

⁴⁶ BGH, WM 2017, 868, (868).

⁴⁷ BGH, WM 2017, 868, (869).

⁴⁸ BGH, WM 2017, 868, (868).

⁴⁹ BGH, WM 2017, 868, (870).

Insofern stellt der BGH hier – anders als der XI. Senat 2001 – auf die innere Struktur der GbR ab. Weil § 13 BGB schon mangels einer natürlichen Person nicht anwendbar sei, komme es nicht auf den Zweck an, den die GbR bei Abschluss des Rechtsgeschäfts verfolgte.⁵⁰

c) Sonstige untergerichtliche Entscheidungen:

Das OLG Hamm urteilte 2015, dass eine klagende GbR kein Anspruch nach §§ 495 I, 355 I, 346 ff. BGB gegen die Beklagte hatte.⁵¹ Auch hier war elementar, ob die GbR als Verbraucher gem. § 13 BGB einzuordnen sei und ihr deshalb ein Widerrufsrecht zukam.⁵² Verneinungsgrund war für das OLG Hamm nicht, dass es sich um eine GbR handelte – im Gegenteil wird das Urteil des BGH (BGH XI ZR 63/01) sogar anerkannt⁵³ – sondern, dass die hier relevante GbR nicht zu überwiegend privaten Zwecken i.S.d. § 13 BGB handelte.⁵⁴ Entschieden wurde ferner, dass bei der Frage nach der Zweckbestimmung nicht nur auf die GbR selbst, sondern auch auf deren Gesellschafter abgestellt werden müsse.⁵⁵

Dementgegen sprach das OLG Köln 2017 einer GbR als Klägerin ein Widerrufsrecht nach den §§ 495 I, 355 f. BGB zu.⁵⁶ Der GbR gehörten nur natürliche Personen als Gesellschafter an und sie handelte zu überwiegend privaten Zwecken, sodass sie einer Verbraucherin „gleichgestellt“ wurde.⁵⁷ Voraussetzung für diese Gleichstellung war für das OLG Köln nur, dass mindestens ein Gesellschafter eine natürliche Person ist, selbst wenn die restlichen Gesellschafter juristische Personen seien.⁵⁸ Hierbei beruft es sich auf

eine BGH-Entscheidung zur Verbrauchereigenschaft einer WEG (siehe unten, D I 1. a)), die es für übertragbar hält.⁵⁹ Der BGH hat zu dieser Entscheidung in einem Entschluss Stellung genommen und die eingereichte Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten, bezogen auf die erfolgreiche Revision der Klägerin, abgewiesen.⁶⁰ Er stellte allerdings klar, dass nur dem vom OLG Köln erreichte Ergebnis (Verbrauchereigenschaft), nicht aber dessen Methodik zur Ergebnissbegründung (Übertragung des Urteils zur WEG auf eine GbR), zuzustimmen sei.⁶¹

Auch dem KG Berlin stellte sich die Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 310 III Nr. 2 BGB für die Anwendbarkeit des § 307 BGB.⁶² Dafür war erneut maßgebend, ob die beklagte GbR Verbraucher nach § 13 BGB war.⁶³ Dies wurde in direkter Anwendung des § 13 BGB bejaht.⁶⁴ Insbesondere hielt das KG die Entscheidung des BGH zur Anwendbarkeit des VerbrKrG auf eine GbR (BGH XI ZR 63/01) auf den heutigen § 13 BGB übertragbar.⁶⁵

2. Bisheriger Meinungsstand in der Literatur

Im Folgenden wird der Meinungsstand in der Literatur dargestellt. Die unterschiedlichen Verfasser werden in abstrakten Meinungsgruppen zusammengefasst.

a) Die GbR ist gem. § 13 BGB in direkter Anwendung Verbraucher

Die im Schrifttum herrschende Auffassung geht davon aus, dass die GbR unter direkter Anwendung des § 13 BGB Verbraucher sein kann.⁶⁶ Dabei wird „natürliche

⁵⁰ BGH, WM 2017, 868, (868).

⁵¹ OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2015, 31 U 85/15, Rn. 26, openJur 2016, 10888.

⁵² OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2015, 31 U 85/15, Rn. 27, openJur 2016, 10888.

⁵³ OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2015, 31 U 85/15, Rn. 29, openJur 2016, 10888.

⁵⁴ OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2015, 31 U 85/15, Rn. 30, openJur 2016, 10888.

⁵⁵ OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2015, 31 U 85/15, Rn. 35, openJur 2016, 10888.

⁵⁶ OLG Köln, NZG 2017, 944, (945).

⁵⁷ OLG Köln, NZG 2017, 944, (945).

⁵⁸ OLG Köln, NZG 2017, 944, (945).

⁵⁹ OLG Köln, NZG 2017, 944, (945).

⁶⁰ BGH, Beschluss vom 24.10.2017, XI ZR 189/17, Rn. 1, openJur 2018, 4211.

⁶¹ BGH, Beschluss vom 24.10.2017, XI ZR 189/17, Rn. 2, openJur 2018, 4211.

⁶² KG Berlin, Urteil vom 13.12.2018, 8 U 1/18, Rn. 31, openJur 2020, 37810.

⁶³ KG Berlin, Urteil vom 13.12.2018, 8 U 1/18, Rn. 31, openJur 2020, 37810.

⁶⁴ KG Berlin, Urteil vom 13.12.2018, 8 U 1/18, Rn. 32, openJur 2020, 37810.

⁶⁵ KG Berlin, Urteil vom 13.12.2018, 8 U 1/18, Rn. 35, openJur 2020, 37810.

⁶⁶ Staudinger WEG/Rapp, Stand 2018, § 1, Rn. 54a; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 26 + 27; Grüneberg BGB/Ellenberger, Aufl. 81 2022, § 13, Rn. 2; Ermann BGB/Saenger, Aufl. 16 2020, § 13, Rn. 6; Nomos Kommentar BGB/Ring, Aufl. 4 2021, § 13, Rn. 10; Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB/Bamberger, Aufl. 4 2019, § 13, Rn. 22; Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 32; MüKo-BGB/Franzen, Aufl. 9 2023, § 481, Rn. 21; MüKo-BGB/Weber, Aufl. 9 2023, § 491, Rn. 17; Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 36 Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452); Linardatos/Nordholtz, NZG 2017, 699, (699); Sieminowski, NZG 2018, 168, (171); Beck, VuR 2017, 370, (379); Beck, DStR 2017, 1336, (1340); Kellermann, JA 2005, 546, (549); Arzt, JZ 2002, 455, (457); Schütt, MDR 2002, 222, (224);

Person“ i.S.d. § 13 BGB derart ausgelegt, dass auch eine Mehrheit von natürlichen Personen (GbR) umfasst sei.⁶⁶ Einigkeit besteht auch dahingehend, dass die GbR überwiegend zu privaten Zwecken handeln müsse.⁶⁶ Innerhalb dieser Ansicht wird allerdings vereinzelt davon ausgegangen, dass für die Verbrauchereigenschaft die innere Struktur der GbR irrelevant sei (insofern auch eine GbR mit juristischen und natürlichen Personen als Gesellschafter Verbraucher nach § 13 BGB sein könne),⁶⁷ während es die Mehrheit der Vertreter für erforderlich hält, dass nur natürliche Personen Gesellschafter der GbR sind.⁶⁸

b) Die GbR kann niemals Verbraucher gem. § 13 BGB sein

Vertreten wird auch, dass sich eine Einordnung der GbR nach § 13 BGB immer verbiete.⁶⁹ Dies gelte nicht nur für eine direkte, sondern auch für eine analoge Anwendung des § 13 BGB.⁷⁰

c) Die GbR kann analog § 13 BGB Verbraucher sein

Letztlich geht ein Teil des Schrifttums davon aus, dass eine Einordnung der GbR als Verbraucher zwar nicht in direkter, dafür aber in analoger Anwendung des § 13 BGB möglich sei.⁷¹ Einheitlich betrachtet wird, dass die GbR hierfür nur natürliche Personen als Gesellschafter haben dürfe.⁷² Eine analoge Anwendung des § 13 BGB auf die GbR unabhängig von ihrer inneren Struktur wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten.

II. Persönliche Stellungnahme

Es folgt eine persönliche Stellungnahme und Auswertung der zuvor dargestellten Ansichten in Literatur und Rechtsprechung. Übersichtlichkeitshalber erfolgt eine separate Stellungnahme zu jeder vertretenen Ansicht.

1. Stellungnahme zur generellen Versagung der Verbrauchereigenschaft einer GbR

Man könnte sich mit der generell verneinenden Ansicht insbesondere auf die folgende Wortlautauslegung des § 13 BGB berufen: Dieser normiere nur eine „natürliche Person“ als taugliches Rechtssubjekt, wodurch ausschließlich biologische Menschen gemeint seien.⁷³ Dies ergäbe sich nicht nur durch die Verwendung des Singulars „eine [...] Person“, also gerade kein Personenzusammenschluss,⁷⁴ sondern auch dadurch, dass derselbe Begriff in verschiedenen Rechtsquellen des Europarechts auftaucht und dort einheitlich in diesem Sinne verstanden wird⁷⁵ – Gesellschaften jeder Art werden europarechtlich als juristische Personen qualifiziert,⁷⁶ dies müsse auch für den nationalen § 13 BGB und die GbR gelten.⁷⁷ Komplementiert wird dies durch eine systematische Erwägung bezüglich des Verhältnis der §§ 13, 14 BGB: § 14 BGB normiert als Rechtssubjekt für die Unternehmer-eigenschaft, in dessen Abs. 1 nicht nur eine rechtsfähige Personengesellschaft, sondern definiert letztere in

Blaufuß, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 200.

⁶⁷ *Linardatos/Nordholtz*, NZG 2017, 669, (669); *Arzt*, JZ 2002, 455, (458); dazu tendierend auch *Pfeiffer*, LMK 2017, 390452, (390452), der § 13 BGB dann aber am Zweckerfordernis des § 13 BGB scheitern lässt.

⁶⁸ *Staudinger WEG/Rapp*, Stand 2018, § 1, Rn. 54a; *BeckOK BGB/Martens*, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 26 + 27; *Grüneberg BGB/Ellenberger*, Aufl. 81 2022, § 13, Rn. 2; *Ermann BGB/Saenger*, Aufl. 16 2020, § 13, Rn. 6; *Nomos Kommentar BGB/Ring*, Aufl. 4 2021, § 13, Rn. 10; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB/Bamberger*, Aufl. 4 2019, § 13, Rn. 22; *Verbraucherkreditrecht Kommentar/Artz*, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 32; *MüKo-BGB/Franzen*, Aufl. 9 2023, § 481, Rn. 21; *MüKo-BGB/Weber*, Aufl. 9 2023, § 491, Rn. 17; *Staudinger BGB/Fritzsche*, Stand 2018, § 13, Rn. 36; *Sieminowski*, NZG 2018, 168, (171); *Beck*, VuR 2017, 370, (379); *Beck*, DStR 2017, 1336, (1340); *Kellermann*, JA 2005, 546, (549); *Schütt*, MDR 2002, 222, (224); *Blaufuß*, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 200.

⁶⁹ *MüKo-BGB/Micklitz*, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; *Werthenbruch*, BGB AT, § 4, Rn. 22 + 23; *Mülbert*, WM 2004, 905, (906); *Schmidt*, JuS 2006, 1, (4); *Elßner/Schirmbacher*,

VuR 2003, 247, (253); *Knöfel*, AcP 2005, 645, (654); *Fehrenbacher*, BB 2002, 1006, (1008); *Krebs*, DB 2002, 517, (518); *Vortmann*, ZIP 1992, 229, (232).

⁷⁰ *MüKo-BGB/Micklitz*, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; *Werthenbruch*, BGB AT, § 4, Rn. 22 + 23; *Mülbert*, WM 2004, 905, (906); *Schmidt*, JuS 2006, 1, (4); *Elßner/Schirmbacher*, VuR 2003, 247, (253); *Knöfel*, AcP 2005, 645, (654); *Fehrenbacher*, BB 2002, 1006, (1008); *Krebs*, DB 2002, 517, (518); *Vortmann*, ZIP 1992, 229, (232).

⁷¹ *Weber*, JA 2018, 307, (309); *Wunderlich*, BKR 2002, 304, (305).

⁷² *Weber*, JA 2018, 307, (309); *Wunderlich*, BKR 2002, 304, (305).

⁷³ *MüKo-BGB/Micklitz*, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; *Werthenbruch*, BGB AT, § 4, Rn. 22; *Mülbert*, WM 2004, 905, (911); *Schmidt*, JuS 2006, 1, (2); *Elßner/Schirmbacher* VuR 2003, 247 (248); *Fehrenbacher*, BB 2002, 1006, (1008); *Krebs*, DB 2002, 517, (518); *Vortmann*, ZIP 1992, 229, (232).

⁷⁴ Vgl. *Elßner/Schirmbacher*, VuR 2003, 247, (248).

⁷⁵ *EuGH*, NJW 2002, 205, (205).

⁷⁶ *EuGH*, NJW 2002, 205, (205).

⁷⁷ *MüKo-BGB/Micklitz*, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; vgl. *Mülbert*, WM 2004, 905, (910); *Schmidt*, JuS 2006, 1, (2).

dessen Abs. 2 sogar noch legal.⁷⁸ Der Gesetzgeber habe sich also mit dem generellen Problem der Einordnung rechtsfähiger Personengesellschaften in die §§ 13, 14 BGB auseinandergesetzt und dies dahingehend entschieden, dass diese in § 14 BGB einzugliedern seien.⁷⁹ Verstärkt wird dies ferner durch das Ausschließlichkeitsverhältnis, in dem die §§ 13, 14 BGB zueinander stehen. Vereinzelt wird dies auch durch eine historische Auslegung des § 13 BGB begründet: Dieser entspricht in seiner aktuellen Fassung (wie im Rahmen seiner historischen Auslegung herausgearbeitet) der Fassung der Artikel 1 und 2 der Richtlinie 93/13/EWG, die ausschließlich natürliche Personen im Sinne eines biologischen Menschen umfasst.⁸⁰ Dieser Richtlinie kam nach ihrem Artikel 8 mindestharmonisierende Wirkung zu, wobei der deutsche Gesetzgeber hiervon keinen Gebrauch gemacht, sondern den Verbraucherbegriff einfach übernommen habe.⁸¹ Dies spräche dafür, dass auch der deutsche Gesetzgeber bei Schaffung des § 13 BGB ausschließlich biologische Menschen als „natürliche Person“ nach § 13 BGB verstand.⁸²

Legt man § 13 BGB teleologisch aus, ergibt sich allerdings folgendes: Wie zuvor herausgearbeitet, (B. II.) bewirkt § 13 BGB selbst keinen unmittelbaren Verbraucherschutz.⁸³ Dieser entsteht jedoch, wenn § 13 BGB mit anderen Normen des besonderen Verbraucherschutzrechts zusammenwirkt.⁸⁴ So sollen die §§ 13, 491 f. BGB den Verbraucher beispielsweise u.a. vor missbräuchlichen Kreditvergaben und typischen Gefahren bei einer Kreditaufnahme schützen,⁸⁵ während die §§ 13, 312 g, 355 f. BGB den Verbraucher vor einer vertraglichen Bindung, die in einer Überrumpelungssituation oder ohne hinreichende Überprüfmöglichkeit der Vertragsleistung entstanden ist, durch ein Widerrufsrecht schützen sollen.⁸⁶ Eine derartige Aufzählung kann so lange weitergeführt werden, wie es besonderes Verbraucherschutzrecht gibt. Dabei stützt sich die generelle Schutzbedürftigkeit des

Verbrauchers, wie zuvor erörtert (B. IV), auf eine Kombination des europarechtlichen Schutz- und Informationsmodells.⁸⁷ Auch eine GbR kann ein Rechtsgeschäft abschließen und dabei einen Zweck verfolgen, der überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.⁸⁸ Auch eine GbR kann sich somit denselben Situationen ausgesetzt sehen, in denen das nationale und gemeinschaftsrechtliche Gesetz einen biologischen Mensch als schutzbedürftig ansieht. Insbesondere würden ihre Gesellschafter, die ausschließlich rein natürliche und zu überwiegend privaten Zwecken tätige Personen sein können, analog § 128 HGB akzessorisch der GbR, also ebenfalls nicht als Verbraucher, haften.⁸⁹ Dennoch wird ihr nach dieser Ansicht jeder Verbraucherschutz entsagt und dies nur wegen ihrer rechtsdogmatischen Einordnung als Personengesellschaft.⁹⁰ In systematischer Auslegung der §§ 13, 14 BGB lässt sich zudem ausführen, dass eine GbR aufgrund der Voraussetzung „natürliche Person“ des § 13 BGB nicht ohne weiteres als Verbraucher eingeordnet werden kann; eine Einordnung als Unternehmer nach § 14 BGB allerdings auch nicht möglich ist, wenn die GbR nicht in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständig beruflichen Tätigkeit handelt.⁹¹ Letztlich ergibt sich aus einer historischen Auslegung des § 13 BGB noch folgendes: Zwar ist dieser auf die Artikel 1 und 2 der Richtlinie 93/13/EWG zurückzuführen (siehe B. III.), allerdings enthalten die Gesetzgebungsmaterialien keine Erwägungen dazu, ob die GbR als Verbraucher oder Unternehmer einzuordnen sei.⁹² Somit kann die Stellung der Legaldefinition von rechtsfähigen Personengesellschaften in § 14 II BGB auch deshalb entstanden sein, weil unternehmerisch tätige rechtsfähige Personengesellschaften in der Praxis üblicher sind als solche, die zu rein privaten Zwecken handeln.⁹³ In jedem Fall rechtfertigt sich aufgrund der mangelnden Auseinandersetzung seitens des Gesetzgebers durch die Entstehungsgeschichte des

⁷⁸ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; Mülb, WM 2004, 905, (910).

⁷⁹ Vgl. MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; vgl. Mülb, WM 2004, 905, (910).

⁸⁰ EuGH, NJW 2002, 205, (205).

⁸¹ Vgl. Mülb, WM 2004, 905, (910); vgl. MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

⁸² Vgl. Mülb, WM 2004, 905, (910); vgl. MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

⁸³ BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 1.

⁸⁴ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 7; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 1.

⁸⁵ MüKo-BGB/Weber, Aufl. 9 2023, § 491, Rn. 2.

⁸⁶ MüKo-BGB/Wendehorst, Aufl. 9 2021, § 312g, Rn. 1.

⁸⁷ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 7; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 4.

⁸⁸ Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁸⁹ Handbuch Personengesellschaften/Wertenbruch, Stand 2019, § 34, Rn. 882; Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 19, Rn. 9; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 12.

⁹⁰ Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁹¹ Wertenbruch, BGB AT, § 4, Rn. 22.

⁹² Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 33; Bundestag, BT-Drucks. 14/2658, 1, (47).

⁹³ Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 33.

§ 13 BGB nicht der Schluss, dass der Gesetzgeber die GbR bewusst vom Wortlaut des § 13 BGB ausgespart hat.⁹⁴

Diese Ansicht führt mit ihrer Wortlautauslegung ein gewichtiges Argument gegen die Verbrauchereigenschaft ins Feld und verstärkt dies durch historische- und systematische Erwägungen zu § 14 BGB. Letztere sehen sich allerdings guten Gegenargumenten ausgesetzt. Kritisch ist aber, dass diese Ansicht die Schutzbedürftigkeit einer GbR, die sich aus dem Sinn und Zweck von § 13 BGB i.V.m. besonderem Verbraucherschutzrecht und den europarechtlichen Erwägungen zum Informations- und Schutzmodell ergibt, völlig außer Betracht lässt und in jeglichen Fällen verneint. Sie verdient insofern Zustimmung, als sie den Wortlaut des § 13 BGB auf nur natürliche Personen beschränkt, ist aber aufgrund des von ihr erreichten Ergebnis abzulehnen.

2. Stellungnahme zum Zuspruch der Verbrauchereigenschaft einer GbR unter direkter Anwendung des § 13 BGB

Man könnte es auch in Betracht ziehen, § 13 BGB teleologisch dahingehend auszulegen, dass dessen Voraussetzung „natürliche Person“ nicht bloß biologische Menschen, sondern auch die GbR als rechtsfähige Personengesellschaft umfasst.⁹⁵ Insofern würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass die GbR unter direkter Anwendung des § 13 BGB Verbraucher ist.⁹⁵ Hierfür wird die *ratio legis* des § 13 BGB i.V.m. Normen aus dem besonderen Verbraucherschutzrecht herangezogen und die Schutzbedürftigkeit der GbR vor allem aus der persönlichen akzessorischen Haftung der GbR-Gesellschafter analog § 128 HGB begründet.⁹⁵ Außerdem diene der Begriff „natürliche Person“, wie auch im Europarecht, lediglich als Unterscheidung zu juristischen Personen.⁹⁶

Wie bereits dargelegt, entspricht ein derartiges Verständnis des Begriffs der „natürlichen Person“ allerdings gerade nicht der europarechtlichen Handhabung.⁹⁷ Die Ansicht erscheint, betrachtet unter einer rechtsmethodischen Lupe, ferner unter folgendem Gesichtspunkt unstimmig: Wie zuvor herausgearbeitet, ergibt sich durch eine Wortlautauslegung des § 13 BGB, dass dieser „natürliche Person“ nur im Sinne von biologischen Menschen versteht.⁹⁸ Die GbR ist allerdings teilrechtsfähig⁹⁹ und entspricht somit einer Kategorie zwischen natürlichen und juristischen Personen.¹⁰⁰ Sie ist insofern ein „*aliud*“ zu einer natürlichen Person.¹⁰¹ Die Auslegung eines Normwortlauts anhand des Normzwecks ist an sich gängig und zulässig (teleologische Auslegung).¹⁰² Dies gilt allerdings nur insoweit, als man sich noch innerhalb des Normwortlauts befindet.¹⁰³ Überschreitet man diese Wortlautgrenze, befindet man sich in rechtsmethodischer Hinsicht nicht mehr im Bereich der Auslegung, sondern in dem der Rechtsfortbildung, wofür verschiedene restriktivere Voraussetzungen (je nach gewählter Methode) gelten.¹⁰⁴

Diese Ansicht erkennt zutreffend den Sinn und Zweck des § 13 BGB i.V.m. Normen des besonderen Verbraucherschutzrechts und die Schutzbedürftigkeit einer GbR an. Das von ihr erreichte Endergebnis (GbR = Verbraucher) verdient deshalb Zustimmung. Allerdings ist der gewählte Weg zu dem Ergebnis in rechtsmethodischer Hinsicht unstimmig – nicht zuletzt deshalb, weil die besonderen Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung übergangen werden. Auch sie ist somit abzulehnen.

⁹⁴ Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 33.

⁹⁵ Staudinger WEG/Rapp, Stand 2018, § 1, Rn. 54a; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 26 + 27; Grüneberg BGB/Ellenberger, Aufl. 81 2022, § 13, Rn. 2.; Ermann BGB/Saenger, Aufl. 16 2020, § 13, Rn. 6; Nomos Kommentar BGB/Ring, Aufl. 4 2021, § 13, Rn. 10; Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB/Bamberger, Aufl. 4 2019, §13, Rn. 22; Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 32; MüKo-BGB/Franzen, Aufl. 9 2021, § 481, Rn. 21; MüKo-BGB/Weber, Aufl. 9 2021, § 491, Rn. 17; Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452); Linardatos/Nordholtz, NZG 2017, 699, (699); Sieminowski, NZG 2018, 168, (171); Beck, VuR 2017, 370, (379); Beck, DStR 2017, 1336, (1340); Kellermann, JA 2005, 546, (549); Arzt, JZ 2002, 455, (457); Schütt, MDR 2002, 222, (224).

⁹⁶ BGH, WM 2001, 2379, (2380).

⁹⁷ EuGH, NJW 2002, 205, (205).

⁹⁸ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; Wertenbruch, BGB AT, § 4, Rn. 22 + 23; Mülberr, WM 2004, 905, (906); Schmidt, JuS 2006, 1, (4); Elßner/Schirmbacher, VuR 2003, 247, (253).

⁹⁹ BGH, NJW 2001, 1056, (1057); MHdB GesR/Gummert, Aufl. 5 2019, § 17, Rn. 10; Maties/Wank, Handels- und Gesellschaftsrecht, Kap. 2, Rn. 237.

¹⁰⁰ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹⁰¹ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹⁰² Reimer, Juristische Methodenlehre, Kap. C, Rn. 357 + 358; Wank, Juristische Methodenlehre, § 11, Rn. 1.

¹⁰³ Wank, Juristische Methodenlehre, § 7, Rn. 58.

¹⁰⁴ Wank, Juristische Methodenlehre, § 7, Rn. 58.

3. Stellungnahme zum Zuspruch der Verbrauchereigenschaft einer GbR unter analoger Anwendung des § 13 BGB

Die dies vertretende Ansicht¹⁰⁵ sieht sich vor die zusätzlichen restriktiven Voraussetzungen einer Analogie gestellt. Es wird somit zunächst nachgeprüft, ob diese vorliegen, bevor eine abschließende Stellungnahme zu der Ansicht erfolgt.

a) Vorliegen einer Regelungslücke

Eine Regelungslücke liegt im Falle einer Nichtregelung trotz Regelungsbedarfs vor,¹⁰⁶ wobei insbesondere zu beachten ist, ob das jeweilige Gesetz den Sachverhalt bewusst nicht regelt (sog. negative Regelung).¹⁰⁷ Wie bereits oben (C. II. 1.) erörtert, regelt § 13 BGB aufgrund seines Wortlauts „natürliche Person“ den Fall einer potentiellen Verbrauchereigenschaft nicht.¹⁰⁸ Das durch eine historische Auslegung des § 13 BGB gewonnene Argument, dass eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers vorliege, nur rein natürliche Personen in § 13 BGB miteinzubeziehen,¹⁰⁹ überzeugt aufgrund einer – belegten – fehlenden Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der Problematik der Einbeziehung von rechtsfähigen Personengesellschaften¹¹⁰ und der nicht möglichen Einordnung einer privat handelnden GbR unter § 14 BGB¹¹¹ nicht (siehe C. II. 1. für ausführliche Darstellung) und spricht somit nicht für eine negative Regelung des § 13 BGB. Der erforderliche Regelungsbedarf bezüglich der Verbrauchereigenschaft einer GbR ergibt sich nicht nur aus der Anwendbarkeitsfrage für die Normen des besonderen Verbraucherschutzrechts, sondern auch dadurch, dass die §§ 13, 14 BGB in einem Ausschließlichkeitsverhältnis stehen¹¹² – das BGB also von einer Einordnung in eine der beiden Kategorien ausgeht. Es besteht insofern eine Regelungslücke bezüglich der Verbrauchereigenschaft einer GbR.

b) Vergleichbare Interessenlage

Die Prüfung nach einer vergleichbaren Interessenlage wird der Übersichtlichkeit halber in zwei Fälle aufgeteilt (Fall 1: nur natürliche Personen sind Gesellschafter der GbR; Fall 2: natürliche und juristische Personen sind Gesellschafter der GbR). Generell lässt sich aber schon hier festhalten, dass der normierte Fall (Verbrauchereigenschaft von natürlichen Personen nach § 13 BGB) wertungstechnisch mit dem nicht normierten Fall (Verbrauchereigenschaft einer GbR) übereinstimmen muss.¹¹³ Ob dies der Fall ist, ist anhand einer umfassenden Wertung mithilfe der allgemeinen Auslegungsgrundsätze herauszuarbeiten.¹¹⁴

aa) Fall 1: nur natürliche Personen sind Gesellschafter

Gegen eine vergleichbare Interessenlage könnte man folgende systematische Erwägung ins Feld führen: Spräche man der GbR analog § 13 BGB Verbrauchereigenschaften zu, müsste man genauso in Bezug auf sonstige rechtsfähige Personengesellschaften, namentlich einer OHG und KG, vorgehen, um nicht wertungswidersprüchlich zu handeln.¹¹⁵ Es erscheine dann nämlich willkürlich und inkonsequent die Verbrauchereigenschaft für eine Personengesellschaft (GbR) zu bejahen und für andere Personengesellschaften (OHG, KG) zu verneinen.¹¹⁶ Dies werde besonders im Falle einer nach § 105 II HGB entstandenen OHG deutlich, da diese nicht notwendigerweise einen auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (= gewerbliche Tätigkeit i.S.d. § 14 BGB) gerichteten Gesellschaftszweck verfolgen muss.¹¹⁷ Würde man, um die dargestellten Wertungswidersprüche zu vermeiden, auch diesen Personengesellschaften Verbrauchereigenschaft gem. § 13 BGB zusprechen, betreibe man – anhand der Normierung des § 13 BGB „natürliche Person“ – eine „Rechtsfortbildung contra legem“, sodass sich auch diese Vorgehensweise verbiete.¹¹⁸ Man könnte auch anführen, dass sich die Gründer einer GbR hierdurch insbesondere im Hinblick auf Steuern und ähnliche

¹⁰⁵ Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 13, Rn. 36; Weber, JA 2018, 307, (309).

¹⁰⁶ Reimer, Juristische Methodenlehre, Kap. E, Rn. 568.

¹⁰⁷ Reimer, Juristische Methodenlehre, Kap. E, Rn. 573.

¹⁰⁸ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; Wertenbruch, BGB AT, § 4, Rn. 22 + 23; Mülberr, WM 2004, 905, (906); Schmidt, JuS 2006, 1, (4); Elßner/Schirmbacher, VuR 2003, 247, (253).

¹⁰⁹ Vgl. Mülberr, WM 2004, 905, (910); vgl. MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹¹⁰ Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 33; BT-Drucks. 14/2658, 1, (47).

¹¹¹ Wertenbruch, BGB AT, § 4, Rn. 22.

¹¹² Staudinger BGB/Fritzsche, Stand 2018, § 14, Rn. 3.

¹¹³ Reimer, Juristische Methodenlehre, Kap. E, Rn. 577.

¹¹⁴ Vgl. Reimer, Juristische Methodenlehre, Kap. E, Rn. 577.

¹¹⁵ Mülberr, WM 2004, 905, (912); MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹¹⁶ Mülberr, WM 2004, 905, (912); MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹¹⁷ Mülberr, WM 2004, 905, (912); MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹¹⁸ Mülberr, WM 2004, 905, (912); MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

Belastungen Vorteile verschaffen wollen, die ihnen als natürliche Person selbst nicht zukämen; insofern also gerade wollen, dass auf den Status der GbR und nicht den der Gesellschafter abgestellt werde.¹¹⁹ Würde man nun für die Verbrauchereigenschaft einer GbR auf den persönlichen Status der GbR-Gesellschafter (natürliche Personen) zurückgreifen, sei dies inkonsequent, da hierdurch der mit der Gründung verbundene Nachteil umgangen wird und ferner auch widersprüchlich, weil für die sonstige Beurteilung auf die GbR selbst und nicht auf deren Gesellschafter abgestellt werde.¹²⁰

Dabei wird allerdings erneut eine teleologische Auslegung des § 13 BGB außer Acht gelassen: § 13 BGB i.V.m. besonderem Verbraucherschutzrecht bezweckt den Schutz von Verbrauchern in den verschiedensten Situationen, in denen er einem Unternehmer gegenüber unterlegen ist (für ausführliche Darstellung siehe C. II. 1.).¹²¹ Eine zu privaten Zwecken handelnde GbR ist zum einen in denselben Situationen genauso schutzbedürftig wie eine rein natürliche Person (z.B. Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages).¹²² Ihr kommt insofern kein Vorteil zu, den eine natürliche Person nicht auch hätte.¹²³ Zum anderen besteht die GbR (in dieser Fallgruppe) ausschließlich aus rein natürlichen Personen die für sie handeln, aber auch akzessorisch zur GbR analog § 128 HGB haften.¹²⁴ Aufgrund beider Aspekte ist die GbR mithin, exakt wie eine rein natürliche Person, in Anbetracht der *ratio legis* des § 13 BGB i.V.m. besonderem Verbraucherschutzrecht schutzbedürftig.¹²⁵ In systematischer Auslegung lässt sich festhalten, dass eine Analogie des § 13 BGB nur auf die GbR und nicht auf sonstige Personengesellschaften in der Tat widersprüchlich wäre. Die Verbrauchereigenschaft einer OHG und KG würde also aufgrund der Analogie nicht am Merkmal „natürliche Person“ scheitern. Allerdings haben beide den Betrieb eines Handelsgewerbes als Gesellschaftszweck (§§ 105, 161 II HGB), sodass sie aufgrund des Zweckerfordernis des § 13 BGB an das abgeschlossene Rechtsgeschäft niemals Verbraucher sein würden. Auch die argumentativ als Exempel statuierte OHG, die nach § 105 II HGB nicht notwendigerweise demselben Schicksal unterliegen würde, ist zumindest kraft § 105 II HGB im Handelsregister

eingetragen. Dies ist ein Rechtssicherheit ermöglichendes Kriterium, das belegt, dass sich den Sonderregelungen des HGB unterworfen wurde.¹²⁶ Es erscheint infolge dessen auch konsequent der § 105 II HGB unterfallenden OHG die Verbrauchereigenschaft abzusprechen.¹²⁷ Im Ergebnis belegt dies, dass eine Analogie des § 13 BGB widerspruchslös möglich ist, ohne dass hierdurch auch untaugliche Rechtssubjekte (OHG, KG) als Verbraucher qualifiziert werden müssten. Auch, dass durch die Analogie eine Rechtsfortbildung *contra legem* entstehe, ist somit (ganz zu schweigen von der ohnehin nicht belegbaren Intention des Gesetzgebers, auf der dieser Gedanke beruht – siehe C. II. 1.) fernliegend und wirkt eher konstruiert. Letztlich lässt sich in systematischer Auslegung ein gewisser Widerspruch durch die Vorteilsermöglichung und Nachteilskompensierung kraft Analogie des § 13 BGB wie von *Wertenbruch* argumentiert (siehe oben), nicht verneinen. Allerdings wirkt dies im Gewicht zu der Schutzbedürftigkeit der GbR und deren Gesellschaftern, die ansonsten überhaupt nicht durch Verbraucherschutzrecht geschützt würden, geringer und muss in einer Abwägung somit dahinter zurücktreten. Im Fall von nur natürlichen Personen als Gesellschafter liegt mithin eine vergleichbare Interessenlage vor. Die GbR kann in diesem Fall – insbesondere aufgrund teleologischer Aspekte – analog § 13 BGB als Verbraucher gelten.¹²⁸

bb) Fall 2: natürliche und juristische Personen als Gesellschafter

Für eine Analogie des § 13 BGB im Falle von natürlichen und juristischen Personen, die Gesellschafter der GbR sind, spricht in systematischer Auslegung, dass bei einer natürlichen Person keine pauschale Festlegung der Verbrauchereigenschaft möglich ist, sodass sich eine solche Handhabe auch bei der Frage nach der Verbrauchereigenschaft einer GbR verbietet.¹²⁹ Auch eine teleologische Auslegung des § 13 BGB könnte in Anbetracht der natürlichen Personen als akzessorisch haftende Gesellschafter für eine Analogie sprechen. Sollte man eine Analogie in diesem Fall verneinen, gilt weiter zu beachten, dass es für die Verbrauchereigenschaft einer GbR auf deren innere Zusammensetzung

¹¹⁹ *Wertenbruch*, BGB AT, § 4, Rn. 23.

¹²⁰ *Wertenbruch*, BGB AT, § 4, Rn. 23.

¹²¹ Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

¹²² Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

¹²³ Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

¹²⁴ Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

¹²⁵ Vgl. BGH, WM 2001, 2379, (2380).

¹²⁶ *Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz*, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 38.

¹²⁷ *Verbraucher kreditrecht Kommentar/Artz*, Aufl. 10 2019, § 491, Rn. 38.

¹²⁸ So auch *Weber*, JA 2018, 307, (309).

¹²⁹ *Linardatos/Nordholtz*, NZG 2017, 699, (699).

ankäme (nur natürliche Personen als Gesellschafter = Verbraucher; natürliche und juristische Personen als Gesellschafter = kein Verbraucher).¹³⁰ Derweil gäbe es allerdings keine zuverlässige Überprüfungsmöglichkeit auf die innere Zusammensetzung einer GbR, sodass hierdurch Rechtsunsicherheit entstehe.¹³¹ Letztlich sei in gleichgelagerten Fällen der gemischten Gesellschafter unklar, auf wessen Rechtsnatur abzustellen sei (natürliche oder juristische Personen) und wieso der einen Vorrang vor der anderen einzuräumen wäre.¹³²

Gegen eine derartige Analogie des § 13 BGB spricht allerdings folgendes: Der Wortlaut des § 13 BGB ist nur auf natürliche Personen beschränkt (siehe oben).¹³³ Während eine rechtsfähige Personengesellschaft sich in eine Zwischenkategorie zu natürlichen Personen auf der einen Seite und juristischen Personen auf der anderen Seite einordnen lässt,¹³⁴ ist dies bei juristischen Personen nicht möglich.¹³⁵ Sie stellen das vollkommene Gegenteil einer natürlichen Person dar.¹³⁶ Insofern bewegt sich dieser Fall schon allein deshalb weiter von der normierten Wertung des § 13 BGB entfernt, als der Fall von nur natürlichen Personen als Gesellschafter.¹³⁷ Folglich kann hier auch nicht darauf abgestellt werden, dass es sich nur um ein Kollektiv von rein natürlichen Personen handle und die rechtsdogmatische Einordnung des Kollektivs keine Rolle spiele.¹³⁸ Im Hinblick auf eine teleologische Auslegung des § 13 BGB ergibt sich folgendes: Zwar sind auch in diesem Fall im Hinblick auf den Sinn und Zweck von § 13 BGB i.V.m. besonderen Verbraucherschutzrecht schutzbedürftige natürliche Personen (aufgrund deren akzessorischer Haftung) als Gesellschafter enthalten. Allerdings steht es diesen frei, sich kraft eines Gesellschaftsvertrages mit einer juristischen Person zu einer GbR zusammenzubinden.¹³⁹ Sie können somit selbst entscheiden, sich dem Verbraucherschutzrecht zu unterwerfen und sich mit keiner juristischen Person zusammenzuschließen (analog § 13 BGB – Fall 1) oder eine derartige Bindung mit einer juristischen Person einzugehen und auf deren

Verbraucherschutzrechte zu verzichten.¹⁴⁰ Treffen sie diese Entscheidung für letzteres, ist diese rechtlich zu respektieren, macht sie aber gleichzeitig auch weniger schutzbedürftig.¹⁴¹ Ferner ist es einer juristischen Person schlechthin nicht möglich, überwiegend zu rein privaten Zwecken zu handeln.¹⁴² Dies wirkt sich nicht nur auf die GbR aus, deren Gesellschafter die juristische Person ist.¹⁴³ Es macht auch die Analogie, selbst wenn man sie hier vornehmen wollte, im Ergebnis fruchtlos.¹⁴⁴ Käme man durch sie über die Voraussetzung „natürliche Person“ des § 13 BGB hinweg, scheitert die Verbrauchereigenschaft einer derartigen GbR letztlich immer am geforderten Zweck an das Rechtsgeschäft.¹⁴⁵ Unter diesem Gesichtspunkt ist diese Konstellation nicht anders zu beurteilen als die der OHG und KG, denen zuvor eine Verbrauchereigenschaft abgesprochen wurde (siehe C II. 3. b) aa)). Letztlich gilt es anzumerken, dass § 707 BGB n.F. mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) in dessen Abs. 1 nicht nur die Eintragung einer GbR in ein Gesellschaftsregister vorsieht, sondern auch in dessen Abs. 2 Nr. 2 lit. a) und b) eine genaue Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen normiert.¹⁴⁶ Zumindest in nicht zu ferner Zukunft ist es dem Rechtsverkehr mithin besser möglich, die innere Struktur der GbR einzusehen und damit sein Risiko in Bezug auf die Aussetzung potentieller Verbraucherschutzrechte seitens der GbR selbst zu regulieren.

Zusammenfassend ist das beste Argument für eine Analogie auch in diesem Fall die Schutzbedürftigkeit der natürlichen Personen als Gesellschafter. Durch den autonomen Zusammenschluss mit einer juristischen Person wird sie allerdings von den Gesellschaftern selbst gemindert. Am stärksten gegen eine Analogie im vorliegenden Fall wiegt die starke Entfernung von der normierten Wertung des § 13 BGB durch die Beteiligung einer juristischen Person. Die Waage rückt durch die Untauglichkeit einer Analogie in Fall 2 generell (keine Verbrauchereigenschaft aufgrund Erfordernisses der Zweckverfolgung) und der

¹³⁰ Vgl. Linardatos/Nordholtz, NZG 2017, 699, (699).

¹³¹ Vgl. Linardatos/Nordholtz, NZG 2017, 699, (699).

¹³² Vgl. Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452).

¹³³ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20; Wertenbruch, BGB AT, § 4, Rn. 22 + 23; Mülbart, WM 2004, 905, (906); Schmidt, JuS 2006, 1, (4); Elßner/Schirnbacher, VuR 2003, 247, (253).

¹³⁴ MüKo-BGB/Micklitz, Aufl. 9 2021, § 13, Rn. 20.

¹³⁵ Vgl. BGH, WM 2017, 868, (870).

¹³⁶ Vgl. BGH, WM 2017, 868, (870).

¹³⁷ Vgl. BGH, WM 2017, 868, (870).

¹³⁸ Vgl. BGH, WM 2017, 868, (869); vgl. Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452).

¹³⁹ BGH, WM 2017, 868, (871).

¹⁴⁰ Vgl. BGH, WM 2017, 868, (871).

¹⁴¹ Vgl. BGH, WM 2017, 868, (871).

¹⁴² Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452).

¹⁴³ Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452).

¹⁴⁴ Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452).

¹⁴⁵ Pfeiffer, LMK 2017, 390452, (390452).

¹⁴⁶ BT-Drucks. 19/27635, 1, (15).

Überprüfungsmöglichkeit der GbR-Innenstruktur für den Rechtsverkehr durch das MoPeG weiter ins Ungleichgewicht. Es besteht demnach in Fall 2 keine vergleichbare Interessenlage.

4. Zwischenergebnis:

Hat die GbR nur natürliche Personen als Gesellschafter (Fall 1), ist sie analog § 13 BGB als Verbraucher einzustufen. Hat die GbR natürliche und juristische Personen als Gesellschafter (Fall 2), ist sie nicht analog § 13 BGB als Verbraucher einzustufen. Die erste aufgestellte These ist somit teilweise korrekt.

D. Verbrauchereigenschaft einer WEG

Es gilt auch zu klären, ob, wie und unter welchen Voraussetzungen eine WEG als Verbraucher gem. § 13 BGB kategorisiert werden kann.

I. Bisheriger Meinungsstand

Dabei wird erneut mit einer Darstellung des bisherigen Meinungsstands begonnen, wobei zwischen Rechtsprechung und Literatur differenziert wird.

1. Bisheriger Meinungsstand in der Rechtsprechung

Die Darstellung wird auch hier in eine höchstrichterliche Entscheidung und gebündelte untergerichtliche Entscheidungen untergliedert:

a) BGH VIII ZR 243/13: Der BGH musste hier entscheiden, ob einer klagenden WEG ein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf die Rückerstattung bereits gezahlter Erhöhungsbeiträge aus einem Vertrag über die Lieferung von Erdgas zustand.¹⁴⁷ Dafür ist insbesondere relevant, ob die dies bestimmenden AGB gem. § 307 I BGB unwirksam sind, wofür es entsprechend § 310 I BGB zu bestimmen galt, ob es sich bei der Klägerin um eine Verbraucherin gem. § 13 BGB handelt, und somit die Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu berücksichtigen seien.¹⁴⁸ Der BGH hat diese Frage dahingehend beurteilt, dass eine WEG als Verbraucher – analog § 13 BGB – einzustufen sei, solange ihr zumindest eine natürliche Person angehöre, selbst wenn ihre restlichen Mitglieder ausschließlich juristische Personen sind.¹⁴⁹ Im

Ergebnis bejahte er in Folge dessen den geltend gemachten Anspruch.¹⁵⁰

b) Sonstige untergerichtliche Entscheidungen:

Im Jahre 2007 befasste sich das LG Rostock mit der Frage, ob eine Inhaltskontrolle von AGB gem. § 310 BGB eröffnet ist.¹⁵¹ Dafür galt es zu entscheiden, ob eine WEG nach § 13 BGB Verbraucher sein könnte.¹⁵² Das LG Rostock tat dies dahingehend, dass es eine Verbrauchereigenschaft einer WEG unter direkter und analoger Anwendung des § 13 BGB für nicht möglich hielt.¹⁵³

Das LG Nürnberg-Fürth musste sich 2008 mit der Anwendbarkeit der §§ 10, 11 AGBG (im Vergleich zu den §§ 305 f. BGB aufgrund Art. 229 § 5 EGBGB in Betracht kommend) auseinandersetzen.¹⁵⁴ Um dies zu beantworten war klärungsbedürftig, ob es sich bei der klagenden WEG um eine Verbraucherin nach § 13 BGB handelte.¹⁵⁵ Das LG Nürnberg-Fürth stellte hierfür auf die Schutzbedürftigkeit der WEG-Mitglieder ab (anlehnend an BGH XI ZR 63/01 – siehe oben) und hielt fest, dass es die WEG-Mitglieder als schutzbedürftig erachtete, wenn diese zu überwiegend privaten Zwecken handeln.¹⁵⁶ Es stellte ferner klar, dass „die Schutzwürdigkeit eines Mitglieds des Verbandes zur Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Normen auf den gesamten Verband führt“¹⁵⁷ und spricht der WEG somit auch dann Verbrauchereigenschaft zu, wenn zumindest eines der Mitglieder selbst als Verbraucher zu qualifizieren sei, selbst wenn die restlichen Mitglieder Unternehmer nach § 14 BGB seien.¹⁵⁸

Ebenfalls 2008 entschied das OLG München über die Einschlägigkeit des § 310 III BGB, wofür erneut die Verbrauchereigenschaft einer WEG von tragender Rolle war.¹⁵⁹ Geurteilt wurde, dass eine WEG als Verbraucher in direkter Anwendung des § 13 BGB sei, wenn sie nicht ausschließlich Unternehmer nach § 14 BGB als Mitglieder hat.¹⁶⁰

2. Bisheriger Meinungsstand in der Literatur

Auch im Rahmen dieser Darstellung werden die verschiedenen Vertreter in abstrakte Meinungsgruppen kategorisiert.

¹⁴⁷ BGH, WM 2015, 1999, (1999).

¹⁴⁸ BGH, WM 2015, 1999, (2001).

¹⁴⁹ BGH, WM 2015, 1999, (2001).

¹⁵⁰ BGH, WM 2015, 1999, (2000).

¹⁵¹ LG Rostock, ZMR 2007, 731, (732).

¹⁵² LG Rostock, ZMR 2007, 731, (732).

¹⁵³ LG Rostock, ZMR 2007, 731, (732).

¹⁵⁴ LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 831, (832).

¹⁵⁵ LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 831, (832).

¹⁵⁶ LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 831, (832).

¹⁵⁷ LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 831, (832).

¹⁵⁸ LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 831, (832).

¹⁵⁹ OLG München, DNotZ 2009, 221, (221).

¹⁶⁰ OLG München, DNotZ 2009, 221, (221).

a) Die WEG ist gem. § 13 BGB in direkter Anwendung Verbraucher

Herrschend ist im Schrifttum die Auffassung, die die WEG in direkter Anwendung des § 13 BGB Verbrauchereigenschaft zuspricht.¹⁶¹ „natürliche Person“ i.S.d. § 13 BGB wird hier derart ausgelegt, dass auch die WEG hierunter fällt.¹⁶¹ Jeder der einzelnen Vertreter hält ferner das Handeln zu überwiegend privaten Zwecken für erforderlich.¹⁶¹ Innerhalb dieser Ansicht wird überwiegend vertreten, dass hierfür lediglich eine einzige natürliche Person Mitglied der WEG sein muss,¹⁶¹ während vereinzelt vertreten wird, dass die Mitglieder der WEG ausschließlich oder zumindest überwiegend Verbraucher sein müssen,¹⁶² und auch eine reine Unternehmer-WEG erfasst sein soll.¹⁶³

b) Die WEG kann niemals Verbraucher gem. § 13 BGB sein

Auch im Rahmen der Verbrauchereigenschaft einer WEG wird teilweise vertreten, dass dieser niemals, in direkter oder analoger Anwendung des § 13 BGB, Verbrauchereigenschaft zukommen kann.¹⁶⁴

c) Die WEG kann analog § 13 BGB Verbraucher sein

Es wird auch vertreten, dass eine direkte Anwendung des § 13 BGB auf die WEG nicht möglich ist, diese allerdings analog § 13 BGB Verbraucher sein kann.¹⁶⁵ Dabei soll die Voraussetzung „natürliche Person“ i.S.d. § 13 BGB durch die Analogie als natürliche Personen und rechtsfähige Personengesellschaften (WEG) gelten.¹⁶⁵ Auch im Rahmen der analogen Anwendung des § 13 BGB wird uneinheitlich beurteilt, ob dies bei

ausschließlich,¹⁶⁶ nur einer, oder überwiegend natürlichen Personen als WEG-Mitglieder möglich sein soll.¹⁶⁷

II. Persönliche Stellungnahme

Auch hier folgt eine persönliche Stellungnahme zu den in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten, wobei auch hier zum Zwecke der Übersichtlichkeit zu je einer Ansicht separat Stellung genommen wird.

1. Stellungnahme zur generellen Versagung der Verbrauchereigenschaft einer WEG

Genauso wie bei der Diskussion über die Verbrauchereigenschaft einer GbR, könnte man sich auch hier mit der generell verneinenden Ansicht auf den Wortlaut des § 13 BGB abstellen, der eine „natürliche Person“ fordert.¹⁶⁸ Eine WEG ist ein Verband sui generis¹⁶⁹ und könne deshalb keine „natürliche Person“ und somit auch kein Verbraucher sein.¹⁷⁰ In systematischer Auslegung könnte man ferner anführen, dass eine WEG aufgrund ihrer körperschaftlichen Organisation dem Idealverein ähnelt und dieser nach „überwiegender Meinung“ nicht als Verbraucher gelte. Dasselbe müsse somit auch auf die WEG übertragen werden.¹⁷¹

Gegen diese Ansicht spricht – wie auch bei der generell verneinenden Ansicht hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft einer GbR – eine teleologische Auslegung des § 13 BGB i.V.m. besonderem Verbraucherschutzrecht: Um Wiederholungen zu vermeiden, sei auf die Ausführungen zur Herleitung der Schutzbedürftigkeit einer GbR verwiesen (siehe C. II. 1.), die sich hierauf übertragen lassen.¹⁷² Auch die Mitglieder

¹⁶¹ Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB/Bamberger, Aufl. 4 2019; Grüneberg BGB/Ellenberger, Aufl. 81 2022, § 13, Rn. 2; WEG Handbuch/Köhler, Aufl. 3 2013, Teil 1, Rn. 15c; Handbuch WEG/Abramenko, Aufl. 2 2009, § 1, Rn. 262; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 28; WEG Kommentar/Jennißen, Aufl. 4 2015, § 10, Rn. 61c; Riecke/Schmid WEG/Elzer, Aufl. 2 2008, § 10, Rn. 432; WEG Kommentar/Dötsch, Aufl. 1 2010, § 10, Rn. 419; Greiner, WEG, Kap. 10, Rn. 1554; Staudinger BGB/Matusche-Beckmann, Stand 2013, § 474, Rn. 10; Armbrüster, GE 2007, 420, (424); Derleder, ZWE 2010, 10, (11); Bub, ZWE 2010, 246, (250); Roguhn, ZWE 2015, 315, (316); Genz, NZM 2022, 402, (409).

¹⁶² Vgl. WEG Handbuch/Köhler, Aufl. 3 2013, Teil 1, Rn. 15c.

¹⁶³ WEG Kommentar/Jennißen, Aufl. 4 2015, § 10, Rn. 61c; Riecke/Schmid WEG/Elzer, Aufl. 2 2008, § 10, Rn. 432.

¹⁶⁴ BGB Kommentar/Prütting, Aufl. 17 2022, § 13, Rn. 8; Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, (597); Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, (458).

¹⁶⁵ MüKo WEG/Burgmair, Aufl. 8 2021, § 9 a, Rn. 7; WEG Kommentar/Kümmel, Aufl. 8 2007, § 10, Rn. 55; Gottschlag, NZM 2009, 217, (219); Blaufuß, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 201.

¹⁶⁶ Blaufuß, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 201.

¹⁶⁷ MüKo WEG/Burgmair, Aufl. 8 2021, § 9 a, Rn. 7; WEG Kommentar/Kümmel, Aufl. 8 2007, § 10, Rn. 55.

¹⁶⁸ BGB Kommentar/Prütting, Aufl. 17 2022, § 13, Rn. 8; Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, (597); Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, (458).

¹⁶⁹ LG Rostock, ZMR 2007, 731, (732); Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, (458); Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, (597);

¹⁷⁰ LG Rostock, ZMR 2007, 731, (732); Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, (458).

¹⁷¹ Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, (458); Vgl. Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, (597).

¹⁷² BGH, WM 2015, 1999, (2002).

einer WEG haften nach § 10 VIII WEG anteilig für Verbindlichkeiten der WEG.¹⁷³ Sie werden darüber hinaus nicht durch eine autonome Willensentscheidung in Form des Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, sondern kraft Gesetz, also zwangsweise, zu einer WEG zusammengeschlossen.¹⁷⁴ Diese Schutzbedürftigkeitserwägungen werden auch von dieser Ansicht völlig unberücksichtigt gelassen. Gegen sie spricht ferner in systematischer Auslegung, dass die Betätigung der WEG oftmals die Verwaltung eigenen Vermögens ist, welche ohnehin typischerweise nicht als unternehmerische Tätigkeit nach § 14 I BGB zu klassifizieren ist.¹⁷⁵

Dieser, sowie der inhaltsgleichen Ansicht bezogen auf die Verbrauchereigenschaft einer GbR, kann erneut insoweit zugestimmt werden, als sie den Wortlaut des § 13 BGB „natürliche Person“ als biologischen Menschen versteht. Darüber hinaus vermag sie die Schutzbedürftigkeit der WEG und deren Mitglieder nicht zu greifen und auch die von ihr vorgebrachten systematischen Erwägungen überzeugen nicht restlos. Sie ist mithin abzulehnen.

2. Stellungnahme zum Zuspruch der Verbrauchereigenschaft einer WEG unter direkter Anwendung des § 13 BGB

Diese Ansicht ist fast inhaltsgleich zu der Ansicht, die eine GbR unter direkter Anwendung des § 13 BGB Verbraucher sein lässt.¹⁷⁶ Der einzige Unterschied ist, dass sie sich nicht auf eine GbR, sondern eine WEG bezieht; ansonsten sind Methodik und Begründung identisch.¹⁷⁷ Es sei insofern auf die Ausführungen zur GbR verwiesen (C. II. 2.) und nur kurz vermerkt, dass das herbeigeführte Ergebnis und dessen Begründung für positiv erachtet wird, allerdings erneut – aufgrund des beschränkten Wortlauts des § 13 BGB auf biologische Menschen – nicht auf eine teleologische Auslegung zurückgegriffen werden kann; dies verstößt gegen die Wortlautgrenze des § 13 BGB. Diese Ansicht ist mithin im Ergebnis abzulehnen.

3. Stellungnahme zum Zuspruch der Verbrauchereigenschaft einer WEG unter analoger Anwendung des § 13 BGB

Auch im Rahmen der Frage nach der Verbrauchereigenschaft einer WEG ist somit letztlich auf eine Rechtsfortbildung in Form der Analogie zurückzugreifen. Es gilt hier zunächst erneut zu erörtern, ob die Voraussetzungen hierfür vorliegen, bevor hierzu Stellung genommen wird.

a) Vorliegen einer Regelungslücke

Die im Rahmen der GbR dargestellten Grundzüge (C. II. 3. a)) beziehen sich nicht auf Spezifika der GbR, sondern auf den § 13 BGB generell. Sie sind mithin auch hierauf übertragbar, weshalb auf sie verwiesen wird. Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass § 13 BGB den Fall der Verbrauchereigenschaft einer WEG nicht bewusst nicht normiert hat (sog. negative Regelung). Es besteht mithin Regelungsbedarf und der Fall der Verbrauchereigenschaft einer WEG ist nicht normiert, sodass das Vorliegen einer Regelungslücke erneut bejaht werden kann.

b) Vergleichbare Interessenlage

Hier gilt es festzustellen, ob die Interessenlage des normierten § 13 BGB (Verbrauchereigenschaft von natürlichen Personen) mit der Interessenlage bezüglich der nichtnormierten Verbrauchereigenschaft einer WEG vergleichbar ist. Dies wird erneut anhand einer umfassenden Wertung unter Heranziehung der vier Auslegungsmethoden geprüft. Um Wiederholungen zu vermeiden, beschränkt sich diese Prüfung auf die Besonderheiten bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft einer WEG. An dieser Stelle erfolgt aus Übersichtsgründen zunächst ein umfassender Verweis auf die Wertungen in Bezug auf die Verbrauchereigenschaft einer GbR, die hierauf übertragen werden können. Als Wertungen gegen eine vergleichbare Interessenlage können insbesondere übertragen werden: zwecks Widerspruchsvermeidung müssen bei einer Analogie des § 13 BGB auch andere rechtsfähige Personengesellschaften als Verbraucher gelten; eine derartige Handhabe stelle eine Rechtsfortbildung „contra

¹⁷³ BGH, WM 2015, 1999, (2002).

¹⁷⁴ BGH, WM 2015, 1999, (2002).

¹⁷⁵ BGH, WM 2015, 1999, (2002); BGH, WM 2001, 2379, (2381).

¹⁷⁶ Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB/Bamberger, Aufl. 4 2019, § 13, Rn. 23; Grüneberg BGB/Ellenberger, Aufl. 81 2022, § 13, Rn. 2; WEG Handbuch/Köhler, Aufl. 3 2013, Teil 1, Rn. 15c; Handbuch WEG/Abramenko, Aufl. 2 2009, § 1, Rn. 262; BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023,

§ 13, Rn. 28; Greiner, WEG, Kap. 10, Rn. 1554; Staudinger BGB/Matusche-Beckmann, Stand 2013, § 474, Rn. 10; Armbrüster, GE 2007, 420, (424); Derleder, ZWE 2010, 10, (11); Bub, ZWE 2010, 246, (250); Roguhn, ZWE 2015, 315, (316); Genz, NZM 2022, 402, (409).

