

Jan Eichelberger | Roland Schwarze (Hrsg.)

50 Jahre Juristische Fakultät Hannover



Nomos



Jan Eichelberger | Roland Schwarze (Hrsg.)

50 Jahre
Juristische Fakultät
Hannover



Nomos

Die Veröffentlichung wurde unterstützt durch den Open-Access-Publikationsfonds der Leibniz Universität Hannover.

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

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-2343-1
ISBN (ePDF): 978-3-7489-4989-3

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748949893>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover begeht in diesem Jahr ihren 50. Geburtstag. Die vorliegende Festschrift würdigt dieses Ereignis mit Beiträgen aus der Feder der professoralen Fakultätsmitglieder. In der Abteilung I sind Beiträge zu dogmatischen, methodischen, historischen und empirischen Themen der Rechtswissenschaften versammelt, in denen sich das Forschungsprofil der Fakultät abbildet. In der Abteilung II finden sich Beiträge zur juristischen Ausbildung, insbesondere zum Reformprojekt der einstufigen Juristenausbildung, mit dem die Fakultätsgründung verknüpft war. Die Fakultätsgeschichte beleuchtet der Festvortrag von Hermann Butzer. Im Grußwort des Präsidenten der Leibniz Universität wird der wissenschaftspolitische und administrative Teil der Fakultätsgeschichte aus der Sicht der Universitätsleitung gewürdigt.

Die Herausgeber danken allen Autorinnen und Autoren für ihr Engagement und wünschen eine ertragreiche Lektüre!

Hannover, Dezember 2024

Jan Eichelberger

Roland Schwarze

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Grußwort	11

Abteilung I

Heiko Ahlbrecht

Die Durchsuchung – eine prozessual „stille Veranstaltung“: Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Grenzen bei Durchsuchungen	17

Susanne Beck

Reminiszenz an die Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften	37

Petra Buck-Heeb

Diskriminierungsschutz bei Einsatz von KI im Bankbereich – Fallstricke der praktischen Rechtsanwendung –	55

Hermann Butzer

Pauschale Beihilfen zur Krankheitskostenvollversicherung von Beamtinnen und Beamten	73

Tim W. Dornis

Das „uneinheitliche Einheitspatent“ und die Rechtsanwendung im Mehrebenensystem	97

Jan Eichelberger

Ärztliche Fernbehandlung – Zwischenbilanz zur Liberalisierung des Berufs- und Werberechts nach fünf Jahren	117

Reinhard Gaier

- Die „Freiheit zur Krankheit“ und das Verfassungsgebot zur
Ermöglichung der Zwangsbehandlung 137

Malte Grützmacher

- Leibniz und der AI Act
– Was ist KI und wer ist für sie verantwortlich? 153

Jens Lehmann

- Haarmanns Ankläger.
Oberstaatsanwalt Dr. Leopold Wilde (1875-?) und
Staatsanwaltschaftsrat Dr. Rudolf Wagenschieffer (1883-1942) 181

Jan Lüttringhaus

- Verbandsgeldbußenregress gegen Geschäftsleiter
– Zum Innenregress und zur Versicherbarkeit von Kartell-,
DSGVO-, KI-VO- und NIS-2-Geldbußen 207

Veith Mehde

- Infrastrukturverwaltung –
Zur Entwicklung eines Begriffs und zu seinem Ausgangspunkt im
Werk Heiko Fabers 231

Bernd-Dieter Meier

- Entwicklung und Stand der empirischen Strafzumessungsforschung 247

Bernd H. Oppermann

- Rechtsvergleichende Bemerkungen zum hochautomatisierten und
autonomen Fahren 267

Timo Rademacher

- Digitale Verwaltung in Deutschland.
Strukturelle Herausforderungen, aktueller Stand und disruptive
Wirkungen der Digitalisierung der Verwaltung in einem komplexen
föderalen System 283

Karsten Scholz

Die Entwicklung des Weiterbildungsrechts im Nachgang zum
Facharztbeschluss des Bundesverfassungsgerichts 301

Peter Schrader

Unlösbare Fälle? Umfang und Grenzen der Auslegungsgrundsätze 319

Roland Schwarze

Die Gefährdung der Leistung durch den Gläubiger 349

Alexander Schwonberg

Reform des Abstammungsrechts und Elternrecht 373

Margrit Seckelmann

Das Recht der digitalen Transformation 391

Clemens Stewing

Verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Wirkung einer aktiven
Wahlenthaltung bei der Wahl zum Deutschen Bundestag 407

Felipe Temming

Von der Schwierigkeit zum nachhaltigen Reformentwurf 423

Andrea Verstejl und Peter Kersandt

Planungsbeschleunigung als Voraussetzung für Transformation 455

Kay Waechter

Aufenthaltsvorgaben, Aufenthaltsüberwachung, FamFG-Verfahren 469

Volker Wiese

Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen 501

Sascha Ziemann

Vom Schicksal gestraft.
Dogmatische und straftheoretische Betrachtungen zum Absehen von
Strafe gemäß § 60 StGB 519

Abteilung II

Nikolas Eisentraut

Digitalisierung der juristischen Ausbildung 531

Wolfgang Kilian

Die Juristische Reformfakultät in Hannover 551

Stephan Meder

„Integration von Theorie und Praxis“ als Leitgedanke der
„einstufigen Juristenausbildung“ in Hannover 1974/75 565

Hubert Treiber

Das Einphasenmodell aus dem Blickwinkel eines randständigen
Faches 579

Christian Wolf

Von Loccum zur Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
Hannover.
Insbesondere aus der Sicht des Zivilprozess- und Anwaltsrechts 591

Festvortrag

Hermann Butzer

Im Wandel der Jahrzehnte – 50 Jahre Juristische Fakultät Hannover 621

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 667

Grußwort

Mit dem Gesetz über die Errichtung einer Fakultät für Rechtswissenschaften der Technischen Universität Hannover vom 19. November 1973 wurde erstmals überhaupt durch ein Gesetz eine Fakultät mit dem Ziel errichtet, Kapazität für die Erprobung und Verwirklichung der einstufigen Juristenausbildung zu schaffen. Hannover wurde unter Federführung des damaligen Kultusministers Prof. Dr. Peter von Oertzen als Standort gewählt, obgleich namentlich Oldenburg und Osnabrück ebenso in der Diskussion gewesen waren. Zwei weitere Aspekte sprachen für Hannover: Zum einen der bereits existierende Lehrstuhl für Rechtswissenschaft (Prof. Dr. Helmut Pieper), der als Nucleus der neuen Fakultät dienen sollte, und zum anderen die im Rahmen der einstufigen Juristenausbildung notwendige wissenschaftliche Kommunikation mit Nachbardisziplinen, die an der Technischen Universität insbesondere mit den bereits bestehenden Sozial- und Wirtschaftswissenschaften von Anfang an geleistet werden konnte.¹ Und letztlich dürfte auch die Tatsache nicht gänzlich unbeachtlich gewesen sein, dass das für das Errichtungsgesetz federführende Kultusministerium von einem Professor für Politische Wissenschaft an der Technischen Hochschule Hannover, nämlich dem eben erwähnten Peter von Oertzen, geführt wurde.

Im Wintersemester 1974/75, also vor 50 Jahren, nahm dann schon die neu errichtete Fakultät für Rechtswissenschaften ihren Studienbetrieb mit 80 Studierenden – Rechtswissenschaften waren seinerzeit ein NC-Fach – auf. Neben der voll ausgelasteten Juristischen Fakultät in Göttingen war die neu errichtete Fakultät an der seinerzeitigen TU Hannover die zweite von heute vier Juristischen Fakultäten in Niedersachsen. Für die Ausbildung der im Land benötigten Juristinnen und Juristen galt sie aus Landessicht als dringend erforderlich. Im Kontext der damaligen gesellschaftlichen und studentischen Aufbruchstimmung war die hannöversche Fakultät – anders als die Göttinger Fakultät – als Reformfakultät konzipiert, um – wie es hieß – „aufgeklärte kritische Juristen für die Praxis auszubilden“. Dieser Ansatz schlug sich auch im Lehrkörper nieder, der sich nach Abschluss der Aufbauphase zu zwei Dritteln aus Juristen und zu einem Drittel aus Sozial-

1 LT-Nds. Drs. 7/1906, S. 7 f.

und Wirtschaftswissenschaftlern zusammensetzte, namentlich Soziologen, Politologen, Ökonomen, Kriminologen sowie Rechtsdidaktikern.

Durch Aufhebung der Reformklausel im Deutschen Richtergesetz wurde die Einstufenausbildung 1985² dann ohne Evaluation gesetzlich beendet. Die Studierenden, die im Wintersemester 1985/86 ihr Studium begonnen hatten, konnten dieses noch beenden, sodass das Einstufenmodell zunächst noch parallel zu dem dann in Hannover neu eingeführten traditionellen Modell der juristischen Ausbildung mit Universitätsstudium und anschließendem Referendariat bis etwa 1992 fortgeführt wurde.³

Nur gut 10 Jahre nachdem die Fakultät für Rechtswissenschaften als Reformfakultät gegründet worden war, musste sie sich somit in die Metamorphose zu einer klassischen Juristischen Fakultät begeben. Als die Parallelphase von Ein- und Zweistufenausbildung 1992 ausgelaufen war, bestand die Rechtswissenschaftliche Fakultät zunächst mit den klassischen drei Säulen einer Juristischen Fakultät – Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht – und einer sog. „Vierten Säule“ weiter, in der sich die verbliebenen Sozial- und Wirtschaftswissenschaftler zusammengefunden hatten. Deren Stellen sollten nach deren Ausscheiden in juristische Professuren umgewandelt werden. Dazu kam es indessen nicht, da nach der Bildung einer CDU/FDP-Regierung unter Christian Wulff zur Konsolidierung der Landesfinanzen im Jahre 2003 das sog. Hochschuloptimierungskonzept auf den Weg gebracht wurde.⁴ Stand zunächst sogar die Schließung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Rede, konnte dies nach zähem politischen Ringen abgewendet werden, allerdings um den Preis, dass die Stellen der Vierten Säule einschließlich der zugehörigen Mitarbeiterstellen vom Land eingezogen wurden. Dies war misslich, da nicht nur ein Drittel der Professuren gestrichen wurde, sondern damit auch der Fakultät die Möglichkeit zur Umwidmung von Professuren und damit zur thematischen Verbreiterung in den drei klassischen Säulen genommen wurde. Ebenso wurde ihr die Chance genommen, sich durch Umwandlung einiger Professoren- in Mitarbeiterstellen auf der Mitarbeiterseite auf dem Standard der deutschen Juristischen Fakultäten zu konsolidieren. Nebenfolge dieser Landesentscheidung war, dass die Fakultät im Jahre 2004 umfirmierte: Aus der Fakultät für Rechtswissenschaften wurde die Juristische Fakultät – der

2 BGBl. I 1984, S. 995.

3 Eingehend hierzu in dieser Festschrift der Beitrag von Wolfgang Kilian, Die Juristische Reformfakultät in Hannover.

4 <https://www.mwk.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/-17917.htm>.

Plural (Rechtswissenschaften), der die Interdisziplinarität kennzeichnete, kam also in Wegfall.

Neben den klassischen Feldern in den drei Säulen wurden an der Fakultät immer schon früh Themen identifiziert, die neben der traditionellen juristischen Ausbildung für ihre Sichtbarkeit sorgten und immer noch sorgen. Hierfür stehen namentlich die Rechtsinformatik und das Anwaltsrecht. Beide sind weithin sichtbar über den deutschen Raum hinaus mit der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover verbunden. Rechtsinformatik und Anwaltsrecht schlagen sich nicht nur in der Forschung, sondern auch sehr präsent in der Lehre nieder, was vom juristischen Arbeitsmarkt sehr geschätzt wird. By the way: Die Lehre an der Juristischen Fakultät ist insgesamt von einem hohen studierendenbezogenen Dienstleistungsbewusstsein, d. h. von einem breiten Betreuungsangebot, geprägt, das sich Jahr für Jahr im Landesvergleich der Fakultäten in den sehr guten Ergebnissen ihrer Absolventinnen und Absolventen in der Ersten juristischen Prüfung niederschlägt.

Blickt man in die Zukunft, wird sich für die Fakultät die Frage stellen, wie sie von außen wahrgenommen werden will. Hier sollte sie aus Sicht des Präsidiums anstreben, nicht nur über die einzelnen Mitglieder der Fakultät und deren spezielle Forschungsgegenstände wahrgenommen zu werden, sondern als eine Fakultät, die sich auch auf ein oder zwei große thematische Herausforderungen unserer Zeit (wie etwa KI) fokussiert hat und auf diesen Feldern national und international als Kompetenzzentrum wahrgenommen wird, das zu diesen Themen wichtige juristische Beiträge leistet. Auch unter den Vorgaben des Deutschen Richtergesetzes zu den Ausbildungsinhalten des juristischen Studiums ist eine solche gemeinschaftliche Fokussierung durchaus darstellbar und gesellschaftsbezogen auch notwendig, weil angesichts der Komplexität gesellschaftsrelevanter juristischer Themen gute Vorschläge am ehesten mit personell-fachlicher Breite zu erzielen sein werden. Anknüpfungspunkte in einer breit aufgestellten Universität wie der Leibniz Universität gibt es in den vielgestaltigen Forschungsgegenständen der anderen Fakultäten.

People matter. Die Fakultät kann stolz sein auf die Qualität ihrer juristischen Ausbildung. Eine nicht unbeträchtliche Zahl ihrer Absolventinnen und Absolventen hat es in höchste Positionen in der Justiz, der Verwaltung, der Wirtschaft und der Politik gebracht. Ich wünsche der Fakultät, dass diejenigen, die an ihr ausgebildet worden sind, sich gerne an diese Zeit erinnern und für die Fakultät Werbung machen. Noch besser wäre natürlich eine aktive Unterstützung, damit die Fakultät auch in Zukunft

Grußwort

so gut ausgebildet, wie sie es in den vergangenen 50 Jahren der Erprobung, Neukonstituierung, Konsolidierung und Etablierung getan hat.

Hannover im Dezember 2024

Univ.-Prof. Dr. iur. Volker Epping
Präsident der Leibniz Universität Hannover

Abteilung I

Die Durchsuchung – eine prozessual „stille Veranstaltung“. Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Grenzen bei Durchsuchungen¹

Heiko Ahlbrecht

Mit großer Freude und Dankbarkeit darf ich seit vielen Jahren den Forschungs- und Lehrbetrieb der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover mitgestalten. Verbunden mit den herzlichsten Glückwünschen zum 50-jährigen Bestehen greife ich mit den rechtlichen Grenzen der Kommunikation und der strafprozessualen Maßnahmen bei Durchsuchungen ein nach wie vor praxisrelevantes Thema auf, dem bereits meine Antrittsvorlesung gewidmet war. Der richterliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss erlaubt den Zutritt zu den zu durchsuchenden Räumlichkeiten und die Durchführung der Durchsuchung sowie etwaige Beschlagnahmen/Sicherstellungen. Die regelmäßig bei dieser Gelegenheit stattfindenden Befragungen sind hiervon strafprozessual nicht erfasst.

Die Durchsuchung ist eine stille Veranstaltung! Ansprachen, informatorische Befragungen und Vernehmungen² am Durchsuchungsort sind ohne Einwilligung des Hausrechtsinhabers – mit Ausnahme der Feststellung der Personalien – unzulässig! Die Entscheidung über kommunikative Mithilfe liegt allein beim Hausrechtsinhaber und den individuell Betroffenen und sollte sehr gut überlegt werden. Diese grundsätzliche Ausgangslage wird von durchsuchenden Ermittlungsbehörden regelmäßig negiert und der Hinweis auf die Rechtslage gelegentlich regelrecht als Provokation empfunden. Die in diesem Kontext aufgeworfenen strittigen Detailfragen haben

-
- 1 Dieser Beitrag basiert wesentlich auf meiner Antrittsvorlesung vom 30.10.2015 an der Leibniz Universität Hannover und ist mit maßgeblicher Unterstützung von Herrn Assessor *Julian Stolz* finalisiert worden, dem ich für seine hervorragende Mitarbeit und Recherchetätigkeit ausdrücklich danke!
 - 2 Vernehmungen sind Befragungen in amtlicher Eigenschaft, bei denen entsprechend der Verfahrensrolle zu belehren ist. Informatorische Befragungen sind formlose Erkundigungen zur Klärung der Verdachtslage und zu möglichen Auskunftspersonen, vgl. *Köbel/Ibold*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 2. Aufl., München 2024, § 163a Rn. 7 ff.

dementsprechend eine hohe Praxisrelevanz und werden im Folgenden dargestellt.³

I. Einführung und Problemstellung

Durchsuchungen sind überraschend für Betroffene, seien es Beschuldigte oder Zeugen. Diesen Effekt nutzen Ermittler gerne zur Informationsgewinnung, indem sie spontan Auskunft von den vor Ort anwesenden Personen verlangen oder deren beiläufige Äußerungen für Ermittlungszwecke verwerten.⁴ Es fällt Betroffenen naturgemäß schwer, diese ungewohnte Situation schweigend über sich ergehen zu lassen. Denn die meisten Menschen sind ihrem Wesen nach auf Kommunikation ausgerichtet und fühlen sich unwohl, angespannte Stille auszuhalten.⁵ Neben vermeintlich unverfänglichen Gesprächen mit den Ermittlern lässt sich deshalb häufig auch ein Austausch der Betroffenen untereinander beobachten. Hinzu kommen Kontaktaufnahmen mit nicht anwesenden Dritten, wie z.B. Familienangehörigen oder dem Rechtsbeistand.⁶ Angesichts der Fülle von Kommunikationsvorgängen, auf die Ermittler am Durchsuchungsort live zugreifen können, rückt die Frage nach den verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Grenzen dieser Art der verfahrensrelevanten Informationsgewinnung in den Fokus.⁷

3 Vgl. *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl., München 2022, § 2 Rn. 303: allgemeine Ratschläge seien nicht möglich; Bsp. „Home-Office“ für aktuelle Relevanz, vgl. *Wischmeyer*, in: Dreier (Begr.), Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 13 Rn. 23.

4 Die Äußerungen finden meist durch Aktenvermerke der Durchsuchungsbeamten Eingang in die Ermittlung: vgl. *Sterzinger*, Durchsuchung von Büro- und Kanzleiräumen durch die Steuerfahndung, NJOZ 2010, 1766; näher zu den Risiken auch: *Arnemann*, Vernehmung und Verhaftung anlässlich der Durchsuchung, StraFo 2021, 142.

5 Vgl. *Witting/Arnemann*, Kartellrecht, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., München 2020, § 25 Rn. 195; Ermittler nutzen diese Schwäche, indem sie keine Reaktion zeigen und so zu weiteren Auskünften animieren.

6 Vgl. zum Telefonat mit dem Verteidiger: *Burhoff* (Hrsg.), Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 9. Aufl., Bonn 2022, Rn. 2013 ff.

7 Grundsätzlich zur staatlichen Informationsbeschaffung durch Kommunikation: *Soiné*, Lügen, Leugnen, Täuschen – Zulässigkeit und Grenzen verbaler und nonverbaler Irreführung im Rechtsstaat, JA 2023, 503.

II. Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Rahmenbedingungen

Entscheidend sind vielzählige rechtliche Rahmenbedingungen bei der Durchsuchung. Denn ob staatliche Informationsgewinnung durch Kommunikation am Durchsuchungsort ausnahmsweise zulässig ist oder rechtmäßig verweigert werden kann, lässt sich nicht isoliert, sondern nur bei genauerer Betrachtung der betroffenen Grundrechte, der Reichweite strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse sowie der gesetzlichen Mitwirkungspflichten und -grenzen der anwesenden Personen beantworten.

1. Betroffene Grundrechte und strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse

a) Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG)

Artikel 13 Abs. 1 GG als primär betroffenes Grundrecht formuliert klar und leicht verständlich: „*Die Wohnung ist unverletzlich.*“ Diese Grundrechtsverbürgung betont den hohen Stellenwert der Wohnung im Verfassungsgefüge, die dem Einzelnen im Hinblick auf die Menschenwürde und seiner freien Entfaltung der Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum gewährleistet.⁸ Die Wohnung ist ein Bereich, den prinzipiell niemand anderes betreten und an dem niemand stören darf.⁹ Er ist eine Privatsphäre, ein persönlich-familiärer, eigener Herrschaftsbereich gegenüber dem Staat.¹⁰ Die Wohnung ist der Rückzugsort, an den man aus der Gesellschaft flüchten kann. Die Verfassungsnorm enthält darum im Ausgangspunkt ein Verbot für Organe der öffentlichen Gewalt, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen oder darin zu verweilen.¹¹

Zur „Wohnung“ gehören dabei alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch räumliche Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Wirkens gemacht worden sind.¹² Da die effektive Gewährleistung der Berufsfreiheit auch den räumlichen Schutz der Arbeitsstätte erfordert, umfasst

8 BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 1993, 2035 (2037); BVerfGE 42, 212 (219).

9 BVerfG NJW 1993, 2035 (2037); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 102. EL, München 2023, Art. 13 Rn. 1.

10 Vgl. BVerfGE 139, 245 (265) m.w.N.; vgl. auch *Kühne*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 13 Rn. 9.

11 BVerfG NJW 1993, 2035 (2037); BVerfG NJW 1987, 2499.

12 Vgl. BGH NJW 2013, 2687 (2688); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 13 Rn. 4.

Art. 13 Abs. 1 GG nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch (nicht allgemein zugängliche) Arbeits-, Dienst-, Betriebs- und Geschäftsräume.¹³ Diese dienen zwar wirtschaftlichen und sozialen Kontakten, sodass sie teils aus der privaten Intimsphäre entlassen worden sind, doch hebt dies den Privatcharakter nicht auf, sondern vermindert lediglich die Schutzwirkung des Art. 13 Abs. 1 GG.¹⁴ Die Berufsausübung am Arbeitsplatz ist Teil der Persönlichkeitsentfaltung und soll grundsätzlich ebenfalls von Störungen verschont bleiben. Dementsprechend hat das BVerfG die Anwendbarkeit des Grundrechts auf juristische Personen und Personenvereinigungen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG anerkannt.¹⁵ Nutzen Ermittlungsbehörden diesen geschützten Rückzugsort für informatorische Befragungen oder Vernehmungen, wird in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG eingegriffen.¹⁶ Das Vorgehen bedarf dann nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen einer Rechtfertigung.

Eingriffe in diese geschützte Sphäre lässt das Grundgesetz zu Durchsuchungszwecken unter den Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 GG zu. Es fordert die Anordnung durch einen Richter, der aufgrund seiner Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) die Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten gewährleisten kann.¹⁷ Die Durchsuchung unterliegt zudem einem (qualifizierten) Gesetzesvorbehalt, sodass Exekutive und Judikative – ohne Einwilligung des Wohnungsinhabers – eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für ihr Handeln benötigen.¹⁸ Das BVerfG versteht Durchsuchung dabei als ziel- und zweckgerichtetes Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen zur Ermittlung eines Sachverhaltes, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.¹⁹ Strafprozessuale Durchsuchungen sind auf

13 BVerfG NJW 1971, 2299 (2299 f.); BVerfG NJW 2009, 281; für Art. 8 EMRK: EGMR NJW 1993, 718 (719).

14 BVerfG NJW 1971, 2299 (2300 f.); BVerfGE 97, 228 (266); Kluckert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 57. Ed., München 2024, Art. 13 Rn. 3.

15 BVerfG NJW 1976, 1735; BVerfGE 76, 83 (88); Kluckert (Fn. 14), Art. 13 Rn. 5.

16 So wohl auch Wischmeyer (Fn. 3), Art. 13 Rn. 41, wonach Art. 13 GG das Zugangsbestimmungsrecht über die Wohnung in physischer und informationeller Hinsicht schützt.

17 BVerfG NStZ 1992, 91 (92); BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 2019, 1428 (1429).

18 Zum Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG vgl. nur Wischmeyer (Fn. 3), Art. 13 Rn. 57.

19 BVerfG NJW 1979, 1539; BVerfG NJW 1987, 2499; auch BGH wistra 2007, 28; BVerwG NJW 2005, 454 (455).

den Zweck, Beweismittel oder den Beschuldigten zu finden, begrenzt.²⁰ Der Richter muss im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherstellen, dass jeder Grundrechtseingriff messbar und kontrollierbar bleibt.²¹

Für die Strafverfolgung bilden §§ 102, 103 StPO die beschriebenen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen.²² Beim Tatverdächtigen (§ 102 StPO) kann die Wohnung sowohl zum Zwecke der Ergreifung des Verdächtigen als auch dann durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Voraussetzung ist immer ein Anfangsverdacht gegen den Verdächtigen.²³ Dieser liegt vor, wenn es nach kriminalistischer Erfahrung *möglich* erscheint, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist.²⁴ Bei anderen Personen (§ 103 StPO), z.B. Zeugen oder juristischen Personen, kann eine Durchsuchung nur stattfinden, wenn *erwiesene* Tatsachen dafür sprechen, dass sich Beweismaterial im Durchsuchungsobjekt befindet.²⁵ Ein bloßer Tatverdacht reicht nicht aus. Vielmehr bedarf es Indizien, aus denen zu schließen ist, dass sich die gesuchte Person, Spur oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen befindet.²⁶ Wie §§ 105 Abs. 2, 106, 107 StPO und ein Umkehrschluss zu §§ 110a ff. StPO zeigen, ist die Durchsuchung eine offene Ermittlungsmaßnahme.²⁷ Ermittler haben deshalb kein Recht darauf, die Durchsuchung heimlich oder in Abwesenheit der Betroffenen durchzuführen.²⁸

Gleichzeitig lässt sich §§ 102, 103 StPO aber nicht entnehmen, dass die Ermittlungsbehörden (quasi „im Gegenzug“) zu Vernehmungen und Befra-

20 Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 3), Art. 13 Rn. 54; *Hegmann*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, 51. Ed., München 2024, § 102 Rn. 3.

21 BVerfG NJW 1976, 1735; BVerfG NSTZ 1992, 91 (92); BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 2003, 2669.

22 Zuletzt BVerfG NJW 2024, 575 (576).

23 BVerfG NSTZ-RR 2023, 216 (217); BGH NSTZ 2022, 692; *Hauschild*, in: Knauer et al. (Hrsg.), MüKo StPO (Fn. 2), Bd. 1, 2023, § 102 Rn. 8.

24 *Peters*, in: Schneider (Hrsg.), MüKo-StPO (Fn. 2), § 152 Rn. 35 m.w.N.

25 *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 66. Aufl., München 2023, § 103 Rn. 6.

26 BVerfG NJW 2016, 1645; BGH BeckRS 2021, 3096; *Henrichs/Weingast*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl., München 2023, § 103 Rn. 5.

27 BVerfG, NJW 2006, 976 (981); *Herrmann/Soiné*, Durchsuchung persönlicher Datenspeicher und Grundrechtsschutz, NJW 2011, 2922 (2923); *Heuchemer*, Hausdurchsuchung und Beschlagnahme und die Wirksamkeit von Rechtsbehelfen im Wirtschaftsstrafrecht, NZWiSt 2012, 137.

28 *Herrmann/Soiné* (Fn. 27), NJW 2011, 2923; *Heuchemer* (Fn. 27), NZWiSt 2012, 138; *Püschel*, Prävention und praktische Verhaltensregeln, PStR 2006, 89 (93).

gungen der Anwesenden befugt sind.²⁹ Ein Rückgriff auf diese Vorschriften (sowie die legitimierende richterliche Durchsuchungsanordnung) zur Rechtfertigung dieser Art von Eingriff in Art. 13 GG überzeugt aufgrund der unterschiedlichen Zwecke von Durchsuchung und Befragung/Vernehmung nicht.³⁰ Die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161, 163 StPO scheiden als Rechtsgrundlage ebenfalls aus,³¹ weil damit nur geringfügige Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden können.³² Das Eindringen in die räumliche Privatsphäre durch Befragungen vor Ort hätte aufgrund des Schutzgehalts des Art. 13 GG indes einer eigenen Regelung bedurft. Fehlt eine solche, darf dieser Umstand nicht durch Rückgriff auf die Generalklausel unterlaufen werden.³³ Die strafprozessualen Befugnisse aus §§ 102, 103 StPO erlauben demnach keine Informationsgewinnung mittels Kommunikation durch die Durchsuchungsbeamten.

b) Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG) und allg.
Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Neben der Unverletzlichkeit der Wohnung können auch das Telekommunikationsgeheimnis und die allgemeine Handlungsfreiheit der Anwesenden betroffen sein.³⁴ Art. 10 Abs. 1 GG statuiert wortgleich zu Art. 13 Abs. 1 GG, dass das Telekommunikationsgeheimnis „unverletzlich“ ist. Das Grundrecht schützt die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation.³⁵ Geschützt sind die Kommunikationsteilnehmer dabei unabhängig von Ausdrucksform (Sprache, Bilder, ...) und Übermittlungsart der konkret

29 Wie hier wohl *Witting/Arnemann*, Kartellrecht (Fn. 5), Rn. 195, wonach eine Einvernahme des Betroffenen vor Ort nicht in Betracht komme, weil diese nicht vom Beschluss erfasst sei.

30 Im Ergebnis übereinstimmend: v. *Döllen*, Ermittlungen gegen Unternehmen – Verteidigungsstrategien, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2. Aufl., München 2020, § 12 Rn. 22; ähnlich *Sterzinger* (Fn. 4), NJOZ 2010, 1766, wonach die Vernehmung nicht Teil der Durchsuchung sei.

31 Vgl. v. *Döllen*, Verteidigungsstrategien (Fn. 30), Rn. 20.

32 BGH NStZ 2007, 279 (281); *Kölbel/Ibold* (Fn. 2), § 161 Rn. 7.

33 Zur Sperrwirkung bei Ermittlungsgeneralklauseln: *Kölbel/Ibold* (Fn. 2), § 161 Rn. 8 f.

34 Der Begriff des Telekommunikationsgeheimnisses wird bspw. verwendet von BVerfG NJW 2020, 2235 (2238).

35 BVerfG NJW 2020, 2235 (2237); Überblick bei *Bantlin*, Grundrechtsschutz bei Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung, JuS 2019, 669.

gewählten Telekommunikationstechnik.³⁶ Auch neuere Techniken wie z.B. E-Mails, Messenger-Dienste und Chats unterfallen dem Schutzbereich.³⁷ Umstritten ist dagegen, ob auch die Möglichkeit (d.h. der Zugang) zu vertraulicher Kommunikation vom Grundrechtsschutz des Art. 10 GG erfasst wird.³⁸ Die herrschende Meinung verneint dies, sieht insoweit aber den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG (und ggf. Art. 12 Abs. 1 GG) eröffnet, so dass keine spürbaren Schutzlücken bestünden.³⁹ Auch juristische Personen und Personenvereinigungen können sich auf Art. 10 Abs. 1 GG berufen.⁴⁰

In den Schutzbereich beider Grundrechte kann bei einer Durchsuchung auf vielfältige Weise eingegriffen werden. Die größte praktische Relevanz dürften Fälle haben, in denen Ermittler die Kommunikation der Betroffenen mit Dritten unterbinden. Dabei steht dem berechtigten Kommunikationswunsch der Betroffenen die Gefahr gegenüber, dass unbeschränkte Kommunikation zur Warnung anderer Tatbeteiligter oder zur Verdunklung missbraucht wird.⁴¹ Gleichzeitig kann es für die Ermittler aber auch von Interesse sein, Gesprächsinhalte mit an- und abwesenden Personen in Erfahrung zu bringen. Gem. Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG müssen die Durchsuchungsbeamten etwaige Eingriffe in die genannten Grundrechte ebenfalls auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen können. Die §§ 102, 103 StPO scheiden insoweit aus, denn die persönliche Handlungsfreiheit (und konsequenterweise auch das Telekommunikationsgeheimnis) wird durch den Durchsuchungsbeschluss nicht eingeschränkt.⁴² Oder anders formuliert: Die Betroffenen dürfen sich trotz Durchsuchung grundsätzlich frei bewegen und Kontakt mit anderen aufnehmen.

Eine Grenze ergibt sich insoweit indes aus § 164 StPO (Festnahme von Störern). Die Vorschrift kommt als Grundlage für die Unterbindung von Kommunikation (sog. Telefonsperre) bei Störungen grundsätzlich als mil-

36 BVerfGE 124, 42 (54).

37 *Ogorek*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz (Fn. 14), Art. 10 Rn. 37.

38 Vgl. zum Streitstand: *Ogorek* (Fn. 37), Art. 10 Rn. 55 m.w.N.

39 Vgl. hierzu *Ogorek* (Fn. 37), Art. 10 Rn. 55.

40 BVerfGE 106, 28 (43); gleiches muss auch für den Zugang nach Art. 2 Abs. 1 GG gelten.

41 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 220.

42 *Kusnik*, Wenn die Staatsanwaltschaft im Unternehmen ermittelt: Abläufe und Verhaltensleitlinien bei einer Durchsuchung der Geschäftsräume, CCZ 2015, 22 (25); *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 2014; a.A. wohl OLG Karlsruhe StraFo 1997, 13 (15), wonach der Durchsuchungsbeschluss auch zu derartigen Maßnahmen berechtige.

dere Maßnahme gegenüber der dort geregelten Festnahme in Betracht.⁴³ Allerdings liegt die tatbestandlich vorausgesetzte Störung nicht bei jeglicher Kommunikation, sondern nur bei Verdunklungshandlungen vor.⁴⁴ Eine generelle Telefonsperre dürfte sich damit kaum rechtfertigen lassen.⁴⁵ Der Kontakt des Beschuldigten zum eigenen Rechtsanwalt darf zudem nie unterbunden werden.⁴⁶ Der unbeschränkte Zugang zum Verteidiger folgt bereits aus §§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO, 148 StPO.⁴⁷ Um Missbrauch zu vermeiden, dürfen die Durchsuchungsbeamten zwar sicherstellen, dass tatsächlich nur der gewünschte Gesprächspartner kontaktiert wird; das Mithören des Gesprächsinhalts ist aber ausgeschlossen.⁴⁸ Gleiches gilt im Ausgangspunkt auch für die Kontaktaufnahme des Unverdächtigen mit seinem Rechtsanwalt.⁴⁹ Soweit beim Nicht-Beschuldigten zum Teil vertreten wird, dass ein Mithören des Telekommunikationsvorgangs hier möglich sei,⁵⁰ ist dies im Grundsatz unzutreffend, weil die geschützte Kommunikation ebenfalls Verfassungsrang hat und die Voraussetzungen des § 164 StPO nicht vorschnell bejaht werden dürfen,⁵¹ sodass ein Mithören nur bei konkreten Anhaltspunkten einer (bevorstehenden) Störung erfolgen darf. Diese Maßstäbe sind auch auf Kommunikation mit anderen (bspw. Angehörigen) zu übertragen.

43 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 222.

44 *Rengier*, Praktische Fragen bei Durchsuchungen, insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen, NSTZ 1981, 372 (375); Telefonieren ist i.d.R. keine Störung, vgl. *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1752; *Rettenmaier*, Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., München 2020, Kap. 31 Rn. 110.

45 Vgl. *Rettenmaier*, Wirtschaftsstrafsachen (Fn. 44), Rn. 110; unter Hinweis auf die Notwendigkeit, den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten, vgl. weiter *Michalke*, Wenn der Staatsanwalt klingelt – Verhalten bei Durchsuchung und Beschlagnahme, NJW 2008, 1490 (1492).

46 Vgl. *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 291; für eine Ausnahme bei Verdacht der Tatbeteiligung des Anwalts: *Webel*, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht – Kommentar, 9. Aufl., München 2023, § 399 AO Rn. 71.

47 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 221.

48 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 221.

49 Vgl. *Tsambikakis*, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz – Großkommentar, Bd. 3, Teilbd. 1, 27. Aufl., Berlin/Boston 2019, § 105 Rn. 127 für Betroffene nach § 103 StPO.

50 OLG Karlsruhe StraFo 1997, 13 (15); *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 222 f.

51 Kritisch bspw. zu § 164 StPO als Rechtsgrundlage für Kontaktsperren zur Sicherung hypothetischer Anschlussdurchsuchungen, *El Duwaik*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO (Fn. 20), § 164 Rn. 5.

Für die Kommunikation unter Anwesenden ergibt sich ein noch differenzierteres Bild. Zwar ist ein Kommunikationsverbot überzeugenderweise ebenfalls an den Voraussetzungen des § 164 StPO zu messen.⁵² Ein Mit-hören der Gespräche unter Anwesenden durch die Ermittler ist dagegen schon faktisch kaum zu verhindern. Denn es wird unmöglich sein, deren Durchsuchung auf eine visuelle und nicht auditive Wahrnehmung der durchsuchten Räumlichkeiten zu begrenzen. Entscheidender ist deshalb, dass die Betroffenen nicht kommunizieren müssen und sollten⁵³ und damit die Möglichkeit der Informationsgewinnung selbst in der Hand haben. Hier können Schulungen und Weisungen des Arbeitgebers ansetzen.

2. Keine Mitwirkungspflichten der von der Durchsuchung Betroffenen

Ungeachtet strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse sind Vernehmungen und Befragungen vor Ort nicht gerechtfertigt, da sie nicht auf (verfassungskonforme) Mitwirkungspflichten der Betroffenen gestützt werden können.

a) Pflicht zur Angabe von Personalien

Nach einhelliger Auffassung besteht eine Pflicht von Beschuldigten und Zeugen zur Angabe ihrer Personalien gegenüber den Durchsuchungsbeamten, da sie als potentielle Beweismittel in Betracht kommen und die Verweigerung bußgeldbewehrt ist (§ 111 OWiG).⁵⁴ Allerdings setzt § 111 OWiG einen Auskunftsanspruch begrifflich voraus und verpflichtet nicht selbst zur Auskunftserteilung.⁵⁵ Bedenkt man den Stellenwert des Art. 13 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Garantie eines privaten Zufluchtsorts, lässt sich an einer Auskunftspflicht innerhalb der „eigenen vier Wände“ durchaus zweifeln. Eine solche Konstellation war – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand verfassungsrechtlicher Entscheidungen. Obgleich

52 Großzügiger insoweit *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 222; *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 375 in Bezug auf kurzzeitige Telefonsperre bspw. des Pförtners, um eine Warnung der Geschäftsleitung über das Eintreffen der Durchsuchungsbeamten zu unterbinden.

53 Zu informatorischen Gesprächen mit Ermittlern: *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1846.

54 *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 27.

55 *Gerhold*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 41. Ed., München 2024, § 111 Rn. 1; *Rogall*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., München 2018, § 111 Rn. 3 f.

unter dogmatischen Gesichtspunkten spannend, dürften die praktischen Auswirkungen gering sein. Denn die Behörden könnten beim späteren Verlassen der Räumlichkeiten oder mittels Auskunftsverlangen bspw. bei Meldebehörden die Personalien feststellen. Die Verweigerung führt deshalb allein zu einer zeitlichen Verzögerung ohne erkennbare Vorteile für die Betroffenen und soll deshalb nicht weiter vertieft werden. Kommunikation über die eigenen Personalien sollte daher nicht verweigert werden.

b) Aussage- und Zeugenpflichten der Anwesenden

aa) Beschuldigter

Auf informatorische Befragungen muss der Beschuldigte nicht reagieren.⁵⁶ Aber auch wenn die Durchsuchungsbeamten an Ort und Stelle die Vernehmung des Beschuldigten anordnen, steht ihm in der Sache ein vollumfängliches Aussageverweigerungsrecht zu.⁵⁷ Das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten ist ein fundamentales Menschenrecht (Art. 6 Abs. 2 EMRK), über das der Beschuldigte bzw. der tatverdächtige Zeuge (vgl. § 55 StPO) zu belehren ist (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO).⁵⁸ Er muss danach weder aussagen, noch darf er zur Kooperation gezwungen werden.⁵⁹ Dieses Recht gilt gegenüber jeder staatlichen Person und ist umfassend – der Beschuldigte hat keine Pflicht zur aktiven Mitwirkung,⁶⁰ sondern allein zur passiven Duldung.⁶¹ Grundsätzlich besteht nicht einmal eine Präsenzpflicht. Die

56 Vgl. *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1846; *Rettenmaier*, Wirtschaftsstrafsachen (Fn. 44), Rn. 110.

57 Vgl. *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 171; vgl. BVerfG NJW 1981, 1431 ff.

58 Umfassend *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/ders., StPO (Fn. 25), Einl. Rn. 29a.

59 BGH StV 1986, 325 (326); *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376; vgl. auch *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 27.

60 Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431 (1431 f.); BVerfG NJW 2005, 1640 (1641 f.); *Köhler* (Fn. 25), § 95 Rn. 5; *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 25; *Püschel* (Fn. 28), PStR 2006, 93; bzgl. der Herausgabe des E-Mail-Passworts: *Zimmermann*, Der strafprozessuale Zugriff auf E-Mails, JA 2014, 321 (322); *Kasiske*, Neues zur Beschlagnahme von E-Mails beim Provider, StraFo 2010, 228 ff.; *Obenhaus*, Cloud Computing als neue Herausforderung für Strafverfolgungsbehörden und Rechtsanwaltschaft, NJW 2010, 651 (652).

61 Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431; BVerfG NJW 1966, 1603 (1612); ausdrücklich für den Beschuldigten *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376; *Sommerrmeyer*, Neuralgische Aspekte der Betroffenenrechte und ihres Rechtsschutzes bei strafprozessualen Hausdurchsuchungen, NStZ 1991, 257 (259).

Verweigerung jeder Art der Kommunikation (mit Ausnahme der Angabe der Personalien) ist für Beschuldigte und tatverdächtige Zeugen dementsprechend zulässig.

bb) Zeugen

Etwas differenzierter sind die Mitwirkungspflichten von unverdächtigen Personen zu betrachten, die im durchsuchten Objekt mehr oder weniger zufällig angetroffen werden (z.B. Unternehmensangestellte). Generell obliegt Zeugen die staatsbürgerliche Pflicht aus Art. 33 Abs. 1 GG, vor Gericht oder der Staatsanwaltschaft zu erscheinen, wahrheitsgemäße Angaben zu machen und die Aussage ggf. zu beeden.⁶² Gegenüber Polizei (Ausnahme: § 163 Abs. 3 S. 1 StPO), Zoll und Steuerfahndung müssen Zeugen zur Sache auch bei förmlicher Vernehmung indes keine Auskünfte erteilen. Die Aussagepflicht ist auf den Richter (§ 48 Abs. 1 Satz 2 StPO), die Staatsanwaltschaft (§ 161a Abs. 1 Satz 1 StPO), Ermittlungspersonen im Auftrag der Staatsanwaltschaft (§ 163 Abs. 3 Satz 1 StPO) und die Bußgeld- und Strafsachenstelle (BuStra, § 46 Abs. 2 OWiG, § 399 Abs. 1 AO) beschränkt.⁶³ Steht dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 52 ff. StPO oder ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zu, kann er auch den Letztgenannten gegenüber die Aussage verweigern. Besteht kein derartiges Recht, muss im Ergebnis zur Sache ausgesagt werden.

Es besteht aber keine Aussagepflicht gerade am Durchsuchungsort. Die Rechtsprechung hat diese konkrete Konstellation bisher nicht entschieden. Teile der Literatur – genauer: Richter und Ermittlungsbeamte – bejahen dies unter Annahme einer „Annexkompetenz“ zur Durchsuchungsbefugnis.⁶⁴ Demnach soll die Anordnung einer Durchsuchung solche Vorbe-

62 BVerfG NJW 1979, 32; BVerfG NJW 2002, 955; *Schmitt* (Fn. 58), Vor § 48 Rn. 5; *Bär*, EDV-Beweissicherung, in: Wabnitz et al. (Hrsg.), WirtschaftsStrafR-HdB (Fn. 44), Kap. 28 Rn. 62.

63 Vgl. hierzu v. *Döllen*, Verteidigungsstrategien (Fn. 30), Rn. 21.

64 *Hadamitzky*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Hürth 2023, § 105 Rn. 34; *Bär*, Handbuch zur EDV-Beweissicherung, Stuttgart u.a. 2007, Rn. 445; für die besonders praxisrelevante Durchsuchung von EDV-Anlagen: *Köhler* (Fn. 25), § 95 Rn. 3a; *Gercke*, in: ders./Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., Heidelberg 2023, § 94 Rn. 20; *Bär*, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 38, 63 ff.; *Greven*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 94 Rn. 4c; wohl auch LG Trier, NJW 2004, 869 (870).

reitungs- und Begleitmaßnahmen umfassen, die mit der Durchsuchung typischerweise verbunden sind oder nur geringfügig in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifen und dem Betroffenen im Hinblick auf den hohen Rang des staatlichen Strafanspruchs zugemutet werden können.⁶⁵ Verschiedene Literaturstimmen argumentieren ergänzend, dass die Ladung der Staatsanwaltschaft (wie im Übrigen auch die des Richters) form- und anders als im Zivilverfahren auch fristlos möglich sei und folglich ad hoc und mündlich ausgesprochen werden könne.⁶⁶ Der Zeuge sei über sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO ausreichend geschützt und bedürfe deshalb keiner Vorbereitungszeit auf die Vernehmung.⁶⁷ Zudem befänden sich unverdächtige Zeugen im Regelfall nicht in einer besonders schützenswerten Lage, die eine vorherige Überlegungsfrist als rechtsstaatlich geboten erscheinen ließe.⁶⁸ Eine sofortige Ladung soll deshalb dann möglich sein, wenn der Zeuge keiner Vorbereitung bedarf, was bei Durchsuchungen häufig der Fall sein dürfte,⁶⁹ weil er beispielsweise keine Schriftstücke o.ä. beschaffen muss.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Der Zweck der Durchsuchung liegt einzig und allein in der Ergreifung des Beschuldigten und dem Auffinden von Beweismitteln, nicht in der Vernehmung potenzieller Zeugen oder Beschuldigter.⁷⁰ Solche Maßnahmen außerhalb der Durchsuchungszwecke sind nicht Gegenstand der richterlichen Prüfung und folglich vom Durchsuchungsbeschluss auch nicht gedeckt.⁷¹ Dass die StPO insofern kein

65 BGH NJW 1997, 2189 (bezogen auf § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO); vgl. auch LG Freiburg NJW 1996, 3021 (3022); *Tsambikakis* (Fn. 49), § 105 Rn. 124; *Jäger/Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl., Köln 2023, § 105 Rn. 63 m.w.N. (und unter der Einschränkung, dass beide Kriterien kumulativ vorliegen müssen).

66 *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 27; *Rengier* (Fn. 44), NSTZ 1981, 376; *Bär*, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 65; *Weingarten*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 161a Rn. 8.

67 *Rengier* (Fn. 44), NSTZ 1981, 376; im Ergebnis wohl auch *Schmitt* (Fn. 58), § 48 Rn. 1a, § 51 Rn. 2; **a.A.** wohl zu § 48 StPO: *Ignor/Bertheau*, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO (Fn. 49), Bd. 2, § 48 Rn. 12; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 5. Aufl., Köln 2018, § 48 Rn. 36; *Arnemann* (Fn. 4), StraFo 2021, 143 f.

68 *Rengier* (Fn. 44), NSTZ 1981, 376.

69 So wohl *Rogall* (Fn. 67), § 48 Rn. 25, 36; *Bader*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 48 Rn. 6.

70 *Jäger/Wohlers* (Fn. 65), § 102 Rn. 17; in § 102 StPO genannte Zwecke sind abschließend.

71 Vgl. zur Reichweite der Prüfungskompetenz: *Tsambikakis* (Fn. 49), § 105 Rn. 40.

ausdrückliches Verbot enthält, kann nicht zur Zulässigkeit führen, denn die Ermittler müssen positiv darlegen, auf welche gesetzliche Regelung sie ihren Grundrechtseingriff stützen können.⁷² Eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Befragungen und Vernehmungen in der Wohnung der Betroffenen fehlt aber. Denn wenn nach zutreffender (herrschender) Auffassung die §§ 102 ff. StPO nicht zu Durchsuchungen zum Auffinden von Zeugen ermächtigen,⁷³ kann ihnen erst recht nicht entnommen werden, dass angetroffene Zeugen – für den Hausrechtsinhaber eingriffsintensiver – sogar am Durchsuchungsort befragt oder vernommen werden dürfen. Im Übrigen fehlt den §§ 102 ff. StPO die erforderliche Bestimmtheit für weitergehende Kompetenzen.⁷⁴ Auch auf § 161a Abs. 1 S. 1 StPO lässt sich eine Vernehmungskompetenz am Durchsuchungsort nicht stützen, denn bereits der Wortlaut hebt die Pflicht des Zeugen zum *Erscheinen vor der Staatsanwaltschaft* hervor. Das gesetzliche Leitbild geht also von einer Vernehmung in den Räumlichkeiten der Ermittlungsbehörden aus. Zwar findet § 161a Abs. 1 S. 1 StPO auch Anwendung, wenn der Staatsanwalt den Zeugen aufsucht.⁷⁵ Ein Aufsuchen ist aber nicht erforderlich, wenn der Zeuge zur (unverzüglichen) Vernehmung in den Räumlichkeiten der Ermittlungsbehörden bereit ist. Vor dem Hintergrund, dass der Zeuge nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht und durch kurzfristige Vernehmungen „überfahren“ werden darf,⁷⁶ fehlt es demnach an einem legitimen Grund für die Vernehmung vor Ort und den damit einhergehenden Eingriff in die Privatsphäre des Hausrechtsinhabers.

Die Gegenauffassung übersieht insoweit auch das verfassungsrechtliche Gewicht von Art. 13 Abs. 1 GG. In einem grundrechtlich so sensiblen Bereich lassen sich nicht einfach grundrechtsbeschränkende Annexkompetenzen für Maßnahmen statuieren, die erhebliche Eingriffsintensität aufweisen und eine gänzlich andere Zwecksetzung als die in Art. 13 Abs. 2 GG vorgesehene Maßnahme haben. Eine Befragung vor Ort ist auch nicht notwendig, da die Zeugen ohne weiteres später vernommen werden können. Den Ermittlern entstehen dadurch keine Nachteile, denn auch im weiteren

72 Zu den Anforderungen an eine solche Ermächtigungsgrundlage vgl. bspw. *Jarass* (Fn. 12), Art. 13 Rn. 16.

73 Vgl. *Jäger/Wohlers* (Fn. 65), § 102 Rn. 21; *Tsambikakis* (Fn. 49), § 102 Rn. 21.

74 Vgl. außerdem zur notwendigen Konkretisierung des Durchsuchungszwecks und der aufzufindenden Beweismittel: *Tsambikakis* (Fn. 49), § 105 Rn. 51 ff.

75 Vgl. nur *Weingarten* (Fn. 66), § 161a Rn. 4.

76 *Bär*, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 65.

Verlauf unterliegt der Zeuge unverändert der Wahrheitspflicht.⁷⁷ Wären die Zeugen nicht zufällig anwesend, könnten die Ermittler ohnehin nicht auf sie zurückgreifen. Die unbedingte Notwendigkeit einer Befragung vor Ort lässt sich deshalb nicht plausibilisieren. Ergänzend sei erwähnt, dass sich Angestellte eines Unternehmens dadurch überdies völlig unvermittelt in einer Zwangslage befinden. Auf der einen Seite steht ihre Zeugenpflicht, auf der anderen Seite Loyalitäts- und Schutzpflichten gegenüber ihrem Arbeitgeber,⁷⁸ sodass bei unbedachten Äußerungen straf- und arbeitsrechtliche Konsequenzen drohen. All dies legt nahe, dass keine Mitwirkungspflicht in Gestalt einer Auskunftspflicht gerade am Durchsuchungsort besteht.

Schließlich verkennt diese Position die Bedeutung des Rechts auf den anwaltlichen Zeugenbeistand gem. § 68b StPO (im Detail s.u.) und das Recht auf geschützte Vorbesprechung mit dem Zeugenbeistand. Denn die prozessuale Festlegung, ob es sich bei dem zu Befragenden tatsächlich um einen Zeugen, einen möglicherweise gefährdeten Zeugen oder tatsächlich doch einen Verdächtigen handelt, liegt insbesondere während der Durchsuchung allein bei den Ermittlungsbehörden. Als prozessuales Gegengewicht dient der Zeugenbeistand im Schutzinteresse des zu Befragenden.

c) Mitwirkungspflicht nach § 95 StPO und Parallelbetrachtung in anderen Rechtsgebieten

Während sich aus den §§ 102 ff. StPO und der Zeugenpflicht mithin keine Mitwirkungspflicht des Betroffenen vor Ort ableiten lassen, finden sich entsprechende Pflichten bei der Beschlagnahme gem. § 95 StPO⁷⁹ und in anderen Rechtsgebieten, wie z.B. dem Wettbewerbsrecht (§ 59b Abs. 3 Nr. 3 GWB),⁸⁰ dem Handelsrecht (§ 261 HGB) oder dem Steuerrecht (§ 200 AO, § 27b Abs. 2 S. 1 UStG). Die Existenz gesetzlicher Mitwirkungspflichten in anderen Rechtsbereichen legt im Umkehrschluss nahe, dass aus der fehlen-

77 Zur Wahrheitspflicht: Zöller, in: Gercke et al. (Hrsg.), HK-StPO (Fn. 64), § 161a Rn. 4.

78 Vgl. allgemein zu den Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflichten: Glinke, in: Keller/Schönknecht/dies., Geschäftsgeheimnisschutzgesetz, München 2021, § 1 Rn. 51.

79 Vgl. zur Reichweite der Pflicht bspw. Nadeborn/Friedrich, Sag mir, wie weit willst du geh'n? – Umfang der Mitwirkungspflichten des Dritten nach § 95 Abs. 1 StPO, NZWiSt 2023, 48 ff.

80 Vgl. Klumpp/Seitz, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle – Das neue Kartellrecht, München 2021, Kap. 2 Rn. 357.

den Normierung bei strafprozessualen Durchsuchungen gerade keine Ansprache- und Auskunftsbefugnis der Ermittler vor Ort hergeleitet werden kann. In Bezug auf § 27b Abs. 2 S. 2 UStG wird unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift,⁸¹ der ausdrücklich nur den Unternehmer zur Auskunft verpflichtet, zudem vertreten, dass dies bei Angestellten gerade nicht der Fall sei und daher eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage zur Vernehmung der Angestellten fehle.⁸² Überträgt man diesen überzeugenden Gedanken auf die strafprozessuale Durchsuchung, wäre eine entgegen dem Willen des Arbeitgebers durchgeführte Befragung von Mitarbeitern vor Ort auch hier nicht zulässig. Zuletzt stützen auch die Regelungen des § 95 StPO und § 261 HGB keine gegenteilige Betrachtung, da beide Normen eindeutig nur auf Mitwirkungen bei Beweisgegenständen zugeschnitten sind und daher für die Frage, ob der Zeuge selbst als (personales) Beweismittel vor Ort zur Verfügung stehen muss, nichts hergeben.

3. Grenzen der Mitwirkungspflicht und Kommunikation

Weder strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse noch gesetzliche Mitwirkungspflichten können dementsprechend zur Rechtfertigung der Informationsgewinnung mittels Kommunikation bei Durchsuchungen herangezogen werden. Darüber hinaus sprechen zahlreiche rechtliche Grenzen der Mitwirkungspflichten ebenfalls für die Ausgangsthese der Durchsuchung als „stille Veranstaltung“.

a) Hausrecht

Eine erste und entscheidende Grenze folgt aus dem in Art. 13 GG verfassungsrechtlich verankerten Hausrecht.⁸³ Es bleibt dem Hausherrn, im Unternehmen also der Geschäftsleitung, unbenommen, sich unter Inanspruchnahme des Hausrechts zu verbitten, dass die betrieblichen Räumlichkeiten für informatorische Befragungen und Vernehmungen von an-

81 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Implikationen des § 27b UStG den Aufsatz von Wolter, Steuerstrafrechtlich-verfassungsrechtliche Implikationen der Umsatzsteuer-Nachschau – Ein zahnloser Tiger, NZWiSt 2015, 217 ff.

82 Hannisch, in: Weymüller (Hrsg.), BeckOK UStG, 40. Ed., München 2024, § 27b Rn. 42.1.

83 Vgl. hierzu Papier (Fn. 9), Art. 13 Rn. 19.

wesenden Personen bzw. Mitarbeitern genutzt werden.⁸⁴ Zwar muss der Arbeitgeber wie jeder Betroffene die Durchsuchung dulden. Der durch die richterliche Anordnung legitimierte Aufenthalt der Beamten beschränkt sich aber auf die Suche nach bestimmten Beweismitteln und erlaubt nicht die Nutzung der Wohnung oder des Unternehmensgeländes zu anderen Zwecken, wie z.B. der Befragung von Unternehmensangehörigen zur Sache.⁸⁵ Ein Verweilen zu diesem Zweck wäre nur mit Zustimmung des Hausrechtsinhabers statthaft. Der richterliche Durchsuchungsbeschluss legitimiert aus verfassungsrechtlicher Sicht nämlich einzig und allein die Durchsuchung (s.o.). Vernehmungen und informatorische Anhörungen an Ort und Stelle gehen darüber weit hinaus. Die Geltendmachung des Hausrechts gegenüber den Ermittlern gehört deshalb zu den anerkannten Standards in den Checklisten zu Durchsuchungssituationen.⁸⁶ Die Erfahrungen in der Praxis sind gleichwohl indifferent und hängen davon ab, wie professionell oder aufgeheizt die Durchsuchungssituation vor Ort ist.

b) Direktionsrecht des Arbeitgebers

Anknüpfend an die Ausübung des Hausrechts stellt sich weiterhin die Frage, ob Arbeitgeber in Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts ihre Mitarbeiter anweisen dürfen, in der Durchsuchungssituation keine Angaben zur Sache zu machen. Rechtlich gestützt wird das Direktionsrecht auf § 106 GewO.⁸⁷ Eine derartige Anweisung setzt den Mitarbeiter in ein erhebliches Spannungsverhältnis. Der Konflikt zwischen arbeitsrechtlicher Loyalitätspflicht und gesetzlicher Wahrheitspflicht als Zeuge ist offenkundig. Eine solche Weisung kann die Zeugenpflicht keineswegs aushebeln und schützt weder vor den Konsequenzen einer Falschaussage, noch gewährt sie eigenständige Auskunftsverweigerungsrechte.⁸⁸ Ob dem Arbeitgeber dort ein Weisungsrecht (zum Schweigen) zukommt, wo keine gesetzliche Mit-

84 *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754; v. *Döllen*, Verteidigungsstrategien (Fn. 30), Rn. 22; *Arnemann* (Fn. 4), *StraFo* 2021, 144.

85 *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754; *Püschel* (Fn. 28), *PStR* 2006, 93.

86 *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754.

87 Vgl. *Preis*, in: Müller-Glöge/ders./Gallner/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl., München 2024, § 106 GewO Rn. 1 m.w.N.

88 Vgl. hierzu *Minoggio*, *Firmenverteidigung*, 2. Aufl., Münster 2010, Rn. 566, 1140; *Kusnik* (Fn. 42), *CCZ* 2015, 27 f.

wirkungspflicht des Arbeitnehmers besteht, erscheint dagegen denkbar.⁸⁹ Letztlich ist es dem Arbeitgeber aber – wie ausgeführt – nicht verwehrt, Befragungen aufgrund seines Hausrechts zu untersagen. Macht er hiervon Gebrauch, kann es den Beschäftigten nicht verwehrt werden, sich auf die Weisung ihres Arbeitgebers zu berufen und auf dessen Grundstück keine Angaben zu machen. Denn ob der Arbeitgeber die Befragung vor Ort mittels Hausrechts (gegenüber dem Staatsanwalt) oder arbeitsrechtlichen Direktionsrechts (gegenüber den Mitarbeitern) untersagt, führt zum gleichen Ergebnis und darf in der rechtlichen Beurteilung nicht zur Unzulässigkeit der Weisung führen.

In einer solchen Weisung ist deshalb weder eine unzulässige Störung der Durchsuchung nach § 164 StPO⁹⁰ noch eine versuchte Strafvereitelung zu sehen. Der Betriebsinhaber ist nur dazu verpflichtet, die Durchsuchung zu dulden.⁹¹ Störungen des Arbeitsverhältnisses seiner Mitarbeiter muss er nicht tolerieren. Es bietet sich jedoch aus praktischen Gründen an, die Weisung offen und transparent zu machen, um in der Durchsuchungssituation Druck von den Mitarbeitern zu nehmen. Akzeptieren Ermittlungsbehörden die Verweigerung vor Ort nicht, kann durch die transparente Weisung die Auseinandersetzung über deren Zulässigkeit direkt mit der Geschäftsleitung geführt werden und wird nicht dem einzelnen Mitarbeiter auferlegt.

c) Recht auf Anwesenheit des Hausrechtsinhabers und des Verteidigers

Der Gefahr unbedachter Äußerungen von Betroffenen lässt sich auch damit begegnen, dass Arbeitgeber und Rechtsbeistand bei der Durchsuchung anwesend sind. Wie festgestellt, haben die Ermittler kein Recht auf eine heimliche Durchsuchung.⁹² Nach § 106 Abs. 1 S. 1 StPO hat der Inhaber der durchsuchten Räume vielmehr das Recht, der Durchsuchung beizuwohnen. Im Unternehmen sind dies die Organe und/oder Personen in leitender Position wie beispielsweise Prokuristen oder Niederlassungsleiter.⁹³ Diese können die Wahrnehmung ihres Anwesenheitsrechts auf einen anwaltli-

89 *Minoggio*, Firmenverteidigung (Fn. 88), Rn. 1141.

90 Keine Störung bei strafprozessual rechtmäßigem Verhalten, *Zöller/Niedernhuber*, in: Gercke et al. (Hrsg.), HK-StPO (Fn. 64), § 164 Rn. 3.

91 Vgl. *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754.

92 *Herrmann/Soiné* (Fn. 27), NJW 2011, 2923; *Heuchemer* (Fn. 27), NZWiSt 2012, 137 f.

93 *Jäger/Wohlers* (Fn. 65), § 106 Rn. 4.

chen Organvertreter übertragen. Ein gesetzliches Anwesenheitsrecht des Verteidigers des Betroffenen während der Durchsuchung besteht hingegen nicht.⁹⁴ Allerdings darf der Hausrechtsinhaber dem Verteidiger die Anwesenheit gestatten, ohne dass in der Anwesenheit an sich eine Störung im Sinne des § 164 StPO liegt.⁹⁵ Die Anwesenheit des Rechtsbeistands kann deshalb ein probates Mittel sein, um der beiläufigen Informationsgewinnung durch Gespräche mit den Ermittlern oder unbedachten Äußerungen entgegenzuwirken.

Die Verantwortung für die Einschaltung des Rechtsbeistands liegt indes allein beim Betroffenen, da keine Hinweis- oder Informationspflichten seitens der Ermittlungsbehörden bestehen. Es besteht zudem keine Pflicht, das Erscheinen des abwesenden Hausrechtsinhabers abzuwarten, es sei denn, dieser befindet sich in der Nähe und es tritt durch das Abwarten keine wesentliche Verzögerung der Durchsuchung ein.⁹⁶ Auch das Erscheinen des Verteidigers muss nicht abgewartet werden.⁹⁷ Um Informationsgewinnung der Ermittler durch Kommunikation effektiv kontrollieren zu können, bedarf es deshalb guter Vorbereitung auf etwaige Durchsuchungen, um in der zeitkritischen Situation angemessen reagieren zu können.

d) Unternehmensinterne Durchsuchungsschulungen und Umgang mit Durchsuchungen

Naheliegender erscheint es zunächst, Mitarbeiter in dieser Hinsicht zu schulen und auf etwaige Durchsuchungssituationen vorzubereiten. Gleichzeitig ist es zulässig, beim Eintreffen der Beamten alle Mitarbeiter (bspw. per Mail) über die Durchsuchung zu informieren und in diesem Zusammenhang Hinweise zum Umgang mit etwaigen Kontakt- oder Vernehmungsversuchen der Ermittler und zur Vermeidung beiläufiger Kommunikation zu geben (Schweigerecht, Recht auf einen Zeugenbeistand, Kostenübernahme...). Eine Störung gem. § 164 StPO, die zur Unterbindung dieser Hinweise berechtigen würde, liegt bei strafprozessual zulässigem Verhalten nicht

94 Rettenmaier, Wirtschaftsstrafsachen (Fn. 44), Rn. 115; vgl. auch Schlothauer, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., München 2022, § 3 Rn. 68.

95 Vgl. Gercke (Fn. 64), § 106 Rn. 6 f.

96 Vgl. statt vieler Tsambikakis (Fn. 49), § 106 Rn. 3.

97 Jäger/Wohlers (Fn. 65), § 106 Rn. 10; Tsambikakis (Fn. 49), § 106 Rn. 13, die ein Abwarten aber aus Fairness- und Verhältnismäßigkeitsgründen befürworten.

vor.⁹⁸ Zu vermeiden ist indes alles, was den Eindruck von Verdunklungshandlungen erwecken könnte.⁹⁹

Trotz des Grundsatzes der „stillen Veranstaltung“ muss die Unternehmensleitung im Einzelfall allerdings abwägen, ob eine begrenzte Kooperation (und damit Kommunikation) sinnvoll ist, um etwaige negative Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb zu verhindern oder die Durchsuchungsmaßnahmen auf das notwendige Minimum zu beschränken (bspw. durch Benennung maßgeblicher Räume oder das Aufschließen von verschlossenen Türen).¹⁰⁰ Hier lassen sich angesichts der Vielfältigkeit denkbarer Fallgestaltungen aber keine allgemeingültigen Aussagen treffen.

e) Recht auf einen anwaltlichen Zeugenbeistand (§ 68b StPO)

Schließlich bildet auch das gesetzliche Recht auf einen Zeugenbeistand eine effektive Grenze für informatorische Befragungen und Vernehmungen am Durchsuchungsort. Denn jeder Zeuge hat einen Anspruch auf ein faires Verfahren und darf nicht zu dessen bloßem Objekt gemacht werden.¹⁰¹ Bevor dem Zeugen, der anwaltlichen Rat verlangt, hierzu keine Gelegenheit eingeräumt wurde, kann die Vernehmung daher nicht beginnen.¹⁰² Jedenfalls bis zum Eintreffen eines Rechtsanwalts muss die Vernehmung dann unterbrochen werden. Es kann dem Zeugen nämlich nicht verwehrt werden, vor der Vernehmung ad hoc einen anwaltlichen Zeugenbeistand zu verlangen.¹⁰³ Auf eine Selbstbelastungsgefahr kommt es insoweit nicht an.¹⁰⁴ Damit gewinnt man Zeit und erreicht in der Regel, dass mangels einer ausreichenden Zahl an Zeugenbeiständen keine Vernehmung vor Ort stattfinden kann. Die Standard-Checklisten¹⁰⁵ für Durchsuchungssituationen im Unternehmen sehen deshalb regelmäßig vor, dass die Mitarbei-

98 Zöller/Niedernhuber (Fn. 90), § 164 Rn. 3.

99 Michalke (Fn. 45), NJW 2008, 1492.

100 Vgl. bspw. Burhoff (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1853; zu sinnvollen Gesprächen zur Klärung des eigenen Status oder zum Ausräumen von Haftgründen vgl. Arnemann (Fn. 4), StraFo 2021, 142 f.

101 BVerfG NJW 1975, 103 (104); Bär, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 65.

102 Zum Anwesenheitsrecht des Zeugenbeistands vgl. Maier, in: Kudlich (Hrsg.), MüKo-StPO (Fn. 23), § 68b Rn. 15 ff.

103 BVerfG NJW 1975, 103 (104 f.).

104 Vgl. zum Zweck des Rechts auf einen Zeugenbeistand: Slawik, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 68b Rn. 1.

105 Vgl. statt vieler Michalke (Fn. 45), NJW 2008, 1494.

ter entsprechend sensibilisiert werden, ihr Recht auf einen anwaltlichen Zeugenbeistand geltend zu machen (§ 68b Abs.1 Satz 1 StPO). Auch die Übernahme entsprechender Kosten durch den Arbeitgeber und eine entsprechende Kommunikation an die Mitarbeiter kann deshalb ratsam sein und erfüllt nicht den Tatbestand der Strafvereitelung.¹⁰⁶

III. Konsequenzen für die Kommunikation während der Durchsuchung und Fazit

Die §§ 102 ff. StPO enthalten Ermächtigungen zu Vernehmungen und Anhörungen am Durchsuchungsort und sind als strafprozessuale Vorschriften im Lichte des Art. 13 Abs. 1 GG entsprechend eng auszulegen. Jeder den Grundrechtseingriff vertiefende Akt ist zu vermeiden und das verfassungsrechtlich geschützte Hausrecht des Inhabers der durchsuchten Räumlichkeiten zu respektieren. Die Ermittlerpraxis muss diese Vorgaben zwingend beachten, auch wenn die Verlockung groß sein mag, anwesende Mitarbeiter zu Kooperation und Auskünften verpflichten oder animieren zu wollen. Bei der Durchsuchung besteht für alle Betroffenen (Beschuldigte und Zeugen) *am Durchsuchungsort* nur die Pflicht, ihre Personalien anzugeben. Zu Angaben zur Sache sind sie *während der Durchsuchung* nicht verpflichtet. Der Arbeitgeber darf seine Mitarbeiter zu einem solchen Verhalten anweisen. Es besteht auch keine Präsenzpflcht. Die Durchsuchung muss „nur“ geduldet und ertragen werden.

Die Durchsuchung ist und bleibt strafprozessual eine „stille Veranstaltung“.

106 Vgl. *Kempf/Schilling/Oesterle*, Der Unternehmensanwalt, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), MAH WirtschaftsStrafR (Fn. 5), § 10 Rn. 243.

Reminiszenz an die Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften¹

Susanne Beck

Die Entwicklung der Interdisziplinarität an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover fand zeitgleich mit den gesellschaftlichen Umbrüchen der 1970er Jahre statt.² Die Anfänge der Juristischen Fakultät waren, zusätzlich zu einem starken Praxisbezug, wesentlich durch die Einbeziehung von Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung gekennzeichnet. Historisch ergab sich diese Entwicklung aus der damaligen Kritik an der traditionellen Juristenausbildung.

Die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Perspektiven in die juristische Ausbildung sollte zu einer umfassenderen Bildung der Studierenden beitragen, indem sie das Verständnis für die gesellschaftlichen Kontexte, in denen das Recht operiert, verbessert. Durch die Integration sozialwissenschaftlicher Inhalte sollten Studierende lernen, rechtliche Probleme aus einer breiteren Perspektive zu analysieren und zu verstehen, wie rechtliche Entscheidungen gesellschaftliche Strukturen und individuelles Verhalten beeinflussen können. Dies könnte, so die Hoffnung, zu einer kritischeren und reflektierteren Herangehensweise an das Recht führen und die Fähig-

-
- 1 In den folgenden Überlegungen finden sich Gedanken, die in Gesprächen mit und nach Lektüre von Beiträgen von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf entstanden sind, meinem akademischen Lehrer, dem ich hiermit dafür danke, dass er meine Ausflüge in andere Disziplinen immer unterstützt, aber auch mit Hinweisen auf den entsprechenden Wissenschaftsethos und einer gesunden Skepsis begleitet hat. Unter anderem sein Beitrag in dem von mir 2012 herausgegebenen Band „Gehört mein Körper noch mir?“ liegt dem folgenden Überblicksartikel, in dem es um die Bezüge der Juristischen Fakultät Hannover zur Interdisziplinarität gehen soll (damals und heute), zentral zugrunde. Danken möchte ich an dieser Stelle auch der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover dafür, mich vor über zehn Jahren berufen zu haben und mir bis heute einen großartigen Ort für meine Forschung und Lehre zu bieten, gerade auch für rechtsgebiets- und disziplinübergreifende Grenzgänge und grundlegende Überlegungen.
 - 2 Rückert, Profile der Jurisprudenz in Hannover seit 1974, in: Kaal/Schmidt/Schwartz (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner – Recht im ökonomischen Kontext, Tübingen 2014, S. 217 ff.; Wolf, 50 Jahre Loccum, HanLR 2018, 1 ff.

keit verbessern, gerechte und sozial verantwortliche Lösungen für rechtliche Herausforderungen zu entwickeln.³

Die interdisziplinäre Ausrichtung ist allerdings nicht ohne Kritik geblieben.⁴ Neben der grundsätzlichen Kritik an der Überschreitung von Disziplinargrenzen oder der Ausrichtung der Fakultät wurde teilweise bezweifelt, dass es sich hier um wahre „Interdisziplinarität“ gehandelt hat und die Disziplinen nicht eher nebeneinander unterrichtet wurden, ohne dass intensive, das Recht tatsächlich verständlicher machende Bezugnahmen stattgefunden hätten. Diskutiert wurde überdies die Frage, wie tiefgreifend die Integration der Sozialwissenschaften in die juristische Lehre sein sollte und wie dies die Identität der juristischen Profession verändert. Schlussendlich ist es wahrscheinlich – zumindest auch – dem weiterhin auf das Staatsexamen ausgerichteten Studium geschuldet, dass sich die Interdisziplinarität in der heutigen Ausbildung weniger stark vertreten findet, vgl. hierzu § 5a II, III DRiG.⁵ Diese Realität steht immer komplexeren Problemen der modernen Gesellschaft gegenüber, die sich in allen Berufen, auch den juristischen, niederschlagen.⁶ Insbesondere aber in der Wissenschaft und in der Gesetzgebung erscheint eine disziplinenübergreifende Herangehensweise bei der Suche nach Lösungen für diese Probleme angemessen. Das bedeutet nicht zwingend, dass die jeweilige Person in verschiedenen Disziplinen ausgebildet bzw. Expertin sein muss; es kann auch eine gute Zusammen-

3 Rückert, Profile (Fn. 2); Wolf (Fn. 2), HanLR 2018.

4 Rückert, Profile (Fn. 2); Wolf (Fn. 2), HanLR 2018.

5 Zu den aktuellen Reformüberlegungen im Überblick, <https://iurreform.de> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024).

6 Das Thema ist aus der Rechtswissenschaft nie ganz verschwunden; immer wieder befassen sich bis heute Beiträge auch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive mit Interdisziplinarität, vgl. exemplarisch: Dörenbach, Mehr Interdisziplinarität wagen – über den Nutzen der Rechtstatsachenforschung, in: Ammann/Bottega/Bukovac (Hrsg.), Verantwortung und Recht – 62. Junge Tagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2022, S. 235 ff.; Esmer/Knapp, Herausforderungen einer interdisziplinären Rechtswissenschaft im Angesicht der Digitalisierung, RW 2023, 107 ff.; Grundmann, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, JZ 2013, 693 ff.; Huster, Rechtswissenschaft und Interdisziplinarität – Einige Beobachtungen aus der Werkstatt, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2015, 143 ff.; Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2022; Zimmermann, Interdisziplinarität – eine Gefahr für den Vorrang des Gesetzes?, in: Ammann et al. (Hrsg.), Verantwortung und Recht (s.o.), S. 215 ff. Diese weiterhin stattfindende Debatte ist für die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft überaus wichtig. In diesem Beitrag soll es jedoch nicht um eine Weiterentwicklung dieser Diskussion, sondern primär um eine Betrachtung der Juristischen Fakultät der LUH früher und heute aus dieser Perspektive gehen.

arbeit verschiedener Disziplinen bedeuten. Es geht also oft nicht primär um intrapersonelle Interdisziplinarität, sondern um die Kooperation mehrerer Personen aus unterschiedlichen Disziplinen. Wie eine solche aussehen könnte, wird im Folgenden betrachtet. Denn nur auf diese Weise bleibt es möglich, den aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen, die auch an die Rechtswissenschaft herangetragen werden, adäquat zu begegnen. Das zeigt sich, wie wir sehen werden, auch an verschiedenen Forschungsprojekten der Fakultät, unter anderem an meinem Lehrstuhl.⁷

Die folgenden Überlegungen zur Interdisziplinarität stützen sich auf Aufsätze von *Eric Hilgendorf*, *Jan-Christoph Marschelke* und *Jan Schuhr* sowie meine Überlegungen zu dieser Thematik aus dem Buch „Gehört mein Körper noch mir“,⁸ da hier die Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften m.E. aus vier wichtigen Perspektiven beleuchtet wird. Dabei geht es darum, einige Schlaglichter zu setzen und Fragen aufzuwerfen, gerade auch für Leser:innen, die sich ohne detailliertes Vorwissen für die Thematik interessieren. Es geht also keinesfalls darum, endgültige Antworten oder Rezepte für interdisziplinäres rechtliches bzw. rechtswissenschaftliches Arbeiten zu liefern. Um einen Einblick auch in die aktuelle Arbeit der Juristischen Fakultät zu erhalten, werden zudem Beispiele herausgegriffen, in denen sich an ihr gerade auch heute noch Interdisziplinarität findet.

1. Mögliche theoretische Grundlagen der Interdisziplinarität

An dieser Stelle ist es nicht möglich, auf alle Aspekte interdisziplinären Forschens und Arbeitens einzugehen. Stattdessen sollen einige Punkte beleuchtet werden, die m.E. bei jeder rechtswissenschaftlichen Tätigkeit zu beachten sind und auch zu einer Grundlage meiner Forschung geworden sind. Hierfür möchte ich gemeinsam mit *Eric Hilgendorf*, dessen Forderung nach reflektierter Interdisziplinarität (und Rechtswissenschaft als solcher) ich mich anschließe, auf das „Ethos der Wissenschaft“ nach *Robert K. Merton* verweisen.⁹ Dieses stützt sich auf folgende Pfeiler:

7 <https://www.jura.uni-hannover.de/de/beck/forschung> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024).

8 Beck (Hrsg.), *Gehört mein Körper noch mir? Straugesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften*, Baden-Baden 2012.

9 Zum Folgenden detailliert *Hilgendorf*, *Das Ethos der Wissenschaft und der Gedanke der Interdisziplinarität*, in: Beck (Hrsg.), *Körper* (Fn. 8), S. 13 ff.

Universalismus: Dieses Prinzip besagt, dass Wahrheitsansprüche in der Wissenschaft unabhängig von persönlichen oder sozialen Eigenschaften ihrer Vertreter, wie ethnischer Herkunft, Nationalität, Religion, Klassenzugehörigkeit oder persönlicher Qualitäten, nach objektiven, wissenschaftlichen Kriterien bewertet werden müssen. Wissenschaftliche Karrieren müssen allen hinreichend talentierten Personen offenstehen, da Einschränkungen basierend auf anderen Kriterien als „dem Mangel an Fortschritt den Wissensfortschritt gefährden“. ¹⁰ Diese Haltung spiegelt das demokratische Ethos und erleichtert die Durchsetzung universalistischer Prinzipien in der Wissenschaft. ¹¹

Kommunismus: Unter „Kommunismus“ versteht Merton, dass die materiellen Ergebnisse der Wissenschaft der gesamten Forschergemeinschaft zustehen und nicht als Eigentum einzelner betrachtet werden dürfen, da sie ein Produkt sozialer Zusammenarbeit und somit ein gemeinschaftliches Erbe sind. Diese Auffassung steht in Spannung zum Patentrecht und Urheberrecht, da sich nach dem Kommunismus der Anspruch eines Wissenschaftlers sich auf Anerkennung und Wertschätzung beschränkt, und betont die Bedeutung der Kommunikation wissenschaftlicher Ergebnisse innerhalb der Gemeinschaft. ¹²

Uneigennützigkeit: Uneigennützigkeit ist nach Merton das dritte Merkmal des wissenschaftlichen Ethos. Forscher sollten sich nicht (nur) von persönlichem Nutzen leiten lassen, sondern von den Zielen der Wissenschaft. Zudem soll die Forschung der ständigen Kontrolle durch Fachkollegen unterliegen und öffentlich sowie überprüfbar sein. Merton erkennt dabei jedoch durchaus an, dass sich in der Wissenschaft Konkurrenz und das Streben nach Priorität finden und auch der Wettlauf um Fördermittel sowie nicht selten auftretende Selbstinszenierung Herausforderungen für diese Forderung darstellen. ¹³

Organisierter Skeptizismus: Als das vierte grundlegende Prinzip identifiziert Merton den organisierten Skeptizismus, der verlangt, dass wissen-

10 Zum Folgenden generell Merton, *The Normative Structure of Science* (1942), in: ders., Storer (Hrsg.), *The Sociology of Science – Theoretical and Empirical Investigations*, Chicago 1973, S. 267 ff.; bei Hilgendorf und hier zitiert nach der dt. Übersetzung „Wissenschaft und demokratische Sozialstruktur“, in: Weingart (Hrsg.), *Wissenschaftssoziologie*, Bd. 1: *Wissenschaftliche Entwicklung als sozialer Prozeß*, Frankfurt a.M. 1973, S. 45 ff.

11 Merton, *Wissenschaft* (Fn. 10), S. 48 ff.

12 Merton, *Wissenschaft* (Fn. 10), S. 51 ff.

13 Merton, *Wissenschaft* (Fn. 10), S. 54 f.

schaftliche Aussagen ständig hinterfragt werden können. Das kann zu potenziellen Konflikten mit gesellschaftlichen Institutionen wie z.B. der Religion führen, da Forscher keine strikte Trennung zwischen sakralen und profanen Themen akzeptieren. Merton bemerkt, dass, obwohl die Macht religiöser Institutionen seit der Aufklärung abgenommen hat, wissenschaftliche Forschung weiterhin, besonders in autoritären bzw. totalitären Staaten, durch wirtschaftliche und politische Gruppen behindert werden kann, die versuchen, den skeptischen Geist durch die Schaffung von Tabuzonen einzuschränken.¹⁴

Die Übertragung von Mertons Modell auf die Rechtswissenschaft lässt sich zweifellos hinterfragen; es mag gute Gründe dafür geben, dass seine wissenschaftssoziologischen Arbeiten in der deutschsprachigen Rechtslehre kaum Beachtung finden, die über die intradisziplinären Verständnisschwierigkeiten zwischen der juristischen Grundlagenforschung und den dogmatischen Bereichen der Rechtswissenschaft hinausgehen. Doch wenn man Recht als Mittel zur Steuerung sozialer Prozesse und Rechtswissenschaft damit zumindest auch als angewandte Sozialwissenschaft ansieht – was der Hannoveraner Tradition durchaus angemessen erscheint – ist es zugleich nicht von vorneherein unplausibel, diese Prinzipien auch in der rechtswissenschaftlichen Forschung hochzuhalten.¹⁵

Diese Prinzipien sind zudem für die hier im Fokus stehende Interdisziplinarität relevant, da sie einen Rahmen bieten, innerhalb dessen die juristische Forschung von einem rein dogmatischen Ansatz zu einer eher evidenzbasierten, interdisziplinären Herangehensweise übergehen kann. Hierzu seien an dieser Stelle nur einige erste Gedanken geäußert, die weitergehender Untersuchung bedürfen. So ließe sich Universalismus auch auf die Disziplinzugehörigkeit übertragen, das heißt u.a. Kriterien für die Überprüfung der Forschung müssen disziplinübergreifend anwendbar sein. Das gilt erst recht für die Zugänglichkeit der Erkenntnisse im Sinne des ‚Kommunismus‘ – diese wird häufig durch Interdisziplinarität erleichtert, vgl. dazu im Folgenden. Mit Blick auf die Uneigennützigkeit könnte man derzeit argumentieren, dass selbst gewisse Nachteile durch Interdisziplinarität, wie eine längere Dauer der Forschungsprojekte oder verringerte Anerkennung in der eigenen Disziplin (mehr dazu unter 4.b)), in Kauf genommen werden sollten (was nichts daran ändert, dass das eigentliche Problem

14 Merton, *Wissenschaft* (Fn. 10) S. 55.

15 Hilgendorf, *Ethos* (Fn. 9), S. 18 ff.

auf der strukturellen Ebene liegt, vgl. dazu später). Schließlich ist gerade auch der organisierte Skeptizismus eng verbunden mit Interdisziplinarität, denn die Interaktion mit anderen Disziplinen kann dazu beitragen, die Prämissen und Methoden der eigenen Disziplin kritisch zu hinterfragen, neue Blickwinkel einzubringen und so das Hinterfragen neu zu befeuern. Das könnten bereits erste Anregungen dafür sein, dass rechtliche Argumentationen und Entscheidungen empirische Evidenzen und Theorien aus anderen Disziplinen berücksichtigen sollten. Denn dies könnte die kritische Auseinandersetzung mit Rechtsnormen und -praktiken fördern und eine dynamische, reflektierte Anpassung des Rechts und seiner Analyse an gesellschaftliche Veränderungen fördern und so eine dem Ethos verpflichtete Rechtswissenschaft bekräftigen.¹⁶

2. Mögliche Funktionen von Interdisziplinarität (in den Rechtswissenschaften)

Interdisziplinarität bedeutet regelmäßig die Integration von Methoden, Theorien und Perspektiven aus verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen bei der wissenschaftlichen Analyse, im Fall der Rechtswissenschaften mit dem Ziel, komplexe rechtliche bzw. rechtstheoretische oder rechtspolitische Fragestellungen zu untersuchen. Dabei geht man über traditionelle rechtswissenschaftliche Analysemethoden hinaus, um ein umfassenderes Verständnis der Probleme zu erlangen, die oft auch gesellschaftliche, ökonomische, ethische und politische Dimensionen berühren. Betrachten wir zunächst mit *Hilgendorf* die Funktionen, die Interdisziplinarität für die Rechtswissenschaft erfüllen könnte, wobei diese Aufzählung keinesfalls als vollständige Liste verstanden werden will.¹⁷

Verständlichkeit in der Wissenschaftskommunikation: Interdisziplinäre Arbeit erfordert von Forschenden, ihre Konzepte, Herausforderungen und Lösungsvorschläge so deutlich zu kommunizieren, dass sie auch von Fachfremden verstanden werden. Das ermöglicht eine allgemeinverständliche Aufbereitung und Verbreitung des eigenen Forschungsfeldes.¹⁸

Erweiterung der eigenen Perspektive: Der Austausch mit Kolleg:innen aus anderen Disziplinen, die sich für ähnliche Fragestellungen interessieren,

16 *Hilgendorf*, *Ethos* (Fn. 9), S. 20 ff., der zugleich noch das Postulat der wissenschaftlichen Wertfreiheit betont.

17 Zum Folgenden detailliert *Hilgendorf*, *Ethos* (Fn. 9), S. 24 ff.

18 Diese Funktion hofft auch der vorliegende Beitrag über die Interdisziplinarität als solche zu erfüllen, der sich mit Blick auf eine möglichst interdisziplinäre Leserschaft

kann ‚frischen Wind‘ in die eigene Forschung bringen und zu neuen Fragen anregen. Das kann zusätzlich auch dazu führen, dass relevante Themen erkannt werden, die in der eigenen Disziplin noch nicht angekommen waren.

Verbesserung der Heuristik: Die Zusammenarbeit über Fachgrenzen hinweg ermöglicht es, alte Probleme aus neuen Perspektiven zu betrachten und kann deshalb bei der Entdeckung neuer Ansichten, Lösungswege, Fragestellungen und Theorien hilfreich sein.

Kritische (Selbst-)Reflexion: Interdisziplinäre Begegnungen ermöglichen durch die Distanzierung mehr als bloße Anregung oder neue Ideen, sondern neue Formen der kritischen Reflexion der eigenen fachlichen Ansätze und Ergebnisse, indem sie die Wissenschaftlerin mit alternativen Herangehensweisen und Erkenntnissen zu denselben Fragen konfrontieren und so nicht zuletzt das Bewusstsein für die Relativität der eigenen Sichtweise schärfen.

Zweifelloos werden nicht bei jeder interdisziplinären Forschung alle Funktionen gleichermaßen erfüllt, sondern möglicherweise nur einzelne oder einige davon in wechselnder Kombination. Dennoch ist es sinnvoll, interdisziplinäres Vorgehen auch mit Blick darauf zu untersuchen, ob es eine dieser oder eine andere sinnvolle Funktion erfüllt, oder ob es lediglich ein taktisches Manöver darstellt, das nach außen die Anforderungen der Wissenschaftsförderung nach mehr Interdisziplinarität erfüllt, intern aber mehr Nachteile als Nutzen bringt – auch für die Interdisziplinarität als solche.

3. Interdisziplinarität in der Praxis: Chancen und Herausforderungen

Die praktische Umsetzung interdisziplinären Arbeitens – insbesondere in gemeinsamen Forschungsprojekten – sieht sich mit zahlreichen Herausforderungen konfrontiert; gleichzeitig birgt diese Art des Forschens aber auch einige Chancen. Beide seien im Weiteren betrachtet.

bewusst an Jurist:innen ebenso wie an alle an der Fakultät, ihrer Geschichte, ihrer Forschung und dem Thema der Interdisziplinarität allgemein Interessierte wendet.

a) Chancen der Interdisziplinarität (in der Rechtswissenschaft)

Interdisziplinarität birgt – deshalb betrachten wir sie überhaupt – zweifellos Chancen für die Rechtswissenschaft.¹⁹ Die oben genannten Funktionen spiegeln sich hierin, können doch gerade die Erfüllung dieser Funktionen Chancen begründen – hier wird versucht, dies zu ergänzen: Was sind die Chancen interdisziplinären Vorgehens für die Wissenschaft oder die Öffentlichkeit? Für ein vollständiges Bild der Einbeziehung der Erkenntnisse anderer Disziplinen in rechtswissenschaftliche Forschung sind diese genauer zu betrachten.

Umfassenderes Verständnis komplexer Probleme: Durch die Einbeziehung von Erkenntnissen aus den Sozial-, Geistes- und Naturwissenschaften können juristische Fragestellungen in einem breiteren Kontext betrachtet werden. Gesellschaftliche Entwicklungen, empirische Feststellungen oder ethische Erwägungen helfen dabei, möglichst viele Facetten eines Problems zu verstehen. Aus rechtlicher Perspektive bedeutet das unter anderem, die Auswirkungen rechtlicher Entscheidungen und Gesetze auf die Gesellschaft besser zu verstehen und zu analysieren. Dabei geht es an dieser Stelle zunächst um ein nicht zwingend zielgerichtetes, rein analytisches Verstehen.

Evidenzbasierte, nachhaltige Lösungen: Dieses weitreichende Verständnis kann Selbstzweck sein, typischerweise hilft es aber auch dabei, Lösungen zu entwickeln, die nachhaltiger zu sein versprechen als die ausschließlich innerhalb einer Disziplin gefundenen Lösungen. Durch die Einbeziehung empirischer Daten und sozialwissenschaftlicher Methoden können die Effekte von Gesetzgebungen auf Individuen und Gruppen präziser erfasst und bewertet werden. Dies führt zu einer evidenzbasierten, überzeugenden Rechtspolitik.

Verbesserung der Rechtspraxis und -wissenschaft: Indirekt führt interdisziplinäre Forschung damit zu einer Verbesserung der Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft. So hat die Reflexion über die Methoden und Prämissen anderer Disziplinen oft zur Folge, die eigene Vorgehensweise aus größerer Distanz zu betrachten. Schon das kann zur Verbesserung der Qualität der Ergebnisse beitragen. Zudem lassen sich an einigen Stellen Methoden empirischer Wissenschaften oder normative Überlegungen der Ethik direkt implementieren. Die Öffnung der Rechtswissenschaft für andere

19 Vgl. hierzu die Überlegungen von Hilgendorf, *Ethos* (Fn. 9) und Hilgendorf, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft*, JZ 2010, S. 913 ff.

Disziplinen könnte dazu beitragen, sie als angewandte Sozialwissenschaft zu etablieren. Ein solches Verständnis, das gerade auf die Anwendung der Erkenntnisse in der Praxis blickt, könnte nicht nur das Selbstverständnis der Disziplin erweitern, sondern auch ihre Relevanz erhöhen.

Die Chancen der Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft sind jedoch nur dann umfassend nutzbar, wenn die anderen Disziplinen reflektiert eingebunden werden, vgl. dazu sogleich. Zudem ist es erforderlich, sie in Verhältnis zu den Herausforderungen zu setzen.

b) Herausforderungen der Interdisziplinarität (in der Rechtswissenschaft)

Die interdisziplinäre Zusammenarbeit in der Rechtswissenschaft stößt auf eine Vielzahl von Herausforderungen, die sich unter anderem aus der Natur der Disziplin, den Unterschieden zu anderen Disziplinen und den strukturellen Gegebenheiten der akademischen Welt ergeben.

*Sprach- und Verständnisbarrieren:*²⁰ Eines der grundlegendsten Hindernisse für effektive interdisziplinäre Arbeit sind die jeweiligen Fachsprachen der Disziplinen. Neben eigener Theoriebildung und methodologischen Ansätzen entwickelt jedes Fach auch eine eigene Terminologie, die für Außenstehende in ihrer Tiefe und Bedeutung oft schwer zu durchdringen sind. Dies führt zu Sprachbarrieren zwischen den Disziplinen. So kann beispielsweise der Begriff „Effizienz“ in der Ökonomie eine quantitativ messbare Größe meinen, während er in der Rechtswissenschaft unter Umständen normativ aufgeladen ist. Insbesondere derartige divergierende Bedeutungen desselben Begriffs können zu Missverständnissen und Kommunikationsproblemen führen.

*Unterschiede zwischen empirischer, analytischer und normativer Forschung:*²¹ Empirische Forschung, wie sie zum Beispiel in Disziplinen wie der Soziologie, Psychologie oder Ökonomie eine zentrale Rolle spielt, basiert auf Daten, Sammlung, Beobachtung, Analyse. Zweifellos könnte all dies wichtige Einblicke in die Funktionsweise des Rechts in der Gesellschaft liefern. Die Einarbeitung dieser Perspektiven erfordert jedoch eine Öffnung der Rechtswissenschaft für methodologische Ansätze, die über die klassische Rechtsdogmatik hinausgehen. Die reine Deduktion der allgemeinen Regel auf den Einzelfall, oft unter allgemeinem Verweis auf nicht überprüfte

20 Beck, Interdisziplinarität im Kontext von Gesetzgebung, in: dies. (Hrsg.), Körper (Fn. 8), S. 29 ff. m.w.N.

21 Beck, Interdisziplinarität (Fn. 20), S. 34 f.

gesellschaftliche Strömungen oder die Vernunft eines durchschnittlichen Menschen, kann aus einer interdisziplinären Perspektive kaum überzeugen.

*Institutionelle und strukturelle Hürden:*²² Universitäten und Forschungseinrichtungen sind traditionell nach Disziplinen organisiert, was die Förderung und Durchführung interdisziplinärer Forschung erschweren kann. Finanzierungsquellen, Bewertungskriterien für wissenschaftliche Leistungen und Karrierepfade sind häufig auf disziplinäre Erfolge ausgerichtet, was wenig Raum für interdisziplinäre Unternehmungen lässt. Darüber hinaus kann die Einbindung von Forschenden aus verschiedenen Disziplinen in ein gemeinsames Projekt logistische und administrative Herausforderungen mit sich bringen, von der Koordination der Zusammenarbeit ohne für alle greifbare administrative Unterstützung bis hin zur Sicherstellung einer gleichberechtigten Ressourcenverteilung angesichts der unterschiedlichen Kosten der Forschung in verschiedenen Disziplinen (z.B. empirischer Forschung). Hinzu kommt, dass es nur wenige interdisziplinäre Publikationsorgane gibt, in denen die gemeinsamen Erkenntnisse veröffentlicht werden könnten.

Diese Herausforderungen verdeutlichen, dass die Förderung der Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft nicht nur eine Frage der wissenschaftlichen Neugier oder der methodologischen Erweiterung ist, sondern auch tiefgreifende Anpassungen in der Kommunikation, der Ausbildung und den institutionellen Strukturen erfordert. Die Überwindung dieser Hindernisse ist essenziell, um das volle Potenzial interdisziplinärer Ansätze in der Rechtswissenschaft ausschöpfen zu können, und erfordert ein konzentriertes Vorgehen aller Beteiligten.

4. Konkretisierungen der Interdisziplinarität mit Blick auf die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover

Bevor wir jedoch auf die kritische Reflexion und mögliche Lösung zu einer Verbesserung der Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften kommen, sei auf einige Beispiele eingegangen. Dabei geht es nicht nur darum, konkrete interdisziplinäre Forschungen und Projekte der Juristischen Fakultät in Hannover vorzustellen, sondern auch, anzudeuten, wie bei der Beantwortung verschiedener rechtswissenschaftlicher Fragen ein interdisziplinäres Vorgehen generell helfen könnte.

22 Beck, Interdisziplinarität (Fn. 20), S. 36 f.

Vorab sei darauf hingewiesen, dass jedenfalls die rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung ohnehin typischerweise eine Querschnittsmaterie darstellt und somit zwangsläufig Disziplingrenzen überschreitet – so weist die Rechtsphilosophie Nähe zur Philosophie auf, die Rechtsgeschichte zur Geschichte allgemein, die Rechtssoziologie zur Soziologie, und so weiter. Die in diesen jeweiligen anderen Disziplinen nicht selten stattfindende Interdisziplinarität setzt sich dann auch in der grundlagenbezogenen Rechtswissenschaft fort, die dort gewonnenen Erkenntnisse über das „Wie“ gelungener Interdisziplinarität lassen sich für andere Projekte zu konkreten rechtlichen Fragen häufig übertragen, die erworbenen Fähigkeiten in spezifische Kontexte mitnehmen.²³

*Kriminalpolitik.*²⁴ Ein erstes Beispiel für unsere Thematik ist die Kriminalpolitik, in der interdisziplinäre Forschung unter anderem dazu beitragen kann, die Wirksamkeit von Strafmaßnahmen zu evaluieren und Ansätze zur Prävention von Kriminalität zu entwickeln, die soziologische und psychologische Erkenntnisse berücksichtigen.²⁵ Dabei handelt es sich aber nicht nur um von der Politik betrachtete Fragen – die letztlich immer interdisziplinäre Fragen sind – sondern die Kriminalpolitik wird ja nicht selten von strafrechtswissenschaftlicher Expertise unterstützt. Diese erfolgt keineswegs nur dann, wenn sie konkrete Gesetzesvorschläge oder politische Richtungen vorschlägt. In diesen Kontexten gilt es zwar besonders, die Erkenntnisse der anderen Disziplinen, im besten Fall auch ethische Aspekte, nicht unberücksichtigt lassen. Aber auch in der klassischen Anwendung des Rechts im konkreten Einzelfall sollten diese Erkenntnisse berücksichtigt werden.

23 Aus einer interdisziplinären Ringvorlesung entstand beispielsweise der Band *Beck/Meder* (Hrsg.), *Jenseits des Staates? Über das Zusammenwirken von staatlichem und nicht-staatlichem Recht*, Göttingen 2021.

24 Zwei Mitglieder der Fakultät wirken etwa im Kriminalpolitischen Kreis an verschiedenen Projekten mit, bei denen es gerade auch um die politische Umsetzung der aus der Wissenschaft entwickelten Vorschläge geht – und die regelmäßig durch interdisziplinäre Erkenntnisse bereichert sind. <https://www.kriminalpolitischerkreis.de/> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024).

25 Projekte aus dem Bereich der Kriminalwissenschaften, die Erkenntnisse aus verschiedenen Disziplinen einbeziehen, finden sich regelmäßig am Lehrstuhl von Bernd-Dieter Meier, <https://www.jura.uni-hannover.de/de/meier/aktuelles> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024). Und auch am Lehrstuhl von Sascha Ziemann steht der interdisziplinäre und internationale Austausch im Fokus, <https://www.jura.uni-hannover.de/de/ziemmann/forschung> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024).

Internationales Recht, Rechtsvergleichung: Die rechtswissenschaftliche Arbeit im Bereich des internationalen Rechts und der Rechtsvergleichung kann unter anderem von der Zusammenarbeit mit Anthropologen und Kulturwissenschaftlern profitieren, um kulturelle Besonderheiten und Traditionen in die Formulierung und Umsetzung internationaler Abkommen, aber auch in einen der kulturellen Verschiedenheiten bewussten Vergleich des Rechts einfließen zu lassen.²⁶ Dies trägt dazu bei, kulturelle Sensibilitäten zu berücksichtigen und die Akzeptanz und Wirksamkeit internationaler oder aus dem Vergleich gewonnener Regelungen zu erhöhen. Für viele Projekte in diesem Kontext spielen überdies politische und ökonomische Aspekte eine wichtige Rolle.

*Gesundheitsrecht:*²⁷ Das Gesundheitsrecht kann durch die Zusammenarbeit mit z.B. der Medizin, der Medizinethik, aber auch Gesundheitsökonomie bereichert werden, um zum einen die realen medizinischen Verfahren zu erfassen, hier auch die tatsächlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen, aber auch sorgsam abgewogene moralische und ökonomische Argumente einzubeziehen. Das kann Effizienz und Gerechtigkeit des Gesundheitssystems und der darauf bezogenen Regulierung steigern. Ein aktuelles Beispiel einer derartigen interdisziplinären Kooperation auf politischer Ebene sind die Regelungen und Beschlüsse zur Beherrschung der Corona-Krise.²⁸ Nicht nur bei der gesetzgeberischen Entscheidung, auch bei der Rechtsanwendung spielten insofern Erkenntnisse vieler anderer Disziplinen eine Rolle.

*Digitalisierung / Künstliche Intelligenz und Recht:*²⁹ Die Digitalisierung und zunehmende Bedeutung der Künstlichen Intelligenz stellt das Recht vor fundamentale Herausforderungen. Um rechtliche Rahmenbedingungen

26 Zur Vergleichbarkeit von Interkulturalität und Interdisziplinarität vgl. detailliert *Marschelke*, Erkenntnisse aus der Interkulturalität: nutzbar für Interdisziplinarität?, in: Beck (Hrsg.), *Körper* (Fn. 8), S. 85 ff. Zu den daraus gewinnbaren Erkenntnissen für interdisziplinäres Arbeiten vgl. sogleich unter 5.

27 Vgl. etwa das Beispiel der hypothetischen Einwilligung bei *Schuhr*, Interdisziplinarität bei der Begründung rechtlicher Prämissen, in: Beck (Hrsg.), *Körper* (Fn. 8), S. 53 ff.

28 Vgl. hierzu die Beiträge im Band *Pohlreich/Beck/Meier/Stefanopoulou/Ziemann* (Hrsg.), *Strafrecht in der Krise – Erkenntnisse zum gesamten Strafrecht nach zwei Jahren Pandemie*, Baden-Baden 2022.

29 So finden sich z.B. am Forschungsbereich Recht der Informationsgesellschaft und Recht des geistigen Eigentums an der Juristischen Fakultät Hannover interdisziplinäre Projekte, <https://www.jura.uni-hannover.de/de/forschung/forschungsbereich-e/recht-der-informationsgesellschaft-und-recht-des-geistigen-eigentums> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024); auch die Projekte MeHuCo oder vALID, die an meinem

für diese – und andere – modernen Technologien zu schaffen, ist es erforderlich, nicht nur die Technologien, sondern auch deren Auswirkungen auf die Gesellschaft umfassend zu verstehen. So lässt sich die Verantwortlichkeit in Interaktion mit Künstlicher Intelligenz nicht festlegen, ohne die Problematik der Selbst-Lernens der Maschinen in ihrer Bedeutung zu erfassen – dies ließe sich für viele weitere Phänomene fortsetzen. Dabei muss die Rechtswissenschaftlerin weder selbst zur Informatikerin werden oder empirische Forschung vornehmen, aber wie in den anderen Bereichen auch entweder mit Expertinnen aus diesem Bereich zusammenarbeiten oder zumindest die Erkenntnisse dieser Disziplinen einbeziehen und interpretieren können.

Diese Beispiele zeigen nur einige Möglichkeiten, wie interdisziplinäre Ansätze in der Gesetzgebung und Rechtsprechung genutzt werden können, um komplexe Probleme zu adressieren. Die Liste ließe sich um zahlreiche weitere Projekte erweitern, dies muss jedoch weiteren Untersuchungen überlassen bleiben, ebenso wie eine tiefergehende Analyse der hier angerissenen Aspekte.

5. Reflexion und Lösungsansätze

Die Einbindung interdisziplinärer Ansätze in die Rechtswissenschaften eröffnet, wie wir gesehen haben, zweifelsohne ein breites Spektrum an Möglichkeiten, rechtliche Fragestellungen in einem umfassenderen Kontext zu betrachten und zu bearbeiten. Insgesamt bedürfen die bisherigen Überlegungen einer kritischen Reflexion – unter Einschluss der Frage, warum die Rechtswissenschaft bisher jedenfalls in der Ausbildung andere Disziplinen nur zurückhaltend einbindet und auch in der Forschung die Grenzen der eigenen Disziplin jedenfalls nicht regelmäßig überschreitet.

Zu reflektieren ist zunächst die Besonderheit der Rechtswissenschaft.³⁰ Insofern ist zu fragen, inwieweit die Rechtswissenschaft ihre spezifischen Stärken, insbesondere die Fähigkeit zur normativen Analyse und zur Entwicklung kohärenter Rechtssysteme, bewahren kann, während sie gleichzeitig Methoden und Erkenntnisse aus anderen Disziplinen integriert. Es besteht die Gefahr, dass eine zu starke Betonung empirischer oder sozial-

Lehrstuhl durchgeführt werden bzw. wurden, sind interdisziplinär, <https://www.jura.uni-hannover.de/de/beck/forschung> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024).

30 Hilgendorf, *Ethos* (Fn. 9); Beck, *Interdisziplinarität* (Fn. 20), S. 45 (zur Aufgabenteilung).

wissenschaftlicher Ansätze die juristische Methodik verwässert und die Einzigartigkeit rechtswissenschaftlicher Perspektiven in den Hintergrund drängt. Insofern ist allerdings zu entgegnen, dass es keineswegs darum geht, die klassische rechtswissenschaftliche Tätigkeit zu ersetzen. Diese und die Rechtsdogmatik haben selbstverständlich weiterhin eine Berechtigung, zeichnen die Rechtswissenschaft aus und sind insofern auch zentrale Materie der juristischen Ausbildung. Die interdisziplinäre Perspektive soll dies nur ergänzen. Wenn man überdies berücksichtigt, dass viele Prämissen der juristischen Tätigkeit auf Annahmen beruhen, die letztlich nicht rechtswissenschaftlich, sondern nur durch Erkenntnisse anderer Disziplinen (z.B. Medizin, Psychologie oder Soziologie) untermauert oder widerlegt werden können,³¹ sollte deren Einbeziehung die Identität der Rechtswissenschaft und ihre Besonderheit – nämlich die auf diesen Prämissen aufbauende Tätigkeit – eher stärken denn schwächen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der Qualität und Tiefe der interdisziplinären Integration.³² Die effektive Einbindung der Erkenntnisse anderer Disziplinen verlangt mehr als oberflächliches Wissen, vielmehr eine tiefgehende Auseinandersetzung mit und ein Verständnis für fremde Methoden und Theorien. Dies kann wie dargestellt eine erhebliche Herausforderung darstellen, insbesondere in Bildungssystemen, die traditionell auf eine disziplinäre Ausbildung ausgerichtet sind.³³ Da aber auch die Zusammenarbeit mit den Forscherinnen anderer Disziplinen voraussetzungsvoll ist, besteht die Gefahr, dass Interdisziplinarität oft lediglich als Schlagwort dient, ohne dass eine echte Synthese oder ein fruchtbarer Austausch zwischen den Disziplinen stattfindet. Eine mögliche Herangehensweise ist die Übertragung von Erkenntnissen aus der Interkulturalität: Die Konfrontation mit der „Fremdheit“ anderer Disziplinen ist durchaus vergleichbar mit der Begegnung verschiedener Kulturen, so dass sich hier zweifellos Anregungen finden lassen.³⁴ Das gilt nicht zuletzt für die Suche nach einer gemeinsamen Sprache,³⁵ unter Anerkennung dessen, dass die gemeinsame Sprache aus Perspektive der jeweiligen Disziplin immer ungenügend erscheinen wird – was gerade nicht heißt, dass ein kleinster gemeinsamer

31 *Schuhr*, Interdisziplinarität (Fn. 27), S. 54 ff.

32 Zu gelingender Interdisziplinarität siehe auch *Hilgendorf*, Ethos (Fn. 9), S. 27.

33 Zu den aktuellen Reformüberlegungen im Überblick, <https://iurreform.de/> (zuletzt abgerufen am 26.2.2024).

34 *Marschelke*, Erkenntnisse (Fn. 27), S. 83 ff.

35 *Beck*, Interdisziplinarität (Fn. 20), S. 41 ff.

Nenner im überwiegenden Interesse der Interdisziplinarität nicht gefunden werden kann. Auch die Erarbeitung gemeinsamer methodologischer und epistemologischer Grundlagen erfordert Anstrengung, gegenseitigen Respekt und eine kontinuierliche Lernbereitschaft.³⁶ Notwendig sind zudem Ambiguitätstoleranz, Selbstreflexion und Fähigkeit zur effektiven, offenen Kommunikation.³⁷ Dies sollte in der Lehre und Forschung jedoch nicht undenkbar sein, im Gegenteil. M.E. wird diese Anstrengung jedenfalls dann, wenn der Nutzen interdisziplinären Arbeitens deutlich wird, in vielen Fällen gerne auf sich genommen, handelt es sich doch um Werte, die sich ebenfalls schon in dem spiegeln, was oben als ‚Ethos der Wissenschaft‘ vorgestellt wurde und die deshalb in dieser durchaus verbreitet sind.

Ein weiteres kritisches Thema ist die institutionelle Unterstützung für interdisziplinäre Forschung und Lehre.³⁸ Trotz anerkannter Vorteile kämpfen interdisziplinäre Projekte oft mit strukturellen Hindernissen, von Ressourcenallokation bis hin zur akademischen Anerkennung. Dass von den Diskussionen zu Interkulturalität gelernt werden kann, gilt auch für strukturelle Aspekte: Die Zunahme echter Interdisziplinarität erfordert hier wie dort nicht nur individuelles Engagement, sondern auch strukturelle Anpassungen an Universitäten und Forschungseinrichtungen. Dass diese selten über Nacht geschehen, insbesondere in Zeiten finanzieller Knappheit, bedarf keiner näheren Ausführung. Es bleibt zu hoffen, dass verstärkte Einbindung anderer Disziplinen und der Ausbau entsprechender Angebote im Studium und der Forschung eine Anregung dafür bieten, auch auf struktureller Ebene darüber nachzudenken. Zudem ist auf diese strukturellen Schwierigkeiten immer wieder hinzuweisen, gerade wenn von z.B. Förderinstituten Interdisziplinarität gefordert wird. Und eine möglichst frühe Konfrontation der Studierenden mit anderen Disziplinen kann helfen, die Notwendigkeit von interdisziplinären Erkenntnissen zu verstehen, bevor ein zu enger, auf eine Disziplin fokussierter Blick das erschwert. Womit wir wieder zur Geschichte der Juristischen Fakultät zurückgekehrt wären³⁹ – ob die damalige Lösung die geeignetste war, mag bezweifelt werden, aber sie erscheint ex post als interessanter Schritt in eine innovative, neue Denkweisen eröffnende Richtung. Dass sie heute nicht mehr rekonstruierbar ist, ist der Verfasserin bewusst, was nicht daran hindern soll, festzustellen, dass manchmal

36 Marschelke, Erkenntnisse (Fn. 27), S. 95 ff.

37 Marschelke, Erkenntnisse (Fn. 267), S. 98 ff.

38 Beck, Interdisziplinarität (Fn. 20), S. 45 ff. (mit Blick auf Gesetzgebungsprozesse).

39 Rückert, Profile (Fn. 2); Wolf (Fn. 2), HanLR 2018.

früher zumindest nicht alles nur schlecht war. Nur wäre es für die Zukunft wohl wichtig, neben dem Bereitstellen der entsprechenden Strukturen auch darauf zu achten, dass Interdisziplinarität gelebt wird, dass sie Zeit und Mühe braucht. Das gilt auch im Rahmen von Drittmittelprojekten – es ist sicher positiv, dass die Förderung regelmäßig von der Interdisziplinarität der Projekte abhängt, bei der Durchführung ist es dann aber wichtig, dass die Beteiligten genug Zeit für eine wirkliche Kooperation finden.

Wie festgestellt, wirft die Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft viele Fragen auf, etwa die Anwendung empirischer Forschungsergebnisse in normativen Kontexten. Die Nutzung sozialwissenschaftlicher Daten zur Unterstützung rechtlicher Argumentationen muss sorgfältig eingewoben werden, um sicherzustellen, dass die Standards guter Wissenschaft⁴⁰ (vgl. oben) gewahrt bleiben.

Eine mögliche Integration interdisziplinärer Ansätze in die Rechtswissenschaft erfordert letztlich eine sorgfältige Balance zwischen der Öffnung für neue Perspektiven und der Bewahrung der eigenen methodologischen und theoretischen Grundlagen. Kritische Reflexion dieser Prozesse ist entscheidend, um sicherzustellen, dass die Rechtswissenschaft ihre zentrale Rolle in der Gesellschaft effektiv und verantwortungsvoll erfüllen kann. Die Förderung einer Kultur der Offenheit und des gegenseitigen Respekts zwischen Disziplinen, die Entwicklung interdisziplinärer Ausbildungsprogramme und die Schaffung institutioneller Strukturen, die solche Forschungen unterstützen, sind entscheidend für den Erfolg interdisziplinärer Projekte in der Rechtswissenschaft.

Zusammenfassung

Im Rahmen unseres Beitrags haben wir Fragen zu interdisziplinärer Forschung und Ausbildung in den Rechtswissenschaften aufgeworfen, in Reminiszenz an die Integration sozialwissenschaftlicher Perspektiven, die in der ersten Hälfte ihrer 50-jährigen Geschichte an der Fakultät eine wichtige Rolle spielte. Die Herausforderungen der Interdisziplinarität, wie die Balance zwischen rechtswissenschaftlicher Kernkompetenz und dem Einbezug anderer Disziplinen, wurden ebenso diskutiert wie die Chancen, die sich aus dieser Öffnung ergeben. Allgemein zeigen diese Überlegungen, dass Interdisziplinarität nicht nur eine methodische Erweiterung für die Rechtswissenschaft darstellt, sondern auch eine notwendige Anpassung an die

40 Merton, Wissenschaft (Fn. 10).

sich wandelnden Bedingungen der aktuellen Gesellschaft. Zukünftig wird die Fähigkeit, über Disziplingrenzen hinweg zu arbeiten, m.E. immer mehr zu einer Grundvoraussetzung für die Entwicklung des Rechts. Das gilt für die dogmatische Beantwortung rechtlicher Fragestellungen, insbesondere aber die gesetzliche Einhegung politischer Herausforderungen. Auch die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover steht deshalb vor der Aufgabe, ihre Studierenden nicht nur mit juristischem Wissen, sondern auch mit einem tiefen Verständnis für interdisziplinäre Zusammenhänge auszustatten. Dies könnte durch noch engere Zusammenarbeit mit anderen Fakultäten und externen Institutionen ermöglicht werden.

Dass sich an der Juristischen Fakultät bereits Projekte finden, die Interdisziplinarität leben und umsetzen, wurde hier an Beispielen gezeigt. Durch weitere Förderung der Interdisziplinarität kann die Fakultät sicherstellen, dass sich in den Forschungsprojekten, aber auch durch ihre Absolventinnen und Absolventen, Antworten auf die komplexen Fragen unserer Zeit finden lassen. Der Weg dorthin erfordert jedoch Engagement, Offenheit für Neues und den Mut, traditionelle Pfade zu verlassen. Die Fragen erfordern bewusste Anstrengung zur Überwindung traditioneller Disziplingrenzen und zur Förderung einer Kultur der Zusammenarbeit und des Austauschs. Durch die Schaffung von weitergehenden Strukturen für interdisziplinäre Forschung und Lehre kann die Juristische Fakultät noch stärker von den Chancen der Interdisziplinarität profitieren.

Insofern bleibt festzustellen, dass der Blick in die Vergangenheit lehrreich sein, Anregungen liefern und Möglichkeiten für bessere Implementierungen plausibler Ideen eröffnen kann. Und auch wenn die Kooperationen mit anderen Disziplinen an der Juristischen Fakultät der LUH heute andersgeartet sind als zu ihren Anfängen, finden sich hier jetzt und hoffentlich auch in Zukunft Raum und Anerkennung für die Bedeutung dieser Aspekte in Ausbildung und Forschung. Die Fakultät ist auch in ihrem Jubiläumsjahr ein guter Ort für Forschende mit Interesse für Grundlagen des Rechts, für moderne Entwicklungen und Technologien, für Bedrohungen für unsere demokratische Gesellschaft und dem möglichen Beitrag des Rechts und seiner Wissenschaft für Lösungen.

Diskriminierungsschutz bei Einsatz von KI im Bankbereich

– Fallstricke der praktischen Rechtsanwendung –

Petra Buck-Heeb

I. Einführung

Die Finanzbranche ist inzwischen elementar auf Künstliche Intelligenz (KI) angewiesen. Insofern konstatierte die Deutsche Kreditwirtschaft schon im Jahr 2021, dass „die Zukunft der Branche ... ohne die Nutzung von KI nicht mehr darstellbar“ ist.¹ Die Banken sehen sich mit einer stetigen Zunahme von enormen Datenmengen konfrontiert, mit denen umgegangen werden muss.² Dabei spielt insbesondere die sog. generative KI-Technologie eine Rolle, die Maschinen nicht nur ermöglicht zu lernen, sondern auch neue Inhalte zu erzeugen.

So unterliegen nicht nur die technischen Ausformungen der KI ständigen Neuerungen, sondern auch die regulatorischen Vorgaben des Gesetzgebers. Der große Bedarf auch der deutschen Banken, zahlreiche ihrer Prozesse KI-anwendungsbasiert umzustellen, um weiterhin international wettbewerbsfähig zu bleiben, trifft auf Schwierigkeiten im Umgang mit den aufsichtsrechtlichen Regelungsvorgaben. Diese bezwecken neben der Datensicherheit vor allem auch die Verhinderung von Diskriminierung. Auf den letzteren Aspekt soll im Folgenden näher eingegangen werden.

1 *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme zur KI-Verordnung der EU, 6.8.2021, abrufbar unter https://bankenverband.de/media/files/DK_Stellungnahme_zur_KI-Verordnung.DE.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

2 *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme (Fn. 1).

II. Grundlagen

1. Einsatzbereiche von KI in Banken

KI-unterstützte Systeme können sowohl im Backoffice als auch im Frontoffice einer Bank eingesetzt werden.³ Als Schwerpunkte der Nutzung von KI im Bankensektor werden u.a. die Echtzeit-Transaktionsanalyse, das algorithmische Trading (sog. Hochfrequenzhandel)⁴ sowie KI-verwaltete Fonds genannt. Auch im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung wird KI inzwischen eingesetzt.⁵ Technisch einfache Vorgänge können ebenfalls KI-basiert sein. Als Beispiel lässt sich hier die Personalisierung von Kundendienstleistungen bzw. die automatisierte Erstellung von Kundenprofilen nennen.

Des Weiteren kann der Einsatz von Chatbots angeführt werden, der zur Automatisierung der Routine-Kundeninteraktion erfolgen kann. So können etwa eine Kontoeröffnung oder allgemeine Kundenanfragen auf Seiten der Bank nicht mehr durch Menschen, sondern Maschinen abgewickelt werden. Das erstreckt sich ebenso auf die Bearbeitung von Kundenanrufen in einem Callcenter,⁶ wie auf eine automatisierte Kundenauthentifizierung,⁷ kann sich aber auch auf einen sog. Robo Advice⁸ beziehen. Insbesondere durch den Einsatz von generativer KI entstehen zunehmend fortschrittli-

3 *Verband öffentlicher Banken*, Künstliche Intelligenz im Bankwesen, 2.2022, S.1, abrufbar unter https://www.voeb.de/fileadmin/Dateien/Publikationen/VOEB_auf_einen_Blick_Kuenstliche_Intelligenz.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

4 *Kindermann*, Digitaler Effektenhandel, in: Möslin/Omlor (Hrsg.), *FinTech-Handbuch: Digitalisierung, Recht, Finanzen*, 3. Aufl., München 2024, § 28 Rn. 51 ff.; *Buck-Heeb*, Compliance im Bank- und Kapitalmarktrecht, in: Chibanguza/Kuß/Steege (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz: Recht und Praxis automatisierter und autonomer Systeme*, Baden-Baden 2022, § 5 H. Rn. 25 ff.

5 *Buck-Heeb*, Rechtsrisiken bei automatisierter Kreditwürdigkeitsprüfung und Kreditvergabe, BKR 2023, 137 ff.; siehe auch *Kelp/Schneider*, Wenn ein Algorithmus über den Kredit entscheidet, BaFinJournal v. 11.5.2023, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa_bj_2305_Algorithmen_Kreditvergabe.html (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

6 *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme (Fn. 1).

7 Siehe etwa *Buck-Heeb*, Compliance (Fn. 4), Rn. 14 ff.

8 Siehe dazu *ESMA*, Artificial Intelligence in EU securities markets (ESMA TRV Risk Analysis), 1.2.2023, ESMA50-164-6247, S. 9 f., abrufbar unter https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/ESMA50-164-6247-AI_in_securities_markets.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2024); siehe auch etwa *Hennemann/Kumkar*, Robo Advice und automatisierte Entscheidungen im Einzelfall, in: Linardatos (Hrsg.), *Rechtshandbuch Robo Advice: Automatisierte Finanz- und Versicherungsdienste*, München 2020, § 13 Rn. 1 ff.; *Buck-Heeb*, Robo Advice: Anlegerschutz und gesetzgeberischer Handlungsbe-

chere Formen des Robo Advice als dies bislang der Fall war. KI kann auch helfen, die Anforderungen aus der EU-TaxonomieVO (VO (EU) Nr. 2019/2088) zu erfüllen.⁹ Außerdem besteht Einigkeit darüber, dass eine intelligente Betrugserkennung, insbesondere auch bzgl. der Geldwäsche, nicht mehr ohne KI zu bewerkstelligen ist.

Die genannten Beispielsbereiche beziehen sich nicht nur auf verschiedene Anwendungsfelder, sondern auch auf unterschiedliche Automatisierungsgrade bzw. KI-Anwendungen. Je nachdem, welche Art von System eingesetzt wird, können die anwendbaren aufsichtsrechtlichen Regelungen variieren. Teilweise hat sich hier auch der Begriff „Regtech“ herausgebildet. Darunter versteht man den „Einsatz innovativer Technologien zur effektiveren und effizienteren Erfüllung und Dokumentation regulatorischer Pflichten“.¹⁰ Wenn parallel dazu die Aufsichtsbehörde ihrerseits innovative Technologien für ihre Aufsichtstätigkeit verwendet, wird von „Suptech“ gesprochen.¹¹

Schon diese wenigen Beispiele zeigen das große Potenzial, das im Einsatz von (generativer) KI im Bankenbereich steckt. Zeit- und Kostenersparnis sind nur ein Faktor, die Möglichkeit, riesige Datenmengen (rasch) auszuwerten, ein anderer. Den hiermit verbundenen Chancen für Banken und Kunden gleichermaßen stehen zahlreichen Risiken für sämtliche Akteure gegenüber. Insofern hat eine optimale Regulierung ein Gleichgewicht zwischen der rechtstatsächlich möglichen Wahrnehmung der Chancen auf der einen und den Risiken (insbesondere Diskriminierungsrisiken) für den Kunden auf der anderen Seite zu schaffen.

darf, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hrsg.), *Automatisierte Systeme*, München 2022, S. 177 ff.

9 *Güllich*, Automatisierung der EU-Taxonomie mit künstlicher Intelligenz: Wie Banken durch KI unterstützt werden können, *Der Bank Blog* v. 19.1.2024, abrufbar unter <https://www.der-bank-blog.de/automatisierung-eu-taxonomie/regulierung-aufsicht/37706259/> (zuletzt abgerufen am 30.10.2024); *Buck-Heeb*, Rechtsunsicherheiten beim KI-Einsatz im Bankensektor, *WM* 2023, 1625 (1626).

10 *BaFin*, Regtech, 5.5.2023, abrufbar unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/Regtech/regtech_node.html (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

11 *BaFin*, Regtech (Fn. 10).

2. Regulatorische Vorgaben

a) Bankspezifische Regelungen

Gesetzliche respektive aufsichtsrechtliche Regelungen zu KI-Anwendungen oder automatisierten Systemen finden sich speziell im Bankenbereich nur wenige. So wird die automatisierte Anlageberatung (sog. Robo Advice) nicht schon in der Finanzmarktrichtlinie von 2014 (MiFID II), sondern erst auf Level 2 der Aspekt der Automatisierung erwähnt (Art. 54 DelVO 2017/565).¹² Außerdem sieht die revidierte Verbraucherkreditrichtlinie von 2023 (RL 2023/2225) Regelungen bzgl. einer automatisierten Kreditvergabe an Verbraucher vor (Art. 18 Abs. 6 VerbrKrRL 2023).

Dieser Befund darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich auf Level 3 sowohl die europäische Finanzaufsichtsbehörde ESMA in Leitlinien als auch die nationale Finanzaufsichtsbehörde BaFin in ihrem Rundschreiben zu den Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion (sog. Ma-Comp)¹³ ausführlich zu bestimmten Anforderungen an Banken bzgl. ihrer KI-Systeme verhalten haben. Diese Level 3-Maßnahmen haben zwar nicht den Rang von gesetzlichen Regelungen, stellen aber die Verwaltungsauffassung der Behörden dar.

In diesem Kontext betont die BaFin stets, dass die aufsichtlichen Vorgaben technologie-neutral sind.¹⁴ Das ist in Bezug auf Art. 54 Abs. 1 UAbs. 2 DelVO 2017/565 hinsichtlich der (teil)automatisierten Anlageberatung auch der Fall. Dort wird die Verantwortung für die Durchführung der Geeignetheitsbeurteilung dem entsprechenden Wertpapierdienstleistungsunternehmen zugewiesen, wenn „Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungs-dienstleistungen ganz oder teilweise über ein voll- oder halbautomatisches System erbracht“ werden. Hervorgehoben wird im Weiteren, dass sich

12 Siehe auch konkretisierend *BaFin*, Automatisierte und signalbezogene Beratungs- und Handelssysteme, 1.9.2022, abrufbar unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/BeratungsHandelssysteme/BeratungsHandelssysteme_node.html (zuletzt abgerufen am 30.10.2024); siehe auch *Grischuk*, Robo Advice – Automatisierte Anlageberatung in der Aufsichtspraxis, 16.8.2017, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa_bj_1708_RoboAdvice.html (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

13 *BaFin*, Rundschreiben 05/2018 (WA) – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten – Ma-Comp, Stand: 26.9.2024.

14 *BaFin*, Big Data und Künstliche Intelligenz: Prinzipien für den Einsatz von Algorithmen in Entscheidungsprozessen (Prinzipienpapier BDAI), 15.6.2021, S. 5; *Kelp/Schneider*, Algorithmus (Fn. 5).

diese Verantwortung nicht dadurch verringert, „dass ein elektronisches System zu Abgabe persönlicher Empfehlungen oder zum Treffen von Handelsentscheidungen eingesetzt wird“. Für die aufsichtliche Verantwortungszuweisung ist es unerheblich, welche technologische Entwicklungsstufe das eingesetzte System aufweist. Insofern spielt eine Abgrenzung verschiedener Entwicklungsstufen der KI hier keine Rolle.

Detaillierte anwendungsspezifische Vorgaben zum Robo Advice enthält auf Level 3 die MaComp der BaFin.¹⁵ Dort finden sich zahlreiche Hinweise dazu, was die Aufsichtsbehörde in diesem Fall von den Wertpapierdienstleistungsunternehmen erwartet, u.a. geht es auch hier um die Vermeidung von Diskriminierung. Die ESMA hatte auf europäischer Ebene schon seit 2018 in ihren Leitlinien zur MiFID II spezielle Vorgaben für den Einsatz von Robo Advice vorgesehen.¹⁶

Neben diesen anwendungsspezifischen, finden sich auf Level 3 auch risikospezifische Vorgaben im Umgang mit KI. Im Vordergrund steht dabei der – vorliegend nicht im Fokus stehende – Aspekt der Datensicherheit insbesondere aufgrund der Bedrohung durch Cyberangriffe (Cybersicherheit).¹⁷ Zu nennen sind hier die von der BaFin veröffentlichten MaRisk i.d.F. der 7. Novelle (insbes. AT 7.3 MaRisk)¹⁸ sowie die bankaufsichtlichen Anforderungen an die IT (sog. BAIT; insbesondere Ziff. 5.6 und Ziff. 10 BAIT),¹⁹ die eine Wirksamkeitskontrolle bzgl. der Informationssicherheitsmaßnahmen und das IT-Notfallmanagement beinhalten. Auch diese Vorgaben sind technologieneutral ausgestaltet.

Anders verhält sich das jedoch bei der Verbraucherkreditrichtlinie 2023, wo in Art. 18 Abs. 8 VerbrKrRL dezidiert „automatisierte Verfahren“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung thematisiert werden. Insofern ist dieser bankspe-

15 Näher *Buck-Heeb*, Robo Advice (Fn. 8), S. 183 ff.

16 ESMA, Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II-Anforderungen an die Eignung, 6.11.2018, ESMA35-43-1163DE; siehe auch ESMA, Public Statement On the use of Artificial Intelligence (AI) in the provision of retail investment services, 30 May 2024, ESMA35-335435667-5924; dazu *Buck-Heeb*, MiFID II und der Einsatz von KI, Aufsichtliche Vorgaben für eine KI-gestützte Anlageberatung und Vermögensverwaltung, BKR 2024, 785 ff.

17 Dazu schon *Frisse/Glaßl/Baranowski/Duwald*, Unternehmenssicherheit bei Banken – IT-Sicherheit, Know-how Schutz, Datensicherheit und Datenschutz, BKR 2018, 177 ff.

18 *BaFin*, Rundschreiben 05/2023 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, Stand: 18.10.2023.

19 *BaFin*, Rundschreiben 10/2017 (BA) – Bankaufsichtliche Anforderungen an die IT (BAIT), in der Fassung vom 16.8.2021.

zifische Regelungsansatz streng genommen nicht mehr vollumfänglich, sondern lediglich relativ technologieneutral. Erfasst sind hier nur solche Verfahren, die eine bestimmte Autonomiestufe erreicht haben und nicht allein eine menschliche Entscheidung vorbereiten. Das bedeutet gleichzeitig, dass Systeme, die die erforderliche Entwicklungshöhe („automatisiert“) nicht erreichen, nicht von der Regelung erfasst werden. Hier kommt – anders als etwa bei Art. 54 DelVO 2017/565 – der Definition dessen, was „automatisierte Verfahren“ sind, erhebliche Bedeutung zu.²⁰

b) Nicht-bankspezifische Regelungen

Hinzu kommt das Erfordernis der Beachtung der einschlägigen nicht-bankspezifischen Regelungen, die an den Aspekt der Automatisierung anknüpfen. Anzuführen ist hier zunächst die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).²¹ Art. 22 DSGVO kommt bei Einsatz von KI-Systemen dann erhebliche Relevanz zu, wenn diese zu Entscheidungen mit rechtlicher oder vergleichbarer Wirkung führen. Diese Norm soll den Einzelnen davor schützen, zum bloßen Objekt des automatisierten Systems zu werden.²²

Des Weiteren sind im bankrechtlichen Anwendungsbereich auch die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu beachten. Das könnte für Banken insbesondere im Zusammenhang mit der Kreditwürdigkeitsprüfung relevant werden. Allerdings ist u.a. umstritten, ob eine solche bzw. eine Kreditablehnung ein Massengeschäft iSd § 21 Abs. 1 AGG sein kann.²³ Aufgrund der zahlreichen Unsicherheiten bei der Anwendung

20 Näher unten bei III.2.

21 Zu den Anforderungen nach der DSGVO *Ashkar*, Wesentliche Anforderungen der DS-GVO bei Einführung und Betrieb von KI-Anwendungen, ZD 2023, 523 (524 ff.); *Baumgartner/Brunnbauer/Cross*, Anforderungen der DS-GVO an den Einsatz von Künstlicher Intelligenz, MMR 2023, 543 ff.

22 *Taeger*, in: ders./Gabel (Hrsg.), DSGVO - BDSG - TTDSG, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2022, Art. 22 DS-GVO Rn. 9.

23 *Buck-Heeb* (Fn. 9), WM 2023, 1634 m.w.N.; siehe auch *Spiecker gen. Döhmman/Towfigh*, Automatisch benachteiligt – Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und der Schutz vor Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungssysteme, Rechtsgutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, April 2023, S. 24, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/schutz_vor_diskriminierung_durch_KI.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

des AGG auf Fälle automatisierter Entscheidungen wird neuerdings eine Reform des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes gefordert.²⁴

Zu nennen ist darüber hinaus die KI-Verordnung (sog. AI Act; VO (EU) 2024/1689). Sie gilt weitgehend ab dem 2. August 2026 (Art. 113 KI-VO).²⁵ Die KI-Verordnung basiert hinsichtlich der Intensität der Regulierung auf der Einordnung bestimmter Handlungen in Risikokategorien. Sie ist damit risikobasiert. Bei höherem Risiko steigen die vorgesehenen Pflichten. Die Verordnung knüpft dabei an bestimmte Anwendungen an. So wird in Bezug auf den Bankenbereich etwa eine KI-basierte Kreditwürdigkeitsprüfung als Hochrisiko-KI eingestuft. Als Hochrisiko-KI gelten Systeme, von denen eine erhebliche Bedrohung für die Gesundheit, Sicherheit oder die Grundrechte der Einzelnen ausgeht. Auch wenn diese Einordnung der Kreditwürdigkeitsprüfung auf den ersten Blick verwundert, lässt sie sich doch damit erklären, dass die Kreditwürdigkeit zentrale Bedeutung für die Teilhabe an den Gewährleistungen der modernen Gesellschaft, wie etwa Wohnraum, Elektrizität, Telekommunikationsdienstleistungen usw. hat (vgl. Erwägungsgrund 58 S. 5 KI-VO).

Da deshalb auch die Kreditwürdigkeitsprüfung zum Kreis der entsprechend gefährlichen Bereiche gezählt wird, gelten hierfür strenge organisatorische sowie technische Anforderungen. Daraus leitet sich ab, dass alle anderen Einsatzbereiche von KI im Bankensektor²⁶ grds. zu den Nicht-Hochrisiko-KI-Systemen bzw. den Systemen mit minimalem oder keinem Risiko gehören. Der KI-Einsatz bei der Anlageberatung oder der Vermögensverwaltung (Robo Advice) stellt daher grds. lediglich eine KI-Anwendung mit geringem Risiko und damit geringen regulatorischen Pflichten dar.

Sonderregelungen hat der europäische Gesetzgeber in der KI-Verordnung jedoch nunmehr für den Einsatz von generativer KI, wie etwa ChatGPT, geschaffen. Je nachdem wie wirkmächtig das konkrete KI-Modell ist, sind entsprechende abgestufte „Pflichten“ zu erfüllen. Insofern kommt es für die Beurteilung der Voraussetzungen an die o.g. sonstigen Einsatzbereiche von KI bei Banken darauf an, ob im Einzelfall generative KI eingesetzt wird oder nicht.

24 Siehe das Rechtsgutachten von *Spiecker gen. Döhmman/Towfigh* (Fn. 23), S. 24.

25 ABl. EU NR. L vom 12.7.2024.

26 Siehe oben bei II.1.

3. Vermeidung von Diskriminierung

Bei sog. selbstlernender KI besteht die Gefahr, dass sie aufgrund der bloßen mathematischen Rechenoperationen beim Lernprozess eine Diskriminierung bestimmter Personen begünstigt. Eines der Hauptziele der verschiedenen regulatorischen Ansätze²⁷ liegt darin, eine Diskriminierung von Individuen durch den Einsatz von KI zu vermeiden.²⁸ In einem „algorithmic bias“, d.h. der systematischen Verzerrung von Ergebnissen,²⁹ und daraus abgeleitet einer Diskriminierung wird eines der großen Risiken im Hinblick auf den KI-Einsatz gesehen.³⁰ Dies gilt auch in Bezug auf die KI-Anwendungen in Banken.

Das spiegelt sich im Zusammenhang mit den einzelnen Regelungen wieder. Zwar liegt der Hauptzweck der DSGVO nicht in einem Diskriminierungsschutz, allerdings gilt das Risiko der diskriminierenden Wirkung als von den Zielen der Verordnung mit umfasst (siehe Erwägungsgrund 85 S.1 DSGVO, vgl. auch Erwägungsgrund 71 und 75 DSGVO).³¹ So sieht etwa Art. 22 Abs. 3 DSGVO vor, dass bei ausnahmsweise erlaubter Automatisierung der Datenverwender dem Betroffenen bestimmte Maßnahmen zugestehen muss, die jenem ermöglichen nachzuvollziehen, ob im Einzelfall eine Diskriminierung vorliegt. Nur dann kann der Betroffene ggf. auch gegen eine solche vorgehen.

Vergleichbares sieht auch nunmehr Art. 18 Abs. 8 Verbraucherkreditrichtlinie 2023 vor, wonach die Mitgliedstaaten bei einer automatisierten Verarbeitung im Rahmen der Kreditwürdigkeitsprüfung bestimmte Rechte des Verbrauchers vorzusehen haben.³² Wie in der DSGVO ist ein Recht auf

27 Siehe oben II.2.

28 *Panzer-Heemeier/Nemat*, Digitale Ethik – Eine neue Chance für ESG-Compliance, CCZ 2022, 223 (228); *Feldkamp/Kappler/Poretschkin/Schmitz/Weiss*, Rechtliche Fairnessanforderungen an KI-Systeme und ihre technische Evaluation – Eine Analyse anhand ausgewählter Kreditscoring-Systeme unter besonderer Berücksichtigung der zukünftigen europäischen KI-Verordnung, ZfDR 2024, 60 ff.; allgemeiner zur Diskriminierung durch Künstliche Intelligenz *Lauscher/Legner*, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, ZfDR 2022, 367 ff.

29 *BaFin*, Prinzipienpapier BDAI (Fn. 14), S. 8.

30 *ESMA*, Risk Analysis (Fn. 8), S. 17.

31 *Werry*, Generative KI-Modelle im Visier der Datenschutzbehörden, MMR 2023, 911 (914); vgl. auch *Schild*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 1.11.2023, Art. 4 DS-GVO Rn. 188.

32 *Langenbucher*, Diskriminierung bei der Vergabe von Verbraucherkrediten?, BKR 2023, 205 (noch zum Entwurf).

menschliche Überprüfung der automatisierten Entscheidung, ein Recht zur Erläuterung der Logik und der Risiken der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten und die Darlegung der Bedeutung für die Entscheidung und ihrer Auswirkungen auf sie, ein Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts sowie ein Recht auf Überprüfung der Kreditwürdigkeitsprüfung und der Entscheidung über die Kreditgewährung enthalten. Ein „Recht auf Anfechtung“ wie in der DSGVO ist aber nicht (mehr) vorgesehen.³³

Aber nicht nur die DSGVO im Allgemeinen und die Verbraucherkreditrichtlinie 2023 speziell für die Kreditvergabe (siehe Art. 6 VerbrKrRL), sondern auch die KI-Verordnung enthalten Regelungen zur Diskriminierung bei Einsatz von KI-basierten Algorithmen.³⁴ Die KI-Verordnung hebt insbesondere im Hinblick auf die als Hochrisikobereich eingestufte Kreditwürdigkeitsprüfung³⁵ hervor, „KI-Systeme, die zu diesem Zweck eingesetzt werden, können zur Diskriminierung von Personen oder Gruppen führen und historische Diskriminierungsmuster, wie etwa aufgrund der rassischen oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, fortschreiben oder neue Formen von Diskriminierung mit sich bringen“ (Erwägungsgrund 58 S. 6 KI-VO). Auch die finanzinstitutsbezogene MaRisk der BaFin sieht vor, dass aufsichtlich überprüft wird, ob im Rahmen einer automatisierten Kreditvergabe unzulässigerweise diskriminierende Parameter eingesetzt werden.

Die BaFin hatte in einer Untersuchung von 2023 festgestellt, dass die Kreditwirtschaft schon länger an einem Ausschluss von Diskriminierung durch ein algorithmisches Verfahren arbeitet. Die Institute verwenden inzwischen etwa kritische Merkmale (Wohnort, Herkunft usw.) nicht mehr als Parameter für ihre Risikoklassifizierungsverfahren.³⁶ Allerdings geht es dann, wenn selbstlernende Systeme eingesetzt werden, nicht nur um den Input von Datensätzen und Modellvorgaben, sondern auch darum, die selbstlernenden Prozesse des Systems hinsichtlich einer Diskriminierung zu überwachen. Auch wenn der Dateninput nicht diskriminierend ist, besteht die Gefahr, dass das System automatisiert-selbstlernend eine Diskriminierung vornimmt. Dies gilt es zu vermeiden, was die Institute angesichts

33 Zur unklaren Bedeutung dieses Begriffs *Taeger* (Fn. 22), Art. 22 DS-GVO Rn. 70; v. *Lewinski*, in: Wolff et al. (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 32), Art. 22 DS-GVO Rn. 50.

34 *Langenbacher* (Fn. 33), BKR 2023, 205.

35 Siehe oben bei II.2.b).

36 *Kelp/Schneider*, Algorithmus (Fn. 5).

der sog. Black Box-Problematik vor erhebliche Herausforderungen stellt. Festhalten lässt sich aber, dass der gesamte Prozess der bankbezogenen Automatisierung, d.h. von der Entwicklung bis zur Anwendung, dem Diskriminierungsschutz unterliegt.

4. Zwischenergebnis

Die einzelnen Regelungsbereiche, die beim Einsatz von KI in Banken berührt sein können, unterscheiden sich elementar. Die bankenspezifischen Regelungen sind – anders als etwa die Bestimmungen der DSGVO oder der KI-Verordnung – jedenfalls zumeist technologieneutral. Das bedeutet, dass deren Anwendung nicht davon abhängig ist, ob im Einzelfall eine nur teilweise oder eine vollständige Automatisierung bzw. eine entsprechende selbstlernende KI-Anwendung vorliegt. Die KI-Verordnung dagegen zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur risikobasiert ist, sondern sich auf bestimmte Anwendungsgebiete bezieht. Die konkreten Anwendungen werden in Risikokategorien eingeteilt und daraus der jeweilige Grad an Regulierungsintensität abgeleitet.

III. Einige Problembereiche der praktischen Anwendung

1. Anwendbare Bestimmungen und zuständige Aufsichtsbehörden

a) Anwendbare Bestimmungen

Schwierigkeiten kann den Banken beim Einsatz KI-bezogener Anwendungen schon das Herausfiltern der konkret anwendbaren Normen bereiten. Wie gezeigt, können sowohl bankspezifische als auch nicht-bankspezifische Regelungen relevant sein. Dabei ist das Verhältnis der einzelnen Regelungen zueinander bislang noch völlig unklar. Im Vorfeld erhobene Bedenken der Banken bzgl. einer Doppelregulierung fanden kein Gehör.³⁷ Ob nunmehr aufgrund der zahlreichen Regulierungsansätze eine solche zu verzeichnen ist, ist bislang soweit ersichtlich noch nicht untersucht worden.

37 *Bankenverband*, Positionspapier zum EU-Regulierungsrahmen für Künstliche Intelligenz, 8.6.2022, S. 2 f., abrufbar unter https://bankenverband.de/files/2022-08/migration/files/KI_PP_final.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

Auch die Regelungen selbst geben kaum Aufschluss. Zwar knüpft die Verbraucherkreditrichtlinie von 2023 einerseits an die KI-Verordnung und andererseits an die DSGVO an. Ein Rangverhältnis wird jedoch nicht festgelegt. Jedenfalls die – noch in nationales Recht umzusetzenden – Bestimmungen der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 und die DSGVO sollen wohl nebeneinander Anwendung finden (siehe Erwägungsgrund 56 S. 3 VerbrKrRL).³⁸ Das scheint auch für das Verhältnis der KI-Verordnung zur DSGVO zu gelten (Erwägungsgrund 56 S. 1 VerbrKrRL). Erst die konkrete Rechtsanwendung wird aber zeigen, wo sich Überschneidungen oder Widersprüche ergeben. Das ist nicht nur für die Banken im Hinblick auf zu treffende Vorkehrungen, sondern auch für die Kunden in Bezug auf die Feststellung eines Verstoßes durch die Banken, misslich.

b) Zuständige Aufsichtsbehörde

Darüber hinaus ergibt sich das Problem der verschiedenen zuständigen Aufsichtsbehörden in den unterschiedlichen, teilweise kumulativ betroffenen Regelungsbereichen. Für die Aufsicht über die Einhaltung der bankspezifischen Regelungen ist die BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) zuständig. Das gilt etwa auch bzgl. der automatisierten Verarbeitung in Art. 18 Abs. 8 VerbrKrRL 2023.

Dagegen wird die Einhaltung der DSGVO-Bestimmungen durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bzw. die Landesdatenschutzbeauftragten als zuständige Behörde sichergestellt.³⁹ Das bedeutet, dass der Begriff der automatisierten Verarbeitung iSd Art. 22 DSGVO zunächst von diesen näher bestimmt wird. Eine Einheitlichkeit schon allein in der Auslegung der DSGVO wird erst nach einer Klage und in der Folge einem Vorlageverfahren vor dem EuGH erreicht sein können.

Welche nationale Behörde in Bezug auf die Einhaltung der KI-Verordnung zuständig sein wird, ist noch offen. Hier verweist die Verordnung auf das jeweilige nationale Recht, das eine zuständige Behörde benennen soll. Diskutiert wird u.a., eine neue Behörde zu schaffen, was die Zuständigkeiten noch weiter „auffächern“ würde. Problematisch erscheint dies vor allem

³⁸ *Buck-Heeb* (Fn. 5), BKR 2023, 143.

³⁹ *Forgó/Skorjanc*, Datenschutz, in: *Möslein/Omlor* (Hrsg.), *FinTech-Handbuch* (Fn. 4), § 15 Rn. 123.

deshalb, weil, wie erwähnt, das Zusammenspiel der unterschiedlichen Regelungen noch nicht klar umrissen ist.⁴⁰

Hinzu kommt, dass bestimmte Termini in unterschiedlichen Gesetzen jeweils anders ausgelegt werden könnten. Das ist zwar dann unproblematisch, wenn deren Sinn und Zweck jeweils ein anderer ist. Ob das aber im vorliegenden Kontext stets der Fall ist, ist noch unklar. Als Beispiel kann der Begriff des automatisierten Verfahrens herangezogen werden, der im Rahmen der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 von der BaFin und im Rahmen der DSGVO von den oben genannten Datenschutzbeauftragten ausgelegt wird.

Noch zusätzlich erschwert wird das Zusammenspiel der einzelnen Aufsichtsbehörden dadurch, dass in der finalisierten KI-Verordnung, anders als noch im Entwurf der Verordnung, zusätzlich die Schaffung eines sog. AI Offices durch die EU-Kommission vorgesehen ist.⁴¹ Dieses soll als Marktüberwachungsbehörde bzgl. der generativen KI-Modelle (GPAI Models) dienen (Erwägungsgrund 116 KI-VO). Da im Übrigen nach wie vor die nationalen Aufsichtsbehörden zuständig sein sollen, wird sich auch hier die Frage nach dem Zusammenwirken der Behörden stellen.

2. Mangel einer einheitlichen Definition von KI und automatisierter Entscheidung

Während die KI-Verordnung an den Begriff der „Künstlichen Intelligenz“ anknüpft, stellen andere Normen, wie die der DSGVO, der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 und der DelVO 2017/565 auf den Terminus der Automatisierung ab. Ob eine „automatisierte Entscheidung“ bzw. ein „automatisiertes Verfahren“ stets mit „KI“ gleichzusetzen ist, ist bislang nicht geklärt.

a) Begriff der Künstlichen Intelligenz

Bei der Schaffung der KI-Verordnung hatte es im Vorfeld der finalen Regulierung eine heftige Debatte um die Definition von „KI“ gegeben. An der Vorschlagsfassung der EU-Kommission wurde bemängelt, dass nahezu jede digitalisierte Anwendung darunterfalle, die Umschreibung daher zu

40 Roth-Isigkeit, Grundstrukturen der geplanten KI-Aufsichtsbehörden – KI-Bürokratie?, ZRP 2022, 187 ff.

41 Bomhard/Siglmüller (Fn. 25), RDt 2024, 52.

allgemein sei.⁴² Nunmehr ist die Definition zwar in Art. 3 Nr. 1 KI-VO enger gefasst worden. Die Schwierigkeiten dürften damit jedoch noch nicht beendet sein.⁴³ Außerdem gibt es inzwischen zusätzlich spezielle Regelungen, insbesondere Dokumentations- und Konzeptionsanforderungen, für generative KI-Anwendungen (Art. 51 ff. KI-VO).⁴⁴

Auch wenn der Bereich der besonders streng regulierten Hochrisiko-KI klar umrissen wird, bleiben für die Rechtsanwender zahlreiche Unsicherheiten. Die EU-Kommission kann nachträglich noch neue Bereiche als Hochrisiko-KI einstufen. Erforderlich erschien dies, weil die technischen Entwicklungen und damit das Potenzial von KI rasch voranschreiten. Für den Rechtsanwender und damit auch die Banken stellt dies jedoch bei der Implementierung von KI-Systemen einen Faktor der Rechtsunsicherheit dar. Weitere Rechtsunsicherheit ergibt sich daraus, dass derzeit noch die von der EU-Kommission auszuarbeitenden, konkretisierenden Leitlinien für die praktische Umsetzung der KI-Verordnung fehlen (Art. 96 KI-VO).

b) Begriff der automatisierten Entscheidung bzw. des automatisierten Verfahrens

Auch bzgl. des Begriffs der ausschließlich automatisierten Entscheidung iSd DSGVO bestehen noch Unsicherheiten.⁴⁵ Das liegt u.a. daran, dass die Grenzen zwischen klassischen und damit „noch nicht vollkommen automatisierten“ und „automatisierten“ Verfahren fließend sind.⁴⁶ Das Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO gilt aber nur dann, wenn die Entscheidung „ausschließlich“ auf einer automatisierten Verarbeitung beruht und nicht nur als Grundlage einer menschlichen Entscheidung dient.⁴⁷ Immerhin besteht im Schrifttum Einigkeit darüber, dass das Vorliegen einer ausschließlich

42 Steege, Definition von Künstlicher Intelligenz in Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E, MMR 2022, 926 (927 ff.); Roos/Weitz, Hochrisiko-KI-Systeme im Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung, MMR 2021, 844 (850); Hacker/Benz, Der AI Act der Europäischen Union – Überblick, Kritik und Ausblick, ZRP 2023, 226 (227).

43 Positiver Bomhard/Siglmüller (Fn. 25), RD i 2024, 45.

44 Bomhard/Siglmüller (Fn. 25), RD i 2024, 50 f.

45 Buck-Heeb (Fn. 5), BKR 2023, 139 f. m.w.N.; Horstmann/Dalmer, Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung, ZD 2022, 260 ff.; Forgó/Skorjanc, Datenschutz (Fn. 40), Rn. 88 ff.

46 Vgl. BaFin, Prinzipienpapier BDAI (Fn. 14), S. 3.

47 Ashkar (Fn. 21), ZD 2023, 530.

automatisierten Entscheidung nicht dadurch vermieden werden kann, dass eine bloß formale menschliche Mitwirkungshandlung erfolgt.⁴⁸ Auch wird einhellig davon ausgegangen, dass bloße Programmablaufpläne oder andere Ablaufdiagramme als Algorithmen im engeren Sinne nicht unter Art. 22 DSGVO fallen.⁴⁹

Vorausgesetzt wird im Schrifttum eine „ernstzunehmende fachliche inhaltliche Überprüfung durch eine natürliche Person“.⁵⁰ Wann aber der menschliche Entscheidungsspielraum so weit eingeengt ist, dass eine „ausschließlich automatisierte Entscheidung“ vorliegt, ist mangels entsprechender Judikatur unklar.⁵¹

Eine weitere Voraussetzung für das Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist, dass die Entscheidung der betroffenen Person gegenüber „rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt“. Dabei werden im Schrifttum unterschiedliche Ansichten vertreten, wann eine solche rechtliche Wirkung gegeben sein soll.⁵² In der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 wird eine vergleichbare rechtliche Wirkung nicht verlangt.

Ob der Begriff der „automatisierten Verarbeitung“ der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 identisch zu verstehen ist wie derjenige der „automatisierten Entscheidung“ bzw. „automatisierten Verarbeitung“ der DSGVO, ist bislang noch offen. Das Verhältnis der beiden Regelungen wird nicht klargestellt, sondern lediglich in Erwägungsgrund 56 S. 3 VerbrKrRL darauf hingewiesen, die in der Richtlinie zugestandenen Rechte bzgl. einer automatisierten Verarbeitung sollten „unbeschadet“ der DSGVO gewährt werden. Auch wenn dies für ein Nebeneinander der Bestimmungen spricht, fragt sich, wie mit Fällen der faktischen Doppelregulierung umzugehen ist. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund der Zuständigkeit unterschiedlicher Aufsichtsbehörden⁵³ zu sehen.