¹⁷⁷ Vgl. Staudinger BGB/Matusche-Beckmann, Stand 2013, § 474, Rn. 10, die ihre Ausführungen zur GbR schlicht auf die WEG überträgt.

legem“ dar (C. II. 3. b) aa)); eine Analogie im Falle der Beteiligung von juristischen Personen stellt eine weite Entfernung zum normierten Fall des § 13 BGB dar (C. II. 3. b) bb)). Übertragbare Wertungen für eine vergleichbare Interessenlage sind: eine Einbeziehung von sonstigen rechtsfähigen Personengesellschaften führt aufgrund des Erfordernisses des § 13 BGB an den verfolgten Zweck bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts nicht zu einer Einbeziehung aller sonstigen rechtsfähigen Personengesellschaften; von einer Rechtsfortbildung „*contra legem*“ kann, mangels nachweislichem Willen des Gesetzgebers nicht gesprochen werden (C. II. 3. b) aa)).

Als Besonderheit einer WEG für eine vergleichbare Interessenlage spricht folgende teleologische Erwägung: Der Zusammenschluss zu einer WEG erfolgt *ipso iure*.¹⁷⁸ Er beruht mithin erstens nicht auf einer freiwilligen Willensentscheidung, wie bei Gesellschaftern einer GbR bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, und zweitens sind die restlichen Mitglieder der WEG beim Zusammenschluss nicht frei wählbar.¹⁷⁹ Weiterhin haften die Mitglieder einer WEG nach § 10 VIII WEG anteilig zu den Verbindlichkeiten einer WEG.¹⁸⁰ Der potentielle Erwerber von Wohnungseigentum versieht sich also folgender gesetzlicher Ausgangslage:

Wird Wohnungseigentum erworben, wird er ohne oder ggf. auch entgegen seinem Willen in eine WEG gezwungen, für deren Verbindlichkeiten er anteilig haftet.¹⁸¹ Da die WEG selbst unter direkter Anwendung des § 13 BGB kein Verbraucher ist, würde der potentielle Erwerber gleichzeitig auch aus seiner Rolle als Verbraucher nach § 13 BGB gedrängt.¹⁸² Gleichwohl kommen ihm keine Besonderheiten zugute, die ihn und seine Situation bestärken, wenn er sich im Rechtsverkehr mit einem Unternehmer nach § 14 BGB konfrontiert sieht.¹⁸³ Der Erwerb von Wohnungseigentum wäre somit über den Eigentumserwerb hinaus ausschließlich mit dem Verlust von

Verbraucherschutzrechten verbunden, obwohl sich die Schutzbedürftigkeit des Erwerbers dadurch nicht verringert.¹⁸⁴ Im Ergebnis ergibt sich hieraus eine sehr hohe Schutzbedürftigkeit von Mitgliedern einer WEG, die in teleologischer Hinsicht zumindest gleichauf mit dem von § 13 BGB i.V.m. besonderen Verbraucherschutzrecht bezweckten Schutz für natürliche Personen ist.¹⁸⁵ Tendenziell ist er sogar, mangels freiwilliger Beeinflussungsmöglichkeit, als noch höher einzustufen, sodass sich auch die Ziehung eines Erst-Recht-Schlusses rechtfertigt: Wenn schon natürliche Personen von § 13 BGB i.V.m. besonderem Verbraucherschutzrecht geschützt werden, muss dies erst Recht für die WEG und deren Mitglieder gelten (*argumentum minori ad maius*).¹⁸⁶ Ferner ergibt sich in systematischer Auslegung, dass die WEG typischerweise ihr eigenes Vermögen verwaltet und dies grundsätzlich nicht als unternehmerische Tätigkeit i.S.d. § 14 I BGB gewertet werden kann.¹⁸⁷ Es kann somit insbesondere aufgrund der teleologischen Auslegung festgehalten werden, dass eine vergleichbare Interessenlage zum normierten Fall des § 13 BGB besteht. Die teleologische Erwägung kommt auch schon dann vollständig zur Geltung, wenn der WEG zumindest ein Verbraucher nach § 13 BGB angehört.¹⁸⁸ Es macht für ihr rechtsdogmatisches Aussagegewicht keinen Unterschied, ob ihr ausschließlich, überwiegend, oder „nur“ ein Verbraucher angehört.¹⁸⁹ Der hiernach maßgebliche Schutz wird in diesen Fällen nur quantitativ vervielfacht, ohne dass hierdurch neue rechtsdogmatische Erwägungen zum Tragen kommen.¹⁹⁰ Insofern vermag eine Differenzierung nach der Anzahl der in der WEG angehörigen Verbraucher, wie teilweise vertreten,¹⁹¹ nicht zu überzeugen. Folglich kann die WEG analog § 13 BGB als Verbraucher eingeordnet werden, wenn ihr zumindest ein Verbraucher angehört, selbst wenn es sich bei den restlichen Mitgliedern um juristische Personen und sonstige Unternehmer handelt und sie das Rechtsgeschäft zu überwiegend privaten

¹⁷⁸ BGH, WM 2015, 1999, (2002); BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 28.

¹⁷⁹ BGH, WM 2015, 1999, (2002); BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 28.

¹⁸⁰ BGH, WM 2015, 1999, (2002); Derleder, NZM 2010, 10, (11).

¹⁸¹ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2002).

¹⁸² Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2002); Vgl. Roguhn, ZWE 2015, 315, (316).

¹⁸³ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2002); Blaufuß, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 201.

¹⁸⁴ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2002); Vgl. Blaufuß, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 201.

¹⁸⁵ BGH, WM 2015, 1999, (2002); Blaufuß, Rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, S. 201.

¹⁸⁶ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2002); BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 28.

¹⁸⁷ BGH, WM 2015, 1999, (2004); BeckOK BGB/Martens, Stand 01.05.2023, § 13, Rn. 28.

¹⁸⁸ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2003); Vgl. Derleder, NZM 2010, 10, (11).

¹⁸⁹ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2003).

¹⁹⁰ Vgl. BGH, WM 2015, 1999, (2003).

¹⁹¹ Vgl. WEG Handbuch/Köhler, Aufl. 3 2013, Teil 1, Rn. 15c.

Zwecken nach § 13 BGB abschließt. Ist allerdings kein Mitglied der WEG Verbraucher, greift die zuvor dargelegte *ratio legis* Auslegung nicht. In diesem Fall überwiegen die Argumente gegen eine vergleichbare Interessenlage, sodass die WEG dann nicht als Verbraucher analog § 13 BGB kategorisiert werden kann. Die zweite These ist somit ebenfalls teilweise korrekt.

E. Rechtfertigung für eine unterschiedliche Handhabung?

Wie herausgearbeitet, kann die GbR analog § 13 BGB Verbraucher sein, wenn sie nur natürliche Personen als Gesellschafter hat. Hat sie auch juristische Personen als Gesellschafter, ist dies nicht möglich. Dementgegen kann die WEG Verbraucher analog § 13 BGB sein, wenn ihr nur eine natürliche Person angehört, selbst wenn ihre restlichen Mitglieder juristische Personen sind. Im Folgenden wird untersucht, ob diese unterschiedliche Handhabung gerechtfertigt ist.

Grundüberlegung hierfür ist die unterschiedliche Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer GbR und den Mitgliedern einer WEG, die sich essentiell in dem freiwilligen Zusammenschluss von GbR-Gesellschaftern mit juristischen Personen und dem *ipso iure* gezwungenen Zusammenschluss von natürlichen und juristischen Personen innerhalb einer WEG begründet sieht (siehe C. II. 3. bzw. D. II. 3. für die ausführliche Herleitung).¹⁹² Einfachheitshalber sei hier erneut erwähnt, dass sich die Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers in europarechtlicher Perspektive aus einem Informationsdefizit des Verbrauchers und dessen grundlegender struktureller Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer ergibt (siehe B. III. für nähere Erörterung des Informations- und Schutzprinzips). Im nationalen Recht ergibt sich diese aus der jeweiligen Situation, in der sich der Verbraucher mit einem Unternehmer konfrontiert sieht (z.B. Abschluss Darlehensvertrag, §§ 491 f. BGB; Vertragsschluss unter Drucksituation, §§ 312 b, 312 g, 355 f. BGB – siehe C. II. 1.). Gegen die verringerte Schutzbedürftigkeit von sich mit juristischen Personen zusammenschließenden Gesellschaftern einer GbR im Vergleich zu den *ipso iure* „zusammengeschweißten“ Mitgliedern einer WEG wird vereinzelt angeführt, dass es in der Praxis auch Zwänge zum Zusammenschluss einer GbR mit juristischen Personen gäbe und sich GbR-Gesellschafter somit derselben Situation ausgesetzt sähen, wie die Mitglieder einer mit juristischen Personen versehenen WEG.¹⁹³ Dem lässt sich entgegnen, dass dies

wahrscheinlich zu Ausnahmefällen in der Praxis gehört, um die herum keine einheitliche dogmatische Handhabung hinsichtlich der Einordnung einer GbR und WEG als Verbraucher gebaut werden kann. Außerdem ist dieser Zwang, anders als bei der WEG, faktischer und nicht rein rechtlicher Natur. Er ist mithin deutlich schwächer ausgeprägt, als bei einer WEG. Der Einwand vermag mithin nicht zu überzeugen. Die Heranziehung der Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter/Mitglieder mit Rückgriff auf den Telos des § 13 BGB i.V.m. besonderem Verbraucherschutzrecht erscheint als Differenzierungskriterium, aufgrund des untauglichen Wortlauts des § 13 BGB (der ja gerade durch Rechtsfortbildung umgestaltet wird) und der nicht restlos überzeugenden systematischen und historischen Einwände (siehe C. II. 1.-3. und D. II. 1.-3.), weiterhin tauglich. Die Erwägung, dass Gesellschafter einer GbR aufgrund ihrer autonomen Wahlmöglichkeit generell weniger schutzbedürftig sind, wenn sie sich mit einer juristischen Person einlassen, ist folglich zutreffend. Weiterhin zutreffend ist, dass die Mitglieder einer WEG aufgrund des gesetzlichen Zusammenschlusses der WEG schutzbedürftiger sind als die Gesellschafter einer GbR (siehe D. II. 3.). Die unterschiedliche Handhabung einer Analogie des § 13 BGB für die GbR und die WEG, sowie die darauf (nicht) folgende Verbraucherqualifizierung nach § 13 BGB, ist also im Ergebnis gerechtfertigt.

Dies überzeugt zwar im Hinblick auf die Verbrauchereigenschaft einer GbR mit natürlichen und juristischen Personen analog § 13 BGB, hat aber für die natürlichen Personen als Konsequenz, dass sie sich gar keinem Verbraucherschutz versehen. Es drängt sich daher die Frage auf, ob diese Konsequenz im Ergebnis haltbar ist, oder ob den natürlichen Personen auf sonstige Weise – also ohne diesen Verbrauchereigenschaft analog § 13 BGB zuzusprechen – geholfen werden muss. Dafür gilt es zunächst zu untersuchen, ob die natürlichen Personen überhaupt noch schutzbedürftig sind. Falls dem so ist, muss sich anschließend damit befassen werden, wie deren Schutz rechtlich auszugestalten ist. Die Beantwortung der ersten Frage ergibt sich durch folgende Wertung: Gleicht der Zusammenschluss einer natürlichen Person mit einer oder mehreren juristischen Personen in Form einer GbR den kompletten Verlust von ihren ansonsten in Betracht kommenden Verbraucherschutzrechten aus? Dafür spricht, dass eine juristische Person immer als Unternehmer

¹⁹² Insbesondere: BGH, WM 2015, 1999, (2002).

¹⁹³ Linardatos/Nordholtz, NZG 2017, 699, (699).

nach § 14 BGB zu qualifizieren ist.¹⁹⁴ Ihr kommt mit- hin Erfahrung und ggf. Handelsbeziehungen im Rechtsverkehr, sowie eine innere Organisation und Struktur zu. Hiervon profitiert auch die sich mit ihr zu- sammengeschlossene natürliche Person. Auf der ande- ren Seite ist es denkbar, dass die Gesellschafter im Ge- sellschaftsvertrag von den §§ 709, 714 BGB abwei- chen und nur einer natürlichen Person Vertretungs- macht einräumen. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, ist nur durch die Kooperation mit einer juristischen Person nicht derselbe Schutz für die natürlichen Per- sonen gewährleistet, wie dies bei der Anwendbarkeit des zwingenden Verbraucherschutzrechts mit seinen Informationspflichten und z.B. Widerrufsrechten der Fall wäre. Die erste Frage kann somit dahingehend be- antwortet werden, dass der Zusammenschluss mit ei- ner juristischen Person nicht den Verlust jeglichen Verbraucherschutzrechts für die natürliche Person ausgleicht. Natürliche Personen sind somit zwar nicht so schutzbedürftig, dass die ganze „gemischte“¹⁹⁵ GbR als Verbraucher analog § 13 BGB eingeordnet werden kann; sie sind allerdings so schutzbedürftig, dass die Konsequenz dieser Einordnung im Ergebnis nicht haltbar ist. Wie der somit gebotene Schutz für die natürlichen Personen einer „gemischten“ GbR auszu- gestalten ist, ist allerdings mit folgender Problematik behaftet: Zum einen ist das Verbraucherschutzrecht in seinem Regelungsgehalt sehr komplex (Informations- pflichten, Widerrufsrechte, Beweislastverteilung, Er- öffnung einer Inhaltskontrolle von AGB). Zum andern sind all diese Regelungskomplexe tief mit dem Ver- trag verknüpft, in dessen Zusammenhang diese ent- standen sind. Letzteres bedeutet, dass sie im Falle ei- nes Vertragsschlusses durch die GbR, jeden Gesell- schafter der GbR (auch die nicht schutzbedürftigen ju- ristischen Personen) begünstigen würde. Selbst wenn man diese Verbraucherschutzrechte durch eine Analo- gie nur den jeweiligen natürlichen Personen zuspre- chen wollen würde, könnten diese dann einseitig (z.B. durch die Ausübung eines Widerrufsrechts entgegen dem Willen der sonstigen Gesellschafter) das Beste- hen des jeweiligen Schuldverhältnisses mit Wirkung für die anderen Gesellschafter torpedieren. Um von dieser „Gesamtwirkung“ Abstand zu gewinnen,

kommt in Betracht, die Problematik in die einzelne ak- zessorische Haftung der natürlichen Personen als Ge- sellschafter nach § 128 HGB zu verschieben. Die na- türlichen Personen einer „gemischten“ GbR könnten also nicht akzessorisch zur GbR nach § 128 HGB haf- ten, wenn diese bei einem hypothetischen eigenen Ab- schluss des Rechtsgeschäfts selbst Verbraucher nach § 13 BGB wären.¹⁹⁶ Diese Haftungsreduzierung sieht sich dem folgenden Einwand ausgesetzt: Sie ist weit- aus weniger nuanciert als das Verbraucherschutzrecht mit seinem gesamten Regelungsinstrumentarium, da hierdurch nur eine Haftungsfrage mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden kann. Dies hat zum Nach- teil, dass die jeweiligen natürlichen Personen weniger geschützt sind (sie haben z.B. mangels Informations- pflichten noch immer nicht alle notwendigen Informa- tionen) und ihnen der Schutz in gewissem Maße auf- gezwungen wird, wohingegen z.B. ein Widerrufsrecht immer auf der freiwilligen Entscheidung der Aus- übung des Berechtigten (Erfordernis Widerrufserklä- rung) basiert. Letztlich wird dadurch auch der Schutz des Vertragspartners der GbR eingeschränkt. Auf der anderen Seite lässt sich festhalten, dass die Haftungs- beschränkung analog § 128 HGB funktional einem Widerrufsrecht entspricht und insofern zumindest ei- ner der stärksten Schutzaspekte des Verbraucher- schutzrechts (vollständige Vertragsentsagung) erhal- ten bleibt, auch wenn das restliche Verbraucherschutz- recht nicht anwendbar ist. Außerdem bietet sich auch für einen von der akzessorischen Haftung analog § 128 HGB befreiten Gesellschafter die Möglichkeit, seine Haftung durch einen Schuldbeitritt¹⁹⁷ wieder aufleben zu lassen, sodass auch hier im Ergebnis gewährleistet ist, dass die Nichthaftung dem Willen des befreiten Gesellschafters entspricht. Letztlich ist auch die an- dere Vertragspartei hierdurch nicht weniger einge- schränkt, als wenn sie mit der natürlichen Person selbst einen Vertrag abgeschlossen hätte.¹⁹⁸ Es spricht somit mehr für eine Beschränkung der akzessorischen Haftung der natürlichen Personen als dagegen.

Im Ergebnis ist die unterschiedliche Handhabung bezüglich der Verbrauchereigenschaft einer GbR und einer WEG analog § 13 BGB – insbesondere aufgrund der Haftungsbeschränkung für alle natürlichen

¹⁹⁴ Pfeiffer, LMK 2017, 390452 (390452).

¹⁹⁵ Diesen Begriff auch nutzend: Wunderlich, BKR 2002, 304, (308).

¹⁹⁶ Vgl. Mülberr, WM 2004, 905, (914); der sich allerdings auf die andere Konstellation von nur natürlichen Personen als Gesellschafter einer GbR bezieht und dies ferner insbe- sondere nur in Erwägung zieht, weil er der GbR mit rein

natürlichen Personen als Gesellschafter die Verbraucherei- genschaft in direkter und analoger Anwendung des § 13 BGB zuvor abspricht.

¹⁹⁷ Diese Möglichkeit auch in Bezug auf die andere Kon- stellation ansprechend: Mülberr, WM 2004, 905, (914).

¹⁹⁸ Vgl. Mülberr, WM 2004, 905, (914).

Personen einer GbR, deren Gesellschafter auch juristische Personen sind – gerechtfertigt. Die dritte These ist mithin zu bejahen.

F. Auswirkungen auf die Praxis

Anschließend werden die Auswirkungen der Punkte C., D., und E. für die Rechtspraxis beleuchtet. Dabei wird zunächst die Perspektive einer GbR/WEG eingenommen und anschließend mit der „Brille des Rechtsverkehrs“ auf die Einordnungen geschaut.

Für die GbR und WEG bzw. deren Gesellschafter/Mitglieder kann zunächst entwarnend ausgesprochen werden, dass diese sich unter den entsprechenden Voraussetzungen (siehe C., D., und E.) auf Verbraucherschutzrecht berufen können. Sie können also Widerrufsrechte geltend machen, sich auf eine adäquate Information seitens ihres Vertragspartners über das jeweilige Rechtsgeschäft verlassen, sich einfacher auf Beweise berufen und auch im Hinblick auf die §§ 307, 308, 309 BGB bezüglich des Inhalts von AGB (teilweise) aufatmen. Im Rahmen der Darstellung des Meinungsstands in der Rechtsprechung ergibt sich, dass insbesondere der letzte Aspekt besonders praxisträchtig sein dürfte (vgl. C. I. 1. und D. I. 1.). Auch natürliche Personen, die sich im Rahmen einer GbR mit juristischen Personen zusammenschließen wollen, können dies nun aufgrund einer eingeschränkten akzessorischen Haftung (E.) bedenkenloser tun als zuvor. Beachten müssen diese aber dennoch, dass dies das Aus für die Verbrauchereigenschaft der gegründeten GbR selbst bedeutet. Der Erwerb von Wohnungseigentum kann zudem ohne die Befürchtung vor dem Verlust der eigenen Verbrauchereigenschaft (D.) vorgenommen werden. Diese Ausgestaltung des „Spielfeldes“ in eine verbraucherfreundliche Richtung kann im Einzelfall hinsichtlich ihres Ausmaßes auch auf Bedenken stoßen, wie z.B. im Fall der BGH-Entscheidung von 2001,¹⁹⁹ in der eine GbR mit vier Rechtsanwälten und einem Betriebswirt bezüglich eines Darlehensvertrages mit einer Darlehensvaluta von 9.500.000 DM Verbraucherschutzrechte ausüben konnte,²⁰⁰ ist aber aus Schutzwürdigkeitsaspekten insgesamt begrüßenswert.

Der generelle Rechtsverkehr hingegen muss nun beim Kontrahieren mit einer GbR/WEG in dreierlei Hinsicht Vorsicht walten lassen: Zum einen muss er die rechtliche Wirksamkeit seiner Verträge (insbesondere AGB) besonders kontrollieren und kann sich nicht auf die Gepflogenheiten des Handelsverkehrs stützen. Zum anderen gelten an ihn aufgrund des

Verbraucherschutzrechts generell gesteigerte Anforderungen, als wenn er nur mit einem Unternehmer kontrahieren würde, z.B. weil er seinen Vertragspartner adäquat in Bezug auf das Rechtsgeschäft informieren muss. Er muss sich ferner immer mehr mit der Möglichkeit befassen, dass andere Verbraucherschutzrechte (z.B. Widerruf) zu seinen Lasten ausgeübt werden. Letztlich muss er sich, insbesondere im Hinblick auf die Haftung der natürlichen Personen als Gesellschafter einer GbR und zu generellen Vorbereitungszwecken, eingehend über die innere Struktur der Rechtspersönlichkeit auf der anderen Seite informieren. Gerade dies dürfte den Rechtsverkehr aktuell (kein Gesellschaftsregister einer GbR) vor Schwierigkeiten stellen, wobei er in diesem Aspekt im Hinblick auf die §§ 123 I, 142 I BGB angemessen geschützt ist, solange er seinen Vertragspartnern diese Frage stellt. Außerdem wird dieses Defizit durch das Inkrafttreten des § 707 BGB n.F. und des MoPeGs erheblich gelindert. Insgesamt würde sich die Rechtspraxis, bei konsequenter Handhabung des unter C., D., und E. herausgearbeiteten, ein wenig mehr zugunsten der Verbraucher nach § 13 BGB verschieben.

G. Resümee

Zu den anfangs aufgestellten Thesen kann nach allem wie folgt Stellung genommen werden:

Erste These: teilweise korrekt. Die GbR kann analog § 13 BGB als Verbraucher eingeordnet werden, wenn sie nur natürliche Personen als Gesellschafter hat und ein Rechtsgeschäft überwiegend zu privaten Zwecken abschließt. Hat sie dahingegen auch juristische Personen als Gesellschafter, ist eine derartige Analogie mangels vergleichbarer Interessenlage zum normierten Fall des § 13 BGB nicht möglich.

Zweite These: teilweise korrekt. Die WEG kann analog § 13 BGB Verbraucher sein, soweit ihr zumindest eine natürliche Person als Mitglied angehört und ein Rechtsgeschäft überwiegend zu privaten Zwecken abschließt. Besteht sie dementsgegenüber nur aus juristischen Personen, ist auch hier eine Analogie mangels vergleichbarer Interessenlage zum normierten Fall des § 13 BGB nicht möglich.

Dritte These: vollständig korrekt. Eine Analogie des § 13 BGB für eine GbR ist unter anderen Voraussetzungen möglich, als die für eine WEG. Dies ist im Hinblick auf die unterschiedliche Entstehungsart der GbR/WEG (vertraglich; *ipso iure*) und die hieraus resultierende verminderte/erhöhte Schutzbedürftigkeit

¹⁹⁹ BGH, WM 2001, 2379, (2379).

²⁰⁰ BGH, WM 2001, 2379, (2379).

gerechtfertigt. Die Rechtfertigung greift allerdings nur insoweit, als dass die akzessorische Haftung analog § 128 HGB von Gesellschaftern einer GbR, die natürliche Personen sind, eingeschränkt wird, wenn sie beim hypothetischen Abschluss des Rechtsgeschäfts selbst Verbraucher nach § 13 BGB wären.

Abschließend kann gesagt werden, dass diese Ergebnisse den Rechtsverkehr vor neue Voraussetzungen stellen. Gleichwohl sind sie ein neuer Schub in Richtung der Beseitigung des Kräfteungleichgewichts zwischen schutzbedürftigen Verbrauchern und Unternehmern.

Qualitätsanforderungen an die Aufklärung bei Coronaimpfungen

Von Rechtsanwalt Dr. **Hans-Berndt Ziegler** und Wiss. Hilfskraft **Wiebke Wedler**, Marburg*

A. Einleitung

Nach der Coronapandemie stehen die ersten Entscheidungen wegen eingetretener Impfschäden durch die Zivilgerichte an¹. In einer Entscheidung vom 14.02.2023 hat das Landgericht Heilbronn die Klage einer Auszubildenden zur Altenpflegerin auf Ersatz des Impfschadens gegen die impfende Ärztin abgewiesen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

Das Landgericht Heilbronn hat sich bei seiner Entscheidung nicht mit der Medizinischen Bedarf Versorgungssicherstellungs-VO (MedBVS) beschäftigt, nach der die Haftung der Impfstoffhersteller und auch der beteiligten impfenden Ärzte grundsätzlich ausgeschlossen ist, sondern lediglich die Frage untersucht, ob die Aufklärung für die Impfung ordnungsgemäß war oder nicht. Offenbar ist die Klage im Wesentlichen auch darauf gestützt worden. Die Probleme der MedBVS werden deshalb in den nachfolgenden Ausführungen auch nicht behandelt. Es soll nur die Frage beantwortet werden, welche Anforderungen an die Aufklärung bei Coronaimpfungen zu stellen sind.

B. Körperverletzungsdoktrin

Im Arzthaftungsrecht gilt die sogenannte Körperverletzungsdoktrin. Hiernach ist ein medizinischer Eingriff nicht nur dann als Körperverletzung anzusehen, wenn er nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wurde, sondern auch dann, wenn der Eingriff ohne wirksame Einwilligung des Patienten stattgefunden hat².

Mediziner haben sich im vorigen Jahrhundert lange gegen dieses Urteil gewehrt, da Ärzte, die ein Skalpell

einsetzen, mit Verbrechern verglichen würden, die einen Dolch führen. Sie wollten den Heileingriff schon rein begrifflich nicht als strafbare Körperverletzung gelten lassen³. Diese Schlacht haben sie verloren, der Streit ist Rechtsgeschichte⁴. Die Körperverletzungsdoktrin ist seit 1894⁵ bis heute Grundlage ständiger Rechtsprechung⁶. Gegenstimmen in der Literatur sind inzwischen verstummt. Der zweifelsohne grundsätzlich kurativen Gesinnung der Ärzte wird in anderer Weise Rechnung getragen. Der ärztliche Eingriff bleibt straf- und zivilrechtlich folgenlos, wenn er durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt ist. Das zu beweisen ist i.S.d. § 630h Abs. 2 S. 1 BGB Sache des Behandlers⁷.

Das bedeutet, dass es auf einen Behandlungsfehler in vielen Fällen gar nicht ankommt, wenn die Einwilligung unwirksam ist. Insbesondere dann, wenn ihre Grundlage – die Aufklärung – unzureichend ist. Das kann nach § 630e BGB, insbesondere wegen mangelnder Rechtzeitigkeit der Aufklärung, der Fall sein.

C. Anforderungen an die Aufklärung

I. Grundsätzliche Anforderungen an die Aufklärung

Die Frage, ob die Impfschäden auf einem Behandlungsfehler beruhen, bzw. auf der mangelnden Qualität des Impfstoffs, stellt sich nicht, wenn ein Aufklärungsfehler vorliegt. Ist dies der Fall, reicht es aus, wenn feststeht, dass die Einwilligung mangels ausreichender Aufklärung unzureichend ist und der Schaden des Patienten tatsächlich auf der Impfung beruht. Hierbei kann auch die Beweislastumkehr der §§ 84, 85 AMG eine Rolle spielen. Zwar ist die Haftung des

* Der Autor Dr. Ziegler ist Fachanwalt für Medizinrecht in der Kanzlei Ziegler & Kollegen in Marburg. Die Autorin Wedler ist wissenschaftliche Hilfskraft.

¹ Im März sind es laut „FAZ“ bereits über 6.600 Anträge auf Versorgungsleistungen wegen Corona-Impfschäden: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-impfung-zahl-der-erkannten-impfschaeden-stark-gestiegen-18745229.html>, Stand: 10.08.2023.

² RGSt 25, 375 ff.

³ Schreiber, Zeitschrift für die ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568; Tag: Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis 2000 S. 439; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, S. 108 Rz. 8 ff.

⁴ So ausdrücklich Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, S. 81 Fn. 28.

⁵ RGSt 25, 375 ff.

⁶ Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, S. 81 Fn. 28.; dies gilt zumindest für das Zivilrecht zuletzt BGH, VersR 2015, 196 = GesR 2015, 20; für das Strafrecht vgl. die Nachweise bei Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl., S. 119.

⁷ Vgl. BGH, VersR 2015, 196; BGH, VersR 2014, 588; BGH, VersR 1994, 1235; BGH, VersR 1992, 237; BGH, VersR 1991, 547; BGH, VersR 1985, 361; vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 357 Fn. 248; Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2013, Rz. 516; Petig/Rensen, MDR 2012, 877 (880); Greiner, in: Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rz. 134; auch: Lepa, in: Brandner/Hagen/Stürner (Hrsg.), FS für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, 2000, S. 449, 455 m.w.N.

Impfherstellers durch die MedBVSV grundsätzlich ausgeschlossen und an die Stelle seiner Haftung eine Staatshaftung getreten⁸, damit wurde das Arzneimittelgesetz aber nicht außer Kraft gesetzt. Auch bei der Haftung des Staates muss gelten, dass zwar der Schuldner ausgewechselt wurde, nicht aber Erschwernisse im Hinblick auf die Beweislast zulasten des geschädigten Impfings geschaffen werden sollten.

II. Beweislast der Aufklärung

Selbst, wenn man dieser Auffassung zu den §§ 84, 85 AMG nicht folgen wollte, ist beim Aufklärungsfehler lediglich zu prüfen, ob durch die deswegen rechtswidrige Impfung (Körperverletzungsdoktrin⁹), ein Schaden entstanden ist. Diesbezüglich ist zu beachten, dass nur im Hinblick auf den Primärschaden – der Stich mit der Spritze in den Arm – das Beweismaß des § 286 ZPO gilt. Im Hinblick auf die Sekundärschäden – z.B. Herzrhythmusstörungen und andere häufige Nebenwirkungen – gilt das Beweismaß des § 287 ZPO, wonach es auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit ankommt.

Darüber hinaus können auch die Grundsätze des *prima facie* Beweises eingreifen, wenn die eingetretenen Schäden in unmittelbarem Zusammenhang mit der Impfung entstanden sind und eine andere Ursache unwahrscheinlich ist. Dies zeigt, dass bei einem etwaigen Schadensersatzanspruch weniger das Problem der Kausalität Schwierigkeiten bereitet, als mehr das Problem, ob die Aufklärung rechtzeitig erfolgte bzw. inhaltlich ausreichend war.

In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, ob die Anforderungen an eine ausreichende Aufklärung bei Massenimpfungen, die überdies von staatlichen Stellen empfohlen worden sind, andere sind, als die allgemeinen Anforderungen. Auch dafür gilt zunächst § 630e BGB. Danach muss der Behandelnde den Patienten über sämtliche, für die Einwilligung wesentlichen, Umstände aufklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang und Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme, sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Die Aufklärung muss mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf

Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält.

Diese gesetzliche Regelung wurde jüngst noch einmal vom Bundesgerichtshof gestützt¹⁰, der die Auffassung vertritt, Aufklärungsformulare ersetzen das mündliche Aufklärungsgespräch nicht, sondern sollen dieses allenfalls ergänzen/unterstützen. Kläre der behandelnde Arzt eine durch das Formular hervorgerufene Fehlvorstellung nicht auf, könne diese ihm haftungsrechtlich zuzurechnen sein.

Eine mündliche Aufklärung bleibt also weiter Voraussetzung, auch wenn ein Aufklärungsbogen ausgehändigt wurde.

III. Zeitpunkt der Aufklärung

Die Aufklärung muss darüber hinaus so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann. Sie muss außerdem für den Patienten verständlich sein.

Bei Massenimpfungen in den Impfzentren oder Krankenhäusern und Altenpflegeheimen liefen die Aufklärungsgespräche für das jeweilige Personal in der Regel kurz und routinemäßig ab. Den Impfungen bzw. dem aufzuklärenden Personal wurde ein dürftiger Aufklärungsbogen mit einigen wenigen Risiken ausgehändigt, an dessen Ende die Frage stand, ob noch weitere Fragen bestünden und ob auf eine weitere Aufklärung verzichtet würde. Mündliche Aufklärungen hat es teilweise in diesem Zusammenhang gar nicht gegeben. Hier stellt sich die Frage, ob diese – entgegen der geübten Praxis – notwendig sind und zu welchem Zeitpunkt eine etwaig erforderliche mündliche Aufklärung spätestens erfolgen muss, damit die Aufklärung rechtzeitig im Sinne des § 630e BGB ist.

IV. Umfang der Aufklärung

Eine Einwilligung in eine Impfung ist nur wirksam, wenn über die damit verbundenen Risiken aufgeklärt wurde¹¹. Bei der Aufklärung ist auch über äußerst seltene Risiken aufzuklären. Diese Aufklärung muss bei einer freiwilligen Impfung erfolgen, auch dann, wenn der Eingriff öffentlich beworben und empfohlen wurde¹². Für diese Aufklärungspflicht ist weder eine bestimmter Risikograd, noch sonstige Statistiken maßgebend. Entscheidend ist lediglich, inwieweit dem Eingriff selbst ein bestimmtes Risiko anhaftet und inwiefern der Patient bei einer Risikoverwirklichung

⁸ § 3 Abs. 4 S. 1 MedBVS; vgl auch: Dutta, NJW 2022, 649 (12 f.).

⁹ RGSt 25, 375 ff.; s. a. Fn. 6.

¹⁰ BGH, NJW 2023, 149.

¹¹ BGHZ 126, 286 = NJW 1994, 3012; BGH, NJW 1990, 2311.

¹² BGHZ 126, 286 = NJW 1994, 3012; BGH, NJW 1990, 2311.

belastet wäre¹³. Diese Voraussetzungen gelten auch für öffentlich empfohlene Impfungen, bei denen die Grundimmunisierung der Gesamtbevölkerung zur Verhinderung einer epidemischen Verbreitung der Krankheit im öffentlichen Interesse liegt¹⁴.

In solchen Fällen, in denen eine öffentliche Impfempfehlung ausgesprochen wird, haben die Gesundheitsbehörden eine Abwägung zwischen den Risiken des Eingriffs für den Einzelnen sowie seines Umfelds einerseits und denen der Allgemeinheit und der dem Einzelnen drohenden Gefahren beim Unterlassen des Eingriffs andererseits, bereits vorgenommen. Der Patient kann sich jedoch stets gegen die Impfung entscheiden. Der Eingriff ist nach wie vor freiwillig.

Der Impfling muss sich also sowohl über die Freiwilligkeit der Impfung im Klaren sein, als auch in der Lage sein, eine Entscheidung zu treffen, ob er die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren und Risiken auf sich nehmen will, oder nicht¹⁵. Um eine solche Entscheidung treffen zu können, muss der Impfling Kenntnis dieser Gefahren erlangen – selbst wenn diese sich nur selten verwirklichen. Diese Informationen muss der Impfling durch ärztliche Aufklärung erlangen¹⁶.

D. Niedrigere Anforderungen bei Routineimpfungen

I. BGH, Urt. v. 15.02.2000 - VI ZR 48/99

Auch hier hatte der Bundesgerichtshof¹⁷ über Schadenersatz wegen eines Impfschadens zu entscheiden. Ein Mädchen war an Kinderlähmung erkrankt. Die Betroffene hatte im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung U4 eine Grundimmunisierung gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis und Haemophilus Typ B sowie ein Dreifach-Lebend-Impfstoff-Präparat gegen Poliomyelitis erhalten. Zuvor wurde der Mutter der Klägerin ein Merkblatt der regionalen Kinderärzte zu Impfungen ausgehändigt. Es enthielt zu Poliomyelitis unter anderem die Bemerkung, dass eine solche Impfung in der Regel komplikationslos vertragen wird, in seltenen

Fällen aber fieberhafte Reaktionen auftreten, extrem selten auch Lähmungen.

Einige Tage nach der Zweitimpfung hatte die Klägerin eine Schonhaltung des linken Beins festgestellt.

Der BGH sah keinen Behandlungsfehler und folgte nicht der Auffassung der Klägerin, ihre Mutter habe mangels hinreichender Aufklärung nicht wirksam in die Impfung eingewilligt. Die schriftlichen Hinweise in dem Merkblatt seien inhaltlich nicht zu beanstanden, die Gefahrenhinweise seien ausreichend gewesen. Es sei eine korrekte Vorstellung von der Schaden-Nutzen-Relation vermittelt worden¹⁸. Zudem entsprach die Impfung 1994 dem medizinischen Standard.

II. Routineimpfungen / Massenimpfungen

Nach dieser Rechtsprechung reicht es zeitlich bei sogenannten Routineimpfungen¹⁹ aus, wenn der Impfling am Tag des Eingriffs aufgeklärt wird²⁰, jedoch bleibt hier ebenfalls das Erfordernis des ärztlichen Aufklärungsgesprächs bestehen²¹. Die Erforderlichkeit des vertraulichen Gesprächs zwischen Arzt und Patient, schließt nicht die Möglichkeit aus, Merkblätter und andere schriftliche Hinweise, die notwendige Informationen und Risiken enthalten, zu verwenden. Diese Form der Aufklärung ist heute üblich, da der Patient umfassende Erklärungen erhält und so notwendige Informationen zu dem Eingriff einschließlich seiner Risiken schriftlich erfasst und beweisbar sind. Eine solche Aufklärung hat sowohl bei Routineeingriffen, als auch bei öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen stattzufinden²². Solche Merkblätter ersetzen jedoch nicht das erforderliche persönliche Gespräch zwischen dem Arzt und dem Patienten²³, der Behandler muss sicher sein, dass der Impfling die Informationen zu Nutzen und Risiken gelesen und verstanden hat und bei Rückfragen zur Verfügung steht.

Bei öffentlich empfohlenen Routineimpfungen, kann der Arzt jedoch ausnahmsweise davon ausgehen, dass der Impfling keinen Wert auf eine zusätzliche gesprächsweise Risikodarstellung legt²⁴. Bei derartigen Routineeingriffen kann es ausreichen, wenn dem

¹³ BGHZ 126, 386 (389) = NJW 1994, 3012; BGH, NJW 1996, 779.

¹⁴ BGH, NJW 2000, 1784 (1785), vgl. LG Heilbronn, Urt. v. 14.02.2023 - Az. Wo 1 O 65/22.

¹⁵ BGH, NJW 2000, 1784 (1785); vgl. auch BGH, VersR 1959, 355.

¹⁶ BGH, NJW 2000, 1784 (1785 f.).

¹⁷ BGHZ 144, 1 = NJW 2000, 1784 = MDR 2000, 1012 = MDR 2000, 701 = VersR 2000, 725.

¹⁸ Vgl. auch: BGHZ 144, 1 = NJW 2000, 1784 = MDR 2000, 1012 = MDR 2000, 701 = VersR 2000, 725.

¹⁹ Vgl. Epidemiologischen Bulletin 50/2021 des Robert-Koch-Instituts; auch: Ärzteblatt v. 17.12.2021, Routineimpfungen zu wenig genutzt; sowie: BeckOK BGB/Förster BGB § 823 Rn. 871; Gebauer/Gierhake, NJW 2023, 2231 (2235).

²⁰ BGHZ 144, 1 = BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

²¹ BGH, NJW 2000, 1784 (1787); BGH, NJW 1985, 1399.

²² BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

²³ BGH, NJW 1985, 1399.

²⁴ BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

Impfpling nach schriftlicher Aufklärung Gelegenheit zu weiteren Informationen durch ein Gespräch mit dem Arzt gegeben wird²⁵. Der BGH geht hier davon aus, dass aus dem Schweigen des Patienten auf die Aussage, dass die Impfung nun vorgenommen werden könne, geschlossen werden kann, dass ein Bedürfnis nach weiterer Aufklärung nicht bestand²⁶. Ob die Impfung in öffentlichen Impfterminen oder als Einzelimpfung vorgenommen wird, ist dabei nicht maßgeblich.

E. Anwendung auf den Covid-19-Impfstoff

I. LG Heilbronn, Urt. v. 14.02.2023 - Wo 1 O 65/22

Die Klägerin absolvierte in einem Pflegeheim eine Ausbildung zur Kranken- und Altenpflegerin und verlangte Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen unzureichender Aufklärung. Sie wurde dort von der Beklagten im Januar/Februar 2021 mit einem der neuen mRNA-Impfstoffe gegen Covid-19 geimpft. Die dortige Pflegedienstleiterin hatte der Klägerin am 21.12.2020 das offizielle „Aufklärungsmerkblatt zur Schutzimpfung gegen COVID-19 mit mRNA-Impfstoff“ (Stand: 09.12.2020) sowie den Bogen „Anamnese, Einwilligung“ ausgehändigt. Auf dem Anamnesebogen beantwortete sie alle Fragen mit „nein“ und kreuzte folgende Stellen an: „Ich habe keine weiteren Fragen.“ Folgende Stellen kreuzte die Klägerin nicht an: „Ich lehne die Impfung ab.“, „Ich verzichte ausdrücklich auf das ärztliche Aufklärungsgespräch.“.

Am Tag der ersten Impfung, dem 16.01.2021, gab die Beklagte den in Reihe zu ihr tretenden Pflege Mitarbeitern Gelegenheit, Fragen zu stellen. Die Beklagte impfte schließlich die Klägerin. Ab dem 07.02.2021 klagte die Klägerin über neurologische Beschwerden, die sie mit der Impfung in Zusammenhang bringt. Mit Verdacht auf eine Impfreaktion wurde sie nach der zweiten Impfung in einem Klinikum einige Tage stationär wegen einer Hirnhautentzündung behandelt.

Bei der Impfung mit dem mRNA-Impfstoff erfüllte der impfende Arzt – der Auffassung des Landgerichts nach – seine Aufklärungspflicht, da er nach vorheriger schriftlicher Aufklärung durch ein Merkblatt jedem

Impfpling die Möglichkeit bot, im mündlichen Arztgespräch vor der Impfung Nachfragen zu stellen und weitere Informationen einzuholen. Das Gericht wies die Klage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld deshalb als unbegründet ab.

II. Argumentation des Gerichts

Bei der im vorliegenden Urteil des Landgerichts Heilbronn gegenständlichen Impfung wurde ein neuartiger mRNA-Impfstoff verabreicht, der zum Zeitpunkt der Impfung bedingt von der Europäischen Arzneimittelagentur (EMA) zugelassen wurde. So lagen zum Zeitpunkt der bedingten Zulassung auch noch keine umfassenden klinischen Daten über ihre Unbedenklichkeit und Wirksamkeit vor. Einige Wirkungsmechanismen, wie zur Reaktion der Lymphsysteme²⁷, zu Autoimmunerkrankungen und Thrombosen sind bis heute nicht abschließend geklärt²⁸. Zudem wurde die mRNA-Technologie im Rahmen der Corona-Pandemie beim Menschen erstmals flächendeckend angewendet; es lagen zwar diverse Studien vor, es waren jedoch nie Vorläufer dieser Behandlungsmethode beim Menschen zugelassen worden²⁹. Eine Möglichkeit Eine umfassende Erfassung von möglichen langfristigen Nebenwirkungen festzustellen, gab es aufgrund der beschleunigten Zulassung ebenfalls nicht³⁰. Die Produktinformation der Hersteller führt aus, dass die Sicherheit und Wirksamkeit von dem Zulassungsinhaber durch den klinischen Studienbericht erst nachträglich bis Ende des Jahres 2023 nachgewiesen werden muss³¹.

Schon aufgrund dieser Faktoren zur Neuartigkeit der Behandlung ist ein Abstellen auf die für die Routineimpfung geltenden Grundsätze nicht vertretbar.

Auch das Landgericht erkennt hier an, dass es sich nicht um eine Routineimpfung handelt. Dennoch überträgt die Kammer die durch den BGH benannten Voraussetzungen zur Routineimpfung auf den vorliegenden Fall.

Die Impfung beruhte zwar auf einer öffentlichen Empfehlung durch die Ständige Impfkommission

²⁵ BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

²⁶ BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

²⁷ Gebauer/Gierhake, NJW 2023, 2231 (2232); dort v. a.: „The biodistribution and pharmacokinetics of the mRNA-containing lipid nanoparticles (LNPs) in these vaccines are unknown in humans.“ Fertig ua „Vaccine mRNA Can Be Detected in Blood at 15 Days Post-Vaccination“ Biomedicine. 2022 Jul; 10 (7): 1538; www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9313234/; Stand: 10.08.2023.

²⁸ Vgl. „Adverse effects of Covid-19 mRNA vaccines: the spike hypothesis“ Trends Mol Med. 2022 Jul; 28 (7): 542; www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9021367/; Stand: 10.08.2023.

²⁹ Gebauer/Gierhake, NJW 2023, 2231 (2232); vgl. Geissel, Ärztezeitung v. 06.03.2020, Der Weg zum Corona-Impfstoff ist noch lang.

³⁰ Gebauer/Gierhake, NJW 2023, 2231 (2232); vgl. Lucenti, NVwZ-Online-Aufsatz 3/2023, 1 (4).

³¹ Vgl. Lucenti, NVwZ-Online-Aufsatz 3/2023, 1 (2).

(STIKO)³², jedoch ist hieraus abzuleiten, dass es sich um einen nur vorläufig zugelassenen und dazu neuartigen Impfstoff handelte. Es ist nicht nachvollziehbar von einer Routineimpfung auszugehen, bei der keine Fragen bestehen, vor allem, da von verschiedenen Herstellern auch unterschiedliche Produkte mit jeweils anderen Empfehlungen zur Verwendung bei verschiedenen Personengruppen auf dem Markt waren und sind. Es handelt sich im Falle der Corona-Schutzimpfung daher nicht um eine Routineimpfung³³.

Das Landgericht Heilbronn geht vorliegend davon aus, dass durch die starke mediale Repräsentation der Coronapandemie die Bevölkerung über den Grund der Impfung informiert war und führt hierzu an, dass durch die klinischen Prüfungen eine hohe Wirksamkeit des Impfstoffes abzusehen und die Einstellung der Bevölkerung zur Schutzimpfung überwiegend positiv war und ein großer Andrang auf die Impfzentren bestand³⁴.

Vor allem wegen des großen Andrangs und der hohen Impfquote in der Gesamtbevölkerung sei das Verlangen eines persönlichen ausführlichen ärztlichen Aufklärungsgesprächs nicht zu fordern. Dies hätte logistische Probleme verursacht, die die Durchführung der Impfkampagne verzögert hätten³⁵. Trotzdem könne grundsätzlich nicht gänzlich auf das Erfordernis eines persönlichen ärztlichen Aufklärungsgesprächs verzichtet werden. Wegen der chaotischen Lage während der Corona-Krise sei aber eine Ausnahme zu machen und eine schriftliche Aufklärung und die Möglichkeit Fragen zu stellen wären ausreichend. Der Impfarzt dürfe aufgrund der hohen medialen Präsenz des Themas und des hohen Andrangs auf den Impfstoff davon ausgehen, dass auf eine gesprächsweise Risikodarstellung keinen Wert gelegt werde³⁶ – vor allem wenn auf die Ankündigung des Eingriffs keine weiteren Fragen bestünden. Der Aufklärungspflicht sei somit nachgekommen worden³⁷.

Diese Begründung ist jedoch ein politisches, kein juristisches Argument und kann nicht die gesetzliche Aufklärungspflicht aushebeln. Gerade die positive und durch Medien und Politik beworbene Grundstimmung hätte Ärzten Anlass dazu geben müssen, über die nur bedingt vorliegende Zulassung und die bekannten Risiken, sowie die Möglichkeit des Auftretens bisher gänzlich unbekannter Risiken ausdrücklich hinzuweisen und zu informieren.

Die voreilige Annahme des Gerichts, ein neuartiger Impfstoff ohne vollständige Zulassung und nach einer nur sehr kurzen Entwicklungszeit, wäre als Routineimpfstoff zu betrachten, öffnet Tür und Tor für mangelhafte Aufklärungen bei neuartigen Behandlungen, über deren Risiken zu diesem Zeitpunkt nicht einmal der Hersteller umfänglich informiert war³⁸. Der Aufklärungsbogen zur Corona-Schutzimpfung ist schließlich seit der Veröffentlichung um mehrere Nebenwirkungen ergänzt worden³⁹, zudem wurden bisher schon mehrfach „Rote-Hand-Briefe“⁴⁰ zu den Corona-Schutzimpfungen veröffentlicht⁴¹. Gerade aufgrund der Neuartigkeit der Behandlung muss so ausführlich wie möglich aufgeklärt werden – eben auch darüber, dass es sich um eine neue Art des Impfstoffs handelt⁴².

F. Fazit

Der ärztliche Heileingriff ist nur dann nicht als Körperverletzung zu werten, wenn er durch eine wirksame Einwilligung gedeckt ist. Diese wirksame Einwilligung kann ein Patient nach einer mündlichen und verständlichen Aufklärung geben, bei der auch über mögliche Risiken aufgeklärt werden muss. Im vom Landgericht Heilbronn entschiedenen Fall wurden diese gesetzlichen und in der Rechtsprechung verankerten Anforderungen an die Aufklärung nicht erfüllt.

Der Ausnahmefall der Routineimpfung kann im Bereich der Corona-Schutzimpfungen keine Anwendung finden. Nicht nur die Neuartigkeit der mRNA-

³² Ab dem 14.01.2021 (online verfügbar seit dem 17.12.2020) mit Belegen aus dem Epidemiologischen Bulletin 2/2021 des Robert-Koch-Instituts); Näheres hierzu: BGH, 03.05.2017 - XII ZB 157/16; BGH, 15.02.2000, BGHZ 144, 1.

³³ So auch: *auf der Heiden*, NJW 2022, 3737 (19), und dort insb.: *Hauser/Haag*, Datenschutz im Krankenhaus, 6. Aufl. 2021, S. 231.

³⁴ [LG Heilbronn, Urt. v. 14.02. 2023 - Az. Wo 1 O 65/22.](#)

³⁵ LG Heilbronn, Urt. v. 14.02. 2023 - Az. Wo 1 O 65/22.

³⁶ LG Heilbronn, Urt. v. 14.02. 2023 - Az. Wo 1 O 65/22.

³⁷ LG Heilbronn, Urt. v. 14.02. 2023 - Az. Wo 1 O 65/22. Vgl. auch *Spickhoff*, NJW 2022, 1718 (4); *auf der Heiden*, NJW 2022, 3737 (23).

³⁸ Vgl. BGHZ 168, 103 = NJW 2006, 2477 (16).

³⁹ Vgl. BGHZ 169, 103 = NJW 2006, 2477 (14 ff.).

⁴⁰ Hierzu: § 14 FSA-Kodex für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten, Apothekern und anderen Angehörigen medizinischer Fachkreise, 2021.

⁴¹ <https://www.pei.de/DE/newsroom/veroeffentlichungen-arzneimittel/rote-hand-briefe/rote-hand-briefe-node.html> mit Veröffentlichungen vom: 24.03.2021, 13.04.2021, 26.04.2021, 02.06.2021, 23.06.2021, 19.07.2021, 13.10.2021; Stand: 10.08.2023.

⁴² *Gebauer/Gierhake*, NJW 2023, 2231 (2233f.).

Technologie und die nur bedingte Zulassung der Präparate, lassen eine Routine gar nicht erst infrage kommen.

Die Beweislast kann – auch bei einer Staatshaftung – nicht zulasten des Geschädigten umgekehrt werden. Ebenso kann es keine geringeren Anforderungen an die Art und den Umfang der Aufklärung bei einer von staatlichen Stellen empfohlenen und teilweise verpflichtenden Massenimpfung geben.

Hinweis der Redaktion: *Nils Schaks/Benjamin Wollweber*, Die Impfpflicht gegen Masern, MLR 2020, 85 ff. (Fall); *Sarah Messner*, Einführung eines Impfwangs? – Möglicher Nutzen und rechtliche Realisierbarkeit, MLR 2021, 98 ff. (Seminararbeit).

Das Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) der EZB: Rechtsgrundlage und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Von Stud. Hilfskraft Johannes Henkel, Marburg*

A. Einleitung

I. Problemstellung, Ziele und Methodik der Bearbeitung

Die von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) am 11.03.2020¹ als solche eingestufte COVID-19-Pandemie hat als Ursache eines weltweiten Gesundheitsnotstandes enorme soziale, politische und wirtschaftliche Folgen.² Die Pandemie und die ihr entgegen ergriffenen Eindämmungsmaßnahmen haben einen Rückgang im Investitions-, Kredit- und Konsumverhalten und eine Wirtschaftskrise im Euro-Währungsgebiet ausgelöst, die Gefahren für den geldpolitischen Transmissionsmechanismus sowie Abwärtsrisiken für die Inflation birgt.³ Durch das von dem EZB-Rat in den Beschluss 2020/440/EU gegossene *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP) strebt dieser mit der Erhöhung der Geldmenge, der Vereinfachung der Kreditversorgung der Wirtschaft und der dadurch bewirkten Erhöhung der Inflationsrate nahe 2 % eine Eindämmung der Risiken für die Preisstabilität und wirtschaftlichen Entwicklung des Euro-Währungsgebiets an.⁴

Inhaltlich knüpft das PEPP mit einem Umfang von nunmehr 1.850 Mrd. EUR an das APP⁵ der Europäischen Zentralbank (EZB) an.⁶ Ausgangspunkt dieser Arbeit ist der Umstand, dass das BVerfG das Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors auf den Sekundärmärkten (PSPP) als Teil des APP und das es bestätigende Urteil des

EuGH⁷ aus europa- und verfassungsrechtlichen Erwägungen erstmalig in seiner Geschichte als *Ultra-vires*-Akte qualifiziert hat.⁸

Hieraus ergibt sich die bedeutungsschwere Frage, ob und inwiefern das auf dem APP beruhende, das PSPP⁹ faktisch beinhaltende PEPP europa- und verfassungsrechtskonform ist. Die anschließende Frage ist, ob die deutschen Staatsorgane befugt sind, an den Ankäufen des PEPP mitzuwirken oder im Zuge der den Verfassungsorganen obliegenden Integrationsverantwortung verpflichtet sind, auf die Einhaltung der Kompetenzen und der verfassungsrechtlichen Vorgaben hinzuwirken.

II. Erläuterung der Gliederung und der Schwerpunkte

Nach einem Überblick über die abstrakten rechtlichen Problematiken (B. I.) erfolgt die Darstellung der jeweiligen in Frage stehenden rechtlichen Problematik anhand der besonders im Zusammenhang mit dem PSPP ergangenen gerichtlichen Entscheidungen (B. II.-IV. 1.). Angesichts der Schwerpunktsetzung der Urteile des EuGH und des BVerfG zum PSPP sowie der literarischen Resonanz wird der praxisorientierte Schwerpunkt dieser Arbeit bei der Herausarbeitung liegen, ob und inwiefern das PSPP, das PEPP und deren Durchführung im Grundsatz überhaupt von den Kompetenzen der EZB gedeckt sind. Die Unionsrechtskonformität des PEPP ist maßgebend für

* Der Verfasser ist Studentische Hilfskraft am Institut für Öffentliches Recht, Professur für Völkerrecht und Europarecht mit öffentlichem Recht von Professor Dr. Sven Simon an der Philipps-Universität Marburg. Die Seminararbeit wurde im Sommersemester 2021 im Rahmen des Seminars „Die Corona-Pandemie im Völker- und Europarecht“ bei Professor Dr. Sven Simon verfasst.

¹ S. <https://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/3/who-announces-covid-19-outbreak-a-pandemic> (zuletzt abgerufen: 21.04.2021).

² Vgl. EZB, Wirtschaftsbericht, Ausgabe 2/2020, S. 10; Meyer, A&R 2020, 67 (67ff.); Dehio/Rinne/Schmitt, WM 2020, 819 (819).

³ Beschluss der EZB 2020/440/EU ErwG 4; zu den volkswirtschaftlichen Effekten Sachverständigenrat, Sondergutachten: Die gesamtwirtschaftliche Lage angesichts der Corona-Pandemie vom 22. März 2020, Ziffer 35f., 38.

⁴ Beschluss 2020/440/EU ErwG 3, 4.

⁵ Asset Purchase Programme; das APP setzt sich aus den Ankaufprogrammen PSPP, CBPP3, ABSPP und dem CSPP zusammen; der Sache handelt es sich bei dem APP um ein befristetes Programm zum Ankauf von Vermögenswerten im öffentlichen und privaten Sektor, vgl. EZB, Wirtschaftsbericht, Ausgabe 2/2020, S. 10.

⁶ Der Ankaufmechanismus des PEPP bezieht sich auf alle Vermögenswerte, die im Rahmen des APP zugelassen sind, vgl. Beschluss 2020/440/EU ErwG 3, 10, Art. 1; zum nunmehr erhöhten Umfang s. EZB, Pressemitteilung vom 11.03.2021, abrufbar unter: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.mp210311~35ba71f535.de.html> (letzter Zugriff 29.05.2021); dazu Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 25.

⁷ EuGH, NJW 2019, 907 (911, 915).

⁸ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1658, 1660); s. Brauneck, WM 2020, 2102 (2102); Murswiek, Tichys Einblick 2020/5/19, 1 (7f.); Ludwigs, EWS 2020, 186 (187).

⁹ In Form des neuen Beschlusses der EZB 2020/188/EU; s. ErwG 10, Art. 1 Abs. 2 lit. a Beschluss (EU) 2020/440.

etwaige *Ultra-vires*-Akte und sonstige verfassungsrechtliche Erwägungen. Insofern wird sie vor den verfassungsrechtlichen Hürden geprüft. Zum Schluss werden Erwägungen zu dem Verhältnis EuGH und BVerfG angestellt (B. IV. 2.) und die rechtlichen Problematiken abschließend beurteilt. (C.).

B. Darstellung der rechtlichen Problematik des PEPP

I. Überblick über die abstrakte rechtliche Problematik

In der auf die Eurokrise folgenden Zeit wurden unterschiedliche Ankaufprogramme durch die EZB beschlossen und mit den nationalen Zentralbanken (NZBen) durchgeführt.¹⁰ Entscheidend für die Unionsrechtskonformität (auch) des PEPP sind nach der einschlägigen Rspr. des EuGH¹¹ und des BVerfG¹² die Art. 119 Abs. 2, 123, 127 AEUV sowie Art. 18 ESZB-Satzung. Der Sache nach ist fraglich, ob die EZB im Rahmen der ihr übertragenen, auf den Bereich der Währungspolitik und auf eine in der Wirtschaftspolitik unterstützenden Funktion beschränkten Kompetenzen und im Rahmen der sonstigen Vorgaben des AEUV, insb. gedeckt von den Vorgaben des Art. 123 AEUV handelt. Problematisch ist zudem eine Risikoteilung in Bezug auf die durch die Durchführung entstandenen Verluste hinsichtlich Art. 125 AEUV und des Budgetrechts des Bundestages.¹³

Bei den Maßnahmen der Mitgliedstaaten¹⁴ und der EZB¹⁵ im Rahmen der Euro-Rettung stellten sich im Kern ähnliche Rechtsfragen.¹⁶

II. Zuständigkeit und Befugnisse der EZB

1. Überblick und in Bezug auf das PSPP ergangene Rechtsprechung

Aus den Art. 127 Abs. 1, 2 AEUV und 282 Abs. 2 AEUV folgen zwei Kernaufgaben des Europäischen System der Zentralbanken (ESZB).¹⁷ Das vorrangige Ziel des ESZB ist es, die Preisstabilität zu gewährleisten. Zudem unterstützt das ESZB die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, soweit dies ohne Beeinträchtigung des vorrangigen Ziels möglich ist, um zur Verwirklichung der in Art. 3 AEUV genannten Ziele beizutragen. Die Aufgabenbereiche des ESZB beinhalten die Festlegung und Ausführung der Währungs- und Geldpolitik der Union. Die EZB und die von der EZB in Anspruch genommenen NZBen können auf den Finanzmärkten tätig werden, indem sie börsengängige Wertpapiere endgültig kaufen.¹⁸

Dem (PSPP-)Urteil des BVerfG¹⁹ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdeführer wendeten sich mit einer Verfassungsbeschwerde gegen das Unterlassen von Bundesregierung und Bundestag, auf eine Aufhebung bzw. Beendigung des PSPP samt seiner Änderungsbeschlüsse hinzuwirken, wodurch implizit die Rechtswidrigkeit des PSPP gerügt wurde. Die Beschwerdeführer machten geltend, dass das PSPP gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 119, 127ff. AEUV und gegen Art. 123 AEUV verstoße, in das Budgetrecht des Bundestages eingreife und folglich nicht gedeckt vom Zustimmungsgesetz ihr Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der öffentlichen Gewalt aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verletze.²⁰ Das Vorbringen in Bezug auf das Mandat der

¹⁰ Nach dem OMT-Beschluss: PSPP, CBPP3, ABSPP, CSPP und das PEPP.

¹¹ EuGH, NJW 2019, 907 (907ff.); NJW 2015, 2013 (2015ff.) (Gauweiler u.a.).

¹² BVerfG, NJW 2020, 1647 (1652); NJW 2016, 2473 (2474) (OMT).

¹³ S. zum PSPP BVerfG, NJW 2020, 1647 (1668); NJW 2017, 2894 (2895, 2904).

¹⁴ Dazu zählen: bilaterale Kredite, der EFSM, die EFSF, und der EFSM und EFSF mittlerweile ablösende ESM und der Europäische Fiskalpakt sowie i.w.S. Kreditvergaben des IWF, vgl. Simon, EuR 2015, 107 (108); dazu Murswiek, Eurokrise, S. 26f., 36f.

¹⁵ Diese setzen sich aus dem SMP und OMT-Programm zusammen, das das SMP durch Beschluss vom 06.09.2012 abgelöst hat. Relevant ist ferner die Leitzinspolitik der EZB.

¹⁶ So stellte sich die Frage nach dem Umfang des währungspolitischen und (beschränkten) wirtschaftspolitischen Mandats der Union, nach Verstößen gegen Art. 122, 123 und 125 AEUV sowie nach Auswirkungen auf das Budgetrecht des

BT, zum OMT-Programm EuGH, NJW 2015, 2013 (2016, 2019f.); BVerfG, NJW 2016, 2473 (2483); NJW 2014, 907 (910, 913, 916); zum ESM EuGH, NJW 2013, 29 (31ff.); BVerfG, NZG 2014, 623 (628ff.); auf das Demokratieprinzip abstellend Murswiek, Eurokrise, S. 36f.

¹⁷ Simon, EuR 2015, 107 (113); Griller in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, 71. Ergänzungslieferung 2020, Art. 127 AEUV Rn. 5.

¹⁸ Artikel 12.1 UAbs. 2 i.V.m. Artikel 3.1, Art. 18.1. ESZB-Satzung.

¹⁹ BVerfG, Urteil v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 u.a.; BVerfG, NJW 2020, 1647; voran gingen der Vorlagebeschluss v. 18.07.2017 und das Urteil des EuGH v. 11.12.2018.

²⁰ BVerfG, NJW 2017, 2894 (2894); Horn, Verfassungsbeschwerde v. 03.09.2015, Beschwerdeführer Lucke u.a., S. 5f.; zur Integrationsverantwortung Brade/Gentzsch, DÖV 2021, 327 (328f.); Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 8f.

EZB beruht darauf, dass das Unionsrecht in Art. 119 Abs. 2 AEUV zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik unterscheidet.²¹ Der Union kommt nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit im Bereich der Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, zu. Es ist mithin auch bei dem PEPP die Währungspolitik von der hauptsächlich den Mitgliedstaaten zustehenden Wirtschaftspolitik abzugrenzen.²² Der AEUV enthält keine Definitionen über die Begriffe der Währungspolitik und Wirtschaftspolitik. Er legt nur die Ziele der Währungspolitik und mit der ESZB-Satzung in Kapitel IV die für ihre Erreichung erforderlichen Maßnahmen fest.²³ Nach Teilen der Literatur sind Währungspolitik auf der einen und Fiskal- und Wirtschaftspolitik auf der anderen Seite schwerlich voneinander zu trennen und nach Auffassung des EuGH angesichts der unterstützenden Funktion des ESZB im Bereich der Wirtschaftspolitik nicht von den Verfassern der Verträge gewollt.²⁴ Der EuGH stellt für die Zuordnung einer Maßnahme zur Währungspolitik hauptsächlich auf die Ziele der Maßnahme und die für die Erreichung des Ziels eingesetzten Mittel ab.²⁵ Der EuGH hat demnach in Bezug auf das PSPP die EZB bestätigend geurteilt, dass dieses mit dem Streben nach Preisstabilität, dem Funktionieren des geldpolitischen Transmissionsmechanismus und letztlich mit der Erhöhung der Inflationsrate eine in der Währungspolitik anzueselnde Zielsetzung verfolge und mit dem Kauf von börsengängigen Wertpapieren eine formal von Art. 18.1. ESZB-Satzung zugelassene

geldpolitische Maßnahme vorsehe, sodass das PSPP der Währungspolitik zuzuordnen sei.²⁶

Dabei sei eine währungspolitische Maßnahme nicht deshalb einer wirtschaftspolitischen Maßnahme gleichzustellen, weil sie mittelbare (bewusste oder in Kauf genommene) Auswirkungen haben kann, die im Zuge der Wirtschaftspolitik angestrebt werden könnten.²⁷ Dies wäre ein unüberwindbares Hindernis für die Aufgabenerfüllung durch das ESZB.²⁸

Ferner geht der EuGH davon aus, dass ein Ankaufprogramm, das zur Währungspolitik gehört, gültig nur beschlossen und durchgeführt werden kann, wenn die Maßnahmen im Hinblick auf die Ziele dieser (Währungs-)Politik verhältnismäßig sind.²⁹ Infolgedessen nahm der EuGH betreffend des PSPP dessen währungspolitische Zielsetzung und die ergriffenen Mittel hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit in Bezug und konnte unter Betonung des Ermessensspielraums des ESZB, das aus der Unabhängigkeit der EZB/NZBen und aus dem geforderten Sachverstand folge,³⁰ keinen „offensichtlichen Beurteilungsfehler“ und keinen Mangel hinsichtlich der Begründungspflicht des Art. 296 Abs. 2 AEUV feststellen.

Im Gegensatz dazu stellt das BVerfG für die Zuordnung einer Maßnahme zur Währungs- oder Wirtschaftspolitik nicht nur auf die Zielsetzung, sondern verstärkt auf die tatsächlichen wirtschaftspolitischen Auswirkungen ab.³¹ Das BVerfG kritisierte, dass der EuGH bei seiner auf das PSPP bezogenen Abwägung nur auf ein Verlustrisiko, nicht aber auf Überschneidungen mit der die Wirtschaftspolitik umfassenden mitgliedstaatlichen Kompetenz abstellte.³² Ferner

²¹ Hermann in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, Band III AEUV, 1. Auflage, Art. 119 Rn. 41; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Auflage, 2021, S. 326; *Hatje* in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze, EU-Kommentar, 4. Auflage, 2018, Art. 119 Rn. 119; *Siekman* in: Siekman, Kommentar zur Europäischen Währungsunion, 2013, Art. 119 Rn. 22.

²² Vgl. zum PSPP BVerfG, NJW 2020, 1647 (1656); EuGH, NJW 2019, 907 (909).

²³ EuGH, NJW 2019, 907 (909); NJW 2015, 2013 (2016); vgl. BVerfG, NJW 2014, 907 (911); *Bofinger/Hellwig/Hüther/Schnitzer/Schularick/Wolff*, FAZ v. 28.05.2020.

²⁴ EuGH, EuZW 2019, 162 (165); vgl. auch *Pernice*, EuZW 2020, 508 (515); zu Ersterem *Simon*, Grenzen des BVerfG, S. 251; *Hermann* in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, Band III AEUV, 2017, Art. 119 Rn. 43; *Bobić/Dawson*, VerfBlog, 2020/3/27, 1 (3).

²⁵ EuGH, NJW 2019, 907 (909); NJW 2015, 2013 (2016); NJW 2013, 29 (31); so auch *Pernice*, EuZW 2020, 508 (515); *Wathelet*, Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17, S. 25.

²⁶ EuGH, NJW 2019, 907 (909); so auch *Wathelet*, Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17, S. 26f., 29; *Pernice*, EuZW 2020, 508 (514).

²⁷ EuGH, EuZW 2019, 162 (165); so aber BVerfG, NJW 2017, 2894 (2903); dem EuGH anschließend *Wegener*, EuR 2020, 347 (349); vgl. *Almhofer*, Haftung der EZB, S. 67.

²⁸ EuGH, EuZW 2019, 162 (165); NJW 2015, 2013 (2016f.).

²⁹ EuGH, NJW 2019, 907 (909); NJW 2015, 2013 (2018); Grundlage sind die Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV.

³⁰ EuGH, NJW 2019, 907 (911); so auch *Simon*, EuR 2015, 107 (115); *Calliess*, NVwZ 2020, 897 (903); *Thiele* in: Kröger/Pilniok, Unabhängiges Verwalten, 195 (217, 219); *Gentzsch*, BKR 2020, 576 (578); *Nees*, EuR 2021, 119 (122); *Kainer*, EuZW 2020, 533 (535).

³¹ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1653); s. *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekman, 19 (31).

³² BVerfG, NJW 2020, 1647 (1655, 1660); kritisch auch *Nees*, EuR 2021, 119 (126).

betont das BVerfG, dass wegen der Unabhängigkeit der EZB/NZBen, der fehlenden parlamentarischen Verantwortlichkeit und der allenfalls sehr mittelbaren demokratischen Legitimation³³ Entscheidungen und Handlungen der EZB ein abgesenktes demokratisches Legitimationsniveau aufweisen, mithin eine strikte Geltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, d.h. eine enge Begrenzung des währungspolitischen Mandats anzunehmen sei.³⁴ Die gewährleistete Unabhängigkeit beziehe sich nur auf die durch die Verträge eingeräumten Befugnisse, indes nicht auf deren Umfang.³⁵ Damit unterliege auch ein weites Ermessen der vollen gerichtlichen Kontrolle.³⁶ Aufgrund dessen fordert(e) das BVerfG im Interesse der durch das BVerfG der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugesprochenen Korrektivfunktion derselben zugunsten mitgliedstaatlicher Kompetenzen neben der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Ankäufe zur Verfolgung der gesetzten geldpolitischen Zielsetzung, dass die wirtschaftspolitischen Auswirkungen benannt, gewichtet und abgewogen werden.³⁷ Es sei mit dem beschränkten währungspolitischen Mandat unvereinbar, die Angabe eines geldpolitischen Ziels ausreichen zu

lassen und die wirtschaftspolitischen (bewusst oder in Kauf genommenen) Wirkungen (auch) des PSPP für die Abgrenzung der Kompetenztitel und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für unerheblich zu erklären.³⁸ Im Ergebnis verzichte der EuGH auf eine effektive gerichtliche Kontrolle,³⁹ ließe das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung leerlaufen⁴⁰ und ermögliche eine dem Demokratieprinzip widersprechende Disposition der EZB über ihre Kompetenzen (sog. Kompetenz-Kompetenz).⁴¹

Das BVerfG konnte die insofern geforderte Abwägung nicht feststellen, weswegen es die Beschlussfassung und Durchführung des PSPP als *Ultra-vires*-Akte und das sie bestätigende Urteil als „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und „daher objektiv willkürlich“, d.h. als einen in Deutschland unanwendbaren, einen hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß⁴² voraussetzenden *Ultra-vires*-Akt einstufte.⁴³

2. Anmerkungen

Das Urteil des BVerfG ist verbreitet auf Unverständnis gestoßen.⁴⁴ Besonders die Ausübung der *Ultra-vires*-Kontrolle wurde als zu staatszentriert und

³³ Zu beiden letzteren *Murswiek*, Verfassungsbeschwerde v. 22.10.2015, BF Gauweiler, S. 24, 31; *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (22); s. *Canaris*, FAZ v. 26.08.2020.

³⁴ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1655, 1657); NJW 2017, 2894 (2900, 2903); *Voßkuhle*, Süddeutsche Zeitung v. 12.05.2020; *Ludwigs*, EWS 2020, 186 (190); *Simon*, Gießener Universitätsblätter 2016, 109 (112).

³⁵ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1657); NJW 2017, 2894 (2900); s. nur *Issing* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 129 (135f.); *Kirchhof*, NJW 2020, 2057 (2062).

³⁶ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1657, 1659, 1663); NJW 2017, 2894 (2900); vgl. auch EuGH, EuZW 2019, 162 (163); *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (22, 33, 35).

³⁷ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1653, 1655); vgl. *Wieland*, EZB, Working Papers Series, 1 (4); für die Einbeziehung tatsächlicher Wirkungen auch *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (24, 31); für die Korrektivfunktion *Degenhart/Horn/Kerber/Murswiek*, FAZ v. 02.06.2020; *Nitze*, Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise – Eine EU-rechtliche Bewertung der als Reaktion auf die sog. Euro-Krise gewährten und vorgeschlagenen finanziellen Hilfen, S. 163; *Nees*, EuR 2021, 119 (126); *Murswiek*, Verfassungsbeschwerde v. 22.10.2015, BF Gauweiler, S. 34; bei den Handlungsformen *Hettinger*, Rechtskontrolle, 2019, S. 101.

³⁸ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1657); *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (33f.).

³⁹ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1657); s. nur *Classen*, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 für den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages, 1 (8).

⁴⁰ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1656); *Simon/Rathke*, EuZW 2020, 500 (502); *Siekmann*, EuZW 2020, 491 (497); *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (26f., 33f.).

⁴¹ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1656); *Honsell/Roth*, ZIP 2020, 1451 (1452); *Siekmann*, EuZW 2020, 491 (497); *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (26f., 33f.).

⁴² D.h. der Kompetenzverstoß muss offensichtlich und im Kompetenzgefüge mit einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten verbunden sein, vgl. auch BVerfG, NJW 2020, 1647 (1651); NJW 2017, 2894 (2895); nach **a.A.** setzt die Unanwendbarkeit eine Berührung der Verfassungsidentität voraus, *Simon*, Grenzen des BVerfG, S. 266f.; *Calliess*, NVwZ 2020, 897 (901f.); *Mayer*, VerBlog 2020/5/07, 1 (2); *Ludwigs*, EWS 2020, 186 (190); *Simon/Rathke*, EuZW 2020, 500 (502).

⁴³ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1652f., 1661); i.E. s. nur *Simon/Rathke*, EuZW 2020, 500 (501f.); *Honsell/Roth*, ZIP 2020, 1451 (1452); *Siekmann*, EuZW 2020, 491 (496).

⁴⁴ *Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels*, EuZW 2020, 525 (525); *Calliess*, NVwZ 2020, 897 (903); *Mayer*, Das PSPP Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020, Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, 25. Mai 2020, 1 (11ff.); *Wegener*, EuR 2020, 347 (347f.); *Brade/Gentzsch*, VerBlog, 2020/5/07, 1 (2f.).

integrationsunfreundlich kritisiert.⁴⁵ Auch baue das BVerfG Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG popularklageartig aus, sodass das gesamte Handeln der Unionsorgane auf Basis der Verträge im Widerspruch zu Art. 19 Abs. 1 EUV verfassungsgerichtlich überprüft werden könne.⁴⁶ Zudem sei die Einordnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Kompetenzabgrenzungs- statt als Kompetenzausübungsinstrument angesichts des Wortlauts des Art. 5 Abs. 1 EUV und seiner sonstigen (Eingriffs-)Funktion schlichtweg falsch⁴⁷ und werde auch vom BVerfG im Bund-Länder-Verhältnis in diesem Sinne nicht angewandt.⁴⁸ Zudem sei der EZB angesichts der in Art. 130 AEUV normierten Unabhängigkeit ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen, mit dem eine volle gerichtliche Kontrolle und die Aufforderung zur Einflussnahme durch Bundestag und Bundesregierung unvereinbar sei.⁴⁹ Ferner scheine das BVerfG nur das Inflationsziel der Währungspolitik zuzurechnen, alle realwirtschaftlichen Folgen einschließlich sämtlicher Transmissionsmechanismen seien der Wirtschaftspolitik zuzurechnen.⁵⁰ Insgesamt könne schlichtweg nicht davon gesprochen werden, dass das viel Zuspruch erfahrende Urteil des EuGH „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar und daher objektiv willkürlich“ sei.⁵¹ Vielmehr schade eine solche

harsche Wortwahl dem Kooperationsverhältnis und habe eine negative Vorbildfunktion.⁵²

Indes ist die Wortwahl Folge der auf einer europarechtsfreundlichen Kompetenzkontrolle beruhenden Rechtsprechungsrichtlinie.⁵³ Ferner ist die EZB besonders wegen ihrer Unabhängigkeit an den Umfang der ihr übertragenen Kompetenzen gebunden, sie unterliegt mithin uneingeschränkt der Begründungspflicht des Art. 296 Abs. 2 AEUV, um eine effektive gerichtliche Kontrolle überhaupt erst zu ermöglichen.⁵⁴ Auch liegt dem AEUV eine formale Trennung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik unmissverständlich zugrunde, sodass diese bewusste Entscheidung nicht unterlaufen werden darf.⁵⁵ Kurzum: Der EuGH lässt für die Kompetenzeinhaltung schlicht eine geldpolitische Zielsetzung ausreichen und ordnet den Anleihekauf formal als geldpolitische Maßnahme ein. Dabei verkennt er die auch mögliche wirtschaftspolitische Natur von Anleihekäufen,⁵⁶ die besonders dann hervortritt, wenn sich der Anleihekauf selektiv als Finanzhilfe⁵⁷ darstellt. Indem der EuGH die unter Einbeziehung wirtschaftspolitischer Auswirkungen festzustellende wirtschaftspolitische Natur verkennt und ein geldpolitisches Ziel ausreichen lässt, ermöglicht er dem EZB, Wirtschaftspolitik zu betreiben.⁵⁸

⁴⁵ Kainer, EuZW 2020, 533 (534); Meier-Beck, EuZW 2020, 519 (521); Pernice, EuZW 2020, 508 (508); Van der Woude, FAZ v. 08.06.2020; Mayer, Das PSPP Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020, Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, 25. Mai 2020, 1 (11).

⁴⁶ Statt vieler Wegener, EuR 2020, 347 (349); Hellwig, NJW 2020, 2497 (2503).

⁴⁷ S. nur Meier-Beck, EuZW 2020, 519 (523); Marzal, VerBlog 2020/5/09, 1 (3); Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels, EuZW 2020, 525 (527).

⁴⁸ Statt vieler Pernice, EuZW 2020, 508 (513); Wegener, EuR 2020, 347 (350).

⁴⁹ Vgl. nur Kainer, EuZW 2020, 533 (534, 536); Tillmann, IRWZ 2020, 166 (168f.); Pernice, EuZW 2020, 508 (509f.); zu Letzterem Kerber, Deutscher Selbstmord, S. 127.

⁵⁰ Meier-Beck, EuZW 2020, 519 (524); Pernice, EuZW 2020, 508 (514, 518); Hellwig, NJW 2020, 2497 (2499); Thiele, VerBlog, 2020/5/05, 1 (4); vgl. Thiele, EZB, S. 108.

⁵¹ Kainer, EuZW 2020, 533 (535); Mayer, VerBlog, 2020/5/07, 1 (6f.); Ullrich, EWS 2020, 301 (317f., 321); Skouris, EuR 2021, 3 (23ff.); Mayer, Das PSPP Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020, Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, 25. Mai 2020, 1 (14, 16).

⁵² S. nur Wegener, VerBlog, 2020/5/05, 1 (3); Barley, EuZW 2020, 489 (490).

⁵³ Vgl. die Maastricht-, Lissabon- und Honeywell-Entscheidung; Mayer, VerBlog, 2020/5/07, 1 (2); Kirchhof, NJW 2020, 2057 (2061); Lang, VerBlog, 2020/5/06, 1 (3).

⁵⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2020, 1647 (1661); Degenhart in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (22); s. Huber, FAZ v. 29.06.2020; vgl. dazu Lagarde, Monetärer Dialog ECON, S. 11.

⁵⁵ S. nur Siekmann, ESZB, Working Papers Series No. 101 (2016), 1 (3, 16); Schorkopf, JZ 2020, 734 (739).

⁵⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 907 (911); Degenhart in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (26); Siekmann, EuZW 2020, 491 (496); Horn, Verfassungsbeschwerde v. 03.09.2015, Beschwerdeführer Lucke u.a., Rn. 162; Murswiek, Verfassungsbeschwerde v. 22.10.2015, BF Gauweiler, S. 31f., 121: Unmittelbares Ziel; Sander, DÖV 2020, 759 (764): Plausibilisierungserfordernis zwischen geldpolitischem Ziel und Wirkungen; s. Nitze, Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise – Eine EU-rechtliche Bewertung der als Reaktion auf die sog. Euro-Krise gewährten und vorgeschlagenen finanziellen Hilfen, S. 152; Thiele, EZB, S. 78; vgl. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 80, 92.

⁵⁷ Eine unstrittig wirtschaftspolitische Maßnahme, s. bereits EuGH, NJW 2013, 29 (31).

⁵⁸ Dies ist umso abenteuerlicher, als der EuGH auch bewusst oder in Kauf genommene wirtschaftspolitische Auswirkungen als mittelbare Auswirkungen abtut; Degenhart in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (26); vgl. i.E. auch Siekmann, EuZW 2020, 491 (496).

Durch die schlichte Inbezugnahme von Zielen und Mitteln verkennt der EuGH die Schutzfunktion der Verhältnismäßigkeit zugunsten mitgliedstaatlicher Kompetenzen⁵⁹, lässt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung leerlaufen, tangiert die wirtschaftspolitischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten, handelt damit *ultra-vires*⁶⁰ und verstößt mit dieser kontrollfreien sowie demokratisch insoweit nicht (mehr) legitimierten Machtausübung gegen Art. 23 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 79 Abs. 3 GG, d.h. gegen die Verfassungsidentität.⁶¹

3. Besonderheiten des PEPP

In Bezug auf die Besonderheiten des PEPP ist zu prüfen, ob seine Beschlussfassung und Durchführung im Übrigen von dem währungspolitischen Mandat des EZSB gedeckt sind, d.h. dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach den angeführten Vorgaben der Rechtsprechung⁶² entsprechen. Das PEPP zielt auf die Eindämmung der durch COVID-19 entstandenen Risiken für die Preisstabilität, für den geldpolitischen Transmissionsmechanismus sowie für die wirtschaftliche Entwicklung im Euroraum, kurzum auf eine Erhöhung der Inflationsrate ab. Diese im Bereich der Währungspolitik anzueselnden Ziele werden durch Ankäufe im öffentlichen und privaten Sektor, d.h. durch in Art. 18.1. EZSB-Satzung vorgesehene Maßnahmen angestrebt. Nähere Ausführungen zu der Verhältnismäßigkeit nach Maßstäben des BVerfG enthalten die Zusammenfassungen der geldpolitischen Sitzungen

des Rates der EZB, besonders die vom 03.-04.06.2020⁶³ und die Ausführungen vom EZB-Chefökonom *Philippe R. Lane* im Zuge der Erweiterung des PEPP. In Bezug auf die Geeignet- und Erforderlichkeit ist insofern hervorgehoben worden, dass die das PEPP umfassenden Wertpapierankaufprogramme, wie Belege in der Fachliteratur zeigten, zur effektiven Gewährleistung der Preisstabilität beigetragen hätten und angesichts der weithin bestehenden niedrigen Leitzinsen und der zeitlichen sowie sachlichen Befristung erforderlich gewesen wären.⁶⁴ Die Anleihekäufe seien in der Rezession zentral für die Förderung der Kreditmediation über die Banken, d.h. für die Lockerung der Kreditbedingungen und damit letztlich für die Gewährleistung der Preisstabilität.⁶⁵ In diesem Zusammenhang wurde auf die Risiken von Anleihekaufprogrammen in einem Niedrigzinsumfeld eingegangen, die Marktteilnehmer zu übermäßigen Risiken animieren und damit zu Finanzstabilitätsrisiken sowie der Finanzierung unwirtschaftlicher Unternehmen durch Banken führen könnten. Ausdrücklich in Bezug genommen wurden auch das sog. *Zombie Lending* und die Risiken von niedrigen Zinsen für die Ersparnisse der privaten Haushalte. Schlussfolgernd hätten aus gesamtwirtschaftlicher Sicht dennoch die das PEPP umfassenden Wertpapierankäufe einen sehr großen positiven Beitrag für die Steigerung der Löhne, des Konsums, mithin für das Wirtschaftswachstum und damit letztlich für die Inflation geleistet.⁶⁶

⁵⁹ Bei grundsätzlich kompetenzgemäßem Handeln, s. nur *Bast* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, 71. Ergänzungslieferung 2020, Art. 5 EUV, Rn. 66, 71; *Simon/Rathke*, EuZW 2020, 500 (501f.); insofern sollen die Auswirkungen des Gebrauchs der währungspolitischen Kompetenz begrenzt bleiben.

⁶⁰ *Siekmann*, EuZW 2020, 491 (496); *Honsell/Roth*, ZIP 2020, 1451 (1452); *Simon/Rathke*, EuZW 2020, 500 (502); *Degenhart* in: Baums/Remsperger/Sachs/Wieland, Festschrift Siekmann, 19 (26).

⁶¹ I.E. *Simon/Rathke*, EuZW 2020, 500 (502); zum APP insgesamt *Murswiek*, Verfassungsbeschwerde v. 22.10.2015, BF Gauweiler, S. 31; *Horn*, Verfassungsbeschwerde v. 03.09.2015, Beschwerdeführer Lucke u.a., Rn. 361.

⁶² Aktuelle Hilfsmaßnahmen der EU seien aber nicht Gegenstand der Entscheidung gewesen, BVerfG, PM Nr. 32/2020 v. 05.05.2020; s. *Huber*, Interview in der NZZ v. 08.12.2020.

⁶³ Nachfolgend: „ZF“; s. insb. S. 6-9, 14-20.

⁶⁴ S. 8, 15, 17f., 20 der ZF; *Lane*, The ECB Blog v. 05.06.2020, 1 (5f.); Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 09.-10.12.2020, S. 3, 8ff., 15f., 20; Zusammenfassung der

geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 15.-16.07.2020, S. 3, 5, 8, 14f., 16f.; vgl. Beschluss 2015/774/EU ErwG 4; i.E. auch *Grund*, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (5); *Goldmann*, VerBlog, 2020/03/27, 1 (2); zum Erfolg der währungspolitischen Wirkung des PEPP *Simon*, Börsen-Zeitung v. 18.05.2021; zur Notwendigkeit des PEPP i.E. auch *Bobić/Dawson*, VerBlog, 2020/3/27, 1 (5); *a.A. Kerber*, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 43ff., 55.

⁶⁵ *Lagarde*, Monetärer Dialog ECON, S. 8, 16; S. 8, 10, 12, 14f. der ZF; EZB, Pressemitteilung vom 21.01.2021, abrufbar unter: https://www.bundesbank.de/resource/blob/856708/4bb7cce0d08777aa2316c33d0903c39_7/mL/2021-01-21-beschluesse-download.pdf (letzter Zugriff 29.05.2021); *Lane*, The ECB Blog v. 05.06.2020, 1 (5f.); Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 09.-10.12.2020, S. 8ff., 15f., 20; dagegen *Kerber*, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 50f.

⁶⁶ S. 4, 18ff. der ZF; s. BT-Dr. 19/20621, S. 3; Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 09.-10.12.2020, S. 15ff.

Gegen eine objektive geldpolitische Zielsetzung können indes einige Besonderheiten des PEPP angeführt werden. Zum einen richtet sich die Verteilung der Ankäufe zwar weiterhin nach dem Kapitalschlüssel, indes erfolgen die Ankäufe im Rahmen des PEPP flexibel.⁶⁷ Dadurch können Anleihen vermehrt und über das dem Kapitalschlüssel entsprechende Volumen hinaus durch die NZBen der Eurostaaten ungleich angekauft werden. Ferner enthält das PEPP keine Ankaufobergrenze, d.h. der volumenmäßige Ankauf unterliegt in Bezug auf Emission und Emittenten keinen Beschränkungen.⁶⁸ Die flexible Durchführung könnte in Verbindung mit der fehlenden Ankaufobergrenze zu einem den des OMT-Beschlusses ähnelnden unbegrenzten und vermehrt selektiven Ankauf führen. Folglich liegt die Befürchtung einer wirtschaftspolitischen Dimension des PEPP, namentlich der einer monetären Staatsfinanzierung, nahe.⁶⁹ Auch diese Problematik wurde in der EZB-Ratssitzung erkannt, benannt und damit gerechtfertigt, dass der geldpolitische Transmissionsmechanismus, d.h. der Prozess, in dem die geldpolitischen Entscheidungen auf die Wirtschaft einwirken, durch unterschiedliche Eindämmungsmaßnahmen, divergierende Rückgänge im Investitions- und Konsumverhalten und ungleiche wirtschaftliche Ausgangsbedingungen unterschiedlich gestört und insofern eine einheitliche Erhöhung der Inflationsrate durch Steigerung des Investitions- und Konsumverhaltens im gesamten Euro-Währungsraum gefährdet

sei.⁷⁰ Problematisch ist ferner der Umfang des PEPP. Dieser überschreitet den des PSPP und umfasst den gesamten öffentlichen und privaten Sektor. Folglich hat das PEPP bereits durch die Ausweitung der Nachfrage nach den auf dem Sekundärmarkt gehandelten Anleihen und der Geldmenge erhebliche Auswirkungen auf die nunmehr verbesserten Finanzierungsbedingungen der Realwirtschaft einschließlich aller Euro-Staaten. Direkte Finanzhilfen unterfallen aber der Wirtschaftspolitik. Indes werden die über diese (notwendigen) geldpolitischen Transmissionsmechanismen hinausgehenden Auswirkungen auf die Refinanzierungsbedingungen (auch) der Staaten durch im Einzelnen mit Art. 123 AEUV darzustellende Vorkehrungen begrenzt.⁷¹ Diese bezwecken, dass die Staaten, Wirtschaftsunternehmen und andere von dem Anwendungsbereich des PEPP umfassten Emittenten letztlich der Marktlogik unterworfen bleiben. Diese Aspekte betonte auch der EZB-Rat. Dieser stellte im Ergebnis fest, dass die Vor- und Nachteile der Wertpapierankäufe unterschiedlich gewichtet werden könnten, dass die positiven Auswirkungen auf die Wirtschaft bei dem Ziel der Preisstabilität die negativen Effekte indes klar übertroffen hätten.⁷² Dabei bekräftigte er das Erfordernis einer laufenden Bewertung. Nach dem BVerfG ist eine gerichtliche Wertung der wirtschaftspolitischen Belange nicht vorzunehmen, sie dürften nur nicht vollkommen außer Acht gelassen werden.⁷³ Insofern hat der EZB-Rat das geldpolitische Ziel samt

⁶⁷ ErwG 5 Satz 2, Art. 5 Abs. 2 Beschluss 2020/440/EU; S. 16 der ZF.

⁶⁸ Art. 4 S. 2 Beschluss 2020/440/EU; dazu Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 84.

⁶⁹ Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 11f., 15, 29, 32, 35, 41, 43, 47f., 54, 62, 126, 131, Ziel sei der Erhalt des Euro-Währungsraums; Boehringer/Schachtschneider, AfD im Bundestag reicht Organklage gegen Staatsfinanzierung der EZB ein, abrufbar unter: <https://www.pboehringer.de/afd-im-bundestag-reicht-organklage-gegen-staatsfinanzierung-der-ezb-ein/> (letzter Zugriff 29.05.2021); Kerber, Deutscher Selbstmord, S. 46, 49, 51; Honsell/Roth, ZIP 2020, 1451 (1452); die EZB finanziere die Verschuldung der Euro-Staaten, so Thorsten Polleit, s. Ettl/Zschäpitz, WELT v. 04.06.2020; zur Gefahr des selektiven Ankaufs Simon, Börsen-Zeitung v. 18.05.2021.

⁷⁰ Vgl. S. 10, 16, 21 der Zusammenfassung; Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 15.-16.07.2020, S. 15f.; Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 09.-10.12.2020, S. 8ff., 15ff.; Lane, The ECB Blog v. 05.06.2020, 1 (5f.); Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (3f.); zur geldpolitischen

Transmission Lagarde, Monetärer Dialog ECON, S. 4, 8, 11; a.A. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 75f.

⁷¹ S. nur Brauneck, WM 2020, 2102 (2109); Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (1, 5f., 9).

⁷² S. 8, 17, 19f. der ZF; s. auch Lagarde, Monetärer Dialog ECON, S. 5, 8, 10; Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 09.-10.12.2020, S. 8ff., 15f.; vgl. dazu Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 15.-16.07.2020, S. 2, 8f., 14ff.; Lane, The ECB Blog v. 05.06.2020, 1 (5f.); für Geldpolitik Goldmann, VerBlog, 2020/03/27, 1 (2); a.A. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 11f., 15, 29, 36f., 47f., 54, 57ff., 126, 131; Kerber, Deutscher Selbstmord, S. 51; Schachtschneider, Staatsschulden, S. 31f., 49; Honsell/Roth, ZIP 2020, 1451 (1452); für eine undifferenzierte Gleichsetzung von Ankäufen auf dem Primär- und Sekundärmarkt Kerber/Städter, EuZW 2011, 536 (537); ebenso Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 95f.; zu dieser Gleichsetzung Nitze, Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise – Eine EU-rechtliche Bewertung der als Reaktion auf die sog. Euro-Krise gewährten und vorgeschlagenen finanziellen Hilfen, S. 146f., 155.

⁷³ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1661).

wirtschaftspolitischer Auswirkungen des PEPP eingehend erörtert und abgewogen. Eine Kontrolle der Kompetenzabgrenzung scheint möglich. Im Übrigen wäre entsprechend dem PSPP-Urteil die Behebbarkeit eines Abwägungsdefizit nach etwaiger Urteilsverkündung denkbar. Anzumerken ist, dass aufbauend auf der Zusammenfassung das auf das PSPP bezogene Abwägungsdefizit nach Ansicht des BMF und des BT geheilt ist.⁷⁴ Insofern hat das BVerfG Vollstreckungsanträge abgelehnt und festgestellt, dass BT und BReg insb. auch auf Grundlage der zugleich das PEPP erheblich mit einbeziehenden Sitzung des EZB-Rats am 03.-04. Juni ihrer Integrationsverantwortung gerecht geworden sind.⁷⁵

Dies wird beachtliche Bedeutung für das anhängige Organstreitverfahren und die Verfassungsbeschwerde, die sich erneut maßgebend auf die Integrationsverantwortung stützen, sowie letztlich des PEPP haben.⁷⁶

III. Vereinbarkeit mit Art. 123 Abs. 1 AEUV

1. Überblick und in Bezug auf das PSPP ergangene Rechtsprechung

Bei dem PEPP ist die Einhaltung des Verbots des Art. 123 Abs. 1 AEUV problematisch, Anleihen unmittelbar von Emittenten des öffentlichen Sektors zu erwerben. Art. 123 AEUV verbietet damit jede (direkte) finanzielle Unterstützung eines Mitgliedstaats.⁷⁷ Verboten wird nur der Kauf von unmittelbar von dem Emittenten begebenen Wertpapieren.⁷⁸ Hingegen sind Anleihekäufe auf dem Sekundärmarkt grundsätzlich zulässig. Indes dürfen diese Art. 123 AEUV nicht umgehen.⁷⁹ Nach der Rspr. des EuGH unterliegt das ESZB in diesem Zusammenhang zwei Beschränkungen.

Zum einen dürften Anleihekäufe auf Sekundärmärkten nicht die gleiche Wirkung haben wie der unmittelbare Erwerb direkt vom Emittenten. Der erwerbende, sonst als Mittelsperson des ESZB agierende Wirtschaftsteilnehmer dürfe keine Gewissheit in Bezug auf den Ankauf haben. Zudem müssten Garantien sicherstellen, den Mitgliedstaaten nicht den Anreiz zur Verfolgung einer gesunden Haushaltspolitik zu nehmen.⁸⁰

2. Prüfungskriterien nach der Rechtsprechung des EuGH

a) Gewissheit des privaten Marktteilnehmers

Aufgrund der nachfolgenden Garantien des PSPP nimmt der EuGH an, dass ein privater Marktteilnehmer beim Erwerb von Anleihen nicht sicher sein kann, dass das ESZB diese alsbald ankaufen wird.⁸¹ Eine Sperrfrist verhindert, dass Anleihen eines Mitgliedstaats vom ESZB unmittelbar nach ihrer Emission angekauft werden können. Damit werde die zeitliche Vorhersehbarkeit des Tätigwerdens begrenzt.⁸² Auch erfolgt zwar eine Mitteilung des im Voraus begrenzten Gesamtvolumens der im Rahmen des APP anzukauften Anleihen und von zusammengetragenen (aggregierten) Informationen des PSPP, indes erfolgt keine Mitteilung des Volumens der im Laufe eines Monats anzukaufenden Anleihen öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Einrichtungen eines bestimmten Mitgliedstaats.⁸³ Ferner wurde die Möglichkeit eingeschränkt, die Art der Ankäufe zu bestimmen, indem der Erwerb diversifizierender Anleihen zugelassen wurde.⁸⁴ Durch die Ankaufobergrenze bleibe der private Marktteilnehmer letztlich der Marktlogik unterworfen.⁸⁵

⁷⁴ BT-Dr. 19/20621, S. 3f.; **a.A. Murswiek**, *Schriftsatz v. 01.12.2020*, 2 BvR 2006/15, S. 9, 18; *Murswiek*, *Schriftsatz v. 07.08.2020*, 2 BvR 2006/15, S. 14; *Murswiek*, *Tichys Einblick* 2020/6/30, 1 (4).

⁷⁵ Vgl. Beschluss BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15; s. PM Nr. 38/2021 v. 18.05.2021.

⁷⁶ Als Prozessvertreter fungieren Karl Schachtschneider und Markus Kerber, *Die ZEIT* v. 28.08.2020; *Zschäpitz*, *WELT* v. 11.03.2021; der Kern des Vorwurfs bezieht sich auf die Integrationsverantwortung, so ausdrücklich *Kerber*, *Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP*, S. 7ff., 29, 31, 35f., 66.

⁷⁷ EuGH, NJW 2019, 907 (912); NJW 2015, 2013 (2019).

⁷⁸ Vgl. nur BVerfG, NJW 2020, 1647 (1662); EuGH NJW 2015, 2013 (2019).

⁷⁹ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1662); EuGH, NJW 2019, 907 (912); *Nitze*, *Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise – Eine EU-rechtliche Bewertung der als Reaktion auf die sog. Euro-Krise gewährten und vorgeschlagenen finanziellen Hilfen*, S. 144f.

⁸⁰ EuGH, NJW 2019, 907 (912); NJW 2015, 2013 (2020); in der Lit. wird dieser Telos und die Kriterien des EuGH weithin anerkannt, s. nur *Nees*, *EuR* 2021, 119 (132).

⁸¹ EuGH, NJW 2019, 907 (912f); s. *Wathelet*, *Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17*, S. 18.

⁸² EuGH, NJW 2019, 907 (912); **a.A. Murswiek**, *Verfassungsbeschwerde v. 22.10.2015*, BF Gauweiler, S. 122, 139; *Schöffski*, *Das Verbot der monetären Staatsfinanzierung (Art. 123 AEUV)*, S. 110, 112; Art. 4 Abs. 1 Beschluss 2015/774/EU.

⁸³ EuGH, *EuZW* 2019, 162 (169); s. auch BVerfG, NJW 2020, 1647 (1667).

⁸⁴ Art. 3 Abs. 1, 3, 5 Beschluss 2015/774/EU, es können Anleihen, die von regionalen oder lokalen GK begeben wurden, gekauft werden, sie können eine negative Rendite sowie eine Laufzeit von einem Jahr bis zu 30 Jahren und 364 Tagen aufweisen.

⁸⁵ EuGH, *EuZW* 2019, 162 (169); *Wathelet*, *Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17*, S. 18f.; Art. 3, 5 Abs. 1

b) Anreiz zur Verfolgung einer gesunden Haushaltspolitik

Das PSPP nehme den Mitgliedstaaten auch nicht den Anreiz, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.⁸⁶ Der EuGH betonte die vorübergehende Natur des PSPP, die Bonitätsanforderungen, die Ankaufobergrenze und die Möglichkeit, die Anleihen jederzeit wieder verkaufen, wodurch der Mitgliedstaat letztlich der Marktlogik unterworfen bleibe.⁸⁷ Die Zulassung von Anleihen mit negativer Endfälligkeitsrendite sei ebenfalls unschädlich.⁸⁸ Relevant sei auch die Verteilung der Ankäufe: Diese richtet sich nach dem Schlüssel der Kapitalzeichnung, wobei jede NZB die Anleihen von öffentlich-rechtlichen Emittenten ihres Staatsgebiets kauft. Folglich hat ein Haushaltsdefizit eine Minderung des Gewichtsanteils i.S.d. Art. 29.1 ESZB-Satzung zur Folge, wodurch weniger Anleihen des Mitgliedstaats gekauft werden, sodass dieser den Konsequenzen seiner Haushaltspolitik nicht entgehen könne.⁸⁹

c) Halten bis zur Endfälligkeit

Nach dem EuGH und dem BVerfG schließt es Art. 18.1. ESZB-Satzung nicht aus, dass Anleihen bis zur Endfälligkeit gehalten werden. Nach dem BVerfG sei dies aber ein Indiz für eine monetäre Haushaltsfinanzierung, trotz geldpolitischem Nutzen bestehe ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.⁹⁰

Hingegen geht der EuGH von keiner Pflicht zum (Wieder-)Verkauf aus.⁹¹

3. Anmerkungen und Besonderheiten des PEPP

Das BVerfG äußert erhebliche Bedenken in Bezug auf die Anwendung einzelner Garantien durch den EuGH. Es prangert (erneut) eine mangelnde nähere Prüfung und effektive gerichtliche Kontrolle an, besonders in Bezug auf die Dauer der Sperrfrist. Auch die Ablehnung einer Verpflichtung zum Verkauf sowie die

Reinvestition von Tilgungsbeträgen relativiere das unbedingte Verbot des Art. 123 Abs. 1 AEUV. Eine offenkundige Umgehung des Art. 123 Abs. 1 AEUV sei dennoch nur auf Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung festzustellen.⁹² Insofern konnte das BVerfG vor allem wegen Ankaufobergrenze von 33 % und der Verteilung der Ankäufe nach dem Kapitalschlüssel keine offensichtliche Umgehung feststellen. Problematisch erscheint, ob das PEPP den Vorgaben der Rechtsprechung, mithin Art. 123 Abs. 1 AEUV genügt. Das PEPP hat bereits erhebliche oben angeführte Auswirkungen auf die Finanzierungsbedingungen der Euro-Staaten. Diese durch die erhöhte Nachfrage und Ausweitung der Geldmenge hervorgerufenen Auswirkungen stellen indes grundsätzlich einen Teil des letztlich zur Preisstabilität führenden geldpolitischen Transmissionsmechanismus dar. Darüberhinausgehende Preis- und Emissionsbedingungen beeinflussende Eingriffe sind am strikten Verbot der monetären Staatsfinanzierung zu messen.⁹³ Maßgebend ist insofern, ob das PEPP Garantien vorsieht, die einen solchen Eingriff in die Preis- und Emissionsbedingungen ausschließen. Problematisch ist besonders, dass das PEPP die vom BVerfG für das PSPP für entscheidend erachteten Ankaufobergrenze und Verteilung der Ankäufe nach dem Kapitalschlüssel nicht aufweist. Daher könnte der mit der flexiblen Verteilung einhergehende vermehrt selektive Anleihekauf die Befürchtung nahelegen, dass die verdichtet in Anspruch genommenen NZBen die Staatsschulden ihres jeweiligen Staats monetarisieren, die Stabilität des Währungsgebiets beeinträchtigende Haftungsrisiken übernehmen und die Staaten letztlich den Konsequenzen ihrer verschlechterten Haushaltspolitik entgehen. Verstärkt würde dieser Umstand durch die fehlende

Beschluss 2015/774/EU. i.V.m. Art. 1 Beschluss 2015/2101/EU.

⁸⁶ EuGH, NJW 2019, 907 (914); a.A. Horn, Verfassungsbeschwerde v. 03.09.2015, Beschwerdeführer Lucke u.a., Rn. 337.

⁸⁷ Vgl. EuGH, NJW 2019, 907 (913f.); ErwG 7 Beschluss 2015/774/EU.

⁸⁸ Sie erweiterten die Anleihekäufe und seien nur bei stabiler Finanzlage begebbar.

⁸⁹ Vgl. EuGH, NJW 2019, 907 (913f.); BVerfG, NJW 2020, 1647 (1665); Wathelet, Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17, S. 23f.; Art. 6 Abs. 2 S. 2 Beschluss 2015/774/EU.

⁹⁰ BVerfG, NJW 2020, 1647 (1664, 1666).

⁹¹ Der EuGH betont aber die Möglichkeit des Verkaufs, EuGH, NJW 2019, 907 (914); s. Wathelet, Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17, S. 21.

⁹² BVerfG, NJW 2020, 1647 (1661, 1666f.); NJW 2016, 2473 (2487); trotz erheblicher Bedenken scheide ein Verstoß bei strikter Beachtung der „Garantien“ des EuGH aus; zur mangelnden Kontrolle Wieland, EZB, Working Papers Series, 1 (33); nach Wathelet, Schlussanträge v. 04.10.2018 – RS C-493/17, S. 19 würde die Offenlegung der Sperrfrist diese konterkarieren.

⁹³ Vgl. EuGH NJW 2019, 907 (913); NJW 2015, 2013 (2020); Goldmann, VerBlog, 2020/03/27, 1 (2f.); Cruz Vilalón, Schlussanträge v. 14.01.2015 – RS C-62/14, Rn. 259; zu den verbesserten Refinanzierungsbedingungen der Staaten S. 2f. der ZF.

ausdrückliche⁹⁴ Ankaufobergrenze. Fraglich erscheinen auch das Mindestrating der Anleihen und die vom PEPP nicht ausgeschlossene Möglichkeit, Anleihen bis zur Endfälligkeit zu halten.⁹⁵

Indes ist bei dem Halten der Anleihen gleichermaßen wie bei der Wiederanlage von Tilgungsbeträgen die geldpolitische Notwendigkeit mit der Nähe zur monetären Staatsfinanzierung auszugleichen, auch nach Auffassung des BVerfG. Ebenso kann dem ESZB zwar mangels Ankaufobergrenze eine Hauptrolle bei einer etwaigen Umschuldung zukommen, indes darf sie nicht zu einem gegen Art. 123 AEUV verstößenden Erlass führen. Maßgebend für die Rechtmäßigkeit des Haltens bis zur Endfälligkeit und einer etwaigen Schlüsselposition ist damit die Umsetzung des PEPP.⁹⁶ Überhaupt wäre zu überlegen, ob nicht wegen dem eine expansive Fiskalpolitik vieler Staaten hervorgerufenen wirtschaftlichen Schock die Anforderungen an eine solide Haushaltspolitik abgesenkt sind.⁹⁷ Auch wird im Rahmen des PEPP von vornherein verhindert, dass Anleihen von in einer verschlechterten Haushaltslage befindlichen Staaten gekauft werden, indem es Bonitätsanforderungen an die Anleihen stellt.⁹⁸ Ferner normiert auch der PEPP-Beschluss eine die Gewissheit des Ankaufs begrenzende Sperrfrist.⁹⁹ Die Ungewissheit wird verstärkt, indem nur das gesamte Volumen der Ankäufe im Rahmen des PEPP mitgeteilt wird und nicht das Volumen, das auf den Kauf von Anleihen, die von Zentralregierungen und den regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften

begeben wurden, entfällt.¹⁰⁰ Auch seine vorübergehende Natur trägt dazu bei, dass eine Gewissheit langfristig nicht gebildet werden kann und die Mitgliedstaaten bei ihrer Finanzierung der Marktlogik unterworfen bleiben.¹⁰¹ In Bezug auf das Fehlen der vom BVerfG für maßgebend erachteten Kriterien ist festzustellen, dass die fehlende Ankaufobergrenze und die flexible Verteilung über Länder und Anlageklassen hinweg die Ungewissheit des privaten Marktteilnehmers gerade verstärken, der nicht sicher sein kann, dass die von ihm erworbenen Anleihen bei der Durchführung des Wertpapiere des gesamten öffentlichen und privaten Sektors umfassenden PEPP vom ESZB angekauft werden.¹⁰² Verstärkt wird diese Ungewissheit durch das hohe Ankaufovolumen.¹⁰³ Die Vorkehrungen begrenzen die Gefahr einer monetären Staatsfinanzierung, sodass die flexible Verteilung (nur) zum störungsfreien geldpolitischen Transmissionsmechanismus beiträgt.¹⁰⁴ Damit ist trotz des Fehlens der vom BVerfG für maßgebend erachteten Kriterien unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des EZB-Rats davon auszugehen, dass sich Auswirkungen auf die Preis- und Emissionsbedingungen im Rahmen des durch die Verträge gesteckten geldpolitischen Rahmens halten, mithin den Marktteilnehmern keine Gewissheit in Bezug auf einen Ankauf vermittelt und letztlich den Mitgliedstaaten nicht der Anreiz

⁹⁴ Dennoch gilt nach Art. 4 S. 1 des Beschlusses: Notwendig- und Verhältnismäßigkeit.

⁹⁵ Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 78ff., 93.

⁹⁶ A.A. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 78, 84: Beide Möglichkeiten indizieren einen Verstoß.

⁹⁷ Statt vieler Gentsch, BKR 2020, 576 (585); Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (6).

⁹⁸ Art. 1 Abs. 2 lit. a) Beschluss 2020/440/EU verweist auf Art. 3 des Beschlusses 2020/188/EU; a.A. Boehringer/Schachtschneider, AfD im Bundestag reicht Organklage gegen Staatsfinanzierung der EZB ein, abrufbar unter: <https://www.pboehringer.de/afd-im-bundestag-reicht-organklage-gegen-staatsfinanzierung-der-ezb-ein/> (letzter Zugriff 29.05.2021); Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 9, 95, 102f., 124 stellt auf die griechischen Staatsanleihen und die Rating-Herabstufungen als Verstöße gegen Art. 123, 124, 127 Abs. 5 AEUV ab, s. EZB, Pressemitteilung vom 22.04.2020, abrufbar unter: https://www.bundesbank.de/resource/blob/831440/7f553ea1b5bf0483663b08956568765_f/mL/2020-04-22-rating-herabstufungen-download.pdf (letzter Zugriff 29.05.2021).

⁹⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 Beschluss 2020/440/EU; s. nur Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (5); Gentsch, BKR 2020, 576 (584); Hansen/Meyer, ifo Schnelldienst 2020, 37 (43).

¹⁰⁰ Art. 6 Abs. 1 Beschluss 2020/440/EU; Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (5); s. dazu auch Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 74.

¹⁰¹ S. nur Lagarde, Monetärer Dialog ECON, S. 4; Brauneck, WM 2020, 2102 (2109); a.A. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 95f., der die Unmöglichkeit eines Ausstiegs kritisiert.

¹⁰² Goldmann, VerfBlog, 2020/03/27, 1 (2); Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (5); Brauneck, WM 2020, 2102 (2109); a.A. Schachtschneider, Staatsschulden, S. 42; Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 11, 15f., 69, 72f., 81f., 84, 131f.

¹⁰³ A.A. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 88f., der darin einen umso gravierenderen Verstoß sieht.

¹⁰⁴ Vgl. nur Lane, The ECB Blog v. 05.06.2020, 1 (5f.); Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (3f.); Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 09.-10.12.2020, S. 8ff., 15ff.; Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank v. 15.-16.07.2020, S. 15ff.; s. Lagarde, Monetärer Dialog ECON, S. 4, 8, 11.

genommen wird, eine den Umständen entsprechende gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.¹⁰⁵

Das sich im Rahmen des Postulats der offenen Marktwirtschaft gemäß Art. 119 AEUV haltende PEPP umgeht somit nicht Art. 123 Abs. 1 AEUV.¹⁰⁶

IV. Verfassungsrechtliche Hürden

1. Budgetrecht des Bundestags

Nach Rspr. des BVerfG kann die Verfassungsidentität verletzt sein, wenn ein Mechanismus auf eine Haftungsübernahme für die Willensentscheidungen Dritter mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen hinausläuft, sodass der Bundestag (BT) sein Budgetrecht nicht eigenverantwortlich ausüben kann.¹⁰⁷ Die NZBen tragen ihre aus dem Ausfall der Emittenten resultierenden Verluste selbst.¹⁰⁸ Eine Ausstattungspflicht der Bundesregierung (BReg) für die Bundesbank folgt aus Art. 88 S. 1 GG. Heikel ist dabei die eine Umverteilung ermöglichende Entschädigungsmöglichkeit nach Art. 32.4. ESZB-Satzung. Im Rahmen des PSPP hat das BVerfG die Frage nach der Vereinbarkeit einer daraus folgenden Risikoteilung mit Art. 123, 125 AEUV vorgelegt und die Möglichkeit einer vollen Risikoteilung aufgezeigt, die die Verfassungsidentität verletzen könnte.¹⁰⁹ Der EuGH verwies indessen auf das Fehlen einer Risikoteilungsregelung und sah die Frage als hypothetisch an.¹¹⁰ Unter Betonung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung schloss das BVerfG aus dieser Zurückweisung eine Absage an eine zukünftige sekundär- und tertiärrechtlichen Regelung.¹¹¹ Jedenfalls sei eine solche (insb.

nachträgliche) Risikoteilung im Zuge des PSPP nicht von Art. 32.4 ESZB-Satzung gedeckt, stelle eine Kreditfazilität i.S.d. Art. 123 Abs. 1 AEUV dar, verstoße gegen Art. 125 AEUV und berühre die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestags. Das BVerfG ging dabei auf die Verluste der EZB nicht ein. Diese werden durch den allgemeinen Reservefonds und monetäre Einkünfte getragen.

Im Rahmen des PEPP erfolgen die Ankäufe des *Asset-Backed Securities Purchase* (ABSPP) durch die EZB, die des *Corporate Sector Purchase Programme* (CSPP), *Covered Bond Purchase Programme 3* (CBPP3) und des mitenthaltene PSPP (zudem) durch die NZBen. Indes enthält auch das PEPP keine Risikoteilung für diese durch die NZBen erworbenen Anleihen. Dessen Durchführung ist verfassungsrechtlich an den Vorgaben des BVerfG zu messen.¹¹²

2. Verhältnis BVerfG – EuGH

Der Ausgangspunkt des Konflikts zwischen dem BVerfG und dem EuGH ist im Geltungsgrund des Unionsrechts begründet.¹¹³ Der EuGH nimmt einen autonomen Charakter des Unionsrechts an, der Vorrang vor jeder innerstaatlichen Vorschrift beansprucht.¹¹⁴ Demgegenüber hat das BVerfG zwar den Vorrang anerkannt.¹¹⁵ Indes sieht das BVerfG diesen Vorrang zu Recht nicht als originär unionsrechtlicher Natur. Vielmehr ist seine Geltung im verfassungsrechtlich vorgesehenen Zustimmungsgesetz begründet und damit durch das Verfassungsrecht, jedenfalls durch

¹⁰⁵ Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (5f.); Letzteres Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, PE 6. – 3000 – 32/20, S. 21.

¹⁰⁶ Vgl. Lagarde, Monetärer Dialog ECON, S. 4, 8, 11, Goldmann, VerfBlog, 2020/03/27, 1 (3f.); Grund, The ECB's PEPP, Policy Brief, 1 (1, 5f., 9); Gentzsch, BKR 2020, 576 (585); für den Telos Brauneck, WM 2020, 2102 (2109); Vedder, Süddeutsche Zeitung v. 09.06.2020: Art. 222 AEUV; ebenso Gentzsch, BKR 2020, 576 (584f.); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, PE 6. – 3000 – 32/20, S. 15: Umsetzung ist entscheidend; zweifelnd Nettesheim, NJW 2020, 1631 (1634); Wegener, EuR 2020, 347 (355); Maduro, VerfBlog, 2020/5/06, 1 (4); Bobić/Dawson, VerfBlog, 2020/3/27, 1 (2); Hansen/Meyer, ifo Schnelldienst 2020, 37 (45); für einen Verstoß Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 11f., 15f., 29, 38, 52, 69, 71, 75, 94f., 126, 131f.; Kerber, Deutscher Selbstmord, S. 51, 64f., 122; Boehringer/Schachtschneider, AfD im Bundestag reicht Organklage gegen Staatsfinanzierung der EZB ein, abrufbar unter: <https://www.pboehringer.de/afd-im-bundestag-reicht-organklage-gegen-staatsfinanzierung-der-ezb-ein/> (letzter Zugriff 29.05.2021); Honsell/Roth, ZIP 2020, 1451 (1452).

¹⁰⁷ BVerfG, NJW 2017, 2894 (2904); NJW 2014, 907 (915); s. Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 131.

¹⁰⁸ Bei Anleihen intern. Emittenten (10% des PSPP) gilt: Gemeinsame Haftung.

¹⁰⁹ BVerfG, NJW 2017, 2894 (2904f.).

¹¹⁰ EuGH, EuZW 2019, 162 (172), eine Regelung bestehe nur bei intern. Emittenten.