Das Verhältnis der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 zur KI-Verordnung wird in Erwägungsgrund 56 S. 1 VerbrKrRL nur kurz gestreift. In Bezug auf die Bewertung der Kreditwürdigkeit wird die KI-Verordnung erwähnt, ohne dass aber nähere Hinweise zum Verhältnis dieser Vorschriften erfolgen.

48 Horstmann/Dalmer (Fn. 46), ZD 2022, 262.

49 v. Lewinski (Fn. 34), Art. 22 DS-GVO Rn. 22.

50 Taeger (Fn. 22), Art. 22 DS-GVO Rn. 29.

51 v. Lewinski (Fn. 34), Art. 22 DS-GVO Rn. 25.1.

52 Taeger, Externes Scoring als „automatisierte Entscheidung im Einzelfall“ über eine Kreditgewährung, BKR 2024, 41 (43 f.); Buck-Heeb (Fn. 9), WM 2023, 1631 f.

53 Siehe oben bei III.1.b).

c) Abgrenzungen

Eine KI bzw. eine automatisierte Entscheidung ist für zahlreiche Regelungen von der bloßen „einfachen“ Anwendung von KI-Systemen abzugrenzen, bei denen das eingesetzte System ein lineares „Wenn-Dann-Schema“ eines vom Menschen festgelegten Algorithmus abarbeitet. In diesem Fall wird jedenfalls nicht von einer „ausschließlich automatisierten Entscheidung“ bzw. Verarbeitung iSd DSGVO gesprochen werden können. Hier trifft nämlich nicht das System auf der Basis von selbstlernenden Mechanismen eine Entscheidung, sondern der Mensch gibt diese abstrakt-verbindlich vor.

Anders ist das bei einer KI, die autonom ihren Algorithmus und damit den Weg vom Input zum Output schreibt. Sie basiert lediglich auf vom Menschen zur Verfügung gestellten Daten, aus denen sie Muster erkennt und selbst „lernt“, das vordefinierte Ziel zu erreichen und zudem den Algorithmus kontinuierlich fortzuschreiben.⁵⁴

3. Transparenz und Erklärbarkeit von KI

In Bezug auf die von Banken eingesetzten KI-Systeme betonen die BaFin und die ESMA die Notwendigkeit der Erklärbarkeit der KI („explainable AI“ oder „XAI“).⁵⁵ Eine sog. Black Box wird nicht akzeptiert. XAI-Techniken sieht die Aufsicht hinsichtlich der Abmilderung der „Blackbox“-Eigenschaft der Systeme positiv, allerdings wird einschränkend angemerkt, dass diese Ansätze selbst ebenso Modelle mit Annahmen und Schwächen darstellten.⁵⁶ Die Verantwortung für die Erklärbarkeit wird dem jeweiligen Institut zugewiesen.⁵⁷ Können die einzelnen Schritte der KI nicht erklärt werden, geht dies zu deren Lasten. Nach Ansicht der BaFin müssen „zumindest Einblicke in die Funktionsweise des Modells und die Gründe für Entscheidungen erzielt werden können“.⁵⁸ In ihrer Risikoübersicht für 2024

54 *Hoeren/Niehoff*, KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen, RW 2018, 47 (58).

55 *BaFin*, Prinzipienpapier BDAI (Fn. 14), S. 9 f.; *ESMA*, Risk Analysis (Fn. 8), S. 11 f.

56 *BaFin*, Big Data und Künstliche Intelligenz, 1.9.2022, abrufbar unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/InnovativeFinanztechnologien/BDAI/BDAI_artikel.html (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

57 Siehe *Buck-Heeb* (Fn. 9), WM 2023, 1629.

58 *BaFin*, Big Data trifft auf Künstliche Intelligenz, 15.6.2018, S. 13, S. 175.

weist die BaFin nochmals darauf hin, dass KI-Modelle nur eingesetzt werden dürfen, „wenn solche fehlende Nachvollziehbarkeit vermieden wird“.⁵⁹

Die ESMA sieht das ebenso, betont hierbei aber auch die Notwendigkeit, die richtige Balance zwischen den unterschiedlichen Interessen zu finden.⁶⁰ Wie weit die Erklärbarkeit gehen soll, ist bislang noch nicht genau umrissen.

Auch außerhalb des Zuständigkeitsrahmens der Finanzaufsichtsbehörde spielt die Erklärbarkeit von KI eine erhebliche Rolle. So enthalten die Art. 12 ff. DSGVO, insbesondere Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO, bei automatisierter Entscheidungsfindung bestimmte Informationspflichten gegenüber dem jeweils Betroffenen. Erklärbarkeit meint hier die Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit für diesen. Informiert werden soll nach einer Ansicht nicht nur über die technischen Schritte der Datenverarbeitung bzw. der Verarbeitung von Trainingsdaten, sondern auch über den Anwendungszusammenhang und die Auswirkungen der KI-gestützten Ergebnisse auf den Einzelnen.⁶¹

Nach h.M. bedeutet jedoch eine aussagekräftige Information zur involvierten Logik nicht, dass der Algorithmus selbst mitzuteilen ist.⁶² Die Reichweite der Informationspflicht und damit, welche genauen Anforderungen an die Erklärbarkeit des jeweiligen Systems zu stellen sind, ist im Schrifttum heftig umstritten. Schwierigkeiten bereitet die Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben insbesondere im Hinblick auf die hier zur Diskussion stehenden selbstlernenden Algorithmen, da diesen naturgemäß aufgrund der eigenständigen Rechenoperationen ein gewisses Maß an Unvorhersehbarkeit innewohnt.⁶³

Als in der Praxis problematisch erweist sich zudem, dass gemäß Art. 12 Abs. 1 DSGVO die Informationen „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ erteilt

59 BaFin, Risiken im Fokus der BaFin 2024, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/RIF/Risiken_im_Fokus_2024.pdf?jsessionid=B1FB3CB58FD0F61DAFE9DE28D9EA2F74.internet942?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

60 ESMA, Risk Analysis (Fn. 8), S. 11 f.

61 So Baumgartner/Brunnbauer/Cross (Fn. 21), MMR 2023, 544.

62 Paal, in: ders./Pauly (Hrsg.), DS-GVO - BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 13 DS-GVO Rn. 31b.

63 Vgl. Käde/v. Maltzan, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI) – Entmystifizierung der Black Box und Chancen für das Recht, CR 2020, 66 ff.; vgl. auch Bäcker, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, BDSG – Kommentar, 4. Aufl., München 2024, Art. 13 DS-GVO Rn. 52 ff.

werden müssen. Ob und inwiefern sich aus der Herausgabe aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO) ein Recht auf Erklärung („right to explanation“) ergibt und was ein solches dann umfassen soll, ist im Schrifttum ebenso heftig umstritten.⁶⁴ Einschlägige Rechtsprechung liegt soweit ersichtlich bislang nur in Ansätzen vor.

Dass es sich dabei nicht nur um theoretische Erwägungen handelt, zeigt das Beispiel der DKB, die wegen Verletzung dieser Regelung im Jahr 2023 ein Bußgeld in Höhe von 300.000 EUR zahlen musste. Die Bank hatte sich einem Kunden gegenüber geweigert, nachvollziehbar darzulegen, weshalb sein online gestellter Kreditkartenantrag abgelehnt wurde. Dabei war die Besonderheit, dass für die Prüfung des Antrags ein Algorithmus verwendet wurde, der anhand vorgegebener Parameter entschied.⁶⁵

Ein Recht auf Erklärbarkeit hatte das EU-Parlament auch im Hinblick auf die KI-Verordnung in seinem Vorschlag vom Sommer 2023 verlangt.⁶⁶ Bemängelt worden war, dass die Verordnung nicht die Maßstäbe für die Erklärbarkeit von KI regelt und festlegt, wann eine algorithmische Diskriminierung vorliegt.⁶⁷ Festhalten lässt sich jedenfalls, dass die gesetzgeberischen Vorgaben im Hinblick auf eine Nachvollziehbarkeit bzw. Erklärbarkeit von KI-gestützten Entscheidungen noch sehr ungenau sind, sodass für die Anwender eine große Rechtsunsicherheit herrscht.

IV. Zivilrechtliche Haftung

Den oben angeführten Rechtsunsicherheiten kommt auch im Kontext einer möglichen zivilrechtlichen Haftung der Banken erhebliche Bedeutung zu. Abgesehen von einer Schadensersatzhaftung aus Art. 82 DSGVO, wird es

64 Vgl. *Franck*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO, BDSG – Kommentar, 3. Aufl., München 2022, Art. 15 DS-GVO Rn. 18.

65 *Kuhn*, Warum die DKB für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz 300.000 Euro Strafe zahlen muss, Wirtschaftswoche v. 2.6.2023, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/technologie/digitale-welt/bussgeld-wegen-datenschutzverstosses-warum-die-dkb-fuer-den-einsatz-von-kuenstlicher-intelligenz-300-000-euro-strafe-zahlen-muss/29184396.html> (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

66 *Becker/Feuerstack*, Der neue Entwurf des EU-Parlaments für eine KI-Verordnung, MMR 2024, 22 (26).

67 *Ebers*, Kontroverse KI-Verordnung, NJW Editorial v. 20.5.2021, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/kontroverse-ki-verordnung> (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

dabei vor allem um eine deliktische Haftung gehen. Mit dem Entwurf einer KI-Haftungsrichtlinie⁶⁸ sind schon erste Ansätze einer gesetzlich verordneten Beweiserleichterung in der Diskussion. Im Zentrum der Überlegungen wird bei der Deliktshaftung stehen, welche der o.g. Normen ein zivilrechtliches Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB sein können. Das wird insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung zu überlegen sein. Auch unter diesem Aspekt ist der konkrete Anwendungsbereich dieser bank- bzw. KI-bezogenen Regelungen elementar. Da die Diskussion hierzu erst am Anfang steht, ergibt sich sowohl für die Banken als auch die Kunden Rechtsunsicherheit.

V. Resümee

Schon an den aufgeführten exemplarischen Schwierigkeiten im praktischen Umgang mit den KI-bezogenen Regelungen zeigt sich, dass die deutschen Banken beim Einsatz von KI-Systemen nicht nur technische Hürden überwinden müssen. Vielmehr stehen sie vor der Herausforderung, auch die rechtlichen Anforderungen zu meistern. Hier gilt es, so weit wie möglich ein sicheres rechtliches Umfeld zu schaffen, damit die deutschen Banken im internationalen Wettbewerb nicht noch weiter außen vor bleiben. Unstreitig ist, dass KI das Potenzial hat, das Banking in all seinen Facetten grundlegend neu zu gestalten. Insofern gilt insbesondere für den KI-Einsatz das, was einer der BaFin-Direktoren in einem Kurzkomentar treffend angemerkt hat: „Eines wird immer bleiben: die Veränderung“.⁶⁹

68 COM/2022/496 final vom 28.9.2022.

69 BaFin, „Eines wird immer bleiben: die Veränderung“, BaFinJournal v. 31.8.2023, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa_bj_2308_Kurzkomentar_Grund_VA_Jahreskonferenz_2023.html (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

Pauschale Beihilfen zur Krankheitskostenvollversicherung von Beamtinnen und Beamten

Hermann Butzer

Professorinnen und Professoren werden traditionell im Beamtenstatus beschäftigt. Das war im Wintersemester 1974/1975, als in Hannover an der damaligen Fakultät für Rechtswissenschaften mit Vorlesungen begonnen wurde, nicht anders als heutzutage. Man verwirklichte zwar zusammen mit sieben weiteren westdeutschen Fakultäten die sog. „Einstufige Juristenausbildung“ und damit ein Reformmodell, das in Hannover eine interdisziplinäre, progressiv-gesellschaftskritische, insbesondere soziologisch bereicherte Juristenausbildung anstrebte. Der traditionelle Beamtenstatus für die frisch berufenen Professorinnen und Professoren (das waren fast ausnahmslos Männer; bis zur Jahrtausendwende wurden nur 1976 mit der Soziologin Beatrice Caesar-Wolf und 1993 mit der Zivilrechtlerin Ulrike Wendeling-Schröder zwei Frauen berufen) stand aber nie in Frage.

A. Beamtenstatus und Sozialversicherung

50 Jahre später ist die Verbeamtung auf Lebenszeit bei der Berufung von Professorinnen und Professoren noch immer der Regelfall, obwohl § 21 Abs. 1 Satz 2 NHG anderes zulässt. Die Hauptbegründung liegt darin, dass der Beamtenstatus von seiner Konstruktion her die Unabhängigkeit der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer gegenüber sachfremden Einflüssen garantieren soll und damit die Freiheit in Forschung und Lehre. Auch müsse der staatliche Bildungsauftrag von Personen ausgeübt werden, die eng an die Verfassung gebunden seien und die im Gegenzug vor Unabhängigkeitsgefährdungen geschützt würden. Professorinnen und Professoren seien zudem mit der Vergabe von Berufs- und Lebenschancen oder auch deren begründeter Verweigerung betraut. Sie erfüllten also eine wichtige hoheitliche Aufgabe, für die sie ggf. auch Eingriffshoheit benötigten.

I. Vor- und Nachteile des Beamtenstatus aus Dienstherrn- und Beamten-sicht

Vorteile der Beschäftigung im Beamtenstatus lassen sich für beide Seiten ausmachen: Für den zu berufenden Hochschullehrer ist attraktiv, dass er mit dem Beamtenstatus unkündbar ist, dass er grundsätzlich nur mit seiner Zustimmung abgeordnet oder versetzt werden kann (vgl. § 27 Abs. 3 NHG) und dass ihn keine Residenzpflicht trifft (vgl. § 54 Abs. 1 NBG). Umgekehrt betrachtet, ist für den Staat (und seine Bürgerinnen und Bürger) wertvoll, dass Beamtinnen und Beamte ihre Interessen – etwa mit Blick auf Arbeitsbedingungen und Besoldung – nicht auch mit Streiks vertreten dürfen.

Im finanzknappen Staat weitaus wichtiger dürfte jedoch sein, dass Beamtenprofessoren (zunächst) im aktiven Dienst kostengünstiger als angestellte Professorinnen und Professoren sind. Das liegt daran, dass Beamte nicht Mitglieder in den verschiedenen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung sein müssen. Für den Staat fallen daher keine Sozialversicherungsbeiträge an. Damit werden knapp über 20 Prozent des Bruttolohns¹ erspart, die der Staat im Rahmen der paritätischen Finanzierungsmitverantwortung sonst zu tragen hätte. Allerdings haben beamtete Professorinnen und Professoren – das ist gegenzurechnen, wird aber erst nach Ende von deren aktiver Dienstzeit (und damit viele Wahlperioden später) relevant² – Anspruch

1 Im Jahr 2024 betragen die allgemeinen Beiträge in der Sozialversicherung 18,6 Prozent in der Rentenversicherung, 14,6 Prozent des Bruttolohns in der Krankenversicherung, 3,4 Prozent in der Pflegeversicherung und 2,6 Prozent in der Arbeitslosenversicherung. Hinzu kommt arbeitgeberseitig der Beitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung (Durchschnittsbeitrag: 1,3 Prozent).

2 Die Versorgungsausgaben für Pensionen und Beihilfeleistungen für Beamte im Ruhestand müssen Bund und Länder bislang aus dem laufenden Steueraufkommen finanzieren. Allerdings wurde seit Ende der neunziger Jahre begonnen, Rückstellungen für zukünftige Versorgungsaufwendungen zu bilden (vgl. § 14a BBesG i.V.m. dem Gesetz über eine Versorgungsrücklage des Bundes [VersRückLG]). In Niedersachsen gilt das NVersRückLG v. 16.11.1999 (Nds. GVBl. S. 388) i.d.F. des Gesetzes v. 20.12.2016 (Nds. GVBl. S. 308). Es besteht aber keine Pflicht, die Sondervermögen (etwa „Niedersächsische Landesversorgungsrücklage“) zu füllen. So erfolgen in Niedersachsen seit dem Jahr 2010 keine Zuführungen mehr in die Versorgungsrücklage. Zum Jahresende 2022 betrug der Marktwert der Versorgungsrücklage daher nur rund 691 Mio. EUR (vgl. *Niedersächsisches Finanzministerium*, Haushaltsrechnung des Landes Niedersachsen 2022, Abschnitt 1, Anl. zu Kapitel 1302, S. 23). Zum Vergleich: Die Versorgungsbezüge der Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richter betrugen im Jahr 2022 4,161 Mrd. EUR (vgl. ebd., Gruppierungsübersicht, S. 23). Die Rücklage deckt daher nur 16 Prozent einer *einzigsten* Jahresausgabe ab. Der jährliche Gesamthaushalt Niedersachsens beträgt derzeit rund 39 Mrd. EUR.

auf eine steuerfinanzierte Beamtenpension. Und es ist auch gegenzurechnen, dass Beamtinnen und Beamte im Krankheits-, Pflege- und Geburtsfall zu ihren Krankheits- und Pflegekosten und zu denjenigen ihrer Familienangehörigen Beihilfen des Dienstherrn erhalten, die je nach Familienstatus 50, 70 oder 80 Prozent der Kosten betragen (vgl. § 80 NBG).

Für die Beamtinnen und Beamten ist wiederum attraktiv, dass die Pension im Vergleich zur Alterssicherung aus der Gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) deutlich höher ausfällt und dass als Folge des Anspruchs auf Beihilfe nur 50, 30 oder 20 Prozent der Krankheits- und Pflegekosten privat versichert werden müssen, was die Absicherung in der Regel finanziell günstiger ausfallen lässt als in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Aus Sicht der Beamtinnen und Beamten ist ferner relevant, dass wegen der Unkündbarkeit keine Absicherung gegen das Arbeitslosigkeitsrisiko erforderlich ist und dass an die Stelle der gesetzlichen Unfallversicherung die steuerfinanzierte Unfallfürsorge des Dienstherrn tritt (vgl. §§ 33 ff. NBeamtVG).

II. Das ewige Lamento: So, wie es ist, kann es nicht bleiben

Seit langem wird in der öffentlichen Diskussion in der Regel allein auf die Vorteile des Beamtenstatus für die Beamtinnen und Beamten geschaut, infolgedessen von „Beamtenprivilegien“ gesprochen, und dann unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten gefordert, den Beamtenstatus ganz oder zumindest für bestimmte Gruppen, etwa für die Lehrer oder die Professoren, abzuschaffen. Durchgesetzt hat sich dieser seit Jahrzehnten immer wieder aufs Neue³ gemachte Vorschlag bislang nicht. Danach sieht es auch in Zukunft nicht aus. Bei Bestandsbeamtinnen und Bestandsbeamten spielt hier vor allem die allgemein bezweifelte Vereinbarkeit mit den von Art. 33 Abs. 5 GG garantierten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamten­tums eine entscheidende Rolle. Da eine Zwei-Drittel-Mehrheit für eine Verfassungsänderung politisch nicht „in Reichweite“ liegt, geht man jenseits des Lagers, das rein sozial- oder finanzpolitisch argumentiert, davon aus, dass nur die Möglichkeit bleibt, in Zukunft weniger zu verbeamten.

Das wirft dann aber die Frage auf, wie in Mangelberufen noch gute Absolventen für den Staatsdienst gewonnen werden sollen. In „marktgan-

3 Zuletzt hat dies etwa der Freiburger Finanzwissenschaftler und Rentenexperte *Bernd Raffelhüsch*en in einem Interview mit dem Münchner Merkur v. 18.1.2023 vorgeschlagen.

gigen“ Studienfächern wie den Rechtswissenschaften, der Ökonomie oder den MINT-Fächern lassen sich wegen der demographischen Entwicklung jedenfalls seit etlichen Jahren Akademikerinnen und Akademiker mit guten Studienabschlüssen überhaupt nur noch mit dem Köder „Beamtenstatus“ von der Annahme lukrativerer Angebote aus der Privatwirtschaft abhalten bzw. auf den langen Qualifikationsweg zu einer Professur oder einem Lehrstuhl locken. Ein warnendes Beispiel war hier das Unterfangen von Berlin, Brandenburg und Thüringen, Lehrerinnen und Lehrer nicht mehr zu verbeamten. Daraufhin gingen diese einfach woanders hin – mit der Folge, dass die drei Länder ein Nachwuchsproblem bekamen und von ihrer Praxis abrücken mussten.

Ebenso sahen sich Mecklenburg-Vorpommern (2018), Hessen (2019) und Thüringen (seit 2023) bereits genötigt, Rechtsreferendare wieder – wie das bis in die 1990er Jahre hinein durchgängig bundesweit üblich war, dann aber bis 2016 (zuletzt in Thüringen) überall abgeschafft wurde – in das Beamtenverhältnis auf Zeit zu übernehmen, um auf diese Weise einen Brain Drain „ihrer“ Absolventinnen und Absolventen in andere Länder zu verhindern.⁴ Viel spricht dafür, dass sich auch im Hochschulbereich ohne Beamtenstatus die Gewinnbarkeitschancen hinsichtlich des wissenschaftlichen Nachwuchses ebenso drastisch ändern würden wie die Chance einer Rufabwehr bei arrivierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, die aus einem Land mit fortbestehendem Beamtenstatus „gerufen“ würden.

1. Statt Abschaffung des Beamtenstatus: Zwangsmitgliedschaft in GRV und GKV?

Vor dem Hintergrund dieser rechtlich-tatsächlichen Schwierigkeiten einer Abschaffung des Beamtenstatus wird seit jeher parallel darüber diskutiert, Beamtinnen und Beamte im Beamtenstatus zu belassen, sie aber in die GRV und die GKV einzubeziehen.⁵ Zumeist steht das in Verbindung mit Vorschlägen zur Schaffung einer die gesamte Erwerbsbevölkerung umfas-

4 Auch in Niedersachsen, das mit der zweitniedrigsten Unterhaltshilfe für Rechtsreferendare (seit 1.7.2024: 1.276,63 EUR) bundesweit einen unrühmlichen vorletzten Platz im Ranking aller Bundesländer belegt, ist eine Wiedereinführung des Zeitbeamtenstatus oder eine signifikante Erhöhung des Unterhaltsbeitrags vermutlich nur eine Frage der Zeit.

5 Zuletzt schlug dies etwa Bundesarbeitsminister *Hubertus Heil* (SPD) in Interviews am 6.3.2024 in RTL und NTV im Zuge der Vorstellung des sog. Rentenpakets II vor.

senden sog. Erwerbstätigenversicherung bzw. Einwohnerversicherung;⁶ so weit es nur um die Aufhebung des dualen System in der Kranken- und Pflegeversicherung geht, wird eher von Bürgerversicherung⁷ gesprochen.

Die Befürworter dieser Modelle erhoffen sich mehr soziale Gerechtigkeit in der solidarischen Beitragsfinanzierung, eine Stabilisierung oder sogar Senkung der Beiträge sowie eine höhere Effizienz und dadurch Kostenersparnisse, um ein höheres Leistungsniveau in der Alters-, Kranken- und Pflegeversorgung zu ermöglichen. Im Bereich der Kranken- und Pflegeversicherung geht es zusätzlich um die Abschaffung einer von den Befürwortern der Modelle kritisierten Zwei-Klassen-Medizin, in der Versicherte der GKV und der PKV unterschiedlich behandelt werden. Zu Erwerbstätigen- und Bürgerversicherung stellen sich allerdings nicht nur im Hinblick auf die Einbeziehung von Beamten, sondern auch sonst gewichtige kompetenzrechtliche und grundrechtliche Fragen,⁸ und auch rechtspolitisch wird, etwa von den Beamtenverbänden, energisch gegen diesen Vorschlag argumentiert. Es müsse dann der negative Gehaltsunterschied zu anderen Beschäftigten beseitigt und das Bruttogehalt der Beamtinnen und Beamten so aufgestockt werden, dass der Rentenversicherungsbeitrag und der im aktiven Beamtenleben zumeist höhere Beitrag zur GKV nicht ihr Nettoeinkommen reduziere. Überdies müsse in der Besoldung kompensiert werden, dass die Altersversorgung fortan nicht mehr über dem Niveau der GRV

6 Vgl. etwa BMAS (Hrsg.), Grünbuch zum Dialogprozess Arbeiten 4.0, Berlin 2015, S. 80; BMAS (Hrsg.), Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2016, S. 169; Kreikebohm, Kommt die Erwerbstätigenversicherung?, NZS 2010, 184 ff.; Rische, Weiterentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung, RVaktuell 2008, 2 ff.; Schmitt, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbständiger, VSSR 2018, 197 ff.

7 Einen guten Überblick zu Für und Wider liefert ein Papier der *Wissenschaftlichen Dienste* des Deutschen Bundestages, Argumente für und gegen eine „Bürgerversicherung“ (WD 9 - 3000 - 058/17) v. 5.1.2018.

8 Vgl. zu ihnen auch Butzer, Sackgasse oder Neue Wege? Verfassungsrechtliche Anmerkungen zu den aktuellen Reformmodellen für unser Gesundheitssystem, Unimagazin Hannover, Ausgabe 3-4/2004, S. 10 ff.; ders., Bundesverfassungsgericht und duales Krankenversicherungssystem, MedR 2010, 283 ff.; ders., Alterssicherung und Erwerbsminderung aus rechtswissenschaftlicher Sicht: Stand und Zukunft des Rentenverfassungsrechts, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Bd. 2: Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft, Berlin 2015, S. 3 ff.; ders., Die Einführung einer Vorsorgepflicht oder Pflichtversicherung für (Solo-)Selbstständige, VSSAR 2020, 213 ff.; ders./Lücke, Die Zulässigkeit gleich hoher Beiträge von Eltern und Kinderlosen in der privaten Pflegeversicherung, VersR 2023, 1545 ff.

läge. Anderenfalls seien Staat und Hochschulen im Wettbewerb um gute Arbeitskräfte nicht mehr konkurrenzfähig.

2. Franz Ruland und Gunther Schwerdtfeger

Dass Überlegungen, Beamte in die Sozialversicherung einzubeziehen, nicht neu sind, zeigt sich daran, dass schon der erste meiner beiden hannoverschen Vorgänger an den Diskussionen um diese Vorschläge teilgenommen hat. Franz Ruland⁹ (Beiname: Der „Rentenpapst“¹⁰), der von 1980 bis 1983 die erst 1979 an der Fakultät neu eingerichtete Professur für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Recht der Sozialen Sicherheit innehatte,¹¹ hat das Thema nicht nur in seiner Hannover-Zeit, sondern lebenslang begleitet. Als Grenzgänger zwischen Wissenschaft und Sozialrechtspraxis¹²

9 Ruland (* 25.9.1942 in Saarbrücken) schloss 1972 eine juristische Ausbildung mit dem Zweiten Juristischen Staatsexamen und der Promotion ab. Anschließend war er bis zu seiner Habilitation 1978 bei Hans F. Zacher am Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München tätig. Er wechselte dann als Leiter der Rechtsabteilung zum Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR). Von 1980 bis 1983 übernahm er als erster Stelleninhaber die Professur an der Universität Hannover. 1983 kehrte Ruland aber wieder zum VDR zurück, dessen Geschäftsführung er ab 1992 bis 2005 innehatte. Näher zur Person: Zacher, Franz Ruland 65 – Eine Zwischenbilanz, in: Becker (Hrsg.), Alterssicherung in Deutschland – Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2007, S. 715 ff.

10 So z.B. Creutzburg, FAZ v. 28.5.2014.

11 An seine Hannoveraner Zeit erinnert sich Franz Ruland bis heute gerne und lebhaft, und das gute Kennenlernen im Anschluss an ein Abendessen nach einem Vortrag, den Ruland bei der Juristischen Studiengesellschaft Hannover im Jahre 2004 hielt, hat mir eine bis heute währende Kommentierungsverpflichtung in dem von Ruland weiterhin mitherausgegebenen Gesamtkommentar zum SGB VI eingebracht. Aber auch für die heutige Lehrstuhlbibliothek war Ruland ein Glücksfall: Als er und seine Frau Annette nämlich beschlossen, nach ihrer Frankfurter Zeit wieder in den Münchener Raum zurückzukehren, allerdings in ein Domizil mit weniger Platz für Bücher, „erbte“ der Lehrstuhl große Teile von Rulands sozialrechtlicher Privatbibliothek.

12 Von dieser Grenzgänger-Eigenschaft zeugt, dass Ruland als Staatsrechtler und exzellenter Kenner des Rentensystems ein von der Politik gefragter Ratgeber war und die Sozialpolitik in einer Reihe von Kommissionen beeinflusst hat. Auch die Gründung des Forschungsnetzwerks Alterssicherung (FNA) der Deutschen Rentenversicherung Bund im Jahr 2001 ist wesentlich seinem Anstoß zu verdanken. Seine Idee eines hochschulübergreifenden Netzwerks, das auch den wissenschaftlichen Nachwuchs fördert, ist zu einem Erfolgsmodell geworden und gilt in der Forschungslandschaft zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht als eine der wichtigsten Plattformen für den wissenschaftlichen Austausch.

hat er sich zum Thema immer ablehnend geäußert.¹³ Der Einbezug von Beamtinnen und Beamten werde nur eine Beamtengeneration lang die GRV durch zusätzliche Beitragseinnahmen entlasten, später aber hohe Ausgaben nach sich ziehen, sobald den Beamten Renten gezahlt werden müssten. Dieser zeitliche „Verschiebeparkplatz“ sei keine Lösung der von ihm frühzeitig thematisierten demographisch bedingten Finanzprobleme der GRV, die – so hat er überaus klar bereits in den 1980er Jahren formuliert, was aber jeder Demograph ohnehin sah – ab 2020 im Zusammenhang mit dem Ausscheiden der Babyboomer aus dem Arbeitsleben entstehen würden.

Gunther Schwerdtfeger¹⁴ wiederum, der nach der Umwandlung von einer Professur (C3) in einen Lehrstuhl (C4) – von der Freien Universität Berlin kommend – als Nachfolger von Ruland berufen wurde und von 1987 bis 2000 an der Fakultät lehrte, hat sich dagegen zu dem Thema – soweit ersichtlich – wissenschaftlich nicht direkt geäußert. Das erklärt sich vor allem daraus, dass Schwerdtfegers sozialrechtliche¹⁵ Interessen weniger auf dem Versicherten- und dem Leistungsrecht als auf dem krankenversicherungsrechtlichen Leistungserbringungsrecht und hier besonders auf dem Vertragsarzt- und Arzneimittelrecht lagen. Verfolgt haben wird er – wie

13 *Ruland*, Möglichkeiten und Grenzen einer Annäherung der Beamtenversorgung an die gesetzliche Rentenversicherung, in: Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme, Anlageband B zum Gutachten, veröffentlicht durch die Bundesregierung von dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1983, Rn. 228, 306 ff. m.w.N., 404 ff.; *ders.*, Die Rentenpolitik vor schwierigen Entscheidungen – der Koalitionsvertrag und die rentenpolitischen Notwendigkeiten, DRV 2018, 1 (9 f.); *ders.*, Reformoptionen – die keine sind, Wirtschaftsdienst 2024, 98 ff.

14 Schwerdtfeger (* 7.11.1934 in Oldenburg) studierte von 1955 bis 1959 Rechtswissenschaften in Göttingen und München, promovierte und legte 1964 sein Zweites Juristisches Staatsexamen in Göttingen ab. Nach Stationen in Lausanne und erneut in Göttingen habilitierte er sich bei Hans Peter Ipsen in Hamburg mit der Schrift „Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz“ (1971). Es folgte eine erste Professur 1975 an der Universität Münster. Von dort wechselte Schwerdtfeger aber bereits 1976 an die FU Berlin. 1987 nahm er, wie er rückblickend sagt: wegen der damaligen Insellage Berlins, den Ruf nach Hannover an und lehrte und forschte hier bis zu seiner Emeritierung Ende März 2000. Näher zur Person: *Butzer/Kühne*, Personalien – Gunther Schwerdtfeger zum 70. Geburtstag, NJW 2004, 3312 f.

15 Gunther Schwerdtfegers Arbeitsbereiche gehen weit über das Sozialrecht hinaus. Zu ihnen gehören verschiedene Grundrechtsthemen, aber auch etwa die Arbeitsmarkterfassung und das Ausländerrecht. Sehr bekannt gemacht hat ihn sein Standardwerk „Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung“, (lange) der „Medicus“ des Öffentlichen Rechts, seit der 1. Auflage 1973 in mittlerweile 15 Auflagen erschienen, zuletzt 2018 im Zusammenwirken mit seiner Nichte Angela Schwerdtfeger (Göttingen).

jeder Sozialrechtler – die Diskussion sicherlich, auch nach seiner Emeritierung.¹⁶

3. Neuer Ansatz: Pauschale Beihilfengewährung zu einer Krankheitskostenvollversicherung

Weil die mit einer Erwerbstätigenversicherung einhergehende Zwangsgliedschaft der Beamtinnen und Beamten in der GRV und in der GKV mithin rechtlich schwierig ist und politisch schwer durchsetzbar erscheint, versuchen die Ländergesetzgeber jetzt (erst einmal?) etwas anderes: Sie bieten ihren Beamtinnen und Beamten, ihren Versorgungsempfängerinnen und Versorgungsempfängern sowie ihren Richterinnen und Richtern alternativ zur herkömmlichen individuellen Beihilfe auch die Gewährung einer monatlichen pauschalen Beihilfe des Landes zu einer freiwilligen gesetzlichen oder zu einer privaten Krankheitskostenvollversicherung an (sog. Hamburger Modell). Damit kann dieser Personenkreis, zu dem auch die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer zählen, zukünftig wählen: Er kann an der (bisherigen) individuellen Beihilfe in Ergänzung zu einer privaten Teilkrankenversicherung festhalten, oder er kann sich für eine pauschale Beihilfe (= Arbeitgeberzuschuss) entweder zu einer privaten Krankheitskostenvollversicherung oder zur GKV-Versicherung entscheiden. Die Höhe dieser pauschalen Beihilfe bemisst sich bei freiwillig gesetzlich Versicherten nach der Hälfte des nachgewiesenen GKV-Beitrags, bei privat Versicherten nach höchstens der Hälfte der Prämie im PKV-Basistarif (vgl. § 80a Abs. 6 NBG). Die Option „Pauschale Beihilfe“ ist aber auf die Krankenversicherung beschränkt, den Pflegeversicherungsbeitrag wird sie nicht abdecken.

16 Schwerdtfeger, der weiterhin in seinem schönen Haus am Fuße des Deisters in Wernigsen lebt, wo ich ihn im März 2024 besuchen konnte, hat mich sofort nach meinem Eintreffen in Hannover freundschaftlich-väterlich „unter seine Fittiche“ genommen. Insbesondere hat er mir geraten, den jetzigen Zuschnitt der Lehrstuhlräume zum Gegenstand der Berufungsverhandlung zu machen. Eng verbunden ist er an der Fakultät auch mit Renate Bertram, die er nach seiner Pensionierung zunächst zu dem neuberufenen Volker Epping vermittelt hatte, die später aber zur großen Freude Schwerdtfegers doch noch einmal einige Zeit an „seinem“ früheren sozialrechtlichen Lehrstuhl aushelfen konnte.

Nachdem verschiedene Länder¹⁷ – Hamburg im Jahre 2018 an der Spitze – mit der Eröffnung der Option für eine solche pauschale Beihilfe vorangeschritten sind, hat kürzlich auch der Niedersächsische Landtag einen neuen § 80a in das Niedersächsische Beamtengesetz (NBG)¹⁸ eingeführt, der für die bereits im Landesdienst stehenden Beamtinnen und Beamten vom 1. Februar 2024 an für ein Jahr eine einmalige Wahlmöglichkeit gibt (vgl. § 80a Abs. 4 Satz 2, Satz 3 NBG). Der Antrag ist beim Niedersächsischen Landesamt für Bezüge und Versorgung zu stellen. Neu-Beamtinnen und Neu-Beamte werden die Wahlmöglichkeit zwischen PKV- und freiwilliger GKV-Versicherung zu Beginn ihrer Beamtenlaufbahn dagegen dauerhaft haben (vgl. § 80a Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 NBG). Ihnen (aber auch den Bestandsbeamten) wird jetzt durch die Neuregelung eine einmalige und weitreichende Prognose über mehrere Jahrzehnte abverlangt, die unumkehrbar ist (vgl. § 80a Abs. 4 Satz 1 NBG). Für jüngere Menschen wird das keine einfache Entscheidung sein und gute Beratung erfordern.

B. Verfassungsfragen rund um die Einführung des § 80a NBG

§ 80a NBG wirft die Frage auf, was von diesen Neuregelungen in den Landesbeamtengesetzen *verfassungsrechtlich* zu halten ist. Sind sie mit Art. 33 Abs. 5 GG und mit der Vorsorgefreiheit der Beamtinnen und Beamten zu vereinbaren? Stehen sie evtl. im Widerspruch zu anderen Grundrechten und Verfassungsrechtsgrundsätzen?¹⁹

17 Vergleichbare Regelungen gibt es mittlerweile in Hamburg (§ 80 HmbBG), Thüringen (§ 72 ThürBG), Berlin (§ 76 LBG), Brandenburg (§ 62 LBG), Bremen (§ 80 BremBG), Baden-Württemberg (§ 78a LBG), Sachsen (§ 80a SächsBG) und Schleswig-Holstein (§ 80a LBG). In Nordrhein-Westfalen und Mecklenburg-Vorpommern, in denen das Vorhaben in den Koalitionsverträgen vereinbart ist, dürften bald Regelungen verabschiedet werden.

18 Gesetz zur Einführung einer pauschalen Beihilfe in Niedersachsen v. 12.12.2023 (Nds. GVBl. Nr. 25/2023, S. 296).

19 Die folgenden Ausführungen beruhen auf einer Stellungnahme, die ich im Rahmen der Anhörung zu dem Gesetzesentwurf (LT-Drucks. 19/2230) im Ausschuss für Haushalt und Finanzen des Niedersächsischen Landtags am 18.10.2023 abgegeben habe.

I. Keine Sperrwirkung des SGB V gegenüber den Landesgesetzgebern

Diesen Fragen vorgeschaltet ist jedoch zuallererst zu fragen,²⁰ ob das SGB V hinsichtlich der Bestimmung seines Versichertenkreises (§§ 5-10 SGB V) erschöpfende und damit abschließende Regelungen erhält, mit der Folge, dass der NBG-Gesetzgeber nicht durch eine pauschale Beihilfe die freiwillige Mitgliedschaft von Beamtinnen und Beamten in der GKV bzw. in einer PKV-Krankheitskosten-Vollversicherung finanziell unterstützen dürfte. Im Hintergrund steht hier Art. 72 Abs. 1 GG, wonach im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung haben, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“. In dem Umfang, in dem der Bundesgesetzgeber tätig geworden ist, tritt eine Sperrwirkung für eine gesetzgeberische Tätigkeit der Länder ein.²¹ Landesrecht, das trotz Sperrwirkung erlassen wurde, ist nichtig.²² Voraussetzung der Sperrwirkung ist allerdings, dass der Bund eine erschöpfende und damit abschließende Regelung erlassen hat.²³ Ob ein Gesetz erschöpfend ist und ob damit die Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber eine Frage nicht explizit geregelt hat, als (von den Landesgesetzgebern ausfüllungsfähige) legislatorische „(Regelungs)Lücke“ angesehen werden kann, oder ob es sich um ein sog. beredtes Schweigen handelt, also um den Fall eines bewussten Nichtregelns mit abschließender Wirkung seitens des Bundesgesetzgebers, das Sperrwirkung nach sich zieht, kann nur durch eine Gesamtwürdigung des gesamten Regelungskomplexes entschieden werden.²⁴

Das von § 80a Abs. 1 NBG gemachte „Angebot“, dass der Dienstherr statt der individuellen Beihilfe zu konkret angefallenen Krankheitskosten eine pauschale Beihilfe in Form des hälftigen Beitrags für eine freiwillige Mitgliedschaft in der GKV übernimmt, ist zunächst einmal an Beamtinnen und Beamte im Landesdienst adressiert, die bereits jetzt freiwillig Mitglied der GKV sind (vgl. § 80a Abs. 4, Abs. 5 Satz 1, Satz 3 Nr. 1 NBG). Nach § 257 Abs. 2 SGB V tragen freiwillig Versicherte ihre Beiträge allein. Aus die-

20 So etwa *Lindner*, Einbeziehung der Beamten in die gesetzliche Krankenversicherung?, ZBR 2018, 10 (11-17).

21 *Uhle*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Stand: 2015, München, Art. 72 Rn. 78.

22 *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 72 Rn. 38.

23 *Uhle* (Fn. 21), Art. 72 Rn. 82 m.w.N.; *Degenhart* (Fn. 22), Art. 72 Rn. 27.

24 *Uhle* (Fn. 21), Art. 72 Rn. 83.

ser Beitragstragungspflicht folgt aber nicht eine alleinige Beitragsaufbringungspflicht. Es ist nicht ersichtlich, warum es dem SGB V-Gesetzgeber nicht gleichgültig sein können sollte, ob die/der freiwillig Versicherte den Beitrag wirtschaftlich betrachtet alleine aufbringt oder ob er dafür eine finanzielle Unterstützung von dritter Seite erhält (sei es durch eine Privatperson, sei es durch einen Arbeitgeber oder Dienstherrn). Für das SGB V kommt es nur darauf an, dass der freiwillig Versicherte gegenüber der Einzugsstelle den (gesamten) Beitrag erbringt, den diese dann an den Gesundheitsfonds weiterleitet. Das Beitragsrecht des SGB V, konkret §§ 250 Abs. 2, 257 f. SGB V, entfaltet daher keine Sperrwirkung hinsichtlich einer Kostenbeteiligung des Landes an der Beitragslast bereits freiwillig in der GKV versicherter Beamtinnen und Beamten.

Dasselbe gilt für Personen, bei denen das Beamtenverhältnis erst zukünftig begründet werden wird (vgl. § 80a Abs. 4, Abs. 5 Satz 1, Satz 3 Nr. 4a NBG). Verfügen diese Neu-Beamtinnen und Neu-Beamten über die gemäß § 9 Abs. 1 SGB V erforderliche Berechtigung zur freiwilligen Versicherung in der GKV inklusive der erforderlichen Vorversicherungszeit,²⁵ machen sie von der ihnen durch das SGB V explizit bereitgestellten Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung in der GKV Gebrauch (was ihnen die PKV-Krankheitskosten[teil]versicherung erspart). Das hätte gemäß § 250 Abs. 2 SGB V wiederum zur Folge, dass sie den Krankenversicherungsbeitrag allein tragen, woran sich nach der neuen Option des § 80a SGB V nunmehr der Dienstherr durch die pauschale monatliche Beihilfe hälftig beteiligen würde.

25 Erfüllen Neu-Beamtinnen und Neu-Beamte, etwa mangels Vorversicherungszeit, nicht die Voraussetzungen des § 9 SGB V, könnten sie zu Pflichtmitgliedern der GKV werden. Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V sind „Beamte ... eines Landes“ nämlich in der GKV nur „versicherungsfrei“, „wenn sie nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen bei Krankheit Anspruch auf Fortzahlung ihrer Bezüge und auf Beihilfe oder Heilfürsorge haben“. Voraussetzung für die Versicherungsfreiheit ist also, dass die Personen nach beamtenrechtlichen Vorschriften bei Krankheit Anspruch auf Beihilfe besitzen (was vorliegend gemäß § 80 NBG der Fall ist). Führt das Gebrauchmachen von der Option des § 80a NBG aber zum Verlust des individuellen Beihilfeanspruchs, lässt sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V schließen, dass diese Neu-Beamtinnen und Neu-Beamten dann zum Kreis der nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V in der GKV Pflichtversicherten (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV, der auch die Beamtenbesoldung als „Arbeitsentgelt“ legaldefiniert) zählen würden, was zur Folge hätte, dass der Dienstherr ganz regulär den Arbeitgeberanteil am Krankenversicherungsbeitrag zu zahlen hätte (vgl. § 249 Abs. 1 SGB V).

II. Vereinbarkeit einer pauschalen Beihilfe mit Art. 33 Abs. 5 GG

Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des Öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Mit diesen hergebrachten Grundsätzen wiederum ist – so die in ständiger Rechtsprechung wiederholte Formel des Bundesverfassungsgerichts²⁶ – der Kernbestand von Strukturprinzipien gemeint, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind. Zu diesem Kreis von Strukturprinzipien, die vom Gesetzgeber wegen ihres grundlegenden und strukturprägenden Charakters nicht nur zu berücksichtigen, sondern zu beachten²⁷ sind, gehören anerkanntermaßen u.a. die lebenslang bestehende Fürsorgepflicht²⁸ (*nachfolgend 1.*) und das Alimentationsprinzip²⁹ (*nachfolgend 2.*).

1. Vereinbarkeit einer pauschalen Beihilfe mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn

Als Ausfluss seiner Fürsorgepflicht (vgl. § 45 BeamtStG) muss der Dienstherr „seinen“ Beamtinnen und Beamten und ihren berücksichtigungsfähigen Angehörigen nicht nur einen amtsangemessenen Lebensunterhalt gewähren, sondern auch Vorkehrungen dafür treffen, dass dieser Lebensun-

26 BVerfG, Beschl. v. 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, BVerfGE 8, 332 (343); BVerfG, Urt. v. 6.3.2007 – 2 BvR 556/04, BVerfGE 117, 330 (344 f.); BVerfG, Beschl. v. 28.5.2008 – 2 BvL 11/07, BVerfGE 121, 205 (219); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGK 16, 444 (446).

27 BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 u.a., BVerfGE 8, 1 (16); BVerfG, Urt. v. 6.3.2007 – 2 BvR 556/04, BVerfGE 117, 330 (349); BVerfG, Urt. v. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 (292); BVerfG, Urt. v. 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 u.a., BVerfGE 139, 44 Rn. 92; BVerfG, Beschl. v. 17.11.2015 – 2 BvL 19/09, Rn. 71.

28 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73, BVerfGE 43, 154 (165 f.); BVerfG, Beschl. v. 11.10.1977 – 2 BvR 407/76, BVerfGE 46, 97 (117); BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (100); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGK 16, 444 (446).

29 BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 u.a., BVerfGE 8, 1 (14 ff.); BVerfG, Urt. v. 6.3.2007 – 2 BvR 556/04, BVerfGE 117, 330 (349); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGK 16, 444 (446 f.); BVerfG, Beschl. v. 16.8.2011 – 2 BvR 187/10, Rn. 22; BVerfG, Beschl. v. 4.5.2020 – 2 BvL 4/18, BVerfGE 155, 1 Rn. 23 ff.

terhalt bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Pflege-, Geburts- oder Todesfälle nicht gefährdet wird.³⁰

a) Beihilfengewährung im Krankheitsfall unterfällt nicht Art. 33 Abs. 5 GG

Bislang ist hier die Entscheidung des niedersächsischen Landesgesetzgebers dahingehend ausgefallen, dass der Dienstherr seine Fürsorgepflicht im Krankheitsfall der Beamtinnen und Beamten durch die Gewährung von Beihilfen erfüllt. Diese treten zu der Eigenvorsorge gegen Krankheitsrisiken, die in der Regel aus einer aus der gewährten Alimentation zu bestreitenden beihilfesatzabhängigen privaten Krankheitskosten-Teilversicherung besteht, ergänzend hinzu. Auch wenn die Versicherungsmöglichkeit in der PKV mit Beihilfengewährung durch den Dienstherrn seit langem praktiziert wird, reicht sie nicht bereits in die Weimarer Zeit zurück und gehört deshalb nach verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³¹ nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, den Beamtinnen und Beamten für Krankheitsfälle oder vergleichbare Belastungen Unterstützung gerade in Form von Beihilfen oder gar von Beihilfen in bestimmter Höhe zu gewähren, besteht folglich nicht.³² Vielmehr bleibt – so das Gericht – der Dienstherr in seiner Entscheidung frei, ob er diese Pflicht über eine entsprechend höhere Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, über Zuschüsse oder in sonst geeigneter Weise erfüllt. Anders gewendet: Der Dienstherr *kann* seine Fürsorgepflicht durch Beihilfengewährung erfüllen, *muss* es aber *nicht*.

Ist die Beihilfengewährung im Krankheitsfall aber nicht Bestandteil der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, kann der Gesetzgeber sowohl eine ganz andere Form der beamtenfürsorgerisch gebotenen Unterstützung wählen als auch das System der Beihilfen jederzeit ändern,

30 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (100); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGE 116, 444 (446).

31 BVerfG, Beschl. v. 23.6.1981 – 2 BvR 1067/80, BVerfGE 58, 68 (77 f.); BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (98); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (232).

32 BVerfG, Beschl. v. 23.6.1981 – 2 BvR 1067/80, BVerfGE 58, 68 (77 f.); BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 2 BvL 18/84, BVerfGE 79, 223 (235); BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (98, 100 f.).

ohne dass dadurch Art. 33 Abs. 5 GG berührt wird.³³ Daher kann – zumindest aus verfassungsrechtlicher Perspektive – in Konkretisierung der Fürsorgepflicht und innerhalb der Grenzen des Vertrauensschutzes die bisherige Zahlung von Beihilfen, die zu der aus der gewährten Alimentation zu bestreitenden Eigenvorsorge ergänzend hinzutreten, durch die Übernahme des hälftigen GKV-Beitrags ersetzt werden. Dem Vertrauensschutzgedanken, der im Beamtenrecht seine eigene Ausprägung erfahren hat,³⁴ trägt § 80a NBG dadurch Rechnung, dass er allen Beamtinnen und Beamten in § 80a Abs. 2 NBG ein Antragsrecht (= Wahlrecht) zubilligt, ob sie von der durch § 80a NBG eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht.

b) Unmaßgeblichkeit von BVerfG, Beschl. v. 30.9.1987 – 2 BvR 933/82

Gelegentlich³⁵ wird aus einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 30. September 1987,³⁶ wonach verfassungsrechtlich gefordert sei, dass

33 Aus der Tatsache, dass der Dienstherr aufgrund von Art. 33 Abs. 5 GG nicht verpflichtet ist, die Sicherung des Krankheitsrisikos der Beamten gerade durch das Beihilfesystem zu organisieren, kann allerdings nicht schlussgefolgert werden, dass er die Pflichtversicherung in der GKV erlauben würde (so zu Recht *Lindner* [Fn. 20], ZBR 2018, 19 f.). Das sieht § 80a NBG allerdings auch nicht vor.

34 BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (241 f.) m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGE 116, 444 (446), st. Rspr.

35 *Karpenstein/Kottmann/Krebühl*, Rechtliche Stellungnahme zu den verfassungsrechtlichen Problemen der Umstellung auf ein System der pauschalen Beihilfe, Mai 2022, S. 6. Anderer Ansicht (Fürsorgepflicht darf auch auf Dritte übertragen werden): *Bieback*, Öffnung der GKV für Beamte, NZS 2018, 715 (720); *Steiner*, Verfassungsfragen anlässlich des Hamburger Modells, NZS 2018, 713 (715); *Viellehner*, Das Finanzierungsrecht der Gesetzlichen und Privaten Krankenversicherung – Herausforderung für die Zusammenführung in ein einheitliches System, Baden-Baden 2017, S. 288. Soweit sich *Karpenstein/Kottmann/Krebühl* (ebd.), S. 6, auf *Isensee*, „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, 393 (400); *Lindner* (Fn. 20), ZBR 2018, 19 f. und *Merten*, Die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht und die Grenzen der Verfassung, NZS 1998, 545 (549) beziehen, ist zu bemerken, dass diese sich allesamt zur Frage der Zulässigkeit einer Pflichtversicherung von Beamtinnen und Beamten in der GKV äußern, um die es im Fall der Gewährung pauschaler Beihilfen zu einer freiwilligen GKV-Versicherung aber nicht geht.

36 BVerfG, Beschl. v. 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256 (319 f.). Wörtlich heißt es dort: „Unbeschadet der somit grundsätzlich zulässigen Kürzung der Versorgungsbezüge im Wege der Rentenanrechnung ist verfassungsrechtlich zwingend gefordert, daß der Beamte weiterhin innerhalb des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses rechtlich und wirtschaftlich abgesichert ist und daß die personale

die personal-persönliche Bindung der Beamtin oder des Beamten zum Dienstherrn für die Unterhaltsgewährung ungeschmälert bestehen bleibe, abgeleitet, dass der Dienstherr die Unterhaltsgewährung auch im Krankheitskostenfall *selbst* sicherzustellen habe und sie nicht auf Dritte übertragen dürfe, weil er dann auf Art und Umfang der Hilfeleistung im Krankheitsfall keinen Einfluss mehr habe.

Bei der Bezugnahme auf diese Entscheidung ist allerdings Verschiedenes zu beachten:

- (1) Die zitierte Entscheidung bezieht sich auf die *Alimentationsverpflichtung* des Dienstherrn, das wäre im Krankheitskostenkontext also die Alimentationspflicht hinsichtlich der Eigenvorsorge für den Krankheitsfall (= Kosten der PKV-Krankheitskosten-*Teil*versicherung), wohingegen sich die (ergänzende) Beihilfegewährung nach §§ 80, 80a NBG als Ausdruck der Fürsorgeverpflichtung des Dienstherrn darstellt.
- (2) Die pauschale Beihilfe nach § 80a NBG entspricht systematisch nicht dem Arbeitgeberbeitrag in der GKV. Vielmehr zahlt die freiwillig in der GKV versicherte Beamtin oder der freiwillig in der GKV versicherte Beamte weiterhin den GKV-Beitrag allein (vgl. § 250 Abs. 2 SGB V) und erhält nur zu diesem Beitrag einen Zuschuss des Dienstherrn in Höhe von 50 Prozent. Die pauschale Beihilfe ist mithin eine vom Dienstherrn erbrachte Geldleistung „persönlich“ an den Beamten, nicht eine Geldleistung in ein „anderes System“. Rechtskonstruktiv ist hier also die Wahrnehmung der Fürsorgepflicht nicht etwa auf ein externes, rechtlich verselbstständiges Vorsorgesystem abgeschoben.

Bindung des Beamten zum Dienstherrn für die Unterhaltsgewährung ungeschmälert bestehen bleibt. Die *Alimentationsverpflichtung* des Dienstherrn ist unabdingbar und kraft ihrer besonderen rechtlichen Struktur nicht teilbar. Auf dem Boden der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums können weder das Gehalt des aktiven Beamten noch das Ruhegehalt oder die Hinterbliebenenversorgung (ganz oder teilweise) in Leistungen anderer Qualität wie z.B. Leistungslohn, Fürsorgehilfen oder Sozialversicherungsleistungen übergeleitet werden. Die *Besoldung und Versorgung* des Beamten darf – auch hinsichtlich einzelner ihrer Bestandteile – nicht dem Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG entzogen werden. Sie muß vom Dienstherrn selbst gewährt werden, der sich hinsichtlich *keiner der bedeutsamen Alimentationsleistungen* durch einen Dritten entlasten darf. Unzulässig wäre insbesondere die völlige Entziehung eines rechtswirksam entstandenen Versorgungsanspruchs (vgl. BVerfGE 44, 249 [269 f.]; 70, 69 [81] und auch BVerfGE 16, 94 [118]).“ (*Hervorhebungen durch Verf.*).

- (3) Auch dürfte dem Gesetzgeber bei der näheren Ausgestaltung der Fürsorgeverpflichtung des Dienstherrn ein Gestaltungsspielraum zustehen, der auch die Option „Pauschale Beihilfe“ zulässt, zumal die Interpretation, dass der Dienstherr die Unterhaltsgewährung auch im Krankheitskostenfall selbst sicherzustellen habe, nicht vereinbar ist mit den (anderen) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Modalität „Versicherungsmöglichkeit in der PKV mit Beihilfegewährung durch den Dienstherrn“ *nicht* zu den hergebrachten Grundsätzen iSd. Art. 33 Abs. 5 GG gehört.
- (4) Und schließlich lässt sich gegen das Argument, dass der Dienstherr im Fall der freiwilligen Versicherung in der GKV auf Art und Umfang der Hilfeleistung im Krankheitsfall keinen Einfluss habe, ins Feld führen, dass die pauschale Beihilfegewährung den Dienstherrn wegen der ihn (weiterhin) treffenden Fürsorgepflicht nicht davon befreit, beim Auftreten etwaiger GKV-Versicherungslücken ggf. doch zu Gunsten der Beamtin oder des Beamten einspringen zu müssen. Denn der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁷ zufolge darf eine Beamtin oder ein Beamter auch dann, wenn von der Option des § 80a NBG Gebrauch gemacht und der GKV-Beitrag dann gem. § 80a Abs. 1 i.V.m. § 80a Abs. 6 NBG zur Hälfte vom Dienstherrn übernommen werden würde, nicht mit erheblichen Krankheitsaufwendungen belastet bleiben, die sie/er über die GKV-Versicherung (oder die PKV-Versicherung) nicht abdecken kann. Zugespitzt: Die pauschale Beihilfegewährung befreit den Dienstherrn wegen der ihn (weiterhin) treffenden Fürsorgepflicht nicht davon, bei etwaigen GKV-/PKV-Versicherungslücken ggf. zu Gunsten der Beamtin oder des Beamten einzuspringen. Sollten sich mithin die Leistungen der GKV irgendwann in der Zukunft deutlich verschlechtern³⁸ und zu Lasten von Beamtinnen und

37 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (101 f.); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (232 f.); BVerfG, Beschl. v. 13.2.2008 – 2 BvR 613/06, BVerfGE 117, 278 (281); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGE 120, 444 (447). Vgl. auch *Rieger*, Die „Pauschale Beihilfe“: Bald ein neuer Fall für Karlsruhe?, ZBR 2023, 188 (192).

38 Schon jetzt gibt es im GKV-Leistungskatalog, der – anders als die PKV und die individuelle Beihilfe – dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V unterworfen ist, z.B. keinen Anspruch auf ambulante Behandlung im Krankenhaus, geringere Zuschüsse bei Zahnersatz, keine Heilpraktiker-Leistungen, geringere Zahlungen für Hörgeräte sowie keine Wahlleistungen im Krankenhaus wie Chefarztbehandlung oder Zweibettzimmer. Der Gesetzgeber ist allerdings nach BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (233) – worauf *Rieger* (Fn. 37), ZBR 2023, 191 f. zu

Beamten Versorgungslücken auftreten, besteht, auch ohne dass dafür explizit eine Härtefallregelung vorhanden sein müsste (die – als Ergebnis der Anhörung zum Gesetzentwurf – in § 80a Abs. II NBG in der verabschiedeten Fassung aber explizit enthalten ist), trotz GKV-Versicherung und Übernahme des hälftigen GKV-Beitrags eine Verpflichtung des Dienstherrn, helfend einzuspringen („Notausgang“). Eine lückenlose Erstattung jeglicher Aufwendungen verlangt die Fürsorgepflicht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts³⁹ dabei jedoch nicht.

2. Vereinbarkeit einer pauschalen Beihilfe mit dem Alimentationsprinzip

§ 80a NBG verstößt auch nicht gegen das ebenfalls zu den hergebrachten Grundsätzen iSd. Art. 33 Abs. 5 GG zählende Alimentationsprinzip. Dieses verpflichtet den Dienstherrn, für den amtsangemessenen Unterhalt seiner Beamtinnen und Beamten und ihrer Familien zu sorgen.⁴⁰ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁴¹ ist das gegenwärtige Beihilfensystem ebenso wie die freie Heilfürsorge für Soldaten oder Feuerwehrleute allerdings *nicht* Bestandteil der verfassungsrechtlich geschuldeten Alimentation des Beamten. Der Gesetzgeber kann daher andere Regelungen treffen, zumal ihm nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁴² insbesondere im Bereich des Besoldungsrechts, das auch die Beihilfe und die freie Heilfürsorge umfasst,⁴³ ein weiter Spielraum politischen Ermessens zukommt. Anders sieht es hinsichtlich der Absicherung desjenigen Vorsorgerisikos aus, das

Recht hinweist – nicht verpflichtet, Beamten mehr zu gewährleisten als das, was nach dem SGB V freiwilligen Mitgliedern der GKV als medizinisch gebotene Behandlung garantiert wird.

39 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (100 ff.); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (233); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGK 16, 444 (446).

40 BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 u.a., BVerfGE 8, 1 (14); BVerfG, Urt. v. 6.3.2007 – 2 BvR 556/04, BVerfGE 117, 330 (351); BVerfG, Beschl. v. 19.9.2007, BVerfGE 119, 247 (269).

41 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (98); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (233); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2009 – 2 BvR 1978/09, BVerfGK 16, 444 (446).

42 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.2.1981 – 2 BvR 570/76 u.a., BVerfGE 56, 146 (161 f.); BVerfG, Beschl. v. 4.4.2002 – 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310 (319 f.).

43 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.12.1982 – 2 BvL 12/79, BVerfGE 62, 354 (368); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (243).

nicht aufgrund der Fürsorgepflicht durch Leistung des Dienstherrn (derzeit: individuelle Beihilfen) ausgeglichen wird.⁴⁴ Insofern muss bereits die Alimentation so bemessen sein, dass die Beamtin oder der Beamte ihren/seinen Eigenvorsorgeteil gegen das Krankheitsrisiko aufbringen kann.⁴⁵

Da sich die Eigenvorsorge der Beamtin oder des Beamten bei Wahrnehmung der durch § 80a NBG eröffneten Option auf die Höhe des GKV-Krankenversicherungsbeitrags beläuft, der wiederum an der Höhe der Besoldung anknüpft, und der Dienstherr der Beamtin oder dem Beamten einen pauschalen Zuschuss in Höhe von 50 Prozent, ggf. auch 70 oder 80 Prozent, dieses Krankenversicherungsbeitrags gewähren würde, ist nicht ersichtlich, dass dies zu einer finanziellen Schlechterstellung der Beamtin oder des Beamten führen und damit eine Verletzung des Alimentationsprinzips einhergehen würde. Man kann vielmehr davon ausgehen, dass die jeweilige Beamtin oder der jeweilige Beamte durchkalkuliert, ob die Eigenvorsorge durch Versicherung in der PKV mit individuellen Beihilfen für ihn wirtschaftlich günstiger ist oder die Eigenvorsorge durch Versicherung in der GKV/PKV mit hälftiger Zufinanzierung des Krankenversicherungsbeitrags durch den Dienstherrn. Nicht zulässig bzw. rechtsmissbräuchlich erscheint es jedenfalls, wenn die Beamtin oder der Beamte eine Variante wählt, die sich „in the long run“ für sie/ihn als wirtschaftlich ungünstiger erweist, und dann genau unter Berufung auf diese wirtschaftlich ungünstige Entscheidung gegenüber dem Dienstherrn eine höhere Alimentation geltend macht.

Aber auch wenn man konzedieren würde, dass im GKV-System weder die Beitragshöhe noch der Leistungsumfang genau bestimmt werden kann und daher bei deutlich steigenden GKV-Beiträgen die Gefahr einer verfassungswidrigen Unteralimentierung vorhanden ist,⁴⁶ ändert dies nichts an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einführung der Option „Pauschale Beihilfe“. Sollte tatsächlich irgendwann eine Unteralimentierung der freiwillig in der GKV versicherten Beamtinnen und Beamten im Hinblick auf den von ihnen selbst zu tragenden Vorsorgebeitrag vorliegen, schließe dies nämlich nicht auf die Art und Weise der Eigenabsicherung gegen das Krankheitsrisiko durch. Vielmehr müsste dann die Beamtenbesoldung

44 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (98); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (233); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 27.11.2003 – 2 C 37/02, NVwZ-RR 2004, 508 (508 f.).

45 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (99); BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225 (238).

46 *Karpenstein/Kottmann/Krebühl*, Stellungnahme (Fn. 35), S. 10 f.

auf ein Niveau angehoben werden, das die Eigenvorsorge gegen das Krankheitsrisiko (hier: 50 Prozent des Beitrags zur freiwilligen GKV-Versicherung) wirtschaftlich ermöglicht.

III. Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Vorsorgefreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 33 Abs. 5 GG)

Bislang ist nicht abschließend geklärt,⁴⁷ ob es ein verfassungsrechtliches Prinzip der Vorsorgefreiheit für Beamtinnen und Beamte gibt, d.h. dass die Beamtin oder der Beamte in der Wahl ihrer/seiner Krankenvorsorge frei ist, also in eigener Verantwortung darüber entscheidet, in welchem Umfang, bei welchem Versicherungsunternehmen, zu welchen Versicherungsbedingungen und mit welcher eigenen Beitragsverpflichtung sie/er Vorsorge treffen⁴⁸ oder ob sie/er – so die Rechtsprechung *vor* der gesetzgeberischen Anordnung einer allgemeinen Krankenversicherungspflicht nach § 193 Abs. 3 VVG – anstelle einer Versicherung Rücklagen für den Krankheitsfall bilden will.⁴⁹ Herleiten ließe sich eine solche (beamtenrechtliche) Vorsorgefreiheit sowohl individuell-grundrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 GG als auch institutionell-beamtenrechtlich aus Art. 33 Abs. 5 GG. Letzteres setzte allerdings voraus, dass die Vorsorgefreiheit zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG gehört, was das Bundesverfassungsgericht⁵⁰ bisher stets offengelassen hat. Bejahendenfalls könnte das dann § 193 Abs. 3 VVG in Frage stellen, dem zufolge Beamtinnen und Beamte verpflichtet sind, für denjenigen Teil der Krankheitskosten, der nicht von der Beihilfe erfasst wird, eine private Krankenversicherung abzuschließen.⁵¹

Vorliegend kann dieser Fragenkreis aber dahingestellt bleiben, weil die von § 80a NBG ermöglichte Umstellung von einer individuellen auf eine pauschale Beihilfe nur „auf Antrag“ der Beamtin oder des Beamten (vgl.

47 Eingehend dazu *Rieger* (Fn. 37), ZBR 2023, 192 ff.

48 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 62.67, BVerwGE 28, 174 (176).

49 Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.11.1964 – VIII C 268.63, BVerwGE 20, 44 (51). Vgl. insoweit auch *Rieger* (Fn. 37), ZBR 2023, 192 ff.

50 BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 2 BvL 18/84, BVerfGE 79, 223 (232); BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 (105); BVerfG, Beschl. v. 25.9.2001 – 2 BvR 2566/94, Rn. 14.

51 Dazu zuletzt *Hübner*, Krankenversicherungspflicht versus Vorsorgefreiheit – Eine beamtenrechtliche Betrachtung, Baden-Baden 2020.

§ 80 Abs. 2 Satz 1 NBG) und damit freiwillig erfolgt. Das schließt eine Verletzung des Art. 33 Abs. 5 GG oder von Art. 2 Abs. 1 GG aus,⁵² weil mit einer informierten Willenserklärung immer auch auf Rechtspositionen verzichtet werden kann. Die Beihilfestellen haben hier mittlerweile Merkblätter entwickelt, in denen über die Vor- und Nachteile der pauschalen Beihilfe informiert und unmissverständlich auf die Unwiderruflichkeit hingewiesen wird.

Bedenken könnten sich allenfalls wegen der vorgesehenen Unwiderruflichkeit der Entscheidung der Beamtin oder des Beamten zugunsten der pauschalen Beihilfe (vgl. § 80a Abs. 4 Satz 1 NBG) ergeben. Es ist sicherlich richtig, dass die Unwiderrufbarkeit der Entscheidung zugunsten einer pauschalen Beihilfe dazu führt, dass die Beamtin oder der Beamte gegebenenfalls über Jahrzehnte, trotz sich möglicherweise stark ändernder äußerer Umstände (etwa: Familiensituation; Ortswechsel in ein Land, das in seinem Landesrecht keine pauschale Beihilfe vorsieht),⁵³ nicht mehr über seine Krankheitsvorsorge disponieren kann. Eine Beamtin oder ein Beamter hat aber genauso wie alle anderen Bürgerinnen und Bürger das Recht bzw. die Möglichkeit, über seine eigenen Angelegenheiten frei und autonom zu entscheiden, was dazu führen kann, dass sie/er nicht nur „richtige“, sondern auch für sich selbst falsche bzw. (wirtschaftlich) unvorteilhafte Entscheidungen trifft. Es ist nicht ersichtlich, warum Beamtinnen und Beamten unter dem Aspekt der Vorsorgefreiheit (abgeleitet zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG) das Recht gegeben werden sollte, eine für sie evtl. langfristig ungünstig wirkende Entscheidung korrigieren zu dürfen, während andere Personen dies nicht können, sondern die negativen Folgen ihrer (Fehl-)Entscheidungen zu tragen haben. Verletzt sein kann die Vorsorgefreiheit mithin nur, wenn die Beamtin oder der Beamte vor übereilten, unbedachten Entscheidungen nicht geschützt ist, was durch die in § 80a Abs. 4 Satz 1 NBG vorgesehene Schriftform (§ 126 BGB) und entsprechende (vorherige) Aufklärung sichergestellt ist.

-
- 52 Ebenso ausgeschlossen ist damit die Rüge eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sich bei den Beamtinnen und Beamten, die die Option „Pauschale Beihilfe“ wählen, später die Unvorteilhaftigkeit herausstellen sollte und sie sich dann auf einen Anspruch auf gleiche, amtsangemessene Alimentation mit denen, die entschieden haben, im bisherigen Modell zu verbleiben, berufen wollten. Im Ergebnis wie hier, aber mit anderer Begründung: *Rieger* (Fn. 37), ZBR 2023, 195.
- 53 Hieran knüpft eine Argumentation an, die in der Einführung pauschaler Beihilfen eine Verletzung der Pflicht des Landes zu bundesfreundlichem (hier: mobilitätsfreundlichem) Verhalten erkennen will. Zu Recht abgelehnt von *Steiner* (Fn. 35), NZS 2018, 714.

IV. Vereinbarkeit mit dem Eigentumsgrundrecht der in die GKV wechselnden Beamtinnen und Beamte (Art. 14 Abs. 1 GG)

Gelegentlich wird gegen die Idee pauschaler Beihilfen und den dafür erforderlichen Wechsel in eine freiwillige Versicherung in der GKV als Argument ins Spiel gebracht, dass mit dem Wechsel die bei den privaten Krankenversicherungsunternehmen in der Vergangenheit aus Eigenleistungen gebildeten Altersrückstellungen (vgl. § 146 VAG) entwertet würden⁵⁴, worin eine mögliche Verletzung des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 GG liege. Dem ist allerdings in doppelter Hinsicht zu widersprechen. Zunächst einmal gelten insoweit dieselben Überlegungen wie zu einer möglichen Verletzung der (beamtenrechtlichen) Vorsorgefreiheit: Wer informiert auf Rechte (hier: die Höhe der Rückstellung) verzichtet, kann später nicht eine Verletzung in diesen Rechten geltend machen. Volenti non fit iniuria. Vor allem wird bei dieser Argumentation aber verkannt, dass Alterungsrückstellungen kollektiv je Gewinnverband (Gruppen gleichartiger Versicherungstarife und Altersstufen) erfolgen und nicht persönlich auf Einzelkonten. Altersrückstellungen sind folglich eigentumsrechtlich dem einzelnen Versicherten gar nicht zugeordnet, so dass es bereits an einer Berührung des Schutzbereichs des Eigentumsgrundrechts der von der PKV in die GKV wechselnden Beamtinnen und Beamten fehlt.

V. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Versicherungsneutralität

Das Grundgesetz errichtet – wie z.B. daraus ersichtlich wird, dass mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („privatrechtliches Versicherungswesen“) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG („Sozialversicherung“) getrennte Kompetenznormen bereitgestellt sind – eine sog. bipolare Versicherungsordnung mit einem dualen System aus GKV und PKV.⁵⁵ Das wirft Fragen nach der Gleichbehandlung von GKV- und PKV-versicherten Beamtinnen und Beamten (sog. Versicherungsneutralität des Gesetzgebers) auf. § 80a NBG

54 Die Entwertung liegt darin, dass die gesamte Rückstellung beim privaten Krankenversicherungsunternehmen bleibt und – sofern sie nicht in eine Zusatzversicherung (z.B. Krankenhaus- oder Zahnzusatzversicherung) geleitet wird – denjenigen zugute kommt, die in dem jeweiligen Versichertenkollektiv weiterhin privat abgesichert sind. Ein Wechsel in die GKV bringt daher – je nach vorheriger Versicherungsdauer – einen Altersrückstellungs-Verlust.

55 BVerfG NJW 2009, 2033 ff.; Wenner, Klare Botschaft vom Bundesverfassungsgericht: Angriffe der privaten Krankenversicherung gegen die Gesundheitsreform erfolglos,

behandelt die Beamtengruppen mit einer GKV- oder PKV-Krankheitskosten-Vollversicherung zwar gleich, indem er beiden Gruppen die Option einer pauschalen Beihilfegewährung einräumt. Jedoch nimmt § 80a Abs. 6 Satz 1 NBG für die Höhe der pauschalen Beihilfe Bezug auf den Basistarif, der sich an den Leistungen der GKV orientiert. Es wird also nicht die Hälfte des tatsächlichen Beitrags zur privaten Krankenkosten-Vollversicherung übernommen, sondern nur die Hälfte des Basistarif-Beitrags. Insofern wird nur auf den ersten Blick dem Grundsatz der Versicherungsneutralität gefolgt. Da die Beamtin oder der Beamte mit der informierten Wahl der pauschalen Beihilfe zu ihrer/seiner PKV-Krankheitskosten-Vollversicherung diese unterschiedliche Behandlung seitens des Landesgesetzgebers jedoch freiwillig in Kauf nehmen würde und zudem der Systemunterschied von GKV und PKV als rechtfertigender Grund herangezogen werden kann, liegt darin jedenfalls keine individuell rügefähige Rechtsverletzung durch Ungleichbehandlung.

VI. Vereinbarkeit mit den Rechten der PKV-Unternehmen

Ein letzter wichtiger Argumentenblock betrifft die Verfassungsposition der PKV-Unternehmen. Die pauschale Beihilfe hat das Potential, den Wechsel eines Teils ihrer Versicherten in die GKV nach sich zu ziehen und Neu-Beamtinnen und Neu-Beamte von einer Versicherung bei einem PKV-Unternehmen abzuhalten. Sie kann den PKV-Unternehmen also im Versicherungsgeschäft mit Beamtinnen und Beamten einen Teil ihres Geschäfts wegnehmen. Es handelt sich mithin um einen mittelbaren⁵⁶ Eingriff in das Geschäftsmodell und damit in die Berufsfreiheit der PKV-Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG).⁵⁷

Allerdings lässt das Angebot einer pauschalen Beihilfe das Geschäftsmodell der PKV-Unternehmen unbeeinträchtigt, und es sind auch bedeutende (negative) Auswirkungen auf die „Funktionsfähigkeit der privaten

Soziale Sicherheit 2009, 230 (234). Ausführliche Analyse bei Butzer (Fn. 8), MedR 2010, 283 ff.

56 „Mittelbar“ deshalb, weil es nicht um einen gezielten Eingriff in die wirtschaftliche Tätigkeit der PKV-Unternehmen geht, sondern um die Erweiterung der Wahlmöglichkeiten der Beamtinnen und Beamten.

57 Siehe bereits BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (397); BVerfG, Urt. v. 11.11.1997 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228 (252 f.); BVerfG, Beschl. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033 ff., Rn. 58, 83, 93, 101, 168, 170, 240.

Krankenversicherung“ eher unwahrscheinlich, weil den PKV-Unternehmen auch bei Gewährung einer pauschalen Beihilfe nicht nur noch unerhebliche Geschäftsfelder verbleiben.⁵⁸ Eine *signifikante* Verschiebung der im Verhältnis der GKV zur PKV seit langem eingehaltenen „Friedensgrenze“⁵⁹ hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den in der GKV und in der PKV Krankenversicherten (2024: 74,5 Mio. von 83,7 Mio. Versicherten = 89,3 Prozent Versicherte in der GKV) droht – soweit derzeit ersichtlich – durch § 80a NBG und die gleichartigen Regelungen in mittlerweile acht, vermutlich bald zehn anderen Bundesländern nicht. Insofern wird weder der Zugang zum Beruf eines privaten Krankenversicherers verhindert, noch wird eine Pflicht zur Aufgabe des Berufs bestimmt. In Parallele zur Basistarifentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juni 2009⁶⁰ könnte hier allenfalls an eine Beobachtungs- und ggf. Korrekturpflicht für den Fall eines Prognoseirrtums gedacht werden. Ebenso dürfte auch der Hinweis auf die Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, der ein privatrechtliches Versicherungswesen voraussetzt und daher möglicherweise gesetzgeberische Maßnahmen, die für die privaten Krankenversicherungsunternehmen existenzgefährdend sind, verbietet, in Anbetracht der erwartbaren Abwanderungszahlen von der PKV in die GKV und des erwartbaren Umfangs an Verlust von Neugeschäft ins Leere gehen. Auf dogmatische Einwände gegen die materielle Wirkung von Kompetenznormen kommt es daher gar nicht an.

58 Die Gewährung einer pauschalen Beihilfe hat zwar Rückwirkungen auf das Bestandsgeschäft, weil die individuelle bzw. kohortenmäßige Rückstellungsbildung dem medizinischen Fortschritt und der steigenden Lebenserwartung in der Regel nicht hinreichend Rechnung tragen kann. Deshalb sind die in der privaten Krankenversicherung gebildeten Tarifkollektive, um die Beitragsbelastungen im Alter in einem vertretbaren Ausmaß zu halten, stets auch auf kontinuierlichen Neuzugang angewiesen. Angesichts der erwartbaren Größenordnung an Wechslern bzw. Beamtinnen und Beamten, die sich statt in der PKV von Anfang an in der GKV versichern, dürften die Auswirkungen auf das Bestandsgeschäft überschaubar bleiben.

59 Zu ihr etwa *Klingenberger*, Die Friedensgrenze zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung – Ökonomische und metaökonomische Kriterien einer optimierten Aufgabenabgrenzung zwischen Sozial- und Individualversicherung, Regensburg 2001; *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, Berlin 2001.

60 BVerfG, Beschl. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033 ff., zur Korrekturpflicht (Rn. 170), zur Beobachtungspflicht (Rn. 238–241).

C. Resümee

Die Modalität „Optionale pauschale Beihilfe“ ist nach alledem verfassungsmäßig; die diesbezüglich geäußerte Kritik greift nicht durch. Insbesondere Art. 33 Abs. 5 GG stand der Einführung durch den niedersächsischen Gesetzgeber nicht im Wege. Wie alle anderen niedersächsischen Bestandsbeamtinnen und Beamten müssen sich auch die niedersächsischen Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bis zum 31. Januar 2025 Gedanken machen, ob sie die Option „Pauschale Beihilfe“ wählen wollen. Neuberufene werden dies zukünftig vor ihrer Ernennung zu bedenken haben.

Anders als die Verfassungsrechtsfrage werden die mit der Einführung der Option „Pauschale Beihilfe“ durch § 80a NBG verbundenen sozial- und finanzpolitischen Fragen dagegen erst in der (ferneren) Zukunft beantwortet werden können. Wie hoch wird die Wechsel- bzw. Einstiegsbereitschaft in eine freiwillige GKV-Versicherung sein? Wie viele Bestands- und wie viele Neu-Beamtinnen und Neu-Beamte, mutmaßlich vor allem aus den unteren Besoldungsstufen und/oder mit vielen Kindern, mit Vorerkrankungen oder mit Behinderungen⁶¹ oder „Beihilfeantragsmuffel“, schätzen die Verhältnisse so ein, dass sie sich dafür entscheiden, sich freiwillig in der GKV zu versichern? Wie hoch werden die für die Landes- und Kommunalhaushalte kurz-, mittel- und langfristig entstehenden Zusatzbelastungen ausfallen?⁶² Gab es einen so hohen sozialpolitischen Handlungsbedarf, dass es „richtig“ war, trotz hohen Einspardrucks in den Landes- und Kommunalhaushalten und trotz demographischer Instabilität der GKV die Option einzuführen? Und: Werden die „Nebenziele“ im Hinblick auf das schrittweise Voranbringen des Gedankens einer sog. Bürger- oder Erwerbstätigen- bzw. Wohnerversicherung erreicht werden? Auf diese und weitere (derzeit noch spekulative) Aspekte der in Niedersachsen neu eingeführten Modalität „Pauschale Beihilfe“ konnte hier schon aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.

61 Für Versicherte mit Vorerkrankungen oder Behinderungen besteht allerdings die Möglichkeit, ggf. mit einem Risikozuschlag von maximal 30 Prozent, aber ohne Leistungsausschlüsse, in den der GKV-Versicherung gleichwertigen PKV-Basistarif zu gehen.

62 Die klassische Beihilfe wird nur im konkreten Krankheitsfall gezahlt, was in den aktiven Jahren der Beamten deutlich weniger kostet als ein GKV-Arbeitgeberbeitrag. Das Land Niedersachsen kalkuliert deshalb allein für die Bestandsbeamten mit Mehrkosten für Land und Kommunen in Höhe von 16,5 Mio. EUR jährlich; Neu-Beamtinnen und Neu-Beamte, die sich für die GKV entscheiden, sind hier noch nicht berücksichtigt. Vgl. LT-Drucks. 19/2230, S. 3 f.

Das „uneinheitliche Einheitspatent“ und die Rechtsanwendung im Mehrebenensystem¹

Tim W. Dornis

I. Einleitung

Das Territorialitätsprinzip ist ein Axiom des internationalen Immaterialgüterrechts.² Es bietet bei grenzüberschreitenden Transaktionen und Rechtsverletzungen einen Regelungsrahmen und schafft Orientierung: Die individuellen Schutzrechte, insbesondere auch Patente, gelten jeweils nur innerhalb des nationalen Territoriums und unterfallen dabei dem jeweiligen staatlichen Recht.³ In der Praxis erweist sich die Territorialität regelmäßig als große Hürde für die Rechtsdurchsetzung. Vor allem die nationale Segmentierung und die bei internationalen Transaktionen und Rechtsverletzungen daher zur Anwendung kommende Vielzahl nationaler Rechte sowie die Notwendigkeit der Durchsetzung in verschiedenen nationalen Gerichtssystemen bereiten Probleme. Es verwundert deshalb nicht, dass nationale Gesetzgeber und internationale Institutionen bereits früh damit begannen, nach Harmonisierung und Vereinheitlichung des Patentrechts zu streben.⁴ Lange Zeit war das „klassische“ europäische Patent nach dem Europäischen Patentübereinkommen (EPÜ)⁵ die höchste Stufe dieser Harmonisierung und Internationalisierung. Mit der Anmeldung und Ein-

1 Dieser Beitrag beruht zum Teil auf Aufsatzbeiträgen des Verfassers mit dem Titel „Anwendbares Recht und Lückenfüllung im Europäischen Einheitspatentrecht“ (vgl. GRUR Patent 2024, 230-236, 282-291 und 337-343).

2 Vgl. ausführlich m.w.N.: Dornis, Trademark and Unfair Competition Conflicts – Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives, Cambridge 2017, S. 193 ff. (Open Access: <https://www.cambridge.org/core/books/trademark-and-unfair-competition-conflicts/0291FCB8187B335E5A11E501202FADA8>).

3 Vgl. nur BGH 3.6.1976 – X ZR 57/73, GRUR 1976, 579 (582) – Tylosin; BGH 29.2.1968 – Ia ZR 49/65, GRUR 1968, 195 (196) – Voran.

4 Zur historischen Entwicklung des internationalen Patentrechts vgl. z.B. Tochtermann, in: Benkard (Begr.), Bacher (Hrsg.), Patentgesetz, 12. Aufl., München 2023, Internationaler Teil – Das internationale Patentrecht, Rn. 1 ff.

5 Europäisches Patentübereinkommen vom 5. Oktober 1973 in der Fassung der Revisionsakte vom 29. November 2000, BGBl. 2007 II S. 1082, 1083, 1129.

tragung konnte der Rechteinhaber zwar noch keinen multiterritorial-einheitlichen Rechtstitel erwerben. Er konnte aber ein „Bündel“ national-segmentierter Schutzrechte in den verschiedenen, für sein europäisches Patent bezeichneten EPÜ-Mitgliedstaaten erlangen.⁶

Mit dem Europäischen Patentsystem (auch Europäisches Patentpaket, kurz: EPP) ist nun, wie es scheint, ein weiterer Schritt „nach oben“ getan – hin in Richtung zur umfassenden internationalen Vereinheitlichung. Am 1. Juni 2023 hat nicht nur das Einheitliche Patentgericht (EPG) seine Tätigkeit aufgenommen. Mit dem Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung (Einheitspatent) wurde überdies ein multiterritorial-transnational vereinheitlichter Rechtstitel geschaffen. Das System des EPP besteht aus Rechtsquellen des internationalen und europäischen Rechts: Das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ)⁷ bildet die Basis; zusammen mit den flankierenden EU-Verordnungen, der EPatVO⁸ und der EPatÜbersVO⁹, konstituiert es das Einheitssystem.¹⁰

In dessen Zentrum steht das Einheitspatent. Man kann diesen neuen Rechtstitel in Abgrenzung zu den bereits bestehenden Kategorien der nationalen und der klassischen EPÜ-Patente durchaus als vereinheitlicht beschreiben: Es erstreckt sich über mehrere Staaten und verschafft seinem Inhaber jedenfalls auf den ersten Blick weitgehend einheitlichen Schutz. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 EPatVO lautet entsprechend:

„Ein Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung hat einen einheitlichen Charakter. Es bietet einheitlichen Schutz und hat gleiche Wirkung in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten.“

6 Vgl. nur *Stauder*, in: Singer/ders./Luginbühl (Hrsg.), *Europäisches Patentübereinkommen*, 9. Aufl., Hürth 2023, Art. 2 Rn. 3 und Art. 3 Rn. 1.

7 Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht, ABl. C 175 vom 20.6.2013, S. 1.

8 Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. L 361 vom 31.12.2012, S. 1.

9 Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. L 361 vom 31.12.2012, S. 89.

10 Weitere ergänzende Regelungen finden sich in der Satzung und der Verfahrensordnung des EPG, vgl. Art. 41 EPGÜ. Weiterhin als Bestandteile des Systems der Regelungen zum Europäischen Patentsystem zählen Regeln zum Kostenrecht sowie Regelungen zur anwaltlichen und richterlichen Tätigkeit sowie für das nichtrichterliche Personal, zur Nutzung der Baulichkeiten, zum Verfahren beim EPA sowie Mediations- und Schiedsregeln.

Auf den ersten Blick scheinen die Probleme des territorialen Urzustands des Patentschutzes damit überwunden: Mit einem einheitlichen Rechtstitel sollte der Inhaber nicht mehr darum besorgt sein, verschiedene nationale Patentrechte beachten zu müssen; mit dem EPG dürfte zudem auch die Mühsal paralleler Gerichtsverfahren in verschiedenen Jurisdiktionen entfallen.

Das Bild der Einheitlichkeit trübt sich allerdings bei näherer Betrachtung: Das EPP hat das europäische Patentrecht zwar strukturell reformiert, mit Blick auf die Schaffung eines neuen Gerichtssystems geradezu revolutioniert, allerdings bietet das neu geschaffene Einheitspatent keinesfalls „einheitlichen“ Schutz. Bereits auf den zweiten Blick auf einschlägige Regelungen der EPatVO und des EPGÜ wird dies deutlich. Nicht nur die Verweisungskaskaden in Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO sowie in Art. 24 EPGÜ lassen die Hoffnung auf einfache und klare Antworten schwinden. Offensichtlich kommt auch das Einheitspatent bei der Frage des auf Erwerb, Bestand, Übergang und Rechtsverletzung sowie Durchsetzung anwendbaren Rechts nicht ohne Verweise auf verschiedene Rechtsordnungen aus. Die Komplexität dieser Strukturen bewog *Franklin Dehousse* bereits in 2013 – damals Richter am Gericht der Europäischen Union – zur Feststellung, dass die Rechtsanwendung im neuen europäischen Patentsystem nichts für schwache Gemüter sei – wörtlich: „*This will most certainly not be a mental discipline for the faint-hearted.*“¹¹

Tatsächlich erschwert die Komplexität des EPP als Mehrebenensystem aus Unionsrecht, internationalen Übereinkommen und den nationalen Patentrechten der Vertragsstaaten das Streben nach Rechtssicherheit als einem zentralen Regelungsziel der EPP-Gesetzgeber.¹² Zudem droht im Wirrwarr der Verweisungsketten und der zahlreichen Lücken auf den verschiedenen Ebenen noch größeres Ungemach: Die Kombination von Regelungen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen zu verschiedenen Aspekten eines einheitlichen Sachverhalts – im internationalen Privatrecht als sogenannte Teilfragen bezeichnet – geht stets mit der Gefahr einher, in den einzelnen Rechtsordnungen sorgfältig austarierte Zusammenhänge auseinanderzureißen und die materiell-rechtlichen Regelungsziele zu verfehlen.¹³ Diese

11 Vgl. *Dehousse*, The Unified Court on Patents: The New Oxymoron of European Law, Egmont Paper No. 60, October 2013, S. 16.

12 Vgl. nur ErwGr 5 EPGÜ.

13 Vgl. zur Problematik im IPR instruktiv *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, § 18 I.1., S. 131.

Risiken sind im Patentrecht besonders deutlich ausgeprägt: Im Vergleich zu anderen, weniger „regulierenden“ Rechtsgebieten ist dort auf allen Ebenen – vom Erwerb über die Wirkungen und den Schutzbereich der Rechtstitel bis hin zu den Schranken und zum Verfahrensrecht – ein besonders fragiles Gleichgewicht der betroffenen Interessen und Regelungsziele gefordert. Die verschiedenen Ebenen stehen zudem meist in untrennbarem Zusammenhang.¹⁴ Entsprechend wichtig ist die Rechtsanwendungsfrage.

Wie der vertiefte Blick auf die charakteristisch multi-dimensionale „Uneinheitlichkeit“ des Einheitspatents zeigt, ist die Herausforderung alles andere als trivial (II.). Ein systematisch konsistenter Ansatz muss mit diesem „Geburtsfehler“ des EPP umgehen und Antworten liefern, die sich sowohl kohärent in die Strukturen des EU-*Acquis* einfügen als auch rechtssichere und praktikable Lösungen ermöglichen (III.).

II. Das „uneinheitliche Einheitspatent“

Das Einheitspatent wurde nicht als genuines Unionsrecht, vergleichbar der Unionsmarke,¹⁵ dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster¹⁶ oder dem EU-weiten Sortenschutzrecht¹⁷ geschaffen. Es entsteht als einheitliches Recht vielmehr aus dem Vorbestand eines „klassischen“ europäischen Patents, wenn dieses mit den gleichen Ansprüchen für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten erteilt und überdies beim Europäischen Patentamt (EPA) die einheitliche Wirkung beantragt und eingetragen wurde.¹⁸ Dieser Vorgang wird im Schrifttum sehr plastisch als „Zusammenschweißen“ oder „Verschmelzen“ der einzelnen nationalen Segmente des europäischen Patents beschrieben.¹⁹ Nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 EPatVO werden mit dieser Transforma-

14 Ullrich, Select from within the System: The European Patent with Unitary Effect, MPI Research Paper No. 12-II, S. 9.

15 Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke, ABL. L 154/1 vom 16.6.2017, S. 1.

16 Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABL. L 003 vom 5.1.2002, S. 1.

17 Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABL. L 227 vom 1.9.1994, S. 1.

18 Vgl. Art. 2 lit. f EPGÜ und Art. 2 lit. c, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 sowie Art. 9 EPatVO; überdies Art. 3 Abs. 2 EPatÜbersVO.

19 Vgl. zu den Begriffen insb. Ohly, Auf dem Weg zum Einheitspatent und zum Einheitlichen Patentgericht – Licht am Ende des Tunnels oder Tunnel am Ende des Lichts?, ZGE 2012, 419 (425); im Anschluss Heinze, in: Würdinger (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB, Bd. 6, 8. Aufl., Saarbrücken 2017, Art. 8 Rom II-VO Rn. 8

tion der Schutzzumfang des Patentrechts und seine Beschränkungen in den teilnehmenden Mitgliedstaaten zwar vereinheitlicht. Allerdings ist das Einheitspatent noch immer in hohem Maße territorial-national fragmentiert sowie im Hinblick auf die zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen und Normen hybride.

1. Horizontale Fragmentierung

Der Blick auf die räumliche Ausdehnung der individuellen Einheitspatent-Rechtstitel zeigt einen Zustand der Fragmentierung. Das Einheitspatent besteht, im Unterschied zum europäischen Patent, zwar nicht mehr aus einem „Flickenteppich“ individuell verschiedener, national-segmentierter Rechtstitel.²⁰ Der mit dem Einheitspatent entstehende transnationale und monolithische Block ist allerdings zunächst räumlich auf die *Vertragsmitgliedstaaten* begrenzt. Sein Schutz umfasst deshalb nicht das gesamte Territorium der *Europäischen Union*. Entsprechend existiert auch kein genuin unionsrechtlicher Titel.²¹ Zudem erstreckt sich die einheitliche Wirkung für jedes Einheitspatent nach Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 EPatVO stets nur auf diejenigen teilnehmenden Mitgliedstaaten, in denen das EPGÜ im Zeitpunkt der Registrierung des Rechts bereits wirksam ist. Dieser Verweis ist statisch. Das bedeutet, dass die räumliche Erstreckung für jedes einzelne Recht auf den Zeitpunkt seiner Eintragung „eingefroren“ wird, d.h. der Umfang des Schutzes wird durch das Hinzutreten weiterer Vertragsmitgliedstaaten zum EPGÜ nicht automatisch erweitert.²² In der Folge hat jedes Einheitspatent

und 20; *Grünberger*, in: Hüfstege/Mansel/Bach (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Bd. 6, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 8 Rom II Rn. 25; ähnlich überdies *McGuire*, European Patent Package: Das Zusammenspiel von EPVO, EPGÜ und nationalem Patentrecht, Mitt. 2015, 537 (539) („... zu einem einheitlichen Unions-Schutzrecht verschmolzen.“).

20 Zum Begriff des „Flickenteppichs“ siehe z.B. v. *Falck/Dorn*, in: Tilmann/Plassmann (Hrsg.), Einheitspatent, Einheitliches Patentgericht, München 2024, Art. 34 EPGÜ Rn. 17.

21 *Ohly* (Fn. 19), ZGE 2012, 431; *Hilty/Jaeger/Lamping/Ullrich*, The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern, MPI Research Paper No. 12-12, Nr. 1a; *Müller-Stoy/Paschold*, Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung als Recht des Vermögens, GRUR Int. 2014, 646 (647); *Henke*, in: Benkard (Begr.), Beckedorf/Ehlers (Hrsg.), Europäisches Patentübereinkommen, 4. Aufl., München 2023, Vor B Rn. 43.

22 Allg. Ansicht, vgl. nur *Nieder*, Einheitspatent – Schutz und Anspruchsgleichheit in allen teilnehmenden Mitgliedsstaaten?, Mitt. 2017, 540 (540); *Tilmann*, in: ders./Plassmann (Hrsg.), Einheitspatent (Fn. 20), Art. 18 EPatVO Rn. 3 und Art. 83 EPGÜ

einen individuellen territorialen Schutzzumfang. In der Gesamtbetrachtung bedeutet dies, dass die Gesamtheit aller Schutztitel je nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung und dem Hinzutreten weiterer teilnehmender Mitgliedstaaten in verschiedene „Generationen“ mit jeweils unterschiedlicher territorialer Reichweite zerfallen wird.²³

Überdies zeigt sich aber noch ein weiterer Aspekt der Fragmentierung, genauer der „Bündelung“: Hat der Inhaber eines Einheitspatents in einem Nichtvertragsstaat zudem auch noch ein europäisches Patent und tritt dieser Nichtvertragsstaat dem EPGÜ erst nach dem Erwerb des Einheitspatents bei, kommt es – wie soeben beschrieben – nicht zu einer „Verschmelzung“ oder „Verschweißung“ der verschiedenen Einheiten. Vielmehr verharren das Einheitspatent und das europäische Patent (oder die europäischen Patente) wie beim klassischen europäischen Patent in einem Zustand verschiedener, parallel und unabhängig voneinander bestehender Bündelrechte.²⁴ Damit entsteht ein neuartiger Status der Fragmentierung.

2. Vertikale Hybridität

Zudem zeigt sich bei gründlicher Betrachtung der anwendbaren Rechtsquellen ein Hybridzustand. Das Einheitspatent erweist sich dabei nicht als ein nach einheitlichen Regeln geschaffener und geschützter, sondern vielmehr als ein verschiedenen Rechtsordnungen unterliegender Rechtstitel:

Der Hybridzustand des Einheitspatents beruht zunächst auf der Vermengung verschiedener internationaler und europäischer Rechtsquellen. Infolge des Weiterverweises des Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO ins EPGÜ – präziser ist dies als ein „Hinausverweis“ aus dem Unionsrecht zu bezeich-

Rn. 8; *Ackermann*, in: Bopp/Kircher (Hrsg.), Handbuch Europäischer Patentprozess, 2. Aufl., München 2023, § 5 Rn. 63.

23 Vgl. zum Begriff der „Generationen“ z.B. *Luginbühl*, Das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung (Einheitspatent), GRUR Int. 2013, 305 (308); *Drexl*, Einheitlicher Patentschutz durch Kollisionsrecht, in: Büscher/Erdmann/Fuchs/Jänich/Loschelder/McGuire, Rechtsdurchsetzung – Rechtsverwirklichung durch materielles Recht und Verfahrensrecht – Festschrift für Hans-Jürgen Ahrens, Köln 2016, S. 165 (174); *Klein*, Einheitspatent: Der Konflikt von Verletzungs- und Nichtigkeitsurteil, Köln 2018, Rn. 422; *Carl*, Einheitlicher Rechtsschutz Europäischer Patente, Tübingen 2023, S. 104.

24 Vgl. hierzu z.B. *Nieder* (Fn. 22), Mitt. 2017, 540 ff.; *Carl*, Einheitspatentschutz (Fn. 23), S. 105 und 180; *Tilmann* (Fn. 22), Art. 18 EPatVO Rn. 3 Fn. 1 und Art. 83 EPGÜ Rn. 8.

nen²⁵ – fehlt es bereits an einem *einheitlich unionsrechtlichen* Regime zur Ausgestaltung des Einheitspatents als europäischem Rechtstitel.²⁶

Im Vergleich zum klassischen europäischen Patent ist darüber hinaus festzustellen, dass zumindest die Anzahl der anwendbaren Rechtsquellen zugenommen hat: Rechtserwerb und Schutzbereich richten sich auch für das Einheitspatent – welches akzessorisch zum europäischen Patent ist – nach dem EPÜ. Die Wirkungen des Schutzes für das Einheitspatent sind gemäß Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO allerdings nach dem nationalen Recht zu beurteilen. In der Sache handelt es sich bei den nationalen

25 Zum historischen Hintergrund und dem Versuch, die Zuständigkeit des EuGH durch „Verlagerung“ des materiellen Patentrechts in die „nationalen Rechte“ zu umgehen, vgl. z.B. *Drexler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 13, 8. Aufl., München 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 152; zur Kritik vor allem *ders.*, The European Patent System: On the ‘Unconstitutional’ Misuse of Conflict-of-Law Rules, in: Hilbig-Lugani/Jakob/Mäsch/Reuß/Schmid (Hrsg.), Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, S. 361 (369); *ders.*, Kollisionsrecht (Fn. 23), S. 169 („missbräuchliche[r] Einsatz des Kollisionsrechts“); zudem *Desaunettes-Barbero/Strowel*, How to Straighten Up the Shaky Foundations of the Unitary Patent System: Piercing the Non-EU Law Bubble and Reintegrating the UPC Within the EU Judiciary?, in: *Desaunettes-Barbero/de Visscher/Strowel/Cassiers* (eds.), The Unitary Patent Package & Unified Patent Court, Mailand 2023, S. 527 (544); überdies auch pointiert Sir *Robin Jacob* (zitiert nach House of Commons – European Scrutiny Committee: The Unified Patent Court: help or hindrance?, Sixty-fifth Report of Session 2010-12, Vol. I (2012), HC 1799, S. 17 f.): “There is no time for anything other than plain speaking. I am fortunate enough to have had wide experience, as barrister, judge and now academic, with the patent system from all angles. I have many contacts amongst users and lawyers. I know of no one in favour of involvement of the CJEU in patent litigation. On the contrary all users, lawyers and judges are unanimously against it.”; aufschlussreich zudem z.B. *Pagenberg*, Die EU-Patentrechtsreform – zurück auf Los?, GRUR 2012, 582 (586 f.); besonders kritisch *Jaeger*, Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise, IIC 2013, 389 (391); *ders.*, All Back to Square One? – An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives, MPI Research Paper No. 12-01, S. 7.

26 *Ohly* (Fn. 19), ZGE 2012, 431 („... Hybrid aus unions- und völkerrechtlichen Elementen ... Es handelt sich also nicht um einen komplett unionsrechtlichen Rechtstitel.“); *Müller-Stoy/Paschold* (Fn. 21), GRUR Int. 2014, 647 (weder Bündelpatent noch autonomes und einheitliches EU-Schutzrecht, sondern „zwischen diesen beiden Schutzrechtsarten angesiedelt“); hiergegen allerdings *McGuire* (Fn. 19), Mitt. 2015, 539 Fn. 37 (Die Bezeichnung als Hybrid „verdeck[e] den bestehenden systematischen Zusammenhang mit den übrigen Gemeinschaftsschutzrechten.“); vgl. zur Kritik an der Konstruktion auch *Hilty/Jaeger/Lamping/Ullrich*, The Unitary Patent Package (Fn. 21), Nr. 9a; *Jaeger*, Hieronymus Bosch am Werk beim EU-Patent? Alternativen zur Einheitspatentlösung, EuZW 2013, 15 (16 f.).

„Rechtsordnungen“ allerdings um die in allen Vertragsmitgliedstaaten in die nationalen Patentregimes transformierten Regeln des EPGÜ. Wenngleich sich hierdurch eine Vereinheitlichung ergeben wird, bedingen die Lücken im EPGÜ in vielen Fällen eine weitere Auffächerung durch nochmaligen Weiterverweis – und zwar „nach unten“ ins nationale, nicht EPGÜ-transformierte Patentrecht. Dies gilt insbesondere gemäß Art. 7 EPatVO für Fragen, die das Einheitspatent als Gegenstand des Vermögens betreffen, z.B. im Hinblick auf Inhaberschaft und Übergang, dingliche Belastungen oder Lizenzierung. Das anwendbare nationale Recht wird dabei für jedes Einheitspatent individuell bestimmt.²⁷ In der Folge fehlt nicht nur ein einheitliches europarechtliches oder internationales Patentregime. Die verschiedenen Einheitspatente sind überdies jeweils unterschiedlichen Regelungen des nationalen Rechts unterworfen.²⁸

3. Transnationale Porosität

Schließlich ist der transnationale und multiterritoriale Schutz des Einheitspatents in sich potentiell löchrig und porös.²⁹ Dies ist etwa dann der Fall, wenn Vorbenutzungsrechte geltend gemacht werden, kann sich aber auch aus anderen Einwendungen ergeben, z.B. bei territorial begrenzten Lizenzen:

Beruft sich ein Patentverletzer etwa auf ein Vorbenutzungsrecht oder ein persönliches Besitzrecht in einem oder mehreren Vertragsmitgliedstaaten, verweist Art. 28 EPGÜ unmittelbar auf das nationale Recht des betroffenen Staats. Durch diesen Verweis kommen die materiell-rechtlich (noch) nicht vereinheitlichten Vorbenutzungsrechte der Vertragsmitgliedstaaten zur Anwendung. Es geht dabei jeweils um hypothetische nationale Vorbenutzungsrechte.³⁰ Mangels autonomer EPGÜ-Regelung bleibt es in diesen

27 Müller-Stoy/Paschold (Fn. 21), GRUR Int. 2014, 655; zudem Hilty/Jaeger/Lamping/Ullrich, The Unitary Patent Package (Fn. 21), Nr. 2.

28 Vgl. auch Sikorski, Is the Unitary Patent a Truly Harmonized Right?, in: Desautettes-Barbero et al. (eds.), The UPP & UPC (Fn. 25), S. 213 (217) („... there will be as many types of unitary rights ... as there are Member States that participate in the enhanced cooperation. This will result in a bundle of unitary European patents, rather than a single unitary patent.“).

29 Tilmann, UPCA and EPUE-Reg – Construction and Application, GRUR Int. 2016, 409 (411) („... like a kind of Swiss cheese containing holes.“).

30 Arg. e „erworben hätte, wenn ein nationales Patent ... erteilt worden wäre“. Vgl. auch Busche, in: Tilmann/Plassmann (Hrsg.), Einheitspatent (Fn. 20), Art. 28 EPGÜ Rn. 5.

Fällen bei einer nicht nur hybriden und territorial in der äußeren Umrandung unvollständigen (weil nicht unionsweiten) Rechtsposition. Darüber hinaus bilden sich im transnationalen und multiterritorial scheinbar monolithischen Schutzgebiet erneut national-segmentierte Enklaven ohne oder mit lediglich reduziertem Schutz. Von einer Vereinheitlichung kann also auch insoweit nur bedingt die Rede sein.³¹

III. Rechtsanwendung im Mehrebenensystem

Im Lichte dieses fragmentierten, hybriden und territorial lückenhaften Schutzes des Einheitspatents zeigt sich die Bedeutung der Rechtsanwendung: Praktisch jede Frage im „Leben“ eines Einheitspatents ist unter Rückgriff auf Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsordnungen und Patentrechtsregimes zu beantworten. Die verschiedenen Ebenen des EPP und sein verwobenes Mehrebenensystem aus europäischem, internationalem und nationalem Recht sind dabei durch ein Geflecht aus Verweisungsnormen miteinander verbunden. Dieses Geflecht besteht insbesondere aus den Regelungen des europäischen und internationalen Patentrechts in EPatVO und EPGÜ. Die Herausforderung für den Rechtsanwender liegt dabei nicht nur in der Konstruktion und Anwendung dieser Verweisungsstrukturen, sondern auch und vor allem in einer systematisch stimmigen Einfügung in den vorbestehenden *Acquis* des europäischen Kollisionsrechts, insbesondere die Regelungen der Rom II-Verordnung.

1. Überblick

Auf der obersten Ebene des EPP-Verweissystems steht das europäische Recht mit der EPatVO. Diese geht dem EPGÜ als europäisches Sekundärrecht normhierarchisch vor.³² Zwar ordnet die EPatVO für das Einheitspatent, wie bereits gesehen, die einheitliche Wirkung sowie einheitliche

31 Walz, Schadensersatz und Einheitspatentsystem – Rechtliche Grundlagen und Systematik des Schadensersatzanspruchs im künftigen Einheitspatentsystem, GRUR Int. 2016, 513 (528); Henke (Fn. 21), Art. 64 Rn. 14; Carl, Einheitspatentschutz (Fn. 23), S. 100; Busche (Fn. 30), Art. 28 EPGÜ Rn. 5.

32 Arg. e ErwGr 9 Satz 3 EPatVO sowie Art. 20 und 24 EPGÜ. Der absolute Vorrang des Unionsrechts im EPGÜ ordnet die beiden Instrumente unmissverständlich in die Hierarchie „Unionsrecht vor internationalem Recht“.

Rechtsfolgen an.³³ Es fehlt der Verordnung aber, abgesehen von den Regeln zur Erschöpfung,³⁴ an materiellem Recht zum Umfang des Schutzes, zu Ausnahmen und zur Durchsetzung.³⁵ Als Vorstufe zur Lückenfüllung stellt sich deshalb an vielen Stellen die Frage der Rechtsanwendung. Dem klassischen Aufbau eines Verletzungstatbestands folgend ist dafür zwischen dem Rechtserwerb und Bestand, dem Übergang sowie den Ansprüchen bei Rechtsverletzung zu unterscheiden.

2. Rechtserwerb, Bestand und Übergang

Das Einheitspatent ist akzessorisch zum europäischen Patent.³⁶ Das EPÜ regelt für das zugrundeliegende europäische Patent die materiellen Voraussetzungen der Erteilung sowie das Recherche-, Prüfungs- und Erteilungsverfahren.³⁷ Die Transformation zum Einheitspatent bestimmt sich nach Art. 3 und Art. 9 EPatVO sowie Art. 3 Abs. 2 EPatÜbersVO.³⁸ Unvermeidlich hängt deshalb auch der Bestand des Einheitspatents vom zugrundeliegenden europäischen Patent ab. Das Einheitspatent kann nach Art. 65 Abs. 2 EPGÜ nur aus Gründen für nichtig erklärt werden, die in Art. 138 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 2 EPÜ genannt sind.³⁹ Hinsichtlich des Rechtsübergangs, für Fragen der Lizenzierbarkeit und der dinglichen Belastung ist das Einheitspatent als „Gegenstand des Vermögens“ des Rechteinhabers

33 Vgl. insb. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 5 Abs. 2 EPatVO.

34 Vgl. Art. 6 EPatVO.

35 Vgl. nur *Drexler*, in: MüKo-BGB (Fn. 25), Art. 8 Rom II-VO Rn. 152 und 154.

36 Vgl. Art. 3 und Art. 4 sowie ErwGr 7 EPatVO; zudem z.B. *Luginbühl* (Fn. 23), GRUR Int. 2013, 307; *Götting*, Das EU-Einheitspatent – Das Ende einer „unendlichen Geschichte“?, ZEuP 2014, 349 (361); *Ann*, Patentrecht, 8. Aufl., München 2022, § 30a B.I. Rn. 22.

37 *Luginbühl* (Fn. 23), GRUR Int. 2013, 307; *Götting* (Fn. 36), ZEuP 2014, 361; *Osterrieth*, Patentrecht, 6. Aufl., München 2021, Rn. 306.

38 Das *ex parte*-Verfahren zur Eintragung dieser einheitlichen Wirkung unterliegt gleichfalls den Regeln des EPÜ, vgl. ErwGr 5 EPatVO; zudem *Luginbühl* (Fn. 23), GRUR Int. 2013, 307 f.

39 *Romandini/Hilty/Lamping*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung patentrechtlicher Vorschriften auf Grund der europäischen Patentreform, GRUR Int. 2016, 554 (558); wohl auch *Vissel*, Die Ahndung der mittelbaren Verletzung Europäischer Patente nach dem Inkrafttreten des EPGÜ, GRUR 2015, 619 (620); zudem *Ann*, Patentrecht (Fn. 36), § 30a B.I. Rn. 22.

betroffen. Insoweit ist nach Art. 7 EPatVO unter Verweis auf das nationale Recht anzuknüpfen.⁴⁰

3. Rechtsverletzung

Komplizierter wird die Antwort auf die Rechtsanwendungsfrage im Hinblick auf Handlungen, gegen die das Einheitspatent Schutz bietet, sowie auf Beschränkungen des Rechts und damit auf Fragen der Rechtsverletzung. Insoweit ist auf die mehrstufige Verweisungsstruktur aus EPatVO und EPGÜ zu blicken. Auf der ersten Stufe stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Hierarchie zwischen EPatVO und Rom II-Verordnung. Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, was bei Lücken in der EPatVO zu gelten hat.

a) Vorrang der EPatVO

Die EPatVO bildet den Einstieg in die Verweisungskaskade: Als einheitsrechtliches EU-Instrument bestimmt die Verordnung ihre Anwendungsvoraussetzungen zunächst autonom im Sinne des Schutzlandprinzips. Ein Rückgriff auf das europäische Kollisionsrecht ist folglich nicht erforderlich.⁴¹ Die EPatVO findet gemäß Art. 2 lit. c und Art. 5 Abs. 1 immer, aber auch nur dann Anwendung, wenn „Handlungen“ geltend gemacht werden, „gegen die dieses [Einheits-]Patent innerhalb der Hoheitsgebiete der teilnehmenden Mitgliedstaaten ... Schutz bietet“. Die Kollisionsnormen der Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO sind daher nicht nur *lex specialis* zu den EPGÜ-Verweisungsnormen, sie haben nach Art. 27 Rom II-Verordnung auch Vorrang vor den allgemeinen europäischen Kollisionsregeln.

Art. 5 Abs. 3 EPatVO verweist hinsichtlich des Schutzzumfangs des Einheitspatents auf das nach Art. 7 EPatVO anzuknüpfende Recht der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Der Schutzzumfang bestimmt sich nach dem wörtlichen Verweis auf „das Recht, Dritte daran zu hindern, Handlungen zu

40 Luginbühl (Fn. 23), GRUR Int. 2013, 309; Almer, in: Singer/Stauder/Luginbühl (Hrsg.), EPÜ (Fn. 6), Art. 71 Rn. 2; ausführlich zudem Müller-Stoy/Paschold (Fn. 21), GRUR Int. 2014, 646 ff.; kritisch Hilty/Jaeger/Lamping/Ullrich, The Unitary Patent Package (Fn. 21), Nr. 2.

41 A.A. Grünberger (Fn. 19), Art. 8 Rom II Rn. 25 (unter Rückgriff auf Art. 8 Abs. 1 Rom II-Verordnung); präziser Heinze (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 16 und dortige Fn. 84 (aufgrund des Renvoi-Verbots in Art. 24 Rom II-Verordnung zu Recht zögerlich im Hinblick auf eine unmittelbare Anwendung des Art. 8 Rom II-Verordnung).

begehen“, zugleich nach dem Vorbehalt „geltender Beschränkungen“. Die entsprechend zu unterlassenden Handlungen sowie die Beschränkungen des Schutzes sind in den nationalen Rechten der Mitgliedstaaten verankert, konkret in den transformierten Regelungen des EPGÜ. Die Verweisungskette läuft deshalb über Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 zu Art. 7 EPatVO zunächst in das nationale Recht, das die Regelungen zum Schutzzumfang nach Art. 25 und 26 EPGÜ, zum Schutzbereich nach Art. 69 EPÜ sowie zu den Beschränkungen der Art. 27 ff. EPGÜ enthält.⁴² Der Verweisumfang in Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO ist allerdings auf diese Bereiche des materiellen Patentrechts begrenzt.

b) Lücken der EPatVO

Insbesondere für das auf Sanktionen anwendbare Recht ist die Kette der Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO unvollständig. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EPatVO schließt die Ausweitung auf die Art. 63 ff. EPGÜ und die Sanktionen, insbesondere den Schadensersatz, aus.⁴³ Zwar findet sich in ErwGr 13 der EPatVO ein ausdrücklicher Hinweis auf den Schadensersatz.⁴⁴ Einer Erläuterung in den Erwägungsgründen kommt allerdings grundsätzlich keine unmittelbar kollisionsrechtliche Funktion zu; entsprechend sind aus den Erwägungsgründen der EPatVO auch keine anwendbaren Vorschriften herzuleiten.⁴⁵ Die Verordnung hat daher eine große Lücke.

42 *Romandini/Hilty/Lamping* (Fn. 39), GRUR Int. 2016, 559; *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 12 f. und 20; *Ann*, Patentrecht (Fn. 36), § 30a B.II. Rn. 25 f.; *Tilmann* (Fn. 22), Art. 5 EPatVO Rn. 15.

43 *Drexel*, in: MüKo-BGB (Fn. 25), Art. 8 Rom II-VO Rn. 154; *Metzger*, in: Magnus/Mankowski (Hrsg.), European Commentaries on Private International Law, Vol. 3, Rome II Regulation, Köln 2019, Art. 8 para. 43; *McGuire* (Fn. 19), Mitt. 2015, 542.

44 Es heißt dort: „Die für Schadensersatz geltende Regelung [sic] sollten dem Recht der teilnehmenden Mitgliedstaaten unterliegen, insbesondere den Bestimmungen zur Durchführung des Artikels 13 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“.

45 *Drexel*, in: MüKo-BGB (Fn. 25), Art. 8 Rom II-VO Rn. 154; *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 15; wohl auch *McGuire* (Fn. 19), Mitt. 2015, 542.

aa) Streit um die Lückenfüllung

Die Anknüpfung und Lückenfüllung sind ungeklärt. Unbestritten dürfte lediglich Folgendes sein: Art. 28 Abs. 1 Rom II-Verordnung verschafft dem EPGÜ keinen Vorrang: Das Übereinkommen trat am 1. Juni 2023 in Kraft und ist deshalb kein Abkommen, dem die EU-Mitgliedstaaten bereits „zum Zeitpunkt der Annahme“ der Rom II-Verordnung – nämlich am 11. Juli 2007 – angehörten.⁴⁶ Auch Art. 27 Rom II-Verordnung ist unanwendbar. Zu den dort gegenüber der Rom II-Verordnung für vorrangig erklärten „Vorschriften des Gemeinschaftsrechts“ zählen internationale Übereinkommen gerade nicht, selbst wenn diese ausschließlich zwischen EU-Mitgliedstaaten geschlossen werden.⁴⁷

Allerdings wird die Anwendung des EPGÜ von einigen Stimmen unter Verweis auf einen Vorrang des Einheitsrechts gegenüber internationalem Privatrecht und Kollisionsrecht erklärt: Die Art. 63 ff. EPGÜ seien unmittelbar anzuwenden; etwaige Lücken im materiellen EPGÜ-Recht müssten über Art. 24 Abs. 1 lit. e EPGÜ unter Rückgriff auf nationales Recht gefüllt werden.⁴⁸ Alternativ sei Art. 24 EPGÜ als Rechtsanwendungsnorm eines einheitsrechtlichen Staatsvertrages unabhängig vom europäischen Kollisionsrecht anwendbar. Bei dieser vorrangigen Anwendung verweise die Vorschrift in einem zweiten Schritt (über Abs. 2 lit. a) auf Art. 8 Rom II-Verordnung und damit auf das materielle Recht des EPGÜ.⁴⁹ Die überwiegende Gegenansicht fordert die unmittelbare Anwendung des Art. 8 Abs. 1 Rom II-Verordnung: Nicht nur sei das europäische Kollisionsrecht nach Art. 28 Abs. 2 Rom II-Verordnung vorrangig; überdies müsse das Übereinkommen

46 Vgl. hierzu *Junker*, in: Säcker et al. (Hrsg.), *MüKo-BGB* (Fn. 25), Art. 28 Rom II-VO Rn. 1.

47 Vgl. nur *Junker* (Fn. 46), Art. 27 Rom II-VO Rn. 6.

48 *McGuire* (Fn. 19), Mitt. 2015, 542; zudem wohl auch *Tochtermann*, Die Lizenzierung des Einheitspatents aus kollisionsrechtlicher Perspektive, GRUR Int. 2016, 721 (724).

49 So *Bernzen/Tochtermann*, Interdisziplinäres Zentrum für Geistiges Eigentum: European Patent Package2 – Das deutsche (Patent-)Recht als Infrastruktur für das neue Unionspatent – Tagungsbericht, GRUR 2014, 457 (458) (zu entsprechenden Ausführungen *McGuire*); *McGuire*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *beck-online Großkommentar*, Stand: 1.7.2023, Art. 8 Rom II-VO Rn. 86; zudem wohl *Yan*, Das materielle Recht im Einheitlichen Europäischen Patentsystem und dessen Anwendung durch das Einheitliche Patentgericht, Baden-Baden 2017, S. 152 f.; unentschieden in die gleiche Richtung zudem *Metzger* (Fn. 43), Art. 8 para. 43.

aufgrund der ausdrücklich in Art. 20 und Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ angeordneten Prärogative des Unionsrechts zurücktreten.⁵⁰

bb) Kritik und Analyse: System des EU-*Acquis* und EU-Kohärenz des EPGÜ

Blickt man gründlicher auf das System des europäischen Kollisionsrechts, erhellen sich die Zusammenhänge. Zu beachten ist vor allem der Vorrang der europäischen Kollisionsnormen vor IPR-Regelungen in nachfolgendem internationalem Einheitsrecht. Dieser Vorrang des EU-*Acquis* resultiert zudem auch aus einer kohärenten Auslegung des EPGÜ:

Bei einer wortlautgetreuen Auslegung der Norm statuiert Art. 28 Abs. 2 Rom II-Verordnung zunächst den grundsätzlichen Vorrang der Verordnung vor dem EPGÜ. Das Übereinkommen wurde „ausschließlich zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten“ geschlossen und betrifft mit Patentrechtsverletzungen als außervertraglichen Schuldverhältnissen „Bereiche“, die in der Rom II-Verordnung geregelt sind.⁵¹

Die Gegenansicht, die sich für einen Vorrang des EPGÜ ausspricht, fächert die dogmatische Konstruktion des eigenen Ansatzes nicht ausdrücklich systematisch auf.⁵² In der Sache geht es aber um die Auslegung des Art. 28 Rom II-Verordnung: Die Vorrangregeln des Art. 28 Rom II-Verordnung greifen nach einer im IPR-Schrifttum diskutierten Ansicht ausschließlich gegenüber *kollisionsrechtlichem*, nicht aber im Verhältnis zu *sachrechtsvereinheitlichendem* Konventionsrecht. Materielles Einheitsrecht und dessen Vorschriften zur Bestimmung des eigenen Anwendungsbereichs sollen dem europäischen Kollisionsrecht deshalb vorgehen.⁵³ Vor diesem Hintergrund scheint die EPGÜ-Vorranghypothese fast schon zwanglos aus

50 Heinze (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 17 ff.; im Anschluss Grünberger (Fn. 19), Art. 8 Rom II Rn. 25.

51 Vgl. Art. 2 lit. b und lit. c EPGÜ sowie Art. 8 Rom II-Verordnung. Vgl. insoweit auch Heinze (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 17 und dortige Fn. 85; Metzger (Fn. 43), Art. 8 para. 44; Carl, Einheitspatentschutz (Fn. 23), S. 88; allg. zudem z.B. Ofner, Die Rom II-Verordnung – Neues Internationales Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union, ZfRV 2008, 13 (19).

52 Eine gründliche Analyse findet sich bislang ausschließlich bei Vertretern der Gegenansicht, so insbesondere bei Heinze (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 18 f.

53 Vgl. hierzu z.B. Junker (Fn. 46), Art. 28 Rom II-VO Rn. 12 und 22; Hartenstein, Rom I-Entwurf und Rom II-Verordnung: Zur Bedeutung zukünftiger Änderungen im Internationalen Privatrecht für das Seerecht, TranspR 2008, 143 (146 ff., insb. 149); Wagner, Normenkonflikte zwischen den EG-Verordnungen Brüssel I, Rom I und

der Einordnung des Art. 24 EPGÜ als *sachrechtsvereinheitlichende* Abgrenzungs- oder Anwendungsnorm zu folgen. Systematisch lässt sich dieser Ansatz allerdings nicht halten.

Nach seinem Sinn und Zweck ist Art. 28 Rom II-Verordnung nämlich auf das Verhältnis der Verordnung zu „klassischen“ internationalprivatrechtlichen Vorschriften begrenzt.⁵⁴ Es geht um das Konkurrenzverhältnis zu Vorschriften, die in echten *Kollisionsfällen* zur Anwendung berufen sind, also die für die Rechtsanwendungsfrage tatsächlich auch eine Auswahl zwischen verschiedenen *staatlichen* Rechten erfordern.⁵⁵ Stellt sich allein die Frage nach der Anwendbarkeit einer internationalen Konvention, fehlt es an einem genuinen „Kollisionselement“. Für internationales Einheitsrecht und die darin enthaltenen Kollisionsnormen muss entsprechend danach unterschieden werden, ob diese lediglich ihren eigenen Anwendungsbereich bestimmen, oder ob es sich um zusätzliche Normen handelt, die der Füllung von Lücken im Einheitsrecht dienen und damit klassische kollisionsrechtliche Funktion haben.⁵⁶

Die erstgenannte Kategorie der sogenannten Abgrenzungs- oder Anwendungsnormen bestimmt darüber, ob eine sachrechtsvereinheitlichende Konvention überhaupt zur Anwendung kommt. Dies erfolgt typischerweise einseitig und ohne Vorschaltung der Regeln eines externen nationalen oder supranationalen (europäischen) Kollisionsrechts.⁵⁷ Diese Normen haben daher auch Vorrang vor Regeln des klassischen internationalen Privatrechts.⁵⁸ Darüber hinaus enthält Einheitsrecht allerdings regelmäßig weitere Normen der zweiten Kategorie, die eine Entscheidung im Sinne der

Rom II aus der Sicht des Transportrechts, TranspR 2009, 103 (107 f.); *Basedow*, Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts, *RebelsZ* 2010, 118 (127 f.).

54 *Wagner* (Fn. 53), TranspR 2009, 107 f.; zudem *Junker* (Fn. 46), Art. 28 Rom II-VO Rn. 12.

55 *Wagner* (Fn. 53), TranspR 2009, 108.

56 Vgl. zur Abgrenzung instruktiv *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht: Allgemeine Lehren, Tübingen 1975, S. 183 ff.; ausführlich überdies *Drobnig*, Anwendungsnormen in Übereinkommen zur Vereinheitlichung des Privatrechts, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Kollision und Vereinheitlichung – Mélanges en l'Honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Freiburg 1990, S. 15 (19 ff.).

57 Vgl. hierzu *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Fn. 13), § 12 I.1., S. 97; überdies z.B. *Hartenstein* (Fn. 53), TranspR 2008, 146; zum Sonderfall von Anwendungsnormen, die vorab ein externes Kollisionsrecht zur Anwendung berufen, siehe zudem v. *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 12, 9. Aufl., München 2024, Einl. IPR Rn. 98 f.

58 *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht (Fn. 56), S. 190; *Drobnig*, Anwendungsnormen (Fn. 56), S. 24 f. m.w.N.

Auswahl zwischen verschiedenen staatlichen Rechten erfordern. Diese Normen werden aufgenommen, um Lücken im materiellen Einheitsrecht unter IPR-gesteuertem Rückgriff auf andere materielle Rechte zu füllen. Sie sind als *klassisches* Internationalprivatrecht einzuordnen. Entsprechend gehen sie, anders als Abgrenzungs- oder Anwendungsnormen, dem europäischen Kollisionsrecht aber gerade nicht vor. Die Rom II-Verordnung genießt im Verhältnis zu diesen Normen vielmehr nach Art. 28 Abs. 2 Vorrang.⁵⁹

Auf Grundlage dieser Unterscheidung wird erkennbar: Das EPGÜ entscheidet im ersten Schritt autonom über seinen Anwendungsbereich; es gilt nach Art. 1, 2 und 3 bei Verletzung europäischer Patente und Einheitpatente.⁶⁰ Die Rom II-Verordnung kommt auf dieser Stufe nicht zur Anwendung. Von der Bestimmung über die Anwendung des Übereinkommens zu unterscheiden sind allerdings die Verweisungsnormen in Art. 24 EPGÜ: Diese bestimmen im zweiten Schritt für Lücken im Übereinkommen das anwendbare materielle Recht und Kollisionsrecht. Aufgrund des klassischen IPR-Charakters unterfällt Art. 24 EPGÜ der Vorrangregel des Art. 28 Abs. 2 Rom II-Verordnung, sodass Art. 8 Abs. 1 Rom II-Verordnung Anwendung findet.

Dieser Nachrang des Art. 24 EPGÜ wird schließlich auch bei Auslegung des Übereinkommens unter historischer, systematischer und teleologischer Perspektive bestätigt:

Der Vorrang der Rom-Kollisionsnormen vor dem EPGÜ wurde bereits während der EPGÜ-Entstehung erläutert, vor allem in einem *Non-Paper* der Europäischen Kommission von 2011, wo es heißt: „*The UPC agreement does not contain conflict rules in matters governed by the Rome I and Rome II Regulations*“.⁶¹ Im Anschluss an diese Feststellung änderten die EPGÜ-Gesetzgeber bezeichnenderweise auch die Überschrift des heutigen Art. 24

59 Wagner (Fn. 53), TranspR 2009, 108; a.A. Junker (Fn. 46), Art. 28 Rom II-VO Rn. 22 (Vorrang der Kollisionsnormen innerhalb des Konventionsrechts aufgrund ihrer „Annexfunktion“ zum materiellen Einheitsrecht); ebenso wohl auch Basedow (Fn. 53), RabelsZ 2010, 128.

60 Im Fall eines Opt-out nach Art. 83 EPGÜ ist die Rechtsanwendung umstritten. Vgl. hierzu zuletzt OLG Karlsruhe 28.2.2024 – 6 U 161/22, GRUR-RS 2024, 4839 Rn. 166 – Magnetsteuerventil; ausführlich zudem Dornis, The Editors' Choice – OLG Karlsruhe GRUR-RS 2024, 4839 – Magnetsteuerventil, GRUR Patent 2024, 202 ff.

61 Council of the European Union, 20.9.2011, Doc.-No. 14191/11, Compatibility of the draft agreement on the Unified Patent Court with the Union acquis – Non-paper from the Commission services, S. 8.

EPGÜ (damals: Art. 14e) von „Applicable Law“ zu „Sources of Law“.⁶² Die Vorschrift bestimmt daher nicht mehr das „Anwendbare Recht“, sondern die „Rechtsquellen“. Bereits dies impliziert, dass die Rechtsanwendungsfrage unter Rückgriff auf Regeln im System des europäischen Kollisionsrechts-*Acquis* zu beantworten ist.⁶³

Auch in der eigenen Systematik der Anwendungs- und Verweisungsleiter des Art. 24 EPGÜ zeigt sich dieser funktionale Vorrang des Rom-Kollisionssystems: Nach Art. 24 Abs. 3 EPGÜ kann das Recht von Nichtvertragsstaaten unter Umständen auch in Bezug auf Fragen zur Anwendung kommen, die ausdrücklich im EPGÜ geregelt sind, nämlich in Art. 25 ff., 54, 55, 64, 68 und 72. Dieser „Hinausverweis“ ist allerdings überhaupt nur bei Rückgriff auf externes Kollisionsrecht und damit die Rom II-Verordnung denkbar: Nur im Fall der Anwendbarkeit der Rom II-Verordnung ist es möglich, dass es sowohl zur Anwendbarkeit des Rechts eines am EPGÜ teilnehmenden Mitgliedstaats als auch eines Nichtvertragsstaats kommen kann.⁶⁴ Man kann zwar fragen, ob das EPG im Rahmen seiner Zuständigkeit überhaupt berufen sein kann, das Verletzungsfolgenrecht eines Nichtvertragsstaats anzuwenden.⁶⁵ Unabhängig von der Antwort auf diese Frage ist die EPGÜ-eigene Systematik allerdings mehr als eindeutig: Die einseitigen EPGÜ-Verweisungsnormen können gerade nicht aus dem Übereinkommen hinausverweisen, bleibt der Rechtsanwender doch stets auf der EPGÜ-Stufe „hängen“ (*arg. e* Art. 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ). Auch die Möglichkeit der Anwendung des Rechts von Nichtvertragsstaaten setzt daher eine vorrangige Anwendung der Rom II-Verordnung voraus.⁶⁶

Schließlich bedingt auch eine unionsrechtskohärente Auslegung des EPGÜ den Vorrang der Rom-Kollisionsnormen: Das Kohärenzgebot des Art. 7 AEUV verlangt nicht nur Kohärenz im politischen Handeln der Uni-

62 Council of the European Union, 7.10.2011, Doc.-No. 15289/11, Draft agreement on a Unified Patent Court and draft Statute – Revised Presidency text, S. 20.

63 Vgl. ausf. und instruktiv zur Entstehungsgeschichte *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 17.

64 Council of the European Union, 20.9.2011, Doc.-No. 14191/11 (Fn. 61), S. 8; vgl. außerdem *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 17.

65 Hiergegen spricht sich aus *Tilmann* (Fn. 22), Art. 24 EPGÜ Rn. 53 (unter Verweis auf die fehlende „Kompetenz“ des EPG für Nichtvertragsstaaten, die dem EPÜ angehören). Vgl. zur Gegenansicht allerdings *Kircher*, in: Bopp/ders. (Hrsg.), Handbuch Europäischer Patentprozess (Fn. 22), § 2 Rn. 38 sowie § 13 Rn. 15; *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 17.

66 *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 17; hieran anschließend *Carl*, Einheitspatentschutz (Fn. 23), S. 88.

on, sondern auch systematische Konsistenz bei der Konzeption europäischer Rechtsakte, insbesondere unter rechtsaktübergreifender Perspektive.⁶⁷ Das Gebot richtet sich auch an die Mitgliedstaaten.⁶⁸ Diese Kohärenz bedingt aber nicht nur die Vermeidung von Wertungswidersprüchen; Rechtsakte der Union müssen überdies auch mit Blick auf das Gesamtsystem ein stimmiges Bild ergeben.⁶⁹ Entsprechendes muss für Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten und deren Verhältnis zum EU-*Acquis* gelten. Gegen das Kohärenzgebot wäre mit einer neuen, eigenständigen und den Rom-Strukturen vorgehenden „Kollisionsregelung“ allerdings evident verstoßen: Die Mitgliedstaaten sind nicht mehr zum Abschluss internationaler Vereinbarungen berechtigt, sofern die bestehenden europäischen Regeln dadurch beeinträchtigt wären.⁷⁰ Genau dies wäre aber die Konsequenz, wenn das Rom-System, entgegen der ausdrücklich erklärten Zielsetzung des Gesetzgebers, die Redundanz und Komplexität der Regelungen zu reduzieren,⁷¹ durch neue eigenständige Kollisionsstrukturen des EPGÜ überlagert würde.

-
- 67 Vgl. EuGH 6.10.1982 – C-283/81, BeckRS 1982, 108239 Rn. 20 – CILFIT („Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen“); EuGH 5.7.2012 – C-49/11, NJW 2012, 2637 Rn. 43 ff. – Content Services Ltd.
- 68 Vgl. allgemein Ruffert, in: Callies/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 7 AEUV Rn. 4. Für die Mitgliedstaaten wird die Pflicht zu kohärentem Handeln teils auch auf das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV gestützt, so z.B. bei Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 7 AEUV Rn. 3; vgl. zum Loyalitätsgebot (aus etwas anderer Perspektive) zudem Generalanwalt beim EuGH Bot, Schlussantrag v. 18.11.2014 – C-146/13, BeckRS 2014, 82386 Rn. 179.
- 69 Vgl. nochmals EuGH 6.10.1982 – C-283/81, BeckRS 1982, 108239 Rn. 20 – CILFIT; zudem instruktiv Ackermann, Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik, ZEuP 2018, 741 (763 ff.) und Riesenhuber, Die Auslegung, in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin/Boston 2021, § 10 Rn. 25 (mit jeweils weiteren Nachweisen).
- 70 EuGH 4.5.2010 – C-533/08, NJW 2010, 1736 Rn. 38 – TNT Express Nederland BV/AXA Versicherung-AG; EuGH 14.7.2016 – C-230/15, GRUR Int. 2016, 959 Rn. 53 f. – Brite Strike Technologies Inc./Brite Strike Technologies SA.
- 71 Vgl. insbesondere ErwGr 35 Rom II-Verordnung („Die Aufteilung der Kollisionsnormen auf zahlreiche Rechtsakte sowie Unterschiede zwischen diesen Normen sollten vermieden werden. ...“).

cc) Zwischenfazit

Damit kann zusammenfassend festgestellt werden: Das anwendbare Recht bestimmt sich für die Lücken der Verweiskette in Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPGÜ unter Vorrang des europäischen Kollisionsrechts und folglich nach Art. 8 Rom II-Verordnung. Für das Einheitspatent als ein gemeinschaftsweit einheitliches Recht des geistigen Eigentums ist dann Art. 8 Abs. 2 Rom II-Verordnung zur Anwendung berufen. Diese Regelung erfasst alle Schutzrechte, die auf der Kompetenzgrundlage des Art. 118 AEUV erschaffen wurden.⁷²

4. Schließlich: Gerichtliches Verfahren

Zur Vollständigkeit noch ein Wort zum Verfahrensrecht: Hinsichtlich des Verfahrens vor dem EPG kommt mangels einer europäisch-kollisionsrechtlichen Vorrangregelung die Verweisnorm in Art. 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ zur Anwendung. Dabei wird auf die *lex fori* des Gerichts verwiesen, also die Regeln des EPGÜ und der EPG-Verfahrensordnung.⁷³ Als Ausnahme von diesem Grundsatz des *forum regit processum* ist für das Vollstreckungsverfahren allerdings über Art. 82 Abs. 3 EPGÜ auf die nationalen Vorschriften desjenigen Vertragsmitgliedstaats zurückzugreifen, in dem die Vollstreckung erfolgt.⁷⁴

IV. Ergebnisse

Das Einheitspatent ist entgegen lang gehegter Hoffnungen nicht vollkommen „einheitlich“. Vielmehr ist ein Zustand horizontaler Fragmentierung, vertikaler Hybridität und transnationaler Porosität des Schutzes festzustellen.

72 Vgl. insoweit EuGH 5.5.2015 – C-146/13, GRUR 2015, 562 Rn. 40 ff. – Spanien/Parlament und Rat; überdies *Grünberger* (Fn. 19), Art. 8 Rom II Rn. 25; *Metzger* (Fn. 43), Art. 8 para. 43; *Augenstein*, in: Fitzner/Kubis/Bodewig (Hrsg.), BeckOK Patentrecht, 30. Ed., München 2023, Art. 24 EPGÜ Rn. 4.

73 So auch *Vissel* (Fn. 39), GRUR 2015, 622; zudem *Heinze* (Fn. 19), Art. 8 Rom II-VO Rn. 20, der zu Recht darauf verweist, dass in Verfahrensfragen kein Vorrang der Rom II-Verordnung zu beachten ist (*arg. e* Art. 1 Abs. 3 Rom II-Verordnung).

74 Siehe hierzu z.B. *Nieder*, Vollstreckung des EPG-Verletzungsurteils und Vernichtung des Klagepatents nach Rechtskraft, GRUR 2017, 38 (38 f.); zudem EPG (LK München) 5.12.2023 – UPC_CFI_2/2023, GRUR-RS 2023, 40583 – Nachweisverfahren II mit Anm. *Gruber*, GRUR Patent 2024, 162 (162 f.).

len. Vor diesem Hintergrund gerät die Rechtsanwendungsfrage zur Herausforderung. Vor allem die Rechtssicherheit hängt entscheidend von einer systematisch konsistenten, vor allem aber praktikablen Bestimmung der jeweils anwendbaren Normen ab. Die Systematik der Rechtsanwendung orientiert sich am Aufbau des Tatbestands bei Patentverletzungen: Vorab ist nach dem Erwerb, Bestand und Übergang von Rechten sowie dem Schutzbereich zu fragen. Die Antwort hierauf folgt für alle dieser Teilfragen aus dem EPÜ sowie Art. 3, 9 EPatVO und Art. 3 Abs. 2 EPatÜbersVO. Für die Rechtsverletzung führt die Verweisungskaskade der Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO zunächst in Art. 25 f. und Art. 27 ff. EPGÜ. Die Lücken der EPatVO-Verweisungskette, insbesondere für Sanktionen bei Rechtsverletzungen, sind unter Beachtung des systematischen Vorrangs des EU-Acquis sowie EU-kohärenter Auslegung des EPGÜ unter Anwendung des Art. 8 Rom II-Verordnung zu schließen. Der Sachnormverweis führt ins nationale Recht der Vertragsmitgliedstaaten und damit in die materiell-rechtlichen Normen des EPGÜ. Dies sind vorrangig die Regeln der Art. 63 ff. EPGÜ. Dort immer noch vorhandene Lücken füllt im nächsten Schritt das genuin nationale Patent- und Zivilrecht der betreffenden Vertragsmitgliedstaaten.

Ärztliche Fernbehandlung – Zwischenbilanz zur Liberalisierung des Berufs- und Werberechts nach fünf Jahren

Jan Eichelberger

I. Einleitung

Krankschreibung per Telefon, Videosprechstunde, Hautkrebs-Check per App – der rasante technische Fortschritt ermöglicht neuartige Formen der Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen. Einige davon sind inzwischen in die Regelversorgung integriert. Rechtlich erlaubt war eine ärztliche Behandlung ohne unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient indes bis vor gut fünf Jahren nur unter sehr engen Voraussetzungen. Insbesondere die Fernbehandlung ohne vorangegangenen unmittelbaren physischen (Erst-)Kontakt war Ärzten berufsrechtlich grundsätzlich verboten.¹ Die (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä)² in ihrer bis 9. Mai 2018 geltenden Fassung sah in § 7 Abs. 4 (a.F.) vor, dass Ärztinnen und Ärzte „individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen“ dürfen (S.1) und „[a]uch bei telemedizinischen Verfahren [...] zu gewährleisten [ist], dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt.“ (S.2).

-
- 1 Scholz, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl., München 2018, MBO-Ä § 7 Rn. 18; *Bundesärztekammer*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä (alte Fassung) vom 11.12.2015, S. 3. – Zulässig waren dagegen telemedizinische Verfahren, mit denen der unmittelbar „am Patienten“ behandelnde Arzt Unterstützung einholte, wie etwa ein Telekonsil oder bei der Teleradiologie (näher Scholz, a.a.O., MBO-Ä § 7 Rn. 17 f.; Gruner, Quo vadis, Fernbehandlungsverbot? Betrachtungen zur Telemedizin, *GesR* 2017, 288 [289 ff.]).
 - 2 Die MBO-Ä ist lediglich eine Empfehlung der Bundesärztekammer (BÄK). Rechtsverbindlich sind nur die von den Landesärztekammern als Satzung erlassenen Berufsordnungen (s. Scholz, in: Spickhoff [Hrsg.], *Medizinrecht*, 4. Aufl., München 2022, MBO-Ä Vorbemerkung Rn. 1).

Dieses sog. „Fernbehandlungsverbot“ lässt sich weit zurückverfolgen³ und hatte ursprünglich auch gute Gründe.⁴ Eine ärztliche Behandlung mittels Briefs, wie sich dies in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wohl durchaus verbreitet etabliert hatte,⁵ war (und ist) regelmäßig nicht *lege artis*.

Der eingangs erwähnte rasante technische Fortschritt bei den heute zur Verfügung stehenden Fernkommunikationsmöglichkeiten, namentlich die umfassende Verbreitung leistungstarker multimedialer Mobiltelefone („Smartphones“), die über die rein sprachliche Kommunikation hinaus mit der Videotelefonie eine viel direktere Kommunikation ermöglichen, sowie die Verbreitung von „Smartwatches“ oder sonstigen „Wearables“, die zunehmend mit Sensoren zur Erhebung von Gesundheitsdaten (Puls, Sauerstoffsättigung, EKG etc.) ausgestattet sind, eröffnete in jüngerer Zeit ganz neue Möglichkeiten, in bestimmten Fällen auch ohne unmittelbaren physischen Kontakt *lege artis* ärztlich zu behandeln.⁶ Die Rechtfertigung des strikten Fernbehandlungsverbots wurde zunehmend brüchig.⁷ Hinzu kamen der faktische Druck von telemedizinischen Angeboten an inländische Interessenten aus dem Ausland („MedGate“ aus der Schweiz, „DrEd“ aus dem Vereinigten Königreich), gegen die berufsrechtlich nicht anzukommen war, sowie die zunehmend problematischer werdende ärztliche Versorgung „in der Fläche“⁸ aufgrund des einsetzenden (und weiter fortschreitenden) Ärztemangels.

3 Näher Eichelberger, Werbung für ärztliche Fernbehandlungen, in: Ahrens/Büscher/Goldmann/McGuire (Hrsg.), *Praxis des Geistigen Eigentums: Festschrift für Henning Harte-Bavendamm zum 70. Geburtstag*, München 2020, S. 289 (290 f.).

4 Näher Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 293 ff.

5 Dazu Locher, Fernbehandlung Gestern und Heute – Von der Briefkastenmedizin zur Telemedizin, *Bayerisches Ärzteblatt* 2017, 514 f.; ders., *Medizin und Medien im 19. Jahrhundert – Die Medizin in Illustrierten Zeitschriften des 19. Jahrhunderts*, *Jahrbuch Literatur und Medizin* 5/2012, S. 133 (153).

6 Eichelberger, Das neugefasste Werbeverbot für Fernbehandlung (§ 9 HWG n.F.) – Doch keine Liberalisierung?, *WRP* 2022, 679 (Rn. 2); Braun, Anm. zu LG Köln, *Urt. v. 19.10.2021* – 31 O 20/21, *MedR* 2022, 154 (156).

7 Vgl. Vorberg/Kanschik, Fernbehandlung: AMG-Novelle und Ärztekammer verfehlen die Realität!, *MedR* 2016, 411 (413 ff.).

8 S. das Stichwort „Telemedizin“ im Glossar des Bundesministeriums für Gesundheit: „Telemedizin ermöglicht es, unter Einsatz audiovisueller Kommunikationstechnologien trotz räumlicher Trennung z.B. Diagnostik, Konsultation und medizinische Notfalldienste anzubieten. In Zukunft kann Telemedizin vor allem für den ländlichen Raum ein Bestandteil der medizinischen Versorgung werden.“ (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/t/telemedizin>; zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

Dies vor Augen beschloss der 121. Deutschen Ärztetag 2018 in Erfurt mit großer Mehrheit eine Lockerung des arztberufsrechtlichen Fernbehandlungsverbots.⁹ § 7 Abs. 4 MBO-Ä lautet nunmehr: „Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. ²Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. ³Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“¹⁰

Schließlich gab auch der Bundesgesetzgeber seinen noch 2016 mit der Ergänzung des Arzneimittelgesetzes (AMG) um das Verbot der Abgabe von Humanarzneimitteln, „wenn vor der ärztlichen oder zahnärztlichen Verschreibung offenkundig kein direkter Kontakt zwischen dem Arzt oder Zahnarzt und der Person, für die das Arzneimittel verschrieben wird, stattgefunden“ hatte (§ 48 Abs.1 S.2 AMG a.F.¹¹), erklärten Widerstand gegen ausschließliche Fernbehandlungen¹² auf und beseitigte das zweite Hemmnis, das ehemals strikte Werbeverbot für Fernbehandlungen. § 9 HWG in der bis 18.12.2019 geltenden Fassung verbot ausnahmslos jede „Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden

9 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01 (abrufbar unter www.aerzteblatt.de/2018top4; zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

10 Die meisten Landesärztekammern änderten ihre Berufsordnungen daraufhin zügig (Überblick bei Acker, Ausschließliche Fernbehandlung im digitalen Zeitalter: Ein Teilbereich der Telemedizin aus Sicht des ärztlichen Berufs-, Arzthaftungs- und Arztstrafrechts, Baden-Baden 2023, S. 148 f., Fn. 700). Zum 1.6.2024 hat nunmehr auch die Ärztekammer Brandenburg das strikte ursprüngliche Fernbehandlungsverbot aufgegeben (s. den Beschluss der Kammerversammlung v. 16.3.2024, <https://www.laekb.de/aktuelles/pressemitteilungen/detail/kammerversammlung-passt-regelung-zur-fernbehandlung-an>, zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

11 In der Fassung des Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, BGBl. 2016 I S. 3048, in Kraft getreten zum 24.12.2016. Das Verbot ist durch das Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV), BGBl. 2019 I S. 1202, mit Wirkung zum 16.8.2019 wieder aufgehoben worden.

12 S. Begründung des Regierungsentwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, BT-Drs. 18/8034, S. 39: „Behandlungen und Diagnosen über das Telefon oder über das Internet reichen nicht aus, sondern bergen das Risiko von Fehldiagnosen und können so die Patientinnen und Patienten gefährden.“

oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung)“. Das Werbeverbot lässt sich ebenfalls weit zurückverfolgen¹³ und war zunächst konsequent: Es bestand kein Anlass, für eine berufsrechtlich unzulässige Fernbehandlung werben zu dürfen.¹⁴ Nach der Liberalisierung des Berufsrechts war diese Rechtfertigung dagegen entfallen. Zugleich entpuppte sich das bloße Werbeverbot¹⁵ als ein das (liberalisierte) ärztliche Berufsrecht überlagerndes faktisches Durchführungsverbot,¹⁶ denn wenn (auch) für eine berufsrechtlich zulässige Fernbehandlung nicht geworben werden darf,¹⁷ wird diese kaum nachgefragt werden.¹⁸

Abhilfe sollte die Ergänzung des bisherigen Werbeverbots um einen zweiten Satz schaffen: „Satz 1 [= § 9 HWG a.F.] ist nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.“¹⁹ Die vormalige Regelung des § 9 HWG a.F. erschwere die flächendeckende Einführung telemedizinischer Anwendungen, die Änderung vollziehe deshalb die Öffnung des ärztlichen Berufsrechts nach.²⁰

13 Näher *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 292.

14 Zur heutigen Bedeutung des § 9 HWG s. *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 300 und die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

15 Die Fernbehandlung selbst verbot § 9 HWG a.F. und verbietet § 9 S. 1 HWG n.F. nicht, s. KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 18 – virtueller Konsultationsservice; OLG Köln GRUR-RR 2012, 437 (439) – Expertenrat; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 48 – Online-Erkältungsdiagnose.

16 *Braun*, Die Zulässigkeit von ärztlichen Fernbehandlungsleistungen nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä, MedR 2018, 563 (566); *Eichelberger* (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 4.

17 S. KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 17 – virtueller Konsultationsservice.

18 S. *Braun* (Fn. 16), MedR 2018, 566.

19 Eingefügt durch das Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BGBl. 2019 I S. 2562.

20 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

II. Zwischenbilanz nach fünf Jahren

Gut fünf Jahre nach der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts und des Werbeverbots für Fernbehandlungen ist nun Zeit, eine erste Zwischenbilanz zu ziehen, wie die Praxis mit den neuen Vorgaben umgeht. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Von der beabsichtigten Liberalisierung²¹ ist bislang wenig zu spüren. Grund dafür ist insbesondere eine Weichenstellung des BGH in seiner bislang einzigen Entscheidung zu § 9 S. 2 HWG.

1. Berufsrecht

a) Behandlung im persönlichen Kontakt als „Goldstandard“?

„Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im *persönlichen Kontakt*.“ (§ 7 Abs. 4 S. 1 MBO-Ä; Herv. nur hier). „Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen.“ (§ 7 Abs. 4 S. 2 MBO-Ä). „Im persönlichen Kontakt“ meint den unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient.²² Die ärztliche Behandlung soll auf einem eigenen und unmittelbaren Eindruck des Arztes vom Patienten und nicht lediglich auf dessen oder eines Dritten subjektiver Schilderung beruhen.²³ Es sollen das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient geschützt²⁴ und die Bedeutung der persönlichen Zuwendung als Teil der ärztlichen Tätigkeit betont werden.²⁵

Einige Untersuchungsmethoden, wie etwa die Palpation (Abtasten) und die Perkussion (Abklopfen), sind ohne physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient ohnehin (noch?) nicht möglich. Für andere – etwa die Inspektion (Betrachten) oder die Auskultation (Abhören) – ist das durchaus denkbar, jedoch dürfte auch hier (noch?) zumindest regelmäßig die Untersuchung im unmittelbaren physischen Kontakt zu besseren Ergebnissen führen.

21 S. Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2 (zum Berufsrecht) sowie Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f. (zum Werberecht).

22 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

23 Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

24 Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

25 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

Die ärztliche Behandlung im unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient war und ist deshalb der Standard- bzw. der Regelfall. Man mag insoweit vom „Goldstandard“ der ärztlichen Behandlung sprechen.²⁶ Sollte damit allerdings insinuiert sein, die Behandlung im unmittelbaren physischen Kontakt sei generell einer Behandlung unter Einsatz von Kommunikationsmitteln überlegen,²⁷ so ist dem entgegenzutreten.²⁸

Zunächst entspräche dies weder dem mit den Beschlüssen des 121. Deutschen Ärztetags verfolgten Liberalisierungsziel noch der daraufhin erfolgten Änderungen der MBO-Ä und des Berufsrechts.²⁹ Während es in § 9 Abs. 4 S. 2 MBO-Ä a.F. noch hieß, dass „[a]uch bei telemedizinischen Verfahren [...] zu gewährleisten“ sei, „dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt“, was grundsätzlich zumindest einen physischen Erstkontakt zwischen Arzt und Patient notwendig machte, erlaubt der neu aufgenommene dritte Satz die ausschließliche Fernbehandlung nun ausdrücklich: „Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“ (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä n.F.). Ziel dieser „Öffnung“ ist ausweislich der Beschlussbegründung „den

26 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 47 – digitaler Arztbesuch; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 44 – Online-Erkältungsdiagnose; *Scholz* (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14; *Prütting*, in: Ratzel/Lippert/ders., Kommentar zur MBO-Ä, 8. Aufl., Berlin 2022, § 7 Rn. 34, 36; *Hahn*, Telemedizin – Zulässigkeit und zivilrechtliche Haftungsrisiken, BLJ 2021, 47 (48).

27 So insb. das OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 48 – digitaler Arztbesuch (Vorinstanz zu BGH – Werbung für Fernbehandlung).

28 Ebenso BGH GRUR 2022, 399 Rn. 52 – Werbung für Fernbehandlung; *Braun*, Zur Fernbehandlung und ihrer Bewerbung im Lichte der aktuellen Rechtsprechungstendenzen, MedR 2023, 620 (623); *ders.*, Anm. zu OLG München, Urt. v. 9.7.2020 – 6 U 5180/19, MedR 2021, 159 (160); *Eichelberger*, Anm. zu OLG München, 6 U 5180/19 – Digitaler Arztbesuch, WRP 2020, 1504 (Rn. 5); *Schinnenburg*, Ärztliche Fernbehandlungen – Die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen, MDR 2023, 886 (Rn. 27).

29 Ebenso *Krüger/Sy*, Werbung für Telemedizin im Bermuda-Dreieck von Lauterkeits-, Standes- und Arzthaftungsrecht, GRUR 2022, 522 (527); *Braun* (Fn. 28), MedR 2021, 160.

Patientinnen und Patienten zukünftig mit der Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche Versorgung anbieten zu können.“³⁰ Wenn nun aber – wie das OLG München meinte – „grundsätzlich jeder Krankheitsverdacht nach allgemeinen fachlichen Standards eine Basisuntersuchung erforder[e], in der Regel unmittelbar durch Funktionsprüfungen (etwa von Atmung, Kreislauf, Blutdruck) und Besichtigungen, Abtasten, Abklopfen und Abhören des Körpers sowie gegebenenfalls der Erhebung weiterer Laborwerte“³¹, bliebe für § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä – die ärztliche Beratung oder Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien – von vornherein kein Raum.³²

Zudem ignorierte dies die heutige Lebenswirklichkeit. Befeuert durch Notwendigkeiten während der Covid19-Pandemie und ermöglicht durch den technischen Fortschritt haben sich Szenarien entwickelt, in denen eine ärztliche Behandlung ohne unmittelbaren physischen Kontakt standardgemäß möglich ist.

Ein Beharren auf dem unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient als grundsätzlich superiorem „Goldstand“ würde schließlich den Gegebenheiten des heutigen Gesundheitswesens nicht mehr gerecht. Der Fachkräftemangel, hier insbesondere in Form des massiven Ärztemangels (nicht nur) „in der Fläche“, lässt sich ohne substantielle Öffnung auch für telemedizinische Behandlungsmöglichkeiten wohl nicht ausgleichen. Neuen Möglichkeiten per se ablehnend skeptisch gegenüber zu stehen, wird dem nicht gerecht.

b) Behandlung „im Einzelfall“

Die ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist „im Einzelfall“ erlaubt, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä (Herv. nur hier) vorliegen. Teilweise wird die Formulierung „im Einzelfall“ dahingehend ausgelegt, dass die ausschließliche

30 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

31 OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 48 – digitaler Arztbesuch; ebenso LG Köln BeckRS 2021, 32834 Rn. 37; dagegen mit Recht BGH GRUR 2022, 399 Rn. 52 – Werbung für Fernbehandlung.

32 Braun (Fn. 28), MedR 2021, 160.

Fernbehandlung lediglich ausnahmsweise zulässig sei.³³ „Im Einzelfall“ wird also quantitativ verstanden. Gegenüber der ärztlichen Behandlung mit unmittelbarem physischen Kontakt als „Goldstandard“ müsse die Fernbehandlung die Ausnahme sein.³⁴ Von der beabsichtigten Lockerung des Fernbehandlungsverbots im Interesse der „Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten“³⁵ bliebe damit nicht viel übrig. Erneut zeigt sich die verbreitete Skepsis gegen die ausschließliche Fernbehandlung.

Aus den zum „Goldstandard“ dargelegten Gründen ist einer solchen Deutung des Merkmals „im Einzelfall“ jedoch entgegenzutreten. Statt quantitativ, d.h. einen Ausnahmefall voraussetzend, ist dieses ausschließlich qualitativ zu verstehen: Es muss in jedem Einzelfall, das heißt bei jedem konkreten Behandlungsfall, geprüft werden, ob eine Behandlung über Kommunikationsmedien „ärztlich vertretbar“ ist und die „erforderliche ärztliche Sorgfalt [...] gewahrt wird“ (§ 7 Abs. 4 S. 3 a.E. MBO-Ä).³⁶ So verstanden bestimmt der ärztliche Behandlungsstandard (§ 630a Abs. 2 BGB) über die berufsrechtliche Zulässigkeit einer Fernbehandlung. Der medizinische Fortschritt wird dadurch berufsrechtlich unmittelbar und automatisch nachvollzogen. Zum Standard gewordene medizinische Innovationen bei der Fernbehandlung scheitern nicht an einem starren berufsrechtlichen Fernbehandlungsverbot. Das mit der Öffnung des Berufsrechts verfolgte Ziel der „Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten“, um Patienten „eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche

33 Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 158 f.; Sigmüller, Rechtsfragen der Fernbehandlung, Berlin/Heidelberg 2020, S. 85 f.

34 Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 158 f.

35 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

36 Im Ergebnis OVG Hamburg BeckRS 2022, 41593 Rn. 42; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 45 – Online-Erkältungsdiagnose; Braun (Fn. 16), MedR 2018, 565; ders. (Fn. 28), MedR 2023, 621; Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 294; Hahn, Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung, Wiesbaden 2019, S. 8; Leupold/Wiesner, Digitalisierung im Gesundheitssektor: e-Health, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hrsg.), IT-Recht: Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4. Aufl., München 2021, Teil 13 Rn. 33; Bundesärztekammer, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 10.12.2020, S. 3 (DOI: 10.3238/arztebl.2020.mbo.fernbehandlung); Schinnenburg (Fn. 28), MDR 2023, Rn. 28. – Herkenrath, Ärztliche Fernbehandlung: Möglichkeiten und Grenzen nach der Lockerung des Fernbehandlungsverbots, Tübingen 2022, S. 68-70 plädiert für eine Orientierung an (zu entwickelnden) medizinischen Leitlinien, in denen die Grundsätze erlaubter Fernbehandlung für die einzelnen medizinischen Fachgebiete bestimmt werden.

Versorgung anbieten zu können“;³⁷ erfordert geradezu ein behandlungsstandard-akzessorisches Berufsrecht. Andernfalls wäre das Berufsrecht ein erhebliches Innovationshemmnis.

Ein solches Verständnis dürfte auch dem Beschluss des 121. Deutschen Ärztetags zugrunde gelegen haben.³⁸ In der Beschlussbegründung heißt es: „Ob eine Beratung oder Behandlung ausschließlich aus der Ferne über Kommunikationsmedien möglich ist, entscheidet die Ärztin oder der Arzt durch eine jeweilige Prüfung des Einzelfalls.“³⁹ Es hätte nahegelegen, statt „im Einzelfall“ von „im Ausnahmefall“ oder „ausnahmsweise“ zu sprechen, wenn die Fernbehandlung nur im (quantitativen) Ausnahmefall oder ausnahmsweise hätte erlaubt werden sollen. Zudem differenziert die Beschlussbegründung zwischen der „herkömmlichen“ ärztlichen Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt als „Grundsatz“ bzw. „Goldstandard“ ärztlichen Handelns, der in § 7 Abs. 4 S. 1 und S. 2 MBO-Ä zum Ausdruck komme, und der neueröffneten Möglichkeit der Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien nach Maßgabe des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä.⁴⁰ Legte man den Grundsatz der Behandlung im persönlichen Kontakt als dem „Goldstandard“ ärztlichen Handelns auch der Auslegung des Merkmals „im Einzelfall“ zugrunde, bliebe – wie bereits dargelegt – wenig von der Liberalisierung übrig und könnten die im selben Absatz genannten Ziele – „Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten“ – kaum erreicht werden.

Dass „[t]elemedizinische Primärarztmodelle [...] zu vermeiden“ seien,⁴¹ ist ebenfalls kein Widerspruch. Damit kann nicht gemeint sein, dass es auch unter der Neufassung des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä grundsätzlich zu verhindern gilt, dass ärztliche Beratung oder Behandlung im Erstkontakt über Kommunikationsmittel erfolgt,⁴² denn dies stünde dem im Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags einen Satz zuvor hervorgehobenen Ziel der „Öffnung“ des Berufsrechts für solche Formen⁴³ diametral entgegen. Gemeint sein dürfte damit lediglich, dass telemedizinische Angebote nicht

37 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

38 A.A. Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 154 f.

39 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2 f.

40 S. Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

41 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 47 – digitaler Arztbesuch.

42 In Bezug auf § 9 S. 2 HWG ebenso Braun (Fn. 28), MedR 2021, 160.

43 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

zum allgemeinen, allumfassenden Erstanlaufpunkt ausgestaltet werden dürfen. Diesem Szenario steht freilich schon entgegen, dass in vielen Fällen die ärztliche Beratung oder Behandlung ohne persönlichen Kontakt auch weiterhin behandlungsstandardwidrig und schon deshalb auch berufsrechtswidrig wäre. Wenn dagegen für bestimmte Anwendungsbereiche die ärztliche Beratung oder Behandlung unter Einsatz von Kommunikationsmitteln behandlungsstandardgemäß ist, wäre näher zu begründen, warum diese berufsrechtlich nur im Ausnahmefall erlaubt sein sollen. Umgekehrt und zugespitzt formuliert: Soll wirklich das satzungsautonom erlassene (Landes-)Berufsrecht einer dem bundesrechtlichen Sorgfaltsstandard (§ 630a Abs.2 BGB) entsprechenden ärztlichen Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmittel entgegenstehen? Für den vielfach (und völlig zu Recht) betonten Schutz der Patienten vor „fragwürdigen telemedizinischen Angeboten“⁴⁴ sorgen bereits das Arzthaftungsrecht und das Werberecht.⁴⁵

Dem hier vertretenen Verständnis steht schließlich auch nicht ein Beschluss des 122. Deutschen Ärztetags entgegen.⁴⁶ Unter dem Titel „Missbrauch der Lockerung des Fernbehandlungsverbots“ wurde zwar beschlossen: „Infolge der Lockerung des Fernbehandlungsverbots ist festzustellen, dass Patientinnen und Patienten zunehmend auch mit fragwürdigen telemedizinischen Angeboten konfrontiert werden, die nicht im Einklang mit der entsprechenden Beschlussfassung des 121. Deutschen Ärztetages 2018 zu sehen sind. Der Vorstand der Bundesärztekammer wird deshalb beauftragt, die rechtlichen Möglichkeiten zu prüfen, wie solche Angebote unterbunden und die kommerziellen Anbieter derartiger Online-Anwendungen gegebenenfalls sanktioniert werden können.“⁴⁷ Eine Änderung der im Jahr zuvor in Erfurt beschlossenen Neufassung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä ging damit aber nicht einher. Überdies ist die Beschlussbegründung in sich widersprüchlich, wenn es einerseits heißt, dass die „Möglichkeiten der Telemedizin [...] selbstverständlich genutzt und ausgebaut werden“ müssen, diese andererseits aber „letzten Endes nur eine Ergänzung des bisherigen Zusammenspiels von Arzt und Patient [seien], das zwangsläufig auf einem

44 So Beschlussprotokoll des 122. Deutschen Ärztetages 2019, TOP Ib - 09, S. 1 (abrufbar unter www.aerzteblatt.de/2019top1b8, zuletzt abgerufen am 1.6.2024).

45 S. unten III.

46 A.A. Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 158.

47 Beschlussprotokoll des 122. Deutschen Ärztetages 2019, TOP Ib - 09, S. 1.

persönlichen Kontakt und einer persönlichen Erstanamnese“ beruhe.⁴⁸ Initiale Fernbehandlungen wären damit generell unzulässig.

c) Zwischenergebnis

Das ärztliche Berufsrecht hat sich gegenüber ausschließlichen Fernbehandlungen geöffnet. Statt solche grundsätzlich und ohne Rücksicht auf den Einzelfall zu verbieten, entscheiden nunmehr die ärztliche Vertretbarkeit und der medizinische Standard im konkreten Behandlungsfall, ob die ärztliche Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmittel berufsrechtlich erlaubt ist. Die Entscheidung über den Einsatz von Kommunikationsmitteln bei der ärztlichen Behandlung liegt in den Händen der ärztlichen Profession.⁴⁹ Das ärztliche Berufsrecht vollzieht damit den medizinischen Fortschritt unmittelbar nach.

2. Werberecht

§ 9 S.1 HWG verbietet die „Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung).“ Nach § 9 S.2 HWG ist dieses Verbot jedoch „nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.“

a) Keine berufsrechtliche Akzessorietät des Werbeverbots

Die Ausnahme (§ 9 S.2 HWG) zum Verbot der Werbung für Fernbehandlung (§ 9 S.1 HWG) ist nicht akzessorisch zum ärztlichen Berufsrecht, sondern regelt die Voraussetzungen einer erlaubten Werbung für Fernbehandlungen selbst.⁵⁰ Dass eine ärztliche Beratung oder Behandlung im

48 Beschlussprotokoll des 122. Deutschen Ärztetages 2019, TOP Ib - 09, S.1 f.

49 Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 294.

50 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 58 – Werbung für Fernbehandlung; Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 298; Braun (Fn. 28), MedR 2023, 620. – Zu § 9 HWG a.F. BGH

Einzelfall berufsrechtlich erlaubt ist, bedeutet daher nicht schon zugleich, dass dafür auch geworben werden dürfte.⁵¹

Für eine solche berufsrechtliche Akzessorietät des Werberechts war freilich zumindest für die Zeit zwischen der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä n.F.) und der Lockerung des strikten Werbeverbots (§ 9 HWG a.F.) teilweise plädiert worden.⁵² Dem standen jedoch methodische Bedenken entgegen, da der Gesetzgeber noch im Jahr 2016 in Kenntnis der neuen Möglichkeiten, der bereits erkennbaren Liberalisierungstendenzen und einiger Modellprojekte der Fernbehandlung mittels der Änderung des Arzneimittelgesetzes Steine in den Weg gelegt hatte.⁵³ Vor allem aber war problematisch an einer solchen berufsrechtlichen Akzessorietät des Werberechts, welches Berufsrecht zugrunde zu legen ist. Das von den Landesärztekammern als Satzung erlassene Berufsrecht ist inhaltlich nicht notwendigerweise identisch,⁵⁴ was dann zur Frage führte, wie mit Werbung für Fernbehandlung umzugehen ist, die über den räumlichen Geltungsbereich des für den Arzt maßgeblichen Berufsrechts hinausreicht.⁵⁵ Stattdessen die MBO-Ä zum Maßstab zu machen,⁵⁶ verursachte Bedenken, da der MBO-Ä als bloßer Empfehlung der Bundesärztekammer jede Rechtsnormqualität fehlt.⁵⁷ Vor allem aber unterscheiden sich die Bezugspunkte: Das Berufsrecht regelt stets bezogen auf den konkreten Einzelfall, ob eine Fernbehandlung möglich ist. Das Werberecht hingegen

GRUR 2022, 399 Rn. 38 – Werbung für Fernbehandlung; KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 18 – virtueller Konsultationsservice; kritisch *Hahn*, Grenzen der Werbung für (ausschließliche) Fernbehandlungsleistungen, MedR 2022, 645 (650).

51 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 58 – Werbung für Fernbehandlung; zu § 9 HWG a.F. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 37 – Werbung für Fernbehandlung; KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 17 – virtueller Konsultationsservice.

52 S. *Braun* (Fn. 16), MedR 2018, 566; *Spickhoff*, Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung, MedR 2018, 535 (541 f.); *Rehmann*, E-Health – Telemonitoring und Telemedizin, A&R 2017, 153 (156); *Siglmüller*, Fernbehandlung (Fn. 33), S. 214 ff.

53 Näher *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 296 f.; zur Regelung im Arzneimittelgesetz s. o. unter I., fünfter Absatz.

54 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77.

55 Näher *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 298.

56 So OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 39 – Online-Erkältungsdiagnose; OLG Hamburg GRUR-RS 2021, 36440 Rn. 18 f. – Krankschreibung per Ferndiagnose.

57 *Eichelberger* (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 7.

muss davon abstrahieren, da zum Zeitpunkt der Werbung der konkrete Einzelfall noch gar nicht eingetreten ist.⁵⁸

- b) Persönlicher ärztlicher Kontakt „nach allgemein anerkannten fachlichen Standards“ nicht erforderlich

Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 9 S. 2 HWG ist stattdessen allein, ob „nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist“ (§ 9 S. 2 a.E. HWG). Maßgeblich dafür ist der behandlungsvertragliche (und arzthaftungsrechtliche) Sorgfaltsstandard des § 630a Abs. 2 BGB.⁵⁹ Dafür sprechen neben dem identischen Wortlaut systematische und teleologische sowie praktische Gesichtspunkte.⁶⁰ So kann auf die umfangreiche Rechtsprechung zu § 630a Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden, was der vorhersehbaren und rechtssicheren Anwendung des § 9 S. 2 HWG dient.⁶¹ Da der medizinische Standard „den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“, repräsentiert,⁶² entscheidet so letztlich die Medizin selbst über die Zulässigkeit der Werbung für eine Fernbehandlung.⁶³ Das Werberecht ist damit offen für Weiterentwicklungen der telemedizinischen Möglichkeiten und vollzieht diese automatisch nach.⁶⁴ Da auch die berufsrechtliche Zulässigkeit einer Fernbehandlung an die „erforderliche ärztliche Sorgfalt“ (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä) und damit letztlich an § 630a Abs. 2 BGB anknüpft, kommt es zu einem wünschenswerten Gleichklang zwischen (berufsrechtlicher sowie behandlungsvertraglicher und arzthaftungsrechtli-

58 *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 298 f.

59 S. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 53 – Werbung für Fernbehandlung; OLG München GRUR-RR 2024, 34 Rn. 47 – Irische Impotenzfernbehandlung; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2023, 171 Rn. 60 – ärztliche Videosprechstunde; zuvor bereits *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 301.

60 Näher BGH GRUR 2022, 399 Rn. 54 – Werbung für Fernbehandlung.

61 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 53 f. – Werbung für Fernbehandlung.

62 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 64 – Werbung für Fernbehandlung; BGH NJW 2015, 1601 Rn. 7; OLG München GRUR-RR 2024, 34 Rn. 48 – Irische Impotenzfernbehandlung.

63 *Eichelberger* (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 10.

64 Vgl. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 54 – Werbung für Fernbehandlung.

cher) Zulässigkeit der Fernbehandlung und der Zulässigkeit der Werbung dafür.⁶⁵

Es muss also der persönliche ärztliche Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach den „zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ (§ 630a Abs. 2 Halbs. 1 BGB) entbehrlich sein. Dies vermeidet – zumindest in der Theorie – Friktionen zwischen Werberecht einerseits und Behandlungsvertrags- und Arzthaftungsrecht (sowie dem Berufsrecht) andererseits, die dadurch entstehen könnten, dass einer *lege artis* durchführbaren Fernbehandlung ein möglicherweise engeres oder zumindest enger verstandenes Werbeverbot für solche Behandlungen gegenübersteht (oder umgekehrt). Die Öffnung des früheren strikten Fernbehandlungswerbeverbots durch das Digitale-Versorgung-Gesetz war ausdrücklich dazu gedacht, die Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts werberechtlich nachzuvollziehen. Für arztberufsrechtlich zulässige telemedizinische Angebote sollte auch entsprechend geworben werden dürfen.⁶⁶ Andernfalls hätte sich das Werbeverbot weiterhin als faktisches Durchführungsverbot ausgewirkt.⁶⁷

Bezugspunkt des Behandlungsstandards des § 630a Abs. 2 BGB ist die konkret-individuelle Behandlung.⁶⁸ Behandlungsvertraglich und arzt haftungsrechtlich muss deshalb die konkret-individuelle Behandlung dem geschuldeten Behandlungsstandard entsprechen. Für die Werbung kann dagegen, da sich diese unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl nicht näher individualisierter Personen richtet, nur eine abstrakt-generalisierende Perspektive maßgeblich sein.⁶⁹ Der konkret-individuelle Behandlungsfall ist zum Zeitpunkt der Werbung noch gar nicht

65 Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 10.

66 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77: „Die derzeitigen Regelungen des § 9 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) erschweren die flächendeckende [sic] Einführung telemedizinischer Anwendungen.“

67 Braun (Fn. 16), MedR 2018, 566; Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 4.

68 BGH NJW 2015, 1601 Rn. 7: „in der konkreten Behandlungssituation“.

69 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 51 – Werbung für Fernbehandlung; OLG München GRUR-RR 2024, 34 Rn. 46 – Irische Impotenzfernbehandlung; Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 78; zuvor OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 38 – Online-Erkältungsdiagnose; Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 298 f.; Tillmanns, Möglichkeiten und Grenzen der Werbung für Fernbehandlungen, A&R 2020, 11 (14).

bekannt.⁷⁰ Das war dem Gesetzgeber bewusst. Die Materialien zum DVG weisen ausdrücklich darauf hin, dass es für das Werberecht nur darauf ankommen kann, ob „nach dem anerkannten medizinischen Stand der Erkenntnisse eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien *grundsätzlich* möglich ist.“⁷¹

Konsequenz müsste daher sein, (nur) danach zu fragen, ob es „grundsätzlich möglich“ ist, die zu bewerbende Fernbehandlung in (noch nicht eingetretenen) konkret-individuellen Fällen dem Sorgfaltsstandard des § 630a Abs. 2 BGB entsprechend durchzuführen. Dafür sollte genügen, dass ernsthaft praktisch relevante Anwendungsfälle für eine solche Fernbehandlung bestehen oder bestehen können, es also nicht nur rein hypothetisch ist, dass ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach allgemein anerkannten fachlichen Standards nicht erforderlich ist.⁷² Dies trüge dem mit dem Werbeverbot bezweckten Schutz der Patienten vor unseriösen Angeboten⁷³ Rechnung, indem nur im Ausnahmefall oder gar nur hypothetisch standardgemäß durchführbare Fernbehandlungen weiterhin nicht beworben werden dürfen. Zugleich verwirklichte ein solches Verständnis das gesetzgeberische Anliegen, dass im Interesse der Weiterentwicklung für arztberufs- und behandlungsvertragsrechtlich zulässige telemedizinische Angebote grundsätzlich auch geworben werden können soll.⁷⁴

Der BGH hat diesen Vorschlag indes verworfen.⁷⁵ Stattdessen scheint der I. Senat davon auszugehen, dass sich abstrakt-generalisierende Fernbehand-

70 Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 299.

71 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 78 [Hervorhebung nur hier]. Dieses Ziel anerkennt auch der BGH (GRUR 2022, 399 Rn. 51 – Werbung für Fernbehandlung) ausdrücklich.

72 Grdl. Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 299; zustimmend Braun (Fn. 6), MedR 2022, 157; ders. (Fn. 28), MedR 2021, 161; im Ausgangspunkt genauso, jedoch mit strengem Maßstab (beworbene Fernbehandlung „im Regelfall“ möglich) Tillmanns (Fn. 69), A&R 2020, 14 bzw. mit milderem Maßstab (Werbung nur unzulässig, wenn offensichtlich eine Fernbehandlung ausscheidet) Leupold/Wiesner, e-Health (Fn. 36), Rn. 48; ähnlich Schmidt-Murra, Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19, MedR 2021, 917 (918).

73 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 41 – Werbung für Fernbehandlung.

74 S. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

75 S. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 57 – Werbung für Fernbehandlung; kritisch dazu Braun, Anm. zu OLG Hamburg, Beschl. v. 29.9.2021 – 3 U 148/20, MedR 2022, 413 f.

lungsstandards herausbilden werden und macht solche zur Voraussetzung des § 9 S. 2 HWG.⁷⁶ Dem stehen mehrere Einwände entgegen. Zunächst ist bereits offen, ob es solche Fernbehandlungsstandards überhaupt, und wenn, ob in nennenswertem Umfang, geben kann. Abgesehen von grundsätzlichen Erwägungen gegen einen eigenständigen Fernbehandlungsstandard⁷⁷ müsste es Anwendungsszenarien geben, in denen es generell, d.h. unabhängig vom konkret-individuellen Einzelfall, eines unmittelbaren persönlichen Kontakts zwischen Arzt und Patient in physischer Präsenz stets und von vornherein nicht bedarf. Das scheint mit Blick auf die Vielgestaltigkeit der Erkrankungen und Krankheitsbilder eher zweifelhaft, und dürfte, falls doch möglich, jedenfalls auf sehr enge Szenarien begrenzt sein.⁷⁸ Als Beispiel für die Zweifel mag die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (AU-Richtlinie) des G-BA⁷⁹ dienen. Diese eröffnet in der vertragsärztlichen Versorgung seit einiger Zeit die Möglichkeit, Arbeitsunfähigkeit per Videosprechstunde auch ohne vorherigen unmittelbaren Kontakt im konkreten Behandlungsfall festzustellen, sofern „die Erkrankung dies nicht ausschließt“ (§ 4 Abs. 5 S. 3 AU-Richtlinie). Dagegen ist von einer Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde abzusehen und auf die Erforderlichkeit einer unmittelbar persönlichen Untersuchung zu verweisen, wenn „eine hinreichend sichere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde nicht möglich ist“ (§ 4 Abs. 5 S. 7 AU-Richtlinie). Entsprechendes gilt für die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nach telefonischer Anamnese (§ 4 Abs. 5a AU-RL). Weil also die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit per Videosprechstunde oder Telefonat bereits nach der AU-Richtlinie selbst nicht in jedem konkreten Behandlungsfall von vornherein möglich ist, müsste man wohl, die Auslegung des BGH zugrunde gelegt und die AU-Richtlinie als anerkannten fachlichen Standard verstanden⁸⁰, davon ausgehen, dass dafür nicht geworben werden dürfte.

76 Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 12.

77 Näher und deshalb einen eigenen Fernbehandlungsstandard ablehnend Siglmüller, Fernbehandlung (Fn. 33), S. 150-152.

78 I. Erg. ebenso Kuck/Freytmuth, Anm. zu BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung, MedR 2022, 679 (681); v. Czettritz/Thewes, Die BGH-Entscheidung „Werbung für Fernbehandlung“ vom 09.12.2021 sowie die Neuregelung des § 9 S. 2 HWG, PharmR 2022, 349 (351); Tillmanns (Fn. 69), A&R 2020, 15.

79 Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 SGB V.

80 OLG Hamburg GRUR-RS 2021, 36440 Rn. 7 – Krankschreibung per Ferndiagnose.

Bis dahin, d.h. bis zur etwaigen Herausbildung dezidierter Fernbehandlungsstandards, darf somit auch für konkret-individuell bereits erlaubte Fernbehandlungen nicht geworben werden. Es dürfte also zwar im konkret-individuellen Behandlungsfall ausschließlich unter Einsatz von Kommunikationsmitteln ärztlich beraten und behandelt werden; öffentlich angekündigt werden dürfte dies aber nicht. Aufgrund des sehr weit verstandenen Werbebegriffs, der letztlich schon die auf die Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen gerichtete objektive, sachliche Information umfasst,⁸¹ hätte der Arzt kaum eine Möglichkeit, potentielle Patienten auf die Möglichkeit der Fernbehandlung hinzuweisen. Dies behindert zugleich die Herausbildung etwaiger Fernbehandlungsstandards. Zur Standardbildung bedarf es neben wissenschaftlicher Erkenntnis auch ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz.⁸² Ärztliche Erfahrung und professionelle Akzeptanz ist ohne praktischen Einsatz aber kaum denkbar.⁸³

Der BGH hat dies gesehen, meint aber, der Gesetzgeber habe „mit dem von ihm gewählten Maßstab, wonach die fachlichen Standards anerkannt sein müssen, mit Blick auf die von ihm konstatierte dynamische Weiterentwicklung der telemedizinischen Möglichkeiten sachnotwendig eine gewisse Übergangszeit in Rechnung gestellt“.⁸⁴ Die Materialien zum Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (DVG) legen freilich eher eine gegenteilige Sicht nahe, wenn es dort heißt, dass das generelle Werbeverbot (§ 9 HWG a.F.) die „flächendeckende Einführung telemedizinischer Anwendungen“ erschwere⁸⁵ und mit dem neuen Satz 2 die Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts werberechtlich nachvollzogen werden soll^{86, 87}.

81 S. BGH GRUR 1995, 612 (613) – Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie; OLG Hamburg BeckRS 2007, 15054.

82 S. Katzenmeier, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed., München 2024, BGB § 630a Rn. 148.

83 So i. Erg. auch Hahn (Fn. 26), BLJ 2021, 51.

84 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 56 – Werbung für Fernbehandlung.

85 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77.

86 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 78.

87 Ebenso Braun (Fn. 28), MedR 2023, 623.

c) Zwischenergebnis

Die Zulässigkeit der Werbung für Fernbehandlungen (§ 9 S. 2 HWG) unmittelbar an den ärztlichen Standard des § 630a Abs. 2 BGB anzuknüpfen, ist richtig. Dafür spricht neben dem wünschenswerten Gleichlauf mit dem ärztlichen Berufsrecht sowie dem Behandlungsvertrags- und Arzthaftungsrecht insbesondere, dass damit auch werberechtlich letztlich die medizinische Profession maßgeblich wäre und Weiterentwicklungen automatisch nachvollzogen würden.⁸⁸ Zugleich wäre die Gefahr gebannt, dass das Werberecht faktisch dem Einsatz und der Verbreitung neuer Behandlungsformen entgegensteht. Die Anknüpfung an einen „Fernbehandlungsstandard“, statt losgelöst vom konkret-individuellen Einzelfall daran, ob die zu bewerbenden Fernbehandlungen „grundsätzlich möglich“ sind, d.h. ernsthaft praktisch relevante Anwendungsfälle für standardgemäße (§ 630a Abs. 2 BGB) Fernbehandlungen bestehen oder bestehen können, macht die zunächst gewonnene Flexibilität indes weitestgehend zunichte. Durch diese Weichenstellung des BGH dürfte auf absehbare Zeit kaum Werbung für Fernbehandlungen möglich sein und sich so das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen als erhebliches Hindernis bei der Etablierung zulässiger ärztlicher Fernbehandlungsszenarien auswirken.

III. Resümee und Ausblick

Von einer Liberalisierung der ausschließlichen Fernbehandlung ist bislang leider nicht viel zu sehen. Zwar hat sich das ärztliche Berufsrecht der ausschließlichen Beratung und Behandlung unter Einsatz von Kommunikationsmitteln geöffnet; das – entgegen des gesetzgeberischen Willens – viel zu eng verstandene neue Werberecht (§ 9 S. 2 HWG) steht einer breiten praktischen Etablierung – mangels Werbemöglichkeit dafür – aber weiterhin faktisch entgegen.⁸⁹

Der verbreitet zur Begründung dieser strengen Sicht herangezogene Patientenschutz ist zwar tatsächlich ein gewichtiges Argument; jedoch ist dieser im ärztlichen Bereich bereits anderweitig sichergestellt. Standardwidrige, d.h. vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung (s. § 630a Abs. 2 Halbs. 2 BGB) nicht den „zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein

⁸⁸ Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 10.

⁸⁹ Ebenso Braun (Fn. 28), MedR 2023, 620, 626 f.

anerkannten fachlichen Standards“ entsprechende, Fernbehandlung war und ist berufsrechtswidrig und behandlungsfehlerhaft. Neben berufsrechtlichen Sanktionen droht dem gleichwohl fernbehandelnden Arzt eine Behandlungsfehlerhaftung.⁹⁰ Auch muss der Patient über „die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien“ aufgeklärt werden (s. § 7 Abs. 4 S. 3 a.E. MBO-Ä); eine Verletzung dieser Pflicht kann ebenfalls haftungsbegründend sein.⁹¹ Schließlich untersagt bereits das ärztliche Berufsrecht Ärzten berufswidrige Werbung (s. § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä), und um solche handelt es sich, wenn für die Vornahme unzulässiger Behandlungsmethoden geworben wird.⁹²

Ein übervorsichtiges Werbeverbot dient überdies gerade nicht dem Patientenschutz, wenn und weil es der Überführung des medizinischen Fortschritts und der Einführung neuer und möglicherweise mit Blick auf den Fachkräftemangel und die demografische Entwicklung der Bevölkerung unabdingbarer Versorgungsinnovationen in die Praxis per se entgegensteht.

Das Werberecht sollte sich daher zurücknehmen und der medizinischen Profession den Vorrang lassen, um nicht die notwendige Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts zu konterkarieren. Es sollte nicht verhindern, was berufs- und behandlungsvertraglich erlaubt ist.⁹³

Das Werbeverbot für Fernbehandlungen generell abzuschaffen, wie dies bisweilen gefordert wird,⁹⁴ ginge allerdings zu weit: Zunächst ist eine vom landesrechtlichen Berufsrecht unabhängige bundesgesetzliche und damit bundeseinheitliche Werberegulierung ein Wert für sich. Vor allem aber reicht der Anwendungsbereich des § 9 HWG weit über die Ärzteschaft hinaus. Umfasst sind namentlich auch zum einen die Heilpraktiker.⁹⁵ Diese unter-

90 Zur Arzthaftung s. *Katzenmeier*, Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung, NJW 2019, 1769 ff.; *Bergmann*, Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz – Überlegungen aus arzthaftungsrechtlicher Perspektive, MedR 2016, 497 (499 ff.); *Eichelberger*, Arzthaftung bei telemedizinischen Angeboten, kma – Klinik Management aktuell, April 2019, 92 f.

91 *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 295.

92 S. *Fritzsche*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht (Fn. 2), HWG § 9 Rn.1; *Hahn*, Telemedizin und Fernbehandlungsverbot – Eine Bestandsaufnahme zur aktuellen Entwicklung, MedR 2018, 384 (388); *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 291.

93 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ein zu strenges Werbeverbot, das berufsrechtlich zulässiges ärztliches Handeln betrifft, s. *Hahn* (Fn. 50), MedR 2022, 652 f.

94 *Etwa Braun* (Fn. 28), MedR 2023, 626 f. m.w.N.

95 *Fritzsche* (Fn. 92), HWG § 9 Rn. 1; *Ring*, in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 6. Aufl., Köln 2022, § 9 Rn. 13.

liegen keinem verbindlichen Berufsrecht⁹⁶ und damit weder einer verbindlichen Regelung der Fernbehandlung⁹⁷ noch einer solchen der Werbung⁹⁸ dafür. Umfasst sind zum anderen nichtärztliche Dritte, wie etwa Krankenhäuser und andere Akteure im Gesundheitswesen.⁹⁹ Hier besteht weiter Bedarf an einer bundesrechtlichen Reglementierung der Werbung für Fernbehandlung.¹⁰⁰

Der Gesetzgeber ist vielmehr aufgefordert, die zu strenge Rechtsprechung zu § 9 S. 2 HWG zu korrigieren. Dazu genügte es, in den Wortlaut das „grundsätzlich“ aus der Gesetzesbegründung aufzunehmen und damit den dort formulierten gesetzgeberischen Willen auch im Normtext ausdrücklich zu verankern.

96 Zuck/Gokel, Sonderrecht des Heilpraktikers, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl., München 2018, § 34 Rn. 3.

97 Näher dazu Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 300 mit Fn. 79.

98 S. allg. BGH GRUR 1989, 827 – Werbeverbot für Heilpraktiker.

99 Vgl. Fritzsche (Fn. 92), HWG § 9 Rn. 1; Ring (Fn. 95), § 9 Rn. 13. – Beklagte in BGH GRUR 2022, 399 – Werbung für Fernbehandlung war die Holdinggesellschaft eines privaten Krankenversicherers, der seinen Versicherten die Möglichkeit eröffnet hatte, über eine Smartphone-App Kontakt zu in der Schweiz ansässigen Ärzten aufzunehmen.

100 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77.

Die „Freiheit zur Krankheit“ und das Verfassungsgebot zur Ermöglichung der Zwangsbehandlung

Reinhard Gaier

I. Einführung

Eine Zwangsbehandlung, also die medizinische Behandlung eines Menschen gegen seinen natürlichen Willen, wird zu Recht als besonders schwerer Eingriff in sein grundrechtlich geschütztes Freiheitsinteresse gewertet.¹ Geht es in konkreten Fällen der Eigengefährdung der Betroffenen um die Zulässigkeit medizinischer Zwangsmaßnahmen, wird solchem Vorgehen gerne ein vermeintlich aus der Verfassung folgendes „Recht auf Krankheit“ entgegengehalten. Das Bundesverfassungsgericht vermeidet diese unnötig weitgreifende Formulierung und charakterisiert die persönliche Autonomie der Einzelnen, die einer Zwangsbehandlung grundsätzlich entgegensteht, als „Freiheit zur Krankheit“.² Trotzdem konnte in Teilen der Ärzteschaft und vermittelt durch sie auch bei betroffenen Menschen der Eindruck entstehen, die von der Rechtsprechung formulierten Anforderungen für eine zulässige Zwangsbehandlung seien mit Blick auf den gebotenen Schutz von Leben und Gesundheit der Betroffenen, namentlich solcher, die unter Anosognosie leiden, unangebracht streng.³ Ob diese Einschätzung berechtigt ist, soll im Folgenden untersucht werden: Führt die Rechtsprechung namentlich des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich dazu, dass erkrankten Menschen die notwendige medizinische Hilfe vorenthalten wird? Oder liegen im Gegenteil die Dinge ganz anders, und die Zulassung einer Zwangsbehandlung kann unter Umständen nach Maßgabe des Verfassungsrechts sogar geboten sein?

1 Vgl. etwa BVerfGE 146, 294 Rn. 29; 158, 131 Rn. 59; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 143, juris.

2 BVerfGE 55, 208 (226); 128, 282 (304); 142, 313 Rn. 74.

3 Vgl. etwa Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.2.2015, S. 9 („Wer hilft mir in meinem Wahn?“).

II. Grundlagen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Ausgangspunkt für die verfassungsrechtlichen Überlegungen ist das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG). Das Bundesverfassungsgericht betont, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit schon in seinem traditionellen Gehalt vor staatlich veranlassten Zwangsbehandlungen schützen soll.⁴ Zu Recht steht außer Frage, dass eine Zwangsbehandlung einen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit darstellt. Dafür ist es nicht erforderlich, dass eine Maßnahme gewaltsam durchgesetzt werden muss; eine Zwangsbehandlung liegt auch dann vor, wenn Betroffene von ihnen unverändert abgelehnte Maßnahmen ohne Widerstand hinnehmen.⁵ Das Grundrecht schützt nämlich nicht nur die körperliche Integrität der Betroffenen, sondern auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht.⁶ Daher werden etwa Zwangsmedikationen auch dann als medizinische Zwangsbehandlungen angesehen, wenn sie ohne körperlichen Zwang erfolgen können.⁷

An der Einordnung als Grundrechtseingriff ändert sich auch dann nichts, wenn die Zwangsbehandlung zum Zweck der Heilung vorgenommen wird.⁸ Eine schädigende Zielrichtung ist keineswegs Voraussetzung für das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit.⁹ Bei einer jeden medizinischen Behandlung, die die körperliche Integrität berührt, ist ein Grundrechtseingriff erst dann ausgeschlossen, wenn die Behandlung von der frei erteilten Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten gedeckt ist, und diese Einwilligung auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung erteilt wurde.¹⁰

Eine Kontrolle der Entscheidung der Betroffenen am Maßstab der Vernunft ist nicht zulässig; der Staat kann gegenüber Grundrechtsträgern keine „Vernunftthoheit“ für sich beanspruchen.¹¹ Die Freiheitsgrundrechte schließen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der – jedenfalls in den Augen Dritter – den wohlverstandenen Interessen der Betroffenen zuwider-

4 BVerfGE 79, 174 (201); 158, 131 Rn. 56.

5 Vgl. BVerfGE 146, 294 Rn. 28; 158, 131 Rn. 57.

6 So etwa BVerfGE 128, 282 (300).

7 BVerfGE 128, 282 (302 f.).

8 BVerfGE 158, 131 Rn. 57.

9 BVerfGE 128, 282 (300) m.w.N.

10 BVerfGE 128, 282 (301) m.w.N.; 158, 131 Rn. 57.

11 BVerfGE 142, 313 Rn. 74.

läuft. Es ist also grundsätzlich Sache der Betroffenen, darüber zu entscheiden, ob sie sich therapeutischen oder sonstigen Maßnahmen unterziehen wollen, die ausschließlich ihrer „Besserung“ dienen.¹²

Damit ist der für die verfassungsrechtliche Bewertung einer Zwangsbehandlung entscheidende Aspekt genannt: Es geht um Selbstbestimmung, um persönliche Autonomie. Nach der Werteordnung, auf der das Grundgesetz fußt, ist der Mensch grundsätzlich frei, über Eingriffe in seine körperliche Integrität und den Umgang mit seiner Gesundheit selbst zu entscheiden.¹³ Danach ist es zu respektieren, wenn Betroffene auf ihre Heilung zielende Eingriffe ablehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind. Die Bedeutung dieses Selbstbestimmungsrechts wird daran deutlich, dass es sich nicht nur aus dem bereits erwähnten Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG herleiten lässt, sondern auch durch das Persönlichkeitsrecht geschützt wird, das aus der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) folgt.¹⁴

III. Schranken der „Freiheit zur Krankheit“

Das Grundgesetz schützt Leben und körperliche Unversehrtheit nicht schrankenlos, sondern nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG in den Grenzen eines Gesetzesvorbehalts. Auch in die „Freiheit zur Krankheit“ darf also auf Grund eines Gesetzes (dazu nachfolgend unter 1.) oder auch auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts¹⁵ (dazu nachfolgend unter 2.) eingegriffen werden. Erweist sich ein Eingriff insbesondere nach Prüfung seiner Verhältnismäßigkeit als gerechtfertigt, kann mithin auch eine Zwangsbehandlung zulässig sein.

1. Gesetzliche Eingriffsgrundlagen

Fragt man nach den Schranken, die der „Freiheit zur Krankheit“ gezogen sind, so trifft man zunächst auf gesetzliche Regelungen, die unter strengen Voraussetzungen eine Zwangsbehandlung ausnahmsweise erlauben. Die

12 BVerfGE 128, 282 (304) unter Hinweis auf BVerfGE 22, 180 (219 f.).

13 BVerfGE 142, 313 Rn. 74.

14 BVerfGE 142, 313 Rn. 74 m.w.N.

15 Vgl. etwa BVerfGE 111, 147 (157).

einschlägigen Regelungen sind bemerkenswert unübersichtlich; sie betreffen verschiedene Bereiche, beruhen auf unterschiedlichen Grundlagen und sind teilweise in Landes- und teilweise in Bundeskompetenz ergangen.

Mit Blick auf die hier erörterte Fragestellung lassen sich zwei Regelungsbereiche unterscheiden:

(1.) Auf Grundlage des öffentlichen Rechts erfolgen Zwangsbehandlungen im Rahmen der Präventivunterbringung. Die hierfür notwendige Gesetzesgrundlage zu schaffen, fällt in die Kompetenz der Länder. Mit den Landesgesetzen wird neben verschiedenen Formen der Hilfe insbesondere die freiheitsentziehende Unterbringung in psychiatrischen Krankenhäusern für Menschen geregelt, die aufgrund einer psychischen Störung krank oder behindert sind. Maßgeblich ist in Niedersachsen das Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke (NPsychKG).¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die von ihm zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug entwickelten Grundsätze auch für die Zwangsbehandlung im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung zu beachten sind.¹⁷

Ausgangspunkt für die Zwangsbehandlung ist die Unterbringung der betroffenen Person. Die Unterbringung ist nach § 16 NPsychKG zulässig, wenn von der betroffenen Person „infolge ihrer Krankheit oder Behinderung ... eine gegenwärtige erhebliche Gefahr (...) für sich oder andere ausgeht und diese Gefahr auf andere Weise nicht abgewendet werden kann.“ Im Rahmen einer solchen Präventivunterbringung kann auch eine Zwangsbehandlung erfolgen. Dazu finden sich für Niedersachsen – aufgrund der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – seit 2017 detaillierte Regelungen, die zwischen Zwangsbehandlungen zur Wiederherstellung der „tatsächlichen Voraussetzungen freier Selbstbestimmung“ mit dem Ziel einer Chance zur Beendigung der Unterbringung (§ 21a NPsychKG) einerseits und andererseits Zwangsbehandlungen zur „Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr“ für Leben und Gesundheit der untergebrachten Personen (§ 21b NPsychKG) unterscheiden. Während der erste Eingriffstatbestand erkennbar dem Freiheitsinteresse noch untergebrachter Menschen dienen soll, wird beim zweiten deutlich, dass eine Regelung getroffen wird, die mit Blick auf die Eigengefährdung der Betroffenen auf Gefahrenabwehr

16 Vom 16. Juni 1997, Nds. GVBl. S. 272; zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Mai 2024, Nds. GVBl. 2024 Nr. 36.

17 BVerfGE 146, 294 Rn. 35.

gerichtet ist. Dies entspricht der Tradition der Präventivunterbringung als einer ordnungsbehördlichen Maßnahme. Der ordnungsrechtliche Ansatz führt über das Merkmal der „gegenwärtigen Gefahr“ zu strengen Voraussetzungen für die Zwangsbehandlung von Menschen, die sich in Präventivunterbringung befinden. Nach allgemeinem Verständnis ist eine Gefahr nämlich nur dann gegenwärtig, wenn „die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder ... diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht.“¹⁸

(2.) Ein weiterer Regelungsbereich lässt sich als zivilrechtliche Zwangsbehandlung kennzeichnen. Wegen der Grundlage im Zivilrecht liegt die Gesetzgebungskompetenz nicht bei den Ländern, zuständig ist vielmehr der Bundesgesetzgeber auf Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.¹⁹ Die Regelungsbereiche der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Zwangsbehandlung können sich überschneiden und zur parallelen Anwendung führen.²⁰

Für Erwachsene finden sich die maßgebenden Regelungen im Betreuungsrecht. Nach § 1814 BGB wird einem Volljährigen, der wegen einer Krankheit oder Behinderung „seine Angelegenheiten ganz oder teilweise rechtlich nicht besorgen“ kann, auf Antrag oder von Amts wegen ein Betreuer bestellt. Der Umfang der Betreuung richtet sich gemäß § 1815 BGB nach Aufgabenbereichen, die vom Betreuungsgericht nur angeordnet werden dürfen, „wenn und soweit“ deren „rechtliche Wahrnehmung durch einen Betreuer erforderlich ist.“ Ist ein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenbereich bestellt, so kann er nach Maßgabe von § 1832 BGB für Betreute, die zum Zeitpunkt der Erklärung nicht einwilligungsfähig sind, mit Genehmigung des Betreuungsgerichts in eine erforderliche medizinische Behandlung einwilligen. Nach Maßgabe des § 1820 Abs. 2 Nr. 3 BGB findet die Regelung auf Bevollmächtigte der Betroffenen entsprechende Anwendung (§ 1832 Abs. 5 BGB). Dabei präzisiert § 1832 Abs. 1 BGB, dass es um Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe gehen kann, und fasst all dies unter dem Begriff „ärztliche

18 So § 2 Nr. 2 Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz (NPOG).

19 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 95, juris.

20 Brilla, in: Schindler (Hrsg.), beck-online Großkommentar, BGB, Stand: 15.6.2023, § 1832 Rn. 7; zu einem möglichen Vorrang des Betreuungsrechts bei Konkurrenzen vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30.6.2021 – 2 BvL 20/20, juris.

Zwangsmaßnahme“ zusammen. In der Sache ergibt sich kein Unterschied zu Maßnahmen, die – gegen den natürlichen Willen der Betroffenen durchgeführt – als Zwangsbehandlung einzuordnen sind und damit auch auf zivilrechtlicher Grundlage zugelassen werden.

2. Kollidierende Grundrechte

a) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2016

Veranlasst durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hatte der Bundesgesetzgeber im Jahr 2013 eine erste präzise Regelung für die Zwangsbehandlung von Betreuten in der Unterbringung geschaffen (§ 1906 BGB a.F.).²¹ Hiernach war bis 2016 nur im Rahmen einer Unterbringung auch eine Zwangsbehandlung von Betreuten zulässig. In der Folgezeit war der Gesetzgeber nach einer weiteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gehalten, eine Zwangsbehandlung auch für nicht untergebrachte Betreute zu regeln.

Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2016²² liegt der tragische Fall einer damals 63-jährigen Frau zugrunde, die an einer schizoaffektiven Psychose litt. Sie stand deshalb schon seit zwei Jahren unter Betreuung. Nachdem sich der Verdacht eines Mammakarzinoms bestätigt hatte, lehnte sie eine ärztliche Behandlung wiederholt ab; sie wollte weder eine Operation noch eine Chemotherapie. Daraufhin beantragte die Betreuerin die Unterbringung der Betroffenen und ihre Zwangsbehandlung wegen der Krebserkrankung. Beides wurde von den Gerichten abgelehnt. Da die Betroffene bereits körperlich stark geschwächt war und sich nicht selbst fortbewegen konnte, war eine Freiheitsentziehung durch Unterbringung aus tatsächlichen Gründen nämlich nicht erforderlich und konnte nicht angeordnet werden; mangels Unterbringung kam aber nach der damaligen Rechtslage auch eine Zwangsbehandlung der Betroffenen nicht in Betracht. Nachdem das Verfahren bis zum Bundesgerichtshof gelangt war, legte dieser die Sache dem Bundesverfassungsgericht vor, damit die Verfassungsmäßigkeit der Rechtslage überprüft werden konnte (Art. 100 Abs. 1 GG). Das Bundesverfassungsgericht hat es daraufhin als verfassungswidrig beanstandet, dass für nicht untergebrachte Betreute, denen schwerwiegen-

21 Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013, BGBl. I S. 266.

22 BVerfGE 142, 313.

de gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen, keine Möglichkeit zu ihrer Zwangsbehandlung gegeben war.

b) Staatliche Schutzpflicht aufgrund Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Um diese Entscheidung nachvollziehen zu können, ist es notwendig, sich die bereits eingangs gestellte Frage nach den Schranken in Erinnerung zu rufen, die dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und damit für die „Freiheit zur Krankheit“ gezogen sind. Die gesetzlichen Regelungen, die unter strengen Voraussetzungen eine Zwangsbehandlung ausnahmsweise erlauben, wurden bereits erörtert. Schranken können sich aber nicht nur aus gesetzlichen Regelungen ergeben, sondern im Fall kollidierender Grundrechte auch unmittelbar aus der Verfassung selbst.²³ Dies führt zu einer anderen Schutzdimension des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit. Zwar sind Grundrechte in ihrer tradierten Funktion Abwehrrechte und darauf gerichtet, die Freiheitssphäre der Einzelnen vor Eingriffen des Staates zu schützen; sie führen daher in erster Linie zu Unterlassungsansprüchen gegen die öffentliche Gewalt („status negativus“).²⁴ Grundrechten kann aber auch eine Leistungsdimension zukommen, mit der insbesondere Schutzpflichten des Staates verbunden sind („status positivus“).²⁵ Der Staat ist dann zu aktivem Handeln verpflichtet.

Eine derartige Leistungsfunktion übernimmt auch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Es gewährt nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern kann auch Grundlage staatlicher Schutzpflichten sein. Das Bundesverfassungsgericht betont schon seit Jahrzehnten, dass der Staat verpflichtet sei, sich „schützend und fördernd“ vor das Leben der Einzelnen zu stellen. Auch der Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit zählt daher zum Schutzbereich des Grundrechts.²⁶

Die staatliche Schutzpflicht, die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgt, kann aktiviert sein, wenn Betroffene krankheitsbedingt nicht in der Lage sind, die Notwendigkeit einer ärztlichen Maßnahme zu erkennen oder nach die-

23 Vgl. etwa BVerfGE 111, 147 (157).

24 Vgl. Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 185 Rn. 56, 59.

25 Vgl. Stern, Grundrechte (Fn. 24), Rn. 60, 63.

26 BVerfGE 142, 313 Rn. 69 m.w.N.

ser Einsicht zu handeln. Verweigern Betroffene in dieser Lage die ärztliche Behandlung, so liegt ihrer Entscheidung nach juristischen Kategorien zwar kein „freier Wille“ zugrunde; ein „natürlicher Wille“ kann aber gleichwohl vorhanden sein, ist dann auch zu beachten und kann dazu führen, dass eine Zwangsbehandlung vorliegt, die in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen eingreift.²⁷ Zur Rechtfertigung dieses Eingriffs in Grundrechte erlangt hier eine gesteigerte Schutzpflicht des Staates Bedeutung, die insbesondere gegenüber Menschen besteht, die aufgrund ihrer Erkrankung besonders hilfs- und schutzbedürftig sind;²⁸ denn Menschen, die nicht zur Einsicht in die konkrete Notwendigkeit einer medizinischen Maßnahme fähig sind, sind Gefährdungen von Leib und Leben ausgeliefert, zugleich aber daran gehindert, selbst und in Freiheit für den eigenen Schutz zu sorgen. Drohen aber erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigungen, so darf der Staat nicht untätig bleiben. Das Bundesverfassungsgericht betont vielmehr, dass es die „grundrechtliche Schutzpflicht unter engen Voraussetzungen“ gebietet, „dass der Staat auch gegen den erkennbaren natürlichen Willen Maßnahmen zum Schutz vor schwerwiegenden Gefährdungen ergreift.“²⁹

Es kollidieren hier also zwei grundrechtlich geschützte Positionen, nämlich die Abwehrdimension des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit mit der Schutzdimension eben dieses Grundrechts zugunsten desselben Grundrechtsträgers. Dass beide Positionen aus ein- und demselben Grundrecht folgen, ändert nichts daran, dass sie – wie stets bei kollidierenden Grundrechten – zu einem Ausgleich zu bringen sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Ergebnis der danach notwendigen Abwägung zwischen kollidierenden Grundrechten unter bestimmten Voraussetzungen „offensichtlich vorgezeichnet“; die staatliche Schutzpflicht überwiegt dann das Selbstbestimmungsrecht und setzt sich diesem gegenüber durch.³⁰ Auf diese Weise kann sich bei Betreuten, die auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können, die allgemeine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unter engen Voraussetzungen zu einer konkreten Schutzpflicht „verdichten“. Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet den Staat daher, „in gravierenden Fällen“ ärztliche

27 BVerfGE 142, 313 Rn. 76.

28 BVerfGE 142, 313 Rn. 73; so auch BVerfGE 158, 131 Rn. 64 für den Maßregelvollzug.

29 BVerfGE 142, 313 Rn. 79.

30 BVerfGE 142, 313 Rn. 80.

Untersuchungs- und Heilmaßnahmen „als ultima ratio auch unter Überwindung des entgegenstehenden natürlichen Willens solcher Betreuer“ zuzulassen.³¹ Die Zwangsbehandlung *muss* hier zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht eröffnet werden, in dieser Ausnahmesituation besteht also ein Verfassungsgebot zur Ermöglichung der Zwangsbehandlung.

Für eine zulässige Zwangsbehandlung formuliert das Gericht³² allerdings strenge Voraussetzungen: (1.) Es muss sich um Fälle handeln, in denen drohende erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigungen durch nicht zu eingriffsintensive Behandlungen mit hohen Erfolgsaussichten abgewehrt werden können. (2.) Der oder die Betroffene muss gleichwohl aufgrund einer krankheitsbedingt fehlenden Einsichtsfähigkeit eine Behandlung mit natürlichem Willen ablehnen. (3.) Mit der notwendigen medizinischen Maßnahme dürfen keine besonderen Behandlungsrisiken einhergehen – und schließlich (4.) darf es keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür geben, dass die Behandlungsverweigerung dem ursprünglichen freien Willen der Betroffenen entspricht.

Zudem hat das Gericht ausreichende verfahrensrechtliche Sicherungen für die Genehmigung einer medizinischen Zwangsbehandlung vorgeschrieben. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit muss durch geeignete verfahrensrechtliche Regeln gewährleistet sein, dass eine medizinische Zwangsbehandlung nur vorgenommen werden darf, wenn insbesondere festgestellt ist, dass tatsächlich kein freier Wille der Betroffenen vorhanden ist und die materiellen Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung nachweisbar vorliegen.³³ Ferner sind die ärztliche Anordnung und Überwachung der Maßnahme und ihre vorherige Ankündigung notwendig, außerdem die Einbeziehung unabhängiger Sachverständiger, der richterliche Genehmigungsvorbehalt sowie eine Dokumentationspflicht.³⁴

31 BVerfGE 142, 313 Rn. 71; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 104, 115, 151, juris; ferner auch BVerfGE 158, 131 Rn. 64 für den Maßregelvollzug.

32 BVerfGE 142, 313 Rn. 80.

33 BVerfGE 142, 313 Rn. 84.

34 BVerfGE 142, 313 Rn. 85 unter Hinweis auf BVerfGE 128, 282 (311 ff.).

c) Umsetzung durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat auf diesen Beschluss durch das Gesetz vom 17. Juli 2017³⁵ reagiert und die Möglichkeit zur Zwangsbehandlung von Betreuten von der Notwendigkeit einer Unterbringung gelöst. Mit einer neuen Regelung zunächst in § 1906a BGB a.F. wurden speziell die Voraussetzungen für die Einwilligung des Betreuers in „ärztliche Zwangsmaßnahmen“ und die dazu erforderliche Genehmigung des Betreuungsgerichts geregelt. In Eilfällen, in denen der Betreuer verhindert ist, kann das Gericht ärztliche Zwangsmaßnahmen auch ohne dessen Mitwirkung anordnen (§ 1906a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.). Im Zuge der umfassenden Reform des Betreuungsrechts³⁶ zum 1. Januar 2023 ist die bisherige Regelung – bis auf wenige Änderungen – unverändert übernommen worden³⁷ und findet sich nun im neuen § 1832 BGB.

Die neue Vorschrift ist sehr detailliert und versucht so den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an eine Eingriffsnorm Rechnung zu tragen, die hinreichend bestimmt ist und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Wichtig ist, dass die Maßnahme dem mutmaßlichen oder in einer Patientenverfügung festgehaltenen Willen der Betreuten (§ 1827 BGB) entsprechen muss (§ 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB). Wenn der oder die zu diesem Zeitpunkt einsichtsfähige Betreute die betreffende medizinische Maßnahme mit hinreichend bestimmter Erklärung ausgeschlossen hat, ist diese Ausübung des Selbstbestimmungsrechts zu beachten und schließt eine Zwangsbehandlung aus.³⁸ Außerdem muss zuvor ernsthaft versucht worden sein, die Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen (§ 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB).

Der Wahrung der Verhältnismäßigkeit sind weitere Voraussetzungen geschuldet: So darf keine weniger belastende Maßnahme in Betracht kommen und zudem muss auch der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen (§ 1832 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 5 und 6 BGB). Flankiert werden diese Bestimmungen durch verfahrensrechtliche Regelungen (§§ 312 ff. FamFG). So

35 Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten, BGBl. I S. 2426.

36 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4. Mai 2021, BGBl. I S. 882.

37 Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 19/24445, S. 137.

38 BVerfGE 158, 131 Rn. 70 ff.

sind etwa den Betroffenen regelmäßig Verfahrenspfleger zu bestellen; ferner ist ein Gutachten über die Notwendigkeit der Zwangsmaßnahme einzuholen, wobei der Gutachter nicht der behandelnde Arzt sein darf. Wenn nicht vorher eine Verlängerung erfolgt ist, darf die Dauer der Zwangsmaßnahme sechs Wochen nicht überschreiten.

IV. Folgerungen für die Zulässigkeit von medizinischen Zwangsmaßnahmen

1. Voraussetzungen nach öffentlichem Recht und nach Zivilrecht im Vergleich

Mit Blick auf die hier behandelte Problematik sind vor allem die materiellen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung von entscheidender Bedeutung. Die dafür maßgebende Bestimmung findet sich unter § 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB. Danach muss eine ärztliche Zwangsmaßnahme „notwendig“ sein, „um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden.“ Es fragt sich, wie diese Voraussetzungen zu verstehen sind und wie sie sich zum Erfordernis einer „gegenwärtigen erheblichen Gefahr für (...) Leben oder (...) Gesundheit“ der untergebrachten Person verhalten, die für eine öffentlich-rechtliche Zwangsbehandlung etwa in Niedersachsen nach § 21b Abs. 1 Satz 1 NPsychKG erforderlich ist.

Es liegt nahe, für das Betreuungsrecht im Vergleich zum öffentlichen Recht weniger strenge Anforderungen zu stellen; denn das Betreuungsrecht dient nicht primär der Gefahrenabwehr und greift daher nicht erst dann ein, wenn es um den Schutz vor einer gegenwärtigen Gefahr für Leben oder Gesundheit geht. Die Betreuung dient vielmehr dazu, erkrankten und behinderten Menschen – wo erforderlich – Beistand in Form von privatrechtlicher Fürsorge zu geben.³⁹ Da es mithin nicht um die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr geht, kann für betreuungsrechtliche Maßnahmen eine gegenwärtige, also akute Gefahr keine Voraussetzung sein.⁴⁰ Dies dürfte auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an „drohende“

39 Vgl. *Schmidt-Recla*, in: Schindler (Hrsg.), BeckOGK-BGB (Fn. 20, Stand: 1.10.2024), § 1814 Rn. 9.

40 Vgl. *Brilla* (Fn. 20), § 1831 Rn. 66.

erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigungen⁴¹ zumindest im Grundsatz nicht widersprechen.

Zwar kann die aus ärztlicher Sicht bestehende Indikation und Notwendigkeit der Behandlung allein noch nicht genügen, sondern es muss die Gefahr eines erheblichen gesundheitlichen Schadens für die Betroffenen hinzukommen.⁴² Diese Gefahr muss konkret sein, also Bezug zum Einzelfall aufweisen und an dessen tatsächlichen Umständen anknüpfen.⁴³ Mit dieser Maßgabe wird es in der Literatur für die Anordnung einer ärztlichen Zwangsbehandlung auf zivilrechtlicher Grundlage als ausreichend, aber auch als erforderlich angesehen, dass eine nachhaltige Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands, die die Lebensqualität des oder der Betroffenen spürbar zu beeinträchtigen droht, abgewendet werden soll; insbesondere ist eine Lebensgefahr keine zwingende Voraussetzung.⁴⁴

Auch wenn die Praxis der Betreuungsgerichte insgesamt noch kein völlig klares Bild vermittelt, scheint die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes den geschilderten Ansatz zu bestätigen. So verlangt der Bundesgerichtshof in zwei jüngeren Entscheidungen „lediglich“, dass es bei der Zwangsbehandlung darum gehen muss, „gewichtige gesundheitliche Nachteile des Betreuten zu verhindern.“⁴⁵ Von weiterführender Bedeutung sind die beiden höchstrichterlichen Entscheidungen deshalb auch nicht wegen einer Engführung der Eingriffsvoraussetzungen für die Zwangsbehandlung als solcher, sondern weil sie die Auswahl der Behandlungsmethode im konkreten Fall, nämlich der Elektrokonvulsionstherapie oder Elektrokrampftherapie („EKT“), nicht einem „subjektiven ‚Behandlungsoptimismus‘“ überlassen wollen; maßgeblich sollen vielmehr allein die „Regeln der ärztlichen Kunst gemäß den anerkannten medizinischen Standards“ sein.⁴⁶

Bemerkenswert ist zudem, dass der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Eigengefährdung der Betroffenen, wenn sie die Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Unterbringung (§ 1906 Abs.1 Nr.1 BGB a.F., jetzt § 1831

41 BVerfGE 142, 313 Rn. 78, 83; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 115, juris.

42 Vgl. Marschner, in: ders./Lesting/Stahmann, Freiheitsentziehung und Unterbringung – materielles Recht und Verfahrensrecht, 7. Aufl., München 2024, § 1832 BGB Rn. 12.

43 Brilla (Fn. 20), § 1832 Rn. 24 i.V.m. § 1831 Rn. 65.1.

44 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 104, juris: „... drohende erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigungen einschließlich einer Lebensgefahr...“.

45 BGHZ 224, 224 Rn. 18; BGH NJW-RR 2021, 1153 Rn. 9.

46 BGHZ 224, 224 Rn. 23; BGH NJW-RR 2021, 1153 Rn. 15.

Abs. 1 Nr. 1 BGB) erfüllen soll, schon „konkrete und objektivierbare Anhaltspunkte“ für eine „weitere Chronifizierung der Krankheit der Betroffenen“ ausreichen lässt.⁴⁷ Vor allem aber betont der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Unterschiede zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung und stellt ausdrücklich klar, dass die zivilrechtliche Unterbringung „keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Betroffenen verlangt“; erforderlich sei „nur“ eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib oder Leben des Betroffenen.⁴⁸ Dabei ist ein zielgerichtetes Verhalten des Betreuten keine Voraussetzung, so dass beispielsweise auch eine völlige Verwahrlosung ausreichen kann, wenn damit eine Gesundheitsgefahr durch körperliche Verelendung und Unterversorgung verbunden ist.⁴⁹

Nach zutreffender Einschätzung der Literatur kann für eine Zwangsbehandlung kein strengerer Maßstab gelten.⁵⁰ Bei aller Unschärfe, die angesichts der vergleichsweise jungen Regelung gegenwärtig zu konzedieren ist, steht außer Frage, dass jedenfalls auf betreuungsrechtlicher Grundlage eine Zwangsbehandlung nicht erst bei einer akuten Eigengefährdung wegen suizidaler Absichten in Betracht kommt.

2. Kritikpunkte

Es soll nicht übergangen werden, dass dem Bundesverfassungsgericht – und mithin auch dem seinen Vorgaben folgenden Gesetzgeber – vorgeworfen wird, mit dem eingeschlagenen Weg die Auslegung der UN-Behindertenrechtskonvention durch den dazu berufenen Ausschuss nicht hinreichend beachtet zu haben. Danach sei jede substituierende Betreuung, bei der ein anderer anstelle der Betroffenen entscheide, abzulehnen und damit das gesamte deutsche Betreuungsrecht konventionswidrig.⁵¹ Von diesem Standpunkt aus erscheint die Zulassung medizinischer Zwangsmaßnahmen als zu großzügig. Allerdings hat sich das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sehr einge-

47 BGH FamRZ 2014, 831 Rn. 13; 2017, 1422 Rn. 16.

48 BGHZ 220, 333 Rn. 13.

49 BGH FamRZ 2023, 468 Rn. 12; 2024, 646 Rn. 13.

50 Brilla (Fn. 20), § 1832 Rn. 25; Marschner (Fn. 42), § 1832 Rn. 12.

51 Uerpman-Witzack, Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.7.2016 – 1 BvL 8/15 (Die Beschränkung ärztlicher Zwangsbehandlung auf untergebrachte Betreute ist mit staatlicher Schutzpflicht nicht vereinbar), FamRZ 2016, 1746 (1747).

hend mit der UN-Behindertenrechtskonvention sowie den Äußerungen des Ausschusses auseinandergesetzt und festgestellt, dass diese einer nach deutschem Verfassungsrecht gebotenen Zwangsbehandlung nicht entgegenstehen können.⁵²

In die andere Richtung gehen Überlegungen, wonach die Neuregelung im Betreuungsrecht noch immer zu restriktiv ausgefallen sei. So wird beanstandet, dass die ärztlichen Zwangsmaßnahmen nur im Rahmen eines stationären Aufenthalts in einem Krankenhaus durchgeführt werden dürfen, eine ambulante Zwangsbehandlung also ausgeschlossen ist.⁵³ Für diese Einschränkung hatte sich der Gesetzgeber bewusst entschieden, um eine sorgfältige Prüfung der Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung sowie die medizinische Versorgung sicherzustellen.⁵⁴ Sie war bereits in § 1906a Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BGB a.F. geregelt und ist bei der jüngsten Reform in § 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BGB unverändert übernommen worden. Das Bundesverfassungsgericht musste sich zu dieser Frage in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 noch nicht äußern,⁵⁵ was den Gesetzgeber aber selbstredend nicht davon abhalten konnte, die zur ambulanten Zwangsbehandlung in Fachkreisen geführte Diskussion weiterzuverfolgen und seine Einschätzung zu überprüfen. So war das Bundesjustizministerium schon mit der Einführung des damaligen § 1906a BGB a.F. verpflichtet worden, nach Ablauf von drei Jahren die Auswirkungen der Neuregelung insbesondere mit Blick auf ärztliche Zwangsmaßnahmen zu evaluieren.⁵⁶ Im Zuge der jüngsten Reform⁵⁷ wurde klargestellt, dass dabei auch die Anwendungspraxis mit Blick auf die Koppelung der Zwangsmaßnahme an einen stationären Krankenhausaufenthalt empirisch untersucht werden sollte.⁵⁸ Inzwischen hat allerdings das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zu einem Tätigwerden

52 BVerfGE 142, 313 Rn. 88, 91; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 104, juris.

53 *Spickhoff*, Nach der Reform ist vor der Reform: Zur Neuregelung der Zwangsbehandlung im Zivilrecht, FamRZ 2017, 1633 (1639).

54 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11240, S. 20.

55 BVerfGE 142, 313 Rn. 100.

56 Art. 7 des Gesetzes zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 17. Juli 2017, BGBl. I S. 2426. Der Forschungsbericht wurde am 31. Januar 2024 vorgelegt und ist auf der Website des Bundesministeriums der Justiz veröffentlicht.

57 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4. Mai 2021, BGBl. I S. 882.

58 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 19/24445, S. 138.

bis spätestens Ende 2026 verpflichtet; denn es hat die in § 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BGB geregelte „ausnahmslose Vorgabe, ärztliche Zwangsmaßnahmen im Rahmen eines stationären Aufenthalts in einem Krankenhaus durchzuführen“ in bestimmten Anwendungsfällen für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG erklärt.⁵⁹

V. Ergebnis

Bei Menschen, die unter einer Psychose leiden, wird angenommen, dass sie wegen Wahnvorstellungen oder schwerwiegender Denkstörungen nicht in der Lage sind, die Notwendigkeit einer ärztlichen Maßnahme zu erkennen oder nach dieser Einsicht zu handeln; lehnen sie eine ärztliche Maßnahme ab, soll es sich nicht um eine freie Willensentscheidung, sondern um das Symptom einer psychischen Krankheit handeln.⁶⁰ Ob das in dieser Pauschalität zutrifft, kann hier nicht eingeschätzt werden und darf auch dahinstehen; denn entscheidend kann immer nur der Einzelfall sein, also das Maß der Einsichts- und Handlungsfähigkeit der konkret betroffenen Person. Insoweit zeigt der nähere Blick auf die aktuelle Rechtsprechung zur Zwangsbehandlung auf betreuungsrechtlicher Grundlage, dass unser Rechtssystem schwer erkrankten Menschen, auch wenn sie unter Anosognosie leiden, Hilfe in Gestalt einer fachkundigen Zwangsbehandlung als ultima ratio nicht vorenthält. Dass den Betroffenen andernfalls gewichtige gesundheitliche Nachteile drohen und umfangreiche materielle und verfahrensrechtliche Sicherungen beachtet werden müssen, sind gebotene Voraussetzungen, die einleuchten sollten. Auch der natürliche Wille der Betroffenen, ihre Selbstbestimmung und körperliche Integrität verdienen Respekt und sind zu beachten, wenn es um Maßnahmen der ihnen geschuldeten Unterstützung und Hilfeleistung geht. All dies ist in die Abwägung einzubeziehen, ändert aber nichts daran, dass auch die Rechtsprechung den von ihr selbst formulierten Anspruch erfüllt: „Die staatliche Gemeinschaft darf hilflose Menschen nicht einfach sich selbst überlassen.“⁶¹

59 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – juris.

60 Vgl. Gurke/Kießling/Mazur, Ich sehe was, was du nicht siehst – Freier Wille und Zwang bei Menschen mit psychiatrischer Erkrankung, BtPrax 2022, 85 (87).

61 BVerfGE 142, 313 Rn. 73; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.11.2024 – 1 BvL 1/24 – Rn. 151, juris.

Leibniz und der AI Act

– Was ist KI und wer ist für sie verantwortlich?

Malte Grützmacher

Eine Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover kommt im Jahr 2024 nicht umhin, sich mit der Frage zu beschäftigen, was künstliche Intelligenz (KI) ist und wann sie zu regulieren bzw. durch die EU reguliert ist.

Schon *Leibniz* philosophierte 1714 über denkende Maschinen.¹ Auch entwickelte er für die KI mitentscheidend die alte aristotelische Logik erheblich weiter² und ersann ab 1671 seine *machina arithmetica*.³ Wäre ihm, dem Universalgelehrten – Mathematiker, Philosophen und auch Juristen – bewusst gewesen, dass seine Ideen und Erfindungen zum vor uns liegenden Zeitalter der Künstlichen Intelligenz beitragen würden, so hätte er sich im Rahmen seiner berühmt-berüchtigten Zettelwirtschaft gewiss auch Gedanken darüber gemacht, ab wann Rechenmaschinen – sprich Computer und deren Software – zu „riskanter“ KI mutieren und wer für

-
- ¹ *Leibniz*, Monadologie, § 17 (in französischer Originalsprache wiedergegeben in *Nolen* (Hrsg.), *Leibniz - La Monadologie*, 1881, S. 195 f. [abrufbar unter https://fr.wikisource.org/wiki/Monadologie/%C3%89dition_Nolen_1881]; in deutscher Sprache wiedergegeben in *Guth* (Hrsg.), *Gottfried Wilhelm Leibniz: Monadologie*. Deutsch mit einer Abhandlung über Leibniz' und Herbarts Theorien des wirklichen Geschehens von Dr. Robert Zimmermann, Erstdruck Wien 1847, Berlin 2017, S. 16 f.; vgl. dazu auch *Gabriel*, Erfinder der besten aller Welten, *Süddeutsche Zeitung* v. 14.11.2016; *Lossau*, Leibniz – der Urvater des Digitalzeitalters, *Welt* v. 13.11.2016.
 - ² *Manhart*, KI und Machine Learning: Eine kleine Geschichte der Künstlichen Intelligenz, *Computerwoche* v. 2.2.2024 (<https://www.computerwoche.de/a/eine-kleine-geschichte-der-kuenstlichen-intelligenz>).
 - ³ *Leupold*, *Theatrum Arithmetico-Geometricum*, Leipzig 1727, S. 35 ff., 244 (Nachdruck Hannover 1982; abrufbar auch unter https://www.db-thueringen.de/rsc/viewer/dbt_d_ervate_00019342/590528750_090202_02_590528750_leupold.pdf?page=1); siehe dazu die Wiedergabe der Maschine unter <https://www.hannover.de/Wirtschaft-Wissenschaft/Wissenschaft/Initiative-Wissenschaft-Hannover/Leibniz-in-Hannover/Leibniz%27-Nachlass/Leibniz-Rechenmaschine>; https://de.wikipedia.org/wiki/Gottfried_Wilhelm_Leibniz#cite_ref-33).

diese verantwortlich zeichnen sollte. Aber hätte er die Linien dort gezogen, wo die EU es nun mit dem sog. AI Act⁴ getan hat?

Auch an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover nahm sich der zu deren Gründungszeiten frisch zum Thema „*Juristische Entscheidung und Elektronische Datenverarbeitung: Methodenorientierte Vorstudie*“ habilitierte und 1974 berufene Prof. Wolfgang Kilian früh nicht nur der rechtsinformatischen,⁵ sondern in der Folge auch der juristischen Aspekte der KI an.⁶ Zahlreiche aktuelle und ehemalige Ordinarien der Fakultät haben seitdem mit ihrem wertvollen Input zur rechtsgebietsübergreifenden Durchleuchtung der die KI betreffenden Rechtsfragen beigetragen.⁷

-
- 4 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. Nr. L vom 12.7.2024, S. 1 ff.
 - 5 Kilian, *Juristische Entscheidung und Elektronische Datenverarbeitung – Methodenorientierte Vorstudie*, Frankfurt a.M. 1974; ders., *Zur Methode juristischer Entscheidungen aus der Sicht der elektronischen Datenverarbeitung*, DVR 5 (1976), 69 ff.; ders., *Juristische Expertensysteme mit Entscheidungshilfecharakter und die Evolution des Rechts*, in: Nickel/Roßnagel/Schlink (Hrsg.), *Die Freiheit und die Macht – Wissenschaft im Ernstfall*, Festschrift für Adalbert Podlech, Baden-Baden 1994, S. 201 ff.
 - 6 Kilian, *Rechtliche Auswirkungen moderner Informationssysteme*, in: Rechtsanwaltskammer Hannover e.V. (Hrsg.), *Festschrift zur 150-Jahr-Feier des Rechtsanwaltsvereins Hannover*, Hannover 1981, S. 152 ff.; ders., *Liability for Deficient Medical Expert Systems*, in: Savory (Hrsg.), *Expertensysteme*, 2. Aufl., München/Wien 1989, S. 393 ff.; ders., *EEC Products Liability Directive and Medical Expert Systems*, in: Kaspersen/Oskamp (Hrsg.), *Amongst Friends in Computers and Law – A Collection of Essays in Remembrance of Guy Vandenberghe*, Deventer/Boston 1990, S. 93 ff.; siehe auch die Einladung der von Kilian mit geleiteten Gesellschaft für Rechts- und Verwaltungsinformatik e.V. (GRVI) und der Deutschen Gesellschaft für Informationstechnik und Recht e.V. (DGIR) zu einem Workshop zum Thema „Künstliche Intelligenz und Produkthaftung“, CR 1990, 431 f.
 - 7 Siehe bspw. die Monografien und Sammelwerke (mit zahlreichen Beiträgen von Beck, Buck-Heeb, Eichelberger, Heinze, Krügel, Oppermann, Stender-Vorwachs, Wolf) von bzw. unter Mitwirkung von Beck, *Jenseits von Mensch und Maschine – Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, Baden-Baden 2012; Beck/Kusche/Valerius (Hrsg.), *Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht – Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht*, Baden-Baden 2020; Buck-Heeb/Oppermann (Hrsg.), *Automatisierte Systeme*, München 2022; Oppermann/Stender-Vorwachs (Hrsg.), *Autonomes Fahren – Rechtsprobleme, Rechtsfolgen, technische Grundlagen*, 2. Aufl., München 2020; Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), *Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik*, München 2020; Chibanguza/Kuß/Steegen (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz – Recht und Praxis automati-*

Nunmehr hat das Vordenken teils ein Ende gefunden. Denn der EU-Gesetzgeber hat sich am 13. Juni 2024 final zur Regulierung von sog. „riskanter“ KI geäußert und den AI Act – zu Deutsch KI-Gesetz oder auch KI-VO – verabschiedet.⁸ Vieles, was in der KI-VO niedergeschrieben ist, ist sicher überdenkenswert, mitunter aber auch für die tradierten Disziplinen des Rechts bedenkenswert.⁹

Zwei fundamentale Fragen sollen hingegen im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen: Was ist KI nach dem AI Act? Und wer ist für sie verantwortlich? Zu verstehen, was KI i.S.d. KI-VO ist, ist dabei wichtig, um erkennen zu können, wer im Rahmen einer arbeitsteiligen Entwicklung sowie bei der Nutzung von KI-Systemen für diese verantwortlich sein kann oder sollte. Denn verantwortlich sein kann nur, wer das Risiko dieser Technologie reduzieren kann.

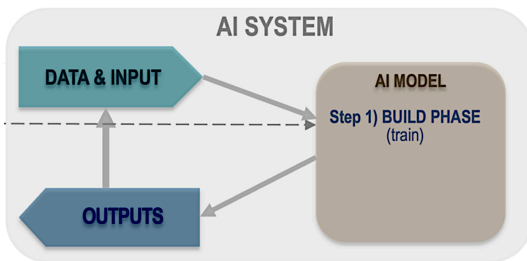
I. Entstehung und Nutzung von KI-Systemen (Lifecycle)

KI-Systeme entstehen in mehreren Entwicklungsschritten und Iterationen. So wird im ersten Schritt Grundlagentechnologie (etwa neuronale Netze oder Genetic Algorithms) genutzt, um ein KI-Modell zu schaffen.

sierter und autonomer Systeme, Baden-Baden 2022; *Wischmeyer/Rademacher* (Hrsg.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham 2020; sowie bspw. auch die Einzelbeiträge von *Dornis*, Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht, GRUR 2019, 1252; *ders.*, Künstliche Intelligenz und Patentrecht – Klarstellungen zur „Erfindung ohne Erfinder“, GRUR Patent 2023, 14; *ders.*, Künstliche Intelligenz und Vertragsschluss, AcP 2023, 717 oder *Kramme*, Regulierung von ChatGPT & Co.: Neue Regeln für eine neue Technik?, Future Law Working Papers 2024 (2), 3.

⁸ Oben, Fn. 4.

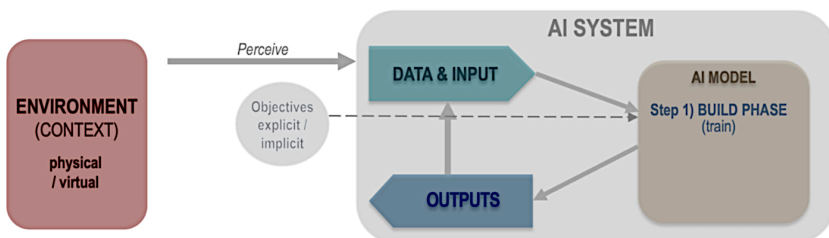
⁹ Zur Ausstrahlwirkung *Grützmacher*, Die zivilrechtliche Haftung für KI nach dem Entwurf der geplanten KI-VO – Potentielle zivilrechtliche Auswirkungen des geplanten KI-Sicherheitsrechts: ein neues Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB am Horizont, CR 2021, 433 (442).



Quelle: Grafik OECD (2024), Explanatory Memorandum on the Updated OECD Definition of an AI System (Fn. 44)

Naturgegeben kann der Aufbau zu Qualitätsunterschieden führen und damit Mängel der KI begründen. Soweit ein erstes generelles Training stattfindet, kann es bei einer zu engen Orientierung an bestimmten Trainingsdaten zu einem sog. *overfitting* kommen, bei dem das Modell nicht abstrakt genug für neue Daten vortrainiert ist. Oder es entsteht durch *underfitting* ein zu schlichtes Modell, das die Struktur der Daten nicht ausreichend präzise erfasst.

Das KI-Modell wird sodann in ein KI-System mittels Software (API, etc.) integriert und mithilfe von Datensätzen (weiter) trainiert:



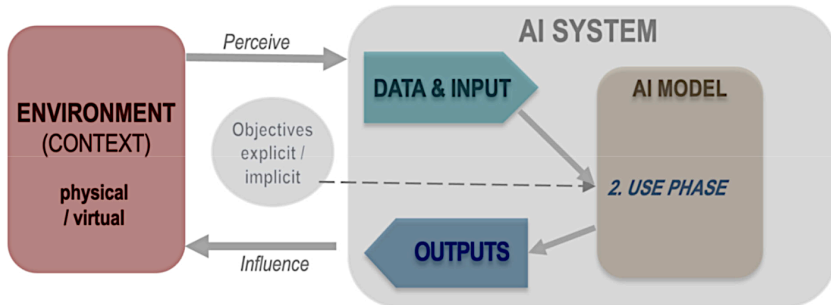
Quelle: Grafik OECD (2024), Explanatory Memorandum on the Updated OECD Definition of an AI System (Fn. 44)

Die Qualität der Datensätze wie des Trainings bestimmt in erheblichem Maß die Qualität, Verhaltensweise und Fehleranfälligkeit bzw. -toleranz des KI-Systems.¹⁰ Das Training kann dabei beaufsichtigt oder unbeaufsichtigt

10 Dazu Huth, Federated Learning, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2020, S. 37.

erfolgen.¹¹ Ziel des Trainings kann die Schaffung eines spezifischen KI-Systems oder auch „nur“ die Schaffung einer General Purpose AI sein, also eines KI-Modells mit allgemeinem Verwendungszweck i.S.v. Art. 3 Nr. 63 KI-VO. Letzteres wird sodann nochmals für spezifische Zwecke trainiert.

In der Folge wird das System genutzt. Das System erhält als Input Daten, aus denen Output in Form etwa von Empfehlungen oder Handlungen generiert werden kann:



Quelle: Grafik OECD (2024), Explanatory Memorandum on the Updated OECD Definition of an AI System (Fn. 44)

Mitunter setzt das KI-System bei der Nutzung aber das Lernen fort und entwickelt sich weiter. Es findet also gewissermaßen ein „Training on the Job“ statt, welches die Qualität des Systems aber auch wieder reduzieren kann.¹²

II. Was ist KI im Sinne des AI Acts?

Die KI-Verordnung betrachtet das Objekt ihrer Regulierung – die KI – zweistufig sowie sodann differenziert. Genau genommen reguliert die KI-VO „nur“ bestimmte KI-Systeme, beschäftigt sich also selektiv und nicht generalistisch¹³ mit der KI. Hinzuge treten sind auf den letzten Metern Ende 2023 noch die KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck.

11 Kaulartz, Trainieren von Machine-Learning-Modellen, in: ders./Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch AI (Fn. 10), S. 32 (35 f.).

12 Dazu Huth, Federated Learning (Fn. 10), S. 37.

13 Zu den, wie gesagt, gleichwohl bestehenden Ausstrahlwirkungen Grützmacher (Fn. 9), CR 2021, 442.

1. KI-Systeme

Zunächst einmal definiert die KI-VO in Art. 3 Nr. 1 KI-VO das regelungsge-
genständige „KI-System“ als

*„ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade
autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme
anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für
explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen,
Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische
oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“.*

TABLE 86 MEMOIRES DE L'ACADEMIE ROYALE

DES
NOMBRES.

bres entiers au-dessous du double du plus haut degré. Car icy, c'est comme si on disoit, par exemple, que 111 ou 7 est la somme de quatre, de deux & d'un. Et que 1101 ou 13 est la somme de huit, quatre & un. Cette propriété sert aux Essayeurs pour peser toutes sortes de masses avec peu de poids, & pourroit servir dans les monnoyes pour donner plusieurs valeurs avec peu de pieces.

Cette expression des Nombres étant établie, sert à faire tres-facilement toutes sortes d'operations.

Pour l'Addition
par exemple.

Pour la Sou-
fraction.

Pour la Mul-
tiplication.

Pour la Division.

Et toutes ces operations sont si aisées, qu'on n'a jamais besoin de rien essayer ni deviner, comme il faut faire dans la division ordinaire. On n'a point besoin non-plus de rien apprendre par cœur icy, comme il faut faire dans le calcul ordinaire, où il faut sçavoir, par exemple, que 6 & 7 pris ensemble font 13; & que 5 multiplié par 3 donne 15, suivant la Table d'une fois un est un, qu'on appelle Pythagorique. Mais icy tout cela se trouve & se prouve de fource, comme l'on voit dans les exemples précédens sous les signes ⊕ & ⊙.

Quelle: Leibniz, Memoires de l'Academie Royale, 1703, S. 86

Es fragt sich, was hier reguliert wird – klassische Software, gewissermaßen also der auf der Leibniz'schen Algebra¹⁴ beruhende Stoff für den Computer als Nachfolger von Leibniz' *machina arithmetica*, oder aber Maschine oder gar Deep Learning (bzw. starke KI), wie sie nach Vorarbeiten von Minsky 1951 erst die von Rosenblatt und Wightman 1957¹⁵ „erfundenen“ neuronalen Netze ermöglichten?

Die Definition eines Systems, das anpassungsfähig sein kann, scheint auf den ersten Blick auch Software zu beschreiben. Software arbeitet auch in unterschiedlichem Grad autonom. Und kann normale Software nicht auch aus den erhaltenen „Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableite[n]“, wie die Umgebungen beeinflussende „Ausgaben“ hervorbringen?

Der AI Act würde, so verstanden, auch auf ganz normale, klassische Software zielen. Eine genauere Analyse zeigt, dass dies nicht der Fall ist.

a) Gesetzgebungsgeschichte und Hintergründe

aa) Der Kommissions-Entwurf und die an ihm geübte Kritik

Der Kommissions-Entwurf der KI-VO sah in Art. 3 Nr. 1 zunächst noch folgende Definition vor:

„System der künstlichen Intelligenz‘ (KI-System) eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren“;

wobei Anhang I folgende Beschreibung enthielt:

„ANHANG I

TECHNIKEN UND KONZEPTE DER KÜNSTLICHEN INTELLIGENZ
gemäß Art. 3 Absatz 1

14 Wikipedia, „Leibniz algebra“ (abrufbar unter https://en.wikipedia.org/wiki/Leibniz_algebra); siehe auch Lenzen, Leibniz und die Boolesche Algebra, *Studia Leibnitiana* 1984, 187 ff.

15 Wikipedia, „Künstliches neuronales Netz“ (abrufbar unter https://de.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCnstliches_neuronales_Netz).

- a) *Konzepte des maschinellen Lernens, mit beaufsichtigtem, unbeaufsichtigtem und bestärkendem Lernen unter Verwendung einer breiten Palette von Methoden, einschließlich des tiefen Lernens (Deep Learning);*
- b) *Logik- und wissensgestützte Konzepte, einschließlich Wissensrepräsentation, induktiver (logischer) Programmierung, Wissensgrundlagen, Inferenz- und Deduktionsmaschinen, (symbolischer) Schlussfolgerungs- und Expertensysteme;*
- c) *Statistische Ansätze, Bayessche Schätz-, Such- und Optimierungsmethoden.“*

Ziel der so festgelegten Begriffsbestimmung für KI-Systeme war es, „so *technologieneutral und zukunftstauglich wie möglich zu sein und den rasanten Entwicklungen in der KI-Technologie und auf dem KI-Markt Rechnung zu tragen*“; Anhang I sollte durch die konkrete Aufführung von Konzepten und Techniken für Rechtssicherheit sorgen und an neue technologische Entwicklungen anpassbar sein.¹⁶

Die Definition wurde aber zu Recht gerade wegen der Gefahr des Einbezugs einfacher Software als zu weit empfunden und entsprechend kritisiert.¹⁷ Vorgeschlagen wurde u.a. vom Verfasser, nur auf solche Systeme abzustellen, „*deren Entscheidungen bzw. deren Verhalten (als mit zumutbaren Mitteln) praktisch unvorhersehbar anzusehen sind*“.¹⁸ Adressiert worden wäre somit das sog. Blackbox-Problem der künstlichen Intelligenz,¹⁹ das ge-

16 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD), S. 14.

17 Etwa *Bomhard/Merkle*, Europäische KI-Verordnung – Der aktuelle Kommissionsentwurf und praktische Auswirkungen, RD 2021, 276 (277); *Grützmacher/Füllsack*, Der Entwurf einer EU-KI-Verordnung, ITRB 2021, 159 (160); *Spindler*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E) – Ansatz, Instrumente, Qualität und Kontext, CR 2021, 361 (373); *Steege*, Definition von Künstlicher Intelligenz in Art. 3 Abs. 1 KI-VO-E – Ein Meilenstein auf dem Weg zu einem harmonisierten Rechtsrahmen?, MMR 2022, 926 (928); *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 57/2021 zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) vom 21.04.2021 (COM (2021) 206 final), Brüssel, November 2021, S. 7 (abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/s-n-57-21-ki-verordnungsvorschlag-der-eu-kommission>).

18 *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 57/2021 (Fn. 17), S. 7.

19 Dazu ausführlich *Käde/von Maltzan*, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI) – Entmystifizierung der Black Box und Chancen für das Recht, CR 2020, 66 (67 ff.).

rade zu den von ihm ausgehenden und spezifischen, regelungsbedürftigen Gefahren wie auch dessen Schwierigkeiten bei der Zurechnung führt.²⁰

bb) OECD-Definition und Parlaments-Entwurf

Statt einen solchen Ansatz zu wählen, hat sich das Parlament, auch um den kritisierten Einbezug einfacher Software zu vermeiden, sodann für den heutigen Entwurf der KI-VO an einer OECD-Definition für KI-Systeme orientiert und diese in den Entwurf eingebracht.²¹ Diese OECD-Definition lautete in der Fassung vom 24.5.2019:

“AI system: An AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy.”²²

Leider nur in Teilen²³ übernommen wurden die Änderungen der aktualisierten Fassung der OECD-Definition vom 8.11.2023:

“AI system: An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment.”²⁴

20 Dazu Grützmacher (Fn. 9), CR 2021, 435; ders., Der Entwurf der EU-Verordnung für Künstliche Intelligenz, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hrsg.), Automatisierte Systeme (Fn. 7), S. 459 (477 f.).

21 Vgl. Dok. 2021/0106(COD) vom 26.1.2024, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, II.2., S. 3: *“The definition [...] has been modified to align it more closely with the work of international organisations working on artificial intelligence, notably the OECD. Moreover, the corresponding Recital 6 [...] clarifies that the definition is not intended to cover simpler traditional software systems or programming approaches, which are based on the rules defined solely by natural persons to automatically execute operations.”*

22 OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/C/MIN(2019)3/FINAL, S. 3 (abrufbar unter [https://one.oecd.org/document/C/MIN\(2019\)3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C/MIN(2019)3/FINAL/en/pdf)).

23 Dazu näher unter b) bb) (1) und (3) und dd).

24 OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, S. 7 (abrufbar unter <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>).

Legt man den englischen Text des AI Act daneben, zeigen sich zu beiden Versionen eine Vielzahl wörtlicher Übereinstimmungen, aber auch Unterschiede:

“‘AI system’ means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”.

Dazu heißt es heute im Erwägungsgrund 12 der KI-VO:

„Der Begriff ‚KI-System‘ in dieser Verordnung sollte klar definiert und eng mit der Tätigkeit internationaler Organisationen abgestimmt werden, die sich mit KI befassen, um Rechtssicherheit, mehr internationale Konvergenz und hohe Akzeptanz sicherzustellen und gleichzeitig Flexibilität zu bieten, um den raschen technologischen Entwicklungen in diesem Bereich Rechnung zu tragen. Darüber hinaus sollte die Begriffsbestimmung auf den wesentlichen Merkmalen der KI beruhen, die sie von einfacheren herkömmlichen Softwaresystemen und Programmierungsansätzen abgrenzen, und sollte sich nicht auf Systeme beziehen, die auf ausschließlich von natürlichen Personen definierten Regeln für das automatische Ausführen von Operationen beruhen.“

b) Auslegung des Art. 3 Nr. 1 KI-VO

Wann von KI-Systemen auszugehen ist, kann der Gesetzgeber nicht am in der Informatik lange gängigen sog. *Turing-Test* festmachen; denn dieser kann als eine Art manuelle „Blindverkostung“ in Form der parallelen Befragung von Mensch und Maschine²⁵ für eine gesetzliche Definition nicht fruchtbar gemacht werden. Und so versucht auch die KI-VO, wie gesagt angelehnt an die OECD-Definition (dazu oben unter a) bb)), KI allgemeiner zu definieren.

25 Vgl. dazu Wikipedia, „Turing-Test“ (abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Turing-Test>).

aa) „maschinengestütztes“ System

Betrachtet man nun die Definition des Art. 3 Nr.1 KI-VO, fällt zunächst auf, dass das Merkmal „maschinengestütztes“ System wenig bis nichts besagt.²⁶ In Erwägungsgrund 12 der KI-VO heißt es dazu lapidar: *„Die Bezeichnung ‚maschinenbasiert‘ bezieht sich auf die Tatsache, dass KI-Systeme von Maschinen betrieben werden“*. Das ist zumindest aus heutiger Sicht noch²⁷ eine Selbstverständlichkeit. Das Merkmal, das der OECD-Definition entstammt, dürfte mithin zumindest in den nächsten Jahren unbedeutend bleiben.

bb) Auslegung auf in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb

Die Abgrenzung zwischen Entscheidungen bzw. Handlungen auf Basis deterministischer Algorithmen und autonomen Entscheidungen bzw. Handlungen steht seit jeher im Mittelpunkt der Diskussion um die Grenze klassischer Software zur KI.²⁸ Und so überrascht auf den ersten Blick nicht, dass auch laut der Legaldefinition in Art. 3 Nr.1 KI-VO ein System vorliegen muss, *„das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt“* ist.

Auf den zweiten Blick ist dieses Tatbestandsmerkmal aber eher problematisch bzw. nichtssagend. Denn es stellt sich zum einen die Frage, ab wann von einem autonomen Betrieb gesprochen werden kann, wann also autonomes Handeln des KI-Systems vorliegt, zum anderen, was es bedeutet, wenn das System so „ausgelegt“ sein soll, dass Autonomie beim Betrieb *„in unterschiedlichem Grade“* möglich ist.

Phänotypisch lassen sich die Autonomie und die unterschiedlichen Grade (Level) an Autonomie mit dem von *Prasuraman, Sheridan* und *Wi-*

26 Ähnlich *Bomhard/Sigtmüller*, AI Act – das Trilogergesamt, RDi 2024, 45.

27 Siehe aber zum Brain-Computer-Interface (BCI) von Neuralink den Eintrag bei Wikipedia, „Neuralink“ (abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Neuralink>).

28 Dazu insb. *Boden*, Autonomy and Artificiality, in: dies. (Hrsg.), *The Philosophy of Artificial Life*, Oxford 1996, S. 95 ff.; *Ball/Callaghan*, *Explorations of Autonomy – An Investigation of Adjustable Autonomy in Intelligent Environments*, Essex 2012, passim; *Wheeler*, *Autonomy*, in: *Dubber/Pasquale/Das* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, New York 2020, S. 343 ff.

ckens²⁹ in 10 Stufen definierten Automatisierungsgrad von Entscheidungen und Handlungen von Computern beschreiben:

Hoch	10	Der Computer entscheidet alles, handelt autonom, ignoriert den Menschen
	9	Informiert den Menschen nur, wenn er, der Computer, dies beschließt
	8	Informiert den Menschen nur, wenn er gefragt wird
	7	Führt automatisch aus und informiert dann notwendigerweise den Menschen
	6	Erlaubt dem Menschen eine begrenzte Zeit, um ein Veto einzulegen, bevor die Aktion ausgeführt wird
	5	Führt einen gegebenen Vorschlag aus, wenn der Mensch zustimmt
	4	Schlägt eine Alternative vor
	3	Schränkt die Auswahl auf einige wenige ein
Niedrig	2	Der Computer bietet einen vollständigen Satz von Entscheidungs-/Aktionsalternativen
	1	Der Computer bietet keine Unterstützung: Der Mensch muss alle Entscheidungen und Handlungen treffen

(1) Autonomer Betrieb als Handeln ohne menschliche Entscheidung?

Mit dieser Abstufung wird aber weder beschrieben, ab wann von künstlicher Intelligenz auszugehen ist, noch, was ein autonomes Handeln bzw. einen autonomen Betrieb ausmacht. Allenfalls ließe sich argumentieren, dass erst ab Level 6 ein autonomer Betrieb vorliegt, weil bei den Stufen 1-5 letztlich immer noch der Mensch entscheidet.³⁰ Dafür kann auch Erwägungsgrund 12 KI-VO angeführt werden, der feststellt, dass

„KI-Systeme [...] mit verschiedenen Graden der Autonomie ausgestattet [sind], was bedeutet, dass sie bis zu einem gewissen Grad unabhängig von menschlichem Zutun agieren und in der Lage sind, ohne menschliches Eingreifen zu arbeiten.“

29 Prasuraman/Sheridan/Wickens, A model for types and levels of human interaction with automation, IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics – Part A: Systems and Humans 2000, 286 (287); aufgegriffen auch von Ball/Callaghan, Autonomy (Fn. 28), S. 2; die 10 Stufen basieren auf den Vorbereitungen von Sheridan/Verplank, Human and Computer Control of Undersea Teleoperator, MIT Man-Machine Systems Laboratory, Technical rept., Cambridge, MA 1978, S. 8-17 ff. (abrufbar unter <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/ADA057655.pdf>).

30 Vgl. Reichwald/Pfisterer, Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge, CR 2016, 208 (210); in diesem Sinne auch Wheeler, Autonomy (Fn. 28), S. 343, 350.

Aber dies wiederum hieße, dass ein System, das nicht ohne menschliches Zutun entscheidet, nicht als KI-System im Sinne der KI-VO angesehen würde. Es bestehen erhebliche Zweifel, dass das so wörtlich zu nehmen ist. – Soll etwa ein in der Radiologie eingesetztes mustererkennendes, auf neuronalen Netzen beruhendes System zur Tumorerkennung nur deshalb kein KI-System im Sinne des KI-VO sein, weil medizinisches Personal sich auch noch einmal mit der Aufnahme beschäftigen kann und (einstweilen hoffentlich noch) wird? – Diese Zweifel werden noch dadurch verstärkt, dass die OECD für ihre aktualisierte Definition aus 2023 (dazu oben unter a) bb)), die leider so nicht übernommen wurde, lediglich ergänzend ausgeführt hat, dass verschiedene KI-Systeme einen unterschiedlichen Grad an Autonomie aufweisen können. Der OECD kam es evident gerade nicht darauf an, wie autonom das KI-System am Ende des Tages agiert. Es wird in der OECD-Definition vielmehr gerade klargestellt, dass ein KI-System unabhängig vom genauen Grad der Autonomie vorliegt.

Auch führen Vorhersagen und Empfehlungen, wie sie laut Art. 3 Nr. 1 und Erwägungsgrund 12 KI-VO der Output („Ausgabe“) der KI-Systeme i.S.d. KI-VO sein können, oft nicht zu Handlungen ohne weitere menschliche Interaktion. Viel spricht vor diesem Hintergrund dafür, den autonomen Betrieb nur auf die Datenverarbeitung vom Input zum Output zu beziehen. KI liegt auch ohne direkte Einflussnahme auf die Umwelt vor.³¹

Andersherum wird kritisch angemerkt, dass auch „nicht-intelligente“ Computerprogramme zu einem gewissen Grad unabhängig und in der Lage seien, ohne menschliches Eingreifen zu arbeiten, und daher bezweifelt, dass durch die Einführung des Begriffes der Autonomie der Kritik am zu weiten Begriff des KI-Systems gem. dem früheren Anhang I ausreichend Rechnung getragen wurde.³² Bei einem solchen – allerdings zu hinterfragenden – Verständnis (dazu sogleich unter (2)) würde das Merkmal klassische Software in der Tat nicht ohne Weiteres aus dem Anwendungsbereich der KI-VO ausnehmen.

Fest steht nach dem Gesagten insofern zunächst einmal nur, dass eine gewisse Autonomie vorliegen muss, dass aber die Definition gerade nicht festlegt, welches Level an Autonomie bestehen muss. Man wird das Merkmal

31 Vgl. *Stiemerling*, Technische Grundlagen, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), *Rechtshandbuch AI* (Fn. 10), S. 15, (23, 25); *Borges*, Der Begriff des KI-Systems – Tatbestandsmerkmale und Auslegungsansätze, CR 2023, 706 (715).

32 *Becker/Feuerstack*, Der neue Entwurf des EU-Parlaments für eine KI-Verordnung, MMR 2024, 22.

mithin dahingehend verstehen müssen, dass nur ein gewisses Mindestmaß an Autonomie erforderlich ist.

(2) Autonomie als Ausdruck mangelnder Vorhersehbarkeit und fehlender Determiniertheit

Damit fragt sich, wann das besagte Mindestmaß an Autonomie erreicht ist. Mit der Frage, wann Autonomie vorliegt, hat sich grundlegend *Boden* befasst.³³ Nach *Boden* ist für die Autonomie relevant das Ausmaß, in dem

- die *Reaktion* auf die Umwelt direkt, d.h. determiniert, oder indirekt, d.h. vermittelt durch *innere Mechanismen*, die teilweise von der *individuellen Vergangenheit* abhängen, ist,
- die Steuerungsmechanismen *selbst generiert* und nicht von außen aufgezungen wurden und
- die inneren Steuerungsmechanismen reflektiert und/oder selektiv im Lichte allgemeiner Interessen oder der Besonderheiten des aktuellen Problems in seinem umweltbezogenen Kontext *modifiziert werden können*.³⁴

Reichwald und *Pfisterer* fassen dieses als Bestimmung der Autonomität durch die Anteile des gelernten Wissens, der Kontrolle über Eingangsparameter sowie der ausgeübten Selbstkontrolle zusammen.³⁵ Auch *Zech* stellt die Autonomie insofern in den Kontext der eigenen Lernfähigkeit der KI, damit aber auch verminderter Kontrollmöglichkeiten.³⁶ Deutlich wird in all diesen Äußerungen, dass die Autonomie korrespondierend zu einem

³³ *Boden*, Autonomy (Fn. 28), S. 95 ff.

³⁴ *Boden*, Autonomy (Fn. 28), S. 102 ff. (“the extent to which response to the environment is direct (determined only by the present state in ten external word) or indirect (mediated by inner mechanisms partly dependent on the creature’s previous history) ..., the extent to which the controlling mechanisms were self-generated rather than externally imposed ... the extent to which the inner directing mechanisms can be reflected upon, and/or selectively modified in the light of general interests or the particularities of the current problem in its environmental context ...”).

³⁵ Vgl. *Reichwald/Pfisterer* (Fn. 30), CR 2016, 210.

³⁶ *Zech*, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, Gutachten zum 73. Deutschen Juristentag, München 2020, S. A31 ff., A 39.

mangelnden Determinismus und damit zu einer gewissen – als solche gar nicht als negativ zu qualifizierenden – Unvorhersehbarkeit führt.³⁷

In der juristischen Literatur finden sich weitere Definitionsversuche in diese Richtung. So fasst *Linardatos*³⁸ den Begriff der Autonomie treffend wie folgt zusammen:

- „(1) *Das System trifft Entscheidungen in Situationen der Ungewissheit. Mit Entscheidung ist hierbei im funktionalen Sinne eine Reaktion des Systems auf adressierte Erwartungen gemeint.*
- (2) *Das System kann zwischen Alternativen wählen, die Auswahl ist mithin nicht prä determiniert.*
- (3) *Die getroffene Auswahl beruht auf angelernten Erfahrungswerten des Systems, es handelt somit nach eigenen Gesetzmäßigkeiten.*
- (4) *Das Verhalten des Systems kann infolge der technischen Veränderlichkeit für die jeweils konkrete Situation nicht vorhergesagt werden.*
- (5) *Nach getroffener Entscheidung und entsprechender Aktion des Systems bestehen für alle Beteiligten nachhaltige Schwierigkeiten, die Entscheidungsnarrativen des technischen Aktanten mit angemessenem Ressourcenaufwand nachzuvollziehen.“*

Ähnlich äußert sich *Steege*, der für Autonomie ebenfalls das *Fehlen eines Determinismus* im Sinne einer herkömmlichen Wenn-Dann-Software ausmacht, wobei so verstandene KI ohne jegliche bzw. mit geringer menschlicher Steuerung oder Aufsicht auskäme.³⁹ Auch er betont in diesem Kontext als Unterschied zu konventionellen IT-Systemen die *Unvorhersehbarkeit* der Handlungen aufgrund selbständigen Lernens und der Anpassung des KI-Systems sowie eben die Unsicherheit der Reproduzierbarkeit der Handlungen selbst bei gleichen Voraussetzungen.⁴⁰

Borges sieht als Autonomie zwar einen erheblichen Spielraum bei einem nicht menschlich prä determinierten Entscheidungsprozess an und die Nichtnachvollziehbarkeit desselben eigentlich als ein von der Autonomie abzugrenzendes Phänomen; er führt insoweit zu Recht an, dass natürlich ein Zufallsgenerator kein KI-System sei, geht aber letztlich ebenfalls davon

37 Vgl. *Grützmacher* (Fn. 9), CR 2021, 435; s. auch *Boden*, Autonomy (Fn. 28), S. 105.

38 *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, in: Baumgärtel/Kiparski (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2021/2022, Köln 2023, S. 443 (449).

39 *Steege*, Produkt- und Produzentenhaftung im Kontext künstlicher Intelligenz, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hrsg.), Automatisierte Systeme (Fn. 7), S. 367 (371).

40 *Steege*, Produkt- und Produzentenhaftung (Fn. 39), S. 371.

aus, dass es entscheidend sei, dass Ausgabewerte zwar nachvollziehbar auf Eingabewerten beruhten, *die Autonomie des Entscheidungsprozesses* aber aufgrund der Komplexität nicht nachvollzogen oder vorausgesagt werden kann.⁴¹ Auch *Borges* stellt also auf die mangelnde Vorhersehbarkeit ab. Weniger überzeugend ist es hingegen, auch das Kriterium der Komplexität zu bemühen. Denn dieses ist nicht wirklich entscheidend und übersieht den Einfluss des Trainings bzw. der Lernfähigkeit von KI.

Nach alledem liegt aber Autonomie jedenfalls bzw. wohl eher „nur“ bei einer mit zumutbaren Mitteln bestehenden Unvorhersehbarkeit vor.

(3) In unterschiedlichem Grade?

Schließlich fragt sich, ob, wenn die KI-VO in Anlehnung an die OECD-Definition von 2019 fordert, dass das KI-System für einen in „unterschiedlichem Grade“ autonomen Betrieb ausgelegt sein muss (*„designed to operate with varying levels of autonomy“*), kein KI-System vorliegen soll, wenn das System nicht in unterschiedlichem Grad agieren kann.

Leider ist dazu anzumerken, dass hier die alte OECD-Definition offenbar unreflektiert und daher mit ihren Unzulänglichkeiten übernommen wurde. Zumindest hat die OECD zwischenzeitlich erkannt, dass ihre Definition insofern mindestens missverständlich war⁴² und daher den nachgestellten Satz geändert in: *„Different AI systems vary in their levels of autonomy ...“*. Klar wird hier, dass nicht mehr gefordert wird, dass ein und dasselbe KI-System in unterschiedlichem Grad autonom agieren können muss. In Einklang mit dem Wortlaut des Erwägungsgrunds 12 KI-VO bringend, sollte sich das Merkmal in Art. 3 Nr. 1 KI-VO aber auch derart auslegen lassen, dass KI-Systeme *„mit verschiedenen Graden der Autonomie ausgestattet“* sein können, solange sie ein Stück weit unabhängig agieren und ohne menschliches Eingreifen arbeiten.

Im Grundsatz wird damit also durch die Definition der KI-VO geregelt, dass nicht ein erhöhter Grad von Autonomie erforderlich ist, sondern allen-

41 *Borges* (Fn. 31), CR 2023, 713 f.

42 Siehe dazu die Erläuterung von *Russell/Perset/Grobelnik*, Updates to the OECD's definition of an AI system explained, The OECD Artificial Intelligence Policy Observatory v. 29.11.2023 (<https://oecd.ai/en/work/ai-system-definition-update>): *„Also, the previous wording, 'operate with varying levels', might be read as describing a single system whose level of autonomy and adaptiveness might change over time, which was not the intended reading.“*

falls eine gewisse Selbständigkeit bestehen muss, die mitunter zu unvorhersehbaren Ausgaben (Output) samt Black-Box-Phänomen führt. Klassische Software ist insofern von der Definition ausgenommen.⁴³

cc) Anpassungsfähigkeit als Kriterium?

Nachdem Art. 3 Nr. 1 KI-VO weiter auf ein System zielt, „*das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann*“, kommt man als Rechtsanwender neuerlich ins Grübeln. Denn unklar ist nach dem Wortlaut, ob die Anpassungsfähigkeit ein zwingendes Kriterium ist, ob die Eigenschaft, anpassungsfähig zu sein, also strikt verlangt wird, oder ob ein System optional so gestaltet sein kann. Schon die englische Sprachfassung („*that may exhibit adaptiveness after deployment*“) spricht eher für die letztgenannte Auslegung.

Zurückzugreifen ist weiter auf die OECD-Definition aus 2023/24, die wohl eigentlich übernommen werden sollte, wie Erwägungsgrund 12 S. 1 KI-VO zeigt, aber wörtlich nur teilweise übernommen wurde (dazu oben a) bb) a.E.). Im Explanatory Memorandum der OECD heißt es zu dieser nämlich:

“Adaptiveness (contained in the revised definition of an AI system) is usually related to AI systems based on machine learning that can continue to evolve after initial development. The system modifies its behaviour through direct interaction with input and data before or after deployment. Examples include a speech recognition system that adapts to an individual’s voice or a personalised music recommender system. AI systems can be trained once, periodically, or continually and operate by inferring patterns and relationships in data. Through such training, some AI systems may develop the ability to perform new forms of inference not initially envisioned by their programmers.”⁴⁴

Es ging der OECD also offenbar darum, klarzustellen, dass es KI-Systeme gibt, die sich auch nach ihrer Inbetriebnahme bzw. ihrem Inverkehrbringen durch fortlaufendes Training bzw. Lernen weiter verändern („*Different AI*

43 Siehe auch Bomhard/Siglmüller (Fn. 26), RDi 2024, 45.

44 OECD, Explanatory Memorandum on the Updated OECD Definition of an AI System, OECD Artificial Intelligence Papers, Nr. 8, März 2024, S. 6 (abrufbar unter <https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

systems *vary* in their levels of [...] adaptiveness after deployment.“), ohne dass dieses ein zwingendes Merkmal von KI-Systemen ist.⁴⁵

In diesem Sinne ist auch Art. 3 Nr. 1 KI-VO zu lesen, der den Sinngehalt dieser OECD-Definition aus 2023/24 offenbar übernehmen wollte. Die Anpassungsfähigkeit ist also ebenfalls kein ausschlaggebendes Kriterium. Im Erwägungsgrund 12 KI-VO heißt es dazu ebenfalls im Konjunktiv:

„Die Anpassungsfähigkeit, die ein KI-System nach Inbetriebnahme aufweisen könnte, bezieht sich auf seine Lernfähigkeit, durch sie [sic] es sich während seiner Verwendung verändern kann.“

Dass ein konkretes System sich also auch noch nach der „Auslieferung“ ändert, ist keine Voraussetzung für die Klassifikation als KI-System. Allein dieses wird durch die Definition der KI-VO klargestellt.⁴⁶

dd) Fähigkeit zur Ableitung von Ausgaben aus Eingaben, insbesondere durch Anlernen und Training

Wirklich entscheidend ist nach alledem, dass das System *„aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet [bzw. ableiten kann], wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorgebracht werden, die physische oder virtuelle Umgebungen⁴⁷ beeinflussen können“*.

Auch diese Formulierung ist nicht sofort eingängig. Dafür heißt es in Erwägungsgrund 12 KI-VO dazu aber relativ klar:

„Ein wesentliches Merkmal von KI-Systemen ist ihre Fähigkeit, abzuleiten. Diese Fähigkeit bezieht sich auf den Prozess der Erzeugung von Ausgaben, wie Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen, die physische und digitale Umgebungen beeinflussen können, sowie auf die Fähigkeit von KI-Systemen, Modelle oder Algorithmen oder beides aus Eingaben oder Daten abzuleiten. Zu den Techniken, die während der Gestaltung ei-

45 Noch deutlicher die Erläuterung von Russell et al., Updates (Fn. 42): „Adaptiveness: This reflects that some AI systems can continue to evolve after their design and deployment (for example, recommender systems that adapt to individual preferences or voice recognition systems that adapt to user’s voice) and is an additional characterisation of an important group of AI systems.“

46 Ebenso Bomhard/Siglmüller (Fn. 26), RD i 2024, 45: „nicht statisch sein muss“.

47 „Umgebungen“ sollen nach ErwGr 12 KI-VO „als Kontexte verstanden werden, in denen KI-Systeme betrieben werden“.

nes KI-Systems das Ableiten ermöglichen, gehören Ansätze für maschinelles Lernen, wobei aus Daten gelernt wird, wie bestimmte Ziele erreicht werden können, sowie logik- und wissensgestützte Konzepte, wobei aus kodierten Informationen oder symbolischen Darstellungen der zu lösenden Aufgabe abgeleitet wird. Die Fähigkeit eines KI-Systems, abzuleiten, geht über die einfache Datenverarbeitung hinaus, indem Lern-, Schlussfolgerungs- und Modellierungsprozesse ermöglicht werden.“

Aus diesem Merkmal und der Beschreibung ergibt sich mithin, dass das System auf eine bestimmte Aufgabenstellung, Use Cases oder dergleichen trainiert sein muss. Denn ohne ein solches Training trägt das KI-System keine Ableitung in sich, und zwar schon gar nicht mit Blick auf explizite oder implizite Ziele.

Für die Notwendigkeit eines solchen Trainings spricht weiter, dass auch die Experten der OECD von diesem auszugehen scheinen, wie u.a. auch die Abbildungen im Explanatory Memorandum zur KI-Definition der OECD zeigen.⁴⁸ Vor allem aber wären die Anbieterpflichten für Hochrisiko-KI-Systeme andernfalls fast durchgängig sinnentleert. Denn sie zielen zum einen auf das Training und die Data Governance, zum anderen auf das Risikomanagement sowie Beobachtungs- und andere betriebsbezogene Pflichten.⁴⁹ Im Kontrast dazu sind KI-Modelle mitunter untrainiert oder zumindest für die spezifische Fragenstellung nicht final trainiert, wie auch Art. 1 Nr. 63 KI-VO indiziert.⁵⁰

ee) Beeinflussung der Umgebung durch die Ausgaben

Schließlich muss das KI-System nach Art. 3 Abs. 1 KI-VO die Umgebung beeinflussen können. Das Kriterium ist aber nicht nur vage, sondern nicht wirklich als Hürde zu verstehen; ausreichend muss es mit *Borges* sein, wenn das System das Potential hat, eine Person oder ein System in einer Entscheidung irgendwie zu beeinflussen.⁵¹

48 OECD, Explanatory Memorandum (Fn. 44), S. 7 (abgedruckt oben unter I.).

49 S. insb. Art. 9 ff. KI-VO; dazu näher unten unter III. 2.

50 Vgl. auch Kaulartz, Trainieren (Fn. 11), S. 32: „Machine Learning ... fußt im Kern auf Modellen, die auf der Grundlage von Trainingsdaten trainiert und weitertrainiert werden und die Vorhersagen zur Klassifizierung von unklassifizierten Daten erlauben“.

51 Dazu ausführlich *Borges* (Fn. 31), CR 2023, 714 ff.

ff) Eingebettete und nicht integrierte Systeme

Schließlich findet sich in Erwägungsrund 12 KI-VO noch der Hinweis, dass KI-Systeme

„eigenständig oder als Bestandteil eines Produkts verwendet werden [können], unabhängig davon, ob das System physisch in das Produkt integriert (eingebettet) ist oder der Funktion des Produkts dient, ohne darin integriert zu sein (nicht eingebettet)“.

Letztlich ist auch das eine Selbstverständlichkeit.

c) Erfasste Systeme

Erfasst werden nach der Definition daher Systeme, die der sich bis dato allerdings allenfalls ansatzweise abzeichnenden starken KI zugehörig sind oder auch Systeme, die selbstlernend sind bzw. sich im Laufe der Nutzung selbständig weiter anpassen. Überdies fallen unter die Definition auf trainierten neuronalen Netzen beruhende Systeme. Auch KI-Systeme, die auf einem Genetic Algorithm-Ansatz basieren, werden erfasst. Für all diese Systeme gilt in mehr oder minder starkem Maße, dass ihr ganz konkreter Output regelmäßig nicht vorhersehbar ist; sie alle zeigen ein Black-Box-Phänomen.

Einfache Software ist deterministisch, wird nicht trainiert und agiert, wenn auch ex ante oft nur schwer zu analysieren, voraussehbar. Zumindest lassen sich Fehler im Nachhinein auffinden und ihr Fehlverhalten damit erklären.

Schwierigkeiten bereitet die Einordnung wissensbasierter Expertensysteme, die in der Informatik klassisch zum Bereich der KI gezählt werden.⁵² Hier kommt es auf die Ausgestaltung im Einzelfall an. Oftmals dürften sie aber keine KI-Systeme im Sinne der KI-VO darstellen.

52 Dazu *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, Freiburg 1990, S. 291 ff.; *Stiernerling*, Kritische Eigenschaften (Fn. 10), S. 15 (22).

2. KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck

a) KI-Modelle

KI-Systeme sind aber nicht der einzige Gegenstand, den der AI Act reguliert. Überdies definiert Art. 3 Nr. 63 KI-VO von der KI-VO insbesondere in Art. 51 ff. KI-VO regulierte KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck (General Purpose AI), und zwar wie folgt:

„KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck‘ ein Modell – einschließlich der Fälle, in denen ein solches KI-Modell mit einer großen Datenmenge unter umfassender Selbstüberwachung trainiert wird –, das eine erhebliche allgemeine Verwendbarkeit aufweist und in der Lage ist, unabhängig von der Art und Weise seines Inverkehrbringens ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen, und das in eine Vielzahl nachgelagerter Systeme oder Anwendungen integriert werden kann, ausgenommen KI-Modelle, die vor ihrem Inverkehrbringen für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten oder die Konzipierung von Prototypen eingesetzt werden“.

Dass ein KI-Modell dabei nur als Modell und damit nicht weiter definiert ist, ist wenig hilfreich und erschwert die Abgrenzung zum KI-System.⁵³ Eine Idee davon, was die EU unter einem KI-Modell versteht, vermitteln nur die Sätze 6 ff. des Erwägungsgrunds 97 KI-VO:

„Obwohl KI-Modelle wesentliche Komponenten von KI-Systemen sind, stellen sie für sich genommen keine KI-Systeme dar. Damit KI-Modelle zu KI-Systemen werden, ist die Hinzufügung weiterer Komponenten, zum Beispiel einer Nutzerschnittstelle, erforderlich. KI-Modelle sind in der Regel in KI-Systeme integriert und Teil davon. Diese Verordnung enthält spezifische Vorschriften für KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck und für KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck, die systemische Risiken bergen [...]“.

53 Fast schon zynisch wirkt insofern Erwägungsgrund 97 KI-VO: „Der Begriff ‚KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck‘ sollte klar bestimmt und vom Begriff der KI-Systeme abgegrenzt werden, um Rechtssicherheit zu schaffen. Die Begriffsbestimmung sollte auf den wesentlichen funktionalen Merkmalen eines KI-Modells mit allgemeinem Verwendungszweck beruhen, insbesondere auf der allgemeinen Verwendbarkeit und der Fähigkeit, ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen. ...“; kritisch und das Abgrenzungsproblem bemängelnd auch Bomhard/Siglmüller (Fn. 26), RD i 2024, 50.

Offenbar hielt der Gesetzgeber den Begriff des KI-Modells im Übrigen für technisch hinreichend klar. Die OECD versteht das KI-Modell als die Kernkomponente des KI-Systems; leicht abweichend davon sehen *Bomhard* und *Siglmüller* im KI-Modell „die KI“ und im „KI-System“ das vom Endnutzer nutzbare Produkt.⁵⁴ Das korreliert ein Stück weit mit dem oben unter I. dargestellten Entstehungsprozess und der oben unter dd) dargelegten Abgrenzung anhand eines nicht finalen Trainings.

b) Allgemeiner Verwendungszweck

Relevant ist die Definition in Art. 3 Nr. 63 KI-VO jedenfalls insoweit, als nicht jedes KI-Modell der KI-VO unterfällt, sondern nur ein solches Modell, das – ggf. gerade auch mit Blick auf allgemeine Bedienungselemente substantiell trainiert – „eine erhebliche allgemeine Verwendbarkeit aufweist“ und „ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent [...] erfüllen“ kann. Wann in Ansehung dieser vagen Rechtsbegriffe ein solches allgemein verwendbares KI-Modell vorliegt, ist schwer zu prognostizieren und im Zweifel der Gerichtspraxis überlassen. Umgrenzte KI-Modelle für branchenspezifische Aufgaben hingegen scheint der Gesetzgeber nicht in den Blick genommen zu haben.⁵⁵ Letztlich ging es ihm wohl vielmehr um Modelle wie Gemini von Google,⁵⁶ GPT von OpenAI,⁵⁷ Amazon Titan, AI21 Jurassic von AI21 Labs,⁵⁸ LLaMA von Meta, Claude von Anthropic,⁵⁹ Cohere,⁶⁰ Bloom⁶¹ und Hugging Face.⁶²

54 OECD (Fn. 44), S. 8: „AI model is a core component of an AI system used to make inferences from inputs to produce outputs“; *Bomhard/Siglmüller* (Fn. 26), RD i 2024, 51.

55 So wohl auch *Bomhard/Siglmüller* (Fn. 26), RD i 2024, 50.

56 https://en.wikipedia.org/wiki/Google_Gemini.

57 https://en.wikipedia.org/wiki/Generative_pre-trained_transformer.

58 https://en.wikipedia.org/wiki/AI21_Labs.

59 <https://en.wikipedia.org/wiki/Anthropic>.

60 <https://en.wikipedia.org/wiki/Cohere>.

61 [https://en.wikipedia.org/wiki/BLOOM_\(language_model\)](https://en.wikipedia.org/wiki/BLOOM_(language_model)).

62 https://en.wikipedia.org/wiki/Hugging_Face.

III. Wer ist nach der KI-VO verantwortlich für die KI?

Kausale Beiträge zu einem Fehlverhalten der KI kann jeder liefern, der zu deren Schaffung und Betrieb beiträgt. Aber verantwortlich gemacht werden kann er dafür mangels Vorhersehbarkeit und Zurechenbarkeit oftmals nicht.⁶³

Verantwortlich im Sinne der KI-VO⁶⁴ können letztlich (nur) alle Akteure im Sinne von Art. 3 Nr. 8 KI-VO sein; denn diese treffen unter der KI-Verordnung zahlreiche, wenn auch recht unterschiedliche Pflichten. Diese kompensieren letztlich ein Stück weit, dass KI-Systeme, wie dargelegt und in der Definition von KI der KI-VO angelegt, autonom und zunehmend selbstlernend agieren, insofern also auch unvorhersehbar, was eine Zurechnung ihres Verhaltens ein Stück weit verhindert.

1. Akteure der KI-VO

Die KI-VO in Art. 3 Nr. 8 KI-VO definiert ihre Akteure als solche und damit die potentiell Verantwortlichen. Zu diesen zählt sie danach „den Anbieter, den Produkthersteller, den Betreiber, den Nutzer, den Bevollmächtigten, den Einführer oder den Händler“. Die zwei Hauptprotagonisten sind dabei der Anbieter und der Betreiber. Die sonstigen Akteure – der Bevollmächtigte,⁶⁵ der Einführer (Importeur)⁶⁶ und der Händler⁶⁷ – stehen eher in zweiter Reihe bzw. neben dem Anbieter; sie werden ergänzend zum Anbieter in die Pflicht genommen.⁶⁸

Anbieter ist nach Art. 3 Nr. 3 KI-VO insofern, wer „ein KI-System oder ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck entwickelt oder entwickeln lässt und es [...] in Verkehr bringt oder das KI-System [...] in Betrieb nimmt“. Betreiber hingegen ist laut Art. 3 Nr. 4 KI-VO, wer „ein KI-System in eigener

63 Für die deliktische Haftung etwa Grützmacher, Die deliktische Haftung für autonome Systeme – Industrie 4.0 als Herausforderung für das bestehende Recht?, CR 2016, 695 (697); ders., Verantwortung und Haftung bei (digitalen) autonomen KI-Systemen – Sollte der Gesetzgeber neue Regelungen schaffen?, AnwBl Online 2022, 498 (499 f.); Zech, Entscheidungen (Fn. 36), S. A41 ff.

64 Allgemeine Pflichten auch der nicht regulierten Zulieferer zum KI-System (etwa eines Softwareanbieters von Teilkomponenten) lässt das Regime der KI-VO aber unberührt.

65 Art. 3 Nr. 5 KI-VO.

66 Art. 3 Nr. 6 KI-VO.

67 Art. 3 Nr. 7 KI-VO.

68 Vgl. dazu Art. 22 – 24 KI-VO.

Verantwortung verwendet, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit verwendet“.

2. Die Pflichten der Akteure und ihre daraus resultierende jeweilige Verantwortlichkeit

a) Pflichten der einzelnen Akteure

Neben den verbotenen Praktiken gem Art. 5 KI-VO einerseits und bestimmten, nicht hochriskante KI-Systeme betreffenden Transparenzpflichten des Art. 50 KI-VO andererseits regelt die KI-VO in den Abschnitten 2 und 3 vor allem Anforderungen an (Art. 8 ff. KI-VO) und Pflichten für sog. Hochrisiko-KI-Systeme (Art. 16 ff. KI-VO), also besonders sicherheits- bzw. grundrechtsrelevante⁶⁹ KI-Systeme. Es ergeben sich für diese im Wesentlichen Pflichten in folgenden Bereichen:

- Risiko- und Qualitätsmanagement
- Information und Dokumentation
- Training, Datenqualität und Data Governance
- Cybersicherheit
- Menschliche Aufsicht und Beobachtung
- Protokollierung
- Registrierung, Konformitätsprüfung und Zusammenarbeit sowie ggf., soweit erforderlich, Bestellung von Bevollmächtigten
- Meldung von Vorfällen.⁷⁰

Auffällig ist dabei, dass die Pflichten zwar zunächst insbesondere Anbieter (Pflichten mit Blick auf das KI-System in Art. 16 – 21 KI-VO sowie die Pflicht für Anbieter aus Drittländern zur Bestellung eines Bevollmächtigten gem. Art. 22 KI-VO) treffen, dann aber auch die Betreiber vom Gesetz in ganz erheblichem Maße verpflichtet werden (Art. 25 – 27 KI-VO). Hier spiegelt sich die Verschiebung des zurechenbaren Risikos weg von der Entwicklung hin zum Training und Lernen sowie entsprechend⁷¹ der Risikobeherrschung hin zur Produktbeobachtung; anzumerken ist dabei kritisch, dass sich die Pflichten zur Aufsicht und Beobachtung vor allem auch

⁶⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 3 KI-VO.

⁷⁰ Zum Pflichtenprogramm näher Grützmacher, Entwurf (Fn. 20), S. 466 ff.

⁷¹ Grützmacher (Fn. 9), CR 2021, 437; Zech, Entscheidungen (Fn. 36), S. A51.

durch den Betreiber möglicherweise als überzogen⁷² erweisen könnten. Die Protokollierungspflicht unterstützt eine evtl. nachträgliche Aufklärung beim Fehlverhalten der Systeme.⁷³ Gesonderte Pflichten treffen Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck (Art. 53 ff. KI-VO).

b) Verantwortungsübergang, Beschränkung und Wegfall der Verantwortung beim Durchlaufen der KI- und sonstigen Wertschöpfungskette

Nach Art. 25 Abs. 1 KI-VO, der die Verantwortlichkeiten entlang der KI-Wertschöpfungskette regeln soll, werden nicht nur Händler und Einführer (Importeure), sondern auch *Betreiber oder sonstige Dritte zu Anbietern* von Hochrisiko-KI-Systemen und unterliegen damit den Anbieterpflichten gemäß Art. 16 KI-VO,

- wenn sie das Hochrisiko-KI-System mit ihrem *Namen* oder ihrer *Handelsmarke* versehen (lit. a);
- wenn sie eine *wesentliche Änderung* an dem Hochrisiko-KI-System vornehmen, soweit dieses dann noch weiterhin ein Hochrisiko-KI-System ist (lit. b);
- wenn sie die *Zweckbestimmung* eines KI-Systems so *verändern*, dass das betreffende KI-System zu einem *Hochrisiko-KI-System* wird (lit. c).

Auch hier kommt es zu einer Verschiebung der Verantwortlichkeit, und zwar in Richtung des nachgelagerten Akteurs, nämlich des Betreibers. Denn gleichzeitig soll nach Art. 25 Abs. 2 KI-VO der ursprüngliche *Anbieter grds.*⁷⁴ *seine Rolle als Anbieter des spezifischen KI-Systems* und damit seine Verantwortlichkeit als Anbieter *verlieren*. Das entlastet ihn stark, auch wenn er verpflichtet bleibt, eng mit neuen Anbietern zusammenzuarbeiten, die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und mit Blick auf

72 Kritisch schon Grützmacher (Fn. 9), CR 2021, 441, 443; ders. (Fn. 63), AnwBl Online 2022, 502.

73 Zu den Beweisproblemen Grützmacher (Fn. 9), CR 2021, 437 ff.; Zech, Entscheidungen (Fn. 36), S. A84 f.

74 Anders ist die Rechtslage nach Art. 25 Abs. 3 KI-VO im Übrigen auch bei Hochrisiko-KI-Systemen bestimmter *Sicherheitskomponenten von Produkten*, die unter die in Anhang I Abschnitt A aufgeführten Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union fallen; hier soll es die Entlassung des Originalherstellers aus der Haftung offenbar nicht ohne Weiteres geben.

die Anbieterpflichten nach der KI-VO grds. für den vernünftigerweise zu erwartenden technischen Zugang und sonstige Unterstützung zu sorgen.⁷⁵

Dass die bloße Nutzung des eigenen Namens oder der eigenen Marke eines Betreibers diesen zum *alleinigen* Anbieter eines KI-Systems werden lassen soll, ist rechtspolitisch zweifelhaft. Richtig und sinnvoll erscheint diese Erweiterung der Verantwortlichkeit hingegen schon eher in den weiteren unter lit. b) und c) geregelten Fällen, wenn der Betreiber das System im Betrieb *weitertrainiert* und/oder für *andere Zwecke* einsetzt. Denn wie angedeutet ist das Training essentiell für die Qualität des KI-Systems und die von ihm ausgehenden Risiken falscher Handlungen, Vorschläge oder Entscheidungen. Andererseits muss sich der Betreiber auf die Datenqualität des originären KI-Anbieters verlassen können und kann den auch ihn dann treffenden Pflichten zum Risiko- und Qualitätsmanagement, Pflichten mit Blick auf Datenqualität und die Data Governance sowie die Cybersicherheit nur mit dessen Hilfe gerecht werden. Ob insofern aber – zumal bei entsprechenden Lock-In-Effekten – bei den oftmals marktmächtigen außereuropäischen Anbietern die Verpflichtung zur Zusammenarbeit und zur Überlassung von Informationen nach Art. 25 Abs. 2 KI-VO für den „neuen Anbieter“ ausreichend sein wird, wird wohl erst die Praxis zeigen. Es ist jedenfalls zu befürchten, dass sich diese Anbieter zumindest ihrer vertraglichen Haftung entziehen werden. Insofern könnte sich die komplette Haftungsverschiebung des Art. 25 Abs. 2 KI-VO – sprich Entlastung des Ersthersellers – als problematisch erweisen, zumal dessen Pflichtverstöße im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 KI-VO nach Art. 99 Abs. 4 KI-VO nicht sanktioniert sind.

Schwierigkeiten bringen könnte – je nach Lesart des Merkmals „... *beabsichtigen ... zu integrieren*“ – weiter, dass die Verpflichtungen des Anbieters von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck zur Information und Dokumentation nicht zugunsten des Betreibers gelten, dem im Rahmen von Art. 25 Abs. 1 KI-VO Anbieterpflichten auferlegt werden; allerdings ist insofern entweder über eine analoge Anwendung des Art. 53 Abs. 1 lit. b KI-VO nachzudenken oder die Verpflichtung zur Zusammenarbeit und Information durch den Erstanbieter entsprechend Art. 25 Abs. 2 KI-VO weit auszulegen.

75 Das gilt nach Abs. 2 S. 3 nur dann nicht, wenn der Erstanbieter eines KI-Systems eindeutig vertraglich festgelegt hat, dass sein KI-System nicht in ein Hochrisiko-KI-System umgewandelt werden darf und er daher nicht der Pflicht zur Übergabe der Dokumentation unterliegt.

Auch wie weit Art. 25 Abs. 4 KI-VO im stark konzentrierten IT-Markt hilft, wird sich zeigen. Denn auch dieser unterfällt der Sanktion des Art. 99 Abs. 4 KI-VO nicht. Immerhin gibt es etwa mit den Art. 53 Abs. 1 lit. d KI-VO sowie Art. 16 lit. a KI-VO i.V.m. Art. 11 KI-VO und Art. 13 KI-VO auch (nach Art. 99 bzw. 101 KI-VO sanktionierte) gesetzliche Pflichten, die für einen gewissen Informationsfluss entlang der Wertschöpfungskette sorgen sollten. Der unterstützenden Vertragsgestaltung wird es aber gleichwohl bedürfen.

c) Die Bestimmung der Verantwortlichkeit des Betreibers durch den Anbieter

Von besonderem Interesse ist schließlich die Regelung in Art. 26 Abs. 1 KI-VO, nach der der Betreiber eines Hochrisiko-KI-Systems dazu verpflichtet ist, dieses *entsprechend der Betriebsanleitung* zu verwenden. Der Anbieter legt mithin die Pflichten bzw. den Sorgfaltsmaßstab für die Nutzung fest, und zwar gerade auch mit Blick auf die Dritte treffenden Risiken. Ein solche Regelung ist rechtspolitisch, wenn nicht gar verfassungsrechtlich, problematisch.⁷⁶ Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass Verstöße nach Art. 99 Abs. 4 lit. e KI-VO mit einem Bußgeld von bis zu 3% des weltweiten Jahresumsatzes sanktioniert werden können und die KI-VO auch Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB sein dürfte.⁷⁷

IV. Fazit

Der EU ist es mit der KI-VO gelungen, eine tragfähige, wenn auch Optimierungsfähige Definition für die zu regulierenden KI-Systeme zu finden.

⁷⁶ Kritisch zum privaten Setzen von Standards und der Selbstregulierung durch private Unternehmen zur insofern vergleichbaren Regelung des § 1a Abs. 1 StVG vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips *Schmidt/Vöneky*, *Fostering the Common Good: An Adaptive Approach Regulating High-Risk AI-Driven Products and Services*, in: Vöneky/Kellmeyer/Müller/Burgard (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence – Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge 2022, S. 123, 133; siehe kritisch zur Rolle des Herstellers als „Ersatzgesetzgeber“ im Rahmen des § 1a StVG schon *Grützmaker*, *Gesetzentwurf zum autonomen Fahren: Drum prüfe, was der Hersteller findet*, LTO v. 13.1.2017 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/autonomes-fahren-gesetzentwurf-haftung-fahrer-hersteller/>); *ders.* (Fn. 63), *AnwBl Online* 2022, 501.

⁷⁷ *Grützmaker* (Fn. 9), CR 2021, 438 ff.

Die Definition setzt mit ihren Schwerpunkten bei der Unvorhersehbarkeit (Autonomie) und der Frage des Trainings und Lernens (Fähigkeit zur Ableitung und ggf. Anpassungsfähigkeit) an, also dort, wo die herkömmliche Haftung in ihre Grenzen gewiesen wird. Für Hochrisiko-KI werden kompensierende Sorgfaltspflichten bei der Datenauswahl sowie beim Training statuiert und die Produktbeobachtungspflichten verschärft.

Bedenklich aber ist, dass die Anbieter von KI-Systemen (wie auch von KI-Modellen), die im Markt absehbar ohnehin in einer starken, wenn nicht gar dominanten Position sein werden, mitunter allzu früh aus ihren Pflichten entlassen werden. Ob sich die Betreiber hier ausreichend absichern können, bleibt abzuwarten, ist aber in Ansehung der Marktverhältnisse zumindest offen. Problematisch ist insofern auch, dass Verstöße gegen Art. 25 Abs. 2 und 4 KI-VO nicht nach Art. 99 Abs. 4 KI-VO sanktioniert sind.

Die KI-VO zeigt lehrbuchartig, wie schwer es heute sowohl der Gesetzgeber wie auch der Rechtsanwender haben, wenn es darum geht, hochkomplexe Sachverhalte der modernen Informationsverarbeitung zu regeln oder gar zu regulieren bzw. derartige Gesetzeswerke in der Praxis zu implementieren. Die KI-VO zeigt damit auch auf, dass eine moderne juristische Fakultät ganz im Sinne des Universalgelehrten *Leibniz* nicht nur im Bereich des IT-Rechts ausbilden, sondern dass auch das Unterrichtsfach der Rechtsinformatik – neudeutsch „Legal Tech“ – seine Berechtigung im Lehrplan einer juristischen Fakultät haben sollte. Die Juristische Fakultät der Universität Hannover ist insofern für die nächsten Jahrzehnte bestens gerüstet.

Haarmanns Ankläger.
Oberstaatsanwalt Dr. Leopold Wilde (1875-?) und
Staatsanwaltschaftsrat Dr. Rudolf Wagenschieffer (1883-1942)

Jens Lehmann

(...) der Vorsitzende (...): kurzangebunden, gradlinig, grobdrähtig, eng und bestimmt. (...) - Besinnlicher, durchgeistigter, auch „besser im Bilde“ erschien der Oberstaatsanwalt, ein müder Aristokratentyp; vielleicht von menschlicher Feinheit, aber so frei von der schönen Fähigkeit des fanatischen Rechtsethos, daß man aufstöhnen mochte mit Zarathustra: „O, ich wollte doch, Ihr hättet einen Wahnsinn, womit Ihr geimpft wäret. Und ich wollte(,) Euer Wahnsinn hieße: die Wahrheit oder die Gerechtigkeit!“ - Minder bedeutsam: der zweite Staatsanwalt, ein kulörbrüderlicher(,) sympathischer, ehrenfester Mann, der schlechtes Juristendeutsch redet.

*Theodor Lessing*¹

1. Einleitung

Das Geschehen um den Serienmörder Friedrich („Fritz“) Haarmann ist der wohl bekannteste Kriminalfall Hannovers. Über den Angeklagten selbst hat man vielfach berichtet. Die anderen Beteiligten des Verfahrens sind nur in Umrissen bekannt. Eine Ausnahme mag für den psychiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. Ernst Schultze gelten. Jürgen Hentsch hat ihn 1995 in dem Film „Der Totmacher“ in eindrucksvoller Weise dargestellt.

Dieser Aufsatz befasst sich mit Leben und Arbeit der beteiligten Staatsanwälte. Wer ihre Personalakten sichtet, stellt etwas überrascht fest, dass der Fall Haarmann dort nicht erwähnt wird. Eine Darstellung ihrer Biographien erlaubt aber nicht nur einen kleinen Beitrag zur Lokalgeschichte. Sie gibt auch Einblick in die bewegten Jahrzehnte seit dem Ausbruch des

1 Lessing, Haarmann – Die Geschichte eines Werwolfs, 1925, Neudruck, Arnstadt 2011, S. 115 f.

Ersten Weltkriegs. *Fritz Stern* und andere Historiker haben diese Epoche als Zweiten Dreißigjährigen Krieg bezeichnet.²

Die Akten der Strafsache sind nicht erhalten. Wichtige Bestandteile, etwa die Anklageschrift und das Urteil erster Instanz, liegen jedoch in Abschrift vor.

2. Der spätere Behördenleiter

Karl Felix Hubert Leopold Wilde wurde am 09.07.1875 als Sohn eines Kaufmanns in Krefeld geboren. Nach dem Abitur in seiner Heimatstadt leistete er Militärdienst als Einjährig-Freiwilliger. Am Ende seiner aktiven Dienstzeit wurde er zum Unteroffizier befördert.

Seinerzeit war es recht beliebt, die Universität während des Studiums mehrfach zu wechseln. Wilde schrieb sich zunächst in Bonn ein. Dort hörte er unter anderem Ernst Zitelmann. Nach Stationen in Heidelberg und München bestand er die Erste Staatsprüfung am 21.12.1897 in Köln mit der Note „gut“.

Referendare, aber auch viele Gerichtsassessoren wurden in Preußen nicht besoldet. Leopold Wilde senior gab die obligate Zusicherung, seinem Sohn während der Vorbereitungszeit, jedenfalls aber für die Dauer von fünf Jahren, standesgemäßen Unterhalt zu gewähren.

Am 04.01.1898 wurde Wilde als Referendar vereidigt. Er trat seinen Dienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Köln an.³ Zugleich bemühte er sich um die Doktorwürde der Universität Erlangen. Eine Dissertation zum Thema „Der Rechtsschutz eines zu der Theatervorstellung nicht zugelasse-

2 Vgl. *Stern*, Der Westen im 20. Jahrhundert: Selbstzerstörung, Wiederaufbau, Gefährdungen der Gegenwart, Göttingen 2008, S. 7 ff.

3 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4A KG Pers. 5240, Bl. 1 f., 11 f. d. A.; 4A KG Pers. 5240/1, Bl. 2-3 R, 24 f. d. A.

Eine um 1925 veröffentlichte Fotografie Leopold Wildes findet sich bei *Lessing/Farin* (Hrsg.), Die Haarmann-Prozesse, München 2020, S. 190. Der Berliner Gerichtsreporter Leo Rosenthal hat ungefähr im Jahre 1931 ein Foto mit versteckter Kamera aufgenommen, das Wilde als Beobachter im Sklarek-Verfahren zeigt. Auf einer weiteren Abbildung ist er gemeinsam mit Carl Wiechmann, seinerzeit Generalstaatsanwalt bei dem Kammergericht, zu sehen (vgl. *Kießling/Safferling*, Staatsschutz im Kalten Krieg: Die Bundesanwaltschaft zwischen NS-Vergangenheit, Spiegel-Affäre und RAF, 2. Aufl., München 2021, S. 147, dort ohne namentliche Bezeichnung; *Landesarchiv Berlin* (Hrsg.), Leo Rosenthal: Ein Chronist in der Weimarer Republik, München 2011, S. 81).

nen Billetinhabers“ wies die Fakultät jedoch zurück. Der Gutachter Philipp Allfeld meinte, die Arbeit zeige eine klare Disposition, eine gründliche Auswertung des Schrifttums und eine gewisse Gewandtheit im Ausdruck. Damit seien ihre Vorzüge aber auch erschöpft. Man stoße kaum auf einen selbständig entwickelten Gedanken von einigem Wert.⁴

Im November 1898 wurde Leopold Wilde Leutnant der Reserve des Infanterie-Regiments Nr. 57.⁵ Die Hochschule gestattete ihm, nochmals eine Qualifikationsschrift vorzulegen. Seine Promotion cum laude erfolgte am 28.02.1899 zu dem Thema „Die rechtliche Natur des beschränkt generellen Kaufs“.⁶

Die Große Staatsprüfung bestand Wilde im März 1902 mit der Note „ausreichend“. Als Gerichtsassessor wurde er bei den Staatsanwaltschaften Düsseldorf und Kleve eingesetzt. Man bescheinigte ihm schnelles und gewandtes, mitunter jedoch oberflächliches Arbeiten. Er neige zu Flüchtigkeitsfehlern. Eine strenge Beaufsichtigung empfehle sich.

Ab Juni 1904 war Wilde ständiger Hilfsarbeiter bei der Staatsanwaltschaft Köln. Am 06.09.1905 schloss er die Ehe mit Katharina Danckelmann, der Tochter eines Forstmeisters in Kleve. Aus dieser Verbindung gingen Zwillingstöchter hervor. Eines der Mädchen starb offenbar früh.

Im Februar 1907 erhielt Leopold Wilde eine Planstelle als Staatsanwalt in Altona. Seine Tätigkeit wurde wie in Kleve und Köln regelmäßig durch Wehrübungen unterbrochen. Am 10.02.1913 notierte der Oberstaatsanwalt in Kiel, der Beamte zeige durchaus befriedigende Leistungen. Sein mündlicher Vortrag lasse an Präzision aber noch zu wünschen übrig. Zum Ersten Staatsanwalt sei er geeignet.

Im August 1914 begann der Erste Weltkrieg. Wilde, zuletzt Oberleutnant der Landwehr, wurde als Hauptmann eingezogen. Sein Vorgesetzter berichtete Mitte November, Frau Wilde habe aus Wiesbaden mitgeteilt, ihr Mann stehe beim Stab des Inselkommandanten auf Pellworm. Eine dorthin gerichtete Anfrage zur Höhe seiner Kriegsbesoldung sei als unzustellbar zurückgekommen. Nach einer am 06.10. eingegangenen Postkarte sei er Bataillonsführer in Belgien. Auf ein Schreiben an die Kommandantur seines

4 Promotionsakten Wilde, Universitätsarchiv Erlangen-Nürnberg, C2/3 Nr. 1601, nicht paginiert.

5 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4A KG Pers. 5241, Bl. 57 d. A.

6 Promotionsakten Wilde (Fn. 4); *Wilde*, Die rechtliche Natur des beschränkt generellen Kaufs, 1899, 51 S.

Regiments habe man jedoch die Auskunft erhalten, der Offizier sei dort nicht bekannt.

Im Anschluss an einen Einsatz beim belgischen Generalgouvernement wurde Wilde im April 1917 Kommandeur eines Infanteriebataillons. Über einen Zeitraum von fast zwei Monaten nahm er an den Stellungskämpfen vor Verdun teil. Er erhielt das Eiserne Kreuz 1. Klasse und die Hessische Tapferkeitsmedaille. Am 09.12.1918, etwa einen Monat nach dem Waffenstillstand, zeigte er der Justiz seine Entlassung aus dem Heeresdienst an. Zugleich bat er um einen Urlaub von knapp drei Wochen. Er spüre noch die Folgen eines Darmleidens, das er sich an der Front zugezogen habe.

Anfang Juni 1919 sandte das Oberkommando Nord ein Telegramm an den Oberstaatsanwalt in Kiel: Staatsanwalt Zelenka in Altona, derzeit Abschnittsführer bei der Geheimen Feldpolizei, empfehle Dr. Wilde zur Einstellung. Es werde gebeten, diesen für drei Monate zu beurlauben.

Der Erste Staatsanwalt widersprach. Neben der großen Zahl von Assessoren würden erfahrene Kräfte benötigt. Der Geschäftsanfall wachse von Tag zu Tag. Gerade schwere Verbrechen, etwa Mord, Raub, Landfriedensbruch, Plünderung und Aufruhr, ereigneten sich nun häufiger.

Wilde selbst habe geäußert, er wäre zur Übernahme der Stelle für einen Monat bereit. Sein Urlaub ab dem 11.06. sei für ihn ohnehin zwecklos, denn er könne nicht mit seiner Familie zusammentreffen. Diese lebe in dem durch die Siegermächte besetzten Gebiet.⁷

Seit April 1917 führte Leopold Wilde die Amtsbezeichnung „Staatsanwaltschaftsrat“. Um die Jahreswende 1919/20 nahm man ihn zur Beförderung in Aussicht. Der Erste Staatsanwalt in Altona bescheinigte ihm ein entgegenkommendes, aber zielbewusstes Auftreten. Für das Amt eines Oberstaatsanwalts oder Landgerichtsdirektors sei er gut geeignet.

Laufende Bewerbungen nach Elberfeld, Düsseldorf und Duisburg zog Wilde im Juni 1920 zurück. Aufgrund allgemeiner Wohnungsnot hätte er seine Familie an diesen Orten nicht unterbringen können. Am 27.10.1920 wurde er zum Oberstaatsanwalt und Stellvertreter des Generalstaatsanwalts in Hamm ernannt. Seine Angehörigen verblieben noch geraume Zeit in Altona.

7 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4A KG Pers. 5240, Bl. 23, 34, 44, 52, 52 R d. A.; 4A KG Pers. 5241, Bl. 66 R, 72, 81, 147, 150, 157, 160, 160 R d. A.; 4A KG Pers. 5242, Bl. 82, 82 R, 91, 91 R, 103, 156, 159 f., 214 d. A. sowie Personal- und Befähigungs-Nachweisung vom 23.6.1920, nicht paginiert.

Eine Beurteilungsnotiz aus dem Jahre 1922 vermerkte, Dr. Wilde sei als Leiter einer großen landgerichtlichen Strafverfolgungsbehörde gut geeignet. Im April 1923 übernahm er die Staatsanwaltschaft Hannover.

Inzwischen hatte die Hyperinflation begonnen. Am 09.08.1923 bat der neue Behördenleiter um einen Umzugskostenvorschuss von 9 Millionen Mark. Sie wurden am 14.08. bewilligt. Bereits am 23.08. beantragte Wilde, ihm weitere 250 Millionen zu gewähren. Diese Summe verdoppelte er zwei Tage später.

Am 18.09.1923 überreichte der Beamte eine Aufstellung seiner bisherigen Umzugskosten.

„An Euere (sic) Hochwohlgeboren darf ich die Bitte richten(,) veranlassen zu wollen, dass mir der Betrag von 1.511.752.700 M umgehend angewiesen wird, da die (Spedition) (...) und die Handwerker mir erklärt haben, dass die Preise nur dann als Festpreise gelten, falls die Zahlung unverzüglich erfolgt.

Einen Vorschuss von 500.000.000 M habe ich bereits erhalten, der von der Kostenrechnung in Abzug gebracht ist.“

Am 14.11.1923, dem Tag vor der Einführung der Rentenmark, setzte die Generalstaatsanwaltschaft Celle den Zuschuss endgültig fest. Er betrug 4.612.400.000 Papiermark.⁸

3. Der spätere Dezernent

Karl Rudolf Wagenschieffer kam am 13.01.1883 als Sohn eines Kaufmanns in Hannover zur Welt. Er besuchte das Kaiser-Wilhelms-Gymnasium. In Leipzig belegte er später Vorlesungen bei Karl Binding und Ludwig Mitteis, in Berlin bei Josef Kohler und Franz von Liszt. Dann beendete er sein Studium in Göttingen. Die Erste Prüfung absolvierte er am 01.07.1905 mit der Note „ausreichend“. Knapp drei Wochen später wurde er für den Justizdienst vereidigt. Sein Referendariat durchlief er im Oberlandesgerichtsbezirk Celle.

Die Große Staatsprüfung legte Wagenschieffer im Februar 1910 in Berlin ab. Er erhielt wiederum ein „Ausreichend“. Als Gerichtsassessor wurde er

8 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4A KG Pers. 5241, Bl. 176 d. A.; 4A KG Pers. 5242, Bl. 165, 165 R, 176, 178, 180, 190, 194, 196, 199, 205, 205 R, 216, 239 f., 244, 244 R, 246, 246 R d. A.; 4A KG Pers. 5243, Bl. 7, 17 d. A. (Unterstreichung im Original, Klammerzusätze vom Verfasser).

bei den Staatsanwaltschaften Hannover, Verden und Wesermünde-Geestemünde verwendet. Am 12.09.1910 promovierte er rite in Göttingen. Seine Dissertation zum Thema „Vertretung bei der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, mit besonderer Rücksicht auf Gesellschaften“ wurde durch den „Vater der Versicherungswissenschaft“, den Handelsrechtler Victor Ehrenberg, betreut.