¹¹¹ Aus der Fiktivität folge die Unzulässigkeit, BVerfG, NJW 2020, 1647 (1668).

¹¹² Zu Haftungsgefahren anderer unvermeidbarer Rettungsoptionen, Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 101.

¹¹³ Simon/Rathke, EuZW 2020, 500 (500); Kainer, EuZW 2020, 533 (533f.); Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferari/Scharf/Schnichels, EuZW 2020, 525 (526).

¹¹⁴ Seit EuGH, ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371 - Costa/E.N.E.L.; insoweit auch Lagarde, Brief an EP-Abgeordneten Sven Simon: Die EZB unterliegt nur dem EuGH.

¹¹⁵ Zu dessen Notwendigkeit Classen, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 für den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages, 1 (3); Cramer, Art. 146 GG, S. 84f.

die Verfassungsidentität, begrenzt.¹¹⁶ Die Kontrolle des BVerfG über (hinreichend qualifiziertes) kompetenzwidriges Handeln von Organen und Stellen der Union beruht auf dem Anspruch des Bürgers auf Teilhabe an der Legitimation der öffentlichen Gewalt gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sowie Art. 20 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG. Die mit der Kontrolle verbundene Auslegung und Anwendung des Unionsrechts steht in einem gewissen Widerspruch zu Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, wonach gerade der EuGH die ausschließliche Kompetenz zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts innehat.¹¹⁷ Deswegen hat das BVerfG an die Feststellung von *Ultra-vires*-Akten hohe Anforderungen gestellt. Dennoch sollte die Bezeichnung des Urteils des die EZB bestätigenden EuGH als „schlechterdings nicht nachvollziehbar“ und „objektiv willkürlich“ ein Ausnahmefall bleiben. Es birgt trotz rechtstechnischer Rechtfertigung im Grundsatz eine Gefahr für die Sicherstellung der einheitlichen Geltung des Unionsrechts. Vielmehr ist Dialogbereitschaft zwischen dem BVerfG und dem EuGH beidseitig auf Grundlage der Art. 4 Abs. 2 EUV und 267 AEUV auszubauen,¹¹⁸ auch und besonders in Bezug auf rechtsstaatliche und demokratische Strukturen in der Union.

C. Resümee

Die EZB ist trotz Unabhängigkeit an die ihr übertragenen Kompetenzen gebunden. Verzichtet sie auf Ausführungen über für die Kompetenzabgrenzung maßgebenden Umstände, verhindert sie die effektive Kontrolle der Kompetenzeinhaltung. Bestätigt der EuGH dieses vertragswidrige Verhalten, indem er Ausführungen über diese Umstände nicht verlangt, handelt er, wenn er dennoch die Kompetenzeinhaltung annimmt, mangels sachlich substantiierter Begründung „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und daher „objektiv willkürlich“. Mit dieser kontrollfreien und demokratisch nicht mehr legitimierten Machtausübung handelt der EuGH nicht nur *ultra-vires* i.S. der Kontrollrechtsprechung des BVerfG, sondern verstößt auch gegen die Verfassungsidentität.

Die Vorgaben des BVerfG haben unmittelbare Bedeutung für das PEPP: Insofern sind in dessen Rahmen die wirtschaftspolitischen Auswirkungen mit dem geldpolitischen Ziel abzuwägen. Dies ist zumindest nachträglich im EZB-Rat geschehen. Relevant ist auch die Feststellung, dass BT und BReg ihrer Integrationsverantwortung in Bezug auf das PSPP insb. aufgrund der das PEPP maßgeblich mit einbeziehenden EZB-Ratssitzung nachgekommen sind. Das PEPP verstößt gerade auch wegen seiner flexiblen Durchführung nicht gegen Art. 123 AEUV. Diese flexible Durchführung darf aber nicht zu einer vollständigen Risikoteilung führen. Dies würde ein Verstoß gegen Art. 123, 125 AEUV darstellen und die Verfassungsidentität berühren. Unter den budgetrechtlichen Vorgaben des BVerfG ist das PEPP europa- und verfassungsrechtskonform.¹¹⁹

Die Integrationsverantwortung bezieht sich (nur) auf dessen Beobachtung.

Auch wenn das BVerfG rechtstechnisch insofern den Takt vorgibt, hat es die Bedeutung künftiger Urteile für die Wirtschaft sowie die europäische Integration zu berücksichtigen und den Dialog mit dem EuGH zu suchen.

Im Kern bleibt es aber die Aufgabe des BVerfG, die Verfassungsidentität auch und besonders im europäischen Integrationsprozess zu wahren.¹²⁰

¹¹⁶ BVerfG, NJW 2016, 1149 (1151); s. nur Simon, Grenzen des BVerfG, S. 277; Huber in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 19 EUV Rn. 64; Kirchhof, NJW 2020, 2057 (2057, 2059, 2061).

¹¹⁷ Classen, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 für den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages, 1 (2f.); Simon, Grenzen des BVerfG, S. 88.

¹¹⁸ Simon, Grenzen des BVerfG, S. 272, 276f., 292; vgl. Simon/Rathke, EuZW 2020, 500 (502f.); Kahl, NVwZ 2020,

824 (826f.); s. dazu Huber, FAZ v. 12.05.2020; Van der Woude, FAZ v. 08.06.2020; Voßkuhle, DIE ZEIT v. 14.05.2020.

¹¹⁹ A.A. die Prozessvertreter Schachtschneider, Staatsschulden, S. 31f, 42, 49, 114; Kerber, Verfassungsbeschwerde gegen das PEPP, S. 29, 32, 35, 47f., 51, 71, 131; Kerber Deutscher Selbstmord, S. 51, 64.

¹²⁰ Simon, Grenzen des BVerfG, S. 278; Murswiek, ifo Schnelldienst, 22 (30); Voßkuhle, NVwZ 2010, 1 (6f.).

Grundrechtlicher Schutz von Plattformtätigkeiten

- Inhaltmoderation und Meinungskuratierung im Lichte der Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG -

Von Stud. Hilfskraft **Niko Marcel Gräser**, Marburg*

A. Einführung

Soziale Plattformen im Internet sind in der heutigen Zeit nicht mehr aus unserer Welt hinwegzudenken. Durch Liken, Teilen, Verknüpfen und vielem mehr verbindet sich beinahe die gesamte Welt zu einer einzigen internetbasierten Gesellschaft. Diese weltweit steigende Nutzung sozialer Plattformen führt unter anderem zu dem Erfordernis, sich damit zu beschäftigen, wie solche Plattformen und das Verhalten auf diesen rechtlich zu bewerten sind. Mit welcher Relevanz dieses Thema der Plattformregulierung behandelt wird, zeigen aktuelle Regelungsansätze wie das Netzwerkdurchsetzungsgesetz¹ (NetzDG) in Deutschland und die Einführung des *Digital Services Act*² (DSA) auf europäischer Ebene.

Nicht weniger interessant ist jedoch die stattfindende Tätigkeit von Plattformen in eigener Regie, bei der sie Beiträge löschen und Nutzer*innen sperren respektive fremde Inhalte verbreiten. Dadurch nehmen sie Einfluss auf das Gepräge ihrer Plattformoberflächen. Insofern stellt sich die Frage, inwieweit die Plattformen im Rahmen solcher Tätigkeiten eigenen grundrechtlichen Schutz erfahren. Dabei ist in Bezug auf den Grundrechtsschutz zuvorderst an die naheliegende Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu denken. Darüber hinaus erscheinen die in Art. 5 Abs. 1 GG verankerten Kommunikationsfreiheiten, namentlich die Meinungs- sowie die besonderen Medienfreiheiten, als weitere Möglichkeit, die meinungskuratierenden und moderierenden Tätigkeiten der Plattformen grundrechtlich zu schützen. Mit der Frage, ob Plattformen tatsächlich durch die in Art. 5 Abs. 1 GG verankerten Grundrechte bei der Löschung und Verbreitung von Inhalten sowie Sperrung von Nutzer*innen geschützt werden und welche Probleme die Vielschichtigkeit der Tätigkeiten beinhaltet, beschäftigt sich diese Arbeit.

Im Folgenden werden zunächst die Plattformen und deren Tätigkeit der Kuration und Moderation beleuchtet (B.). Es folgt eine Darstellung über die Gewährleistungsgehalte der Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten nach Art. 5 Abs. 1 GG (C.). Im Anschluss werden die Grundrechte im Hinblick auf deren möglichen Schutz der Plattformen im Einzelnen sowie die Erfassung der Plattformtätigkeit durch eine einheitliche Medienfreiheit behandelt (D.). Abschließend werden die Ergebnisse um die Gewährleistung von Meinungskuratierung und Inhaltmoderation durch die Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten in einem Fazit zusammengefasst (E.).

B. Kuratierende und moderierende Tätigkeiten sozialer Plattformen

Um eine Einordnung der Meinungskuratierung und Inhaltmoderation vornehmen zu können, muss zunächst auf die einzelnen dafür relevanten Begriffe im Bereich der Plattformen und derer Tätigkeiten eingegangen werden.

I. Der Begriff der Plattform und ihre Rolle als Intermediär

Der Begriff Plattform stellt einen Oberbegriff hinsichtlich einer Infrastruktur dar, die für eine Vielzahl von Personen für ein bestimmtes Angebot zusammen genutzt wird und bereits vor dem Internet existierenden Angebote wie Marktplätze, Messen, Verlage und Ähnliches erfasst.³ Im digitalen Bereich ist unter einer Plattform das Verknüpfen mehrerer Nutzer*innen in einem mehr oder weniger geschlossenen System zu bestimmten, teils stark divergierenden Diensten zu verstehen.⁴

Ein Gebiet dieser Plattformen spiegeln die sog. sozialen Medien wider. Soziale Medien, teils synonym verwendet auch soziale Netzwerke, sind von Nutzer*innen gemeinsam genutzte Dienste, bei denen es um den Aufbau sozialer Kontakte und den damit

* Der Verfasser ist studentische Hilfskraft an der Qualifikationsprofessur für Öffentliches Recht und Recht der Digitalisierung bei Herrn Prof. Dr. *Johannes Buchheim*, LL.M. (Yale) an der Philipps-Universität Marburg. Die Seminararbeit wurde im Seminar „*Rechtsfragen der Regulierung sozialer Medien*“ bei Prof. Dr. *Johannes Buchheim*, LL.M.

(Yale) im Wintersemester 2022/2023 verfasst und mit 16 Punkten bewertet.

¹ BGBl. I. 2017, S. 3352.

² VO (EU) 2022/2065.

³ Engert, AcP 218 (2018), 304 (305 f.).

⁴ Raue, JZ 2018, 961.

einhergehenden Austausch, das Empfehlen und Bewerten von Informationen in Form von Text, Bild, Bewegtbild und Audio geht.⁵ Im Bereich der sozialen Medien ist wiederum eine Fülle an Angeboten vorhanden, die unter anderem in soziale Netzwerke im engeren Sinne, Social Sharing, Blogs, Microblogs, Wikis und Bewertungsportale unterteilt werden.⁶ Das wohl immer noch bekannteste soziale Netzwerk ist *Facebook*⁷, neben dem seit einiger Zeit weitere nicht weniger relevante Netzwerke wie *LinkedIn*⁸ oder *Instagram*⁹ stehen. Zu den Microblogs ist unter anderem *Twitter*¹⁰ zu zählen. Aufgrund der doch teils sehr unterschiedlichen Darstellungsformen und inhaltlichen Schwerpunkte einzelner Plattformen wird sich auf die sozialen Medien (im Folgenden synonym auch als [soziale] Plattformen bezeichnet) konzentriert.

Die Plattformen nehmen bezüglich der Inhalte zwischen den Anbieter*innen und Nutzer*innen eine Vermittler*innenrolle ein, die als (Medien-)Intermediär bezeichnet wird.¹¹ Dabei geht es den Plattformen nicht um die Produktion eigener Inhalte, sondern vielmehr um eine algorithmenbasierte Strukturierungs- und Kontrollfunktion, weshalb diese Plattformen auch als *Gatekeeper* bezeichnet werden.¹²

II. Meinungskuratierung und Inthaltungsmoderation

In dieser Rolle als *Gatekeeper* und Vermittler*innen lassen sich zwei Aufgabengebiete sozialer Plattformen feststellen, die Meinungskuration und Inthaltungsmoderation. Der Begriff der (Meinungs-)Kuration bezeichnet die Vorgehensweise bezüglich der (Nicht-)Zulassung von Nutzer*innen sowie der (Nicht-)Anzeige einzelner Inhalte ebendieser.¹³ Durch diese Sortierung der unbestimmten Vielzahl an Informationen soll die Plattformoberfläche so

nutzer*innenfreundlich wie möglich gestaltet werden. Die Darstellungen der relevanten Informationen sowie aktuellen Aktivitäten Anderer werden sodann in einer individuell erstellten Plattformoberfläche abgebildet, dem sog. *Newsfeed*.¹⁴

Daneben steht die Inthaltungsmoderation. Hierbei geht es insbesondere um die Löschung von Beiträgen und Sperrung von Nutzer*innenkonten auf sozialen Netzwerken und anderen Plattformen.¹⁵ Die Aufstellung von Standards, aufgrund dessen die Inhalte verwaltet und Nutzer*innen gesperrt werden können, findet in der Regel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) statt.¹⁶

Im Gegensatz zur Meinungskuration, die grundsätzlich auf Basis von algorithmenbasierten und automatisierten Filter- und Strukturierungsmechanismen abläuft, beinhaltet die Moderation häufig noch einen großen Anteil an manueller Steuerung, bei der nach Prüfung das weitere Vorgehen bezüglich der Inhalte festgelegt wird.¹⁷ Doch auch in diesem Bereich zeichnet sich eine fortlaufende Automatisierung der Abläufe ab.¹⁸

Wegen der sich stark ähnelnden Aufgaben und Abläufe ist es nicht möglich, immer eine klare Abgrenzung beider Begriffe vorzunehmen. Vielmehr verschwimmen häufig die Grenzen von Moderation und Kuration und werden teils synonym verwendet.¹⁹

Dennoch bedarf es hinsichtlich der Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten einer anhand der verschiedenen Merkmale der Tätigkeitsformen orientierten differenzierten Analyse. In dieser Arbeit wird behandelt, inwiefern eine Zuordnung nach klassischen Kategorien möglich ist und ob eine Anpassung der Freiheiten vorgenommen werden muss.

⁵ *Hohlfeld/Godulla/Planer*, in: *Hornung/Müller-Terpitz* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, 2. Aufl. 2021, Kap. 2 Rn. 7; *Schwartmann/Ohr*, *Recht der sozialen Medien*, 2015, Rn. 1.

⁶ *Koreng*, *Zensur im Internet*, 2010, S. 47 f.; *Schwartmann/Ohr*, *Recht der sozialen Medien*, 2015, Rn. 7 ff.; näher Ausführungen zu den einzelnen sozialen Medien bietet *Bock*, *Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet*, 2018, S. 17 ff.

⁷ www.facebook.com.

⁸ www.linkedin.com.

⁹ www.instagram.com.

¹⁰ twitter.com.

¹¹ *Kühling*, in: *BeckOK InfoMedienR*, GG, 37. Edition 2022, Art. 5 Rn. 8 (Stand: 1.11.2021).

¹² *Kühling*, in: *BeckOK InfoMedienR*, GG, 37. Edition 2022, Art. 5 Rn. 8, 99d (Stand: 1.11.2021); *Raue*, *JZ* 2018, 961; *Sunyaev/Schmidt-Kraepelin/Thiebes*, in:

Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, 2. Aufl. 2021, Kap. 3 Rn. 9.

¹³ *Parker/Van Alstyne/Choudary*, *Die Plattform-Revolution*, 2017, S. 37 (aus dem Englisch übersetzt von mitp Verlags GmbH & Co. KG); *McColgan*, *RDi* 2021, 605 (609); *Ingold*, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 125 (127).

¹⁴ *Augsberg/Petras*, *JuS* 2022, 97 (107); *Pille*, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*, 2016, S. 134.

¹⁵ *McColgan*, *RDi* 2021, 605 (609); näher zu den einzelnen Arten s. *Schiedermair/Weil*, *DÖV* 2022, 305 (306 f.).

¹⁶ *BGH*, *NJW* 2021, 3179 (3185); *BGH*, *Urt. v. 29.7.2021 - III ZR 192/20 -*, juris (Rn. 70 ff.).

¹⁷ *McColgan*, *RDi* 2021, 605 (609).

¹⁸ *Schiedermair/Weil*, *DÖV* 2022, 305 (307).

¹⁹ Vgl. ua *Elkin-Koren/De Gregorio/Perel*, *Iowa Law Review* 2022, 987 (995 ff.) m.w.N.

C. Die Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG

Bei sämtlichen Überlegungen, wie Kuration und Moderation unter Art. 5 Abs. 1 GG gefasst werden können, ist zuallererst zu beachten, was die sachlichen Schutzbereiche der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (I.) und der besonderen Medienfreiheiten nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (II.) umfassen und wie sich die Meinungsfreiheit zu den besonderen Medienfreiheiten abgrenzt (III.).

I. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten.

Unter einer Meinung wird ein Werturteil verstanden, welches durch „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung“²⁰ bestimmt wird. Für die Eröffnung des Schutzbereichs spielt es keine Rolle, ob die Äußerung emotional oder rational, wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch ist.²¹ Neben Werturteilen stehen Tatsachenbehauptungen, die dadurch geprägt sind, dass sie wahr oder falsch sein können.²² Sie stellen daher im engeren Sinne keine Meinungsäußerung dar und sind nur dann vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst, wenn sie als Voraussetzung der Bildung von Meinungen dienen bzw. mit diesen verbunden sind.²³ Bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen werden hingegen als nicht schützenswert angesehen.²⁴

Als Verhaltensweisen umfasst Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG das Äußern und Verbreiten. Gewährleistet wird grundsätzlich jede Form der Äußerung.²⁵ Die ausdrücklich genannten Medien Wort, Schrift und Bild sind als beispielhafte Aufzählung anzusehen und nicht abschließend.²⁶

Zudem ist es möglich, sich eine fremde Meinung als eigene zurechnen zu lassen, sofern es an einer eigenen, ernsthaften Distanzierung fehlt.²⁷ Unter das Zu-Eigen-Machen ist daher vor allem zu fassen, wenn eine fremde Äußerung mit einer eigenen Aussage verbunden wird.²⁸ Daneben kann als Schutz des Kommunikationsprozesses auch die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung von der Meinungsfreiheit geschützt sein.²⁹ Das gilt unabhängig davon, ob sich der*die Mitteilende diese zu eigen macht oder in eine eigene Stellungnahme einbettet, sofern es sich nicht nur um schlichte technische Verbreitung handelt.³⁰

Von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird auch die Freiheit gewährleistet, seine Meinung nicht zu äußern respektive zu verbreiten (negative Meinungsfreiheit).³¹

II. Besondere Medienfreiheiten, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

1. Pressefreiheit

Die Pressefreiheit wird durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG geschützt. Unter Presse sind alle Druckerzeugnisse zu verstehen, die für die Verbreitung an die Allgemeinheit geeignet und bestimmt sind.³² Die Verbreitung durch Druckerzeugnisse grenzt insofern die Pressefreiheit gegenüber den anderen Medienfreiheiten ab.³³ Gewährleistet wird die Gründung und Gestaltung von Presseerzeugnissen, wobei die Gestaltungsfreiheit sich sowohl auf die inhaltliche als auch auf die formelle Gestaltung bezieht.³⁴ Die Pressefreiheit schützt daneben alle im Pressewesen tätigen Personen im Rahmen ihrer Arbeit, die institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sowie die freie Presse als Institution.³⁵ Auf die Seriosität und Ernsthaftigkeit dieser sowie ihrer Druckerzeugnisse kommt es dabei nicht an.³⁶ Umfasst wird

²⁰ BVerfGE 61, 1 (7 f.); 65, 1 (41).

²¹ BVerfGE 33, 1 (14); 61, 1 (7).

²² *Bethge*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 28; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 768.

²³ BVerfGE 61, 1 (8 f.); 90, 241 (247).

²⁴ BVerfGE 61, 1 (8); 85, 1 (15).

²⁵ BVerfGE 54, 129 (138 f.); 60, 234 (241).

²⁶ *Bethge*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 44; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 67, 75; *a.A. Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 40, der ein weites Verständnis der aufgezählten Begriffe als ausreichend ansieht.

²⁷ BVerfG, NJW 2004, 590 (591); BGH, NJW 1996, 1131 (1132).

²⁸ BVerfG, NJW 2004, 590 (591); s. auch BGH, NJW 1976, 1198 (1199 f.).

²⁹ BVerfG, NJW-RR 2010, 470.

³⁰ BVerfG, NJW-RR 2010, 470 (471).

³¹ BVerfGE 65, 1 (40); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 775; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 74.

³² *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 783; *Manssen*, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, Rn. 414.

³³ *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, 2002, S. 181 f.

³⁴ BVerfGE 97, 125 (144).

³⁵ BVerfGE 85, 1 (12 f.).

³⁶ BVerfGE 34, 269 (283); *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 98. EL 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 241 (Stand: März 2022).

alles von der Informationsbeschaffung bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen.³⁷

In den Schutzbereich der Pressefreiheit werden ferner pressespezifische Hilfstätigkeiten einbezogen, sofern ein ausreichender Inhaltsbezug zur Pressetätigkeit als solche besteht.³⁸ Das ist insbesondere bei presseinternen Hilfstätigkeiten der Fall, die im Presseunternehmen organisatorisch eingegliedert sind.³⁹ Handelt es sich um presseexterne Tätigkeiten, kommt der Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nur in Betracht, „wenn eine selbständig ausgeübte, nicht die Herstellung von Presseerzeugnissen betreffende Hilfstätigkeit typischerweise pressebezogen ist, in enger organisatorischer Bindung an die Presse erfolgt, für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist und wenn sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirkt“.⁴⁰ Die Presse-Grossist*innen dienen hier als Beispiel, die als Verteiler*innen zwischen dem Verlag und den Einzelhändler*innen einen solchen ausreichenden Inhaltsbezug besitzen.⁴¹

Eine Grundrechtsberechtigung kommt insoweit allen Presseunternehmen und im Pressewesen tätigen Personen zu, etwa Verleger*innen, Redakteur*innen oder Journalist*innen.⁴²

2. Rundfunkfreiheit

a) Begriff und Umfang

Von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird überdies die Rundfunkfreiheit gewährleistet (Var. 2). Zum klassischen, linearen Rundfunk zählen der Hörfunk sowie der Fernseh Rundfunk.⁴³ Eine statische Definition des Rundfunkbegriffs gibt es indes nicht.⁴⁴ Sein Gepräge erhält er durch die Verbreitung oder Veranstaltung drahtloser oder drahtgebundener, an die Allgemeinheit gerichteter Darbietungen aller Art auf Basis elektromagnetischer Wellen.⁴⁵ Dieser Begriff ist jedoch wandelbar und im Hinblick auf die Entwicklung neuer Technik dynamisch zu verstehen.⁴⁶ Als ein wesentliches Abgrenzungskriterium zu den anderen

Medienfreiheiten dient hierbei die Darbietung auf Basis elektromagnetischer Wellen.⁴⁷ Das führt aber nicht gleichzeitig zur Eröffnung des Schutzbereichs, sondern ist in Abgrenzung mit den Kriterien etwa der Presse- oder Meinungsfreiheit zu betrachten.⁴⁸

Die Rundfunkfreiheit ist wie die Pressefreiheit für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung unabdingbar und umfasst daher ebenfalls alles von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung von Nachrichten und Meinungen inklusive der dazu erforderlichen und diesem Medium spezifischen, technischen Mittel.⁴⁹ Das gilt unabhängig davon, ob es sich bei der Sendung um eine reine Berichterstattung, Nachrichten oder eine andere Art der Verbreitung von Meinungen, etwa eine Musiksendung, handelt.⁵⁰

Aufgrund seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft ist der Rundfunk unter den Medien besonders hervorzuheben, da von seiner Vermittlungsfunktion im Bereich moderner Massenkommunikation die Normzielerreichung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG maßgeblich abhängt.⁵¹

Da es vor allem um Programmfreiheit und die Sicherung vor externen Einflüssen geht, sind alle natürlichen und juristischen Personen, die Rundfunk veranstalten, grundrechtsberechtigt, gleichgültig, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Rechtsform handelt und sie sich kommerziell oder gemeinnützig betätigen.⁵²

b) Dienende Freiheit

Nach der Rechtsprechung des BVerfG stellt die Rundfunkfreiheit kein Grundrecht dar, welches den Grundrechtsberechtigten lediglich ein subjektives Recht zur Persönlichkeitsentfaltung und Verfolgung ihrer Interessen gewährt.⁵³ Bei der Rundfunkfreiheit handelt es sich eher um eine aus subjektiv- und objektivrechtlichen Elementen bestehende, der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dienende Freiheit.⁵⁴ Neben dem bereits oben erwähnten Schutz vor äußeren Einflüssen als abwehrenden Bestandteil benötigt es

³⁷ BVerfGE 10, 118 (121); 20, 162 (176).

³⁸ BVerfGE 77, 346 (354).

³⁹ BVerfGE 77, 346 (354).

⁴⁰ BVerfGE 77, 346 (354).

⁴¹ BVerfGE 77, 346 (354 f.).

⁴² BVerfGE 20, 162 (175).

⁴³ BVerfGE 12, 205 (226).

⁴⁴ BVerfGE 74, 297 (350); *Bethge*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 90.

⁴⁵ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 47; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 99.

⁴⁶ BVerfGE 74, 297 (350).

⁴⁷ *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, 2002, S. 182; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 47.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 152, 152 (193 f.).

⁴⁹ BVerfGE 91, 125 (134 f.); 119, 309 (318 f.).

⁵⁰ BVerfGE 35, 202 (222).

⁵¹ BVerfGE 90, 60 (87).

⁵² BVerfGE 59, 231 (258); 90, 60 (87); 95, 220 (234); 97, 298 (310).

⁵³ BVerfGE 87, 181 (197).

⁵⁴ BVerfGE 57, 295 (320); 87, 181 (197).

eine positiv ausgestaltete Ordnung, um die Meinungsvielfalt innerhalb des Rundfunks in Breite und Vollständigkeit zu gewährleisten.⁵⁵ Insoweit ist der Gesetzgeber in der Pflicht, an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientierte materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen zu schaffen, wobei er im Rahmen der Ausgestaltung weitgehende Freiheit genießt.⁵⁶ Das Ziel muss jedoch auf der Förderung und angemessenen Berücksichtigung der von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Interessen liegen.⁵⁷ Im etablierten dualen System⁵⁸ verlangt das BVerfG zwar aufgrund von Missbrauchsrisiken und der Gefahr einseitiger Einflussnahme auch eine Ausgestaltung des privaten Rundfunks, die bei Sicherung des Rundfunkauftrags aber niedrigere Anforderungen beinhalten kann.⁵⁹

3. Filmfreiheit

Die Filmfreiheit (Var. 3) schützt ursprünglich den Film als die Vorführung eines chemisch-optischen Bildträgers in der Allgemeinheit.⁶⁰ Wegen der Entwicklungsoffenheit sind aber ebenso elektronische Bild-Ton-Träger umfasst und es kann auf eine öffentliche Aufführung verzichtet werden, sofern der Film an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtet ist.⁶¹ Da die Filmfreiheit indes keine besondere Rolle spielt, wird auf nähere Ausführungen verzichtet.

III. Abgrenzung der Meinungsfreiheit zu den besonderen Medienfreiheiten

Im Anschluss an die Darstellung der Grundrechte müssen die Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten knapp voneinander abgegrenzt werden. Die Relevanz dieser Abgrenzung ergibt sich vor allem aus der unterschiedlichen Grundrechtsberechtigung und Ausgestaltungsdogmatik der besonderen Medienfreiheiten im Vergleich zur Meinungsfreiheit.⁶²

Insbesondere ist die Differenzierung zwischen Individual- oder Massenkommunikation entscheidend.⁶³ Während die an bestimmte Personen verbreitete

Individualkommunikation von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt wird, gewährleisten die Medienfreiheiten massenkommunikative Verbreitungen, die an einen unbestimmten Adressat*innenkreis gerichtet sind.⁶⁴ Die Medienfreiheiten stellen dabei nicht nur einen Unterfall der Meinungsfreiheit dar, sondern besitzen eine über die Meinungsfreiheit hinausgehende Eigenständigkeit, in der der einzelne Inhalt als Meinungsäußerung weiterhin von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt wird.⁶⁵

D. Moderation und Kuration unter Art. 5 Abs. 1 GG

Abgesehen von der Frage, welchen Schutz die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten, ist zu thematisieren, ob und inwiefern die Tätigkeiten sozialer Plattformen von diesen einzelnen Freiheiten erfasst werden. Diesbezüglich soll zunächst darauf eingegangen werden, inwieweit der Schutzbereich der Meinungsfreiheit im Rahmen von Moderation und Kuration eröffnet ist (I.). Sodann wird untersucht, ob die Plattformtätigkeiten als Presse oder Pressehilfstätigkeit zu qualifizieren sind (II.) oder von der Rundfunkfreiheit geschützt werden (III.). Abschließend wird die Alternative einer einheitlichen Medienfreiheit problematisiert (IV.).

Die Anwendbarkeit der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG auf soziale Plattformen in persönlicher Hinsicht ist insofern dann zu bejahen, wenn es sich um eine inländische juristische Person handelt, vgl. Art. 19 Abs. 3 GG. Das Gleiche gilt aufgrund der vertraglichen Gewährleistung der europäischen Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) für juristische Personen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU).⁶⁶ Plattformen sind juristische Personen und somit, etwa als Tochtergesellschaften von US-amerikanischen Muttergesellschaften,

⁵⁵ BVerfGE 57, 295 (320); 87, 181 (198).

⁵⁶ BVerfGE 57, 295 (320); 87, 181 (198).

⁵⁷ BVerfGE 97, 228 (267); 121, 30 (59).

⁵⁸ Vgl. zu dem Begriff BVerfGE 87, 181 (199); 119, 181 (214).

⁵⁹ BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (158 f.); 83, 238 (316); zu den einzelnen Anforderungen an private Rundfunkanstalten vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 797 ff. m.w.N.

⁶⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 111.

⁶¹ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 98. EL 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 969 (Stand: März 2022);

Jarass, in: *Jarass/Pierorth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 61.

⁶² Vgl. dazu oben, C.II.

⁶³ *Jarass*, in: *Jarass/Pierorth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 1.

⁶⁴ BT-Drucks. 17/12542, S. 13.

⁶⁵ BVerfGE 10, 118 (121); 85, 1 (12 f.) zur Pressefreiheit; dagegen *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 5.

⁶⁶ BVerfGE 154, 152 (206); BGH, NJW 2021, 3179 (3186 f.); BGH, Urt. v. 29.7.2021 - III ZR 192/20 -, juris (Rn. 82).

zumindest mit Sitz in der EU persönlich vom Schutzbereich erfasst. Im Übrigen herrscht ein Diskurs über die Anwendbarkeit der Grundrechte auf Plattformen, die auch teilweise nicht in der EU sitzen.⁶⁷

Festzuhalten ist ebenfalls, dass die Anwendbarkeit der Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten bei der Verbreitung in Form von Daten nicht per se ausgeschlossen ist.⁶⁸

I. Meinen durch Kuratieren und Moderieren

Bezüglich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gibt es mehrere Varianten, inwiefern die Meinungskuratierung und Inhaltsmoderation erfasst werden könnten.

Aufgrund der unterschiedlichen Ebenen innerhalb der EU sowie im Vergleich zu den USA weist das Thema zudem eine hohe internationale Brisanz auf.⁶⁹ Im Folgenden wird sich jedoch aufgrund der hier gegebenen umfangreichen Probleme auf nationales Verfassungsrecht konzentriert.

1. Eigene Meinungsäußerungen von Plattformen

Ohne Weiteres ist von einer Meinungsäußerung auszugehen, wenn die Plattform eine eigene Stellungnahme äußert oder verbreitet. Das wird im Rahmen der Meinungskuratierung und Inhaltsmoderation aber selten der Fall sein, da die sozialen Medien vielmehr auf bereits vorhandene Äußerungen von Nutzer*innen zu bestimmten Inhalten einwirken, um ihre durch AGB festgelegten Standards durchzusetzen.⁷⁰

Fehlt eine eigene Äußerung, müssen Plattformen einen inhaltlichen Bezug zu den kuratierten und moderierten Inhalten aufweisen.⁷¹ Ein solcher Inhaltsbezug lässt sich bei der Vornahme von Löschungen annehmen.⁷² Die Plattformen geben so ihre Meinungen kund, dass sie die von diesem*r Nutzer*in geäußerten Inhalte nicht teilen. Damit ist ein hinreichender negativ konnotierter Bezug zu der fremden Äußerung hergestellt, der ein Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens beinhaltet und es erlaubt, diese Art der Moderation als eigene Meinung zu qualifizieren. Das

lässt sich im Ergebnis ebenfalls auf die Sperrung von Nutzer*innen übertragen, bei denen es meist als *ultima ratio* um die Reaktion auf mehrfache Verstöße gegen die festgelegten Regeln geht.⁷³ Hierin ist somit gleichermaßen ein Werturteil zu sehen.

2. Zu-Eigen-Machen fremder Äußerungen

Weitaus problematischer ist die Einordnung der Verbreitung von Inhalten, etwa innerhalb des vom Netzwerk erstellten *Newsfeeds*, also die Meinungskuration.

Im Rahmen dieser Tätigkeit steht die Einwirkung auf fremde Inhalte im Fokus, um potenzielle Interessen der Nutzer*innen abzubilden und damit die Attraktivität der Plattformoberfläche zu steigern, nicht jedoch das für das Zu-Eigen-Machen verlangte Verbreiten ganz bestimmter Meinungen.⁷⁴ Denn die sozialen Medien selektieren nicht nur einen Kreis an Informationen, sondern prinzipiell alle dort vorhandenen Inhalte. Damit verhindern sie, dass den Nutzer*innen eine Flut an Informationen zukommt, die nicht ihren Neigungen entsprechen. Von den Plattformen gesondert ausgewählte, mithin bestimmte Meinungen werden indes nicht verbreitet. Eine auf die Verbreitung jeglicher Inhalte gerichtete Kuration reicht infolgedessen für ein Zu-Eigen-Machen fremder Äußerungen nicht aus und dürfte von den sozialen Medien im Hinblick auf unter anderem haftungsrechtliche Folgen auch nicht gewollt sein.

3. Schutz des Kommunikationsprozesses

Um die Kuratierung von der Meinungsfreiheit erfassen zu können, obwohl eine Qualifikation als eigene Meinung oder Zu-Eigen-Machen fremder Äußerungen ausscheidet, wird unter anderem vom BGH vertreten, diese Plattformtätigkeit als Kommunikationsprozess durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu schützen. Die Plattform diene für die Nutzer*innen als unabdingbare Mittelsperson.⁷⁵ Daher könne die Verbreitung fremder Meinungen oder Tatsachenbehauptungen etwa durch Facebook und mithin ihre Kuration von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst sein, wenn weder ein Zu-Eigen-

⁶⁷ Vgl. dazu Gostomzyk, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 109 ff.; Ingold, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 125 (131 ff.); Müller-Terpitz, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 45 (51 ff.); Schiedermaier/Weil, *DÖV* 2022, 305 (307 f.).

⁶⁸ Vgl. Bock, *Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet*, 2018, S. 146.

⁶⁹ Vgl. Schiedermaier/Weil, *DÖV* 2022, 305 (312 f.).

⁷⁰ So auch Pille, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*, 2016, S. 178.

⁷¹ BT-Drucks. 17/12542, S. 16; Pille, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*, 2016, S. 177 f.

⁷² S. dazu Pille, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*, 2016, S. 178; Adelberg, *Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke*, 2020, S. 49.

⁷³ Schiedermaier/Weil, *DÖV* 2022, 305 (310).

⁷⁴ S. BVerfGE 152, 216 (257 f.) zu Suchmaschinen im Rahmen von Art. 11 GRCh.

⁷⁵ BGH, *NJW* 2015, 482 (492); *NJW* 2018, 1884 (1886); *NJW* 2021, 3179 (3187); Schröder, *VerwArch* 2010, 205 (214).

Machen noch eine eigene Meinungskundgabe vorliege.⁷⁶ Der geforderte Inhaltsbezug zu dem Kommunikationsprozess wird durch das Aufstellen von Verhaltensregeln im Rahmen der Gemeinschaftsstandards begründet, die vorschreiben, was auf der Plattform erlaubt ist und was nicht.⁷⁷

Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Meinungskuratierung findet in der Regel automatisiert durch programmierte Algorithmen statt.⁷⁸ Zum Teil wird angenommen, die Person verliere den Schutz aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auch bei der Anwendung von Algorithmen nicht, nur weil sie die Meinungskundgabe automatisiere.⁷⁹ Reines Verbreiten soll aber gerade vom Schutzbereich umfasst werden, um das Informieren über andere Äußerungen zu ermöglichen, etwa weil diese besonders hervorzuheben sind, aufgrund gleichlaufender Überzeugung oder entgegenstehender Ansichten.⁸⁰ Der Bezug der Kommunikationsregeln zum kuratierten Inhalt reicht dafür nicht aus.⁸¹ Nach einer Festlegung der auf der Plattform geltenden Standards werden diese in einem Algorithmus automatisiert, der sodann anhand dessen Kurationen vornimmt und diese am konkreten Kommunikationsprozess technisch umsetzt.⁸² Dadurch entfernt sich die Position der dahinterstehenden Personen zu diesem und den darin stattfindenden fremden Äußerungen. Allein in den abstrakten Verhaltensregeln ist insofern keine ausreichende geistige Auseinandersetzung bezüglich des kuratierten Kommunikationsprozesses wiederzufinden.⁸³ Das algorithmische Sortieren genügt mithin nicht, um darin einen ausreichenden Inhaltsbezug und irgendwie geartetes der Plattform zu-rechenbares Element des Meinens zu erkennen. Die Plattformtätigkeit wird daher nicht über den Schutz des Kommunikationsprozesses von der Meinungsfreiheit erfasst.

Es ist demnach festzuhalten, dass zwar die Inthetmoderation als eigene Meinung der sozialen Medien durch die Meinungsfreiheit geschützt ist. Im Gegensatz dazu ist die Kuratierung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

hingegen nicht umfasst, weshalb eine weitergehende Erörterung im Hinblick auf die besonderen Medienfreiheiten unerlässlich ist.

II. Kuratierung und Moderation unter der Pressefreiheit

Bedeutsam ist deshalb, ob und inwiefern der Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eröffnet ist.

1. Soziale Plattformen als Presse

Die Plattformtätigkeit könnte als solche durch die Pressefreiheit geschützt sein. Es handelt sich bei Inhalten im Internet jedoch um keine Druckerzeugnisse, sodass die Eröffnung des Schutzbereichs anhand des klassischen Pressebegriffs bereits zu verneinen ist, der nur das Herstellen oder Verbreiten von Druckerzeugnissen schützt.⁸⁴

Die Qualifizierung von Plattformen als Presse scheitert aber selbst dann, wenn unter Annahme eines weiten Pressebegriffs auch die Veröffentlichungen in Online-Medien von der Pressefreiheit erfasst werden.⁸⁵ Auf der einen Seite stellt das Verbreiten fremder Inhalte sowie das Löschen von Beiträgen oder Sperren von Nutzer*innen keine Herstellung oder Verbreitung eigener Presseerzeugnisse dar. Auf der anderen Seite verfügen die sozialen Medien über ein zu differenziertes Angebot an verschiedenen Darstellungsformen (Text, Bild und Video), sodass eine Reduzierung auf die von der Pressefreiheit lediglich erfassten verschriftlichten Inhalte nicht sachgerecht ist.⁸⁶ Eine Einordnung sozialer Plattformen als Presse kann demnach nicht vorgenommen werden.

2. Plattformtätigkeit als Pressehilfstätigkeit

In Betracht könnte ferner eine Übertragung der Grundsätze der Presse-Grosso-Entscheidung des BVerfG⁸⁷ bezüglich pressebezogener Hilfstätigkeit auf die Kuratierung und Moderation der Plattformen kommen. Die Tätigkeiten sozialer Medien sind als

⁷⁶ BVerfG, NJW-RR 2010, 470; BGH, NJW 2021, 3179 (3187).

⁷⁷ BGH, NJW 2021, 3179 (3187); BGH, Urt. v. 29.7.2021 - III ZR 192/20 -, juris (Rn. 86).

⁷⁸ Schiedermaier/Weil, DÖV 2022, 305 (307).

⁷⁹ Gersdorf, MMR 2017, 439 (444).

⁸⁰ BVerfG, NJW-RR 2010, 470.

⁸¹ Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 49; Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 178 f.

⁸² So auch Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 178 f.

⁸³ Augsberg/Petras, JuS 2022, 97 (106).

⁸⁴ Vgl. zu dem Begriff oben, C.II.1.

⁸⁵ Vgl. zu der Diskussion BVerfG, NJW 2017, 1537 (1538); Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 37 f.; Gersdorf, BayVBl. 2015, 625 (627); Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 98. EL 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 268 (Stand: März 2022); Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers, Die digitale Dimension der Grundrechte, 2015, S. 142 f.

⁸⁶ S. Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 50.

⁸⁷ BVerfGE 77, 346.

presseextern anzusehen, sodass die vom BVerfG aufgestellten besonderen Voraussetzungen⁸⁸ vorliegen müssten. Sowohl der typische Pressebezug als auch die Notwendigkeit für das Funktionieren einer freien Presse sind indes nicht gegeben. Zwar ist davon auszugehen, dass Pressetätige soziale Medien nutzen, um ihre Erzeugnisse weiter zu verbreiten und schöpfen insoweit Vorteile aus der Kuratierung und Moderierung der Plattformen. Unter diesem Aspekt könnte angenommen werden, dass soziale Medien Hilfstätigkeiten für die Presse ausüben. Die wenigsten Nutzer*innen sind jedoch von der Pressefreiheit geschützt. Vielmehr handelt es sich bei den unterschiedlichen Inhalten auf sozialen Plattformen in aller Regel nicht um Presseerzeugnisse oder deren Verbreitung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, sondern um einfache Meinungsäußerungen anderer/privater Nutzer*innen.⁸⁹ Ebenso ist das Kuratieren und Moderieren für die freie Presse nicht unbedingt notwendig, da sie neben den Druckerzeugnissen zumeist ihre eigenen Webseiten betreiben und Plattformen vor allem zur Reichweitenmaximierung nutzen. Meinungskuratierung und Inhaltmoderation erfolgen ferner nicht in enger organisatorischer Bindung an die Presse, sodass bezüglich der Plattformtätigkeit nicht an die oben genannte Presse-Grosso-Entscheidung angeknüpft werden kann.

Die Tätigkeiten sozialer Medien können demnach nicht als Presse oder Pressehilfstätigkeit qualifiziert werden.

III. Plattformen und ihre Tätigkeiten als Rundfunk

Wegen der fehlenden Eröffnung des Schutzbereichs der Pressefreiheit ist es umso naheliegender und plausibler, dass die Kuration und Moderation durch die Rundfunkfreiheit gewährleistet werden.

1. Übertragung der Anforderungen des Rundfunkbegriffs

Angesichts des dynamischen Rundfunkbegriffs steht die Andersartigkeit der sozialen Medien und ihrer Tätigkeiten im Vergleich zu dem klassischen Hörfunk und Fernsehrundfunk der Anwendung der Anforderungen prinzipiell nicht entgegen.⁹⁰

a) Allgemeinerichtetheit, elektronischer Verbreitungsweg und Darbietung

Von der Allgemeinerichtetheit kann ohne Weiteres ausgegangen werden. Denn das Verbreiten sowie Entfernen von Inhalten ist auf das Aufbereiten der relevanten und erlaubten Interessen der Nutzer*innen, mithin der aktiven Öffentlichkeit, gerichtet. Das gilt insbesondere trotz des Erfordernisses einer Anmeldung.⁹¹ Ebenso findet die Kuration und Moderation im Internet auf Basis elektromagnetischer Wellen statt, sodass die Tätigkeiten als Verbreitungsart vom Rundfunkbegriff gedeckt sind.

Erfüllt sein muss ferner das Merkmal der Darbietung. Das Augenmerk der sozialen Medien wie *Facebook* liegt nicht auf dem Austausch von individuellen Nachrichten, sondern auf dem Teilen von Beiträgen gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Nutzer*innen. Durch das Verbreiten von Inhalten auf Basis von algorithmisch ermittelten Interessen wird die Allgemeinheit mit den auf sie zugeschnittenen Informationen bedient.⁹² Löschungen und Sperrungen führen dazu, dass durch die Plattform und im Rahmen ihrer Gemeinschaftsstandards nicht erwünschte Inhalte von der Oberfläche entfernt werden.⁹³ Der Darbietungscharakter findet sich insofern in der personalisierten kuratierten und moderierten Aufbereitung von Inhalten durch soziale Medien wieder.⁹⁴

b) Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft

Für den Darbietungscharakter ebenfalls erforderlich sind die für den Rundfunk typische Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft. Eine Breitenwirkung ist im Rahmen von Kuration und Moderation durch das Einwirken der Plattformen auf jegliche Kommunikation der Nutzer*innen gegeben. Mittels beinahe sekundlich stattfindenden algorithmenbasierten Verbreitungen von Inhalten, aber auch häufigen Löschungen und Sperrungen von Beiträgen bzw. Nutzer*innen, ist von einer hohen Aktualität auszugehen.

Zu problematisieren ist, ob die Tätigkeit der Plattform eine dem klassischen Rundfunk ähnliche Suggestivkraft besitzt. Zu kurz greift die vereinzelt vertretene Annahme, mangels Linearität fehle es an einem der Rundfunkfreiheit zuzuordnendem Programm,

⁸⁸ Vgl. oben, C.II.1.

⁸⁹ So auch *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 50 f.

⁹⁰ Vgl. dazu oben, C.II.2.a).

⁹¹ *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 51; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 184.

⁹² *Beyerbach*, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 67.

⁹³ *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 51.

⁹⁴ *Beyerbach*, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 67.

sodass die Plattformtätigkeit keine ausreichende Suggestivkraft aufweise.⁹⁵

Bei Kuration und Moderation geht es zwar in erster Linie um *user generated content*⁹⁶, also das Teilen von Informationen durch Nutzer*innen selbst, den das soziale Netzwerk sodann kuratiert und moderiert. Diese Aufbereitung in Form von interessenbasierter Filterung macht es aber gerade erst möglich, soziale Netzwerke funktional und interessengerecht zu nutzen.⁹⁷ Andernfalls verlöre sich der*die Nutzer*in in einem Strom ungefilterter Informationen und das soziale Medium seine eigentliche Funktion. Mittels Kuration und Moderation auf Basis vorher festgelegter Standards wirken die sozialen Netzwerke somit bewusst auf die äußere Darbietung von Inhalten ein, was als Ausübung einer für den Rundfunk essenziellen Programmfreiheit anzuerkennen ist.⁹⁸ Diese Argumentation wird durch die Entstehung sog. Echokammern und Filterblasen unterstrichen, was bedeutet, dass die Nutzer*innen nur noch mit solchen Informationen konfrontiert werden, die sich mit ihren Ansichten decken.⁹⁹ Besonders im Bereich solcher Echokammern und Filterblasen ist von einer besonders hohen Suggestivkraft auszugehen, die an die eines Fernsehprogramms heranreicht.¹⁰⁰ Die Kuratierung von Inhalten sowie deren Moderation haben daher eine geeignete Suggestivkraft, sodass die Anforderungen des Rundfunkbegriffs erfüllt sind.

2. Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit

Ogleich Meinungskuration und Inhaltmoderation grundsätzlich vom Rundfunkbegriff gedeckt sind, wird die Anwendung der Rundfunkfreiheit zum Teil im Hinblick auf ihre Ausgestaltung als *dienende* Freiheit abgelehnt. Die Qualifikation treffe auf soziale Netzwerke nicht zu, da sie die damit verbundenen objektiv-rechtlichen Anforderungen zu tragen hätten, diese jedoch nicht eins zu eins auf Plattformtätigkeiten übertragen werden können.¹⁰¹

Diese Begründung überzeugt indes nicht. Zwar mögen die zurzeit geltenden Regulierungen des Rundfunks nicht auf soziale Plattformen passen.¹⁰² Die mit dem Rundfunkbegriff verlangte Ausgestaltung darf hingegen nicht als Anlass dafür genommen werden, die Rundfunkfreiheit als nicht eröffnet anzusehen. Das vermischt die deutlich voneinander zu trennende Ebene des Schutzbereichs mit der Rechtsfolge und übersieht teilweise, dass der Gesetzgeber in der Ausgestaltung frei ist und demzufolge eine andere Regulierung als im klassischen Rundfunk vornehmen kann.¹⁰³ Von der Rechtsfolge und den Ausgestaltungsanforderungen an den Rundfunk kann somit nicht auf die Eröffnung der Rundfunkfreiheit bezüglich der Plattformtätigkeiten geschlossen werden.

Unabhängig davon haben die sozialen Medien mittlerweile eine wesentliche Rolle eingenommen, indem sie besonders in den jüngeren Generationen durch die Verbreitung von bestimmten Inhalten maßgeblich zur Sammlung von Informationen und damit zur Meinungsbildung beitragen. Sie gewährleisten mithin durch Löschung und Verbreitung von Inhalten respektive Sperrung von Nutzer*innen eine freie und individuelle Meinungsbildung und sichern dadurch eine meinungspluralistische Informationsweitergabe. Es ist demnach anzunehmen, dass den sozialen Plattformen bezüglich der Sicherstellung der Meinungsbildung ebenfalls eine *dienende* Aufgabe zuzuschreiben ist, welche sich jedoch in ihrer Ausgestaltung von der des klassischen Rundfunks unterscheidet.

3. Verhältnis zur Meinungsfreiheit

Die Rundfunkfreiheit muss hinsichtlich der Löschung und Sperrung von der Meinungsfreiheit abgegrenzt werden.¹⁰⁴ Eine pauschale Zuordnung zur Individual- oder Massenkommunikation ist nicht möglich und richtet sich nach den einzelnen zu moderierenden Inhalten und deren Bestimmung.¹⁰⁵ Die Moderierung

⁹⁵ Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 252.

⁹⁶ Vgl. zu diesem Begriff Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 70 ff.

⁹⁷ Beyerbach, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 45.

⁹⁸ Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 231.

⁹⁹ Holznagel, MMR 2018, 18 (19); s. zu den Gefahren von Echokammern und Filterblasen beispielhaft Eckert/Schmidt, Brandbeschleuniger Social Media, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/querdenker-radikalisierung-telegram-103.html> (zuletzt abgerufen am 27.5.2023).

¹⁰⁰ Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 51; Beyerbach, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 46.

¹⁰¹ BT-Drucks. 17/12542, S. 9; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 111a.

¹⁰² Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 111a m.w.N.

¹⁰³ Gersdorf, BayVBl. 2015, 625 (626); Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 182 f. m.w.N.

¹⁰⁴ Vgl. oben, D.I.1.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 17/12542, S. 12 f. auch zu den unterschiedlichen Formen.

von privat geteilten Inhalten stellt ebenso Individualkommunikation dar, wie bei Einstellungen des Newsfeeds, durch den der Inhalt lediglich für einen bestimmten Adressat*innenkreis zugänglich ist („nur von Freunden zu sehen“).¹⁰⁶ Sofern die Inhalte auf der Plattform öffentlich gemacht werden, handelt es sich indes um Massenkommunikation. Demzufolge ist bei der Sperrung von Nutzer*innen ausschließlich von einer massenkommunikativen Verbreitung auszugehen, weil das Nichtvorhandensein des*r Nutzer*in einen unbestimmten Adressat*innenkreis betrifft.

Einer weitergehenden Unterscheidung der Kommunikationsformen bedarf es insoweit nicht, da trotz der sehr unterschiedlichen Darstellungsformen auf sozialen Plattformen eine einzelfallbezogene Zuordnung zur Massen- respektive Individualkommunikation möglich bleibt.¹⁰⁷

IV. Alternative: einheitliche Medienfreiheit

1. Umfassende Gestaltung der Medien

Trotz der Möglichkeit, die Rundfunkfreiheit von der Meinungsfreiheit auch bezüglich der Plattformtätigkeit anhand der Individual- und Massenkommunikation abzugrenzen, verschwimmen die Darstellungsformen der traditionellen Medien im Internet zunehmend, was unter dem Begriff der Medienkonvergenz thematisiert wird.¹⁰⁸ In Bezugnahme auf diese Konvergenz wird zum Teil angenommen, eine klare Zuordnung zu den einzelnen Medienfreiheiten könne nicht mehr vorgenommen werden, weshalb Tätigkeiten im Internet unter eine einheitliche Medienfreiheit zusammenzufassen seien.¹⁰⁹ Die Auflösung der Unterscheidung und strikten Einordnung in einer der geschriebenen Medienfreiheiten trage dem Umstand Rechnung, dass die ursprüngliche Kodifizierung nicht mehr zeitgemäß und im Hinblick auf den technologischen sowie gesellschaftlichen Fortschritt eine Anpassung notwendig

sei.¹¹⁰ Weiter könne dadurch den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Presse- und Rundfunkfreiheit im Internet gut begegnet und die Dogmatik im klassischen Anwendungsbereich aufrechterhalten werden.¹¹¹ Abgegrenzt werde die einheitliche Medienfreiheit gegenüber der Pressefreiheit anhand des elektronischen Verbreitungswegs und zur Rundfunkfreiheit mittels der Linearität.¹¹²

2. Anpassung und Abgrenzung statt Zusammenfassung

Unabhängig davon, ob Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG abschließend normiert ist¹¹³, bedarf es keiner Anwendung einer einheitlichen Medienfreiheit. Zutreffend wird zwar von einer technisch-gesellschaftlichen Entwicklung ausgegangen und es scheint auf den ersten Blick verlockend, aufgrund zunehmender Medienkonvergenz das Internet und somit auch die Plattformtätigkeiten von einer einheitlichen Medienfreiheit zu erfassen.

Trotz der hohen Komplexität ist es jedoch weiterhin möglich, viele der Tätigkeiten im Internet von den geschriebenen Medienfreiheiten zu erfassen. Insbesondere wird verkannt, dass den neuen technologischen Bedingungen bereits wegen der Entwicklungsoffenheit des Presse- und Rundfunkbegriffs gut durch eine Anpassung der geschriebenen Medienfreiheiten begegnet werden kann.¹¹⁴ Zudem ist es nicht notwendig, die klassischen Ausgestaltungen bei einer Weiterentwicklung der etablierten Freiheiten aufzugeben. Vielmehr können diese neben neu zu definierenden Regelungen bezüglich des Internets und somit der sozialen Medien bestehen bleiben.¹¹⁵

Das zeigt sich an dem Schutz der Kuratierung und Moderierung von Inhalten durch die Rundfunkfreiheit. Zwar mangelt es der Plattformtätigkeit an Teilen des klassischen Rundfunks, insbesondere der als

¹⁰⁶ BT-Drucks. 17/12542, S. 13.

¹⁰⁷ A.A. Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 131 ff., 169 f.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 233 ff.; Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 56 ff.

¹⁰⁹ So etwa Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 269 ff.; Koreng, Zensur im Internet, 2010, S. 98 ff.; Kühling, in: BeckOK InfoMedienR, GG, 37. Edition 2022, Art. 5 Rn. 99d (Stand: 1.11.2021).

¹¹⁰ Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 272.

¹¹¹ Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 275; Holznagel/Schumacher, in: Klopfer (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, 2011, S. 47 (57 f.).

¹¹² Holznagel/Schumacher, in: Klopfer (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, 2011, S. 47 (59).

¹¹³ Vgl. dazu Bethge, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 89c; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 98. EL 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 649 (Stand: März 2022).

¹¹⁴ So auch Beyerbach, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 51 ff.

¹¹⁵ Beyerbach, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 55.

Abgrenzung zur einheitlichen Medienfreiheit verlangten Linearität. Durch die Tätigkeiten werden aber die für den Rundfunk essenziellen Kriterien der Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft erfüllt. Unter Berücksichtigung der Relevanz der sozialen Netzwerke für die freie und individuelle Meinungsbildung ist demnach von einer Anpassung und mithin Anwendung der Rundfunkfreiheit auszugehen.¹¹⁶

Die Gewährleistung von Kuration und Moderation muss sodann durch eine für diese Tätigkeiten maßgebliche Regulierung ausgestaltet werden. Ein Hindernis für die Anwendung der Rundfunkfreiheit ist das aber nicht. Zum einen darf, wie bereits erwähnt, nicht von der Rechtsfolgenseite auf den Schutzbereich geschlossen werden. Zum anderen gebietet die Entwicklungsoffenheit die Möglichkeit, eine im Rahmen der Rundfunkfreiheit auf Plattformtätigkeiten zugeschnittene Dogmatik und rechtliche Ausgestaltung zu entwickeln, ohne auf eine bis dato nicht vorgesehene einheitliche Medienfreiheit zurückgreifen zu müssen. Vorzugswürdig ist es daher, auf die Anwendung einer solchen bezüglich Kuration und Moderation zu verzichten und vielmehr eine Anpassung des Rundfunkbegriffs vorzunehmen.

Neben der einheitlichen Medienfreiheit werden eine darüberhinausgehende Intern(dienste)freiheit¹¹⁷ und der Schutz durch eine einheitliche Kommunikationsfreiheit¹¹⁸ vertreten. Diese Annahmen sind hingegen aus denselben Gründen abzulehnen, wie die einheitlichen Medienfreiheit, sodass auf eine genauere Analyse verzichtet werden kann.

E. Fazit

Die Frage nach dem grundrechtlichen Schutz von Meinungskuration und Inhaltsmoderation ist im Einzelnen komplex und nicht einfach zu beantworten. Die Tätigkeiten sozialer Plattformen bilden einen vielschichtigen Raum für grundrechtliche Anknüpfungspunkte. Auf der einen Seite divergieren die geäußerten Inhalte auf sozialen Medien in ihrer inhaltlichen Darstellungsform, etwa durch das Verbreiten von Texten, Videos oder Bildern, enorm. Auf der anderen Seite üben die Plattformen ihrerseits auf diese Inhalte verschiedene Handlungsformen aus. Mittels Kuration werden fremde Inhalte auf dem Newsfeed interessengerecht verbreitet, während durch Löschung einzelne Inhalte nach den Gemeinschaftsstandards moderiert

werden. Bei schwerwiegenden Verstößen ist zudem eine Sperrung von Nutzer*innen möglich.