Vom Militärdienst war der Assessor befreit. Im Oktober 1914 wurde er ständiger Hilfsarbeiter bei der Staatsanwaltschaft Hannover. Dort wies man ihn am 28.02.1917 in eine Planstelle ein. Der Erste Staatsanwalt hatte ihn als gewissenhaften, tüchtigen Arbeiter bezeichnet. Sein Auftreten sei frisch und gewinnend. Zuständig war er unter anderem für die sogenannten Presssachen, Straftaten also, die durch die Verbreitung von Druckschriften begangen wurden.

Im Juli 1918 erhielt Wagenschieffer das Königlich Preußische Verdienstkreuz für Kriegshilfe. Nach dem Zerfall des Kaiserreichs trat er der nationalliberalen Deutschen Volkspartei bei. Dieser gehörte er bis zu ihrer Auflösung im Jahre 1933 an.⁹

Das erste aktenkundige Zusammentreffen Leopold Wildes mit Rudolf Wagenschieffer fällt in den November 1923. Presseinhaltsdelikte konnten auch damals grundsätzlich nur innerhalb von sechs Monaten verfolgt werden. Wilde berichtete an Generalstaatsanwalt Wilhelm Storp, der Dezerent habe eine Presssache verjähren lassen und andere Verfahren über Wochen nicht gefördert. Seinem Geschäftsstellenbeamten habe er bedeutet, dieser brauche die Akten nicht in den Restezettel einzutragen, weil er sie alsbald dem Behördenleiter vortragen werde. Hierzu sei es nicht gekommen.

Dr. Wagenschieffer mache in letzter Zeit einen etwas unruhigen Eindruck. Er gebe an, unter seinen Nerven zu leiden. Das Pressedezernat habe man ihm sogleich genommen. Andererseits sei er ein besonders begabter,

9 Personalakten Wagenschieffer, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 56/97 Nr. 478/1, vor Bl. 1 d. A., Bl. 2 ff., 29, 29 R, 62, 66, 120, 120 R, 124 d. A.; Promotionsakten Wagenschieffer, Universitätsarchiv Göttingen, Jur. Prom. 588, nicht paginiert; *Wagenschieffer*, Vertretung bei der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, mit besonderer Rücksicht auf Gesellschaften, 1910, 54 S.; über Victor Ehrenberg *Krause*, in: zu Stolberg-Wernigerode (Hrsg.), *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 4, Berlin 1959, S. 351 f. *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), zeigen auf S. 184 ein um 1925 veröffentlichtes Foto Rudolf Wagenschieffers. In den Personalakten befindet sich ein auf das Jahr 1936 datiertes Passbild (Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 56/97 Nr. 478/2, vor Bl. 1 d. A.).

gewandter und im dienstlichen Verkehr sehr angenehmer Beamter. Es werde vorgeschlagen, von einem Disziplinarverfahren abzusehen, aber eine ernste Missbilligung auszusprechen. Dies geschah.¹⁰

4. Die Festnahme von Fritz Haarmann und Hans Grans

Im Frühjahr 1924 war Hannover in Aufregung. Polizeipräsident Rudolf von Beckerath berichtete an das preußische Innenministerium:

„Am 17. bzw. 20.5.1924 wurden hier in der Leine zwei menschliche Schädel ohne Fleischteile und Behaarung angeschwemmt, die nach dem Gutachten des Gerichtsarztes bereits längere Zeit im Wasser gelegen haben konnten. Geschlecht und Alter waren zunächst nicht mit Sicherheit festzustellen, weshalb den sofort aufgenommenen Ermittlungen eine bestimmte Richtung nicht gewiesen werden konnte. Abgesehen von Verbrechen gewinnsüchtiger und sexueller Natur mußte auch mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß es sich um Selbstmörder oder Verunglückte handelte, von deren im Flußbett festsitzenden Leichen die Köpfe durch irgendwelche äußere Einwirkung losgerissen worden waren. Auch Unfug mit aus der Anatomie Göttingen, aus Friedhöfen, Leichenhallen (...) pp. herrührenden Leichenteilen kam in Betracht. Inzwischen fand man am 13.6.1924 hier in der Leine zwei weitere menschliche Schädel im gleichen Zustande. Nach (...) eingehenden Untersuchungen gelangte der Gerichtsarzt nunmehr zu der Ueberzeugung, daß es sich um Schädel junger Männer im Alter von 11-22 Jahren handle, die mit scharfen Instrumenten vom Rumpfe abgetrennt worden seien.“

Der Verdacht habe sich bald auf den als homosexuell bekannten Händler Fritz Haarmann, geboren am 25.10.1879 in Hannover, gerichtet. Gegen ihn habe bereits 1918/19 ein gerichtliches Verfahren wegen des Verschwindens zweier junger Männer geschwebt. Es sei jedoch mangels Beweises eingestellt worden.

Am 17.06. habe man angeordnet, Haarmann durch zwei Beamte unauffällig zu beobachten. Angehörige vermisster Jugendlicher seien in den Zeitungen aufgerufen worden, sich zu melden.

10 Personalakten Wagenschieffer (Fn. 9), Bl. 130 ff. d. A. Vgl. zur abgekürzten Verjährungsfrist § 22 des Gesetzes über die Presse vom 7.5.1874 (RGBl. S. 65 ff.); hierzu RGSt 4, 216 ff.; zur geschichtlichen Entwicklung *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler (Begr.), Burkhardt (Hrsg.), Presserecht, 7. Aufl., München 2023, § 24 LPG, Rn. 23 ff.

Drei Tage später habe der Vater des vermissten Robert Witzel angegeben, er erkenne den Schädel seines Sohns aufgrund besonderer Merkmale des Gebisses. Der Gerichtsarzt halte dies für zweifelhaft.

Im Anschluss an eine Auseinandersetzung mit einem jungen Burschen sei Haarmann am 22.06. auf dem Bahnhof festgenommen worden. Bei der Durchsuchung seiner Wohnung habe man Blutspuren an Bett und Gebrauchsgegenständen, aber auch zahlreiche Kleidungs- und Wäschestücke, teils blutbefleckt, gefunden.¹¹

Nicht erwähnt wurden die Dienste Haarmanns als „Vigilant“. Er hatte der Polizei mehrfach Hinweise zur Aufklärung von Straftaten gegeben. Viele Beamte kannten ihn gut. Man war ihm wohl nicht mehr mit dem gebotenen Misstrauen begegnet.¹²

§ 128 RStPO verlangte die „unverzügliche“ Vorführung des vorläufig Festgenommenen. Eine klare zeitliche Grenze gab es nicht.¹³ Hermann Lange, im Jahre 1924 stellvertretender Leiter der hannoverschen Kriminalpolizei, nennt Rudolf Wagenschieffer als seinen Ansprechpartner bei der Staatsanwaltschaft. Gemeinsam mit diesem habe er beschlossen, den als „haftscheu“ bekannten Untersuchungsrichter zunächst nicht einzubinden. Haarmann sei im Polizeigefängnis verblieben.

„In seiner Zelle hatten wir die 4 gefundenen Köpfe, in jeder Ecke einen(.) hoch (...) oben auf Brettchen befestigt, die Augenhöhlen mit rotem Papier beklebt, dahinter ein Wachslicht, das Nachts (sic) brannte. In einer Ecke der Zelle, in einem Sack, lagen Menschenknochen, die wir in unmittelbarer Nähe der vorletzten Wohnung des Haarmann aus der Leine gefischt hatten. Darauf wiesen wir bei den Vernehmungen Haarmann immer wieder hin und brachten zum Ausdruck, dass die

11 Bericht vom 28.7.1924, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 87 Hannover Acc. 116/84 Nr. 11/1, Bl. 29 f. d. A. (Klammerzusätze vom Verfasser). Die Anklageschrift und das Urteil des Schwurgerichts erwähnen die Auffindung eines fünften Schädels am 24.6.1924 in der Feldmark Garbsen (Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 30/87 Nr. 80, Bl. 3, 29, 125 d. A.).

12 Vgl. Vossische Zeitung Nr. 594 vom 15.12.1924, Abendausgabe, S. 6; Hyan, Massenmörder Haarmann: Eine kriminalistische Studie, Berlin 1924, S. 11 f., 28 ff. Soweit in diesem Beitrag die Vossische Zeitung zitiert wird, beruht die Angabe der Seitenzahl jeweils auf einer Zählung anhand des auf der Online-Plattform ZEFYS verfügbaren Exemplars.

13 Der Richter wiederum musste spätestens am Tag nach der Vorführung entscheiden (§ 128 Abs. 1 S. 1, 2 RStPO). Vgl. die Nachweise aus Rechtsprechung und Schrifttum bei Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich – Kommentar, 17. Aufl., Berlin/Leipzig 1927, § 128 Anm. 3a.

Seelen der Toten zu den Gebeinen zurück finden und ihn nicht mehr zur Ruhe kommen lassen würden, bis er seine Verbrechen gestanden habe. Dies hat dazu beigetragen, ihn mürbe und geständnisreif zu machen (...).¹⁴

Am 30.06. gab Haarmann die Möglichkeit zu, junge Leute umgebracht zu haben. Es erging Haftbefehl gegen ihn. Zwei Tage zuvor hatte die Polizei seinen engen Vertrauten Hans Grans, geboren am 07.07.1901 in Hannover, festgenommen. Dieser bestritt, von Tötungen gewusst zu haben. Die Beamten vermuteten aber, er habe Haarmann Opfer zugeführt, um deren Garderobe zu erlangen.

Nach dem Vorhalt von Knochenfunden und Kleidungsstücken legte Haarmann am 01.07. ein erstes Geständnis ab.

„Er gab zu, seit 1918 acht Jünglinge, die er zum homosexuellen Geschlechtsverkehr mit in seine Wohnungen Cellerstraße No. 27 - 1918 -, Neuestraße No. 8 - bis Juni 1923 - und Rotherreihe No. 2 - seit Juni 1923 - genommen hatte, dort im geschlechtlichen Erregungszustande getötet zu haben. Auf (sic) die eigentlichen Tötungsakte will er sich nicht erinnern können. Angeblich hat er nach dem Erwachen aus dem Rauschzustande seine Opfer tot neben sich im Bette vorgefunden und an ihrem Kehlkopfe stets blutunterlaufene Gebiß eindrücke - offenbar von ihm herrührend - festgestellt. Er nimmt an, daß er sich (...) am Halse seiner Opfer festgebissen und sie dann wahrscheinlich auch (...) erdrosselt hat. Die Leichen will er - lediglich um sie unauffällig beseitigen zu können - im Laufe des folgenden Tages zerstückelt und die einzelnen Teile in den Abort, in die Leine, in Teiche und in Anlagen geworfen haben.

Die Habe seiner Opfer hat Haarmann verkauft. Durch Ermittlungen und entsprechende (...) Aufrufe in der Presse gelang es, einen großen Teil davon herbeizuschaffen. (...)

Haarmann selbst kann genaue Angaben über die Zahl seiner Opfer angeblich nicht machen, hält es aber für möglich, daß es 25-30 sind. (...)

Die meisten der bisher festgestellten Getöteten sind aus Hannover bezw. aus der nächsten Umgebung. Die auswärtigen Opfer waren meist kurz

14 Ausarbeitung vom 3.7.1961, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 87 Hannover Acc. 116/84 Nr. 11/1, Bl. 1 ff. d. A., abgedruckt in: *Pozsár/Farin* (Hrsg.), *Die Haarmann-Protokolle*, München 2009, S. 11, 14 ff. Auch die Vossische Zeitung hat Wagenschieffer als zuständigen Staatsanwalt erwähnt (Nr. 329 vom 12.7.1924, Abendausgabe, S. 4). Vgl. zur Person Hermann Langes *Blazek*, Haarmann und Grans: *Der Fall, die Beteiligten und die Presseberichterstattung*, Stuttgart 2009, S. 15 Fn. 2.

zuvor hierher zugereist und sind offenbar von Haarmann am hiesigen Bahnhofs unter dem Vorgeben, ihnen freie Unterkunft verschaffen zu wollen, angelockt und mit in seine Wohnung genommen worden.“

Am 05.07.1924 senkte man den Wasserstand der Leine ab. Gefunden wurden Knochen, die nach ärztlichem Gutachten von 22 Menschen männlichen Geschlechts stammten. Die Überreste dreier weiterer Toter waren bereits zuvor im Fluss oder in städtischen Anlagen entdeckt worden.¹⁵

Ein reichsweites Strafregister existierte noch nicht. In Preußen und den meisten anderen Bundesstaaten führte jede Staatsanwaltschaft ein Verzeichnis für die in ihrem Bezirk Geborenen.¹⁶ Haarmann war zwischen 1905 und 1921 fünfzehnmal verurteilt worden. Es handelte sich überwiegend um Diebstähle.

Unter dem 18.07. stellte die Staatsanwaltschaft den Antrag, die gerichtliche Voruntersuchung gegen Haarmann und Grans zu eröffnen, Haftfortdauer im Hinblick auf Haarmann zu beschließen und Haftbefehl gegen Grans zu erlassen. Ihre durch Oberstaatsanwalt Dr. Wilde gezeichnete Zusage schuldigte Haarmann des Mordes in 17 Fällen an. Die Liste seiner Opfer begann mit dem Schüler Friedel Rothe aus Hannover im Jahre 1918 und endete mit dem Bäckergehilfen Erich de Vries aus Hannover im Jahre 1924. Grans habe fortgesetzt Beihilfe zu den Taten 2.-17. geleistet.

Am 24.07.1924 beantragte Medizinalrat Dr. Ludwig Brandt, der zuständige Gerichtsarzt, Haarmann zur Beobachtung gemäß § 81 RStPO für sechs Wochen der Heil- und Pflegeanstalt Göttingen zu überweisen. Der Angeeschuldigte habe „aus kindlicher Angst vor der Irrenanstalt“ verschwiegen, dass er bereits im Krankenhaus Auf der Bult sowie in den psychiatrischen Kliniken Hildesheim und Langenhagen behandelt worden sei.

Die sichergestellten Kleidungsstücke ordnete man bis zum 28.07. insgesamt 34 Vermissten zu.¹⁷

15 Bericht vom 28.7.1924 (Fn. 11), Bl. 31 f. d. A.

16 Vgl. Siebrasse, Strafregistrierung und Grundgesetz: Zur Verfassungsmäßigkeit der Straf(verfahrens)registrierung in BZRG, StPO, BKAG und BGG, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 36 ff.

17 Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 87 Hannover Acc. 116/84 Nr. 11/1, Bl. 31 d. A.; Hann. 155 Göttingen Acc. 2006/069 Nr. 8, Bl. 759 f., 762 f. d. A.; Hann. 173 Acc. 30/87 Nr. 80, Bl. 5 f. d. A. Das Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft lautete 11 J. 687/24.

5. Die psychiatrische Begutachtung

Wie die Ermittler feststellten, hatte Friedrich Heinrich Karl Haarmann, allgemein „Fritz“ oder „Fritze“ genannt, zeit seines Lebens psychische Auffälligkeiten gezeigt. Seine Leistungen in der Bürgerschule hatten kaum genügt. Als Unteroffiziersanwärter war er nach einer „Bewusstseinsstörung“ ausgemustert worden.

Im Juni und Juli 1896 hatte Haarmann mehrere Kinder sexuell missbraucht. Zur Beobachtung seines Geisteszustands war er in der Heil- und Pflegeanstalt Hildesheim untergebracht worden. Das Landgericht Hannover hatte die Eröffnung des Hauptverfahrens am 27.03.1897 abgelehnt: Nach dem Gutachten des Sanitätsrats Gerstenberg habe der Angeschuldigte im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit gehandelt. Es sei von hochgradigem Schwachsinn auszugehen. Die Akten waren offenbar bereits vernichtet.

Man hatte Haarmann als „gemeingefährlichen Geisteskranken“ in Hildesheim interniert. Nach seiner Verlegung in die „Idiotenanstalt“ Langenhagen war er entwichen. Er hielt sich eine Weile als Arbeiter in der Schweiz auf, kehrte dann aber nach Hannover zurück. Als Rekrut in einem Jägerbataillon wurde er 1902 als dauernd ganzinvalid berentet. Er leide an Neurasthenie nach überstandener Geisteskrankheit. Diese habe auch einen gewissen Schwachsinn hinterlassen. Im März 1923 hatte das Versorgungsamt Hannover angeregt, ihn zu entmündigen. Er sei leicht beeinflussbar, hilf- und urteilslos.

Kriminalkommissar Heinrich Rätz berichtete auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft über das „geschäftliche Treiben“ Haarmanns in den zurückliegenden Jahren. Nach seiner Entlassung aus dem Zuchthaus im März 1918 habe er ein Zigarrengeschäft gründen wollen. Er sei aber alsbald auf Hehle- und Schleichhandel mit Lebensmitteln, insbesondere Fleisch, verfallen.

„Anfang 1919 lernte H. auf dem hiesigen Bahnhofe den Kaufmann *Grans* kennen. Er legte sich nun mit Grans zusammen aufs Betteln und führten dieses beide mit gutem Erfolge durch. Seine Beute bestand aus Geld und Kleidungsstücken. Sein Verdienst betrug nach seiner eigenen Angabe aus dieser Tätigkeit täglich ca. 10 Mark. Grans veräusserte in Herbergen und Kellerwirtschaften die Kleidungsstücke und teilte sich mit Haarmann den Erlös des Bettelns.

H. wurde schliesslich dabei ertappt und zu einer Haftstrafe von 3 Wochen verurteilt.

Nach Verbüßung dieser Strafe legte sich H. aufs Stehlen von frischgewaschener Wäsche, die auf Höfen zum Trocknen aufgehängt war. Grans

entfernte aus den gestohlenen Wäscheteilen die Monogramme und veräusserte die Wäsche. Auch hierbei hat H. nach eigener Angabe erfolgreich gearbeitet; er hatte so viel zusammengestohlen, dass Grans und er ein gutes Leben dabei führen konnten.“

Am 07.08.1924 wurde der Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung korrigiert. Dr. Wilde bat um zahlreiche richterliche Vernehmungen. Sie hatten unter anderem das Ziel, die Rolle Grans' zu klären.¹⁸

Ungefähr eine Woche später brachte man Haarmann zur Beobachtung nach Göttingen. Der Geheime Medizinalrat Prof. Dr. Ernst Schultze erstattete sein schriftliches Gutachten am 01.10. Darin bezeichnete er den Angeeschuldigten als eine pathologische, moralisch ungewöhnlich tief stehende Persönlichkeit. Man könne aber weder von Bewusstlosigkeit im Sinne des § 51 RStGB noch von einem Ausschluss der freien Willensbetätigung durch eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit sprechen. Eine organische Hirnerkrankung scheide aus. Das läppische, infantile Verhalten Haarmanns habe sich offenbar erst nach seiner Festnahme eingestellt. Es handle sich um eine Haftpsychose. Mit ihrem Abklingen sei zu rechnen.¹⁹

6. Das Verfahren vor dem Schwurgericht

Am 04.11.1924 schloss die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen ab. Ihre durch Leopold Wilde gezeichnete Anklageschrift umfasste 207 Schreibmaschinenseiten. Haarmann wurde Mord in 27 Fällen zur Last gelegt, Grans Anstiftung zum Mord an dem Zimmermann Adolf Hannappel aus Düsseldorf und dem Reisenden Fritz Wittig aus Kassel, außerdem gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei.

18 Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 155 Göttingen Acc. 2006/069 Nr. 7, Bl. 764 ff. d. A.; Hann. 155 Göttingen Acc. 2006/069 Nr. 8, Bl. 760 ff. d. A., Hervorhebung im Original, inhaltlich zusammengefasst bei *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 55 ff. Das Urteil des Schwurgerichts nennt als Opfer aus dem Jahre 1896 ein fünfjähriges Mädchen und zwei Jungen.

Heinrich Rätz, geboren am 12.9.1884, wurde 1921 zum Kriminalkommissar ernannt. Im Jahre 1924 leitete er die hannoversche Mordkommission. Er starb am 8.8.1943 (*Kampmeyer*, Dokumentarbericht anhand der Aufzeichnungen und Erinnerungen des damaligen Polizeioffiziersanwärters Richard Gerken, ca. 1975, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. Kleine Erwerbungen A 40 Nr. 2, Bl. 1, 3 d. A.; v. *Meding/Teetz*, Hannoversche Allgemeine Zeitung vom 6.2.2013, S. 14; v. *Meding*, Hannoversche Allgemeine Zeitung vom 8.8.2013, S. 21).

19 *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 463 ff.

Das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen beschrieb den Werdegang der Angeschuldigten. Dabei ging man insbesondere auf das Geschehen seit 1922 ein.

„Auch in der Roten Reihe fiel es den Hausbewohnern auf, daß Haarmann überaus zahlreiche junge Leute mitbrachte, so besonders den Zeuginnen Linderer, Mühlhan und Fobbe. Es waren Burschen jeden Alters, z.T. auch Schuljungen, die manchmal tage- und nächtelang bei Haarmann blieben. Bei solchen Gelegenheiten ging es oft hoch her, es wurden Trinkgelage veranstaltet und große Platten mit Fleisch, das in (der) (...) Küche (der Vermieterin Elisabeth Engel) gebraten war, in Haarmann's Zimmer gebracht. Der Zeugin Frau Fobbe erklärte der Angeschuldigte Haarmann gelegentlich das häufige Mitbringen der jungen Leute damit, daß er als Kriminalbeamter zur Mitternachtsmission gehöre (!) und daß es seine Aufgabe sei, verwahrloste junge Leute aufzugreifen und zu beherbergen, um sie am nächsten Tage dem Arbeitsnachweise oder der Polizei zuzuführen.

Nach den Wahrnehmungen der Zeugin Frau Mühlhan waren es aber durchaus nicht nur verwahrloste und zerlumpte Burschen, die bei Haarmann verkehrten, sondern zumeist sehr anständig gekleidete junge Leute von etwa 16-20 Jahren.“

Die Liste der Beweismittel enthielt 190 Zeugen und 51 Beiakten. Es wurde beantragt, die Fortdauer der Untersuchungshaft zu beschließen.²⁰

Der Aufruf der Sache vor dem Landgericht Hannover erfolgte am 04.12.1924. Ungefähr 80 Plätze standen für Zuhörer bereit. Sie waren nach wenigen Minuten vergeben.

Die „echten“ Schwurgerichte, in denen ausschließlich Laien über die Schuldfrage befanden, hatte eine der sogenannten Emminger-Novellen wenige Monate zuvor abgeschafft.²¹ Den Vorsitz führte Landgerichtsdirektor Dr. Otto Böckelmann. Ihm standen die Landgerichtsräte Konrad Harten und Dr. Julius Kleineberg sowie sechs Geschworene zur Seite. Wilde und Wagenschieffer, unterstützt durch Staatsanwalt Bruno Jasching, erschienen für die Anklage, Justizrat Philipp Benfey III aus Hannover als Pflichtvertei-

20 Generalakten betreffend Schwurgerichtsberichte, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 30/87 Nr. 80, Bl. 3 ff., 26 d. A. (Unterstreichungen im Original, ein Klammerzusatz im Original, weitere Klammerzusätze vom Verfasser).

21 Vgl. die §§ 12, 40 der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.1924 (RGBl. I S. 15 ff.).

diger Haarmanns und Rechtsanwalt Albrecht H. Lotze aus Hannover für Grans.

Gustav Noske, der Oberpräsident der preußischen Provinz Hannover, Generalstaatsanwalt Storp und Polizeipräsident von Beckerath nahmen am „Regierungstisch“ Platz. Begleitet wurden sie durch Regierungsdirektor Dr. Bernhard Weiß, ab 1925 Leiter der Berliner Kriminalpolizei.²² Nachdem vor allem die kommunistische Presse schwere Vorwürfe erhoben hatte, war er mit einigen Kollegen beauftragt worden, die Arbeit der örtlichen Beamten zu überprüfen.²³

Haarmann wurde aus dem Gerichtsgefängnis vorgeführt.

„Ein mittelgroßer, feister Bursche in blauer Anstaltskleidung, das volle, dunkelblonde Haar seitlich glatt gescheitelt, das Auge tief im Schatten liegend, die Nase kurz und gerade vorstrebend, ein kurz gehaltener blonder Schnurrbart. Auffallend die Jugendlichkeit seiner Erscheinung: Den 45jährigen konnte man für einen Menschen von 30 Jahren halten.

So trivial seine Erscheinung ist - im ersten Augenblick seines Auftretens ist es klar, daß dieser Mensch außerhalb des normalen menschlichen Lebens steht. Man kann es sich im ersten (Moment) (...) nicht erklären. Liegt es an den ruckartigen Bewegungen und an dem fortwährenden Gestikulieren? Sein Lächeln zuckt auf, ein Lächeln, das man im ersten Augenblick für zynische Frechheit halten müßte. Fortwährend spielen die furchtbaren, kurzfingerigen Hände, die sich verschränken, die in Ohren- und Nasenlöcher fahren (...) oder (...) zur Beruhigung über die Stirn gleiten. Haarmann ist in der lebhaftesten Unruhe.

Kaum ist er in den Saal getreten, so hört man seine Stimme: ein erster unverständlicher Zwischenruf. Ein ungewöhnlich heller, geschmeidiger Tenor. Abgehackt stößt er die Worte heraus. Die Verlesung seiner Vorstrafen begleitet er mit kurzen, kritischen Äußerungen. Diese (...) sind nicht wirr, aber ganz besonders primitiv. Er polemisiert gegen Urteile, und es ist schwer, ihm verständlich zu machen, daß es sich ja nur um Verlesung von Akten handelt. Mit besonderer Lebhaftigkeit wendet er sich gegen die Annahme seiner geistigen Minderwertigkeit.

22 Lessing/Farin, Prozesse (Fn. 3), S. 25, 129, 192, 431 ff. Auf S. 184, 190 befinden sich um 1925 veröffentlichte Fotografien Otto Böckelmanns und Philipp Benfeys.

In einem Aufsatz zum Fall Haarmann lässt Julius Kleineberg Sympathien für die „Rassenhygiene“ erkennen (DJZ 1925, Sp. 150 ff.; vgl. noch Marloth, DJZ 1925, Sp. 860 ff.).

23 Vgl. Hyan, Haarmann (Fn. 12), S. 12 ff., 27; Weiß, Archiv für Kriminologie, Band 76 (1924), 161 ff.

Sein Gedächtnis ist im einzelnen sehr vorzüglich, aber es setzt fortwährend aus. Immer wieder muss er sich von seinem Verteidiger die Fortsetzung soufflieren lassen - nach einem leisen Hinweis (...) ist das Gedächtnis wieder im Gange. Zuweilen hat sein Gebaren etwas Affektiert-Kindsches (...).“²⁴

An zehn Tagen vernahm das Gericht eine Vielzahl von Zeugen. Grans, der jede Schuld von sich wies, verfolgte ihre Angaben gespannt.

Die Medizinalräte Dr. Brandt und Privatdozent Dr. med. et phil. Alex Schackwitz erklärten Haarmann ebenfalls für zurechnungsfähig. Ernst Schultze meinte, wenn man den Menschen als komplizierte Maschine mit einem sehr feinen Uhrwerk vergleiche, sei Haarmann eine Maschine mit wenigen, groben Rädern.

Am 17.12. folgten die Plädoyers, soweit es Haarmann betraf. Dr. Wagenschieffer sprach anderthalb Stunden: Neun von 27 Fällen gebe der Angeklagte zu, zwölf Tötungen halte er für möglich. Im Übrigen bestreite er seine Täterschaft. Mit Ausnahme des Mordes an dem Arbeiter Adolf Hennies sei er jedoch überführt.

Dr. Wilde befasste sich mit der Person des Angeklagten. Dann beantragte er 26-mal die Todesstrafe sowie – über die Anklageschrift hinaus – drei Monate Gefängnis wegen Unterschlagung. Die Verteidigung bat um Freispruch in sechs Fällen. Im Übrigen stellte sie keinen bestimmten Antrag.²⁵

In Sachen Grans wurde am nächsten Tag plädiert. Wilde trug auf zweimal Todesstrafe wegen Anstiftung zum Mord an, weiterhin auf drei Jahre Zuchthaus und Zulässigkeit der Polizeiaufsicht wegen gewerbs- und gewohnheitsmäßiger Hehlerei. Rechtsanwalt Lotze forderte, den Angeklagten mangels Beweises freizusprechen.²⁶

Am 14. Verhandlungstag verkündete das Schwurgericht seine Entscheidung. Haarmann wurde wegen Mordes in 24 Fällen 24-mal zum Tode verurteilt. In drei Fällen erging Freispruch. Grans erhielt wegen Anstiftung zum Mord im Fall Wittig die Todesstrafe, wegen Beihilfe zum Mord im Fall Hannappel zwölf Jahre Zuchthaus. Beiden Angeklagten wurden die bürgerlichen Ehrenrechte auf Lebenszeit aberkannt.

24 *Sling* (d.i. *Schlesinger*), Vossische Zeitung Nr. 576 vom 4.12.1924, Abendausgabe, S. 5 (Klammerzusätze vom Verfasser).

25 Vossische Zeitung Nr. 599 vom 18.12.1924, Morgenausgabe, S. 9; *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), S. 345, 588 ff.

26 Vossische Zeitung Nr. 600 vom 18.12.1924, Abendausgabe, S. 4.

Soweit Grans Hehlerei vorgeworfen worden war und soweit Unterschlagung durch Haarmann in Betracht kam, stellte man das Verfahren gemäß § 154 Abs. 2 RStPO vorläufig ein.

Haarmann verzichtete auf Rechtsmittel. Er hatte vielfach erklärt, er wolle möglichst bald geköpft werden. In die Irrenanstalt kehre er keinesfalls zurück.²⁷

Die schriftlichen Urteilsgründe füllten 97 Seiten. Das Schwurgericht legte dar, es betrachte Haarmann in 21 Fällen als geständig. Gestützt würden seine Angaben unter anderem durch die Wiedererkennung zahlreicher Kleidungsstücke. In weiteren drei Fällen sei der Schuldnachweis geführt. Zweifel dagegen verblieben hinsichtlich der Tötung der Arbeiter Hermann Wolf, Adolf Hennies und Hermann Bock, jeweils aus Hannover. Teile der Garderobe Wolfs und Bocks habe der Angeklagte möglicherweise im Zuge seines Altwarenhandels erlangt.

„Die grösseren Fleischstücke seiner Opfer will der Angeklagte (...) ebenfalls in die Leine geworfen haben. Diese Angabe ist jedoch zum mindesten zweifelhaft, da Fleischstücke, bei denen freilich mit einer schnellen Verwesung gerechnet werden muss, während der ganzen Zeit nirgends gefunden sind. In Verbindung mit der Tatsache, dass die Herkunft des von Haarmann gelieferten Fleisches nicht völlig hat aufgeklärt werden können, bleibt daher die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass der Angeklagte das Fleisch der ihm zum Opfer gefallenem jungen Leute verkauft hat. Ein bestimmter Beweis in dieser Richtung ist jedoch nicht geführt. (...)

Der Angeklagte Haarmann ist ein Mann, dessen Denken absolut egozentrisch eingestellt ist. (...) Er lebt nur für sich und die Befriedigung seiner sinnlichen Triebe. In Verbindung damit wird er beherrscht von einer masslosen Eitelkeit, deren Befriedigung in ihm die besseren moralischen Instinkte unterdrückt und ihn auch das Grässliche seiner Taten nicht wahrnehmen lässt. (...) Obwohl intellektuell nicht besonders hochstehend, zeigt er doch ein großes Schauspielertalent, ist schlagfertig und weiss sich in jede Lage schnell zu finden. Er (...) behält die Zügel in der Hand und versteht es, die Schwächen der Anklage und der Beschuldigungen, die von ungünstig aussagenden Zeugen erhoben werden, geschickt auszunutzen. Unterstützt wird er dabei durch ein ausserordent-

27 Vossische Zeitung Nr. 602 vom 19.12.1924, Abendausgabe, S. 4; *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), S. 387 ff.; *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 481 ff., 560 f.

lich gutes Gedächtnis, das ihn in den Stand setzt, den Zeugen bis ins Einzelne gehende Vorhaltungen zu machen (...).

Haarmann erwog schliesslich auch klar die ihn zum Handeln drängenden und von diesen (sic) abhaltenden Beweggründe. Zur Tötung bewogen ihn Gründe geschlechtlicher, namentlich sadistischer Natur und ferner Gewinnsucht, das Streben nach den Habseligkeiten des Opfers. Trotz seiner moralischen Stumpfheit sah der Angeklagte wohl ein, dass beide Gründe ein Menschenleben nicht aufwogen. Eine grosse Anzahl junger Leute hat das Zimmer Haarmann's lebend verlassen, und der Grund dabei war nicht nur das Fehlen günstiger Gelegenheiten (...), sondern auch seine Erwägung(,) von der Tötung abzusehen, sei es auch nur, weil er Nachforschungen fürchtete (...) oder die Habseligkeiten des jungen Mannes nicht für wertvoll genug hielt. Aber nicht immer behielten die von der Tötung abhaltenden Beweggründe die Oberhand (...).“

Grans werde in erster Linie durch Haarmann belastet. Im Fall Hannappel sei es denkbar, dass dieser den Entschluss zur Tötung eigenständig gefasst habe. Soweit es Wittig betreffe, habe Grans den widerstrebenden Haarmann dagegen gedrängt, das Opfer zu sich zu nehmen. Es sei ihm vor allem um dessen Anzug gegangen.

„Der Angeklagte ist (...) zwar nur unerheblich vorbestraft, er ist auch noch jung. Gleichwohl hat er eine ausserordentlich niedrige Gesinnung an den Tag gelegt. Die Beweggründe, die ihn leiteten(,) waren rein gewinnsüchtiger Natur. In kalter Berechnung hat er das seinige dazu beigetragen, dass ein junges, blühendes Menschenleben vernichtet ist, und das nur, um sich in den Besitz weniger, nicht einmal wertvoller Habseligkeiten zu setzen. Die ehrlose Gesinnung, die daraus spricht, rechtfertigt auch die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (...).“²⁸

28 Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 30/87 Nr. 80, Bl. 107 ff., 125, 128, 150, 155 d. A., abgedruckt in *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 481 ff., 510, 515, 552, 560 (Klammerzusätze vom Verfasser). Die Ausführungen zur Abwägung der für und gegen eine Tötung sprechenden Beweggründe beziehen sich auf das Tatbestandsmerkmal der Überlegung im Sinne der ursprünglichen Fassung des § 211 RStGB (hierzu RGSt 8, 276 ff.; 32, 253 ff.; 36, 26 ff.; 42, 260 ff.; sehr anschaulich *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., Tübingen 1926, § 211 Anm. I.2 m.w.N.).

Am 02.02.1925 verwarf das Reichsgericht die Revision Grans.²⁹ Einige Tage später gelang es Haarmann, einen Brief an dessen Vater während eines Transports unbemerkt aus dem Auto zu werfen. Seine belastenden Angaben nahm er zurück: Hans Grans habe von den Morden nichts gewusst. In gleichem Sinne äußerte er sich gegenüber der Staatsanwaltschaft und Justizrat Benfey.

Leopold Wilde meinte, der Verurteilte versuche offenbar, die Vollstreckung der Todesstrafe hinauszuzögern. Sollte Grans eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen, werde Haarmann umfassend richterlich zu vernehmen sein. Die Protokolle könnten später in einer etwaigen Hauptverhandlung verlesen werden.

Der Entwurf einer Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten für Gnadensachen des Landgerichts Hannover wurde der Generalstaatsanwaltschaft überreicht. Beigefügt war ein Teil der Akten. Die Vorgänge umfassten inzwischen 95 Bände.

Wilhelm Storp legte dar, das Urteil gegen Haarmann begegne keinen Bedenken. Soweit es Grans betreffe, werde vorgeschlagen, die Todesstrafe in lebenslange Zuchthausstrafe umzuwandeln.³⁰

Am 15.04.1925 wurde Haarmann im Hof des Gerichtsgefängnisses enthauptet. Bereits am folgenden Tag beschloss das Landgericht Hannover die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen Grans, soweit es den Fall Wittig betraf. Das Oberlandesgericht Celle erstreckte diese Entscheidung auf den Fall Hannappel.³¹

Die erneuerte Hauptverhandlung begann am 12.01.1926. Den Vorsitz führte wiederum Dr. Böckelmann. Leopold Wilde und Rudolf Wagenschieffer vertraten die Anklage. Grans wurde nun durch den hannoverschen Rechtsanwalt Dr. Hans Teich verteidigt.³²

Am 19.01. verurteilte man Grans wegen Beihilfe zum Mord in zwei Fällen zu einer Gesamtzuchthausstrafe von zwölf Jahren, zehn Jahren Ehrverlust und Zulässigkeit der Polizeiaufsicht. Seine Untersuchungshaft wurde nicht angerechnet. Er verbüßte die Sanktion im Zuchthaus Celle. 1937 wurde

29 Vossische Zeitung Nr. 62 vom 6.2.1925, Morgenausgabe, S. 7; *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), S. 628.

30 Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173a Acc. III/79 Nr. 443, Bl. 206 ff. d. A.

31 Vossische Zeitung Nr. 186 vom 21.4.1925, Morgenausgabe, S. 5; *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), S. 628; *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 50 f.

32 Vossische Zeitung Nr. 19 vom 12.1.1926, Abendausgabe, S. 4.

er in das Konzentrationslager Sachsenhausen verschleppt. Insgesamt verbrachte er 22 Jahre in Haft. Er starb am 17.02.1975 in Hannover.³³

Der spätere Reichsgerichtsrat *Fritz Hartung* war als Referent des preußischen Justizministeriums unter anderem für das Scharfrichterwesen zuständig. In seinen Erinnerungen legt er dar, er habe das Gehirn Haarmanns in der Deutschen Forschungsanstalt für Psychiatrie untersuchen lassen. An mehreren Stellen habe sich eine Verwachsung mit der inneren Schädelhaut gezeigt. Dieser Befund deute darauf hin, dass Haarmann eine Hirnhautentzündung durchgemacht habe. Die seinerzeit in München asservierten Schnitte sind noch vorhanden.³⁴

Die forensische Neurologin *Christine Pozsár* hat die überlieferten Quellen in den 1990er Jahren begutachtet. Sie geht von einer hirnorganischen Störung, etwa im Sinne eines Stirnhirnsyndroms, aber auch von einer Persönlichkeitsstörung mit dissozialen Zügen und einer sexuellen Deviation aus. Es gebe keinen Zweifel, dass die Steuerungsfähigkeit Haarmanns jedenfalls erheblich vermindert gewesen sei.³⁵

7. Der weitere Lebensweg der Ankläger

Leopold Wilde empfahl man alsbald zur vorzugsweisen Beförderung. Generalstaatsanwalt Storp urteilte im Januar 1927:

„Er verfügt über gute Kenntnisse, arbeitet mit lobenswertem Fleiß und größtem Interesse für seinen Dienst. Er ist sehr gut organisatorisch veranlagt, zeigt insbesondere auch in seiner Verwaltungstätigkeit gute Umsicht und größtes Geschick und versteht es, sich auch in schwierige-

33 Vossische Zeitung Nr. 31 vom 19.1.1926, Abendausgabe, S. 1; *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), S. 652; *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 606; Hannoversche Allgemeine Zeitung vom 14.2.2017, S. 18. Eine ausführliche Darstellung des Verfahrens aus dem Jahre 1926 auf der Grundlage von Berichten der Celleschen Zeitung findet sich bei *Blazek*, Haarmann (Fn. 14), S. 91 ff. Soweit ersichtlich, ist das schriftliche Urteil nicht überliefert.

34 Den Kopf Haarmanns, der über Jahrzehnte in der Göttinger Rechtsmedizin konserviert war, hat man 2014 eingäschert. Die zwischenzeitlich als verschollen geltenden Hirnpräparate sind um 2017 aufgefunden worden (*Hartung*, Jurist unter vier Reichen, Köln u.a. 1971, S. 72 f.; *Lessing/Farin*, Prozesse (Fn. 3), S. 683; *Neumann*, Gehirne in der Gerümpelkammer, Spiegel v. 4.3.2017, abrufbar unter www.spiegel.de/spiegel/ethanasie-im-ns-funde-im-max-planck-institut-muenchen-a-1137219.html (letzter Zugriff am 23.12.2023); *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 623).

35 *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 626 f., 630. Eine dem heutigen § 21 StGB entsprechende „Zwischenstufe“ war in § 51 RStGB freilich nicht vorgesehen.

ren Lagen mit Umsicht und Energie durchzusetzen, wobei ihm große persönliche Gewandtheit und die Gabe, die gegebene Sachlage für seine Behörde und sich geschickt auszunutzen, zu Hilfe kommen.

Er verfügt über gewandte und gefällige Formen und vertritt die Behörde mit Würde auch nach außen hin.

Soziales Verständnis und die Gabe(,) ausgleichend zu wirken(,) sind ihm zu eigen.“³⁶

Rudolf Wagenschieffer wurde im März 1927 zur informatorischen Beschäftigung an das Polizeipräsidium abgeordnet. Seine Erfahrungen legte er in einem 13-seitigen Bericht nieder. Kennengelernt habe er unter anderem den Fahndungsdienst, die Fingerabdrucksammlung und das Verbrecheralbum. Leider fehle es in Hannover an Beamten, aber auch an technischen Hilfsmitteln. Straßenbahnfahrten würden den Ermittlern nicht erstattet. Sie seien darauf angewiesen, fast alle Wege zu Fuß zurückzulegen. Schreibmaschinen, mit denen sich Vernehmungen abkürzen ließen, stünden nicht in ausreichender Zahl zur Verfügung. Mit den Möglichkeiten, die die Polizei etwa in Berlin oder Hamburg habe, könne man die Arbeit nicht vergleichen.

Im Januar 1928 erhielt Wagenschieffer folgende Beurteilung durch Dr. Wilde:

„Besonders kluger (...) Beamter (...) mit sehr guter Veranlagung, guten Kenntnissen und sehr schnellem und treffendem Urteil. Seit Jahren fleissig und auch gründlich. Vortrag sehr klar und gewandt, unter geschickter Hervorhebung alles Wesentlichen. Guter und schlagfertiger Redner. (...) Bei seiner guten praktischen Veranlagung besonders für die Bearbeitung von umfangreichen und schwierigen Sachen geeignet, in die er sich in auffallend kurzer Zeit einarbeitet. Gewandte und verbindliche Umgangsformen. Soziales Verständnis vorhanden. Zum Ersten Staatsanwalt vorzugsweise geeignet.

Auch zum Landgerichtsdirektor geeignet, soweit das Gebiet des Strafrechts in Frage kommt. Als Vorsitzender eines Schöffengerichts oder einer Strafkammer wird er sich bei seinen guten Kenntnissen (...) voll durchsetzen. Bei seiner Begabung, seinem Fleisse und seiner Anpas-

36 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4a KG Pers. 5243, Bl. 24 d. A.

sungsfähigkeit ist anzunehmen, dass er sich auch bald die erforderlichen praktischen Kenntnisse im Zivilrecht erwerben wird.“³⁷

Durch Erlass vom 20.09.1928 wurde Leopold Wilde zum Generalstaatsanwalt bei dem Landgericht Berlin I ernannt. Er leitete nun die größte deutsche Staatsanwaltschaft. Auch bei dieser Versetzung zeigte sich der Mangel an Wohnraum: Bis April 1929 besichtigten die Eheleute Wilde ungefähr 60 mögliche Unterkünfte in Berlin und Umgebung.

Im Juli 1931 bat Wilde um einen Gehaltsvorschuss von etwa 300 Reichsmark. Die Gerichtskasse überweise seine Bezüge an die Darmstädter und National-Bank. Bei dieser habe er auch das Vermögen deponiert, das ihm nach der Inflation noch verblieben sei. Infolge von Zahlungsschwierigkeiten habe die Bank ihre Schalter geschlossen.³⁸

Nach der „Machtergreifung“ waren die Nationalsozialisten bestrebt, die Führungskräfte der Berliner Justiz auszuwechseln. Wilde, der aus einer katholischen Familie stammte, galt als Anhänger des Zentrums. Auf Anweisung des preußischen Justizministers vom 28.03.1933 wurde er „im dienstlichen Interesse“ bis auf Weiteres beurlaubt. Am 05.05. versetzte man ihn einstweilen in den Ruhestand.

Wenig später teilte der Beamte mit, er habe sich im Weltkrieg eine chronische Magenkrankung zugezogen. Das Versorgungsamt Altona habe diese Anfang 1919 als Kriegsbeschädigung anerkannt. Bisher habe er das Leiden durch Diät und Kuren bekämpft. In den letzten Monaten habe es sich aber derart verschlimmert, dass er sich nicht mehr dienstfähig fühle.

Beigefügt war ein Attest des Internisten Dr. med. Curt Wetzell in Berlin-Wilmersdorf. Er bescheinigte seinem Patienten Reste alter Magengeschwür-

37 Personalakten Wagenschieffer, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 56/97 Nr. 478/1, Bl. 136, 143 ff., 156 d. A.

38 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4A KG Pers. 5243, Bl. 28, 52, 52 R, 68 d. A. Vgl. zur Größe der Berliner Behörde *Herrmann*, Vossische Zeitung Nr. 433 vom 13.9.1928, Morgenausgabe, S. 15; zum Stand der Justizorganisation um diese Zeit *Lieber*, zuvor Präsident des Amtsgerichts Berlin-Mitte: „Bei dem Landgericht ist ein Oberstaatsanwalt Leiter der Staatsanwaltschaft. Ein Erster Staatsanwalt oder Staatsanwaltschaftsrat als ständiger Vertreter, Staatsanwaltschaftsräte als planmäßige Beamte und, falls erforderlich, Hilfsarbeiter (Staatsanwälte, Gerichtsassessoren) sind ihm beigeordnet. Die größeren Staatsanwaltschaften sind in Abteilungen eingeteilt, an deren Spitze Erste Staatsanwälte als Abteilungsvorsteher stehen (...). Bei dem Landgericht I in Berlin ist Leiter der Staatsanwaltschaft ein Generalstaatsanwalt, die Abteilungsvorsteher bei dieser Behörde haben die Amtsbezeichnung Oberstaatsanwalt“ (Justizverwaltung, 2. Aufl., 1929, S. 71, ein Klammerzusatz im Original).

re sowie eine chronische Gastritis. Zuletzt sei es zu starker Gewichtsabnahme, zeitweise auch zu Bettlägerigkeit, gekommen.

Mit Erlass vom 24.06.1933, gezeichnet durch Justizkommissar Hanns Kerrl, wurde Leopold Wilde zum 01.10. in den dauernden Ruhestand versetzt. Man bewilligte ihm die reguläre Pension. Für seine Dienste sprach ihm die preußische Staatsregierung Dank und Anerkennung aus.

1938 war Wilde Vorsitzender des Aufsichtsrats der Deutschen Handels-Aktiengesellschaft in Berlin. Er erhielt jährliche Tantiemen von 2.250 Reichsmark. Im Berliner Adressbuch 1943, der letzten vor Ende des Krieges erschienenen Ausgabe, war er unter der langjährigen Wilmersdorfer Anschrift verzeichnet.³⁹ Das Datum seines Todes ist nicht bekannt.

In einer Beurteilungsnotiz für Rudolf Wagenschieffer hieß es im Januar 1929, seine Leistungen könnten nun uneingeschränkt als gut bezeichnet werden. Zwei Jahre später vermerkte der Generalstaatsanwalt in Celle jedoch, für eine Beförderung komme der Dezernent angesichts seines Dienstalters nicht mehr in Frage.

Am 21.10.1933 wurde Wagenschieffer „im dienstlichen Interesse und Ihrem Wunsche gemäss“ zum Amtsgerichtsrat ernannt. Die Hintergründe seines Wechsels lassen sich den Personalakten nicht entnehmen.

Ein Bericht des Direktors des Amtsgerichts Hannover legte dar, Dr. Wagenschieffer habe im Mai und Juni 1935 14 Urteile rechtzeitig, 38 aber verspätet abgesetzt. In einem Fall sei die schriftliche Entscheidung erst nach 55 Tagen zu den Akten gelangt. Während der Vertretungszeit im Juli stünden 14 rechtzeitige gegen 23 verzögerte Urteile.

39 Personalakten Wilde, Brandenburgisches Landeshauptarchiv, 4A KG Pers. 5243, Bl. 73, 75, 80, 80 R, 82f., 92 d. A.; Berliner Adreßbuch 1943, Erster Band: Einwohner, S. 3.300. In den archivierten Meldeunterlagen kann Leopold Wilde nicht ermittelt werden (Auskunft des Landesamts für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten Berlin an den Verfasser vom 5.2.2024).

Das erste Stadtadressbuch für Berlin (West) ist 1957 erschienen. Es enthält keinen Eintrag für Katharina oder Leopold Wilde.

Vgl. zur Personalpolitik des preußischen Justizministeriums 1933/34 *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich 1933-1940 – Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, 3. Aufl., München 2001, S. 221 ff.; zur politischen Haltung Wildes *Landesarchiv Berlin* (Hrsg.), Rosenthal (Fn. 3). Die weithin „gleichgeschaltete“ Vossische Zeitung hat seine Beurlaubung dagegen in Zusammenhang mit der Wiederverhaftung des Generaldirektors Paul von Gontard gebracht. Dieser sei zuvor unter der Verantwortung Wildes gegen eine Sicherheitsleistung von 500.000 Mark aus der Untersuchungshaft entlassen worden (Nr. 149 vom 29.3.1933, Morgenausgabe, S. 5). In den Akten findet sich hierzu nichts.

Nach einem Attest aus dem November 1935 litt der Richter an nervöser Erschöpfung mit Herzbeschwerden und Hypertonie. Zum 01.07.1936 trat er dem Nationalsozialistischen Rechtswahrerbund, zum 01.10. dem Reichsluftschutzbund bei.

Am 20.02.1937 verfasste der Landgerichtspräsident einen als „persönlich“ markierten Bericht an den Präsidenten des Oberlandesgerichts Celle. Er nahm Bezug auf eine Besprechung am 18.02. und schilderte die Verzögerungen aus dem Jahre 1935. Eine ältere Aufstellung, die ein noch trüberes Bild ergeben habe, sei nicht aufzufinden.

Seinerzeit habe Wagenschieffer versprochen, seine Urteile in Zukunft rechtzeitig zu den Akten zu bringen. Bei der Neuverteilung der Geschäfte sei er aus der Abteilung, in der er doch immer wieder Reste gemacht hätte, fortgenommen worden.

Im Mai 1937 bewarb sich Rudolf Wagenschieffer auf die Stelle eines Ersten Staatsanwalts in Hannover. Der Präsident des Landgerichts teilte mit, Befähigung und Kenntnisse des Richters in Strafsachen entsprächen einem guten Durchschnitt. Seine Leistungen reichten aus. Mehrfache Überschreitungen von Fristen hätten einen Wechsel des Arbeitsgebiets erforderlich gemacht.

Über die Einstellung Dr. Wagenschieffers gegenüber Parteigenossen seien wiederholt Klagen laut geworden. Besonderer Anlass zum Einschreiten habe jedoch nicht bestanden.

Oberstaatsanwalt Hans Knaths äußerte sich wie folgt:

„Wagenschieffer ist ein tüchtiger Staatsanwalt, auch guter Anklagevertreter gewesen, der durch seine natürliche Veranlagung sowie staatsanwaltliche Erfahrung gute Dienste geleistet hat. Seiner etwas unregelmässigen Arbeitsweise konnte im Wege der Dienstaufsicht immer ohne Schaden für die Sache begegnet werden. Bei den Angehörigen der Behörde und beim Publikum war er beliebt.

Der Grund seiner Versetzung an das Amtsgericht ist mir nicht mitgeteilt. Sein Verhalten gegenüber Parteiangehörigen fällt in die Zeit seiner richterlichen Tätigkeit. Als Erster Staatsanwalt würde er auch die Arbeit Anderer zu überwachen haben. Ob er dazu an sich geeignet ist, muss ich bezweifeln. Solange er unter richtiger Dienstaufsicht steht, würde er auch als Erster Staatsanwalt verwendbar sein.“

Zu einer Beförderung kam es nicht mehr. Um 1938 notierte man in Celle, Amtsgerichtsrat Dr. Wagenschieffer habe keine besonders glückliche Art, die Rechtsuchenden richtig zu behandeln.

Im Oktober 1939 zeigte der Richter an, dass er die Ehe mit der geschiedenen Anna L., geboren im Jahre 1894, eingehen wolle. Chefpräsident Adolf von Garßen legte dar, die „arische“ Abstammung der Frau L. sei bisher nicht vollständig durch Urkunden belegt. Bedenken würden gleichwohl nicht erhoben. Die Heirat fand wie geplant am 21.11. statt.

Im Mai 1941 wurde Rudolf Wagenschieffer amtsärztlich untersucht. Man stellte eine chronische Nierenbeckenentzündung, verbunden mit Herzmuskelschwäche und Bluthochdruck, fest. Angeblich bestehe die Krankheit seit drei Jahren.

Im März 1942 erhielt Wagenschieffer das Treudienst-Ehrenzeichen für 40 Jahre Tätigkeit in der Justiz. Er verstarb am 27.10.1942 im Krankenhaus Henriettenstift in Hannover. Längere Phasen der Arbeitsunfähigkeit waren vorausgegangen.

Am 08.03.1954 erteilte das Niedersächsische Ministerium der Justiz einen Wiedergutmachungsbescheid. Das Witwengeld der Frau Anna Wagenschieffer wurde rückwirkend zum 01.04.1951 berechnet, als hätte ihr Ehemann am 01.01.1934 eine Planstelle nach der preußischen Besoldungsgruppe A 2 b erhalten. Gemeint war der Dienstposten eines Ersten Staatsanwalts. Man veranlasste eine Nachzahlung. Ein weitergehender Antrag wurde zurückgewiesen.⁴⁰

8. Eindrücke

Es fällt auf, wie häufig man Leopold Wilde seit seiner Referendarzeit als „gewandt“ bezeichnet hat. Das Lob, das ihm Wilhelm Storp zollt, klingt et-

40 Personalakten Wagenschieffer, Niedersächsisches Landesarchiv, Hann. 173 Acc. 56/97 Nr. 478/1, Bl. 160 R, 168, 176, 180, 183-184 R, 191 f., 208, 208 R, 210, 214, 228, 228 R d. A.; Hann. 173 Acc. 56/97 Nr. 478/2, nach Bl. 3 d. A., Bl. 8, 16, 19, 25 d. A.

Die Formulierung „im dienstlichen Interesse“ legt nahe, dass es sich um eine Versetzung nach § 5 des sogenannten Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7.4.1933 (RGBl. I S.175 ff.) gehandelt hat. Hierfür spricht auch die spätere Anwendung des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes vom 11.5.1951 (BGBl. I S. 291 ff.). Das „Berufsbeamtengesetz“ richtete sich in erster Linie gegen „rassisch“ und politisch unliebsame Bedienstete. Zumindest in Einzelfällen wurde es aber auch auf Amtsträger angewandt, die man als leistungsschwach betrachtete. Vgl. zur Besoldung der Ersten Staatsanwälte noch Anlage 1 zum Gesetz über die Dienstbezüge der unmittelbaren Staatsbeamten (Preußisches Besoldungsgesetz) vom 17.12.1927 (PrGS. 1927, 223 ff., 235, 242).

was vergiftet: Wilde hatte offenbar ein Talent, aus jeder Lage auch persönliche Vorteile zu ziehen. Im Fall Haarmann scheint er auf eine rasche, sehr konzentrierte Erledigung gedrängt zu haben.⁴¹ Mit der Reaktion des Publikums nach einer Zeit großer Unruhe waren seine Vorgesetzten ersichtlich zufrieden.

Die Annahme, Rudolf Wagenschieffer sei aus politischen Gründen benachteiligt worden, findet in den Akten wenig Rückhalt. Zwar hat er wohl ebenso wie Leopold Wilde eine gewisse Distanz zu den neuen Machthabern gewahrt. Gesundheitliche Probleme und ungleichmäßige Arbeitsleistung gab es aber bereits 1923.

Wer die heutige Justiz kennt, wird vermuten, man habe Wagenschieffer einen Wechsel in das Richteramt „nahegelegt“. Auf diese Weise erhielt er eine Stellung, in der er weniger angreifbar war. Andererseits konnte sich die Staatsanwaltschaft von einem nicht mehr als verlässlich empfundenen Dezernenten lösen.

Der Leser der Personalakten Wagenschieffers glaubt ungefähr ab 1930 eine gewisse Verbitterung zu spüren. Zwar hat sich der Beamte durchaus den Respekt seiner Kollegen erworben. Von der erfolgreichen Arbeit im Verfahren gegen Fritz Haarmann und Hans Grans konnte er letztlich aber nicht profitieren.

Die Phantasie der Menschen beschäftigt der „Werwolf von Hannover“ auch nach 100 Jahren. Anhand der sehr detailreichen Anklageschrift lässt sich der Inhalt der Ermittlungsakten halbwegs erschließen. Es bleibt zu hoffen, dass weiteres authentisches Material entdeckt wird.

41 Vgl. etwa *Blazek*, Haarmann (Fn. 14), S. 52; *Pozsár/Farin*, Protokolle (Fn. 14), S. 573.

Verbandsgeldbußenregress gegen Geschäftsleiter

– Zum Innenregress und zur Versicherbarkeit von Kartell-, DSGVO-, KI-VO- und NIS-2-Geldbußen

Jan Lüttringhaus

I. Einleitung

Die Zahl der mit Geldbußen bewehrten Tatbestände wächst kontinuierlich an. Dabei wird das deutsche Ordnungswidrigkeiten- und Sanktionenrecht zunehmend unionsrechtlich überformt: Von der DSGVO¹ über die NIS2-Richtlinie² bis hin zur KI-VO³ gibt das Unionsrecht immer neue empfindliche Geldbußen für Unternehmen vor. Die Geldbußen erreichen dabei Größenordnungen von bis zu 7% des weltweiten Jahresumsatzes beim „Hochrisiko-KI-Einsatz“ nach Art. 99 Abs. 3 KI-VO sowie von bis zu 10 % bei Verstößen gegen das EU-Kartellrecht.⁴ Ausweislich des im EU-Recht

-
- 1 Vgl. Art. 83 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. 2016 L 119/1.
 - 2 Vgl. Art. 34 Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148, ABl. 2022 L 333/80.
 - 3 Vgl. Art. 99 Abs. 3 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828, ABl. L. 2024/1689 v. 12.7.2024.
 - 4 Art. 23 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1; Art. 15 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019 L 11/3.

verankerten sanktionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes⁵ müssen solche Geldbußen stets „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.⁶

Prävention ist damit ein besonders vordringliches Anliegen der unionsrechtlichen Instrumente. Allerdings ist mit Geldbußen – im Gegensatz zu Geldstrafen – kein sozial-ethisches Unwerturteil, sondern eine nachdrückliche Pflichtenmahnung verbunden.⁷ Das gilt auch für gegen Unternehmen verhängte Verbandsgeldbußen, die eine Besserstellung von Verbänden gegenüber Einzelunternehmen verhindern, wirtschaftliche Vorteile des Rechtsverstoßes abschöpfen und die Unternehmen sowohl zur Normbefolgung als auch zur sorgfältigen Auswahl ihrer Geschäftsleiter anhalten sollen.⁸

Verbände können denknötwendig nicht selbst, sondern immer nur mithilfe ihrer Organe handeln. Dem trägt § 30 OWiG dadurch Rechnung, dass Verbände mit einer Geldbuße belegt werden können, wenn ihre Organe und Leitungspersonen eine Ordnungswidrigkeit begehen, die in einem Zurechnungszusammenhang zum Verband steht.⁹ Eine Ausweitung solcher Verbandsgeldbußen über §§ 30, 130 OWiG hinaus bewirkt dabei das Unionsrecht in seiner Auslegung durch den EuGH und die nationalen Gerichte.¹⁰ Bei unionsrechtlich fundierten Geldbußen bildet dann weniger

5 Zu Begriff und Bedeutungsgehalt *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht: Eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des Europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts, Tübingen 2017, S. 20 ff. und 38 ff.

6 Grundlegend für die st. Rspr. EuGH Urt. v. 21.9.1989 – C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 Rn. 24 – Kommission/Griechenland. Siehe auch eingehend unter V.

7 Vgl. nur *Meyberg*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 41. Ed., München 2024, § 30 OWiG Rn. 10; *Gädtker*, in: Bruck/Möller, Großkommentar zum VVG, Bd. 4, 10. Aufl., Berlin/Boston 2022, A-7 AVB-D&O Rn. 102.

8 Vgl. LG Dortmund VersR 2023, 1314 (1315 f.). Statt vieler *Koch*, Ersatzfähigkeit von Kartellbußen – Zugl. Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf v. 20.1.2015, VersR 2015, 655 (658).

9 Zudem statuiert § 130 OWiG die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit des Inhabers eines Betriebes oder Unternehmens, der vorsätzlich oder fahrlässig bestimmte Aufsichtsmaßnahmen unterlässt.

10 Vgl. im Anschluss an EuGH Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 – Deutsche Wohnen, zuletzt KG Berlin GRUR-RS 2024, 2154: „Nach der Rechtsprechung des EuGH ... erfordert eine Verbandshaftung weder das Verschulden eines Repräsentanten (§ 30 OWiG) noch eine Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG). Vielmehr sind Unternehmen im Deliktsbereich der DSGVO per se schuldfähig ... Die vom EuGH für den Bereich der DSGVO entwickelten sachlich-rechtlichen Grundzüge der Verbandsgeldbuße überformen, prägen und gestalten auch das diesbezügliche nationale Verfahrensrecht“.

der in § 30 OWiG liegende Pflichtenappell, sondern vielmehr der sanktionenrechtliche EU-Effektivitätsgrundsatz den Maßstab.

Wann immer das vorsätzliche oder fahrlässige Geschäftsleiterhandeln eine Geldbuße für das Unternehmen nach sich zieht, steht die Frage im Raum, ob das bebußte Unternehmen sein Organ hierfür nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG in Regress nehmen kann (II.). Allerdings besteht keine Einigkeit darüber, ob die Präventionsziele der Geldbuße womöglich durch den privatrechtlichen Innenregress nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG vereitelt werden: Neben widerstreitenden Auffassungen deutscher Instanzgerichte (III.), divergiert auch die Judikatur in Frankreich, in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich (IV.). Neben dem sanktionenrechtlichen Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts (V.) ist auch der zugunsten von Geschäftsleitern bestehende D&O-Versicherungsschutz zu berücksichtigen (VI.), um zu einem differenzierten Fazit zu gelangen (VII.).

II. Haftungs- und schadensrechtliche Grundlagen des Geldbußenregresses nach § 93 Abs. 2 AktG/§ 43 Abs. 2 GmbHG

Bei der AG sieht § 93 Abs. 2 AktG und bei der GmbH § 43 Abs. 2 GmbHG die Ingressnahme des Geschäftsleiters vor, wenn dieser gegen seine Pflichten aus Gesetz, Satzung oder (Anstellungs)Vertrag verstößt und nicht „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anwendet. Für die Haftung von Geschäftsleitern genügt auf Ebene des subjektiven Tatbestands regelmäßig (leichte) Fahrlässigkeit.¹¹ Ausgenommen sind allerdings nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Pflichtverstöße bei einer unternehmerischen Entscheidung, soweit der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Keine Anwendung findet diese *Business Judgement Rule* bei (Legalitäts)Pflichten, die keine Entscheidungsspielräume vorsehen: Hier kommt Geschäftsleitern selbst bei Rechtsbrüchen, die dem Unternehmen ökonomisch vorteilhaft sind („*efficient breach*“) § 93

11 Statt vieler *Fleischer*, in: ders./Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl., München 2023, § 43 GmbHG Rn. 309; *Spindler*, in: Goette/Haber-sack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 6. Aufl., München 2023, § 93 AktG Rn. 220 ff.

Abs. 1 S. 2 AktG nicht zugute.¹² Just solche zwingenden gesetzlichen Pflichten sind i.d.R. auch bei den – mit besonders empfindlichen Geldbußen bewährten – Verstößen gegen EU-Kartellrecht, gegen die DSGVO sowie gegen unionsrechtlich determinierte Pflichten z.B. solcher nach dem der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie dienenden NIS-2UmsuCG¹³ betroffen.¹⁴ Je höher die gegen den Verband verhängte Geldbuße ausfällt, desto größer ist der finanzielle Anreiz der Gesellschaft, ihren Geschäftsleiter in Regress zu nehmen. Dabei ist zu beachten, dass der Aufsichtsrat einer AG nach der *ARAG/Garmenbeck*-Rechtsprechung des BGH zur Prüfung und ggf. zur Verfolgung von „voraussichtlich durchsetzbaren“ und werthaltigen Regressansprüchen gegen den Geschäftsleiter verpflichtet ist.¹⁵

Klammert man entgegenstehende sanktionenrechtliche Wertungen zunächst aus,¹⁶ dürfte bei einer durch vorsätzliches oder fahrlässiges Geschäftsleiterhandeln ausgelösten Verbandsgeldbuße regelmäßig der Tatbestand von § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG erfüllt sein. Ist der Geschäftsleiter der Gesellschaft dem Grunde nach haftpflichtig, stellt sich sodann die Frage nach dem infolge einer Verbandsgeldbuße konkret entstandenen und nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähigen Schaden. Teile des Schrifttums wollen diesen Posten schon von vornherein „nicht als zivilrechtlich ersatzfähige Vermögensschäden iSv §§ 249 ff. BGB“ qualifizieren.¹⁷ Nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen lässt sich das in dieser Pauschalität jedoch schwerlich begründen: Eine Verbandsgeldbuße kann

12 Siehe *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070 f. sowie statt vieler *Spindler* (Fn. 11), § 93 AktG Rn. 52.

13 Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz v. 2.10.2024, BT-Drucks. 20/13184.

14 Vgl. nur *Fleischer* (Fn. 11), § 43 GmbHG Rn. 96; *Spindler* (Fn. 11), § 93 AktG Rn. 52 und 88.

15 BGH NJW 1997, 1926 (1927 f.). Kritisch angesichts des Meinungsstandes zum Geldbußenregress *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 2. Aufl., München 2020, § 93 AktG Rn. 96. Im Übrigen kann auch die Gesellschafterversammlung einer GmbH durch Treuepflichten gehalten sein, werthaltige Regressansprüche gegen den Geschäftsführer durchzusetzen.

16 Zur teilweise befürworteten teleologischen Reduktion der § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG im Lichte sanktionenrechtlicher Wertungen sogleich unten III. 1.

17 Z.B. *Bunte*, Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, NJW 2018, 123 (125).

nach der Differenzhypothese grundsätzlich einen Schaden im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB darstellen.¹⁸

Zu beachten ist jedoch, dass nicht sämtliche Bestandteile von Geldbußen als ersatzfähiger Schaden anzusehen sind: Denn ebenso wie Kartellgeldbußen können z.B. auch Geldbußen wegen Datenschutzverstößen nach Art. 83 Abs. 2 lit. k DSGVO *Abschöpfungsteile* umfassen, die dem sanktionierten Unternehmen jene finanziellen Vorteile nehmen sollen, die es unter Verstoß gegen (Markt)Verhaltensregeln erzielt hat. Unter dem Gesichtspunkt der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung müsste sich das Unternehmen beim Binnenregress gegen den Geschäftsleiter jedenfalls all jene Vermögensvorteile anrechnen lassen, die es durch dessen Pflichtverletzungen erzielt hat. Somit wären z.B. Mehreinnahmen durch kartellrechtswidrige Preisabsprachen als positiver Rechnungsposten in die Differenzhypothese einzustellen und mit der sodann erfolgten Abschöpfung zu saldieren.¹⁹ Auch wenn solche Vermögensvorteile durch den Abschöpfungsteil der Geldbuße vollständig neutralisiert werden, entsteht dem Unternehmen demnach kein Schaden i.R.d. § 249 Abs. 1 BGB.²⁰

Anders liegt der Fall aber hinsichtlich des *Ahndungsteils* der Geldbuße: Hierin liegt die eigentliche Sanktion zum Zweck der „eindringlichen Pflichtentmahnung“ und das Vermögen des Unternehmens wird in Höhe des Ahndungsteils gemindert.²¹ Die Verhängung einer Verbandsgeldbuße wird für just diese Vermögenseinbuße auch im Sinne der haftungsausfüllenden Kausalität sowohl äquivalent als auch adäquat kausal.²² Schließlich zielt auch der Schutzzweck der § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG i.V.m. der jeweils verletzten Legalitätspflicht zumindest auch darauf, das Gesellschaftsvermögen von allen durch derartige Pflichtverletzungen erwachsen-

18 So grundsätzlich auch z.B. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn.159. Statt vieler *Fleischer*, in: Stilz/Veil (Hrsg.), beck-online Großkommentar AktG, Stand: 1.2.2024, § 93 AktG Rn. 260.

19 Vgl. LG Dortmund VersR 2023, 1313 f. Statt vieler *Gädtker* (Fn. 7), A-7 AVB-D&O Rn. 118 sowie allgemein z.B. *Brand*, in: Gsell (Hrsg.), beck-online Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 249 BGB Rn. 290 ff.

20 Statt vieler *Armbrüster/Schilbach*, Nichtigkeit von VersVerträgen wegen Verbots- oder Sittenverstößen, r+s 2016, 109 (113).

21 Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 159 sowie statt vieler *Fleischer* (Fn. 18), § 93 AktG Rn. 264.

22 Z.B. *Stancke*, Kartellrechtliche Organhaftung: Regressfähigkeit von Bußgeldern?, BB 2020, 1667 (1668 f.); *Grunewald*, Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, 1121 (1122).

den Verbindlichkeiten freizuhalten.²³ Vermeintliche Einschränkungen des Schutzzwecks tragen jedenfalls aus privatrechtlicher – und präziser gefasst: schadensrechtlicher – Perspektive nicht.²⁴ Hier bedürfte es vielmehr einer teleologischen Reduktion im Lichte des Sanktionenrechts, wollte man einen Anspruch aus den vorgenannten Normen ablehnen. Ob jedoch sanktionenrechtliche Wertungen in das Privatrecht hineinwirken können, beurteilt die bisherige Rechtsprechungspraxis keineswegs einheitlich.

III. Rechtsprechungslinien in Deutschland

Während das OLG Düsseldorf – ebenso wie schon einige andere Gerichte zuvor – einen Regressanspruch im Wege der teleologischen Reduktion des § 93 Abs. 2 AktG bzw. des § 43 Abs. 2 GmbHG verneinen möchte (1.), tritt das LG Dortmund mit beachtlichen Argumenten für die Regressfähigkeit von Geldbußen ein (2.). In beiden Urteilen ging es um durch deutsche Behörden verhängte Kartellbußen, was unweigerlich die Frage aufwirft, ob die Erwägungen jeweils sowohl auf unionsrechtliche Kartellsanktionen als vor allem auch auf Geldbußen in anderen Materien, etwa im Datenschutz- oder Cybersicherheitsrecht, übertragen werden können.²⁵

1. OLG Düsseldorf, LArbG Düsseldorf, LG Saarbrücken

Das OLG Düsseldorf möchte den Binnenregress gegen Geschäftsleiter jedenfalls für Verbandsgeldbußen nach deutschem Kartellrecht durch eine teleologische Reduktion der § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG beschränken.²⁶ Als erstes Argument führt das OLG an, dass das deutsche Kartellrecht gezielt zwischen Bußen für natürliche Personen einerseits und Verbandsgeldbußen andererseits differenziere und jeweils unterschiedliche Bußgeldrahmen und -zumessungsregeln vorsehe: Daraus folge zugleich,

23 Das gesteht auch das OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 159 ein.

24 Ablehnend zu solchen Ansätzen *Stancke* (Fn. 22), BB 2020, 1668 f. Mit dem Schutzzweck – allerdings des Geldbußentatbestands und nicht von § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG – argumentierend z.B. *Grunewald* (Fn. 22), NZG 2016, 1122 ff.

25 Vgl. zur DSGVO nur *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, BDSG – Kommentar, 4. Aufl., München 2024, Art. 83 DSGVO Rn. 24; *Lesser*, Haftungsprobleme und Versicherungslösungen bei Cyber-Risiken, Karlsruhe 2021, S. 157 f.

26 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 152 ff. (Revision zum BGH anhängig unter Az. KZR 74/23).

dass die Verbandsgeldbuße dauerhaft das rechtlich verselbständigte Vermögen der juristischen Person treffen und nicht durch die Ingressnahme auf den Geschäftsleiter abgewälzt werden dürfe.²⁷ Als zweites Argument führt das OLG Düsseldorf an, dass die mit der Sanktion intendierten Ziele im Fall eines Binnenregresses gegen den Geschäftsleiter gerade deshalb unterlaufen würden, weil üblicherweise „eine D&O-Versicherung und damit letztlich die Versichertengemeinschaft den Schaden vollständig“ trage und der versicherte Geschäftsleiter seinen Deckungsanspruch gerade an die Gesellschaft abtreten könne.²⁸ Das OLG unterstellt dabei, dass „die D&O-Versicherung eine Deckungssumme ... in der Größenordnung ... der ... Unternehmensgeldbußen“ vorsieht und die verhängten Geldbußen den am Unternehmensumsatz orientierten Bußgeldrahmen „oft nur zu einem geringeren Teil ausschöpfen“, weshalb gerade angesichts des Versicherungsschutzes „die vom Gesetzgeber bezweckte Präventionswirkung einer Geldbuße ins Leere laufen“ würde.²⁹ Diese Annahmen und Schlussfolgerungen des OLG bedürfen indes jeweils kritischer Prüfung.³⁰

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf liegt auf derselben Linie, die bereits das LArbG Düsseldorf mit Blick auf das „Schienenkartell“ beschritten hat.³¹ *Obiter dictu* hat sich sodann auch das LG Saarbrücken zum „Badezimmerkartell“ in ähnlicher Weise geäußert: Es laufe den Sanktionszwecken einer gegen ein Unternehmen verhängten Geldbuße zuwider, wenn ein Organ in Regress genommen und die wirtschaftlichen Nachteile sodann von der D&O-Versicherung getragen würden; dies sei sogar potenziell mit dem Unionsrecht unvereinbar, weil das EU-Kartellrecht stets effektive Sanktionen fordere und ein Innenregress die wirksame Sanktionierung von Verstößen beeinträchtige.³²

27 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 160 ff. So aus dem Schrifttum frühzeitig z.B. Horn, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 (1136); Dreher, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern. Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 85 (103 ff.).

28 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167.

29 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167.

30 Eingehend dazu unter V., VI. und VII.

31 LArbG Düsseldorf NZKart 2015, 277 (278 f.), sodann aufgehoben durch BAG NJW 2018, 184.

32 Vgl. zu Art. 101, 105 AEUV LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

2. LG Dortmund und LG Frankfurt

Das LG Dortmund³³ ist dieser Rechtsprechungslinie und insbesondere den Ausführungen des OLG Düsseldorf mit beachtlichen Argumenten entgegengetreten: Im Ausgangspunkt stünden Privat- und Ordnungswidrigkeitenrecht jeweils eigenständig nebeneinander, ohne dass das Ordnungswidrigkeitenrecht privatrechtliche Regressansprüche beschränke.³⁴ Das zeige nicht zuletzt ein Seitenblick auf die Haftung von Steuerberatern gegenüber ihren Mandanten bei (steuerlichen) Beratungsfehlern: Der BGH lässt hier nämlich in st. Rspr. einen Regress gegen die Berater auch für Geldbußen zu, welche die Steuerbehörden gegen die Mandanten verhängt haben und begründet dies u.a. damit, dass der Beratungsvertrag gerade bezwecke, die Vermögensinteressen der Mandantschaft vor solchen Einbußen zu schützen.³⁵ Diese Argumentation lasse sich auf die Ingressnahme von Geschäftsleiter übertragen, weil diese kraft ihrer organschaftlichen Pflichten sowohl zur Verhinderung von Rechtsverstößen als auch zum Schutz der Vermögensinteressen ihres Unternehmens verpflichtet sind.³⁶

Das LG Dortmund sieht zudem keine Beeinträchtigung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsziele durch den privatrechtlichen Binnenregress: Das bebußte Unternehmen bleibe zunächst als primärer Sanktionsadressat zur Zahlung verpflichtet und könne sich in der Regel auch nicht auf der nachgelagerten privatrechtlichen Ebene durch die Ingressnahme des Geschäftsleiters vollständig schadlos halten.³⁷ Denn dies würde sowohl die finanzielle Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters als auch die Deckungssumme der D&O-Versicherung typischerweise übersteigen – wenn letztere angesichts üblicher vertraglicher Deckungsausschlüsse denn überhaupt zur Deckung verpflichtet sei.³⁸ Das bebußte Unternehmen trägt damit nicht nur das Insolvenzrisiko des Geschäftsleiters, sondern es ist auch dem ganz erheblichen Risiko ausgesetzt, dass die Regressansprüche

33 LG Dortmund VersR 2023, 1313 f. und LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff. Für die Regressfähigkeit zumindest *obiter* auch LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris, Rn. 30 ff.

34 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff. Siehe auch schon *Fleischer* (Fn. 12), BB 2008, 1073.

35 Vgl. BGH NJW 1997, 518 (519); BGH VersR 2011, 132 (133 f.). Vgl. zu einem Bankvertrag bereits BGHZ 23, 222 (224 ff.).

36 Vgl. LG Dortmund VersR 2023, 1313.

37 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff.

38 LG Dortmund VersR 2023, 1313.

trotz Bestehen einer D&O-Versicherung wertlos sind. Schon unter diesem Gesichtspunkt bleibe die Abschreckungs- bzw. Präventionsfunktion der Geldbuße bestehen.³⁹ Hinzu trete der – schon seinem Wesen nach nicht im Regresswege ersetzbare – Reputationsschaden, den das Unternehmen immer durch eine Geldbuße erleide.⁴⁰ Auf gleicher Linie bewegt sich auch das LG Frankfurt, wenn es in einem *obiter dictum* herausstellt, dass die Verbandsgeldbuße als Sanktion zuvörderst das Unternehmen trifft, während der Regress erst im Anschluss und mit ungewissem Ausgang unternommen wird.⁴¹

IV. Rechtsvergleichende Umschau

Angesichts der Kontroverse deutscher Instanzgerichte erscheint bis zur höchstrichterlichen Klärung ein rechtsvergleichender Seitenblick auf die Lösungen in anderen Staaten hilfreich.⁴² Nach österreichischem Recht scheidet im Anwendungsbereich des § 11 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) der Verbandsgeldbußenregress bereits kraft gesetzlicher Anordnung aus.⁴³ Eine solche legislative Entscheidung gegen den Innenregress stellt aber eine Ausnahme dar.⁴⁴ Blickt man auf die Rechtslage im Vereinigten Königreich (1.), in Frankreich (2.) und in den Niederlanden (3.) zeigt sich ein heterogenes Bild.

39 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 (1316).

40 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314.

41 So LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris, Rn. 30 ff. in einem Deckungsprozess.

42 Vgl. rechtsvergleichend mit Fokus auf UK und US-Bundesstaaten wie Delaware z.B. schon *Nietsch*, Corporate illegal conduct and directors' liability: an approach to personal accountability for violations of corporate legal compliance, 18 Journal of Corporate Law Studies (2018) 150 (154 f.).

43 Die Norm lautet: „Für Sanktionen und Rechtsfolgen, die den Verband auf Grund dieses Bundesgesetzes treffen, ist ein Rückgriff auf Entscheidungsträger oder Mitarbeiter ausgeschlossen.“

44 Für den umgekehrten Fall besteht dagegen aus rechtsvergleichender Perspektive weitgehend Einigkeit, dass Unternehmen ihre Angestellten und Geschäftsleiter nicht durch das im Voraus abgegebene Versprechen, Geldbußen zu zahlen, zu Rechtsbrüchen motivieren dürfen, vgl. für UK nur GEN 6.1.5 FCA Handbook (Finanzunternehmen), vgl. für Deutschland nur BAG NJW 2001, 1962 (1963) (Verstöße gegen Lenkzeiten durch Berufskraftfahrer), vgl. für Frankreich *Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris*, Rapport sur l'assurabilité des risques cyber v. 28.1.2022, S. 12 ff. m.w.N. (u.a. Führerscheinentzug).

1. Vereinigtes Königreich

Die Judikatur im Vereinigten Königreich weist keine eindeutige Stoßrichtung hinsichtlich der Regressierbarkeit von Verbandsgeldbußen gegenüber Geschäftsleitern auf: Während der Court of Appeal den Regress verneint, zeigt sich der Supreme Court deutlich offener.

a) Court of Appeal: Safeway Stores Ltd v Twigg

Der Court of Appeal hat in *Safeway Stores Ltd v Twigger* einen Regress des durch die Kartellbehörde bebußten Unternehmens gegen seinen Geschäftsleiter abgelehnt: Aus der Anwendung des *ex turpi causa*-Grundsatz folge, dass

„(i)t would be inconsistent for a claimant to be criminally and personally liable (or liable to pay penalties to a regulator such as the OFT) but for the same claimant to say to a civil court that he is not personally answerable for that conduct“⁴⁵

Demgegenüber hatte zuvor der High Court die Anwendbarkeit des *ex turpi causa*-Grundsatzes verneint und einen Regress gegen den Geschäftsleiter mit dem Argument zugelassen, das Unternehmen werde durch die Buße gerade nicht für (höchst)persönliches Fehlverhalten sanktioniert; mangels einer „personal liability“ sei entsprechend die Regressfähigkeit gegeben.⁴⁶

b) Supreme Court: Jetivia v Bilta Ltd (obiter)

Gegen die soeben skizzierte Position des Court of Appeal in *Safeway Stores Ltd v Twigger* haben sich sodann Lord Toulson und Lord Hodge in einem *obiter dictum* in *Jetivia SA & Anor v Bilta (UK) Ltd & Ors* gewendet: Aus Sicht der Richter am UK Supreme Court könnten allenfalls *public policy*-Gründe gegen den Binnenregress angeführt werden, wobei sie ausdrücklich

45 *Safeway Stores Ltd v Twigger* 21.12.2010 [2010] EWCA Civ 1472 Rn. 16 (Longmore LJ).

46 *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWHC 11 (Comm) (Flaux J).

keine Position dazu beziehen, ob solche Einwände bei Kartellgeldbußen durchgreifen.⁴⁷

2. Frankreich

Die französische Rechtsprechung hat sich bislang nur am Rande mit Geldbußen und deren Abwälzung auf Dritte zu befassen: Hervor stechen dabei neben einer Entscheidung der Cour d'appel Paris zwei Judikate der Cour de cassation.

a) Cour d'Appel Paris

In *M. José M. c/ SA Chubb Insurance Company* hatte die französische Finanzmarktaufsicht (AMF) einen Geschäftsleiter persönlich bebußt und dieser verlangte nun Deckungsschutz vom D&O-Versicherer seines Unternehmens.⁴⁸ Die Cour d'Appel Paris verneinte die Deckung der Geldbuße durch den D&O-Versicherer vorrangig im Wege der Auslegung des Versicherungsvertrags: Letzterer sah eine Klausel vor, wonach strafrechtliche Sanktionen vom Deckungsschutz ausgenommen bleiben.⁴⁹ Nur am Rande wird dabei die *ordre-public*-Ausnahme des Art. 6 Code civil erwähnt, die als Vorbild der Ausschlussklausel gedient habe; unter diese Norm subsumiert die Cour d'appel jedoch nicht. Die Cour d'appel setzt die von der AMF verhängten Geldbußen sodann mit Geldstrafen gleich: Aufgrund der „para-strafrechtlichen Natur“ („*nature para-pénale*“) der Bußen könne keine Deckung unter dem Versicherungsvertrag bestehen, der strafrechtliche Sanktionen explizit ausschließe.⁵⁰

b) Cour de cassation

Die französische Cour de cassation hat sich bislang in zwei Entscheidungen mit Geldbußen und deren Abwälzung auf Dritte zu befassen. Dabei begibt

47 *Jetivia SA & Anor v Bilta (UK) Ltd & Ors* [2015] UKSC 23 (Lord Toulson/Lord Hodge).

48 CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711.

49 CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711.

50 CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711.

sie sich in *Frydman c/ Sté Chartis Europe* nicht auf die gleiche Linie, wie die Cour d'appel in der vorstehend beschriebenen Entscheidung: Auch hier hatte die französische Finanzmarktaufsicht AMF einen Geschäftsleiter persönlich mit einem Bußgeld belegt und dieser verlangte nun Deckungsschutz vom D&O-Versicherer seines Unternehmens.⁵¹ Weder die Vorinstanzen noch die Cour de cassation setzten sich in diesem Zusammenhang mit etwaigen Einwänden gegen die Erstattungsfähigkeit von Geldbußen, etwa unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Vereitelung der Präventionswirkung, auseinander, sondern begnügten sich mit dem Argument, dass der Geschäftsleiter vorsätzlich gehandelt habe, was zur Leistungsfreiheit des Versicherers unter dem D&O-Versicherungsvertrag führt.⁵² In *Société Avenir finance investment manager c/ Société Ace european group Limited* hatte die AMF eine Verbandsgeldbuße erlassen und das bebußte Unternehmen nahm nun zwar nicht ihren Geschäftsleiter in Regress, sondern verlangte unmittelbar Deckungsschutz von seinem (Betriebshaftpflicht)Versicherer.⁵³ Wiederum geht die Cour de cassation nicht auf eine etwaige Vereitelung der Präventionswirkung der Geldbuße ein. Vielmehr lehnt die Cour de cassation die Ansprüche des Unternehmens unter Verweis auf Verstöße gegen die – mit § 2 VVG korrespondierenden – Grundsatz des französischen Versicherungsvertragsrechts ablehnen, wonach keine Deckung besteht, wenn der Eintritt des Versicherungsfalls bereits bei Vertragsschluss feststeht und somit kein aleatorisches Moment mehr besteht.⁵⁴ In beiden Entscheidungen fällt auf, dass die Cour de cassation offenbar die – systematisch grundsätzlich vorrangige – Nichtigkeit des Deckungsversprechens wegen möglicher Beeinträchtigung der Sanktionsziele der Geldbuße nicht einmal als Hilferwägung oder *obiter dictum* anführt. So ist im französischen Schrifttum z.T. der Eindruck entstanden, dass Geldbußen auf Dritte abgewälzt werden können.⁵⁵

3. Niederlande

In der niederländischen Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – bislang nur die Rechtbank Noord-Nederland in der Entscheidung *Gerald*

51 Cass. 2e civ. 14.6.2012, n° 11-17.367.

52 *Grynbaum*, Rev. sociétés 2012, 637 ff.; *ders.*, Rev. sociétés 2020, 103 ff. m.w.N.

53 Cass. 2e civ. 13.6.2019, n° 17-26.171.

54 Vgl. Cass. 2e civ. 13.6.2019, n° 17-26.171.

55 Kritisch *Grynbaum*, Rev. sociétés 2020, 103 ff. m.w.N.

Willem Breuker mit dem Binnenregress von Verbandsgeldbußen gegen Geschäftsleiter befasst.⁵⁶ Im Gefolge des „Nordsee-Shrimps-Kartells“ war ein an EU-kartellrechtswidrigen Preisabsprachen beteiligtes Unternehmen von der EU-Kommission mit einer Geldbuße belegt worden und nahm nun einen seiner ehemaligen Geschäftsleiter in Regress, der selbst an den Kartellabsprachen beteiligt war.⁵⁷ Die Rechtbank Noord-Nederland ließ den Binnenregress zu und äußerte insbesondere keine Bedenken hinsichtlich einer etwaigen Beeinträchtigung der Präventionswirkung der Geldbuße, sondern deutete – ganz im Gegenteil – an, dass das Unionsrecht die Haftung von Organen kartellbeteiligter Unternehmen womöglich sogar gebieten könne.⁵⁸

Diese Annahme der Rechtbank Noord-Nederland steht quer zum Begründungsansatz des LG Saarbrücken, das durch den Innenregress eine Beeinträchtigung der Effektivität des Unionsrechts fürchtete.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint eine nähere Auseinandersetzung mit dem unionsrechtlichen Rahmen angezeigt.

V. Unionsrechtlicher Effektivitätsgrundsatz und Anreizwirkung des Geldbußenregresses

Bei unionsrechtlich fundierten Geldbußen steht nicht der in § 30 OWiG liegende Pflichtenappell allein im Vordergrund: Vielmehr gebietet hier der in Art. 4 Abs. 3 EUV wurzelnde sog. sanktionenrechtliche Effektivitätsgrundsatz⁶⁰, dass solche Sanktionen stets nach Maßgabe der jeweiligen EU-Rechtsakte „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen.⁶¹ Mithilfe des Effektivitätsgrundsatzes kann das Unionsrecht nach st. Rspr. des EuGH auch auf andere, nicht durch unionale Rechtsakte angeglichenen Felder des nationalen Rechts überwirken, wenn und soweit die unharmonisierten Normen – etwa solche des nationalen (Zivil)Verfahrens- oder allge-

56 Rechtbank Noord-Nederland 23.9.2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:329.

57 Vgl. Rechtbank Noord-Nederland 23.9.2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:329.

58 Vgl. Rechtbank Noord-Nederland 23.9.2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:329. Eingehend *Franck/Seyer*, Management Liability for Companies' Antitrust Fines, Discussion Paper Series – CRC TR 224 (Discussion Paper No. 429 Project B 05), November 2023.

59 Vgl. erneut LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

60 Zu Begriff und Bedeutungsgehalt *Heinze*, Schadensersatz (Fn. 5), S. 20 ff. und 38 ff.

61 St. Rspr. seit EuGH Urt. v. 21.9.1989 – C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 Rn. 24 – Kommission/Griechenland.

meinen Ordnungswidrigkeitenrechts – die Wirksamkeit des Unionsrechts in harmonisierten Bereichen zu beeinträchtigen drohen.⁶² Auch mit Blick auf kartellrechtliche Geldbußen hat die EU-Kommission in *amicus-curiae*-Verfahren bereits den Effektivitätsgrundsatz in Stellung gebracht, um zu begründen, dass die steuerliche Abzugsfähigkeit von Geldbußen nach nationalem Steuerrecht die Effektivität der unionsrechtlich vorgesehenen Sanktionen beeinträchtigen könnte.⁶³ Der EuGH hat hierzu bislang nur in einem *obiter dictum* Stellung bezogen.⁶⁴ Die für die hiesige Problemstellung relevante Frage lautet, ob ein Binnenregress gegen die handelnden Geschäftsleiter aus der Sicht des Unionsrechts die Ziele der Geldbußen zu untergraben droht. Dagegen lässt sich zunächst anführen, dass dem EU-Recht eine „*no-contribution rule*“ nach US-Vorbild fremd ist: Das Unionsrecht gestattet ohne Weiteres den Regress einer Geldbuße unter Mitkartellanten entsprechend der jeweiligen Verantwortungsbeiträge⁶⁵ und die Richtlinie (EU) 2019/1 überlässt den Rückgriff dabei explizit den „Vorschriften des nationalen Rechts“.⁶⁶ Es erscheint damit unter Wertungsgesichtspunkten wenig stimmig, die nach nationalem Recht mögliche Inanspruchnahme des für den Verstoß verantwortlichen Geschäftsleiters im Wege eines Binnenregresses gemäß § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG grundlegend anders zu behandeln.⁶⁷ Ausgehend von der Sanktions- und Anreizwirkung des Regresses (1) könnte der unionale Effektivitätsgrundsatz indes sogar einen Binnenregress zur Vermeidung von Präventionslücken gebieten (2).

62 Vgl. zuletzt zum deutschen OWiG jüngst KG Berlin GRUR-RS 2024, 2154 Rn. 10 ff. und insbesondere Rn. 14 und 16 im Anschluss an EuGH Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 – Deutsche Wohnen.

63 Vgl. etwa EU-Kommission v. 8.3.2012 – sj.e(2012)227414 Rn. 25 und 29 – Tessenderlo Chemie v Belgische Staat.

64 Vgl. EuGH 11.6.2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 Rn. 39 – Inspecteur van de Belastingdienst.

65 Deutlich etwa EuG 3.3.2011 – Rs. T-122/07 u.a., ECLI:EU:T:2011:70 Rn. 158 f. – Siemens Österreich; EuG 29.2.2016 – Rs. T-265/12, ECLI:EU:T:2016:111 Rn. 209, 224 – Schenker.

66 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 48 Richtlinie (EU) 2019/1 sowie Erwägungsgrund Nr. 30 Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

67 So auch *Nietsch*, Der Geschäftsleiterregress im Zusammenhang mit Kartellvergehen, NJW 2024, 471 (475).

1. Sanktions- und Anreizwirkung des Binnenregresses

Juristische Personen können denknötwendig nur durch ihre Organe handeln und es obliegt ihren Geschäftsleitern, die Einhaltung von (Legalitäts)Pflichten zu organisieren und zu überwachen. Indem nun die Geschäftsleiter im Zuge des Binnenregresses für Verbandsgeldbußen nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG selbst in die Haftung genommen werden, setzt das ebenso scharfe wie ständig präsente Damoklesschwert des Regresses exakt bei dem Personenkreis an, der die Einhaltung der Legalitätspflichten im Verband sicherzustellen hat. Die Anreiz- und Präventionswirkung des Binnenregresses von Verbandsgeldbußen ist damit besonders zielgenau und wirkmächtig: Denn die potenziell existenzgefährdende Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG wird Geschäftsleiter dazu anhalten, besonders genau auf die Einhaltung, Organisation und Überwachung der jeweiligen mit Geldbußen bewährten Legalitätspflichten zu achten. Gerade unter Anreizgesichtspunkten dürfte der Binnenregress also die sanktionenrechtlich intendierte Präventionswirkung erheblich stärken. Das gilt umso mehr, als der *ex post*-Regress aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – in Ermangelung von *ex ante*-wirkenden Instrumenten – zugleich die einzig praktikable Sanktionsmaßnahme ist.⁶⁸

Hinzu kommt, dass durch den Innenregress von Verbandsgeldbußen zugleich Fehlanreize vermieden werden: Denn wenn man – wie jüngst z.B. das OLG Düsseldorf –⁶⁹ die Regressfähigkeit verneint und die Geschäftsleiter privatrechtlich von allen finanziellen Folgen ihrer Pflichtverletzungen befreit, erhöht man potenziell ihre Risikobereitschaft, wirtschaftlich nützliche Legalitätspflichtverletzungen zu begehen. Schließlich können die Geschäftsleiter aus den – etwa durch Kartellabsprachen oder DSGVO-widrigen Datenverarbeitungen – rechtswidrig für das Unternehmen generierten Mehrgewinnen oftmals selbst finanzielle Vorteile ziehen, z.B. im Wege einer an Umsatzziele gekoppelte Vergütung.⁷⁰ Es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass solchem unerwünschtem Verhalten und einer regelrechten „Kultur des efficient breach“ Vorschub geleistet werden könnte, wenn der

68 Fleischer, Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, DB 2014, 345 (347). Das LG Dortmund VersR 2023, 1313 hält die Anerkennung des Binnenregress deshalb für „zwingend“.

69 Vgl. erneut OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279.

70 Vgl. auch Walter/Scholz, Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses, GmbHR 2015, 449 (453).

Innenregress nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG für Verbands-geldbußen von vornherein ausgeschlossen wäre.⁷¹

Unter diesen Gesichtspunkten dürfte die mit dem Binnenregresses von Verbandsgeldbußen verbundene Sanktions- und Anreizwirkung mit dem unionalen sanktionenrechtlichen Effektivitätsgrundsatz durchaus vereinbar, gegebenenfalls sogar durch diesen geboten sein. Hinzu kommt, dass in bestimmten Konstellationen womöglich erst der Binnenregress eine lückenlose und effektive Sanktion erlaubt.

2. Lückenschließung im Verhältnis von Individual- und Verbandsgeldbußen

Gegen die Regressfähigkeit von Verbandsgeldbußen wird häufig das Argument des ausdifferenzierten Geldbußenregimes für natürliche Personen einerseits und Verbände andererseits angeführt.⁷² Allerdings zeigt eine aktuelle rechtstatsächliche Betrachtung durch *J-U Franck/Seyer* zumindest für das deutsche Kartellrecht auf, dass hier individuelle Sanktionen gegenüber Geschäftsleitern eine Ausnahme bleiben: In den letzten 30 Entscheidungen des BKartA sind pro Entscheidung durchschnittlich gerade einmal 0,6 natürliche Personen mit Geldbußen belegt worden.⁷³ Im unionalen Kartellrecht ist der EU-Kommission die Inanspruchnahme von natürlichen Personen und damit selbst von solchen Geschäftsleitern verwehrt, die ganz gezielt Kartellabsprachen treffen.⁷⁴ Ein ähnliches Bild zeigt sich auch in anderen Materien und so z.B. im unionalen Datenschutzrecht: Nach der Konzeption von Art. 83 und Art. 58 Abs. 2 DSGVO sind nur das Daten verarbeitende Unternehmen als „Verantwortlicher“ sowie ggf. dessen „Auftragsverarbeiter“ als Adressaten von Geldbußen.⁷⁵ Die individuelle Bebußung von Geschäftsleitern ist hingegen keineswegs unionsrechtlich vorgezeichnet.⁷⁶ Ob und inwieweit mitgliedstaatliche (Datenschutz)Behör-

71 LG Dortmund VersR 2023, 1313.

72 Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 160 ff. m.w.N.

73 Vgl. *Franck/Seyer* (Fn. 58).

74 Vgl. nur Art. 101, 102 AEUV sowie statt aller *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Körber/Schweitzer/Zimmer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., München 2019, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 74.

75 Statt aller m.w.N. *Bergt* (Fn. 25), Art. 83 DSGVO Rn. 21 ff.

76 Statt aller wiederum *Bergt* (Fn. 25), Art. 83 DSGVO Rn. 21. Im Lichte des (sanktionenrechtlichen) Effektivitätsgrundsatzes fordert EuGH Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 – Deutsche Wohnen, sowie daran anknüpfend das KG Berlin

den auf Grundlage weitergehender Regelungen des nationalen Rechts i.S.d. Art. 84 DSGVO auch handelnde Leitungspersonen mit Geldbußen belegen (können),⁷⁷ wäre im Wege einer rechtsvergleichenden und rechtstatsächlichen Untersuchung zu klären, die den Rahmen dieses Beitrags sprengt. Ein kurzer Seitenblick auf die jüngere mitgliedstaatliche Geldbußenpraxis in besonders prominenten Fällen spricht indes dafür, dass Adressaten dieser Bußgelder *prima facie* allein die Unternehmen als „Verantwortliche“ i.S.d. DSGVO waren: Soweit ersichtlich, ist z.B. bei den zur Sanktion von DSGVO-Verstößen verhängten Geldbußen gegen Meta, Google, TikTok, Amazon, Vonovia, Facebook und H&M jeweils keine Rede von weiteren individuellen Geldbußen gegen Geschäftsleiter.⁷⁸

Ähnlich wie die DSGVO sieht auch das unionale Cyber-Sicherheitsrecht in Art. 34 NIS2-Richtlinie grundsätzlich nur einen (hier: auf „Einrichtungen“)⁷⁹ begrenzten Adressatenkreis für Geldbußen vor. Ob eine „*under-deterrence*“ von Geschäftsleitern droht, mag deshalb auch hier davon abhängen, ob gegen sie ein Innenregress eröffnet ist, wie dies punktuell sowohl die Richtlinie selbst als auch ein früher NIS2UmsCSG-Referentenentwurf nahelegen.⁸⁰

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass nicht nur im unionalen Kartellrecht, sondern z.B. auch bei der Sanktion von DSGVO-Verstößen gerade deshalb eine „*prevention gap*“ bestehen könnte, weil die Geschäftsleiter als handelnde Akteure kaum individuelle Sanktionen zu fürchten haben.⁸¹ Abhilfe könnte hier der Innenregress gegen Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 42 Abs. 2 GmbHG bieten, wenn eine Verbandsgeldbuße gegen das Unternehmen verhängt wird. Das gilt selbst in den – durch die jüngere EuGH-Judikatur vorgezeichneten – Fällen, in denen auch jenseits einer

GRUR-RS 2024, 2154, ohnehin die Verhängung von Verbandsgeldbußen nach Art. 83 DSGVO auch jenseits von nach den nationalen Regelungen in §§ 30, 130 OWiG relevanten Verstößen individueller (Leitungs)Personen.

77 Dagegen etwa Schwartmann/Jacquemain, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Heidelberg 2020, Art. 84 DSGVO Rn. 10.

78 Vgl. nur die Übersicht der jeweiligen Sanktionsadressaten bei <https://www.enforcementtracker.com/?insights>.

79 Vgl. Art. 6 Nr. 38 NIS-2-Richtlinie.

80 So fordert zum einen neben Art. 20 Abs. 1 nun Art. 32 Abs. 6 NIS-2-Richtlinie zumindest bei sog. „wesentlichen Einrichtungen“ besonders deutlich, dass auch deren Geschäftsleiter als natürliche Personen „haftbar gemacht werden können“. Zum anderen sah der BMI-Referentenentwurf v. 3.7.2023, S. 118 ausdrücklich den Innenregress für Geldbußen vor. Dieser Punkt findet sich aber nicht mehr im Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 22.7.2024.

81 So für das unionale Kartellrecht schon *Franck/Seyer* (Fn. 58).

Zurechnung von (Geschäftsleiter)Handeln nach §§ 30, 130 OWiG eine Verbandsgeldbuße verhängt wird: Denn auch wenn der Geschäftsleiter nicht (selbst) nach den strengeren ordnungswidrigkeitenrechtlichen Maßstäben verantwortlich ist, so kann er dennoch nach den abweichenden zivilrechtlich Maßstäben gemäß § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft für eine gegen sie verhängte Geldbuße haftpflichtig sein. Auch in diesen Konstellationen entfaltet sich die Präventionswirkung gegenüber den Geschäftsleitern einzig und allein über den Binnenregress.

Zumindest in den dargestellten Konstellationen verfängt das Argument unterschiedlicher Regimes für Verbands- und Individualgeldbußen schon deshalb nicht, weil die individuelle ordnungswidrigkeitenrechtliche Inanspruchnahme von Geschäftsleitern entweder häufig ausbleibt oder gar nicht vorgesehen ist. Der Binnenregress schließt damit die bestehende „*prevention gap*“ und entfaltet erst für sich genommen effektive Präventionswirkung. Vieles spricht dafür, dass der Binnenregress gegen Geschäftsleiter nicht nur mit dem sanktionenrechtlichen Effektivitätsgrundsatz vereinbar, sondern sogar ein Gebot praktisch wirksamer Sanktionen ist. Dieser Ansatz scheint nun auch im Kontext der NIS2-Richtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht auf.⁸²

Bejaht man vor diesem Hintergrund die grundsätzliche Regressfähigkeit von Verbandsgeldbußen, so bleibt zu fragen, ob das Bestehen von D&O-Versicherungsschutz eine sodann die Präventionswirkung der Geldbuße vereitelt.

VI. D&O-Versicherung im Verbandsgeldbußenregress

Während gesetzliche Verbote des Regresses von Verbandsgeldbußen selten sind (1.), wird die Vereitelung der Präventionswirkung von Verbandsgeldbußen häufig mit der – vermeintlichen – Leistungspflicht des D&O-Versicherers begründet: Der versicherte Geschäftsleiter könne seinen Freistellungsanspruch gegen den Versicherer an das bebußte Unternehmen abtreten, sodass durch die Übernahme der wirtschaftlichen Folgen der Sanktion durch den D&O-Versicherer die vom Gesetzgeber bezweckte Präventionswirkung einer Geldbuße ins Leere laufe.⁸³ Dieser Einwand übergeht jedoch

⁸² Vgl. erneut neben Art. 20 Abs. 1 insbesondere Art. 32 Abs. 6 NIS-2-Richtlinie einerseits und den BMI-Referentenentwurf v. 3.7.2023, S. 118 andererseits.

⁸³ OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167; LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 123.

sowohl die in D&O-Versicherungsverträgen üblichen Risikoausschlüsse (2.) als auch die begrenzten Versicherungssummen und etwaigen Sublimits für (Geldbußen)Deckungskonzepte (3.).

1. D&O-Deckung für den Verbandsgeldbußenregress

Explizite gesetzliche Versicherungsverbote für Geldbußen sind eine Seltenheit. Im italienischen Recht stellt Art. 12(1) *Codice delle Assicurazione Private* beispielsweise unter Nichtigkeitsdrohung heraus, dass die vertragliche Übertragung des Risikos, eine Geldbuße zahlen zu müssen, verboten ist.⁸⁴ Vergleichbare Regelungen finden sich – sachlich allerdings eng begrenzt auf Geldbußen der Finanzaufsichtsbehörde (FCA) – auch im Vereinigten Königreich.⁸⁵ Hingegen hat es die französische Cour de cassation bislang vermieden, sich klar zu Versicherbarkeit von Geldbußen zu positionieren.⁸⁶ Die o.g. Regelungen und Judikate beziehen sich jedoch zumeist auf die *Eigenschadendeckung* des unmittelbaren Adressaten der Geldbuße: In diesen Konstellationen geht es also um die Erstattung der Geldbuße durch den Versicherer an den bebußten Versicherten.⁸⁷

Demgegenüber ist die Lage bei der D&O-Deckung des Innenregresses gegen Geschäftsleiter eine andere: Hier wird Versicherungsschutz nur für die zivilrechtliche Haftung des versicherten Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG gewährt. Bejaht man die zivilrechtliche Regressfähigkeit auf der Haftungsebene, so wird man deshalb auf der Deckungsebene mit dem LG Frankfurt ebenfalls eine ohne weiteres versicherbare Vermögensschadenhaftpflicht annehmen können.⁸⁸ Dieser Befund bedeutet indes noch lange nicht, dass in der Praxis umfassende D&O-Deckung für Geldbußen besteht.

84 Die Norm lautet auszugsweise: „Sono vietate le ... assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative ... In caso di violazione del divieto il contratto è nullo“.

85 Vgl. GEN 6.1.5 FCA Handbook.

86 Vgl. Cass. 2e civ. 14.6.2012, n° 11-17.367; Cass. 2e civ. 13.6.2019, n° 17-26.171. Anders zuvor zu Geldbußen der Finanzaufsichtsbehörde AMF aber CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711. Dazu statt vieler *Grynbaum*, *Rev. sociétés* 2020, 103.

87 Deutlich weiter geht aber das personen- und folgenbezogene Verbot in UK nach GEN 6.1.5 FCA Handbook („any person“ und „effect of indemnifying“).

88 LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris, Rn. 49 ff. wendet sich u.a. unter Verweis auf *Armbrüster/Schilbach* (Fn. 20), r+s 2016, 113 überzeugend gegen den Einwand des D&O-Versicherers, dass das Deckungsversprechen gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoße und nichtig sei.

2. Ausschluss von Vorsatz und wissentlicher Pflichtverletzung in der D&O-Versicherung

Wie in allen Haftpflichtversicherungen so ist auch in der D&O-Versicherung gem. § 103 VVG Vorsatz nicht versichert.⁸⁹ Marktübliche D&O-Versicherungsverträge enthalten zusätzlich einen Risikoausschluss für „wissentliche Pflichtverletzungen“.⁹⁰ Wissentlichkeit setzt *dolus directus* zweiten Grades voraus und erfordert im Zeitpunkt der Pflichtverletzung sowohl Pflichtbewusstsein – d.h. die positive Kenntnis der Pflicht – als auch Pflichtverletzungsbewusstsein – d.h. das sichere Wissen, pflichtwidrig zu handeln.⁹¹ Im Unterschied zu § 103 VVG ist bei der „wissentlichen Pflichtverletzung“ kein Vorsatz bezüglich des Schadenserfolgs – hier also der Vermögensminderung infolge der Verhängung einer Verbandsgeldbuße – erforderlich.⁹² Gerade wenn ein Geschäftsleiter gegen besonders grundlegende und mit (Kartell)Geldbußen bewehrte Pflichten verstößt, dürfte der Ausschlussstatbestand der „wissentliche Pflichtverletzung“ nahe liegen.⁹³ Eine Leistungspflicht des D&O-Versicherers dürfte dann regelmäßig auch nicht über den „Umweg“ einer Inanspruchnahme ressortfremder Geschäftsleiter zu erreichen sein:⁹⁴ Rechtsverstöße und insbesondere Kartellabsprachen geschehen meist im Verborgenen, so dass schon die haftpflichtbegründende Überwachungspflichtverletzung ressortfremder Geschäftsleiter nicht ohne weiteres belegbar sein wird.⁹⁵ Wo hingegen der Rechtsbruch des handelnden Geschäftsleiters auch für die übrige Geschäftsführung offenkundig ist, liegt gegenüber den sodann untätig bleibenden ressortfremden Geschäftsleitern der Vorwurf einer wissentlichen

89 Vgl. auch Ziff. A-7.1 D&O-Musterbedingungen des GDV (Mai 2020).

90 Vgl. Ziff. A-7.1 D&O-Musterbedingungen des GDV (Mai 2020): „Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche [...] A-7.1 [...] durch [...] wissentliche Pflichtverletzung“.

91 Vgl. nur BGH VersR 2006, 106 Rn. 26 f.; BGH VersR 1987, 174 (175).

92 Vgl. nur BGH NJW-RR 2001, 1311 (1312).

93 Vgl. – mit kritischer Würdigung der sog. Kardinalpflichten – Korch/Lüttringhaus, Kardinalpflichten und D&O-Versicherung: Ein kardinales Missverständnis?, VersR 2024, 537 ff.

94 So aber wohl Wagner von Papp, The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies (Working Paper v. 15.9.2023), im Erscheinen in: Thépot/Tzanaki (eds.), Research Handbook on Competition and Corporate Law (Edward Elgar), abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4578598> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4578598> (zuletzt abgerufen am 22.12.2024).

95 Anders bei Fehlen jeglichen Compliance-Systems LG Saarbrücken NZKart 2021, 64.

(Überwachungs)Pflichtverletzung nahe, die ebenfalls zum Deckungsausschluss führt.

3. Begrenzte Leistungspflicht des D&O-Versicherers: Versicherungssumme, Sublimits und Selbstbehalt

Hinzu kommt, dass die Deckungssumme der D&O-Versicherung zum einen insgesamt und zum anderen in Bezug auf einzelne Geschäftsleiter beschränkt wird.⁹⁶ Deckungssummen für Geschäftsleiter i.H.v. (mehreren) hundert Millionen bilden eine Ausnahme und selbst wo internationale Konzerne solche Größenordnungen erreichen, werden die für einzelne Geschäftsleiter verfügbaren maximalen Individualdeckungen i.d.R. auf einen kleinen Bruchteil der Gesamtsumme begrenzt.⁹⁷ Vor allem aber werden in der Praxis gerade für die Deckung von Geldbußen und sog. *punitive damages* weitere Sublimits vorgesehen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ganz erheblich einschränken: So enthalten marktübliche Klauseln für die Bußgelddeckung explizit ein Sublimit, das regelmäßig auf maximal 250.000 bis 2.000.000 Euro pro Ereignis und Versicherungsperiode festgelegt wird. Zudem schreibt § 93 Abs. 2 S. 3 AktG einen Selbstbehalt i.H.v. mindestens 10 % des Schadens vor, den der Geschäftsleiter als versicherte Person zu tragen bzw. eigenständig zu versichern hat.⁹⁸

Gerade durch ihr Zusammenspiel begrenzen die vorgenannten Instrumente die Leistungspflicht des D&O-Versicherers in jedem Fall erheblich. Vor allem der Ausschluss wissentlicher Pflichtverletzungen und die in marktgängigen Bedingungswerken anzutreffenden geringen Sublimits – z.B. i.H.v. maximal 250.000 Euro pro Versicherungsperiode – dürften dazu führen, dass der D&O-Versicherer entweder vollständig leistungsfrei oder aber nur zu Deckung eines recht überschaubaren Umfangs des Regressanspruchs nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG verpflichtet ist. Eine Verbandsgeldbuße dürfte ihre Abschreckungs- und Präventionsfunktio-

96 Vgl. nur *Armbrüster*, in: Bruck/Möller, VVG (Fn. 7), Einf. AVB D&O Rn. 136.

97 So mögen zwar im Fall eines großen deutschen Autoherstellers die Geschäftsleiter insgesamt rund 500 Millionen EUR Deckungssumme zur Verfügung haben; ihre individuelle Deckung liegt indes erheblich darunter, vgl. nur LG Hannover 12.10.2022 – 23 O 63/21, juris, Rn. 98 und 112.

98 Die Obergrenze bildet hier das Eineinhalbfache der festen jährlichen Vergütung des Geschäftsleiters, vgl. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.

on damit auch dann entfalten, wenn zugunsten des für diese Geldbuße in Regress genommenen Geschäftsleiters eine D&O-Versicherung besteht.⁹⁹

VII. Fazit

In der ebenso langwierigen wie umfangreichen Debatte um den Innenregress von Verbandsgeldbußen liegt des Pudels Kern in der Beziehung von Sanktionenrecht und privatrechtlicher Geschäftsleiterhaftung: Stehen diese Rechtsgebiete unverbunden nebeneinander oder kann die Präventionsfunktion von Verbandsgeldbußen auf den privatrechtlichen Regressanspruch sowie auf dessen Versicherbarkeit einwirken? Insoweit fügt sich diese Frage in die – z.B. auch bei *punitive damages* – seit Langem geführte Diskussion ein, ob der Verhaltenssteuerung dienende Sanktionen regressier- und versicherbar sein sollten.¹⁰⁰ Die rechtsvergleichende Betrachtung der Lösungen in anderen Staaten ergibt ein heterogenes Bild und liefert zugleich wichtige Impulse.

Grundsätzlich sind sowohl der privatrechtliche Innenregress als auch die Frage der Versicherungsdeckung von der sanktionenrechtlichen Dimension unabhängig: Auf Ebene des Ordnungswidrigkeitenrechts bleibt das Unternehmen unverändert Sanktionsadressat und erst auf der nachgelagerten privatrechtlichen Ebene entscheidet sich, ob – und bejahendenfalls: in welchem Umfang – das bebußte Unternehmen seinen Geschäftsleiter haftbar machen kann.¹⁰¹ Die D&O-Deckungsfrage stellt sich sodann regelmäßig erst im Zuge dieser Ingressnahme.¹⁰²

Selbst wenn man ordnungswidrigkeitenrechtliche Wertungen grundsätzlich auf die Haftungs- und Deckungsebene überwirken lassen möchte, ist keine Vereitelung der Präventionswirkung von Geldbußen zu besorgen. Denn das zur Zahlung der Verbandsgeldbuße verpflichtete Unternehmen trägt nicht nur das – erhebliche – Insolvenzrisiko des Geschäftsleiters, sondern es dürfte sich auch kaum durch den D&O-Versicherungsschutz des Geschäftsleiters gänzlich schadlos halten können: Handelt der versi-

99 Im Ergebnis ebenso LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff.

100 Eingehend Lüttringhaus, Punitive Damages and Insurance, in: Lutzi (ed.), Punitive Damages, Tübingen 2025 (im Erscheinen).

101 In diesem Sinne z.B. auch Grigoleit/Tomasic (Fn. 15), § 93 AktG Rn. 96.

102 Vgl. aber auch LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris.

cherte Geschäftsleiter vorsätzlich oder begeht er eine wissentliche Pflichtverletzung, ist der D&O-Versicherer schon gar nicht leistungspflichtig.¹⁰³ Doch auch wenn kein Ausschluss eingreift, wird die Eintrittspflicht des Versicherers durch den Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG sowie durch die verfügbare Versicherungssumme beschränkt. Ein zentraler Punkt wird in der bisherigen Debatte dabei ausgeblendet: Marktübliche D&O-Versicherungsbedingungen sehen vergleichsweise niedrige Sublimits für Geldbußendeckungen vor. Als ein Beispiel lässt sich ein Sublimit von 20% der Versicherungssumme anführen, dass sodann noch betragsmäßig auf maximal 250.000 Euro für die gesamte Versicherungsperiode begrenzt wird. Die in der Rechtsprechung gegen die Regressfähigkeit angeführte Behauptung, dass eine marktübliche „D&O-Versicherung eine Deckungssumme ... in der Größenordnung ... der ... Unternehmensgeldbußen“ vorsieht,¹⁰⁴ dürfte also in dieser Pauschalität kaum haltbar sein. Gerade aufgrund der vorgenannten Deckungsausschlüsse, der begrenzten Versicherungssumme und vor allem des niedrigen Sublimits bleibt die mit der Geldbuße intendierte Präventionsfunktion nach der hier vertretenen Auffassung bestehen.¹⁰⁵

Wenig begründet erscheinen auch Befürchtungen, dass durch die Ingressnahme von Geschäftsleitern zum einen die Differenzierung zwischen Bußen für natürliche Personen und Verbandsgeldbußen aufgelöst und zum anderen Geschäftsleiter über Gebühr sanktioniert werden.¹⁰⁶ Denn diese Annahme steht schon im nationalen Kartellrecht rechtstatsächlich auf tönernen Füßen.¹⁰⁷ Vor allem verfängt diese Argumentation – mangels unionsrechtlich vorgesehener Individualgeldbußen für Geschäftsleiter – weder im EU-Kartellrecht noch z.B. im Anwendungsbereich der DSGVO.¹⁰⁸ Abgesehen davon kann diesem Einwand durch eine aus der gesellschaftlichen Treue- und Fürsorgepflicht zu entwickelnde Begrenzung des Innenregresses (z.B. auf den für natürliche Personen vorgesehenen Geldbußenrahmen)¹⁰⁹ begegnet werden.¹¹⁰

103 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff.

104 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167.

105 Ebenso schon LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314.

106 Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 160 ff.

107 Vgl. oben V.2. sowie eingehend *Franck/Seyer* (Fn. 58).

108 Vgl. oben V.

109 Vgl. ArbG Essen NZKart 2014, 193 (195).

110 Vgl. statt vieler *Fleischer* (Fn. 68), DB 2014, 349 sowie m.w.N. zu weiteren Lösungsansätzen *Spindler* (Fn. 11), § 93 AktG Rn. 211.

Schließlich könnte der sanktionenrechtliche Effektivitätsgrundsatz in unionsrechtlich überformten Regelungsbereichen auf der einen Seite gerade die Ingressnahme von Geschäftsleitern gebieten, damit Präventionslücken vermieden und „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen erst gewährleistet werden.¹¹¹ Dies klingt nun womöglich in der NIS2-Richtlinie an.¹¹² Auf der anderen Seite könnten jedoch die bisherigen Stellungnahmen der EU-Kommission und das *obiter dictum* des EuGH zumindest im Fall der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Geldbußen in die entgegengesetzte Richtung weisen.¹¹³ In der bisherigen Kontroverse deutscher Instanzgerichte spielt die hier skizzierte unionsrechtliche Dimension der Problematik eher eine Nebenrolle. Auch deshalb erscheint eine baldige Klärung durch den BGH – und womöglich auch durch den EuGH – wünschenswert.¹¹⁴

111 Vgl. oben V.2.

112 Vgl. neben Art. 20 Abs. 1 vor allem Art. 32 Abs. 6 NIS-2-Richtlinie und BMI-Referentenentwurf v. 3.7.2023, S. 118.

113 Vgl. EU-Kommission v. 8.3.2012 – sj.e(2012)227414 Rn. 25 und 29 – Tessengerlo Chemie v Belgische Staat; EuGH 11.6.2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 Rn. 39 – Inspecteur van de Belastingdienst. Vgl. auch LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

114 Das OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 180 hat die Revision zugelassen (anhängig beim Kartellsenat des BGH unter Az. KZR 74/23, Verhandlungstermin am 11.2.2025).

Infrastrukturverwaltung – Zur Entwicklung eines Begriffs und zu seinem Ausgangspunkt im Werk Heiko Fabers

Veith Mehde

I. Einleitung

Die Verwaltung und damit verbunden das Verwaltungsrecht werden traditionell in zwei Kategorien eingeteilt: Unterschieden wird zwischen der Eingriffs- (bzw. Ordnungs-) und der Leistungsverwaltung, und parallel dazu zwischen belastenden und begünstigenden Maßnahmen.¹ Die Eingriffsverwaltung ist dabei geprägt von der Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes, und sie ist an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Der Leistungsverwaltung kann man heutzutage mit guten Gründen die größere Bedeutung zuordnen – eine Einschätzung, die allerdings unter einer unklaren Maßstabbildung leidet. Als Argument für die These lassen sich insbesondere die praktischen Wirkungen des Sozial- oder des Subventionsrechts anführen. Zu den klassischen Fragestellungen gehört, ob und ggf. inwieweit die Leistungsverwaltung vom Vorbehalt des Gesetzes umfasst ist. Es lassen sich vielfältige Beispiele finden, die belegen, dass diese beiden Begriffe die zum Verwaltungsrecht zugehörigen Rechtsnormen nicht vollständig umschreiben. Sie betreffen Konstellationen, in denen nicht eine außerhalb der Verwaltung stehende Person Adressat belastender oder begünstigender Maßnahmen wird, es vielmehr um ganz andere Fragen geht. Hier kommt nun das Werk *Heiko Fabers* ins Spiel, das die geschilderte Dichotomie begrifflich wie konzeptionell aufgebrochen hat. Der Beitrag will einerseits die entsprechenden Überlegungen nachzeichnen und dabei insbesondere *Fabers* Rolle würdigen, andererseits aber auch nicht verschweigen, dass die weitere Entwicklung die *Faber'sche* Begriffsbildung in gewisser Weise überholt hat.

1 Vgl. dazu etwa *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 10. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 28 ff.

II. Zur Einordnung: Einige persönliche Bemerkungen

Der Verfasser dieses Beitrags hat seinen Lehrstuhl an der Fakultät in Hannover im Jahr 2006 übernommen. Damit war er erst der zweite Inhaber seit der Gründung der Fakultät. Sein Vorgänger, *Faber*, war zunächst Professor in Frankfurt am Main gewesen und hatte im Jahr 1978 an dem seinerzeit noch neuen Fachbereich in Hannover einen „Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht“ übernommen.² Diese Lehrstuhlbezeichnung war nach seiner Emeritierung für die Neuausschreibung im Jahr 2006 nicht verändert worden. Die Erwartung, die Spezialisierung im Bereich des Infrastrukturrechts fortzusetzen, wurde im Berufungsverfahren klar kommuniziert. Die Juristische Fakultät erwartete in diesem Zusammenhang auch eine Mitwirkung in dem auf dieses Rechtsgebiet ausgerichteten Schwerpunktbereich.

In der Tat wurde dies dann in der Folgezeit die zentrale Aufgabe des Lehrstuhls und seines Inhabers. Dass die Juristische Studiengesellschaft Hannover unter ihrem seinerzeitigen Vorsitzenden, dem Hannoveraner Kollegen *Bernd Oppermann*, den Verfasser einlud, Anfang 2008 einen Vortrag zum Thema „Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur“³ zu halten, mag auch als Beleg taugen, wie der Lehrstuhl und die wissenschaftliche Ausrichtung des neuen Lehrstuhlinhabers in der örtlichen Fachcommunity wahrgenommen wurden. Wenn die Lehrstuhlbezeichnung später auf Antrag des Verfassers hin zu „Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft“ geändert wurde, war das nicht als Abkehr von der Profilbildung zu verstehen. Es folgte vielmehr der Überlegung, dass eine Ausrichtung auf die Verwaltung auch auf diese Weise erhalten bleiben, gleichzeitig aber so eine Öffnung hin zu nichtjuristischen Fragen erfolgen würde. Die Verwaltungswissenschaft wiederum konnte auf diese Weise auch im Fakultätsprofil erhalten bleiben, war hier doch nach der Emeritierung von *Hubert Treiber*, der in der nichtjuristischen „vierten Säule“ der Fakultät einen Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft innegehabt

2 Die Stationen seines Wirkens sind eindrucksvoll nachgezeichnet worden von *B. Faber/Meyerholt*, Stationen des Lebens von Heiko Faber, in: Frank/Langrehr (Hrsg.), Die Gemeinde – Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht – Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber, Tübingen 2007, S. VII f.

3 Veröffentlicht als: *Mehde*, Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur, Bd. 48 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Baden-Baden 2009.

hatte, eine erhebliche Lücke entstanden – die leider auch nicht durch eine Neuberufung auf den Lehrstuhl geschlossen wurde.

Faber trat seinem Nachfolger als ein ganz besonders freundlicher Kollege gegenüber. Die Hintergründe für die Entwicklung des hier interessierenden Begriffs sind nach der Erinnerung des Verfassers – anders als zahlreiche andere Aspekte des Lehr- und Forschungsprofils – leider nie Inhalt eines der Gespräche zwischen Vorgänger und Nachfolger auf dem Lehrstuhl gewesen. Ihn aus Anlass dieses Beitrags zu den hier dargestellten Einschätzungen und generell zu den Hintergründen seines Werks zu befragen, war leider nicht möglich. Er ist Ende 2019 verstorben.

III. Das Infrastrukturrecht und die Rolle Heiko Fabers

Stolleis sieht *Faber* als „für das Verwaltungsrecht und speziell Kommunalrecht in Hannover bis 2005 prägend“.⁴ Dabei fällt die besondere Verbindung von Theorie und Praxis auf:⁵ Diese Verbindung hatte sich nicht nur die einstufige Juristenausbildung in Hannover, in der *Faber* wirkte, auf die Fahnen geschrieben. Schon im Jahr nach der Übernahme des Lehrstuhls begann *Faber* auch seine Tätigkeit am Oberverwaltungsgericht in Lüneburg.

1. Infrastrukturverwaltung im Werk Heiko Fabers

Quellen für die Beschäftigung mit dem Begriff der „Infrastrukturverwaltung“ im Werk *Fabers* sind im Wesentlichen zwei: Weniger im Einzelnen durchdekliniert, aber dafür klar zugespitzt finden sich Überlegungen unter der Überschrift „Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft“, die *Faber* in der Festschrift für Ridder veröffentlicht hat.⁶ Ausführlich entwickelt wird das damit verbundene Konzept im Lehrbuch „Allgemeines Verwaltungsrecht“, das im Mohr Sie-

4 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Bd.: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945 - 1990, München 2012, S. 434.

5 Dazu auch das Vorwort in: Frank/Langrehr (Hrsg.), FS *Faber* (Fn. 2), S. V sowie *B. Faber/Meyerholt*, Stationen (Fn. 2), S. VIII.

6 *Faber*, Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, in: Stein/*Faber* (Hrsg.), Auf dem Dritten Weg – Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag, Neuwied 1989, S. 291 ff.

beck Verlag erschien. Es liegt in vier Auflagen vor, die in einem Abstand von gerade einmal acht Jahren erschienen sind (1987, 1989, 1992, 1995). Schon diese schnelle Abfolge der Neuauflagen zeigt, dass das Werk eine in Anbetracht der Vielzahl konkurrierender Produkte erstaunliche Resonanz gefunden hat. *Faber* hat schon in der ersten Auflage dieses Buches⁷ – unter der Überschrift „Die Theorie des Allgemeinen Verwaltungsrechts“⁸ – die Infrastrukturverwaltung klar neben die Eingriffs- und die Leistungsverwaltung gestellt.⁹ In dem genannten Beitrag für die Festschrift *Ridder* beschreibt er dann die Eingriffs- und die Leistungsverwaltung „als Grenzfälle der Infrastrukturverwaltung“.¹⁰ Zugrunde liegt dabei die Wahrnehmung, dass die Verwaltung durch diese Dichotomie nicht hinreichend präzise umschrieben¹¹ ist: „Maßnahmen der Planung, Lenkung und Gestaltung lassen sich mit den Kategorien der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung nicht erschöpfend erfassen“.¹²

Für *Faber* müssen die Gegenüberstellung durch einen weiteren Begriff ergänzt und damit drei Typen der Verwaltung umschrieben werden. Er meint in diesem Zusammenhang, Infrastrukturverwaltung könne „mehr umfassen (...) als die Summe von Rechtsverhältnissen zu den Bürgern, aus denen das Publikum besteht“ und setze folglich „als Rechtsbegriff die Möglichkeit von sinnvollen rechtlichen Pflichten der Verwaltung außerhalb von Rechtsverhältnissen voraus“.¹³ Als „Kern des materiellen Verwaltungsbegriffs“ charakterisiert er die Verwaltung, die „im Rahmen der Gesetze die Randbedingungen des gesellschaftlichen und insbesondere des wirtschaftlichen Handelns“ setzt.¹⁴

Besonders aufschlussreich ist die Darstellung der nunmehr drei Typen (Eingriffs-, Leistungs- und Infrastrukturverwaltung) in einem Schaubild, in dem bestimmte Kategorien für alle durchdekliniert werden:¹⁵ Als „Modellfall“ werden in der genannten Reihenfolge der drei Typen die Polizeiverfü-

7 Sofern nicht anderweitig dargestellt, ist dies auch in der aktuellsten – der vierten Auflage aus dem Jahr 1995 – noch so geblieben.

8 *Faber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Tübingen 1987, S. 28 ff.

9 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 33.

10 *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 292.

11 Zur Einordnung in die Theorie des Verwaltungsrechts vgl. *Waechter*, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2008, S. 56 ff.

12 *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 294.

13 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 390.

14 *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 292.

15 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 33; in der 4. Aufl. (1995) des Werks: S. 35.

gung, die Sozialhilfe und schließlich für die Infrastrukturverwaltung der Stadtentwicklungsplan genannt. Als „Rechtstheorie“ werden das Abwehrrecht und der Leistungsanspruch des Bürgers und für die Infrastrukturverwaltung die objektive Rechtspflicht gesehen.¹⁶ Beim Rechtsbehelf fehlt ein Äquivalent zu Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Hinsichtlich der „Grundrechtstheorie“ steht für die Infrastrukturverwaltung in der ersten Auflage noch ein Fragezeichen (bei Eingriffsverwaltung der status negativus, bei der Leistungsverwaltung der status positivus), in der vierten Auflage entschließt sich *Faber* dann, ihr die institutionelle Garantie zuzuordnen.

Zentral für den Begriff ist der Gesichtspunkt der Planung.¹⁷ Das Abwägungsgebot als „Grundnorm des Planungsrechts“¹⁸ bilde „den Kristallisationspunkt für die systematische Erfassung der Erscheinungsnormen gestaltender und planender Verwaltung unter dem Sammelbegriff ‚Infrastrukturverwaltung‘“.¹⁹ Sie unterscheide sich „durch ihre Multilateralität von den zweiseitigen Rechtsverhältnissen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung“, wobei *Faber* einen „Rückstand der Theorie im Vergleich zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung“ für „sehr deutlich“ hält.²⁰

2. Die Umsetzung in der Praxis und der Lehre in Hannover

Nach der Reform der Juristenausbildung, die zu einer Ausweitung des Schwerpunktstudiums mit einer universitären Abschlussprüfung geführt hatte, wurde an der Fakultät ein Schwerpunkt speziell für die Fragen des Infrastrukturrechts – gekoppelt mit dem Wirtschaftsverwaltungsrecht – geschaffen. Die prominente Rolle, die *Faber* für diese Begriffsbildung gespielt hatte, lieferte einen naheliegenden Anknüpfungspunkt. Es handelte sich um einen ambitionierten Ansatz, der überzeugend an die Konjunktur des Themas anknüpfte und den Absolventinnen und Absolventen vielfältige Berufsperspektiven eröffnete. Gleichzeitig war man damit aber natürlich ein Stück weit entfernt von den aus dem Pflichtfach bekannten Fächern.

16 Vgl. dazu den Hinweis von *Waechter* (Gewährleistungsstaat [Fn. 11], S. 61), „(o)b die Infrastrukturverwaltung keine subjektiven Rechte“ kenne, hänge „natürlich davon ab, wie weit man den Kreis dieser Rechte“ ziehe.

17 Vgl. *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 292; kritisch zur „Zuweisung eigener Handlungsformen“ „bei der Kennzeichnung der Infrastrukturverwaltung“: *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 60.

18 Siehe auch *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 299, wo das Abwägungsgebot als „die Grundnorm der Infrastrukturverwaltung“ bezeichnet wird.

19 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 387.

20 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 387.

Aufgrund mangelnder Nachfrage wurde daher diese Spezialisierung aufgegeben und ein eher „klassischer“ verwaltungsrechtlicher Schwerpunktbereich eingeführt.

3. Kommunalrecht als Anwendungsbeispiel

Müsste man ein von *Faber* besonders in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestelltes Referenzgebiet nennen, so wäre es zwar wohl das Planungsrecht.^{21 22} Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass das Kommunalrecht zu den Gebieten gehört, auf welche die Umschreibung als „Infrastrukturrecht“ im dargestellten Sinne besonders zu passen scheint. Schließlich handelt es sich um eines, bei dem es um die Zuständigkeiten und die Organisation von Körperschaften geht, die Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S.1 GG ausüben. Die subjektiven Rechte, die der Kommune aus Art. 28 Abs. 2 GG und den einschlägigen Vorschriften der Landesverfassungen – aber auch aus dem einfachen Recht – zukommen, führen ebenso wenig zu einer Zuordnung zur Leistungs- oder Eingriffsverwaltung im engeren Sinne wie jene subjektiven Rechte, die Organen oder Organteilen durch das Kommunalverfassungsrecht verliehen werden.

Es ist vor diesem Hintergrund auch nicht überraschend, dass *Faber*, wie nicht zuletzt das oben genannte²³ Zitat von *Stolleis* zeigt, ganz besonders im Bereich des Kommunalrechts ausgewiesen war.²⁴ Beleg dieser Spezialisierung ist – neben seiner Kommentierung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)²⁵ und dem entsprechenden Beitrag in dem von ihm und seinem Hannoveraner Kollegen Hans-Peter Schneider herausgegebenen Buchs „Staats- und Verwaltungsrecht Niedersachsen“²⁶ – etwa die kleinere Schrift „Die Macht der Gemeinden“, die auf einem Vortrag

21 Vgl. dazu die Nachweise bei Fn. 17 bis 20.

22 Vgl. dazu auch die Auseinandersetzung mit Fabers Ausführungen unter der Überschrift „Planung als Handlungsform der Infrastrukturverwaltung“ bei *Köck*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl., München 2022, § 36 Rn. 22 ff.

23 Siehe Fn. 4.

24 Vgl. dazu das Verzeichnis der Veröffentlichungen von Heiko Faber in: Frank/Langrehr (Hrsg.), FS Faber (Fn. 2), S. 413 ff.

25 *Faber*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied 2001, S. 225 ff.

26 *Faber*, in: ders./Schneider (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Niedersachsen, Frankfurt a.M. 1985.

beruht, den *Faber* im Jahr 1981 vor der Juristischen Studiengesellschaft Hannover hielt.²⁷ In diesem Text „schwimmt“ er in gewisser Weise „gegen den Strom“:²⁸ Der auch seinerzeit schon verbreiteten Klage über die geringen und immer geringer werdenden Spielräume der Kommunen – *Faber* selbst spricht von der „Erosionsthese“²⁹ – setzt er eine Betrachtung ihres großen Einflusses in der Praxis entgegen: „Die angeblich ausgebluteten, ausgezehrten und ausgehöhlten Selbstverwaltungskörper“ seien „Zentren lebendiger Politik und eine Säule staatspolitischer Stabilität“; sie bildeten „neben Gewerkschaften, Industrie, Handwerk, Landwirtschaft und öffentlichem Dienst die mächtigsten Interessengruppen unseres politischen Systems“.³⁰ Die Schrift ist zudem Ausdruck der Verbindung *Fabers* zur Praxis³¹ und der Bereitschaft, sich mit nichtjuristischen Studien und Erkenntnissen³² auseinanderzusetzen. Die Festschrift, mit der *Faber* zu seinem 70. Geburtstag geehrt wurde, trägt dann auch den vor diesem Hintergrund nicht überraschenden, sich in den Themen der Beiträge bemerkenswert klar spiegelnden Titel „Die Gemeinde“.³³

27 *Faber*, Die Macht der Gemeinden, Bd. 8 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Bielefeld 1982.

28 Vgl. dazu die Bemerkung von *Stein* (in: Frank/Langrehr [Hrsg.], FS *Faber* [Fn. 2], S. 3), nach dem *Faber* in Vortrag und Schrift „der herrschenden ‚Erosionsthese‘ entgegen“ getreten sei, „wonach die kommunale Selbstverwaltung von einer schleichenden Aushöhlung bedroht sei“; siehe auch die Ausführungen von *Kühne* (a.a.O., S. 35) sowie *Saipa* (a.a.O., S. 117), der auch darauf hinweist, es sei seit dem Erscheinen der Schrift „ein Vierteljahrhundert vergangen, ohne daß Behauptungen von der vermeintlichen Bedrohung der kommunalen Selbstverwaltung durch die von *Faber* genannten Symptome aufgehört hätten“.

29 *Faber*, Gemeinden (Fn. 27), passim; als Begriff eingeführt a.a.O., S. 8.

30 *Faber*, Gemeinden (Fn. 27), S. 9.

31 Wenn er etwa erhebt, dass nur 20 von 155 Abgeordneten des Niedersächsischen Landtags in der neunten Wahlperiode 1978 keine kommunalpolitischen Bindungen hatten (*Faber*, Gemeinden [Fn. 27], S. 44) und schlussfolgert: „Ein solches Parlament wird kaum die Auszehrung der kommunalen Selbstverwaltung betreiben“.

32 Vgl. *Faber*, Gemeinden (Fn. 27), S. 20 ff.; die Ausführungen werden eingeführt mit der Diagnose einer Notwendigkeit „empirischer Überprüfung“ der zuvor referierten Auffassungen (a.a.O., S. 20).

33 Herausgegeben von Frank/Langrehr (Fn. 2).

IV. Die Karriere des Begriffs seit den 1990ern

Der Begriff des „Infrastrukturrechts“³⁴ und damit natürlich auch der „Infrastrukturverwaltung“ erlebte eine besondere Konjunktur praktisch genau in dem Zeitraum, in dem die vier Auflagen des Lehrbuchs im Allgemeinen Verwaltungsrecht erschienen. Schon die 1980er, spätestens aber dann die 1990er Jahre waren gekennzeichnet von zahlreichen Entwicklungen, die das Thema der „Infrastruktur“ zwingend auf die Tagesordnung³⁵ brachten. Die Entwicklung wird besonders klar durch eine Verfassungsänderung zum Ausdruck gebracht:³⁶ Das Gesetz, mit dem Art. 87e als Grundlage für die Privatisierung der seinerzeitigen Bundesbahn in das Grundgesetz eingefügt wurde, datiert vom 20.12.1993.³⁷ Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, das Art. 87f GG und damit die Privatisierung der Deutschen Bundespost brachte, wurde am 30.8.1994³⁸ verabschiedet.

1. Der gedankliche Hintergrund

Hintergrund dieser Entwicklung war die Tatsache, dass die für bestimmte staatliche bzw. kommunale Leistungen erforderliche Infrastruktur lange Zeit als „natürliches Monopol“ angesehen wurde,³⁹ also als das zentrale Hindernis für eine Erbringung im Markt: Ein Wettbewerb im Bahnsektor bestand nicht, weil die für ein zweites Bahnnetz erforderlichen Aufwendungen jeden Markteintritt weiterer Anbieter faktisch ausschlossen.⁴⁰ Dasselbe ließ sich sagen über das Elektrizitäts-, das Gas- und das Telefonnetz (das seinerzeit noch das Festnetz war). Die entscheidende Idee für die Abkehr von dieser Wahrnehmung – ausgehend von der Trennung von Netz und

34 Vgl. dazu auch Mehde, Infrastruktur (Fn. 3), S. 17 ff.

35 Hermes widmet in seiner 1998 erschienenen Habilitationsschrift („Staatliche Infrastrukturverantwortung“, Tübingen) ein Abschnitt dem Thema „Infrastruktur als entstehender Rechtsbegriff“ (S. 170) und bezieht sich dabei auch auf das Buch Heiko Fabers (S. 170 f.).

36 Vgl. Voßkuhle, Staatsaufgabe Infrastruktur, in: Habersack/Huber/Spindler (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Stolz zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 675 (681 f.).

37 BGBl. I S. 2089.

38 BGBl. I S. 2245.

39 Vgl. Theobald, Aktuelle Entwicklungen des Infrastrukturrechts, NJW 2003, 324 (324 f.).

40 Zu den „sunk costs“, die für einen Marktzutritt erforderlich, im Misserfallsfall aber ohne positive Wirkungen bleiben, vgl. etwa Theobald (Fn. 39), NJW 2003, 325.

Diensten⁴¹ – dürfte dabei gewesen sein, dass man einen Wettbewerb auch anders denken kann, namentlich auf zwei Arten:⁴² Erstens kann man – nicht zuletzt aufgrund veränderter technischer Möglichkeiten⁴³ – die Inhaberschaft des Netzes abkoppeln von den auf diesem erbrachten Leistungen, zweitens ist es möglich, bestimmte Aufgaben wettbewerblich zu vergeben. In beiden Fällen besteht der Markt also nicht von selbst, sondern bedarf erheblicher behördlicher Gestaltungen. Dies ist der Punkt, an dem die sogenannte „Regulierung“ als neue Form staatlicher Aufgabenerfüllung ins Spiel kommt.⁴⁴ Mit Blick auf Leitbilder spricht man in diesem Zusammenhang von einem Wandel vom „Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat“.⁴⁵ Auch wenn „die Rede vom Gewährleistungsstaat freilich nicht dazu verführen“ darf, „die Vergangenheit in ein übergreifendes ‚Von-zu‘-Schema (...) zu pressen“, „taugt die Infrastrukturgeschichte“ doch nicht „(a)ls Stoff für eine ‚große Erzählung‘“.⁴⁶ Der Begriff des „Gewährleistungsstaats“ selbst kann schon deswegen als etabliert gelten, weil der Begriff „gewährleistet“ ausdrücklich zur Beschreibung der Rolle des Bundes verwendet wird – in Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG mit Blick auf die Schienenwege und den Fernverkehr auf diesen, gemäß Art. 87f Abs. 1 GG hinsichtlich der Dienstleistungen im Bereich Post und Telekommunikation.

Nannte man die vor diesem Hintergrund geschaffene Verwaltungseinheit⁴⁷ nach den Gegenständen der Aufgabe noch ursprünglich „Regulierungsbehörde Post und Telekommunikation“, so firmiert die Behörde seit der Übernahme weiterer Aufgaben (Eisenbahnen, Elektrizität, Gas) in anderen Bereichen nunmehr als „Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“.⁴⁸ Das „Netz“, das dabei in Bezug genommen ist, verweist wiederum auf den Begriff der „Infrastruktur“.

41 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung (Fn. 35), S. 330 ff.

42 *Theobald* (NJW 2003, 324 [Fn. 39]) unterscheidet sogar drei, wenn er vom Wettbewerb „in der Infrastruktur“ (a.a.O., 325 f.), „um die Infrastruktur“ (a.a.O., 326 ff.) sowie „zwischen Infrastrukturen“ (a.a.O., 328 ff.) spricht (Anführungszeichen jeweils bei *Theobald*).

43 Vgl. *Hermes*, Infrastrukturverantwortung (Fn. 35), S. 332 f.

44 Dazu noch unter IV.3.

45 Siehe etwa *Theobald* (Fn. 39), NJW 2003, 324; zum „Leitbild des Gewährleistungsstaates“ vgl. auch *Voßkuhle*, Infrastruktur (Fn. 36), S. 685 f.

46 *Voßkuhle*, Infrastruktur (Fn. 36), S. 686.

47 Zur Regulierungsverwaltung vgl. *Mehde*, Infrastruktur (Fn. 3), S. 29 ff.

48 Umbenennung durch Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970 (2009).

tur“.⁴⁹ Die Begrifflichkeit ist Ausweis der Gemeinsamkeit der thematisch durchaus unterschiedlich erscheinenden Regelungsbereiche. Durch die verschiedenen sektorspezifischen Ausgestaltungen im nationalen, vor allem aber im europäischen Recht hat die Unübersichtlichkeit des Rechtsgebiets ganz erheblich zugenommen.⁵⁰

2. Infrastruktur – Infrastrukturrecht – Infrastrukturverwaltungsrecht

Als Konsequenz der hier beschriebenen Entwicklungen erlebte das „Infrastrukturrecht“ „innerhalb kurzer Zeit eine bemerkenswerte Begriffskarriere“, die eine Reihe von so bezeichneten wissenschaftlichen Einrichtungen, Publikationen und Veranstaltungen nach sich gezogen hat.⁵¹

Die deutsche Sprache ist für ihre Komposita⁵² bekannt. Insofern ist auch die Verbindung von „Infrastruktur“, „Verwaltung“ und „Recht“ nichts Ungewöhnliches. Daher sind auch die Kombinationen von „Infrastruktur“ mit jeweils einem der beiden anderen Begriffe durchaus gebräuchlich.⁵³ *Faber* knüpfte, wie gezeigt, an die Art der Verwaltungstätigkeit an und konnte somit gerade von der Leistungs- und Eingriffsverwaltung abgrenzen. Umgekehrt ist auch, wenn man nicht auf die Handlungen der Verwaltung abstellt, sondern das Rechtsgebiet mit allen Facetten betrachtet, von Infrastrukturrecht die Rede. In der Tat „firmiert mittlerweile“ das Infrastrukturrecht „(b)egrifflich ungleich prominenter als die ‚Infrastrukturverwaltung‘“.⁵⁴ Dabei handelt es sich dann im Ausgangspunkt schlicht um jenen Teil des Verwaltungsrechts, der auf Infrastrukturen bezogen ist.⁵⁵

49 *Kühling* (Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, DVBl 2013, 1093 [1094]) spricht davon, „(t)eilweise“ werde „der Begriff der Infrastruktur gleichgesetzt mit dem der Netzinfrastuktur“ und hält „(f)ür eine rechtswissenschaftliche Analyse (...) diese Gleichsetzung aber ebenso wie die Einbeziehung sämtlicher auf Infrastrukturen erbrachter Dienste“ für „problematisch“.

50 Vgl. *Wißmann*, Referat zu den Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht*, Bd. 73 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 2014, S. 369 (372).

51 *Durner*, *Infrastrukturverwaltung*, in: *Kahl/Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Heidelberg 2021, § 21 Rn. 4.

52 Zur Infrastruktur „als Tatbestandsmerkmal oder als Bestandteil eines Kompositums wie ‚Energieinfrastruktur‘“ vgl. *Durner*, *Infrastrukturverwaltung* (Fn. 51), Rn. 8.

53 Vgl. etwa die Überlegungen zu den Fragen „Gibt es ein und was ist Infrastrukturrecht?“ bei *Kühling* (Fn. 49), DVBl 2013, 1094 f.

54 *Durner*, *Infrastrukturverwaltung* (Fn. 51), Rn. 4.

55 *Durner*, *Infrastrukturverwaltung* (Fn. 51), Rn. 4.

3. Infrastrukturrecht – Regulierungsrecht

Wenn man vom Infrastrukturrecht in der hier dargestellten Wortbedeutung spricht, so wirft das die Frage der Abgrenzung vom ebenfalls in diesem Kontext vielfach verwendeten Begriff des Regulierungsrechts⁵⁶ auf. Beschreibt der Begriff der „Infrastruktur“ den zentralen Gegenstand, so geht es bei der „Regulierung“ um die Methode, die Gesetzgeber und Exekutive anwenden. Das Ziel wird damit begrifflich nicht in Bezug genommen: Es geht um die möglichst effiziente Erbringung bestimmter, klassischerweise staatlich bzw. kommunal erbrachter Dienstleistungen. Bezugnehmend auf den Mechanismus, der dies gewährleisten soll, könnte man auch davon sprechen, dass es um die Herstellung von Wettbewerb in einem Bereich geht, der von Strukturen geprägt ist, die von der Ausgangssituation her einen solchen Wettbewerb gerade nicht ermöglichen würden, so dass es der Regulierung bedarf, um dieses zu gewährleisten.⁵⁷ Schlagwortartig ist dies auch mit der Formel „Liberalisierung durch Re-Regulierung“ ausgedrückt worden.⁵⁸

V. Der Faber'sche Begriff im Kontext der neueren Entwicklungen

Für den Hannoveraner Kollegen *Kay Waechter* setzt *Fabers* Lehrbuch „den Bau des Verwaltungsrechts auf dem Problemniveau und auf der Höhe des Reflexionsniveaus, wie es von Forsthoff erreicht worden war, fort“.⁵⁹ Speziell mit Blick auf die „Infrastrukturverwaltung“ bildet *Faber* eine „Ausnahme“ im Schrifttum, in dem ansonsten der Begriff ein „Randdasein“ führt.⁶⁰ Seine Ausführungen tragen zur Systematisierung der Funktionen

56 Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 375, 509, 1268; *Mehde*, Infrastruktur (Fn. 3), S. 28 f.

57 Vgl. dazu die Definition von *Franzius* (Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung – Herausforderungen des Energie-Infrastrukturrechts, EnWZ 2022, 302): „Unter Regulierung lässt sich (...) die Herstellung sozialpflichtigen Wettbewerbs verstehen oder anders formuliert: Gesetz wird auf den Wettbewerb, der nicht vorgefunden, sondern ‚konstruiert‘ wird“; vgl. auch *Mehde*, Infrastruktur (Fn. 3), S. 21 ff.

58 *Theobald* (Fn. 39), NJW 2003, 324 (Anführungszeichen bei *Theobald*); vgl. auch *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 45.

59 *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 56; *Waechter* bezieht sich dabei vor allem auf die verschiedenen Auflagen des Lehrbuchs des Verwaltungsrechts von Ernst Forsthoff.

60 So *Durner*, Infrastrukturverwaltung (Fn. 51), Rn. 3.

von Verwaltungsrecht bei.⁶¹ Dass es sich nicht um eine einfache oder eindimensionale Bemerkung handelt, mag man auch an der Tatsache ermes- sen, dass das Lehrbuch im Sachverzeichnis⁶² nicht etwa nur auf einzelne Kapitel oder Aspekte verweisen muss, sondern schon durch die Vielzahl der Nachweise zeigt, dass sich dieser Aspekt „durchdeklinieren“, also bei vielen Aspekten gewinnbringend verwenden lässt.

1. Defizite der klassischen Differenzierung

Was die Abgrenzung von der Leistungs- und der Eingriffsverwaltung anbelangt, so bleibt es uneingeschränkt zutreffend, dass Verwaltungshandeln durch die Dichotomie unzureichend abgebildet wird. Für *Wißmann* hat die grundlegend von *Faber* entwickelte und einen „Perspektivwechsel“ einschließende „Betrachtung (...) beachtliche empirische Gründe für sich“.⁶³ Er sieht hier auch die „zentrale Einsicht“, „dass die Frage des Umfangs, der Qualität und des Zugangs zu Infrastrukturen allgemeinverbindlich geklärt werden muss, weil hier über Vorbedingungen von Freiheit entschieden wird, neben denen individuelle Entscheidungen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung geradezu als Randfunktion erscheinen“.⁶⁴ Für *Köck* wiederum hat *Faber* „Beobachtungen zu Ansätzen einer pragmatischen Theorie des Verwaltungsrechts verarbeitet“, wobei er besonders auf die Beachtung objektiver Rechtspflichten und die Multilateralität der Aufgaben abstellt.⁶⁵ Trotz eines Vorbehalts hinsichtlich mancher Schlussfolgerungen meint er daher, „Fabers Ansatz“ schärfe „den Blick für die infrastrukturellen Komponenten von Verwaltungsentscheidungen und“ leiste „damit einen wichtigen Beitrag auch für die rechtliche Durchdringung der Handlungsformen“.⁶⁶

61 Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 26.

62 Vgl. *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8) in der 4. Aufl., S. 466, mit nicht weniger als 15 Nachweisen bei dem Begriff „Infrastrukturverwaltung“.

63 *Wißmann*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022, § 14 Rn. 128; vgl. auch *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 26: „eher politikwissenschaftlich orientierte Begriffsbildung“.

64 *Wißmann*, Referat (Fn. 50), S. 385 mit Fn. 55.

65 *Köck*, Planung (Fn. 22), Rn. 23.

66 *Köck*, Planung (Fn. 22), Rn. 23.

2. „Überholende“ Entwicklungen und dogmatische Überforderung

Trotz der hier beschriebenen, außergewöhnlich positiven Resonanz ist zu konzedieren, dass die Rezeptionsgeschichte keine uneingeschränkt positive ist: Insbesondere der Fokus auf den Netzwirtschaften hat es mit sich gebracht, dass andere Aspekte der Infrastruktur immer stärker aus dem Blickfeld geraten sind.⁶⁷ Wenn man so will, wurde der Begriff in der *Faber'schen* Prägung „Opfer“ des Erfolges des gleichen, aber eben anders definierten Modebegriffs des „Infrastrukturrechts“: Als Begriff erweist er sich als so überzeugend, dass er auch für eine Konstellation ohne weiteres gewinnbringend verwendet werden konnte, die *Faber* jedenfalls nicht spezifisch im Blick hatte.

Noch fundamentaler argumentierend zieht *Dörr* eine ernüchternde Bilanz: Er bezieht sich auf „(d)ie von *Faber* eingeführte Kategorisierung der ‚Infrastrukturverwaltung‘“ im Sinne eines „eigenständigen Bereich(s) des Verwaltungshandelns“ und meint, diese habe „sich nicht durchgesetzt“.⁶⁸ *Durner* verbindet seine Schlussfolgerung mit einer Andeutung zur Ursache dieser Diagnose: „In dieser ambitionierten, indes inhaltlich wenig greifbaren Form hat weder der Begriff noch die neu vorgeschlagene Kategorie nachhaltige Resonanz gefunden“.⁶⁹ Für *Wißmann* „verfehlt“ die Betrachtung im *Faber'schen* Sinne „die systemprägenden Vorwirkungen, die die Möglichkeit der individuellen Rechtsverfolgung auch für die Massenverwaltung hat“.⁷⁰ Und auch *Waechter* kommt nach ausführlicher Darstellung und Analyse der theoretischen Überlegungen *Fabers* und insbesondere des Ansatzes der Infrastrukturverwaltung zu dem Ergebnis, es erscheine „als zweifelhaft, ob Infrastrukturentscheidungen neben Eingriffs- und Leistungsverwaltung einen eigenen Rechtskreis bilden, oder ob sie nicht eher Teil dieser Funktionskreise sind und der Begründung von Rechtsverhältnissen vorgehen“.⁷¹

67 Kritisch gegen entsprechende Engführungen: *Dörr*, Referat zu den Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: VVDStRL (Fn. 50), S. 323 (331); differenzierend *Durner*, Infrastrukturverwaltung (Fn. 51), Rn. 9.

68 *Dörr*, Referat (Fn. 67), S. 332, Fn. 43.

69 *Durner*, Infrastrukturverwaltung (Fn. 51), Rn. 3.

70 *Wißmann*, Grundmodi (Fn. 63), Rn. 128.

71 *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 60; zur teilweisen Überschneidung „mit der von den rechtlichen Formen und Wirkungen her gedachten Einteilung in Eingriffe und Leistungen“: *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 26.

3. Der fortbestehende Fokus auf Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Abgesehen von den speziellen, von Analysen des Regulierungsrechts geprägten Darlegungen bleibt es dabei, dass immer noch die Begriffe der „Eingriffs-“ und der „Leistungsverwaltung“ die Wahrnehmung in Rechtswissenschaft wie -praxis prägen.⁷² Dies dürfte zum einen mit der Parallelität zu den gesetzlich abgebildeten Begriffen des „belastenden“ und „begünstigenden“ Verwaltungshandelns zusammenhängen.⁷³ Gerade das Allgemeine Verwaltungsrecht, das von Bemühungen um eine Systembildung geprägt ist, verlangt eine besondere Anschlussfähigkeit in verschiedenen Dimensionen. Dass dies mit Blick auf die Infrastrukturverwaltung einige Schwierigkeiten bereitet,⁷⁴ daran kann auch die für sich genommen durchaus beeindruckende Deklination entlang unterschiedlicher Kategorien in dem Buch von *Faber* und insbesondere in dem schon angesprochenen Schaubild⁷⁵ wenig ändern.

Noch wichtiger ist aber wohl ein anderer Aspekt: Die gerichtlich entschiedenen Fälle, die eine wesentliche Quelle für rechtsdogmatisches Denken bilden, beziehen sich naturgemäß vor allem auf die beiden Ausgangslagen, nach denen ein Kläger entweder einen Eingriff abwehren oder aber eine Leistung erhalten möchte.⁷⁶ Dies wiederum bildet sich auch ab in jenen Fällen, die als Anschauungs- und Übungsmaterial in der juristischen Ausbildung herangezogen werden, was wiederum für die Darstellung im Kontext eines Lehrbuchs nicht irrelevant ist. Ein weniger auf die Falllösung zugeschnittenes Studium hätte sehr wahrscheinlich zu einer ganz anderen Resonanz des Begriffs geführt, füllt er doch, wie beschrieben, eine wesentliche Lücke in der systematisierenden Beschreibung des Rechtsgebiets.

72 Auch *Faber* (Vorbemerkungen [Fn. 6], S. 292) hat „die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung“ als „(als ‚äußeres System‘) didaktisch und heuristisch sinnvoll“ bezeichnet.

73 Vgl. auch dazu *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 293.

74 Vgl. dazu noch einmal *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 59 ff.

75 Dazu oben bei Fn. 15.

76 Für *Faber* selbst (Vorbemerkungen [Fn. 6], S. 300) folgt „(d)ie Haupt-Schwierigkeit eines Infrastrukturverwaltungsrechts (...) daraus, daß es sich zwar dem realen Entscheidungsbedarf nähern, zugleich aber vom herkömmlichen Rechtsschutzsystem (Art. 19 Abs. 4 GG, § 42 Abs. 2 VwGO) entfernen würde“; daher folgert er: „Gegenüber der Infrastrukturverwaltung müßten neue Rechtsschutzformeln entwickelt werden“. Es liegt auf der Hand, dass sich in dieser Richtung auch rund dreieinhalb Jahrzehnte nach dem Erscheinen des *Faber'schen* Beitrags nichts abzeichnet.

VI. Fazit

Die Darstellung hat gezeigt, dass der Begriff der „Infrastrukturverwaltung“ eine erstaunliche Konjunktur erfahren hat. *Faber* war in dieser Entwicklung ein Vorreiter – seine Begriffsprägung datiert aus der Zeit vor dem Beginn dieser Konjunktur. Wie für solche Vorreiter nicht ganz unüblich ist, wurde er später dann aber – um in dem Bild zu bleiben – überholt. Dies wiederum dürfte weniger mit der seinen Überlegungen zugrundeliegenden Analyse zu tun haben, sondern zunächst einmal mit spezifischen, vor allem faktischen, Entwicklungen, die völlig unabhängig von seinen Argumenten – und nicht in Widerspruch zu diesen – auf die Tagesordnung gelangten.

Wenn sich die Beschreibungen *Fabers* nicht immer nahtlos in das bestehende System des Allgemeinen Verwaltungsrechts einfügen, so verlangt dies in der Rezeption eine Entscheidung, ob man bereit ist, diesen Bruch hinzunehmen, um eine zwar fast unstrittig bestehende, im Alltag aber wenige Probleme verursachende Lücke zu schließen. Vielleicht haben sich an diesen Bemühungen der weiteren Systembildung unter den Vorzeichen des *Faber'schen* Begriffs auch wegen dieser Entscheidungssituation nicht so viele Autoren beteiligt, wie dies zweifellos wünschenswert gewesen wäre. Letztlich hat jede Steigerung der Komplexität, mag es im Ausgangspunkt noch so gute Gründe für sie geben, im rechtswissenschaftlichen wie -praktischen Diskurs wohl nur dann eine Chance sich durchzusetzen, wenn sie als für die Rechtsanwendung zwingend erscheint und insbesondere bei der Lösung konkreter Probleme helfen kann. Fällt auch die Rechtsprechung als Treiberin dieser Entwicklung aus, weil bestehende Vereinfachungen wie etwa die Aufteilung in Eingriffs- und Leistungsverwaltung einen klareren Rahmen bieten, innerhalb dessen alle Fälle gelöst werden können, reduziert sich gleichzeitig das Potenzial für die Suche nach Problemlösungen.

Unabhängig davon bleibt es aber ganz außergewöhnlich, dass ein Begriff, der in erster Linie in einem Lehrbuch konzipiert und definiert wurde, eine solch große Resonanz erfährt. Auch wenn man in der Rechtswissenschaft bislang nicht in den formalisierten Kategorien der Zitationsindizes denkt: Dass trotz der geradezu unübersehbaren Vielzahl der einschlägigen Titel auch in der aktuellen Literatur auf ein Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts verwiesen wird, das in der jüngsten Auflage rund drei Jahrzehnte alt ist, um einen einzigen Begriff zu analysieren, erscheint als eine besondere wissenschaftliche Leistung des Autors dieses Buchs. Zwar mag man zu dem Ergebnis kommen, dass damit die Wahrnehmung die Wirkung übertrifft, das ändert aber nichts an der Tatsache, dass *Faber* mit

der Begriffsbildung einen Reibungspunkt gesetzt hat, der sehr weitgehend als der Auseinandersetzung würdig angesehen wird.

Es bleibt damit der unbestreitbare Verdienst, einen rechtswissenschaftlich ausgerichteten Begriff geprägt zu haben, der auf einen vielfach nicht hinreichend wahrgenommenen Aspekt in der bisherigen Systematisierung des Rechtsgebiets verweist. Die nach wie vor breite Wahrnehmung der Herkunft des Begriffs im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist Ausweis der Tatsache, dass die ursprüngliche Urheberschaft keinesfalls in Vergessenheit geraten ist, sondern auch in den neuen Diskussionszusammenhängen anerkannt wird.

Entwicklung und Stand der empirischen Strafzumessungsforschung

Bernd-Dieter Meier

1. Fragestellung

Einer der wissenschaftlichen Schwerpunkte des Lehrstuhls Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie ist die empirische Strafzumessungsforschung. Gegenstand dieses Forschungszweigs ist die mit erfahrungswissenschaftlichen Methoden betriebene Untersuchung der Frage, wie die normativen, insbesondere in § 46 StGB geregelten Vorgaben für die Strafzumessung in der Praxis umgesetzt werden. Etwas konkreter formuliert geht es um die Aufklärung, von welchen Gesichtspunkten sich die Gerichte bei der Zumessung von Strafe tatsächlich leiten lassen und inwieweit sich hierin die wenigen, in der Regel durch weite Beurteilungsspielräume und Ermessen gekennzeichneten Vorgaben des Gesetzgebers widerspiegeln. Die Strafzumessungsforschung ist Teil der allgemeiner gefassten Sanktionsforschung, die sich mit der empirischen Analyse der staatlichen Reaktionen auf abweichendes Verhalten befasst, also mit den Strafen, den Maßregeln der Besserung und Sicherung, den Nebenfolgen und den Alternativen zur Strafe, und die nicht nur die gerichtliche Anordnungspraxis, sondern auch die Vollstreckung und den Vollzug sowie die intendierten und die nicht-intendierten Wirkungen der Sanktionen in den Blick nimmt.¹ Mit dieser Ausrichtung knüpfen die am Lehrstuhl durchgeführten Untersuchungen an eine Forschungstradition an, die in Deutschland eine vergleichsweise lange Geschichte hat: Schon am Göttinger Lehrstuhl von *Heinz Schöch* wurde empirische Strafzumessungsforschung betrieben;² erinnert sei aber auch an

1 *Meier*, Sanktionsforschung, in: *Schneider* (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Kriminologie*, Bd. 1: Grundlagen der Kriminologie, Berlin 2007, S. 971-1010.

2 *Grundlegend Schöch*, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz: Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung zur Trunkenheit im Verkehr, Stuttgart 1973; hierauf aufbauend *Meier*, Die Bestrafung von Rückfalltätern in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA: Eine rechts-tatsächliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 48 StGB, Göttingen 1983; *Hoppenworth*, Strafzumessung beim Raub: Eine empirische Untersuchung der Rechts-

die „Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte“, die schon 1931 von dem in nationalsozialistisches Unrecht verstrickten Strafrechtler und Kriminologen *Franz Exner* vorgelegt worden waren.

Wenn Gerichte in einer Strafsache über das Strafmaß zu entscheiden haben, stehen sie vor zwei Herausforderungen: Sie müssen entscheiden, welche Umstände im Einzelfall für die Zumessung der Strafe bestimmend sein sollen, und sie müssen entscheiden, in welches konkrete Strafmaß diese Umstände umgesetzt werden sollen. Nach § 46 Abs.1 StGB und der heute herrschenden Meinung kommt es für beide Entscheidungen wesentlich auf die Schuld des Täters an; präventive Überlegungen dürfen nur in dem durch die Schuldschwere gezogenen Spielraum in Ansatz gebracht werden. Für die erste Entscheidung bedeutet dies, dass strafzumessungsrelevant vor allem solche Umstände sind, die sich zum tatbestandlichen Unrecht und seiner Vorwerfbarkeit in Beziehung setzen lassen. In der Regel handelt es sich dabei um Umstände, die das Ausmaß des Erfolgsunwerts kennzeichnen, beispielsweise um die Schwere der Verletzungen oder den Wert des entwendeten Guts, sowie um Umstände mit Bezug zum Handlungsunwert, also um die Beweggründe und die Ziele, die der Tat zugrunde gelegen haben, aus dem Vorleben des Täters um die Vorstrafen, aus seinem Nachtatverhalten das Geständnis. Für die zweite Entscheidung bedeutet dies, dass der qualitativen Aussage über die Schwere der festgestellten Schuld (beispielsweise mittelschwere Verletzungen, vorangegangene Provokation, keine Vorstrafen, Geständnis schon in der ersten Vernehmung) ein quantitativer Wert zugeordnet werden muss, der die Schuldschwere im Vergleich zu anderen, weniger gewichtigen oder schwereren Taten verdeutlicht und dessen Grenzen sich nach unten aus dem schon und nach oben aus dem noch schuldangemessenen Beurteilungsspielraum ergeben, der vom Strafraum zur Verfügung gestellt wird. Eine Orientierung liefern die Eckpunkte des gesetzlichen Strafraums: Das gesetzliche Mindestmaß bezeichnet diejenige Strafschwere, die für die denkbar leichtesten Fälle verhängt werden muss, das gesetzliche Höchstmaß entsprechend die Grenze für die denkbar schwersten Fälle.

In der Öffentlichkeit stößt diese Weite des tatrichterlichen Ermessens auf Befremden. Befürchtet wird, dass in diesem normativ nur wenig regu-

folgenzumessung bei Verurteilungen wegen Raubes nach allgemeinem Strafrecht und nach Jugendstrafrecht, München 1991; *Verrel*, Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten: Eine empirische Untersuchung zur Bedeutung des psychowissenschaftlichen Sachverständigen im Strafverfahren, München 1995.

lierten Bereich sachfremde Erwägungen angestellt und Entscheidungen getroffen werden, die die Schwere der Schuld nicht zutreffend widerspiegeln. Sachfremd wäre es etwa, wenn in die Entscheidung Umstände einfließen würden, die sich zum tatbestandlichen Unrecht und seiner Vorwerfbarkeit nicht in Beziehung setzen lassen, Umstände wie die Sympathie einer Richterin für die politische Gesinnung des Angeklagten oder die Abneigung eines Richters gegen Personen mit Migrationshintergrund. Befürchtet wird in jüngerer Zeit umgekehrt auch, dass in die Entscheidung nicht oder nicht ausreichend die „richtigen“, aus der gesellschaftlichen Perspektive für relevant gehaltenen Umstände einfließen. Die Befürchtung betrifft insbesondere die unzureichende Berücksichtigung menschenverachtender Beweggründe oder Ziele, die der Tat zugrunde gelegen haben; mit drei Novellierungen von 2015, 2021 und 2023 sind vom Gesetzgeber etliche Motive hervorgehoben worden, die bei der Strafzumessung berücksichtigt werden sollen („rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische, geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete oder sonstige menschenverachtende“). Quer zu alledem wird schon seit langer Zeit immer wieder die Befürchtung geäußert, dass sich die richterliche Einordnung in den Strafraumen weniger am Gesetz als an der lokalen Justizkultur orientiere, was zu regionalen Ungleichheiten führe. Schon in der Studie von *Franz Exner* findet sich im Jahr 1931 der Satz: „Für den Dieb, der vor einen Hamburger Richter kommt, ist ... die Aussicht, mit einer höheren Strafe belegt zu werden, viermal größer als für seinen Genossen im Stuttgarter Bezirk.“³ Auch wenn sich aus verfassungsrechtlicher Sicht gegen regionale Ungleichheiten bei der Strafzumessung keine Einwände erheben lassen,⁴ ist dies ein Thema, das seither immer wieder erörtert wird und im Jahr 2018 sogar zu einer intensiven Diskussion in der strafrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentags geführt hat.⁵

Die am Lehrstuhl betriebene Strafzumessungsforschung will zu diesen Fragen einen empirischen, erfahrungswissenschaftlichen Beitrag leisten. Im Mittelpunkt steht die Bestandsaufnahme, welche Entscheidungen von den

3 *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, Leipzig 1931, S. 49.

4 BVerfGE 1, 332 (345 f.); vertiefend *Meier*, Regionale Justizkulturen in der Strafrechtspraxis: ein Problem für den Rechtsstaat?, in: Dessecker/Egg (Hrsg.), Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat, Wiesbaden 2011, S. 31-49.

5 *Kaspar*, Sentencing Guidelines versus freies richterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018.

Gerichten in welchen Sachverhaltskonstellationen getroffen werden und welche Umstände dabei tatsächlich bedeutsam gewesen sind. Mit der Frage nach den „tatsächlich bedeutsamen“ Strafzumessungsfaktoren wird ein Blick auf die richterliche Entscheidungspraxis geworfen, der von den in den schriftlichen Urteilen genannten Begründungen unabhängig ist, indem er nach den statistischen Zusammenhängen zwischen einzelnen denkbaren Strafzumessungstatsachen und der Sanktionsschwere fragt. Wenn die verschiedenen Ausprägungen eines potentiellen Strafzumessungsfaktors im Strafmaß zu signifikanten Unterschieden führen, ist die Vermutung nahelegend, dass es sich hierbei um einen Umstand handelt, den die Gerichte typischerweise berücksichtigen. Mit multivariaten Analysen, in die mehrere potentielle Strafzumessungsfaktoren eingehen, lässt sich dabei auch die Gleichzeitigkeit des gleich- und gegenläufigen Wirkens unterschiedlicher Faktoren statistisch abbilden (beispielsweise die bereits erwähnten mittelschweren Verletzungen in Kombination mit vorangegangener Provokation, keinen Vorstrafen und einem Geständnis schon in der ersten Vernehmung). Durch den Vergleich der statistischen Befunde mit den in den Urteilsgründen genannten Umständen lässt sich ein auf die untersuchte Gruppe (nicht auf Einzelfälle) bezogener Eindruck von der Wahrheit und Vollständigkeit der Urteilsbegründungen gewinnen. Hiervon ausgehend kann in einem zweiten Schritt danach gefragt werden, inwieweit sich in diesen Entscheidungen die rechtlichen Maßgaben widerspiegeln, insbesondere ob es Hinweise auf sachfremde Einflüsse oder Erledigungsroutinen gibt, die von diesen Maßgaben nicht gedeckt sind, womit sich ein Eindruck von der Richtigkeit der Strafzumessungsentscheidungen gewinnen lässt.⁶ Dieser Versuch, richterliche Entscheidungen mithilfe eines alternativen, erfahrungswissenschaftlichen Ansatzes nachzuvollziehen und der Idee nach zu kontrollieren, löst auf der Seite der Kontrollierten typischerweise große Skepsis und Ablehnung aus. Um solchen Einwänden begegnen zu können, ist es notwendig, sich genauer mit dem methodischen Vorgehen bei diesen Untersuchungen zu beschäftigen und zu fragen, inwieweit sich gerichtliche Entscheidungen und ihr Zustandekommen in empirischen Untersuchungen abbilden lassen.

6 Vgl. Meier, Rückfalltäter (Fn. 2), S. 176 ff.

2. Methodik

a) Vorgehen bei der Datenerhebung

Die Warnung eines Praktikers „Bewerten Sie nicht ein Urteil, dessen Entstehung Sie nicht mitbekommen haben“, weist darauf hin, dass die erste und wichtigste Frage, die im Zusammenhang mit empirischer Strafzumessungsforschung zu klären ist, dem Vorgehen bei der Datenerhebung gilt. Die Entstehung eines Urteils lässt sich methodisch am besten mit einer Beobachtung verfolgen, wobei insbesondere an die Beobachtung von Hauptverhandlungen zu denken ist. Für die Eignung der Methode spricht der die Durchführung der Hauptverhandlung gestaltende Mündlichkeitsgrundsatz, wonach dem Urteil nur der mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff zugrunde gelegt werden darf; die Mündlichkeit soll gerade für Dritte die Transparenz der Entscheidungsfindung gewährleisten. Für die Methode spricht zudem, dass sich mit ihr auch solche Informationen gewinnen lassen, über die nicht gesprochen wird und die auch nicht verschriftlicht werden, die aber dennoch auf die Strafmaßfindung Einfluss nehmen können, etwa nonverbale Signale wie die stockenden Äußerungen des Angeklagten in der Vernehmung, das Weinen der Zeugin oder die erwähnte augenscheinliche Sympathie der Vorsitzenden für den Angeklagten. Beobachtungen haben indes einen unüberwindbaren Nachteil: Derjenige Verfahrensabschnitt, in dem das Urteil tatsächlich „entsteht“, nämlich die Beratung, ist der Beobachtung durch Dritte entzogen; Beratungen sind nicht öffentlich (§ 193 Abs. 1 und 2 GVG), so dass sich über den Gang der Beratung, die ausgetauschten Argumente und die Frage, warum sich welches Argument durchgesetzt hat, mit der Methode der Beobachtung kein Aufschluss gewinnen lässt. Auch die Befragung der Beteiligten scheidet als Datenerhebungsmethode aus, da über den Gang der Beratung und die Abstimmung nicht gesprochen werden darf (§ 43, 45 Abs. 1 Satz 2 DRiG).

In der Strafzumessungsforschung wird vor diesem Hintergrund durchgängig mit Aktenanalysen gearbeitet, also mit der systematischen Auswertung der in den Verfahrensakten gesammelten Informationen über den Gang des Verfahrens und die getroffenen Entscheidungen. Auf die Akteneinsicht besteht für Forschende bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch (§ 476 Abs. 1 und 2 StPO).

Aktenanalysen haben für die Strafzumessungsforschung zahlreiche Vorteile. Der wesentliche Vorteil gegenüber der Beobachtung und der Befragung liegt darin, dass Akten eine zuverlässige Zusammenstellung sämtlicher

verfahrens- und entscheidungsrelevanten Informationen über den jeweiligen Fall beinhalten. Die Zuverlässigkeit und Vollständigkeit des von Polizei und Justiz zusammengetragenen Materials folgt aus der Kommunikationsfunktion der Akten: Anhand der Akten können sich die Verfahrensbeteiligten, aber beispielsweise auch Amtsnachfolger oder Urlaubsvertreter, über den jeweils aktuellen Kenntnisstand des Gerichts oder der Behörde und den Stand des Verfahrens informieren.⁷ Dies gilt auch für die Ergebnisse von Vernehmungen oder den Gang der Hauptverhandlung, die in Protokollen festgehalten und zur Akte genommen werden. Die in den Akten zusammengetragenen Informationen eignen sich zwar nicht, um die Lebenswirklichkeit der Verfahrensbeteiligten zu erschließen (z.B. zu der Frage, in welchen wirtschaftlichen Verhältnissen der Angeklagte lebt, insbesondere wie hoch sein monatliches Nettoeinkommen ist); sie bilden eine Wirklichkeit „eigener Art“, die durch die Perspektive der Strafverfolgungsorgane geprägt ist.⁸ Für die Strafzumessungsforschung liegt hierin jedoch kein Nachteil, da es für sie gerade darum geht festzustellen, wie die Justiz mit den ihr vorliegenden Informationen umgeht, welche Informationen sie überhaupt für entscheidungsrelevant hält, nach welchen Prinzipien sie diese Informationen aufklärt und mit welchem Ergebnis die Informationen im Strafzumessungsvorgang verarbeitet werden. Ein nicht uninteressanter Befund der empirisch-kriminologischen Forschung kann so beispielsweise gerade darin bestehen, dass die für die Strafzumessung relevante Höhe des Nettoeinkommens (§ 40 Abs. 2 Satz 2 StGB) in der Praxis häufig nicht aufgeklärt, sondern geschätzt wird (§ 40 Abs. 3 StGB), was beim Fehlen von Anknüpfungstatsachen für die Schätzung einer vom Bundesverfassungsgericht für unzulässig erklärten Schätzung „ins Blaue hinein“ gleichkommt.⁹

b) Notwendige Standardisierungen

„Jeder Fall ist anders.“ Der in der Justiz oft zu hörende Satz macht in seiner augenscheinlichen Trivialität auf ein Problem aufmerksam, das als das zentrale Problem der empirischen Strafzumessungsforschung bezeich-

7 Vgl. Dölling, Probleme der Aktenanalyse in der Kriminologie, in: Kury (Hrsg.), Methodologische Probleme in der kriminologischen Forschung, Köln u.a. 1984, S. 265 (270 f.); Leuschner/Hüneke, Möglichkeiten und Grenzen der Aktenanalyse als zentrale Methode der empirisch-kriminologischen Forschung, MschrKrim 2016, 464 (466 ff.).

8 Dölling, Aktenanalyse (Fn. 7), S. 270.

9 Vgl. Kolsch, Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, Berlin/Münster 2020, S. 301 ff., 426 ff.; BVerfG NSTZ-RR 2016, 46.

net werden kann: Wie können Fälle, die völlig unterschiedlich sind, angemessen kodiert, also in statistisch prüfbare Einheiten übersetzt und so miteinander vergleichbar gemacht werden? Dass die Fälle miteinander verglichen werden müssen, wenn man das Strafmaß verstehen will, liegt auf der Hand und lässt sich am Beispiel des Zitats von *Exner* aus dem Jahr 1931 verdeutlichen: Wenn Diebe in Hamburg härter bestraft werden als Diebe in Stuttgart, kann der einfache Grund hierfür ja darin liegen, dass die abgeurteilten Diebstähle unterschiedlich sind. Dies wiederum kann zwei Ursachen haben: Die begangenen Diebstähle können unterschiedlich schwer wiegen, beispielsweise weil der Wert der entwendeten Sachen in Hamburg höher ist als in Stuttgart, oder die Staatsanwaltschaften können von ihren Einstellungsmöglichkeiten in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben, beispielsweise können in Hamburg mehr Bagatelldiebstähle nach § 153 StPO eingestellt worden sein, was zur Folge hätte, dass von den Gerichten in Hamburg nur die schwereren Diebstähle abgeurteilt werden. Die Beantwortbarkeit beider Fragen setzt voraus, dass die begangenen Diebstähle angemessen durch Variablen abgebildet werden können, damit den Fragen empirisch weiter nachgegangen werden kann. Was macht also die Schwere eines Diebstahls aus? Wie lässt sich die Schwere von Delikten messen?

aa) Deliktsschwere

Es liegt auf der Hand, dass sich die Vielgestaltigkeit der von der Justiz verhandelten Lebenssachverhalte in statistischen Untersuchungen nicht abbilden lässt. Es ist unumgänglich, die aus der Akte ersichtlichen Fälle auf einige wenige Merkmalsdimensionen zu reduzieren, um sie für die empirische Analyse handhabbar zu machen. Diese unvermeidbare Reduzierung der Komplexität der Lebenssachverhalte ist im Grunde nicht problematisch. Sie entspricht dem Vorgehen, das auch die Gerichte anwenden, wenn sie die festgestellten Strafzumessungstatsachen (bei einem Körperverletzungsdelikt z.B. die mittelschweren Verletzungen) quantifizieren, indem sie sie in ein konkretes Strafmaß übersetzen. Allerdings ist in der empirischen Forschung bei der Übersetzung des angeklagten Sachverhalts in statistisch prüfbare Variablen Vorsicht geboten: Die gebildeten Variablen müssen den Gütekriterien der empirischen Forschung entsprechen, insbesondere müssen sie valide und reliabel sein. Gemeint ist damit, dass die gebildeten Variablen den erfassten Lebenssachverhalt in genau denjenigen Dimensio-

nen erfassen müssen, die für die empirisch nachzuvollziehende Strafzumessungsentscheidung des Gerichts wesentlich sind, und dass sie von den die Zuordnung im Einzelfall durchführenden Personen unabhängig sein müssen, also bei Wiederholung der Messung durch andere Personen zu denselben Ergebnissen führen müssen. Eindeutig zu beantworten muss also beispielsweise die Frage sein, ob der ausgeschlagene Zahn und der gebrochene Mittelfinger vergleichbare „mittelschwere Verletzungen“ sind oder ob ihnen ein unterschiedliches Gewicht zukommt.

In empirischen Untersuchungen zur Strafzumessung spielt die Deliktsschwere eine zentrale Rolle. Aus rechtlicher Sicht scheint das auf den ersten Blick zwar angreifbar zu sein, denn rechtlich kommt es nicht auf die Schwere der begangenen Taten, sondern auf die Schuld des Täters, also auf das Ausmaß der Vorwerfbarkeit an (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Bezugspunkt der Vorwerfbarkeit ist jedoch das tatbestandliche Unrecht, wobei strafzumessungsrechtlich das Maß des zurechenbar verwirklichten Erfolgsunwerts die entscheidende Rolle spielt.¹⁰ In empirischen Untersuchungen eine Variable zu bilden, in der sich das Erfolgsunrecht widerspiegelt, um diese dann statistisch mit dem Strafmaß in Verbindung zu setzen, ist deshalb im Grundsatz richtig.

Die Schwierigkeiten beginnen jenseits dieser allgemeinen Aussagen. Zum einen müssen Kategorien gefunden werden, mit denen sich die Deliktsschwere im Einzelfall zutreffend abbilden lässt. Hierfür müssen Skalen entwickelt werden, die dem jeweiligen Untersuchungsgegenstand angemessen sind. Für den Schweregrad des Taterfolgs bei der Körperverletzung lässt sich beispielsweise in Anlehnung an die Schmerzensgeldtabellen eine 6-stufige Skala bilden, die von Bagatelverletzungen bis zu schweren Verletzungen reicht.¹¹ Für die Erfassung der Schwere von Missbrauchsabbildungen hat sich international die 10-stufige COPINE-Skala durchgesetzt, die von nichtsexualisierten, aber unangemessenen Bildern bis zur Darstellung von Gewalthandlungen gegen ein Kind reichen.¹² So sinnvoll und hilfreich

10 Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl., München 2017, Rn. 1178 ff.

11 Kolsch, *Ungleichheit* (Fn. 9), S. 194; vgl. aber auch Weiterer, *Die Strafzumessung bei Vollrausch* (§ 323a StGB): Eine rechtsdogmatische und empirische Untersuchung, jur. Diss. Hannover 2022, Berlin 2024, S. 149 ff.

12 Taylor/Quayle, *Abusive Images of Children and the Internet: Research from the COPINE Project*, in: Cooper et al. (Hrsg.), *Medical, Legal and Social Science Aspects of Child Sexual Exploitation: A Comprehensive Review of Pornography, Prostitution and Internet Crimes*, St. Louis 2005, S. 257 ff.

derartige Instrumente sind, so deutlich ist allerdings auch, dass sie in empirischen Untersuchungen für die Erfassung der Deliktschwere nur dann ausreichen, wenn nur ein einziger Deliktsbereich untersucht werden soll, also beispielsweise nur Körperverletzungen oder nur Missbrauchsabbildungen. In der justiziellen Wirklichkeit geht es dagegen um ganz unterschiedliche Kriminalitätsphänomene, die von den Gerichten in Strafmaßentscheidungen umgesetzt werden müssen. In der Justizwirklichkeit ist die Frage nicht so sehr, ob der ausgeschlagene Zahn oder der gebrochene Mittelfinger schwerer wiegt, sondern die Frage ist, ob der ausgeschlagene Zahn oder der Ladendiebstahl schwerer wiegt, bei dem ein handelsübliches Smartphone entwendet worden ist. Für Erfassung derartiger Entscheidungen müssen in empirischen Untersuchungen abstraktere Skalen gebildet werden, bei denen in die Bewertung beispielsweise die in den Strafraumen zum Ausdruck kommenden Vorwertungen des Gesetzgebers, die Schwereeinschätzungen von Richterinnen und Richtern und / oder die Ergebnisse aus Bevölkerungsumfragen eingehen.¹³ Dass derartige Skalen wiederum den Anforderungen der Validität und Reliabilität genügen müssen, ist offensichtlich.

Aber selbst wenn eine Skala gebildet wird, die die Deliktschwere angemessen abbildet, sind die methodologischen Probleme damit noch nicht abschließend gelöst. Zum anderen stellt sich nämlich das Problem, dass in der justiziellen Wirklichkeit häufig nicht nur ein Delikt angeklagt und abgeurteilt wird, sondern mehrere Delikte, die zueinander in Tateinheit oder Tatmehrheit stehen, was sich bei der Strafzumessung ganz unterschiedlich auswirkt (§§ 52, 54 StGB). Auch diese Situation der mehrfachen Tatbestandsverwirklichung muss in einer empirischen Untersuchung angemessen abgebildet werden. In der Forschungspraxis wird dabei meist in der Weise verfahren, dass den Regeln für die Gesamtstrafenbildung folgend nur das schwerste Delikt bzw. die Einsatzstrafe kodiert wird (vgl. § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB) und die übrigen, tatmehrheitlich konkurrierenden Delikte bzw. Einzelstrafen nur nach ihrer Anzahl erfasst werden. Bei der statistischen Auswertung führt diese Vereinfachung zu erheblichen Erleichterun-

13 Vgl. etwa *Schöch*, Ist Kriminalität normal? Probleme und Ergebnisse der Dunkelfeldforschung, in: Göppinger/Kaiser (Hrsg.), *Kriminologie und Strafverfahren: Neuere Ergebnisse zur Dunkelfeldforschung in Deutschland*, Bericht über die XVIII. Tagung der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie vom 9. bis 12. Oktober 1975 in Freiburg, Stuttgart 1976, S. 211 (214, 226); ausführlich *Villmow*, Schwereeinschätzung von Delikten: Schicht- und altersspezifische Einstellungen sowie Einstellungen von Tätern und Opfern bei 14- bis 25jährigen männlichen Probanden einer südbadischen Kleinstadt, Berlin 1977.

gen, aber es ist offensichtlich, dass sich die Komplexität der richterlichen Gesamtstrafenbildung hierin nur unzureichend abbildet.

bb) Strafhärte

Die Probleme der richtigen, also der validen und reliablen Erfassung der strafgerichtlichen Entscheidung in kodierten Variablen stellen sich nicht nur auf der Seite der potentiellen Einflussfaktoren, sondern auch auf der Seite der abhängigen Variablen, dem Ergebnis des Verfahrens. Wenn untersucht werden soll, wie sich die verschiedenen Ausprägungen eines Strafzumessungsfaktors im Strafmaß auswirken, ist es vergleichsweise einfach festzustellen, ob sich der Umstand auf die Anzahl der verhängten Tagessätze oder der ausgeteilten Monate Freiheitsstrafe auswirkt. Auch ob die verhängte Freiheitsstrafe unter bestimmten Umständen eher zur Bewährung ausgesetzt wird (§ 56 StGB) oder ob anstelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängt wird (§ 47 StGB), erschließt sich relativ schnell. Mit diesen Feststellungen ist jedoch noch nichts über die Strafhärte gesagt, so wie sie sich aus der Sicht des Gerichts darstellt oder wie sie vom Verurteilten empfunden wird. Wenn man nur die drei Stufen betrachtet Geldstrafe / Freiheitsstrafe mit Bewährung / Freiheitsstrafe ohne Bewährung, ist es keineswegs sicher, dass eine hohe Geldstrafe weniger schwer wiegt als eine geringe Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird. Auch dass eine hohe, aber ausgesetzte Freiheitsstrafe leichter wiegt als eine geringe, aber vollstreckte Freiheitsstrafe, ist nicht ausgemacht; man denke nur an die Konsequenzen bei einem Bewährungswiderruf. Dass sich die von den Gerichten intendierte und von den Verurteilten empfundene Strafhärte einfachen Gleichungen entzieht, zeigt sich auch an dem Mechanismus der Gesamtstrafenbildung: Zwei 10-monatige Freiheitsstrafen werden in Deutschland nicht zu einer 20-monatigen Freiheitsstrafe addiert, sondern sie werden zu einer Gesamtfreiheitsstrafe zusammengezogen, die sich zwischen 10 Monaten und einer Woche auf der einen und 19 Monaten auf der anderen Seite bewegt (§§ 39, 54 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 StGB). Die Gesamtstrafenbildung beruht auf der Vorstellung, dass die Strafwirkung – das Strafleid des Verurteilten – mit der Strafdauer überproportional zunimmt: Das Strafleid wachse nicht linear, sondern progressiv an; dem

müsse mit dem Verbot der Addition der Einzelstrafen (§ 54 Abs. 2 Satz 1 StGB) entgegengewirkt werden.¹⁴

Unabhängig davon, ob die These von der progressiven Zunahme des Strafleids der Wirklichkeit entspricht oder ob es sich um eine juristische Setzung handelt, besteht Anlass zu der Annahme, dass die drei Strafkategorien Geldstrafe / Bewährung / Freiheitsstrafe im deutschen Recht keine kontinuierlich verlaufende Strafschwereskala bilden, die für die empirische Ermittlung von Unterschieden und Veränderungen im Strafmaß genutzt werden kann. Aus rechtlicher Sicht gilt dies schon deshalb nicht, will sich die Auswahl zwischen den drei Strafkategorien anders als es § 46 StGB vermuten lässt, nicht nur an der Schwere der Schuld, sondern auch an den Bedürfnissen der Prävention orientiert (§§ 47, 56 StGB). Um die Unterschiede und Veränderungen in einer empirischen Untersuchung in einer einheitlichen Skala zusammenfassen zu können, muss deshalb ein Instrument entwickelt werden, in dem unter Vernachlässigung der Präventionsinteressen allein die Härte der Rechtsfolge zum Ausdruck kommt, die das Gericht zum Ausgleich der Schuld verhängt (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Im Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen (KFN), das bis 2013 mit der Leibniz Universität durch einen Kooperationsvertrag verbunden war,¹⁵ wurde in den 1990er Jahren ein solches Instrument entwickelt, das es ermöglichte, die Strafhärte einer von den Gerichten verhängten Sanktion unabhängig von der Strafart auf einer Skala zwischen 0 und 100 einzuordnen.¹⁶ Das Instrument war hochplausibel konzipiert, aber es hatte einen Nachteil: Die Skala war nur für Geld- und Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren nach allgemeinem Strafrecht anwendbar. Hohe Freiheitsstrafen und nach Jugendstrafrecht verhängte Sanktionen konnten nicht einbezogen werden. Diese Defizite nahm die Lehrstuhlmitarbeiterin *Mira Behnsen* im Jahr 2020 zum Anlass, nach dem Modell des KFN ein weiteres Instrument zu entwickeln, das einerseits hohe Freiheitsstrafen abdeckt und es anderer-

14 Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung (Fn. 10), Rn. 1199; krit. hierzu Fröhlich, Das Asperationsprinzip: Eine systematische Analyse, jur. Diss. Hannover, 1996.

15 Wissenschaftliche Kommission Niedersachsen, Strukturanalyse der außeruniversitären Forschung in Niedersachsen, Hannover 2019, S. 189.

16 Oswald, Psychologie des richterlichen Strafens, Stuttgart 1994, S. 103 ff.; Langer, Staatsanwälte und Richter: Justitielles Entscheidungsverhalten zwischen Sachzwang und lokaler Justizkultur, Stuttgart 1994, S. 187 ff.

seits erlaubt, die jugend- und die erwachsenstrafrechtlichen Sanktionen zu verbinden und auf einer einheitlichen Strafhärteskala abzubilden.¹⁷

c) Mixed Methods

Der Satz „Jeder Fall ist anders“ macht noch auf ein zweites Problem aufmerksam. Wenn es mithilfe von Delikts- und Sanktionshärteskalen möglich ist, bei unterschiedlichen Fällen unterschiedliche Strafmaßentscheidungen miteinander zu vergleichen, dann geht die hierin liegende Reduzierung von Komplexität unvermeidbar mit Informationsverlusten einher, die die Aussagekraft der empirischen Ergebnisse und damit auch den wissenschaftlichen Wert von Untersuchungen schmälern. Für die unzureichende Erfassung der Gesamtstrafenbildung wurde hierauf bereits hingewiesen, aber es gilt auch für die eigentlich interessierende Frage nach den Einflussfaktoren auf die Strafzumessung. Nicht ausgeschlossen ist es bei der statistischen Gegenüberstellung von Strafzumessungsfaktoren und Strafhärte nämlich, dass die Entscheidung im Einzelfall auch von Umständen beeinflusst wird, die bei der statistischen Gegenüberstellung nicht berücksichtigt werden, beispielsweise wenn bei einem Diebstahl kein egoistisches, sondern ein atypisches altruistisches Tatmotiv vorliegt. Solche Informationen lassen sich zwar ebenfalls in Variablen erfassen und statistisch ausdrücken, aber die hohe Bedeutung, die ihnen im Einzelfall zukommen kann, kann sich in der Menge der statistisch analysierten Zusammenhänge verlieren und damit zu einer Schwächung des Aussagehalts einer Untersuchung beitragen.

Diesem Problem kann in der empirischen Forschung mit einem „mixed methods“ Ansatz abgeholfen werden, bei dem die standardisierende, quantifizierende Herangehensweise mit einer qualitativen Herangehensweise kombiniert wird, bei der die Einzelfallanalyse im Mittelpunkt steht. Für die qualitative Auswertung von Verfahrensakten gibt es – anders als für die quantitative Auswertung – keine etablierte, in der Forschung allseits akzeptierte Methodik, obwohl die Notwendigkeit ergänzender qualitativer Analysen seit langem thematisiert wird;¹⁸ in der am Lehrstuhl betriebenen

17 Behnsen, Strafhärteskalierung. Ein empirischer Lösungsansatz im Bereich hoher Freiheits- und Jugendstrafen, MschrKrim 2020, 45 ff.

18 Dölling, Aktenanalyse (Fn. 7), S. 278; Schumann, Qualitative Forschungsmethoden in der Kriminologie, in: Kury (Hrsg.), Entwicklungstendenzen kriminologischer Forschung: Interdisziplinäre Wissenschaft zwischen Politik und Praxis, Köln u.a. 1986, S. 147 ff.; Leuschner/Hüneke (Fn. 7), MschrKrim 2016, 476 ff.

Forschungspraxis reicht die Spannweite etwa von der bloßen Veranschaulichung statistischer Befunde durch die Schilderung von Einzelfällen¹⁹ bis zur vergleichenden Auswertung einzelner Strafzumessungsbegründungen, die die Schwierigkeiten der Tatgerichte mit der Umsetzung höchstgerichtlichen Maßgaben deutlich macht.²⁰ Um den Wildwuchs zu ordnen, haben *Helena Schüttler* und *Carolin Neubert* vom KFN jüngst versucht, diejenigen Analyseschritte zu systematisieren, die bei qualitativen Aktenanalysen gegangen werden sollten. Sie schlagen vor, die einzelnen Aktenbestandteile im ersten Schritt nach Form, Kontext, Inhalt und Bedeutung zu analysieren und im zweiten Schritt nach der Entwicklung des Untersuchungsgegenstands und seinen Veränderungen innerhalb der Akte sowie nach der Bedeutung der Akte im jeweiligen organisationalen Rahmen zu fragen.²¹ Bezogen auf die Strafzumessungsforschung lässt sich mit diesem Vorgehen beispielsweise herausarbeiten, von welchen Akteuren in welchem Verfahrensstadium welche für die Strafzumessung relevanten Umstände in das Verfahren eingebracht worden sind; anzunehmen ist, dass die Konstruktionsleistungen der Verfahrensbeteiligten bei den vergleichsweise einfach festzustellenden, aus juristischer Sicht „objektiven“ Umständen wie der Deliktsschwere oder der Vorstrafenbelastung andere sein werden als bei den „subjektiven“ Umständen wie dem Motiv oder der entlastenden Bedeutung des Geständnisses. Solche qualitativen Analysen können die Strafzumessungsforschung erheblich bereichern; die Entwicklung einer spezifischen Methodik steht allerdings noch am Anfang.

3. Ergebnisse

Welche Ergebnisse haben die am Lehrstuhl durchgeführten Untersuchungen erbracht? Was war neu? Was war rechtspolitisch interessant? Strafzumessungsfragen wurden und werden am Lehrstuhl in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen empirisch ausgeleuchtet, etwa im Zusammenhang

19 Etwa *Meier*, Rückfalltäter (Fn. 2), S. 197 ff.

20 *Weiterer*, Strafzumessung (Fn. 11), S. 165 ff., 274 ff.

21 *Schüttler/Neubert*, Ordnungsversuche in einem unübersichtlichen Feld – Was leisten qualitative Aktenanalysen in der kriminologischen Forschung?, in: Jukschat/Leimbach/Neubert (Hrsg.), *Qualitative Kriminologie, quo vadis? Stand, Herausforderungen und Perspektiven qualitativer Forschung in der Kriminologie*, Weinheim 2021, S. 88 (102 ff.).

mit der Frage, wie sich das (hohe) Alter²² oder der sozioökonomische Status des Angeklagten²³ auf die Strafzumessung auswirken. Eine Studie zur Strafzumessung bei verbaler Gewalt sowie eine gemeinsam mit dem KFN durchgeführte Untersuchung zu den Auswirkungen der gesetzlichen Änderungen in § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB sind in Vorbereitung. Drei abgeschlossene Projekte sollen hier genauer vorgestellt werden.

Johanna Kunze untersuchte die Frage, welche Umstände die Strafzumessung bei Mordverurteilungen beeinflussen. Grundsätzlich führt die Verurteilung wegen Mordes zwar ohne jedes Ermessen zu lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 211 Abs. 1 StGB), aber die spätere Aussetzung des Strafrests kann bei besonderer Schwere der Schuld zeitlich hinausgeschoben werden (§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB), und bei Vorliegen gesetzlicher Strafmilderungsgründe wie verminderter Schuldfähigkeit (§§ 21 StGB) kann die absolute Strafe nach unten geöffnet werden (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB). *Kunze* wertete in ihrer Untersuchung sämtliche Verurteilungen aus, die in Deutschland in den Jahren 2013 und 2014 nach allgemeinem Strafrecht wegen vollendeten Mordes ergangen waren. Insgesamt lagen ihrer Auswertung 185 Urteile zugrunde, in denen 196 Angeklagte wegen der Tötung von 221 Personen verurteilt worden waren.²⁴

Aus der Vielzahl der Befunde soll hier nur auf die Ergebnisse zur besonderen Schwere der Schuld eingegangen werden. Für 42 Angeklagte (21,4 %) wurde die besondere Schwere der Schuld im Urteil festgestellt. Es zeigte sich, dass dieser Erschwerungsgrund vor allem dann angenommen wird, wenn mehrere Personen getötet werden, wenn es weitere Personen gibt, bei denen die Tötung versucht worden ist, wenn zwei Mordmerkmale verwirklicht worden sind (niedrige Beweggründe und Heimtücke), wenn es sich um Zufallsoffer handelt, wenn der Angeklagte rücksichtslos vorgegangen ist und wenn er eine erhebliche Zahl an Vorstrafen (zehn oder mehr) aufweist.²⁵ Die ersten beiden Faktoren machen dabei deutlich, dass die Gerichte mit der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld dem

22 *Poltrock*, Gleichbehandlung oder altersentsprechende Differenzierung: Brauchen wir ein besonderes „Altersstrafrecht“?, *Mönchengladbach* 2013, S. 374 ff.

23 *Kolsch*, Ungleichheit (Fn. 9), S. 394 ff.

24 *Kunze*, Strafzumessung bei Mord: Eine empirische Untersuchung zur Rechtsfolgenentscheidung bei Verurteilungen wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht in den Jahren 2013 und 2014, Berlin u.a. 2021, S. 161.

25 *Kunze*, Strafzumessung (Fn. 24), S. 231, 245; vgl. aus jüngerer Zeit hierzu auch *Goldmann/Zähringer*, Die Umstände von Gewicht bei der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld: Eine Analyse von Mordurteilen im Zeitraum 2000-2020, *Mschr-Krim* 2023, 100 ff.

Umstand Rechnung tragen, dass bei der lebenslangen Freiheitsstrafe keine Gesamtstrafenbildung möglich ist; eine härtere Strafe als die lebenslange Freiheitsstrafe gibt es in Deutschland nicht (§ 54 Abs. 1 Satz 1 StGB). Ebenfalls sachgerecht erscheint es, wenn die Gerichte mit der Feststellung die besondere Verwerflichkeit der Tat, die in der Verwirklichung von zwei Mordmerkmalen zum Ausdruck kommt, das rücksichtslose Vorgehen und die hohe Zahl an Vorstrafen berücksichtigen. Auch dies sind gängige Strafschärfungsgründe. Auffällig ist allerdings der Befund, dass bei der Entscheidung auch die Täter-Opfer-Beziehung verarbeitet und die besondere Schuldschwere vor allem dann festgestellt wird, wenn sich die Tat gegen ein Zufallsopfer, also vor allem gegen unbekannte Personen gerichtet hat. Die aus der Istanbul-Konvention von 2011 bekannte Forderung, dass es gerade umgekehrt strafschärfend berücksichtigt werden sollte, wenn sich die Tat gegen derzeitige oder frühere Partnerinnen gerichtet hat (Art. 46) – was heute als geschlechtsspezifisches Motiv in § 46 Abs. 2 StGB sogar gesetzlich normiert ist –, spiegelt sich in diesem Befund nicht wider.

Einer besonderen Fallkonstellation ging *Mira Behnsen* in ihrer Arbeit zur Strafzumessung bei Neonatizid nach. Sie knüpfte mit ihrer Untersuchung an das Datenmaterial an, das das KFN in einem Projekt zu Tötungsdelikten erhoben hatte, die an Kindern unter 6 Jahren begangen und in den Jahren 1997 bis 2006 bekannt geworden waren.²⁶ In 199 Fällen, etwa einem Drittel der Fälle, handelte es sich um die Tötung von Neugeborenen. In 100 dieser Neonatizide kam es zu einer Verurteilung der Mutter; in drei Fällen wurden neben der Mutter weitere Personen (Kindsvater, Großeltern) verurteilt. Zwei Drittel der Täterinnen wurden nach allgemeinem Strafrecht, ein Drittel nach Jugendstrafrecht verurteilt. *Behnsen* interessierte sich ausschließlich für die Strafmaße, die die Gerichte bei den Müttern ausgesprochen hatten. Rechtspolitisch war diese Frage deshalb von Interesse, weil der Gesetzgeber 1998 den früheren § 217 StGB aufgehoben hatte, der Mütter, die ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt getötet hatten, privilegierte, indem er für die Taten Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren, in minder schweren Fällen von 6 Monaten bis 5 Jahre vorsah.²⁷

Auch hier seien nur einige wenige Ergebnisse herausgegriffen. *Behnsen* stellte fest, dass für die Strafzumessung den gesetzlichen Strafraumen die

26 Höynck/Behnsen/Zähringer, Tötungsdelikte an Kindern unter 6 Jahren in Deutschland: Eine kriminologische Untersuchung anhand von Strafverfahrensakten (1997-2006), Wiesbaden 2015.

27 Behnsen, Strafzumessung bei Neonatizid, Wiesbaden 2023, S. 82 f., 85.

größte Bedeutung zukommt, in den die Gerichte die Tat nach der Aufhebung von § 217 StGB a.F. einordnen, ob sie die Tat also als Totschlag (§ 212 Abs. 1), als minder schweren Fall des Totschlags (§ 213 StGB) oder als Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) bewerten. Lässt man die tatbestandliche Einordnung unberücksichtigt, erwiesen sich für die Strafzumessung vor allem drei Umstände als maßgeblich: die Tötung mehrerer Kinder (Mehrfachneonazid), die besondere Verantwortlichkeit, die die Gerichte angesichts des Ausfalls anderer Schutzpersonen der Mutter beimaßen, und die verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB), die sie der Mutter für die Ausnahmesituation der Entbindung zubilligten. Soweit nicht auf die Strafhärte, sondern auf die Zahl der ausgeurteilten Monate als abhängige Variable abgestellt wurde, erwies sich zusätzlich als bedeutsam, ob die Täterinnen Schwierigkeiten in der Erwerbstätigkeit hatten: Täterinnen mit Problemen in diesem Bereich wurden etwas härter bestraft also solche ohne Auffälligkeiten, was sich als Hinweis auf ein vom Gericht als problematisch empfundenes Sozialverhalten interpretieren ließ.²⁸ Die Ergebnisse waren insgesamt unspektakulär, machten aber deutlich, dass sich die entscheidenden Weichenstellungen nach der Aufhebung von § 217 StGB von der Rechtsfolgende auf die Tatbestandsseite und dabei insbesondere auf die Annahme eines minder schweren Falls (§ 213 StGB) verlagert hatten.

Mit einem ganz anderen Deliktsbereich beschäftigte sich *Anna Weiterer*. Sie untersuchte, an welchen Gesichtspunkten sich die Strafzumessung bei Vollrausch (§ 323a StGB) orientiert. Wegen Vollrauschs wird bestraft, wer sich durch alkoholische Getränke oder andere Mittel in einen Rausch versetzt und in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht, für die er wegen Schuldunfähigkeit nicht bestraft werden kann. Die im Rausch begangene Tat wird vom BGH als objektive Strafbarkeitsbedingung interpretiert; § 323a StGB gilt als abstraktes Gefährdungsdelikt. Die Rauschtat darf deshalb bei der Strafzumessung nur indirekt berücksichtigt werden: Bestraft wird der Rausch; die tatbezogenen Merkmale der im Rausch begangene Tat (Art, Umfang, Schwere und Gefährlichkeit, Folgen) dürfen nur als Indizien für die Gefährlichkeit des Rauschs gewertet werden.²⁹ Für die Untersuchung der Frage, wie die Tatgerichte mit diesen Maßgaben umgehen, wertete *Weiterer* 419 Verfahrensakten aus. Dabei handelte es sich

28 *Behnsen*, Strafzumessung (Fn. 27), S. 191, 213 ff.

29 BGHSt 1, 124 (125); 16, 124; 23, 375 (376); 38, 356 (361); *Hecker*, in: Eser et al., Schönke/Schröder StGB – Kommentar, 30. Aufl., München 2019, § 323a Rn. 29.

um eine Zufallsauswahl aus den insgesamt 1.011 Verurteilungen, die für 2018 im Bundeszentralregister ausgewiesen werden.³⁰

Weiterer stellte fest, dass bei Verurteilungen nach § 323a StGB der größte Einfluss auf die Strafzumessung von der Art und Schwere der Rauschtat ausgeht: Mit zunehmender Deliktschwere steigt nicht nur die Wahrscheinlichkeit, dass anstelle einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängt wird, sondern desto höher fallen auch das Strafmaß bei der Freiheitsstrafe und die Strafhärte aus. Allein mit der Schwere der Rauschtat wird mehr als ein Drittel der Varianz des Strafmaßes erklärt. Weitere Umstände wie die Höhe des verursachten Schadens, Wahnvorstellungen des Täters und die Anzahl der Vorstrafen wegen Vollrauschs wirken sich zwar ebenfalls strafschärfend aus, haben aber ein geringeres Gewicht. Andererseits wirkten sich die Umstände des Sich-Berauschns, insbesondere die Unterscheidung zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Sich-Berauschn, kaum auf das Strafmaß aus. In den schriftlichen Urteilsbegründungen spiegelten sich die statistischen Befunde dabei nicht wider. Die Gerichte werteten in den Urteilsgründen vor allem ein Geständnis bzw. Reue und Schuldeinsicht strafmildernd, was statistisch aber bedeutungslos war. Die qualitative Auswertung der schriftlichen Urteilsgründe machte darüber hinaus deutlich, dass die vom BGH für maßgeblich gehaltene Unterscheidung von tat- und täterbezogenen Merkmalen, deren Berücksichtigung bei der Strafzumessung entweder zulässig oder unzulässig ist, in der tatgerichtlichen Praxis fast immer offen gelassen und zum Teil sogar missachtet wird.³¹ Die Schlussfolgerung ist deshalb naheliegend, dass die „Indizkonstruktion“ des BGH für die tatrichterliche Praxis keine entscheidungsleitende Bedeutung hat; eine Reform des Tatbestands und insbesondere eine deutliche Verengung des gegenwärtigen Strafrahmens von § 323a StGB erscheinen rechtspolitisch angezeigt.

4. Einordnung

Der Überblick lässt erkennen, dass es bei der empirischen Strafzumessungsforschung nicht nur um akademische Spielereien geht, sondern dass den Ergebnissen auch eine rechtspolitische Relevanz zukommen kann. Zu

30 Weiterer, Strafzumessung (Fn. 11), S. 145 f., 172 f.; Kurzfassung in: Bliesener et al. (Hrsg.), Kriminalität und Kriminologie im Zeitalter der Digitalisierung, München-Gladbach 2023, S. 441 ff.

31 Weiterer, Strafzumessung (Fn. 11), S. 232 ff., 254 ff., 266 ff., 298 ff.

hohe Erwartungen dürfen dabei nicht angelegt werden; die Ergebnisse der am Lehrstuhl durchgeführten Untersuchungen haben – was einer größeren Verbreitung immer abträglich ist – keinen hohen Aufmerksamkeitswert. Verallgemeinernd lassen sich dennoch zwei Ergebnisse festhalten: Zum einen hat sich gezeigt – und lässt sich nun empirisch belegen –, dass in den schriftlichen Urteilsgründen nicht zwingend diejenigen Umstände genannt werden, die das Strafmaß tatsächlich bestimmt haben. Es gibt Konvergenzen und Divergenzen, die nicht allein darauf beruhen, dass die Gerichte von Gesetzes wegen schriftlich nur diejenigen Umstände zu benennen brauchen, die für die Zumessung der Strafe „bestimmend“ gewesen sind (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO). Berücksichtigt werden muss auch, welche kommunikative Funktion die schriftlichen Urteilsgründe haben: Sie wollen nicht die Öffentlichkeit – und schon gar nicht etwaige Forschende – darüber in Kenntnis setzen, welche Überlegungen tatsächlich das Strafmaß getragen haben, sondern sie wollen allein die Verfahrensbeteiligten darüber informieren, welche Umstände aus der Vielzahl theoretisch denkbarer Einflussfaktoren dem normativen Programm des Strafzumessungsrechts entsprechend ausgewählt und berücksichtigt worden sind. Adressat ist dabei auch nicht der Angeklagte: Er und die Saalöffentlichkeit werden in der mündlichen Urteilsbegründung in einer lebensnäheren Sprache, vielleicht auch mit Auslassungen und Rücksichtnahmen (vgl. § 268 Abs. 2 Satz 3 StPO, § 54 Abs. 1, Satz 2, Abs. 2 JGG), über die wesentlichen Erwägungen des Gerichts in Kenntnis gesetzt. Adressaten des schriftlichen Urteils sind in erster Linie die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung sowie, wenn Rechtsmittel eingelegt werden (vgl. § 267 Abs. 4 StPO), das Rechtsmittelgericht; ihre Aufgabe ist es, die Übereinstimmung der Entscheidung mit dem normativen Programm zu prüfen. Gerade wegen der Fehleranfälligkeit und potentiellen Aufhebbarkeit der Entscheidung werden die Urteilsgründe von den Gerichten im Zweifel eher knapp gehalten und auf das Wesentliche beschränkt. Dass in der empirischen Forschung Divergenzen mit den tatsächlich wirkenden Strafzumessungsfaktoren ermittelt werden, ist damit zwar erwartbar, erzeugt bei Fachleuten aber keine Aufregung.

Zum anderen hat sich in den empirischen Forschungen gezeigt, dass sich ein systematischer Einfluss sachfremder Gesichtspunkte, die sich zum tatbestandlichen Unrecht und seiner Vorwerfbarkeit nicht in Beziehung setzen lassen, in Strafzumessungsentscheidungen kaum nachweisen lässt. In den meisten Untersuchungen haben sich bei der Strafmaßentscheidung nur solche Merkmale statistisch durchgesetzt, die sich mit dem normati-

ven Programm unter Schuld- oder Präventionsgesichtspunkten erklären lassen, während sich Gesichtspunkte, die in der Öffentlichkeit gelegentlich im Zusammenhang mit Einzelfällen diskutiert werden, bei der statistischen Betrachtung bislang nicht als ausschlaggebend erwiesen haben. In der öffentlichen Debatte können zwei Aspekte für Aufregung sorgen: die Geschlechtsvariable und der Migrationshintergrund, etwa wenn geäußert wird, Straftaten gegen Frauen oder gegen Personen mit Migrationshintergrund würden zu milde, Straftaten, die von Personen mit Migrationshintergrund begangen werden, dagegen zu hart geahndet. Für beide Annahmen hat sich in den Untersuchungen kein Beleg finden lassen. Auch der sozio-ökonomische Status des Angeklagten wirkt sich im Übrigen nicht erst bei der Strafzumessung einflussnehmend aus, sondern schon bei der vorgelagerten Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Erledigung des Verfahrens: Bei wohlhabenden Beschuldigten werden die Verfahren häufiger nach § 153a Abs. 1 StPO gegen Zahlung einer Geldauflage eingestellt, während finanziell schlechter gestellte Beschuldigte *ceteris paribus* eher angeklagt werden.³² Lediglich in der Untersuchung von *Kunze*, in der zusätzlich auch nach der Relevanz von personenbezogenen Daten gefragt wurde, die aus dem Handbuch der Justiz ermittelbar waren, ließ sich beobachten, dass die Strafmaßentscheidungen mit dem Alter des Vorsitzenden und der Dauer seiner Diensttätigkeit variierten: Mit zunehmendem Alter wurden die Urteile milder.³³

Andere methodische Ansätze und andere Operationalisierungen mögen zu anderen Erkenntnissen führen. Die Deliktschwere wird in aktuelleren Untersuchungen zum Teil anders operationalisiert³⁴, und auch die Sanktionshärte wird teilweise anders erfasst.³⁵ Die am Lehrstuhl durchgeführten

32 *Kolsch*, Ungleichheit (Fn. 9), S. 275 ff., 351 ff.

33 *Kunze*, Strafzumessung (Fn. 24), S. 355 f.

34 Vgl. *Bliesener et al.*, Prozess- und Wirkungsevaluation der NRW-Initiative „Kurve kriegen“ – Abschlussbericht, Kiel 2015, S. 50 ff., 228 ff.; dieser Index wurde allerdings schon in der Arbeit von *Weiterer*, Strafzumessung (Fn. 11), S. 148 verwandt; ähnliches Vorgehen bei *Lauchs/Link/Lösel*, Die Erfassung der Deliktschwere in Evaluationsstudien zur Straftäterbehandlung: Entwicklung und Anwendung eines strafrahmenorientierten Ansatzes, *MschR/Krim* 2020, 300 ff.

35 Vgl. bereits *Höfer*, Sanktionskarrieren: Eine Analyse der Sanktionshärteentwicklung bei mehrfach registrierten Personen anhand von Daten der Freiburger Kohortenstudie, Freiburg i. Br. 2003, S. 36 ff., 96 ff.; sowie *Grundies*, Regionale Unterschiede in der gerichtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Analyse, in: *Hermann/Pöge* (Hrsg.), *Kriminalsoziologie: Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2018, S. 295 ff.

Arbeiten bilden deshalb nicht das „letzte Wort“. Dass sie die empirische Sanktionsforschung in Deutschland dennoch erweitert und bereichert haben, ist jedoch unverkennbar.

Rechtsvergleichende Bemerkungen zum hochautomatisierten und autonomen Fahren

Bernd H. Oppermann

Auch die Falsifikation ist ein Ergebnis, in mancher Sicht sogar das bessere. Vergleichbar mit dem „Innocent Anthropologist“, der zwecks Feldforschung nach Kamerun fuhr, um nach vielerlei Unbill erst final die Rezepte der Regenmacher kennen zu lernen,¹ begab ich mich während des seuchenbedingten Einreiseverbots für Schengenraum-Angehörige in die USA, um einige rechtsvergleichende Kontraste zu erforschen.²

Was das Recht des autonomen Fahrens betrifft, so erwies sich die Lage in den USA als uneinheitlich. Diese Sicht mag etwas plakativ sein, gibt es doch durchaus wohlmeinende Stimmen. So kannte man im Vergleich zu § 1a Abs. 2 StVG im Recht des US-amerikanischen Bundesstaates Kalifornien bereits zeitlich früher ein Inbetriebnahmerecht für Kfz mit vollautomatischen Fahrfunktionen.³ In Deutschland wurden bestehende Unklarheiten im materiellen Recht seit Mitte 2021, im Inbetriebnahmerecht für hochautomatisierte und autonome Fahrfunktionen spätestens seit Mitte 2023, umfassend beseitigt.⁴ In der Detailbetrachtung erhöht sich die Komplexität hiesiger Gesetze, insoweit es auch um die Integration von EU-Recht und von internationalen Vereinbarungen geht.⁵

Zunächst drängt sich die der technischen Innovation innewohnende Erwartung auf, dass, angesichts des Verkehrszuwuchses auf den Straßen mit erhöhten Unfallzahlen, die Entwicklung hin zum automatischen Fahren von Pkws, LKWs, Bussen und Bahnen für die verschiedenen Handlungs-

1 *Barley*, *The Innocent Anthropologist – Notes from a Mud Hut*, Long Grove, IL 1983.

2 Brandeis School of Law, Universität von Louisville, KY.

3 *Weise*, *Hochautomatisiertes Fahren in Deutschland und Kalifornien: Ein Vergleich der Anforderungen an die Ausführung der dynamischen Fahraufgabe im Inbetriebnahme- und Produkthaftungsrecht*, Frankfurt a.M. 2022 (Diss.).

4 §§ 1d ff. StVG. Maßgeblich für die Zulassung ist die *Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs-und-Betriebs-Verordnung (AFGBV)* vom 24.6.2022 (BGBl. I S. 986), geändert durch Artikel 10 der *Verordnung* vom 20.6.2023 (BGBl. I Nr. 199).

5 Insb. etwa: DVO 2022/1426 v. 5.8. 2022 mit detaillierten Regelungen zur Durchführung der Verordnung (EU) 2019/2144 im Hinblick auf die einheitl. Regelung von ADS; UN-VO Nr. 157 v. 22.1.2021 betr. ALKS.

systeme der Gesellschaft neue Möglichkeiten eröffnet. Neben dem Unfallschutz und der Unfallvermeidung lässt sich etwa an Menschen denken, für die sich bisher nicht gekannte Perspektiven zur Fortbewegung und sozialen Teilhabe eröffnen bzw. im Alter bewahren lassen. Auch bessere ökologische Lösungen wären denkbar. Den bemerkenswerten Chancen, welche mit jener Technikentwicklung erhofft werden, stehen gewisse Bedenken gegenüber.

Im Dreieck von Fahrzeughalter, Fahrer (zukünftig die „technische Aufsicht“) und Hersteller geht es um neuartige Pflichten, Risiken- und mithin Haftungszuteilung. Der deutsche Gesetzgeber hat dieses Gebiet, etwa durch das novellierte Straßenverkehrsgesetz (StVG), ergänzt durch AFGBV und TypengenehmigungsVO, im Vorfeld der technischen Realisierung bereits detailliert geregelt. Noch genereller betrachtet und mithin auch allgemein bekannt dürfte die Problematik der Ethik des „Unfallalgorithmus“ in der automatischen Phase des Fahrzeugs sein. Der Spaß an jener beliebten Diskussion wurde durch die relativ neue Vorschrift des § 1e Abs. 2 StVG teilweise abgeschnitten. Danach muss das Fahrzeug mit autonomer Fahrfunktion in der Lage sein, sich notfalls selbständig in einen risikominimalen Zustand zu versetzen. Für den Fall der unvermeidbaren Verletzung konkurrierender Rechtsgüter ist dem Schutz des Menschenlebens höchste Priorität einzuräumen. Hingegen ist bei „einer alternativen Gefährdung von Menschenleben keine weitere Gewichtung anhand persönlicher Merkmale“ vorzusehen.

Hingegen gab es derartige Grundentscheidungen zumindest auf föderaler Ebene des US-amerikanischen Rechts noch nicht. Überhaupt ist der föderale Gesetzgeber der USA bei der Regelung des vollautomatisierten und autonomen Fahrens zurückhaltend.⁶ Initiativen zur Rechtsvereinheitlichung waren bisher nicht erfolgreich,⁷ sodass es bei den Gesetzen der Bun-

6 Gurney, *Automated Vehicle Law: Legal Liability, Regulation, and Data Security*, Chicago 2020. Seine Darstellung der Materie als „bundesstaatlicher Flickenteppich“ ist bis dato richtig.

7 S. etwa: *Shepardson*, US House panel looks to revive legislation on self-driving cars, Reuters v. 19.7.2023, <https://www.reuters.com/technology/us-house-panel-looks-revive-stalled-self-driving-legislation-sources-2023-07-19> (Stand: 30.11.2023) sowie *Grigorian et al.*, Congress Takes Steps to Revive Legislation Regulating Autonomous Vehicles, National Law Review v. 13.2.2024, <https://www.natlawreview.com/article/congress-takes-steps-to-revive-legislation-regulating-autonomous-vehicles>; *Bullard/McMiller/Reilly*, 2023 Legislative and Regulatory Developments Affecting Autonomous Vehicles, JD Supra v. 13.9.2023, <https://www.jdsupra.com/legalnews/2023-legislative-and-regulatory-8118895> (Stand: 6.12.2023).

desstaaten mit erheblichen Entwicklungsunterschieden bleibt. Eine gewisse Vereinheitlichung ist von der *Common Law* Rechtsprechung zu erwarten. Auch insoweit erwies sich die Lage als unbefriedigend, weil es wenig Rechtsprechung zum autonomen Fahren gibt, Urteile gar durch Vergleiche vermieden werden. Zwar ist das Thema in der US-amerikanischen Aufsatzliteratur bereits lange bekannt, indessen kann von einer geschlossenen rechtlichen Behandlung des innovativen Feldes keine Rede sein; sieht man von Spezialfragen wie der Produkt- und Produzentenhaftung ab.

Ganz anders in Deutschland und Europa. Das Recht des hochautomatisierten und autonomen Fahrens mag als ein Grenzbereich zum Recht der künstlichen Intelligenz einschließlich der Robotik erscheinen, wenngleich verbunden mit viel Verkehrsrecht. Im Gegensatz zu den USA herrscht für den KI-Sektor, ebenso wie für das automatisierte Fahren, hierzulande wie in Europa deutliche Regelungsfreude, sodass wegweisende gesetzgeberische Innovationen entstanden sind.⁸ Nicht nur vom Verkehrsrecht her, auch von anderen Rechtsgebieten, wie dem Markt- und Wettbewerbsrecht, dem Datenrecht- und Datenschutzrecht, werden Neuerungen auf nationaler und europäischer Ebene in Gesetzesform gebracht. Daneben finden sich freilich die traditionellen bürgerlich-rechtlichen Bereiche des Vertragsrechts, des vertraglichen Haftungsrechts, des Produkt- und Produzentenhaftungsrechts, welche forensischen Anpassungsdruck erzeugen und ebenfalls zu gesetzgeberischen Novationen führen.

Vorrangige Aufmerksamkeit erfährt wohl richtig das Haftungsrecht. Wer neu auf mögliche Vor- und Nachteile des autonomen Fahrens stößt, wird, nach Überwindung des eingangs erwähnten ethischen Aufregers, auch aus Laienperspektive die Haftungsproblematik erkennen. Wer zahlt für Schäden, die ein fahrerloses Fahrzeug verursacht hat,⁹ fragt es sich ganz so, als gäbe es in Deutschland keine Halterhaftung und keine Pflichtversicherung.

8 Sog. KI-VO, COM/2021/206 final, begleitet vom Vorschlag einer aktualisierten EU-Produkthaftungs-Richtlinie sowie einem Vorschlag für eine KI-Haftungsrichtlinie, beide vom 28.9.2022, COM/2022/496 final, COM/2022/495 final.

9 *Hanisch*, Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, Baden-Baden 2014, S. 27 ff.; *Spindler*, Zivilrechtliche Fragen beim Einsatz von Robotern, in: Hilgendorf (Hrsg.), ebd., S. 63 ff. (65 f.); *Villasenor*, Products Liability and Driverless Cars: Issues and Guiding Principles for Legislation, 2014, <https://www.brookings.edu/research/products-liability-and-driverless-cars-issues-and-guiding-principles-for-legislation> (Stand: 30.11.2023), S. 7 ff.; *Gasser*, Legal Issues of Driver Assistance Systems and Autonomous Driving, in: Eskandarian (ed.), Handbook of Intelligent Vehicles, Vol. 2, London u.a. 2012, S. 1519 (1523 ff.).

Auch für die Haftung in der automatischen oder autonomen Phase bleibt das vorerwähnte Dreieck von technischer Aufsicht, Halter und Hersteller nach der neuen Gesetzeslage, §§ 1d-1l StVG, relevant. Die Fahrerhaftung nach § 18 StVG spielt in modifizierter Form noch eine Rolle. Der Grundsatz ist aber, was den Schutz der Allgemeinheit und der konkreten Verkehrsteilnehmer betrifft, keineswegs allein maßgebend, sondern findet seine Grenzen in der Konzeption des Halterhaftungskonzepts nach § 7 StVG wie der dazugehörigen Pflichtversicherung nach §§ 1, 2 KfzPflVG.¹⁰ Die neue Gesetzeslage zielt u.a. auf eine bessere Verteilung des Pflichtenkanons der beim automatisierten und autonomen Fahren beteiligten Akteure und zeitigt damit auch Konsequenzen im Haftungsrecht. Im Lichte jener Regelungen wird die Frage fokussiert, ob in erster Linie die technische Aufsicht oder der Hersteller des Fahrautomaten rechtlich verantwortlich ist.¹¹ Soweit nicht eine reine Versicherungslösung verfolgt wird, sollte nicht allein dem Hersteller bzw. dem selbständigen Elektronik- und Software-Zulieferer jedes Risiko für die neue Technologie über Direktansprüche aufgebürdet werden. Darüber hinaus wäre die einseitige Verlagerung aller Risiken des autonomen Fahrens ein Innovations-, Investitions- und damit Wettbewerbshindernis.¹² Die 2021 - 2023 eingeführten Novellen von StVG und AFGBV sind wegweisende Lösungen deutschen Rechts im Dreieck zwischen Fahrer bzw. technischer Aufsicht, Fahrzeughalter und Hersteller.¹³

Ein deutscher Alleingang wäre aber europarechtlich fragwürdig, soweit die anderen Mitgliedstaaten nicht dem Vorbild folgen wollten und der freie Warenverkehr im EU-Binnenmarkt durch strengeres Recht beeinträchtigt

10 S. diskursiv dazu: Gasser, Legal Issues (Fn. 9), S.1528 f.; v. Bodungen/Hoffmann, Autonomes Fahren – Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain?, NZV 2016, 449 (450 f.); Teubner, Digitale Rechtssubjekte?, AcP 218, 155.

11 Diese Erwägung kann bereits im Normalbetrieb eines schadhafte Kraftfahrzeugs eine Rolle spielen, wird interessanter beim Einsatz komplexer Fahrassistenzsysteme der Stufen 1 und 2, wichtig für Stufe 3, und unumgänglich ab der antizipierten Stufe 4 des automatisierten Fahrens. Die verwendeten Automatisierungsstufen beziehen sich auf den SAE-Standard J3016.

12 Wyatt, Manufacturers Won't Bear All Liability for Driverless Vehicles, Law360 v. 26.8.2019, <https://www.law360.com/articles/1191712/manufacturers-won-t-bear-all-liability-for-driverless-vehicles> (Stand: 21.11.2023). Ökonomisch-juristische Analyse bei: Abraham/Rabin, Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era, Virginia Law Review 2019, 127; Soh, Towards a Control-Centric Account of Tort Liability for Automated Vehicles, Torts Law Journal 2021, 221.

13 Details verbieten sich im hier gegebenen Rahmen, s. ausf. in: Oppermann/Buck-Heeb (Hrsg.), Autonomes Fahren: Rechtshandbuch, 3. Aufl., München 2024.

ist. Auch die Europäische Union sieht die Haftungsproblematik bei autonomen Fahrsystemen zumindest mittelbar.¹⁴ Weit spektakulärer, haben das Europäische Parlament und der Rat eine Verordnung über Künstliche Intelligenz beschlossen, um bestehende Vorschriften für das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme und die Verwendung entsprechender Systeme zu harmonisieren.¹⁵ Das tangiert auch das Recht vollautomatischer und autonomer Fahrzeuge; insb. wird in Art. 24 des Entwurfs statuiert, dass der Produkthersteller die Verantwortung dafür trägt, dass die Konformität des betreffenden Hochrisiko-KI-Systems mit der KI-Verordnung gewährleistet ist; zudem hat er dieselben Pflichten, die auch dem Anbieter in den vorgenannten Artikeln des Entwurfs zugeschrieben werden. Ähnliche Pflichten werden in Art. 26 ff. des Verordnungsentwurfs für Importeure, Händler, Nutzer und sonstige Dritte aufgestellt. Die Schwäche des Entwurfs liegt u.a. in der Durchsetzung durch die Mitgliedstaaten und im Absehen von individueller Haftung. Dennoch kann sich eine Ausstrahlungswirkung der KI-Verordnung nach mitgliedstaatlichem Deliktsrecht ergeben. Zudem wird die deliktische Haftung bezüglich künstlicher Intelligenz im Vorschlag einer KI-Haftungsrichtlinie konkretisiert. Ihrem Absatz 1 nach enthält diese Bestimmungen über die Offenlegung von Beweismitteln betreffend Hochrisiko-KI-Systeme mit dem Ziel, es einem Kläger zu ermöglichen, einen außervertraglichen verschuldensunabhängigen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch zu begründen und die Beweislast bei der Geltendmachung außervertraglicher verschuldensabhängiger zivilrechtlicher Ansprüche vor nationalen Gerichten in Bezug auf Schäden, die durch ein KI-System verursacht wurden, zu regeln.¹⁶ Damit würde eine Gefährdungshaftung für Hochrisiko-KI-Systeme etabliert werden, welche auch autonome Fahrzeuge erfasst.¹⁷ Dies betrifft das deutsche Verkehrsunfallrecht freilich nicht unmittelbar. Indessen werden sich zunehmend Probleme mit der Vereinbarkeit

14 *Reinking/Giebler*, Kauf- und Unfallrecht bei batteriebetriebenen Elektrofahrzeugen und Fahrerassistenzsystemen, NJW 2021, 583 (587) – s. etwa: EU-RL 2019/771 (Kaufrechts-Richtlinie) und 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie).

15 S. Fn. 8.

16 Mit dem Inkrafttreten müssten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ihre Gerichte befugt sind, auf Klägerantrag und Vorliegen der Voraussetzungen den Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen zur Offenlegung einschlägiger Beweismittel zu seinem System zu veranlassen (Art. 3 Abs. 1). Art. 4 des Entwurfs normiert eine widerlegbare Vermutung eines ursächlichen Zusammenhangs bei Verschulden.

17 *Wagner*, Produkthaftung für autonome Fahrzeuge – die zweite Spur der Straßenverkehrshaftung, NJW 2023, 1313 (1316).

von etwaigen Produktbeobachtungs- und Entwicklungspflichten aus dem stetig wachsenden Produkthaftungsrecht und dem Datenschutzrecht ergeben.¹⁸ Nicht zuletzt wird zukünftig der Vorschlag einer Novelle der EU-Produkthaftungs-Richtlinie eine Rolle spielen.¹⁹

In Kalifornien hat zwar jüngst ein Instanzgericht über einen Unfall während der Automatisierungsphase für den Hersteller und damit gegen den Fahrer/Halter entschieden, ein hierzulande in der Presse diskutiertes Urteil, welches aufgrund fallspezifischer Besonderheiten freilich nicht überbewertet werden sollte.²⁰ Wie erwähnt, sind die vorgeschlagenen Sicherheitsstandards für das autonome Fahren in den USA kein föderales Gesetz geworden; die Zulassung und das Recht hochautomatisierter Fahrzeuge blieb Sache der Mitgliedstaaten.²¹ Einen formalisierten allgemeinen rechtlichen Standard für hochautomatisiertes und autonomes Fahren gibt es in den USA nicht, ebenso wenig vereinheitlichte Standards für technische Sicherheit, Cybersicherheit und für den Datengebrauch. Die Hoffnung auf eine Vereinheitlichung nach den Kongresswahlen 2023 hat sich nicht realisiert.²² Gleiches gilt für Initiativen des föderalen Department of Transportation (DOT), für die National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) und die Federal Motor Carrier Safety Administration (FMCSA). Die

18 *Daute/Süthhoff*, Vereinbarung von Produktbeobachtungspflicht und Datenschutz beim autonomen Kraftfahrzeug, *EuZW* 2023, 500.

19 Vorschlag für eine EU-Produkthaftungsrichtlinie, COM/2022/495 final.

20 Erster Prozess zu „Autopilot“-Unfall: Tesla kann sich aus der Verantwortung ziehen, *LTO* v. 1.11.2023, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/usa-tesla-autopilot-unfall-haftung> (Stand: 30.11.2023). S. hingegen die Produkthaftungsstreitigkeit zu Schäden aus einem automatischen Sitzgurtsystem, in der der Hersteller aus beweisrechtlichen Gründen obsiegte, *Honda of America MFC, Inc. v. Norman*, COA Texas, Houston (1st Dist.), 104 S.W.3d 600 (2003). Darin wird keine Tendenz zugunsten des Produzenten bei automatisierten Vorgängen zu sehen sein.

21 *Harding/Jones/Moellenberg/Paez/Rabkin/Tait/Taylor*, Autonomous Vehicles: Legal and Regulatory Development in the United States (Jones Day Whitepaper), <https://www.jonesday.com/en/insights/2021/05/autonomous-vehicles-legal-and-regulatory-developments-in-the-us> (Stand: 6.12.2023), S. 5-8. So limitiert der Federal Aviation Administration Authorization Act („FAAAA“) bundesstaatliche Standards, 49 U.S.C. § 14501(c)(1). Auch für andere Regeln mit Wirkung auf den Verkehr: *Rowe v. New Hampshire Motor Transp. Ass'n*, 552 U.S. 364, 370 (2008). Der FAAAA verbietet explizit einzelstaatliche Regulierung der behandelten Rechtsfragen, 49 U.S.C. § 14501(c)(2).

22 *Shepardson*, U.S. House lawmakers look to jump-start self-driving legislative push, *Reuters* v. 8.8.2022, <https://www.reuters.com/business/autos-transportation/us-house-lawmakers-look-jump-start-self-driving-legislative-push-2022-08-08/> (Stand: 30.11.2023).

überwiegende Zahl der US-Bundesstaaten vermag zwar Gesetzgebung in Referenz zum automatisierten Fahren aufzuweisen oder kann auf Exekutivmaßnahmen mit unterschiedlicher Eingriffsintensität rekurrieren.²³ So gab es im untersuchten Zeitraum Bundesstaaten, welche die neue Technologie auf den Straßen relativ innovationsfreudig zugelassen haben (Arkansas, California, Indiana mit Ohio, Maryland, Michigan, Mississippi, Nevada, North Carolina). Einige jener sowie weitere Bundesstaaten planten gerade erweiterte rechtliche Möglichkeiten autonomer Technologie, wobei die Ausgangslevel untereinander unterschiedlich waren (Alabama, California, Illinois, Kentucky, Massachusetts, Missouri, Nebraska, New York, Nevada, Tennessee).²⁴ Zur Spitzengruppe werden etwa Kalifornien,²⁵ Nevada und Arizona gezählt, während sich die Gesetzgebungsaktivitäten manch anderer Mitgliedstaaten auf Einzelaspekte wie sog. Platooning oder nurmehr die Einrichtung einer wiss. Kommission beziehen. Die Tendenz geht hin zu mehr Regulierung. So hat die föderale NTSB nach einem dramatischen Unfall bereits im Jahr 2018 den Bundesstaaten empfohlen, die Regelungsdichte für die Sicherheit hochautomatisierten Fahrens zu erhöhen. Das Interesse scheint sich zugleich auf Erhaltung des investitionsfreundlichen Klimas für die Automobilindustrie zu richten. Die sachliche wie geographische Inhomogenität für das Recht hochautomatisierten Fahrens kann daneben freilich auch negative Effekte hinsichtlich der Investitionen haben, weil die Unsicherheit über zukünftige Zulassungsvoraussetzungen eben kostet. Zudem sind Maßnahmen bzgl. denkbarer weiterer Kosten für sog. Cybersecurity und Datensicherheit, abgesehen von regionalen Projekten, bisher wenig entwickelt.

Der rechtliche Rahmen wird im Übrigen durch das gemeine Vertrags- und Deliktsrecht gesetzt. Erst im Zuge der Streitpraxis erwägen die Gerichte, ob die herkömmlichen Regeln etwa bei Unfällen für hochautomatisierte

23 *The National Conference of State Legislatures*, Autonomous Vehicles State Bill Tracking Database, <https://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-legislative-database.aspx> (Stand: 30.11.2023). Von den Initiativen hat bisher keine den Gesetzgebungsprozess überstanden.

24 *Bullard et al.*, Developments (Fn. 7).

25 Kalifornien reguliert das Testen und den Einsatz automatisierter Fahrzeuge durch Gesetz, s. Cal. Veh. Code § 38750(d) (Autorisierung des Department of Motor Vehicles (DMV)); Cal. Code Regs. tit. 13, §§ 227.00-227.54 (Testen hochautomatisierter Fahrzeuge); Cal. Code Regs. tit. 13, §§ 228.00-28 (Einsatz hochautomatisierter Fahrzeuge). Seit 2021 werden von der DMV (CA) Genehmigungen zum Testen/Einsatz automatisierter Kfz erteilt.

Fahrzeuge im Verkehr zu ändern sind oder nicht. Was die Haftung betrifft, so müssen Anspruchsteller nachweisen, dass der Anspruchsgegner seine Pflichten schuldhaft verletzt und damit Schaden verursacht hat. Einen Gefährdungshaftungstatbestand wie ihn gerade das deutsche Recht für die Halterhaftung kennt, gibt es daneben nicht. Damit sind Fahrer für Unfälle mit ihrem Fahrzeug im Sinne der Verschuldenshaftung verantwortlich, es sei denn, evidente (Hersteller-)Fehler an ihrem Fahrzeug waren gegeben. Für die Phasen des hochautomatisierten Betriebs bleiben Fragen offen; denn ohne zurechenbare Fahrereigenschaft in der vollautomatisierten Phase ab Level 3 kann die Verschuldenshaftung unbefriedigende Ergebnisse zeitigen, soweit andere Ursachen wie Herstellungsfehler oder schlechte Wartung ausgeschlossen werden können. Ein langfristiges Ziel besteht auch in den USA darin, die Fehler durch menschliches Handeln auszuschließen, weil diese die weitaus häufigste Ursache für Unfälle im Straßenverkehr bilden. Wohl ist die Fahrlässigkeitshaftung hinreichend, um im weitesten Sinne schadensstiftende Pflichtverletzungen dem Hersteller oder Händler zuzurechnen. Die Kernfrage allerdings ist damit nicht gelöst, ob nämlich das Verhalten des Fahrzeugs im vollautomatischen Betrieb noch dem Fahrer zugerechnet werden kann, oder ob dies je für Hersteller, Leasinggeber, Leihwagenfirma etc. erfolgen muss. Selbstverständlich ist ungeachtet des politischen Willens der Gefahrvermeidung durch Automatisierung keine dieser Lösungen, wenn man etwa an die Tiergefahr denkt, die schließlich dem Tierhalter zugerechnet wird. Im Schrifttum wird vorsichtig spekuliert, ob die Schaffung von Verkehrspflichten sich auch auf den Vertrieb wegen schwacher Produktinformationen erstreckt, ob sie die fehlende Schulung der Konsumenten oder gar die fehlerhafte Herstellung bzw. Zulieferung automatischer Systeme erfasst. Streitig ist auch, ob derartige Pflichten dritt-schützende Wirkung haben.²⁶

Aus kontinentaler Sicht wenig überraschend ist die Common Law Haftung. Im Ansatz kommen auch hier vertragliche und deliktische Ansprüche in Betracht, wobei letztere in Form der Produkt- und Produzentenhaftung im Vordergrund stehen.²⁷ Was die Produkthaftung betrifft, so sind Hersteller, Zulieferer von Komponenten und Verkäufer deliktisch verantwortlich, wenn sie defekte Produkte in den Verkehr bringen, auch wenn sie die

26 *Harding et al.*, *Autonomous Vehicles* (Fn. 21), S. 9.

27 *Gurney*, *Automated Vehicle Law* (Fn. 6), S. 123 ff.; *Harding et al.*, *Autonomous Vehicles* (Fn. 21), S. 11 ff.

erforderliche Sorgfalt beachtet haben.²⁸ Das gilt freilich für automatisierte Fahrzeuge, wobei die interessante Fallgruppe die Konstruktionsfehler (sog. design defects) sind.²⁹ Nun kommt es auch im Common Law auf die Umstände des Falles an, um eine deliktische Schadenshaftung aus fahrlässiger Pflichtverletzung begründen zu können. Zwar gibt es für automatische Fahrzeuge abstrakt betrachtet keine Besonderheit, konkret aber kann der Aufwand, solange nicht Stufe 5 der Automatisierung erreicht ist, groß sein, wenn festzustellen sein wird, ob die automatischen Funktionen des Fahrzeugs überhaupt in Betrieb waren, welchen Einfluss sie auf den Unfallhergang und den Schaden hatten oder ob gar fehlerhafte Funktionen der Automatik zu verzeichnen waren. Für fehlerhafte Konstruktion, Herstellung oder Informationsdefizite besteht strikte Produkthaftung der Hersteller, Händler und Verkäufer. Hinzu treten ggf. auf Betrug und irreführenden Angaben basierte Ansprüche. Weiter kommen freilich vertragliche Ansprüche, insb. aus Gewährleistung in Betracht. Signifikante Urteile mit Fahrzeugen in der Automatisierungsphase gibt es in den USA relativ wenige, zumal die Hersteller zur außergerichtlichen Streitbeilegung neigen.³⁰

Ohne föderale Regelung sollen sich Standards zum Umgang des Herstellers mit den Risiken insb. des Datengebrauchs und der Datensammlung sowie der Cybersicherheit bilden. Mittel dazu sind Vereinbarungen über das Risiko der Transaktionen, erlaubte vertragliche Haftungsausschlüsse, die Mitwirkung bei der Schaffung günstiger Industriestandards, die Datensammlung durch das Fahrzeug selbst und die Verlagerung des Risikos über Versicherungslösungen. Die elektronischen Datenerhebungen zur Sicherstellung von Beweisen sind geeignet, die Prozessrealität bei Deliktshaftungsverfahren zu verändern. Tritt etwa ein mechanischer Fahrzeugmangel auf, wird der Zugang zu den Fahrzeugdaten wichtig, weil sie den Zugang zu den Ursächlichkeiten als Haftungsvoraussetzungen bieten. Neben Produkt- und Serviceverbesserung wird sich die Datensammlung der Hersteller nach den materiellen und prozessualen Haftungsvoraussetzungen zu richten haben, etwa die Erhebung relevanter Fahrzeugdaten sowie Daten des Unfallhergangs und des Unfallortes. Im Rahmen ggf. vorhandener Vorschriften

28 Restatement (Second) of Torts § 402A (American Law Inst. 1965); Restatement (Third) of Torts: Prod. Liab. § 2 (American Law Inst. 1998); mit ökon. Begr., s. *Zamora v. Mobil Corp.*, 704 P.2d 584 (Wash. 1985).

29 *Harding et al.*, *Autonomous Vehicles* (Fn. 21), S. 11 ff.

30 *Hudson v. Tesla, Inc.*, 2018-CA-011812-O (Fla. Cir. Ct. Oct. 30, 2018); *Nilsson v. Gen. Motors LLC*, 4:18-cv-00471 (N.D. Cal. 2018); *Cruz v. Talmadge, Calvary Coach, et al.*, 244 F. Supp. 3d 231 (D. Mass. 2017).

oder Industriestandards werden die Hersteller bestimmte Typen von Daten durch das Fahrzeug generieren und speichern bzw. übertragen lassen. Daten werden bereits durch die technischen Funktionen hochautomatisierter Fahrzeuge erhoben, wie Bremsen, Beschleunigung, Steuern und Erkennung; noch viel mehr gilt dies für den Einsatz von Radar und Kamera und der kombinierten Wirklichkeits-Rekonstruktion durch das Fahrzeug und die dokumentierten Reaktionen des Fahrers. Im Hintergrund geht es hier um eine Fortsetzung der alten Blackbox-Diskussion, freilich in einem weit komplexeren Zusammenhang des Gesamtgeschehens, welches in seinen Details rekonstruierbar wird.

Im Hinblick auf den automatischen Betrieb von Fahrzeugen ab der Stufe 4 werden interessante Entscheidungen zu erwarten sein. Es wird diskutiert, ob sich im Hinblick auf die deliktische Verschuldenshaftung ein Paradigmenwechsel anbahnen könnte. Da die USA eine Halterhaftung nicht kennen, besteht deliktisch lediglich die Wahl zwischen Fahrerhaftung einerseits und Produkt- bzw. Produzentenhaftung andererseits, jeweils mit den entsprechenden Versicherungslösungen.³¹ Das kann bei höheren Automatisierungsstufen zunehmend problematisch werden. Sowohl das Verschulden wird sich, wenn das Fahrzeug die Produktionsstelle ohne Beanstandungen verlassen hat und im automatischen Betriebsmodus einen Unfall erleidet, nur schwer zuordnen lassen. Auch der Fehlerbegriff könnte in Fällen hochautomatisierter Fahrzeuge und ihrer Software strapaziert werden.³² Einige meinen daher, dass sich für automatisierte Fahrzeuge der Stufe 4 und 5 die deliktische Haftung in den USA ändern müsse.³³ Bei anderen Stimmen

31 *Abraham/Rabin* (Fn. 12), *Virginia Law Review* 2019, 139 ff.

32 A.A., s. *Geistfeld*, *A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation*, *California Law Review* 2017, 1611 (1612).

33 *Boeglin*, *The Costs of Self-Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort Liability in Autonomous Vehicle Regulation*, *Yale Journal of Law & Technology* 2015, 171; *Graham*, *Of Frightened Horses and Autonomous Vehicles: Tort Law and its Assimilation of Innovations*, *Santa Clara Law Review* 2012, 1241; *Hubbard*, "Sophisticated Robots": *Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, *Florida Law Review* 2014, 1803; *Chang*, *Obamacars: Applying an Insurance Mandate to Manufacturers of Fully Autonomous Vehicles*, *The George Washington Law Review* 2019, 973; *Abbott*, *The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability*, *The George Washington Law Review* 2018, 1; *Zipp*, *The Road Will Never Be the Same: A Reexamination of Tort Liability for Autonomous Vehicles*, *Transportation Law Journal* 2016, 137.

findet sich eine Feindifferenzierung im Hinblick auf das Verhalten der künstlichen Intelligenz in Stufen 4 und 5.³⁴

Wegen Systemunterschieden lässt sich der Vergleich zum deutschen Recht selbst bei gemeinsamem Rechtsinstitut nicht ohne Weiteres herstellen. Hierzu zwei Beispiele: Zum einen unterscheidet sich vielfach die Wertung, hier etwa bei der Produkthaftung. Der sog. Risiko-Nutzen-Test³⁵ als Methode der Haftungszurechnung ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gerichte den ökonomischen Nutzen des Produkts mit seinen Schadensrisiken abwägen. Vorgeblich spielen mehr objektive Faktoren, wie Realisierbarkeit, Risiken, Kosten und Vorteile einer neuen Technologie eine Rolle.³⁶ Das dritte *Restatement of Torts* verlangt weiter einen Nachweis alternativer Produktgestaltungen, um eine objektive begründete Aussage über die sinnvolle Auswahl seitens des Herstellers (*design choice*) treffen zu können.³⁷ Der Honda-Haftungsfall im Hinblick auf die Wahl der einzubauenden Sitzgurte ist ein Beispiel dafür.³⁸

Als zweites Beispiel für Systemunterschiede mag eine typische Schwierigkeit dienen, welche ironischerweise dadurch entstehen kann, dass der föderale Gesetzgeber gerade tätig wird und die Materie ganz oder teilweise regelt. In der Folge könnte die Common Law Anspruchsverwirklichung durch das Instrument der *Preemption* verloren gehen.³⁹ Akte föderaler

34 Gurney, Automated Vehicle Law (Fn. 6), S. 184, 185-200.

35 Restatement (Third) of Torts: Prod. Liab. 2 (1998), comment g. S. weiter: Branham v. Ford Motor Co., 390 S.C. 203, n. 11, 701 S.E.2d 5, n. 11 (S.C. 2010); Perkins, The Increasing Acceptance of the Restatement (Third) Risk Utility Analysis in Design Defect Claims, Nevada Law Journal 2004, 609; Harding et al., Autonomous Vehicles (Fn. 21), S. 11 – a.A.: Aubin v. Union Carbide Corp., 177 So. 3d 489 (Fla. 2015); Robinson v. S.D. Brandtjen & Kluge, Inc., 500 F.3d 691, 698 n.2 (8th Cir. 2007); Nevada Supreme Court in Ford Motor Co. v. Trejo, 402 P.3d 649 (Nev. 2017). Kritisch zum Risiko-Nutzen-Test m.w.N.: Smith, Changing Trend: Risk-Utility May No Longer Be the Favored Test for Design Defect Claims, JD Supra v. 9.7.2018, <https://www.jdsupra.com/legalnews/changing-trend-risk-utility-may-no-46942>.

36 In Honda of Am. Mfg. Inc. v. Norman, 104 S.W.3d 600, 602-03 (Tex. App. 2003) ging es um die Frage, ob eine alternative Ausführung eines Sitzgurts den tödlichen Unfall im Wasser verhindert hätte. Das Gericht wandte den Risiko-Nutzen-Test an, sah, dass das eingesetzte System eines der besten seiner Art war und verneinte die Haftung des Herstellers.

37 Restatement (Third) of Torts: Prod. Liab. 2 (1998), comment b.

38 Honda of Am. Mfg. Inc. v. Norman, 104 S.W.3d 600, 602-03 (Tex. App. 2003).

39 Williamson v. Mazda Motor of America, Inc., 562 U.S. 323 (2011): Der Supreme Court hatte entschieden, dass die Standards der föderalen NHTSA strengere bundesstaatliche Regeln nicht ausschließen und mithin für den deliktischen Anspruch gegen Autohersteller wegen Schadensersatz für Verletzungen durch defekte Sitzgurte

Gesetzgebung zur Haftung für hochautomatisierte Fahrzeuge können qua *Preemption*-Doktrin die Deliktslitigation beherrschen. Man mag Anzeichen für diese Entwicklung in einzelnen Rechtsakten in der Kasuistik sehen.⁴⁰ Bisher sind föderale Vorschriften, soweit für das hochautomatisierte Fahren vorhanden, allgemein genug gehalten, um Herstellern die Wahl der Entsprechung zu überlassen. Diese Regelungsabsicht erkannte auch der Supreme Court hinsichtlich der haftungsrelevanten Frage, ob neben Sitzgurten automatische Air Bags in das Kfz hätten eingebaut werden müssen und sah strengeres Recht durch die föderale Vorschrift impliziter verdrängt.⁴¹ Im Hinblick auf den Typ der Sitzgurte wurde die Gestaltungsfreiheit des Herstellers nicht als föderale Zwecksetzung erkannt. Mithin war *Preemption* durch liberalisierende föderale Vorschriften zu verneinen, sodass die strengere bundesstaatliche Regelung im Rahmen der deliktischen Anspruchsprüfung zugrunde gelegt wurde.⁴² Eine freie Wahl der Erfüllung der Standards hätte nur bei expliziter Äußerung durch das Gesetz bestanden.⁴³ Das Problem scheint nicht unähnlich dem der Regeln des Inneren Marktes der EU zu sein und verlangt für sich adäquate Lösungsstrategien. Zwar mag es gute Ergebnisse bringen, wenn der föderale Gesetzgeber auf die Herausbildung von Industriestandards wartet, indessen besteht bis dahin strikte Produkt- und Produzentenhaftung unter dem Common Law,⁴⁴ womit die Einzelstaaten und ihre Gerichte eine bestimmende Rolle spielen. Angesichts der Herausforderungen der Materie kann sich das Abwarten als problematisch erweisen.⁴⁵

keine „preemption“ gegeben war. Allg. zur Preemption: *Altria Group v. Good*, 555 U.S. 70 (2008). Zu Preemption als Verfassungsdoktrin: *Merriam*, Preemption as a Consistency Doctrine, *William & Mary Bill of Rights Journal* 2017, 981, <https://scholarship.law.wm.edu/wmboj/vol25/iss3/10>.

40 S. ausdrücklich in 49 U.S. Code § 30103. In *Geier v. American Honda Motor Co., Inc.*, 529 U.S. 861 (2000) hat der US Supreme Court Preemption durch den Federal Motor Vehicle Safety Act („FMVSA“) erkannt.

41 *Geier v. American Honda Motor Co., Inc.*, 529 U.S. 861 (2000).

42 *Williamson v. Mazda Motor of America, Inc.*, 562 U.S. 323 (2011).

43 So der gescheiterte Gesetzentwurf H.R. 8350, 116th Cong. (2020). Der sog. Latta-Entwurf sollte Bundesstaaten hindern, vom Föderalstandard abweichende Gesetze betr. die Gestaltung, Konstruktion oder den Betrieb hochautomatisierter Fahrzeuge zu erlassen. Rationaler sei die Bildung privater Industriestandards und deren föderale Vereinheitlichung, s. z.B. zur streitigen Lautstärke eines Eisenbahn-Signalhorns vor einem privaten Bahnübergang, welche über die „Preemption“-Doktrin entschieden wurde: *Ryder v. Union Pac. R.R. Co.*, 945 F.3d 194, 203 (5th Cir. 2019).

44 *Macpherson v. Buick Motor Co.*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

45 *Williamson v. Mazda Motor of America, Inc.*, 562 U.S. 323 (2011).

Jenseits von Systemunterschieden gibt es in den USA eine interessante Diskussion über die Einrichtung von Kompensationssystemen für hochautomatisierte Fahrzeuge ab der Stufe 4, welche nur als föderale Lösung funktionierten. Hierfür werden in erster Linie Fahrzeughersteller und Zulieferer in den Blick genommen.⁴⁶ Gerade bei der Immunität der am automatisierten Fahren Beteiligten scheiden sich die Geister erheblich. Neben MER als weitgehendem Ansatz gibt es Vorschläge für eine hybrid verschuldensunabhängige Risikoversicherung.⁴⁷ Weiter wurde versucht, das NVICP Modell zu nutzen, d.h. ein föderales Gesetz zur Kompensation von Impfschäden (1986) mit Kompensationsfonds. Freilich sind die Sachgebiete einander fern. Daher wird bezweifelt, dass ein der pharmazeutischen Industrie vergleichbares Haftisiko selbst für hochautomatisiertes Fahren der Stufen 4 oder 5 besteht.⁴⁸ Ein anderer Vorschlag zielt auf die Erweiterung bestehender steuerbasierter Haftfonds auf Schäden aus automatisiertem Fahren.⁴⁹ Selbst dem Price-Anderson-Act (1957) betr. Nuklearanlagen werden Anregungen entnommen: Es geht um ein Sicherheitssystem, welches zweigleisig auf einer privaten Haftpflichtversicherung und auf einer Wertgarantie pro erfasster Anlage beruht. Für automatisierte Fahrzeuge, so die Idee, sollen Hersteller proportionale Risikoanteile in einen öffentlichen Fonds einzahlen.⁵⁰ Fraglich bleibt, ob das Schadensrisiko hochautomatisierter Fahrzeuge mit Atommeilern vergleichbar ist.⁵¹

Während der Fokus der öffentlichen Wahrnehmung des automatischen Fahrens zunächst das Haftungsrecht betraf, war von den marktrechtlichen Gesichtspunkten weniger die Rede. Erst in jüngerer Zeit treten angesichts offensichtlicher Effekte der KI- und Digitalwirtschaft auch Marktstruktur

46 *Pearl*, Compensation at the Crossroads: Autonomous Vehicles & Alternative Victim Compensation Schemes, William & Mary Law Review 2019, 1827 (1878); *Davola*, A Model for Tort Liability in a World of Driverless Cars: Establishing a Framework for the Upcoming Technology, Idaho Law Review 2018, 591 (596); *Gurney*, Automated Vehicle Law (Fn. 6), S. 202.

47 *Blunt*, Highway to a Headache: Is Tort-Based Automotive Insurance on a Collision Course with Autonomous Vehicles?, Willamette Law Review 2017, 107 (132).

48 *Gurney*, Automated Vehicle Law (Fn. 6), S. 204 f.

49 *Schroll*, Splitting the Bill: Creating a National Car Insurance Fund to Pay for Accidents in Autonomous Vehicles, Northwestern University Law Review 2015, 803.

50 *Colonna*, Autonomous Cars and Tort Liability: Why the Market Will “Drive” Autonomous Cars Out of the Marketplace, Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet 2012, 81.

51 *Gurney*, Automated Vehicle Law (Fn. 6), S. 205 f.

und Marktverhalten mächtiger Akteure in den Blick.⁵² Die Pionierarbeit der Aufarbeitung der rechtlichen Bewältigung in Europa und in Deutschland ist bis heute als weiter fortgeschritten anzusehen.⁵³ Auf föderaler Ebene hat sich in den USA im Jahre 2023 auch in dieser Beziehung wenig getan, was in Zukunft nach allem nicht so bleiben sollte.⁵⁴ Nicht alle der bundesstaatlichen Rechtsentwicklungen betr. des hochautomatisierten und autonomen Fahrens stehen für eine Liberalisierung; manche Einzelstaaten regeln die Gefahren der neuen Technologie klar restriktiv.⁵⁵ Die föderale und bundesstaatliche Regelungsdichte und -Einheitlichkeit ist ungeachtet aller Vereinheitlichungsversuche bisher niedrig.⁵⁶

Manche der Probleme, welche hier zu Lande unter der Rubrik des hochautomatisierten und autonomen Fahrens verhandelt werden, finden rechtliche Entsprechung im Bereich der vertraglichen und gesetzlichen Haftung,⁵⁷ beim Datenschutz⁵⁸ und Datenverkehr. Erst mit dem Umweg

-
- 52 Dazu gab es allerdings zum Zeitpunkt dieser Untersuchung noch nicht viel, s. *Gurney*, *Automated Vehicle Law* (Fn. 6), S. 427; *Harding et al.*, *Autonomous Vehicles* (Fn. 21). Die Wettbewerbsproblematik des automatisierten Fahrens findet sich im Zusammenhang mit jenen Monographien allenfalls am Rande thematisiert, hingegen wurde sie in den USA im Kontext der Diskussion um KI und Robotik erkannt.
- 53 Explizit in: *Oppermann*, Marktrechtliche Fragestellungen im Kontext automatisierter und autonomer Fahrzeuge, in: ders./Buck-Heeb (Hrsg.), *Autonomes Fahren* (Fn. 13), Kap. 3.2.
- 54 *Bullard et al.*, *Developments* (Fn. 7); Debbie Dingell Press Releases, Dingell, Latta Host Bipartisan Autonomous Vehicle Caucus Launch Event, 21.9.2022, <https://debbie.dingell.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3655> (Stand: 6.12.2023).
- 55 Überblick bei: *Gurney*, *Automated Vehicle Law* (Fn. 6), S. 101 ff.; *Laukkonen*, *Are Self-Driving Cars Legal in Your State?*, *Lifewire* v. 13.7.2021, <https://www.lifewire.com/are-self-driving-cars-legal-4587765> (Stand: 6.12.2023); *Bullard et al.*, *Developments* (Fn. 7).
- 56 Inaktivität des föderalen Gesetzgebers sehen: *Laukkonen*, *Self-Driving Cars* (Fn. 55); *Harding et al.*, *Autonomous Vehicles* (Fn. 21), S. 5 f.; *Bullard et al.*, *Developments* (Fn. 7).
- 57 *Auto Teria, Inc. v. Ahern*, 170 Ind. App. 84 (Ind. Ct. App. 1976), 352 N.E. 2d 774 (Haftung für automatische Auto-Waschanlage); *Williamson v. Mazda Motor of America*, 562 U.S. 323 (2011) (Fehlfunktion eines automatischen Sitzgurtsystems); *Honda of America Man. Inc. v. Norman*, 104 S.W.3d 600 (Tex. App. 2003) (richtiges automatisches Sitzgurtsystem in einem sinkenden Kfz). Allgemeiner dazu s. *Abraham/Rabin* (Fn. 12), *Virginia Law Review* 2019, 127; *Davola* (Fn. 46), *Idaho Law Review* 2018, 591; *Gurney*, *Automated Vehicle Law* (Fn. 6), S. 123 ff.; *Wyatt*, *Manufacturers* (Fn. 12).
- 58 *Geier v. American Honda Motor Co., Inc.*, 529 U.S. 861 (2000) (Fehler im automatischen Airbag System); *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014) (Strafrecht, Beweis von Straftaten über ausgelesene Daten eines privaten Mobiltelefons); *Cahen v. Toyota Motor Corp.*, 147 F. Supp. 3d 955 (N.D. Cal. 2015) und 717 Fed. Appx. 720 (9th Cir.

über allgemeine Debatten zur Künstlichen Intelligenz gilt dies auch für die hier behandelten Fragen der Markt- und Wettbewerbsordnung.⁵⁹ Insoweit findet sich Rechtsprechung neben anderen Rechtsgebieten auch im Wettbewerbsrecht.⁶⁰ Weit eher gelangten Haftungsverfahren wegen Schäden durch automatisierte Teilfunktionen oder gar während der automatisierten Fahrphase vor Gericht.⁶¹ Nicht nur deshalb lohnt sich der Blick auf die US-amerikanische Entwicklung eines Bewusstseins für wettbewerbsbezogene Rechtsfragen im abstrakten Zusammenhang autonomer Maschinen, auch als KI oder Robotik adressiert. Bezogen auf das Marktgeschehen besteht hier durchaus akademisches Problembewusstsein,⁶² wenngleich Gesetzge-

2017) (Gewährleistungsstreit über die abstrakte Hacking-Gefahr); *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206 (2018) (Datenspeicherung, Privatsphäre); *State v. West*, 548 S.W.3d 406 (Mo. Ct. App. 2018) (Datensicherheit bei automatischem Kontrollmodul ECM); *Reid*, Your Privacy on the Road: What is Collected and How it is Utilized, *Journal of Law and Technology at Texas* 2022, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4482899 (Stand: 21.11.23).

- 59 *Olmo Rodriguez*, Artificial Intelligence Law: Applications, Risks and Opportunities, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 2021, 701; *Stein*, Assuming the Risks of Artificial Intelligence, *Boston University Law Review* 2022, 979.
- 60 *Cahen v. Toyota Motor Corp.*, 147 F. Supp. 3d 955 (N.D. Cal. 2015) and 717 Fed. Appx. 720 (9th Cir. 2017) (Gewährleistungsstreit über die abstrakte Gefahr, dass das automatisierte Kfz gehackt werden könnte); *SC Innovations, Inc. v. Uber Techs., Inc.*, 2020, U.S. Dist. LEXIS 77397 m.w.N.; *Pluspass, Inc. v. Verra Mobility Corp.*, 2021, U.S. Dist. LEXIS 201843 (Wettbewerbsache auf dem Markt für elektronische Maut-Zahlungssysteme für Leihwagen).
- 61 *Molander v. Tesla Inc.*, RIC2002469, California Superior Court, Aug. 25, 2023; Obgleich jene instanzgerichtliche Entscheidung als Sieg der neuen Technik gefeiert wird, ist vor Verallgemeinerung zu warnen; denn der Fahrer stand unter Alkoholeinfluss und die Jury war nicht davon überzeugt, dass die automatische Fahrfunktion aktiviert war, s. *Nayak*, Tesla Wins First Jury Trial Over Fatal Autopilot Crash, *Bloomberg Law* v. 31.10.2023, <https://news.bloomberglaw.com/esg/tesla-prevails-in-first-jury-trial-over-fatal-autopilot-crash> (Stand: 21.11.2023).
- 62 S. bereits: *Katz/Shapiro*, Network Externalities, Competition, and Compatibility, *The American Economic Review* 1985, 424; *Ezrachi/Stucke*, The Darker Sides of Digital Platform Innovation, *WuW* 2023, 382; *Orbach*, The Friction Paradox: Intermediaries, Competition, and Efficiency, *Antitrust Bulletin* 2023, 234; *Mehra*, Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms, *Minnesota Law Review* 2015, 1323; *Harrington/Harker*, Developing Competition Law for Collusions by Autonomous Price-Setting Agents, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3037818 (Stand: 6.12.2023); *Baker*, Protecting and Fostering Online Platform Competition: The Role of Antitrust Law, *Journal of Competition Law and Economics* 2021, 493; *Khan*, The Separation of Platforms and Commerce, *Columbia Law Review* 2019, 973.

bungsprojekte nicht so weit gediehen sind wie in Europa.⁶³ Was die Möglichkeit der Falsifikation betrifft, so fehlt bisher leider der Rückschluss dieser Wettbewerbsmaterie auf das vollautomatisierte und autonome Fahren.

Nun muss eine uneinheitliche und geringere Regelungsdichte aus hiesiger Sicht nicht zwingend als Nachlässigkeit der US-amerikanischen föderalen und bundesstaatlichen Gesetzgeber zu verurteilen sein. Es ist ebenso gut vertretbar, die deutliche Zurückhaltung als Nichteinmischung in noch nicht abgeschlossene Innovationsprozesse zu werten. Die Herausbildung eines Industriestandards kann diesem Ziel unter Umständen förderlicher sein als aufoktroierte Gesetze. Von einem Flickenteppich mag in diesem Zusammenhang die Rede sein; je nach Standpunkt kann auch eine Rolle spielen, Innovation und Produktion nicht durch vorschnelle Gesetzgebungsprojekte beschädigen zu wollen.

Um zur Beobachterperspektive zurückzukehren, entspricht die triviale tägliche Erfahrung beim Forschen in der Fremde ja ohnehin nicht dem Marketing der schönen Digitalwelt. So bemühte sich der Verfasser dieser Zeilen mit technisch teils mangelhaften traditionellen Leihwagen, die 12 Meilen zwischen Appartementhotel und dem durch die idyllisch gelegene Gastfakultät freundlich zur Verfügung gestellten Büro mit seinen Forschungsmöglichkeiten zurückzulegen. Der tägliche Kampf auf dem vielspurigen Fern- und Stadtautobahnssystem von Louisville hinterließ am Straßenrand apokalyptische Spuren von Autowracks, Reifen und anderen Teilen der Verlierer. Die raue Wirklichkeit des Fahrens konnte gleichwohl nicht die Eindrücke einer im Grunde charmanten amerikanischen Großstadt verderben.

63 So das US-Department of Justice in: *United States v. Google*, <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-plaintiff-states-v-google-llc> (Stand: 21.11.23); *Cicilline et al.*, House Lawmakers Release Anti-Monopoly Agenda for “A Stronger Online Economy: Opportunity, Innovation, Choice”, press release, 11.6.2021, sowie die Grds. d. sog. „Blueprint for an AI Bill of Rights“ (2022) seitens des Weißen Hauses, bei dem es an Verbindlichkeit fehlt, <https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights>.

Digitale Verwaltung in Deutschland. Strukturelle Herausforderungen, aktueller Stand und disruptive Wirkungen der Digitalisierung der Verwaltung in einem komplexen föderalen System

Timo Rademacher

Dass die Fortschritte im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung das Recht nicht unberührt lassen würden, hat man in Hannover denkbar früh realisiert: Bereits 1978 gründete *Wolfgang Kilian* die Forschungsstelle für Informationstechnologie, die im Jahr 1983 zum Institut für Rechtsinformatik ausgebaut werden sollte. Dem Institut gehören mittlerweile fünf zivil- und öffentlich-rechtliche Professuren – einschließlich meiner eigenen – an und ihm sind zahlreiche Doktoranden- und Mitarbeiterstellen zugeordnet. Man wird also durchaus sagen dürfen: Die Juristische Fakultät in Hannover ist in diesem zukunftssträchtigen Bereich wissenschaftlich ausgezeichnet aufgestellt.

Das kann man für den Rest des Landes leider so nicht sagen; jedenfalls nicht, sofern man den Fokus auf die Digitalisierung speziell der *Verwaltung* richten möchte, wie ich es im Folgenden tun werde.¹ Obwohl (oder vielleicht gerade weil?²) die rechtliche und rechtswissenschaftliche Begleitung der Digitalisierungsbemühungen der deutschen und zunehmend auch der europäischen Verwaltung quantitativ betrachtet mittlerweile kaum noch zu wünschen übrig lässt, ist der tatsächliche Stand der Digitalisierung unbefriedigend. An diesem nüchternen Realbefund ist kein Vorbeikommen, sollen die rechtlichen Herausforderungen – die hier naturgemäß im Vordergrund stehen werden – richtig erfasst und eingeordnet werden.

1 Der vorliegende Aufsatz baut auf meinem Beitrag zu Band VII des Handbuchs des Verwaltungsrechts auf und ergänzt einige kritische bzw. (vermutlich) kontroverse Überlegungen; vgl. daher auch *Rademacher*, Organisation der digitalen Verwaltung, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. VII, Heidelberg 2025, § 212 (i.E.). In leicht modifizierter Form liegt diesem Beitrag zudem ein Vortrag zugrunde, den ich auf Einladung von Professor Hiroki Harada am 2.3.2024 an der Universität Kyoto, Japan, halten durfte. Eine japanische Übersetzung des Vortrags erscheint vsl. im Jahr 2025.

2 Zu diesem vielleicht provokanten Gedanken siehe unten, nach → Fn. 26.

I. „Verwaltungsdigitalisierung“ – nur ein praktisch wichtiges, oder auch ein rechtswissenschaftlich spannendes Thema?

Das Thema, um das es hier gehen soll, ist also eigentlich nicht *die digitale Verwaltung in Deutschland*, sondern man müsste richtigerweise sagen: die *Digitalisierung der Verwaltung in Deutschland*, denn bislang *ist* die deutsche Verwaltung noch bei weitem nicht durchgängig digital. Als ich nun dieses Thema einem Kollegen nannte, als er mich fragte, wozu ich schreiben will, erwiderte er spontan: Warum ich denn nicht zu einem interessanten Thema schreiben wolle. Er korrigierte sich sogleich, meinte, dass die Verwaltungsdigitalisierung praktisch und wirtschaftlich ja durchaus wichtig und interessant sei – also, e contrario, dachte ich mir: rechtlich eher unwichtig und uninteressant?

Erste Impulse sind authentisch, aber nur manchmal richtig. In diesem Fall war der erste Impuls eindeutig falsch. Mein Anliegen mit meinem Beitrag ist es, dem verehrten Leser und der verehrten Leserin zu zeigen, warum ich das Thema für *sehr* spannend halte.

Dafür will ich zunächst einen knappen Überblick über den Stand der Digitalisierung der Verwaltung in Deutschland geben – rechtlich wie auch tatsächlich (dazu → II.). Anschließend und vor allem will ich dann anhand von drei Schlaglichtern aufzeigen, warum die Digitalisierung ganz fundamentale – disruptive – Auswirkungen auf zentrale Determinanten des deutschen Verwaltungsrechts und auch des deutschen Verfassungsrechts haben kann – warum die Digitalisierung der Verwaltung also durchaus kein bloßes Spezialistenthema für Rechtspraktiker ist, sondern ein spannendes Thema für das öffentliche Recht insgesamt. Dazu dann unter → III.

II. Der rechtliche und der tatsächliche Status quo in Deutschland

Zunächst soll es also um den rechtlichen und tatsächlichen Stand der Digitalisierung der Verwaltung in Deutschland gehen.

1. Der rechtliche Ausgangspunkt:

Bund, Bundesländer und in Grenzen auch die Kommunen sind je selbst für die Digitalisierung ihrer Verwaltungen zuständig (und das kann nicht funktionieren...)

Der rechtliche Ausgangspunkt findet sich im Grundgesetz und genauer gesagt in der Kompetenzordnung, die das Grundgesetz errichtet. Auch für die digitale Verwaltung gilt hier zunächst, dass es grundsätzlich Aufgabe und Befugnis der einzelnen Verwaltungsträger – das heißt: von Bund und Bundesländern und in Grenzen auch der Kommunen – ist, ihre Organisation und ihre Verfahren eigenverantwortlich zu regeln (Art. 83 ff. GG). Neben diese Trennung der Ebenen in vertikaler Hinsicht tritt – in horizontaler Hinsicht – das Ressortprinzip, d.h. auf den jeweiligen Ebenen ist es grundsätzlich Aufgabe des Fachressorts (Ministeriums), Verfahren und Organisation der nachgeordneten Behörden mehr oder weniger frei festzulegen.³

Abgesichert wird diese Trennung durch ein grundsätzliches Verbot der sogenannten „Mischverwaltung“.⁴ Das heißt vor allem, dass Bund und Länder nicht einfach gemeinsame Behörden oder sonstige operative Einheiten schaffen dürfen, in denen sie zusammenarbeiten. Das soll für Zurechnungsklarheit sorgen, sowohl demokratisch (bei Wahlen) als auch rechtsstaatlich (im Fall von Rechtsschutzbegehren gegen Verwaltungsentscheidungen; in beiden Fällen: Wer – Bund, Land, Kommune – ist verantwortlich dafür, dass etwas – angeblich – nicht funktioniert hat?). Und damit ist dann Art. 79 Abs. 3 GG auf den Plan gerufen, soll heißen: Einfach so und komplett abschaffen darf das Verbot der Mischverwaltung selbst der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht; er darf es nun punktuell modifizieren (dazu sogleich mehr).

Diese grundsätzliche Trennung der Ebenen – Bund, Bundesländer, Kommunen (die Europäische Union lasse ich bewusst einmal außen vor, aber auch aus dieser Richtung kommen wichtige Digitalisierungsimpulse⁵

3 Hierzu Rademacher, Organisation (Fn. 2), Rn. 28 m.w.N.

4 Für die Finanzverwaltung gilt Art. 108 Abs. 4 S. 1 GG, der eine Mischverwaltung erlaubt, „wenn und soweit dadurch der Vollzug der Steuergesetze erheblich verbessert oder erleichtert wird“. Speziell S. 3 der Norm erlaubt verbindliche Vorgaben im Feld der IT-Kooperation, dazu Kube, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 57. Ed., München 2024, Art. 108 GG Rn. 4. Zur Mischverwaltung auch schon Rademacher, Organisation (Fn. 2), Rn. 6, 15, 22 ff.

5 Hierzu Rademacher, Organisation (Fn. 2), Rn. 7, 29, 40.

wie auch Digitalisierungshindernisse⁶⁾ – diese grundsätzliche Ebenentrennung also hat(te) für die Digitalisierung der Verwaltungen erhebliche Nachteile: Wenn jede Verwaltungseinheit ihre eigenen digitalen Lösungen entwickeln und betreiben soll, ist das einerseits so teuer, dass insbesondere die Kommunen und auch kleinere Bundesländer mit den Kosten überfordert wären; und zudem wäre ohne Koordination dieser Entwicklungen fast sicher, dass die einzelnen IT-Systeme und Softwarelösungen miteinander *nicht* kompatibel wären, womit folglich auch eine Kommunen-, Länder- und Bundesebenen übergreifende Kommunikation massiv erschwert wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere aus datenschutzrechtlichen Gründen, aber auch aus Gründen der von vielen mittlerweile sogenannten „digitalen Souveränität“,⁷ auf dem Markt von privaten, meist US-amerikanischen Unternehmen angebotene IT-Lösungen skeptisch betrachtet werden.

Die Lösung für die genannten Probleme ist bzw. wäre es, *erstens* zentrale IT-Lösungen ebenenübergreifend vorzuhalten (der Begriff dafür lautet mittlerweile „Basisdienste“⁸⁾, oder *zweitens*, wenn aus föderalen Gründen auf so viel Zentralisierung verzichtet werden soll, dann doch immerhin einheitliche oder zumindest interoperable IT-Lösungen, insbesondere einheitliche IT-Standards, zu definieren, an die sich alle Ebenen halten müssen. Aber auch Letzteres, also die einheitlichen Standards, stoßen dann, wenn sie generell gelten sollen (und nicht auf einzelne Sachkompetenz-Bereiche beschränkt, in denen der Bund durchaus vereinheitlichende Vorgaben machen darf⁹⁾, wenn die Vorgaben also generell für alle Verwaltungstätigkeiten in Deutschland gelten sollen, dann setzt die Kompetenzordnung des Grundgesetzes dem eigentlich engste Grenzen. Wie gerade gesagt: *Eigentlich* liegt es in der Hoheit der einzelnen Aufgabenträger, ihre Verwaltungsvorgänge und ihre Verfahrensorganisation eigenverantwortlich zu regeln.

6 Zu nennen ist hier insbesondere das unionale Datenschutzrecht, zukünftig dürfte zudem die KI-Regulierung der EU die Digitalisierung der Verwaltung bremsen und v.a. teurer machen.

7 Zu diesem Konzept insgesamt *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung: Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild, Tübingen 2020, passim.

8 Dazu *Rademacher*, Organisation (Fn. 2), Rn. 47 m.w.N.

9 Sachaufgabenspezifisch vereinheitlichende Vorgaben des Bundes gibt es bereits jetzt viele, siehe für eine Liste *Wismeyer* (Fn. 5), Art. 91c Rn. 12, dort auch Fn. 57. Wichtig ist zudem die im Zuge der OZG-Reform („OZG 2.0“) im Sommer 2024 vorgesehene Ende-zu-Ende-Digitalisierung nicht nur für die Bundesverwaltung, sondern auch für die Landesverwaltungen, sofern diese Bundesgesetze ausführen; siehe § 6 Abs. 1 bzw. Abs. 3 EGOVG n.F.

Jenseits von freiwilligen Kooperationen und Koordinationen¹⁰ und von sehr eng begrenzten Ausnahmen¹¹ sind zentrale Vorgaben also nicht zulässig – bzw. richtiger: Sie waren nicht zulässig, das Grundgesetz wurde nämlich in den vergangenen knapp 15 Jahren sukzessive ergänzt, um speziell im Feld der Digitalisierung eben doch verbindliche Koordinationsformen bzw. teilweise sogar echte Zentralisierungen beim Bund zu schaffen. Dazu jetzt im Anschluss.

2. Gezielte Modifikationen des Grundgesetzes:

Ebenenverschränkung durch verfestigte Kooperationen und kompetenzuelle Hochzonungen (insbesondere Art. 91c GG)

Dass es nicht wirklich gut funktionieren würde, nur in ausgewählten Sachkompetenzbereichen zentrale Vorgaben zu machen und ansonsten auf rein freiwillige Kooperationen zu setzen, war auch dem Grundgesetzgeber relativ früh klar: Es braucht, wie gesagt, zumindest institutionalisierte, das heißt verfestigte, Kooperationsformen mit verbindlichen Befugnissen über die Ebenen hinweg. Um diese zu ermöglichen, wurde bereits 2009 Art. 91c in das Grundgesetz eingefügt.

Hier ist nun nicht der Ort, um die Norm im Detail zu beschreiben,¹² dafür ist sie zu komplex geraten – zwei zentrale Aussagen können hier aber referiert werden und sind für uns im Weiteren wichtig:

Erstens dürfen Bund und Länder nun recht umfassend „bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken“, womit klargestellt wurde, dass freiwillige Kooperationen jedenfalls zulässig sind. Das regelt Art. 91c Abs. 1 GG. Wichtig ist, dass die Norm mit ihrem Absatz 2 aber noch einen wichtigen, wenn auch aus Gründen des Föderalismus immer

10 Freiwillige Bund-Länder- und/oder Ressort-übergreifende Kooperationen, z.B. in den Kommissionen der Fachministerkonferenzen, sind auch ohne verfassungsrechtliche Absicherung zulässig, hierzu *Wismeyer* (Fn. 5), Art. 91c Rn. 5.

11 Folgt man BVerfGE 119, 331 (367), dann ist eine Abweichung vom Prinzip der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung (d.h. Wahrnehmung „mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation“, a.a.O., 364 Rn. 151) nur, aber immerhin dann zulässig, wenn ein besonderer Sachgrund vorliegt und die Heranziehung einer an sich unzuständigen Stelle gegenständlich eng begrenzt ist. Jedenfalls die zweite Voraussetzung ist bei der beabsichtigten vollständigen Digitalisierung der Verwaltung nicht erfüllt, dazu auch schon *Rademacher*, Organisation (Fn. 2), Rn. 22 m.w.N.

12 Hierzu vielmehr ausf. *Rademacher*, Organisation (Fn. 2), Rn. 22 ff.

noch vorsichtigen Schritt weitergeht: Bund und Länder dürfen nun in einem eigens dafür geschaffenen IT-Planungsrat gemeinsam IT-Standards und -Sicherheitsanforderungen festlegen, und zwar – das ist im föderalen System die kleine Sensation – nach dem Mehrheitsprinzip. Diese Standards sind dann wirklich für alle Ebenen (auch die Kommunen) verbindlich; wohlgemerkt: soweit das „für die Kommunikation zwischen [den] informationstechnischen Systemen“ erforderlich ist. Die Binnenbereiche der jeweiligen Verwaltungen bleiben von dieser verbindlichen Kooperation also ausgenommen.

Für uns wichtig ist *zweitens* eine weitere Änderung des Grundgesetzes aus dem Jahr 2017. Mit ihr wurde Art. 91c GG um einen fünften Absatz ergänzt. Er enthält nun eine echte kompetenzrechtliche Zentralisierung, indem dem Bund – unter Vorbehalt der Zustimmung des Bundesrates – die Kompetenz gegeben wurde, den „übergreifende[n] informationstechnische[n] Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern“ zu regeln. Was sehr technisch klingt (und in der Ausführung im Detail dann sicherlich auch sehr technisch ist), beinhaltet eine starke Bundeskompetenz, indem nämlich dem Bund die Befugnis gegeben wird, den sogenannten *Portalverbund* zu regeln und zu errichten. Damit darf der Bund nach zutreffender Ansicht von den Ländern und auch den Kommunen nicht nur verlangen, dass sie ihre bereits *digitalisierten* Verwaltungsleistungen über das vom Bund geschaffene Web-Portal zugänglich machen – und dafür eben die IT-Standards beachten müssen, die der Bund dafür vorgibt. Sondern er darf *auch* verlangen, dass bisher nicht digital verfügbare, also noch analoge Verwaltungsleistungen digital verfügbar gemacht werden.¹³

Wichtig, nochmals: Grundsätzlich darf der Bund damit immer noch nicht verlangen, dass auch die Prozesse im Binnenbereich der jeweiligen Verwaltungen digitalisiert werden, also vor allem anstelle von Papier die elektronische Aktenführung eingeführt werde.¹⁴ Aber wenn die jeweiligen Verwaltungsleistungen nach außen, also zum Bürger oder zum Unternehmen hin, digital angeboten werden müssen, dann, so steht zu hoffen, wird das einen erheblichen faktischen Druck auf die jeweiligen Verwaltungsträ-

13 Dazu, mit weiteren Nachw. zum Streitstand, Rademacher, Organisation (Fn. 2), Rn. 26.

14 Anders aber, wie schon gesagt, soweit die Länder Bundesgesetze ausführen. Hier erlaubt § 6 Abs. 3 EGovG n.F. nun dem Bundesinnenministerium durch zustimmungspflichtige Rechtsverordnung die sog. Ende-zu-Ende-Digitalisierung auch im Bereich der Landesverwaltungen vorzuschreiben; hierzu schon → Fn. 9.

ger ausüben, auch in ihrem Innenbereich zu digitalisieren. Der Bund hat von der Kompetenz in Art. 91c Abs. 5 GG mit dem Onlinezugangsgesetz – kurz: OZG – Gebrauch gemacht, das im Sommer 2024 umfassend ergänzt und sozusagen „geupdated“ worden ist.¹⁵

3. Ein aktueller Zwischenstand zur tatsächlichen Digitalisierung der deutschen Verwaltung: enttäuschend

Soviel zum Rechtlichen. In tatsächlicher Hinsicht ist der Zwischenstand ernüchternd;¹⁶ das lässt sich am besten an der Umsetzung des soeben erwähnten Onlinezugangsgesetzes festmachen. Dieses war durchaus ambitioniert: Bis zum 31. Dezember 2022 sollten alle 575 Verwaltungsleistungen, die man zuvor in Deutschland identifiziert hatte,¹⁷ vollständig digital nutzbar sein, und zwar über den erwähnten Portalverbund. Bürger und Unternehmen sollten Verwaltung also eigentlich heute schon als *One Stop Shop* erfahren können. Im März 2024 waren aber nur in Bayern und Hamburg immerhin schon 250 bzw. 259 Verwaltungsleistungen, also knapp mehr als die Hälfte der von den einzelnen Bundesländern zu digitalisierenden Leistungen, digital verfügbar.¹⁸ Alle anderen Bundesländer und auch der Bund schneiden deutlicher schlechter ab.

Insofern überrascht es auch nicht, dass nach einer aktuellen Umfrage des jährlich erscheinenden *eGovernment Monitor* nur 22 % der Deutschen die Online-Funktion des Personalausweises nutzen,¹⁹ die notwendig ist,

15 Siehe Art. 2 OZG-ndG vom 19.7.2024, BGBl. I Nr. 245; auch schon → Fn. 9.

16 Für einen aktuellen Überblick siehe *Guckelberger*, Deutschlands (Rck-)Stand in der Verwaltungsdigitalisierung, LTZ 2023, 167 ff.; außerdem *Martini*, Digitalisierung (Fn. 5), Rn. 13 ff. für Nachw.

17 Siehe hierzu *Stocksmeier/Hunnius*, OZG-Umsetzungskatalog – Digitale Verwaltungsleistungen im Sinne des Onlinezugangsgesetzes, Berlin 2018. Der maßgebliche „OZG-Leitfaden“ ist mittlerweile in eine dynamische Website migriert worden, siehe <https://leitfaden.ozg-umsetzung.de/display/OZG/OZG-Leitfaden>, abgerufen am 2.1.2024. Nach *Britz/Eifert*, Digitale Transformation der Verwaltung, in: Voßkuhle/Eifert/Mllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl., München 2022, § 26 Rn. 148, liegen von den 575 Leistungen 115 in der Regelungs- und Vollzugszustndigkeit des Bundes, 90 in der Regelungs- und Vollzugszustndigkeit von Ländern und Kommunen und 370 in der Regelungszuständigkeit des Bundes bei Vollzugszustndigkeit von Ländern und Kommunen.

18 Siehe für den Stand der OZG-Umsetzung <https://dashboard.ozg-umsetzung.de>, abgerufen am 19.3.2024.

19 Immerhin Tendenz steigend: 2021 waren es 9 %, 2023 14 %; siehe *KANTAR*, eGovernment Monitor 2024 – Nutzung und Akzeptanz digitaler Verwaltungsleistungen aus

um sich online zu identifizieren. Bestimmte digitale Leistungen sind zwar auch ohne die Nutzung der Online-Funktion möglich, zum Beispiel die Vereinbarung eines analogen Termines. Aber die Idee des OZG ist es ja gerade, dass die Verwaltungsleistung *vollständig* digital möglich ist, nicht nur die Terminvereinbarung dafür. 70 % der Befragten wünschen sich heute die Möglichkeit, ihre Verwaltungsangelegenheiten zumindest auch digital erledigen zu können,²⁰ immerhin 62 % der Befragten sind mit den ihnen bekannten digitalen Angeboten auch durchaus zufrieden.²¹ Das indiziert, dass das Bemühen von Bund und Ländern, die in der Vergangenheit vernachlässigte Nutzerfreundlichkeit der Systeme zu stärken, langsam Früchte trägt.²² Eine weitere wichtige Entwicklung ist der Wunsch vieler Nutzer und Nutzerinnen, auch Verwaltungsangelegenheiten möglichst *mobil* erledigen zu können: Ein Drittel der Befragten gab 2023 an, sich speziell von fehlenden mobilen Zugriffsmöglichkeiten von der Nutzung digitaler Verwaltungsdienste abhalten zu lassen.²³

III. Warum Verwaltungsdigitalisierung auch rechtlich spannend ist: drei disruptive Wirkungen der Digitalisierung der Verwaltung

Halten wir nach diesem Überblick einmal inne: Ist das nun, dezidiert *rechtswissenschaftlich* betrachtet, eigentlich spannend?²⁴ Oder ist es vor allem ein *rechtspraktisches* Problem, im Sinne von: welche Standards taugen ebenenübergreifend, welche IT-Lösungen sind hinreichend sicher und resilient, welche IT-Lösungen dürfen von privaten Dienstleistern beschafft, welche müssen staatlich entwickelt werden – und so weiter.

Sicht der Bürger*innen: Die deutschen Bundesländer, Deutschland, Österreich und die Schweiz im Vergleich, Berlin/München 2024, S. 20.

20 Ibid., S. 13.

21 Ibid., S. 26. Das Urteil der Befragten verbessert sich hier gegenüber dem Vorjahr, siehe vglw. noch KANTAR, eGovernment Monitor 2023 – Nutzung und Akzeptanz digitaler Verwaltungsleistungen aus Sicht der Bürger*innen: Die deutschen Bundesländer, Deutschland, Österreich und die Schweiz im Vergleich, Berlin/München 2023, S. 6, 10, 16 für kritischere Einschätzungen.

22 Siehe hierzu auch BT-Drucks. 20/8093, S. 2, und v.a. § 7 OZG n.F.

23 KANTAR, eGovernment Monitor 2023 (Fn. 23), S. 34 f.

24 Siehe zum Folgenden schon Rademacher, Organisation (Fn. 2), Rn. 18–21.

1. Pragmatische Ebenenverschränkung versus demokratisch-rechtsstaatliche Verantwortungsklarheit – (k)eine wirklich spannende Rechtsfrage?

Auf einer ersten, recht offensichtlichen analytischen Ebene ist das Beschriebene sicherlich spannend: Immerhin erlaubt der Grundgesetzgeber mit Art. 91c GG Mischverwaltung und kooperative Regelsetzung in verschiedenen Dimensionen, die ja immerhin – wie schon gesagt²⁵ – aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen kritisch beäugt wird. Zur Erinnerung: Das Verbot ebenenverschränkender Arrangements soll in verfahrensrechtlicher und organisationsrechtlicher Hinsicht rechtsstaatlich und demokratisch erwünschte Klarheit darüber schaffen, welcher Akteur – also Bund, Land, Kommune – konkret für eine bestimmte Verwaltungshandlung verantwortlich zeichnet.

Aber: Die mit Art. 91c Abs. 2 GG ermöglichte Mischverwaltung von Bund und Ländern modifiziert zwar Demokratie- und Rechtsstaatsgebote in ihrem überkommenen Verständnis, eben weil die Verantwortlichkeiten nicht mehr ganz so klar getrennt sind wie vorher. Es handelt sich angesichts der überragenden Bedeutung der Digitalisierung der Verwaltung nach zutreffender und soweit ersichtlich auch kaum umstrittener Auffassung um sachlich gerechtfertigte Modifikationen des Demokratie- und des Rechtsstaatsgebots.²⁶

Hinter dieser dann doch recht lapidaren (deshalb aber keineswegs unzutreffenden) Rechtfertigung steht meines Erachtens eine wichtige Ein-

25 Siehe bei → Fn. 4.

26 Richtig *Wismeyer* (Fn. 5), Art. 91c Rn. 7. *Wismeyer* sieht angesichts der Bedeutung einer gelingenden IT-Kooperation für die „Gestaltungsfähigkeit des Gemeinwesens“ „weite Spielräume“ des verfassungsändernden Gesetzgebers, das Verbot der Mischverwaltung zugunsten einer verstärkten IT-Koordination und -Kooperation zu modifizieren; und zwar ausdrücklich auch dort, wo dies die Ausübung der Sachaufgabe beeinflusst (z.B. bei Vorgabe einheitlicher Software, die bspw. etwas Bestimmtes kann oder v.a. nicht kann). Die nach der einschlägigen Rspr. des BVerfG neben sachgerechten Gründen erforderliche Begrenzung der Modifikation des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips erblickt *Wismeyer* darin, dass „die Kooperationsmöglichkeit [...] allein auf die Gestaltung der IT im öffentlichen Sektor gerichtet ist, sowie [...] durch die Tatbestandsmerkmale von [Art. 91c] Abs. 1 und 2.“ Zurückhalten der *Martini*, Digitalisierung (Fn. 5), Rn. 20 f. Zum Thema auch schon *Rademacher*, Organisation (Fn. 2), Rn. 15, dort Fn. 82. Interessant(er) scheint mir die Frage, ab welchem Punkt eine Verschränkung und gemeinsame Nutzung von IT-Systemen die Eigenstaatlichkeit der Länder beeinträchtigen kann. Diese Frage kann hier allerdings auch nur angesprochen und nicht vertieft werden.

sicht: Das demokratisch und rechtsstaatlich motivierte Beharren auf einer verfahrens- und organisationsrechtlichen Trennung der Verwaltungsträger scheint mir allzu sehr aus der pathologischen Situation gedacht: Ja, wenn – salopp formuliert – etwas schief geht, will man als Bürger sicherlich effektiven Rechtsschutz und vielleicht auch bei Wahlen Konsequenzen ziehen können; und das wiederum verlangt nach Klarheit darüber, wer nun konkret für die jeweilige Handlung wie verantwortlich war. Aber: zuvorderst verlangt der Bürger *als Normalfall* eine funktionierende und bürgerfreundliche Verwaltung, und das heißt heutzutage eben zunehmend: Er verlangt eine auch digital arbeitende Verwaltung. Und wenn nun die rechtliche und rechtswissenschaftliche Vorsorge für den pathologischen Fall verhindert, dass dieser funktionierende Normalfall überhaupt geschaffen/arrangiert werden kann, dann hat man das Kind mit dem Bade ausgeschüttet.

Damit wird eine typisch deutsche rechtswissenschaftliche Perspektive sichtbar, die möglicherweise mit der Gerichtszentriertheit unserer Wissenschaft zu tun hat: Die möglichst perfekte Vorsorge vor dem und für den pathologischen Fall verdrängt oder überlagert das Bemühen, den Normalfall möglichst effektiv und reibungslos zu konturieren. Das stark vom deutschen Rechtsdenken beeinflusste europäische Datenschutzrecht scheint mir ein wirkmächtiges und gerade auch im Digitalisierungsbereich relevantes Paradebeispiel für diesen unglücklichen Fokus zu sein: Das Datenschutzrecht ist schon im Ausgangspunkt vollständig aus der Perspektive des „Was wäre wenn ... das oder jenes sehr schief geht, sich der Unternehmer oder die Behördenleitung nicht an Recht und Gesetz hält“ konzipiert.

Das ist letztlich eine Seitenbemerkung, die eine gewisse Unzufriedenheit über den Stand der Debattenkultur im deutschen Verwaltungsrecht offenbart, die natürlich viel tiefergehender untersucht und hinterfragt werden müsste, als ich es hier leisten kann. Sie – die Seitenbemerkung – ist mir dennoch wichtig, gerade vor dem Hintergrund, dass sich im deutschen Verwaltungsrecht langsam, aber doch merklich Kritik an dem Perfektionsanspruch der deutschen Verwaltungsjustiz und auch der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft regt,²⁷ die über ihren demokratischen, rechtsstaatlichen und – in anderen Rechtsbereichen vor allem – grundrechtlichen Ansprüchen die Praktikabilität von Recht aus den Augen verloren hat.

Damit soll diese nur angerissene Großdiskussion schon wieder verlassen werden, damit wir uns wieder etwas konkreter auf die *spezifischen* Wirkun-

27 Siehe bes. Hill, Bürokratieabbau – Vom perfekten zum viablen Recht, ZRP 2023, 221 ff.

gen der Digitalisierung der Verwaltung fokussieren können (ich komme auf das Thema „Perfektion“ aber gleich noch einmal zu sprechen).

Wenn man sich Beiträge im deutschen rechtswissenschaftlichen Schrifttum ansieht, die versuchen, aus dem technischen Klein-Klein der Digitalisierung eben dezidiert *rechtswissenschaftlich* interessante Aspekte herauszuschälen, dann findet sich häufig ein Fokus auf die sog. „Leitbilder“, die hinter bestimmten Reformbemühungen stehen. „Durch die Veranschaulichung einer bestimmten Vision sollen sie [also die Leitbilder] die Aufmerksamkeit und das Denken in eine bestimmte Richtung lenken.“²⁸ Von diesen Leitbildern gibt es in der deutschen Diskussion eine kaum noch überschaubare Zahl. Beispielsweise geht es um *E-Government*, *Open Government*, *Mobile Government* und *Smart Government*, oder – kleinteiliger – um das *Once-Only-Prinzip*,²⁹ das *One-Stop-Shop-Government*,³⁰ *Digital First* und *Digital Only*.³¹ Dystopisch gewendet wird mit dem Bild des „gläsernen Bürgers“³² gegen allzu viel Digitalisierung bzw. für starken Datenschutz gestritten.

Ich will die Leitbilder hier beiseitelassen: Es werden langsam Stimmen laut, die angesichts des speziell im Bereich der Digitalisierung inflationären Gebrauchs von Leitbildern vor einem Wirksamkeitsverlust warnen.³³ Der bereits skizzierte, eher schwache Ausbau der Digitalisierung in Deutschland lässt vermuten, dass an dieser These vom Wirkungsverlust etwas dran sein

28 Guckelberger, Entwicklung und aktuelle Leitbilder der Verwaltungsdigitalisierung in Deutschland, in: Kohtamäki/Peuker (Hrsg.), Die Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung: Deutsch-polnische Perspektiven, Tübingen 2023, S. 3 (4). Ausf., durchaus krit., Braun, Leitbilder im Recht, Tübingen 2015, passim, zum Begriff bes. S. 23 ff.

29 Bes. §§ 5, 5a EGovG n.F.; siehe auch schon Martini/Wenzel, „Once only“ versus „only once“: Das Prinzip einmaliger Erfassung zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Bürgerfreundlichkeit, DVBl 2017, 749 ff.

30 Das Konzept ist mittlerweile in allen unionsrechtlich geformten Politikbereichen als Mechanismus des Bürokratieabbaus beliebt, vgl. z.B. für die neue unionale Plattformregulierung Rademacher, in: Hofmann/Raue (Hrsg.), Digital Services Act – Kommentar, Baden-Baden 2023, Art. 56 Rn. 2 m.w.N.

31 Dazu ausf. Botta, „Digital First“ und „Digital Only“ in der öffentlichen Verwaltung, NVwZ 2022, 1247 ff.

32 Siehe bspw. Martini/Botta, Der Staat und das Metaversum, MMR 2023, 887 ff.: „Damit der Einzelne im Metaversum nicht zum ‚gläsernen Nutzer‘ verkümmert, ist es auf einen effektiven Privatheitsschutz und umfassende Transparenzvorgaben für Datenverarbeitungen angewiesen“ (a.a.O., S. 894).

33 Vgl. Guckelberger, Verwaltungsdigitalisierung (Fn. 28). Allg. und krit. zu Leitbildern im Recht Kersten, Konzeption und Methoden der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts I (Fn. 5), § 25 Rn. 30; ausf. Braun, Leitbilder (Fn. 28), passim.

könnte. Es war leider vor allem die Corona-Pandemie und damit eine Krise, die tatsächlich Fortschritte im Digitalisierungsbereich mit sich gebracht hat, und weniger das Arbeiten mit klangvollen Leitbildern.³⁴ Ich möchte mich daher im Folgenden nicht auf die Leitbilder konzentrieren, sondern auf drei meines Erachtens disruptive Wirkungen, die die Realisierung der vielen Leitbilder oder Leitideen³⁵ für die Digitalisierung der Verwaltung haben könnten, wenn sie denn wirklich realisiert werden sollten. Unter folgenden drei Schlagworten will ich meine Überlegungen subsumieren: Komplexitätsreduktion (dazu 2.), Einheit der Verwaltung (dazu 3.), und Enträumlichung der Verwaltung (dazu 4.).

2. Vom Beruf unserer Zeit: Weniger Komplexität wagen!

„Software follows function“ oder „Organisation vor IT“ ist eine regulative Leitidee, die im deutschen Diskurs nicht allzu häufig ausdrücklich formuliert wird, die dem Denken vieler Rechtswissenschaftler und auch vielen Gesetzen aber implizit und wirkmächtig zugrunde liegt.³⁶ Organisation vor IT „bedeutet, dass zunächst die Prozesse in organisatorischer Hinsicht zu optimieren sind und erst danach für den optimierten Prozess die geeignete IT auszuwählen ist.“³⁷ § 9 Abs.1 des E-Government-Gesetzes des Bundes normiert diesen Grundsatz, der, wie gesagt, auch im rechtswissenschaftlichen Digitalisierungsdiskurs in ganz allgemeiner Form weitgehend Konsens sein dürfte: Die Technik soll sich dem Recht anpassen (und es möglichst exakt realisieren helfen), und nicht umgekehrt.³⁸

Ich glaube allerdings nicht, dass diese Maxime wirklich in der Breite der Digitalisierung der Verwaltung bzw. weitergehend: in der Breite der Digitalisierung des Rechtssystems in Reinform durchhaltbar ist. Sie kann nur ein Ausgangspunkt sein: Selbstverständlich muss es ein Anliegen sein, die ungewollten Wirkungen von IT auf ein Minimum zu reduzieren. Beispielsweise wird es nötig sein, menschlichen Zugriff auf digitalisierte Abläufe nehmen zu können, wenn etwa seltene Ausnahmen wie Härtefälle,

34 Vgl. auch hierfür *Guckelberger*, Verwaltungsdigitalisierung (Fn. 28), m.w.N.

35 Hierzu auch schon *Rademacher*, Organisation (Fn. 2), Rn. 18 ff.

36 Siehe *Rademacher*, Organisation (Fn. 2), Rn. 18 ff.

37 *Rechnungshöfe des Bundes und der Länder*, Grundsätze für die Verwaltungsorganisation, 2016, S. II Rn. 13.2.

38 Davor warnt z.B. *Hoffmann-Riem*, Der Umgang mit Wissen bei der digitalisierten Rechtsanwendung, AöR 145 (2020), 1 (38).

die gesetzlich vorgesehen sind, technisch nicht sinnvoll abgebildet werden können. Aber es sollte auch hier³⁹ von einem Perfektionsanspruch Abstand genommen werden, der eine Digitalisierung erst dann zulassen will, wenn es – zum Beispiel unter Einsatz sehr leistungsfähiger zukünftiger künstlicher Intelligenz – doch irgendwann gelingt, auch noch die letzte Ausnahme maschinell abzubilden.

Das heißt: Ganz vermeiden lassen sich materiell-rechtlich spürbare Auswirkungen der Digitalisierung der Verwaltung mit Sicherheit nicht, das kann also auch nicht der Anspruch der Digitalisierungsbemühungen sein.⁴⁰ Es gilt vielmehr, das Recht einem pragmatischen Realitätscheck zu unterziehen, ob es – das Recht – in Zeiten der zunehmenden Digitalisierung der Gesellschaft nicht vielleicht ein Update braucht. Dazu passt, dass die Bundesregierung nun im Rahmen eines jeden Gesetzgebungsverfahrens einen sog. DigitalCheck durchführen lässt. Dessen Ziel ist es, „die digitale Ausführbarkeit bei der Erstellung und der Anpassung von Rechtsvorschriften von Anfang an mit[zudenken], damit die Vorteile der Digitalisierung zum Nutzen von Bürgerinnen und Bürgern, Unternehmen, Behörden und weiteren Betroffenengruppen ausgeschöpft werden können.“⁴¹

Um in diesem Sinne digitaltaugliches Recht zu schaffen, könnte es sinnvoll und notwendig werden, die Bürger deutlich stärker in die Verantwortung zu nehmen, d.h. verstärkt Mitwirkungsbeiträge etwa beim Erlass von Verwaltungsakten einzufordern. Schon jetzt verlangt das Verwaltungsverfahrensgesetz mit § 24 Abs. 1 S. 3, dass der potentielle Adressat eines automatisiert erlassenen Verwaltungsaktes solche Informationen selbst liefern muss und darf, „die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden“.⁴² In einer – verfahrens- oder sogar materiellrechtlichen – Komplexitätsreduktion kann auch eine Reaktion auf den gerade im Bereich der Verwaltung immer größeren Personalmangel liegen; das ist eine Realbedingung

39 Vgl. schon oben, bei → Fn. 27.

40 BVerfGE 119, 331 Rn.180; Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung: Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Governments aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden 2019, Rn. 258; „[i]dealtypisch [zwischen] Vorgaben für bzw. durch IT ohne Ergebnisrelevanz [und] ‚aufgabenbeeinflussenden‘ Vorgaben“ unterscheidend Wischmeyer (Fn. 5), Art. 91c Rn. 6.

41 Siehe das Dokument „Eckpunkte zum Digitalcheck“ des BMI, abrufbar unter [42 Dazu Schneider, in: Schoch/Schneider \(Hrsg.\), VwVfG – Kommentar, 4. EL, München 2023, § 24 VwVfG Rn. 134.](https://www.digitale-verwaltung.de/SharedDocs/downloads/Webs/DV/DE/digitalcheck-eckpunkte.pdf;jsessionid=9695F40C9341ACA1660826E7E37B39C2.live862?__blob=publicationFile&v=2, S. 1. Zuletzt besucht am 18.3.2024. Hervorhebung hier.</p></div><div data-bbox=)

(der Realisierung) von Recht, der sich auch das Recht selbst nicht dauerhaft verschließen kann.