Diese heterogenen Ausprägungen führen dazu, dass eine klare Zuordnung nicht offensichtlich vorgenommen werden kann. Vielmehr bedarf es einer genauen Analyse der einzelnen Schutzbereiche der Meinungs- und besonderen Medienfreiheiten.

Obwohl das Löschen von Inhalten und Sperren von Nutzer*innen von der Meinungsfreiheit als eigene Meinungsäußerung geschützt wird, kann dies in Bezug auf die kuratierende Tätigkeit nicht bejaht werden. Ebenso machen sich die sozialen Medien die Inhalte Dritter durch Kuration nicht zu eigen, da sie durch das Aufbereiten jeglicher Inhalte keine bestimmten Meinungen verbreiten. Die starke Automatisierung der kuratierenden Tätigkeit führt überdies dazu, dass aufgestellte Standards keinen hinreichenden Inhaltsbezug zu den fremden Inhalten herstellen. Die Meinungskuration ist demnach nicht als Kommunikationsprozess durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

Wegen der stark divergierenden Angebote auf sozialen Netzwerken können die Tätigkeiten ferner nicht als Presse qualifiziert werden. Auch eine Vergleichbarkeit zu Presse-Grossist*innen und der damit einhergehenden Übertragung der an sie gestellten Anforderungen kann mangels typischen Pressenbezugs des Kuratierens und Moderierens nicht vorgenommen werden.

Der Schutz von Plattformtätigkeiten ist jedoch durch die Rundfunkfreiheit möglich, welche einzelfallbezogen anhand des Kriteriums der Individual- und Massenkommunikation zur Meinungsfreiheit abzugrenzen ist. Die interessenbasierte Filterung und das Moderieren von *user generated content* bieten eine dem klassischen Rundfunk nahe Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft. Der in den Plattformtätigkeiten zu erkennende Darbietungscharakter lässt daher zusammen mit der Allgemeingerichtetheit und dem elektronischen Verbreitungsweg eine Übertragung der Anforderungen des entwicklungs offenen Rundfunkbegriffs zu. Einwände auf Basis der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit als *dienende* Freiheit sind dagegen in Anbetracht der Trennung von Rechtsfolgenseite und Schutzbereichsebene abzulehnen. Im Übrigen bilden die sozialen Plattformen einen Raum zur Informationssammlung und Meinungsbildung, weshalb ihnen mittels der Tätigkeiten eine eigene *dienende* Aufgabe zukommt. Angesichts der Anpassungsmöglichkeit des

¹¹⁶ Vgl. oben, D.II.2.

¹¹⁷ Vgl. dazu *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525.

¹¹⁸ Vgl. dazu *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 194 ff.

Rundfunkbegriffs bedarf es trotz einer zunehmenden Vermischung der Medien insoweit keiner über die geschriebenen Medienfreiheiten hinausgehenden einheitlichen Medienfreiheit.

Abschließend ist festzustellen, dass sich soziale Plattformen bislang nicht oder nur selten über die Meinungsfreiheit hinweg auf die besonderen Medienfreiheiten berufen haben. Infolgedessen ist die Rechtsprechung noch zu keiner abschließenden Bewertung gekommen, was die Aktualität des Themas unterstreicht. Es bleibt somit spannend und abzuwarten, zu welchem Ergebnis die obersten Gerichte bei der Beurteilung des grundrechtlichen Schutzes von Kuratierung und Moderation sozialer Netzwerke kommen. Vieles spricht zumindest nach dieser Arbeit für eine Anwendung der Rundfunkfreiheit.

Sexueller Missbrauch von Personen nach den §§ 174a Abs. 2, 174 c StGB

Von Stud. iur. Oscar Springmann, Berlin*

A. Einleitung

„Das Schlagwort „sex sells“ gilt nicht nur für die Medien, sondern auch für die Kriminalpolitik. Kaum ein Bereich des Besonderen Teils steht so im Fokus wie der 13. Abschnitt, die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.“¹ Mit diesem Zitat leitet Renzikowski in den Abschnitt *Sexuelle(r) Übergriff, Nötigung und Missbrauch* ein und hebt sogleich eines der großen Probleme hervor. Der 13. Abschnitt ist wie kaum ein anderer so stark von Reformen gebeutelt, dass es zu immer mehr Kritik und Auslegungsschwierigkeiten kommt.² Dabei zeigt sich, dass der Anteil der Sexualdelikte an der Gesamtkriminalität seit Jahren zwischen 0,8% und 1% beträgt und somit die öffentliche Empörung kaum der Realität entspricht.³ Allerdings ist von bedeutender Relevanz, dass gerade der sexuelle Missbrauch, wie auch andere Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, für das Individuum einen starken Schaden darstellen. Dieser reicht von psychischen Folgeerkrankungen wie Depressionen und erhöhte Suizidalität zu Diskriminierung und Stigmatisierung im alltäglichen Umfeld, welche das normale Leben kaum möglich machen.⁴

Von herausragender Bedeutung ist neben den Folgen die sexuelle Selbstbestimmung als betroffenes Rechtsgut, weshalb ein umfassender Schutz von essenzieller Bedeutung ist.⁵ Gerade kranke, hilfsbedürftige oder behinderte Menschen sind besonders aufgrund starker Abhängigkeitsverhältnisse und asymmetrischer Machtverhältnisse schutzbedürftig.⁶ Neben Kindern und Jugendlichen bedürfen daher diese Betroffenen, auch wenn es gerade aufgrund der Stellung

als Erwachsener zu einem Spannungsverhältnis⁷ zwischen Freiheit und Schutz kommt, eines umfangreichen Schutzes. Schafft es der Gesetzgeber dieses Spannungsverhältnis in einen gerechten Einklang zu bringen und somit einen umfangreichen und dennoch freiheitsschonenden Schutz zu ermöglichen?

Im Folgenden wird neben der Betrachtung des Schutzniveaus sowohl auf die sexuelle Selbstbestimmung als auch auf den Deliktstyp des Missbrauchs eingegangen. Anschließend wird § 174a Abs. 2 StGB⁸ und § 174c dahingehend beleuchtet, was kritisiert wird, welche Auslegungsfragen und besonderen Fälle bestehen. Beide Strafnormen sind vor allem in Zusammenschau zu betrachten, da § 174c durch das 6. StrRG v. 26.1.1998 eingeführt wurde, um den Schutz des durch das 4. StrRG v. 23.11.1973 geschaffenen § 174a Abs. 2 von geistig oder seelisch Kranken oder Behinderten zu erweitern⁹, und wenig später durch das SexualDelÄndG v. 27.12.2003 in der Weise erweitert wurde, dass es zu starken Überschneidungen der Tatbestände aufgrund der Einbeziehung körperlich Kranker oder Behinderter kommt. Neben diesem Zusammenspiel beider Paragraphen werden anschließend noch mögliche Reformüberlegungen diskutiert.

B. Sexuelle Selbstbestimmung und Missbrauchsdelikte

Die sexuelle Selbstbestimmung stellt den Bezugspunkt für den 13. Abschnitt des StGB dar und hebt besonders den Wandel von einem Strafrecht, welches moralschutzorientiert war, zu einem, welches auf Rechtsgüterschutz bedacht ist, hervor.¹⁰ Sie ist – wie

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Die vorliegende Seminararbeit wurde im 6. Semester im Sexualstrafrecht bei Prof. Dr. Tatjana Hörnle verfasst und mit 15 Punkten bewertet.

¹ Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 1.

² Vgl. zur Geschichte: LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 1ff.; Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 5; kritisch: Frommel, NK 2003, 46 (47).

³ Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 4.

⁴ Albrecht, RdJB 2011, 148 (160); Unabhängige Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs (Hrsg.): Bilanzbericht 2019 Band I, Berlin 2019, S. 204; Maywald, FPR 2003, 299 (302); Rüger, Psychotherapeut 2003, 240 (242).

⁵ Vgl. sexuelle Selbstbestimmung: Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 ff.; Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 10ff.

⁶ Noack/Schmid, Sexuelle Gewalt gegen Menschen mit geistiger Behinderung – Eine verleugnete Realität, 1994, S. 57.

⁷ Zum Spannungsverhältnis bei Behinderten: Reichenbach, GA 2003, 550 (551).

⁸ Alle nachfolgenden Paragraphen sind solche des StGB.

⁹ Zur Kritik des § 174a Abs. 2: Degener, Streit 1996, 99; Dessecker, NSTZ 1998, 1 (3); Noack/Schmid, Sexuelle Gewalt gegen Menschen mit geistiger Behinderung – Eine verleugnete Realität, 1994, S. 134 f.; Rosenau, StV 1999, 388 (393).

¹⁰ Hörnle, ZStW 127 (2015), 851; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 4.

auch die anderen Grundrechte – in zwei Dimensionen einzuteilen. Zum einen in die positive Freiheit, welche die Möglichkeit umfasst nach eigenen Wünschen sexuelle Handlungen vorzunehmen, und zum anderen in die negative Freiheit, welche ein Abwehrrecht in der Form darstellt, dass man nicht Handlungen anderer Menschen ausgesetzt wird.¹¹ Aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG leitet sich die sexuelle Selbstbestimmung ab und zeigt daher einen starken Zusammenhang zur Menschenwürde und der Intimsphäre des Menschen als höchstpersönlichen Bereich Art. 8 EMRK.¹² Nur durch Hervorhebung der Menschenwürde wird die besondere Bedeutung, die sexuelle Handlungen im Gegensatz zu anderen Eingriffen in die selbstbestimmte Lebensführung haben, erkennbar. Besonders die Intimität als Teil des vom BVerfG bezeichneten unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung ist von hoher Relevanz.¹³ Die Abwehrrechte fungieren dabei ganz im Sinne des kategorischen Imperativs nach *Kant* – der andere darf demnach niemals als bloßes Mittel zur Befriedigung behandelt werden.¹⁴

Dem Sexualstrafrecht kommt seinem Wesen nach die Aufgabe zu, diejenigen zu schützen, die nicht in einen Sexualkontakt involviert werden wollen.¹⁵ Allerdings zeigt sich bei genauer Betrachtung des 13. Abschnitts auch, dass faktisch gewollter Sexualkontakt verboten ist. Dies wird nach Abkehr vom früher vorherrschenden Moralismus nicht mehr moralistisch begründet, sondern paternalistisch.¹⁶ Der Basisgedanke bei Vorschriften wie u.a. §§ 174a, 174c Abs. 1st, dass die Person aufgrund gewisser Umstände ein Verantwortungsdefizit aufweist und das tatsächlich vorhandene Wollen daher unbeachtlich ist.¹⁷

Festzuhalten sei an dieser Stelle, dass dieser Umstand ein stetiges Spannungsverhältnis zu der sexuellen Selbstbestimmung darstellt. Wie kann man sein Leben sexuell selbstbestimmt führen, wenn einem die Fähigkeit in gewissen Situationen abgesprochen wird?

Den Missbrauchsdelikten kommt dabei gerade die Aufgabe zu, dieses Spannungsverhältnis zwischen Schutz der Person vor Ausnutzung eines Defizits und der Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung zu lösen. Die Grundidee ist, dass die Tatbestandsmäßigkeit von Umständen abhängig gemacht wird, die ein mögliches faktisches Einverständnis als Zustimmung ausschließen.¹⁸

Die §§ 174a Abs. 2, 174c sind Missbrauchsdelikte zu Lasten Erwachsener. Dies steht dabei auf den ersten Blick im Gegensatz zu der Grundidee, dass das Einverständnis eines Volljährigen gerade Ausdruck seiner freiverantwortlichen Ausübung der Selbstbestimmung ist und explizit diese durch die Normen im 13. Abschnitt geschützt werden soll.¹⁹ Jedoch setzt die sexuelle Selbstbestimmung zum einen eine gewisse kognitive Fähigkeit voraus und kann zum anderen durch äußere Umstände (wie totale Institutionen z.B.) gestört werden.²⁰ Dementsprechend ist für die §§ 174a, 174b und 174c die Asymmetrie zwischen Opfer und Täter relevant.²¹

§ 174a Abs. 2 normiert den Fall, dass die autonome Entscheidung durch Erkrankung oder Hilfsbedürftigkeit gestört wird und eine ungleiche Verteilung von Vertrauen bei dem Opfer und überlegenem Wissen bei dem Täter vorliegt.²² Die Aufnahme in eine Einrichtung basiert auf einer erheblichen Erkrankung oder Hilfsbedürftigkeit und gleichzeitig wird die Person aus ihrem gewohnten Lebenskreis entrissen, was die sonst

¹¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 28; *dies.*, ZStW 127 (2015), 851 (859); MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 7; Sick/Renzikowski, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 603 (604).

¹² EGMR, NJW 2013, 215; Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2002, 502 (504); Di Fabio, in: Grundgesetzkomentar, Band I, 96. Auflage, 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; Holzleitner, in: Regulierung des Intimen, 2017, S.45; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 29; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 4.

¹³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 29; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 4.

¹⁴ Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe Bd. IV, S. 429; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 8.

¹⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 28; *dies.*, ZStW 127 (2015), 851 (859); MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 8.

¹⁶ Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (870); Sternberg-Lieben, S. 164; zum Moralismus und Wandel: Albrecht, RdJB 2011, 148 (151); Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, 5. Auflage, 2020, § 2 Rn. 17 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 52 - 65.

¹⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 55; *dies.*, ZStW 127 (2015), 851 (860).

¹⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 55; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 18.

¹⁹ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 156.

²⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, Vor § 174 Rn. 55.

²¹ Paulsen/Schanz, RDG 2016, 116 (120); MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, Vor § 174 Rn. 18.

²² MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 1.

bei Erwachsenen gegebene Fähigkeit, sexuell selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen, einschränkt.²³

§ 174c regelt ebenfalls konstitutionelle Schwächen bzw. besondere Abhängigkeitsverhältnisse. Geistige oder seelische Behinderte oder Erkrankte haben regelmäßig nicht die Möglichkeit, Situationen einzuschätzen und weisen eine gewisse Abhängigkeit im Verhältnis zu Beratern, Betreuern und Therapeuten auf. Auch Suchtkranke sind durch die Sucht in ihrer Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beschränkt.²⁴ Nicht überzeugend wird stellenweise primär auf die Störungsfreiheit des Behandlungsverhältnisses als Normzweck mit der Begründung abgestellt, dass es dem Wortlaut nach um einen Missbrauch eines Verhältnisses und nicht der Person geht.²⁵ Dabei wird allerdings die Intention des Gesetzgebers verkannt, welcher die Abhängigkeit gerade nicht auf bestimmte Berufsgruppen beziehen wollte, sondern auch auf Behandlungen durch Außenseiter oder Scharlatane.²⁶

Patienten in psychotherapeutischer Behandlung weisen nicht ohne weiteres kognitive Defizite auf, jedoch wird die sexuelle Selbstbestimmung in diesen Situationen durch das Verhältnis zwischen den Psychotherapeuten und den Patienten aufgrund der starken Abhängigkeit und dem umfassenden Vertrauen und der Öffnung des Patienten gegenüber dem Therapeuten gestört.²⁷

Diese Umstände stellen dementsprechend Situationen dar, in welchen die sexuelle Selbstbestimmung eingeschränkt sein kann. Es zeigt sich somit, dass auch bezüglich der Missbrauchstatbestände die sexuelle Selbstbestimmung als relevantes Rechtsgut von herausragender Bedeutung ist.

Wie dieser Schutz von Erwachsenen im Einzelnen ausgestaltet ist, wird im Folgenden dargestellt.

C. Ausgestaltung des Schutzes in § 174a Abs. 2

I. Geschützte Personen

Der Schutz des Absatz 2 bezieht sich auf kranke oder hilfsbedürftige Personen, die in einer Einrichtung aufgenommen wurden.²⁸ Der Begriff Einrichtung setzt eine gewisse organisatorische Dauerhaftigkeit voraus und umfasst daher keine Aufnahme in Privatwohnungen.²⁹ Weiterhin sind auch Institutionen erfasst, die klein sind oder primär einem anderen Zweck dienen, jedoch eine Abteilung aufweisen, welche Betreuungs- und Aufsichtsaufgaben wahrnimmt.³⁰ Festzuhalten ist, dass es unerheblich ist, welche Art von Träger vorliegt und ob die Organisationsform privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.³¹

1. Hilfsbedürftigkeit

Der Begriff der Hilfsbedürftigkeit ist eng auszulegen und ergibt sich daher nicht vorrangig aus dem Alter, sondern aus der geistigen oder körperlichen Verfassung, wobei es auf Art oder Grund des Zustands nicht ankommt.³² Geschützt werden auch Personen, die sich aufgrund eines Krankheitsverdachts in eine Einrichtung begeben.³³ Beispiele für Einrichtungen für hilfsbedürftige Personen sind Altenpflegeheime, Behindertenheime, Wohngruppen für Behinderte, „beschützende Werkstätten“.³⁴ Davon ausgenommen sind Altenheime und Seniorenwohnanlagen, welche sich dadurch auszeichnen, dass die Personen nicht gepflegt werden, sondern lediglich in einer losen Gemeinschaft leben.³⁵

²³ BGHSt 19, 131 (133); 29, 16; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 5; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 1.

²⁴ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 2; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 1.

²⁵ BGH StV 2018, 219; OLG Celle NStZ-RR 2011, 274; Hahn, GesR 2011, 649.

²⁶ BT-Drs. 13/2203, 4; 8267, 7; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 2.

²⁷ BT-Drucks. 13/2203, S. 5; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 3; zur Abhängigkeitssituation: Rüger, Psychotherapeut 2003, 240 (241); Tschan, Werner: Missbrauchtes Vertrauen, Sexuelle Grenzverletzungen in professionellen Beziehungen, Ursachen und Folgen, 2. Auflage, 2005, S. 107.

²⁸ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 38; Wolters,

in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 16.

²⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 38.

³⁰ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 38; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 22.

³¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 38; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 22.

³² Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 8a; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 39.

³³ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 8a; Ziegler, in: HH-Kommentar, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 9.

³⁴ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 39; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 22.

³⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 39.

Umstritten ist, ob ebenfalls Asylbewerberheime darunterfallen. Stellenweise wird dies in der Literatur bejaht.³⁶

Meines Erachtens kommt es dabei auf die Situation an. Zunächst ist festzuhalten, dass auch Asylbewerber in diesen Heimen aufgrund der Lage in einem Abhängigkeitsverhältnis sind und aus ihrem gewohnten Lebenskreis³⁷ entrissen wurden. Dem allgemeinen Verständnis nach kann auch ein Asylbewerber als hilfsbedürftige Person gesehen werden. Allerdings handelt es sich um eine andere Situation als bei Personen, die aufgrund von Krankheit oder Behinderung in einer Einrichtung behandelt oder betreut werden. Hier zeigt sich ein anders gelagertes Abhängigkeitsverhältnis. Außerdem ist wie oben dargestellt, die Hilfsbedürftigkeit eng auszulegen. Ansonsten kommt es zur Tatbestandsentgrenzung.

Dennoch besteht die Möglichkeit, die Überlegungen bezüglich der einzelnen Abteilung auf das Asylbewerberheim zu übertragen. So kann es auch in einem solchen die Möglichkeit geben, dass eine Abteilung sich mit Betreuungs- und Aufsichtsaufgaben beschäftigt. Dementsprechend kann unter Umständen auch ein Asylbewerberheim in begrenztem Maße darunterfallen, sofern es eine Abteilung wie eine Krankenstation gibt, welche Betreuungs- oder Aufsichtsaufgaben wahrnimmt.

2. Einrichtungen für Kranke

Unter Einrichtungen von Kranken fasst man vor allem Krankenhäuser und Rehabilitationszentren.³⁸ Dabei ist entscheidend, dass in den Einrichtungen Krankheit durch medizinisches Personal oder auf ärztliche Verordnung behandelt wird.³⁹

Umstritten ist die Situation von Kureinrichtungen.⁴⁰ Stellenweise wird differenziert zwischen Einrichtungen, die der Nachbehandlung und Nachsorge in der Rekonvaleszenzphase nach erheblichen

Erkrankungen dienen und reinen Wellness- oder Fitness-Instituten.⁴¹ Dem BGH entsprechend kommt es primär drauf an, ob ebenfalls Kranke aufgenommen und diese ihrem gewohnten Lebenskreis entzogen werden.⁴² Auch wenn es im Gegensatz zu Krankenhäusern in dem einschlägigen Fall des BGH um ein Kneippkurhaus für leichtere Krankheiten ging, kann es auf diesen Umstand nicht ankommen.

Auch bei leichten Erkrankungen sind die Personen auf die Fürsorge des Personals angewiesen und von ihm abhängig.⁴³ Diese Abhängigkeit ist gerade der wesentliche Grund für den Strafschutz.⁴⁴ Des Weiteren ist anzumerken, dass sich aus dem Umstand, dass der Tatbestand eine Einrichtung für Kranke fordert, noch nicht ergibt, dass diese Erkrankung bei Kurheimen eine gewisse Erheblichkeit aufweisen muss. Auch leichte Erkrankungen können in diesen Einrichtungen zu starken Abhängigkeiten führen. Anders ist die Situation jedoch bei reinen Wellnesscentern, welche kein konkretes Krankheitsbild aufweisen und nur das allgemeine Wohlbefinden verbessern wollen.⁴⁵

3. Streichung des Merkmals „stationär“

Durch § 174a Abs. 2 sind nur Personen geschützt, sofern diese in der Einrichtung aufgenommen wurden.⁴⁶ Umfasst sind sowohl die dauerhafte als auch die begrenzte Aufnahme.⁴⁷ Weiterhin sind auch solche Personen geschützt, welche sich nur für einen Teil des Tages dort aufhalten.⁴⁸

Bei historischer Betrachtung des Paragraphen fällt auf, dass das 6. StrRG noch eine stationäre Aufnahme als Merkmal verlangte. Dies wurde allerdings durch das SexualDelÄndG v. 27.12.2003 geändert und das Merkmal ersatzlos gestrichen.⁴⁹ Nicht überzeugend begründete der Gesetzgeber dies mit einer Klarstellungsfunktion, um zu zeigen, dass auch teilstationäre Aufnahmen unter den Schutz des Absatz 2 fallen.⁵⁰ Durch die Streichung schafft es der Gesetzgeber zwar

³⁶ Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174a Rn. 12. a.A. Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 7, welcher dies von einem räumlichen Zusammenhang abhängig macht.

³⁷ Vgl. Begriff Lebenskreis: BGHSt 19, 131.

³⁸ Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174a Rn. 12; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 40.

³⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 40.

⁴⁰ BGHSt 19, 131; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 40; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 22.

⁴¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 40; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 22.

⁴² BGHSt 19, 131.

⁴³ BGHSt 19, 131.

⁴⁴ BGH, GA 1955, 368; ferner StGB E 1962, Begründung zu § 215.

⁴⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 40.

⁴⁶ Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174a Rn. 12; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 41.

⁴⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 41; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23.

⁴⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 41; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23.

⁴⁹ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 1, 7a; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 41.

⁵⁰ BT-Drucks. 15/350, S. 16; zur Kritik: Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 7a.

durchaus die Frage, ob eine Übernachtung⁵¹ in der Station stattgefunden hat, für irrelevant zu erklären, allerdings entstanden durch die Streichung neue Abgrenzungsschwierigkeiten. Grundstein der Problematik war die Entscheidung des BGH vom 29.5.1979, in welcher die Wichtigkeit einer Übernachtung betont wurde, da nur so das Abhängigkeitsverhältnis durch das Entreißen aus dem gewohnten Lebenskreis als ausreichend stark bewertet wurde.⁵² Diese Argumentation verdient jedoch bei weitem keine Zustimmung, da gerade auch teilstationäre Aufnahmen (ohne Übernachtung) eine starke Eingliederung in die Institution darstellen und eine starke Abhängigkeit erzeugen.

Um diese Fehlentwicklung der Auslegung zu konkretisieren, wurde das Merkmal dementsprechend gestrichen. Dennoch wird die Streichung überwiegend aufgrund der entstandenen Unklarheit, was teilstationär bedeutet, kritisiert.⁵³ Es ergibt sich nicht, inwiefern man bei der Streichung eines Merkmals von einer Klarstellung sprechen kann, da zum einen teilstationär ein schwer zu konturierender Begriff ist und dieser zum anderen nicht einmal in das Gesetz übernommen wurde.⁵⁴ So kann zurecht gefragt werden, warum zur Klarstellung, dass nicht nur stationär, sondern auch teilstationär umfasst wird, diese beiden Begriffe nicht im Tatbestand genannt werden. Unabhängig von der Art der Umsetzung ist die Entscheidung, teilstationär mit einzubeziehen zu befürworten, da das Gefühl des Ausgeliefertseins und der Hilfslosigkeit relevant ist.⁵⁵ Bei Betrachtung des Begriffs teilstationär zeigt sich, dass sich nur sporadisch aufhaltende Patienten nicht geschützt werden.⁵⁶ Die Vorsilbe „teil“ legt ein abgeschwächtes Verständnis von stationär nahe. Ausgenommen sind Personen, die nur unregelmäßige oder einmalige ambulante Betreuungs- und Behandlungstermine haben.⁵⁷ Dagegen fallen einigen Vertretern nach Tageskliniken zumindest bei mehrstündiger täglicher Betreuung darunter.⁵⁸ Andere sind der Meinung,

dass es mindestens eine Woche lang eines Aufenthaltes von früh bis abends bedarf.⁵⁹ Die Auslegung, bei welcher man den Aspekt der mehrstündigen täglichen Betreuung betont, verdient vollumfassend Zustimmung. Der Tatbestand zeichnet sich durch das Abhängigkeitsverhältnis aus, was sich auch dann ergibt, wenn die Person nicht übernachtet. Gerade Tageskliniken im Bereich der Psychiatrie binden die Patienten durch umfassende Tagesplanung stark in die Abläufe der Institution ein und sorgen so für eine Abhängigkeit und Asymmetrie.

Es zeigt sich, dass die Intention auch teilstationäre Aufenthalte unter den Schutz des Tatbestandes zu stellen zu befürworten ist. Allerdings sorgt die Umsetzung für gewisse Unsicherheiten auch bezüglich des Verhältnisses zu § 174c, welcher unabhängig vom stationären oder teilstationären Aufenthalt Schutz gewährt und somit keine Gefahr der Strafbarkeitslücke⁶⁰ entsteht.

Ferner fehlt es an der Aufnahme, wenn die Leistungen nicht in der Einrichtung durchgeführt werden, so bspw. bei der häuslichen Kranken- oder Altenpflege, Unterstützung von Erkrankten durch Familie und der Lieferung von Mahlzeiten.⁶¹ Selbstverständlich fallen demnach keine Besucher oder das Personal als geschützte Personen unter § 174a Abs. 2.⁶²

4. Örtlicher und zeitlicher Zusammenhang

Maßgeblich ist, dass es keine Rolle spielt, ob der Sexualekontakt in den Räumen der Einrichtung stattfindet oder nicht.⁶³ Dies ist allein deshalb schon richtig und zielführend, da gerade durch das Abhängigkeitsverhältnis die Person in ihrer sexuellen Selbstbestimmung beschränkt ist und es unerheblich ist, wo der sexuelle Kontakt dann stattfindet.

Dennoch bedarf es – auch aus Abgrenzungsgründen zu § 174c – eines zeitlichen Bezuges zum Aufenthalt in der Einrichtung, wenn es sich um eine

⁵¹ BGHSt 29, 16.

⁵² BGHSt 29, 16; Zinsmeister, Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht, 2003, S. 61.

⁵³ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 1, 7a; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 16.

⁵⁴ Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 16.

⁵⁵ Duttge, Hörnle, Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1068).

⁵⁶ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 42; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23.

⁵⁷ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 8; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 42; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23; aA:

Laue, in: Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 5. Auflage, 2022, Rn. 7.

⁵⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 42.

⁵⁹ MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23.

⁶⁰ Siehe dazu: MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23.

⁶¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 43.

⁶² BGH GA 1955, 368 (370); MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 21.

⁶³ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 8; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 44; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 23.

teilstationäre Aufnahme handelt.⁶⁴ So mag man sich beispielsweise die Situation vorstellen, dass ein Betreuer in einer anderen Situation auf einen Patienten trifft. In diesen Fällen ist § 174c einschlägig.

Endzeitpunkt des Schutzes ist die Entlassung.⁶⁵ Ab diesem Zeitpunkt ist die Person nicht mehr ihrem Lebenskreis entrissen. Allerdings besteht der Schutz auch dann bis zur Entlassung, wenn die Person zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung nicht mehr hilfsbedürftig oder krank war, da eine Einengung des Tatbestandes auf akute Krankheit und Krankheitsverdacht den umfassenden Schutz gefährden könnte und das notwendige Mittel zur Korrektur das Ausnutzungsmerkmal ist.⁶⁶

II. Täter

Der Tatbestand schützt die betroffene Person vor anderen, welchen sie zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist.⁶⁷

1. Betreuung

Unter dem Begriff Betreuung versteht man jede fürsorgliche Tätigkeit (z.B. durch medizinisches Personal, Pflegepersonal, etc.).⁶⁸ Im Gegensatz zu Absatz 1 steht der Begriff nicht im Zusammenhang mit „in der Lebensführung“, weshalb die Verantwortung, welche vom Betreuenden zu tragen ist, geringer ist.⁶⁹

Bei konsequenter Betrachtung aus Sicht des Schutzzweckes zeigt sich, dass es unabhängig von der Ausbildung oder der Berufsbezeichnung für den Betroffenen nur auf das Abhängigkeitsverhältnis ankommt, welches auf den konkret zugewiesenen Aufgabenbereich rückführbar ist.⁷⁰ Für das Opfer ist es vollkommen unerheblich, ob und welchen Ausbildungsstand der Täter aufweist, da die Person durch die Einrichtung einem Abhängigkeitsverhältnis unterliegt. So ist es nur konsequent, wenn ein Hausmeister, welcher tatsächlich die Betreuungsfunktion durch Übernahme gewisser Aufgaben ausübt, ebenfalls von dem

Tatbestand erfasst wird.⁷¹ Andernfalls würde man zu der willkürlich anmutenden Situation kommen, dass Handlungen bei der Ausführung von Aufgaben vom Pflegepersonal unter den Tatbestand fallen, wohingegen Situationen, bei denen aufgrund von Mangel an Personal auf unausgebildete oder Verwaltungsangestellte zurückgegriffen wird, nicht. Die Situation aus Sicht des zu schützenden Patienten stellt sich gleich dar, unabhängig davon, welche Person die Aufgaben wahrnimmt. Gerade zu Zeiten eines Pflegekräftemangels könnte dies zu problematischen Situationen führen, in welchen schutzbedürftige Personen schutzlos gestellt werden. Des Weiteren kann zum einen von solchen organisatorischen Fragen der Schutz nicht abhängig gemacht werden und zum anderen legt der Wortlaut gerade eine bewusst weite Formulierung nahe.⁷²

2. Beaufsichtigung

Beaufsichtigung und Betreuung gehen oft miteinander einher.⁷³ Vorstellbar ist eine reine Beaufsichtigung jedoch bspw. in geschlossenen psychiatrischen Anstalten.⁷⁴

3. Anvertrautsein

Dem Wortlaut nach muss eine kranke oder hilfsbedürftige Person dem Täter anvertraut sein. Das Opfer ist dem Täter anvertraut, wenn dieser fürsorgende Tätigkeiten gegenüber dem Betroffenen übernommen hat.⁷⁵

Die stellenweise vorgebrachte Kritik bezüglich der Tatsächlichkeit des Anvertrautseins verdient Zustimmung.⁷⁶ Zurecht wird hervorgebracht, dass es für die Beeinträchtigung der Freiheit keinen Unterschied mache, ob ein Betreuungs- oder Beaufsichtungsverhältnis nur vorgespielt wird.⁷⁷ Die betroffene Person nimmt gerade die vorgespielte Situation so wahr, als wäre diese tatsächlich der Fall. Für die Frage, ob die Person in solchen Fällen sexuell selbstbestimmt

⁶⁴ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 44.

⁶⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 45.

⁶⁶ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 45.

⁶⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, BT I, 11. Auflage, 2019, § 18 Rn. 46.

⁶⁸ Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174a Rn. 13; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46.

⁶⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46.

⁷⁰ BGH NJW 1964, 458; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46.

⁷¹ BGH NJW 1964, 458; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 24.

⁷² Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174a Rn. 13.

⁷³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46.

⁷⁴ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 46; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 24.

⁷⁵ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 8b; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 47.

⁷⁶ Zur Kritik: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, BT I, 11. Auflage, 2019, § 18 Rn. 46.

⁷⁷ Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, BT I, 11. Auflage, 2019, § 18 Rn. 46.

handeln kann, ist darauf abzustellen, wie sie die Situation in dem Moment wahrnimmt, da diese Wahrnehmung dafür sorgt, dass die kognitiven Fähigkeiten in dem Moment nicht vollumfänglich funktionieren. Die sexuell selbstbestimmte Entscheidung ist ein Prozess, welcher im Kopf des Opfers vorgeht, weshalb für die mögliche Störung der Verantwortlichkeit auch die vorgespielte Situation zu beachten sei. Allerdings scheitert diese Auslegung eindeutig am Wortlaut und bietet von daher nur Reformpotential aufgrund des Analogieverbots. Es ist dementsprechend nur auf ein tatsächliches Anvertrautsein abzustellen.⁷⁸

Ein Über- und Unterordnungsverhältnis ist nicht nötig.⁷⁹ Bereits der Umstand, in diese Einrichtung aufgenommen zu sein, zeigt im Zusammenhang mit einer Hilfsbedürftigkeit oder Krankheit ein Abhängigkeitsverhältnis auf, unabhängig von einem Subordinationsverhältnis. Relevant ist, wie oben dargestellt, nur das Fürsorgeverhältnis, was bei Ärzten und Pflege- und Erziehungspersonal auch außerhalb der Dienstzeiten besteht – anders jedoch bei stundenweise mit sachlich umgrenzten Aufgabenbereich tätig werdendem Personal.⁸⁰

4. Streichung des Merkmals „Anstellung“

Die alte Fassung des § 174 I Nr. 2 (vor dem 4. StRG v. 23.11.1973) setzte noch voraus, dass der Täter in der Anstalt angestellt ist.⁸¹ Nach geltender Fassung ist eine solche Anstellung nicht mehr relevant. Es genügt viel eher, dass er dem Personal statt für die betreuende oder beaufsichtigende Funktion zuständig und somit Teil des Betreuungsverhältnisses zwischen Einrichtung und Aufgenommenen ist.⁸² So ist es nur konsequent, das Anvertrautsein eines niedergelassenen Arztes zu bejahen, wenn dieser in der Einrichtung Sprechstunden abhält oder bspw. Behandlungspläne für diese

erstellt.⁸³ Auch in diesem Fall liegt zweifelsohne ein Abhängigkeitsverhältnis vor.

III. Tathandlung

Geschützt wird das Opfer vor Missbrauch durch Ausnutzen der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit zu sexuellen Übergriffen. Es muss sich dementsprechend um eine Beeinträchtigung des sexuellen Selbstbestimmungsrecht handeln.⁸⁴ Ursprünglich erfasste der Schutz des § 174a Abs. 2 nur sexuelle Handlungen, welche der Täter am Opfer vornimmt oder an sich vom Opfer vornehmen lässt. Aufgrund der größer werdenden Kritik durch fehlende Kohärenz im Bereich des Sexualstrafrechts und der Frage, warum in einigen Tatbeständen die Person vor sexuellen Handlungen mit Dritten geschützt wird und in anderen nicht, wurden auch sexuelle Handlungen mit Dritten unter den Schutz des § 174a Abs. 2 gestellt.⁸⁵ Weiterhin fallen sexuelle Handlungen vor dem Täter oder Schutzbefohlenen ohne Körperkontakt nicht unter den Schutz.⁸⁶

1. Sexuelle Handlungen

Unter sexueller Handlung wird nach allgemeiner Ansicht eine Handlung verstanden, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einen Bezug zur Sexualität aufweist.⁸⁷ Der sexuelle Charakter ist daher nach objektiven Kriterien und kontextabhängig zu bestimmen – also ob ein objektiver Beobachter den Sexualbezug bejahen würde.⁸⁸ So sind bspw. Berührungen der Tabuzonen unter Umständen sexuelle Handlungen und sogar auch die Berührung anderer Körperstellen, sofern dies mit Reden über Sexualität einhergeht.⁸⁹

Umstritten ist, ob und inwiefern Motive des Handelnden zur Einordnung hinzugezogen werden können. Nach h.L. wird dies bei objektiv neutralen Handlungen abgelehnt, denn es wäre widersprüchlich eine äußerlich unauffällige Handlung nachträglich aufgrund der Gedankenwelt des Täters zu einer sexuellen

⁷⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 47; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 25.

⁷⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 47; aA: MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 25.

⁸⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 47; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 26.

⁸¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 48; Schönke/Schröder, 30. Auflage, 2019, § 174a Rn. 9.

⁸² Hörnle, LK § 174a Rn. 48; Schönke/Schröder, 30. Auflage, 2019, § 174a Rn. 9.

⁸³ BGHSt 19, 131 (133); LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 48.

⁸⁴ MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 27.

⁸⁵ Gesetzesänderung durch: Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.06.2021; zur Kritik: Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 158; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 8.

⁸⁶ Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 6, 18.

⁸⁷ BGHSt 29, 336 (338); NStZ 1983, 167; Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 15.

⁸⁸ MüKo-StGB/Hörnle, 4. Auflage, § 184h Rn. 2; Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 15.

⁸⁹ Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 14.

Handlung zu konstruieren.⁹⁰ Dies verdient grundsätzlich Zustimmung, da für einen objektiven Beobachter die Handlung gerade objektiv neutral und kein Unrecht ersichtlich ist. Außerdem bedarf es gerade keines sexuellen Motives mehr.⁹¹

Relevant für den Schutz des § 174a Abs. 2 ist, dass auch hier die Erheblichkeitsschwelle aus § 184h zu beachten ist.⁹²

2. Ausnutzungsmerkmal

Ferner verlangt der Tatbestand das Ausnutzen der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit. Wie bereits oben erwähnt hat dies eine große Filterfunktion. Gerade für die Frage, ob Personen, die in solche Einrichtungen aufgenommen wurden, in Sexualkontakte mit dem Pflegepersonal wirksam einwilligen können, ist auf den konkreten Kontext abzustellen.⁹³ Eine vollverantwortliche Einwilligung in den Sexualkontakt liegt bspw. dann vor, wenn die Entscheidung nicht auf einer Schwächung der Willenskraft beruht oder aufgrund von Gefühlen der Hilfslosigkeit oder des Ausgeliefertseins getroffen wird.⁹⁴

Zunächst ist zu unterscheiden, ob es sich um geistige oder körperliche Defizite handelt.

a) Betroffene mit geistiger Schwäche

Bei Betroffenen mit geistiger Schwäche bezüglich ihrer Urteils-, Entschluss- oder Durchsetzungsfähigkeit ist der Ausnutzungstatbestand zu bejahen.⁹⁵ Stellenweise wird vertreten, dass es relevant wäre, wer den Anstoß zum Sexualkontakt gegeben hat.⁹⁶ Diese Überlegung verdient jedoch absolut keine Zustimmung. Die besondere Eigenart der Missbrauchsdelikte zeigt gerade, dass Personen in gewissen Situationen nicht vollverantwortlich und somit sexuell selbstbestimmt handeln können. Es wäre der Eigenart vollkommen konträr, wenn die Initiative eine Rolle spielen könnte. Gerade in solchen Abhängigkeitsverhältnissen können

die Betroffenen keine vollverantwortlichen Entscheidungen treffen und darunter fällt auch die Entscheidung, ob man einen Sexualkontakt selbst initiiert und nicht nur, ob man einem zustimmt.

b) Betroffene mit körperlichem Defizit

Anders ist die Situation bei Personen bei denen die Hilfsbedürftigkeit oder Krankheit auf körperliche Defizite zurückzuführen ist, da hier eher die Möglichkeit besteht, dass der Täter diese nicht ausnutzt.⁹⁷ Selbstredend liegt ein Ausnutzen bei körperlichen Defiziten dann vor, wenn sich die Immobilität oder eine sonstige Schwäche zunutze gemacht wird.⁹⁸ Zu verneinen ist das Ausnutzen dann, wenn der Patient im Sinne einer wirksamen Einwilligung einverstanden ist, wodurch der Tatbestand entfällt.⁹⁹ So mag man sich bspw. die Situation vorstellen, in welcher eine Person aufgrund von fehlenden Gliedmaßen in einer Einrichtung ist und ohne dass sich die betreuende Person in irgendeiner Weise dieses Defizit zunutze macht, in den sexuellen Kontakt mit einer Pflegerin oder Pfleger einwilligt.¹⁰⁰ In diesen Fällen ist diese Entscheidung gerade Ausdruck der sexuellen Selbstbestimmung mangels Störung.

Allerdings fehlt es dann an der Einwilligung, wenn die krankheitsbedingte Schwäche ausgenutzt wird, was auch bei einem psychischen Ausnahmezustand durch bspw. Trauer möglich ist.¹⁰¹

Fraglich ist, wie die Situation zu bewerten ist, wenn kein Einverständnis vorlag und ebenfalls keine konkrete körperliche oder psychische Schwächung. In der Literatur wird zumeist eine krankheitsbedingte Einbuße der individuellen Widerstandskraft verlangt.¹⁰² Demgegenüber ist der Rspr. nach eine Tat nach § 174a Abs. 2 auch dann möglich, wenn keine konkrete Schwächung vorliegt.¹⁰³ Angeführt wird aus Sicht der Rspr., dass auch bei einer Ausnutzung der mit der Krankheit verbundenen besonderen Situation die

⁹⁰ MüKo-StGB/Hörnle, 4. Auflage, § 184h Rn. 4; Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 15.

⁹¹ Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 15.

⁹² Lederer, AnwaltKommentar, 3. Auflage, 2020, § 174a Rn. 10; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 28.

⁹³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 50.

⁹⁴ MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 30.

⁹⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 50; LK-StGB/Rönnau, 13. Auflage, 2019, Vor § 32 Rn. 192f.

⁹⁶ Sturm, JZ 1974, 1 (5); Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 21.

⁹⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 51.

⁹⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 51; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 20.

⁹⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 51; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 30.

¹⁰⁰ Vgl. bzgl. Beispiel: LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 51.

¹⁰¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 51.

¹⁰² MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 29; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 20.

¹⁰³ BGH NStZ 2004, 630 (631); OLG Hamm NJW 1977, 1499; Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 11; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 52.

sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt wird.¹⁰⁴ So wird in bestimmten Situationen die ärztliche Handlung einzig und allein aufgrund der Hoffnung auf Besserung geduldet.¹⁰⁵ Dagegen kann man zwar anführen, dass solche Situationen (Erleichterung der Tatausführung durch die Behandlung aufgrund von Verschleierung der wahren Intention) auch in einer Privatpraxis vorkommen können, allerdings ist die Besonderheit und der Grund des Schutzes von § 174a Abs. 2 das besondere Abhängigkeitsverhältnis der Einrichtungen.¹⁰⁶ Durch den Aufenthalt in dieser Einrichtung ist der Betroffene an das dortige Personal und die Hoffnung, bei Befolgung der Aufforderungen des Personals zu genesen, gebunden. Somit setzt sich die Person gewissen Handlungen aus, der sie unter anderen Umständen eventuell nicht zugestimmt hätte, um so zu voller Gesundheit zu gelangen und die Einrichtung zu verlassen.¹⁰⁷ Es zeigt sich also, dass im Gegensatz zur Meinung einiger Vertreter¹⁰⁸ die sexuelle Handlung nicht lediglich auf einem Irrtum basiert, sondern auf einem gewissen Schwächezustand, welcher in Form des Abhängigkeitsverhältnisses auftritt und auf die Sondersituation der Einrichtung rückführbar ist. Lediglich auf einen Irrtum zu rekurrieren, greift dabei zu kurz. Außerdem haben Krankenhäuser ein gewisses Level an Anonymität, was gerade bei Privatpraxen nicht gegeben ist.¹⁰⁹ Ohnehin zeigt sich die Besonderheit der Einrichtungen gerade dadurch, dass der Patient seinen Hausarzt frei wechseln kann, was jedoch bei Krankenhäusern eher weniger der Fall ist.¹¹⁰ Es würde demnach den notwendigen Schutz der Betroffenen stark einschränken, wenn solche Situationen nicht darunterfallen. Deshalb werden auch Personen durch § 174a Abs. 2 geschützt, denen die Notwendigkeit einer Maßnahme vorgespiegelt wird, obwohl sie sexuell motiviert waren. Auch umfasst werden solche Täuschungen, wenn der Patient vor der Entlassung steht, da eine Krankheit nicht nur ein Zustand, sondern eher einen Prozess darstellt.¹¹¹

Diese Überlegungen bezüglich der besonderen Situation der Einrichtung lassen sich auch auf jene Situation übertragen, in welcher der Täter sexuelle Handlungen an Schlafenden vornimmt. Die Situation des Entreißens aus dem gewohnten Lebenskreis entfaltet auch Wirkung, wenn er Umstände ausnutzt, die aufgrund von krankheitsbedingten Vorsorgemaßnahmen bestehen. So kann also auch ein Ausnutzen bei Schlafenden bejaht werden, wenn bspw. während der Nachtruhe das Zimmer nicht abgeschlossen werden kann.¹¹²

Hier zeigt sich gerade die besondere Situation, dass das Opfer vom Personal und den fremden Umständen stark abhängig ist. Anders jedoch, wenn der Täter nur von solchen Situationen profitiert, die auch unter normalen Umständen vorliegen.¹¹³

Das Merkmal *missbraucht* hat keine eigenständige Bedeutung.¹¹⁴

IV. Subjektiver Tatbestand

Ferner genügt auch hier mangels eines Absichtserfordernis bedingter Vorsatz.¹¹⁵

D. Ausgestaltung des Schutzes in § 174c

I. Missbrauch von kranken oder behinderten Personen (Abs. 1)

1. Geschützte Personen

Unter den Schutz des § 174c Abs. 1 fallen Personen, die dem Täter wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung anvertraut sind. Die Begriffe Krankheit und Behinderung überschneiden sich leicht, lassen sich jedoch danach abgrenzen, ob es sich um eine temporäre oder irreversible Beschränkung handelt.¹¹⁶ Die Überschneidung zeigt sich schon dadurch, dass ein vorübergehender Krankheitszustand in eine länger anhaltende Behinderung übergehen kann.¹¹⁷ Allerdings fällt sowohl die Behinderung als auch die Krankheit unter den Schutz des Tatbestandes, weswegen die Unterscheidung für die Anwendung keine relevante Rolle spielt.¹¹⁸ Dies hat somit den

¹⁰⁴ BGH NStZ 2004, 630 (631).

¹⁰⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 52.

¹⁰⁶ OLG Hamm NJW 1977, 1499.

¹⁰⁷ OLG Hamm NJW 1977, 1499.

¹⁰⁸ Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 20.

¹⁰⁹ OLG Hamm NJW 1977, 1499.

¹¹⁰ OLG Hamm NJW 1977, 1499.

¹¹¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 52.

¹¹² LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 53; aA: MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174a Rn. 30;

Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174a Rn. 20.

¹¹³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 53.

¹¹⁴ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 13; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 54.

¹¹⁵ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174a Rn. 14; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174a Rn. 55.

¹¹⁶ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 4; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 5.

¹¹⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 5.

¹¹⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 5; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 14.

Vorteil, dass sowohl kranke als auch behinderte Personen geschützt werden und nicht aufgrund der schwierigen Abgrenzung, ab wann von einer Behinderung zu sprechen ist, einigen schutzbedürftigen Personen gerade bei Grenzfällen dieser Schutz versagt wird. Häufig ist eine Unterscheidung, ab wann eine irreversible Schädigung eingetreten ist, kaum möglich, da aus der Natur der Sache die Frage der Irreversibilität eine Prognoseentscheidung ist – also die Frage, ob die Schädigung je wieder abklingt oder behandelbar ist.

a) Geistige Krankheit oder Behinderung

Das Merkmal „geistige Krankheit“ ist rückführbar auf den früheren fachlichen Sprachgebrauch und wurde durch den Gesetzgeber eingeführt, um klarzustellen, dass auch die früher als Geisteskrankheit bezeichneten Fälle unter den Schutz des § 174c Abs. 1 fallen.¹¹⁹ Unter einer geistigen Behinderung versteht man den Umstand, wenn ein irreversibles Intelligenzdefizit vorliegt, unabhängig davon, ob es genetisch bedingt ist oder erworben wurde.¹²⁰

b) Seelische Krankheit oder Behinderung

Eine seelische Krankheit liegt vor, wenn der Betroffene an einer endogenen oder exogenen Psychose leidet, welche dann zu einer seelischen Behinderung wird, wenn diese längere Zeit andauert und das Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt.¹²¹ Auch psychiatrische Diagnosen, welche keine Psychosen sind, fallen bei Krankheitswert unter den Schutz.¹²²

c) Suchtkrankheit

Das Merkmal der Suchtkrankheit setzt dem Wortlaut entsprechend voraus, dass eine körperliche oder psychische Abhängigkeit des Opfers von potenziell suchtbegründenden Substanzen besteht, was auch bei leichteren Formen der Abhängigkeit wie Nikotin gegeben sein kann, sofern ein Krankheitswert besteht.¹²³ Denn auch Nikotin kann – was die Betrachtung von Verhörungssituationen ohne Möglichkeit des Konsums zeigt – zu

einer starken Abhängigkeit und damit verbundenen Einschränkung bzw. Störung einer autonomen Entscheidung führen.

Hervorzuheben ist, dass Mager- oder Spielsucht aufgrund der fehlenden Substanzgebundenheit nicht unter den Begriff Suchtkrankheit fallen, jedoch regelmäßig unter den Begriff der seelischen Erkrankung.¹²⁴

d) Körperliche Krankheit oder Behinderung

Das Merkmal der körperlichen Krankheit oder Behinderung ist sehr umstritten.¹²⁵ Allerdings nicht aufgrund der Definition, sondern wegen der Einfügung des Merkmals in den Tatbestand überhaupt. Durch das SexualDelÄndG v. 27.12.2003 wurde der Tatbestand auch auf körperlich kranke oder behinderte Personen erweitert. Eine körperliche Krankheit liegt vor, wenn körperliche Funktionen von dem für das Lebensalter typischen Zustand in negativer Weise abweichen, was dann als Behinderung gezählt wird, wenn der Umstand über längere Zeit anhält.¹²⁶ Die Kritik bezüglich der Erweiterung verdient stellenweise Zustimmung. Zunächst ist festzuhalten, dass nicht angenommen werden kann, dass jede körperliche Krankheit oder Behinderung die Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung mindert.¹²⁷ Es handelt sich viel eher um einen starken Eingriff in eben diese Autonomie des Betroffenen und eine praktische Erweiterung des Tatbestandes auf den Gesamtbereich¹²⁸ des Gesundheitswesens. So vermag es nicht zu überzeugen, warum unter den Tatbestand zwischen einer Ärztin und ihrer Patientin, welche sich lediglich ein Bein gebrochen hat, fallen soll. Es wirkt lebensfremd, dieser Patientin aufgrund des Beinbruchs die Fähigkeit zur Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung abzusprechen bzw. eine Minderung dieser Fähigkeit anzunehmen. Allerdings ermöglicht die Missbrauchsklausel eine Korrektur und den Ausschluss solcher Situationen, bei welchen keine Minderung der Fähigkeiten vorliegt.¹²⁹ So kann zurecht das

¹¹⁹ BT-Drucks. 13/8267, S. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 6.

¹²⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 6; Heger, Lackner/Kühl, 29. Auflage, 2018, § 174c Rn. 2a; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 15.

¹²¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 7; Heger, Lackner/Kühl, 29. Auflage, 2018, § 174c Rn. 2a; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 16.

¹²² LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 7; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 16.

¹²³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 8; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 17.

¹²⁴ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 8; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 17.

¹²⁵ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 5; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 4; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 10; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5.

¹²⁶ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 9; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 18.

¹²⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 4.

¹²⁸ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 5; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 10.

¹²⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 4.

Ausnutzen der körperlichen Krankheit oder Behinderung in vielen Fällen verneint werden.

Auch ein möglicher Verweis auf § 174a Abs. 2 und dem dortigen Vorhandensein des Merkmals greift deutlich zu kurz. Der Unterschied des § 174a Abs. 2 zu § 174c Abs. 1 liegt schon alleine darin, dass § 174a Abs. 2 eine Aufnahme in eine Einrichtung voraussetzt. Der Umstand, dass eine in ihrer Mobilität eingeschränkte Person in einer ihr völlig unbekannten Umgebung ist, von dem dortigen Personal in noch stärkerer Weise abhängig ist und nicht ohne weiteres die Behandlung abbrechen kann, zeigt gerade den Unterschied zu § 174c Abs. 1, da diese Gedanken nicht einfach auf ambulante Behandlungs-, Beratungs- und Betreuungsverhältnisse zu übertragen sind.¹³⁰

Widersprüchlich ist vor allem auch das Verhalten des Gesetzgebers, welcher sich noch in einem früheren Gesetzgebungsverfahren gegen die Einbeziehung des Merkmals „körperliches Leiden“ mit der Begründung, dass derartige Beeinträchtigungen nicht zu einem Abhängigkeitsverhältnis führen, aussprach.¹³¹ Der Anwendungsbereich erstreckt sich nun jedoch sogar über das Leiden hinaus und wird damit begründet, dass in einzelnen Fällen von Mehrfachbehinderung Abgrenzungsschwierigkeiten verhindert werden sollen.¹³² Das mag verständlich sein und aus Schutzüberlegungen Zustimmung verdienen, allerdings geht der Tatbestand wie bereits eingangs erwähnt über das hinaus und erfasst das gesamte Gesundheitswesen.

Stand jetzt ist dem eindeutigen Wortlaut nach eine Korrektur nur durch die Missbrauchsklausel möglich.

2. Täter

Vom Schutz des § 174c Abs. 1 sind nur Personen umfasst, welche dem Täter zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut sind. Auf eine Aufzählung bestimmter Berufsgruppen wurde aufgrund der Vielzahl an in Betracht kommender Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsformen richtigerweise verzichtet.¹³³ Die Person bedarf keiner dafür geeigneten Ausbildung oder besonderen Qualifikation.¹³⁴ Auch

Personen, welche ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 1 HeilprG auftreten oder behaupten, aufgrund übernatürlicher Fähigkeiten eine Diagnose stellen zu können, fallen unter den Tatbestand.¹³⁵ Das gleiche gilt für Personen, die im Einzelfall bspw. die Betreuung eines körperlich Behinderten übernommen haben.¹³⁶ Dies ist aus Sicht des Schutzzwecks nur konsequent, da aufgrund von gewissen Einschränkungen die Durchsetzungsmacht in dem Abhängigkeitsverhältnis gestört ist und dies unabhängig davon besteht, ob die Person die erforderliche Erlaubnis nach § 1 HeilprG vorweisen kann, es sich um anerkannte Praktiken handelt oder die Person nicht nur im Einzelfall die Betreuung übernommen hat. In all diesen Situationen hat die schützenswerte Person eine eingeschränkte Durchsetzungsmacht aufgrund von Krankheit oder Behinderung. Der Betroffene verspürt unabhängig von der beruflichen Bezeichnung eine gewisse psychische Abhängigkeit zur beratenden, behandelnden oder betreuenden Person und ist daher schutzbedürftig.

a) Beratung, Behandlung, Betreuung

Das Merkmal der Beratung ist zum einen dann erfüllt, wenn vor diagnostischen oder therapeutischen Maßnahmen über diese ein Gespräch stattfindet, aber auch, wenn bei Suchtkranken oder seelisch oder geistig Erkrankten oder Behinderten keine Therapie i.e.S. durchgeführt wird, sondern die Personen bei der Lebensbewältigung unterstützt wird.¹³⁷ Auch in diesen Situationen kann sich ein psychisches Abhängigkeitsverhältnis und eine gewisse Machtasymmetrie abzeichnen, welche eine sexuell selbstbestimmte Entscheidung gefährden können. In der Literatur wird ferner auch die ratgebende Begleitung als ausreichend angesehen, sofern diese über eine bloße allgemeine Begleitung hinausgeht und sich dadurch auszeichnet, dass der Ratgebende mit dem Anspruch auftritt, einen Wissensvorsprung zu haben.¹³⁸ Dementsprechend fallen keine bloßen Erkundigungen nach Therapiemöglichkeiten oder allgemein psychisch unterstützende Begleitung durch bspw. Freunde oder Bekannte

¹³⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 4.

¹³¹ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 2a; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5.

¹³² BT-Drucks. 15/350, S. 16; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5.

¹³³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 10; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 10.

¹³⁴ Beukelmann, NJW-Spezial 2020, 442; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 40; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 10.

¹³⁵ Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174c Rn. 16; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 10; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 10.

¹³⁶ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 10.

¹³⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 11; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 21; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5.

¹³⁸ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 11; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 21.

darunter. Hier zeigt sich eben gerade keine Asymmetrie, wenn der Freund auf Augenhöhe für seinen anderen Freund da ist, ohne die überlegene Rolle eines Arztes zu übernehmen. Der helfende Freund stellt sich nicht kraft überlegenen Wissens auf eine andere Stufe, um den Heilungsbedürftigen dahingehend zu beraten, was genau ihm helfen könnte und eine psychische Abhängigkeit wie sie bspw. bei Ärzten besteht auszunutzen.

Unter Behandlung fallen jegliche Maßnahmen der Diagnose, Therapie und Rehabilitation.¹³⁹ Dies muss nicht zwingend von einem Arzt oder Psychologen durchgeführt werden, sondern auch bspw. von einem Heilpraktiker.¹⁴⁰ Eine exakte konturenscharfe Abgrenzung ist kaum möglich, da die Beratung bspw. die Behandlung begleiten kann.¹⁴¹

Zur Betreuung zählt jede Form der fürsorgerischen Tätigkeit bzw. die Fürsorge für das leibliche und geistig-sittliche Wohl.¹⁴² Die Tätigkeit kann sowohl durch das Pflegepersonal als auch durch andere Personen, welche die Fürsorgepflichten übernommen haben, durchgeführt werden wie bspw. ein Busfahrer, welcher geistig Behinderte von einer Werkstatt nach Hause fährt.¹⁴³

b) Anvertrautsein

Das Opfer kann dem Täter aufgrund hoheitlicher Anordnung, Absprachen mit Dritten oder auf eigenen Wunsch bzw. Initiative anvertraut sein.¹⁴⁴ Wird das Opfer aufgrund von hoheitlicher Anordnung oder auf Wunsch Dritter dem Täter anvertraut, so kommt es weder auf das Wissen noch Wollen der schutzbedürftigen Person an.¹⁴⁵ Die einseitige Ankündigung, dass man jemanden beraten, betreuen oder behandeln möchte, reicht nicht aus.¹⁴⁶ Der Schutz bezieht sich gerade auf Situationen, in welchen ein Vertrauens- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht. Bei einer einfachen Ankündigung, dass man die Person bspw. betreut, entsteht noch kein umfassendes Vertrauensverhältnis.