3. Die Einheit der Verwaltung: Rückkehr eines schon verabschiedeten Leitbildes

Zur zweiten Disruption: Mit der Digitalisierung der Verwaltung erlebt das alte Leitbild der Einheit der Verwaltung eine Renaissance. Eigentlich war man sich im deutschen Diskurs mittlerweile recht einig, dass es eine Einheit der Verwaltung im engen Sinn nicht gibt, weder normativ noch faktisch: Wie eingangs gesagt sind Bund, Länder, Kommunen, sonstige Selbstverwaltungsträger und schließlich auch die Europäische Union getrennte Ebenen, die für ihre Verwaltungen je selbst und möglichst ohne „Vermischungen“ zuständig sein sollen. Es gilt also eigentlich/scheinbar Trennung, nicht Einheit. Hinzu tritt der Trend zu unabhängigen Behörden,⁴³ der angesichts der Herauslösung der Behörden aus der Hierarchie mit dem Einheitsbild ebenfalls bricht. Mit *Wolfgang Kahl* gesprochen entsteht daher eher ein „Bild der Differenzierung, Fragmentierung und Polyzentralität“ der deutschen und europäischen Verwaltung.⁴⁴ Übrig bleibt nur, aber immerhin, mit *Eberhard Schmidt-Aßmann* ausgedrückt, ein Wunsch nach „Abgestimmtheit“ und „Kohärenz“ von Verwaltungshandeln, die ebenenübergreifend durch Mechanismen der Kooperation und der Koordination der unterschiedlichen Akteure zu gewährleisten ist.⁴⁵ So also bisher.

Mit der Idee des Portalverbundes, der oben geschildert wurde und den der Bund dank seiner Gesetzgebungskompetenz in Art. 91c Abs. 5 GG nunmehr schaffen und vorgeben darf, erhält das Bild von der Einheit der Verwaltung aber wieder neues Leben: Zumindest aus der Perspektive des Bürgers *soll* der Eindruck einer Verwaltung ‚aus einer Hand‘ entstehen,

43 Zu diesem anhaltenden „Megatrend“ schon *Ruffert*, Verselbstständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 431 ff. Zur Kritik am Bsp. der Plattformregulierung *Rademacher* (Fn. 30), Vor Art. 49 ff. Rn. 9 ff.

44 *Kahl*, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl., München 2022, § 45 Rn. 216 ff.

45 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung: Eine Zwischenbilanz zu Bestand, Reform und künftigen Aufgaben, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 237 ff. m.w.N.

indem eben alle Dienstleistungen aller Verwaltungsebenen über ein einheitliches, medienbruchfrei zu nutzendes Portal zur Verfügung gestellt werden sollen. „Es herrscht [so *Hans Christian Röhl* schon 2013] ein Denken nicht in Zuständigkeiten, sondern in Portalen vor.“⁴⁶

Hinter dem subjektiven Eindruck stehen auch ganz harte juristische Vereinheitlichungstendenzen: *Einmal* die schon erwähnten einheitlichen IT-Standards, die der Bund teils selbst vorgeben darf, nämlich soweit es dezidiert um den Portalverbund geht (Art. 91c Abs. 5 GG), bzw. die Bund und Länder kooperativ im IT-Planungsrat nach dem Mehrheitsprinzip und verbindlich für alle beschließen dürfen (Art. 91c Abs. 2 GG). *Zum anderen* ist hier das soeben schon erwähnte *Once-Only*-Prinzip zentral: Es besagt, dass Bürger ihre Daten möglichst nur ein einziges Mal „dem Staat“ – eben als Einheit verstanden – übermitteln müssen, und anschließend, in jedem anderen/weiteren Verwaltungsverfahren, jede andere dann zuständige Behörde auch auf diese Daten zugreifen darf.⁴⁷ In Ansätzen führt das *Once-Only*-Prinzip hin zu einer Wissensseinheit des Staates, die es insbesondere aus datenschutzrechtlichen Gründen so bislang in Deutschland gerade nicht geben sollte.

4. Enträumlichung der Verwaltung: der überzeugte Smartphone-Nutzer als Maßstab der Verwaltungsorganisation

Schließlich wurde bereits recht früh eine weitere, möglicherweise disruptive Wirkung der Digitalisierung der Verwaltung besprochen: die damit mögliche Enträumlichung der Verwaltung(en).

Es überrascht nicht, dass dieser Aspekt gerade im Kommunalrecht schon sehr früh in der Diskussion betont wurde,⁴⁸ da es ja die Kommunen sind, die in vielen Verwaltungsfällen ‚vor Ort‘ und damit unmittelbarster Ausdruck von Staatlichkeit sind. Die Digitalisierung der Verwaltung würde

46 *Röhl*, Veränderungen kommunaler Selbstverwaltung durch interkommunale Zusammenarbeit und elektronische Verwaltungskommunikation unter besonderer Berücksichtigung des ländlichen Raumes, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung in der Bewährung: Professorengespräch 2013 des Deutschen Landkreistages am 4./5.4.2013 in Berlin und Neuhausen, Stuttgart u.a. 2013, S. 219 (229).

47 Siehe § 5 EGovG n.F. Die Vorgabe gilt für die Verwaltungstätigkeit der Behörden des Bundes sowie die der Länder, soweit diese Bundesrecht ausführen, siehe § 2 EGovG n.F.

48 Früh *Röhl*, Veränderungen (Fn. 46), S. 228 ff. Ausf. *Guckelberger*, E-Government (Fn. 40), S. 330 ff.

es nun, rein praktisch gedacht, durchaus ermöglichen, die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben räumlich stark zu zentralisieren bzw. zu konzentrieren, zum Beispiel nach Sachkompetenz oder gar nach Attraktivität eines bestimmten Ortes für den immer mühsamer zu rekrutierenden Personalnachwuchs der Verwaltung. ‚Vor Ort‘ wäre die Verwaltung dann nur noch, aber immerhin mit einem digital von überall erreichbaren Portal, was, wenn es nutzerfreundlich ausgestaltet wäre, tatsächlich zum Wunsch und Anspruch der Generation *Smart Phone* passen würde.⁴⁹ Das seit kurzem populäre Leitbild des *Mobile Government*, das gerade auf den ortsungebundenen Smartphone- und Tablet-Nutzer abstellt und das noch kurz zuvor gebräuchliche Leitbild des *E-Government* (vom PC zu Hause aus) sukzessive verdrängt, bringt das Potential zur Enträumlichung auf den Begriff. Das damit eine Entleerung der Zuständigkeiten und Aufgaben gerade der Kommunen zu befürchten steht, liegt auf der Hand, und ist eine Frage, die im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu diskutieren ist.

Freilich kann solange eine gewisse Entwarnung gegeben werden, wie Gesetzgeber, Rechtsprechung und auch das rechtswissenschaftliche Schrifttum dem sog. *Digital-Only-Ansatz* reserviert gegenüberstehen.⁵⁰ *Digital Only* bedeutet, dass Verwaltungsleistungen *nur noch* digital angeboten werden. Wie gesagt: Bislang stehen die relevanten Akteure der Idee des *Digital Only* eher skeptisch gegenüber. Solange aber auch ein analoger Zugang zur Verwaltung – und das heißt: ein Zugang vor Ort – gewährleistet werden muss, wird es nicht zu einer weitreichenden Enträumlichung kommen (können). Aber auch hier setzt ein Umdenken ein, zumindest langsam: Wenigstens im „Recht der Wirtschaft“ sieht § 1a Abs. 1 S. 2 OZG n.F. nun ausdrücklich *Digital-Only-Verwaltungsleistungen* vor, freilich nur, soweit es um Verfahren von oder für juristische Personen als Antragstellerin bzw. Adressaten von Verwaltungsakten geht.

49 Siehe oben, bei → Fn. 23.

50 Krit. ThürVerfGH, NJOZ 2017, 1115 Rn. 146: „Elektronische Verwaltungsportale stellen [...] nicht sicher, dass die Behörde nahe vor Ort ist, um Sachverhalte zu ermitteln, den Bürger zu beraten und den Vollzug von Entscheidungen sicherzustellen. Daher muss der Gesetzgeber [...] berücksichtigen, ob die Wahrnehmung der Aufgaben von Gemeinden und Landkreisen in größeren räumlichen Dimensionen auch physisch-sicher gestellt ist.“ Ausf. Botta (Fn. 31), NVwZ 2022, 1248 ff., der ein „Recht auf analogen Zugang“ ablehnt. Den „Mehrkanalzugang“ fordernd hingegen Guckelberger, E-Government (Fn. 40), Rn. 276, 371, 375 f., 379, mit Verw. auf BVerfG, NVwZ 2018, 140, Ls. 4., wonach „Funktionalreformen“ im Fall von Selbstverwaltungsaufgaben allein aus Gründen der Kostenersparnis grds. unzulässig seien.

An der Digitalisierung der Verwaltung führt letztlich kein Weg vorbei – schon aus praktischen Gründen eines immer drängender werdenden Personalmangels. Die Aufgabe des Rechts und namentlich der Rechtswissenschaft ist es, diesen Prozess konstruktiv zu begleiten. Die allein bremsende, an analogen Maßstäben geschulte und auf deren unveränderter Fortgeltung beharrende Haltung, die in manchen Urteilen und akademischen Beiträgen zum Vorschein kommt, mag nutzen, um die Risiken der Digitalisierung nicht zu übersehen. Sie darf aber nicht (länger) Maßstab der Debatte sein, soll die Digitalisierung der deutschen Verwaltung endlich gelingen.

Die Entwicklung des Weiterbildungsrechts im Nachgang zum Facharztbeschluss des Bundesverfassungsgerichts

Karsten Scholz

Für die ärztliche Weiterbildung bzw. das vom Bundesverfassungsgericht sogen. Facharztwesen war der Facharztbeschluss des Gerichts vom 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 1 BvR 308/64¹ eine grundlegende Zäsur. In diesem Bereich müssen seither jedenfalls die „statusbildenden“ Normen, d.h. etwa diejenigen Regeln, welche die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die zugelassenen Facharzttrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung, die Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung sowie Bestimmungen, welche die allgemeine Stellung der Fachärzte innerhalb des gesamten Gesundheitswesens betreffen, in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden. Die dann noch erforderlichen ergänzenden Regelungen können nach Ermessen des Gesetzgebers dem Satzungsrecht der Ärztekammern überlassen bleiben.

Der Beschluss gehört zu den grundlegenden und immer wieder herangezogenen Entscheidungen des Gerichts mit Auswirkungen im gesamten besonderen Verwaltungsrecht. Von daher bedarf er als solcher keiner weiteren Erörterung.² Kaum betrachtet wurde aber bislang, welche Folgen die Entscheidung in dem Rechtsgebiet ausgelöst hat, welches Verfahrensgegenstand war. Die Konferenz der Gesundheitsminister der Länder hat im Nachgang einen „Musterentwurf eines Ländergesetzes für das Facharztwesen“ erarbeiten lassen, der im Jahr 1974 fertiggestellt wurde.³ 50 Jahre später ist das entsprechende Jubiläum der Juristischen Fakultät der Leibniz

1 BVerfGE 33, 125 = NJW 1972, 1504. Das BVerwG entschied am 12.12.1972 – I C 30/69, NJW 1973, 576, dass der Gesetzgeber in den Grundzügen auch über die Heranziehung von Fachärzten zum ärztlichen Notfalldienst selbst entscheiden muss.

2 Vgl. zuletzt *Gebhard*, Die ärztliche Berufsfreiheit im Lichte des Wesentlichkeitsgrundsatzes: Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Anforderungen an die Rechtsetzung der (vertrags)ärztlichen Selbstverwaltung, in: Kießling/Schreiber/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Tagungsband zur Tagung „Das Vertragsarztrecht – ein ‚Systemsprenger‘“, Baden-Baden 2024, S. 47-77.

3 DÄBl 1974, 598.

Universität Hannover ein guter Anlass, eine Bilanz zur Entwicklung des Facharztwesens in den zurückliegenden fünf Jahrzehnten zu ziehen.

I. Der Facharztbeschluss vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung

Das Bundesverfassungsgericht zeichnet in seinem Beschluss die Entwicklung des Facharztwesens seit der Mitte des 19. Jahrhunderts nach, die teils durch gesetzliche Regelungen und teils durch die Tätigkeit der ärztlichen Standesorganisationen geschaffen worden sei. Hervorgehoben werden die auf dem 43. Deutschen Ärztetag im Jahr 1924 beschlossenen „Leitsätze zur Anerkennung und praktischen Tätigkeit von Fachärzten“, später kurz „Bremer Richtlinien“ genannt. Diese befassten sich nicht nur eingehend mit der Facharztausbildung und mit dem Verfahren der Facharztanerkennung, sondern sie hielten auch fest, dass sich Fachärzte „im Wesentlichen“ auf ihr Sonderfach beschränken müssen.⁴

Des Weiteren wurde in Bremen zum Ausdruck gebracht, dass eine gesetzliche Regelung der Facharztfrage – seinerzeit diskutiert in der Gewerbeordnung⁵ – weder erwünscht noch notwendig sei.⁶ Die Aufgabenverteilung zwischen Haus- und Fachärzten sei lediglich eine ärztliche Standesfrage, welche die praktischen Ärzte und die Fachärzte in gleicher Weise berühre und nur durch kollegiales Verständnis und durch Zusammenarbeiten beider gelöst werden könne. Man sei bereit, durch eigene, frei auferlegte Standesbestimmungen klare Verhältnisse zu schaffen. Das gelang, wie *Handwerker*⁷ schildert, allerdings nur, indem aus den Leitsätzen die beiden wichtigsten Punkte hervorgehoben wurden: der Besitz der nötigen Vorbildung für den Facharzt und der Ausschluss berufsmäßiger Ausübung allgemeiner ärztlicher Tätigkeit für den Facharzt.

4 Vgl. dazu BVerfGE 33, 125 (131).

5 *Sewering*, Von der „Bremer Richtlinie“ zur Weiterbildungsordnung, DÄBl 1987, A-2299.

6 Zur Befugnis des Bundesgesetzgebers, die vertragsärztliche Versorgung in einen hausärztlichen und fachärztlichen Versorgungsbereich zu gliedern, BVerfG, Beschl. v. 17.6.1999 – 1 BvR 2507/97, MedR 1999, 560.

7 Bayerisches Ärztliches Correspondenzblatt 1928, 291 f. Dort wird aus der Standesordnung für die Ärzte Bayerns aus dem Jahr 1910 zitiert: „Die Bezeichnung als Spezialarzt oder Arzt für ein spezielles Fach ist ohne den Besitz der nötigen Vorbildung unstatthaft. Die Bezeichnung ‚Spezialarzt‘ schließt die berufsmäßige Ausübung anderer Praxis aus.“

In seinem Beitrag „Spezialärzte in der Spätantike“ belegt *Baader*,⁸ dass das Spezialistentum bei den Ärzten bereits im 3. Jahrhundert vor Christus in Alexandria seinen Anfang nahm. Unter Verweis auf entsprechende Quellen erfährt man bei ihm, dass *Eduard Dietrich* in einer Denkschrift der Medizinalabteilung des Preußischen Kultusministeriums im Jahr 1904 angemerkt hatte, dass die meisten der damaligen Spezialärzte in die Praxis gegangen wären, ohne die erforderliche Spezialausbildung zu haben. Die westfälische Ärztekammer und die Ärztekammer der Rheinprovinz und der Hohenzollerschen Lande legten – wie zuvor diejenigen in Bayern und Sachsen – in den Jahren 1899 bzw. 1900 fest, dass das Führen der Bezeichnung „Spezialist“ ohne genügende Vorbildung unstatthaft war.⁹

Der Beitrag von *Baader* legt zudem dar, dass Spezialistentum meist dem Bestreben entsprungen ist, aus der allgemeinen Praxis Patienten zu gewinnen, aber auch in der bequemerer Art der Berufsausübung, welche die spezialärztliche Tätigkeit bisweilen mit sich brächte. Allerdings wünschten sich nicht nur die Ärzte eine Arbeitsteilung und eine praktische und wissenschaftliche Vertiefung in einem begrenzten Aufgabengebiet, sondern dies entsprach auch einem gleichwertigen Bedürfnis der Patienten. Diese waren zu Beginn des 20. Jahrhunderts mobiler geworden und konnten so Spezialarztpraxen in größeren Orten aufsuchen, die von den Fachärzten, auch aufgrund der zunehmenden Verstädterung, einträglich betrieben werden konnten.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG enthielten die Heilberufe- und Kammergesetze der Länder keine Vorschriften über Fachärzte. Sie ermächtigten die Ärztekammern lediglich, Berufsordnungen zu erlassen, in denen Bestimmungen über ärztliche Berufspflichten und damit auch zum Führen einer Bezeichnung als Spezialist getroffen werden konnten. Auf dieser Grundlage regelten Facharztordnungen das gesamte Facharztwesen.¹⁰

Gegenstand der einen Verfassungsbeschwerde war die erwähnte Beschränkung der Berufsausübung auf das eigene Fachgebiet. Einem Facharzt für Frauenkrankheiten und Geburtshilfe wurde vorgeworfen, jedenfalls in einem Fall einen männlichen Patienten – den Ehemann einer Patientin

8 *Baader*, Spezialärzte in der Spätantike, *Medizinhistorisches Journal* 1967, 231.

9 LT-Drs. NRW 7/4489, S. 17.

10 Dies knüpfte an das vorkonstitutionelle Recht an. Die Berufsordnung für die deutschen Ärzte v. 5.11.1937 (DÄB 1937, 1031) gliederte sich in „Allgemeine Berufsvorschriften“ und eine „Facharztordnung“.

– behandelt zu haben.¹¹ Die andere Verfassungsbeschwerde legte ein Arzt ein, der sowohl über die Facharztanerkennung für „Innere Krankheiten“ als auch über diejenige für „Röntgen- und Strahlenheilkunde“ verfügte und auf seinem Praxisschild und auf Briefbögen neben der Facharztbezeichnung für Innere Krankheiten den Zusatz: „Röntgen-Diagnostik“ und später stattdessen auch die zweite Facharztbezeichnung führte.

Das Bundesverfassungsgericht stellte in dem Beschluss zunächst fest, dass die Tätigkeit als Facharzt – unter dem Blickwinkel der Gesetzgebungskompetenzen – nicht die Ausübung eines neben dem Arztberuf bestehenden weiteren Berufs, sondern eine besonders gestaltete Tätigkeit innerhalb des Berufs des Arztes darstellt. Gesetzliche Regelungen zur Tätigkeit als Facharzt beziehen sich demnach auf die Art der Ausübung des ärztlichen Berufs und fallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Diese können den Ärztekammern als Berufsverbände des öffentlichen Rechts Satzungsgewalt einräumen, aufgrund derer sie eine Weiterbildungsordnung verabschieden.

Der Gesetzgeber darf sich seiner Rechtsetzungsbefugnis aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und der demokratischen Grundsätze allerdings nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt der von den Kammerversammlungen zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben. Er muss die grundlegende Entscheidung darüber treffen, welche Gemeinschaftsinteressen so gewichtig sind, dass das Freiheitsrecht des Einzelnen zurücktreten muss. Außerdem muss er der Gefahr begegnen, dass Berufsanfänger und Außenseiter durch ein Übergewicht von Verbandsorganen oder ein verengtes Standesdenken benachteiligt werden und notwendige Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder unterbleiben.

Aus seinen weitergehenden Überlegungen folgert das Bundesverfassungsgericht, „dass im Bereich des Facharztwesens jedenfalls die ‚statusbildenden‘ Normen, d.h. etwa diejenigen Regeln, welche die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die zugelassenen Facharzttrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung, die Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung sowie die allgemeine Stellung der Fachärzte innerhalb des gesamten Gesundheitswesens betreffen, in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden müssen. Die

11 Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, MedR 2011, 572. Danach liegt die Durchführung von 200 fachgebietsfremden Operationen, die weniger als 5 % der ärztlichen Tätigkeit ausmachen, noch im geringfügigen Bereich und begründet keinen Verstoß gegen das Gebot, sich in seiner Tätigkeit grundsätzlich auf das eigene Fachgebiet zu beschränken.

dann noch erforderlichen ergänzenden Regelungen können nach Ermessen des Gesetzgebers dem Satzungsrecht der Ärztekammern überlassen bleiben.“

II. Der Musterentwurf und seine Umsetzung

Die Gesundheitsministerkonferenz (GMK) hatte sich im Nachgang zum Facharztbeschluss für eine möglichst baldige, aber auch ländereinheitliche gesetzliche Neuregelung des Facharztwesens ausgesprochen. Denn die grundgesetzlich garantierte Freizügigkeit der Ärzte dürfe nicht durch verschiedenartige Facharztregelungen beeinträchtigt werden. Auf Basis eines durch die Länderarbeitsgruppe „Facharztwesen“ erarbeiteten Vorschlags beschloss die GMK in ihren Sitzungen am 15./16.11.1973 und 16./17.5.1974 den „Musterentwurf eines Ländergesetzes für das Facharztwesen“.¹² In den in die Landtage eingebrachten Gesetzentwürfen heißt es sowohl in Bayern als auch in Nordrhein-Westfalen, dass die GMK erneut nachdrücklich betont habe, dass sie im Hinblick auf den Freizügigkeitsaspekt eine größtmögliche Übereinstimmung der zu schaffenden Länderbestimmungen für unerlässlich halte.

Diese politische Willensäußerung mag aber auch dadurch befördert worden sein, dass der Bundestag am 15.11.1951 ein „Gesetz zur Anpassung der Facharztordnung für die deutschen Ärzte an die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft und Praxis“¹³ beschlossen hatte. Danach sollte ein aus Vertretern der Landesärztekammern oder den ihnen entsprechenden Standesorganisationen gebildeter Ausschuss ermächtigt werden, die aus dem Jahr 1937 datierende Facharztordnung und die seitdem aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen in Bayern und Niedersachsen erlassenen Facharztordnungen zu vereinheitlichen und den damaligen Verhältnissen anzupassen. Die Beschlüsse hätten der Genehmigung des Bundesministers des Innern bedurft. Das Gesetz scheiterte aufgrund verfassungsrechtlicher

12 DÄBl 1974, 598.

13 BT-Drs. 1/2761. Im Gesetzentwurf mit der BT-Drs.-Nr. 1/2255 sollte der Deutsche Ärztetag zur Anpassung der Facharztordnung ermächtigt werden. Die SPD wollte diese Aufgabe ausweislich des Sitzungsprotokolls über die 175. Sitzung des Deutschen Bundestages, S. 7174, einem Ausschuss des Bundesgesundheitsrates übertragen.

Bedenken des Bundesrates¹⁴ im Vermittlungsausschuss und wurde am 24.1.1952 wieder aufgehoben.¹⁵ Bereits zuvor war zwei Tage vor der Schlussabstimmung zum Grundgesetz der fehlgeschlagene Versuch unternommen worden, dort eine Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für das Selbstverwaltungsrecht der Heilberufe aufzunehmen.¹⁶

1. Wesentliche Regelungen des Musterentwurfs

Der Musterentwurf berücksichtigt bereits die damals noch im Entwurf vorliegende, spätere Richtlinie 75/362/EWG v. 16.6.1975 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Arztes.¹⁷ Er lässt offen, ob sich ein Gebietsarzt nach erfolgreich abgeschlossener Weiterbildung „Arzt für ...“ oder „Facharzt für ...“ nennen darf. Die Entscheidung sollte den Ärztekammern überlassen bleiben.¹⁸ Im Jahr 1968 hatte der Deutsche Ärztetag beschlossen, dass sich ein weitergebildeter Arzt entweder für eine der für die einzelnen Fachgebiete üblichen Kurzbezeichnungen oder für die Bezeichnung „Arzt“ bzw. „Facharzt für ...“ mit Angabe des jeweiligen Fachgebietes entscheiden kann.¹⁹ Doch schon 1972 war dieser Beschluss revidiert worden. In der Diskussion um eine Gleichstellung entschied der Deutsche Ärztetag, dass Ärzte aller Fachrichtungen nur noch die Kurzbezeichnung führen oder sich „Arzt für ...“ nennen durften. Nachgehend entschied der Bayerische Verfassungsgerichtshof, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, dass die

14 In der BT-Drs. 1/2916 wird darauf hingewiesen, dass zum Erlass von Rechtsvorschriften nur die Bundesregierung oder einzelne Bundesminister ermächtigt werden könnten.

15 BT-Drs. 1/3014. Vgl. das Sitzungsprotokoll über die 188. Sitzung des Deutschen Bundestages, S. 7985. Man wollte außerdem die Selbstverwaltungsautonomie der Ärzteschaft wahren und ging andererseits davon aus, die Voraussetzungen für die Neufassung der Facharztordnung im Rahmen einer neuen Zulassungsverordnung für Kassenärzte zu schaffen. Die Eingangsformel der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) v. 28.5.1957 (BGBl. I S. 572) weist aus, dass die Verordnung, der Vorgabe des § 368c der Reichsversicherungsordnung (RVO) folgend, „nach Beratung mit dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen“ verordnet wurde. Dieser Ausschuss war ein Vorläufer des heutigen Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA).

16 Gerst, 60 Jahre Grundgesetz: Keine einheitliche Ärzteordnung, DÄBl 2009, A-1046.

17 ABl. Nr. L 167/1. Heute gilt die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

18 Eberhard, Selbstverwaltung und Staat: Erstes neues Kammergesetz nach der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung von 1972, DÄBl 1975, 3057 (3060).

19 DÄBl 1969, 25.

Bayerische Landesärztekammer aus gesundheitspolitischen und standespolitischen Erwägungen alle weitergebildeten Ärzte verpflichtet hatte, nach einer gewissen und mit drei Jahren angemessenen Übergangszeit die frühere Berufsbezeichnung „Facharzt für ...“ auf die neue Berufsbezeichnung (ohne den Begriff Facharzt) umzustellen.²⁰

Der Musterentwurf besteht aus dreizehn Paragrafen, von denen der letzte eine Übergangsbestimmung ist. Danach gelten zuvor ausgesprochene Anerkennungen als Anerkennungen auf der Grundlage des neuen Gesetzes, allerdings mit der Maßgabe, dass sie in der aktuell in der Weiterbildungsordnung geregelten Form zu führen sind. Ärzte, die sich bei Inkrafttreten des Gesetzes in der Weiterbildung befanden, konnten diese noch nach den bis dahin geltenden Bestimmungen abschließen. § 12 legt zudem fest, dass die im übrigen Geltungsbereich der Bundesärzteordnung erteilte Anerkennung, eine Gebiets-, Teilgebiets- oder Zusatzbezeichnung zu führen, auch im Geltungsbereich des jeweiligen Heilberufe- und Kammergesetzes gilt.²¹

Eine Bezeichnung weist auf besondere Kenntnisse in einem bestimmten medizinischen Gebiet (Gebietsbezeichnung) oder Teilgebiet (Teilgebietsbezeichnung) oder auf andere zusätzlich erworbene Kenntnisse (Zusatzbezeichnung) hin. Nach § 2 Abs. 1 und 3 bestimmt die Ärztekammer, und zwar in der Weiterbildungsordnung (§ 11 Abs. 2 Nr. 1), Gebiets-, Teilgebiets- oder Zusatzbezeichnungen, wenn dies im Hinblick auf die medizinische Entwicklung und eine angemessene ärztliche Versorgung erforderlich ist. Die Bestimmung ist aufzuheben, wenn diese Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind.²² Mit den materiellen Vorgaben für die Einführung neuer Bezeichnungen sollte unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG eine zu große Aufsplitterung der Fachbereiche vermieden werden, weil dies das Wissen um größere Zusammenhänge in der Medizin infrage stellen würde.²³

20 Entscheidung vom 17.5.1982 – Vf. 25-VII-80, NJW 1983, 325.

21 Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 9.3.2000 – 1 BvR 1662/97, MedR 2020, 479, wonach eine in der DDR erworbene Facharztbezeichnung, nämlich „Facharzt für Sportmedizin“, auch in Baden-Württemberg geführt werden darf.

22 Zur Aufhebung der Zusatzbezeichnung Homöopathie BVerwG, Beschl. v. 11.1.2022 – 3 BN 6.21, GesR 2022, 324 und nachgehend BVerfG, Beschl. v. 31.3.2022 – 1 BvR 565/22; BVerwG, Beschl. v. 25.5.2022 – 3 BN 3.22 und 3 BN 4.22, BeckRS 2022, 16989 und BeckRS 2022, 16271.

23 LT-Drs. Bayern 8/4364, S. 8.

Die Weiterbildungsordnung²⁴ hat neben den genauen Weiterbildungsinhalten auch die Mindestdauer der Weiterbildung sowie die Dauer und Reihenfolge der einzelnen Weiterbildungsabschnitte festzulegen, §§ 5 Abs. 8, 11 Abs. 2 Nr. 4.

Die Weiterbildung umfasst neben praktischer Berufstätigkeit die vom Weiterbildungsermächtigten selbst durchzuführende²⁵ theoretische Unterweisung und durfte in den Gebieten drei Jahre nicht unterschreiten. In den Teilgebieten kann sie teilweise im Rahmen der Weiterbildung in dem zugehörigen Gebiet durchgeführt werden, § 3 Abs. 4. Sie wird ganztägig und in hauptberuflicher Stellung durchgeführt. Wenn eine ganztägige Weiterbildung aus persönlichen Gründen unzumutbar ist, kann die Weiterbildung für eine Zeit von höchstens vier Jahren halbtägig erfolgen, wobei diese Zeit bis zur Hälfte anrechnungsfähig ist, § 5 Abs. 4 und 5. Unter der Maßgabe, dass die Ärztekammer, wenn dies mit den Zielen der Weiterbildung vereinbar ist, Ausnahmen zulassen kann, dürfen höchstens zwei Drittel der Weiterbildungszeit bei derselben Weiterbildungsstätte und demselben Arzt abgeleistet werden, § 5 Abs. 4.

Die Weiterbildungsstätte lässt nach dem Entwurf der zuständige Minister unbefristet²⁶ zu; dies sollte die Abstimmung mit der Krankenhausplanung gewährleisten.²⁷ Die Weiterbildenden ermächtigt die jeweilige Landesärztekammer. Dies ist an die Voraussetzung geknüpft, dass der Arzt über die Anerkennung der Arztbezeichnung verfügt, in der er weiterbilden will. Zudem muss er fachlich und persönlich geeignet sein, wobei auch mehrere Ärzte gemeinsam ermächtigt werden können, § 6 Abs. 2. Die Ermächtigung bewirkt, dass der ermächtigte Kammerangehörige verpflichtet ist, die Weiterbildung entsprechend den rechtlichen Vorgaben durchzuführen. Darunter sollte auch fallen, dass der Weiterbilder darauf hinwirkt, dass die Weiterbildungszeit eingehalten wird und Assistenten, die nur die Weiterbildungszeit erfüllen wollen, nicht ungebührlich lange als Weiterzubildende festgehalten werden dürfen.²⁸

24 Sie hätte aber auch weiterhin Teil der Berufsordnung bleiben können, LT-Drs. Bayern 8/4364, S. 26.

25 LT-Drs. NRW 7/4489, S. 23.

26 Es sollte im Gegensatz zum bis dahin geltenden Recht keine Zulassung für eine bestimmte Zeit der Weiterbildung geben (LT-Drs. Bayern 8/4364, S. 24).

27 Vgl. auch Stenographischer Bericht 8/88 v. 18.10.1977, S. 4791 f. des Bayerischen Landtages, wonach die Auswirkungen auf die öffentlich-rechtlichen Träger berücksichtigt wurden.

28 LT-Drs. NRW 7/4489, S. 24.

Das Mustergesetz sieht am Ende der Weiterbildung eine Prüfung vor; sie soll einen qualifizierten Nachweis in besonders objektivierter Form erbringen, aber nicht allein, sondern neben den in Zeugnissen aus der Weiterbildungszeit dokumentierten Ergebnissen maßgeblich sein.²⁹ Bei der Anerkennung einer Zusatzbezeichnung kann auf die Prüfung verzichtet werden, § 8 Abs. 1 S. 2.

Mit dem erfolgreichen Abschluss der Weiterbildung erhält der Arzt das Recht zum Führen der entsprechenden Bezeichnung. Auf verwandten Gebieten dürfen mehrere Gebietsbezeichnungen nebeneinander geführt werden. Hingegen darf die Bezeichnung „Allgemeinmedizin“ nicht neben einer anderen Gebietsbezeichnung und eine Teilgebietsbezeichnung nicht isoliert ohne die zugehörige Gebietsbezeichnung geführt werden, § 4. Wer eine Gebietsbezeichnung führt, darf im Wesentlichen nur in diesem Gebiet tätig werden, § 10 Abs. 1.

2. Umsetzung in den Ländern

Als erstes Bundesland verabschiedete das Saarland am 24.3.1975 ein entsprechendes Gesetz. Es folgte Nordrhein-Westfalen mit am 12.3.1975 vom Landtag beschlossenen Gesetz vom 8.4.1975.³⁰ In Bayern stammt das Gesetz zur Änderung des Kammergesetzes vom 24.11.1977 und trat am 1.1.1978 in Kraft.³¹ In beiden Gesetzen heißt es aber abweichend vom Musterentwurf, dass wer eine Gebietsbezeichnung führt, „grundsätzlich“ nur in diesem Gebiet tätig werden dürfe.³² Auf Grundlage der Landesgesetze beschlossen die Ärztekammern ihr jeweiliges Satzungsrecht. Der Inhalt der Weiterbildung ergab sich allerdings aus den vom Vorstand der Bundesärztekammer beschlossenen Richtlinien über den Inhalt der Weiterbildung, welche durch die Vorstände der Landesärztekammern in Kammerrecht transformiert wurden. Diese Vorgehensweise, in Verwaltungsrichtlinien Mindestuntersuchungs- und -behandlungszahlen festzulegen, wurde aus rechtlichen Gründen erst mit der Novelle der (Muster-)Weiterbildungsord-

29 LT-Drs. Bayern 7/4489, S. 24 f. Das Prüfungsgespräch muss aber auch für sich genommen bestanden werden (VGH München, Urt. v. 15.3.1995 – 7 B 93.1159, NJW 1996, 1614).

30 GV. NRW. 1975, S. 289.

31 Bay. GVBl. 1977, S. 657. In der Gesetzesbegründung wird zum Teil auf Regelungen in Baden-Württemberg verwiesen.

32 § 22m Abs. 1 NRW; Art. 17l Abs. 1 Bayern.

nung im Jahr 2018 aufgegeben. Die Vorgehensweise, darüber hinaus aber auch die Festschreibung von Mindestuntersuchungszahlen, war schon Ende der 1980 Jahre von *Gunther Schwerdtfeger*, seinerzeit Universitätsprofessor für Öffentliches Recht und Recht der Sozialen Sicherung an der Universität Hannover, in einem Gutachten kritisiert worden.³³

III. Rechtsentwicklung seit 1974

1. Verfahrensregelungen und Zuständigkeit

Das Mustergesetz stammt aus einer Zeit, zu der das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und die entsprechenden Landesgesetze noch nicht verabschiedet waren. Das VwVfG des Bundes trat am 1.1.1977 in Kraft.³⁴ Da es sich bei der Anerkennung einer Arztbezeichnung um einen Verwaltungsakt handelt, bedürfte es jedenfalls seitdem keiner spezialgesetzlichen Regelungen zur Rücknahme einer Anerkennung mehr. Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder regeln die Rücknahme von Verwaltungsakten in § 48 VwVfG für den Fall, dass die für die Erteilung erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben waren.

Gesetzliche Änderungen waren jüngst aufgrund eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts³⁵ erforderlich. Das Gericht hat aus dem prüfungsrechtlichen Gebot der Chancengleichheit abgeleitet, dass die konkrete Zahl der Prüfer rechtssatzmäßig festgelegt werden muss. Es müssen danach Regelungen entfallen, wonach das zuständige Fachministerium nach Verfügbarkeit ein weiteres Mitglied des bei der Ärztekammer eingerichteten Prüfungsausschusses bestimmen kann. Die Weiterbildungsordnungen gehen mit Ausnahme von Niedersachsen,³⁶ wo man sich am bestellten Prüferpool zu den Juristischen Staatsexamen orientiert hat, davon aus, dass feste, ggfs. auch mehrere, Prüfungsausschüsse für jedes Gebiet errichtet werden.

Einzelnen Kammergesetzen lässt sich entnehmen, dass sich die Ableistung der die Weiterbildung abschließenden Prüfung auch in anderer Hinsicht weiterentwickelt hat. § 39 Abs. 4 S. 2 HeilberG NRW bestimmt, dass der Prüfungsausschuss neben den Zeugnissen die mündlich oder praktisch

33 *Schwerdtfeger*, Weiterbildungsnormen der Ärztekammern auf dem rechtlichen Prüfstand, Berlin/Heidelberg 1989.

34 BGBl. I 1976, S. 1253.

35 Urt. v. 28.10.2020 – 6 C 8.19, DVBl 2021, 1088.

36 § 13 der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Niedersachsen.

dargelegten Kenntnisse und Fertigkeiten zu beurteilen hat. Auch dies wirft die Frage nach dem prüfungsrechtlichen Gebot der Chancengleichheit auf. Denn weder die Weiterbildungsordnungen noch Verwaltungsvorschriften geben vor, wann der Prüfungsausschuss welches Prüfungsformat wählt.

Limitierungen für praktische Prüfungen ergeben sich bereits daraus, dass diese in den Verwaltungsgebäuden der Ärztekammern stattfinden. Denkbar ist es aber, dass der Prüfling um eine Anamneseerhebung oder ein Aufklärungsgespräch gebeten wird. In der Radiologie sind gelegentlich Röntgenbilder und in der Pathologie Präparate zu beurteilen. Zum Teil bietet sich der Einsatz von kleinen Modellen wie einer Akupunkturpuppe an. Lehrpraxen, welche für die Ausbildung Medizinischer Fachangestellter eingerichtet sind, können auch zur Facharztprüfung genutzt werden und ermöglichen die Prüfung weiterer praktischer Fähigkeiten. Aus den unterschiedlichen Anforderungen in den einzelnen Gebieten lassen sich sachliche Gründe für eine unterschiedliche Prüfungsweise ableiten. Die Kammern sollten allerdings durch einen wiederkehrenden Austausch zwischen den Prüfenden sicherstellen, dass innerhalb eines einzelnen Gebiets oder Teilgebiets gleiche Prüfungsbedingungen eingehalten werden.

Die aktuelle (Muster-)Weiterbildungsordnung der Bundesärztekammer sieht im Bereich der Zusatzbezeichnungen auch reine Kursweiterbildungen vor. Die Heilberufe- und Kammergesetze enthalten hinsichtlich der Frage, ob bei der Anerkennung von Zusatzbezeichnungen auf eine mündliche Prüfung verzichtet werden kann, inzwischen uneinheitliche Regelungen. Zurzeit haben sich die Ärztekammern darauf verständigt, alle Anerkennungen nur nach erfolgter mündlicher Prüfung auszusprechen. Der Aufwand erscheint jedoch bei einer reinen Kursweiterbildung kaum gerechtfertigt, selbst wenn im Nachgang zur COVID-19-Pandemie reine Online-Prüfungen denkbar sind. Einen Weg zeigt möglicherweise das Niedersächsische Kammergesetz für die Heilberufe auf. Dessen § 41 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 bestimmt, dass für bestimmte Kategorien von Arztbezeichnungen anstelle der mündlichen eine schriftliche Prüfung vorgesehen werden kann.³⁷

2. Hierarchisches Prinzip

Das Mustergesetz stammt, wie bereits ausgeführt, aus der Zeit vor Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Dem dürfte geschuldet sein, dass

³⁷ Vgl. dazu LT-Drs. Nds. 16/4313, S. 8.

die Einordnung der Weiterbildung in die öffentlich-rechtlichen Handlungsformen seinerzeit nicht erfolgt ist. Heute entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass die Weiterbildung entsprechend Art. 25 Abs. 3 S. 3 Richtlinie 2005/36/EG grundsätzlich im Rahmen angemessen vergüteter ärztlicher Berufsausübung erfolgt, also im Regelfall ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Träger der Weiterbildungsstätte begründet wird.³⁸ Daneben besteht aber ein öffentlich-rechtliches Weiterbildungsverhältnis zwischen einerseits dem Weiterbildenden und andererseits dem Weiterzubildenden.³⁹ Dieses kommt in der Regel aufgrund einer mündlichen Absprache zustande,⁴⁰ weshalb ab und an eingewendet wird, ein solches Weiterbildungsverhältnis sei gar nicht zustande gekommen, sodass kein Anspruch auf ein entsprechendes Zeugnis bestehe.⁴¹ Damit fehlt es dann aber an der formalen Voraussetzung, um den Assistenzarzt zur Facharztprüfung zuzulassen. Denn der Ausschuss darf nicht nur auf Grundlage der mündlichen Prüfungsleistung entscheiden, sondern muss der Entscheidung über das Bestehen der Prüfung auch die Zeugnisse zugrunde legen. Keine Weiterbildung erfolgt, soweit ein Arzt einen eigenen Versorgungsauftrag im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung wahrnimmt. Die Gesetze bringen dies zum Teil noch dadurch zum Ausdruck, dass Zeiten eigener Praxistätigkeit auf die Weiterbildung nicht anrechenbar sind.⁴²

3. Weiterbildung im ambulanten Bereich

Die Weiterbildung fand abgesehen von der Allgemeinmedizin in der Mitte der 1970er Jahre nahezu ausschließlich im Krankenhaus statt. Nach und nach übernahm der ambulante Bereich, etwa im Zuge der Etablierung ambulanter Operationen oder der Auslagerung einzelner Versorgungsbereiche wie der Pathologie oder Radiologie, weitergehende Versorgungsaufgaben. Damit stiegen auch die Anforderungen an die Praxen in ihrer Funktion als Weiterbildungsstätte, die deshalb ebenfalls der Zulassung, und zwar sei-

38 Vgl. dazu das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung.

39 OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.8.2011 – 8 LA 101/11, MedR 2012, 149.

40 Ein Muster für einen entsprechenden Vertrag findet sich in *Scholz/Treptow* (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Medizin- und Gesundheitsrecht, 2. Aufl., München 2022, Formular E. I. 4.

41 Das Zeugnis ist vom Arbeitszeugnis zu trennen (VG Augsburg, Urt. v. 4.2.2009 – 4 K 07.809, BeckRS 2009, 47498) und Streitigkeiten darüber entscheiden die Verwaltungsgerichte (LAG Hessen, Beschl. v. 28.7.2023 – 3 Ta 29/23, NZA-RR 2023, 609).

42 Vgl. § 5 Abs. 6 des Musterentwurfs.

tens der Ärztekammer, bedürfen. Dies erfolgt im Zusammenhang mit der Erteilung der Weiterbildungsbefugnis der in der Praxis oder dem medizinischen Versorgungszentrum tätigen Fachärzte. Die im Zuge der aktuellen Krankenhausreform propagierte Ambulantisierung wird die Weiterbildung noch stärker in den ambulanten Bereich verlagern.

Soweit die ambulante Einrichtung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt, bedarf die Beschäftigung eines Weiterbildungsassistenten der vorherigen Genehmigung seitens der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung, § 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Ärzte-ZV. Die Weiterbildung wird im ambulanten Bereich nach § 75a SGB V gefördert; zudem sind die vom Assistenten erbrachten Leistungen abrechenbar, dürfen aber grundsätzlich nicht zur Vergrößerung der Praxistätigkeit führen oder der Aufrechterhaltung eines übergroßen Praxisumfanges dienen, § 32 Abs. 3 Ärzte-ZV. Hier besteht weiterer Reformbedarf. Es kommt häufig vor, dass eine Weiterbildungsstelle nach Ausscheiden eines Assistenten nicht nahtlos nachbesetzt werden kann. Dieses kann im Rahmen der Honorarverteilung zu Nachteilen für den Praxisinhaber führen. Daher ist zu fordern, dass auch die Vorhaltekosten für eine Weiterbildungsstelle refinanziert werden und begleitend zusätzliche Qualitätskriterien für eine gute Weiterbildung im ambulanten Bereich entwickelt werden.

4. Wechsel der Weiterbildungsstätte

In Art. 17g Abs. 4 S. 2 BayHKaG hieß es, dass die Weiterbildungsstätte und der Weiterbildende mindestens einmal zu wechseln sind. Das wurde damit begründet,⁴³ dass eine qualifizierte Weiterbildung das Kennenlernen verschiedener Praktiken und Auffassungen erfordert, um später abwägend mit einem gewissen Weitblick nach eigener Überzeugung beruflich handeln zu können. Dieses liege auch im besonderen gesundheitspolitischen Interesse. Damit sei nicht notwendig ein Ortswechsel verbunden, denn es genüge der Wechsel zwischen verschiedenen Krankenhausabteilungen. Ein Ortswechsel wäre allerdings zumutbar, wenn er im Interesse einer guten und umfassenden Weiterbildung notwendig sei. *Sewering*⁴⁴ berichtet dazu, dass im ursprünglichen Entwurf der GMK vorgesehen war, dass höchstens zwei

43 LT-Drs. Bayern 8/4364, S. 23 f.

44 *Sewering*, Neufassung der Weiterbildungsordnung – Referat zu Tagesordnungspunkt 3 des 79. Deutschen Ärztetages, DÄBl 1976, 1549 (1952).

Drittel der vorgeschriebenen Weiterbildungszeit bei einem Weiterbilder und an einer Weiterbildungsstätte hätten abgeleistet werden dürfen.

In Nordrhein-Westfalen ließ § 22h Abs. 4 S. 3 HeilBerG abweichende Bestimmungen für die Weiterbildung in einzelnen Gebieten und Teilgebieten sowie darüber hinaus einzelne Ausnahmen zu, wenn es mit den Zielen der Weiterbildung vereinbar war. In den Weiterbildungsstellen und im Vorstand der Bundesärztekammer kam man damals zu dem Ergebnis, dass in einer Vielzahl von Gebieten der Wechsel des Weiterbilders und der Weiterbildungsstätte schon aus der Sache heraus notwendig vorzuschreiben sei. Dies waren damals u.a. die Nervenheilkunde, die Laboratoriumsmedizin, nicht hingegen die Anästhesiologie, Augenheilkunde oder Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde. In der Inneren Medizin und der Chirurgie schlug man eine mindestens einjährige Tätigkeit in einem Krankenhaus der Grund- oder Regelversorgung vor. Davon sah man nach Abwägung zwischen den damit verbundenen Belastungen beim ärztlichen Nachwuchs in Verhältnis zu dem ggfs. zu erwartenden Nutzen einer solchen Tätigkeit ab.

Die Frage nach einem obligatorischen Wechsel von Weiterbildungsstätten steht erneut auf der Tagesordnung. Die aktuelle (Muster-)Weiterbildungsordnung (MWBO) aus dem Jahr 2018 folgt dem kompetenzbasierten Bildungsmodell, welches auf den individuellen Lernfortschritt und die Beherrschung von spezifischen Fähigkeiten und Kenntnissen abstellt. Unter Bezugnahme auf einen auf der Homepage der Bundesärztekammer eingestellten und für den jeweiligen Weiterbildungsgang entwickelten fachlich empfohlenen Weiterbildungsplan wird an der Weiterbildungsstätte ein gegliedertes Programm für die Weiterbildung erstellt, § 5 Abs. 6 MWBO. Dieses ist Grundlage für die individuelle, in einem elektronischen Logbuch zu dokumentierende, Weiterbildung (§ 2a Abs. 7 MWBO), die aus verschiedenen Gründen, etwa dem kurzfristigen Ausfall von anderen in der Weiterbildung befindlichen Ärzten oder (Funktions-)Oberärzten, von dem Programm abweichen kann. Sie kann sich aber auch verlängern, weil die Kompetenzorientierung der Weiterbildung aufzeigt, dass der einzelne Arzt längere Zeit und Unterstützung benötigt, um eine Fähigkeit oder Fertigkeit vollständig zu erfassen, die wiederum Basis dafür ist, um zur nächsten Phase oder Stufe des Kompetenzerwerbs überzugehen. Dementsprechend heißt es bereits in der Präambel der MWBO, dass die vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte und Weiterbildungszeiten Mindestanforderungen sind und sich die Weiterbildungszeiten individuell verlängern, wenn Weiterbildungsinhalte in der Mindestzeit nicht erlernt werden können.

In den Methodenfächern wie z.B. der Laboratoriumsmedizin ist es zum Kompetenzerwerb daher weiterhin erforderlich, dass der angehende Facharzt ein Jahr in der stationären Patientenversorgung tätig ist. In der Neurologie und Psychiatrie und Psychotherapie muss ein Jahr im „Gegenfach“ abgeleistet werden und bei mehreren Fachgebieten wird ein gesondert ausgewiesener Abschnitt in der intensivmedizinischen Patientenversorgung gefordert.

Die bis 2018 geltende MWBO sah zudem in vielen Fächern vor, dass nur ein bestimmter Anteil der Weiterbildung im ambulanten Bereich abgeleistet werden konnte. Solche Zeiten weist die neue MWBO nicht mehr aus, sondern überlässt es der Anwendung im Einzelfall, wo der Assistenzarzt seine Kompetenzen erwirbt. Der Nachteil dieser Deregulierung liegt in einem Verlust an Planungssicherheit für junge Ärzte. Denn viele Kompetenzen können vorhersehbarerweise nur in einem der beiden großen Versorgungssektoren erworben werden, etwa im Bereich der Vorsorge- und Früherkennungsuntersuchungen. Die fehlende Vorgabe erhöht zudem die Gefahr, dass die MWBO in den einzelnen Ärztekammerbezirken unterschiedlich umgesetzt wird oder intensivere Auseinandersetzungen um den zeitlichen Umfang der Weiterbildungsbefugnisse an einzelnen Weiterbildungsstätten geführt werden.

Infolge der anstehenden Krankenhausreform sollte die vor 50 Jahren geführte Diskussion um ein verpflichtendes Weiterbildungsjahr zumindest in der Inneren Medizin und Chirurgie an einem Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung erneut angestoßen werden. Die Reform will kompliziertere Untersuchungs- und Behandlungsmethoden einschließlich komplexer Eingriffe an größeren Krankenhäusern konzentrieren. Diese werden für einen Anfänger als Lernort weit weniger geeignet sein als zurzeit. Andererseits sind Krankenhäuser, in denen kleine Routineeingriffe durchgeführt werden, für sie ideale Orte, um erste Kompetenzen zu erwerben, die dann an Krankenhäusern höherer Versorgungsstufe vertieft und ausgebaut werden können. Zukünftig werden spezifische Fähigkeiten und Fertigkeiten zunächst in Skills Labs bzw. zentralen Trainingseinrichtungen und nicht unmittelbar am Patienten praktisch vermittelt werden. Dies könnte Auswirkungen auf das Arzthaftungsrecht und die Rechtsprechung zur Anfängeroperation haben und zu einer Zentralisierung der ersten Monate der Facharztweiterbildung führen.

Die Zukunft der Weiterbildung liegt aber auch unbeschadet solcher Entwicklungen bei der Ausgestaltung von Weiterbildungsverbünden, also Absprachen zwischen den Trägern mehrerer Weiterbildungsstätten, die

ein die einzelnen Weiterbildungsstätten übergreifendes Weiterbildungsprogramm mit festen Rotationszeiten anbieten. Das ist etwa in Niedersachsen in § 48 Abs. 4 des Kammergesetzes für die Heilberufe bereits vorgesehen, wonach die Zulassung als Weiterbildungsstätte für mehrere Einrichtungen gemeinsam erteilt werden kann, wenn diese für sich allein die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Solche Modelle bedürfen aber der Beachtung z.B. der arbeits- und umsatzsteuerlichen Rahmenbedingungen. In der Regel dürfte es sich anbieten, bei einem Wechsel das an der Haupt-Weiterbildungsstätte bestehende Arbeitsverhältnis ruhen zu lassen und ein neues an der Weiterbildungsstätte zu begründen, zu welcher der Assistent abgeordnet wird. Denn andernfalls dürfte ein umsatzsteuerbarer Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliegen.

5. Teilzeitweiterbildung

Beim 75. Deutschen Ärztetag 1972 in Westerland, der vom 29.5. – 3.6. und damit wenige Wochen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stattfand, wurde (erneut) über die Zulassung der Teilzeitweiterbildung diskutiert.⁴⁵ Sah die Weiterbildungsordnung bis dahin noch ausnahmslos die Weiterbildung in voll bezahlten Ganztagsstellen vor, brachten Vertreterinnen des Deutschen Ärztinnenbundes, unterstützt durch Repräsentanten des Hartmannbundes, den 1971 gefassten Ärztetagsbeschluss in Erinnerung, vor allem Ärztinnen mit familiären Verpflichtungen eine Teilzeitweiterbildung zu ermöglichen. War nach dem dazu erarbeiteten Entwurf die Möglichkeit der Teilzeitweiterbildung auf Fälle beschränkt worden, in denen Ärztinnen einen Säugling oder ein Kleinkind im eigenen Haushalt zu versorgen hatten, sollten auch andere begründete Ausnahmen von dem nach wie vor weiterbestehenden Prinzip der Ganztagsweiterbildung zugelassen werden können.

Die Landesgesetzgeber griffen dies auf. Die Gesetzentwürfe nennen als Begründung für die Option der Teilzeitweiterbildung, dass auf diese Weise vor allem auch weiblichen Berufsangehörigen, „die in der Familie noch benötigt werden“, eine Weiterbildung ermöglicht werden soll.⁴⁶ Die Regelung zur Teilzeit erfolgte auch im Vorgriff auf die bereits erwähnte Richtlinie 75/362/EWG, für die sich insbesondere die weiblichen Ärzte-

45 DÄBl 1972, 1694.

46 LT-Drs. Bayern 8/4364, S. 24; LT-Drs. NRW 7/4489, S. 23.

verbände Englands ausgesprochen hatten.⁴⁷ In Niedersachsen wurden die Möglichkeiten der Teilzeitweiterbildung im Jahr 2012 erweitert. Der Gesetzesentwurf⁴⁸ nennt als Gründe für eine Ausbildung in Teilzeit, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu ermöglichen oder eine partnerschaftliche Aufteilung von Familien- und Erwerbstätigkeit zu erreichen. Sie werde aber nicht mehr von „persönlich begründeten Fällen“ abhängig gemacht. Unionsrechtlich muss gewährleistet werden, dass die Weiterbildung hinsichtlich Gesamtdauer, Niveau und Qualität den Anforderungen eines geregelten Kompetenzerwerbs einer ganztägigen Weiterbildung entspricht. Dies soll nach der aktuellen Weiterbildungsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg auch gewährleistet sein, wenn bis zur Hälfte der Gesamtweiterbildungszeit in Teilzeit in einem Umfang von mindestens 12 Stunden pro Woche abgeleistet wird.

6. Fortbildung

Die Weiterbildung führt zum geregelten Erwerb von Kenntnissen, Fähigkeiten und Fertigkeiten in einem speziellen medizinischen Gebiet. Es geht aber auch darum, die erworbenen Kompetenzen zu bewahren. Der Musterentwurf regelte daher in § 10 Abs. 4, dass wer eine Gebiets-, Teilgebiets- oder Zusatzbezeichnung führt, sich in dem Bereich, auf den sich diese bezieht, fortzubilden hat. Ausweislich der Gesetzesbegründung in Bayern⁴⁹ ist die Beschränkung der Fortbildungspflicht auf das Fachgebiet Konsequenz der Tätigkeitsbeschränkung, d.h. der Vorgabe, dass wer eine Gebietsbezeichnung führt, sich grundsätzlich auf eine Tätigkeit in diesem Bereich zu beschränken hat. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich festgestellt, dass der Fortbildungsbedarf nicht als Argument dafür taugt, zwei erworbene Facharztbezeichnungen nicht nebeneinander führen zu dürfen.⁵⁰

Die allgemeine Vorgabe zur fachgebietsspezifischen Fortbildung ist im Laufe der Jahre aus den Heilberufe- und Kammergesetzen herausgefallen und durch spezifischere berufsrechtliche Regelungen, nämlich eigenständige Fortbildungsordnungen und sozialrechtliche Vorgaben, und zwar in den

47 Eberhard (Fn. 18), DÄBl 1975, 3060 unter Hinweis darauf, dass die praktische Krankenhaus­tätigkeit die ganze Zeit nicht nur nachmittags, also in der etwas praxisärmeren Zeit, ausgeübt werden kann.

48 LT-Drs. Nds. 16/4313, S. 5.

49 LT-Drs. Bayern 8/4364, S. 26.

50 BVerfG, Beschl. v. 29.10.2002 – 1 BvR 525/99, NJW 2003, 879.

§§ 73b Abs. 2 Nr. 3, 95d und 136b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, konkretisiert worden. Sie sichert die gewissenhafte Berufsausübung und stellt sicher, dass die Patienten nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards behandelt werden.

IV. Schluss

Die ärztliche Weiterbildung steht aufgrund des Fachkräftemangels vor größeren Herausforderungen. Nicht immer ist sichergestellt, dass junge Ärztinnen und Ärzte zu Beginn ihrer Berufstätigkeit die hinreichende Anleitung und Unterstützung finden, sondern, anders als es dem Vorstellungsbild der Weiterbildung entspricht, auf sich allein gestellt sind. Daher scheint es geboten, zu Beginn der Weiterbildung über eine Einführungsphase nachzudenken, in der auf die Tätigkeit im spezialisierten Fachgebiet, aber auch auf die bürokratischen Aspekte der ärztlichen Tätigkeit eingegangen wird. So könnten Krankenhausinformations- und Praxisverwaltungssysteme in Kleingruppen erläutert und die spezifischen Dokumentationsvorgaben in einer digitalen Lernumgebung vermittelt werden.

Unlösbare Fälle? Umfang und Grenzen der Auslegungsgrundsätze¹

Peter Schrader

50 Jahre Juristische Fakultät Leibniz Universität Hannover! Wenn eine Universität einen solchen Namen trägt, stellt sich zwangsläufig die Frage, welche Anstöße der Namensgeber, Gottfried Wilhelm Leibniz, der Rechtswissenschaft gegeben hat.

I. Leibniz und die Auslegung

Seit 2006 trägt die Universität den Namen „Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover“, kurz Leibniz Universität Hannover. Die frühere Universität Hannover wurde im Jahr 2006 anlässlich des 175. Universitätsjubiläums in Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover umbenannt. Im Leitbild der Universität ist das Profil mit besonderem Bezug zu Leibniz verankert. Die Verbindung zu Leibniz spiegelt sich auch im Logo der Universität wider.

Leibniz, ein Universalgelehrter, promovierte mit dem Thema „De Casibus Perplexis in Jure“. Der Titel der Dissertation spricht Bände: Es ging um die Lösung komplizierter Rechtsfälle. Die Vervollkommnung der Jurisprudenz war ihm ein wesentliches Anliegen. In immer neuen Ansätzen hat er eine Rechtsphilosophie zu begründen versucht, die die Beantwortung aller Fragen nach Recht und Gerechtigkeit ermöglichen sollte.²

Um „gerechte“ Lösungen von Fällen herbeizuführen, bedarf es der Auslegung der Erklärungen, die die Parteien abgegeben haben. Nur so lassen sich, zumindest annäherungsweise, „gerechte“ Lösungen finden, die dem nahekommen und im Idealfall auch erreichen, was die Parteien tatsächlich gewollt und erstrebt haben. Die Auslegungsgrundsätze, also die Wege, um

1 Meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau *Lea Mogwitz*, danke ich für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

2 Vgl. *Schneiders*, Naturrecht und Gerechtigkeit bei Leibniz, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 20/1966, 607-650 (607).

zu solchen Ergebnissen zu kommen, sind Gegenstand des vorliegenden Beitrages.

II. Notwendigkeit der Auslegung

Auslegung beschreibt „das kunstmäßige Verstehen von dauernd fixierten Lebensäußerungen“. Sie ist notwendig, da die Verständigung durch Willenserklärungen von vielen Faktoren abhängt und daher die Gefahr von Missverständnissen birgt. Zu nennen ist dabei insbesondere die oft unscharfe und mehrdeutige Alltagssprache, die selbst wieder von der Ausdrucksweise (z.B. Körpersprache, Ton), der konkreten Kommunikationssituation (z.B. Zeit, Ort, Bezugnahme auf Vorverhandlungen) sowie dem (z.B. alters-, geschlechts-, berufsspezifischen oder regionalen) Vorverständnis der Beteiligten abhängt.³

Beispiele:

In der Vereinbarung einer Abfindung findet sich hinter dem Abfindungsbetrag weder die Bezeichnung „brutto“ noch „netto“. Frage: Ist eine Brutto- oder Nettoabfindung gemeint? Der Vorgesetzte fasst einer Mitarbeiterin, die Probleme bei der Arbeit hat, an den Arm, um sie zu trösten. Sexuelle Belästigung oder Empathie? Auf dem Bau bezeichnet ein Kollege einen anderen mit einem „deftigen“ Ausdruck: Beleidigung oder üblicher Umgang auf dem Bau unter Kollegen?

Diese einfachen Beispiele machen deutlich, dass wir uns nicht nur bei komplizierten Verträgen, sondern auch im Alltagsleben immer wieder die Frage stellen, was eine Äußerung, was eine Handlung jetzt tatsächlich bedeuten soll. Zu dieser Bedeutung, zu dem Sinngehalt kommen wir nur, indem wir diese Handlung auslegen.

Die Auslegung kann sowohl die Ermittlung des Sinns von Gedankenäußerungen in Gesetzen und generell Normen (Gesetzesauslegung) oder aber rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen (Vertragsauslegung) betreffen, wobei sich beide methodisch unterscheiden. Der vorliegende Beitrag behandelt die Vertragsauslegung. Maßgeblich sind dabei §§ 133 und 157 BGB als allgemeine Auslegungsregeln. Bei der Vertragsauslegung

3 Vgl. *Busche*, in: Sackert/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 133 Rn. 3; *Dörner*, in: Schulze et al., BGB – Handkommentar, 12. Aufl., Baden-Baden 2024, § 133 Rn. 1; *Biehl*, Grundsätze der Vertragsauslegung, JuS 2010, 195.

kann entweder die Ermittlung des subjektiv Gewollten das Ziel sein oder auf das objektiv Erklärte abgestellt werden, wenn zu fragen ist, wie das Erklärte von einem Dritten zu verstehen ist.

Eine Auslegung von Gesetzesvorschriften und/oder Willenserklärungen ohne Bindung an bestimmte Strukturen führt zu einer gewissen Pervertierung des Rechts, wie der am 22.6.2023 verstorbene Rechtswissenschaftler Bernd Rüthers bereits in seinem Werk „Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus“ ausführte. Anhand von Beispielen erläutert Rüthers, wie die NS-Ideologie in das Privatrecht Eingang fand. Bei der Anwendung der Normen und deren Auslegung war zu berücksichtigen, dass all das nicht mehr zur Anwendung kam, was „in einem unerträglichen Widerspruch zu den Grundgedanken der nationalsozialistischen Weltanschauung“ stand.⁴

Rüthers führt Beispiele auf, aus denen sich ergibt, wie die Anwendung des geltenden Rechts unter Berücksichtigung der NS-Ideologie zu pervertierten Ergebnissen führte:

- Der Irrtum über die „Bedeutung“ und das „Wesen der jüdischen Abstammung“ berechtigte zur Anfechtung der Ehe.⁵
- Einer „arischen Mutter“ wurde das Umgangsrecht versagt, wenn sie ein Verhältnis mit einem Deutschen jüdischer Abstammung fortsetzte.⁶
- Die Kündigung einer Frau wurde entgegen der damals geltenden gesetzlichen Regelung (eine Kündigung aufgrund eines bestimmten Geschlechtes war nach § 84 Nr. 1 des BetriebsRG untersagt) erlaubt mit der Begründung, man wolle Platz für arbeitslose männliche Arbeitnehmer schaffen und es sei das Bestreben der neuen Regierung, die Frau wieder dem häuslichen Wirkungskreis zuzuführen.⁷

Rüthers kam dementsprechend zu dem Ergebnis, dass die juristische Methodenlehre (und damit auch die Auslegung) keine Schranke gegen die Perversion des Rechts ist. Sie ist bloße Technik für die Anwendung geltenden Rechts – was Recht ist, lässt sich mit ihrer Hilfe nicht bestimmen.

4 Vgl. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 9. Aufl., Tübingen 2022, S. 148.

5 Vgl. Rüthers, *Nationalsozialismus* (Fn. 4), S. 156.

6 Vgl. Rüthers, *Nationalsozialismus* (Fn. 4), S. 203.

7 Vgl. Rüthers, *Nationalsozialismus* (Fn. 4), S. 149.

Zu dieser Feststellung bedarf es vielmehr außerhalb ihrer selbst liegender Instrumente.⁸

Das bedeutet aber als Umkehrschluss für die Auslegung von Gesetzen, aber auch Willenserklärungen, dass eine immanente Schranke gilt und zu beachten ist. Diese ist die freiheitlich demokratische Grundordnung, die insoweit einen, wenn auch relativen, aber doch gewissen Schutz gegen Pervertierung des Rechts durch Auslegung geltenden Rechts und von Willenserklärungen darstellt.⁹

III. Selektive Wahrnehmung

Selektive Wahrnehmung ist ein psychologisches Phänomen, bei dem nur bestimmte Aspekte der Umwelt wahrgenommen und andere ausgeblendet werden. Man fokussiert sich auf eine Sache und bekommt Geschehnisse drumherum nicht mit. Die Wahrnehmung wird von der Aufmerksamkeit gelenkt.¹⁰ Je mehr man sich auf eine Sache konzentriert, desto leichter gehen der Aufmerksamkeit Dinge „durch die Lappen“, die ebenfalls von Wichtigkeit sind. Beispielsweise beim Autofahren: Wer seine Aufmerksamkeit auf die Straßenbezeichnungen richtet, weil er eine bestimmte Straße sucht, übersieht schnell einen Fußgänger, der die Straße überquert. Tatsächlich haben Autofahrer, die in einen Unfall verwickelt waren, berichtet, dass sie das andere Auto gar nicht bemerkt haben – so wirkt der Filter der selektiven Wahrnehmung.¹¹

Die Beispiele lassen sich fortsetzen.¹² So wird beispielsweise im Zusammenhang mit der selektiven Wahrnehmung häufig der sog. Cocktailparty-Effekt angeführt. Dieser Effekt zeigt, dass Menschen inmitten eines Klanggewirrs aus Hintergrundmusik, aneinanderschlagenden Gläsern, anderen Unterhaltungen etc. fähig sind, einer Unterhaltung mit dem Gesprächspart-

8 Vgl. *Rüthers*, Nationalsozialismus (Fn. 4), S. 442 ff.

9 Vgl. *Grüneberg*, in: ders. et al., BGB, 83. Aufl., München 2024, Einleitung zum BGB Rn. 46.

10 Vgl. *Hergovich*, Allgemeine Psychologie: Wahrnehmung und Emotion, 2. Aufl., Wien 2018, S. 40.

11 Vgl. zur Unaufmerksamkeitsblindheit in *Hergovich*, Allgemeine Psychologie (Fn. 10), S. 40.

12 Vgl. beispielsweise *Hergovich*, Allgemeine Psychologie (Fn. 10), S. 39 f.; *Sokolowski*, Allgemeine Psychologie für Studium und Beruf, Hallbergmoos 2013, S. 101; *Wendt*, Allgemeine Psychologie – Wahrnehmung, Göttingen u.a. 2014, S. 274.

ner weitestgehend störungsfrei zu folgen, auch wenn in unmittelbarer Nähe und mit einer erhöhten Lautstärke andere Gespräche geführt werden. Unser Bewusstsein schafft es, die Geräuschkulisse weitestgehend auszublenden und unsere Aufmerksamkeit auf die Worte unseres eher leiseren Gesprächspartners zu fokussieren.¹³ Sinngemäß lässt sich Derartiges auch in juristischen Verfahren beobachten. Der Anwalt ist so sehr auf eine bestimmte Argumentation fokussiert, dass er andere Begründungsansätze, andere Argumentationen nicht mehr wahrnimmt: Er fokussiert sich auf das, was er sich vorgenommen hat und was sein Weg zur Durchsetzung des vermeintlichen Rechtes seines Mandanten oder der Abwehr von Ansprüchen ist.

Der Argumentation der Gegenseite zu widersprechen wird in der Regel nicht zielführend sein. Denn jemanden, der von seiner Auffassung überzeugt ist, vom Gegenteil zu überzeugen, ist rein praktisch in forensischen Verfahren schwierig. Es muss also gelingen, den Blickwinkel zu verändern, den Blickwinkel so auf das Verfahren, den Fall, „neu“ zu fokussieren, dass statt des Beharrens auf die eigene Argumentation (der „bisherige Weg“) ein neuer Blickwinkel hinzukommt (der „neue Weg“). Um bei dem obigen Beispiel zu bleiben: Man muss den Autofahrer davon abbringen, sich auf die Straßenschilder zu konzentrieren. Bei dem Beispiel kann dies das Benutzen einer digitalen Straßenführung oder eines Navigationssystems sein.

Runtergebrochen auf juristische Verfahren: Wenn es gilt, den Blickwinkel auf Verfahren zu verändern, kann dies auch erfolgen, indem man, statt seine bisherige Argumentation weiter zu verfolgen, andere Gesichtspunkte einbringt. Dies können beispielsweise Auslegungsgesichtspunkte sein: Indem man seinen Blick auf einen anderen, neuen Blickwinkel, vielleicht auch neuen Sachverhalt, vielleicht aber auch juristisch vollkommen neue Blickwinkel (historische Auslegung und Besinnung auf die Gesetzesmaterialien? Was wollte der historische Gesetzgeber?) lenkt, lässt sich eine andere juristische Bewertung erreichen.

Für den forensischen Praktiker hat daher die Frage der Auslegung und der Auslegungsgrundsätze nicht nur rein juristische Bedeutung, sondern dient häufig auch dazu, den Blickwinkel der Gegenseite auf ein Verfahren so zu ändern, dass sie in der eigenen Argumentation und Gesprächen, vielleicht auch über eine einvernehmliche Regelung, zugänglicher wird. Über die rein juristische Betrachtungsweise kann es so gelingen, auch an sich „unlösbare“ Fälle, also schwierige oder problematische Verfahren, durch die Fokussierung auf einen anderen Blickwinkel einer Lösung zuzuführen.

13 Vgl. *Wendt*, Wahrnehmung (Fn. 12), S. 274.

IV. Historische Auslegungsgrundsätze

Die Auslegungsgrundsätze gehen zurück auf Friedrich Carl von Savigny, einen am 21.2.1779 geborenen und am 25.10.1861 verstorbenen deutschen Rechtsgelehrten. Er war Professor der Jurisprudenz und 1812/1813 Rektor der Universität zu Berlin, Mitglied des preußischen Staatsrates und Staatsminister für Gesetzesrevision (1842 bis 1848). Von Savigny gilt als Begründer der sogenannten historischen Rechtsschule.¹⁴

Seit dem 19. Jahrhundert galt ein „Rechtsverweigerungsverbot“. Das bedeutet, dass die Richter die Pflicht haben und hatten, ihnen vorliegende Fälle zu entscheiden.¹⁵ Das bedeutet aber auch zwangsläufig, dass Verträge, Gesetze und Normen zu interpretieren und Lücken auszufüllen waren.¹⁶

Nach Savigny müsse der Inhalt einer Rechtsquelle durch den Rechtsentscheider immer wieder neu hergestellt und der Sinn bestimmt werden.¹⁷ Er verwendete noch nicht den Begriff „Auslegungskriterien“, sondern sprach von „Sinnbestimmungsmitteln“. ¹⁸ Mittel zur Sinnbestimmung waren für ihn das grammatische, das logische, das systematische und das historische Element.¹⁹ Den Zweck des Gesetzes wollte von Savigny grundsätzlich nicht als Auslegungsgesichtspunkt anerkennen, sofern er – wie es die heutige teleologische Auslegung annimmt – durch andere Gesichtspunkte als die von ihm anerkannten bestimmt wird.²⁰ Die Vervollkommenung eines Gesetzes stand Savigny zufolge ausschließlich dem Gesetzgeber zu, nicht aber dem Richter, der selbst lediglich nachvollziehen dürfte.²¹ Interpretation sei vorerst die Rekonstruktion des Inhalts des Gesetzes.²² Die Frage nach der ratio legis

14 Vgl. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 487, 532; Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III, Tübingen 1976, S. 74.

15 Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, Rn. 823; Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot – Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, ZZZ 1968, 79 (80).

16 Vgl. Schumann (Fn. 15), ZZZ 1968, 80.

17 Vgl. Savigny, in: ders., Wesenberg (Hrsg.), Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1951, S. 18.

18 Vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. I, S. 213 ff.; Bd. III, S. 244.

19 Vgl. Savigny, Methodenlehre (Fn. 17), S. 19; Fikentscher, Methoden (Fn. 14), S. 67.

20 Vgl. Savigny, Methodenlehre (Fn. 17), S. 43; Fikentscher, Methoden (Fn. 14), S. 67.

21 Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 13.

22 Vgl. Savigny, Methodenlehre (Fn. 17), S. 18.

– und damit die teleologische Auslegung – findet allerdings nur bei der Auslegung von Gesetzen Anwendung, nicht bei der Auslegung von Willenserklärungen. Dort richtet sich die Auslegung nämlich nach den §§ 133, 157 BGB.²³ Diese, um in Savignys Diktion zu bleiben, „Sinnbestimmungsmittel“ waren für ihn gleichwertig. Es handelte sich nicht um verschiedene Methoden und verschiedene Auslegungen, sondern um Elemente, bei denen das eine oder das andere einen größeren Erkenntniswert haben kann.²⁴

Die juristische Hermeneutik knüpft heute noch immer an Friedrich Carl von Savigny an.²⁵

Und da Methodik helfen soll, Recht ins Werk zu setzen, hat auch Methodik teil am Gerechtigkeitsauftrag des Rechts. Juristische Methodenlehre zielt auf „Gerechtigkeit durch Verfahren“. Methodenlehre sorgt für Gerechtigkeit, indem sie versucht, zu methodischen, das heißt sachangemessenen, gleichen, nicht willkürlichen Vorgehen beizutragen.²⁶ Ohne Methodenlehre daher keine Gerechtigkeit!

V. Grundsätzliche Voraussetzungen für eine Auslegung

Bei der Vertragsauslegung haben wir zwei übereinstimmende Willenserklärungen, nämlich Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB).

1. Auslegungsgegenstand

Geeigneter Auslegungsgegenstand ist gemäß § 133 BGB grundsätzlich eine Willenserklärung, allerdings ist auch die Frage, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, durch Auslegung zu beantworten.²⁷

23 Vgl. *Ellenberger*, in: *Grüneberg et al.* (Fn. 9), § 133 Rn. 1.

24 Vgl. *Reutter*, „Objektiv Wirkliches“ in *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre*, Frankfurt a.M. 2013, S. 344 f.; *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 3, 124.

25 Vgl. *Fikentscher*, *Methoden* (Fn. 14), S. 67.

26 Vgl. *Reimer*, *Gerechtigkeit als Methodenfrage*, Tübingen 2020, S. 9; *Pawlowski*, *Methodenlehre* (Fn. 24), Rn. 5a.

27 Vgl. BGH, Urteil vom 3.7.1996 – VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574 (2575).

2. Auslegungsbedürftigkeit

Vor allem in der älteren Rechtsprechung wird vertreten, dass es an der vorausgesetzten Auslegungsbedürftigkeit fehlt, wenn die Willenserklärung nach Wortlaut und Zweck einen eindeutigen Inhalt hat. Beispielsweise wenn sich für Begriffe ein bestimmtes Begriffsverständnis beziehungsweise ein allgemeiner Sprachgebrauch²⁸ entwickelt habe oder aufgrund eines klaren Wortlauts kein Raum für Auslegung gelassen sei.²⁹ Nach der Gegenansicht (insbesondere Literatur) bedürfe es aber gerade der Auslegung, um zu ermitteln, ob der Wortlaut auch wirklich eindeutig ist. Eine scheinbare Eindeutigkeit des Textes bedeute hingegen nur, dass rasch und unstreitig festgestellt werden könne, dass keine Zweifel am Sinn der Äußerung bestünden.³⁰

Beispiel:

Ein Aufhebungsvertrag enthält die Erklärung, dass alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfüllt seien. Der Arbeitnehmer macht Urlaubsabgeltungsansprüche geltend. Frage: Wie ist die Reichweite der Erklärung, worüber darf der Arbeitnehmer verfügen? Die Erklärung in einem Aufhebungsvertrag, alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis seien erfüllt, umfasst sämtliche Urlaubsansprüche, über die der Arbeitnehmer verfügen kann. Der gesetzliche Mindesturlaub gehört nicht hierzu. Folge: Trotz Erledigungsklausel wären die gesetzlichen Urlaubsansprüche, soweit noch nicht verfallen oder verjährt, nicht erfasst.³¹

3. Auslegungsfähigkeit

Verbreitet wird vertreten, dass unverständliche, mehrdeutige und widersprüchliche Willenserklärungen nicht auslegungsfähig seien.³²

28 Vgl. BGH, Urteil vom 11.7.1997 – V ZR 246/96, NJW 1997, 2874 (2875 unter II 2 b aa zum Begriff Wohnfläche).

29 Vgl. BGH, Urteil vom 5.7.2002 – V ZR 143/01, NJW 2002, 3164 (3165).

30 Vgl. Dörner (Fn. 3), § 133 Rn. 3; Busche (Fn. 3), § 133 Rn. 61; Mansel, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig BGB, 19. Aufl., München 2023, § 133 Rn. 2; BGH, Urteil vom 19.12.2001 – XII ZR 281/99, NJW 2002, 1260 (1261) (als Beispiel zu einer nur scheinbar eindeutigen Klausel).

31 Vgl. BAG, Urteil vom 20.1.1998 – 9 AZR 812/96, NZA 1998, 816.

32 Vgl. BGH, Urteil vom 6.10.2005 – III ZR 367/04, NJW-RR 2006, 281 (282).

Dem ist insofern zuzustimmen, dass nicht allen Willenserklärungen durch Auslegung ein geltungsfähiger Sinn gegeben werden kann, jedoch ist es ansonsten gerade Aufgabe der Auslegung, Widersprüche aufzulösen und Mehrdeutiges zu präzisieren. Der Bundesgerichtshof geht grundsätzlich von dem Erfahrungssatz aus, „dass die Vertragsschließenden auch bei einem unzulänglichen oder widerspruchsvollen Wortlaut mit dem Vertragsabschluss einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck ins Auge gefasst und verfolgt haben und mit der von ihnen gewählten Formulierung zum Ausdruck haben bringen wollen. Es kann daher nur in einem besonders gelagerten Ausnahmefall die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass die Auslegung eines Vertrages wegen seines absolut widerspruchsvollen oder widersinnigen Inhalts unmöglich ist“.³³

Beispiel für den Fall einer Prozesshandlung:

Ein Arbeitnehmer erhält eine Kündigung. Sein Anwalt reicht unter Beifügung des Arbeitsvertrages und des Kündigungsschreibens gegen diese Kündigung Klage „wegen Feststellung“ ein. Der Schriftsatz enthält keinen konkreten Feststellungsantrag. In dem Schriftsatz führt der Kläger aus, die Beklagte habe eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklärt, Gründe, die eine Kündigung rechtfertigen würden, seien nicht gegeben, der Betriebsrat habe der Kündigung widersprochen. Die Beklagte beschäftige regelmäßig mehr als fünf Mitarbeiter. Frage: Die Klage enthält keinerlei Sachantrag. Problem: Es muss ausgelegt werden, was der Kläger eigentlich will. Ist aber eine Klage ohne Prozessantrag überhaupt auslegungsfähig? Das Bundesarbeitsgericht:³⁴ Im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Entscheidend ist, dass aus dem Antrag bzw. aus der Klageschrift der Wille des Klägers zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage hinreichend deutlich hervorgeht. Dementsprechend kann es auch bei Fehlen eines ausdrücklich formulierten Antrags genügen, wenn aus der Klageschrift ersichtlich wird, gegen wen sie sich richtet, wo der Kläger tätig war und vor allem, dass er seine Kündigung nicht als berechtigt anerkennt.

33 Vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1956 – II ZR 207/54, NJW 1956, 665; *Busche* (Fn. 3), § 133 Rn. 60; *Mansel* (Fn. 30), § 133 Rn. 2; *Biehl* (Fn. 3), JuS 2010, 195.

34 Vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2007 – 2 AZR 818/06, NZA 2008, 589.

VI. Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB

Liegen die allgemeinen Voraussetzungen einer Auslegung vor, sind die Auslegungsgrundsätze, die von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, einzuhalten.

1. Auslegungsziel

Aufgrund des Gesichtspunkts des Verkehrsschutzes ist zwischen empfangsbedürftigen (stärkere Objektivierung der Auslegung) und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu unterscheiden.

a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärung

So sind einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen grundsätzlich nach dem tatsächlichen Wollen/realen Willen des Erklärenden auszulegen. Sollte dieser nicht ermittelt werden können, kommt es auf den mutmaßlichen – den vernünftigerweise gebildeten – Willen an. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Auslegungsverständnis ist die Abgabe.³⁵

Es kommt jedoch nicht ausschließlich auf den inneren Willen an, da auch objektive Faktoren die Auslegung beeinflussen. So dürfen beispielsweise bei der Ermittlung des Willens des Erblassers auch die allgemeinen Lebenserfahrungen und weitere Umstände außerhalb des Testaments herangezogen werden (beachte Sonderfall der letztwilligen Verfügung mit Erfolgsorientierung gemäß § 2084 BGB). Weitere Fälle, in denen es nicht ausschließlich auf das vom Erklärenden Gewollte ankommt, sind einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen, die an einen bestimmten Interessentenkreis beziehungsweise unbestimmten Personenkreis gerichtet sind, da dort gemäß § 157 BGB auf die Verständnismöglichkeiten des etwaigen Personenkreises beziehungsweise eines durchschnittlichen Teilnehmers am Rechtsverkehr abzustellen ist. Zu nennen sind in diesem Sinne insbe-

35 Vgl. Dörner (Fn. 3), § 133 Rn. 7; Busche (Fn. 3), § 133 Rn. 5; BGH, Urteil vom 8.12.1982 – IV a ZR 94/81, NJW 1983, 672 (insb. 673 zur Auslegung eines Testaments).

sondere die Auslobung (§ 657 BGB) und Gründungserklärungen bei der Einmann-GmbH/-AG (§ 1 GmbHG, §§ 2, 36 Abs. 2 AktG).³⁶

b) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Verbindung von §§ 133 und 157 BGB)

Aufgrund des Verkehrsschutzgedankens verlangt die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, dass es schon im Ausgangspunkt nicht allein auf den wirklichen Willen des Erklärenden ankommt. Sie sind daher so auszulegen, dass die objektive, sich aus der Sicht des Empfängers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergebende Bedeutung erkennbar wird. Entscheidend ist der „Empfängerhorizont“ und der objektive Erklärungswert. Heranzuziehen sind alle Erkenntnismöglichkeiten, die dem (vernünftigen) Erklärungsempfänger bei gehöriger Anstrengung zur Verfügung standen, inklusive der Begleitumstände. Das Risiko der Ausdruckssorgfalt trifft den Erklärenden, während den Empfänger das Risiko der Auslegungssorgfalt trifft. Die geltende Formel lautet: Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist darauf abzustellen, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste.³⁷

Insofern kann sich der Sinngehalt der Erklärung von dem Verständnis des Erklärenden unterscheiden.³⁸

Beispiel für den Fall der Risikoverteilung seitens des Erklärenden:

In einem, auf eine Kündigung durch den Arbeitgeber folgenden Rechtsstreit schlossen die Parteien im April einen Vergleich, der festlegte, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31. Dezembers desselben Jahres enden wird. Dem Kläger (Arbeitnehmer) wurde dabei die Möglichkeit zugesprochen, das Arbeitsverhältnis frühzeitig zu beenden, wodurch sich dann seine Abfindung um die jeweils „eingesparten“ Vergütungszahlungen erhöhen sollte. Die gesamte Abfindung sollte laut Vergleich „mit dem regulären Gehaltslauf des auf den Beendigungsmonat folgenden

36 Vgl. *Busche* (Fn. 3), § 133 Rn. 11; *Ellenberger* (Fn. 23), § 133 Rn. 12 f.; BGH, Urteil vom 7.9.2007 – II ZR 232/05, NJW 2007, 2912 Rn. 10 (zur Erklärung ggü. einem Personenkreis).

37 Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2008 – I ZR 23/06, NJW 2009, 774 (776 m.w.N.).

38 Vgl. *Busche* (Fn. 3), § 133 Rn. 12 ff., 33 f.; *Dörner* (Fn. 3), § 133 Rn. 8; *Ellenberger* (Fn. 23), § 133 Rn. 9 ff.

Kalendermonats ausbezahlt“ werden. Der Kläger schied, ohne von der Möglichkeit des vorzeitigen Ausscheidens Gebrauch zu machen, zum 31. Dezember aus dem Arbeitsverhältnis aus und die Abfindung wurde dem Kläger zusammen mit dem Entgelt für den Monat Dezember am 30. Dezember gutgeschrieben. Der Kläger fordert nun den Ersatz eines Steuerschadens, da er meint, die Abfindung hätte laut Vergleich erst im Januar des nächsten Jahres ausgezahlt werden dürfen. Frage: Wurde eine Pflicht aus dem Vergleich verletzt, da der Arbeitgeber nicht berechtigt war, schon im Dezember zu zahlen? Der Vergleich wurde entsprechend § 271 Abs. 2 BGB dahingehend ausgelegt, dass der Kläger die Abfindung zwar nicht vor Ablauf des 31. Dezembers verlangen, die Beklagte sie aber schon zuvor bewirken kann. Etwas anderes sei weder dem Wortlaut der Vereinbarung zu entnehmen, noch habe der Kläger auf sein Interesse bezüglich einer späteren Zahlung hingewiesen. Seine einseitigen Vorstellungen und Interessen diesbezüglich waren für die andere Partei nicht erkennbar und können daher im Rahmen der Auslegung nicht maßgeblich sein. Der Kläger hätte hier ausdrücklich erklären müssen, dass die Zahlung erst nach einem bestimmten Datum erfolgen soll.³⁹

Beispiel für den Fall der Risikoverteilung beim Empfänger:

Ein Insolvenzverwalter kündigt das Arbeitsverhältnis einer langjährigen (über 20 Jahre) Arbeitnehmerin ordentlich „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. In dem Kündigungsschreiben wird ansonsten ausgeführt, welche Kündigungsfristen sich abstrakt aus § 622 BGB ergeben und dass durch § 113 InsO sowohl die gesetzlichen als auch tariflichen oder einzelvertraglichen Kündigungsfristen in jedem Fall auf drei Monate begrenzt sind. Hierbei stellt sich die Frage, ob eine solche Kündigung wirksam ist, da diese bestimmt und unmissverständlich zu erklären ist. Laut Bundesarbeitsgericht⁴⁰ ist es maßgeblich, ob der Empfänger erkennen kann, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Dabei reicht ein Hinweis auf die maßgeblichen Regelungen aus, wenn dadurch die Kündigungsfrist unschwer ermittelbar ist. In diesem Fall war der Erklärung entnehmbar, dass eine dreimonatige Kündigungsfrist aufgrund von § 113 InsO besteht, solange nicht schon eine kürzere Frist maßgeblich war. Die Empfängerin musste die Erklärung so verstehen beziehungsweise auslegen, dass ihr Arbeits-

39 Vgl. BAG, Urteil vom 23.6.2016 – 8 AZR 757/14, NZA 2016, 1459.

40 Vgl. BAG, Urteil vom 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NJW 2013, 3194.

verhältnis mit dreimonatiger Frist endet, ohne dass weitere Angaben erforderlich gewesen wären. Insoweit kann eine Kündigungserklärung ohne Angabe eines datierten Kündigungstermins hinreichend bestimmt sein.

2. Wortlaut/Grammatische Auslegung

Fallen Wille und Erklärung auseinander, ist erster Anknüpfungspunkt trotz des Verbots der Buchstabeninterpretation der Wortlaut der Erklärung. Im Zweifel ist bei der Bedeutungsermittlung aus dem Empfängerhorizont auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen. Anders verhält es sich, wenn es sich um einen speziellen (z.B. örtlichen, fachlichen) Verkehrskreis mit einem speziellen Sprachgebrauch⁴¹ oder um Texte, die sich an Fachleute richten, handelt.⁴² In solchen Fällen, wenn alle Parteien sich bewusst und erklärt des besonderen Sprachgebrauchs bedienen, ist der spezielle Sprachgebrauch oder die fachsprachliche Bedeutung maßgeblich.⁴³

Gehört der Vertragspartner nicht dem besonderen Verkehrskreis an, so kommt es auf dessen Verständnismöglichkeiten an, das heißt auf die Sicht eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers. Etwas anderes gilt wiederum, wenn dem Erklärungsempfänger die individuellen Besonderheiten des Sprachgebrauchs des Erklärenden bekannt sind, so dass er den speziellen Sprachgebrauch unter Umständen gegen sich gelten lassen muss.⁴⁴

Eine Grenze der Wortlautauslegung bildet das Verbot der Buchstabenauslegung aus § 133 BGB, so dass sich bei der Auslegung nicht auf den Wortlaut der Erklärung zu beschränken und eine vom Wortlaut abweichende Auslegung rechtfertigbar ist. Der Wortsinn ist nicht (zwangsläufig) gleich Wortlaut und ergibt sich erst aus einer Betrachtung der Begleitumstände der Erklärung, wie auch aus dem Gesamtzusammenhang des Textes. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut darf daher nicht streng am Wortlaut der Erklärung haften geblieben werden, sollten Anzeichen auf eine von einem bestimmten Sprachgebrauch abweichende Bedeutung hinweisen.⁴⁵

41 Vgl. BGH, Urteil vom 12.12.2000 – XI ZR 72/00, NJW 2001, 1344 (1345).

42 Vgl. BGH, Urteil vom 23.6.1994 – VII ZR 163/93, NJW-RR 1994, 1008 (1009).

43 Vgl. Biehl (Fn. 3), JuS 2010, 198; Ellenberger (Fn. 23), § 133 Rn. 14.

44 Vgl. Busche (Fn. 3), § 133 Rn. 66.

45 Vgl. Ellenberger (Fn. 23), § 133 Rn. 14; Busche (Fn. 3), § 133 Rn. 67; BayObLG, Beschluss vom 16.7.1998 – 1Z BR 75-98, NJW 1999, 1119 (1120); nicht jedoch Auslegung

Beispiel:

Zwischen der Arbeitnehmerin und dem Land Berlin bestand ein Arbeitsverhältnis. Die Arbeitsleistung wurde im Rahmen einer Personalgestaltung bei der Betriebskrankenkasse des beklagten Landes (BKK Berlin) erbracht. Nachdem das Land eine weitere Übernahme der Personalkosten für die Führung der Krankenkasse ablehnte, erhielt die Arbeitnehmerin ein schriftliches Arbeitsvertragsangebot der BKK. Das Land erklärte schriftlich, dass denen, die das Vertragsangebot der BKK annehmen, ein unbefristetes Rückkehrrecht zum Land für den Fall der Schließung/Auflösung der BKK Berlin eingeräumt werde. In den darauffolgenden Jahren vereinigten sich zunächst die BKK Berlin und BKK Hamburg zur City BKK, welche wiederum später mit zwei weiteren Betriebskrankenkassen unter gleichbleibendem Namen fusionierte. Fünf Jahre danach wurde die Schließung der City BKK angeordnet, woraufhin diese ihren Arbeitnehmern die Beendigung der Arbeitsverhältnisse mitteilte. Frage: Wurde das Rückkehrrecht zum Land ausgelöst, obwohl das Schreiben nur die Auslösung/Schließung der BKK Berlin ausdrücklich nennt? Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts:⁴⁶ Bei der Auslegung der Erklärung des Landes wurde festgestellt, dass aus der Formulierung für den Erklärungsempfänger zu entnehmen sei, dass es nicht auf den Namen der Betriebskrankenkasse ankomme, da dieser nur als „Platzhalter“ für mögliche Rechtsnachfolger zu verstehen sei. Ansonsten wäre das Rückkehrrecht schon bei einer bloßen Namensänderung wertlos. Zweck des Rückkehrrechts sei es gewesen, den Arbeitnehmern, die durch den ursprünglichen Arbeitgeberwechsel weg vom Land ihren zuvor „sicheren“ Arbeitgeber verloren hatten, einen Arbeitsplatz zu garantieren. Die Formulierung „unbefristetes Rückkehrrecht“ konnte daher aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmer nur so verstanden werden, dass das Rückkehrrecht auch durch Schließung/Auflösung einer Rechtsnachfolgerin der BKK Berlin ausgelöst wird.

als „Kündigung“ bei vom Anwalt erklärtem „Rücktritt“ BGH, Urteil vom 4.6.1996 – IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648 (2650); *Biehl* (Fn. 3), JuS 2010, 198.

46 Vgl. BAG, Urteil vom 15.10.2013 – 9 AZR 572/12, NZA-RR 2014, 119.

3. Gesamtzusammenhang/Systematische Auslegung

Erklärungen sind im nächsten Schritt im Gesamtzusammenhang zu würdigen, da Worten insbesondere innerhalb eines Vertragswerks aufgrund ihrer Stellung im Kontext unterschiedliche Bedeutung zukommen kann. Gerade bei umfangreicheren Verträgen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Stellung der Formulierung im Gesamtwerk und die Eingliederung unter Überschriften/Kapiteln zu berücksichtigen.⁴⁷

4. Situativer Kontext/Begleitumstände

Menschliche Kommunikation ist immer in einen situativen Kontext eingebettet. Diese äußeren Begleitumstände sind dann mit einzubeziehen, wenn sie einen irgend gearteten Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen können jedoch nur solche Umstände berücksichtigt werden, die dem Empfänger bekannt beziehungsweise erkennbar waren. Entsprechend bei Erklärungen an die Allgemeinheit nur allgemein bekannte Begleitumstände.⁴⁸

Erklärungswert hat nur ein Verhalten der Beteiligten, kein Umstand als solcher. Relevant sind daher neben der Verkehrssitte (später Näheres) insbesondere die Entstehungsgeschichte,

- wie etwaige Vorverhandlungen/-besprechungen,⁴⁹
- die Präambel des Vertrags,
- ein zuvor lediglich formunwirksamer Vertrag⁵⁰ etc.,

Äußerungen der Parteien über den Inhalt des Rechtsgeschäfts, herausgebildete Usancen der Geschäftsverbindung zwischen den Parteien, der (wirtschaftliche) Zweck der Erklärungen⁵¹ und die bestehende Interessenlage der Parteien.⁵²

47 Vgl. *Biehl* (Fn. 3), JuS 2010, 198.

48 Vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2000 – VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002 (1003 m.w.N.); *Möslein*, in: Hager (Hrsg.), beck-online Großkommentar BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 57 f.; *Ellenberger* (Fn. 23), § 133 Rn. 15; *Busche* (Fn. 3), § 133 Rn. 63.

49 Vgl. BGH, Urteil vom 13.3.2003 – IX ZR 199/00, NJW 2003, 2235 (2236); Urteil vom 12.2.1981 – IVa ZR 103/80, NJW 1981, 2295.

50 Vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1987 – II ZR 183/86, NJW 1987, 2437 (2438).

51 Vgl. BAG, Urteil vom 14.12.2016 – 7 AZR 797/14, NZA 2017, 638 Rn. 31.

52 Vgl. BGH, Urteil vom 21.9.2002 – V ZR 14/01, NJW 2002, 440.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Würdigung der Neben- und Begleitumstände ist bei Erklärungen, wo allein das vom Erklärenden Gewollte entscheidend ist, die Abgabe der Erklärung, bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, wobei also der Empfängerhorizont entscheidend ist, der Zugang. Daraus folgt, dass später eingetretene Umstände zwar grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen sind, allerdings kann späteres Verhalten zumindest als Indiz für die Auslegung bedeutsam sein.⁵³

5. Falsa demonstratio/Vorrang übereinstimmender Willenserklärungen

Das Prinzip der *falsa demonstratio non nocet* findet Anwendung, da die Auslegung der Verwirklichung des übereinstimmenden Parteiwillens zu dienen hat. Welcher objektive Erklärungswert der Erklärung beizumessen ist, ist somit unerheblich beziehungsweise unschädlich, wenn zwischen den Parteien ein inhaltlicher Konsens besteht. Beweisbelastet ist die Partei, die die *falsa demonstratio* behauptet.⁵⁴

Der Rechtsgrundsatz *falsa demonstratio non nocet* besagt, dass eine übereinstimmende Falschbezeichnung nicht schadet. Das heißt, in einem solchen Fall ist keine Partei schützenswert, vielmehr gilt das tatsächlich Gewollte und nicht das aus Versehen falsch Bezeichnete.

Paradebeispiel für eine solche unbeachtliche *falsa demonstratio* ist der sogenannte Haakjöringsköd-Fall⁵⁵: Im Jahre 1916 erwarb ein Mann auf dem Dampfschiff „Jessica“ vom Beklagten etwa 214 Fässer Haakjöringsköd aus Norwegen zum Preis von 4,30 Mark pro Kilo. Beide Parteien gingen irrträglich davon aus, dass Haakjöringsköd Walfleisch bedeutet. Tatsächlich handelt es sich bei Haakjöringsköd im Norwegischen um Haifischfleisch. Die Fässer auf dem Schiff enthielten in Wirklichkeit Haifischfleisch. Aufgrund von Einfuhrbeschränkungen während des Ersten Weltkrieges wurde die Fracht im Hafen von Hamburg konfisziert. Der Käufer erhielt einen Übernahmepreis, der jedoch wesentlich niedriger ausfiel als der ursprüngliche Kaufpreis. Dadurch entstand dem Käufer ein Schaden von 47.515,90 Mark. Der Haakjöringsköd-Fall ist von großer Relevanz im deutschen

53 Vgl. *Ellenberger* (Fn. 23), § 133 Rn. 17; *Busche* (Fn. 3), § 133 Rn. 63; *Möslein* (Fn. 48), § 133 Rn. 67.

54 Vgl. BGH, Urteil vom 11.9.2000 – II ZR 34/99, NJW 2001, 144; Urteil vom 18.1.2008 – V ZR 174/06, NJW 2008, 1658; *Biehl* (Fn. 3), JuS 2010, 198; *Möslein* (Fn. 48), § 133 Rn. 34.

55 Vgl. RG, Urteil vom 8.6.1920 – II 549/19, RGZ 99, 147 ff.

Zivilrecht, da das Reichsgericht entschied, dass trotz der falschen Bezeichnung „Haakjöringsköd“ ein Vertrag über Walfleisch zwischen Käufer und Verkäufer zustande kam. Der Fall verdeutlicht somit den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*, der besagt, dass eine unzutreffende Bezeichnung in einem Vertrag dessen Wirksamkeit nicht beeinträchtigt, sofern die Vertragsparteien den gemeinsamen Willen zur Vertragsbildung hatten.

6. Formbedürftige Erklärungen

Bei der Auslegung von Rechtsgeschäften kommt es zuweilen vor, dass die betreffenden Rechtsgeschäfte gesetzlichen Formvorschriften unterliegen. Grundsätzlich finden auch bei diesen die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB Anwendung. Allerdings stellt sich die Frage, ob und wie beziehungsweise in welchem Ausmaß solche Umstände berücksichtigt werden können, die außerhalb der förmlichen Erklärung liegen.

a) „Andeutungstheorie“ der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung verlangt, dass der aus Umständen außerhalb der Urkunde ermittelte rechtsgeschäftliche Wille „in der formgerechten Urkunde einen, wenn auch unvollkommenen, Ausdruck gefunden“ haben muss. Die Richtung des rechtsgeschäftlichen Willens müsse zumindest dem Grunde nach aus der Urkunde heraus erkennbar sein, sonst sei die Grenze der Berücksichtigung überschritten. Bestimmungen dagegen, die den Erklärungsinhalt nicht modifizieren, sondern lediglich erläutern oder veranschaulichen, bedürfen selbst nicht der notwendigen Form.⁵⁶

Durch die Andeutungstheorie – also dadurch, dass die Andeutung des Willens ausreicht – wird verhindert, dass der Formalismus unzumutbar gesteigert wird und so gegen das Verbot der Buchstabeninterpretation verstoßen wird. Dabei wird jedoch nicht auf jeglichen Anhaltspunkt des Willens verzichtet und der Erklärungsinhalt nicht völlig vom (zweckmäßigen)

56 Vgl. BGH, Urteil vom 11.2.2010 – VII ZR 218/08, NJW-RR 2010, 821; Beschluss vom 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833 Rn. 27; *Möslein* (Fn. 48), § 133 Rn. 85; BGH, Beschluss vom 9.4.1981 – IVa ZB 4/80, NJW 1981, 1737 (1738) zur Unbeachtlichkeit eines nicht formgerecht erklärten Erblasserwillens; *Ellenberger* (Fn. 23), § 133 Rn. 19.

Formzwang gelöst. Ausnahme ist eine falsa demonstratio, bei der es auch nach der Rechtsprechung keiner Andeutung bedarf.⁵⁷

b) Anderer Auffassung: Herrschende Lehre

Die herrschende Lehre kritisiert an dieser Andeutungstheorie das Fehlen objektiver Maßstäbe, wann die geforderte „Andeutung“ vorliegt, und die Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der falsa demonstratio. Sie löst das Problem differenziert nach dem Zweck der Formvorschrift. Gibt es diese nur zum Schutz der Vertragsparteien selbst und zur Beweissicherung, fehlt es an einem schutzbedürftigen Interesse außenstehender Parteien, weswegen alle den Parteien bekannten/erkennbaren Umstände berücksichtigt werden können, unabhängig davon, ob sie irgend geartet in der Urkunde angedeutet werden oder nicht. Lediglich bei den Formvorschriften, die Interessen Dritter schützen, sind solche Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, die für Dritte nicht erkennbar sind, nicht zu berücksichtigen.⁵⁸

c) Beispiel

Ein Ehepaar, mit einer gemeinsamen Tochter, errichtete ein gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich zwar gegenseitig als Alleinerben einsetzen, es heißt jedoch auszugsweise, dass die Tochter des Ehemanns aus erster Ehe *„aus dem Erbvermögen des Letztversterbenden einen Betrag in Höhe von 150.000 DM erhalten soll, wobei Wertmaßstab für den Geldwert dieses Betrages der Monat Februar 1994 sein soll. [Die] gemeinsame Tochter soll im Übrigen Erbin des Nachlasses nach dem Ableben des Letztversterbenden werden. Sie soll verpflichtet sein, den vorerwähnten Betrag von 150.000 DM nach Anfall der Erbschaft unverzüglich auszubezahlen.“* Als nun der Ehemann kurz darauf als erstes verstarb, verlangte und erhielt die Tochter aus erster Ehe ihren Pflichtteil in Höhe von 100.000 DM. Frage: Müsste die gemeinsame Tochter der Eheleute als Schlusserbin im Fall des Todes ihrer Mutter das Vermächtnis zu Gunsten der Tochter aus erster Ehe ohne Anrechnung dieser Pflichtteilszahlung in voller Höhe erfüllen? Lösung:

57 Vgl. BGH, Urteil vom 23.3.1979 – V ZR 24/77, NJW 1979, 1350.

58 Vgl. Biehl (Fn. 3), JuS 2010, 199; Busche (Fn. 3), § 133 Rn. 35 ff.; Möslin (Fn. 48), § 133 Rn. 82 ff.

Die Testamentsauslegung ergibt, dass die bereits gezahlten 100.000 DM auf das Vermächtnis anzurechnen sind. Dieser Sinn des Testaments lässt sich daraus ableiten, dass die voreheliche Tochter aus dem Erbvermögen des Letztversterbenden 150.000 DM wertgesichert erhalten solle. Dieser Satz beschreibt abschließend, womit sie bedacht werden sollte. Hierdurch hat der Wille, dass die Bedachte „nur“ 150.000 DM aus dem Nachlass habe bekommen sollen, zumindest andeutungsweise Ausdruck gefunden.⁵⁹

7. § 157 BGB

§ 157 BGB ergänzt die Grundsätze des § 133 BGB durch die objektiven Maßstäbe „Treu und Glauben“ und die „Verkehrssitte“.

a) Gebot von Treu und Glauben

Dabei wird mit dem Begriff der „Treue“ das Verhältnis zwischen den beteiligten Parteien bezeichnet, während mit dem Begriff „Glauben“ das jeder Vertragsbeziehung eigentümliche Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten angesprochen wird. Dies beeinflusst die Auslegung insofern, als dass durch Auslegung nicht der Sinn des Vertragszwecks in Frage gestellt oder sogar umgekehrt werden darf (Vermeidung von Widersprüchen). Durch §§ 157, 242 BGB wird weiterhin verlangt, dass ein Auslegungsergebnis anzustreben ist, bei welchem die berechtigten Belange beider Parteien angemessen berücksichtigt werden und so beidseitig interessengerecht ausgelegt wird (gerechter Interessenausgleich). Daher ist eine umfassende Abwägung der Parteiinteressen erforderlich. Beispielsweise fordert eine unter Ausnutzung wirtschaftlicher Übermacht erfolgende Durchsetzung (absichtlich) unklarer Bestimmungen einen Vorrang für die dem Formulierer ungünstigere Auslegungsmöglichkeit (Unklarheitenregel). Zudem gilt das Gebot der möglichst rechts- und sittenkonformen Interpretation: Wäre ein Vertrag bei einer Auslegung gesetzwidrig, bei einer anderen aber noch gesetzmäßig, so ist die gesetzmäßige geboten. § 157 BGB ist eine der „Einfallspforten“ der Grundrechte ins Privatrecht, so dass diese die Auslegung durch ihre Rechtsgedanken steuern.⁶⁰

59 Vgl. BGH, Urteil vom 26.9.2001 – IV ZR 298/98, NJW-RR 2002, 292.

60 Vgl. Busche (Fn. 3), § 157 Rn. 4 ff., 14; Ellenberger (Fn. 23), § 133 Rn. 20, 23.

b) Verkehrssitte

Die Verkehrssitte ist nach ständiger Rechtsprechung die „den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung“, der sich die Angehörigen des Verkehrsteils regelmäßig zu bedienen pflegen und die deshalb als bekannt vorausgesetzt wird. Es handelt sich somit zwar nicht um Rechtsnormen, aber um relevante Sozialnormen und ein tatsächliches Auslegungsmittel. Die Verkehrssitte hat erhebliche Bedeutung im Bereich der Handelsbräuche (§ 346 HGB). Sind beide beteiligten Parteien Teil eines bestimmten Verkehrskreises, ist die Verkehrssitte stets anzuwenden, solange nichts Gegenteiliges vereinbart wurde.⁶¹

VII. Ergänzende Vertragsauslegung

Die ergänzende Vertragsauslegung hat den Zweck, Lücken in der rechtsgeschäftlichen Regelung zu schließen und diese entsprechend der Interessenlage im konkreten Fall oder in für die Art des Rechtsgeschäfts typischer Weise zu vervollständigen. Maßgeblich und zu ermitteln ist der hypothetische Parteiwille. Er kommt ausschließlich dann in Betracht, wenn eine „einfache“ Auslegung nicht ausreicht, um die Auslegungsfrage zu lösen, und nicht dispositive Gesetzesbestimmungen eingreifen.⁶²

1. Rechtsgrundlage und Voraussetzung

Rechtsgrundlage für die ergänzende Auslegung sind §§ 157, 242 BGB. Voraussetzung für die ergänzende Vertragsauslegung ist zunächst eine (planwidrige) ausfüllungsbedürftige Regelungslücke in dem geschlossenen Vertrag. Diese ist dann durch die ergänzende Vertragsauslegung zu füllen, wenn die Gefahr besteht, dass der vereinbarte Vertragszweck ohne Lückenschließung nicht mehr erreicht werden kann. Ob die Lücke schon seit Vertragsschluss bestand oder erst nachträglich entsteht, ist unerheblich.⁶³

61 Vgl. BGH, Urteil vom 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135; *Biehl* (Fn. 3), JuS 2010, 199; *Busche* (Fn. 3), § 157 Rn. 16 ff.

62 Vgl. *Ellenberger* (Fn. 23), § 157 Rn. 2, 4; *Busche* (Fn. 3), § 157 Rn. 26; BGH, Urteil vom 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, NJW 1984, 1177 (1178).

63 Vgl. *Ellenberger* (Fn. 23), § 157 Rn. 2 ff.; *Biehl* (Fn. 3), JuS 2010, 200; *Dörner* (Fn. 3), § 157 Rn. 4 ff.

2. Hypothetischer Parteiwille

Zu ermitteln ist dann der hypothetische Parteiwille. Dabei ist darauf abzustellen, was „redliche und verständige Parteien in Kenntnis der Regelungslücke nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten“.⁶⁴

Das Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung darf nicht im Widerspruch zu dem tatsächlichen Parteiwillen stehen. Haben die Parteien beispielsweise bewusst keine abschließende Regelung über einen (scheinbar) regelungsbedürftigen Punkt geschlossen, so ist die ergänzende Vertragsauslegung ausgeschlossen. Auch darf die ergänzende Auslegung nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führen oder den Vertragsgegenstand wesentlich erweitern.⁶⁵

VIII. Fallbeispiele

Mit den obigen Auslegungsgrundsätzen lassen sich arbeitsrechtliche Fälle gut lösen, auch wenn sie auf den ersten Blick sehr problematisch oder gar unlösbar klingen.

1. Fallbeispiel 1: Abfindung brutto oder netto?

Im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens einigten sich die Parteien auf eine Abfindungslösung, in der folgende Ziffer protokolliert wurde:

„2. Aus diesem Anlaß verpflichtet sich die Beklagte an den Kläger für den Verlust seines Arbeitsplatzes und des damit verbundenen sozialen Besitzstandes eine Abfindung gem. § 3 Ziff. 9 EStG in Höhe von DM 40.000,-- brutto = netto zu bezahlen.“

Der Arbeitgeber zahlte an den Arbeitnehmer 40.000,00 DM aus und führte keine Steuern ab. Aufgrund einer Lohnsteueraußenprüfung stellte sich die Frage, wer denn nun Steuerschuldner ist: der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer? Eine Auskunft des Vorsitzenden Richters gegenüber dem Finanzamt war nicht hilfreich: Ihm seien keine Tatsachen, die bei der

64 Vgl. BGH, Urteil vom 24.1.2008 – III ZR 79/07, NJW-RR 2008, 562 (563) m.w.N.; Urteil vom 17.5.2004 – II ZR 261/01, NJW 2004, 2449.

65 Vgl. *Ellenberger* (Fn. 23), § 157 Rn. 8 f.; *Busche* (Fn. 3), § 157 Rn. 55 ff.

Auslegung hilfreich sein könnten, erinnerlich. Er rate seit langem bei Abfindungsvergleichen von der Formulierung „brutto = netto“ ab.

Nachdem das Finanzamt den Arbeitnehmer für steuerpflichtig hielt und eine entsprechende Steuerschuld festsetzte, verklagte der Arbeitnehmer den Arbeitgeber. Er berief sich darauf, aus dem Wortlaut des Vergleiches folge eindeutig, dass die Abfindung von 40.000,00 DM als Nettobetrag gemeint gewesen sei, der die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Abführung von Steuern beinhalte. Dies hätte auch dem beiderseitigen Willen der Parteien entsprochen. Der Arbeitgeber bestritt dies. Es sei nicht klar gewesen, dass er die Steuerschuld zu tragen habe. Dem Arbeitnehmer hätte bewusst sein müssen, dass er noch Steuern auf diesen Betrag zu bezahlen hätte.

Der Fall ging vor das Bundesarbeitsgericht.⁶⁶ Das Bundesarbeitsgericht führte zunächst aus, dass aufgrund der rechtlichen Doppelnatur des Prozessvergleiches dieser ein privatrechtlicher Vertrag und Prozessvertrag, das heißt Prozesshandlung beider Parteien sei. Prozesshandlungen seien im Gegensatz zu bürgerlich-rechtlichen Willenserklärungen vom Revisionsgericht stets voll und selbständig überprüfbar.

Materiell-rechtlich hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer in dem Zeitpunkt einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen, in dem die Abfindung dem Arbeitnehmer als sonstiger Bezug zufließt. Der Lohnsteuerermittlung sind dabei unter Feststellung des voraussichtlichen Jahresarbeitslohnes die auf der Steuerkarte eingetragenen Merkmale zugrunde zu legen, die für den Tag der Abfindung gelten (§ 39b Abs. 3 EStG). Beim Fehlen einer abweichenden Vereinbarung hätte daher der Arbeitgeber nach den steuerrechtlichen Vorschriften die auf die Abfindung entfallende Lohnsteuer einbehalten und an das Finanzamt abführen müssen. Dass der Arbeitgeber dies nicht getan hat, könnte zunächst dafür sprechen, dass er eine entsprechende Verpflichtung übernommen hätte. Wenn der Arbeitgeber diese Pflicht verletzt habe, ist aber dem Arbeitnehmer zunächst einmal kein Nachteil entstanden, weil der Arbeitnehmer nach der Gesetzeslage gegen die Beklagte keinen Freistellungsanspruch gehabt hat. Von daher gesehen kam es auf folgende Frage an:

Hat sich der Arbeitgeber im Rahmen des Vergleiches gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, die auf die Abfindung zum Zeitpunkt ihrer Auszahlung anfallende Steuer zu übernehmen?

66 Vgl. BAG, Urteil vom 21.11.1985 – 2 AZR 6/85, BeckRS 1985, 30715305.

Die Klausel in dem Prozessvergleich legte das Bundesarbeitsgericht aus und kam dabei zu folgendem Ergebnis:

- Eine Abfindung, die nach dem Vergleich „brutto“ zu zahlen ist, ändert nichts an seiner Stellung als Steuerschuldner.
- Wird eine Abfindung unter Hinweis auf § 3 Nr. 9 EStG vereinbart, dann stellen die Parteien damit nur klar, dass die Abfindung nur teilweise steuerfrei (nach damaligem Recht; nach heutigem Recht würde die Fünftelungsregelung zu gewissen Steuervorteilen führen) und im Übrigen zu Lasten des Arbeitnehmers zu versteuern ist.
- Dies gelte grundsätzlich auch für eine Klausel, die für eine vereinbarte Kündigungsabfindung nur allgemein auf die §§ 9, 10 KSchG verweist, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die für eine „Nettoabfindung“ sprechen.
- Vom Arbeitgeber ist die Steuerschuld zu tragen, wenn die Parteien ausdrücklich vereinbart haben, der Abfindungsbetrag sei netto zu zahlen.
- Fehle es an einer ausdrücklichen Übernahme des Steuerrisikos oder einer unzweifelhaften Steuerschuld durch den Arbeitgeber, dann ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien eine Nettoabfindung vereinbart haben, das heißt, ob die Lohnsteuer nicht nur vom Arbeitgeber einbehalten, sondern auch endgültig zu seinen Lasten gehen soll. Dafür ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig; die Vereinbarung muss eindeutig und klar die Bereitschaft des Arbeitgebers erkennen lassen, den Arbeitnehmer von der Steuerschuld freizustellen. Anderenfalls verbleibe es bei der Regel, dass die Abfindung brutto geschuldet wird und etwaige Steuern zu Lasten des Arbeitnehmers gehen.

Bei einer in den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB gerichteten Auslegung kann der objektive Erklärungsinhalt der Klausel „brutto = netto“ nicht im Sinne einer Nettovereinbarung gedeutet werden. Mit dieser Formulierung werde objektiv nur zum Ausdruck gebracht, dass der vereinbarte Abfindungsbetrag vom Arbeitgeber zunächst ungekürzt an den Arbeitnehmer ausbezahlt werden soll. Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart worden ist, lasse die Klausel „brutto = netto“ die gesetzliche Regelung unberührt, wonach der Arbeitnehmer der Steuerschuldner ist. Die Klausel „brutto = netto“ betrifft damit regelmäßig nur die Zahlungsmodalität, indem die Parteien festlegen, der Abfindungsbetrag sei ungekürzt an den Arbeitnehmer auszubezahlen und dieser habe die Lohnsteuer selbst abzuführen.

In dem konkreten Fall scheiterte daher der Arbeitnehmer mit der Klage. Auch wenn das Bundesarbeitsgericht zur Dogmatik und systematischen Auslegung wenig Ausführungen macht, wird klar, dass es auf den Gesamtzusammenhang im Kontext der Formulierung abstellt. Eine Nettoabfindung ist dementsprechend nur dann geschuldet, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurde; bei einer Bezugnahme auf die steuerrechtlichen Vorschriften (§§ 3 Nr. 9, 24 EStG) oder die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 9, 10 KSchG) wird deutlich, dass sich an der gesetzlichen Verpflichtung der Beteiligten zur Trag- und der Steuerschuld gerade nichts ändern soll.

2. Fallbeispiel 2: Ausschluss Rechtsanspruch bei Sonderzahlungen?

In einem Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers fand sich folgende Formulierung:

„Die Zahlung von Sonderzuwendungen insbesondere von Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft, auch wenn die Zahlung mehrfach und ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt.“

Es kam, wie es kommen musste: Der Arbeitgeber zahlte in den Jahren 2015 bis 2019 ein Urlaubsgeld sowie ein Weihnachtsgeld zu bestimmten Monaten ohne weitere Erklärungen an die Arbeitnehmer aus. Im Jahr 2020 wollte der Arbeitgeber das System umstellen, er zahlte kein Urlaubs- und Weihnachtsgeld mehr, die Arbeitnehmer klagten dieses ein. Der Arbeitgeber berief sich darauf, das Entstehen einer betrieblichen Übung oder eines individuellen Anspruches werde durch die oben aufgeführte Ziffer des Arbeitsvertrages verhindert. Auch hier stellt das Bundesarbeitsgericht auf die „klassischen“ Auslegungsgrundsätze ab: Bei Zahlung einer über das arbeitsvertraglich vereinbarte Gehalt hinausgehenden Vergütung sei durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob sich der Arbeitgeber nur zu der konkreten Leistung (beispielsweise Gratifikation im Kalenderjahr) oder darüber hinaus auch für die Zukunft verpflichtet hat. Eine vertragliche Bindung sei dabei regelmäßig anzunehmen, wenn besondere Umstände ein schutzwürdiges Vertrauen der Arbeitnehmer begründen. Dem Verhalten des Arbeitgebers, insbesondere dessen Intensität und Regelmäßigkeit, komme entscheidendes Gewicht zu. Bei mindestens dreimaliger vorbehaltloser Gewährung erstarke die Gratifikation zur Verbindlichkeit, falls nicht

besondere Umstände hiergegen sprechen oder der Arbeitgeber bei der Zahlung einen Bindungswillen für die Zukunft ausgeschlossen habe.

Die arbeitsvertragliche Klausel stehe dem Rechtsanspruch nicht entgegen. Sie sei unwirksam, weil sie die Arbeitnehmer gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteilige: Mit ihrem Regelungsinhalt, sich generell die Gewährung vorzubehalten und lediglich die allgemeinen Schranken der Rechtsausübung (arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, Willkür, Maßregelungsverbot, Treu und Glauben) einzuhalten, ziele die Klausel auf die Verhinderung des Entstehens eines Rechtsanspruches des Arbeitnehmers in Bezug auf die Sonderzuwendung, die anderweitig nicht im Vertrag festgelegt ist. Die Klausel stelle aber nicht auf den Entstehungsgrund ab. Der Entstehungsgrund für den Anspruch kann auch eine individualvertragliche Regelung sein. Diese aber hat Vorrang (§ 305 BGB). Mit dem Vorrang der Individualabrede ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt nicht zu vereinbaren, der so ausgelegt werden kann, dass er Rechtsansprüche aus späteren Individualabreden ausschließe. Eine geltungserhaltende Reduktion ist mit dem Zweck der §§ 305 ff. BGB, den Rechtsverkehr von unwirksamen Klauseln freizuhalten und auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis anzuwendenden Geschäftsbedingungen hinzuwirken, nicht vereinbar.⁶⁷ Aus diesem Grunde ist die Klausel insgesamt unwirksam, so dass dem Arbeitnehmer der geltend gemachte Anspruch zustand.⁶⁸

Wenn der Arbeitgeber solche Klauseln verwendet, muss er daher zweifelsfrei klarstellen, dass eben Individualabreden (oder gesetzlich nicht verzichtbare Mindestansprüche) nicht erfasst werden.

3. Fallbeispiel 3: Recht oder Pflicht? – Die Turboklausel

Nach Vorlage zweier Vertragsentwürfe durch den Arbeitnehmer und anschließenden Verhandlungen schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag, durch welchen unter anderem bestimmt wurde, dass der Arbeitnehmer für rund sieben Monate, unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen freigestellt wird. Weiter enthielt die Vereinbarung das „Recht des Arbeitnehmers“, vor dem vereinbarten Beendigungszeitpunkt mit einer Ankündigungsfrist von drei Tagen aus dem Arbeitsverhältnis auszuschcheiden. In diesem Falle sollte er ca. 1/3 der ihm sonst zustehenden Vergütung als Abfindung erhalten. Zu Beginn des vierten Monats der Freistellung nahm

67 Vgl. BAG, Urteil vom 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469, dort unter Rn. 22.

68 Vgl. BAG, Urteil vom 25.1.2023 – 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629.

der Arbeitnehmer eine Tätigkeit bei einem neuen Arbeitgeber auf – bei welchem er eine höhere monatliche Vergütung erzielte als noch bei dem Vorigen –, ohne von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Daraufhin stellte der alte Arbeitgeber die Vergütungszahlungen ein.

Der Arbeitnehmer verlangte nun mit einer Klage Vergütungszahlungen für die letzten vier Monate der Freistellung, da er meinte, dass sein anderweitiger Verdienst nicht auf die Vergütungsansprüche anzurechnen sei. Die vereinbarte Turboklausel sei lediglich sein Recht, nicht aber eine Pflicht. Der Arbeitgeber wiederum berief sich auf eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass anderweitiger Verdienst anzurechnen sei. ArbG und LAG gaben der Klage statt. Das Bundesarbeitsgericht teilte diese Ansicht nicht und verwies zurück. Nach seiner Auffassung haben die Parteien die Anrechnung auf den Vergütungsanspruch konkludent vereinbart. Dies ergebe die ergänzende Auslegung des Aufhebungsvertrags.

Zunächst wurde festgestellt, dass sich der Arbeitgeber bezüglich einer Aufrechnung nicht auf § 615 S. 2 BGB berufen könne, da aufgrund der Vereinbarung über die unwiderrufliche Freistellung weder eine Beschäftigungspflicht der Beklagten noch eine Arbeitspflicht des Klägers vorläge, sodass es an den Voraussetzungen für einen Annahmeverzug fehle. Es fehle zwar auch an einer ausdrücklichen Anrechnungsvereinbarung, der individuelle Aufhebungsvertrag sei aber gem. §§ 133, 157 BGB nach seinem verfolgten Zweck und der Interessenlage der Parteien so auszulegen, dass die Beklagte berechtigt war anzurechnen. Durch das Sonderkündigungsrecht der Turboklausel wird einerseits dem Kläger Handlungsfreiheit und die freie Berufswahl bei finanzieller Absicherung ermöglicht und andererseits dafür gesorgt, dass die Beklagte durch die sie allein treffenden wirtschaftlichen Belastungen der Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung nicht übervorteilt wird. Dieser vereinbarte Ablauf und Ausgleich der Interessen wird nicht eingehalten. Da der Kläger, ohne das bestehende Arbeitsverhältnis zu kündigen, eine neue Erwerbstätigkeit aufnimmt und hierdurch während der Freistellung zusätzlich anderweitigen Verdienst erzielt, stünde er finanziell besser, weil er eine doppelte Vergütung erhielte. Da aber erst die Freistellung die Möglichkeit eröffnet hat, anderweitigen Verdienst zu erzielen, das für diesen Fall vertraglich eingeräumte Sonderkündigungsrecht aber nicht wahrgenommen wurde, ist das vereinbarte Interessengefüge in Schieflage geraten.

Das Bundesarbeitsgericht⁶⁹ kam folglich zu dem Schluss, dass redliche und verständige Parteien nach dem Vertragszweck und sachgemäßer Abwägung beiderseitiger Interessen die Anrechnung des anderweitig erzielten Verdiensts vereinbart hätten. Eine Anrechnungsbefugnis des Arbeitgebers kann sich so auch durch die ergänzende Vertragsauslegung ergeben.

4. Fallbeispiel 4: Sämtliche Ansprüche erfasst?

Im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich, der das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Arbeitgeberkündigung beendete. Der Vergleich lautete auszugsweise:

„Die Beklagten stellen die Klägerin unwiderruflich von der Pflicht der Erbringung der Arbeitsleistung bis einschließlich 31.1.2017 unter Fortzahlung der vereinbarten Vergütung frei. Urlaubsansprüche der Klägerin für 2016 und 2017 werden mit der Freistellung in Natura gewährt.“

Hiermit sollte der Rechtsstreit zwar eigentlich erledigt sein, jedoch wurde auf eine allgemeine Abgeltungs- oder Ausgleichsklausel verzichtet.

Während des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin wurde für sie bei der Arbeitgeberin ein Arbeitszeitkonto geführt. Sollten dort erfasste Arbeitsstunden ausgeglichen werden, musste über das Zeiterfassungsprogramm ein Antrag auf Freizeitausgleich gestellt werden, der der Genehmigung der Arbeitgeberin bedurfte. Dieses Arbeitszeitkonto der Klägerin wies zuletzt einen Saldo zu ihren Gunsten von 67,10 Stunden aus. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte die Klägerin erfolglos Abgeltung und die Angelegenheit ging vor Gericht.

Von der Arbeitnehmerin wurde die Auffassung vertreten, dass ihr die Abgeltung des Guthabens auf ihrem Arbeitszeitkonto zustehe, da dieses nicht schon vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Freizeit ausgeglichen wurde. Anders die Arbeitgeberin; ihr zufolge wurde durch die durch Vergleich vereinbarte unwiderrufliche Freistellung – neben der Urlaubsgewährung – auch der Anspruch auf Freizeitausgleich zum Abbau des Arbeitszeitkontos erfüllt, ohne dass es dafür noch einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurfte.

69 Vgl. BAG, Urteil vom 23.2.2021 – 5 AZR 314/20, NZA 2021, 778, dort unter Rn. 30.

Das Bundesarbeitsgericht stellte zunächst fest, dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig die Schließung des Arbeitszeitkontos einhergeht und ein Freizeitausgleich nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers nicht länger möglich ist. Zudem würde die einvernehmliche Einrichtung eines Arbeitszeitkontos die konkludente Abrede enthalten, dass das Konto spätestens mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugleichen ist, wodurch der Abgeltungsanspruch durch Beendigung entstanden und fällig geworden wäre. Mit der Freistellung der Arbeitnehmerin im Anschluss an den Vergleich wurde von der Arbeitgeberin indes lediglich die Verpflichtung aus dem Vergleich erfüllt, nicht aber die ihr aufgrund der Führung eines Arbeitszeitkontos obliegende Leistung „Freizeitausgleich zum Abbau des Arbeitszeitkontos“ im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB bewirkt.⁷⁰

Die Auslegung des gerichtlichen Vergleichstextes nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB ergab, dass die bezahlte Freistellung nach dem Willen der Parteien primär „Abfindungscharakter“ hat. Andere Rechtsfolgen als die Aufhebung der Arbeitspflicht werden durch sie nicht geregelt. Während bezüglich des restlichen Urlaubs konsequenterweise ausdrücklich geregelt wurde, dass dieser „mit der Freistellung in Natura gewährt“ wird, fehlt es in dem Vergleich zum Abbau des Positivsaldos auf dem Arbeitszeitkonto zum einen an einer entsprechenden Klausel, zum anderen wurde dieser bei den Vergleichsverhandlungen nicht auch nur angesprochen. Auch fehlt es an einer dahingehenden Abgeltungs- und Ausgleichsklausel, dass mit dem Vergleich alle (zumindest finanziellen) Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag und dessen Beendigung abgegolten sind, wodurch hinreichend deutlich erkennbar gewesen wäre, dass die vereinbarte Freistellung auch die Erfüllung des Freizeitausgleichsanspruchs zum Abbau des Guthabens (mit) bezwecken sollte.⁷¹

Mangels ausdrücklicher oder konkludenter Anrechnungsklausel hatte die Revision der Arbeitnehmerin Erfolg. Unterlassen es die Parteien – unerheblich, ob bewusst im Hinblick auf bei Vergleichsschluss nicht bekannte oder nicht bedachte Sachverhalte oder aus Nachlässigkeit – umfassende Abgeltungs- und Ausgleichsklauseln mit in Vergleiche aufzunehmen, verbietet sich eine Auslegung, die solche ersetzen würde. Möchten die Verwender sichergestellt haben oder zumindest hinreichend deutlich erkennbar machen, dass sämtliche Ansprüche mit Erfüllung des Vergleichs erledigt und abgegolten sein sollen, sind solche Klauseln zwingend erforderlich.

70 Vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2019 – 5 AZR 578/18, NZA 2020, 386, dort unter Rn. 20.

71 Vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2019 – 5 AZR 578/18, NZA 2020, 386, dort unter Rn. 22 ff.

IX. Gesamtergebnis

Die Fallbeispiele machen deutlich: Auch vermeintlich „unlösbare Fälle“ lassen sich lösen. Es tut immer wieder gut, sich an die Grundsätze des „juristischen Handwerkzeuges“ zu erinnern, zu dem gerade die Auslegung gehört. Sich zu erinnern, aber auch hinsichtlich des konkreten Sachverhaltes seine „Fantasie“ walten zu lassen, sich in den Sachverhalt hineinzuversetzen und ihn von den unterschiedlichen Facetten und Perspektiven zu betrachten, kann dazu führen, Lösungen auch da zu entwickeln, wo man sie für nicht oder nur schwer möglich hält.

Leibniz hat uns gelehrt, zu versuchen, gerechte Lösungen nach bestem Wissen und Gewissen zu finden. Es tut immer wieder gut, sich daran zu erinnern.

Die Gefährdung der Leistung durch den Gläubiger¹

Roland Schwarze

A. Die Dogmatik der Leistungsgefährdung durch den Schuldner

Es entspricht einem auf allen Gebieten des Rechts gültigen Gedanken, dass die Gefahr einer Rechtsverletzung der Verletzung gleichkommen und dieselbe oder eine ähnliche Rechtsfolge nach sich ziehen kann. Im Leistungsstörungsrecht des BGB wird dieser Befund vornehmlich unter dem Begriff der Leistungsgefährdung oder Vertragsgefährdung behandelt. Das Gesetz selbst regelt sie nur fragmentarisch und ohne begriffliche Ambition. Während § 321 Abs. 1 BGB ihr einen eigenen Begriff gibt („Gegenleistung gefährdet“), behandelt § 323 Abs. 4 BGB sie als Unterfall der Pflichtverletzung. In sachlicher Hinsicht lässt sich beiden Regelungen aber durchaus ein Muster entnehmen. Wenn die Gefahr eine künftig drohende Störung bezeichnet, dann lässt sich nach der Wahrscheinlichkeit, mit welcher die Störung eintreten wird, unterscheiden. Stellt man dabei eine zur Wahrung der Rechtssicherheit gebotene Typisierung in Rechnung, ergibt sich eine Zweistufung, die sich in beiden Normen abbildet: Die „schwache“ Leistungsgefährdung, die bei „ernsthaften Zweifeln“² an der Erbringung der Leistung vorliegt und erst nach erfolgloser Aufforderung zur Beseitigung der Gefahr zur Liquidation des Vertrags berechtigt (§ 321 Abs. 2 BGB), und die „starke“ Leistungsgefährdung, die vorliegt, wenn die künftige Nichter-

-
- 1 Der vorliegende Beitrag schließt an eine Untersuchung zur Gefährdung der Leistung durch den Arbeitgeber an (*Schwarze*, Die Gefährdung der Leistung durch den Arbeitgeber – Zur dichotomischen Lehre vom Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis, in: Hartmeyer/Ludwig/Pfrang (Hrsg.), Sozialprivatrecht in mehrdimensionaler Perspektive – Festschrift für Hermann Reichold, München 2025. Dort geht es um einen Ausschnitt aus der vorliegenden Fragestellung – den Tatbestand der Leistungsgefährdung im Vorfeld des Gläubigerverzugs des Arbeitgebers und dessen Bedeutung für die dichotomische Lehre des Gläubigerverzugs im Arbeitsverhältnis. Das dort formulierte Desiderat einer übergreifenden Analyse der Leistungsgefährdung durch den Gläubiger greift der vorliegende Beitrag auf.
 - 2 Synonym: „berechtigter Zweifel“, BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter IV = BGHZ 11, 80.

bringung der Leistung „offensichtlich“ ist und sogleich, mit ihrem Eintritt, zur Abkehr berechtigt (§ 323 Abs. 4 BGB).

In diesem Sinne systematisiert eine anerkannte, das Gesetz übersteigende Dogmatik das Phänomen der Leistungsgefährdung tatbestandlich und knüpft an sie die Rechtsfolgen der vollendeten Störung. Methodisch und dogmatisch stehen sich seit der Schuldrechtsmodernisierung in grober Zeichnung zwei Lösungen für die normative Grundierung gegenüber: Eine Theorie sieht in §§ 324, 282 BGB eine unmittelbar nutzbare gesetzliche Grundlage.³ Mit ihr verbindet sich dogmatisch die aus der pVV-Doktrin übernommene Vorstellung, die unzumutbare Gefährdung der Leistung als *Verletzung* einer Pflicht (der Leistungstreuepflicht) zu deuten.⁴ Die Schwäche dieser Lösung ist eine doppelte: Sie widerspricht zum einen der konzeptionellen Idee des Reformgesetzgebers, Leistungs- und Integritätssphäre des Gläubigers zu trennen und mit der Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB, auf die allein §§ 282, 324 BGB Bezug nehmen, nur die auf Integritätsschäden bezogenen Schutzpflichten anzusprechen.⁵ Zum anderen entfernt sie sich von der Lösung, welche der Gesetzgeber selbst in den erwähnten punktuellen Regelungen für die Leistungsgefährdung gewählt hat, sie als Unter- oder Nebenfall der vollendeten Störung zu behandeln. Eben darin – in der Analogie zum Tatbestand der Vollstörung – liegt die vorzugswürdige Lösung.⁶ Wenn etwa eine Nichtleistung droht, wäre der Gläubiger nach erfolgloser Setzung einer Frist zur Beseitigung der Ungewissheit zum Rücktritt analog § 323 Abs. 1, 1. Alt. BGB und zum Schadensersatzverlangen analog § 281 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB berechtigt; wird die Leistung offensicht-

3 Vgl. *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rn. 361; wohl auch OLG Hamm 28.11.2012 – 12 U 115/12, juris, Rn. 56; *Ramming*, Die Aufforderung zur Bestätigung der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit als weiterer vorzeitiger „Rechtsbehelf“ des Gläubigers, ZGS 2003, 209 ff.; zu anderen Ansätzen noch Nachw. bei *Schwarze*, in: Staudinger BGB (2019), Berlin 2019, § 281 Rn. B 182.

4 S. unter C III 2.

5 BT-Drs. 14/7052, S. 186, 1. Sp. („nicht leistungsbezogene Schutzpflichten“); so auch BGH 10.3.2010 – VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503 Rn. 18; anders aber – ohne Problembewusstsein – in st. Rspr. das BAG, etwa BAG 23.8.2023 – 5 AZR 349/22, NZA 2023, 1607 Rn. 45 m.w.N.

6 S. nur *Schwarze* (Fn. 3), § 281 Rn. B 182 m.w.N.; *Ernst*, in: Sackler/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 281 Rn. 75; *Dauner-Lieb*, in: dies./Langen (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Schuldrecht, Bd. 2/1, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 281 Rn. 39; *Grüneberg*, in: ders. et al., BGB, 83. Aufl., München 2024, § 281 Rn. 7; Analyse der vorreformatorischen Rechtsprechung bei *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 1, Tübingen 1999, § 52 I 3, S. 602 ff. m.w.N.

lich nicht erfolgen, ergeben sich diese Rechte sogleich (§ 323 Abs. 4, §§ 280 I, 281 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., Abs. 2 analog BGB).

B. Die Leistungsgefährdung durch den Gläubiger als Desiderat

Alles bislang Ausgeführte bezieht sich nun aber nur auf die Leistungsgefährdung durch den Schuldner. Weithin unbeachtet und, soweit ersichtlich, bislang nicht systematisch untersucht, ist die vom Gläubiger zu verantwortende Gefährdung der Leistung. Die Denkbarekeit einer solchen Konstellation steht außer Frage: Wo es eine Störung der Leistung durch den Gläubiger gibt, durchläuft sie zuvor das Stadium ihres künftigen Eintritts. Ihre rechtliche Bedeutung, die Aussage also, dass das Fehlen einer systematischen gesetzlichen Regelung nicht als prinzipiell negative gesetzgeberische Entscheidung gegen die Anerkennung einer gläubigerinduzierten Leistungsgefährdung zu verstehen ist und das Recht erst auf die vollendete Störung (insbes. Gläubigerverzug und vom Gläubiger zu verantwortendes Leistungshindernis) reagiert, kann mit § 295 S. 1, 1. Alt. BGB belegt werden, der eine Leistungsgefährdung durch den Gläubiger regelt und sie als rechtlich erheblich anerkennt.⁷ Ihre praktische Erheblichkeit ist durch einschlägige Entscheidungen belegt.⁸

C. Vorgaben für eine Dogmatik der Leistungsgefährdung durch den Gläubiger

I. Die Regelung der vollendeten Störung als Folie

Es spricht alles dafür, die bei der schuldnerinduzierten Leistungsgefährdung bewährte Methode auf die vom Gläubiger zu verantwortende Leistungsgefährdung zu übertragen, die Gefährdungstatbestände parallel zu den Tatbeständen der vollendeten Störung zu entwickeln. Für diese Sicht lässt sich – wie auf der Schuldnerseite – die punktuelle gesetzliche Regelung einer gläubigerinduzierten Leistungsgefährdung in § 295 S. 1, 1. Alt. BGB anführen, welche

7 So auch der Ausgangspunkt der vereinzelter höchstrichterlichen Entscheidungen zur Leistungsgefährdung durch den Gläubiger, vgl. BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 = BGHZ 11, 80 ff.; dazu und zur Fortgeltung des Ausgangspunkts auch nach der Schuldrechtsreform näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), dort unter V 2.

8 BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80.

die vom Gläubiger verursachte Gefährdung als Sonderfall der vollendeten Störung behandelt. Somit lässt sich die Systematik, mit welcher der Gesetzgeber die vollendete gläubigerinduzierte Störung behandelt hat, für eine Dogmatik der gläubigerinduzierten Leistungsgefährdung nutzen. Parallel zur Regelung der Schuldnerverantwortung ist das Leistungshindernis (§ 275 BGB) eine tragende Säule der Systematik: Steht der Leistung ein Hindernis entgegen und ist der Gläubiger für dieses Hindernis verantwortlich, entfällt sein Anspruch auf die Leistung (§ 275 BGB), während seine Pflicht zur Gegenleistung bestehen bleibt (§ 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB). Ist die Leistung erbringbar, besteht die Verantwortung des Gläubigers in unzureichender Mitwirkung, die im Tatbestand des Gläubigerverzugs erfasst wird (§§ 293 ff. BGB, § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB). Beide Tatbestände sind zugleich für die technische Erfassung der Gläubigerverantwortung paradigmatisch: Sie kann, wie beim Leistungshindernis, als besonderes Merkmal („verantwortlich“) zum eigentlichen Tatbestand der Störung (§ 275 BGB) hinzutreten oder sie kann den Tatbestand der Störung selbst ausmachen („Nichtannahme der Leistung“, § 293 BGB).⁹

II. Die unzumutbare Ungewissheit als Maßstab

Übertragbar aus der Dogmatik der vom Schuldner ausgehenden Gefährdung ist das rechtliche Maß, das über die Gleichstellung der Gefährdung mit der Verletzung entscheidet, nämlich die Unzumutbarkeit¹⁰ der weiteren Bindung an die Leistungspflicht angesichts der durch die Gefahr erzeugten Ungewissheit. Ebenso übertragbar ist die daraus ableitbare Abstufung der Gefährdungssituation nach ihrer Dringlichkeit und das rechtliche Maß, nach welchem die Erheblichkeit zu messen ist. Die „schwache“ Gefährdung besteht im ernsthaften Zweifel¹¹ an der ordnungsgemäßen Mitwirkung des Gläubigers an

9 Die Unterscheidung ist auch für die Schlechtleistung erheblich, die im Falle der Unbehebbarkeit als qualitative Unmöglichkeit eingeordnet und somit den §§ 275, 326 Abs. 1 S. 2, Abs. 5, § 323 Abs. 6 BGB unterworfen ist. Die folgende Erörterung beschränkt sich aus Raumgründen auf die Nichtleistung; die Erkenntnisse sind *cum grano salis* auf andere gläubigerinduzierte Gefährdungen der Leistungspflicht (insbes. Schlechtleistung und Teilleistung) übertragbar.

10 Vgl. BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., Berlin/Boston 2021, § 21 Rn. 1 f. m.w.N. zur Literatur.

11 Synonym: „berechtigte Zweifel“, BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter IV = BGHZ 11, 80.

der Erbringung der Leistung; unzumutbar ist die weitere Bindung hier erst, wenn dem Gläubiger vergeblich eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung gesetzt worden ist.¹² Die „starke“ Gefährdung besteht darin, dass die ordnungsgemäße Mitwirkung offensichtlich nicht stattfinden wird.¹³ Etwaige Schuldnerrechte können bei der schwachen Gefährdung erst entstehen, wenn dem Gläubiger Gelegenheit zur Beseitigung der Gefährdung gegeben worden ist; bei der starken Gefährdung entstehen die Rechte sogleich.

III. Abgrenzung zu ähnlichen Tatbeständen

Der Gläubiger ist ohne besondere Rechtsgrundlage nicht zur Leistungsannahme oder zu besonderer Mitwirkung verpflichtet. Er kann die Leistung auf sich beruhen lassen. Wo den Gläubiger echte Pflichten treffen, unterliegt er den für die schuldnerinduzierte Gefährdung maßgeblichen Regeln. Das ist im Folgenden kurz zu beleuchten.

1. Gefährdung bei Pflicht zur Abnahme bzw. Mitwirkung

Das Interesse des Schuldners an der vertragsgemäßen Leistungserbringung kann durch eine echte Rechtspflicht des Gläubigers zur Abnahme der Leistung bzw. Mitwirkung an der Erbringung der Leistung geschützt sein. Ausdrücklichkeit ist dafür nicht erforderlich, wohl aber ein besonderes, bei Vertragsschluss erkennbares Interesse des Schuldners, das durch den Erhalt der Gegenleistung nicht abgegolten ist.¹⁴ Der Gläubiger der Leistung ist bezüglich seiner Mitwirkung in der Rolle eines Schuldners, womit das Instrumentarium der schuldnerinduzierten Leistungsgefährdung anwendbar wird.¹⁵ Die Verletzung einer solchen Pflicht, z.B. der Abnahmepflicht, rechtfertigt nicht per se die Abkehr vom Vertrag durch Rücktritt gem. § 323

12 Vgl. BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80; RGZ 104, 39 (41).

13 Verschwommen BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 (230) unter III = BGHZ 11, 80 („wesentlich“).

14 Subtil BAG 24.6.2015 – 5 AZR 225/14, BAGE 152, 65 Rn. 35: Beschäftigungspflicht, deren Schutz aber nicht das Entgeltinteresse umfasst. *Schwarze*, in: Staudinger BGB, Berlin 2020, § 323 Rn. B 17 ff., B 21 m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur.

15 So liegen die oft im Kontext der Gläubigerverantwortung angeführten Fälle RGZ 104, 15 (16 f.) und RGZ 152, 119 ff. (Mitwirkungspflicht des Bestellers).

Abs. 1 BGB oder ein Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung. Die hier diskutierten Einschränkungen gelten entsprechend für einen Rücktritt wegen Gefährdung der Mitwirkung, es sei denn, dass der Gläubiger damit die Durchführung der Leistung überhaupt in Frage stellt. So berechtigt die Verletzung der Abnahmepflicht gem. § 433 Abs. 2 BGB zum Rücktritt oder zum Schadensersatz statt der Leistung nur, wenn bei Vertragsschluss ein besonderes Interesse des Verkäufers (Schuldners) an der Abnahme der Leistung deutlich geworden ist, z.B. weil der Lagerplatz dringend für andere Ware benötigt wird. Ein entgangener Gewinn aus dem Vertrag liegt im Schutzbereich der Abnahme- bzw. Mitwirkungspflicht. Der praktische Vorteil der Einfassung des Absatzinteresses in eine echte Pflicht besteht darin, dass dem Schuldner im Ergebnis ein Deckungsverkauf des von ihm geschuldeten Leistungsgegenstands ermöglicht wird ohne den umständlichen Weg der öffentlichen Versteigerung (§ 383 BGB). Das alles gilt dann analog für die der Verletzung vorausliegende unzumutbare Gefährdung der Abnahme bzw. Mitwirkung, wobei die Unterscheidung zwischen starker und schwacher Gefährdung¹⁶ und jene zwischen Gefährdung der Pünktlichkeit und Gefährdung der Leistung überhaupt¹⁷ auch hier zu beachten ist.

2. Gefährdung als Verletzung einer Leistungstreuepflicht (§§ 241 Abs. 1, 242 BGB)?

Wäre der Gläubiger einer allgemeinen, echten Pflicht zur Leistungstreue unterworfen, wäre die Gefährdung seiner Mitwirkung als Verletzung dieser Pflicht zu erfassen und analog §§ 323, 281 BGB¹⁸ zu verfolgen, ohne dass die Parteien eine ausdrückliche Regelung darüber getroffen haben müssten bzw. eine besondere Interessenlage auf Seiten des Schuldners eine entsprechende Auslegung (§§ 133, 157 BGB) rechtfertigte. Die Rechtsprechung hat diese Doktrin unter Geltung des alten Schuldrechts entwickelt, indem sie die für den Schuldner entwickelte Figur der „pVV“ dem Gläubiger übergestülpt und eine „pVV des Gläubigers“ konstruiert hat, um Haftung und Rücktritt bzw. Kündigung zu begründen.¹⁹ Das ist bei Bestehen einer echten Mitwirkungs-

16 Unter DI I, 2.

17 Unter DI 3.

18 §§ 324, 282 BGB analog, wenn man mit Teilen der Literatur und dem BAG die Leistungstreuepflicht diesen Normen zuordnet, s. unter A.

19 BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80. Der Ad-hoc-Charakter der Konstruktion ist mit Händen zu greifen. Das gilt auch für einen neueren

pflicht entbehrlich, da der Gläubiger insoweit als Schuldner angesprochen werden kann.²⁰ So es nur eine Obliegenheit zu Annahme der Leistung oder besonderer Mitwirkung gibt, ist es sachwidrig, weil nicht vereinbar mit der akzeptierten Freiheit des Gläubigers, die Leistung nicht annehmen bzw. an ihr nicht mitwirken zu müssen. Wer nicht annehmen oder mitwirken muss, darf dies auch im Vorhinein ankündigen.²¹ Die Freiheit schließt nicht nur die Klagbarkeit aus, sondern ebenso die ihr in der Wirkung gleichkommende Haftung auf das positive Interesse an Annahme und Mitwirkung.²² Ohne ausdrückliche Regelung, allein gestützt auf die erkennbare Interessenlage (§§ 133, 157 BGB), ergibt sich eine Pflicht zur Unterlassung von Gefährdungen zum einen aus der Pflicht zum Schutz der Integritätssphäre der jeweils anderen Seite (§ 241 Abs. 2 BGB), die den Gläubiger zur Unterlassung einer Gefährdung des Leistungsgegenstands bzw. Leistungsvermögens verpflichtet, wenn dieses zur Integritätssphäre des Schuldners gehört.²³ Zum anderen kann eine Pflicht angenommen werden (§§ 133, 157 BGB), wenn das Verhalten des Gläubigers zu Nachteilen des Schuldners führen würde, die durch die Gegenleistung nicht abgedeckt sind, was bei Vertragsschluss erkennbar sein muss.²⁴ Das Bestehen einer Leistungstreuepflicht bestimmt zugleich darüber, ob der Schuldner vom Gläubiger Unterlassung der Gefährdung fordern kann.²⁵

Versuch, den Fall des beiderseitig verschuldeten Leistungshindernisses auf diese Weise zu lösen, *Ernst* (Fn. 6), § 324 Rn. 83; s. ferner *Schwarze* (Fn. 14), § 326 Rn. C 121 ff. m. umf. Nachweisen zur Literatur.

20 S. unter C III 1.

21 Dies übergehend, Pflichten und Obliegenheiten zum Inhalt einer „Gesamtverbindlichkeit“ amalgamierend und daran die pVV des Gläubigers knüpfend BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 u. 230 unter III u. V = BGHZ 11, 80.

22 Dagegen nicht Rücktritt bzw. Kündigung, s. unter D II 2 und E II 2.

23 *Schwarze* (Fn. 14), § 326 Rn. C 12 m.w.N. Abzugrenzen die außervertragliche deliktsrechtliche Verantwortung, die keinen Bezug zur Rolle des Gläubigers hat, *Ernst* (Fn. 6), § 326 Rn. 65.

24 *Schwarze* (Fn. 14), § 326 Rn. C 11.

25 Zum Anspruch auf Unterlassung als Teil der Pflicht aus Schuldverhältnissen *Olzen*, in: Staudinger BGB, Berlin 2019, § 241 Rn. H 266, H 272; *Bachmann*, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB (Fn. 6), § 241 Rn. 29 f., 80 ff.; *Schulze*, in: ders. et al., Handkommentar BGB, 12. Aufl., Baden-Baden 2024, § 241 Rn. 11; *Teichmann*, in: Soergel BGB, Bd. 2, Schuldrecht I, §§ 241, 241a, 242, 12. Aufl., Stuttgart 1990, § 242 Rn. 168; *Grüneberg* (Fn. 6), § 242 Rn. 23, 27.

3. Gefährdung der vom Gläubiger geschuldeten Gegenleistung

Zu trennen ist die vom Gläubiger ausgehende Gefährdung der Leistung von der Gefährdung der von ihm geschuldeten Gegenleistung.²⁶ Der Schuldner kann als Gläubiger der Gegenleistung die Regeln der schuldnerinduzierten Leistungsgefährdung nutzen, wenn die Erfüllung des Anspruchs gefährdet ist. Dabei kann je nach den Umständen die Gefährdung der vom Schuldner zu erbringenden Leistung durch deren Gläubiger ein Indiz für die Gefährdung der Gegenleistung sein. Dies kann den Verkäufer berechtigen, dem Käufer eine Frist zur Klarstellung bzw. Beseitigung der Gefährdung zu setzen, deren erfolgloser Ablauf dann den Rücktritt analog § 323 Abs. 1, 1. Alt. BGB rechtfertigt. Aber hier handelt der Verkäufer als Gläubiger des Kaufpreisanspruchs nach den dafür maßgeblichen Regeln der Leistungsgefährdung, nicht als Schuldner des Übergabe- und Übereignungsanspruchs.²⁷ Wohl kann sich die Gefährdung der Gegenleistung durch den Gläubiger auf sein Recht auf die ihm zustehende Leistung auswirken – insbes. den Schuldner zur Verweigerung der Leistung gem./analog § 320 BGB berechtigen oder die Rechte des Gläubigers nach § 242 BGB („tu-quoque“) beschränken.²⁸

D. Die Leistungsgefährdung durch Gefährdung²⁹ der dem Gläubiger obliegenden Mitwirkung

Gibt es eine echte Pflicht zur Mitwirkung somit nur unter besonderen Umständen, muss die Leistungsgefährdung durch den Gläubiger aus der bloßen Obliegenheit zur Mitwirkung erfasst werden. Zur Veranschaulichung dient folgender Beispielsfall:

26 Auch hier amalgamierend unter Geltung des alten Schuldrechts der pVV-gestützte Ansatz des BGH, der mit dem Bezug auf einen „Vertragszweck“ (BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III) die gebotene Trennung zwischen Leistung und Gegenleistung überspielt.

27 Die Vermengung der Gesichtspunkte befördernd die Bezugnahme auf den gesamten Vertrag als Objekt der Gefährdung („Vertragsgefährdung“, „Vertragsuntreue“), s. z.B. BGH 15.10.1993 – V ZR 141/92, NJW-RR 1994, 372 f.

28 Z.B. BGH 15.10.1993 – V ZR 141/92, NJW-RR 1994, 372 f.

29 Aus Raumgründen steht im Folgenden die Leistungsgefährdung durch *Gefährdung* der Mitwirkung im Vordergrund. Die Leistungsgefährdung durch *Verletzung* der Mitwirkungsobliegenheit ist einerseits vollendete Störung und vom Gesetz unmittelbar geregelt (Gläubigerverzug), die von ihr ausgehende Gefährdung der Leistung überhaupt ist dagegen Gefährdungstatbestand und kann zu Rechten des Schuldners führen, die über jene, die der Gläubigerverzug gewährt, hinausgehen (s. unter D II 2).

Fall 1: Obsthändler G kauft beim Großhändler S 1000 kg frische Bananen, die G sogleich bezahlt. G soll die Bananen am 28.2. abholen.

- a) *G erklärt am 15.2., er könne die Lieferung zum vereinbarten Termin am 28.2. wahrscheinlich nicht abholen (schwache Gefährdung der Pünktlichkeit).*
- b) *G erklärt, er werde die Leistung zum vereinbarten Termin auf keinen Fall abholen können (starke Gefährdung der Pünktlichkeit).*
- c) *G erklärt, die Leistung wahrscheinlich nicht abholen zu können, oder er lässt den Zeitpunkt der Abholung im Ungewissen (schwache Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt).*
- d) *G erklärt, er werde die Leistung auf keinen Fall abholen (starke Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt).*
- e) *G holt die Bananen zum vereinbarten Termin nicht ab infolge einer schweren Erkrankung. Die Bananen drohen binnen drei Tagen zu verderben.*

I. Tatbestand

1. Die schwache Gefährdung (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB)

Im Tatbestand des Gläubigerverzugs wird die Nichteinhaltung der dem Gläubiger obliegenden Mitwirkung³⁰ erfasst. Vor dem Zeitpunkt, zu dem die Mitwirkung zu erfolgen hat, kann der Gläubiger die Mitwirkung gefährden. § 295 S. 1, 1. Alt. BGB regelt einen solchen Fall.³¹ Hier geht es nicht um die *Verletzung* der Mitwirkungsobliegenheit, sondern die *Gefährdung* ihrer künftigen Beachtung dadurch, dass der Gläubiger ankündigt, nicht annehmen bzw. mitwirken zu wollen.³² Und es ist allein diese Gefährdung und ihre Nichtbeseitigung bis zum vereinbarten Leistungszeitpunkt, an die das Gesetz die Rechtsfolgen der §§ 300 ff. BGB knüpft. Eine „Nichtannahme“ liegt auch bei Eintritt des Leistungszeitpunkts nicht vor; da der Schuldner nicht tatsächlich anbietet, kann der Gläubiger auch nicht „nicht annehmen“ i.S.v. § 293 BGB. Dazu kann es erst kommen, wenn der Gläubi-

30 Gemeint ist die Mitwirkung i.w.S., welche die „Annahme“ der Leistung und die darüber hinausgehenden „erforderlichen Handlungen“ i.S.d. § 295 S.1, 2. Alt. BGB einschließt.

31 Näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), unter V 4.

32 Näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), unter V 4.

ger zuvor auf das wörtliche Angebot des Schuldners hin seine Bereitschaft zur Mitwirkung klarstellt.³³

2. Die starke Gefährdung

Für die starke Leistungsgefährdung ergibt sich dies aus einer teleologischen Reduktion des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB bzw., soweit eine besondere Mitwirkungshandlung geschuldet ist, einer Analogie zu § 296 BGB. Wenn im *Fall 1b* und *1d* der Käufer G erklärt, er werde die Ware auf keinen Fall abholen oder annehmen können, erscheint ein wörtliches Angebot, d.h. eine auf Klärung der Situation gerichtete Aufforderung an den Gläubiger, entbehrlich, und der Gläubigerverzug tritt ohne Weiteres ein. In der Literatur wird diese Konstellation als Fall der Entbehrlichkeit des wörtlichen Angebots nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) diskutiert,³⁴ ebenso in der Rechtsprechung, die sich hier noch nicht endgültig positioniert hat.³⁵ Der dagegen erhobene Einwand der abschließenden Regelung durch § 295 S. 1, 1. Alt. BGB³⁶ verliert seine Aussagekraft, wenn der Gefährdungscharakter des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB erkannt ist, der die Gleichbehandlung von schwacher und starker Gefährdung als sachwidrig erweist und die Parallele zur schuldnerinduzierten Gefährdung begründet.³⁷

33 Für das Arbeitsverhältnis *Schwarze*, FS Reichold (Fn. 1), unter V 6.

34 *Ernst* (Fn. 6), § 295 Rn. 7; *Grüneberg* (Fn. 6), § 295 Rn. 4; *Schmidt-Kessel*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), NK-BGB (Fn. 6), § 296 Rn. 26 ff.; *Hager*, in: Westermann/Grünwald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 295 Rn. 4; *Schulze* (Fn. 25), § 295 Rn. 6; *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig BGB, 19. Aufl., München 2023, § 295 Rn. 1; a.A.: *Feldmann*, in: Staudinger BGB (Fn. 3), § 295 Rn. 2; *Schubel*, in: Soergel BGB, Bd. 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243-304, 13. Aufl., Stuttgart 2014, § 295 Rn. 4.

35 Für Verzichtbarkeit BGH 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287 (288); abl. *Feldmann* (Fn. 34), § 295 Rn. 2 m.w.N.

36 *Huber*, Leistungsstörungen (Fn. 6), § 51 I, S. 566 ff.

37 Näher *Schwarze*, FS Reichold (Fn. 1), unter V 2 m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur. Verzichtbarkeit des wörtlichen Angebots im Einzelfall nicht ausschließend, aber zurückhaltend gegenüber einer generellen Verzichtbarkeit bei „Offensichtlichkeit“ noch *Schwarze*, Leistungsstörungen (Fn. 10), § 36 Rn. 28, woran angesichts des im vorliegenden Text nunmehr analysierten Kontextes der Leistungsgefährdung nicht mehr festgehalten wird.

3. Die Reichweite der Gefährdung

Im Hinblick auf die Tragweite der Gefährdung ist zu unterscheiden: Die Gefährdung kann sich auf die Pünktlichkeit der Mitwirkung und Leistung beschränken oder Mitwirkung und Leistung überhaupt in Frage stellen. Dies kann jeweils in Gestalt der schwachen oder der starken Gefährdung geschehen. Im Beispiel: In *Fall 1a* liegt eine schwache Gefährdung der Pünktlichkeit vor, in *Fall 1b* eine starke Gefährdung der Pünktlichkeit, in *Fall 1c* eine schwache Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt und in *Fall 1d* eine starke Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt.

II. Rechtsfolgen

1. Gefährdung der Pünktlichkeit der Leistung

a) Zeitpunkt des Eintritts der Schuldnerrechte

Die Befugnisse, die dem Schuldner aus der vom Gläubiger verursachten Gefährdung erwachsen, sind die des Schuldners im vollendeten Gläubigerverzug. Dem voranzustellen ist die Frage des Zeitpunkts, zu dem sie entstehen. Die Konstruktion des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB legt als Regel nahe, dass der Leistungszeitpunkt maßgeblich bleibt; denn die Rechtsfolge der Leistungsgefährdung wird darauf beschränkt, das Angebot gem. § 294 BGB entbehrlich zu machen. Zum wörtlichen Angebot bleibt der Schuldner verpflichtet. Es zielt auf eine Klärung der vom Gläubiger durch die Weigerung erzeugten ernsthaften Zweifel an seiner Mitwirkung und Vertragstreue. Der Schuldner muss dem Gläubiger somit Gelegenheit zur Antwort geben, und dafür ist die Frist bis zum Leistungszeitpunkt i.d.R. abzuwarten, weil angemessen. Im Falle der starken Leistungsgefährdung, in der „offensichtlich“ ist, dass der Gläubiger die Leistung zum fraglichen Zeitpunkt nicht abnehmen oder eine besondere Mitwirkung unterlassen wird, dürfte i.d.R. der Eintritt der Rechtsfolgen zu diesem Zeitpunkt angemessen sein, da Anstrengungen, die auf die pünktliche Erbringung der Leistung zielen, sinnlos werden. Die dem § 323 Abs. 4 BGB zugrunde liegende Wertung, dass die Bindung an sinnlos gewordene Pflichten ihre Schutzwürdigkeit verliert, lässt sich verallgemeinern. Man könnte den Fall ausnehmen, in welchem dem Schuldner das Abwarten keine Last bedeutet, nicht einmal die der Vorhaltung der Leistung. Aber Rechtssicherheit und mangelnde Schutzwürdigkeit des Gläubigers sprechen gegen diese Ausnahme.

b) Suspendierung der Leistungspflicht

Der Schuldner kann bis zur Beseitigung der unzumutbaren Gefährdung seine Anstrengungen einstellen (§ 275 BGB analog). Er gerät nicht in Schuldnerverzug, wenn infolgedessen die Leistung nicht pünktlich erfolgt, und ist nicht für einen dadurch verursachten Verlust der Leistung verantwortlich.³⁸ So könnte S im *Fall 1a – 1d* davon absehen, sich um den Erwerb der Leistung zu bemühen, in *Fall 1a* und *1c* bis der Gläubiger Klarheit (ggf. über einen neuen Abholungszeitpunkt) geschaffen hat. Die Reichweite der Befugnis wird im Einzelfall abzuwägen sein gegen Nachteile, die aus der Einstellung erwachsen, wenn die Leistungsanstrengungen dann doch wieder aufgenommen werden müssen. Im *Fall 1a* und *1c*, in dem eine reale Chance auf (pünktliche) Mitwirkung fortbesteht, muss der Schuldner seine Anstrengungen fortsetzen, wenn er auf diese Weise einen erheblichen Mehraufwand als Folge der Suspendierung (z.B. Fortfall seines Lieferanten und erhebliche Verteuerung der Beschaffung) vermeiden kann und andere Nachteile für den Schuldner nicht zu besorgen sind.

c) Ausgleich der Nachteile aus der Gefährdung der Pünktlichkeit

Im Gläubigerverzug stehen dem Schuldner Rechte zu, die unter Fortbestand der Leistungspflicht Nachteile ausgleichen, die sich aus der vorübergehenden Nichtannahme der Leistung bzw. Nichtmitwirkung des Gläubigers ergeben (insbes. §§ 300 – 304, §§ 372 ff. BGB). Diese Rechte stehen bei der Gefährdung der Leistungsannahme bzw. der Mitwirkung und einer hierdurch hervorgerufenen Gefährdung der Leistung dem Schuldner in unmittelbarer (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB) bzw. analoger Anwendung³⁹ ebenso zu Gebote. Die wichtigsten sind:

- Der Schuldner hat Anspruch auf Erstattung des Mehraufwands (gem./ analog § 304 BGB), und zwar (auch) desjenigen, der sich gerade aus der Gefährdung der Leistung ergibt. Im *Fall 1a – 1d* könnte S nach Ankündigung des G, die Bananen nicht oder nicht pünktlich abholen zu wollen, eine Gelegenheit zur Anmietung eines Ersatzlagerraums nutzen,

³⁸ Vgl. zur vergleichbaren Konstellation der „vorübergehenden Unmöglichkeit“ unter E I 3.

³⁹ S. unter D I 2.

- wenn er den Lagerraum benötigt. Den dafür aufzuwendenden Mehrbetrag könnte er von G ersetzt verlangen (gem./analog § 304 BGB).
- Der Schuldner wird von Sachgefahr (gem./analog § 300 Abs. 2 BGB) und Preisgefahr (gem./analog § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB) entlastet, wenn nach Eintritt der Gefährdungssituation ein Leistungshindernis (§ 275 BGB) eintritt. Der Schuldner haftet ab Eintritt der Gefährdung nur für grobe Fahrlässigkeit (gem./analog § 300 Abs. 1 BGB).

d) Entlastung bei der Vorhaltung der Leistung

Bei gegenständlichen Leistungen besteht die Last i.d.R. in der Lagerung (bewegliche Sache) bzw. der Vor- und Instandhaltung (Grundstücke). Von ihr darf sich der Schuldner nach der Wertung von §§ 372 ff. BGB bzw. § 303 BGB beim Gläubigerverzug befreien. Diese Befugnis muss dem Schuldner auch dann zustehen, wenn der Gläubiger die Annahme bzw. Mitwirkung gefährdet, sei es nur für den vereinbarten Zeitpunkt, sei es überhaupt. Für die schwache Leistungsgefährdung ergibt sich dies unmittelbar aus § 295 S. 1, 1. Alt. BGB. Für die starke Leistungsgefährdung ergibt es sich aus der teleologischen Reduktion des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB bzw. der Analogie zu § 296 BGB. Wenn offensichtlich ist, dass der Gläubiger die Leistung zum Leistungszeitpunkt nicht annehmen bzw. eine dem vorgeschaltete Mitwirkung nicht vornehmen wird, gibt es kein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, mit der Hinterlegung bzw. der Besitzaufgabe zuzuwarten. Für die nichtgegenständlichen Leistungen kann eine vergleichbare Entlastung des Schuldners erreicht werden, wenn die Obliegenheit zur anderweitigen Verwertung der Leistung (§§ 537 Abs. 1 S. 2, 615 S. 2, 642 Abs. 2 BGB) auf die besondere Lage der Gefährdung zugeschnitten wird und dem Schuldner zwar die Befugnis zur anderweitigen Verwertung schon mit Eintritt der unzumutbaren Gefährdung gewährt wird, aber das Zuwarten bis zum Leistungszeitpunkt nicht als „böswilliges“ Unterlassen bzw. anderweitige Verwertbarkeit (§ 642 Abs. 2 BGB) gewertet wird.

2. Lösungsrecht bei Gefährdung der Leistung überhaupt

Ist das Verhalten des Gläubigers so zu verstehen, dass die Mitwirkung überhaupt ausbleiben wird (*Fall 1c, 1d*), ist das weitere Vorhalten der Leistung sinnlos, auch in der abgeschwächten Form der Hinterlegung bzw. – bei nichtgegenständlichen Leistungen – der Befugnis zur vorübergehenden

anderweitigen Verwertung der Leistung. Dem stehen Fälle gleich, in denen die voraussichtliche Dauer des Ausbleibens der Mitwirkung dem Schuldner nicht zumutbar ist oder in denen unklar ist, ob die Mitwirkung dauerhaft ausbleibt: wenn z.B. im *Fall 1* der Gläubiger erklärt, die Leistung in den nächsten drei Monaten oder „bis auf Weiteres“ nicht annehmen zu wollen. Der Schuldner kann in diesen Fällen am Vertrag festhalten und die unter 1. skizzierten Befugnisse geltend machen. Es muss ihm aber gestattet sein, die Last durch Beseitigung der Leistungspflicht abzustreifen. Die Beseitigung der Leistungspflicht kann allerdings nicht ohne Beseitigung der Gegenleistungspflicht vonstattengehen und wird daher für den Schuldner nur in Frage kommen, wenn er über eine bessere Alternative verfügt.

a) Die Gefährdung als „wichtiger Grund“ zur außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses

Das Instrument zur Beseitigung der Leistungspflicht(en) ist beim Dauerschuldverhältnis die außerordentliche Kündigung, unter deren offenen Tatbestand („wichtiger Grund“) die unzumutbare Gefährdung durch den Gläubiger ohne weiteres subsumiert werden kann (§ 314 BGB und vertragstypenbezogene Spezialtatbestände wie §§ 543, 626 BGB).⁴⁰ Dass sie grundsätzlich auch für den Schuldner und als Reaktion auf unzureichende Mitwirkung des Gläubigers in Frage kommt, belegt § 643 BGB, der dem Schuldner der Werkleistung die außerordentliche Kündigung als Reaktion auf den Verzug des Gläubigers gestattet.⁴¹ Der Einwand, dass § 643 BGB in inhaltlicher Hinsicht als abschließende Regelung zu verstehen wäre, überschätzt den Aussagegehalt der Norm. Die historische Fassung des BGB kannte ein allgemeines außerordentliches Kündigungsrecht des Werkunternehmers nicht, weil es dafür wohl mit Blick auf den Erfolgscharakter der geschuldeten Leistung keinen vergleichbaren Bedarf wie beim Miet- oder Dienstvertrag sah. Bei Miet- und Dienstvertrag bedurfte es wegen des allgemein gehaltenen, nicht auf den Gläubiger beschränkten Tatbestands der außerordentlichen Kündigung einer besonderen Regelung nicht. Somit legt

40 Grundsätzlich (nur in casu verneinend) OLG Frankfurt 15.12.2000 – 24 U 240/98, BeckRS 2001, 1594 Rn. 34 (Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Werkvertrags wegen Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten; Gefährdung der künftigen Werkerstellung).

41 Peters, in: Staudinger BGB, Berlin 2019, § 643 Rn. 4.

§ 643 BGB einen Schluss ad maius nahe: Wenn schon der Gläubigerverzug, also die schlichte Unpünktlichkeit des Gläubigers, die Auflösung des Vertrags zur Folge haben kann, weil die Erstattung der Verzögerungskosten allein den Interessen des Unternehmers (Schuldner) nicht gerecht wird,⁴² muss dies erst recht gelten, wenn der Gläubiger Vertrag und Leistung prinzipiell ablehnt. Der Schuldner kann somit kündigen, wenn einer der beiden Gefährdungstatbestände erfüllt ist: die schwache Gefährdung, wenn innerhalb einer Frist zur Beseitigung die ernsthaften Zweifel an der Bereitschaft der Mitwirkung des Gläubigers nicht ausgeräumt worden sind; die starke Gefährdung, wenn offensichtlich ist, dass der Gläubiger dauerhaft nicht mitwirken wird.

b) Rücktrittsbefugnis analog § 323 BGB

Für den Einzelaustauschvertrag steht ein dem „wichtigen Grund“ vergleichbarer offener Tatbestand nicht zur Verfügung. Der Rückgriff auf § 313 BGB ist versperrt, wenn es um den Inhalt, nicht die Grundlage des Vertrags geht. Es bleibt nur die Analogie zu § 323 BGB. Ihr scheint prinzipiell und von vornherein der Tatbestand der „Pflicht“ entgegenzustehen. Pflicht und Obliegenheit scheinen in ihrem Kern unähnlich, wenn die Obliegenheit ein Verhalten zum Schutz des eigenen Interesses bezeichnet, die Pflicht sich demgegenüber auf den Schutz des fremden Interesses bezieht. Doch ist diese Ineinssetzung von Form und Interesse unterkomplex. Zeuner hat in seiner grundlegenden Abhandlung zum Verschulden gezeigt, dass Pflichtwidrigkeit und Obliegenheitswidrigkeit die rechtliche *Wertwidrigkeit* als gemeinsames Fundament zugrunde liegt. Gemeinsam ist beiden Formen der Wertwidrigkeit, dass sie ein rechtlich geschütztes Interesse durch ein Verhalten verletzen und dass das Verhalten deswegen als unwert, als „rechtlich wertwidrig“ angesehen werden muss.⁴³ Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, welcher Form der Wertwidrigkeit das Recht sich bedient: ob dem Verpflichteten die Freiheit verbleiben soll, sich wertwidrig verhalten zu dürfen (Obliegenheit), oder nicht (Pflicht). Zur vollständigen Deckung gelangen Form und Inhalt, wenn die Verletzung der Obliegenheit ausschließlich das Interesse des Obliegenheitspflichtigen betrifft: etwa bei

42 Peters (Fn. 41), § 643 Rn. 1. Ob insoweit eine Verallgemeinerung in Betracht zu ziehen ist, muss hier offenbleiben.

43 Zeuner, Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966, 1 ff., insbes. S. 1 f.

der Obliegenheit des Hauseigentümers, sein Haus zu verschließen; die Folgen ihrer Verletzung (Einbruch) betreffen nur ihn. Ist das Haus versichert, schützt die entsprechende versicherungsvertragliche Obliegenheit (auch) die Interessen des Versicherers an einer angemessenen Begrenzung des versicherten Risikos. Formal zielt das Verhaltensgebot auf die Erhaltung eines Vorteils des Verpflichteten (des Versicherungsschutzes). Inhaltlich ist das Verhaltensgebot am Interesse des Versicherers orientiert, indem es den Einbruch in ein nicht verschlossenes Haus aus dem Versicherungsschutz herausnimmt. Auch § 643 BGB beruht auf dieser hybriden Form der Obliegenheit: Formal ist der Gläubiger zur Mitwirkung angehalten, um sich den Vorteil des Leistungsanspruchs ungeschmälert zu erhalten, in der Sache zielt die Obliegenheit darauf, den Schuldner vor den Nachteilen einer planwidrigen Abwicklung der Leistung zu bewahren. Somit erweist sich die Obliegenheit zur Annahme der Leistung und zur Mitwirkung als der Pflicht ähnlich genug, um einer Analogie zu § 323 BGB nicht entgegenzustehen. Das Kernanliegen der „Obliegenheitslösung“ bleibt gewahrt – die Freiheit des Gläubigers, die Leistung nicht annehmen zu müssen. Denn vom Rücktritt geht weder ein unmittelbarer Zwang wie bei der Klagbarkeit noch ein mittelbarer Zwang wie bei der unbegrenzten Haftung auf Schadensersatz aus, die Leistung anzunehmen. Der Schuldner kann mithin vom Vertrag zurücktreten, wenn der Gläubiger die Durchführung unzumutbar gefährdet.

E. Die vom Gläubiger zu verantwortende Gefahr eines Leistungshindernisses (§ 275 BGB)

Fall 2: Jagdweffenhändler S verkauft G, der gerade seine Jägerprüfung bestanden hat, eine Jagdweffe nach Muster eines Ausstellungsstücks. Der Kaufpreis wird sogleich bezahlt. Die Jagdweffe soll geliefert werden, sobald S sie vom Hersteller erhalten hat. Zuvor soll G seine Waffenberechtigung nachweisen, ohne welche S dem G die Jagdweffe nicht überlassen darf (§ 34 WaffG).

- a) G teilt dem S einige Tage nach dem Vertragsschluss mit, dass sich die Erteilung des Jagdscheins wegen weiterer Überprüfungen verzögern wird.*
- b) G teilt dem S einige Tage nach dem Vertragsschluss mit, dass sich die Erteilung des Jagdscheins wegen weiterer Überprüfungen um mindestens drei Monate verzögern wird.*

- c) G teilt dem S einige Tage nach dem Vertragsschluss mit, dass die Erteilung des Jagdscheins „Schwierigkeiten bereite“.
- d) Die „Schwierigkeiten“ bestehen darin, dass G wegen Verfehlungen gegen das Waffengesetz mehrfach vorbestraft ist.⁴⁴

Fall 3: K kauft beim Händler V einen Oldtimer, den sich V beim Eigentümer E beschaffen will und der innerhalb von drei Wochen geliefert werden soll. Den Kaufpreis bezahlt K sogleich. Kurz darauf erfährt V von E, dass sich K gemeldet habe und versuche, den Oldtimer unter Umgehung des V direkt von E zu einem um 10.000 € günstigeren Preis zu erwerben.

I. Tatbestand

1. Die Gefahr eines Leistungshindernisses (§ 275 BGB analog)

Der Tatbestand der vom Gläubiger zu verantwortenden Gefahr eines Leistungshindernisses (§ 275 BGB) ist in Analogie zum Tatbestand der vollendeten Störung zu bilden (§§ 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt., 275 BGB). Mag der eigenständige Charakter des Leistungshindernisses auch blass sein, solange es noch nicht eingetreten ist, ergeben die einschlägigen Regeln der vollendeten Störung doch einen Halt für die Dogmatik der gläubigerinduzierten Gefährdung. Vor Eintritt des Leistungshindernisses scheint der Schuldner eines Schutzes nicht zu bedürfen; solange die Leistung möglich ist, hat er sich um sie zu bemühen. Sobald sie unmöglich ist, greift der skizzierte Schutz zu seinen Gunsten. Dabei würde übersehen, dass das Fundament des Vertrags, das Vertrauen auf den Erhalt der Leistung, schon durch die Gefahr des Leistungshindernisses erschüttert wird. Damit droht jeder weiteren Anstrengung, jedem weiteren Aufwand des Schuldners die Frustration. Sinnlose Anstrengungen sind dem Schuldner nicht zuzumuten. Damit korrespondierend sinkt die Schutzwürdigkeit des verantwortlichen Gläubigers.

44 Es sei unterstellt, dass eine fehlende Waffenberechtigung gem. § 34 WaffG die Wirksamkeit des Kaufvertrags nicht berührt, sondern lediglich Übereignung und Übergabe der Waffe verbietet (so die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur zum Begriff des „Erwerbs“, s. Gade, Waffengesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2022, Anl. 1 Rn. 169 ff.; Papsthart, in: Steindorf/Heinrich, Waffenrecht, 11. Aufl., München 2022, Anl. 1 Rn. 169 ff. Im Ausbleiben der waffenrechtlichen Erlaubnis liegt dann ein rechtliches Hindernis für die Erfüllung der Lieferpflicht (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB).

2. Schwache und starke Gefährdung

Auch hier kann zwischen dem ernsthaften Zweifel an der Erbringbarkeit der Leistung zum Leistungszeitpunkt (schwache Gefährdung, *Fall 2a*) und der Offensichtlichkeit ihrer Unerbringbarkeit zum Leistungszeitpunkt (starke Gefährdung) unterschieden werden (*Fall 2b, 2d*). Im ersteren Fall tritt die unzumutbare Ungewissheit erst ein, nachdem der Schuldner dem Gläubiger erfolglos eine angemessene Frist zur Klärung gesetzt hat; im letzteren Fall tritt sie mit der Offensichtlichkeit der Unerbringbarkeit zum Leistungszeitpunkt ein.

3. Reichweite der Gefährdung

Wie bei der Gefährdung der Mitwirkung kann danach unterschieden werden, ob durch die Gefahr eines Leistungshindernisses nur die Pünktlichkeit der Leistung bedroht ist oder die Leistung überhaupt in Frage steht. Ist das drohende Leistungshindernis nur vorübergehender Natur, droht vorerst nur die Gefahr der unpünktlichen Leistung, nicht der Ausfall der Leistung überhaupt. Droht das vorübergehende Leistungshindernis unzumutbar lang zu dauern (*Fall 2b*) oder besteht Unklarheit über den vorübergehenden Charakter des drohenden Leistungshindernisses (*Fall 2c*), bedeutet dies für den Schuldner eine ähnliche Ungewissheit wie bei der Gefahr eines dauernden Leistungshindernisses und steht diesem dann gleich.⁴⁵ Er kann sich daher analog § 275 BGB durch Einrede von der Leistungspflicht befreien.

4. Verantwortlichkeit des Gläubigers

Im Hinblick auf die Verantwortung des Gläubigers für das Hindernis kann in Anlehnung an die wohl herrschende Dogmatik bei der vollendeten Störung danach unterschieden werden, ob die Gefahr eines Leistungshindernisses verursacht wird durch unzureichende bzw. drohende unzureichende Mitwirkung (*Fall 1a – 1d*) bzw. durch ein drohendes Hindernis bei der Mitwirkung des Gläubigers (Mitwirkungshindernis), das die Erbringung der Leistung hindert (*Fall 2a – 2d*). Hier ist der Gläubiger in Anlehnung an die bei vollendeten Störungen überwiegend anerkannten Grundsätze

45 Näher dazu m.w.N. Schwarze, Leistungsstörungen (Fn. 10), § 4 Rn. 21 ff.

schon aufgrund seiner Obliegenheit zur Mitwirkung verantwortlich i.S.d. § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB (analog), und zwar aufgrund vertraglicher Risiköübernahme auch ohne ein Verschulden.⁴⁶ Bei einer Ursache außerhalb der Mitwirkungsverantwortung (*Fall 3*) ist die Verantwortung wie bei der vollendeten Störung analog § 276 BGB zu begründen und verlangt i.d.R. ein Verschulden des Gläubigers. Tritt die unzumutbare Ungewissheit während des Annahmeverzugs ein (*Fall 1e*) und beendet der Schuldner deswegen analog § 275 BGB die Leistungspflicht,⁴⁷ bleibt die Pflicht zur Gegenleistung analog § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB bestehen (abzüglich ersparter Aufwendungen), auch wenn der Gläubiger die Gefahr nicht verschuldet hat.

II. Rechtsfolgen

1. Rechtsfolgen hinsichtlich der Gefährdung der Pünktlichkeit der Leistung

Von einer bloßen Gefährdung der Pünktlichkeit ist zu sprechen, wenn kein ernsthafter Zweifel daran besteht, dass der Gläubiger mitwirken wird, sondern nur zweifelhaft ist, dass er es zum schuldgemäßen Zeitpunkt tun wird.

a) Zeitpunkt des Eintritts der Rechte

Der Zeitpunkt, zu welchem die Rechte eintreten, ergibt sich aus der Anlehnung an § 275 BGB. Soweit die Gefahr des Leistungshindernisses dem Eintritt selbst rechtlich gleichsteht, gilt dies auch für den Zeitpunkt. Das bedeutet, dass die Befugnisse dem Schuldner zustehen, sobald die Situation der Unzumutbarkeit eingetreten ist und er sich auf sie beruft. Im *Fall 2d* kann der Händler, sobald er von den Vorstrafen des G erfährt, die Rechte geltend machen. Es ist offensichtlich, dass die Genehmigung nicht erteilt werden wird, ein Zuwarten bis zum Leistungszeitpunkt ist nicht zumutbar. Im *Fall 2c* gilt dasselbe, wenn eine angemessene Frist bis zur Klärung abge-

46 S. BGH 18.10.2001 – III ZR 265/00, NJW 2002, 595; *Ernst* (Fn. 6), § 326 Rn. 59 ff., 62; *Gsell*, in: Soergel BGB, Bd. 5/2, Schuldrecht 3/2, §§ 320-327, 13. Aufl., Stuttgart 2005, § 326 Rn. 44 ff.; weiter gehend (generell Verschuldensunabhängigkeit der Obliegenheitsverletzung) *Ernst* (Fn. 6), § 326 Rn. 55.

47 Unter D II 2.

laufen ist, die aber hier in etwa mit der Frist bis zum Leistungszeitpunkt übereinstimmt.

b) Vorübergehende Suspendierung der Leistungspflicht

Dass der Mitwirkung des Gläubigers ein Leistungshindernis entgegensteht, führt nicht unmittelbar zur Befreiung des Schuldners von den Leistungsbemühungen, die auf seiner Seite der Mitwirkung vorausgehen, da und soweit diese möglich bleiben. Im *Fall 2a* bzw. *Fall 2b* ist der Schuldner nicht gehindert, die Jagdwaffe beim Hersteller zu bestellen. Wohl muss der Schuldner seine Bemühungen bis zur Klärung der Situation analog § 242 BGB einstellen dürfen, wenn offensichtlich ist (*Fall 2b*) bzw. trotz einer Aufforderung zur Klärung der Situation auch nach Ablauf angemessener Frist zweifelhaft bleibt (*Fall 2a*), ob das Mitwirkungshindernis (im Beispiel die fehlende Waffenberechtigung) zum vereinbarten Zeitpunkt beseitigt sein wird. Das ist grundsätzlich zu bejahen, wenn dem Schuldner planwidrige Lasten drohen. Im *Fall 2* wäre dem so, wenn der Händler die Jagdwaffe nur ohne Rückgaberecht bestellen könnte und dann das Risiko der planwidrigen Lagerung bzw. der Versteigerung (§ 383 BGB) zu tragen hätte. Man wird dem Schuldner die Erhebung einer Einrede abverlangen müssen, die er im Falle der schwachen Gefährdung mit der Fristsetzung verbinden kann.⁴⁸ Die vorübergehende Suspendierung der Leistungspflicht zieht als Folge nach sich, dass der Schuldner wegen Verzögerungen, die sich infolge einer vom Gläubiger verursachten Ungewissheit ergeben, nicht gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB für Verzögerungsschäden haftet. Sie hat zur weiteren Folge, dass dem Gläubiger Rechte zur Liquidation des Vertrags gem. §§ 323 ff., 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 ff. BGB nicht zur Verfügung stehen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob bereits der Tatbestand der Pflichtverletzung nicht erfüllt ist oder etwaige aus einer Pflichtverletzung ableitbare Gläubigerbefugnisse analog § 323 Abs. 6 BGB bzw. analog § 254 BGB entfallen.

48 Vgl. Schwarze, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 23.

c) Ausgleich der Nachteile aus der Gefährdung der Pünktlichkeit

Die Ausführungen zu D II 1 c) gelten entsprechend. Entsteht dem Händler S im *Fall 2* ein Mehraufwand z.B. daraus, dass er die Jagdwaffe länger bei seinem Schuldner V belassen muss, der ihm dafür Lagerungskosten in Rechnung stellt, wären diese analog § 304 BGB zu ersetzen, und zwar ohne ein Verschulden, da es sich um ein Mitwirkungshindernis auf Seiten des Gläubigers G handelt.⁴⁹

d) Lösung von der Leistungspflicht

Eine analoge Anwendung der §§ 372 ff. BGB bzw. des § 303 BGB ist nicht geboten. Solange die Gefahr des Leistungshindernisses die Pünktlichkeit der Leistung in einer Weise bedroht, welche die weitere Bindung an den Vertrag für den Schuldner nicht unzumutbar macht, kann der Schuldner sich nicht schon vor dem Leistungszeitpunkt der Last der Leistungspflicht überhaupt entledigen. Ab dann tritt Gläubigerverzug ein, so dass §§ 372 ff. BGB und § 303 BGB unmittelbar eingreifen; dasselbe gilt für die Regeln über die anderweitige Verwendung nichtgegenständlicher Leistungen. Nur wenn völlig unklar ist, zu welchem Zeitpunkt die Mitwirkung des Gläubigers möglich sein wird, liegt eine Situation vor, welche die weitere Bindung an die Leistungspflicht unzumutbar macht und den Schuldner dazu berechtigt, die Einrede analog § 275 BGB⁵⁰ zu erheben und sich von seiner Leistungspflicht zu befreien.⁵¹ Hinzu tritt die Befugnis zum Rücktritt analog § 326 Abs. 5 BGB bzw. zur außerordentlichen Kündigung, wenn der Gläubiger für das Leistungshindernis verantwortlich ist.⁵²

2. Befreiungsrecht bei Gefährdung der Leistung überhaupt

Ist die Mitwirkung in einer Weise gefährdet, welche die Erbringung der Leistung überhaupt in Frage stellt, kann der Schuldner sich analog § 275 BGB von der Leistungspflicht befreien, wenn eine unzumutbare Ungewiss-

49 S. unter E I 4.

50 Vgl. *Schwarze*, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 23.

51 Unter E I 3, E II 2.

52 Zur Konstruktion gilt das unter D II 2 Ausgeführte entsprechend.

heit eingetreten ist, wenn also offensichtlich ist, dass die erforderliche Mitwirkung auf unbestimmte Zeit nicht erfolgen wird (*Fall 2d*), oder wenn ernsthafte Zweifel in dieser Richtung trotz Setzung einer angemessenen Frist nicht ausgeräumt worden sind (*Fall 2c*). Der Schuldner kann die ihm dann zustehende Einrede ggf. bereits vor dem Leistungszeitpunkt erheben. Sein etwaiger Anspruch auf die Gegenleistung bleibt analog § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB bestehen, wenn der Gläubiger die Gefahr zu verantworten hat. Bei Mitwirkungshindernissen (*Fall 2a – 2d*) ist dies auch ohne Verschulden des Gläubigers anzunehmen,⁵³ in anderen Fällen muss ein Verschulden analog § 276 BGB gegeben sein. Erhebt der Schuldner die Einrede nicht, tut er dies grundsätzlich auf sein Risiko; etwaige Mehraufwendungen oder frustrierte Aufwendungen kann er vom Gläubiger nicht ersetzt verlangen.

F. Leistungsgefährdung durch den Gläubiger im Vorfeld der Regeln des besonderen Vertragsrechts

Abschließend ist ein Blick auf die Bedeutung des besonderen Vertragsrechts für das vorliegende Thema zu werfen, auf Regeln, welche die Verantwortung des Gläubigers regeln in Abweichung oder Ergänzung der allgemeinen Regeln. Beispielhaft für die Mitwirkung des Gläubigers kann § 643 BGB herangezogen werden: Ein außerordentliches Kündigungsrecht ist dem Werkunternehmer/Schuldner zuzubilligen, wenn hinsichtlich der Annahme des Werks eine unzumutbare Ungewissheit besteht. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz für die schwache Gefährdung (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB), auf die §§ 643, 642 Abs. 1 BGB Bezug nehmen, und es gilt entsprechend §§ 295, 296 BGB⁵⁴ i.V.m. §§ 643, 642 Abs. 1 BGB für die starke Leistungsgefährdung, wenn die Annahme bzw. Mitwirkung offensichtlich ausbleiben wird. Exemplarisch für die Gefahr eines Leistungshindernisses ist § 645 BGB heranzuziehen, der analog gilt, wenn eine unzumutbare Ungewissheit über den Eintritt eines Leistungshindernisses oder dessen

53 S. unter E I 4.

54 Nach Maßgabe der Ausführungen unter D I 2.

Dauerhaftigkeit entstanden ist und die Ursache dem in § 645 Abs. 1 BGB umrissenen Verantwortungsbereich des Gläubigers entstammt.⁵⁵

G. Schluss

Die Verantwortung des Gläubigers für Gefährdungen der Leistung ist in Anlehnung an den Tatbestand der jeweiligen vollendeten Störung (insbes. Gläubigerverzug und vom Gläubiger zu verantwortendes Leistungshindernis) zu entwickeln. Das zeigt § 295 S. 1, 1. Alt. BGB, der das Problem fragmentarisch regelt. Das Maß für die rechtliche Erheblichkeit der Gefährdung ist die Unzumutbarkeit der durch sie erzeugten Ungewissheit für den Schuldner. Wie bei der Leistungsgefährdung durch den Schuldner sind zwei Stufen der Leistungsgefährdung unterscheidbar (schwache und starke Gefährdung). Im Falle der schwachen Gefährdung muss der Schuldner dem Gläubiger Gelegenheit zur Klärung der Lage binnen angemessener Frist geben. Gibt es eine echte Pflicht zur Annahme oder Mitwirkung, deren Schuldner der Gläubiger ist, treten insoweit die Regeln über die Leistungsgefährdung durch den Schuldner hinzu.

⁵⁵ Paradigmatisch BGH 11.03.1982 – VII ZR 357/80, NJW 1982, 1458 = BGHZ 83, 197 ff. (Ungewissheit über die Dauer eines Leistungshindernisses), vgl. dazu *Schwarze*, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 22 ff.

Reform des Abstammungsrechts und Elternrecht

Alexander Schwonberg

I. Einleitung

Das Familienrecht weist in seiner Bedeutung eine deutliche Diskrepanz zwischen dem universitären Studium einerseits und der anwaltlichen Praxis andererseits auf. Im Studium werden regelmäßig nur die Grundlagen des vierten Buchs des BGB in einer Vorlesung vermittelt, während eine Vertiefung dem Schwerpunktbereich vorbehalten bleibt. Seit vielen Jahren ist das Familienrecht dem Lehrstuhl für Zivilrecht und Rechtsgeschichte zugeordnet. Die Verbindung zur Rechtsgeschichte hat ihren guten Grund auch darin, dass gerade die Regelungen im Familienrecht von der Eheschließung, über die eheliche Lebensgemeinschaft, dem Güterrecht, dem Unterhaltsrecht bis zur Scheidung der Ehe sowie das Kindschaftsrecht in besonderem Maße durch die historische Entwicklung geprägt sind,¹ die wiederum ihren Ursprung in dem gesellschaftlichen Wandel und den sich ändernden Anschauungen findet. Die anwaltliche Praxis ist durch ein hohes Maß an Spezialisierung gekennzeichnet, die nicht zuletzt durch die Regelungen der Fachanwaltsbezeichnungen ihren Ausdruck findet. Diese reichen nach § 1 FAO vom Verwaltungsrecht bis zum Migrations- und Sportrecht. Von den rund 165.200 zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten führten Anfang 2023 rund 46.000 Anwältinnen und Anwälte Fachanwaltstitel. Nach den aktuellen Zahlen der Bundesrechtsanwaltskammer waren im Arbeitsrecht rund 11.100 Fachanwälte gefolgt vom Familienrecht mit rund 8.940 Fachanwälten tätig.²

Nachdem seit den letzten größeren familienrechtlichen Reformen der Jahre 2008/2009 nunmehr 16 Jahre vergangen sind, hat das Bundesjustizministerium (BMJ) mittels verschiedener sog. Eckpunkte-papiere, die den Referenten- bzw. Regierungsentwürfen vorangestellt sind,³ Reformen im

1 Hierzu insbes. *Meder*, Familienrecht – Von der Antike bis zur Gegenwart, Köln 2013.

2 Zur Fachanwaltsstatistik siehe unter www.brak.de.

3 Wie die zunehmende Tendenz, Gesetzesreformen durch Eckpunkte-papiere einzuleiten, in der rechtspolitischen Diskussion und im Gesetzgebungsverfahren verfassungsrecht-

Unterhaltsrecht,⁴ im Abstammungsrecht⁵ sowie im Kindschaftsrecht⁶ angekündigt und dabei die Grundkonzepte thesenartig dargestellt. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des BVerfG zu § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB⁷ soll ein Teilbereich der geplanten Reform des Abstammungsrechts beleuchtet werden, die zu einer deutlich verbesserten Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Rahmen der Anfechtung der Vaterschaft führen soll.

II. Reform des Abstammungsrechts

Seit Jahren wird über die Reform des geltenden Abstammungsrechts diskutiert.⁸ In drei zentralen Etappen wurde die Neuausrichtung der abstammungsrechtlichen Regelungen vom Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag,⁹ über den vom BMJ eingesetzten „Arbeitskreis Abstammungsrecht“¹⁰ zum Diskussteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts¹¹ (Disk-E) vorbereitet und konkretisiert. Eine Vielzahl der vorgeschlagenen Regelungen hat das Eckpunktepapier des BMJ aufgegriffen, ist jedoch in einigen Aspekten über die bisher angeführten Gesichtspunkte hinausgegangen.¹² Durch diese soll den (neuen) Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin

lich zu bewerten ist, wurde bisher nicht vertieft untersucht. Im Oktober 2024 wurden umfangreiche Referentenentwürfe zu den Reformvorhaben veröffentlicht, die inhaltlich für den hiesigen Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden konnten.

- 4 BMJ, Ein faires Unterhaltsrecht für Trennungsfamilien: Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Unterhaltsrechts, 2023.
- 5 BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Abstammungsrechts, 2024.
- 6 BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts: Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht, 2024.
- 7 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, NJW 2024, 1732 ff. = FamRZ 2024, 846 ff.
- 8 Zusammenfassend Reuß, Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FamRZ 2021, 824 ff.
- 9 Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016.
- 10 Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Berlin 2017.
- 11 Diskussteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts vom 12.3.2019, dazu Schwonberg, „Diskussionsteilentwurf für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts“, FamRZ 2019, 1303 ff.
- 12 Helms, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Abstammungsrechts, FamRZ 2024, 489 ff.; Stellungnahme der Kinderrechtskommission des DFGT zum Eckpunktepapier des BMJ, ZKJ 2024, 175.

einerseits sowie den veränderten Familienkonstellationen andererseits, wie sie durch gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften seit Jahren Bestandteil gesellschaftlicher Realität sind, eine adäquate gesetzliche Grundlage gegeben werden.

1. Reformvorschläge nach dem Eckpunktepapier

Durch zahlreiche Änderungen sollen das Abstammungsrecht „in zeitgemäßer Weise fortgeschrieben und die Defizite des geltenden Rechts“ behoben werden. Hierzu zählt insbesondere nach der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe eine gesetzliche Regelung zur Mit-Mutterschaft. Hierzu wurde bereits in § 1592 Abs. 2 Disk-E vorgeschlagen, die bestehende Regelung zur gesetzlichen Vaterschaft auf die Mit-Mutterschaft durch die Geburt während bestehender Ehe (Nr. 1), durch die (notariell beurkundete) Anerkennung der Mit-Mutterschaft (Nr. 2) sowie durch die gerichtliche Feststellung einer Mit-Mutterschaft (Nr. 3) zu ergänzen. Darüber hinaus soll nach dem Eckpunktepapier in einem erheblich größeren – und bisher im Diskussionsteilentwurf nicht vorgesehenen – Umfang den beteiligten Personen eine Dispositionsmöglichkeit zur Regelung der Abstammungsverhältnisse durch Elternschaftsvereinbarungen eröffnet werden, die vor der Geburt des Kindes im Wege notarieller Beurkundung die Zuordnung der zweiten Elternstelle eröffnen.¹³ Für die Anfechtung der Vaterschaft bzw. der Elternschaft sieht das Eckpunktepapier eine Verkürzung der kenntnisabhängigen Anfechtungsfrist von bisher zwei Jahren auf ein Jahr sowie zusätzliche Abwägungskriterien infolge einer sozial-familiären Beziehung vor. Das Recht auf Kenntnis der leiblichen Abstammung soll durch ein familiengerichtliches Feststellungsverfahren deutlich erweitert werden, in dem auch der mutmaßlich genetische Elternteil erfasst wird. Schließlich bildet die Neukonzeption des Anfechtungsrechts des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters einen zentralen Bestandteil der Reformüberlegungen. Dieses ist vor dem Hintergrund divergierender Entscheidungen der Oberlandesgerichte, des Bundesgerichtshofs sowie des Bundesverfassungsgerichts zur Konkurrenz des rechtlichen und des leiblichen Vaters um die abstammungsrechtliche Zuordnung zum Kind wegen der bestehenden Manipulationsmöglichkeiten seit Jahren heftiger Kritik ausgesetzt.

13 Schamberg, Elternschaft durch Vereinbarung, FamRZ 2024, 748 ff.

a) Vorarbeiten zum Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters

Der Arbeitskreis Abstammungsrecht hatte in seinem Abschlussbericht ein fristgebundenes Anfechtungsrecht des genetischen Vaters vorgeschlagen, bei dem nach These 29 für die Anfechtung neben der sozial-familiären Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater auch eine solche Beziehung des Kindes zum genetischen Vater berücksichtigt und gewichtet werden soll. Besteht eine frühere sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater nicht mehr, soll dieser keine Bedeutung mehr zukommen und einer Anfechtung nicht entgegenstehen. Darüber hinaus votierte der Arbeitskreis dafür, dass „innerhalb einer festen, kurzen Frist nach der Geburt eine Anfechtung durch den genetischen Vater ohne Rücksicht auf eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater“ ermöglicht werden soll (These 30).¹⁴

Der Diskussionsteilentwurf greift diese Überlegungen in § 1600a Abs. 2 u. 3 Disk-E auf und erweitert sie über den mutmaßlichen leiblichen Vater hinaus auf den intendierten Vater oder die intendierte Mit-Mutter. Dabei soll aus Gründen der Rechtssicherheit das Nichtbestehen der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft nur festgestellt werden, wenn keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinem Vater bzw. seiner Mit-Mutter besteht. Einschränkend soll nach der vorgeschlagenen Regelung eine sozial-familiäre Beziehung in den ersten sechs Lebensmonaten für das Anfechtungsrecht keine Bedeutung erlangen. Nach Abs. 2 Satz 2 der Regelung erlangt eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater keine Relevanz, wenn „eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes (auch) zu dem oder der Anfechtenden besteht und diese Beziehung für das Kind wichtiger ist.“ Hinsichtlich der Definition einer sozial-familiären Beziehung wird die bisherige Regelung in § 1600 Abs. 3 BGB übernommen.

Mit dieser Konzeption soll die Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters für dessen Anfechtung einer rechtlichen Vaterschaft gestärkt werden. Dabei geht der Diskussionsteilentwurf grundsätzlich von der gesetzlichen Abwägung der Grundrechtspositionen aus, wie sie vom BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 vorgegeben war und das Prinzip der Rechtssicherheit und Verlässlichkeit in Statusfragen betont.¹⁵ Für die ersten sechs Lebensmonate des Kindes soll jedoch ein Vorrang der rechtlichen Elternschaft nicht bestehen. Denn – so die Begründung – es entspreche

14 Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht (Fn. 10), S. 52 f., 93.

15 BVerfG v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a., FamRZ 2003, 816.

dem Kindeswohl am ehesten, dass die Person, die mit der Anfechtung zum Ausdruck bringe, Verantwortung für das Kind übernehmen zu wollen, die rechtliche Elternstellung erlange. In den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes sei eine sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater nach psychologischen Erkenntnissen noch nicht in gleicher Weise verfestigt.

b) Kontroverse im gerichtlichen Instanzenzug

Der bestehenden gesetzlichen Regelung in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB liegt eine abstrakte verfassungsrechtliche Abwägung der Interessen des Kindes, des rechtlichen Vaters, der Mutter sowie des biologischen Vaters zugrunde, wonach dem Erhalt eines bestehenden sozialen Familienverbands der Vorrang vor dem Interesse des leiblichen Vaters an der Erlangung seiner Elternstellung eingeräumt wird. Da für eine Anerkennung der Vaterschaft die Zustimmung der Mutter nach § 1594 Abs. 1 BGB, i.d.R. jedoch nicht die Zustimmung des Kindes erforderlich ist, kann die Mutter in einer neuen Partnerschaft nach geltendem Recht dem neuen Partner die Zuordnung als rechtlicher Vater ermöglichen und damit zugleich dem leiblichen Vater den Weg zur Elternschaft versperren (§§ 1594 Abs. 2, 1600d Abs. 1 BGB). Der Konkurrenz des rechtlichen Vaters sowie des leiblichen Vaters, der zuvor auch in einer sozial-familiären Beziehung zu dem Kind gelebt hatte, versuchte die obergerichtliche Rechtsprechung dadurch Rechnung zu tragen, dass für die Voraussetzungen einer solchen Beziehung auf den Beginn des Verfahrens abzustellen sei.¹⁶

In einem Kammerbeschluss hatte das BVerfG¹⁷ unter dem Gesichtspunkt effektiven Rechtsschutzes für bestimmte Konstellationen eine verfassungskonforme Auslegung gefordert, wenn auch der leibliche Vater vor oder nach der Geburt eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind aufgebaut hatte. Maßgeblich ist aus Sicht des Verfassungsgerichts, ob der leibliche Vater alles in seiner Macht Liegende unternommen hatte, um die rechtliche Vaterschaft zu erlangen. Hatte sich dieser mehrere Jahre nach der Trennung nicht um die rechtliche Vaterschaft bemüht, bestehen gegen den Ausschluss des Anfechtungsrechts keine verfassungsrechtlichen Bedenken.¹⁸ Hat der

16 Schwonberg, in: Weinreich/Klein (Hrsg.), Familienrecht – Kommentar, 7. Aufl., Hürth 2022, § 1600 Rn. 8 ff. m.w.N.

17 BVerfG v. 25.9.2018 – 1 BvR 2814/17, FamRZ 2019, 124.

18 BVerfG v. 24.2.2015 – 1 BvR 562/13, FamRZ 2015, 817.

leibliche Vater hingegen bereits ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren eingeleitet, dürfe dieses nicht in einem „Wettlauf um die Zeit“ durch eine mit Zustimmung der Mutter erfolgte Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes unterlaufen werden.¹⁹ Vor diesem Hintergrund hatten sowohl das OLG Frankfurt²⁰ als auch das OLG Hamburg²¹ die Voraussetzungen einer sozial-familiären Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater nach den Verhältnissen bei Einleitung des Verfahrens beurteilt.

Dem ist jedoch der BGH in seinem Beschluss vom 24. März 2021 nicht gefolgt. In dieser Entscheidung hat der BGH nicht nur seine über Jahrzehnte bestehende Rechtsprechung zum Vertretungshindernis der Mutter des Kindes im Anfechtungsverfahren aufgegeben, sondern daran festgehalten, dass für die Voraussetzungen einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind auf den Schluss der letzten Tatsacheninstanz abzustellen ist.²² Bereits aus der allgemeinen verfahrensrechtlichen Systematik sei für die Entscheidungsgrundlage der Schluss der mündlichen Verhandlung bzw. der Zeitpunkt des Erlasses einer Entscheidung mit der Folge maßgeblich, dass weitere Tatsachen und Entwicklungen zu berücksichtigen seien. Dass von diesem Grundsatz für das Verfahren in Abstammungssachen eine Abweichung beabsichtigt gewesen sei, könne dem Gesetzgebungsverfahren und der Gesetzesbegründung nicht entnommen werden. Weiterhin stützt der BGH seine Auffassung auf den klaren Gesetzeswortlaut sowie auf die Entstehungsgeschichte des Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters. Dabei verkennt der BGH nicht, dass Manipulationsmöglichkeiten der rechtlichen Eltern zulasten des leiblichen Vaters bestehen. Diese könnten jedoch nur durch die Anforderungen an eine sozial-familiäre Beziehung und deren Feststellung im konkreten Verfahren vermieden werden, etwa wenn eine Verantwortungsübernahme durch den rechtlichen Vater nur zeitlich begrenzt erfolgt oder vorgetäuscht werde. Anderenfalls sei im Fall einer Lebensgemeinschaft nicht von einem Rechtsmissbrauch auszugehen. Auch eine – vom BVerfG aufgezeigte – verfassungskonforme Auslegung hat der BGH mit Blick auf den Wortlaut und erkennbaren Willen des Gesetzgebers abgelehnt.

19 BVerfG v. 25.9.2018 – 1 BvR 2814/17, FamRZ 2019, 124.

20 OLG Frankfurt v. 8.7.2019 – 1 UF 1/19, FamRZ 2019, 1782 (im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung).

21 OLG Hamburg v. 29.1.2019 – 12 WF 165/18, FamRZ 2019, 1335 sowie OLG Hamburg v. 4.9.2019 – 12 UF 82/17, FamRZ 2020, 511.

22 BGH v. 24.3.2021 – XII ZB 364/19, FamRZ 2021, 1127.

2. Elternrecht des leiblichen Vaters

Ein Verfahren vor dem OLG Naumburg²³ bildete den Ausgangspunkt dafür, dass sich das BVerfG erneut – nunmehr als Senat und nach mündlicher Verhandlung – mit dem Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters befasst hat. Dem Verfahren lag eine durchaus typische Fallgestaltung zugrunde, in der die Mutter mit dem Antragsteller seit April 2019 in einer Partnerschaft zusammengelebt hatte. Nach der Geburt des Kindes im April 2020 trennte sich das Paar bereits zwei Monate später. Die Anerkennung der Vaterschaft durch den Antragsteller scheiterte, weil die Mutter zu den Terminen beim Jugendamt nicht erschienen war. Daraufhin leitete der Antragsteller im Juli 2020 ein Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft ein. Nur einen Monat später erkannte der neue Partner der Mutter mit deren Zustimmung die Vaterschaft wirksam an. Während das Amtsgericht mangels einer sozial-familiären Beziehung zu dem rechtlichen Vater bei Einleitung des Verfahrens dem Anfechtungsantrag stattgegeben und gemäß § 182 Abs.1 Satz 1 FamFG die Vaterschaft des Antragstellers festgestellt hatte, war die hiergegen gerichtete Beschwerde vor dem OLG Naumburg deswegen erfolgreich, weil der dortige Senat trotz der (ausführlich) dargestellten gegenläufigen obergerichtlichen Entscheidungen der Rechtsprechung des BGH folgte. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde des leiblichen Vaters war erfolgreich.

Die Entscheidung des ersten Senats des BVerfG vom 9. April 2024 ist nicht nur wegen ihrer aktuellen Auswirkungen auf die geplante Reform des Abstammungsrechts von großer Bedeutung. Vielmehr hat das Gericht auch die Möglichkeit ergriffen, die nicht zuletzt durch die Reform weiterhin kontrovers diskutierte Frage um das verfassungsrechtliche Elternrecht und die Träger dieses Elternrechts neu zu bestimmen bzw. deutlicher zu konturieren.

a) Rechtsprechung des BVerfG

Welche Bedeutung der leiblichen Abstammung für das Elternrecht zukommt, ist in der historischen Betrachtung vom BVerfG selbst durchaus sehr unterschiedlich bewertet worden. Dabei waren die Entscheidungen seit Ende der sechziger Jahre (überwiegend) auf die Person des nichteheli-

23 OLG Naumburg v. 28.7.2021 – 8 UF 95/21, NZFam 2023, 664.

chen Vaters gerichtet, ohne dass in einem Drei-Personen-Verhältnis eine Konkurrenz zum rechtlichen Vater zu beurteilen war.²⁴

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hat das BVerfG stets durch dessen Bezug zur Pflege und Erziehung des Kindes als Pflichtrecht mit der Folge verstanden, dass die Elternverantwortung wesensbestimmend für das Elternrecht ist. Bereits in der Entscheidung zur Ersetzung der Einwilligung bei der Adoption aus dem Jahr 1968 wurde diese Ausrichtung des Elternrechts hervorgehoben. Die Selbstverantwortlichkeit der Eltern bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes unterfalle jedoch dann nicht mehr dem Grundrechtsschutz, wenn sie sich als Vernachlässigung des Kindes erweise und der Pflichtbindung nicht gerecht werde.²⁵ Zur Bestimmung der von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erfassten Eltern ging das BVerfG von dem „Regelfall aus, dass das Kind mit den durch die Ehe verbundenen Eltern in einer Familiengemeinschaft zusammenlebt und Vater und Mutter das Kind gemeinsam pflegen und erziehen.“²⁶ In seiner Entscheidung zur alleinigen elterlichen Sorge der nichtehelichen Mutter nach § 1705 BGB a.F. bestätigte das BVerfG, dass die nichteheliche Mutter vom Schutzbereich des Elternrechts erfasst ist, während der nichteheliche Vater sich nach der bis dahin geltenden Rechtsprechung allein auf das Familiengrundrecht nach Art. 6 Abs. 1 GG nur berufen konnte, wenn er mit dem Kind zusammen lebte.²⁷ Eine weitere Einschränkung erfuhr dessen grundgesetzlicher Schutz dadurch, dass dieser unabhängig von der genetischen Abstammung für den nichtehelichen Vater dann nicht eröffnet sei, wenn er an der Entwicklung des Kindes keinen Anteil nimmt und sich nicht um den Aufbau eines Vater-Kind-Verhältnisses bemüht hatte. Weder die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht noch die Tatsache der Verwandtschaft sei hierfür ausreichend oder erheblich.²⁸ Für den Fall, dass der nichteheliche Vater Verantwortung für das Kind übernehmen oder eine Lebensgemeinschaft mit der Mutter und dem Kind aufnehmen wolle, sollte das grundgesetzliche Elternrecht nicht ausgeschlossen sein. Letztlich stellte das BVerfG mit seinem Urteil zu § 1747 Abs. 2 BGB a.F. im Jahr 1995 klar, dass bereits nach

24 In den Entscheidungen war aus diesem Grund auch nicht zwischen dem Elternbegriff und den Trägern des Grundrechts zu differenzieren.

25 BVerfG v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a., BVerfGE 24, 119 ff. = FamRZ 1968, 578 ff.

26 BVerfG v. 15.6.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194 ff. = FamRZ 1971, 421 (zum Umgangs- bzw. Verkehrsrecht des geschiedenen Ehemanns nach § 1634 Abs. 2 BGB a.F.).

27 BVerfG 24.3.1981 – 1 BvR 1516/78, BVerfGE 56, 363 ff. = FamRZ 1981, 429.

28 BVerfG 24.3.1981 – 1 BvR 1516/78, BVerfGE 56, 363 ff. = FamRZ 1981, 429 Rn. 60 ff.

dem Sprachgebrauch vom Begriff der Eltern auch die leiblichen Eltern eines nichtehelichen Kindes erfasst und beide leiblichen Eltern in den Schutzbereich des Grundrechts einbezogen seien, wobei die Intensität der Beziehung des Vaters zum Kind oder zur Mutter nicht maßgeblich sei.²⁹

Eine Differenzierung zwischen dem Elternbegriff einerseits und dem Träger des Elternrechts andererseits nahm das BVerfG erst mit seiner Entscheidung zur Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den leiblichen Vater vor. Unabhängig von einer rechtlich anerkannten Elternschaft könne sich der Mann, von dem ein Kind abstammt, auf den Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG berufen, allerdings mache ihn dies noch nicht zum Träger des Elternrechts selbst. Inhaber des Elternrechts könne nur die Person sein, die zugleich Elternverantwortung trage. Dabei sei die gesetzliche Bestimmung der Vaterschaft konstitutiv für die Möglichkeit, für das Kind Sorge zu tragen und eröffne erst so den Zugang zur Elternverantwortung sowie zu der grundrechtlich geschützten Elternposition.³⁰ Hieran schloss sich die bekannte Argumentation zur Abwägung der wechselseitigen Grundrechtspositionen an, die Grundlage des geltenden eingeschränkten Anfechtungsrechts in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB ist.

b) Elternrecht als Gestaltungsaufgabe

Nach dem Verständnis des BVerfG ist das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein „normgeprägtes Grundrecht“³¹ bzw. privatrechtsakzessorisch angelegt, weil Träger des Grundrechts in erster Linie diejenigen sind, denen die fachrechtlichen Regelungen den (gesetzlichen) Elternstatus zuweisen. Demgegenüber tritt Jestaedt für einen „eigenständigen verfassungsrechtlichen, nicht mit dem bürgerlichrechtlichen Elternbegriff identischen Elternbegriff“ ein.³²

29 BVerfG v 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, BVerfGE 92, 158 ff. = FamRZ 1995, 789 (zur Stellung des nichtehelichen Vaters im Adoptionsverfahren).

30 BVerfG v 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, BVerfGE 92, 158 ff. = FamRZ 1995, 789.

31 Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, Berlin 2018, S. 196 m.w.N.; v. Landenberg-Robert, Elternverantwortung im Verfassungsstaat: Rekonstruktion der Grundrechtsdogmatik des Art. 6 Abs. 2 GG, Tübingen 2021, S. 718 ff.

32 Jestaedt, Eltern im Rechtssinne: Identität und Differenz des Eltern-Begriffs von GG und BGB, in: Hilbig-Lugani/Huber (Hrsg.), Moderne Familienformen: Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, Berlin/Boston 2019, S. 13 (26 ff.); wohl auch Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl., München 2020, § 6 Rn. 27 a.E.;

Diese Diskussion hat das BVerfG in seinem Urteil vom 9. April 2024 nicht aufgegriffen und davon abgesehen, einen verfassungsrechtlichen Elternbegriff zu definieren oder die Träger des Elterngrundrechts konkret zu bestimmen. Denn zu Beginn der Entscheidungsgründe stellt es fest, dass Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht oder nur teilweise vorgebe, welche Personen als Eltern Träger des Elterngrundrechts und Inhaber der Elternverantwortung seien.³³ Zugleich wird durch diese Formulierung die Personenidentität zwischen dem Grundrechtsträger und der Elternverantwortung hervorgehoben. Dem Elternrecht wird damit der Charakter eines rückbezüglichen Grundrechts verliehen, für das aus seiner fachrechtlichen Aufgabenzuweisung, die dem Grundrecht durch den Bezug zum Kind immanent ist, und dessen gesetzlicher Konkretisierung die Personen bestimmt werden, die vom persönlichen und sachlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst sind.

Für die Ausgestaltung des Schutzbereichs bzw. der Aufgaben, Handlungsmöglichkeiten sowie Kompetenzen der für das Kind verantwortlich handelnden Personen im Verhältnis untereinander sowie gegenüber Dritten gibt das BVerfG dem Gesetzgeber „prägende Strukturmerkmale“ bindend vor, aus denen heraus die fachrechtlichen Regelungen zur Wahrnehmung der Elternverantwortung zu entwickeln sind.³⁴ Aus dem Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder folge ein frei von staatlichen Eingriffen „verfassungsrechtlich geschützter Einfluss auf sämtliche Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes“.³⁵

Im Gegensatz zu seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 hält der 1. Senat nicht mehr daran fest, dass die Trägerschaft des Grundrechts auf zwei Elternteile beschränkt ist. Da die verfassungsrechtliche Verknüpfung von Elterngrundrecht und Elternverantwortung unabhängig von leiblicher Abstammung oder gesetzlicher Zuweisung des Elternstatus bestehe, sei auf der

Heiderhoff, in: v. Münch/Kunig (Begr.), Kämmerer/Kotzur (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Art. 6 Rn. 108.

33 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 33, 37.

34 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 34, wobei auch zwischen der Status-ebene und der Ausübungsebene der elterlichen Sorge differenziert werden könne (Rn. 37).

35 Aus der Perspektive des Kindes sind die aus dessen Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) folgenden Garantien zu beachten.

Grundrechtsebene eine Pluralität von Elternschaft möglich.³⁶ Allerdings seien unabhängig von einer fachrechtlichen Zuordnung, vom Familienstand sowie der konkreten sozialen Beziehung zum Kind der Mann und die Frau Eltern des Kindes, mit deren Keimzellen dieses gezeugt wurde.³⁷ Da Träger des Elternrechts jeder einzelne Elternteil für sich und nicht deren Gemeinschaft sei, könne sich auch der leibliche Vater „aus der genetischen Verbindung mit dem Kind auf Grund natürlichen Zeugungsakts mit dessen Mutter“ als Träger des Elterngrundrechts auf dessen Gewährleistungen berufen, auch wenn bereits eine rechtliche Elternschaft bestehe.³⁸ Dem Gesetzgeber obliege aufgrund der staatlichen Gewährleistungsverantwortung die Ausgestaltung einer differenzierten Zuweisung von Rechten und Pflichten, damit Konflikten und Kompetenzstreitigkeiten durch eine klare Elternrolle und eine entsprechende Verantwortungszuordnung zum Wohle des Kindes begegnet werden könne.³⁹

Mehrfach hebt das BVerfG die Bedeutung der leiblichen Abstammung des Kindes für die statusrechtliche Zuordnung hervor, da diese einen späteren Statuswechsel ausschließe und zur Statussicherheit führe. Daher sei die Elternschaft hieran auszurichten, ohne dass die Feststellung der leiblichen Abstammung im Einzelfall verfassungsrechtlich geboten sei, sodass typisierende Zuordnungen aus sozialen Situationen wie in § 1592 BGB zulässig blieben.⁴⁰ Bei einer Begrenzung auf zwei Elternteile müsse dem leiblichen Vater ein hinreichend effektives Verfahren zur Verfügung stehen, die rechtliche Vaterschaft einnehmen zu können, ohne dass verfassungsrechtlich der leiblichen Vaterschaft ein Vorrang gebühre. Hierzu konkretisiert der 1. Senat verschiedene Aspekte, die bei der (künftigen) gesetzlichen Ausgestaltung zu berücksichtigen sind und im Ergebnis zur Verfassungswidrigkeit des bestehenden Anfechtungsrechts führen.⁴¹ Im Mittelpunkt steht vor allem das erkennbare Interesse des leiblichen Vaters und sein Bemühen, die

36 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 40, 41. Auf die damit verbundenen Fragen ist im hiesigen Zusammenhang nicht näher einzugehen (hierzu *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbig-Lugani/Huber [Hrsg.], FS Coester [Fn. 32], S. 129 ff.; *Sanders*, Mehrelternschaft, Tübingen 2018).

37 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 38.

38 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 39, 42.

39 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 43, 51.

40 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 45. Durch eine gesetzliche Vermutungsregelung hat das Kind zwei Väter, die sich beide auf das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG berufen können.

41 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 49, 89 ff.

rechtliche Vaterschaft zu erhalten. Gerade ein frühzeitiges und umfassendes Bemühen um die rechtliche Vaterschaft sei als Indiz dafür anzusehen, dass der leibliche Vater bereit sei, die Verantwortung für das Kind durch Pflege und Erziehung zu übernehmen. Auch sein Verhalten vor der Geburt könne hierfür herangezogen werden, zumal das Interesse des Kindes auf eine statusrechtliche Zuordnung ab seiner Geburt damit einhergehe. Schließlich könne auch das Zusammenleben mit der Mutter und dem Kind oder ein regelmäßiger Umgang mit dem Kind auf eine Übernahme von Verantwortung schließen lassen, wodurch zugleich der Schutzbereich des Familiengrundrechts aus Art. 6 Abs. 1 eröffnet sei.

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben werde das geltende Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters aus § 1600 Abs. 2 und 3 BGB nicht gerecht, auch wenn es den prägenden Strukturmerkmalen des Elternrechts entspreche und mit Rechtsklarheit und -sicherheit legitime verfassungsrechtliche Ziele verfolge. Gleichwohl erweise sich die Regelung als unverhältnismäßig i.e.S., weil eine sozial-familiäre Beziehung des leiblichen Vaters nach der gesetzlichen Regelung unberücksichtigt bleibe und daher Art und Umfang seiner Bemühungen, die rechtliche Vaterschaft zu erhalten, nicht einbezogen werden könnten.⁴² Die Beeinträchtigung des leiblichen Vaters werde dadurch verstärkt, dass dessen Anfechtung auch dann ausgeschlossen sei, wenn zu einem späteren Zeitpunkt eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater nicht mehr bestehe.

c) Reformvorschläge und verfassungsrechtliche Anforderungen

Das Eckpunktepapier des BMJ zur Reform des Abstammungsrechts verfolgt wie der Diskussionsteilentwurf das Ziel, die Möglichkeiten des leiblichen Vaters, rechtlicher Vater zu werden, zu erleichtern. Hierzu werden zwei Regelungen kumulativ vorgeschlagen.⁴³ Bereits im Vorfeld sollen Manipulationsmöglichkeiten dadurch verhindert oder begrenzt werden, dass die Va-

42 BVerfG v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, juris, Rn. 82 f.

43 Die in diesem Zusammenhang (BMJ, Eckpunktepapier [Fn. 5], S. 11 unter 3. c) ebenfalls angeführte Möglichkeit einer Anerkennung der Vaterschaft mit Zustimmung des rechtlichen Vaters und der Mutter in Ausweitung der bestehenden Regelung in § 1599 Abs. 2 BGB dürfte für die hier diskutierten Konstellationen keine wesentliche Bedeutung haben, zumal in der Regel bereits weder eine ehebegründete Vaterschaft noch ein wechselseitiges Interesse an einem privatautonom herbeigeführten Statuswechsel des Kindes besteht.

terschaft zu einem Kind nicht wirksam anerkannt werden kann, solange ein gerichtliches Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft anhängig ist. Eine dahingehende Regelung als „Veränderungssperre“ bei Anhängigkeit eines Feststellungsverfahrens sieht § 1594 Abs. 2 Satz 2 Disk-E unter Bezugnahme auf den bereits angeführten Kammerbeschluss des BVerfG vor.⁴⁴ Nur wenn die genetische Vaterschaft des anerkennungsbereiten Mannes nachgewiesen ist, soll die Sperrwirkung entfallen.⁴⁵

Die im Eckpunktepapier skizzierte Regelung eines Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters wird den vom BVerfG gestellten Anforderungen gerecht, wenn man davon ausgeht, dass dieses dem Vorschlag in § 1600a Abs. 2 Disk-E weitgehend entspricht. Dies folgt bereits daraus, dass eine grundsätzlich normierte Begrenzung des Anfechtungsrechts für einen ersten Zeitraum zurückgenommen und danach ausgehend vom Verhalten des leiblichen Vaters deutlich relativiert wird.

In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes führt eine sozial-familiäre Beziehung zu seinem rechtlichen Vater zu keiner Begrenzung des Anfechtungsrechts, sodass dessen Antrag bereits dann begründet ist, wenn nach Abs. 1 Nr. 2 der im Diskussionsteilentwurf vorgeschlagenen Regelung der Anfechtende tatsächlich der genetische Vater des Kindes ist. Zugleich wird damit der Forderung des BVerfG Rechnung getragen, die leibliche Abstammung und rechtliche Zuordnung nach Möglichkeit in Einklang zu bringen.

In § 1600a Abs. 2 Satz 2 Disk-E wird der Ausschluss des Anfechtungsrechts zugunsten des leiblichen Vaters weiter begrenzt bzw. seine Möglichkeit zur rechtlichen Vaterschaft erweitert. Allerdings setzt diese Regelung eine zum Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens bzw. bei dessen Abschluss bestehende sozial-familiäre Beziehung zum Kind voraus. Auf eine früher bestehende Beziehung zum Kind oder zur Mutter ist hierfür nicht abzustellen. Dieser Umstand gewinnt erst in einem zweiten Schritt Bedeutung für die ebenfalls zu klärende Frage, ob die Beziehung zum leiblichen Vater für das Kind „wichtiger“ ist. Mit diesem weit gefassten Begriff und offenen Tatbestandsvoraussetzung kann eine umfassende Abwägung aller Umstände erfolgen, wie sie auch das BVerfG für erforderlich hält. Damit werden auch der Zeitpunkt und das Bemühen um die rechtliche Vaterschaft in diesem Zusammenhang relevant. Die angeführten Abwägungskriterien

44 BVerfG v. 25.9.2018 – 1 BvR 2814/17, FamRZ 2019, 124.

45 BMJ, Eckpunktepapier (Fn. 5), S. 9 f.

legen einen Vergleich zum Umgangsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters in § 1686a Abs. 1 BGB nahe, das auf eine Entscheidung des EGMR zurückgeht.⁴⁶ Die dort formulierte Voraussetzung für einen Anspruch auf Umgang bzw. Auskunft des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters wurde jedoch nicht auf dessen Anfechtungsrecht übertragen. Ein Anspruch aus § 1686a Abs. 1 BGB besteht, wenn dieser „ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt hat“. Für diese Voraussetzung werden die Begleitung und Unterstützung der Mutter während der Schwangerschaft, das frühzeitige Bemühen um Kontakt zum Kind, die Realisierung des Umgangswunsches sowie schließlich die Erklärung, für das Kind Verantwortung übernehmen zu wollen, genannt.⁴⁷

Darüber hinaus soll nach dem Eckpunktetpapier künftig eine Anfechtung des leiblichen Vaters nur noch dann ausgeschlossen sein, wenn eine vom Familiengericht vorzunehmende Interessenabwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass das „Anfechtungsinteresse das Interesse am Fortbestand der bisherigen Elternschaft nicht überwiegt.“⁴⁸ Exemplarisch werden im Eckpunktetpapier das Bemühen des leiblichen Vaters um das Kind, eine Täuschung über die Existenz des Kindes oder manipulatives Handeln, um die Möglichkeit eines Feststellungsverfahrens zu verhindern, genannt. Bedeutung soll das – bisher dem Abstammungsrecht fremde – Kriterium des Kindeswohls ebenfalls erhalten und so die Bindungen des Kindes zum rechtlichen und leiblichen Vater in die Abwägung einbezogen werden. Im Zweifel soll es gleichwohl beim Erhalt der bisher gelebten Familie und der rechtlichen Vaterschaft verbleiben. Eine Abwägung verschiedener Aspekte bzw. Umstände im Einzelfall steht indes mit einer abstammungsrechtlichen Zuordnung als Statusrecht nicht ohne weiteres in Einklang.⁴⁹

46 EGMR v. 21.12.2010 – Beschwerde Nr. 20578/07, FamRZ 2011, 269; BR-Drs. 666/12, S. 7.

47 Waruschewski, in: Weinreich/Klein (Hrsg.), Familienrecht (Fn. 16), § 1686a Rn. 6; Götz, in: Grüneberg et al., BGB, 83. Aufl., München 2024, § 1686a Rn. 4; Peschel-Gutzeit/Ebeling, in: Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders, BGB, Bd. 4: Familienrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 1686a Rn. 15.

48 BMJ, Eckpunktetpapier (Fn. 5), S. 10.

49 Kinderrechtskommission des DFGT (Fn. 12), ZKJ 2024, 179 f.

3. Geplante Mit-Mutterschaft bzw. intendierte Elternschaft

Bedauerlicherweise lassen sich wohl aus der Entscheidung des BVerfG kaum Schlüsse für die ebenfalls aktuell diskutierte Frage ziehen, ob die Ehefrau der Geburtsmutter als Mit-Mutter vom Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst ist und sich als Trägerin des Elternrechts auf die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen berufen kann. Durch die Verfassungsbeschwerde des leiblichen Vaters ist die Argumentation vorgegeben und auf die leibliche Abstammung bei natürlicher Zeugung ausgerichtet. Im Hinblick auf die ebenfalls beim ersten Senat anhängigen Normenkontrollverfahren⁵⁰ zur Anwendbarkeit von § 1592 BGB auf gleichgeschlechtliche Ehen bzw. dessen Verfassungswidrigkeit wären Hinweise nicht von vornherein ausgeschlossen. Dem kann aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht entgegengehalten werden, dass das BMJ der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur folgend⁵¹ nach dem vorgelegten Eckpunktepapier zur Reform des Abstammungsrechts die Mutterschaft einer weiteren Frau des Kindes dann begründen will, wenn diese mit der Geburtsmutter verheiratet ist oder die Mutterschaft anerkannt hat.⁵²

Das OLG Celle hat in seinem Vorlagebeschluss⁵³ die Auffassung vertreten, dass auch die Ehefrau der Geburtsmutter Trägerin des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sei. Die Grundlage des Elternrechts aus der durch Zeugung und Geburt vermittelten verwandtschaftlichen Beziehung beruht maßgeblich auf dem Verantwortungsverhältnis. Dieses weist das BVerfG – auch in seiner aktuellen Entscheidung – den Eltern als denjenigen Personen zu, die einem Kind das Leben gegeben haben und von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.⁵⁴ Die Verantwortungsübernahme geht mit der sozialen und personalen Verbundenheit zwischen Eltern und Kind einher und macht den Gehalt des Elterngrundrechts aus. Diese Begründungselemente lassen sich – losgelöst von leiblicher Abstammung – auf die Mit-Mutter und deren Ehefrau oder Partnerin, die ein Kind mithilfe der Reproduktionsmedizin

50 BVerfG – 1 BvL 2/21.

51 Nach dem Diskussionsteilentwurf soll § 1592 BGB um einen Abs. 2 erweitert werden, durch den die Mit-Mutterschaft aufgrund bestehender Ehe, infolge Anerkennung oder gerichtlicher Feststellung begründet werden soll.

52 *BMJ*, Eckpunktepapier (Fn. 5), S. 6.

53 OLG Celle vom 24.3.2021 – 21 UF 146/20, FamRZ 2021, 862 (865 ff.); KG v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20, FamRZ 2021, 854 (unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1 GG).

54 BVerfG v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a., BVerfGE 24, 119 = FamRZ 1968, 578; BVerfG v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a., FamRZ 2003, 816.

empfangen hat, übertragen. In den hier maßgeblichen Konstellationen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften kann im Fall anonymer Samenspende ebenso wie im Fall der Embryonenspende das menschliche Leben letztlich allein dadurch entstehen, dass die Wunscheltern die ärztlich assistierte Zeugung des Kindes durch ihre verbindlichen Erklärungen mit dem Ziel umsetzen, für das aus der Behandlung hervorgehende Kind dauerhaft und unauflöslich Verantwortung zu übernehmen.

Die Erklärungen der Wunscheltern vor Behandlungsbeginn, die einer besonderen Form bedürfen, sind nicht nur Anknüpfungspunkt für eine statusrechtliche Zuordnung, sondern begründen ebenso die Grundlage einer verfassungsrechtlichen Elternschaft. Denn die Bereitschaft und Verpflichtung der Wunscheltern als voluntativer Akt sind mit der natürlichen Zeugung vergleichbare und notwendige Voraussetzungen für die Entstehung des menschlichen Lebens. Gerade aufgrund der übereinstimmenden Erklärung beider Partnerinnen kann davon ausgegangen werden, dass beide Personen die Pflege und Erziehung des Kindes „unauflöslich, vorbehaltlos, nicht-dispositiv und exklusiv“⁵⁵ gewährleisten und für dieses Verantwortung übernehmen wollen. Dass auch der Samenspender bzw. die Eizellenspenderin oder die Embryonenspender sich aufgrund ihrer biologisch genetischen Beziehung zum Kind auf das verfassungsrechtliche Elternrecht berufen können, steht der Erweiterung des Elternbegriffs sowie der Trägerschaft des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht entgegen. Dies gilt erst recht, wenn der Samenspender, die Eizellenspenderin oder die Embryonenspender die Pflege und Erziehung des Kindes gerade nicht übernehmen wollen. Dies bringen sie in den hier relevanten Fällen durch entsprechende Verzichtserklärungen vor der Zeugung des Kindes verbindlich zum Ausdruck.

Mit Blick auf die Möglichkeiten und Entwicklung der modernen Fortpflanzungsmedizin soll für den verfassungsrechtlichen Schutzbereich des Elternrechts nicht allein der biologische bzw. genetische Zusammenhang maßgeblich sein, sondern funktionellen Elementen Bedeutung zukommen.⁵⁶ Auch verfassungsrechtlich kann daher neben der leiblichen Elternschaft eine willensbasierte oder intendierte Elternschaft in gleicher Weise

55 So die von *Jestaedt*, Eltern (Fn. 32), S. 29, für die „Innehabung der Elternstellung“ gewählten Attribute.

56 *Robbers*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.) (vormals v. Mangoldt/Klein/Starck), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl., München 2024, Art. 6 Rn. 181.

die Grundlage der erforderlichen Verantwortungsübernahme bieten.⁵⁷ Es ist auch keineswegs gerechtfertigt, mit Blick auf die verbindlichen Erklärungen einerseits sowie die Gesamtumstände in ihrem Lebenszusammenhang andererseits die Wunscheltern auf eine bloß soziale, und damit verfassungsrechtlich nicht geschützte Elternschaft zu reduzieren.⁵⁸

Die im Diskussionsteilentwurf zu § 1592 Abs. 2 Disk-E angeführten Gründe entsprechen denen, die für die gesetzliche Vaterschaft zugrunde gelegt sind. Im Fall der Mit-Mutterschaft wird durch die Einwilligung in die ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung von der Übernahme von Verantwortung für die Entstehung des Kindes und von einer dauerhaften Sorge für das Kind ausgegangen. Dieser Gedanke liegt auch dem Anfechtungsausschluss in § 1600 Abs. 4 BGB zugrunde. Für den verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zwischen leiblicher bzw. genetischer Abstammung und voluntativer Elternschaft aufgrund verbindlicher Erklärungen zu differenzieren, erscheint nicht gerechtfertigt.

III. Fazit

Mit seiner Entscheidung vom 4. April 2024 hat das BVerfG auch auf die geplante Reform zum Abstammungsrecht in erheblichem Umfang Einfluss genommen. Denn neben der deutlich verbesserten Rechtsstellung des leiblichen Vaters ist grundsätzlich auch für eine Mehrelternschaft verfassungsrechtlich ein Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber eröffnet worden. Im zuvor veröffentlichten Eckpunktepapier hatte sich das BMJ jedoch recht eindeutig positioniert und zum Zwei-Eltern-Prinzip bekannt, auch wenn das Kind mit Hilfe einer dritten Person gezeugt wird. Dies schließt jedoch die Erweiterung sorgerechtlicher Befugnisse oder Umgangsrechte nicht aus, wie sie im parallel veröffentlichten Eckpunktepapier zum Kindschaftsrecht aufgeführt sind. Eine über Jahre ebenfalls heftig geführte Debatte zur elterlichen Sorge des nicht verheirateten Vaters, zu der das BVerfG in zwei Entscheidungen⁵⁹ innerhalb von nur sieben Jahren zu unterschiedlichen Bewertungen gelangt war, könnte nunmehr ihren Abschluss finden. An wenig prominenter Stelle und erst unter Ziffer 6. der Reformvorschläge

57 Heiderhoff (Fn. 32), Art. 6 Rn. 108, 122; ähnlich Röthel, Mehr-Elternschaft (Fn. 36), S. 137 f.

58 v. Landenberg-Roberg, Elternverantwortung (Fn. 31), S. 739.

59 BVerfG v. 29.1.2003 – 1 BvL 20/99, FamRZ 2003, 285 einerseits; BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 andererseits.

wird das gemeinsame Sorgerecht des nicht verheirateten Vaters auf einseitige und formbedürftige Erklärung für die Fälle angekündigt, in denen die Eltern einen gemeinsamen Wohnsitz haben. Auf ihren Widerspruch soll die Mutter des Kindes das alleinige Sorgerecht erhalten und dem Vater das Vorgehen nach der bislang bestehenden Regelung in § 1626a Abs. 3 Satz 1 BGB weiterhin offen stehen. Mit Spannung und mit Blick auf das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG darf die rechtliche und rechtspolitische Diskussion im Gesetzgebungsverfahren erwartet werden.

Das Recht der digitalen Transformation¹

Margrit Seckelmann

I. „Die Verwandlung“: Zur Einleitung

Transformare bedeutet „verwandeln“. Aber seit Franz Kafkas berühmter Novelle wissen wir, dass Verwandlungen nicht immer zum Besseren erfolgen. Wenn also nachfolgend der Begriff der „digitalen Transformation“ analysiert werden soll, so ist dieses ein risikogeneigtes Unternehmen. Es dürfte sich trotzdem lohnen, einen Versuch zu unternehmen, eine Entwicklung rechtlich zu fassen, die sich vor unser aller Augen abspielt.

Laut Wikipedia handelt es sich bei einer digitalen Transformation um „einen fortlaufenden, tiefgreifenden Veränderungsprozess in Wirtschaft und Gesellschaft, der durch die Entstehung immer leistungsfähigerer digitaler Techniken und Technologien ausgelöst worden ist“.² Aber was bedeutet dieses eher auf die Wirtschaft bezogene Modell eigentlich für den Staat und seine Verwaltung? Sicherlich mehr als nur das erneute Polieren der Faxgeräte und die Einrichtung eines parallelen E-Mail-Zugangs zur Verwaltung.³ Bei den derzeit laufenden Debatten zwischen dem Deutschen Bundestag und dem Bundesrat um die Fortentwicklung des Onlinezugangsgesetzes⁴ wird genau das verhandelt: Wie bekommt man den „Staat an den

1 Der Aufsatz befindet sich auf dem Stand vom 29.2.2024 und enthält eine aktualisierte Version der Antrittsvorlesung der Verfasserin am 13.7.2022. Diejenigen Passagen, die sich auf Rechtsakte (damals: Entwürfe) der Europäischen Union bzw. auf das Onlinezugangsgesetz beziehen, wurden auf den Stand am 29.2.2024 angepasst. Eine längere Version dieses Beitrags erscheint in der Zeitschrift DER STAAT (2025).

2 https://de.wikipedia.org/wiki/Digitale_Transformation (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

3 Vgl. dazu Mehde, „Corona“ als verwaltungspolitisches Argument, in: Seckelmann/ders. (Hrsg.), Der öffentliche Dienst „nach Corona“ – Beiträge zum Festkolloquium für Hans Peter Bull am 25. März 2022 an der Universität Hamburg, Tübingen 2023, S. 1-38.

4 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Onlinezugangsgesetzes sowie weiterer Vorschriften zur Digitalisierung der Verwaltung (OZG-Änderungsgesetz – OZGÄndG), BT-Drs. 20/8093; vom Deutschen Bundestag angenommen am 23.2.2024; die Zustimmung des Bundesrats steht im Zeitpunkt der Drucklegung noch aus.

Draht“⁵ und wie sehr muss sich der Staat selbst dabei verändern (vor allem bezogen auf die Aufbau- und Ablauforganisation)?

Der Prognose nach dürfte es nicht bei einer oberflächlichen Veränderung bleiben. In der Sprache der Verwaltungsinformatik ausgedrückt, ist nicht nur das „Front Office“, sondern auch das „Back Office“ betroffen. Und mehr noch: Auch die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes und sogar die Beziehungen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten werden von der digitalen Transformation in Frage gestellt. Denn die Digitalisierung ist ein Prozess, dem spezifische Tendenzen und Gesetzmäßigkeiten inhärent sind: Er folgt einer eigenen Logik, umfasst fast alle Lebensbereiche und hat deshalb natürlich auch Auswirkungen auf gesamtgesellschaftliche Strukturen.

Handelt es sich also um eine Revolution, wie wir sie beispielsweise aus der Industriellen Revolution des 19. und frühen 20. Jahrhunderts⁶ kennen? Ja und nein. Der Transformationsbegriff ist komplexer. In der jüngeren Geschichtswissenschaft wird er für *Umbruchsituationen* gebraucht, „jenseits der Dichotomie von Revolution und Reaktion als komplexes Geflecht von allmählichen Veränderungen, revolutionären Episoden, adaptiven Situationen und erneuten Aufbrüchen“ und in Wechselbeziehungen „von europäischer und außereuropäischer Welt“ – in Transformationsphasen ändern sich „Strukturen, Ordnungen und Erfahrungen [...] ebenso wie die Selbstdeutungen der Gesellschaft“.⁷

II. Souveränität im digitalen Raum

1. Begriffsklärungen

Um eine solche Selbstdeutung des deutschen Staates in seiner Eingebundenheit in das europäische Mehrebenensystem und in seiner Abgrenzung nach außen, also zu außereuropäischen Staaten und zu außereuropäischen Wirtschaftsunternehmen, soll es nachfolgend gehen. Dieses soll insbeson-

5 Formulierung nach *Lenk*, Der Staat am Draht: Electronic Government und die Zukunft der öffentlichen Verwaltung – eine Einführung, Berlin 2004.

6 Vgl. *Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution: Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung, Frankfurt a.M. 2006 sowie die weiteren Bände der Reihe „Recht in der Industriellen Revolution“.

7 *Planert*, Profil: Transformationen, unter: <https://neuere-geschichte.phil-fak.uni-koeln.de/profil/transformationen> (zuletzt abgefragt am 29.2.2024).

dere anhand eines Begriffs dargestellt werden, der auf europäischer Ebene entwickelt wurde und der derzeit intensiv diskutiert wird. Gemeint ist die „digitale Souveränität“.

Dieser Begriff ist zunächst von anderen Souveränitätsbegriffen abgrenzen. Seit einem seiner Väter, dem französischen Juristen Jean Bodin, der aus dem mittellateinischen Wort „*superanus*“ das Wort „*souveraineté*“ formte, bezeichnet dieser Begriff die rechtliche und faktische Möglichkeit zur Selbstbestimmung.⁸ Damit kann eine Autonomie des Staates gegenüber anderen Instanzen wie der Kirche einhergehen, aber auch gegenüber Mittlerinstitutionen wie Bankhäusern oder den sogenannten Condottiere, die gegen Geld für die *Signoria* oberitalienischer Städte in den Krieg zogen.

Die Möglichkeit zur Selbstbestimmung ist auch das zentrale Moment bei dem derzeit viel diskutierten Konzept einer *self-sovereign identity*.⁹ Hierbei handelt es sich allerdings um eine bestimmte Form des Rechts- und Zugangsmanagements, mit dessen Hilfe sich der oder die Einzelne ausweisen oder anderweitig legitimieren kann (und auf die später noch einmal eingegangen werden soll).

Der Begriff der „digitalen Souveränität“ kennzeichnet zunächst einmal eine Grenze nach außen. Denn die Ausflagging eines zu verteidigenden Rechts auf „digitale Souveränität“ ist nämlich auch und zunächst einmal eine Kampfansage. Diese gilt neuen Akteuren wie den sogenannten Gate-keepern, namentlich dem Meta-Konzern, dem Mutterunternehmen von Facebook und Instagram. Um einen Bericht aus der Süddeutschen Zeitung zu zitieren, haben Metas Plattformen „mehr Nutzer als Länder Einwohner, die Einnahmen des Konzerns übersteigen das Bruttoinlandsprodukt mancher Volkswirtschaften. Auch die Rechtsprechung liegt größtenteils in Metas Hand, mit dem *Oversight Board* gibt es sogar eine Art Verfassungsgericht“.¹⁰ Und mit der Währung Diem (vormals Libra), die Meta ausgeben wollte, wäre sein Gründer, *Mark Zuckerberg*, sogar zum Notenbanker und Meta (so erneut die Süddeutsche Zeitung) „endgültig zum Staat“ gewor-

8 *Bodin*, Les Six Livres de la République, 1576; hier zitiert nach der deutschen Übersetzung von *Niedhart*, Jean Bodin: Über den Staat, Stuttgart 2005, S. 8.

9 Vgl. dazu nur *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*, Eckpunktepapier für Self-sovereign Identities (SSI) unter besonderer Berücksichtigung der Distributed-Ledger-Technologie (DLT), Bonn 2021.

10 *Hurtz/Zydra*, Zuckerberg wird doch kein Notenbanker, Süddeutsche Zeitung Online v. 26.1.2022, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/facebook-meta-libra-diem-ebz-waehrung-1.5515854> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

den.¹¹ Chinesische Unternehmen wie TikTok schicken sich an, die Verfolgung von Meta aufzunehmen, sind allerdings deutlich enger mit der chinesischen Staatsführung verbunden als Meta mit der US-amerikanischen.

2. Spezifika des „digitalen Raums“

Wie zieht man eigentlich die Grenze zu einem staatsähnlichen Konzern wie Meta, der sozusagen eine doppelte Staatsbürgerschaft anbietet, nämlich eine digitale zusätzlich zu einer terrestrischen, ohne dass es diesbezüglich ein Anerkennungsabkommen gäbe? So leicht die „Größen“ also zu identifizieren sind, gegen die die digitale Souveränität eingeklagt und durchgesetzt werden soll, so schwierig sind sie, jedenfalls mit dem klassischen staatsrechtlichen Instrumentarium, zu verorten. Das heißt auch: Der „digitale Raum“ ist anders beschaffen als derjenige klassischer Staatlichkeit – und muss erst einmal „vermessen“ werden.¹² Trotzdem gibt es strukturelle Ähnlichkeiten. Denn ähnlich wie früher die Kolonialmächte konnte der Meta-konzern bzw. konnten seine Vorläufer lange Zeit die Fähnchen einrammen und uns – quasi als die Eingeborenen (oder *natives*) – mit Glasperlen wie netten Internet-Gadges abspesen, für die wir bereitwillig Kostbares (wie unsere persönlichen Daten) hergaben, von dem wir in dem Moment nur noch nicht wussten, wie kostbar es im „digitalen Kapitalismus“¹³ sein wird.

Dass die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten hier nicht länger tatenlos zusehen wollen, liegt auf der Hand. Die Begriffsprägung der „digitalen Souveränität“, die dem GAIA X-Programm der EU entstammt,¹⁴ deutet schon an, worum es geht: um den Rückgewinn von Handlungsfähig-

11 *Hurtz/Zydra*, Zuckerberg (Fn. 10).

12 *von Lewinski*, Rechte und Rechtspositionen an und in virtuellen Räumen – Recht der Adress- und Namensräume, in: *Hill/Schliesky* (Hrsg.), *Die Vermessung des virtuellen Raums: E-Volution des Rechts- und Verwaltungssystems III*, Baden-Baden 2012, S. 177-192.

13 Vgl. zur Einführung in diesen Begriff *Staab*, *Digitaler Kapitalismus: Markt und Herrschaft in der Ökonomie der Unknappheit*, Berlin 2019 sowie die Beiträge in: *Carstensen/Schaupp/Sevignani* (Hrsg.), *Theorien des digitalen Kapitalismus: Arbeit und Ökonomie, Politik und Subjekt*, Berlin 2023 (alles natürlich unter Bezugnahme auf *Zuboff*, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for the Future at the New Frontier of Power*, London 2018).

14 „Ziel ist ein sicheres föderiertes Datenökosystem, das für digitale Souveränität der Dateneinhaber, Interoperabilität sowie den Open-Source Gedanken steht und die föderale Idee Europas umsetzt.“, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/gaia-x.html>; vgl. auch die Darstellung auf <https://gaia-x.eu/> (beides zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

keiten – oder zumindest um die Schaffung von Voraussetzungen eines integrativen *Electronic Government* im Sinne einer leistungs- und wettbewerbsfähigen, sicheren und vertrauenswürdigen Dateninfrastruktur für Europa. Das aber setzt voraus, dass die entscheidenden Kommunikationskanäle nicht oder nicht ausschließlich in den Händen Dritter liegen, sei es anderer Staaten oder sei es in den Händen von Privaten, auf die die EU und ihre Mitgliedstaaten keinen Einfluss nehmen können.

3. Die Entstehung einer „Europäischen Digitalverfassung“

Worin besteht eigentlich das Problem? So könnte man fragen. Die Antwort ist einfach: Diese Prinzipien müssen, so die These, heute nicht mehr nur Staaten gegenüber verteidigt werden (dieses aber natürlich auch, das hat uns der Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine gezeigt). Die neuartige Dimension ist vielmehr die *faktische* Abhängigkeit von denjenigen, die die neuen Kommunikationsforen anbieten, den sogenannten Gatekeepern, wie es in der Diktion der Europäischen Union heißt. Dieser Kommunikationsforen in Form der sozialen Medien bedient sich seit einigen Jahren auch der Staat, zumindest in informierender Form.¹⁵ Wenn jedoch die Staat-Bürger-Kommunikation *de facto* auf diese privaten Türhüter angewiesen ist, so muss dafür gesorgt werden, dass die entsprechenden Türen auch offenbleiben – zur Not sogar gegen den Willen der Türhüter selbst. Das Problem ist also die Existenz – und weitere Zunahme – von *privater Macht*, die fast schon Staatsqualität annehmen kann.¹⁶

a) Quasi-staatliche Bindungen privater Akteure?

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Gefahren erkannt und ist diese – für den Geltungsbereich des Grundgesetzes – auch angegangen. Seine Judi-

15 Dazu Mast, Staatsinformationsqualität: De- und Rekonstruktion des verfassungsgerichtlichen Leitbilds öffentlicher staatlicher Informationstätigkeit und der entsprechenden Gebote, Berlin 2020; Seckelmann, Einsatz bei der Polizei: Kommunikation, Online-Streifen, Trojaner, Facebook-Fahndung, Biometriesoftware, (intelligente) Videoüberwachung, Predictive Policing, Body-Cams und Fotodrohnen, in: dies. (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung – Vernetztes E-Government, 3. Aufl., Berlin 2024, S. 591-621.

16 Seckelmann, Verwaltungshandeln in sozialen Netzwerken, in: Hill/Mehde (Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, Berlin 2023, S. 203-215.

katur zu einer quasi-staatlichen bzw. unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, die es in seinen Entscheidungen zu Fraport,¹⁷ dem Bierdosen-Flashmob¹⁸ und dem Stadionverbot¹⁹ sowie im Beschluss zum Eilantrag der Partei „Der Dritte Weg“²⁰ entfaltet hat, zeigt das.²¹

Indem das Gericht die Frage der Grundrechtsbindung an die Eröffnung grundrechtsrelevanter Räume gekoppelt hat, hat es den springenden Punkt benannt: Wer öffentliche Räume schafft und die Bedingungen freiheitlicher Kommunikation darin regulieren kann, kann sich nicht durch eine bloße Berufung auf ein *reales oder digitales Hausrecht* der Frage entziehen, unter welchen Voraussetzungen Kommunikation möglich sein soll oder eben nicht.²²

Ob das alles rechtsdogmatisch im deutschen Recht²³ so einfach zu haben ist, sei einmal dahingestellt. Die Tendenz dazu, die Grundrechte fast oder gänzlich unmittelbar auch zwischen Privaten gelten zu lassen, wird uns immer mehr mit der Frage konfrontieren, ob die liberale Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, wie sie unserem Grundgesetz zugrunde liegt, nicht schleichend ausgehebelt wird.²⁴ Und was bedeutet das eigentlich für die

17 BVerfG vom 22.2.2011, BVerfGE 128, 226.

18 BVerfG vom 18.7.2015, NJW 2015, 2485.

19 BVerfG vom 11.4.2018, BVerfGE 148, 267.

20 BVerfG vom 22.5.2019, NJW 2019, 1935.

21 Wobei außer Betracht bleiben soll, wie genau das Bundesverfassungsgericht in diesen Fällen eine quasi-staatliche Bindung Privater herleitet, vgl. dazu nur *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901-910; *Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910-918; *Schröder*, Drittwirkung der Grundrechte – von Lüth zu Facebook, in: Knauff/Lee (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit als Impulsgeber für die Rechtsentwicklung, Stuttgart 2023, S. 57-70.

22 Dazu *Ferrau*, Eine Kommunikationsordnung für Soziale Netzwerke – Zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten gemäß den Facebook-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, Verfassungsblog v. 4.8.2021, <https://verfassungsblog.de/bgh-drittwirkung-fb/>; vgl. auch *Friehe*, Soziale Netzwerke in der Grundrechts-Klemme?, Verfassungsblog v. 7.5.2021, <https://verfassungsblog.de/soc-med-klemme/> (beides zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

23 Zur Europäischen Menschenrechtskonvention und zur Europäischen Grundrechte-Charta vgl. *Gusy*, Grundrechtsbindungen Privater, Jus Politicum Nr. 10 (März 2014), online: <https://juspoliticum.com/article/Grundrechtsbindungen-Privater-735.html> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

24 Umgekehrt hat *Kulick* in seiner 2020 veröffentlichten Habilitationsschrift ein Plädoyer dafür gehalten, sich endlich offen zu einer Privatrechtswirkung der Grundrechte zu bekennen, vgl. *ders.*, Horizontalwirkung im Vergleich: Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Tübingen 2020.

Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht, die im 19. Jahrhundert mit großem Aufwand herausgearbeitet²⁵ wurde? Diese Fragen werden uns in den kommenden Jahren sicherlich beschäftigen. Dass sie sich im Moment in dieser Form stellen, macht jedenfalls schon einmal auf eines aufmerksam: dass diese Trennung weniger selbstverständlich als vielmehr äußerst voraussetzungsreich war. Und das bedeutet nicht, dass sie nicht stets, gerade auch unter Einfluss des Common Law und des Unionsrechts, wieder in Frage gestellt werden kann.²⁶

b) Rechtsakte der Europäischen Union

Jenseits solcher (fundamentale und ganz große Linien verfolgenden) Debatten war es bislang die Gerichtsbarkeit, die die wesentlichen Pfeiler in den „digitalen Raum“ eingezogen hat.²⁷ Es bleibt aber zu fragen, ob die dritte Gewalt wirklich dauerhaft der Ort sein soll, an dem die mit der digitalen Souveränität aufgeworfenen Fragen reflektiert werden. Aus Gründen der Gewaltenteilung und der demokratischen Legitimation kann die Antwort eigentlich nur „nein“ lauten. Aufgerufen ist vielmehr der Gesetzgeber. Der Souverän ist, auch im Internetzeitalter, in der parlamentarischen Demokratie immer noch das Staatsvolk, und das Parlament ist zu seiner Vertretung *unmittelbar* legitimiert.²⁸ Und in der Tat hat der Deutsche Bundestag in Form des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes und seiner Überarbei-

25 Die Diskussion findet sich intensiv nachgezeichnet bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, München 1992; vgl. dazu auch *Grimm*, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1972, S. 84-161.

26 Dazu *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, Tübingen 2012, S. 1ff.; *Seckelmann*, Kategoriale Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht?, Begleitaußatz zur 79. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, DVBl 2019, 1107-1116.

27 Diese Formulierung aus der Antrittsvorlesung von 2022 wurde auf dem Originalstand belassen; inzwischen sind die auf den nächsten beiden Seiten dargestellten unionalen Rechtsakte ergangen.

28 Vgl. nur *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.) (vormals von Mangoldt/Klein/Starck), Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl., München 2024, Art. 20 Rn. 156; bezogen auf ein mögliches Legitimationsmodell für die EU vgl. *von Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union: Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt, Berlin/Heidelberg 2014.

tung versucht, rechtliche Standards „freier“ Kommunikation im Internet zu etablieren.²⁹

Allerdings – und auch das wäre für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts kaum vorstellbar gewesen – ist der nationale Gesetzgeber kaum noch in der Lage, ein solches Mammutvorhaben zu stemmen. Die Einhegung der systemischen Risiken, die von den Gatekeepern ausgehen, unternimmt jetzt vielmehr die Europäische Union im Rahmen ihrer „Digitalen Agenda“, die auch dem Aufbau einer „Digitalverfassung“ dienen soll.³⁰ Diese wird – so ist jetzt schon zu prognostizieren – Inhalt meiner Lehre in Hannover in den nächsten Jahren sein.

Wenn die Europäische Union im digitalen Raum von verschiedenen Seiten in ihrer Souveränität bedroht wird, so liegt es nahe, ihr auch eine „digitale“ Verfassung zu geben. Damit könnte auch die Frage von Gunther Teubner und Angelo Golia beantwortet werden, „ob und wie grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien – insbesondere Gewaltenteilung, Demokratie, Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit – auch in der digitalen Welt Geltung erlangen können“.³¹ Es handelt sich bei der „Digitalverfassung“ allerdings um kein geschlossenes Verfassungsdokument. Vielmehr ist damit ein mosaikartiges System aus verschiedenen Verordnungen („Acts“ genannt) gemeint, die das europäische Datenrecht betreffen.

In diesem Zusammenhang seien nur die Europäische „Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste“ (kurz: „Gesetz über digitale Dienste“³² bzw. „Digital Services Act“, DSA) und die „Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor“ (oder kurz: „Gesetz über digitale Märkte“³³ bzw. „Digital Markets Act“, DMA) genannt. Namentlich die letztgenannte Verordnung reflektiert die Möglichkeit der Anbannung enormer

29 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Juli 2022 (BGBl. I S. 1182).

30 Einen Baustein zu einer digitalen Grundrechtecharta bilden die „digitalen Grundsätze“, vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung: Eine europäische Erklärung zu den digitalen Rechten und Grundsätzen für die digitale Dekade, 26.1.2022, COM/2022/27 final; zur „digitalen Dekade“ allgemein vgl. *Mehde*, Der unionale Rahmen von E-Government, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 15), S. 301-321.

31 *Teubner/Golia*, Digitalverfassung, JZ 2023, 625-630 (625).

32 VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, ABl. L 277 vom 27.10.2022.

33 VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung

Macht bei den Gatekeepern. So spricht Erwägungsgrund 3 zum DMA davon, dass „[e]inige wenige große Unternehmen, die zentrale Plattformdienste bereitstellen, [...] beträchtliche wirtschaftliche Macht erlangt“ hätten. Allerdings ist der Digital Markets Act auf die Freihaltung des europäischen Binnenmarkts gerichtet und verfolgt damit eher einen kartellrechtlichen Ansatz. Die Frage einer Verpflichtung der Gatekeeper wird daher eher durch den Digital Services Act adressiert. In seinem Erwägungsgrund 35 findet sich dann auch eine direkte Bezugnahme auf die Grundrechte-Charta.³⁴ Zusammen mit dem sog. Data Governance Act,³⁵ dem Data Act³⁶ und dem AI Act³⁷ bilden diese Normen ein Paket, mit welchem der EU-Gesetzgeber seiner Schutzpflicht aus den Verbürgungen der Art. 7 und 8 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (Achtung des Privat- und Familienlebens bzw. Schutz personenbezogener Daten) nachkommt.

c) GAIA X und sichere Identitätsökosysteme

Der Digitalstrategie der Europäischen Union zufolge sollen überdies nicht nur die Zugangswege offengehalten werden. Vielmehr soll parallel eine leistungsfähige, sichere und damit vertrauenswürdige europäische Dateninfrastruktur aufgebaut werden – genau diese ist, wie gesagt, Gegenstand des GAIA X-Programms.

Es geht also um nichts weniger als um ein europäisches Datenökosystem. So schön sie klingt: Diese „ökologische“ Metapher ist nicht ganz unproblematisch. Denn sie verschleiert die Frage danach, wer letztlich darüber ent-

der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABL 265/1 vom 12.10.2022.

34 Genauer gesagt handelt es sich wohl um die gesetzgeberische Konkretisierung einer Schutzpflicht, dazu bereits *Gusy*, Grundrechtsbindungen Privater (Fn. 23).

35 Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABL L 152/1.

36 VO (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung), ABL L 2023/2854 vom 22.12.2023.

37 VO (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, ABL L 2024/1689 vom 12.7.2024.

scheidet, wie sich Bürgerinnen und Bürger „selbstsouverän“ der Verwaltung gegenüber legitimieren können.³⁸

Hierbei handelt es sich jedoch um den *springenden Punkt des digitalisierten Verwaltungsrechts*. Deutlich wird die Notwendigkeit eines digitalen Berechtigungsmanagements zum Beispiel bei der Beantragung einer Baugenehmigung. Denn, im Unterschied zum „Brötchenkauf“, also einem Alltagsgeschäft mit Barzahlung, ist bei der Stellung eines Bauantrags die Identität des Antragstellenden dem Gegenüber nicht egal. So verlangt § 53 Abs. 3 der Niedersächsischen Bauordnung eine Bauvorlageberechtigung. Die nachzuweisende Bauvorlageberechtigung als Entwurfsverfasser können laut den Absätzen 3 bis 5 von § 53 NBauO je nach Vorhaben nur Architekten, Innenarchitekten oder Prüfsingenieure innehaben.

Wie können Sie sich dabei legitimieren, wenn die Behörde nicht erkennen kann, wer ihr „digital gegenübersteht“? Der sichere Identitätsnachweis nach § 18 des Personalausweisgesetzes kann etwa dadurch geführt werden, dass man die Chipkarte an seinem Personalausweis aktiviert hat und diesen in ein Lesegerät einführt. Architektinnen bzw. Architekten verfügen zumeist über solche Kartenlesegeräte. Jedoch werden die wenigsten von uns bei sich zuhause ein solches Lesegerät haben. Daher wäre es schön, wenn man den Personalausweis einfach in einer elektronischen Brieftasche, einer sogenannten Wallet, in seinem Smartphone hinterlegen könnte. Dort könnte man dann auch andere Berechtigungsnachweise speichern, etwa einen Angelschein. Erste Versuche dazu werden bereits pilothaft in Deutschland durchgeführt.³⁹ Auch die Europäische Union plant im Rahmen der Novellierung der eIDAS-Verordnung⁴⁰ die Einrichtung einer „Europäischen Digitalen Identität“, die im Rahmen einer „europäischen“ Wallet abgelegt werden kann.⁴¹

38 Dazu (etwas polemisch) Aretz, Der Souverän in der Krise: Gedanken zur Reichweite der Macht über die eigenen Identitätsdaten, DuD 2022, 40-44.

39 Dazu Brunzel/Reutner/Seckelmann, Sichere digitale Identitäten als Fundament datenzentrierter Verwaltungsinformatik, VM 2023, 280-285.

40 VO (EU) 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. L 257/73 vom 28.8.2014.

41 Dazu Näheres unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/electronic-identification> bzw. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eudi-wallet-toolbox> (beides zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

Und hier kommen wir zu einem der Souveränitätsbegriffe, die ich eingangs zunächst ausgeklammert hatte, nämlich dem *selbstsouveränen* Umgang der Nutzerinnen und Nutzer mit den elektronisch in ihrer Wallet gespeicherten Dokumenten. Diesen datenschutzkonformen Umgang sicherzustellen, ist allerdings voraussetzungsreich: Damit das umgesetzt werden kann, muss auf dem Smartphone ein geschützter Bereich existieren, auf den niemand anderes, auch und gerade nicht irgendein Geheimdienst, zugreifen kann.⁴² Allerdings sind nahezu alle Akteure entweder in kalifornischer oder in chinesischer Hand: Während Google und Huawei Android benutzen, hat Apple ein eigenes Betriebssystem. Alle lassen aber, das haben die beiden Schrems-Entscheidungen des EuGH⁴³ deutlich vor Augen geführt, eine sogenannte Backdoor für Geheimdienste. Google und Apple tun das für die amerikanischen Sicherheitsdienste – und davon, dass Huawei das in Bezug auf China tut, ist auszugehen.

Eines der entscheidenden Probleme des deutschen E-Governments lässt sich an diesem Beispiel festmachen: Will der Staat ein selbstsouveränes Identitätsmanagement der Bürgerinnen und Bürger zulassen, so muss es ihm gelingen, in einem *nicht-souveränen Identitätssystem eine selbstsouveräne Wallet* einzurichten. Das allerdings gleicht einer Quadratur des Kreises.

Genau darum bemüht sich aber das bereits erwähnte europäische GAIA-X-Programm. Es will sichere (in bestimmten Themenfeldern verbundene) Identitätenökosysteme aufbauen und setzt dabei auf ein sogenanntes *Secure Element*: In die elektronischen Geräte – beispielsweise das Smartphone – soll eine SIM-Karte eingebaut werden, die dafür sorgt, dass die elektronischen Dokumente verschlüsselt werden und nur durch den Berechtigten bzw. denjenigen, denen er seinen privaten Schlüssel offenbarte, gelesen werden können. Der Samsung-Konzern, auf dessen Geräten auch Android läuft, hat sich hierfür offen gezeigt und zugelassen, dass auf seinen Smartphones ein entsprechendes Secure Element installiert wird.⁴⁴ Dieses wurde im Rahmen des Optimos-Projekts von einem Projektkonsortium unter Federführung der Bundesdruckerei entwickelt. Zwar ist hierfür ein relativ neues Samsung-Smartphone erforderlich – aber immerhin.

42 Zur Funktionsweise vgl. Puhl/Roloff/Märkel/Lundborg, Digitale Identitäten als Fundament des Web 3.0, WIK Diskussionsbeitrag, No. 503, Bad Honnef 2023.

43 EuGH Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14 – Schrems I bzw. EuGH Urt. v. 16.7.2020 – C 311/18 – Schrems II.

44 <https://news.samsung.com/de/sicher-und-einfach-identifizieren-mit-dem-smartphone> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

Ein ganz ähnlicher Kampf um Selbstbehauptung und Deutungshoheit findet zurzeit in Bezug auf die Cloud-Strukturen statt. Hier ist vor allem die *deutsche VerwaltungscLOUD* zu nennen, die von Bund und Ländern etabliert werden soll.⁴⁵

Mit ihr sollen vor allem die Cloud-Lösungen von Bund, Länder und Kommunen miteinander kompatibel gemacht werden. Auch das ist ein zentraler Punkt. Eben weil die Clouds bislang nicht durchgängig kompatibel sind, weichen Bund und Länder momentan noch oft auf kommerzielle Angebote wie die Azure-Plattform von Microsoft aus. Diese haben aber nicht nur die genannten datenschutzrechtlichen Nachteile. Es droht ein Vendor-Lock-In-Effekt: Hat man seine Daten in einer bestimmten Cloud abgelegt, wird ein Umzug zu einer anderen Cloud-Lösung immer schwieriger. Und kritische Abhängigkeiten der deutschen Verwaltung von den kalifornischen Hyperscalern drohen erneut.

d) Interoperabilitätsstandards

Die Lösung besteht nunmehr darin, *Schnittstellen* zu definieren, um die föderalen Cloud-Lösungen miteinander interoperabel und kompatibel zu machen. Entscheidend ist nun, wer die Interoperabilitätsstandards definiert. Diese Funktion nimmt in der Bundesrepublik Deutschland der IT-Planungsrat wahr, der aufgrund eines Staatsvertrags nach Art. 91c Abs. 1 und 2 GG als Bund-Länder-Gremium eingerichtet wurde. In ihm sind die *Chief Digital Officers* von Bund und Ländern vertreten.⁴⁶ Und er soll es sein, der im Rahmen der deutschen VerwaltungscLOUDstrategie die Architekturvorgaben zur Entwicklung von Anwendungen erlässt, die für private wie öffentliche Dienstleister gelten sollen, wenn sie Services für die deutsche Verwaltung entwickeln.

Um zum Ausgangspunkt zurückzukommen: Ist die Definitionsmacht über Interoperabilitätsstandards ein Element staatlicher Souveränität? Oder andersherum gefragt: Kann man staatliche Souveränität im Internetzeitalter denken, ohne dass die Macht zur Standarddefinition für E-Govern-

45 <https://www.cio.bund.de/Web/CIO/DE/digitale-loesungen/digitale-souveraenitaet/deutsche-verwaltungscLOUD-strategie/deutsche-verwaltungscLOUD-strategie-node.html> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

46 Zur Zusammensetzung und den Aufgaben des IT-Planungsrats vgl. *Lühr*, Der IT-Planungsrat, Bremen 2023.

ment-Anwendungen beim Staat liegt? Wohl eher nein. Nimmt man die klassische Definition staatlicher Souveränität von *Jean Bodin*, so ist es die unbeschränkte, unvermittelte Möglichkeit zur Herrschaftsausübung über die Untertanen. Und nach der moderneren Drei-Elemente-Lehre *Georg Jellineks* bedarf ein Staat eines Staatsvolks, eines Staatsgebiets und einer Staatsgewalt.⁴⁷ Letztere meint die Möglichkeit zur Ausübung hoheitlicher Macht ohne Einschaltung vermittelnder Instanzen.

Und diese gibt es im *Electronic Government* auf einer fortgeschrittenen Stufe eben nur dann, wenn es eine anbieterunabhängige sichere Aufbewahrungsmöglichkeit verwaltungsrelevanter Dokumente in einer selbstsouveränen Wallet gibt. Diese bildet die Basis der Kommunikation zwischen den Bürgerinnen bzw. Bürgern und der Verwaltung, ohne dass jemand anderes ungefragt Einsicht nehmen kann. Und an dieser Stelle berühren sich die Selbstsouveränität der Nutzenden und die staatliche Souveränität. Letztere wäre dann bedroht, wenn es Mittelsmänner geben würde, sogenannte Intermediäre oder Türhüter, die nach gänzlich eigenem Ermessen⁴⁸ darüber entscheiden könnten, wem sie wann den Zugang zu zentralen Kommunikationskanälen gewähren.

Ob es nach allem nicht günstiger ist, sich bei häufigen Verwaltungskontakten ein Lesegerät für den digitalen Personalausweis zuzulegen, wäre ebenfalls eine berechtigte Frage. Die IT-Sicherheitsexpertin *Lilith Wittmann* hat vor einiger Zeit genau das thematisiert,⁴⁹ frei nach dem Motto „Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht?“

Und tatsächlich gilt: Wenn mehr Bürgerinnen und Bürger von der eID-Funktion ihres Personalausweises Gebrauch machen würden, könnte man sich die schwierige Suche nach weiteren fälschungssicheren Identitätsnachweisen sparen.

4. Entstehen einer neuen Staatsaufgabe?

Nochmals zurück zum Vortragstitel: Ist die Möglichkeit zur Definition von Interoperabilitätsstandards ein – neues oder vielleicht sogar implizit

47 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, S. 394.

48 Hier setzen der Digital Services Act und der Digital Markets Act an.

49 *Wittmann*, Mit der ID-Wallet kannst Du alles und jeder sein, außer Du musst Dich ausweisen, Posting v. 29.9.2021 unter <https://lilithwittmann.medium.com/mit-der-id-wallet-kannst-du-alles-und-jeder-sein-außer-du-musst-dich-ausweisen-829293739fa0> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

mitgeregeltes – Element staatlicher Souveränität? Die Antwort muss wohl lauten: ja.

Wenn man will, kann frei nach *Christian Ernst* in der Gewährleistung digitaler Souveränität eine neue, ungeschriebene Staatsaufgabe sehen.⁵⁰ Man könnte sozusagen einen Kern definieren, in dem die Aufgabe vom Staat sowohl verantwortet als auch bewirkt werden muss. Hierzu möchte ich die *Definition der Interoperabilitätsstandards* rechnen. Um diesen engen Kern herum ließe sich ein *weites Feld* abstecken, das man als Gewährleistung sicherer und vertraulicher Bürger-Staat-Kommunikation definieren kann. Zu dessen Herleitung ließe sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2008 zum sogenannten Computer-Grundrecht anführen.⁵¹ Diese war zwar abwehrrechtlich gemeint, könnte sich aber ggf. auch dahingehend interpretieren lassen, dass Schutzdimensionen aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG aktiviert werden.

Wie nun soll diese Verpflichtung wahrgenommen werden? Man könnte für dieses weitere Feld einmal wieder den Gedanken einer Gewährleistungsverantwortung konstruieren, in diese Richtung lässt sich auch der Vorschlag von *Christian Ernst* zum Grundsatz digitaler Souveränität verstehen.⁵² Wir kennen den Gedanken aus der Privatisierungsdiskussion der 1990er und 2000er Jahre. Bezogen auf die heutigen und hier behandelten Fragen lässt er sich folgendermaßen begreifen: Der Staat hat – jenseits der Definition von Sicherheits- und Interoperabilitätsstandards – nicht alles selbst zu erfüllen, wohl aber eine grundrechtskonforme Erfüllung zu gewährleisten. Das kann durch öffentlich-rechtliche Einrichtungen wie Dataport als Anstalt des öffentlichen Rechts erfolgen oder im Wege einer Beleihung geschehen beziehungsweise durch Öffentlich-Private Partnerschaften.

Man kann im Zeichen digitaler Souveränität also erneut in Verantwortungsstufen⁵³ denken: Es gibt einen harten Kern, bei dem die entsprechen-

50 *Ernst*, Der Grundsatz digitaler Souveränität: Eine Untersuchung zur Zulässigkeit des Einbindens privater IT-Dienstleister in die Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Verwaltung, Berlin 2020.

51 Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, BVerfG vom 27.2.2008, BVerfGE 120, 274.

52 *Ernst*, Digitale Souveränität (Fn. 50).

53 *Schuppert*, Die öffentliche Gewalt im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, VERW 1998, 415-447; vgl. auch *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge – Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004.

de Staatsaufgabe auch vom Staat erfüllt werden muss. Dieser Kern hat ein Umfeld, in dem Gewährleistung und Erfüllung auseinanderfallen können.

Versteht man den Begriff der „digitalen Souveränität“ in dieser Weise, markiert er nicht lediglich einen Kampfbegriff, mit dessen Hilfe private Anbieter vom Markt verdrängt werden sollen, wie es die kalifornischen Hyperscaler der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten unterstellen. Vielmehr kann er als Leitlinie zur Markierung der verschiedenen Verantwortungsstufen und damit auch als eine Art roter Faden bei der Neuvermessung von Staatlichkeit im „digitalen Raum“ dienen.

III. Fazit und Ausblick

Abschließend ist Folgendes festzuhalten: Der Begriff der digitalen Souveränität steht für einen Funktionswandel des Staates im Internetzeitalter, den man – in Analogie zur IT-Diktion – als Wahrnehmung der Rolle eines *Trusted Service Managers* beschreiben kann,⁵⁴ welcher die entscheidenden Schnittstellen definiert und zugleich ihre Bereitstellung gewährleistet.

Durch die Differenzierung der verschiedenen Rollen oder Funktionen der *Definition* von Standards und der *Bereitstellung* von Möglichkeiten wird das Modell des Gewährleistungsstaates neu aktiviert und mit Leben gefüllt.

Während der Staat (also Bund und Länder, repräsentiert in Bund-Länder-Gremien wie dem IT-Planungsrat) die *Definition* von Standards *selbst* vorzunehmen hat, kann er hinsichtlich der Sicherstellung der Vertraulichkeit und Integrität wie ein neutraler Broker agieren, dem zugleich das „Interdependenzmanagement“⁵⁵ obliegt.

Und schließlich: Wenn der Staat die Erfüllung desselben an Private oder an Öffentlich-Private Partnerschaften überträgt, so hat er diese nicht nur auf die von ihm (etwa im Wege eines Pflichtenheftes) definierten Standards zu verpflichten, sondern auch Rückholoptionen vorzusehen.⁵⁶ Denn so können die Lehren integriert werden, die aus der Privatisierungsdiskussion der 1990er und 2000er Jahre zu ziehen sind. Das bedeutet konkret, dass

54 Eine ähnliche Analogie zu einer früheren Diktion hat *Augsberg* (Der Staat als Informationsmittler – Robin Hood oder Parasit der Wissensgesellschaft?, DVBl 2007, 733-741) gebildet.

55 Begriff nach *Mayntz*, Gesellschaftliche Modernisierung und die veränderte Rolle des Staates, in: Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), Jahrbuch 1995, Göttingen 1996, S. 57-70.

56 Dazu *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, Baden-Baden 2006; *Seckelmann*, Evaluation und Recht, Tübingen 2018, S. 47, 216 und 410.

bei der Verwaltung genug Know-how vorhanden sein muss, um das Pflichtenheft, die Aufsicht und ggf. die Rückholung selbst bewerkstelligen zu können. So banal das klingt, so wenig selbstverständlich ist es. Und das hängt mit der personellen „Ausblutung“ der Kommunalverwaltung zusammen, die zudem die Last der Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes zu stemmen hat.

Eine kurze Gesamtbilanz zur digitalen Transformation kann daher lauten: Wir müssen Staatlichkeit im „digitalen Raum“ neu denken. Der Begriff der „digitalen Souveränität“, wie ihn die Europäische Union und der deutsche Staat geprägt haben, ist schillernd, da sein Bezugspunkt nicht ganz klar ist: Richtet er sich gegen andere Staaten oder aber gegen Wirtschaftsunternehmen, von denen man abhängig zu werden droht – oder wendet er sich möglicherweise nur gegen nichteuropäische Wirtschaftsunternehmen, von denen man abhängig zu werden droht? Eines jedenfalls ist klar: Die Träume der 1990er Jahre von einem freien Internet, in dem das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft autonom zur Geltung kommt, sind ausgeträumt. Die „*lex mercatoria*“ Gunther Teubners⁵⁷ ist der Zusammenballung wirtschaftlicher Macht und den staatlichen Reaktionen darauf zum Opfer gefallen.⁵⁸

57 Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 255-290.

58 Eine solche Entwicklung ließe sich, bezogen auf neue Inventionen, für das ausgehende 19. und frühe 20. Jahrhundert nachzeichnen, dazu Seckelmann, Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich, 1871-1914, Frankfurt a.M. 2006, S. 195 ff.

Verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Wirkung einer aktiven Wahlenthaltung bei der Wahl zum Deutschen Bundestag

Clemens Stewing

I. Einleitung

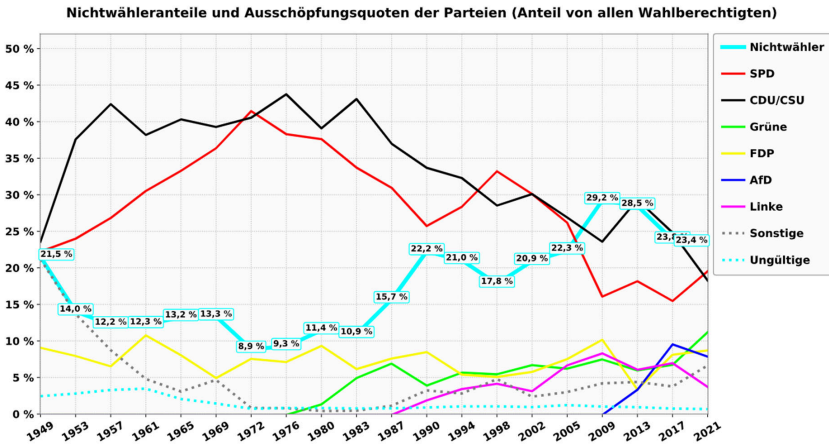
Das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag gibt andauernden Anlass zu Diskussionen und Reformvorschlägen. Schwerpunkte sind dabei neben den eher technischen Randthemen wie z.B. Wahltermin-Bündelung, Briefwahl-Aufwertung oder Auslandswahl immer wieder materiell ergebnisrelevante Dauerthemen wie die Absenkung des Wahlalters, die gleichberechtigte Repräsentanz von Frauen und Männern, die Verlängerung der Legislaturperiode und die Verkleinerung des Parlamentes. Zuletzt¹ hat der Bundestag am 17.3.2023 eine Wahlrechtsanpassung beschlossen, um die Zahl seiner Mitglieder von aktuell 736 auf 630 Abgeordnete zu begrenzen. Eher mit der Folge von Absichtserklärungen, nicht aber als wirklicher Anlass für eine Änderung des Wahlrechtes, wird nach Wahlen regelmäßig die geringe Wahlbeteiligung bemängelt und thematisiert. Die Quote der Nichtwähler hat bei Wahlen zum Deutschen Bundestag – mit Schwankungen – tendenziell stetig zugenommen.²

Als Gründe für die abnehmende Wahlbeteiligung werden angeführt ein mangelndes politisches Interesse bzw. eine mangelnde Identifikation mit den jeweils antretenden Parteien. Andere angeführte Gründe (soziale Umstände, Protest als Motiv etc.) sind Untergruppen der o.g. Hauptgründe mangelnden Interesses oder mangelnder Identifikation.

1 Zur vorletzten Änderung v. 19.11.2020 vgl. BVerfG, Urt. v. 29.11.2023 – 2 BvF 1/21.

2 Dazu *Stark u.a.*, Wahlurne ohne WählerInnen – eine Analyse der Ursachen für Nichtwahl in Deutschland, in: Kahrs (Hrsg.), Wahlenthaltung: Zwischen Abwendung, Verdrossenheit und Desinteresse, Berlin 2017, S. 11 ff.

Bundestagswahlen in Deutschland von 1949 bis 2021



Quelle: Wikipedia, „Nichtwähler“, Historie der Wahlergebnisse in Deutschland (zit. aus: Der Bundeswahlleiter/Die Bundeswahlleiterin, Statistiken, dort abger. 28.1.2021)

Derjenige, der bei einer Bundestagswahl nicht gültig seine Stimme für eine Partei oder eine Person abgibt, enthält sich der Wahl oder gibt eine ungültige Stimme ab.³ Innerhalb dieser wahltechnisch weitgehend anonymen und nur durch Wahlforschung analysierbaren Gruppe ist jedoch zu unterscheiden: Die Nichtwählergruppe, die aus politischem Desinteresse nicht oder aus wahltechnischer Unfähigkeit ungültig wählt, muss politisch bzw. praktisch unterrichtet und dazu angehalten werden, zu wählen bzw. dieses gültig zu tun. Dieses kann nur appellativ erfolgen, denn es gibt weder eine Wahlpflicht noch einen „Anspruch“ der Volksgemeinschaft bzw. des

3 Nachfolgend wird nur auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag abgestellt. Hier ist die Möglichkeit der Stimmenthaltung nicht gegeben, § 30 BWahlG. Dies gilt auch für die Wahlen zu den Landesparlamenten und – soweit ersichtlich – bei bundesdeutschen Kommunalwahlen. Dadurch unterscheiden sich die Parlamentswahlen von vielen anderen Wahlen, z.B. von Organen. Hier stehen auch häufig keine Alternativen zur Wahl, und es besteht die Möglichkeit der ausdrücklichen Enthaltung.

Trotz der Beschränkung des Untersuchungsrahmens auf die (Personal-)Wahlen zum Deutschen Bundestag können argumentativ Parallelen zu Wahlen innerhalb kollegialer Entscheidungsorgane gezogen werden; vgl. hierzu umfassend Thiele, Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen: Staats- und kommunalrechtliche sowie europa- und völkerrechtliche Untersuchungen, Berlin/Heidelberg 2008, S. 153.

Staates, dass gültig gewählt wird.⁴ Diejenigen aber, die bewusst nicht bzw. absichtlich ungültig wählen, bringen damit eine politische Einstellung zum Ausdruck. Handelt es sich um „konjunkturelle“, „taktische“ bzw. absichtlich einmalige Nichtwähler, so sind diese meist nicht politikfern,⁵ da sie zum Ausdruck bringen, dass sie mit dem sich aktuell zur Wahl stellenden politischen Angebot nicht einverstanden sind. Dauer-Nichtwähler hingegen zeigen meistens kein politisches Interesse an Wahlen oder demokratischer Teilhabe.⁶

Unabhängig von der dahinterstehenden Motivation ist die Wirkung einer ungültig abgegebenen Stimme bzw. einer Nichtwahl bei der Bundestagswahl die gleiche, denn nur die gültig abgegebenen Stimmen bestimmen das Wahlergebnis. Da es in Deutschland keine Mindestwahlbeteiligung bzw. eine von der Zahl der gültig abgegebenen Stimmen abhängige Abgeordnetenzahl gibt, ist die Parlamentsgröße unabhängig von der Wahlbeteiligung somit immer gleich. Man kann daher festhalten, dass die nicht abgegebene oder ungültige Stimme indirekt im Verhältnis der abgegebenen und gültigen Stimmen wirkt, zumindest jedoch keine Berücksichtigung findet. Das ist zwar z.B. auch in Frankreich so. Jedoch hat dort das sog. *vote blanc*, d.h. die bewusste Abgabe eines Stimmzettels, der unausgefüllt bleibt, eine starke Tradition, mit entsprechender Berücksichtigung in der politischen Diskussion.

Wahltechnisch ist die Berücksichtigung der politisch motivierten Wahlenthaltung – nur um die geht es nachfolgend, weil nur sie eine praktisch und in ihrer generellen Wahlaussage kategorisierbare und mit zunächst theoretischen Wahlfolgen zu versehende Wahlaussage darstellt – einfach zu erfassen, indem auf dem Stimmzettel die Wahlenthaltung als eine anzukreuzende Wahlentscheidung aufgeführt wird. Das macht selbstverständlich umso mehr Sinn, wenn anschließend diese Wahlentscheidung auch eine praktische Konsequenz hat, wäre jedoch in ggf. verfeinerter Form auch bereits ein Mittel der Wahlforschung.

Eine reife Demokratie sollte akzeptieren, dass sich ein Teil des Staatsvolkes uninteressiert an ihr zeigt, zumal die Alternative einer Wahlpflicht an

4 Im Gegensatz zu Abgeordneten oder anderen Mitgliedern von Organen, Gremien bzw. anderen Vertretern, bei denen eine Stimmpflicht aus der herausgehobenen und zumeist freiwilligen Stellung begründet werden kann – und früher auch stärker vertreten wurde, vgl. Thiele, Entscheidungsfindung (Fn. 3), S. 418 – ist eine Stimmpflicht zu bundesdeutschen Parlamenten nicht mehr gegeben.

5 Kahrs, Zur Einführung, in: ders. (Hrsg.), Wahlenthaltung (Fn. 2), S. 3.

6 Kahrs, Einführung (Fn. 5), S. 3.

der Gesinnung des desinteressierten Wählers nichts ändern würde. Eine reife Demokratie sollte sich jedoch fragen, ob sie den Umstand zulassen darf, dass es eine Wählergruppe gibt, die eine wahltechnisch erfassbare politische Wahlmeinung zum Ausdruck bringt, und dass dem faktisch aber überhaupt nicht Rechnung getragen wird, indem dieses Verhalten das Wahlergebnis in keiner Weise beeinflusst. Das Argument, man könne durchaus wählen gehen, schiebt den Umstand auf eine formalistische Ebene und berücksichtigt nicht Motivationslagen der Nichtwähler. Es verleugnet die Tatsache, dass auch eine bewusste Nichtentscheidung eine Entscheidung ist. Von einer Verfälschung des Wahlergebnisses zu sprechen, weil die ungültig bzw. nicht abgegebene Stimme im Verhältnis der abgegebenen und gültigen Stimmen wirkt, ist zwar möglicherweise zu weitgehend; zumindest jedoch die Ableitung des Parlamentes, „für“ das Volk zu sprechen, ist unpräzise, was aber kaum thematisiert wird – anders als z.B. bei politischen Vorstandswahlen, bei denen die Zahl der Enthaltungen als Maßstab für die politische Rückendeckung der Kandidaten deutlicher zum Ausdruck gebracht wird.⁷ Indem die Feststellung getroffen wird, die Nichtwahl beeinflusse das Wahlergebnis nicht, wird faktisch bewirkt, dass der Nichtwähler das Ergebnis der Wahl goutiert. Damit wird seinem Wahlverhalten keine eigenständige Bedeutung zugemessen, womit ihr die repräsentative Qualität aberkannt wird. Ein Aspekt dieses Arguments kommt im Minderheitsvotum zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 29.11.2023 zum Ausdruck, wonach die Wahlberechtigten in der Lage sein müssen, die möglichen Konsequenzen ihrer Stimmabgabe – und das bedeutet im Umkehrschluss auch ihrer Nichtwahl – für die Zusammensetzung des Parlamentes beurteilen zu können.⁸

Aber ist es damit auch rechts-, resp. verfassungswidrig, politisch motivierte Wahlenthaltungen zu ignorieren, oder ist es eher eine politische Forderung, dem sog. aktiven Nichtwähler auch eine wahlbeeinflussende Wirkung zuzubilligen? Der vorliegende Beitrag thematisiert den verfassungsrechtlichen Rahmen hinsichtlich der Wirkung von Wahlenthaltung.

7 Vgl. auch Art. 54 GG für die Wahl des Bundespräsidenten, wonach – zumindest in den ersten beiden Wahlgängen – Enthaltungen wie Nein-Stimmen wirken.

8 Abweichende Meinung der Richter *König, Müller und Maidowski*, 2 BvF 1/21.

II. Bundesverfassungsgericht, BVerfG 2 BvC 5/11

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings bereits am 18.10.2011 entschieden, dass sich aus dem Grundsatz der freien Wahl nicht ableiten lässt, es bestehe ein Anspruch auf Einräumung der Möglichkeit, auf dem Stimmzettel eine Neinstimme abzugeben oder sich dort der Stimme ausdrücklich zu enthalten. Zur Begründung führt das Gericht an, dass es bei der Bundestagswahl darum gehe, die Abgeordneten des Bundestages positiv zu bestimmen, und dass ein solches Vorgehen aus wahltechnischen Gründen das „ohnehin schon aufwendige und schwierige Verfahren der Auszählung und Feststellung des Wahlergebnisses“ verkompliziere.⁹ Damit hat sich das BVerfG in dieser Entscheidung allein auf die Ebene des einfachen Wahlrechts bzw. der Wahltechnik gestützt. Verfassungsrechtliche Erwägungen wurden nicht angestellt.

Diese Entscheidung gibt erneut Anlass zu einer kritischen Würdigung, denn mehr als 10 Jahre nach der Entscheidung und seitdem weiter zunehmender Wahlenthaltung drängt sich wieder eine eingehendere Beschäftigung mit der Fragestellung auf.

III. Rechtsgeschichtliche und verfassungsrechtliche Einordnungen

Eine indirekte und praktikable Berücksichtigung von Wahlenthaltungen war bereits in § 30 Reichswahlgesetz vom 27.4.1920 vorgesehen, indem die Anzahl der Abgeordnetensitze an die Zahl der positiv abgegebenen Stimmen geknüpft war:

„Jedem Kreiswahlvorschlag werden soviel Abgeordnetensitze zugewiesen, daß je einer auf 60.000 für ihn abgegebene Stimmen kommt. Stimmen, deren Zahl für die Zuteilung eines oder eines weiteren Abgeordnetensitzes an einen Kreiswahlvorschlag nicht ausreicht (Reststimmen), werden, soweit sie auf verbundene Wahlvorschläge gefallen sind, dem Wahlverbandsausschusses und, soweit sie auf Wahlvorschläge gefallen sind, die nur einem Reichswahlvorschlag angeschlossen sind, dem Reichswahlausschusses zur Verwertung überwiesen.“ Die nicht abgegebene bzw. ungültige Stimme hatte somit – freilich undifferenziert – eine Wirkung.

Den Rahmen für die nachstehenden Erörterungen gibt Art. 38 GG. Allgemein ist vorwegzuschicken, dass der Verfassungsgrundsatz des Art. 38

9 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 5/11, Rn. 6-8.

Abs.1 GG auch stets im Lichte der politischen Lebenswirklichkeit zu interpretieren ist – was sich gegebenenfalls auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 18.10.2011 auswirken sollte.

Diese politische Lebenswirklichkeit hat sich seit den Anfängen der Bundesrepublik erheblich gewandelt. Hierzu gehören eben auch die Tatsachen, dass die Wahlbeteiligung weiter abnimmt, und dass eine stetige Ausdifferenzierung der Parteienlandschaft zu beobachten ist, bis hin zu Splitterparteien und Protestbewegungen. Dieses erfordert nicht nur eine politische Rücksichtnahme, sondern auch die Wahrnehmung durch die Verfassung. Hierzu hilft insbesondere ein Blick auf die verfassungsrechtlich vorgesehene Sperrklausel von maximal 5 %, hinsichtlich der es sich umgekehrt zunächst nicht erschließt, dass eine Gruppe, die auf eine Größenordnung von ca. 15 % der wahlberechtigten Bürger geschätzt wird – eben die Gruppe der sog. „aktiven Nichtwähler“¹⁰ – auf die Folgen der Wahl keinen Einfluss hat.

Betreffend die Frage nach den Grenzen von Differenzierung und Pauschalierung bei der Konkretisierung der wahlrechtlichen Verfassungsprinzipien sind zu benennen der aktive Wähler, der bewusst am Wahlgang teilnimmt, der „aktive“ Nichtwähler, der bewusst nicht wählt bzw. ungültig wählt und der Nichtwähler, der unbewusst nicht bzw. ungültig wählt. Das Bundesverfassungsgericht zieht die Grenze zwischen Wählern und Nichtwählern; die Frage hingegen ist, ob sie zwischen den Wählern und „aktiven“ Nichtwählern einerseits und sonstigen Nichtwählern andererseits zu ziehen ist. Vorwegzuschicken ist, dass aus rein wahlpraktischer Sicht der aktive Nichtwähler dadurch eindeutig zu identifizieren ist, dass ihm auf dem Wahlzettel die Möglichkeit der positiven Entscheidung, sich der Wahl zu enthalten, gegeben wird; wie mit dem so gewonnenen Wissen umzugehen wäre, ist eine andere Frage. Nicht hingegen greift das Argument, die Berücksichtigung der „aktiven“ Nichtwähler sei zu undifferenziert, weil sie die „Demographie der Wahlenthaltung“ nicht berücksichtigt, wonach also die Gruppe der Nichtwähler in sich weder homogen ist noch relativ das Wahlergebnis widerspiegelt; denn die hinter einem bestimmten Wahlverhalten liegende Motivation spielt bei Wahlen generell keine wahltechnische Rolle, und sie kann es aus rein wahlpraktischen Gründen auch nicht.

10 Sperriger, aber verfassungsrechtlich treffender wäre übrigens die Bezeichnung „bewusste *Nein*-Wähler“.

Die vollständige Nichtberücksichtigung von Nichtwählern bzw. Enthaltungen ist eine teilweise Besonderheit der bundesdeutschen Parlamentsdemokratie. Andere politische¹¹ Wahlsysteme demokratischer Ausgestaltung – seien es politische oder zivile Institutionen – kennen den Umgang mit und die Berücksichtigung von Enthaltung durchaus:

- Bei Wahlen des Bundesrates bedarf es ausnahmslos der Mehrheit aller Stimmen („absolute Mehrheit“ in jedem Fall, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG). Enthaltungen wirken je nach Abstimmungsinhalt wie eine Nein-Stimme.
- Bei Bundestagsabstimmungen bedarf es der Mehrheit der abgegebenen Stimmen („relative Mehrheit“, Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG).
- Bei der Wahl des Bundespräsidenten bedarf es in den ersten beiden Wahlgängen der Mehrheit der Wahlberechtigten („absolute Mehrheit“ in den ersten beiden Wahlgängen, Art. 54 Abs. 6 S. 1 GG).
- Beim sog. konstruktiven Misstrauensvotum des Art. 67 GG ist der neue Bundeskanzler positiv zu bestimmen aus dem wichtigen Grund, eine handlungsfähige Regierung zu erhalten.
- Gem. Art. 238 Abs. 4 AEUV stehen Stimmenthaltungen anwesender Mitglieder der Einstimmigkeit von Ratsbeschlüssen nicht entgegen.

Aus dieser kurzen Aufzählung lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen: Erstens ergibt sich, dass Enthaltungen in demokratischen Abstimmungen in zwar unterschiedlicher Weise, aber überwiegend eine tatsächlich auf den Wahlausgang sich auswirkende Bedeutung beigemessen wird. Die völlige Nichtberücksichtigung von Enthaltungen bei deutschen Parlamentswahlen ist damit im Hinblick auf die Vielzahl anderer Wahltypen eher die Ausnahme. Zweitens ist das Argument der Handlungsfähigkeit, welches in der vorgenannten Verfassungsgerichtsentscheidung als wichtige Begründung dafür durchscheint,¹² dass die Abgeordneten des Bundestages *positiv* zu bestimmen seien, unabhängig davon, ob es *praktisch* überhaupt trägt, kein durchgängiges Prinzip. Das konstruktive Misstrauensvotum des Art. 67 GG trägt als Argument deshalb nicht, weil es dort um einen personell-digitalen Vorgang geht, nämlich um die Frage, einen Bundeskanzler zu haben oder nicht.

Das Argument, die Wahl verlange eine positive Entscheidung, erfordert zunächst einen Blick auf die Konsequenzen, die daraus gezogen werden,

11 Zu zivilrechtlichen Wahlsystemen vgl. z.B. §§ 133 Abs. 1 AktG, 47 Abs. 1 GmbHG, 52 Abs. 2 GmbHG, 16 Abs. 2 GenG, 43 Abs. 2 GenG.

12 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 5/11, Rn. 7.

wenn überhaupt die Möglichkeit eines negativen Wahlentscheids – sei es durch die Möglichkeit auf dem Stimmzettel, sich zu enthalten oder gegen einen Wahlvorschlag zu stimmen – eingeräumt wird; denn diese Möglichkeit selbst wäre ohne Konsequenzen zunächst nur ein Mehr an Erkenntnis, weil der Anteil der aktiven Nichtwähler tatsächlich konkret quantifiziert werden könnte anstatt ihn zu schätzen oder über Wahlumfragen annähernd zu ermitteln. Eine Möglichkeit, aus der Erfassung des Anteils aktiver Nichtwähler Konsequenzen zu ziehen, wäre, den Bundestag entsprechend zu verkleinern. Nur in diesem Fall wäre überhaupt – in Anlehnung an das konstruktive Misstrauensvotum des Art. 67 GG, und auch nur theoretisch – denkbar, dass bei einer entsprechenden Zahl von Enthaltungen bzw. Neinstimmen überhaupt kein handlungsfähiger Bundestag gewählt wird.¹³

Erstens erscheint dieses Risiko jedoch als vernachlässigbar gering – denn dann würden bereits anarchische Zustände herrschen –, und zweitens ist die Frage der *Wirkung* einer bewussten Enthaltung vorliegend noch weder thematisiert noch anhängig. Selbstverständlich sollte das hier vorgetragene Anliegen nicht wirkungslos sein. Die Frage der verfassungsrechtlichen Wirkung der Möglichkeit einer bewussten Enthaltung und der Möglichkeiten einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung dieser Wirkung ist jedoch ein späteres Thema, das hier nur angeschnitten werden kann.¹⁴

Die Größe des Bundestages muss sich aus dem Wahlergebnis ergeben, wobei die Bemessung der absoluten Größe eine Ermessensentscheidung des Gesetzgebers ist, in der relativen Größe jedoch das Wahlergebnis widerspiegeln muss. Rn. 7 der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach es für die Mandatsverteilung im Bundestag unerheblich ist, wie groß der Anteil der Stimmenthaltungen oder „Nein“-Stimmen an der Gesamtzahl der ungültigen Stimmen ist, ist keine juristische Begründung und beschreibt nur die verfassungsrechtliche Frage.

Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen dem der Wahl fernbleibenden und dem bewusst sich der Stimme enthaltenden Nichtwähler lassen sich Parallelen ziehen zu dem Umgang von Gremien bzw. Kollegialorganen mit Stimmenthaltung und Abwesenheit. Bereits oben wurde fest-

13 Das Risiko einer intentional herbeigeführten Beschlussunfähigkeit eines Parlamentes entsprechend der Obstruktion in Gremien/Kollegialorganen (s. *Weber*, Die Beschlussfassung der Volksvertretung, Würzburg 1951, S. 21 f.) besteht mangels Quorums für die Parlamentswahl selbst nicht und wäre aus wahlstatistischen Gründen praktisch unmöglich.

14 Dazu unten a.E.

gestellt, dass für Entscheidungen teilweise auf *abgegebene* Stimmen, gleich ob Ja-, Nein- oder Enthaltungsstimmen, abgestellt wird. M.a.W. wird der Abwesenheit (von Stimmen) eine andere Bedeutung beigemessen als anwesenden (und sich enthaltenden) Stimmen. Dieser Gesichtspunkt hängt eng mit der Frage zusammen, ob Stimmenthaltungen eine Stimmabgabe darstellen oder nicht.¹⁵ Die Kernproblematik in dieser Frage resultiert daraus, dass das Motiv des Abstimmenden für die aus der Enthaltung abzuleitende Abstimmungs-Wirkung nicht erkennbar ist. Dem verantwortungsbewusst mit Ja/Nein Abstimmenden ist es vor dem Hintergrund seines – unbekannten – Motivs schlimmstenfalls egal, ob das zur Wahl stehende Ergebnis positiv, negativ oder unentschieden ausfällt. Das Motiv-Spektrum des sich Enthaltenden umfasst z.B. Taktik, Gleichgültigkeit oder – im Fall von mehreren Wahlalternativen im Gegensatz zu einfachen Ja-/Nein-Entscheidungen – die Ablehnung aller Vorschläge.¹⁶

Zöge man eine Parallele von diesen, für Gremien/Kollegialorgane angestellten Erwägungen zu Parlamentswahlen, so entspräche die Abwesenheit im oben genannten Sinne dem Fernbleiben von der Wahl und die bewusste, durch Ankreuzen einer auf dem Stimmzettel explizit ermöglichten Nein-Stimme der Stimmenthaltung. Der Motivationslage würde in diesem Fall weitaus differenzierter Rechnung getragen als bei genereller Nichtberücksichtigung aller nicht positiv abgegebenen Stimmen.

IV. Die wahlrechtlichen Verfassungsprinzipien des GG

Die in diesem Zusammenhang heranzuziehenden wahlrechtlichen Verfassungsprinzipien sind die Grundsätze der freien Wahl und der Wahlgleichheit sowie das Repräsentationsprinzip. Dem Legitimationsprinzip, verankert in Art. 20 Abs. 2 GG, ist genüge getan, wenn Herrschaftsgewalt und Herrschaftsausübung durch Wahl oder Abstimmung auf das Volk zurückgeführt werden können, d.h. durch das Volk legitimiert sind.¹⁷ Die Ausge-

15 Vgl. *Jellinek*, Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1949, 381; *Lambrecht*, Die Stimmenthaltung bei Abstimmungen und die Nein-Stimme bei Wahlen: Ausübung, Bewertung und Abgrenzung zu anderen Abstimmungs- und Wahlmöglichkeiten, Frankfurt a.M. 1988, S. 120.

16 Wie hier im Ergebnis *Thiele*, Entscheidungsfindung (Fn. 3), S. 437 f.

17 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984, S. 604.

staltung dieses zwar nicht nur programmatischen, jedoch nur begrenzt operablen Verfassungsgrundsatzes übernimmt u.a. Art. 38 Abs. 1 GG.

Der Grundsatz der freien Wahl schützt die unbefangene Ausübung der Wahl, indem der Bürger zunächst als Wähler seine Wahl ohne äußere Beeinflussung aktiv (positive Stimmabgabe bzw. Abgabe einer ungültigen Stimme) oder passiv (Nichtwahl) treffen kann. In diesem Sinn berührt die in diesem Beitrag angesprochene Problematik den Gleichheitsgrundsatz nicht. Der Grundsatz schützt jedoch auch vor einer unzulässigen Einengung des Wahlangebotes im Sinne eines freien Wahlvorschlagsrechtes. Hierzu kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 9.3.1976¹⁸ angeführt werden, wonach die gesetzlich erzwungene Verengung des Wahlrechts auf die Auswahl zwischen den von den politischen Parteien aufgestellten Wahlkreiskandidaten als eine Mediatisierung der keiner Partei angehörigen Bürger durch den Grundsatz der freien Wahl nicht mehr gerechtfertigt ist. Eine Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechts bei den politischen Parteien verstößt danach auch gegen die Freiheit der Wahl. Die dort aufgestellten Grundsätze müssen im übertragenen Sinne auch für das Wahlangebot im Ganzen gelten, denn es macht vor diesem Hintergrund möglicherweise keinen Unterschied, ob das Wahlrecht bezogen auf einzelne Parteien/Kandidaten oder auf die Parteienlandschaft im Ganzen betroffen ist. Ob die Freiheit der Wahl in diesem Sinne dadurch beeinträchtigt wird, dass einer Enthaltung keine Wirkung zugemessen wird, kann allerdings bezweifelt werden.

Unter dem Oberbegriff der durch Art. 38 GG geschützten Freiheit der Wahl spielt vorliegend die Ausgestaltung einer gesetzlichen Wahlpflicht eine Rolle. Dieser Begriff unterliegt einem fortschreitenden verfassungsrechtlich geprägten Verständniswechsel. Während eine Wahlpflicht noch in der Weimarer Zeit in einigen Landesverfassungen vorgesehen war, findet man sie in den reifen Demokratien aktuell nicht. Auch die Reichsverfassung kannte sie nicht rechtlich verpflichtend, setzte sie aber noch faktisch voraus. Aus diesem Grundverständnis mag die generelle Schlussfolgerung resultieren, dass die Wahlenthaltung für den Wahlausgang formell wie materiell irrelevant sein soll, besser ausgedrückt: ignoriert wird; wer nicht wählt, verliert danach seine Legitimation, irgendwelche Forderungen im Hinblick auf seine Repräsentation durch die Gewählten zu stellen. Im Laufe

18 2 BvR 89/74.

der Zeit wird die Bejahung einer Wahlpflicht kritischer gesehen¹⁹ mit dem Argument, dass einem subjektiven Recht, etwas zu tun, auch regelmäßig umgekehrt das Recht zugrunde liegt, dieses nicht zu tun. Diese Entwicklung zeichnet erstens vor, jene indirekten Wirkungen in den Blick zu nehmen, die die Wahrnehmung des Rechtes, etwas nicht zu tun, zeitigt; und des Weiteren, der Nichtwahrnehmung des Rechtes ggf. auch tatsächliche Wirkungen zuzumessen. Andererseits darf die Entwicklung nicht so weit gehen, dass der Nichtwahl quasi wählende Bedeutung zugemessen wird, in dem absurden Sinne, dass ein fiktiver oder gemutmaßter Wahlausgang gezeichnet wird.