Umstritten ist, ob es eines Vertrages bedarf oder ein faktisches Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis ausreicht. Zustimmung verdient die zweite Alternative, welche auf ein faktisches Verhältnis rekurriert. Es mag zunächst gewisse Vorzüge haben, auf das Bestehen eines Vertrages abzustellen. Es zeigt sich, dass gerade durch die Voraussetzung des Vertrages eine Eingrenzung des Opferkreises möglich ist und eine gewisse Anwendungsklarheit entsteht.¹⁴⁷ Allerdings greift das Argument der leichteren Eingrenzbarkeit zu kurz. Es mag durchaus dem Tatbestand stärkere Konturen verleihen, jedoch zu welchem Preis? Eine Eingrenzung des Opferkreises ist dann problematisch, wenn sie Personen aus dem Schutzbereich des Tatbestandes ausschließt, welche bei genauer Betrachtung des Schutzzwecks sehr wohl schutzbedürftig sind. § 174c Abs. 1 bezweckt gerade den Schutz von körperlich oder geistig beeinträchtigten Personen in einem Abhängigkeits- oder Vertrauensverhältnis¹⁴⁸. Für das Vertrauen der schutzbedürftigen Person ist es jedoch vollkommen unerheblich und von der Lebenswirklichkeit weit entfernt, ob ein Vertrag besteht. Entscheidend ist, ob ein faktisches Verhältnis besteht, da dies bereits ausreicht, um ein Vertrauen bzw. eine Abhängigkeit zu kreieren. Es mag überhaupt nicht einleuchten, warum eine identisch gelagerte Situation, welche sich lediglich im Bestehen eines Vertrages unterscheidet, anders zu bewerten ist.

Es ist auch unerheblich, ob das Verhältnis auf Dauer angelegt ist.¹⁴⁹ Zwar mag eine gewisse Intensität durch die Forderung eines Abhängigkeitsverhältnisses nötig sein, jedoch ist diese auch bei kurzzeitigen Kontakten möglich, wenn auch stellenweise unwahrscheinlich.¹⁵⁰ Auch bei Vorsorgeuntersuchungen wie z.B. gynäkologische Untersuchungen kann von einem Anvertrautsein gesprochen werden.¹⁵¹

¹³⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 11; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 21.

¹⁴⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 11.

¹⁴¹ Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5.

¹⁴² LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 12; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 21.

¹⁴³ BTDrucks. 13/8267 S.7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 11.

¹⁴⁴ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, 2. Auflage, 2020, § 174c Rn. 8; Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 13.

¹⁴⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 13.

¹⁴⁶ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 13; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 24.

¹⁴⁷ Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5.

¹⁴⁸ Siehe bzgl. Verhältnis: Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, 2. Auflage, 2020 § 174c Rn. 8.

¹⁴⁹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 13.

¹⁵⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 13; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 25.

¹⁵¹ BGH NJW 2021, 2223; Pfister, NStZ-RR 2021, 361 (362).

Klassischerweise liegt ein Über- und Unterordnungsverhältnis vor, was jedoch keinesfalls zwingend ist.¹⁵²

c) Form und Ort

Im Gegensatz zu § 174a Abs. 2 kann die Beratung, Behandlung und Betreuung sowohl in ambulanter Form, als auch in teilstationären oder stationären Einrichtungen stattfinden.¹⁵³ Unerheblich ist auch hier, ob die sexuelle Handlung in den dafür bestimmten Räumen stattfindet oder an anderen Orten.¹⁵⁴ Dies ist nur konsequent, da für das Abhängigkeitsverhältnis, welches schon die Entscheidung stören kann wann, wo und mit wem sexueller Kontakt eingegangen wird, die Örtlichkeit des Kontakts unerheblich ist.

d) Zeitraum

Der Zeitraum umfasst die Spanne vom ersten Verdacht bis zur letzten Untersuchung.¹⁵⁵ Auch die Vermutung einer Krankheit oder Behinderung fällt unter den Schutz, da die Krankheit oder Behinderung lediglich der Beweggrund für die Begründung oder Fortführung des Verhältnisses sein muss.¹⁵⁶ So auch die Situation, bei der sich später rausstellt, dass die Krankheit oder Behinderung nie vorgelegen hat.¹⁵⁷

Endzeitpunkt ist der reguläre Abschluss der Beratung, Therapie oder Betreuung, nicht jedoch die formale Unterbrechung oder verfrühte, pro forma vorgenommene Beendigungen, welche nur dem Ziel der Ermöglichung sexueller Kontakte dienen.¹⁵⁸ Andernfalls würde der Schutz konterkariert werden, da die Abhängigkeit bei verfrühter Beendigung weiter bestehen bliebe.

3. Tathandlung

Wie auch bei § 174a Abs. 2 wird das Opfer durch § 174c Abs. 1 vor erheblichen sexuellen Handlungen mit Körperkontakt geschützt. Neuerdings fallen auch

die Vornahme oder Duldung von sexuellen Handlungen an oder von einem Dritten unter den Tatbestand.¹⁵⁹

a) Sexuelle Handlung

Bezüglich der sexuellen Handlung ist auf das Gesagte zu § 174a Abs. 2 zu verweisen. Außerdem liegt keine sexuelle Handlung vor, wenn eine Untersuchung, Behandlung oder Pflegemaßnahme, welche im Intimbereich vorgenommen wird, *lege artis* durchgeführt wird.¹⁶⁰ Richtigerweise ist es unerheblich, ob der Betroffene ärztlich aufgeklärt wurde und welche Intentionen der Handelnde verfolgte.¹⁶¹ Dies ergibt sich daraus, dass der objektive Beobachter selbst erkennen kann, dass es sich um eine ärztliche Maßnahme handelt, welche korrekt durchgeführt wurde und somit keinen Sexualbezug aufweist. Außerdem zeigt sich auch, dass bei Betrachtung des vorliegenden Unrechts eine Situation, in welcher lediglich die ärztliche Aufklärung fehlte, nicht mit einer zu vergleichen ist, in welcher der Arzt ohne erkennbare ärztliche Maßnahme bspw. eine Penetration der Patientin vornimmt. Nur die fehlende Aufklärung macht aus einer aus objektiver Sicht nicht sexuellen, sondern ärztlichen Maßnahme keine sexuelle Handlung.

b) Missbrauchsklausel

Neben der sexuellen Handlung muss auch die Missbrauchsklausel erfüllt sein. Die Handlung muss also mit einem Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses einhergehen. Auch hier sei daher zunächst zu unterscheiden, um welche Art von Defizit es sich handelt.

aa) Seelische und geistige Erkrankung oder Behinderung

Das Merkmal der seelischen und geistigen Erkrankung oder Behinderung stellt in Verbindung mit der erforderlichen Voraussetzung des Missbrauchs ein

¹⁵² Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 13.

¹⁵³ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 7; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 19.

¹⁵⁴ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 14.

¹⁵⁵ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 7f.; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 15.

¹⁵⁶ Bungart, Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen – Der Schutz Behinderter durch das Sexualstrafrecht, 2005, S. 217; Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 8; Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174c Rn. 9; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 15; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 14.

¹⁵⁷ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 8; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 15;

Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxis-Kommentar, 9. Auflage, 2022, § 174c Rn. 3.

¹⁵⁸ BT-Drucks. 13/8267, S. 7; LG Offenburg NStZ-RR 2005 74; Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 8a; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 16; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, S. 146 Rn. 369.

¹⁵⁹ Siehe oben § 174a Abs. 2.

¹⁶⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 17; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 26; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 7.

¹⁶¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 17; aA: MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 26.

umstrittenes Problem dar. Den Materialien zur ursprünglichen Fassung des § 174c nach sollte ein Missbrauch bezogen auf seelische und geistige Erkrankung oder Behinderung sowie Suchtkrankheiten bereits dann vorliegen, wenn der Täter die Gelegenheit, die seine Vertrauensstellung durch das Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnis bietet, unter Verletzung der damit verbundenen Pflichten bewusst zu sexuellen Kontakten ausnutzt.¹⁶² Dabei sei der Nachweis, dass das Opfer vom Täter abhängig war oder der Täter gerade eine krankheitsbedingte Bedürftigkeit oder Hilflosigkeit ausgenutzt hat, entbehrlich.¹⁶³ Stellenweise wird daher vertreten, dass der Verstoß gegen berufliche Pflichten gegenüber geistig oder seelisch Erkrankten oder Behinderten generell missbräuchlich ist und die Kenntnis des besonderen Verhältnisses ausreicht.¹⁶⁴

Dies mag zunächst aus Sicht eines umfassenden Schutzes überzeugen, jedoch wird das Missbrauchsmerkmal dann überflüssig, wenn sich der Missbrauch ausnahmslos schon aus dem Anvertrautsein und den beruflichen Pflichten ergeben würde.¹⁶⁵ Zumal der Missbrauchsklausel eine gewisse Korrekturfunktion zukommt, um spezielle Grenzfälle auszuschließen. Eine pauschale Bejahung des Missbrauchsmerkmals würde in der Konsequenz dazu führen, dass man den Betroffenen ihre Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung in diesem Verhältnis pauschal abspricht und dies, ohne im konkreten Fall eine Betrachtung vorzunehmen, ob tatsächlich die Fähigkeit gestört ist. Gerade diese Entscheidung würde zu einem Ungleichgewicht zwischen Freiheit und Schutz der Betroffenen führen.

Allerdings sind Personen mit seelischen oder geistigen Krankheiten oder Behinderungen dennoch stark gefährdet, weshalb man in diesen Fällen von einer Missbrauchsvermutung spricht.¹⁶⁶ Grund dafür ist das Zusammenwirken von seelischen, geistigen oder

suchtbedingten Defiziten des Betroffenen und dem Abhängigkeitsverhältnis zum Täter.¹⁶⁷ Irrelevant ist, ob ein faktisches Einverständnis¹⁶⁸ vorlag, der Täter Hauptverantwortlicher oder Hilfsperson war oder von wem die Initiative ausging.¹⁶⁹

Dennoch kann unter Umständen die Missbrauchsvermutung entkräftet werden, so bspw. bei leichten geistigen Behinderungen oder geringfügigen seelischen Erkrankungen.¹⁷⁰ Dies stellt gerade den Vorteil der Vermutung dar und ermöglicht im Gegensatz zur pauschalen Bejahung des Missbrauchs eine angemessene konkrete Betrachtung und Abwägung zwischen Schutz und Freiheit des Betroffenen. Selbstverständlich kann auch bei einer geringfügigen seelischen Erkrankung ein Missbrauch vorliegen. Allerdings kann es nicht einleuchten, dass man einen Missbrauch pauschal bejaht, wenn sich bspw. eine Person mit leichten Intelligenzdefiziten in seinen Ergotherapeuten verliebt. Hier würde der übermäßige Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu einer starken Einschränkung dieser Freiheit führen – gar zu einer Bürde verkommen – und somit zustehende Rechte versagt werden.

bb) Körperliche Behinderung oder Krankheit

Bei körperlichen Behinderungen und Krankheiten muss in jedem Fall auf die konkreten Tathintergründe abgestellt werden.¹⁷¹ Nicht überzeugend stellt ein Teil der Literatur wie auch bei geistig-seelischen Defiziten lediglich darauf ab, ob der Täter eine durch das Vertrauensverhältnis geschaffene Gelegenheit ausnutzt und erkennt dabei den Umstand, dass sich der Hinweis in den Gesetzgebungsmaterialien nur auf geistig-seelische Defizite bezog, da die körperlich Kranken oder Behinderten erst nachträglich in den Schutz mit einbezogen wurden.¹⁷²

Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn ein Einverständnis erklärt wurde, das vollverantwortlich als wirksame Einwilligung in den Sexualkontakt zu

¹⁶² BT-Drucks. 13/8267, S. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 18.

¹⁶³ BT-Drucks. 13/8267, S. 7.

¹⁶⁴ Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174c Rn. 10; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, S. 147f. Rn. 372; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 9; aA: Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 10.

¹⁶⁵ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 18.

¹⁶⁶ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 19.

¹⁶⁷ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 19.

¹⁶⁸ BT-Drucks. 13/8267, S. 7.

¹⁶⁹ BGH NStZ 2011, 694 (695); LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 19; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 5; differenzierend: MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 29.

¹⁷⁰ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 20.

¹⁷¹ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 21; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 10.

¹⁷² BT-Drucks. 13/8267, S. 7; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 21; aA: Frommel, Nomos-Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 174c Rn. 10; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten – Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, S. 148 Rn. 373.

werten ist.¹⁷³ Die gilt jedoch nur dann, wenn gerade keine Abhängigkeit durch Überlegenheit des Täters und dem besonderen Vertrauen des Opfers vorliegt.¹⁷⁴

Liegt kein Einverständnis vor, kann der Schutz bspw. bestehen, wenn behandlungsbezogene Vor- oder Nachteile angekündigt werden, oder dann, wenn in sonstiger Weise die überlegene Stellung ausgenutzt wird.¹⁷⁵

Richtiger Weise genügt auch das Vorspiegeln der Notwendigkeit einer Pflegemaßnahme¹⁷⁶, da in diesem Fall der Täter die besondere Stellung und Abhängigkeit ausnutzt, um einen gewissen Zwang herzustellen und eine Gelegenheit zu schaffen.

4. Subjektiver Tatbestand

Bedingter Vorsatz ist ausreichend, da der Begriff *Missbrauch* dem Wortlaut nach keinen direkten Vorsatz verlangt.¹⁷⁷ Er muss sich auf das Anvertrautsein wegen Krankheit oder Behinderung erstrecken.¹⁷⁸

II. Missbrauch von Personen in psychotherapeutischer Behandlung (Abs. 2)

1. Geschützte Personen und Täter

Der Absatz 2 des § 174c wurde zum Schutz von Personen in psychotherapeutischer Behandlung eingeführt, da in diesem Bereich die Grenze zwischen Krankheit und Gesundheit fließend ist und eine konturscharfe Abgrenzung kaum möglich.¹⁷⁹ Beide Absätze überschneiden sich, wenn sich geistig oder seelisch Kranke oder Behinderte in psychotherapeutischer Behandlung befinden.¹⁸⁰ Dies überzeugt, da nur auf diese Weise ein umfangreicher, lückenloser Schutz gewährleistet werden kann.

Stark umstritten ist der Begriff der psychotherapeutischen Behandlung. Während die Literatur den Begriff weitfasst und auch alternative Behandlungsmethoden darunter fallen, bedarf es nach höchstrichterlicher Deutung einer Qualifikation i.S. der §§ 5,6

PsychThG.¹⁸¹ Trotz des Erkennens, dass man psychotherapeutische Behandlung allgemein als Heilbehandlung der Seele übersetzen kann, vertritt der BGH in seinem Beschluss vom 29.9.2009, dass es aufgrund der Bestimmtheit und des gesetzgeberischen Willens einer Qualifikation i.S. der §§ 5, 6 PsychThG bedarf.¹⁸² Fehlgeleitet deutet der BGH die gesetzgeberische Ausklammerung sexuell motivierter Berührungen eines Heilpraktikers als Willen, Heilpraktiker aus dem Anwendungsbereich auszuklammern und übersieht dabei die tatsächlichen Umstände, da es sich in dem Beispiel um eine Epileptikerin – also eine körperliche und nicht physische Erkrankung – handelte und dies aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden sollte.¹⁸³

Der BGH verkennt nicht nur die Systematik, sondern auch die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots und führt dazu die gesetzgeberische Intention *ad absurdum*.

Zunächst zeigt sich bei Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte, dass es nicht nur keine Anhaltspunkte für die Deutung des BGH gibt, sondern sogar im Gegenteil die Historie für eine weite Deutung spricht.¹⁸⁴

Es wird durch den Gesetzgeber absichtlich auf die Berufsbezeichnung verzichtet, um auch Außenseiter ohne anerkannten Heilberuf zu erfassen, was durch die Bundesregierung durch Erklärung, dass Handlungsbedarf auch für vergleichbare Behandlungen bestehe, bestätigt wird.¹⁸⁵ Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung selbst hebt die Fallzahlen aus nicht anerkannten psychotherapeutischen Behandlungsverhältnissen hervor und stellt fest, dass auch der Missbrauch von Heilpraktikern erfasst werden soll.¹⁸⁶

Auch systematisch überzeugt die Deutung des BGH nicht, da vor allem die Beziehung zu Absatz 1 verkannt wird. Es leuchtet keineswegs ein, inwiefern bezüglich der Bestimmtheit ein Unterschied zwischen

¹⁷³ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 22; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 30.

¹⁷⁴ LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 22; Laubenthal, S. 148 Rn. 373.

¹⁷⁵ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 10a; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 23.

¹⁷⁶ aA: BGH NStZ 2009, 324 (325); LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 23.

¹⁷⁷ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 11; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 24.

¹⁷⁸ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 11; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 24.

¹⁷⁹ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6; Krug/Weber, ArbRAktuell 2018, 88 (90); Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 16.

¹⁸⁰ Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 16.

¹⁸¹ BGH NJW 2010, 453 (454); Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6a; MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 22; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 16.

¹⁸² BGH NJW 2010, 453 (454).

¹⁸³ BT-Drucks. 13/8267, S. 5f.; BGH NJW 2010, 453 (454); mit Anm. Renzikowski, NStZ 2010, 694 (696).

¹⁸⁴ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6b; Renzikowski, NStZ 2010, 694 (695 f.).

¹⁸⁵ BT-Drucks. 13/2203, S. 4, 6; Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6b.

¹⁸⁶ BT-Drucks. 13/8267, S. 5.

„psychotherapeutischer Behandlung“ und „Behandlung wegen einer seelischen Krankheit“ besteht.¹⁸⁷ Es scheint viel eher, als verkomme das Bestimmtheitsargument zu einer Art Totschlagargument, um eine besonders einfache Gesetzesanwendung zu sichern, da die Auseinandersetzung mit dem Begriff der psychotherapeutischen Behandlung bei der Auslegung im Einzelfall zu umstrittenen Punkten führen kann – hingegen der einfache Verweis auf §§ 5, 6 PsychThG eher nicht. Dabei leidet jedoch der Schutz der Betroffenen, wenn der konkrete Einzelfall nicht mehr hinreichend betrachtet wird, sondern ein pauschaler Verweis auf die Berufsbezeichnung darüber entscheidet, ob schutzwürdigen Personen ihr Schutz auch zugesprochen wird.

Es wird auch ferner die klarstellende Wirkung des Absatz 2 verkannt.¹⁸⁸ Außerdem sollen gerade Pseudo-Therapien bis hin zur Scharlatanerie erfasst werden.¹⁸⁹

Auch aus teleologischen Gesichtspunkten überzeugt die Auffassung des BGH nicht, da gerade darauf abgestellt werden muss, ob aus Sicht des Opfers ein Abhängigkeits- oder Vertrauensverhältnis besteht, welches die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung stört. Diese Situation liegt auch dann vor, wenn der Täter nicht die richtige Berufsbezeichnung führt, da es für die sich öffnende und vertrauende Person unerheblich ist, ob der Behandelnde die Voraussetzungen der Berufsbezeichnung erfüllt. Das Abstellen auf anerkannte Methoden würde zu der höchstproblematischen Situation führen, dass skrupellose Täter durch die Nichtbeachtung anerkannter Therapiekriterien den Tatbestand umgehen könnten.¹⁹⁰ Auch diesen Tätern ist bekannt, dass ihnen ihre Patienten zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut sind und somit die Bestimmtheit ebenfalls nicht zu beanstanden ist.¹⁹¹

Die Auslegung des BGH verdient keine Zustimmung. Viel eher die Meinung der Literatur, welche zutreffend auch alternative Therapieformen außerhalb

der verbreiteten Schulen mit einbezieht und somit einen umfangreichen Schutz gewährleistet.¹⁹²

2. Weitere Voraussetzungen des Abs. 2

Sowohl bezüglich des Anvertrautseins und der Tat handlung ist auf die Ausführungen des Absatz 1 zu verweisen. Wichtig ist, dass aufgrund der besonderen Struktur der Psychotherapie jeder Sexualkontakt ein Missbrauch des Behandlungsverhältnisses darstellt, da das Bedürfnis nach intensiver, intimer Zuwendung eine typische Begleiterscheinung darstellt.¹⁹³

Auch hier genügt bedingter Vorsatz.¹⁹⁴

E. Reformvorschläge und Kritik

Wie bereits stellenweise angemerkt, zeigt sich bei einigen Merkmalen ein gewisses Reformpotential. Bei genauer Betrachtung ergibt sich, dass sowohl § 174a Abs. 2 als auch § 174c nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt verbieten. Das Einbeziehen von sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt wird von einigen aus Sicht des *ultima ratio* Prinzips als problematisch angesehen.¹⁹⁵ Allerdings kann die sexuelle Selbstbestimmung auch ohne Körperkontakt verletzt werden. Gerade die stetig fortschreitende Digitalisierung öffnet Tür und Tor für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt (zB Zusehen bei Masturbation, etc), die stark einschneidend und gravierend sind. Jedoch handelt es sich bei den §§ 174a Abs. 2, 174c um Delikte bezüglich des sexuellen Missbrauchs Erwachsener und nicht von Kindern/Jugendlichen wie bei § 174. Wiederum umfassen §§ 177 und 179 a.F., welche sich auf Erwachsene beziehen, keine sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt. Bei hinreichender Betrachtung der Autonomie des Einzelnen und der sexuellen Selbstbestimmung zeigt sich, dass die Erweiterung bei Erwachsenen nicht überzeugend ist, da ein weniger intensiver Eingriff als bei Kindern/Jugendlichen vorliegt.¹⁹⁶

¹⁸⁷ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6c.

¹⁸⁸ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6c.

¹⁸⁹ BT-Drucks. 13/2203, S.4, Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6d; Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 83.

¹⁹⁰ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6d.

¹⁹¹ Gutmann/Tibone/Schleu/Thorwart, MedR 2019, 18 (20).

¹⁹² Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 6e; Hahn, GesR 2011, 649 (650); MüKo-StGB/Renzikowski, 4. Auflage, 2021, § 174c Rn. 22; Wolters, in: Systematischer Kommentar, 9. Auflage, 2017, § 174c Rn. 16.

¹⁹³ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 10b; Gutmann/Tibone/Schleu/Thorwart, MedR 2019, 18 (21); LK-

StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 40; Scholz, medstra 2015, 344 (345); Tschan, Missbrauchtes Vertrauen, Sexuelle Grenzverletzungen in professionellen Beziehungen, Ursachen und Folgen, 2. Auflage, 2005, S. 114.

¹⁹⁴ Fischer, 69. Auflage, 2022, § 174c Rn. 11; LK-StGB/Hörnle, 12. Auflage, 2009, § 174c Rn. 41.

¹⁹⁵ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 159.

¹⁹⁶ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 158.

Ebenfalls stark diskutiert wird die mögliche Ergänzung des § 174a Abs. 2 um stationäre oder teilstationäre Einrichtungen. Wenig überzeugend verneint die Reformkommission dies mit dem Verweis, dass der Begriff teilstationär zu unklar ist.¹⁹⁷ Wie oben bereits angesprochen ist eine Bestimmung des Begriffs teilstationär zwar umstritten, jedoch möglich. Die Ergänzung hätte dabei den förderlichen Effekt, dem Tatbestand mehr Konturen zu verleihen und die Anwendung zu verbessern. Jedoch verdient die Kommission im Ergebnis Zustimmung, da „teilstationär“ zwar bestimmt werden kann, die Ergänzung allerdings aufgrund der herausgebildeten, homogenen Rechtsprechung nicht notwendig ist.¹⁹⁸

Anders ist die Situation bezüglich § 174c Abs. 1 zu bewerten. Hier geht die Reformkommission davon aus, dass das Merkmal der körperlichen Krankheit oder Behinderung zu streichen sei, da diese Personen anders als geistig oder seelisch Beeinträchtigte in der Lage seien, ihre Bedürfnisse zu äußern.¹⁹⁹ Auf der einen Seite mag dies dort überzeugend sein, wo die Erkrankung kurzfristiger und einfacher Natur ist. Dies greift jedoch auf der anderen Seite dann zu kurz, wenn eine Situation vorliegt, in der gerade das Gefühl des Ausgeliefertseins bei jemandem mit körperlichen Defizit besonders stark vorliegt (so bspw. bei Lähmung etc.).²⁰⁰ Gerade das Missbrauchsmerkmal erlaubt hier eine gerechte Korrektur mit hinreichender Beachtung der konkreten Umstände. Die Bedenken von Kohle²⁰¹, dass Widersprüche zum Missbrauchsbegriff im Vergleich zu Personen mit geistiger oder seelischer Krankheit oder Behinderung entstehen können, schlagen jedoch nicht durch, da zwar unterschieden wird, welche Art von Defizit vorliegt, in allen Fällen aber primär die konkrete Lage und das Abhängigkeitsverhältnis betrachtet werden (egal, ob körperliches oder geistiges Defizit).

Eine Erweiterung des Täterkreises in § 174c Abs. 2 ist wünschenswert, jedoch problematisch umzusetzen. Die Ergänzung von Berufsbezeichnungen würde den Schutz einengen und eine negative Abgrenzung mit dem Ziel, dass die Strafbarkeit nicht dadurch

ausgeschlossen ist, dass der Täter nicht berechtigt ist, die Bezeichnung Psychotherapeut zu führen, würde zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten führen, weshalb statt einer Wortlautänderung richtigerweise eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung zielführender ist.²⁰²

F. Schluss

In conclusio zeigt sich, dass grundsätzlich ein umfangreicher Schutz besteht, um die sexuelle Selbstbestimmung zu gewährleisten und erwachsene kranke, behinderte, hilfsbedürftige Personen und Patienten zu schützen. Dennoch drängt sich ein gewisses Verbesserungspotential auf, um die Balance zwischen Schutz und Freiheit herzustellen. Bezüglich der Freiheit zeigt sich, dass vor allem bei körperlichen Defiziten der Missbrauchsklausel des § 174c Abs. 1 eine erhöhte Relevanz zukommt, um die Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung bei Personen mit körperlichen Defiziten ohne Abhängigkeitsverhältnis zu ermöglichen. Gleichzeitig sollte sichergestellt werden, dass sich § 174a Abs. 2 nur auf stationäre und teilstationäre Aufenthalte zu beziehen hat.

Des Weiteren ist der Ausbau des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in einigen Bereichen von hoher Relevanz. Zum einen sollte man in Betracht ziehen, dass auch vorgespiegelte Behandlungsverhältnisse (i.S.d. § 174a Abs. 2) die Fähigkeit zur Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung beeinträchtigen können. Selbstverständlich besteht zum anderen auch ein starker Handlungsbedarf bezüglich der fehlgeleiteten Deutung des Merkmals der „psychotherapeutischen Behandlung“ i.S.d. § 174c Abs. 2 durch den BGH. Gerade in diesem Fall besteht ein großes Missbrauchspotential und eine starke Gefährdung für erwachsene Personen, welche aufgrund der Behandlungssituation nicht freiverantwortlich entscheiden können.

Allgemein sei hervorzuheben, dass die Herstellung des Gleichgewichts zwischen Freiheit und Schutz vor allem dann möglich ist, wenn auf die konkreten Verhältnisse abgestellt wird und eine genaue Analyse

¹⁹⁷ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 165.

¹⁹⁸ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 166.

¹⁹⁹ Drohsel, NJOZ 2018, 1521 (1523); Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 170.

²⁰⁰ Drohsel, NJOZ 2018, 1521 (1523).

²⁰¹ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 170.

²⁰² Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.): Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 172.

möglicher Abhängigkeit vorgenommen wird. Es zeigt sich, dass einige Reformen wie bspw. die Streichung des Begriffs „stationär“ in § 174a Abs. 2 und die Ergänzung des Merkmals „oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung“ in § 174c Abs. 1 durch das SexualDelÄndG v. 27.12.2003 eher überhastet und wenig zielführend wirken, wohingegen die Erweiterung beider Strafnormen auf sexuelle Handlungen mit Dritten wiederum als sinnvoll einzuordnen ist.

Ebenfalls sinnvoll wäre es, die Überlegungen bzgl. der Abhängigkeitsverhältnisse und Einschränkungen der sexuellen Selbstbestimmung zu extrahieren und eine vollumfassende Neuordnung vorzunehmen, bei welcher man jegliche Strafnorm am Leitgedanken der sexuellen Selbstbestimmung ausrichtet.²⁰³ Gerade die § 174a bis § 174c sind durch verschiedene Konstellationen asymmetrischer Beziehungen zwischen Täter und Opfer geprägt und bieten Potential, dass man sie zusammenfasst.²⁰⁴

Ein gut austariertes Schutzniveau kann demnach durch eine umfangreiche Überarbeitung noch stärker verbessert werden und gleichzeitig bei hinreichender Betrachtung der sexuellen Selbstbestimmung freiheitsgewährend fungieren. Dies entspricht mehr dem Anspruch des Strafgesetzbuchs, eine Gesamtkonzeption eines systematisch kohärenten Gebildes darzustellen.

²⁰³ Vgl. bzgl. Probleme von Reformen: Hörnle, KriPoZ 2018, 12 (13); Schroeder, JZ 2018, 345 (347).

²⁰⁴ Vgl. zur Gemeinsamkeit: Renzikowski, Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2016, § 9 Rn. 74.

„The show must go on!“

- Klausur in der Anfängerübung im Strafrecht bei Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund
in Zusammenarbeit mit Wiss. Mitarbeiterin Annika Bünzel im Sommersemester 2022 -

Von Stud. iur. Marie Kaden, Marburg*

Die als 3. Klausur gestellte Aufgabe ist im Schwierigkeitsgrad als durchschnittlich einzustufen. Zu bearbeiten sind Standardprobleme der Täterschaft und Teilnahme bei den Tötungsdelikten – insbes. auch solche des § 28 StGB – sowie des Notwehrrechts und seiner Einschränkungen. Die als 2-stündige Klausur geschriebene Originallösung wird im Wesentlichen unverändert wiedergegeben. Nachträgliche Ergänzungen oder Korrekturen sind durch Kursivdruck kenntlich gemacht. Die Fußnoten dienen lediglich der Vertiefung einzelner Aspekte.

SACHVERHALT

Conchita Durst (C) hat gerade eine Haftstrafe hinter sich gebracht und gilt als vollkommen resozialisiert. Um ihre Karriere nun wieder voranzutreiben, sucht sie erneut das Rampenlicht. Beim gefürchteten Vorsingen vor Dieter B im Fernsehen fällt sie jedoch mit Pauken und Trompeten durch. Sie wird von Dieter B vor zahlreichen Prominenten schwer beleidigt und gedemütigt. C kann die erlittene Schmach nicht überwinden. Psychisch extrem aufgewühlt und noch ganz unter dem Eindruck der erlittenen schweren Kränkungen – wenngleich immerhin noch schulfähig – beauftragt sie auf der Stelle telefonisch den Ex-Terminator (T), Dieter B gegen Zahlung einer beachtlichen Geldsumme zu töten. T ist einverstanden und unternimmt Folgendes:

Er bricht mit dem bekanntermaßen zu Gewalttätigkeiten neigenden Dieter B einen Streit vom Zaun, der alsbald in Tötlichkeiten zu münden droht. Wie von T nicht anders erwartet, kann sich Dieter B nicht länger zurückhalten und will mit den Fäusten auf T einschlagen. T zieht daraufhin seine mitgebrachte Pistole und erschießt Dieter B. Er hätte zwar leicht ausweichen

und sich dadurch effektiv retten können. Doch aufhalten konnte er den wutschäumenden Dieter B auf andere Weise nicht.

T hatte sich vor der Tat zu A begeben, diesem von seinem Vorhaben berichtet und ihn gebeten, ihm die dafür benötigte Pistole auszuleihen. Von der Bezahlung erfuhr A jedoch nichts.

Strafbarkeit von T, C und A nach dem StGB?

Besondere Hinweise: Es ist davon auszugehen, dass die von T verübte Tat die Anforderungen der Heimtücke des § 211 StGB nicht erfüllt. – Das Geschehen ist frei erfunden. Ähnlichkeiten mit tatsächlich existierenden Orten und Personen sind rein zufällig.

GUTACHTEN (LÖSUNGSVORSCHLAG)

1. Abschnitt: Strafbarkeit des T

A. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 I¹

T kann sich wegen Totschlags gem. § 212 I an Dieter B durch den Schuss auf ihn strafbar gemacht haben.

I. Dafür muss der Tatbestand i.e.S.² erfüllt sein.

1. T muss gehandelt haben im strafrechtlich relevanten Sinne. Eine Handlung ist jedes vom Willen beherrschte oder beherrschbare Verhalten.³ Der Schuss mit der Pistole war eine bewusste Bewegung des T. Er hat somit in diesem Sinne gehandelt.

2. Der tatbestandliche Erfolg muss eingetreten sein. Dieser liegt im Tod eines anderen Menschen. Dieter B ist ein anderer Mensch und tot. Der Erfolg ist eingetreten.

* Die Verfasserin der Lösung ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg. Ihre im 2. Fachsemester geschriebene Klausur wurde mit „gut“ (14 Punkte) bewertet.

¹ Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

² Zur Differenzierung zwischen dem Tatbestand i.e.S. und der für die endgültige Verhaltensmissbilligung und den vollständigen Vorsatz bedeutsamen Tatbestandserweiterung (insbes. der fehlenden Rechtfertigung und der Kenntnis der entsprechenden Tatumstände unter Einschluss ihrer Bewertungsrelevanz) näher Freund/Bünzel, Die Elemente

der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 5 ff., 120 ff.

³ Eine präzisere Definition lautet: Eine Handlung im strafrechtsrelevanten Sinne ist das vom Willen zumindest beherrschbare Verhalten, mit dem die Schaffung einer Schädigungsmöglichkeit für fremde Rechtsgüter verbunden sein kann. Nur die präzisere Definition ermöglicht eine klare Unterscheidung der Handlung von der ebenfalls strafrechtsrelevanten Unterlassung. Näher dazu Freund/Bünzel, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 7 ff.

3. Die Handlung des T muss kausal für den Erfolg gewesen sein. Eine Handlung ist dann kausal für den Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der zu diesem Erfolg führende konkrete Verlauf entfiel.⁴ Hätte T nicht auf B geschossen, wäre dieser nicht getroffen worden und in der Folge gestorben. Die Handlung ist kausal.

4. Der Erfolg muss T auch auf Tatbestandsebene i.e.S. zurechenbar sein. *Insofern* zurechenbar ist der Erfolg, wenn der Täter ein *grundsätzlich* rechtlich *missbilligtes* Risiko schafft, das sich im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert.⁵ Das Schießen mit einer Schusswaffe auf einen anderen Menschen ist – sieht man von möglichen Rechtfertigungsgründen ab – *unter den gegebenen Umständen* grundsätzlich zu missbilligen.⁶ Die Realisierung dieser Gefahr hat den Tod des B zur Folge. Mithin wurde eine grundsätzlich rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich im konkreten Verlauf realisiert hat. Der Erfolg ist T daher auf Tatbestandsebene i.e.S. zurechenbar.

5. Weiterhin muss T vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz beschreibt den Willen zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller Tatumstände.⁷ T kam es gerade darauf an, B zu töten, er handelte also sogar mit Absicht. Der Vorsatz liegt vor.

Der Tatbestand i.e.S. ist erfüllt.

II. T muss rechtswidrig gehandelt haben. Er kann gem. § 32 wegen Notwehr gerechtfertigt sein, weil B auf ihn losgegangen ist.

1. Es muss eine Notwehrlage vorliegen.

a. Zunächst muss ein Angriff vorliegen. Das ist jede von menschlichem Verhalten ausgehende Gefahr für geschützte Rechtsgüter. B will mit Fäusten auf T losgehen. Darin birgt sich eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des T. Es liegt ein Angriff vor.

b. Der Angriff muss gegenwärtig sein. Das ist er, wenn er unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch andauert. B ist gerade im Begriff, auf T einzuschlagen.

Der Angriff steht somit *zumindest* unmittelbar bevor und ist daher gegenwärtig.

c. Der Angriff muss auch rechtswidrig sein. Rechtswidrig ist ein Angriff, wenn er durch nicht gerechtfertigtes Verhalten stattfindet. Zwar hat T den B im Vorhinein in einen Streit verwickelt, jedoch kann das keinen Angriff auf die körperliche Unversehrtheit des T rechtfertigen. Der Angriff ist auch rechtswidrig.

Eine Notwehrlage liegt vor.

2. Es muss eine Notwehrhandlung vorliegen.

a. Die Handlung muss erforderlich gewesen sein. Erforderlichkeit liegt vor, wenn die Handlung geeignet und das relativ mildeste Mittel ist.

aa. Die Handlung muss geeignet sein. Das ist sie, wenn sie den Angreifer abwehren kann. B war tot und der Angriff abgewehrt. Die Handlung war geeignet.

bb. Die Handlung muss auch das relativ mildeste Mittel gewesen sein. Das ist die Abwehr, die die Interessen des Angreifers am wenigsten angreift. Der Schuss war die einzige Möglichkeit, B effektiv aufzuhalten und mithin das relativ mildeste Mittel. Die Handlung war erforderlich.

b. Die Handlung muss auch geboten sein. Das ist der Fall, wenn keine Einschränkung des Notwehrrechts vorliegt. T hat B in einen Streit verwickelt mit der Absicht, dass B ihn daraufhin angreift. Er hat den Angriff mit herbeigeführt. Es liegt eine Notwehrprovokation vor. T hatte die Möglichkeit, B auszuweichen und dem Angriff zu entkommen. Unter den gegebenen Umständen hätte er dies auch tun müssen. Grundsätzlich muss das Recht dem Unrecht nicht weichen, aber hier hat das Verhalten des T schon einen eigenen

⁴ Weiterführend dazu *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 32 ff.

⁵ Zu einem optimierten Aufbaukonzept s. *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 45 ff., 99 ff.

⁶ Bei solchen Pauschalaussagen ist Vorsicht geboten: Nicht jeder Schuss mit einer Waffe auf andere Menschen ist zu missbilligen – auch nicht im Grundsatz. Zwar ergeben sich in diesem Fall keine Probleme. Trotzdem ist – jedenfalls in der daher gebotenen Kürze – eine Interessenabwägung des

gefährdeten Interesses und des in Frage stehenden Schutzinteresses vorzunehmen. Um zu einer Missbilligung zu gelangen muss letzteres das erstere im Grundsatz – also unter dem Vorbehalt auch der endgültigen Missbilligung – überwiegen. In eine solche Abwägung ist auch die Sonderverantwortlichkeit für die konkrete Schädigungsmöglichkeit zu integrieren.

⁷ Diese verbreitete Definition ist kritikwürdig; zu einer präziseren Definition s. *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 106 ff.

Unrechtsgehalt, weshalb an ihn gesteigerte Anforderungen gestellt werden.⁸ Die Handlung war nicht geboten.

T ist nicht gem. § 32 gerechtfertigt.

III. T handelte auch hinreichend schuldhaft.⁹

T hat sich durch den Schuss gem. § 212 I des Totschlags an B schuldig gemacht.

B. Strafbarkeit wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211

Weiterhin kann sich T wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 an B durch den Schuss strafbar gemacht haben.

I. Dazu muss der Tatbestand i.e.S. erfüllt sein.

1. Die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen in Gestalt des B liegt wie geprüft vor.

2. Mordmerkmale der zweiten Gruppe sind nicht erfüllt. In Betracht kommen jedoch Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe. T kann aus Habgier gehandelt haben. Habgier ist ein ungezügelter, rücksichtsloses Gewinnstreben um jeden Preis, das zum Tötungsakt führt. T hatte von C für die Tatausführung eine hohe Geldsumme bekommen und allein dafür B getötet. Habgier liegt vor.

II. T handelte rechtswidrig.

III. T handelte hinreichend schuldhaft.

T hat sich gem. §§ 212 I, 211 wegen Mordes aus Habgier durch den Schuss auf B strafbar gemacht.¹⁰

2. Abschnitt: Strafbarkeit der C

A. C kann sich gem. §§ 212 I, 211, 26 der Anstiftung zum Mord an B schuldig gemacht haben, indem sie T telefonisch beauftragt hat, Dieter B gegen Zahlung einer beachtlichen Geldsumme zu töten.

I. Dafür muss der Tatbestand i.e.S. erfüllt sein.

1. Es muss eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegen. Der Mord, den T an B begangen hat, stellt eine solche dar. Eine entsprechende Haupttat ist gegeben.

2. Ein Bestimmen dazu muss vorliegen. Der Täter bestimmt einen anderen durch eine Handlung zu dessen vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat, wenn er in diesem den Tatentschluss hervorruft. Ohne die Beauftragung durch C hätte T den B nicht getötet; er wäre schon gar nicht auf diese Idee gekommen. C hat in T den Tatentschluss hervorgerufen und ihn mithin zur Tat bestimmt. Eine entsprechende – *für die Begehung der Haupttat kausale* – Handlung liegt vor.¹¹

3. C muss vorsätzlich bezüglich der Tatbestandsverwirklichung i.e.S. – also ihres Anstiftungsverhaltens und der daraufhin begangenen Haupttat – gehandelt haben. Es kam ihr gerade darauf an, dass T den B auf ihre Aufforderung hin tötet. Somit hatte sie sogar diesbezügliche Absicht. Sie kannte auch im Übrigen die entsprechenden Tatumstände, insbesondere wusste sie um das vom Haupttäter erfüllte Mordmerkmal der Habgier.¹²

4. C kann eigene subjektive Mordmerkmale verwirklicht haben. In Betracht kommen niedrige

⁸ An dieser Stelle hätte die sachliche Begründung für die i.E. zutreffende Notwehreinschränkung noch weiter vertieft werden können. Dafür wäre auf die Ratio des „schneidigen“ Notwehrrechts (das keine Ausweichpflicht kennt) einzugehen gewesen, die nach zutreffender Auffassung die ausschließliche und vollumfängliche Verantwortlichkeit des Angreifers erfordert. Daran fehlt es bei einer (rechtlichen) Mitverantwortlichkeit des Angegriffenen. Näher dazu *Freund/Rostalski*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 93 ff.

⁹ Ausführlicher könnte es heißen: Der Verhaltensnormverstoß des T muss hinreichend gewichtig sein. Entgegenstehende Anhaltspunkte, etwa das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes, sind hierfür nicht ersichtlich. Der Verhaltensnormverstoß hatte hinreichendes Gewicht. – Näher zu dieser Gewichtungssproblematik *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 150 ff.

¹⁰ An dieser Stelle könnte noch kurz festgestellt werden: Die §§ 223 ff. sowie § 30 i. V. m. § 211 treten zurück.

¹¹ Prüfungstechnisch liegt hier eine Schwachstelle: Geprüft wird sachlich außer der Haupttat als dem Erfolg der Anstiftung lediglich die Kausalität der Handlung dafür. Es fehlt zumindest ein feststellender Satz, dass die Handlung auch und gerade im Hinblick auf dieses Kausalwerden für den Tatentschluss und die Begehung der Haupttat grundsätzlich rechtlich zu missbilligen ist. In Problemfällen – etwa der Schaffung einer tatanreizenden Situation – müsste dazu sachlich argumentiert werden. Zur Prüfung der grundsätzlichen Missbilligung auch bei der Anstiftung als Straftat näher *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn 71 ff.

¹² Selbst verwirklicht sie dieses Mordmerkmal zwar nicht. Aber aus den allgemeinen Akzessorietätsregeln folgt: Im Grundsatz verwirklicht sie den Tatbestand (i.e.S.) der Anstiftung zum Mord. Ob aber, um tatsächlich einen entsprechenden Unrechtsgehalt zu begründen, der eine solche gewichtige strafrechtliche Reaktion rechtfertigt, C ihrerseits in eigener Person ein Mordmerkmal verwirklicht haben muss, ist umstritten. Dies ist als Einleitung in den folgenden Streit um das Verhältnis von § 212 und § 211 anzuführen.

Beweggründe. Dies sind alle Tatantriebe, die nach allgemein-sittlicher Wertung auf unterster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind. C möchte B aus Rache getötet wissen, da er sie in einer Casting-Show bloßgestellt hat und sie sich dadurch gedemütigt fühlt. Dies ist ein höchst emotionales und egoistisches Motiv und mithin als niedriger Beweggrund anzusehen.¹³

Der Tatbestand ist grundsätzlich erfüllt.

5. Allerdings kann eine Tatbestandsverschiebung möglich werden. Fraglich ist, ob der Tatbestand gem. § 28 II verschoben werden kann.

Dazu müssen bei T besondere persönliche Merkmale vorliegen, die bei C fehlen. Die subjektiven Mordmerkmale – also auch die Habgier des T – sind solche Merkmale. Fraglich ist, ob diese Merkmale strafbegründend oder strafmodifizierend sind. Insofern kommt es auf das Verhältnis zwischen § 212 I und § 211 an.

Diesbezüglich wird die Auffassung vertreten, dass beides eigenständige Tatbestände seien. Danach sind die Mordmerkmale strafbegründend. Mithin wäre hiernach § 28 I anzuwenden und die Strafe für C nach § 49 I zu mildern.

Nach der Gegenauffassung ist § 211 die Qualifikation von § 212 I, wonach die Mordmerkmale einen strafmodifizierenden Charakter besitzen und § 28 II zum Einsatz kommt. Bei C und T würde jeweils das eigene Mordmerkmal berücksichtigt.

Für die Exklusivitätskonzeption wird argumentativ angeführt, dass ein Mörder ein ganz anderer Tätertyp sei als ein Totschläger. Außerdem sei es systematisch unüblich, dass die Qualifikation im Gesetz vor dem Grundtatbestand steht.

Dagegen hält die andere Ansicht, dass die Tätertypenlehre von den Nationalsozialisten stamme und

mithin nicht mehr als Argument aussagekräftig sei. Bezüglich der Systematik sei die Reihenfolge nicht unüblich, da beispielsweise § 250 als Qualifikation auch vor § 253 stehe. Ferner sei in jedem Mord auch logischerweise ein Totschlag enthalten, was gegen eine strikte Trennung der Tatbestände spreche.

In der Sache gilt: Im Mord sind sämtliche Voraussetzungen des Tatbestands des Totschlags enthalten. Daher ist ein Alternativverhältnis der Tatbestände kaum nachvollziehbar. Vielmehr basiert der Mord auf dem Totschlag. Er enthält nur einen weitergehenden Unrechtsgehalt. Die Exklusivitätsthese ist nicht weiterführend.

Mithin ist die Annahme des Verhältnisses von Grunddelikt und Qualifikation vorzugswürdig.¹⁴ Demnach haben die Mordmerkmale strafmodifizierenden Charakter und § 28 II kommt zur Anwendung. T handelte aus Habgier. Dieses Mordmerkmal teilt C nicht. Hiernach wird der Tatbestand gem. § 28 II nach unten verschoben.¹⁵ Sie wäre auf dieser Basis nur wegen Anstiftung zum Totschlag gem. § 212 I zu bestrafen.

Es können jedoch für C eigene besondere persönliche Merkmale vorliegen. C handelte – wie oben festgestellt¹⁶ – aus niedrigen Beweggründen und erfüllt somit ein eigenes subjektives Mordmerkmal. Mithin wird der Tatbestand gem. § 28 II wieder angehoben und für C gilt ihr eigenes Mordmerkmal.

II. C handelte rechtswidrig.

III. Sie handelte auch hinreichend schuldhaft.

C ist somit gem. §§ 212 I, 211, 26, 28 II, 28 II wegen Anstiftung zum Mord an B strafbar.¹⁷

¹³ Die Annahme niedriger Beweggründe ist mehr als zweifelhaft. Diese hätte zumindest näherer Begründung bedurft. Die weitere Lösung ist jedoch konsequent. – Vor dem Hintergrund des § 213 wäre zu überlegen gewesen, ob nicht vielleicht sogar ein minder schwerer Fall der Anstiftung zum Totschlag angenommen werden könnte.

¹⁴ Der in der Lösung gewählte Streitaufbau (1. Meinung, 2. Meinung, Streitentscheid) kann leicht verbessert werden. Vorzugswürdig ist ein argumentativer Streitaufbau, bei dem zunächst die letztlich falsche Auffassung dargestellt wird. Im nächsten Schritt wird gleich in Auseinandersetzung mit den Argumenten der „falschen“ Auffassung die „richtige“ argumentativ entwickelt und das Problem einer überzeugenden Lösung zugeführt.

¹⁵ Präziser ausgedrückt wird nicht der (Sanktionsnorm-)Tatbestand nach „unten“ oder „oben“ verschoben, sondern der

Unwertgehalt der begangenen Tat wird durch die Ablehnung der eigenen Verwirklichung des vom Haupttäter erfüllten Mordmerkmals durch die Anstifterin zunächst so weit reduziert, dass die eingriffsintensive strafrechtliche Reaktion wegen Mordes (als Anstifterin) nicht angemessen ist. Aufgrund eines eigenen verwirklichten anderen Mordmerkmals wird sodann der verwirklichte Unwertgehalt allerdings wieder gewichtiger, weshalb eine strafrechtliche Reaktion gem. §§ 211, 26 letztlich doch angemessen ist.

¹⁶ Zur mehr als zweifelhaften Annahme niedriger Beweggründe s. oben Fn. 13.

¹⁷ Folgendes könnte noch kurz festgestellt werden: §§ 223 ff., 26 sowie § 30 i. V. m. § 212 I bzw. 211 treten zurück.

3. Abschnitt: Strafbarkeit des A

A. A kann sich wegen Beihilfe zum Totschlag gem. §§ 212 I, 27, 28 II an B strafbar gemacht haben.

I. Der Tatbestand i. e. S. muss erfüllt sein.

1. Dafür muss eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegen. Diese ist durch den Mord an B – *in dem ein teilnahmefähiger Totschlag als Minus enthalten ist* – gegeben.

2. A muss entsprechend gehandelt haben. Eine Hilfeleistung muss vorliegen. Hilfe leistet, wer eine fremde vorsätzliche rechtswidrige Haupttat fördert. Indem A dem T seine Pistole ausleiht, erleichtert er diesem die Tatausführung. Die Haupttat wird mithin gefördert, eine Hilfeleistung liegt vor. A hat entsprechend *mit haupttatfördernder Wirkung* gehandelt.¹⁸

3. A muss vorsätzlich *bezüglich der Tatbestandsverwirklichung i.e.S. – also seines Beihilfeverhaltens und der dadurch geförderten Haupttat* – gehandelt haben. T berichtete A von seinem Vorhaben. Somit war dieser in Kenntnis aller relevanten Umstände. Das Vorsatzerfordernis ist insofern erfüllt.

4. Eigene besondere persönliche Merkmale in Form von subjektiven Mordmerkmalen liegen bei A nicht vor.

Der Tatbestand wird gem. § 28 II von dem des § 211 auf den des § 212 I herabgestuft.¹⁹

II. A handelte rechtswidrig.

III. Er handelte *auch hinreichend* schuldhaft.

A hat sich durch das Ausleihen der Pistole an T gem. §§ 212 I, 211, 27, 28 II wegen Beihilfe zum Totschlag an B strafbar gemacht.²⁰

Weiterhin kommt für A eine Strafbarkeit gemäß § 138 I Nr. 5 Fall 2 wegen Nichtanzeige einer geplanten Straftat in Betracht. *Allerdings hat diese neben einer*

Strafbarkeit wegen Beteiligung an der ggf. anzeigepflichtigen Tat jedenfalls keine selbstständige Bedeutung.

Gesamtergebnis

T hat sich gem. §§ 212 I, 211 II, 1. Gruppe wegen Mordes an B strafbar gemacht.

C ist gem. §§ 212 I, 211, 26, 28 II, 28 II strafbar wegen Anstiftung zum Mord an B.

A hat sich gem. §§ 212 I, 27 wegen Beihilfe zum Totschlag an B strafbar gemacht.

¹⁸ Prüfungstechnisch liegt hier erneut eine Schwachstelle: Geprüft wird sachlich außer der geförderten Haupttat als dem Erfolg der Beihilfe lediglich die Kausalität der Handlung dafür. Es fehlt zumindest ein feststellender Satz, dass die Handlung auch und gerade im Hinblick auf dieses Kausalwerden für die geförderte Haupttat grundsätzlich rechtlich zu missbilligen ist. In Problemfällen – etwa der fördernden Wirkung eines „neutralen“ Verhaltens – müsste dazu sachlich argumentiert werden. Zur Prüfung der grundsätzlichen Missbilligung auch bei der Beihilfe als Straftat näher *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn 79 ff.

¹⁹ Es liegt eine Akzessorietätsdurchbrechung vor. Aufgrund des Fehlens eigener, den Unwertgehalt eines Mordes begründender Umstände ist eine strafrechtliche Reaktion aufgrund von § 211 nicht angemessen. Nach der gegenteiligen Ansicht der Rechtsprechung, welche eine solche Möglichkeit der Akzessorietätsdurchbrechung unter Verweis auf die strafbegründende Funktion der Mordmerkmale und der Anwendbarkeit von § 28 I ablehnt, wird ein solcher Ausgleich durch die Strafmilderung gem. 49 I auf der Ebene der Strafzumessung vorgenommen.

²⁰ Folgendes könnte noch kurz festgestellt werden: §§ 223 ff., 27 treten hinter der Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Totschlag zurück.

Interview mit Professor Dr. Boris Burghardt

Von Redaktion der Marburg Law Review

Professor Dr. Boris Burghardt (geb. 1976) ist seit April 2023 Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Juristische Zeitgeschichte am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Im Interview mit der Redaktion beantwortet er Fragen zu seiner Person und dem juristischen Studium.

MLR: Bitte schildern Sie kurz Ihren bisherigen Werdegang.

Burghardt: Nach dem Abitur in Berlin bin ich zunächst nach Wien gegangen. Dort habe ich so eine Art selbstorganisiertes Schnupperstudium aus Jura (dort: Jus), Geschichte und Theologie begonnen. Wie geplant, bin ich nach einem Jahr wieder nach Berlin zurückgekehrt und habe mich dann an der Humboldt-Universität für ein Studium der Rechtswissenschaften eingeschrieben. Nach vier Semestern bin ich für ein Auslandsjahr nach Salamanca in Spanien gegangen, das mich sehr geprägt hat. Wieder zurück in Berlin habe ich angefangen, als studentische Hilfskraft in einem Forschungsprojekt von Prof. Dr. Klaus Marxen und Prof. Dr. Gerhard Werle zur strafrechtlichen Aufarbeitung des DDR-Unrechts zu arbeiten. Bis zum Examen war ich als SHK am Lehrstuhl von Gerhard Werle, der damals begann, sich intensiv mit dem Völkerstrafrecht zu befassen – einer Materie, die seit Mitte der 1990er-Jahre gerade erst wieder völkerrechtspolitischen Rückenwind erhielt, an den Universitäten aber noch nicht gelehrt wurde. Im Rahmen der Arbeiten an dem ersten deutschsprachigen Lehrbuch zu diesem Rechtsgebiet, das Gerhard Werle und sein damaliger Habilitand Florian Jeßberger, der heute Professor an der Humboldt-Universität ist, planten, fertigte ich als SHK Entwürfe zu verschiedenen Abschnitten des Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts. Diese Art der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Rechtsfragen hat mir großen Spaß bereitet. Nach dem ersten Examen promovierte ich daher mit einer strafrechtsdogmatischen Arbeit zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, einer spezifischen Zurechnungsfigur des Völkerstrafrechts. Da ich ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des Deutschen Volkes erhielt und mein Promotionsthema mich nicht an Deutschland band, habe ich in dieser Zeit ein wunderschönes Jahr in Paris verbracht. Das Referendariat habe ich am Kammergericht in Berlin absolviert und wusste danach, dass ich nicht

ins Ministerium will, Justiz und Anwaltschaft zwar brauchbare Optionen sind, aber meine Wahl die akademische Laufbahn ist. Da die Zusammenarbeit mit Gerhard Werle gut funktioniert hatte, bin ich wieder an die Humboldt-Universität zurückgekehrt und habe dort, unterbrochen von Elternzeiten nach den Geburten meiner drei Töchter, als wissenschaftlicher Mitarbeiter mit einer Arbeit in der Schnittstelle von Rechtsphilosophie und Moralphilosophie habilitiert. Es folgte eine mühselige Phase der Lehrstuhlvertretungen, Gastprofessuren und Bewerbungsverfahren mit Stationen in Hamburg, Frankfurt/Oder, Frankfurt/Main, Göttingen, Lüneburg und immer wieder der Humboldt-Universität. Und jetzt: Marburg!

MLR: Wie gefällt Ihnen Marburg bisher?

Burghardt: Gut! Die Kolleginnen und Kollegen sowie die Mitglieder meines Lehrstuhlteams haben mir den Start am Fachbereich sehr erleichtert und mir über das Sommersemester zahlreiche Restaurants, Cafés und Kneipen gezeigt, an denen sich die Sommerabende gut genießen lassen. Auf der Wohnungssuche habe ich unterschiedliche Teile der Stadt kennengelernt: Die Mischung aus Geschichte und lebhafter Gegenwart in der Oberstadt mag ich, das Südviertel charmiert meine gutbürgerliche Seite, die Lahn gibt der Stadt eine angenehme Naturnähe und Erdung. Gespannt bin ich auf das Umland, das ich noch überhaupt nicht kenne.

MLR: Welche Gründe haben Sie dazu bewogen, sich auf eine Stelle als Jura-Professor in Marburg zu bewerben?

Burghardt: Zunächst hat die Stelle einfach gut zu meinen Forschungsinteressen gepasst, weil es innerhalb der strafrechtlichen Fachsäule die AT-Stelle mit ausgeprägtem Grundlagenbezug ist. Zudem erschien das universitäre Umfeld sehr attraktiv: Das Internationale Forschungs- und Dokumentationszentrum Kriegsverbrecherprozesse und das Zentrum für Konfliktforschung, das sind Institutionen, die wunderbar zu Themen und Forschungsfeldern passen, die mich beschäftigen. Schließlich ließ sich erahnen, dass die Zusammenarbeit mit den Kolleginnen und Kollegen in der Fachsäule auch persönlich gut funktionieren würde. Das ist gerade für das Strafrecht, das stets die

kleinste Fachgruppe innerhalb einer juristischen Fakultät bildet, ein ganz wichtiger Faktor. Zwar hatte ich zuvor weder mit *Stefanie Bock* noch mit *Jens Puschke* gemeinsame Projekte realisiert oder stand mit ihnen in engem Austausch. Aber wir kannten uns natürlich aus der strafrechtlichen Community, und ich war mir sicher, dass das passen würde.

MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein guter Jura-Professor/eine gute Jura-Professorin Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?

Burghardt: Er oder sie muss neugierig und geistig regsam bleiben in der Forschung. Gerade in der deutschen Rechtswissenschaft dominieren Publikationsformen, die wenig Raum und Anreiz dafür bieten, als Wissenschaftler*in immer wieder neue Pfade des Denkens und Hinterfragens zu beschreiten. Im Umgang mit den Studierenden besteht die Schlüsselkompetenz meines Erachtens darin, die Studierenden ernst zu nehmen, ihre Wünsche, Sorgen und Ängste. Damit bewahrt man sich davor, in eine abgestumpfte Routine abzugleiten, in der einem die Studierenden egal werden oder man es sich quasi aus Gefälligkeit und Bequemlichkeit besonders einfach macht. Schließlich gehört für mich zu einem guten Jura-Professor bzw. einer guten Jura-Professorin ein waches politisches Bewusstsein. Recht ist ein mächtiges Instrument der Gesellschaftsgestaltung – zum Guten wie zum Schlechten. Wir sollten in unserer Forschungs- und Lehrtätigkeit sensibel sein für die Gestaltbarkeit des Rechts, seine Missbrauchsmöglichkeiten und die Kosten der Juridifizierung von Lebensbereichen, aber auch sein Potential, eine Gesellschaft zu einer besseren Version ihrer selbst werden zu lassen, und dieses Bewusstsein bei den Studierenden und in der Öffentlichkeit wecken und wachhalten.

MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein Student/eine Studentin der Rechtswissenschaften Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?

Burghardt: Erstens sind gedankliche Klarheit und analytische Fähigkeit Schlüsselqualifikationen, die in der Erfassung rechtlicher Probleme und in der Darstellung eigener Rechtsauffassungen unverzichtbar sind. Zweitens ein kritisches Bewusstsein, das einen die Regelungen des Gesetzgebers, die Entscheidungen der Justiz und der Verwaltung und die Lösungen der berüht-berüchtigten herrschenden Meinung hinterfragen lässt. Und schließlich idealistischer Überschuss: Wer Recht nur studiert, um damit Geld zu verdienen

oder an die Schaltzentralen der Macht zu gelangen, und nicht, um die Welt gerechter zu machen, kann m.E. kein guter Jurist bzw. keine gute Juristin werden.

MLR: Welche Erwartungen haben Sie als Professor an die Studierenden in Ihren Veranstaltungen?

Burghardt: Dass die Studierenden Verantwortung für ein besseres Gelingen jeder Lehrveranstaltung übernehmen! Universität lebt vom Austausch der Ideen und Meinungen, gerade auch zwischen Studierenden und Lehrenden. Studierende, die sich zeigen, die fragen, Vorschläge zur Verbesserung äußern oder loben, wenn sie etwas gut finden, sind ein ungeheurer Motivationsbooster für alle Lehrenden. Ich bin immer wieder überrascht, dass Studierende diese positive Gestaltungsmacht, über die sie verfügen, häufig nicht im Blick haben. Umgekehrt gilt: Wer nicht an den Veranstaltungen teilnimmt oder nur stumm in den Reihen sitzt, verschenkt Chancen zur Mitgestaltung und tut nichts, um das eigene Studium besser zu machen. Angst, sich zu blamieren, Schüchternheit, Bequemlichkeit – das sind subjektiv alles sehr nachvollziehbare Gründe, die jemanden davon abhalten können, sich in Lehrveranstaltungen einzubringen. Man sollte sich aber klarmachen: Passivität ist leider ansteckend; die Haltung des Wegduckens habitualisiert sich und hat einen individuellen und gesellschaftlichen Preis.

MLR: Welche Veranstaltungen bieten Sie bereits an und welche sind vielleicht schon für die Zukunft geplant?

Burghardt: Im vergangenen Semester habe ich den Grundkurs II im Strafrecht und die Übung für Anfänger*innen gehalten. Im Wintersemester biete ich den Grundkurs I und die begleitende propädeutische Übung an. Diese Lehrveranstaltungen werden wahrscheinlich auf Dauer das Kernstück meines Lehrangebots in Marburg bilden. Hinzu kommen Seminare, im vergangenen Semester zu Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, im kommenden Wintersemester zu den Straftheorien. In der Zukunft werde ich voraussichtlich stets im Sommersemester eine Veranstaltung zur Juristischen Zeitgeschichte des Strafrechts anbieten, im Wintersemester eine zur Strafrechtsphilosophie. Dazu kommen Veranstaltungen, die ich gerne über das eigentliche Lehrdeputat hinaus anbieten möchte. Das ist zum einen eine Forschungswerkstatt Kritische Strafrechtsgeschichte, in der drei Ziele verfolgt werden: Die Teilnehmer*innen lesen und diskutieren Neuerscheinungen aus dem

Bereich der jüngeren Strafrechtsgeschichte, Forschende haben die Gelegenheit, kürzlich abgeschlossene Arbeiten und laufende Projekte vorzustellen und Studierende sollen sich in kleineren Formaten wissenschaftlicher Publikationen ausprobieren können. Dazu möchte ich eine Lehrwerkstatt etablieren, in der Studierende Lehrmaterialien zum Strafrecht einzeln oder in Teams erarbeiten, die hoffentlich passgenauer den Bedürfnissen und Interessen von Studierenden entsprechen. Die Teilnehmer*innen sollen so Grundfähigkeiten der didaktischen Aufbereitung und Vermittlung juristischer Inhalte unter Nutzung unterschiedlicher Medienformate als Schlüsselqualifikation erwerben. Perspektivisch möchte ich zudem, eventuell zusammen mit einem Kollegen aus dem Öffentlichen Recht, wieder eine Vorlesung zur Rechtsphilosophie am Fachbereich anbieten, in der ein Grundlagenschein erworben werden kann.

MLR: Welche Forschungsschwerpunkte werden Sie in Zukunft am Fachbereich repräsentieren und wo liegen Ihre persönlichen Interessenschwerpunkte?

Burghardt: Meine Forschungsschwerpunkte liegen in vier Bereichen. Das ist der Allgemeine Teil des Strafrechts, namentlich Fragen der Legitimation und der Kriminalisierungstheorien sowie Grundfragen der strafrechtlichen Zurechnungs- und Beteiligungslehre. Das alles sind Themen, die sich nicht adäquat diskutieren lassen, wenn man sich lediglich im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung bewegt. Sie müssen vielmehr im Zusammenhang mit Grundfragen der Rechtsphilosophie und der normativen Ethik verstanden werden. Ein zweiter Bereich meiner Forschung ist die Juristische Zeitgeschichte. Hier interessiert mich insbesondere die Rolle des Strafrechts bei der Begehung staatlich angeleiteter, systematischer Verbrechen sowie die Rolle des Strafrechts bei der Aufarbeitung eben solcher Systemverbrechen, namentlich den Verbrechen der NS-Zeit. Damit sind zugleich auch schon die Grundfragen angesprochen, die mich nicht nur in Bezug auf die allgemeine Strafrechtstheorie oder in zeitgeschichtlicher Perspektive befassen, sondern auch als spezifische Legitimationsprobleme des Völkerstrafrechts, das meinen dritten Forschungsschwerpunkt bildet. Schließlich ist noch das Sexualstrafrecht zu nennen, das mich als Spiegel verschiedener Wandlungsprozesse interessiert, die der angemessenen rechtlichen Verarbeitung bedürfen.

MLR: Auf welche Weise möchten Sie den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg prägen?

Burghardt: „Prägen“ – das klingt so, als könne man mit einer Agenda an den Fachbereich kommen und dann Dinge nach seinen Vorstellungen verändern. So funktioniert das nicht. Ich sehe mich als Teil verschiedener Teams auf unterschiedlichen Ebenen der Philipps-Universität. Ich hoffe, dass es mir gelingt, meine Professur zu einem ähnlich attraktiven Anlaufpunkt für Studierende, wissenschaftlichen Nachwuchs und ausländische Wissenschaftler*innen werden zu lassen, wie es die Professur unter Leitung meines Vorgängers Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. *Georg Freund* über Jahre gewesen ist. Im Strafrecht will ich gemeinsam mit *Stefanie Bock* und *Jens Puschke* dafür sorgen, dass wir sowohl in der Lehre des strafrechtlichen Pflichtfachstoffes als auch im strafrechtlichen Schwerpunkt ein Angebot an die Studierenden machen, das auch im deutschlandweiten Vergleich juristischer Fakultäten attraktiv ist. Das setzt sich dann im größeren Rahmen des Fachbereichs Rechtswissenschaften und der Philipps-Universität insgesamt fort. Nach meinem Eindruck passe ich mit meinen Forschungsschwerpunkten gut in den Marburger Fachbereich, weil ich einige Stärken, z.B. im Bereich des Völkerstrafrechts, verstärke und zugleich im Grundlagenbereich Lücken schließen kann. Hier habe ich natürlich einige Ideen für Forschungsprojekte, die ich in den kommenden Jahren umsetzen möchte. Zugleich lässt die Grundlagenorientierung meine Forschung auch für andere Fachbereiche anschlussfähig werden und macht mich – hoffentlich – zu einem Kooperations- und Ansprechpartner anderer Disziplinen, etwa den Geschichtswissenschaften und der Philosophie. Ich bin mir sicher, dass sich hier rasch Möglichkeiten der Zusammenarbeit ergeben werden.

MLR: Sie gehörten u.a. dem wissenschaftlichen Beirat des Forum Justizgeschichte e.V. an. Warum sollten sich auch Studierende und Referendare frühzeitig mit der Juristischen Zeitgeschichte befassen?

Burghardt: Ich selbst erlebe die Beschäftigung mit Recht und Justiz aus zeitgeschichtlicher Perspektive als gewinnbringend und erhellend, weil sie die Kontingenzen des geltenden Rechts verdeutlicht und das Bewusstsein für die Verantwortung schärft, die mit juristischer Tätigkeit einher geht. Zugleich stößt man in Urteilen oder Dokumenten der

Gesetzgebungsgeschichte immer wieder auf Details, die plastischer als jeder Roman oder Film die ganze Bandbreite des menschlichen Lebens in ihrer Schrecklichkeit, Schönheit, Traurigkeit und Banalität erzählen. Ich glaube aber nicht, dass ein zeitgeschichtlicher Zugang für alle Studierenden funktioniert. Und es graust mir davor, geschichtliche Versatzstücke für vorfabrizierte moralische Lektionen zu nutzen. Die Ergänzung in § 5a DRiG, nach der die juristische Ausbildung „auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur“ zu erfolgen habe, ist daher Risiko und Chance zugleich. Wenn sie dazu führt, das universitäre Angebot an Veranstaltungen zu vergrößern, in denen eine historische Kontextualisierung für eine kritische Auseinandersetzung mit dem Recht und der juristischen Tätigkeit genutzt wird, ist das wunderbar. Wenn sie lediglich zu Pflichtübungen des Erschauerns führt, nach dem Motto, wie schlimm das damals alles war und was für schreckliche Gestalten *Roland Freisler* und andere doch gewesen sind, dann halte ich das für wenig hilfreich.

MLR: Das Studium der Rechtswissenschaften ist bekannt für seine große Stoffmenge. Wie sah Ihre Examensvorbereitung aus?

Burghardt: Meine eigene Examensvorbereitung lässt sich als eine Art Mixed-Methods-Ansatz beschreiben. Für Zivilrecht und Strafrecht habe ich von Beginn an ohne Repetitorium gelernt. Allerdings hatte ich zwei Privat-AGs mit Kommilitonen, die in zwei großen kommerziellen Repetitorien waren, sodass ich einen Überblick hatte, was dort gemacht wurde und auch mit welchem Material. Das fand ich beruhigend, weil es mir gezeigt hat, dass es wahrlich keine Raketenwissenschaft ist, was die dort betreiben. Im Öffentlichen Recht fühlte ich mich während des Studiums immer am unsichersten, sodass ich am Anfang noch einen kommerziellen Rep-Kurs besucht habe. Nach zwei Monaten habe ich aber gemerkt, dass mir das nicht hilft, und bin dann auch auf die Vorbereitung im Selbststudium und mit Privat-AGs umgestiegen. Vor allem habe ich Klausuren geschrieben. Zeitweise drei pro Woche, insgesamt ca. 120 Stück – mehr oder weniger unter Ernstbedingungen.

MLR: Was könnten Gründe für die hohen Durchfallquoten und die schlechten Noten im juristischen Studium sein? Sehen Sie da einen Reformbedarf?

Burghardt: Hinsichtlich der ersten Frage bin ich zwiegespalten. Ja, die Noten im juristischen Studium fallen zu schlecht aus. Sie jagen Angst ein, und die lähmt eher, als dass sie motiviert. Zugleich halte ich es nicht für erstrebenswert, dass 90 % der vergebenen Bewertungen sich zwischen den Noten 1,3 und 1,7 abspielen wie in anderen Studienfächern. Dass lediglich 10-20 % der Leistungen mit Prädikatsnoten bewertet werden, scheint mir ein realistischeres Bild zu zeichnen. Mein Eindruck ist auch, dass sich Studierende sehr schnell auf diese Art der Bewertung einstellen und sich dann über 11 oder 12 Punkte ebenso freuen wie früher über „eine Eins“. Wichtiger wäre, dass der zugrundeliegende Bewertungsmaßstab stärker in Korrelation zu dem Ausbildungsstand entwickelt wird. Eine vollbefriedigende Leistung einer Studierenden im 2. Semester sieht anders aus als die vollbefriedigende Leistung einer Examenskandidatin.

Dennoch halte ich Studium und Staatsexamina für stark reformbedürftig. Das ist natürlich ein ewiges Thema, und ich kann auch nicht beanspruchen, die aktuellen Debatten im Detail zu kennen. Aber ich meine, dass es zwei offensichtliche Ansatzpunkte für Verbesserungen gibt. Zum einen sollte die Einheitsausbildung verkürzt werden. Ich denke, es reicht aus, wenn alle Jura-Studierenden über fünf Semester die Grundzüge des Zivilrechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts sowie die Grundlagen des Rechts studiert haben. Danach könnte eine Phase der Spezialisierung erfolgen, die mit einer Abschichtung einhergeht.

Zum anderen sollte das Format der Prüfung angepasst werden. Es leuchtet einfach nicht ein, dass sich juristische Kenntnisse und Fähigkeiten am besten im Rahmen von Klausuren abprüfen lassen, die weder eine besondere Nähe zu praktischen juristischen Tätigkeiten noch zu einer wissenschaftlichen Beschäftigung mit Rechtsfragen aufweisen. Die starke Dominanz der sog. gutachterlichen Falllösung in der Ausbildung deutscher Jurist*innen sollte endlich beseitigt werden.

MLR: Welche drei Tipps würden Sie heute Ihrem „Erstsemester-Ich“ für ein erfolgreiches Studium der Rechtswissenschaften mit auf den Weg geben?

Burghardt: Nicht, dass ich großer *Fleetwood Mac*-Fan wäre, aber da gilt: „*Go your own way*“. Es hilft bestimmt, sich bei der Gestaltung des Studiums nicht

zu stark an Noten auszurichten, sondern eher Themen zu identifizieren, für die man brennt, und Personen zu suchen, mit denen es Spaß macht, sich auszutauschen, Projekte anzuschließen und umzusetzen bzw. von denen man sich gerne Dinge zeigen lässt. Sog, nicht Druck als Motivationsmoment, das durch das Studium trägt.

MLR: Vielen Dank für das Interview, Herr Professor Dr. Burghardt.

Empirische Rechtsforschung

- Bedeutung, Chancen, Herausforderungen sowie Erfahrungen -

Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. **Konstanze Rothe** und Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. **Jan Trienekens**, Kassel*

A. Einleitung

Die klassische juristische Ausbildung sieht sich nicht nur in der letzten Zeit, sondern bereits seit Jahrzehnten mit Forderungen nach einer Reform konfrontiert. Im vergangenen Jahr ist das Thema jedoch vermehrt durch polarisierende Ansichten¹ auch in der Tagespresse in den Fokus gerückt, wobei zumindest seit der Justizministerkonferenz² im letzten Jahr eine Reform des juristischen Studiums auf dem Weg zum Staatsexamen bzw. der ersten juristischen Prüfung in die Wege geleitet und die Einführung eines integrierten „Bachelor of Laws“-Abschlusses³ diskutiert wurde.

Trotz der angestrebten und erforderlichen Reformen, die angemessen erscheinen, vor allem den Studierenden, die an Prüfungsängsten leiden oder sich nach dem erfolglosen letzten Versuch in der ersten juristischen Prüfung nur mit dem schulischen Abschluss in der Tasche konfrontiert sehen, ist ein Blick auch auf Schnittstellen zu anderen Disziplinen schon vor dem Hintergrund der späteren beruflichen Einsatzfelder von Jurist*innen angezeigt.

Die generalistische Ausbildung zielt bisweilen auf eine Vermittlung der Kernbereiche des Rechts ab und sieht vor, dass rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen berücksichtigt werden. Gleichzeitig sollen aber auch die ethischen

Grundlagen des Rechts aufgegriffen sowie eine kritische Reflexion des Rechts gefördert werden.⁴ Eine soziologische Betrachtungsweise der Rechtswissenschaft hat jedoch keinen Einzug in die Universitäten erhalten, so existiert keine Professur, die ihren Schwerpunkt in empirischer Rechts- oder Professionsforschung setzt.⁵ Dabei stellen Ausbildungsordnungen die Anforderungen an Studierende, dass über eine innere Verbindung zu den Wissenschaften von der Gesellschaft, Wirtschaft, Politik, Geschichte und zur Philosophie zu dem Pflichtfachstoff reflektiert werden soll.⁶ Für einen erweiterten Fokus auf die Schnittstellen spricht ferner die Vorgehensweise anderer an Hochschulen gelehrter Fachdisziplinen, die trotz der teilweise berechtigten Kritik⁷ an den Ergebnissen der Bologna-Erklärung aus dem Jahr 1999 und damit verbunden der Änderung durch des Hochschulrahmengesetzes 2002 zur Angleichung und Vergleichbarkeit europäischer Abschlüsse auch einen Bezug zu interdisziplinären Forschungsmethoden aufweisen. Der Begriff *interdisziplinär* stammt aus dem lateinischen und setzt sich zusammen aus den Worten „*inter*“ (dt. zwischen, unter) sowie dem Wort „*disciplina*“ (dt. Lehre, Fach). Zusammengesetzt ergibt sich die auch heute noch geltende Bedeutung, dass mehrere Disziplinen umfasst werden bzw. zum Einsatz kommen. Zu diesen Fachdisziplinen zählen vor allem die Soziologie, die

* Konstanze Rothe und Jan Trienekens sind wissenschaftliche Beschäftigte und Promovierende der Universität Kassel mit Forschungsschwerpunkten im Gesundheits-, Arbeits- und Sozialrecht.

¹ Siehe für einen Überblick Ogorek, Netzwerk Sozialrecht, Thema des Monats Januar 2023, mwN, <https://netzwerk-sozialrecht.net/fortschritt-mit-huerden-der-universitaer-integrierte-jura-bachelor/>, zuletzt abgerufen am 5. Mai 2023.

² Vgl. die Ergebnisse der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. November 2022, Punkt Top I.1.

³ Wobei dieser nicht die juristischen Staatsprüfungen ersetzen soll, an den beiden Staatsprüfungen als Voraussetzung zur Befähigung zum Richteramt wird weiterhin festgehalten werden.

⁴ So sieht es bspw. § 6 S. 1, 2 des Gesetzes über die juristische Ausbildung (Juristenausbildungsgesetz – JAG) in der Fassung vom 15. März 2004 (GVBl. I S. 158), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Oktober 2022 (GVBl. S. 489), vor, auf das im Folgenden noch weiter eingegangen wird.

⁵ Zur Bedeutung des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Soziologie siehe Michael Wrase, in: Pilniok/Brockmann, Die juristische Profession und das Jurastudium, 2017, Recht als soziale Praxis – eine Herausforderung für die juristische Profession?! 41 (43f.).

⁶ Siehe bspw. § 6 Abs. 2 JAG.

⁷ Kritik rief und ruft vor allem die Abkehr vom Diplom hervor, die vor allem im Bachelorstudiengang zu einer verschulerten Ausbildung mit mangelnder akademischer Tiefe geführt haben soll. Zudem bestand und besteht Kritik an dem modularen und strukturierteren Aufbau der Studiengänge, den studienbegleitenden Prüfungen sowie dem anleitenden „Unterricht“ und damit verbunden dem Wegfall von Eigenverantwortlichkeit, Selbständigkeit und Krisenbewältigung. Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/campus/verschultes-studium-der-frust-war-doch-ein-guter-lehrer-12153641.html> sowie <https://www.bpb.de/themen/bildung/dossier-bildung/204075/bologna-die-ungeliebte-reform-und-ihre-folgen/>, beides zuletzt abgerufen am 5. Mai 2023.

Philosophie, die Psychologie, die Volkswirtschaftslehre, die Betriebswirtschaftslehre, die Politikwissenschaft und die Soziale Arbeit. Allerdings unterscheidet sich das klassische rechtswissenschaftliche Studium, welches auch unter Berücksichtigung der angedachten Reform aus gut nachvollziehbaren Gründen keine Abkehr vom Staatsexamen vollzieht, bereits von der Art der Abschlussprüfung und des Studienabschlusses erheblich von den genannten Fachdisziplinen.

Unter dem „Recht“ ist in objektiver Hinsicht die gesamte (geschriebene) Rechtsordnung zu verstehen, die entweder die Beziehungen von Menschen, die Beziehungen von Trägern der öffentlichen Verwaltung und ihren Behörden jeweils untereinander oder zwischen den beiden Gruppen regelt.⁸ In der juristischen Ausbildung umfasst das „Recht“ die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts, des Verfahrensrechts aber auch die Grundlagen des Rechts.⁹ Das Recht ist nur schwer von politischen Prozessen zu trennen und die Kenntnisse um diese Prozesse ist notwendig, um das vom Gesetzgeber geschaffene Recht zu verstehen und interpretieren zu können. Das Zusammenspiel zwischen den Fachdisziplinen Politik und Recht wird im Studium letzterer außer in ausgewählten Veranstaltungen des öffentlichen Rechts bspw. im Staats- bzw. Staatsorganisationsrecht jedoch regelmäßig nicht thematisiert. Der Unterschied zwischen den Fachdisziplinen besteht folglich nur insofern, als die Disziplin mit ihren jeweiligen Forschungs- und Bearbeitungsmethoden für sich betrachtet wird. Gänzlich ohne Bezug zu anderen Disziplinen wird sich der Alltag einer im juristischen Bereich tätigen Person nicht bestreiten lassen.

Aus diesem Grund wird sich der vorliegende Beitrag mit der interdisziplinären Rechtsforschung auseinandersetzen. Am Beispiel der empirischen Forschung werden sowohl die vielfältigen Einsatzfelder, Chancen und Vorteile als auch die Herausforderungen und Nachteile fachübergreifender Arbeit herausgestellt und dabei die eigenen Erfahrungen aus der wissenschaftlichen Perspektive und der Erfahrung mit mehreren entsprechend angelegten Forschungsvorhaben eingebracht. Die Möglichkeiten der eigenen akademischen Fortbildung sollen dabei auch sichtbar gemacht werden.

I. Normierte Voraussetzungen der juristischen Ausbildung

Bevor im weiteren Verlauf auf die oben angesprochenen Punkte eingegangen werden kann, muss zunächst ein Blick auf die rechtlichen Grundlagen der Ausbildung künftiger Jurist*innen geworfen werden.

Bei einem genaueren Blick in das hessische Juristenausbildungsgesetz (JAG (HE)) zeigt sich, dass kein tiefgreifender Bezug zu anderen Fachdisziplinen – wahrscheinlich nicht zuletzt aus Gründen der Stofffülle – angedacht ist und, entgegen der Annahme des Wortlauts des JAG (HE), regelmäßig keinen prüfbaren Bereich auf dem Weg zur Zulassung zur ersten juristischen Prüfung darstellt. Insbesondere sind abseits der Schlüsselqualifikationen und den Grundlagen des Rechts keine Ausführungen zu außerhalb des juristischen Grundlagenstoffs liegenden Qualifikationen und praxisnahen Rechtsgebieten zu finden.

So heißt es in § 6 Abs. 1 S. 1, 2 JAG (HE): „Die Inhalte des sich auf die (...) Grundlagen des Rechts erstreckenden Studiums berücksichtigen die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen, wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit. Sie berücksichtigen ferner die ethischen Grundlagen des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts.“ Darüber hinaus normiert § 6 Abs. 2 in seinen zwei Sätzen, dass die staatliche Pflichtfachprüfung vorwiegend eine Verständnisprüfung darstellt. Durch sie werde festgestellt, ob die Bewerber*innen durch das Studiums der Rechtswissenschaft mit den Verbindungen zu den Wissenschaften von der Gesellschaft, Wirtschaft und Politik, Geschichte und zur Philosophie über die Kenntnisse in den Pflichtfächern verfügen und die erforderlichen wissenschaftlichen Arbeitsmethoden kennen und anwenden können.

§ 7 S. 1 Nr. 1 JAG (HE) konkretisiert die in § 6 Abs. 2 dargestellten Anforderungen und zählt zu den Grundlagen des Rechts die Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Grundzüge der Rechtstheorie, der Rechtsphilosophie, der Rechts- und Verfassungsgeschichte sowie die Rechtssoziologie. Diese Grundlagen des Rechts werden in § 9 Abs. 1 Nr. 2 lit. b JAG (HE) aufgegriffen, der normiert, dass entweder in einer rechtsgeschichtlichen, -philosophischen oder -soziologischen Veranstaltung ein Leistungsnachweis in

⁸ Groh, in: Weber, Rechtswörterbuch, 29. Edition 2022, Recht.

⁹ Siehe bspw. § 6 Abs. 1 S. 1 JAG.

Form einer schriftlichen Arbeit oder eines Referats mit mindestens der Note „ausreichend“ bewertet sein muss. Überdies sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 lit. a des JAG (HE) für die Zulassung zur staatlichen Pflichtfachprüfung die Teilnahme an einer rechtswissenschaftlichen und einer fachübergreifenden sozialwissenschaftlich-rechtswissenschaftlichen Einführungslehrveranstaltung im ersten Jahr nachzuweisen. Diese Kurse werden also zu einem sehr frühen Stadium angeboten oder im Studienverlauf vorgesehen, sodass zu diesem Zeitpunkt oftmals noch keine konkrete Verknüpfung zu den verschiedenen Rechtsgebieten oder zu der herausgehobenen Bedeutung für bspw. spätere berufliche Tätigkeiten gezogen werden kann. Die gegenwärtige Situation ist somit für Studierende unbefriedigend, da sie die Grundlagenfächer nur punktuell kennenlernen und die Zielbestimmung für die Grundlagenfächer nur schwer zu greifen ist.¹⁰ Hierbei gilt es zudem zu beachten, dass der Teilnahmenachweis über die in § 9 Abs. 1 Nr. 2 lit. a JAG (HE) genannte Veranstaltung keinen Leistungsnachweis mit der Bewertung eines individuellen Arbeitsergebnisses umfasst, § 9 Abs. 2 JAG (HE). Gleiches gilt für die in § 6 Abs. 1 S. 1 und S. 2 JAG (HE) aufgeführte Schlüsselqualifikation, die zwar gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 JAG (HE) an einem politikwissenschaftlichen, soziologischen, philosophischen, historischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Fachbereich erbracht werden kann, aber ebenfalls keine individuelle Bewertung eines Arbeitsergebnisses erfordert.

Demnach zeigt sich, dass auch auf den zweiten – tiefergreifenden – Blick in die Ausbildungsregelungen¹¹ für künftige Jurist*innen kein nachhaltiger Bezug zu anderen Fachdisziplinen vorausgesetzt ist und aufgrund der geringen Bedeutung, für die am Abschluss des Studiums stehenden staatlichen Prüfung gefördert wird.

B. Vielfältige Einsatzfelder interdisziplinärer Arbeit

Die sich stellende Ausgangsfrage vor der Beantwortung, welche Einsatzfelder sich für interdisziplinäre

Arbeit ergeben, lautet: *Was kann Rechtswissenschaft und wo liegen ihre Grenzen?* Zudem stellt sich die Frage, was unter interdisziplinärer Arbeit verstanden werden kann. Um sich den Fragen zielführend zu widmen, wird die Reihenfolge umgekehrt und mit der Beantwortung letzterer begonnen.

I. Begriffsverständnis Interdisziplinarität

Ziel der interdisziplinären oder fachübergreifenden Forschung ist es, die Disziplinen auf verschiedenste Arten so zu kombinieren, dass die gemeinsame Nutzung von Methoden und Herangehensweisen einen neuen Erkenntnisgewinn erzielt. Dabei sind die Kombinationen nicht ausschließlich auf zwei Disziplinen beschränkt und können je nach Forschungsgegenstand drei oder mehr Disziplinen umfassen. Auf mögliche Chancen sowie Herausforderungen bei der Kombination diverser Disziplinen wird im weiteren Verlauf noch einzugehen sein. Festgehalten werden kann jedoch, dass unter interdisziplinären Arbeiten die Nutzbarmachung von mindestens zwei Disziplinen unter jeweiliger Heranziehung der in den Fachrichtungen einschlägigen Forschungsmethoden verstanden werden kann. Ausgangspunkt der interdisziplinären Forschung ist demnach, dass eine gemeinsame wissenschaftliche Fragestellung mit den jeweiligen wissenschaftlichen Methoden bearbeitet wird.

II. Grenzen rechtswissenschaftlicher Methoden

Studierende der Rechtswissenschaft lernen bereits in den ersten Semestern Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie, Systematik, Telos) zur Annäherung an einen Gesetztext.¹² Dabei wird vonseiten der Studierenden durch die nahenden Klausuren, der großen Stofffülle, zahlreicher zu lernender Definitionen und nicht zuletzt durch die erstmalige Konfrontation mit Auslegungsmethoden der Frage nach der Rechtsdogmatik¹³ häufig nur ein geringer Stellenwert zuteil. Vor dem Hintergrund der soeben getroffenen Aussagen ist festzustellen, dass die Rechtswissenschaft sich „nur“ auf die geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze sowie Urteilen der Gegenwart und Vergangenheit und ihrer

¹⁰ Ausgehend von § 5a DRiG widmet sich *Andreas Franke* u. a. den Aufgaben der Grundlagenfächer sowie möglichen Reformansätzen, in: Krüper, *Rechtswissenschaft*, 2022, *Rechtswissenschaftliches Grundlagencurriculum – Funktionen und Formen*, S. 383 (392, 407).

¹¹ Die Regelungen über die juristische Ausbildung unterscheiden sich von Bundesland zu Bundesland. Vor Aufnahme des Studiums oder falls während des Studiums ein Wechsel der Universität angestrebt wird, lohnt sich daher

auch der Blick in die jeweilig geltende Ausbildungsordnung.

¹² Siehe zu den Auslegungsmethoden *Dümmler*, *MLR* 2021, 1 ff. und *Beer/Lotzow*, *MLR* 2021, 12 ff.

¹³ Unter der Rechtsdogmatik verstehen die Autoren ebenso wie *Lassahn/Steenbreker* mit ihrem Beitrag in der *Juristischen Rundschau*, 2015, Heft 11, S. 554, die Erforschung des geltenden Rechts (*lege lata*) unter Berücksichtigung der Gesetze und Urteile sowie der Sammlung bisheriger Forschung und ihrer Weiterentwicklung.

Sammlung, Beschreibung, Bewertung, Zusammenfassung und Fortentwicklung fokussiert. Unter Gesetzen wird grundsätzlich eine abstrakt-generelle Rechtsnorm verstanden, die von den gesetzgebenden Organen (Landes- und Bundesgesetzgeber) erlassen werden und in (Gesetz-)Büchern nach spezifischen Themen geordnet sind. Abstrakt sind Regelungen immer dann, wenn sie für eine Vielzahl von Sachverhalten und infolgedessen auf eine Vielzahl von Fällen anwendbar sind. Generelle Regelungen liegen dann vor, wenn die Regelungen für eine Vielzahl von Personen gelten und nicht zwischen den persönlichen Voraussetzungen bzw. Besonderheiten der Personen, wie Rasse, Vermögen, Bildungsstand, etc. unterschieden wird.

1. Evaluationsklauseln

In ihrem Charakter als Regelung für eine Vielzahl von Personen und vor dem Hintergrund der rechtswissenschaftlichen Forschung und Methodik ergibt sich so eine Lücke zwischen der Setzung der Regelung und der Deutung und Bewertung ihrer Auswirkungen, z. B. durch die Betrachtung von Urteilen und die Beschäftigung mit Alternativen und Verbesserungen sowie der realen Wirkung der Gesetze am Individuum, dem Adressaten der Norm. Dass die Wirkung der von ihm erlassenen Gesetze für den Normgeber von besonderem Interesse ist, zeigt sich sehr klar durch die, vor allem in den letzten Jahrzehnten, Aufnahme von Evaluationsklauseln in den Gesetzestexten.¹⁴ Die Evaluationen sollen konkret die Wirkung des Gesetzes anzeigen und dienen dabei dem Gesetzgeber entweder als Legitimationsgrundlage für ein unverändertes Weiterbestehen oder für eine Abkehr von der bestehenden und eine Neufassung der Rechtslage. Dabei sorgt vor allem die dezidierte Beschäftigung mit einer ausgewählten Anzahl rechtlicher Normen und der Einnahme von mehreren Perspektiven (bspw. Historie, Wirkung, Umsetzung, Kosten) dafür, dass Änderungsbedarfe sichtbar gemacht werden. Auf diese Weise erfährt das Recht

eine nachhaltige Beeinflussung über die jeweilige Legislaturperiode hinaus.

2. Gerichtliche Sachverständige

Neben der Analyse der Wirkung des Rechts stößt die Rechtswissenschaft regelmäßig dann an ihre Grenzen, wenn sie in gerichtlichen Verfahren auf Erkenntnisse aus anderen Fachgebieten angewiesen ist. Dies betrifft u. a. sozialrechtliche Fälle bspw. im Krankenversicherungs- und Vertragsarztrecht sowie Verfahren, in denen die Erwerbsminderungsrente thematisiert wird. In diesen Verfahren wird das Gericht regelmäßig auf medizinische Sachverständige angewiesen sein, um den Sachverhalt aufzuklären und damit die Lücke im Rahmen der Subsumtion zu schließen, die der vollständigen juristischen Fallbearbeitung (Fragestellung, relevante Normen und Tatbestandsmerkmale, Definition, Subsumtion, Ergebnissatz) entgegensteht.¹⁵ Zu denken ist aber auch an (KfZ-)Sachverständige in versicherungsrechtlichen Fällen, Mediziner*innen in sozialrechtlichen Fällen sowie Arzthaftungsverfahren und IT-Sachverständige vor allem in strafrechtlichen Verfahren gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174-184l StGB) oder Verfahren, die das IT-Recht und den Datenschutz berühren.

3. Besetzung von Spruchkörpern

Die Bedeutung von spezifischen Kenntnissen für gerichtliche Verfahren spiegelt sich auch bei der Besetzung der Spruchkörper wider: vor allem in der Arbeitsgerichtsbarkeit,¹⁶ der Sozialgerichtsbarkeit¹⁷ und in Kammern für Handelssachen.¹⁸ Ehrenamtliche Richter*innen, die richterliche Aufgaben wahrnehmen und denen in gerichtlichen Verfahren ebenfalls eine Stimme zukommt – die im Falle der Überstimmung der oder des Vorsitzenden sogar geeignet ist, das Ergebnis des Verfahrens zu verändern – bringen in den benannten Verfahren neben der grundsätzlichen Perspektive der Bevölkerung und der Wirkung eines für die Gesellschaft verständlichen Urteils aus „ihren Reihen“ zusätzlich spezifische Kenntnisse ein, die für die hauptamtlichen Richter*innen von nicht zu

¹⁴ Als Beispiel für eine solche Evaluationsklausel kann Art. 6 des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts angeführt werden. Zudem wurde der Gesetzgeber durch das Urteil des BVerfGE 133, 168, Urt. v. 19.03.2013, Az.: 2 BvR 2628/10 dazu aufgefordert, die Regelungen zur Verständigung im Strafverfahren im Auge zu behalten. Die Bedeutung von Evaluationen bestehender Gesetze hat auch der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages gesehen, indem er sich am 30.

Januar 2020 zur praktischen Umsetzung und Evaluierung von Gesetzen geäußert hat, vgl. Az.: WD 3 – 3000 – 298/19.

¹⁵ Zur Bedeutung von medizinischen Gutachten im Sozialrecht, *Schweigler*, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes (§109), 2013.

¹⁶ Vgl. § 43 Abs. 2 Arbeitsgerichtsgesetz.

¹⁷ Vgl. § 12 Sozialgerichtsgesetz sowie *Berchtold*, in: *Berchtold*, SGG, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 4 ff. mwN.

¹⁸ Vgl. *Habetha*, in: *Meier/Rössner/Trüg/Wulf*, JGG, 2. Aufl. 2014, § 33a Rn. 5 mwN.

unterschätzender Bedeutung sind. So ermöglicht bspw. die in § 12 Abs. 3 S. 1 SGG¹⁹ vorgesehene Besetzung der Kammer für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts mit je einem*einer ehrenamtlichen Richter*in aus den Kreisen der Krankenkassen und der Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Psychotherapeuten, dass die in den Verfahren behandelten Themen verstanden und fachlich aus mehreren Perspektiven bewertet werden können. Insofern wird von einer paritätischen Besetzung gesprochen.

4. Forschung

Trotz der in diesem Beitrag angesprochenen geringen Bedeutung interdisziplinärer Forschung in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung bestehen neben privaten Forschungseinrichtungen an einigen Universitäten und Hochschulen Lehrstühle und Fachgebiete,²⁰ die sich dem Recht durch interdisziplinäre wissenschaftliche Vorgehensweisen nähern und häufig die Auswirkungen rechtlicher Normen auf die Gesellschaft in den Blick nehmen. Hier bieten vor allem soziologische Forschungsmethoden aufgrund ihrer Auswertungsmöglichkeiten sowie der Querverbindungen zu bisher vorhandenen Ergebnissen aus anderen Feldern zahlreiche Anknüpfungspunkte.²¹

5. Zwischenfazit

Festhalten lässt sich, dass die ausschließliche Anwendung rechtswissenschaftlicher Methoden nicht dazu geeignet ist, ein vollständiges Bild auch der Lebenswirklichkeit und der Wirkung des Rechts auf Menschen abzubilden. Die Repräsentation der betroffenen Bevölkerungskreise durch nicht primär rechtlich ausgebildete Personen mit besonderer Sachkenntnis²² ist zudem auch in einigen Verfahrensordnungen vorgesehen und erforderlich, um die ebenfalls gesetzlich festgelegten Evaluationen durchführen zu können. Ferner wären zahlreiche Problemstellungen in Verfahren und

der Forschung ohne fachfremde Expertise nicht zu lösen.

C. Vor- und Nachteile interdisziplinärer Arbeit

I. Chancen/Vorteile

Zunächst sollen die Vorteile interdisziplinärer Arbeit hervorgehoben werden. Grundsätzlich bieten Forschungsthemen, Fälle und Fragestellungen mit Bezügen zu anderen Fachgebieten die Möglichkeit, sich mit anderen Menschen in Gruppen auszutauschen und durch die Erfahrungen der Kolleg*innen einen anderen Blickwinkel einnehmen und sich dem jeweiligen Thema auf diese Weise nähern zu können. Dabei bieten sich den Mitarbeitenden durch die Darstellung von verschiedenen Forschungsmethoden und Vorgehensweisen sowie den fachübergreifenden Diskurs vor dem Hintergrund eines gemeinsamen Ziels zahlreiche Chancen.²³ Persönlich können diese Chancen in neuen Erfahrungen, dem Abbau von Vorurteilen gegenüber bestimmten Personengruppen und Professionen oder auch im Kontaktaufbau und der -pflege zu Mitarbeitenden des Teams oder auch zu Interviewpartner*innen sowie Gutachter*innen bestehen. Diese Erfahrungen können das eigene Professionsverständnis nachhaltig prägen und verdeutlichen, was Rechtswissenschaft leisten kann und wo gerade auch ihre Grenzen liegen können. Zudem können international angelegte Projekte – die häufig empirisch angelegt sind – dem Sprachnachweis oder der Sachkunde in anderen Rechtsgebieten oder Rechtssystemen dienen. Interdisziplinär angelegte Projekte bieten ferner die Möglichkeit, die eigene wissenschaftliche Karriere durch im Anschluss erscheinende Bücher, Fachbeiträge und zu haltende Vorträge voranzubringen. Der Diskurs mit angrenzenden Disziplinen führt auch dazu, dass Schnittstellenprobleme erkannt werden, die ebenfalls für die eigene wissenschaftlichen Weiterqualifizierung genutzt werden können. Zuletzt ermöglicht die

¹⁹ Sozialgerichtsgesetz (SGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.1975 (BGBl. I S. 2535), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.03.2023 (BGBl. I S. 64) m.W.v. 16.03.2023.

²⁰ So z. B. an der Universität Kassel, Institut für Sozialwesen oder der Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für interdisziplinäre Rechtsforschung.

²¹ Eine ausführliche Darstellung der eigenen Erfahrung erfolgt im Rahmen des Punktes V. Hier werden zwei in den letzten Jahren durchgeführte interdisziplinäre Forschungsvorhaben und ihre Vorgehensweise sowie ausgewählte Ergebnisse vorgestellt.

²² Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitheiser/Schmidt, Sozialgerichtsgesetz, 13. Auflage 2020, § 13 SGG, Rn. 3.

²³ Auch rechtlich gebundene Professionalität (z. B. in Sozial- und Gesundheitsberufen) kann nicht ohne die Rechtswissenschaft weiterentwickelt werden, daher profitiert nicht nur die Rechtswissenschaft von dem Beitrag der angrenzenden Nachbarwissenschaften und den Diskussionen, die durch sie angeschoben werden können, siehe hierzu Dillbahrner/Viemeier/Welti, Das Sozialrecht in der akademischen Lehre außerhalb der klassischen Juristenausbildung, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Band 65, Das Sozialrecht und seine Nachbardisziplinen, 2015, 171 (179).

Arbeit in interdisziplinären Teams durch die Expertenstellung hinsichtlich eines Fachgebiets auch die Erprobung von Leitungstätigkeiten in verschiedenen Umfängen und sorgt so dafür, die eigenen Grenzen auszuweiten und Führungsqualitäten/-kompetenzen zu trainieren, die im beruflichen Alltag in jeder Situation von Nutzen sein können.

II. Herausforderungen/Nachteile

Allerdings ist jede realistische Betrachtung eines Themas nicht nur auf die Darstellung der Vorteile beschränkt. So verhält es sich auch mit der interdisziplinären Arbeit, die trotz der soeben dargelegten zahlreichen positiven auch mit einigen negativen Aspekten verbunden sein kann. Als plakativster Nachteil hervorzuheben ist die Tatsache, dass das bekannte Fachgebiet zumindest zeitweise verlassen wird und die Auseinandersetzung mit anderen Themen nicht gänzlich umgangen werden kann. Die Beschäftigung mit anderen Professionen erfordert zumindest das Einarbeiten in Grundzüge der jeweiligen Disziplin. Dabei wird schnell deutlich, dass sich nicht nur die Methoden, sondern auch die Begrifflichkeiten unterscheiden. Die zum Teil als mühselig empfundene Entwicklung eines gemeinsamen Grundverständnisses sollte daher zunächst im Vordergrund stehen, um das Verständnis späterer Ergebnisse nicht zu verfälschen. Gleichzeitig begründet dieser vermeintliche Nachteil auch eine der größten Chancen der interdisziplinären Arbeit, da die Erarbeitung eines gemeinsamen Verständnisses auch einen großen Zugewinn für das spätere Forschungsergebnis darstellen und somit die erreichbare Zielgruppe vergrößern kann. Interdisziplinär erforschte Themen können sich so eine höhere Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit erhoffen. Zudem erfordert die Zusammenarbeit – wie in jedem Team – die Vereinbarkeit von verschiedenen Arbeitsweisen und die Notwendigkeit einzuhaltender Absprachen. Diesem Punkt kommt ein besonderer Stellenwert, insbesondere für die Erwartungshaltung an den möglichen Erkenntnisgewinn zu. Bei der Konzeption der interdisziplinären Zusammenarbeit antizipierte Ergebnisse unterliegen im Laufe des Projektes durch z. B. zu geringe Probandengrößen, gegenläufige empirische Erkenntnisse, etc. einem Wandel und müssen stetig an die sich verändernde Lage angepasst werden. Dies führt auch dazu, dass sich anfängliche Fragestellungen verändern und zum Abschluss eines Projekts häufig mehr Fragen als Antworten stellen. In diesem Zusammenhang kann sich häufig eine Ernüchterung einstellen, da sowohl zeitliche als auch monetäre Ressourcen die weitere Beschäftigung

und den interdisziplinären Blick auf aufgeworfene Fragestellungen beschränken. Wenn die anfängliche Ernüchterung überwunden werden kann, bieten sich aber auch neue Anknüpfungspunkte für weitere Forschungsfragen und -vorhaben. Vor allem die – den Jurist*innen nicht fremde – strukturierte Vorgehensweise und die stete Rückbesinnung auf diese, kann jedoch als starres und kleinschrittiges Vorgehen empfunden werden.

III. Zwischenfazit

Ebenso wie bei einer Medaille kann die interdisziplinäre Arbeit nicht auf eine Seite reduziert werden. Positive Aspekte wie die eigene wissenschaftliche Weiterqualifikation, der Austausch mit fachfremden Kolleg*innen sowie die Erprobung von Leitungsfunktionen stehen der Einarbeitung in neue Themengebiete, der ständigen Anpassung von Erwartungshaltungen im Hinblick auf die Ziele der Zusammenarbeit und der zeitlichen sowie monetären Komponente gegenüber.

D. Erfahrungen/Erkenntnisse aus der wissenschaftlichen Praxis

Die nachfolgende Darstellung der Erfahrungen und Erkenntnisse aus der wissenschaftlichen Praxis beschränkt sich auf zwei in den letzten Jahren durchgeführte interdisziplinäre und empirisch angelegte Forschungsvorhaben.

I. Kurzdarstellung der Projekte

Im Rahmen der Kurzdarstellung soll sowohl auf die Dauer des Projekts, die Ausrichtung der Forschung sowie die Förderdauer und den Fördermittelgeber eingegangen werden. Dabei erscheint die Darlegung der Eckdaten der Projekte erforderlich, um die in den darauffolgenden Schritten aufgeführten Erfahrungen und Erkenntnisse sowie die Unterschiede und Besonderheiten der Projekte nachvollziehen zu können.

1.) Arbeits- und Sozialgerichte und Sozialverwaltung in der Pandemie

Bei dem ersten Projekt handelt es sich um ein von August 2020 bis Dezember 2021 befristetes empirisches Forschungsprojekt, welches im Rahmen des „Fördernetzwerkes Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung“ (FIS) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales gefördert wurde. Es trug den Titel „Arbeits- und Sozialgerichte und Sozialverwaltung in der Pandemie“ und wurde im Verbund der Universität Kassel und dem Zentrum für Sozialforschung Halle an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

durchgeführt.²⁴ Es wurde von zwei rechtswissenschaftlichen Professoren geleitet und bestand aus einem Team von zwei Soziologinnen, zwei wissenschaftlichen Mitarbeitern mit rechtlichem Hintergrund sowie einer Praktikantin und drei studentischen Hilfskräften.²⁵ Ziel des Vorhabens war die Untersuchung des Rechtsschutzes in den Verfahren der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit sowie in Widerspruchsverfahren der Sozialleistungsträger während der Corona-Pandemie. Dabei waren auch die befristeten Regelungen § 114 ArbGG²⁶ und § 211 SGG²⁷ von besonderer Bedeutung, die bis zum 31.12.2020 galten und erstmals auch ehrenamtlichen Richter*innen die Zuschaltung zum Gerichtsverfahren über Videokonferenzen (gleichzeitige Bild- und Tonübertragungen) ermöglichten. Zudem thematisierte das Projekt die Veränderungen der Verfahrenszahlen in den beiden Gerichtsbarkeiten während der Corona-Pandemie und das Verhalten der technischen Ausstattungen vonseiten der Gerichte und der Verfahrensbeteiligten. Dabei wurde das Team zusätzlich ideell vom Deutschen Arbeitsgerichtsverband und dem Deutschen Sozialgerichtstag unterstützt.

2. Evaluation des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes

Das zweite Projekt hatte die Evaluation des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG)²⁸ zum Gegenstand, die ebenfalls vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Auftrag gegeben wurde. Die Evaluation wurde im Zeitraum von 2021 bis Mai 2022 durchgeführt. Das Behindertengleichstellungsgesetz soll Benachteiligung von Menschen mit Behinderung

en beseitigen und verhindern sowie ihre gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung ermöglichen, vgl. § 1 Abs. 1 BGG. Es richtet sich an die sog. Träger der öffentlichen Gewalt i. S. d. § 1 Abs. 1a BGG und sieht verschiedene Instrumente vor, die diese Zielsetzung verwirklichen sollen. Demnach sollen die Regelungen des BGG primär sicherstellen, dass die Bundesverwaltung die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen im Hinblick auf Teilhabe und Gleichberechtigung sicherstellt. Dabei wird deutlich, dass die Wirkungen des Gesetzes nicht nur anhand einer rechtswissenschaftlichen Forschung bewertet werden können, sondern dass gerade auch die Einbeziehung der Menschen, die von dem Gesetz profitieren sollen, notwendig ist. Die Annäherung an die verfolgte Zielsetzung des Gesetzes hat das Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik GmbH (ISG) zusammen mit der Universität Kassel, dem Hugo-Sinzheimer Institut für Arbeit und Sozialrecht (HSI) der Hans-Böckler-Stiftung und unter Mitwirkung des Instituts für Sozialforschung und Kommunikation GmbH (SOKO)²⁹ unternommen und hierzu Handlungsempfehlungen aus sozial- und rechtswissenschaftlicher Sicht erarbeitet.³⁰ Aus rechtswissenschaftlicher Sicht wurden Verbesserungspotentiale und konkrete Handlungsvorschläge erarbeitet. Aus der sozialwissenschaftlichen Perspektive konnten Handlungsperspektiven in der praktischen Umsetzung herausgearbeitet werden. Gleichzeitig konnte das Behinderungsverständnis, das Verständnis von Diskriminierungsschutz und der Bekanntheitsgrad der Instrumente zur Herstellung der Barrierefreiheit beschrieben

²⁴ Der Abschlussbericht des Projekts ist frei zugänglich und abrufbar unter: <https://www.zsh-online.de/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/4-berichte-und-dokumentationen/691>, zuletzt abgerufen am 5. Mai 2023.

²⁵ Die Leitung des Projekts lag bei Herrn Prof. Dr. Armin Höland sowie Herrn Prof. Dr. Felix Welti. Außer der Leitung haben an diesem Forschungsprojekt mitgearbeitet: Susanne Kaufmann, Christina Maischak, Clemens Dahlke, Nicola Klose (ZSH), Jan Trienekens, Miranda Gecaj, Ilona Hayungs und Eliana Höll (Universität Kassel).

²⁶ § 114 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.07.1979 (BGBl. I S. 853, 1036), befristete Regelung eingeführt durch das Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) vom 29. Mai 2020 (BGBl. I S. 1055).

²⁷ § 211 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), befristete Regelung eingeführt durch das Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie

(Sozialschutz-Paket II) vom 29. Mai 2020 (BGBl. I S. 1055).

²⁸ Behindertengleichstellungsgesetz vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Mai 2022 (BGBl. I S. 760).

²⁹ Die Leitung des Projekts lag bei Herrn Dr. Dietrich Engels und Herrn Prof. Dr. Felix Welti. Außer der Leitung haben an diesem Projekt mitgearbeitet: Judith Franken, Lena Heitzenröder (ISG), Christina Janßen, Vaia Karatasidou, Konstanze Rothe, Karoline Riegel, Jan Trienekens (Universität Kassel, FB Humanwissenschaften, Fachgebiet Sozial und-Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung), Dr. Johanna Wenckebach, Prof. Dr. Daniel Hlava, Antonia Seeland (HSI), Dr. Henry Puhe und Rita Kleinemeier (SOKO).

³⁰ Evaluierung des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes, Forschungsbericht, BT-Drs. 20/4440, der Abschlussbericht des Projekts ist frei zugänglich und abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/20/044/2004440.pdf>, zuletzt abgerufen am 5. Mai 2023.

werden. Demnach kann interdisziplinäre Forschung hier sichtbar machen, wo bereits Verbesserungen der Rahmenbedingungen für Menschen mit Behinderungen erreicht wurden und an welchen Stellen das Gesetz gerade noch nicht den Stellenwert einnimmt, den der Gesetzgeber mit der Einführung des BGG beabsichtigt hatte.

II. Vorgehensweise & Methoden

Die hier vorzustellenden Projekte unterscheiden sich in den angewandten Methoden sowie der Vorgehensweise. Dies liegt u. a. darin begründet, dass sich die Forschungsaufträge, wie zuvor dargestellt, aus unterschiedlichen Rahmenbedingungen ergeben. Die Evaluation des BGG wurde bereits bei dessen Novellierung durch den Gesetzgeber vorgesehen und ermöglichte so den Zugang zu einer zeitlich längeren Rechtsanwendung durch die Praxis.³¹ Wohingegen die Forschung zur Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit die Auswirkungen der Pandemie auf die in der Geltung zeitlich begrenzte Vorschriften untersuchte. Beide Forschungsprojekte sollen mit ihren Ergebnissen dem Gesetzgeber jedoch Anhaltspunkte für mögliche Anpassungsbedarfe des geltenden Rechts geben.³²

1.) Arbeits- und Sozialgerichte und Sozialverwaltung in der Pandemie

In dem Projekt wurden im Hinblick auf rechtswissenschaftliche Methoden die Auswertung von Gerichts- und Behördenstatistiken,³³ Literatur und Rechtsprechung vorgenommen. Die empirischen Aspekte des Vorhabens beinhalteten sowohl qualitative als auch quantitative Elemente. So wurden mehr als 60 leitfadengestützte Experteninterviews mit verschiedenen Verfahrensbeteiligten geführt. Die so erhobenen Daten, die in nicht standardisierter Form vorlagen (qualitative Forschung) wurden anschließend ausgewertet und für die Anfertigung einer Abfrage per Online-Fragebogen nutzbar gemacht. Zudem wurde ein Teil der Interviews zur Überprüfung der quantitativ erhobenen Daten im Nachgang durchgeführt und die Ergebnisse mit den Expert*innen der erhobenen Daten diskutiert.

In diesem Zusammenhang wurde auch ein zweitägiger Online-Workshop, aufgeteilt in sieben Fachgruppen, durchgeführt, der der Einordnung und Diskussion sowie der Sicht aus der Praxis auf die erhobenen Ergebnisse diente.³⁴

Die standardisierte Online-Befragung (quantitative Forschung) erfuhr insgesamt einen hohen Rücklauf. Dies ist zum einen auf das vorherig eingeholte Einverständnis der Landesjustizministerien, eine etwaige Befragung durchführen zu können, zurückzuführen. Zum anderen wurde die Befragung mit ausreichendem zeitlichem Vorlauf bei den Landessozialgerichten, den Landesarbeitsgerichten, den relevanten Arbeitsgruppen des Deutschen Anwaltvereins e. V. sowie durch Kontakte zu leitenden Mitarbeitenden der Sozialleistungsträger angekündigt. So konnten in dem vom 03.02.2021 bis zum 20.04.2021 laufenden Abfragezeitraum insgesamt 13.097 auswertbare Fragebögen gewonnen werden. Dabei wurde die Auswertung der Fragebögen unter Zuhilfenahme von Statistik-Programmen durchgeführt. Hilfreich und erforderlich war in diesem Zusammenhang auch die Durchführung eines vorherigen „Probelaufs“ (Pre-Test), der die Versendung der sechs Fragebögen³⁵ an ausgewählte Personen vorsah und vorhandene Fehler und Widersprüche aufdeckte.

2. Evaluation des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes

Die Evaluation des novellierten BGG beinhaltete rechtsdogmatische, rechtstatsächliche und rechtssoziologische Methoden. So wurde die rechtsdogmatische Arbeit an dem Gesetzestext, den zugehörigen Verordnungen und Fachliteratur vorgenommen. In diese Arbeit waren neben europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Normen auch völkerrechtliche Regelungen (UN-BRK) miteinzubeziehen. Zudem wurde die Rechtsprechung des BVerfG, des EuGH und des EGMR betrachtet.

Daneben wurde im Rahmen der rechtstatsächlichen Methode die Wirkung und Bedeutung des BGG für die Bundesgesetzgebung untersucht. Hierbei wurden

³¹ Vgl. Art. 6 des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts vom 19. Juli 2016.

³² Dass den Gesetzgeber eine grundsätzliche Verpflichtung trifft, die Wirkung seiner Gesetze zu überprüfen, ergibt sich demnach zum Teil aus den gesetzlichen Evaluationsaufträgen. Zudem müssen aber Gesetze, die Grundrechte ggfs. einschränken, auf deren Verhältnismäßigkeit untersucht und entsprechend nachgebessert werden.

³³ Diese betraf die Jahre 2015-2020.

³⁴ Der Workshop beinhaltete die folgenden Fachgruppen: IT-Verantwortliche der Gerichte, Gerichtsleitungen, Richter*innen, ehrenamtliche Richter*innen, Verbände, Sozialleistungsträger und die Anwaltschaft.

³⁵ Die Fragebögen wurden für die ehrenamtlichen Richter*innen der Arbeitsgerichte, die ehrenamtlichen Richter*innen der Sozialgerichte, die Berufsrichter*innen der Arbeitsgerichte, die Berufsrichter*innen der Sozialgerichte, die Behördenvertretung sowie die Prozessvertretung konzipiert.

mehr als 32.000 Bundestagsdrucksachen seit 2016 mittels Schlagwortsuche geprüft, um zu ermitteln, in wie vielen Gesetzesentwürfen das Thema Barrierefreiheit thematisiert wurde. Hierdurch konnte bspw. erkannt werden, dass das BGG in einigen Bereichen einen Einfluss auf die Gesetzgebung des Bundes im Sinne eines *Disability Mainstreaming*³⁶ hatte. Zudem wurden Berichte der für die Umsetzung zuständigen Institutionen, wie z. B. der Monitoringstelle beim Deutschen Institut für Menschenrechte oder der Antidiskriminierungsstelle analysiert.

Rechtssoziologisch wurde ebenso wie im Rahmen des ersten Projekts durch leitfadengestützte Interviews qualitativ sowie durch den Einsatz von standardisierten Online-Fragebögen³⁷ quantitativ geforscht. Insgesamt wurden 36 Interviews im Zeitraum von November 2021 bis März 2022 geführt. Dabei konnten nicht nur Antworten auf gestellte Fragen gefunden werden, durch das Wissen der Expert*innen wurden noch weitere Themen sichtbar, die in den Bericht mit eingebracht werden konnten. Quantitativ konnten mehr als 3.200 Fragebögen ausgewertet werden. Um Menschen mit Behinderungen, insbesondere auch mit kognitiven Beeinträchtigungen, in die Befragung miteinbeziehen zu können, mussten andere Wege des Zugangs gefunden werden. Die aktive Partizipation der Menschen mit Behinderungen als Adressaten des Gesetzes erforderte das Vorhalten spezifischer Erhebungsinstrumente, z. B. die Einladung zur Befragung in leichter Sprache. So beinhaltete die Befragung von Menschen mit Behinderungen eine Online-Befragung mit der Alternative telefonischer (für Menschen mit Sehbehinderungen und kognitive Beeinträchtigungen) oder video-gestützter (für Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung) Befragungen. Ferner wurde auch die Hinzuziehung von Gebärdensprachdolmetschern für Interviews mit Menschen mit kommunikativen Einschränkungen im Rahmen der vorherigen Ankündigung der Abfrage angeboten.

III. Erfahrungen

Beide Forschungsvorhaben haben trotz der sich teilweise überschneidenden Methodiken auch aufgrund ihres unterschiedlichen Designs und der

Zusammensetzung der Teams dazu geführt, dass der Erkenntnisgewinn nicht nur auf die Eingangsfragestellung beschränkt gewesen ist. Vielmehr unterschieden sich in der Retrospektive trotz bekannter Vorgänge, wie der Durchführung leitfadengestützter Interviews, die Konzeption, der Aufbau oder die Durchführung abseits von der zu interviewenden Person oder der Zusammensetzung der Interviewenden. Auf diese Weise wurde ein Gefühl für die Bandbreite der empirischen Forschung für die Jurist*innen der interdisziplinären Forschungsgruppe und für die Soziolog*innen die nahezu unüberschaubare Fülle an anschlussfähigen Rechtsfragen deutlich. Neben der fachlichen Erfahrung hat nicht zuletzt die enge Zusammenarbeit dazu beigetragen, dass ein fachlicher, aber auch persönlicher Austausch über den Forschungszeitraum hinweg stattfindet. Zudem hat sich gezeigt, dass das Arbeitsfeld trotz der zahllosen zu bearbeitenden Fragestellungen relativ klein ist und sich schnell der Zugang sowie Austauschmöglichkeiten zu weiteren Kolleg*innen ergibt.

IV. Erkenntnisse³⁸

1. Arbeits- und Sozialgerichte und Sozialverwaltung in der Pandemie

Durch den gewählten Methodenmix konnte festgestellt werden, dass auch die gerichtliche Organisation und der Verhandlungsbetrieb nicht von Auswirkungen der Pandemie verschont blieb. War der Infektionsschutz an den Gerichten auch noch so gelungen, kam es jedoch im Jahr 2020 zu insgesamt 89 % weniger mündlichen Verhandlungen in der Sozial- und 48 % in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Zudem wurden über einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten in 80 % der Sozial- und 47 % der Arbeitsgerichte keine mündlichen Verhandlungen durchgeführt. Ferner waren auch die Mitarbeitenden der Sozialleistungsträger durch die verstärkte Nutzung des Homeoffices schwerer zu erreichen. Auch von den Richter*innen wurde diese Möglichkeit häufig genutzt. Die Pandemie führte zudem dazu, dass zum Teil deutlich verlängerte Wartezeiten auf medizinische Gutachten in Kauf genommen werden mussten. Durch die empirische Befragung

³⁶ Disability Mainstreaming ist eine Zielsetzung der UN-BRK und beschreibt die Absicht, Menschen mit Behinderungen auf allen gesellschaftlichen Ebenen gleichzusetzen und den vollen sowie gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu fördern.

³⁷ Zielgruppen dieser Erhebung waren Beschäftigte der Bundesministerien und Bundesbehörden, Schwerbehindertenvertretungen in Bundesbehörden, Verbände der

Menschen mit Behinderungen, Menschen mit geistigen und seelischen Behinderungen, Akteurinnen und Akteure in Verwaltung und Politik sowie Rechtsschutzvertretende des VdK, SoVD und DGB.

³⁸ Zur ausführlichen Darstellung der Ergebnisse und Methoden sei erneut auf die verlinkten und frei zugänglichen Abschlussberichte verwiesen.

konnte festgestellt werden, dass der Gerichtsbescheid deutlich häufiger zum Einsatz kam, zu Beginn der Pandemie die für Videokonferenzen erforderliche technische Ausstattung flächendeckend kaum vorgehalten wurde und es erst im Laufe der Pandemie zur Nutzung der technischen Kommunikationswege gekommen ist. Weiterhin bestehende und sich in der Beantwortung befindliche Fragen betreffen die Einheitlichkeit der Videokonferenzsysteme sowie den zukünftigen Nutzen der Technik.

2. Evaluation des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes

Hinsichtlich der Evaluation des BGG konnte an eine bereits 2013/2014 durchgeführte Evaluation³⁹ angeknüpft und davon ausgehend der Radius der Erhebungen erweitert werden. Insofern konnte festgestellt werden, dass sich sowohl die Kenntnis der verschiedenen Formen von Behinderung, als auch das Bewusstsein des Zusammenwirkens von individuellen und gesellschaftlichen Faktoren, welches ein zeitgemäßes Behinderungsverständnis auszeichnet, in den vergangenen Jahren verbessert haben. Gleichzeitig hat das BGG einen großen Adressatenkreis: einerseits sind viele Beschäftigte in den Behörden an die Regelungen des BGG gebunden, andererseits können viele Menschen – und zwar nicht nur Menschen mit Behinderungen – von den Regelungen profitieren. Neben einer messbaren Verbesserung konnte im Rahmen des Projektes aber festgestellt werden, dass das BGG noch nicht den Stellenwert einnimmt, den es einnehmen müsste. So konnten rechtliche Nachbesserungsbedarfe im BGG ausfindig gemacht und gleichzeitig aufgezeigt werden, dass es insgesamt einen Reformbedarf dahingehend, dass Barrierefreiheit und Diskriminierungsschutz in der gesamten Rechtsordnung, also auch den Regelungen des Zivilrechts, systematisch verfolgt wird. Gerade in den Bereichen der Arbeitswelt, bei der Versorgung mit barrierefreiem Wohnraum oder im öffentlichen Personenverkehr sind die Barrieren, die Menschen mit Behinderungen begegnen nach wie vor hoch.

Menschen mit Behinderungen sind bereits bei der Rechterschließung auf besondere Beratung und vor allem barrierefreie Sozialbehörden angewiesen. Den

Akteur*innen in Sozialbehörden und im Gesundheitswesen kommt daher auch eine Mittlerstellung zwischen den Menschen – mit und ohne Behinderungen – und ihrem Recht zu.⁴⁰ Somit können sich hieraus weitergehende Forschungsfragen der Rechtswissenschaft zu ihren Nachbarwissenschaften stellen.

E. Ausblick und Schluss

Die Betrachtung der juristischen Ausbildungsordnungen, der Grenzen rechtswissenschaftlichen Arbeitens, der Vor- und Nachteile interdisziplinären Arbeitens sowie die Darstellung eigener Erfahrungen und der Erkenntnisse aus zwei wissenschaftlichen Forschungsprojekten mit starkem Bezug zu anderen Fachdisziplinen verdeutlicht, dass die interdisziplinäre Forschung vor allem Chancen mit Blick auf den Erkenntnisgewinn, aber auch die persönliche sowie eigene wissenschaftliche Entwicklung bietet. Die hier vorgestellten empirischen Forschungen bedürfen einer steten Zuwendung in Form von Aufmerksamkeit, Zeit und Geld, um Antworten auf die aufgeworfenen sowie die sich stellenden Fragen zu finden. Denn festgehalten werden kann, dass zumeist im Rahmen der Forschung mehr neue Fragen aufgeworfen als tatsächlich beantwortet werden. Nicht zuletzt ist es die mühselige Arbeit der einzelnen Schritte, die zu glaubwürdigen und validen Forschungsergebnissen führt, die am Ende die Wissenschaft voranbringt und im besten Fall darauf hoffen kann, gesellschaftliche Diskurse oder Veränderungen anzustoßen.

Allerdings bestehen auch hier tatsächliche Grenzen. So konnte bspw. im ersten dargestellten Forschungsprojekt der Frage, ob Menschen durch die Corona-Pandemie von Klagen abgehalten wurden, nicht beantwortet werden, da die Befragung meistens erst dann möglich ist, wenn bereits der Rechtsweg oder ein behördliches Verfahren beschritten wurden. Besondere Bedeutung wird den interdisziplinären Herangehensweisen vor allem im Bereich *der Life Sciences* (Bereiche: Gesundheit, Essen, Leben) und der Informationstechnologie (z. B. Künstliche Intelligenz, Big Data) zukommen.

Zudem werden internationale Bezüge und Kenntnisse der späteren Arbeit mit Recht immer wichtiger. Aus diesem Grund ist es dringend anzuraten, dass sich

³⁹ Das Projekt zur Evaluation wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter der Leitung von Prof. Dr. Felix Welti sowie der Wissenschaftlichen Mitarbeit von Henning Groskreutz, Daniel Hlava, Tonia Rambauek, Diana Ramm und Dr. Johanna Wenckebach

durchgeführt (Universität Kassel) durchgeführt und der Abschlussbericht als Forschungsbericht 445 veröffentlicht.

⁴⁰ Welti, SR 2017, 143 (149 f.), so gibt es bspw. auch bislang kaum Ansätze, die Wirklichkeit des Rechts mit Daten aus dem sozialgerichtlichen Verfahren zu erforschen, ebd. (148 f.).

Studierende bereits heute dezidiert mit Themen auseinandersetzen, die sie interessieren und neben der für zahlreiche Berufe erforderlichen generalistischen Ausbildung, die nicht ohne Grund auch im Ausland als Qualitätssiegel gilt, ein Blick in andere Disziplinen wagen und so neben den fachlichen Kenntnissen und Fachtermini auch später auf sog. „Soft Skills“ zurückgreifen können.

Hierfür eignen sich sowohl die im Rahmen der Philipps-Universität Marburg angebotenen Zusatzqualifikationen im Privaten Baurecht, Pharmarecht, im Bereich Recht und Wirtschaft, der Fachausbildung Sozialrecht sowie dem Lebensmittelrecht. Zudem bieten sich für die vertiefende Beschäftigung und die praxisnahe Ausbildung postgraduale Masterstudiengänge, z. B. im Bereich Sozialrecht und Sozialwirtschaft (LL.M.) oder im Bereich Wirtschaftsrecht (LL.M.) an. Diese können neben der weiterhin für Jurist*innen sehr bedeutsamen Examensnote dazu führen, dass sich wissenschaftliche Weiterqualifizierungsmöglichkeiten (z. B. Promotion) eröffnen,⁴¹ aber in jedem Fall den Horizont erweitern.

⁴¹ So sieht bereits heute ein Großteil der juristischen Promotionsordnungen an Universitäten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland die Promotionsmöglichkeit für

Absolventinnen und Absolventen eines postgradualen Masterprogramms (LL.M.) unter gewissen Notenvoraussetzungen vor.

Buchrezension: Keiser/Oestmann/Pierson (Hrsg.), Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese, UTB Verlag, Stuttgart 2022, 39,00 €

Von Stud. Hilfskraft Jann Maatz, Gießen*

A. Vorbemerkungen

Mit grundlagenwissenschaftlichen Disziplinen kommt man als Student*in der Rechtswissenschaft, sofern nicht ein entsprechender Schwerpunkt belegt wurde, nur bedingt in Berührung. Viel mehr als bloße „Pflichtveranstaltungen“ mit anschließender Semesterabschlussklausur, welche man bereits in den anfänglichen Semestern des Studiums absolvieren muss, sind die Fächer der Rechtsphilosophie, -geschichte, und -soziologie zumeist nicht. Student*innen, die ein halbes Jahr zuvor noch binomische Formeln auswendig gelernt und mit einem veralteten Kassettenrekorder „*Listening Comprehension*“-Aufgaben für das Abitur gelöst haben, müssen sich plötzlich mit hochkomplexen Gerechtigkeitstheorien eines *John Rawls*‘, sophistisch-rechts nihilistischen Kritiken eines *Kallikles*‘ oder Geltungstheorien eines *Robert Alexy*‘ auseinandersetzen, während sie in Parallelveranstaltungen noch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip erklärt bekommen oder lernen, dass Versammlungen „unter freiem Himmel“ auch überdacht stattfinden können. Dass dies kein geeigneter Einstieg in die Grundlagenwissenschaften des Rechts sein kann, sollte eigentlich auf der Hand liegen. Kommt man nun doch – wie auch immer – dazu, einen Schwerpunkt wie „Grundlagen des Rechts“ zu belegen, wofür der *Rezensent* ausdrücklich plädiert, kommt man in den Genuss spärlich besuchter Veranstaltungen, in welchen man sich ausführlich der Entstehungsgeschichte des BGB, der europäischen Privat- und Verfassungsgeschichte, Rechtstheorie und -kritik sowie Methoden- und Gesetzgebungslehre widmen kann.¹ Der Mehrwert und Erkenntnisgewinn aus dem Besuch entsprechender Veranstaltungen, zusätzlicher Seminare sowie privatrechtstheoretischer Kolloquien kann kaum überschätzt werden. Mehrwert und Erkenntnisgewinn sind in

diesem Kontext indes nicht hochzustilisieren als „Rüstzeug“ für die erste juristische Prüfung, denn wer in einer grundrechtlichen Drittwirkungsklausur die „Generalklauseln als Einfallstore materialer Wertungen durch die Grundrechte“ bezeichnet – wenngleich dies Entstehung und Funktion privatrechtlicher Generalklauseln auf den Kopf stellt² – bekommt eher sein „Häkchen“ der Korrekturkraft, als wenn man auf unlogische Standardfloskeln verzichtet.³ Auch wird einem die Bewältigung einer hypothetischen Zusatzaufgabe in der ersten juristischen Prüfung als – wenn überhaupt gezogene – Konsequenz aus dem neueingefügten Halbsatz in § 5a Abs. 2 S. 2 DRiG⁴, in welcher man beispielsweise „Geltungsbegriffe des Rechts“ reproduzieren muss, nicht dadurch leichter fallen, als dass man sich darüber im Klaren ist, dass der Begriff der *Geltung* seine Hochkonjunktur im späten 19. Jahrhundert im „Neukantianismus“ erfuhr und mithin nach dem System *Lotze*‘ ein normativer ist.⁵ Wer in der Zusatzaufgabe nun blindlings einem Sein-Sollen-Fehlschluss unterliegt, indem er die Geltung von Recht mit ihrer tatsächlichen Befolgung begründet, wenngleich aus der bloßen Faktizität der Normbefolgung nicht die normative Gebotenheit derselbigen folgen kann, wird auch hier sein „Häkchen“ beim „Soziologischen Geltungsbegriff“ in der Lösungsskizze erhalten. Der Mehrwert und Erkenntnisgewinn ist vielmehr ideeller Natur und dient dem eigentlichen Ausbildungsziel eines rechtswissenschaftlichen Studiums, nämlich der Entwicklung „kritisch, aufgeklärt rational handelnde[r] Jurist[*innen], [die] sich [ihrer] Verpflichtung als Wahrer[*innen] des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewusst [sind] und [die] in der Lage [sind], die Aufgaben der Rechtsfortbildung zu erkennen.“⁶

* Der Verfasser ist studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Prof. Dr. Marietta Auer MA, LL.M., SJD [Harvard]) sowie auch an der Professur für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Malte-Christian Gruber) an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ „Spärlich besuchter Veranstaltungen“ ist zum Teil ein Euphemismus dafür, dass der Rezensent „Einzelunterricht“ über ein Semester hinweg hatte.

² Hierzu ausführlich Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 42 ff.

³ Vgl. auch die „absolventische“ Kritik am ersten juristischen Staatsexamen von Heymann/Luft/Reith, KJ 2021, 423 (428).

⁴ „[...] die Vermittlung der Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur.“

⁵ Zur Kritik des juristischen, soziologischen und moralischen Geltungsbegriff ausführlich die publizierte Antrittsvorlesung von Auer, RW 2017, 45 ff.

⁶ Auszug aus der Präambel des JAG Hessen.

B. Anliegen und Konzeption

Nun ist auch in einem „ideellen“ Schwerpunkt das Ablegen einer Prüfungsleistung in Form einer Hausarbeit und mündlichen Prüfung unausweichlich. Eine solche besteht oftmals in Form einer sogenannten Exegese, mithin der Interpretation eines rechtshistorischen Quellentextes.⁷ Anliegen des Werkes ist es, den Student*innen als „Leitfaden“ und „Anleitungsbuch“ zum Verfassen einer solchen Exegese als Prüfungsleistung zu dienen.⁸ Hierfür versammeln sich in dem Werk 28 Quellenexegesen, angefertigt von akademischen Schüler/innen und Kolleg/innen *Joachim Rückert's* – dem dieses Werk als „Freund rechtshistorischer Exegesen“ gewidmet ist – mit jeweils unterschiedlichen Ansätzen, Gliederungen und wissenschaftlichen Vorgehensweisen, denn eine „verbindliche Musterexegese, wie sie bis in die 1970er Jahre vermittelt wurde, kann es heute nämlich nicht mehr geben.“. Student*innen der Rechtswissenschaft sollen nach dieser Konzeption nicht mehr nur noch nach einem bestimmten „Schema F“ Exegesen anfertigen, sondern erkennen, dass es unterschiedliche Zugänge zu jeder einzelnen Quelle gibt.⁹

C. Zum Inhalt

Das Werk beginnt mit einer 22 Seiten langen Einführung, welche entgegen den Einführungen der meisten rechtswissenschaftlichen Lehrbücher, tatsächlich lesenswert ist. Hierbei werden kurz und knapp Begriff und Geschichte der rechtshistorischen Exegese skizziert und im Anschluss Student*innen überwiegend sinnvolle Hinweise zum Anfertigen einer solchen gegeben. Paradigmatisch wird teilweise in den Fußnoten auf einschlägige Zeitschriften verwiesen, welche von Student*innen im Rahmen bestimmter Aufgabenstellungen nicht übersehen werden sollten, sofern sie beispielsweise mit der Rechtsikonographie konfrontiert werden.¹⁰ Immer wieder wird die Ambivalenz der Zugriffsmöglichkeiten auf Quellen und vor allem der Mut zur Durchbrechung „historischer“ Denk- und Aufbauschemata postuliert,¹¹ und für jene, die vielleicht berechtigterweise einen solchen Mut nicht aufbringen können, denn der Wagemut im Rahmen einer

– etwas dramatisch formuliert – karriereentscheidenden Examenshausarbeit kann auch mal gegen Null gehen, wird empfohlen, die Grundstruktur „durch inhaltlich aussagekräftige Überschriften“ zu ergänzen.¹² Ferner gibt die Einführung Hinweise für verschiedene Möglichkeiten, eine Exegese abzuschließen, wobei von einem „Gegenwartsvergleich“ und auch von einer bloßen Zusammenfassung der Erkenntnisgewinne – entgegen der früheren exegetischen Anleitungsbücher – abgeraten wird. Vielmehr werden historische Ausblicke, methodische Reflexionen oder substantiierte Grundsatzkritik an hergebrachten Forschungsparadigmen als sinnvoller Schluss einer Exegese empfohlen.¹³ Die Einführung endet mit einer hier wiederzugebenden Ermutigung an die Student*innen, wobei *Gustav Hugo* zitiert wird: „Wer ‚ein Bedürfnis nach Wissenschaften fühlt, der muß etwas haben, was ihn mit seinem Brotstudium aussöhnt‘¹⁴. In einem wissenschaftlichen Studium des Rechts geht es nicht nur um Rechtsinhalte, sondern auch um das „Woher“, „Warum“ und „Wohin“. Für diese unverzichtbare Erweiterung des Horizonts stehen die Grundlagenfächer und damit auch die Rechtsgeschichte in ihrer ganzen Breite“¹⁵.

Die daran anschließenden Exegesen des Sammelbandes unterteilen sich in primär drei verschiedene Kategorien: Normengeschichte mit insgesamt zwölf Beiträgen, Praxisgeschichte mit neun Beiträgen und Wissenschaftsgeschichte mit sechs Beiträgen. Abschließend wird noch eine Klausuraufgabe mit anschließender Musterexegese von *Susanne Lepsius* vorgelegt. Mehrere Exeget*innen geben im Rahmen ihrer Exegese entweder in Vorbemerkungen oder Fußnoten sinnvolle didaktische Hinweise für die Student*innen.¹⁶

Im Rahmen dieser Rezension soll und kann nicht auf jeden einzelnen Beitrag eingegangen werden, so dass stellvertretend nur jener von *Thorsten Keiser* betrachtet wird, welcher eine Exegese aus der Kategorie zur Wissenschaftsgeschichte vorlegt, die hier von großem Interesse ist, da sie sich mit dem Vertragsrecht zur Zeit der „NS-Rechtserneuerung“ auseinandersetzt (vgl. § 5a Abs. 2 S. 2 DRiG).¹⁷ Schematisch legt

⁷ Keiser/Oestmann/Pierson, *Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese*, 2022, S. 13.

⁸ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 11.

⁹ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 25.

¹⁰ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 21 Fn. 28.

¹¹ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 29.

¹² Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 30.

¹³ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 31.

¹⁴ *Hugo*, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, 3. Aufl. 1806, § 17, S. 17.

¹⁵ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 35.

¹⁶ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 25.

¹⁷ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 496 ff.; Auch von Interesse in diesem Sinne ist die Exegese von *Sibylle Hofer*, Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 477 ff.

Keiser eine „traditionelle“ Exegese mit inhaltlich aussagekräftigen Überschriften vor. Bei der Quelle handelt es sich um einen Auszug einer Publikation von Karl Larenz aus dem Jahr 1935 mit dem Titel: „Wandlung des Vertragsbegriffs“.¹⁸ Die Exegese beginnt mit einer kurzen Analyse der zentralen Aussagen der Quelle, woraufhin noch kürzer auf den Autor selbst eingegangen wird. Larenz habe bis zu diesem Aufsatz überwiegend rechtsphilosophisch unter Bezugnahme auf Hegel gearbeitet und publiziert, während das Vertragsrecht keinen Schwerpunkt in seinen Arbeiten bis 1935 ausgemacht habe. Zu ergänzen ist in diesem Kontext vermutlich, dass obschon Larenz rechtsphilosophisch arbeitete, er immensen Einfluss auf die Privatrechtsdogmatik hatte, indem er etwa *Adäquanz* und *Kausalität* in seiner Dissertationsschrift auseinanderdividierte und erstere im Bereich der *objektiven Zurechnung* ansiedelte und damit „dem letzteren Begriff einen dauerhaften Platz in der Dogmatik des Schadensersatzrechts.“¹⁹ sicherte. Zudem setzte sich Larenz bereits 1930 in seiner Habilitationsschrift mit dem „Rechtsgeschäft“ auseinander, in welcher er die Willenserklärung als „Geltungserklärung“, mithin „nicht als Mitteilung über einen inneren Willen des Erklärenden, sondern als Ingeltungsetzung der entsprechenden Rechtsfolge“ qualifizierte.²⁰ Im Anschluss an die Kurzvorstellung des Autors werden Entstehungskontext, Quellencharakter und Intention des Autors klar und präzise erläutert. „Die auch in der Quelle deutlich hervortretende Intention, vorhandenen Rechtsinstituten eine neue Wertungsgrundlage zu verschaffen, entspricht einer typischen Haltung während der NS-Diktatur und deren pragmatischem Zugriff: Will man Recht schnell an neue politische Gegebenheiten anpassen, wäre die Schaffung neuer Gesetze zu langwierig. Eine ‚Umdeutung‘ der vorhandenen Regeln und Institute durch weltanschaulich-neue normative Bezüge führt aus Sicht des Regimes schneller zum Erfolg, verspricht sie doch effiziente politische Zweckerreichung bei gleichzeitiger Wahrung der Stabilität durch Beibehaltung überlieferter, bewährter

Rechtsformen.“²¹ Daraufhin differenziert Keiser „normale und diktierte Verträge“ und analysiert die Schlüsselbegriffe und -konzepte der vorliegenden Quelle: „Gemeinschaft“ und „völkische Ordnung“ in Abgrenzung zu der von Larenz implizit kritisierten „Gesellschaft“, genauer „Privatrechtsgesellschaft“, als Voraussetzung eines liberalen Vertragsschlussmodells.²² Die Kontrastierung erweckt die Quelle zum Leben und macht sie verständlich. Die Frage, die sich in diesem Kontext dem Rezensenten indes stellt: Ist das von Larenz beschriebene „völkische“, „gemeinschaftliche“ Vertragsdenken nicht völlig losgelöst von der Vertragsphilosophie Hegels?²³ Wenn Larenz das Recht nicht als Schöpfer der Rahmenbedingungen individueller Freiheitsausübung ansieht,²⁴ stellt er sich dann nicht gerade gegen Hegel, nach welchem nur solche rechtlichen Festlegungen gerechtfertigt sind, welche die Autonomie des Individuums fördern?²⁵ Hegels Vertragsmodell ist nicht im Larenz’schen Sinne antiliberalistisch zu verstehen, sondern liberalistisch durchdrungen mit sozialen Prinzipien zur gegenseitigen Anerkennung freier Individuen. Im Anschluss an diese hegelianische – nicht ganz unangreifbare – Einholung des Larenz’schen Vertragsmodells setzt Keiser die Aussage Larenz’ in den Kontext zeitgenössischer Autoren, namentlich vor allem zu Wieacker, welchem, analog zu Larenz und dem Vertragsbegriff, die Aufgabe zur nationalsozialistischen Einholung des Eigentumsbegriffs zugewiesen wurde.²⁶ Es werden Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Vorgehen der beiden aufgezeigt.²⁷ Während beide „auf identische Wertungsmuster und Argumentationsformen zur Aushebelung des liberalen Privatrechts“ zurückgreifen, ist die Argumentation eines Wieacker’ „trotz ihrer Reflexionstiefe freilich teils naiv und trivial“, während Larenz’ „Sprache nüchterner, seine Begriffsbildung nochmals schärfer und kreativer“ ist.²⁸ Im Anschluss fragt sich Keiser nach etwaigen Konsequenzen der neuformulierten Vertragslehre Larenz’ für die damalige zeitgenössische Praxis.²⁹ Die Wirkung der Schrift Larenz’ für die Vertragslehre wird aufgrund der

¹⁸ Eine vermutlich nicht einmal vollständige Übersicht der Publikationen Larenz’ aus den Jahren 1933-1943 findet sich bei Frassek, Von der „völkischen Lebensordnung“ zum Recht, 1996, S. 191 ff.

¹⁹ Hierzu Canaris, „Karl Larenz“, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 2, 2010, S. 265.

²⁰ Zum Ganzen Canaris (Fn. 22), S. 265 f.

²¹ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 502.

²² Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 503 ff.

²³ Nach Keiser wohl nicht: „Der Vertragsbegriff als Ausdruck hegelianischer Rechtsphilosophie und ‚konkreter Ordnung‘“, Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 510.

²⁴ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 506.

²⁵ Maatz, BRZ 2022, 156 (160).

²⁶ Monografisch auch Keiser, Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo, 2005.

²⁷ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 511 ff.

²⁸ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 511 ff.

²⁹ Keiser/Oestmann/Pierson (Fn. 10), S. 513 f.

durchgehenden Geltung des BGB – richtigerweise – als gering bewertet.³⁰ Ausgangspunkt der tatsächlichen Rechtsperversion des Vertragsrechts zur Zeit des Nationalsozialismus und seine „ideologiekonforme Veränderung“ war die Anwendung von Generalklauseln (mit Verweis auf § 138 Abs. 1 BGB).³¹ *Keiser* formuliert privatrechtstheoretisch präzise, dass die Anwendung und Umdeutung der „guten Sitten“ in der „völkischen Ordnung“ entsprechend als eine Beschränkung oder auch „negative Kontrolle“³² von außen auf den Vertrag projiziert wird, während *Larenz* ‘ „philosophisch-theoretisch grundierte Neuausrichtung des Vertragsrechts“ von innen heraus, mithin als dem Vertrag immanente Wirksamkeitsvoraussetzung der „Gemeinschaftsbezogenheit“ sich nicht in der zeitgenössischen Praxis wiederfindet.³³ *Keiser* schließt seine Exegese mit einem Fazit und einem historischen Ausblick, in welchem er vor allem auf das Wirken *Larenz* ‘ nach der Zeit des Nationalsozialismus überblicksartig eingeht und – wie es sich für einen Rechtshistoriker gehört – Kontinuitäten und Kontinuitätsbrüche *Larenz* ‘ methodischer Grundhaltungen aufzeigt.³⁴

D. Fazit

Die Herausgeber werden ihrem Anliegen, Student*innen ein Anleitungsbuch bzw. Leitfaden zur Anfertigung einer rechtshistorischen Exegese zu bieten in jeder Hinsicht gerecht. Zudem liest sich das ganze Werk wie eine einzige „Liebeserklärung“ an die Rechtsgeschichte ganz im Sinne des ebenfalls von *Peter Oestmann* herausgegebenen Sammelbandes „Ich betreibe Rechtsgeschichte: 119 Liebeserklärungen“. Es gibt noch endlos viele Quellen – nicht nur aus der NS-Zeit, sondern auch aus der Zeit der DDR, und sämtlichen vorangegangenen Epochen –, die es exegetisch in den Blick zu nehmen gilt und wenn Student*innen nun selbst damit konfrontiert werden, sollte dieser – freilich in naher Zukunft als Klassiker geltende – Sammelband, herausgegeben von *Keiser/Oestmann/Pierson*, als Orientierung zur Meisterung einer solchen Prüfungsaufgabe, nämlich, in den Worten der Herausgeber: „die Vergangenheit zum Klingen [zu] bringen wie Musiker einen Notentext.“³⁵, dienen.

³⁰ *Keiser/Oestmann/Pierson* (Fn. 10), S. 513 f.

³¹ *Keiser/Oestmann/Pierson* (Fn. 10), S. 513 f.

³² Hierzu *Maatz* (Fn. 28), 156 (158).

³³ *Keiser/Oestmann/Pierson* (Fn. 10), S. 514.

³⁴ Zu diesen Kontinuitäten und Kontinuitätsbrüchen in *Larenz* ‘ Werk noch ausführlicher, der mit kritischer Distanz zu lesende Beitrag von *Canaris* (Fn. 22), S. 264 ff.

³⁵ *Keiser/Oestmann/Pierson* (Fn. 10), 1S. 7.

Buchrezension: *Peter Kistorz: Basiswissen Gesundheitsrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2020, 158 S., 19,80 €

Von Stud. Hilfskraft **Fabian von Minckwitz**, Marburg*

A. Einleitung

Das Gesundheitsrecht ist eine verhältnismäßig junge Teildisziplin der Rechtswissenschaften¹, die nach dem Verständnis von *Kistorz* „die Gesamtheit aller Rechtsvorschriften, die die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Akteure bzw. Institutionen im Gesundheitswesen regeln und das Gesundheitssystem konstituieren, steuern und ordnen“ und darauf abzielen, „die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung bedarfsgerecht, qualitätsorientiert und wirtschaftlich sicherzustellen“² umfasst. Inzwischen ist das Gesundheitsrecht ein selbstverständlicher Teil unseres Alltags geworden und beschäftigt nicht nur Juristen in unterschiedlichen Bereichen³, sondern auch alle in gesundheitswissenschaftlichen Bereichen tätigen Personen (z.B. Gesundheitswissenschaften, Pflege, Medizin, Gesundheitsökonomie, etc.).

Mit „Basiswissen Gesundheitsrecht“ legt *Kistorz* eine kompakte Einführung in das aufstrebende Rechtsgebiet vor. Das Werk richtet sich neben Studierenden der Rechtswissenschaften, welche sich einen ersten Überblick über das Gesundheitsrecht verschaffen oder das Gebiet schnell und in komprimierter Form zur Prüfungsvorbereitung wiederholen möchten, insbesondere auch an – wie *Kistorz* betont – Studierende gesundheitswissenschaftlicher Fächer.

B. Zum Autor

Kistorz selbst ist Professor für Rechtswissenschaften mit den Schwerpunkten Gesundheitsrecht und Bildungsrecht am Fachbereich Gesundheit der Fachhochschule Münster.⁴ Vor seinem Studium der Rechts- und Sozialwissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum durchlief *Kistorz* die Ausbildung zum Sozialversicherungsfachangestellten bei der BARMER Ersatzkasse in Duisburg-Hamborn.⁵

C. Zum Inhalt

„Basiswissen Gesundheitsrecht“ ist in vier Kapitel gegliedert. Eingangs wird im ersten Kapitel (S. 13-18) der Begriff und der Gegenstand des Gesundheitsrechts bestimmt.⁶ Im zweiten Kapitel (S. 19-68) befasst sich *Kistorz* sodann mit den sozialrechtlichen Ansprüchen auf Gesundheitsleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nach dem SGB V, sowie der sozialen Pflegeversicherung (SPV) nach dem SGB XI. Die Ausführungen zu den beiden Sozialversicherungszweigen untergliedern sich weiter in den anspruchsberechtigten Personenkreis, den Leistungskatalog, sowie die Organisation und Finanzierung. Kapitel drei (S. 69-103) ist der Erbringung von Gesundheitsleistungen gewidmet, wobei auf die verschiedenen Leistungserbringer, schwerpunktmäßig jene der GKV, eingegangen wird. Das vierte Kapitel (S. 105-145) dreht sich schließlich um den Bereich der Bewirkung von Gesundheitsleistungen. Behandelt werden die für die Leistungsbewirkung wesentlich relevanten, zivilrechtlichen Verträge, sowie die Haftung bei Behandlungs- und Pflegefehlern. Der Schwerpunkt des Kapitels liegt auf dem Thema der Patientenautonomie. Ausgehend von der Einwilligungsfähigkeit werden Aspekte zur rechtlichen Betreuung, der Vorsorgevollmacht und der Patientenverfügung betrachtet. Zudem thematisiert *Kistorz* die verfassungsrechtlichen und strafrechtlichen Aspekte der unterschiedlichen Ausprägungen der Sterbehilfe.

Jeweils zu Beginn eines Oberkapitels finden sich Angaben zu weiterführender oder vertiefender Literatur. Des Weiteren enthält „Basiswissen Gesundheitsrecht“ 15 Tabellen und 26 Abbildungen, sowie 23 Merkkästchen mit zentralen Definitionen oder Formeln. Dem Literaturverzeichnis (S. 147-153) am Ende schließt sich in Anbetracht der (nur) rund 130 Textseiten des Werks ein umfangreiches Stichwort-

* Der Verfasser ist studentische Hilfskraft an der Forschungsstelle für Pharmarecht bei Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Voit* an der Philipps-Universität Marburg.

¹ *Kistorz*, Basiswissen Gesundheitsrecht, 2020, S. 13; *Kistorz*, in: *Haring* (Hrsg.), Gesundheitswissenschaft, 2. Aufl. 2022, S. 897.

² *Kistorz*, Basiswissen Gesundheitsrecht, 2020, S. 15.

³ *D. Prütting/J. Prütting*, Medizin- und Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2020, S. V.

⁴ <https://www.fh-muenster.de/gesundheit/personen/kistorz-peter.php> (abgerufen am 05.07.2023).

⁵ <https://www.fh-muenster.de/gesundheit/personen/kistorz-peter.php?anzeige=vitae> (abgerufen am 05.07.2023).

⁶ Zur uneinheitlichen Verwendung der Begriffe „Medizinrecht“ und „Gesundheitsrecht“ siehe *D. Prütting/J. Prütting*, Medizin- und Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2020, Kap. 1 Rn. 1 ff.

verzeichnis (S. 153-158) an, welches in der Kopfzeile versehentlich noch als „Literaturverzeichnis“ und nicht als „Stichwortverzeichnis“ überschrieben ist.

„Basiswissen Gesundheitsrecht“ ist sowohl als klassische Printausgabe im handlichen Format, als auch als eBook erhältlich.⁷

D. Bewertung

I. Inhalt

a) versicherter Personenkreis

Bei den Ausführungen zum versicherten Personenkreis in der GKV (S. 23 ff.) wird deutlich, dass sich das Werk in erster Linie an einen studentischen Leserkreis richtet. So finden sich dort längere Ausführungen zum Versicherungsschutz von Werkstudierenden während eines dualen Studiums (S. 24 f.) und zur Versicherungsfreiheit von geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen (sog. Minijob) (S. 26), welche oft von Studierenden als Nebenjob ausgeübt werden.⁸

b) Versicherungsfall der Krankheit

Bei den Ausführungen zu den Versicherungsfällen in der GKV (S. 28 f.) geht *Kostorz* zunächst auf den Krankheitsbegriff und anschließend auf den Behinderbegriff ein. Dabei verwundert es, dass dem Krankheitsbegriff (§ 27 Abs. 1 SGB V) als zentralem Grundbegriff des Leistungsrechts der GKV⁹ nur etwa eine halbe bis dreiviertel Seite (S. 28) zugestanden wird, während den unfallversicherungsrechtlichen Versicherungsfällen des Arbeitsunfalls (§ 7 Abs. 1 Alt. 1 SGB VII) und der Berufskrankheit (§ 7 Abs. 1 Alt. 2 SGB VII) als Leistungsausschüsse¹⁰ knapp zwei Seiten (S. 29-31) gewidmet werden. Hier ist eine deutlichere Fokussierung auf den Krankheitsbegriff im SGB V wünschenswert. Ausgehend von der Definition des Krankheitsbegriffes wird lediglich die

Behandlungsbedürftigkeit noch kurz definiert. Die Arbeitsunfähigkeit wird erst im Zusammenhang mit dem Krankengeld (S. 45) behandelt. Weitere Ausführungen zur Regelwidrigkeit des Körper- oder Geisteszustandes – z.B. im Hinblick auf eine Entstellung¹¹ – wird man vergeblich suchen. Dagegen können Ausführungen zu Spezialfällen, wie z.B. dem Versicherungsfall bei Leistungen der künstlichen Befruchtung (§ 27a SGB V)¹² in einem einführenden Basiswerk nicht erwartet werden, sind aber dennoch, wenn auch nur am Rande, im Werk zu finden (S. 44).

c) Arzneimittelbegriff

Bei der Darstellung der Versorgung mit Arzneimitteln nach § 31 Abs. 1 SGB V wird auf die Arzneimitteldefinition des § 2 Abs. 1 AMG¹³ abgestellt (S. 36). Hierfür spricht, dass der krankenversicherungsrechtliche Gesetzgeber zunehmend auf arzneimittelrechtliche Begrifflichkeiten, etwa bei der Verschreibungspflicht (§§ 43 ff. AMG), Bezug nimmt, um den Leistungsumfang in der GKV zu bestimmen.¹⁴ Dabei wird jedoch nicht dargestellt, dass sich der Arzneimittelbegriff des AMG (Gefahrenabwehrrecht) und der des SGB V (Leistungsrecht) in ihrer Zielsetzung unterscheiden.¹⁵ Zwar ist ein von § 2 Abs. 1 AMG erfasstes Präparat regelmäßig auch ein Arzneimittel im Sinne des § 31 Abs. 1 SGB V¹⁶ und die Rechtsprechung bezieht sich beim krankenversicherungsrechtlichen Arzneimittelbegriff¹⁷ auf die Definition in § 2 Abs. 1 AMG¹⁸, trotzdem ist nicht jedes Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 AMG zwangsläufig auch ein Arzneimittel im krankenversicherungsrechtlichen Sinne.¹⁹ So sind beispielsweise orale Kontrazeptiva, wenn diese bestimmungsgemäß zur Empfängnisverhütung und nicht zu therapeutischen Zwecken eingenommen werden, zwar

⁷ ISBN (print): 978-3-503-19199-4; ISBN (eBook): 978-3-503-19400-1.

⁸ Zur studentischen Krankenversicherung siehe auch *Bernsdorff*, **MLR** 2020, 72 ff.

⁹ Vgl. *Just/Scheider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 3 ff.

¹⁰ Kritisch dazu *Igl*, *MedR* 2020, 976 (976).

¹¹ Zuletzt BSG, Urt. v. 10.03.2022 - Az. B 1 KR 3/21 R.

¹² Dazu *Just/Scheider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 580 ff.

¹³ Arzneimittelgesetz (AMG).

¹⁴ *Axer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), Kommentar zum SGB V, 8. Aufl. 2022, § 31 Rn. 10.

¹⁵ *Pitz*, in: *jurisPK-SGB V*, 4. Aufl. 2020, § 31 Rn. 67; *Just/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 286; BSGE 87, 95 (101); vgl. *Joussen*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann*

(Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023, § 31 SGB V Rn. 3; offengelassen BSGE 81, 240 (243); 86, 54 (57 f.) m.w.N.

¹⁶ BSGE 81, 240 (243); 86, 54 (58); *Kraftberger*, in: *Hänlein/Schuler* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum Sozialgesetzbuch V*, 6. Aufl. 2022, § 31 Rn. 46.

¹⁷ Demnach sind Arzneimittel „Substanzen zu verstehen, deren bestimmungsgemäße Wirkung darin liegt, Krankheitszustände zu erkennen, zu heilen, zu bessern, zu lindern oder zu verhüten“, BSGE 81, 240 (242); kürzer BSGE 46, 179 (183).

¹⁸ Siehe bspw. BSGE 81, 240 (242); 100, 103 (106).

¹⁹ *Joussen*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023, § 31 SGB V Rn. 3; *Just/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 286.

Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG²⁰, jedoch keine Arzneimittel im krankenversicherungsrechtlichen Sinne²¹. Denn der krankenversicherungsrechtliche Arzneimittelbegriff ist auf die Zielsetzung der Bekämpfung und Verhütung von Krankheiten (§§ 1, 27 Abs. 1 SGB V) bezogen.²² Schließlich können auch sogenannte Präsentationsarzneimittel²³ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG), jedenfalls solange sie keine arzneimittelrechtliche Zulassung²⁴ erhalten, keine Arzneimittel im Krankenversicherungsrechtlichen Sinne sein.²⁵ Der Rückgriff auf die arzneimittelrechtliche Begriffsbestimmung ist also nicht immer möglich²⁶, auch wenn die Unterscheidung der Arzneimittelbegriffe zunehmend an Relevanz verliert²⁷.

II. Gestaltung

In gestalterischer Hinsicht tragen die zahlreichen Abbildungen und Tabellen zu einer schnelleren Aufnahme des zuvor vermittelten Wissens bei.

Der parallele Aufbau in der Darstellung von GKV und SPV ermöglicht darüber hinaus einen Vergleich der beiden Versicherungszweige.

Lateinischen Grundsätzen, wie z.B. *in dubio pro sanitate et vita*²⁸ (S. 114, 125 und 127), sollten stets die deutschen Übersetzungen beigelegt werden. Kenntnisse der lateinischen Sprache können bei Studierenden längst nicht mehr vorausgesetzt werden.

E. Bedeutung für die juristische Ausbildung

Auf den ersten Blick scheint das Gesundheitsrecht – als Spezialmaterie – nicht zum examensrelevanten Pflichtstoff des juristischen Studiums zugehören. Damit wird sich für viele Studierende zunächst die Frage stellen, warum man sich bei der ohnehin vorhandenen

Stofffülle im Studium noch zusätzlich mit dem Gesundheitsrecht beschäftigen sollte. Erst auf den zweiten Blick wird deutlich, dass auch in der universitären, juristischen Ausbildung medizin- oder gesundheitsrechtliche Bezüge bestehen.

Recht offensichtlich zeigen sich die entsprechenden Bezüge bei den einschlägigen Lehrveranstaltungen in sozial- oder medizinrechtlichen Schwerpunktbereichen (SPB). An der *Philipps-Universität Marburg* beispielsweise befasst sich die Veranstaltung „Sozialrecht II“²⁹ (SPB 4 – Staat und Wirtschaft – Spezialisierungsbereich Sozialrecht) oder die Veranstaltung „Leistungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung“ (SPB 3 – Medizin- und Pharmarecht – Spezialisierungsbereich Sozialrecht oder Versicherung) mit dem Versicherungsschutz in der GKV³⁰ und ihrem Leistungskatalog. Weiter sind vertiefende Veranstaltungen zum „Krankenhaus- und Arzthaftungsrecht“, „Vertragsarztrecht“³¹ oder „Medizinstrafrecht“ vom Schwerpunktbereich „Medizin- und Pharmarecht“ umfasst, die ebenfalls zum Teil in „Basiswissen Gesundheitsrecht“ in den Grundzügen dargestellt bzw. thematisch werden.

Aber auch im strafrechtlichen Pflichtfachstoff namentlich im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte treten im Zusammenhang mit dem ärztlichen Heileingriff, dem Schwangerschafts- bzw. Behandlungsabbruch oder der Sterbehilfe medizinstrafrechtliche Fragen auf.³²

Im Zivilrecht kann der Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) im Zusammenhang mit der Haftung des Arztes oder des Krankenhauses, wegen seiner Verortung im besonderen Teil des Schuldrechts ebenfalls

²⁰ Vormals § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG. *Just/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 286.

²¹ BSGE 66, 163 (164 f.); 87, 95 (101).

²² BSGE 66, 163 (165); 81, 240 (243); 87, 95 (101); *Axer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), Kommentar zum SGB V, 8. Aufl. 2022, § 31 Rn. 10; *Just/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 286. Der Funktionsarzneimittelbegriff des AMG ist weiter, als der Arzneimittelbegriff des SGB V: *Doeppner/Hüttebräuker*, in: *Dieners/Reese* (Hrsg.), Handbuch des Pharmarechts, 2010, § 2 Rn. 31.

²³ Dazu *Meier*, in: *Meier/von Czietritz/Gabriel/Kaufmann*, Pharmarecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 9, 12.

²⁴ *Pitz*, in: *jurisPK-SGB V*, 4. Aufl. 2020, § 31 Rn. 67; *Rudolf/Ratzel*, in: *Berchthold/Huster/Rehborn* (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 31 SGB V Rn. 2; siehe auch BSGE 82, 233 (234 ff.).

²⁵ *Pitz*, in: *jurisPK-SGB V*, 4. Aufl. 2020, § 31 Rn. 67.

²⁶ *Just/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016, Rn. 285; vgl. BSGE 87, 95 (101 f.).

²⁷ *Axer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), Kommentar zum SGB V, 8. Aufl. 2022, § 31 Rn. 10 m.w.N.; vgl. BSGE 100, 103 (106), wo unmittelbar auf das AMG abgestellt wird. Vgl. auch *Pitz*, in: *jurisPK-SGB V*, 4. Aufl. 2020, § 31 Rn. 67.

²⁸ Lat.: „im Zweifel für Gesundheit und Leben“.

²⁹ Zur Fachausbildung im Sozialrecht an der Philipps-Universität Marburg siehe bereits *Bechtelsheimer/Dahringer/von Minckwitz/Schneider*, *MLR* 2021, 156 ff.

³⁰ Zur studentischen Krankenversicherung siehe *Bernsdorff*, *MLR* 2020, 72 ff. und zur Unfallversicherung für Hochschulstudierende *Bieresborn*, *MLR* 2022, 98 ff.

³¹ Zum Vertragsarztrecht siehe *Hellkötter-Backes*, *MLR* 2022, 115 ff.

³² Zum Medizinstrafrecht: *Beck*, *ZJS* 2013, 42 ff.; *dies.*, *ZJS* 2013, 156 ff.; zum Medizinwirtschaftsstrafrecht: *Warntjen/Conze*, *ZJS* 2019, 368 ff.

Bestandteil juristischer Pflichtfachprüfungen sei.³³ Sodass es nicht schaden kann sich jedenfalls mit den Grundzügen des jeweiligen Rechtsgebiets und seinen medizin- bzw. gesundheitsrechtlichen Bezügen auseinanderzusetzen. Hierfür eignet sich dieses kompakte Basislehrbuch.

F. Fazit

Das Gesundheitsrecht ist mitnichten eine bloße Spezialmaterie für die Zeit nach dem juristischen Studium, sondern spielt auch immer wieder im Pflichtfachstoff oder in thematisch einschlägigen universitären Schwerpunktbereichen eine Rolle. Um einen ersten Einstieg in das Rechtsgebiet zu erhalten eignen sich kompakte Einführen wie „Basiswissen Gesundheitsrecht“ von *Kostorz*, welche einen breit angelegten Überblick innerhalb kurzer Zeit ermöglichen. Allerdings hat das einführende Werk auch kleinere „Lücken“. Diese können jedoch in Vorbereitung auf eine Klausur durch den Besuch einer einschlägigen Lehrveranstaltung geschlossen werden. Aber auch für Nicht-Juristen in gesundheitswissenschaftlichen Fächern sind die rechtlichen Grundlagen des Gesundheitswesens von Interesse. Zum Einstieg in ein spannendes und vielfältiges Rechtsgebiet ist „Basiswissen Gesundheitsrecht“ allen zu empfehlen, die sich mit den Grundlagen des Gesundheitsrechts vertraut machen möchten.

³³ § 7 S. 1 Nr. 2 lit. b JAG (HE), zum Arzthaftungsrecht siehe *Ahmadi*, ZJS 2019, 106 ff.

Der 2. Cross-Examination Moot Court – Ein Erfahrungsbericht

Von Stud. iur. **Paula Köhler**, Marburg*

Der *Cross-Examination Moot Court* ist ein junger internationaler Juristen-Wettbewerb, bei dem sich Studierende auf realistische Weise im Bereich der *Arbitration*¹ erproben können. Zum zweiten Mal stellte die Philipps-Universität Marburg hierfür ein Team bereit. Im letzten Jahr durfte ich Teil dieses Teams sein. Mit diesem Artikel möchte ich ein reflektiertes Plädoyer für diesen Moot Court halten. Um die Bedeutung eines solchen Wettbewerbs für die juristische Ausbildung zu verstehen, ist es erforderlich, sich der Geschichte und des Zweckes dieser Veranstaltungen bewusst zu werden.

Definiert werden kann „Moot Court“ als simulierte Gerichtsverhandlung mit hypothetischen juristischen Fällen. Ursprünglich in Harvard als Praxisübung für angehende Juristen erfunden, etablierte sich das Prinzip in den 1960er auf internationaler Bühne. Mehr als ein Dutzend dieser Wettbewerbe sind seither fester Bestandteil der akademischen Welt rund um den Globus. Die Themenbreite geht vom Völkerrecht bis zum internationalen Schiedsrecht. An den größten Moot Courts nehmen über 600 Universitäten aus mehr als 90 Ländern teil. Bewertet werden die Teilnehmer von renommierten Juristen aus den jeweiligen Praxisbereichen. Besonders in Schwellen und Entwicklungsländern kann ein Moot Court für den Teilnehmer ein wichtiger erster Schritt in die internationale Arbeitswelt sein. Was in den USA schon längst als Standard einer erstklassigen juristischen Ausbildung betrachtet wird, hält in den letzten Jahrzehnten auch Einzug in die deutsche juristische Ausbildung. Deutsche Arbeitgeber wissen neben guten akademischen Leistungen nämlich auch außer curriculares Engagement und die damit einhergehenden Soft Skills zu schätzen.

Der Cross-Examination Moot Courts beschäftigt sich thematisch mit dem Kreuzverhör im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (international Arbitration). Diese hybride Form der Internationalen Strafbeilegung vereint Elemente von Zivilrechtsverfahren mit denen des *Common-Law*-Verfahrens. Überwacht wird dies von der internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce*; ICC). Das

System ermöglicht Parteien unterschiedlicher Nationalitäten eine unkomplizierte Einigung unabhängig von Ihren Rechtssystemen. Es ist daher gängige Praxis für große Unternehmen internationalen Schiedsvereinbarungen in Ihre Handelsverträge aufzunehmen. Das Kreuzverhör als Teil dessen erlaubt den Parteien, die gezielte anwaltliche Zeugenbefragung der Gegenseite. Die Praxis eben dieses Prinzips war schon in der Antike ein beliebtes Rechtsmittel. In Aufzeichnungen Ciceros wird das Kreuzverhör als eine der höchsten rhetorischen Künste hervorgehoben. Ein guter Praktizierender weiß, um die Relevanz einer eleganten Rhetorik im Umgang mit misstrauischen Zeugen. Heute wird das Kreuzverhör häufig zur Befragung von Experten eingesetzt und dient der ganzheitlichen Faktenaufbearbeitung.

Meine Teamkollegen *Helena Carle*, *Maike Boomgarden* und ich nahmen 2022 an der zweiten Auflage des Cross-Examination Moot Courts teil. Ausgerichtet wird der Moot Court von der Science Po Law School (Paris). Diese stellte uns ein über 200 Seiten langes Falldokument zur Verfügung, mit dem uns ein realitätsnaher Fall vor der internationalen Handelskammer gemimt wird. Inhaltlich ging es um die Diskrepanz von aufstrebenden Kryptowährungsmarkt und Klimaschutzpolitik im Kontext von M&A Transaktionen². Damit befassten wir uns mit einer hoch aktuellen Thematik. 2022 nahmen an diesem Wettbewerb über 60 Teams aus fast 20 Nationen teil. Ausrichtungssprache war Englisch. Aufgrund der Corona-Pandemie fanden die ersten zwei Ausgaben des Wettbewerbs digital statt. Dies brachte den Vorteil mit sich, dass der Wettbewerb auch für Teilnehmer ferner Nationen zugänglich und nicht mit hohen Reisekosten verbunden war. Besagtes stellte für die Diversität dieser Veranstaltung eine große Bereicherung dar.

In Marburg formierten wir uns Ende des Sommersemesters 2022 zu einem Team. Mit Hilfe von mehreren Coaches, bereits erfahrene Moot-Court Teilnehmer, eigneten wir uns über die Semesterferien, dass zur Fallbearbeitung benötigte Grundwissen an und erstellten ein Bearbeitungskonzept. Fortwährend feilten

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Ein gerichtsunabhängiger Prozess zur Lösung einer Meinungsverschiedenheit mehrerer Parteien durch einen unabhängigen Dritten.

² Gemeint ist hier die Unternehmensfusion (Merger) und der Unternehmenserwerb (Acquisition).

wir sprachlich und inhaltlich an einer geschickten Ausarbeitung. Im Laufe des ersten Quartals des Wintersemesters 2022/23 erprobten wir unser Können in mehreren Wettbewerbssimulationen, den sogenannten Pre-Moots. Hierfür organisierten wir digitale Übungstreffen mit Teams aus Leipzig, London, Verona und Teheran. Diese stets kameradschaftlichen Probeläufe stellten sich als große Bereicherung in fachlicher und persönlicher Weise heraus. Denn obgleich der Sinn eines Moot-Courts oberflächlich in der rein fachlichen Praxiserprobung gesehen werden kann, geht es doch vielmehr auch um Völkerverständigung und den transnationalen Zusammenhalt. Es war von elementarer Wichtigkeit unsere rhetorischen Fähigkeiten zu verbessern. Wir hatten es in den Pre-Moots mit individuellen Zeugen zu tun, welche Ihre unterschiedlichen Strategien hatten, eine reibungslose Befragung zu erschweren und bemüht waren, sich strikt an Ihre Zeugenaussage zu halten. Auch mussten wir uns schauspielersicherlich erproben und Zeugen spielen. Ende November ging es dann ans Eingemachte und wir zeigten unser Wissen im eigentlichen Wettbewerb. In mehreren Durchläufen wurden wir von internationalen Praktizierenden aus dem Bereich der Arbitration bewertet und traten gegen die uns zugeteilten Teams aus Kenia, Indien, Litauen und England an. Den Wettbewerb würde ich als fair und respektvoll bezeichnen. Wir setzten und gegen über 50 Teams in der Punktwertung durch, schafften es ins Halbfinale und durften uns mit der National Law School of India den dritten Platz teilen.

Die Teilnahme an diesem Moot-Court hat mich auf vielfältigste Weise bereichert. Die Erfahrungen, die man bei einem Moot-Court macht, prägen einen nachhaltig. In der Berufspraxis geht es mithin nicht nur auf inhaltlich korrekte Fallbearbeitung, sondern auch auf Feingespür, Menschenkenntnis und die Situationsdynamik. Man kann zum Ende der gemeinsamen Reise stolz auf das geleistete zurückblicken. Man lernt Jura-studierende aus aller Welt kennen und kann nachhaltige Kontakte knüpfen. Man verbessert seine Englisch Kenntnisse. Man bekommt einen Einblick in die Welt der Großkanzleien. Natürlich hat jede Medaille auch Ihre Kehrseite. Die Teilnahme an einem Moot-Court neben dem Studium ist in Phasen sehr stressig. Ich kann nachvollziehen, dass die Teilnahme an einem Moot Court sicherlich nicht das naheliegendste ist, wenn man als Studierender seine Existenz sichern muss. Zudem stellt es neben dem anstrengenden Jura-studium eine psychische Mehrbelastung da, die man nicht unterschätzen darf. Diese kann sich auch auf die

Teamdynamik auswirken. Die Moot-Court-Welt umgibt für mich zudem auch heute noch ein exklusiver und elitärer Charme. Leider wurde die Teilnahme an Cross-Moot Court in unserem Fall auch nicht als Schlüsselqualifikation angerechnet, was ich sehr schade finde, wenn man den gegebenen Aufwand betrachtet. Trotz dessen hat die Teilnahme sich für mich gelohnt. Die Idee und Ziele eines Moot Courts und speziell auch die des Cross-Moot-Courts finde ich sehr gut. Kollegialität und Neugier auf neue Herausforderungen sollten das sein, was uns gemeinsam durch das Jurastudium bringt. Dies sollte nicht nur für den eigenen universitären Dunstkreis gelten. Sich auf unbekannte Gefilde zu wagen, sei es in Wettbewerben wie diesem, Praktika, Auslandsaufenthalten oder sonstigem Engagement ist in jedem Fall gewinnbringend. Ob Niederlage oder Sieg, Kreuzverhöre sind ein toller weg sich herauszufordern. Denn wie schon *Cicero* sagte lernt man Reden nur durch Reden.

Abschließend gilt mein ausdrücklicher Dank meinem Team und unseren Coaches, die diese Erfahrung erst zu einem Erlebnis gemacht haben.