Indem die Verfassung aber die Wahlpflicht ablehnt, erhebt sie die Enthaltung zu einem Bestandteil repräsentativer Demokratie. Sie muss daher die Wahlenenthaltung davor schützen, ihrer Wirkung beraubt zu werden; ob sie umgekehrt indirekt „sanktionieren“ darf, indem sie denjenigen, der bewusst nicht wählt, ignoriert, kann daher bezweifelt werden.

Es geht vorliegend nicht nur um die Frage der Freiheit der Wahl, sondern insbesondere auch um die der Gleichheit der Wahl. Hierauf geht das Bundesverfassungsgericht²⁰ jedoch nicht begründend ein. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl erfasst den gesamten Wahlvorgang von der Aufstellung der Bewerber über die Stimmabgabe und Auswertung der abgegebenen Stimmen bis zur Zuteilung der Abgeordnetensitze. Hier misst das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber nur einen eng bemessenen Spielraum für Differenzierungen zu, was umgekehrt bedeutet, dass sich auch Pauschalierungen an dem strengen Grundsatz messen lassen müssen.

Der Grundsatz der Wahlgleichheit besagt, dass jede (wirksam und positiv) abgegebene Stimme den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben muss. Dass der Gleichheitsgrundsatz nur für wirksam abgegebene Stimmen gelten kann, liegt auf der Hand. Erstaunlich ist jedoch, dass die wesentliche Voraussetzung dafür, dass der Gleichheitsgrundsatz überhaupt erst Wirksamkeit entfalten kann, nämlich das Vorliegen einer Stimme, in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt wird. Es erschließt sich nicht, dass nicht infrage gestellt wird, warum eine aktiv und bewusst zum Ausdruck gebrachte Enthaltung, die zumindest eine Willensäußerung bzw. Stimme im Wortsinn darstellt, ohne weiteres vom Gleichheitsgrundsatz ausgeschlossen ist, zumal – zwar im Rahmen der bundesdeutschen Besonderheit einer gemischten Mehrheits- und Verhältniswahl, aber immerhin auch als Prinzip verständ-

19 BVerfGE 7, 63 (69).

20 BVerfGE 7, 63 (69).

lich – eben auch der gleiche Erfolgswert jeder Stimme gefordert wird. Das wird jedoch verständlich, wenn man sich klarmacht – was für alle hier erörterten Wahlrechtsgrundsätze gilt –, dass das ganze System demokratisch-politischer Willensbildung und seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen und Verfahrensweisungen aufgebaut ist auf der aktiven Willensbildung der Individuen der Volksgemeinschaft. Passivität kommt in dem System nicht vor, was naturgemäß so sein muss, weil in der Demokratietheorie mit der Abwesenheit eines Volkswillens schlecht Staat zu machen ist. Allerdings misst das Bundverfassungsgericht der Gleichbewertung aller Staatsbürger bei der Wahlausübung eine hohe Bedeutung zu. Es mag daher zwar im Ermessen des Gesetzgebers liegen, zu bestimmen, wie der Einfluss einer konkreten Wahläußerung sich in der Wahl manifestiert, nicht aber, ob. Die Forderung nach einer positiven Stimmabgabe ist daher zwar an sich gerechtfertigt, schließt jedoch aktive Enthaltungen ein.

Repräsentation i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG wird als Ausgestaltung des Legitimationsprinzips verstanden, d.h. als die operable Umsetzung des Volkswillens in politisch geordnete, staatslenkende Aktionen. Dieses umfasst insbesondere den Aspekt der Vertretung des gesamten Volkes durch jeden einzelnen Abgeordneten, womit die Form der Willensableitung angesprochen ist.²¹ Vor diesem Hintergrund wird im Rahmen des Repräsentationsprinzips herkömmlich der Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG interpretiert.

In einem weiter gefassten Sinne kann man den Begriff der Repräsentation vom eigentlichen Wortlaut kommend jedoch auch im Hinblick auf den repräsentativen Charakter des Parlamentes hin deuten. Dieser Aspekt wird gemeinhin im Rahmen des Art. 21 GG unter dem Begriff des Repräsentativsystems²² als Organisationsform der Willensbildung des Volkes diskutiert. Dieser Gesichtspunkt der Repräsentation ist berührt insoweit, wie er das Wie der Repräsentation betrifft. Das Parlament leitet seine Legitimation zwar aus einer Wahl ab, die Frage ist jedoch, ob noch von einer Repräsentanz des Volkes im verfassungsrechtlichen Sinne gesprochen werden kann, wenn ein messbarer Teil des Volkes zum Ausdruck bringt, sich nicht von den zur Wahl stehenden Repräsentanten vertreten zu fühlen. Auch hier

21 Vgl. *Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip: Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 1982, S. 234 ff; *Oppermann*, Zum heutigen Sinn der parlamentarischen Repräsentation DÖV 1975, 763 ff.

22 Siehe *Scheuner*, Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Berlin 1961, S. 222 ff.

ist die Entwicklung der abnehmenden Wahlbeteiligung anzuführen, die diese Unterscheidung zu einer tatsächlichen Bedeutung reifen lässt.²³ In der parlamentarischen Demokratie ist die Parlamentswahl das primäre Mittel der Partizipation. Sie ist die vorherrschende Form der Repräsentation des Volkswillens. Repräsentation des Volkswillens ist zwar ein schillernder Begriff, jedoch als Verfassungselement einer Demokratie unverzichtbar. Trotz allem Rufen nach Pluralismus muss das Ergebnis von Repräsentation ein funktionsfähiges Gemeinwesen bleiben, womit die Gleichsetzung von Repräsentation als Identität von Volks- und Staatswillen ein nicht zu erreichendes Ziel ist. Repräsentation im Wortsinne trifft es vielmehr, indem er nicht einen unerreichbaren Idealtypus, sondern einen Wirkmechanismus beschreibt.

Der Begriff der Repräsentation ist in diesem Zusammenhang ungeeignet, eine verfassungsrechtliche Begründung für oder gegen eine nähere Ausgestaltung der Wirkung einer Wahlenthaltung zu begründen. Er stellt nur die denkbare Verknüpfung zwischen Volkswillen und Staatswillen dar, überlässt die nähere Ausgestaltung aber der Verfassung,²⁴ wobei die Skala in der parlamentarischen Demokratie praktisch von starken plebiszitären Elementen bis hin zu reinen Mehrheitssystemen reicht. Man kann insoweit von einer Dreistufigkeit der Wahlrechtsausgestaltung sprechen. Die parlamentarische Demokratie ist eine Form der Repräsentation; fehlt es an dieser, verdient die Staatsform die Bezeichnung nicht. Konkrete Schlussfolgerungen für die Recht- bzw. Verfassungsmäßigkeit einer Wahlform lassen sich nur in Extremfällen treffen. Auf der Ebene der Verfassungsprinzipien lassen sich diese Ableitungen treffen; hier ist die Abgrenzung zur dritten Ebene, ihrer Ausformung durch das Wahlrecht auf Gesetzebene, von Bedeutung.

Man mag einwenden, die bloße Verknüpfung von Wahlenthaltung und Größe des Parlamentes sei oberflächlich und würde damit wesentliche Ursachen der Wahlenthaltung und ihre Defizite betreffend die Erfüllung von Repräsentation nicht beheben. Das ist teilweise richtig, allerdings hat sich auch das Verständnis von Wahl und Demokratie in den vergangenen Jahrzehnten geändert. Die Stichworte lauten „Mediendemokratie, Zuschau-

23 Vgl. *Badura*, Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1996, S. 386 m.w.N.

24 *Badura*, Staatsrecht (Fn. 23), S. 386.

erdemokratie, Ritualdemokratie“.²⁵ Dahinter steht auch die Wahl als singuläres Ereignis, das es aus Sicht der Politiker/Kandidaten zu überstehen gilt, um in der Zeit zwischen den Wahlen Politik bestenfalls nur noch erklären zu müssen. „Die Wahlen programmieren nicht die Politik, die Politiker orientieren sich in ihrem Handeln nur bedingt an den Wahlergebnissen“.²⁶ Wahlenthaltung gilt es in diesem Zusammenhang allenfalls am Wahlabend zu bedauern, sie selbst hat keine bzw. weniger Bedeutung für die persönliche Zukunft des einzelnen Politikers als das Wahlergebnis im engeren Sinne.

Der Kern des Repräsentationsprinzips besteht in der Konkretisierung des Willens des einzelnen Individuums der Volksgemeinschaft und seine Überführung in staatliche Maßnahmen, Verfahren und Regeln mittels eines verbindenden Verfahrens- und Ordnungsrahmens. Der individuelle Wille eines Einzelnen spielt dabei nur insoweit eine Rolle, wie er zu einem überwiegenden gemeinsamen Willen einer Gruppe der Volksgemeinschaft führen kann. Der verbindende Verfahrens- und Ordnungsrahmen muss die Übereinstimmung des überwiegenden Willens einer Gruppe der Volksgemeinschaft mit staatlichen Maßnahmen, Verfahren und Regeln ermöglichen, wenngleich nicht garantieren. Die Ausgestaltung der Repräsentation obliegt der Verfassung und kann inhaltlich – etwa durch plebiszitäre Elemente – oder zeitlich – etwa durch längere oder kürzere Wahlperioden – dem Willen des Individuums durchaus eine stärkere oder weniger direkte Bedeutung zumessen.

Dem Nichtwähler in einem den Volkswillen vermittelnden Verfahrens- und Ordnungsrahmen unter diesem Gesichtspunkt eine Bedeutung zuzuweisen, erscheint auf den ersten Blick wesensfremd, weil das Repräsentationsprinzip zunächst einen positiven Willen unterstellt und nicht die Abwesenheit eines solchen. Andererseits sind auch Nichtwähler Teil der demokratischen Volksgemeinschaft. Das Repräsentationsprinzip wiese demnach eine Lücke auf, wenn nicht auch diese Wählergruppe Berücksichtigung im o.g. verbindenden Verfahrens- und Ordnungsrahmen fände.

Diese noch oberflächlichen Betrachtungen machen deutlich, dass sich der Begriff der Repräsentation in seiner mangelnden Konkretheit als Handlungsanweisung für die vorliegende Fragestellung nicht eignet, gleichwohl

25 Jörke, (Nicht-)Wählen in der Postdemokratie, in: Kahrs (Hrsg.), Wahlenthaltung (Fn. 2), S. 29 (32).

26 Jörke, (Nicht-)Wählen (Fn. 25), S. 33.

jedoch der Eindruck nicht von der Hand zu weisen ist, dass das Prinzip als Idee betroffen ist.

V. Wahlpraktische Schlussfolgerungen

Was aber bedeutet es praktisch, wenn ein verfassungsrechtliches Gebot argumentiert wird, den Stimmen „aktiver“, „bewusster“ Nichtwähler ein stärkeres Gewicht zu verleihen? Angesichts der in diesem Beitrag zum Ausdruck gekommenen Tendenz des Verfassers bedarf diese Frage erstens einer eingehenderen verfassungsgerichtlichen Befassung; zweitens kann das Ergebnis durchaus chargieren, möglicherweise auch im Laufe der Zeit bei sich verändernden Enthaltungsquoten.

An erster Stelle steht zunächst die rechtlich-statistische Erfassung der bewussten Enthaltungen. Diese Forderung ist aus Sicht des Verfassers angesichts der beachtlichen Enthaltungsquoten schon kaum mehr eine verfassungsrechtliche Frage, sondern eine Forderung nach demokratischer Hygiene, und sie dient zudem einer besseren politischen Aufklärungsarbeit. Sie ist technisch und ohne finanziellen oder sonst nennenswerten Aufwand dadurch zu erfüllen, dass auf dem Stimmzettel die Möglichkeit der Enthaltung gegeben ist.

Die verfassungsrechtlich und praktisch weitaus diffizilere Frage ist die nach dem wahltechnischen Umgang mit dem Ergebnis. Wird die Frage des verfassungsrechtlichen Gebots der Berücksichtigung der aktiven Enthaltung in Bezug auf das Wahlergebnis bejaht, gewinnt der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts Bedeutung, wonach eine solche Berücksichtigung das „ohnehin schon aufwendige und schwierige Verfahren der Auszählung und Feststellung des Wahlergebnisses“ verkompliziere.²⁷ Inwieweit solche Überlegungen im Rahmen verfassungsrechtlicher Erwägungen angemessen erscheinen, mag dahingestellt bleiben, und am Rande sei erwähnt, dass auch die nicht unerheblichen weiteren Verkomplizierungen des Wahlrechts durch die Wahlrechtsreform 2020 das Bundesverfassungsgericht nicht abgehalten haben, die Reform verfassungsrechtlich zu goutieren.²⁸ Dass in diesem Zusammenhang die bloße Erfassung einer bewusst abgegebenen Nein-Stimme das Verfahren weiter verkomplizieren würde, erschließt sich nicht. Im Kern ist ein auf dem Wahlzettel vorgehaltenes Nein-Feld wie eine

27 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 5/11, Rn. 8.

28 BVerfG, 2 BvF 1/21.

weitere Partei zu sehen, für deren Aufnahme das Wahlrecht ebenfalls ganz erhebliche Verfahrensvorkehrungen trifft. Tatsächlich wäre im Rahmen eines reinen Verhältniswahlrechts auf Basis einer Listenwahl die verhältnismäßige Einkürzung der Listen, so wie es aktuell in Abhängigkeit vom – positiven – Stimmenanteil der antretenden Parteien auch schon geschieht, unproblematisch möglich. Es spricht jedoch nichts dagegen, dieses auch im bundesrepublikanischen Mischsystem aus Mehrheits- und Verhältniswahl zu tun, indem z.B. die Gruppe der persönlich gewählten Abgeordneten unangetastet bleibt, die der über Listen gewählten Abgeordneten jedoch im Verhältnis der positiven Stimmen zu den bewussten Enthaltungen gekürzt wird. Es stellen sich Detailfragen wie z.B. die, wie mit Enthaltungen im Bereich der persönlich gewählten Wahlkreisabgeordneten umzugehen ist – wenn hier überhaupt eine Enthaltungsmöglichkeit gewährt wird; oder wie mit Ausgleichs- oder Überhangmandaten umzugehen ist. Diese Fragen stehen jedoch nach der Erörterung der Grundsatzfrage an und können nicht die Antworten darauf beeinflussen.

Von der Schwierigkeit zum nachhaltigen Reformentwurf

Felipe Temming

A. Einleitung

Drängende Probleme im Arbeits- oder Sozialversicherungsrecht anzugehen und überzeugende Lösungen dort in Gesetzesform zu gießen, stößt bei Parlamentsmehrheit, Regierung und Ministerialbürokratie auf Schwierigkeiten. Das gilt im Großen wie im Kleinen. Es sei vor allem die Prognose gewagt, dass eine systemische Reform vergleichbar derjenigen im Personengesellschaftsrecht, wie sie Anfang dieses Jahres in Kraft getreten ist,¹ in beiden Rechtsgebieten (momentan) wohl nicht möglich wäre.² Die Gründe für das Ausbleiben guter Gesetzgebungskunst mögen dabei sicherlich unterschiedlich sein. Doch im Ergebnis ist es häufig so, dass einschlägige Reformvorschläge keinen Konsens bei den in Verbänden organisierten Sozialpartnern finden oder unnötige Angriffsfläche bieten, weil sie in rechtspolitischer Hinsicht nicht oder nur zum Teil überzeugen – falls es überhaupt zu einem Vorschlag kommt und man nicht *nolens volens* im *status quo* verharret.

Dieser Beitrag möchte diese Schwierigkeit, nachhaltige Reformvorschläge im Arbeits- oder Sozialversicherungsrecht zu präsentieren, anhand von zwei Beispielen illustrieren. Im Arbeitsrecht betrifft dies einen Referentenentwurf des BMAS, der auf ein grundlegendes Urteil des EuGH reagiert und das Arbeitszeitrecht punktuell reformieren möchte (unter B.). Im Sozialversicherungsrecht geht es um die Altersvorsorge von Selbständigen, die in der ersten Säule der Alterssicherung bislang nur lückenhaft geregelt

1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021, BGBl. I, S. 3436 ff.; vorbereitet durch den sog. Mauracher Entwurf, hierzu statt vieler Schäfer, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149 ff.

2 Zum gescheiterten Versuch, das Arbeitsvertragsrecht größtenteils im Sinne eines *re-statements* zu kodifizieren, vgl. NZA-Beilage 2007 zu Heft 21; statt vieler hierzu Preis, Nachlese der gescheiterten Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, in: Deckenbrock/Höpfner/Kilian/Markworth/Sittard (Hrsg.), Arbeit, Wirtschaft, Recht – Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 483.

ist und die das BMAS im Rahmen des sog. Rentenpakets III³ weiter entwickeln möchte (unter C.). Der Beitrag endet mit einem Fazit (unter D.).

B. Die Pflicht zur Messung der Arbeitszeit

I. Ausgangslage

Zunächst soll das Arbeitsrecht beleuchtet werden. Hier geht es um die *allgemeine* Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitszeit zu messen. Sie geht auf das kontroverse CC.OO.-Urteil des EuGH zurück.⁴ Es muss legislativ umgesetzt werden, weil das ArbZG eine solche allgemeine Pflicht nicht ausdrücklich kennt, insbesondere nicht sein § 16 ArbZG.⁵ Das BAG ist mit Blick auf diese Pflicht im September 2022 mutig vorgeprescht und hat ein im Ansatz flexibles Erfassungskonzept ausdekliniert. Allerdings hat der Erste Senat des BAG sich auf die allgemeinere Norm, nämlich § 3 ArbSchG, gestützt, was rechtsmethodisch arg herausfordernd ist, aber zumindest eine Perspektive bietet.⁶ Denn auf eine Reform des ArbZG durch den Gesetzgeber wartet

3 Renten Anpassungs- und Erwerbsminderungsrenten-Bestandsverbesserungsgesetz v. 28.6.2022, BGBl. I Nr. 22, S. 975 ff. – Rentenpaket I; mit dem Rentenpaket II soll das Rentenniveau von 48 Prozent für alle Neu-Rentner bis 2039 weiterhin festgeschrieben und die sog. Aktienrente eingeführt werden.

4 EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 (687) – Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.); Höpfner/Daum, Die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit, RdA 2019, 270; Bayreuther, Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit der Beschäftigten, EuZW 2019, 446; Heuschmid, Neujustierung des Arbeitszeitrechts und des Systems der Arbeitszeiterfassung durch den EuGH, NJW 2019, 1853 f.; Ulber, Arbeitszeiterfassung als Pflicht des Arbeitgebers, NZA 2019, 677 (681); weitere Nachweise bei Hanau/Temming, Arbeitszeit und Vergütung zwischen deutschem und europäischem Recht, in: Deckenbrock et al. (Hrsg.), FS Henssler (Fn. 2), S. 193 (208 mit Fn. 92) und Temming, LAGE § 612 BGB 2002 Nr. 3.

5 Vgl. bspw. Bayreuther, Arbeitszeit zwischen unionsrechtlicher Grundrechtecharta und Vertrag, RdA 2022, 290 (302).

6 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616; sehr krit. Höpfner/Schneck, Die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit nach § 3 ArbSchG: ein Musterbeispiel unzulässiger Rechtsfortbildung, NZA 2023, 1; Thüsing/Bleckmann, Aufzeichnung von Arbeitszeiten: Das Bundesarbeitsgericht nennt Grenzen und Spielräume, BB 2023, 52 (53 ff.); Lunk, Die Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit, ArbRB 2023, 13; nicht unkrit. Bayreuther, Arbeitszeiterfassung auf richterrechtlicher Basis, NZA 2023, 193; zustimmend Brors, Europäische Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung und Mitbestimmung des Betriebsrats, AuR 2023, 188; Pschorr, Europarechtskonforme Arbeitszeiterfassung, AuR 2023, 193; vgl. auch bereits Kohle, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417 (1420, 1423).

man noch immer. Immerhin hat das BMAS einen Referentenentwurf im März/April 2023 für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften ventiliert.⁷ Das BMAS konzentriert sich allein auf die allgemeine Arbeitszeitaufzeichnung.⁸ Der Vorschlag ist also nicht „der große Wurf“, mit dem das ArbZG – eine für die Sozialpartner äußerst sensible Rechtsmaterie – modernisiert und weiterentwickelt werden soll.⁹ Eine solche notwendige Reform bleibt auch weiterhin Zukunftsmusik und einer künftigen Regierungsmehrheit vorbehalten.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Bei den geplanten Änderungen soll der Schwerpunkt auf den wesentlichen Aspekten der Zeiterfassung liegen. Der Vorschlag normiert zunächst ein gesetzliches Grundkonzept (unter 1.). Davon können die Tarifvertragsparteien sodann in einigen Punkten abweichen (unter 2.). Zentral geht es also um den zu reformierenden § 16 ArbZG.

-
- 7 BMAS, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften, 2023, Stand: 18.4.2023, nachfolgend RefE; s.a. die Initiativen BT-Drs. 19/1841; BT-Drs. 17/17143; BT-Drs. 19/20585 sowie das Protokoll des *Ausschusses für Arbeit und Soziales* v. 14.9.2020, Protokoll-Nr. 19/87.
 - 8 Krit. zum Referentenentwurf hierzu Greiner/Kalle, Einführung einer allgemeinen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, NZA 2023, 547; Thüsing/Musiol/Peisker, Arbeitszeiterfassung als Instrument des Arbeitnehmerschutzes, BB 2023, 1076; s.a. Düwell, Das plant Hubertus Heil: Elektronische Zeiterfassung im geänderten Arbeitszeitgesetz, BRuR 2023, 172; ders., Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften, juris PraxisReport Arbeitsrecht 17/2023, Anm. 1; Fuhlrott/Herzig, Arbeitszeit: 1:1-Umsetzung der gerichtlichen Vorgaben durch Referentenentwurf?, ArbRAktuell 2023, 221; weniger krit. Bayreuther, Arbeitszeiterfassung – Aktueller Stand und offene Fragen, AuR 2024, 190 (196) („belastbare Grundlage für eine Novelle“).
 - 9 Zu dieser Diskussion vgl. bspw. Henssler, Die Reform des Arbeitszeitrechts — Herausforderung der 19. Legislaturperiode, in: Gallner/ders./Eckhoff/Reufels (Hrsg.), Dynamisches Recht: Herausforderungen im Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht – Festschrift für Wilhelm Moll zum 70. Geburtstag, München 2019, S. 233; Kolbe, Das Arbeitszeitrecht – aus der Zeit gefallen?, ZfA 2021, 216; Jacobs, Sieben Thesen zur Reform des Arbeitszeitrechts, in: ders./Plagemann/Schafhausen/Ziegler (Hrsg.), Weiterdenken: Recht an der Schnittstelle zur Medizin – Festschrift für Hermann Plagemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 651; Seifert, Das Arbeitszeitrecht der IAO: ein Impulsgeber für das Unionsrecht?, SR 2018, 169; Däubler, Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, AuR 2016, 325; Sutschet, Kleine und große Probleme des Arbeitszeitrechts, NZA 2023, 1575.

1. Grundkonzept

Nach dem geplanten § 16 Abs. 2 ArbZG-E ist der Arbeitgeber verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer jeweils am Tag (!) der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen. Wie bisher bleibt es dabei, dass der Arbeitgeber ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen hat, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit eingewilligt haben. Und weiterhin hat der Arbeitgeber diese Arbeitszeitznachweise mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

Der geplante § 16 Abs. 3 ArbZG-E ermöglicht es dem Arbeitgeber, die Aufzeichnungspflicht zu delegieren. Danach kann die Aufzeichnung nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E alternativ durch den Arbeitnehmer oder einen Dritten erfolgen. Letztverantwortlich für die ordnungsgemäße Aufzeichnung bleibt aber der Arbeitgeber.

Interpretationsbedürftig klingt § 16 Abs. 4 ArbZG-E. Wenn die Aufzeichnung der Arbeitszeit nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E durch den Arbeitnehmer erfolgt und der Arbeitgeber auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verzichtet, hat er durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden.

Wichtige Hilfsansprüche zugunsten des Arbeitnehmers normiert sodann § 16 Abs. 5 ArbZG-E: Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer auf Verlangen über die aufgezeichnete Arbeitszeit nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E zu informieren. Zudem hat er dem Arbeitnehmer auf Verlangen eine Kopie der Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen.

Nach § 16 Abs. 6 ArbZG-E ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften erforderlichen Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache zu führen und im Inland bereitzuhalten. Auf Verlangen der Aufsichtsbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung, bei Bauleistungen auf der Baustelle, bereitzuhalten. Diese Vorschrift lehnt sich insbesondere an das AEntG an und betrifft Arbeitgeber mit Sitz im Ausland.¹⁰ Sie werden verpflichtet, die Arbeitszeitaufzeichnungen in Deutschland mindestens für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung bereitzuhalten, insgesamt jedoch nicht länger als für zwei Jahre.

Diese zwingenden Vorgaben formen das Grundgerüst der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung. Auf gesetzlicher Ebene flankiert § 16 Abs. 8 ArbZG-E

¹⁰ BMAS, RefE (Fn. 7), S. 14.

dieses mit mehreren Ausnahmetatbeständen. Diese sind permanent oder gelten übergangsweise. Die Ausnahmen beziehen sich nur auf die Art bzw. Form der Aufzeichnung und sind vor allem an Schwellenwerte gekoppelt, die sich an der europäischen Definition von kleinen und mittelständischen Unternehmen orientieren.¹¹ Zwei Varianten sind zu nennen.

Zum einen gibt es permanente Ausnahmetatbestände. Das ist erstens eine Kleinunternehmerklausel: Beschäftigt ein Arbeitgeber bis zu zehn Arbeitnehmer, kann er gem. § 16 Abs. 8 S. 3 ArbZG-E abweichend von der Regel die Arbeitszeit auch in nichtelektronischer Form aufzeichnen. Von dieser Möglichkeit kann des Weiteren ein Arbeitgeber ohne Betriebsstätte im Inland Gebrauch machen, wenn er bis zu zehn Arbeitnehmer nach Deutschland entsendet. Eine zweite Ausnahme für Privathaushalte sieht § 16 Abs. 8 S. 4 ArbZG-E vor. Auch in diesem Fall kann die Arbeitszeit von Hausangestellten in nichtelektronischer Form aufgezeichnet werden.

Zum anderen ordnen § 16 Abs. 8 S. 1 und S. 2 ArbZG-E zeitlich befristete Möglichkeiten an, um die Arbeitszeit auch in nichtelektronischer Form aufzuzeichnen. Da sie zeitlich befristet sind, besitzen sie den Charakter von Übergangsvorschriften. Nach dessen Satz 1 gilt für alle Arbeitgeber, dass sie ein Jahr lang nach Inkrafttreten der Reform die Arbeitszeit auch nicht elektronisch aufzeichnen können. Geht es um einen Arbeitgeber, der weniger als 250 Arbeitnehmer beschäftigt, darf er dies noch zwei Jahre lang. Und beschäftigt der Arbeitgeber sogar weniger als 50 Arbeitnehmer, verfügt er über diese Möglichkeit noch fünf Jahre (§ 16 Abs. 8 S. 2 ArbZG-E).

Das ist das Grundkonzept. Wie bereits ausgeführt weist es nur insbesondere mit Blick auf die Art der Aufzeichnung gewisse Flexibilitäten auf (elektronisch | nichtelektronisch). Dass der Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht delegieren darf, dürfte als selbstverständlich anzusehen sein.¹² Dasselbe betrifft die Hilfsansprüche des Arbeitnehmers.¹³

2. Abweichung durch Tarifvertrag

Dieses gesetzliche Grundkonzept wird durch tarifliche Abweichungsmöglichkeiten ergänzt. § 16 Abs. 7 ArbZG-E flexibilisiert § 16 Abs. 2 ArbZG-E in dreierlei Hinsicht. Diese Möglichkeiten sind durchaus attraktiv.

11 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 15.

12 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (1622) m.w.N.; OLG Jena 3.5.2005 – 1 Ss 115/05, NSTZ-RR 2005, 278.

13 Vgl. bspw. § 21a Abs. 7 ArbZG; s.a. *Temming*, LAGE § 612 BGB 2002 Nr. 3.

Erstens kann die Aufzeichnung abweichend von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E in nichtelektronischer Form erfolgen (§ 16 Abs. 7 Nr. 1 ArbZG-E). Im Unterschied zum gesetzlichen Modell, vgl. § 16 Abs. 8 ArbZG-E, ist das eine dauerhafte Option, weil diese Abweichung nicht mehr von der Unternehmensgröße abhängt. Zweitens kann die Aufzeichnung abweichend von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E an einem anderen Tag erfolgen, spätestens aber bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages (§ 16 Abs. 7 Nr. 2 ArbZG-E). Das ist erstrebenswert. Drittens findet die gesetzliche Aufzeichnungspflicht schließlich keine Anwendung bei Arbeitnehmern, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Das ist eine Umschreibung für den persönlichen Anwendungsbereich der Arbeitszeiterfassung, die der Entwurf aus Art. 17 Abs. 1 ArbeitszeitRL 2003/88/EG entlehnt hat. Dort wird der sog. *autonome Arbeitnehmer* legaldefiniert.¹⁴

Damit der Arbeitgeber aber über diese Abweichungsmöglichkeiten verfügen kann, müssen diese entweder in einem Tarifvertrag zugelassen werden. Oder die Tarifvertragsparteien haben diese im Wege einer Öffnungsklausel in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zugelassen. Das ist insoweit exklusiv formuliert, weil tarifungebundene Arbeitsvertragsparteien darauf nicht individualvertraglich verweisen können, unbeschadet der Tatsache, dass sie dem Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages unterfallen. Ebenso ist es den Betriebsparteien vorenthalten, von diesen Möglichkeiten zu profitieren, wenn die Tarifvertragsparteien dies nicht in einer Öffnungsklausel erlaubt haben.

III. Bewertung

Das Urteil über den Referentenentwurf fällt kritisch aus. Drei Aspekte sind hervorzuheben. Erstens geht es um die allgemeine Erfassungspflicht der Arbeitszeit, zweitens das Thema „Vertrauensarbeitszeit“ und drittens die Tarifdispositivität von § 16 Abs. 2 ArbZG-E.

14 Statt vieler: Gallner, in: Franzen/dies./Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024, RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 3-5.

1. Zur Aufzeichnung der Arbeitszeit

Die Begründung zum Referentenentwurf hält die elektronische Aufzeichnung für die zeitgemäße Form der Erfassung, gibt sich aber sehr flexibel. Das hat seinen Grund darin, dass sie das händische Eintippen der ggf. vorläufig auf Papier festgehaltenen Arbeitszeiten in den Computer, auf dem bspw. ein Tabellenkalkulationsprogramm läuft, ebenfalls als elektronische Erfassung ansieht. Eine weitere wichtige Alternative nennt der Entwurf ebenfalls: elektronische Schichtpläne. Zudem darf Versäumtes nachgetragen und Falsches korrigiert werden.¹⁵ Vertretbar ist es m.E., für diesen Zweck die Wochenfrist des § 16 Abs. 7 Nr. 2 ArbVG-E als Grenze heranzuziehen.

In der Draufsicht besitzt die allgemeine Aufzeichnungspflicht freilich einige Charakterzüge, die vor allem an § 6 GSA Fleisch erinnern.¹⁶ Denn auch § 6 GSA Fleisch schreibt die taggenaue elektronische Zeiterfassung vor. Allerdings muss diese zusätzlich noch manipulationssicher sein und schließt laut der damaligen Gesetzesbegründung gerade Aufzeichnungen mit Hilfe von Excel-Tabellen aus¹⁷ – zumal nachträglich Korrekturen darüber hinaus auch als solche identifizierbar sein müssen. Im Lichte der Begründung zum geplanten § 16 Abs. 2 ArbZG-E wird der allgemeine Arbeitsmarkt damit wenigstens nicht dem vollständigen Generalverdacht ausgesetzt, es würden Arbeitsbedingungen wie in der Fleischwirtschaft herrschen.

Und dennoch: Täglich aufzeichnen zu müssen, ist ein überaus lästiger Punkt. Ist das wirklich notwendig? Die Frage ist nicht unberechtigt. Denn systematisch und teleologisch betrachtet wären als primäres Leitbild vielleicht die Aufzeichnungsvorgaben aus § 17 MiLoG weitaus passender. Dort kann die Aufzeichnung elektronisch oder nicht elektronisch sowie generell bis zum Ablauf der Wochenfrist erfolgen.¹⁸

15 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 12.

16 *Thüsing*, in: Rolfs/Giesen/Meißling/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.9.2023, GSA Fleisch, § 6 Rn. 1 ff.

17 BT-Drs. 19/25141, S. 28.

18 *Sittard*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 11. Aufl., Köln 2024, MiLoG, § 17 Rn. 4.

2. „Vertrauensarbeitszeit“

Der zweite Punkt betrifft das Thema „Vertrauensarbeitszeit“. Die Entwurfsbegründung erläutert, dass der geplante § 16 Abs. 4 ArbZG-E diese regeln soll.¹⁹ Vertrauensarbeitszeit iSd BMAS bedeutet also *erstens* arbeitgeberseitiger Verzicht auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit und *zweitens* arbeitnehmerseitige Aufzeichnung der Arbeitszeit.

Nun ist Vertrauensarbeitszeit ein schillernder Begriff, weil er nicht legaldefiniert ist. Die wichtigsten Merkmale von Vertrauensarbeitszeit sind folgende: Die Lage der Arbeitszeit ist nicht entscheidend. Im Vordergrund steht, dass die übernommenen Aufgaben zu den gewünschten Ergebnissen führen; der Arbeitsvertrag bekommt so einen werkvertraglichen Einschlag.²⁰ Das verlangt einem Arbeitnehmer viel Eigenverantwortung ab. Eigenverantwortung ist aber auch deshalb so wichtig, weil es hauptsächlich am Arbeitnehmer ist, die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben einzuhalten. Doch so lang die „arbeitszeitrechtliche“ Leine sein mag – klar ist, dass der Arbeitgeber weiterhin (letzt)verpflichtet bleibt, sich zumindest über die Arbeitszeitdaten zu informieren. Das liegt nicht nur in seinem Interesse,²¹ sondern ihm obliegt diese Pflicht auch schon allein deswegen, um die gesetzlichen (und ggf. tariflichen) Arbeitszeitobergrenzen sowie die gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeiten zu kontrollieren und zu gewährleisten.²²

Legt man dieses Verständnis von Vertrauensarbeitszeit zugrunde, bricht der Referentenentwurf an dieser Stelle mit diesem tradierten Arbeitszeitmodell, das für Arbeitgeber und bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern sehr attraktiv ist.²³ Denn zum einen versteht die Begründung nämlich darunter

19 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 13, 9.

20 S.a. *Compensis*, Vertrauensarbeitszeit – arbeitnehmerbestimmte Arbeitszeit (auch) im Arbeitgeberinteresse, NJW 2007, 3089; *Vogelsang*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023, § 160 Rn. 33-35.

21 Instruktiv LAG Mecklenburg-Vorpommern 18.9.2023 – 5 Sa 15/23, CCZ 2023, 350 zur Gehaltsrückforderung wegen angeblich nicht erbrachter Arbeitsleistung im häuslichen Büro.

22 §§ 22, 23 ArbZG; s.a. BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61; *Hanaau*, Der kreative Umgang des BAG mit der unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts, RdA 2023, 115 (123); *Greiner/Kalle*, Arbeitszeitrecht im europäischen Mehrebenensystem, ZESAR 2023, 51 (53); *Pschorr* (Fn. 6), AuR 2023, 193 (201).

23 Zur Zulässigkeit der erhaltenswerten Vertrauensarbeitszeit *Timmermann*, Spielräume für die Vertrauensarbeitszeit de lege lata und de lege ferenda, NZA 2023, 1360 (1365) m.w.N.; *Höpfner*, Wen schützt das Arbeitsrecht? Der personelle Anwendungsbereich und die Schutzzwecke des Arbeitsrechts, NZA 2024, 1081 (1085 f.); *Temming*, LAGE

nur den Verzicht des Arbeitgebers, Beginn und Ende der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit festzulegen. Zum anderen hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass er von der Überschreitung des arbeitszeitrechtlichen Rahmens Kenntnis erlangt. Die Begründung spricht von entsprechenden Meldungen des elektronischen Erfassungssystems.²⁴ Da die Erfassungs- und Aufbewahrungspflichten aber unverändert bleiben, bleibt es folglich bei der umfanglichen Pflicht und peniblen Dokumentation zur Arbeitszeiterfassung.

Damit wird deutlich: Vertrauensarbeitszeit und minutiöse Arbeitszeiterfassung beißen sich und sind inkompatibel. Die im geplanten § 16 Abs. 4 ArbZG-E gewährte Flexibilität ist umso geringer, je kongruenter die vertragliche Arbeitszeit und die Grenzen des ArbZG werden. Es ist daher kein Wunder, dass es in Ländern mit Arbeitszeiterfassungspflicht Vertrauensarbeitszeit nach dem deutschen Verständnis nicht gibt; vielmehr nimmt diese Diskussion in Deutschland eher verwundert zur Kenntnis.²⁵ Das entscheidende Charakteristikum von Vertrauensarbeitszeit ist die gerade noch zulässige Minimalkontrolle der Arbeitszeit und das gegenseitige Vertrauen der Vertragsparteien. Der Referentenentwurf degradiert damit die Vertrauensarbeitszeit in der gesetzlichen Grundkonzeption des § 16 ArbZG-E zu einer blassen und unattraktiven Variante der Gleitzeit, mit der sie im Grundsatz wesensverwandt ist.²⁶

Ob als tragendes Argument für diese Kandare, die CC.OO.-Entscheidung des EuGH oder die grundlegende Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2003 zu den einschlägigen Auskunftsrechten des Betriebsrats in ihrer jeweiligen Gänze herhalten können,²⁷ ist sehr stark zu bezweifeln. In dem erwähnten Urteil, auf das sich die Gesetzesbegründung explizit bezieht,²⁸ hatte das BAG erkannt, der Arbeitgeber habe auch bei Vertrauensarbeitszeit seinen Betrieb derart zu organisieren, dass er die Einhaltung der geltenden Vorschriften gewährleisten und den Betriebsrat entsprechend Auskunft erteilen kann. Das betrifft auch Aufzeichnungen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und über den Umfang der tatsächlich geleisteten

§ 612 BGB 2002 Nr. 3; *ders.*, Der Überstundenprozess nach EuGH-Urteil Federación de Servicios de Comisiones Obreras, NZA 2021, 1433 (1439 f.).

24 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 13.

25 Beispiele wären Österreich oder die Schweiz.

26 Maschmann, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar, 17. Aufl., München 2022, § 87 BetrVG Rn. 297-299a.

27 BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61; s.a. BAG 7.5.2019 – 1 ABR 53/17, BB 2019, 3003.

28 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 13.

wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer, damit der Betriebsrat gem. § 80 BetrVG über die Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten und der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit wachen kann.

Zuzugestehen ist, dass die BAG-Entscheidung dem Betriebsrat die Kompetenz verliehen hat, anlasslos die Vorgaben des ArbZG zu kontrollieren und entsprechend informiert zu werden. Doch scheint es nach eigener Wahrnehmung nicht so zu sein, dass dieses Urteil seit seiner Verkündung vor gut 20 Jahren in der gelebten Praxis zu einer derart strikten Erfassung und Dokumentation der Vertrauensarbeitszeit geführt hätte, wie sie dem BMAS nun in § 16 ArbZG-E vorschwebt. Ebenso wenig hat diese Entscheidung des BAG die bislang praktizierte Vertrauensarbeitszeit zu einem Synonym für Gleitzeit im herkömmlichen Sinne werden lassen. Letztlich ist es ja das, was der Referentenentwurf umschreibt. Zuzugestehen ist freilich, dass der geplante § 16 ArbZG die im Schrifttum nicht unumstrittene gebliebene Auffassung des BAG zur Reichweite des § 80 Abs. 2 BetrVG auf einen rechtssicheren Boden stellen würde.²⁹ Es käme ja dann zu einem Gleichlauf der Pflichten zwischen dem geplanten § 16 ArbZG und § 80 Abs. 2 BetrVG, der vom Wortlaut her *de lege lata* nicht besteht.

3. Tarifdispositivität des § 16 Abs. 2 ArbZG-E

Was schließlich die Abweichungsmöglichkeiten vom gesetzlichen Grundkonzept betrifft, haben die Sozialpartner bezüglich dreier Gesichtspunkte die Rolle eines „Gatekeepers“ inne. Das ist erstens die händische Aufzeichnung, zweitens die nachträgliche Aufzeichnung und drittens der gänzliche Verzicht auf Aufzeichnung.

a) § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E

Es ist sinnvoll, mit dem zuletzt genannten Aspekt zu beginnen. Erst § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E hat das zum Inhalt, was Vertrauensarbeitszeit gemeinhin ausmacht und der Entwurf im gesetzlichen Grundkonzept mit § 16 Abs. 4 ArbZG-E nur dem Namen nach präsentiert hat. Der Verzicht auf Kontrolle – allerdings begrenzt auf eine bestimmte Arbeitnehmergruppe.

29 Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG (Fn. 26), § 80 BetrVG Rn. 64; Kania, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, BetrVG, § 80 Rn. 24; Höpfner/Daum (Fn. 4), RdA 2019, 276; s.a. Jacobs, Thesen (Fn. 9), S. 660.

Der Entwurf rekurriert hier auf die Umschreibung des „autonomen“ Arbeitnehmers, die Art. 17 Abs. 1 ArbeitszeitRL 2003/88/EG verwendet. Diese Vorschrift ermächtigt die Mitgliedstaaten, von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Arbeitszeitrichtlinie abzuweichen, also tägliche Ruhezeit, Ruhepause, wöchentliche Ruhezeit, wöchentliche Höchstarbeitszeit, Dauer der Nacharbeit und die Dauer der Bezugszeiträume.³⁰ Nach Auffassung des BMAS gehört hierzu offensichtlich auch die Abweichungsmöglichkeit von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Zwei Gesichtspunkte sind mit Blick auf den geplanten § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E zu erwähnen.

Erstens wird die Norm notwendigerweise für Vorlagen zum EuGH gem. Art. 267 AEUV sorgen. Er ist an dieser Stelle der maßgebliche Akteur. Die Konsequenzen werden mit Sicherheit auch den unverändert bleibenden und ohnehin mit argen unionsrechtlichen Risiken behafteten § 18 Abs. 1 ArbZG betreffen.³¹ Anders als die Gesetzesbegründung behauptet,³² wird es auf die Sachkunde der Tarifvertragsparteien an dieser Stelle nicht entscheidend ankommen.

Zweitens wird es, da das BMAS an den persönlichen Geltungsbereich des § 18 Abs. 1 ArbZG nicht herangeht, mit Blick auf § 16 Abs. 7 ArbZG-E hauptsächlich um außertariflich Angestellte gehen, die nicht als leitende Angestellte i.S.v. § 5 Abs. 3 BetrVG zu qualifizieren sind. Hier steckt ein kräftiger Pferdefuß, der zum Tritt ansetzen wird. Es ist wenig wahrscheinlich, dass AT-Kräfte von § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E profitieren werden. Der Grund dafür liegt darin, dass Vertrauensarbeitszeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Verhandlungsmasse zwischen den Tarifvertragsparteien werden würde. Eine Gewerkschaft wird nicht ohne Gegenleistung konsentieren. Möglicherweise erhebt sie auch weitere arbeitszeitpolitische Forderungen zugunsten dieser Gruppe. Vertrauensarbeitszeit kann nämlich auch einen gewissen arbeitsschutzrechtlichen Preis besitzen.³³ Die Arbeitgeberseite wird genau abwägen, ob sie diese Schlacht für ihre AT-Kräfte schlagen möchte. Die Alternative zu dem finanziell sicherlich nicht kostenlosen Unterfangen dürfte die wohl wahrscheinlichere sein: Den AT-Kräften die Einmalumstellung auf Arbeitszeiterfassung zumuten, die Reaktionen aussitzen oder ggf. mit anderen *Incentives* zum Verstummen bringen.

30 Gallner (Fn. 14), RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 3-5 m.w.N.

31 Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2020, § 18 ArbZG Rn. 12 m.w.N.

32 BMAS, RefE (Fn. 7), S. 14.

33 Zu den ausbeuterischen oder „vulgären“ Formen sog. Vertrauensarbeitszeit s.a. Ha-nau (Fn. 22), RdA 2023, 116.

b) § 16 Abs. 7 Nr. 1, 2 ArbZG-E

Schaut man auf die verbleibenden tariflichen Abweichungsmöglichkeiten, wird vor allem die nachträgliche Aufzeichnungspflicht im Zentrum stehen. Die weit überwiegende Mehrheit der Unternehmen erfasst die Arbeitszeit ohnehin schon elektronisch. Das taggenaue Aufzeichnen ist möglicherweise das in der Praxis Lästige, dessen man sich entledigen möchte. An dieser Stelle wird man bei den Gewerkschaften sicherlich eher auf kompensationsloses Verständnis stoßen, ggf. auch mit Blick auf händische Zeiterfassung.

c) Zum Instrument der Tarifdispositivität

Als letztes ist auf das Instrument der Tarifdispositivität einzugehen, so wie es der Entwurf für Fragen der Arbeitszeitaufzeichnung zu verwenden gedenkt. Fest steht: Tarifungebundene Arbeitgeber sollen die Abweichungsmöglichkeiten nicht nutzen können. Denn eine arbeitsvertragliche Bezugnahme, wie sie bspw. § 622 Abs. 4 BGB, § 4 Abs. 4 EFZG oder § 13 BurlG im Falle fehlender Tarifbindung kennen, sieht § 16 Abs. 7 ArbZG-E nicht vor. Das ist auf den ersten Blick auch misslich, wenn tarifgebundene Arbeitgeber organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer gleichstellen wollen. Praxisrelevant wäre dies vor allem für die ersten beiden Abweichungsmöglichkeiten gem. § 16 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2 ArbZG-E.

Geht es um tarifgebundene Arbeitgeber, steht die Möglichkeit der Gleichstellung zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern in Frage, um einen „durchlöcherten“ Verweis auf den einschlägigen Tarifvertrag zu vermeiden. Freilich lässt sich diese Konstellation überzeugend lösen, indem die Regeln über die Arbeitszeiterfassung als Betriebsnormen iSd § 3 Abs. 2 TVG qualifiziert werden. Gemeinhin werden Instrumente des Arbeitsschutzes als Betriebsnormen angesehen.³⁴ Das muss dann auch für die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung mit Blick auf die (technische) Organisation des Betriebs gelten. Das ArbZG dient dem Gesundheitsschutz, vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG. Alternativ bietet sich eine Betriebsvereinbarung an, was indes die vorherige Erlaubnis seitens der Tarifvertragsparteien voraussetzt.

34 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2017, § 1 TVG Rn. 410, 475.

Der geplante § 16 Abs. 7 ArbZG-E darf als weiterer Ausdruck des Bemühens verstanden werden, mit dem der Gesetzgeber die Tarifbindung in Deutschland erhöhen möchte.³⁵ Tarifdispositives Gesetzesrecht ist ein für diesen Zweck geeignetes Instrument.³⁶ Das Typische daran ist, ein Abweichen des gesetzlichen Mindeststandards zum Nachteil der Arbeitnehmer kraft Sachkompetenz der Tarifvertragsparteien zuzulassen.³⁷ Vorliegend fällt es bei § 16 Abs. 7 ArbZG-E jedoch nicht leicht, Günstigkeitsvergleiche anzustellen, wie sie bspw. bei § 622 Abs. 4 BGB erfolgen würden. Der Günstigkeitsvergleich ist ja auf ein bestimmtes gesetzliches Mindestschutzniveau bezogen. Wirkt sich die händische Aufzeichnung, die nachträgliche Aufzeichnung oder der Verzicht auf Aufzeichnung zum gesundheitlichen Nachteil des Arbeitnehmers aus? Die Gesetzesbegründung liest sich nicht dahingehend, dass es sich bei diesen Aspekten bezogen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt um schlechtere Arbeitsbedingungen handelt. In der Sache geht es bei den alternativen Erfassungsmodi eher um eine flexiblere, aber immer noch wirksame Kontrolle, die sich ersichtlich auch die Arbeitnehmerseite wünscht. Im Falle des Verzichts auf Arbeitszeiterfassung geht es um das Korrelat zur eingeräumten Autonomie und Eigenverantwortung, über die der Arbeitnehmer verfügt.

Diese Flexibilitäten vom Bestehen eines Tarifvertrages und der Zulassung durch die Tarifvertragsparteien abhängig zu machen, ist fragwürdig und abzulehnen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Tarifdispositivität exklusiv formuliert wird, wie es der Referentenentwurf vorsieht. Zugegebenermaßen lässt die herrschende Meinung im Grundsatz sogar exklusive

35 Vgl. im Vergaberecht bspw. das Instrument der Tariftreueklausel, BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51; *Barczak/Pieroth*, Tariftreuregelungen am Maßstab der Koalitionsfreiheit, RdA 2016, 209; *Preis/Ulber*, Tariftreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, 465; krit. *Höfling/Rixen*, Tariftreue oder Verfassungstreue? Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, RdA 2007, 360; vgl. auch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes und weitere Maßnahmen v. 24.10.2024, abzurufen unter <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/tariftreuegesetz.html> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

36 Hierzu auch *Rolfs*, Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? – Empfiehl sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs, Gutachten B zum 74. DJT, 2024, B 36 ff.; *Krause*, Abgestufter personaler Schutz – Modell für die Zukunft im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, NJW 2024, 2719 (2721 ff.).

37 Vgl. *Linsenmaier*, in: Müller-Glöge et al. (Hrsg.), ErfK (Fn. 29), GG, Art. 9 Rn. 88; *Löwisch/Rieble*, TVG (Fn. 34), Grundlagen Rn. 200.

Tarifdispositivität zu.³⁸ Sie sieht in dieser Gesetzgebungstechnik nämlich keinen unzulässigen Beitrittsdruck, der einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG bedeuten würde. Der Arbeitgeber müsse keiner Koalition beitreten; er könne ja auch einen Haustarifvertrag schließen.

Wenn überhaupt wird man dieser Argumentation nur dann folgen können, wenn die Kopplung an den Tarifvertrag am Maßstab von Art. 9 Abs. 3 GG oder spätestens Art. 3 Abs. 1 GG sachlich gerechtfertigt ist. Das heißt, gerade die Tarifvertragsparteien können den zu regelnden Inhalt sachverständig bewerten. Genau dieser Zusammenhang ist indes mit Blick auf den geplanten § 16 Abs. 7 ArbZG-E sehr in Zweifel zu ziehen bzw. nicht vorhanden.

Bezogen auf die nichtelektronische Arbeitszeiterfassung ist der Sachverstand der Tarifvertragsparteien nicht alleinentscheidend. Der Gesetzesentwurf selbst koppelt diese Frage alternativ an verschiedene Schwellenwerte, das Vorliegen eines Privathaushaltes und/oder eines Entsendesachverhalts. Des Weiteren seien die liberaleren § 17 MiLoG, § 17c AÜG, § 19 AEntG oder § 10 BinSchArbZV genannt. Vergleichbares gilt für die nachträgliche Aufzeichnungsmöglichkeit, die die soeben genannten Vorschriften ebenfalls großzügiger handhaben.

Und schließlich entbehrt es bei AT-Angestellten nicht einer gewissen Ironie, die Frage des Verzichts auf Arbeitszeiterfassung bei dieser Gruppe an einen Tarifvertrag zu binden. Ungeachtet der bestehenden Tarifmacht von Gewerkschaften über sämtliche Arbeitnehmer – auch AT-Kräfte sind Arbeitnehmer – wird doch regelmäßig der persönliche Geltungsbereich von Tarifverträgen dergestalt eingeschränkt, dass AT-Kräfte eben nicht erfasst sein sollen. AT-Angestellte sind darüber hinaus geringer gewerkschaftlich organisiert. Jedenfalls lässt sich nicht sagen, dass die Gewerkschaften AT-Angestellte ebenso umfassend repräsentieren wollen wie reguläre Tarifräfte.

Die in § 16 Abs. 7 Nr. 1-3 ArbZG-E regulierten Abweichungsmöglichkeiten daher nur exklusiv in einem Tarifvertrag zuzulassen (oder nach Öffnungsklausel in einer Betriebsvereinbarung), stellt daher – selbst bei einer zurückgenommenen richterlichen Prüfungsintensität – eine sachwidrige und daher unzulässige Kopplung dar. Der dadurch bewirkte Beitrittsdruck

38 Vgl. bspw. § 9a Abs. 6 TzBfG, § 1 Abs. 1b AÜG; zum Streitstand *Linsenmaier* (Fn. 36), GG, Art. 9 Rn. 88 m.w.N.; *Kingreen*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit exklusiver Tariföffnungsklauseln, NZA 2021, 1.

in eine Arbeitgeberkoalition oder der im Falle eines Haustarifvertrages daraus resultierende Kontrahierungszwang ist nicht gerechtfertigt. Folglich wird Art. 9 Abs. 3 GG verletzt, zumindest aber liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG vor.³⁹

IV. Zwischenergebnis

Wo das BAG wenigstens noch flexible Korridore aufgezeigt hat, engt das BMAS die Arbeitsvertragsparteien grundlos ein. Alles in allem ist der Entwurf unausgewogen und missachtet die Selbstverantwortung der Arbeitsvertragsparteien. Dass er Kritik auf sich gezogen hat, ist keine Überraschung. Möglicherweise dient der Referentenentwurf lediglich als Testballon, um mögliche Kompromisslinien zukünftig besser ausloten zu können.

C. Die Notwendigkeit der umfassenden Alterssicherung von Selbständigen

I. Ausgangslage

Nachdem vom Arbeitsrecht gehandelt wurde, soll nun der Blick zum Sozialversicherungsrecht gehen. Das zweite Beispiel handelt von der Notwendigkeit, die Rentenversicherungs- bzw. Altersvorsorgepflicht von selbständig Tätigen zu reformieren.⁴⁰ Das betrifft sowohl Selbständige, die Arbeitnehmer beschäftigen, als auch Selbständige ohne Arbeitnehmer. Letztere werden auch als Soloselbständige bezeichnet.⁴¹ Bislang besteht aufgrund

39 Zu richterlichen Kontrolldichte tarifvertraglicher Normen s.a. Staudinger/Temming [Bearbeitung 2022] § 622 BGB, Rn. 79.

40 Zu dieser Diskussion aus jüngerer Zeit bspw. Butzer, Die Einführung einer Vorsorgepflicht oder Pflichtversicherung für (Solo-)Selbstständige, VSSAR 2020, 213; Steinmeyer, Demographische Herausforderungen für die Alterssicherung: Ein Thema auch in der Pandemie, NZS 2021, 617; Koppenfels-Spies, Aspekte der Systemgerechtigkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung, NZS 2021, 632; Waltermann, Arbeitsverhältnis und Beschäftigung als Anknüpfungspunkte des sozialstaatlichen Schutzes in der digitalisierten Arbeitswelt, in: Brose et al. (Hrsg.), Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts – Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, München 2021, S. 1449; Rolfs, „Die Rente ist sicher“ – Mit welchen Maßnahmen lässt sich dieses Versprechen auch künftig einhalten?, NJW 2022, 2717; Rolfs (Fn. 36), Gutachten B zum 74. DJT, 2024, B 83 ff.; Schlegel, Sozialversicherung für alle?, NZS 2022, 681.

41 S.a. Ruland, Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“?, NZS 2019, 681; Däubler/Klebe, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?,

der gewachsenen Strukturen in der ersten Säule der Alterssicherung keine umfassende Rentenversicherungspflicht selbständig Tätiger.⁴² Ca. 80 Prozent der Selbständigen sind dort nicht freiwillig versichert oder pflichtversichert – trotz §§ 7, 4 Abs. 2 SGB VI.⁴³ Sozioökonomische Realitäten lassen den Schluss zu, dass das System der ersten Säule langfristig an seine Grenze stoßen wird, um die anstehenden Herausforderungen im Erwerbssektor zu meistern.

Es geht namentlich um folgende Entwicklungen: Erstens die Unerheblichkeit des Erwerbsstatus, weil Soloselbständigkeit und abhängige Beschäftigung faktisch vergleichbar und damit austauschbar geworden sind – ein Effekt, der durch die Digitalisierung von Dienstleistungen noch verstärkt wird.⁴⁴ Zweitens die hiermit zusammenhängende Fluktuation zwischen verschiedenen Formen der Erwerbstätigkeit, drittens die zunehmende Schutzbedürftigkeit von Selbständigen und viertens die Verhinderung drohender Altersarmut.⁴⁵

Es ist daher notwendig, die Rentenversicherungspflicht von Selbständigen weiterzuentwickeln, um deren Altersvorsorge auf einem angemessenen Niveau zu gewährleisten. Schnell und wirksam gelingt dies, wenn man sich auf die Gesetzliche Rentenversicherung konzentriert (nachfolgend: Rentenversicherung). Im Zentrum steht die Vorschrift des § 2 SGB VI, die die Rentenversicherungspflicht von Selbständigen regelt. Die Vorschrift ist von ihrer Struktur her seit langem berechtigter Kritik ausgesetzt. Zurückhaltend formuliert ist sie insbesondere wegen ihres enumerativ-berufsspezifischen

NZA 2015, 1032; *Schwarze*, Die „arbeitsgleiche Durchführung“ eines Tätigkeitsverhältnisses (§ 611 a Abs. 1 S. 6 BGB), RdA 2020, 38.

42 Zur ersten Säule zählen die öffentlich-rechtlichen Pflichtsysteme, insbesondere Gesetzliche Rentenversicherung, Beamtenversorgung, Alterssicherung der Landwirte und die Berufsständischen Versorgungswerke.

43 Zahlen bei *Leonhardt*, Alterssicherung der Solo-Selbständigen – Opt-out-Modell als Lösung?, NZS 2019, 527; *Preis/Temming*, Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, VSSR 2017, 283 (284). Wenngleich die Anzahl der Selbständigen bis 2019 rückläufig und 2020 ein merklicher Einbruch wegen Corona wahrzunehmen ist, ist es bei den relativen Grundtendenzen geblieben, die in den soeben zitierten Publikationen beschrieben wurden, insbesondere dass die überwiegende Mehrheit der Selbständigen Soloselbständige bilden und die Lücke in der ersten Säule bei ca. 80 Prozent liegt.

44 Eindrucksvoll zu den feinen Grenzzlinien das Crowdworker-Urteil des BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132; s.a. *Waltermann*, Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbstständiger durch das Sozialversicherungsrecht, SGB 2017, 425.

45 *Preis/Temming* (Fn. 41), VSSR 2017, 321; *Koppenfels-Spies* (Fn. 38), NZS 2021, 633.

Ansatzes heutzutage systematisch verfehlt, worüber im Ergebnis auch weitgehend Einigkeit bestehen dürfte.⁴⁶

Der daraus resultierende rechtspolitische Handlungsbedarf ist dringend. Denn es ist wahrscheinlich, dass Selbständige, die sich bislang in der ersten Säule nicht eigenständig versichert haben, zukünftig schutzbedürftig sein können. An entsprechenden steuerfinanzierten Grundsicherungsszenarien gem. § 41 Abs. 2 SGB XII, auf die Einzelne einen grundrechtlich verbürgten Anspruch haben,⁴⁷ können der Staat und die Allgemeinheit kein Interesse haben. Aus Subsidiaritätsgesichtspunkten wäre dieser Mangel an Eigeninitiative zudem schwer zu rechtfertigen.⁴⁸

II. Der mögliche Reformvorschlag des BMAS

Das BMAS hat die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns erkannt. Im Unterschied zu dem unter B. vorgestellten Referentenentwurf auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts existiert aber bislang noch kein ausformulierter Gesetzesvorschlag, mit dem es die Alterssicherung von Selbständigen modernisieren möchte. Immerhin ist bekannt, dass er als *Rentenpaket III* diskutiert wurde. Anhaltspunkte, wie die Kernelemente dieser Reform aussehen könnten, liefert indes der Koalitionsvertrag der jüngst zerbrochenen Ampelkoalition vom Dezember 2021, an den sich das BMAS möglicherweise orientieren wird.

Im Koalitionsvertrag (nachfolgend KoaV) heißt es an entsprechender Stelle: „Wir werden für alle neuen Selbständigen, die keinem obligatorischen Alterssicherungssystem unterliegen, eine Pflicht zur Altersvorsorge mit Wahlfreiheit einführen. Selbständige sind in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert, sofern sie nicht im Rahmen eines einfachen und unbürokratischen Opt-Outs ein privates Vorsorgeprodukt wählen. Dieses muss insolvenz- und pfändungssicher sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen. Bei jeder Gründung gilt jeweils

46 *Koppenfels-Spies* (Fn. 38), NZS 2021, 635; *Leonhardt* (Fn. 41), NZS 2019, 528; *Waltermann* (Fn. 42), SGB 2017, 425; *Preis/Temming* (Fn. 41), VSSR 2017, 291 f. m.w.N. zum Streitstand.

47 Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG; BVerfG 23.4.2014, NJW 2014, 3425.

48 BVerfG 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221 (236); BVerfG 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197 (221 f.); BVerfG 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 u.a., NZS 2008, 142 (143).

eine Karenzzeit von zwei Jahren. Die geförderte zusätzliche private Altersvorsorge steht allen Erwerbstätigen offen.⁴⁹

Aus diesen Aussagen lässt sich schlussfolgern, dass sich alle Selbständige pflichtversichern müssen, um für das Alter vorzusorgen.⁵⁰ Der Wortlaut des Koalitionsvertrags dürfte so zu verstehen sein, dass eine grundsätzliche Versicherungspflicht in der GRV besteht;⁵¹ *sedes materiae* wäre § 2 SGB VI. In diesem Zusammenhang respektiert die Ampelkoalition die bestehende traditionelle Struktur in der ersten Säule der Alterssicherung. Des Weiteren besteht während der Gründungsphase eine Karenzzeit für eine maximale Dauer von zwei Jahren bei jeder neuen Gründung. Der Wortlaut kann so interpretiert werden, dass dies im Wege der Befreiung von der Versicherungspflicht erfolgt, sehr wahrscheinlich auf Antrag. Es besteht eine zusätzliche Befreiungsmöglichkeit, wenn der Selbständige mit Hilfe eines privaten Vorsorgeproduktes für das Alter vorsorgt. Dieses private Vorsorgeprodukt muss mit einer SGB-VI-Altersrente vergleichbar sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen, vgl. auch §§ 42 ff. SGB XII. Bei den Bedingungen des alternativen Vorsorgeprodukts dürfte es sich um diejenigen der Basisrente gem. § 2 AltZertG handeln. Der Koalitionsvertrag deutet darauf hin, dass die Befreiung von der Versicherungspflicht sofort erfolgen kann und nicht erst dann, nachdem mit dem privaten Vorsorgeprodukt eine bestimmte Basisabsicherung erreicht wurde. Auch in diesem Fall dürfte die Befreiung auf Antrag des Versicherten hin erfolgen. Für die Befreiungsmöglichkeiten bietet sich eine Novellierung des § 6 SGB VI an.

Zu guter Letzt deutet der Koalitionsvertrag von 2021 darauf hin, dass die Versicherungspflicht nur diejenigen treffen soll, die nach Inkrafttreten des Gesetzes eine Selbständigkeit erstmals oder erneut aufnehmen werden („alle neuen Selbständigen“). Aufgrund dieser Formulierung will die Ampelregierung offenbar nicht diejenigen Selbständigen erfassen, die bereits jetzt schon selbständig tätig sind, aber bislang keiner Versicherungspflicht

49 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 59, abzurufen unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800> (zuletzt abgerufen am 8.II.2024).

50 Leonhardt (Fn. 41), NZS 2019, 527 ff.

51 Im Unterschied zur gesetzlichen Krankenversicherung, vgl. § 193 Abs. 3 VVG, § 5 Nr. 13 SGB V.

unterliegen. Das wird natürlich mit einer Stichtagsregelung umgesetzt werden müssen; systematisch bietet sich hierfür § 231 SGB VI an.⁵²

III. Bewertung

1. Abgleich mit einem eigenen Reformvorschlag

Die soeben skizzierten Ideen sollen mit einem eigenen Reformvorschlag abgeglichen werden, der an anderer Stelle ausführlich präsentiert wurde.⁵³ Dieser Reformvorschlag sieht die *umfassende* Einbeziehung derjenigen Selbständigen in die Rentenversicherung vor, die bislang keiner obligatorischen Pflichtversicherung in der ersten Säule der Alterssicherung in Deutschland unterliegen. Hierfür muss der zu reformierende § 2 SGB VI selbständig Tätige nunmehr auf abstrakt-generelle Weise erfassen. Für die Zwecke der Rentenversicherung ist es nämlich zunächst von nachrangiger Bedeutung, ob der Selbständige einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, Subunternehmer beauftragt oder alleine tätig wird, so wie es der geltende § 2 SGB VI unsystematisch niederlegt. Um Altersarmut zu verhindern und potentiell schutzbedürftige Selbständige zu erfassen, ist vielmehr die größtmögliche Zahl von Selbständigen zu erreichen. Das gelingt, indem der noch auf das Handwerk bezogene § 2 S. 1 Nr. 8 SGB VI verallgemeinert wird.⁵⁴

Eine solche Reform würde dazu führen, dass die Gruppe der Selbständigen in der ersten Säule der Alterssicherung umfassend und lückenlos pflichtversichert wäre. Gleichzeitig lassen sich so die historisch gewachsenen Strukturen auf dem Gebiet der Altersvorsorge respektieren. Die Reform bezüglich der umfassenden Rentenversicherungspflicht Selbständiger ist somit grundsätzlich minimalinvasiv angelegt, wegen des umfassenden

52 Mit Blick auf § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI vgl. *Segebrecht*, in: Kreikebohm/Roßbach (Hrsg.), SGB VI – Kommentar, 6. Aufl., München 2021, § 231 SGB VI Rn. 19 ff. und *Dankelmann*, in: Matlok/Winkler (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB VI, 3. Aufl., Saarbrücken 2021, § 231 SGB VI Rn. 87 ff.

53 *Preis/Temming*, Forschungsbericht 487: BMAS (Hrsg.), Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV) – Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2017, S. 41 ff.

54 *Preis/Temming* (Fn. 41), VSSR 2017, 291-294.

Ansatzes mit Blick auf die erste Säule der Alterssicherung trotzdem nachhaltig (auch im internationalen Vergleich⁵⁵).

Der Reformvorschlag arbeitet mit liberalen Befreiungsmöglichkeiten.⁵⁶ Zum einen betrifft dies die Gründungsphase in den ersten drei Jahren. Zum anderen geht es um den Zeitpunkt, wenn eine ausreichende Absicherung erreicht ist. Können Selbständige eine mit der Rentenversicherung funktional-gleichwertige private Altersabsicherung vorweisen, um gegen Altersarmut selbst vorzusorgen, und haben sie mit Blick auf diese alternative Altersvorsorge eine bestimmte Zielgröße erreicht, so sind sie auf Antrag zu befreien. Das gleiche gilt, wenn sie in der Rentenversicherung entsprechende Anwartschaften angesammelt haben. Die zu erreichende Zielgröße sollte die Höhe der steuerfinanzierten Grundsicherung zuzüglich eines bestimmten Sicherheitspuffers betragen und dynamisiert werden (bspw. zehn bis 20 Prozent). Ausdrücken kann man sie in Entgeltpunkten. Orientiert man sich zunächst an dem 27fachen des aktuellen Rentenwertes, der die Hinweispflicht der GRV-Träger auf die Grundsicherung im Alter auslöst (§ 109a Abs. 1 S. 3 SGB VI, § 46 S. 3 SGB XII), und erhöht dies um ca. zehn Prozent, so generieren zurzeit 30 Entgeltpunkte bei einem aktuellen erstmals einheitlichen aktuellen Rentenwert (2023/2024) von 37,60 € (West und Ost) eine Bruttomonatsrente in Höhe von ca. 1.130 € (genau 1.128 €). Zuzugestehen ist, dass man sich über einen alle Seiten überzeugenden Grenzwert wahrscheinlich schwer wird einigen können, da durch den Freibetrag gem. § 82a SGB XII der Anhaltswert des 27fachen Rentenwertes wohl zu niedrig sein dürfte und zudem die (Hälfte der) Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 SGB XII ebenso wie die Mieten einer anderen Entwicklung folgt. Der Schwellenwert müsste eigentlich höher anzusetzen sein.⁵⁷

Unabhängig von dieser Frage der konkreten Berechnung einer Zielmarke ließe sich jedenfalls auf diese Weise die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB VI nur für Handwerker vorgesehene Befreiungsmöglichkeit verallgemeinern und

55 Traub/Finkler, Soziale Absicherung von Selbständigen im internationalen Vergleich – Wissenschaftliche Studie im Auftrag der Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) und der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Bremen 2013, S. 12 ff., A6 f.

56 Preis/Temming, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 47 ff.

57 Gegner einer umfassenden Ausweitung des § 2 SGB VI auf Selbständige werden auf diese Weise die Schwelle in die Nähe des 40-fachen des aktuellen Rentenwertes bewegen können (u.U. sogar darüber), insbesondere wenn mit einem 20-prozentigen Sicherheitspuffer gearbeitet wird oder der Selbständige in den ersten drei Versicherungsjahren nur den halben Regelbeitrag entrichtet.

konsequent fortentwickeln. Bezogen auf das heutzutage notwendige Absicherungsniveau besitzt diese Vorschrift ohnehin keine Aussagekraft mehr (18 EP = ca. 680 €, genau 676,80 € Bruttomonatsrente). Das vergleichbare private Rentenprodukt wäre die bereits erwähnte Basisrente gem. § 2 AltZertG. Sie sichert ebenfalls die Risiken Alter, Invalidität und Tod ab und ist nicht vererbbar, beleihbar oder kapitalisierbar. Nur dann ist sichergestellt, dass der Einzelne im Alter über liquide Finanzmittel bis zu seinem Ableben verfügt, die eine Inanspruchnahme der Grundsicherung ausschließen oder zumindest verringern.

2. Verfassungsmäßigkeit

Das Modell des BMAS und der eigene Reformvorschlag lassen sich – im Vergleich zu anderen weitergehenden Vorschlägen⁵⁸ – als „kleine Lösung“ bezeichnen und sind aller Voraussicht nach auch verfassungsgemäß.⁵⁹ Dem stehen auch Unterschiede im Detail nicht entgegen. Mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit ist auf drei Gesichtspunkte hinzuweisen, die auch rechtliche und nicht nur rechtspolitische oder gar politische Argumente liefern, warum eine „kleine Lösung“ vorzugswürdig ist. Der erste Punkt betrifft die Frage einer Priorisierung des verfolgten Ziels, der zweite die Befreiungsmöglichkeit („opt out“), der dritte Punkt betrifft das Außenvorlassen der berufsständischen Versorgungswerke in beiden Vorschlägen.

58 *Ulber*, Mindestabsicherung von Selbstständigen in der Rentenversicherung – Rechtsgutachten, 2022, S. 58 f.

Schlegel (Fn. 38), NZS 2022, 685 ff.; *Windhövel*, Finanzierung einer Erwerbstätigenversicherung, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Erwerbstätigenversicherung – Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung, Bonn 2008, S. 35 (38, 40-42); *Michaelis*, Die Erwerbstätigenversicherung als Teil der gesetzlichen Rentenversicherung, in: ebda., S. 44 (Zwei-Schritt-Modell: erst die noch nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen, danach Beamte, Politiker, freie Berufe); s.a. *Eitenmüller/Eckerle*, Umfinanzierung der Alterssicherung – Endbericht der Prognos AG im Auftr. der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2000, S. 81 ff., 109 ff.; Übersicht bei *Fachinger/Frankus*, Sozialpolitische Probleme bei der Eingliederung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, Bonn 2011, S. 15; *Neumann*, Alterssicherung und „Solo-Selbstständigkeit“, SGB 2010, 463 (466 f.).

59 Ausf. *Preis/Temming*, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 55-69.

a) Priorität: Vermeidung von Altersarmut

Die anvisierte Reform der Alterssicherung für Selbständige dient bzw. sollte vier Zielen dienen. Dabei handelt es sich um die Verhinderung von Altersarmut, das Schutzbedürfnis des Einzelnen, den Solidarausgleich und die finanzielle Stabilität der GRV.⁶⁰ Wenn man sich entscheiden müsste, welches dieser Ziele man priorisieren oder als Primus *inter pares* ansehen sollte, so ist es vordringlich, Altersarmut zu verhindern. Das ist deshalb der Fall, weil der Staat ein eminentes Interesse daran haben sollte, den Einzelnen zur – selbstverständlichen – Altersvorsorge anzuhalten.⁶¹ Aus Subsidiaritätsgründen gilt es zu vermeiden, dass der Einzelne im Alter nicht genügend vorgesorgt hat. Denn ansonsten muss der Staat einen grundrechtlich verbürgten und unverzichtbaren Anspruch auf steuerfinanzierte Grundsicherung gem. § 41 Abs. 2 SGB XII erfüllen.⁶²

Im relativen Vergleich hierzu sind insbesondere die Ziele des Solidarausgleichs und der Sicherstellung der finanziellen Stabilität der GRV weniger wirkmächtig oder – zugespitzt formuliert – etwas weicher. Es gibt kein verfassungsrechtliches Gebot zu *unbedingter* Solidarität in einer Sozialversicherung. Denn es existieren noch andere widerstreitende Prinzipien, die hiermit in Ausgleich gebracht werden müssen, bspw. das Versicherungsprinzip.⁶³ Und dem legitimen Ziel der Sicherstellung der finanziellen Stabilität der GRV lässt sich immer die Warnung entgegenhalten, dass die Hereinnahme auch von guten und finanzkräftigen Risiken zukünftig zu entsprechend höher dotierten Rentenansprüchen führen wird, die dann gegenfinanziert werden müssen. Es gibt also durchaus juristische Argumente dafür, den Schwerpunkt einer Reform zunächst auf die Vermeidung von Altersarmut zu legen.⁶⁴ Die damit zusammenhängende rechtspolitische Frage ist natürlich, wie wirksam dieses Ziel umgesetzt werden soll.⁶⁵

60 Preis/Temming (Fn. 41), VSSR 2017, 308 f.

61 Vgl. die Nachweise in Fn. 48.

62 Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

63 Monographisch Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000, passim.

64 A.A. Ulber, Mindestabsicherung (Fn. 56), S. 57.

65 Vgl. auch die Ausführungen unter C.V. und D.

b) Zur Befreiungsmöglichkeit nach den §§ 2, 6 SGB VI

Erkennt man diese rechtspolitische Schwerpunktsetzung an, muss man sich konsequenterweise mit Befreiungsmöglichkeiten von der Rentenversicherungspflicht befassen. Das Ziel, Altersarmut zu verhindern, ist relativ konkret und berechenbar. Dann aber lässt sich eine Versicherungspflicht in der GRV im Grundsatz nur bis zur Höhe der Grundsicherung zuzüglich eines gewissen Sicherheitspuffers rechtfertigen.⁶⁶

Gegen Befreiungsmöglichkeiten wird im Zweifel der Aspekt der negativen Risikoselektion (ggf. in Zusammenschau mit dem Solidarprinzip) angeführt.⁶⁷ Dagegen lässt sich aber einwenden, dass es der Gesetzgeber selbst in der Hand hat, ob er es zu einer negativen Risikoselektion kommen lässt oder nicht und, wenn ja, wie intensiv diese ausfällt. Denn er kann selbst anordnen, mit welchem privaten Vorsorgeprodukt die Altersrente des SGB VI konkurrieren muss. Die Gefahr einer negativen Risikoselektion lässt sich entscheidend verringern, wenn als privates Konkurrenzprodukt nicht irgendein Vorsorgeprodukt zugelassen wird, sondern nur eines, welches dem Leistungsumfang einer Altersrente des SGB VI gleichwertig ist. Das heißt, es muss insbesondere die notwendige Liquidität im Alter garantieren, um Altersarmut zu verhindern. Dieses Produkt ist die bereits erwähnte Basisrente gem. § 2 AltZertG. Bereits jetzt besteht zwischen diesen beiden Produkten weitestgehend „Waffengleichheit“; zudem ist sie kapitalintensiv.⁶⁸

c) Zur personellen Reichweite der Reform: Die Berufsständische Versorgung

aa) Die Diskussion um ihre Einbeziehung

Der dritte Gesichtspunkt, der aus der schwerpunktmäßigen Vermeidung von Altersarmut folgt, betrifft die personelle Reichweite der Reform. Damit ist das Schicksal der berufsständischen Versorgungswerke angesprochen. Beide Reformvorschläge konzentrieren sich – in unterschiedlichem Umfang – auf diejenige Gruppe von Selbständigen, die noch nicht in der ersten Säule der Alterssicherung pflichtversichert sind. Das bedeutet zugleich, dass

66 Vgl. die Ausführungen unter C.III.1.

67 Aus jüngerer Zeit *Ulber*, Mindestabsicherung (Fn. 56), S. 35.

68 Vgl. die Berechnungen bei *Preis/Temming*, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 49 f.

die hergebrachten Strukturen in der ersten Säule der Alterssicherung nicht verändert werden.

Demgegenüber gehen andere Vorschläge dahin, zumindest auch die berufsständischen Versorgungswerke in ein Reformvorhaben einzubeziehen – entweder durch eine Reform der Befreiungsregel des § 6 SGB VI⁶⁹ oder gar des Pflichtversicherungstatbestandes in § 1 SGB VI.⁷⁰ Die Folge wäre, dass nicht nur abhängig beschäftigte Berufsträger, sondern auch die in den Versorgungswerken selbständig Tätigen der Pflichtversicherung in der GRV unterfallen würden. Man benötigt keine große Fantasie, um sich vorzustellen, dass eine solche Reform das faktische Ende der berufsständischen Versorgung bedeuten würde. Sie würde langfristig ausgezehrt werden und im Ergebnis in der GRV aufgehen, insbesondere wenn sie im Wege des offenen Deckungsplanverfahrens finanziert wird. Als Argumente für ihre Einbeziehung werden gemeinhin der Solidargedanke, die finanzielle Stärkung der GRV und die Verhinderung einer negativen Risikoselektion genannt;⁷¹ das ist alles legitim.⁷² Allerdings sind derartigen rechtspolitischen Bestrebungen zwei juristische Bedenken entgegenzuhalten; dabei handelt es sich um ein formelles und ein materielles.

bb) Gesetzgebungskompetenz

Zunächst ist auf den Umstand hinzuweisen, dass auch die Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit zu beantworten ist. Denn der Bundesgesetzgeber muss die formelle Gesetzgebungskompetenz besitzen, die Sozialversiche-

69 Speziell zur sog. Friedensgrenze zwischen berufsständischer Versorgung und GRV vgl. Mann, Die „Friedensgrenze“ zwischen Anwaltsversorgung und gesetzlicher Rentenversicherung, NJW 1996, 1315.

70 Vgl. die Nachweise in Fn. 58; vgl. BT-Drs. 13/8032, S. 8; zur Diskussion *Papier*, Alterssicherung durch berufsständische Versorgungswerke, in: Becker/Kaufmann/v. Maydell/Schmähl/Zacher (Hrsg.), Alterssicherung in Deutschland – Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2007, S. 455 (469); *Ruland*, Ausbau der Rentenversicherung zu einer allgemeinen Erwerbstätigenversicherung?, ZRP 2009, 165 (167); *Kreikebohm*, Kommt die Erwerbstätigenversicherung?, NZS 2010, 184; *Schmitt*, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbständiger, VSSR 2018, 197; *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 3. Aufl., Baden-Baden 2020, § 16 Rn. 234 ff. m.w.N.

71 Bspw. *Ulber*, Mindestabsicherung (Fn. 56), S. 11, 28, 49, 58 f.

72 BVerfG 5.5.2008 – 1 BvR 1060/05, SozR 4-2600 § 6 Nr. 7; BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706, 814, 819, 832, 837/08, NJW 2009, 2033 (2045).

rungspflicht von Selbständigen aus den Versorgungswerken anzuordnen. Diese Rechtsfrage ist indes umstritten, was in der aktuellen Diskussion häufig untergeht.⁷³

Die gegenwärtige Gesetzgebungskompetenz der Länder für die berufsständische Pflichtversorgung der verkammerten Freien Berufe steht im Ergebnis nicht infrage. Streitig ist aber, ob sich die Kompetenz aus Art. 70 GG oder nicht vielmehr aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG ergibt. Im ersten Fall läge eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder vor, im letzteren Fall läge zunächst eine konkurrierende Gesetzgebung zugunsten des Bundes vor. Die vor allem im staatsrechtlichen Schrifttum dominierende Sichtweise diesbezüglich ist, dass der Bund diese nicht vollständig ausgefüllt hätte. Folglich dürfen die Länder diesen Regelungsvorbehalt zu ihren Gunsten noch besetzen. Dies gilt, solange und soweit der Bund nicht umfänglich von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht.⁷⁴

Die Grundlagen der ersten Auffassung hat *Ernst Forsthoff* gelegt.⁷⁵ Noch heute werden namentlich drei Argumente zugunsten der Länder ins Feld geführt: Erstens handele es sich bei der berufsständischen Versorgung nicht um „Sozialversicherung“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Der Artikel sei in gesetzessystematischer Auslegung eng zu interpretieren. Er stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht, dem Arbeitsschutz und der Arbeitsvermittlung. Daher sei nur „die Versicherung der sozial schwächeren Schichten, insbesondere der Arbeitnehmer gemeint, nicht aber eine Versicherung, die sämtliche Angehörige eines freien Berufs ohne Rücksicht auf die Einkommensverhältnisse des Einzelnen erfasst.“⁷⁶ Diese Interpretation lasse sich auch rechtshistorisch stützen. Zweitens erfülle die berufsständische Versorgung auch berufspolitische Aufgaben. Sie sei also nicht nur vom Gedanken der kollektiven Eigenversorgung geprägt. Die berufsständische Versorgung gewährleiste die Sicherstellung

73 Hierzu bspw. *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG – Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 74 GG Rn. 36 m.w.N.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu (Begr.), Hofmann/Hennecke (Hrsg.), GG – Kommentar, 15. Aufl., München 2022, Art. 74 GG Rn. 157 m.w.N.; *Axer*, Föderalisierung der Sozialversicherung im unitarischen Sozialstaat, VSSR 2010, 1 (4).

74 Statt vieler: *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 27 ff. m.w.N., 236.

75 *Forsthoff*, Gutachterliche Stellungnahme zu einigen Rechtsfragen die Ärzte- und Zahnärzteversorgung betreffend, 1961.

76 BayVerfGHE 12, 14 (18).

besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter. Durch ihre Vorsorge beuge sie einer Überalterung der Berufsstände vor. Sie diene der Erhaltung voll leistungsfähiger freier Berufe. Gleichzeitig würde hierdurch auch eine wichtige arbeitsmarktpolitische Funktion erfüllt. Drittens sei schließlich die berufsständische Versorgung als Teil des öffentlich-rechtlichen Versicherungswezens einzuordnen, weil die Freien Berufe mittlerweile traditionell durch anhaltende Staatspraxis aus dem Kompetenztitel der Sozialversicherung ausgenommen seien.⁷⁷

Es mag überraschend klingen, wenn diese Argumente für nicht derart überzeugend gehalten werden, um die Berufsständische Versorgung in genügendem Maße vom Charakter einer Sozialversicherung zu distanzieren. Freilich streitet ein weiterer Gesichtspunkt zugunsten einer Gesetzgebungskompetenz der Länder, auf den weiter unten noch eingegangen wird. Doch zunächst zur Kritik an den obigen Argumenten, die für eine Kompetenz der Länder streiten.⁷⁸

Rollt man in diesem Zusammenhang das Feld von hinten auf, so würde der Hinweis auf die Staatspraxis das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 72 Abs.1 GG faktisch aushebeln, weil danach immer dann die Kompetenz des Bundes endgültig entfallen würde, sobald die Länder entsprechende Normen erlassen haben. Auch darf man nicht vergessen, dass die GRV im Lauf der Zeit einzelne – freilich nicht verkammerte – Berufe mit in die Pflichtversicherung hereingenommen hat (bspw. Hebammen, Seelotsen oder Künstler). Der Befund ist mit Blick auf die selbständig Tätigen also nicht einheitlich. Auch das Argument mit Blick auf die berufspolitischen Aufgaben verfängt nicht. Zweckpluralität schadet nicht, den Charakter einer Sozialversicherung auszuschließen. Auch die GRV verfolgt verschiedene Zwecke. Sie wirkt auf mehreren gesellschaftspolitisch wichtigen Feldern (Arbeitsmarkt, Rente, Reha, Beratung, Grundsicherung), bleibt indes eine „Sozialversicherung“. Schließlich negiert das Verständnis, dass sich Sozialversicherung auf den Schutz der sozial schwächeren Schichten konzentrierte (vor allem Arbeitnehmer), die Entwicklungsoffenheit des Rechts-

77 Ausf. *Delhey/Hartmann/Horn*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht*, Stand: 8/2023, 5388 Versorgungswerk, Rn. 23-27 m.w.N.
i.E. ebenso *Rolfs* (Fn. 38), *NJW* 2022, 2718.

78 Ausf. *Kemmler*, *Berufsständische Versorgungswerke*, in: *Ruland/Becker/Axer* (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 7. Aufl., Baden-Baden 2022, § 22 Rn. 10.

begriffs der Sozialversicherung.⁷⁹ In diesem Zusammenhang sei auch an die jährlich steigende monatliche Beitragsbemessungsgrenze für die pflichtversicherten regulären Beschäftigten erinnert, die nicht als niedrig bezeichnet werden kann (2024: 7.550 € West | 7.450 € Ost; ab 2025 einheitlich 8.050 €).

Es spricht daher weitaus mehr dafür, die berufsständischen Versorgungsträger ebenfalls als solidarische Einrichtungen zu qualifizieren. So lassen sich in den jeweiligen Satzungen der Versorgungswerke häufig soziale Elemente des solidarischen Ausgleichs finden. Das zeigen namentlich die Regelungen über die Hinterbliebenenversicherung und ihre Finanzierung oder die Absicherung der Berufsunfähigkeit ohne Risikoprüfung. Auch die jüngere Rechtsprechung identifiziert solidarische Elemente in den Versicherungsbedingungen der Berufsständischen Versorgungswerke. U.a. gibt es einschlägige Judikate des BayVerfGH oder des BVerwG.⁸⁰

Können bei den berufsständischen Versorgungsträgern inhaltliche Charakterzüge einer „Sozialversicherung“ identifiziert werden, bedeutet dies freilich nicht, dass die Auffassung zugunsten einer konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes als *herrschend* zu bezeichnen ist. Denn u.a. sind sowohl das BVerfG als auch das BVerwG nämlich der Ansicht, dass eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zugunsten der Länder vorliegt.⁸¹ Das BVerwG erkannte noch 2007, dass die „Regelung über die Versorgung von Angehörigen durch ein ärztliches Versorgungswerk (...) in die Gesetzgebungskompetenz der Landesgesetzgebung fällt und deshalb nicht der Regelung durch den Bund zugänglich“ ist.⁸²

Diese Position der Rechtsprechung entspricht schließlich auch dem nunmehr eindeutig verlautbarten Willen des Verfassungsgebers, der im Zuge der Föderalismusreform von 2006 deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Es heißt dort in den Unterlagen des Rechtsausschusses, „dass die Landeskompentenz für die Gesetze zu den berufsständischen Versorgungswerken der Freien Berufe von der Herausnahme der Bundeskompetenz für die Sozialversicherung (Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) aus dem Anwendungsbereich

79 BVerfG 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, NVwZ 2018, 1630 (1631 f.); *Kment* (Fn. 71), Art. 74 GG Rn. 35 m.w.N.

80 BayVerfGH 30.8.2017 – Vf. 7-VII-15, DÖV 2018, 80 m. Anm. *Hartmann/Horn*, DStR 2018, 829; BVerwG 2.12.2015 – 10 C 18/14, NVwZ-RR 2016, 344 (346).

81 BVerfG 4.4.1989 – 1 BvR 685/88, NJW 1990, 1653; BVerwG 3.11.1989 – 1 B 131.89, NJW 1990, 589; BVerwG 25.7.2007 – 6 C 27/06, NJW 2008, 246; BFH 10.10.2017 – X R 3/17, DStR 2018, 394 (396).

82 BVerwG 25.7.2007 – 6 C 27/06, NJW 2008, 246 (247 Rn. 21).

des Artikels 72 Abs. 2 neu (Erforderlichkeitsklausel) nicht tangiert“ werde.⁸³ Diese Aussage macht nur Sinn, wenn von einer schon zuvor bestehenden ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder ausgegangen worden ist.

Aus diesen kompetenzrechtlichen Stellungnahmen lässt sich schließen, dass eine Reform, die die Selbständigen von Berufsständischen Versorgungswerken mit in den Blick nehmen möchte, zugleich die formelle Frage der Gesetzgebungskompetenz beantworten müsste. Hier bestehen juristische und nicht nur rechtspolitische oder gar rein politische Hürden. Der Wille des Verfassungsgebers ist ein hartes Datum. Es ist daher juristisch vertretbar und aus taktischer Sicht klüger, es bei der hergebrachten Struktur der Alterssicherung in der ersten Säule zu belassen. Natürlich aber bleibt es legitim, die Kompetenzfrage aufzuwerfen. Das BVerfG liefert für seine Auffassung keine Argumente. Ob allerdings Urteile des BVerfG, des 1. Senat des BVerfGH oder des 1. Senat des BayVerfGH auf dem Gebiet der Berufsständischen Versorgung für die herrschende Position im Schrifttum vereinnahmt werden können, ist m.E. fraglich.⁸⁴ Denn die Gerichte bestätigen die Verfassungsgemäßheit von Landesgesetzen; unausgesprochen haben sie damit deren Gesetzgebungskompetenz bejaht. Auffällig ist auch, dass das BVerfG und der 1. Senat des BVerfGH dem Landesgesetzgeber einen Gestaltungsspielraum für umfassendere Reformen im Bereich der Versorgungswerke ostentativ offen halten.

cc) Art. 14 GG

Neben der formellen ist darüber hinaus die materiell-rechtliche Verfassungsmäßigkeit im Blick zu halten. Rechtliche Hürden erwarten einen mit Blick auf die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG, soweit nicht der Nachwuchs, sondern Bestandsversicherte von berufsständischen Versorgungswerken betroffen sind. Damit sind Freiberufler gemeint, die bereits

83 BT-Drs. 16/2069, S. 13.

84 BVerfG 2.12.2015 – 10 C 18/14, NVwZ-RR 2016, 344 (346); BayVerfGH 30.8.2017 – Vf. 7-VII-15, DÖV 2018, 80; 1. Senat des BVerfGH 21.3.2014 – VerfGH 41/12, DÖV 2014, 629; VG Berlin 15.2.2012 – VG 14 A 20.08, BeckRS 2012, 48499.

Mitglied eines Versorgungswerkes geworden sind und Beiträge erbracht haben.⁸⁵

Die Eigentumsfähigkeit von Versorgungsansprüchen und -anwartschaften gegenüber den Versorgungswerken darf mittlerweile als geklärt gelten. Überführt der Gesetzgeber diese Personenkreise in die Rentenversicherung, greift er in Art. 14 Abs. 1 GG ein. Dafür muss er hinreichend gewichtige Allgemeinwohlgründe vorweisen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Außerdem müsste er durch entsprechende Übergangsregelungen dem Vertrauensschutzgedanken Rechnung tragen.⁸⁶ Allgemeinwohlgründe ließen sich vor allem dann finden, wenn die Überführung geeignet wäre, im Hinblick auf die demographische Entwicklung die Finanzlage der gesetzlichen Rentenversicherung dauerhaft zu verbessern. Ungeachtet des insoweit bestehenden gesetzgeberischen Beurteilungs- und Prognosespielraums dürfte die Zielerreichung angesichts der Zahlenverhältnisse und der eigentumsrechtlichen Verfassungsrechtslage unwahrscheinlich sein. Der Eingriff dürfte folglich hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit nur schwer plausibel zu machen sein. Die 91 berufsständischen Versorgungswerke versichern gut eine Million Mitglieder; demgegenüber beläuft sich die Zahl der aktiv Versicherten in der gesetzlichen Rentenversicherung derzeit auf gut 39 Millionen Personen (2021); das jährliche Ausgabevolumen der Rentenversicherung lag im Jahre 2022 bei etwa 323 Mrd. EUR für die Renten; das gesamte Deckungsvermögen der Versorgungswerke erreichte dagegen insgesamt nur knapp über 200 Mrd. EUR.

Diese Zahlen sind am Maßstab des Grundgesetzes und vor dem Hintergrund einschlägiger Prinzipien (Grundsatz der Lebensstandardsicherung; Leistungs-, Versicherungs-, Äquivalenzprinzip) zu interpretieren. Nach diesen Rechtsvorgaben müssen in den Versorgungswerken die Leistungsansprüche der Versicherten im Versicherungsfall voll erfüllt werden. Es geht hier um Ansprüche, die Versicherte ohne jeglichen Staatszuschuss aufgebaut haben. Den bei „Eingemeindung“ der freien Berufe jetzt höheren Beitragseinnahmen der Rentenversicherung – gemeinhin 0,1 Prozentpunkte – stünden daher in Zukunft entsprechend hohe Rentenansprüche der freien

85 BVerfG 31.8.2004 – 1 BvR 285/01, NZS 2005, 253; *Papier*, Alterssicherung (Fn. 68), S. 468 ff.; *Ruland*, in: ders./Dünn (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – GK-SGB VI, Stand: 1.8.2022, § 6 SGB VI Rn. 42; *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 236-239 m.w.N.; *Delhey/Hartmann/Horn* (Fn. 75), 5388 Versorgungswerk, Rn. 28 ff. m.w.N.

86 Zum Folgenden ausf. *Butzer*, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 237.

Berufsträger gegenüber. Im Schnitt sind diese Regelaltersrenten zwei bis drei Mal höher als der Durchschnitt in der GRV.

Insgesamt betrachtet ist die Hereinnahme der Berufsständischen Versorgungswerke juristisch anspruchsvoll.⁸⁷ Zugespißt formuliert: Damals – 1957, im Jahr der großen Rentenreform – hatte Bundeskanzler Konrad Adenauer die Möglichkeit, die Versorgungswerke in die GRV zu holen⁸⁸. Der Alte wollte aber ist. Dass den Berufsständischen jetzt ihr – relativer – Erfolg aufgrund „zwangsweiser Hilfe zur Selbsthilfe“ zum Nachteil gereichen soll, erschließt sich nicht. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass die Rentenversicherungspflicht in der historischen Rückschau nur dann auf neue Gruppen von Selbständigen ausgeweitet wurde, wenn diese als wirtschaftlich schutzbedürftig identifiziert wurden.⁸⁹ Die Hereinnahme der berufsständischen Versorgungswerke würde im Vergleich hierzu einen gewissen historischen Bruch bedeuten.

IV. Zwischenergebnis

Die in diesem Beitrag skizzierten Reformvorschläge zur Reform der Alterssicherung von Selbständigen liegen im Großen und Ganzen auf einer Linie. Wie stark Gemeinsamkeiten und Unterschiede letztendlich sein werden, hängt natürlich von der konkreten Ausformulierung eines zukünftigen Entwurfs des BMAS ab. Im Vergleich zu dem möglicherweise etwas umfassenderen Vorschlag der Großen Koalition von 2018 – „Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung mit Opt-out-Lö-

87 Butzer, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 239: Überführung in die GRV unwahrscheinlich.

88 Zum historischen Kontext vgl. Butzer, Berufsständische Versorgungswerke (Fn. 68), Rn. 7; eindrucksvoll die Aussage der CDU-Abgeordneten Schüttler in BT-PlPr. der 2. Wahlperiode 1953, Bd. 34, 184 – Sitzung v. 16.1.1957, S. 10201 f. (A): „Wir möchten eine Versicherung haben, die sich auf die wirklich unselbständig tätigen Arbeitnehmer – Angestellte und Arbeiter – bezieht und es dabei auch belässt. Was später mit den freien Berufen geschehen soll und was diese etwa aus ihrer Initiative heraus tun möchten, bleibt der Zeit überlassen. Hier jedenfalls können wir es nicht regeln, und hier hat solche Regelung keinen Platz.“, abzurufen unter <https://www.bundestag.de/okumente/protokolle/plenarprotokolle> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

89 Preis/Temming, Forschungsbericht 487 (Fn. 51), S. 30-34.

sung und Altersvorsorgepflicht.⁹⁰ – ist der Kompromisskorridor der jüngst zerbrochenen Ampelkoalition aber offensichtlich schmaler gewesen. Das ist keine große Überraschung und erinnert sehr an die Handschrift der FDP.⁹¹ Auf der Linie der Koalition präsentierte sich auch mehrheitlich der Deutsche Juristentag 2022 in Bonn. Dessen Beschluss liest sich fast wie der Vorschlag der Geschichte gewordenen Ampelkoalition.⁹² 2024 schlug beim 74. Deutschen Juristentag in Stuttgart das Pendel wieder für eine umfassendere Einbeziehung aus.⁹³

D. Fazit

Nachhaltige Reformen im Arbeitszeitrecht und der Altersabsicherung von Selbständigen sind drängend. Entsprechende Antworten der vor kurzem beendeten Ampel-Koalition oder des BMAS fallen aber – wie so häufig im Arbeits- und Sozialrecht – nicht zufriedenstellend aus. Im Arbeitszeitrecht beschränkt sich das BMAS auf die überfällige Umsetzung des EuGH-Urteils CC.OO. Der Entwurf ist bevormundend; noch dazu verquickt ihn das BMAS mit einer eigenen Agenda auf dem Gebiet des Tarifrechts, die iRd ArbZG in dieser Form verfassungswidrig ist. Im Sozialversicherungsrecht geht die sich abzeichnende Reform der Rentenversicherungspflicht Selbständiger unter Beachtung der gewachsenen Strukturen in der ersten Säule der Alterssicherung wenigstens in die richtige Richtung. Doch obwohl man auf diesem Gebiet gestalterisch agieren und den Grundstein dafür legen könnte, um drohende Altersvorsorgelücken und vor allem Altersarmut wirksam zu verhindern, wird in einem möglichen Rentenpaket III höchstwahrscheinlich der Trippelschritt gewählt, anstatt auf mutige Weise

90 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, Zeilen 492, 493, abzurufen unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

91 Beschluss des 67. Ordentlichen Bundesparteitags der FDP v. 23./24.4.2016, „Für eine moderne Altersvorsorge“, S. 4 f., abzurufen unter <https://www.fdp.de/beschluss/beschluss-des-67-ord-bundesparteitages-fuer-eine-moderne-altersvorsorge> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

92 Beschluss Nr. 10a und 10b der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Beschlüsse des 73. DJT, Bonn 2022, S. 10, abzurufen unter <https://djt.de/wp-content/uploads/2022/09/Beschluesse.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

93 Beschluss Nr. 11 und 12 der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Beschlüsse des 74. DJT, Stuttgart 2024, S. 13, abzurufen unter <https://djt.de/wp-content/uploads/2024/09/Beschluesse.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2024).

Erwerbstätige in der ersten Säule der Alterssicherung umfassend einzubeziehen.

Planungsbeschleunigung als Voraussetzung für Transformation

Andrea Versteyl und Peter Kersandt

I. Ausgangslage

Das Thema Beschleunigung ist ein Dauerbrenner. Als vermeintliche (schnelle) Lösung gilt das Tätigwerden des Gesetzgebers, z.B. im Zusammenhang mit den Herausforderungen des globalen Klimawandels.¹

Die Regelungen für immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren haben sich grundsätzlich bewährt. In fernerer Vergangenheit konnten die Verfahren noch im Wesentlichen innerhalb des in § 10 Abs. 6a Satz 1 BImSchG vorgesehenen Zeitraums von 7 bzw. 3 Monaten (je nach Verfahrenart) abgeschlossen werden.

Die Praxis zeigt, dass dies seit etlichen Jahren nicht mehr der Fall ist. Gleichzeitig wächst die Zahl der zur Transformation der Wirtschaft, zur Dekarbonisierung, zum Ausbau der erneuerbaren Energien usw. durchzuführenden Genehmigungsverfahren stetig.²

-
- 1 Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases v. 24.5.2022, BGBl. I S. 802 ff.; Zweites Gesetz zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften v. 20.7.2022, BGBl. I S. 1325 ff.; Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land v. 20.7.2022, BGBl. I S. 1353 ff.; Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor v. 20.7.2022, BGBl. I S. 1237 ff.; Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 20.7.2022, BGBl. I S. 1362 ff.; Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich vom 14.3.2023, BGBl. I Nr. 71; Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 22.3.2023, BGBl. I Nr. 88; Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht v. 4.1.2023, BGBl. I Nr. 6; Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes v. 22.12.2023, BGBl. I Nr. 409; Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht v. 3.7.2024, BGBl. I Nr. 225.
 - 2 BDI, Beschleunigte Genehmigungen für die Transformation der Industrie – Mehr Klimaschutz durch fortschrittliche Industrieanlagen, Positionspapier vom 10.2.2022, abrufbar unter <https://bdi.eu/publikation/news/beschleunigte-genehmigungen-fuer-di-e-transformation-der-industrie-innovationen> (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Von den jüngsten gesetzgeberischen Maßnahmen haben sich diejenigen zur Erleichterung des Brennstoffwechsels und zur Errichtung von LNG-Terminals als wirksam herausgestellt. Die Vollzugsfähigkeit und Wirksamkeit anderer gesetzlicher Instrumente, wie derjenigen zum beschleunigten Ausbau der Erneuerbare-Energie-Anlagen³ u.a. durch die Abwägungsdirektive des „überragenden öffentlichen Interesses“ (§ 2 Satz 1 EEG), muss sich erst noch erweisen.

Mit Ausnahme der Beschleunigungsgesetze zur Vollendung der deutschen Einheit zeigt die Erfahrung, dass gesetzliche Beschleunigungsinstrumente nur beschränkte Wirksamkeit entfalten.⁴ Grund dafür ist, dass sie im konkreten Zulassungsverfahren praktisch umgesetzt werden müssen und es hierbei häufig und über längere Zeit an Vollzugshinweisen fehlt.

Der Nationale Normenkontrollrat der Bundesregierung hat im Rahmen seiner Zuständigkeit für Themen der besseren Rechtsetzung bereits im November 2020 und Juni 2021 konkrete Vorschläge zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, auch zur Erreichung der Klimaschutzziele, gemacht.

Die Beschleunigungsgesetze der laufenden Legislaturperiode betreffen – aus aktuellem Anlass – ganz überwiegend den Bereich der erneuerbaren Energien; dies gilt auch für die (im Ansatz richtigen) Instrumente zur Beschleunigung der verwaltungsgerichtlichen Verfahren.⁵

Mit der sog. Klimaschutznovelle des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG)⁶ sind weitere verfahrensrechtliche Beschleunigungsmaßnahmen in Kraft getreten, allerdings ganz überwiegend für Anlagen zur Errichtung von erneuerbaren Energien.

Es fehlen nach wie vor entsprechende Maßnahmen für alle anderen Investitionsvorhaben im Bereich von Industrie und Infrastruktur. Auch diese können einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz, z.B. durch die Dekarbonisierung der Energieerzeugung oder die Rückgewinnung von Rohstoffen durch das Recycling von Abfällen, leisten.

3 Siehe Fn. 1.

4 Siehe dazu *Groß*, Beschleunigungsgesetzgebung – Rückblick und Ausblick, ZUR 2021, 75 ff.; *Roth*, Planungs- und Genehmigungsbeschleunigung, ZRP 2022, 82 ff.; *Tefßner*, Entwurf eines Verfahrensbeschleunigungsgesetzes: Beschleunigung durch Abbau von Verwaltungskontrolle und Verfahrensrechten, ZUR 2006, 469 (473).

5 Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich vom 14.3.2023, BGBl. I Nr. 71.

6 Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht v. 3.7.2024, BGBl. I Nr. 225.

Gleichwohl ist es auch in diesen Bereichen bereits jetzt möglich, Zulassungsverfahren wirksam zu beschleunigen. Die entsprechenden Lösungen müssen in jedem Einzelfall durch eine enge Abstimmung des Antragstellers mit den Genehmigungsbehörden und Fachbehörden im konkreten Verfahren gefunden werden.

Zur Beschleunigung können die Genehmigungsbehörden durch frühzeitige, zielführende Beratung der Vorhabenträger und die Vorhabenträger durch die Vorlage vollständiger und prüffähiger Antragsunterlagen beitragen.

Für beide Seiten sind diese Aufgaben durch die materiellen Vorgaben des europäischen und nationalen Fachrechts einerseits und die Kontrollpflicht bei der objektiv-rechtlichen Überprüfung von Zulassungsentscheidungen durch die Gerichte (nach Einführung des Verbandsklagerechts) andererseits nicht einfacher geworden.

Regelmäßig führen neue Vorgaben und materielle Standards, z.B. im Natur- und Artenschutzrecht, sowie deren Konkretisierung durch die Verwaltungsgerichte zu erheblichen Rechts- und Investitionsunsicherheiten. Sie verursachen Unsicherheiten im Vollzug, wiederholte fachbehördliche Prüfungen und damit Verzögerungen bei der Anwendung des Rechts. Änderungen der formellen und materiellen Anforderungen durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte können auf nicht bestandskräftige Zulassungsentscheidungen auch dann zurückwirken, wenn die Behörde diese Rechtsprechung bei ihrer Entscheidung noch gar nicht berücksichtigen konnte.⁷

Maßnahmen zur wirksamen Beschleunigung von Genehmigungsverfahren müssen daher im konkreten Verfahren sowohl auf Seiten des Antragstellers als auch auf Seiten der Behörde ansetzen. Der Vorhabenträger kann vor allem durch ein effektives Projektmanagement die Erstellung vollständiger und prüffähiger Antragsunterlagen gewährleisten und damit die Grundlage schaffen, um – bereits existierende – gesetzliche Fristen

7 Vgl. *Sachs*, in: P. Stelkens/Bonk/Leonhardt (Begr.), *Sachs/Schmitz/U. Stelkens* (Hrsg.), *VwVfG – Kommentar*, 10. Aufl., München 2022, § 44 Rn. 16, 33.

im BImSchG⁸ und in der 9. BImSchV⁹ für behördliche Prüfungen einzufordern.

Die Erstellung vollständiger und prüffähiger Antragsunterlagen bedarf eines frühzeitigen Austausches mit der Genehmigungs- und den Fachbehörden. In komplexen Genehmigungsverfahren sind regelmäßig ca. 15-30 Fachbehörden und Träger öffentlicher Belange einzubeziehen; dies geschieht oft bereits im Rahmen der Vollständigkeitsprüfung. Von zentraler Bedeutung ist deshalb in dieser Phase die Wahrnehmung der Koordinierungspflicht der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde.

Die Personalausstattung der Genehmigungsbehörden ist seit mehr als 20 Jahren als wesentlicher Grund für verzögerte Genehmigungsverfahren erkannt.¹⁰ Diese Situation hat sich nicht verbessert, sondern deutlich verschlechtert.

Sie hat, wenn auch mit erheblicher Verspätung, inzwischen dazu geführt, dass von dem Instrument eines externen Projektmanagers zur Unterstützung der Behörde – jedenfalls bei Infrastrukturvorhaben – zunehmend Gebrauch gemacht wird. Im Immissionsschutzrecht besteht diese Möglichkeit nach § 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 5 9. BImSchV bereits seit 1993. Noch wird davon (auch) wegen vermeintlicher Ausschreibungspflichten häufig kein Gebrauch gemacht.

Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung wirkt, wie oben dargestellt, zurück auf den Vollzug. Beide Bereiche stellen sich wie kommunizierende Röhren dar: Entscheidungen auf der einen Ebene können zu Verzögerungen auf der anderen Ebene führen – und umgekehrt. Die Dauer der gerichtlichen Überprüfung bis zur Rechtskraft von Zulassungsbescheiden wirkt sich ebenso wie die Dauer des Genehmigungsverfahrens selbst auf die Beschleunigung oder Verzögerung von Investitionen aus.

-
- 8 Bundes-Immissionsschutzgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 17.5.2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 3.7.2024 (BGBl. I Nr. 225).
 - 9 Verordnung über das Genehmigungsverfahren i.d.F. der Bekanntmachung vom 29.5.1992 (BGBl. I S. 1001), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 3.7.2024 (BGBl. I Nr. 225).
 - 10 Vgl. Ramsauer, Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2008, Paper 15, S. 5.

II. Verfassungsrechtliche Einordnung des Anspruches auf ein zügiges Verfahren

Die Notwendigkeit, Verwaltungsverfahren in angemessener Zeit zu erledigen, wird als „Beschleunigungsgebot“ bezeichnet. Einfachrechtlich gebietet § 10 Satz 2 VwVfG, das Verwaltungsverfahren „einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen“. Bei der Vorschrift handelt es sich nicht um einen reinen Programmsatz, sondern um eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung; der daraus resultierende Anspruch geht im Kern über die Einhaltung von gesetzlich vorgesehenen Verfahrensfristen und die Dreimonatsfrist für die Untätigkeitsklage nach § 75 Satz 2 VwGO hinaus.

Zügige Genehmigungsverfahren sind kein Privileg großer und/oder ausländischer Investoren. Der Rechtsanspruch ist auch nicht auf bestimmte Vorhaben, etwa Vorhaben, die dem Klimaschutz dienen, beschränkt. Der Beschleunigungsgrundsatz hat vielmehr einen verfassungsrechtlichen Rahmen.¹¹ Die Konsequenzen hieraus mögen im Einzelfall umstritten und diskussionswürdig sein; die Verankerung in Art. 20 Abs. 3 GG kann jedoch nicht grundsätzlich in Abrede gestellt werden.¹² Vielmehr setzt das aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Rechtsstaatsprinzip voraus, dass Verwaltungsverfahren in einer für den Antragsteller nicht unnötig oder unverhältnismäßig langen Dauer durchgeführt werden. Ein vergleichbares Beschleunigungsgebot ist seit geraumer Zeit für das besonders eingriffsintensive Strafverfahren unstreitig anerkannt.¹³

Aber auch das Verwaltungsverfahren, in dem der Private gegenüber der Genehmigungsbehörde in einer strukturell schwächeren („untergeordneten“) Position steht, kann rechtsstaatlichen Grundsätzen nur genügen, wenn dem Antragsteller gewisse Verfahrensgarantien zu dessen Schutz zugestanden werden. Aus diesem Grund gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dass Entscheidungen staatlicher Stellen zügig erfolgen.¹⁴

An diesen verfassungsrechtlichen Rahmen knüpfte der Gesetzgeber an, als er in § 10 Satz 2 VwVfG das einfache, zügige und zweckmäßige Verwal-

11 Bullinger, Beschleunigung von Investitionen durch Parallelprüfung und Verfahrensmanagement, JZ 1993, 492 ff.

12 A.A. Groß (Fn. 4), ZUR 2021, 75 ff. m.w.N.

13 BVerfG, Kammerbeschluss vom 14.7.1994 – 2 BvR 1072/94, NJW 1995, 1277 f. m.w.N.; Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Begr.), Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 103. EL, München 2024, Art. 2 Abs. 1 Rn. 74.

14 Vgl. für die Judikative Greszick, in: Herzog/Scholz (Hrsg.), GG (Fn. 13), Art. 20 Rn. 141.

tungshandeln einfachgesetzlich festschrieb. In der Begründung zu dieser Vorschrift wurde festgestellt, dass es sich lediglich um eine Klarstellung handele, da das Beschleunigungs- und Effektivitätsgebot ohnehin Bestandteil jedes rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens sei.¹⁵

Der sich an eine Behörde wendende Private hat ein berechtigtes und schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass sein Antrag zeitnah bearbeitet und auf diese Weise Rechtsklarheit hergestellt wird. Ohne ein solches Vertrauen wären wirtschaftliche Dispositionen kaum vorstellbar.

Im Gegenzug ist die Behörde rechtlich verpflichtet, das entgegengebrachte Vertrauen nicht zu enttäuschen, sondern das Verwaltungsverfahren mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln möglichst zügig und effizient zu betreiben. Insofern ist die zügige Verfahrensführung nicht nur einfachrechtliches Gebot, sondern Ausdruck des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips.¹⁶ Ohne dass es auf den Gegenstand des Antrags ankommt, ist die Behörde somit zur effizienten Bearbeitung verpflichtet.

Das gilt umso mehr, wenn das Vorhaben dem Klimaschutz dient. In diesem Fall stellt Art. 20a GG einen weiteren Anknüpfungspunkt in der Verfassung dar, der die Beschleunigung von Verfahren normativ einfordert.¹⁷

Um Klimaschutzprojekte handelt es sich allerdings nicht nur bei Anlagen zur Gewinnung und Ableitung erneuerbarer Energien, bei der Stromnetz- oder Schieneninfrastruktur, sondern auch bei zahlreichen anderen Projekten u.a. im Bereich der Wasserstofftechnologie¹⁸ oder der Kreislaufwirtschaft, z.B. des Recyclings von Batterien für E-Autos.

15 BT-Drs. 13/3995, S.7; Siehe auch *Ritgen*, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG – Kommentar, 11. Aufl., Köln 2020, § 10 Rn. 22.

16 Zustimmung *Gerstner-Heck*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 59. Ed., München 2023, § 10 Rn.17; *Huck*, in: ders./Müller, VwVfG – Kommentar, 3. Aufl., München 2020, § 10 Rn. 8; *Ritgen* (Fn.15), § 10 Rn. 5, 22; außerdem *Sennekamp*, in: Mann/ders./Uechtritz (Hrsg.), VwVfG – Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2019, § 10 Rn. 7 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 26.2.1985 – 2 BvR 1145/83, BVerfGE 69, 161 (169), das eine entsprechende Verpflichtung dem Willkürverbot entnimmt.

17 Vgl. *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, Beschleunigung bei Planung, Genehmigung und Vergabe, NVwZ 2022, 1321 (1323).

18 Siehe jetzt auch Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Verfügbarkeit von Wasserstoff und zur Änderung weiterer rechtlicher Rahmenbedingungen für den Wasserstoffhochlauf sowie zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 20/11899.

III. Wirksame Beschleunigungsansätze

Im Folgenden werden Beschleunigungsinstrumente betrachtet, die sich bereits bewährt haben und ausgebaut werden sollen. Es geht zum einen um den Einsatz externer Projektmanager und zum anderen um die Möglichkeit des Verzichts auf einen Erörterungstermin.

1. Einsatz von Projektmanagern

Der Einsatz externer Projektmanager zur Unterstützung der personell oft unterausgestatteten Genehmigungsbehörden hat sich seit vielen Jahren als wesentliches Beschleunigungsinstrument bewährt.¹⁹ Eine Rechtsgrundlage für den Einsatz Dritter im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren besteht seit langem nach § 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 5 9. BImSchV. Weitere Rechtsgrundlagen existieren im Fachplanungsrecht, z.B. für den Netzausbau (§ 29 NABEG, § 43g EnWG).

Die Einschaltung eines Projektmanagers in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren nach § 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 5 9. BImSchV in Abstimmung mit dem und auf Kosten des Vorhabenträgers soll die Behörde bereits im Rahmen der Erstunterrichtung mit diesem besprechen, um eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen.

Der Einsatz externer Dritter umfasst nicht nur die Vorbereitung und Leitung des Erörterungstermins, sondern das gesamte Spektrum der im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens abzuarbeitenden Schritte vom Scoping-Termin über den Erörterungstermin, die zusammenfassende Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen des Vorhabens bis zum Entwurf des Genehmigungsbescheids. Sämtliche Leistungen werden durch den Dritten im Auftrag und unter Aufsicht der Behörde erbracht. Der Einsatz Dritter begegnet keinen rechtlichen Bedenken.²⁰

Praxisberichte von Behördenmanagern zeigen auch die akzeptanzfördernde Wirkung der Leitung des Erörterungstermins durch einen externen

19 Siehe dazu auch die Beiträge von *Kalz*, Aktuelle behördliche Instrumente zur Beschleunigung von Planfeststellungsverfahren für den Netzausbau, und *Rockitt*, Projektmanagement in Planfeststellungsverfahren aus der Sicht der Behörde, in: Mann/Mainzer/Kersandt/Spieler (Hrsg.), *Recht und Verantwortung – Festschrift für Andrea Versteil*, Baden-Baden 2023, S. 211 ff. und 227 ff.

20 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.5.2007 – II S 83.0, juris, Rn. 20.

Dritten auf, der nicht Teil der Genehmigungsbehörde ist und damit als neutral wahrgenommen wird. Laut Kalz habe sich die externe Moderation „als taugliches Modell erwiesen, Erörterungsverfahren mit großer Komplexität arbeitsteilig zu bewältigen und durch die Planung hervorgerufene starke Emotionen der Betroffenen durch eine deutlich verkörperte Neutralität zu mildern“.²¹ Mit Unterstützung eines externen Projektmanagers konnte z.B. die Niedersächsische Landesbehörde für Straßenbau und Verkehr 2019 das Planfeststellungsverfahren für die 380 kV-Leitung Emden-Connedorde mit einem bestandskräftigen Beschluss, d.h. ohne gerichtliche Überprüfung, abschließen.

Der im Rahmen der Klimaschutznovelle zum BImSchG²² in die 9. BImSchV neu eingefügte § 2b sieht den Einsatz von Projektmanagern jetzt als Soll-Vorschrift vor.

Die Vorschrift ist an ähnliche Regelungen im Fachplanungsrecht (§ 29 NABEG, § 43g EnWG, § 17a AEG, § 17h FStrG) angelehnt. Sie lautet:

„§ 2b Projektmanager

- (1) *Die Genehmigungsbehörde soll in jeder Stufe des Verfahrens einen Dritten als Projektmanager, der als Verwaltungshelfer beschäftigt werden kann, auf Antrag oder mit Zustimmung des Vorhabenträgers und auf dessen Kosten mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten beauftragen. Dies kann insbesondere folgende Verfahrensschritte umfassen:*
1. *Die Erstellung von Verfahrensleitplänen unter Bestimmung von Verfahrensabschnitten und Zwischenterminen,*
 2. *die Fristenkontrolle,*
 3. *die Koordinierung von erforderlichen Sachverständigengutachten,*
 4. *das Qualitätsmanagement der Anträge und Unterlagen der Vorhabenträger,*
 5. *die erste Auswertung der eingereichten Stellungnahmen,*
 6. *die organisatorische Vorbereitung eines Erörterungstermins,*
 7. *die Leitung des Erörterungstermins,*
 8. *den Entwurf der Niederschrift nach § 19,*

21 Kalz, Erfahrungsbericht über die externe Moderation des Erörterungstermins im eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsverfahren für die Ertüchtigung der Bahnstrecke Oldenburg-Wilhelmshaven, NordÖR 2016, 278 (281).

22 Siehe Fn. 6.

9. den Entwurf der Entscheidung nach § 20 sowie
 10. die Prüfung der Vollständigkeit der Unterlagen nach § 7.
- (2) Die Entscheidung nach § 20 trifft allein die Genehmigungsbehörde.
- (3) Stimmt der Träger des Vorhabens zu, kann die Genehmigungsbehörde bei der Beauftragung des Projektmanagers mit diesem vereinbaren, dass die Zahlungspflicht unmittelbar zwischen Vorhabenträger und Projektmanager entsteht und eine Abrechnung zwischen diesen erfolgt. Der Projektmanager ist verpflichtet, die Abrechnungsunterlagen ebenfalls der Genehmigungsbehörde zu übermitteln. Die Genehmigungsbehörde prüft, ob die vom Projektmanager abgerechneten Leistungen dem jeweiligen Auftrag entsprechen, und teilt dem Vorhabenträger das Ergebnis dieser Prüfung unverzüglich mit.“

Von der Möglichkeit der Beauftragung eines Projektmanagers auf Antrag oder mit Zustimmung des Vorhabenträgers ist nur in Ausnahmefällen kein Gebrauch zu machen. Dies ist zu begrüßen, da so die Möglichkeit besteht, behördliche Kapazitäten kurzfristig und einzelfallbezogen zu erweitern. Die Vorschrift sollte dahingehend flankiert werden, dass die Kosten, die der Vorhabensträger zu übernehmen hat, zu einer Reduzierung der Verwaltungsgebühren für die Genehmigung führen.

2. Fakultativer Erörterungstermin

Die praktische Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung in Planfeststellungsverfahren und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren hat durch den Wegfall der materiellen Präklusion deutlich abgenommen. Die Zahl der Einwendungen geht seit Jahren zurück, die Öffentlichkeitsbeteiligung ist kein entscheidender Grund mehr für Verfahrensverzögerungen.²³

Die Legitimation von Vorhaben ist durch die Beteiligung der Öffentlichkeit im Verfahren auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Instrumente sichergestellt,²⁴ die Durchführung eines Erörterungstermins hierfür in der Regel nicht notwendig. Nach den Erfahrungen mit dem Planungssicherstellungsgesetz²⁵ sollte insoweit ein weiter Ermessensspielraum

23 Vgl. dazu bereits *Versteyl*, Partizipation durch Verfahren, I+E 2011, 89 (90).

24 *Versteyl* (Fn. 23), I+E 2011, 89.

25 Planungssicherstellungsgesetz vom 20.5.2020 (BGBl. I S. 1041), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 4.12.2023 (BGBl. I Nr. 344).

eingerräumt (vgl. jetzt § 27c VwVfG) und von den Behörden auch wahrgenommen werden.

Bereits nach derzeitiger Rechtslage liegt die Entscheidung über die Durchführung eines Erörterungstermins im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren im Ermessen der Behörde, § 10 Abs. 6 Satz 1 BImSchG i.V.m. §§ 12 Abs. 1 Satz 3, 14 9. BImSchV.²⁶ Dies wahrt „die wesentlichen Anforderungen“ i.S. des § 1 Abs. 4 Satz 1 UVPG, da ein Erörterungstermin weder unionsrechtlich gefordert²⁷ noch verfassungsrechtlich geboten²⁸ ist.

Bei der Entscheidung hat die Behörde den Zweck des Erörterungstermins nach § 14 Abs. 1 9. BImSchV zu berücksichtigen. Der Erörterungstermin dient dazu, die rechtzeitig erhobenen Einwendungen zu erörtern, soweit dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen von Bedeutung sein kann.²⁹ Aus Vorhabenträger- und Behördensicht stehen der Zeitaufwand und die Inanspruchnahme behördlicher Ressourcen oft in einem Missverhältnis zum Erkenntnisgewinn für die Behörde, obwohl nicht zuletzt gerade dieser Ziel des Erörterungstermins ist.³⁰

Eine Befriedungsfunktion wird durch den Erörterungstermin regelmäßig nicht erreicht.³¹ Erörterungstermine wurden und werden häufig durch Umweltverbände und professionelle Sachbeistände dominiert. Belange Einzelner, die nicht sachverständig oder anwaltlich vertreten sind, spielen in der Dramaturgie dieser Termine regelmäßig eine untergeordnete Rolle.

Von dem bestehenden Ermessen hinsichtlich der Entscheidung, den Erörterungstermin durchzuführen oder nicht, wird von den Behörden oft kein Gebrauch gemacht. Die Gründe liegen in der Besorgnis, durch einen Verzicht einen Verfahrensfehler zu verursachen.

26 Dietlein, in: Beckmann et al. (Hrsg.), Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 103. EL, München 2024, 9. BImSchV § 12 Rn. 8.

27 Versteyl (Fn. 23), I+E 2011, 93; Dietlein (Fn. 26), 9. BImSchV § 12 Rn. 8 und BImSchG § 10 Rn. 210.

28 Versteyl (Fn. 23), I+E 2011, 91; Guckelberger, Bürokratieabbau durch Abschaffung des Erörterungstermins?, DÖV 2006, 97 (105).

29 Vgl. dazu Wolf, Die Umsetzung der UVP-Richtlinie 2014 in der Verordnung über das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren, ZUR 2018, 457 (463).

30 Jarass, BImSchG – Kommentar, 14. Aufl., München 2022, § 10 Rn. 96; vgl. auch Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Leonhardt (Begr.), Sachs/Schmitz (Hrsg.), VwVfG – Kommentar, 10. Aufl., München 2022, § 73 Rn. 113.

31 Versteyl, Erweiterung der Öffentlichkeitsbeteiligung und des Rechtsschutzes im Anlagenzulassungsrecht, AbfallR 2008, 8; dies. (Fn. 23), I+E 2011, 90, jeweils m.w.N.

Da der Zweck der Erörterung darin besteht, die Einwendungen zu erörtern, die im Zusammenhang mit der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens stehen, liegt es nahe, den Erörterungstermin zumindest auf die „betroffene Öffentlichkeit“ zu beschränken. Unionsrechtliche Vorgaben setzen kein Jedermannsrecht zur Beteiligung voraus, eine Beschränkung auf betroffene Teile der Öffentlichkeit (sowie Umweltverbände) wäre europarechtlich somit denkbar.³²

Um Einwendungen als Nicht-Betroffenen-Einwendungen auszuschließen, bedürfte es gleichwohl der Sichtung aller Einwendungen und der Prüfung, ob sich die Betroffenheit oder Nicht-Betroffenheit z.B. aus dem Wohnsitz ergibt. Da dem Vorhabenträger die Einwendungen oft erst nach (vom Einwender gewünschter) Anonymisierung zugesandt werden, obläge der Behörde die Verantwortung für eine rechtssichere Vorauswahl.³³

Ausgelöst durch die Corona-Pandemie ist eine physische Erörterung durch das PlanSiG³⁴ seit Mai 2020 zunächst für alle Verfahren entbehrlich geworden, die bis zum 31.12.2024 begonnen werden. Nach dem im Rahmen der Klimaschutznovelle zum BImSchG³⁵ neu eingefügten § 10 Abs. 6 Satz 2 kann der Erörterungstermin auch in Form einer Onlinekonsultation oder durch eine Video- oder Telefonkonferenz erfolgen. Sowohl Vorhabenträger als auch Behörden berichten überwiegend über positive Erfahrungen mit der Durchführung von Online-Konsultationen. Dies wird durch eine inzwischen durchgeführte Evaluation des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bestätigt.³⁶

Zumindest für den Bereich der Windenergieanlagen und Wasserstoffanlagen hat der Gesetzgeber in dem neuen § 16 Abs. 1 Satz 3 9. BImSchV geregelt, dass die Behörde auf die Durchführung eines Erörterungstermins verzichten „soll“. Allerdings ist nicht ersichtlich, warum diese Regelung nur für die vorgenannten Anlagen und nicht für alle immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen verpflichtend geworden ist. Vorhaben-

32 *Versteyl/Marschhäuser*, Öffentlichkeitsbeteiligung in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren – Beschränkung auf die betroffene Öffentlichkeit?, EurUP 2020, 449 (451).

33 *Versteyl/Marschhäuser* (Fn. 32), EurUP 2020, 455.

34 Siehe Fn. 25 und jetzt auch § 27c Abs. 1 VwVfG.

35 Siehe Fn. 6.

36 *Ziekow/Ziemer/Bickmann*, Evaluation des Planungssicherstellungsgesetzes (PlanSiG), Abschlussbericht, Speyerer Forschungsbericht 304, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung 2022, im Internet: <https://dopus.uni-speyer.de/frontdoor/index/index/docId/5861> (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

träger, die einen Erörterungstermin durchführen wollen, sind daran nicht gehindert (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 3 letzter Hs. 9. BImSchV).

IV. Ausblick

Über mehr als zwei Jahrzehnte haben die Sorgen vor einem Abbau materieller Umweltstandards und einer Einschränkung der Öffentlichkeitsbeteiligung die Diskussion über wirksame Beschleunigungsmaßnahmen geprägt und sich als Hindernis für gesetzgeberische Maßnahmen erwiesen. Dabei ist der Abbau materieller Umweltstandards bei der Beschleunigung von Genehmigungsverfahren regelmäßig deswegen nicht zu befürchten, weil diese Standards europarechtlich vorgegeben sind und damit national kaum modifiziert werden können.³⁷

Der zwischen Bund und Ländern im November 2023 vereinbarte „Pakt für Planungs-, Genehmigungs- und Umsetzungsbeschleunigung“ sieht eine Reihe weiterer Maßnahmen im allgemeinen Verfahrensrecht, bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, im Immissionsschutzrecht, bei den Rechtsschutzverfahren und in weiteren Rechtsbereichen (z.B. im Baurecht) vor: Dabei geht es um die Stärkung der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 25 Abs. 3 VwVfG, die bessere Dokumentation der Ergebnisse der Beteiligung sowie die Verpflichtung zur Durchführung von Antragskonferenzen (§ 2 Abs. 2 9. BImSchV) als Regelfall.

Des Weiteren sollen die Anzeigeverfahren nach § 15 BImSchG ausgeweitet, Mehrfachprüfungen vermieden und eine Stichtagsregelung, soweit europarechtlich zulässig, eingeführt werden.³⁸

Durch die Schaffung eines Umweltdatenkatasters bzw. einer Gutachtdatenbank sowie die Erarbeitung von Standards z.B. für Artenschutzprüfungen soll nicht nur eine Beschleunigung erreicht, sondern die Rechtssicherheit für die gerichtliche Überprüfung erhöht werden.

Weitere Regelungen sollen dem verstärkten Einsatz von Teilgenehmigungen und dem vorzeitigen Maßnahmenbeginn nach § 8a BImSchG dienen. Bei der gerichtlichen Überprüfung soll der Einsatz von Mediatoren zur

37 Hinzu kommt, dass die EU ihrerseits an bestimmte (umwelt-)völkerrechtliche Vorgaben gebunden und insoweit selbst nicht frei bei der Entscheidung über materielle Umweltstandards ist; vgl. *Roth* (Fn. 4), ZRP 2022, 84.

38 Im Internet: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/besprechung-des-bundeskanzlers-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-6-november-2023-in-berlin-2235206> (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Entlastung und Beschleunigung und die verstärkte Nutzung der Präklusion geprüft werden.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit die weiteren, materielle Prüfstandards betreffenden Maßnahmen – auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten – umgesetzt werden können. Ihre Wirksamkeit im Hinblick auf die Beschleunigung dürfte unbestritten sein.

Die Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren ist Voraussetzung auch und insbesondere für die angestrebte Transformation der Wirtschaft und für die Energieversorgungssicherheit. Es wäre daher wünschenswert, wenn die gesetzlichen Beschleunigungsinstrumente für immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren generell und nicht nur für solche zum Ausbau erneuerbarer Energien wirksam würden. Denn auch alle anderen Transformations- und Infrastrukturvorhaben liegen grundsätzlich „im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit“ (§ 2 Satz 1 EEG).³⁹

39 Vgl. *Birkner*, Das überragende öffentliche Interesse als Instrument zur Beschleunigung von Transformations- und Infrastrukturvorhaben, NVwZ 2024, 138 ff.

Aufenthaltsvorgaben, Aufenthaltsüberwachung, FamFG-Verfahren

Kay Waechter

In meiner langjährigen Tätigkeit an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover habe ich versucht, sine ira ac studio einige Arbeiten zum Sicherheitsrecht – teils aus niedersächsischer Perspektive – vorzulegen. In den letzten Jahren hat dieser Rechtsbereich eine vorher ungeahnte Konjunktur erfahren. Es ist absehbar, dass die Veränderungen dazu führen werden, dass sich auch die Perspektive auf das Sicherheitsrecht verschiebt. Aber auch dann, wenn man die staatlichen Interessen höher gewichtet als bisher in der Geschichte der Bundesrepublik – die grundlegenden Rechte der Einzelnen stehen nicht zur Disposition. Auch das Bundesverfassungsgericht scheint mir noch auf der Suche nach einer praktikablen Balance zu sein.

Der Beitrag erörtert einige aus der forensischen Praxis stammende Aspekte der richterlichen Entscheidung im Rahmen von polizeirechtlichen Aufenthaltsvorgaben und von Anordnungen zur Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§§ 17b und c NPOG). Die Zahl publizierter Entscheidungen zu diesen Normen ist gering. Das führt dazu, dass auch Probleme nicht ausjudiziert sind, die sich stellen können. Ein erstaunlicher Befund liegt zB darin, dass die auf landesrechtlicher Verweisung beruhenden FamFG-Verfahren durchgängig nicht-öffentlich geführt werden, obwohl der Gesetzeswortlaut dies nicht trägt und ein Sachgrund nicht durchgängig ersichtlich ist; eine Diskussion dazu wird nicht geführt.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) stammt aus der Führungsaufsicht¹ und ist dann in das Polizeirecht von Bund und Ländern übernommen worden. Dabei ist die erforderliche Prognose schwieriger geworden, weil die Anlasstat und die Erfahrungen aus dem Strafvollzug in der polizeirechtlichen Prävention oft fehlen. Der Beschluss über die polizeirechtliche EAÜ wird nicht von einem prognoseerfahrenen gerichtlichen

1 Dort im Jahr 2010 eingeführt; Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungswahrung und zu begleitenden Regelungen, BGBl. I S. 2300.

Spruchkörper gefasst; die personenscharfe richterliche Zuständigkeit folgt der einzelnen amtsgerichtlichen Geschäftsverteilung.

A. Die Zuständigkeit des Richters am Amtsgericht für die EAÜ-Anordnung

Die Zuweisung der Zuständigkeit für die Ausübung des Richtervorbehalts in § 17c Abs. 3 Satz 1 NPOG zum Amtsgericht nach den Verfahrensnormen des FamFG ist wenig überzeugend. Die Begründung für die entsprechende Zuständigkeit bei Freiheitsentziehungen lag lange Zeit in der Eilbedürftigkeit dieser Entscheidungen und in der Ortsnähe des Amtsgerichts. Die Bedeutung beider Argumente ist heute zweifelhaft – jedenfalls für manche vom FamFG erfassten Verfahren. Maßnahmen nach den §§ 17b und c NPOG fallen eher selten in Eilsituationen; andernfalls wäre ja eine gegenwärtige Gefahr gegeben, die auch einen effektiven Unterbindungsgewahrsam rechtmäßig machen könnte. Moderne Kommunikationstechnik überbrückt leicht Entfernungen. Auch Ortsnähe spielt in diesen Fällen meist keine Rolle; ohnehin ist auch die Ortskenntnis eines Amtsgerichts heute eher eingeschränkt.

Die EAÜ-Entscheidung in der Führungsaufsicht wird entweder von dem Gericht der ersten Instanz oder von der Strafvollstreckungskammer getroffen;² beide sind Spruchkörper mit erhöhter Erfahrung und ggf. auch Kenntnis der Person des Betroffenen, die dem Amtsgericht in dieser Form fehlt.

Die gesetzliche Zuständigkeitszuweisung über § 19 NPOG enthält keine Vorgaben für die Zuständigkeit innerhalb des Amtsgerichts. Daher ist es denkbar, dass ein Richter tätig wird, der hauptsächlich im Zivilrecht unterwegs ist.³ Erfahrung ist zwar für eine richtige rechtliche Entscheidung nicht zwingend erforderlich, aber sicherlich nützlich. Angesichts der Eingriffstiefe der Maßnahmen mit Richtervorbehalt im NPOG ist die gesetzliche Zuweisung pauschal an das Amtsgericht wenig überzeugend.

2 Die Erteilung einer Weisung ergeht per Beschluss. In Fällen der angeordneten Führungsaufsicht folgt dies aus § 268a Abs. 2 StPO, während eine Weisung des Vollstreckungsgerichts nach § 463 Abs. 2 StPO, § 453 Abs. 1 StPO erfolgt (Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], BeckOK StGB, 58. Ed., München 2023, StGB § 68b Rn. 25).

3 Nach den Geschäftsverteilungsplänen werden diese FamFG-Verfahren meist von einer Auffangklausel für untypische Fallgruppen erfasst.

Besser erschiene eine Zuweisung etwa an eine Strafvollstreckungskammer; da diese aber ohnehin idR überlastet ist, bietet sich eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, möglicherweise auf Ebene des OVG, an. Persönliche Gespräche mit den zuständigen Richtern am Amtsgericht bestätigen, dass die gesetzliche Zuständigkeit unglücklich gewählt ist, weil nicht die Ressourcen vorhanden sind, diese „fachfremden“ Fälle mit dem gewohnten Niveau zu bearbeiten. Nicht unerheblich scheint die Erwägung, dass in Fällen insbesondere der §§ 17b und c NPOG die Entscheidung des Gerichts weitreichende Folgen haben kann: Kommt es zu terroristischen Straftaten? Eine Einzelperson wird wenig geneigt sein, die Verantwortung für die Möglichkeit einer solchen Straftat auf sich zu nehmen, auch wenn die Gefährdereigenschaft nicht ganz nahe liegt. Bei einem kollegialen Spruchkörper ist es einfacher, den Fall zu besprechen und die Verantwortung als Kollektiv zu tragen. Diese Einschätzung beruht allerdings nur auf Intuition; spezielle Untersuchungen dazu sind nicht ersichtlich. Einigermassen belegt erscheint lediglich, dass Spruchkörper besser bei Prognosen sind.⁴ Demgegenüber stehen natürlich uU auch Nachteile einer Spruchkörperentscheidung: insbesondere Konformitätszwänge, eine mögliche Tendenz zur Radikalisierung von Positionen (zB bzgl. Höhe von Schadensersatz, aber auch in Fragen von Schuld oder Unschuld), eine Tendenz zur Argumentation mit den allen Mitgliedern des Spruchkörpers bereits bekannten Argumenten.⁵ Ein struktureller Nachteil der §§ 17b, c Abs.1 NPOG sind die unscharfen Definitionen, die dazu führen, dass der Tatbestand leicht für erfüllt gehalten wird⁶ – oder auch nicht.

Zweck der Anwendung des § 17c NPOG darf grundsätzlich nicht das Ziel der Straftatfreiheit nach einer Haftentlassung im Sinne der Resozialisierung sein. Die Absicherung der Legalbewährung nach einer Haftentlassung erfolgt nach der gesetzlichen Konzeption nicht über das Polizeirecht, sondern die im StGB vorgesehene Führungsaufsicht und die in diesem Rahmen ebenfalls mögliche Anordnung des Tragens einer elektronischen Fußfessel

4 Barry, Judging Better Together: Understanding the Psychology of Group Decision-Making on Panel Courts and Tribunals, *International Journal for Court Administration* 1/2023, Art. 6, <https://doi.org/10.36745/ijca.479>, S. 9: „Are groups better than individuals at assessing probability? Group psychology literature suggests that they are, and are more likely to make more objectively-accurate decisions based on uncertain information.“

5 Barry, *Group Decision-Making* (Fn. 4), S. 12, 13.

6 Koch/Devine, *Effects of reasonable doubt definition and inclusion of a lesser charge on jury verdicts*, *Law and Human Behavior* 1999, 653-674.

(§ 68b Abs. 1 Nr. 12 StGB).⁷ Das gilt aber nur dann, wenn die Gefährdereigenschaft nicht ganz neu nach der Haftentlassung entwickelt wurde.

B. Die Nicht- / Öffentlichkeit in FamFG-Verfahren

Einschlägig für Fragen der Öffentlichkeit des Verfahrens sind die §§ 169 ff. GVG, das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 EMRK. Die Öffentlichkeit bestimmter gerichtlicher Vorgänge ist in Art. 6 EMRK garantiert. Diese Norm hat zwar einen unklaren Anwendungsbereich. Eigentlich sind sachlich verwaltungsrechtliche Verfahren nicht erfasst, aber für staatliche Eingriffe in das Privatleben wird das zT anders gesehen.⁸

Es ist dem Verfasser nicht bekannt, ob bundesweit die FamFG-Verfahren aufgrund polizeirechtlicher Zuweisung öffentlich oder nicht-öffentlich geführt werden. In Niedersachsen scheint Nicht-Öffentlichkeit die Regel zu sein. Die Kommentarlage spricht dafür, dass auch sonst von einer Nicht-Öffentlichkeit ausgegangen wird. Dabei wird teilweise recht lax argumentiert, das FamFG passe zwar insoweit nicht direkt, komme aber dem manchmal erforderlichen Geheimschutz „entgegen“.⁹

Der Wortlaut der einschlägigen Normen spricht klar für ein öffentliches Verfahren, soweit die Landespolizeigesetze das FamFG als Grundlage des richterlichen Verfahrens bestimmen.

Die einschlägigen Verfahren¹⁰ betreffen zwar sämtlich Maßnahmen der Sicherheitsbehörden, insbesondere der Polizeibehörden, haben aber ganz unterschiedliche Inhalte. Das betrifft insbesondere die Frage der Geheim-

7 OLG Hamburg, Beschl. v. 31.7.2020 – 2 W 48/20, juris, Rn. 64.

8 Art. 6 unter zivilrechtlichem Aspekt unanwendbar bei staatlichen Überwachungsmaßnahmen (zB durch den Verfassungsschutz) gem. EGMR 6.9.1978 – 5029/71, Rn. 58 – Klass u.a./Deutschland; ausdrücklich offengelassen in EGMR 18.5.2010 – 26839/05, Rn. 179 – Kennedy/Vereinigtes Königreich; für die Anwendbarkeit hingegen im englischen Ausgangsfall Investigatory Powers Tribunal 23.1.2003 – IPT/01/62 u. IPT/01/77, Rn. 85 ff.; zudem zB Esser, in: Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO, 26. Aufl., Berlin 2012, EMRK Art. 6 Rn. 67, wenn die Maßnahmen in den Privatbereich der betroffenen Person eingreifen (Harrendorf/König/Voigt, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer [Hrsg.], EMRK, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, EMRK Art. 6).

9 zB Bayern: Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens kommt aber den berechtigten Geheimhaltungsinteressen bei der Anordnung verdeckter Maßnahmen entgegen (Löffelmann, in: Möstl/Schwabenbauer [Hrsg.], BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 23. Ed., München 2023, PAG Art. 96 Rn. 17).

10 In denen § 19 NPOG einschlägig ist oder auf diesen verwiesen wird.

haltungsbedürftigkeit von Tatsachen, die in dem Verfahren zur Sprache kommen. In vielen Fällen von Gewahrsam zB wird eine Geheimhaltungsbedürftigkeit nicht bestehen. Auch bei Meldeauflagen nach § 16a NPOG ist eine Geheimhaltungsbedürftigkeit nur ausnahmsweise gegeben. Bei Durchsuchungen kommt es auf die konkrete Konstellation an. Bei verdeckten datenrechtlichen Eingriffen wird häufig ein Geheimhaltungsinteresse bestehen. Dagegen ist ein solches bei § 33b NPOG nicht stets zwingend. Schon dieser Befund spricht gegen eine regelmäßige Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens.

Ein pauschaler Ausschluss der Öffentlichkeit in einer kompletten Verfahrensart wegen Geheimschutzes in einigen Fallgruppen ist weder mit dem Rechtsstaatsprinzip noch mit dem Recht auf ein faires Verfahren¹¹ nach Art. 6 EMRK vereinbar.¹² Zwar meint das BVerfG, dass ein Verstoß gegen eine gebotene Öffentlichkeit von Verfahrensschritten nicht stets Grundrechte des Betroffenen verletzt.¹³ Vorliegend zeigt aber gerade die Gesamtschau auf die Ungereimtheiten der Anwendung des GVG und insbesondere auch bei den unterschiedlichen Ergebnissen je nach landes- oder bundesrechtlicher Zuweisung, dass rechtsstaatlich Zwingendes hier übersehen wurde. Es kann auch nicht angenommen werden, dass in den einschlägigen Verfahren grundsätzlich ein berechtigtes Schutzinteresse der von der Maßnahme betroffenen Person besteht. Dagegen spricht schon, dass andere Eingriffe nach NPOG vor den Verwaltungsgerichten im öffentlichen Verfahren behandelt werden. Die Eingriffsintensität beim Maßnahmedressaten ist kein Argument gegen eine Öffentlichkeit des Verfahrens, sondern kann vielmehr dafür sprechen. Eine pauschale Nicht-Öffentlichkeit der polizeirechtlichen Verfahren vor den Zivilgerichten führt in die

-
- 11 Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 I GG (BVerfG NJW 2012, 1863 Rn. 28).
 - 12 „Auch Geheimschutzerwägungen, zB mit Blick auf im Fall zu erörternde Staatsgeheimnisse, können den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen. Es ist jedoch stets zu prüfen, ob es einer Erörterung des Staatsgeheimnisses in der Verhandlung überhaupt bedarf. Falls dies der Fall ist, ist zudem zu prüfen, ob ein zeitweiliger Ausschluss der Öffentlichkeit genügt.“ (Harrendorf/König/Voigt [Fn. 8], Art. 6 Rn. 97; EGMR, Urteil v. 8.12.1983 – 8273/78, BeckRS 1983, 109490).
 - 13 „Das Recht auf ein faires Verfahren enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist.“ (BVerfG, Beschl. v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 Rn. 29).

Nähe einer Geheimjustiz in einem Bereich (Polizeirecht), der aufgrund seiner strukturellen Sensibilität möglichst der Kontrolle durch die Öffentlichkeit zugänglich sein sollte. Das gilt gerade auch für die Konstellation des Gewahrsams oder von Aufenthaltsbeschränkungen.

Daher verletzt eine für alle FamFG-Verfahren polizeirechtlicher Art angenommene Nicht-Öffentlichkeit deutsche und völkerrechtliche Grundrechte. Das ist für Niedersachsen vermeidbar, wenn die grundsätzliche Öffentlichkeit der Verfahren, wie das GVG sie nahelegt, akzeptiert wird. Der Bundesgesetzgeber des BPolG und des BKAG müsste aber nachbessern; sei es in diesen Gesetzen oder im FamFG.

Das BVerfG hat zwar entschieden, dass ein Ausschluss der Öffentlichkeit nicht stets auf ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage beruhen muss.¹⁴ Das ändert aber nichts daran, dass er nur stattfinden darf, wenn er sachlich geboten ist. Eine pauschale Lösung wird durch die Entscheidung nicht gerechtfertigt.

Im Einzelnen:

1. Sind die Verhandlungen in §§ 17b/c NPOG-Verfahren überhaupt grundsätzlich öffentlich oder nach § 170 GVG nicht-öffentlich? Das Zweite wäre der Fall, wenn sie zur freiwilligen Gerichtsbarkeit iS § 170 GVG zählen. Dieser Begriff wird in § 23a GVG legal definiert. Nach dem Wortlaut dieser Norm sind die durch Landesrecht dem FamFG-Verfahren zugewiesenen Sachen nicht vom Begriff erfasst und daher öffentlich zu verhandeln. Das entspricht nicht der gegenwärtigen Praxis. Die seltsame – und vor dem Gleichheitssatz unhaltbare – Konsequenz einer Wortlautanwendung des Gesetzes ist eine unterschiedliche Behandlung der Verfahren, die bundesrechtlich aus BPolG und BKAG in das FamFG verwiesen sind und der landesrechtlich verwiesenen Verfahren. Denn § 23a GVG bestimmt, dass bundesrechtliche Zuweisungen dem Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterfallen.

Wäre man der Meinung, es handle sich auch bei landesrechtlich zugewiesenen Verfahren entgegen dem Wortlaut von § 23a GVG um freiwillige Gerichtsbarkeit, dann sind die Verfahren ohnehin nicht-öffentlich. Dann macht aber die weitere Anwendung der einschlägigen GVG-Normen (in den Stationen nach der Anhörung) Schwierigkeiten, weil die

14 Danach kann der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 S.1 GVG) außer durch ausdrückliche Regelungen auch durch gesetzlich nicht erfasste unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege modifiziert werden (BVerfG [Fn. 13], NJW 2012, 1863 Rn. 24).

Öffentlichkeit dann nicht spezifisch wegen der öffentlichen Sicherheit ausgeschlossen worden ist. Es kann nicht angenommen werden, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit in FamFG-Verfahren generell auch den Interessen der Staatssicherheit dient.¹⁵

2. Um staatliche Geheimschutzinteressen zu wahren, kann für eine *Verhandlung* die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden (§ 172 Nr.1 GVG; § 174 Abs. 1 GVG).
3. Die *Verkündung* von Beschlüssen samt Begründung ist grundsätzlich öffentlich: § 169 Abs. 1 S. 1 GVG.¹⁶ Nach § 173 Abs. 2 GVG ist es allerdings möglich, durch besonderen Beschluss auch für die Verkündung der Entscheidungsgründe die Öffentlichkeit auszuschließen. Dies kann insbesondere aus Gründen der Staatssicherheit geschehen (§ 173 iV § 172 Nr.1 GVG).
4. In Fällen, in denen die (als innere und äußere Sicherheit verstandene) Staatssicherheit gefährdet ist, unterliegen die *Medien* nach § 174 Abs. 2 GVG einem *Veröffentlichungsverbot ex lege*, wenn wegen der Sicherheitsbedenken die Öffentlichkeit bei der Verhandlung ausgeschlossen war.
5. § 174 Abs. 3 GVG erlaubt es, bei Geheimhaltungsgründen wegen der Staatssicherheit den *Beteiligten* ein *Schweigegebot* aufzuerlegen. Dies hat durch Beschluss zu geschehen, der vermerkt werden muss.
6. Entscheidungen können und müssen ggf. *publiziert* werden. Das BVerwG hat diese *Pflicht* hochrangig verortet: Es führt als Begründung das Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, das Demokratiegebot und den Grundsatz der Gewaltenteilung an.¹⁷

15 „Die Norm verfolgt zum einen den Zweck, das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) in Verfahren zu schützen, die generell der Privatsphäre zuzuordnen sind (BT-Drs. 16/6308, 320; OLG Karlsruhe, BeckRS 2021, 44250; OLG Köln NJW-RR 1986, 560).“ (Allgayer, in: Graf [Hrsg.], BeckOK GVG, 21. Ed., München 2023, GVG § 170 Rn. 1).

16 Vgl. zu Art. 6 EMRK: „Die Öffentlichkeit ist auch für die Urteilsverkündung vorgeschrieben, und zwar auch bei rechtmäßigem Ausschluss der Öffentlichkeit für die Verhandlung (Art. 6 Abs. 1 Satz 2, vgl. § 173 Abs. 1 GVG). Der EGMR ist aber flexibel und berücksichtigt die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens.“ (Harrendorf/König/Voigt [Fn. 8], Art. 6 Rn. 98).

17 BVerwG NJW 1997, 2694; vgl. auch Huff, Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte, NJW 1997, 2651.

Der objektiv-rechtlichen Pflicht der Gerichte zur Publikation steht ein *subjektives Recht* von Jedermann zur Seite, eine Entscheidungsabschrift zu erhalten.¹⁸

Geheimschutzüberlegungen rechtfertigen auch nach Art. 6 EMRK nicht ohne Weiteres die vollständige Nichtveröffentlichung eines Urteils.¹⁹

Herausgegeben werden muss aber nur eine „*herausgabefähige Fassung*“.²⁰ Aus dem an die Medien gerichteten Veröffentlichungsverbot und dem Schweigegebot für die Beteiligten in Fällen gefährdeter Staatssicherheit lässt sich schließen, dass auch in der schriftlichen Entscheidung Passagen der Begründung *gekürzt oder geschwärzt* werden dürfen, wenn die Gefährdung der Staatssicherheit dies verlangt. Nur in dieser gekürzten Fassung ist die Entscheidungsbegründung dann herausgabefähig.²¹

Da offenkundig die Gerichte wenig Neigung haben, sich einer solchen Arbeit zu unterziehen, kommt es zu sehr wenigen Veröffentlichungen der einschlägigen Judikate. Eine Kontrolle durch Wissenschaft, Anwaltschaft oder Öffentlichkeit ist stark behindert.

Ginge man davon aus, dass die Verhandlung nicht-öffentlich ist, weil die Sache als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten ist, hätte man das Problem, dass die angesprochenen GVG-Normen, die inhaltlich zwingend auf einen Ausschluss der Öffentlichkeit wegen staatlicher Geheimhaltungsinteressen abstellen, alle ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar sind. Ergebnis ist, dass offenkundig nicht angenommen werden kann, dass die durch Landesrecht zugewiesenen Angelegenheiten nicht-öffentlich zu verhandeln sind. Sie sind entsprechend dem Wortlaut des GVG keine Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Weitergehend kann man vermuten, dass die vom Gesetzgeber angeordnete Geltung des FamFG-Verfahrens darauf beruht, dass die Konsequenzen dieser Anordnung nicht durchdacht worden sind. Das gilt auch vor dem bereits angeführten Hintergrund, dass die Zuweisung durch Bundesgesetz, wie aus dem BPolG oder dem BKAG (zB § 28 Abs. 3 S. 6 iV § 40 BPolG; § 57 BKAG iV § 40 BPolG) heraus zu anderen Ergebnissen führen würde, was zu einer gleichheitswidrigen Ungleichbehandlung führen würde, weil keinerlei Sachgrund für die Ungleichbehandlung erkennbar ist. Entspre-

18 LG Berlin NJW 2002, 838; Putzke/Zenthöfer, Der Anspruch auf Übermittlung von Abschriften strafgerichtlicher Entscheidungen, NJW 2015, 1777.

19 EGMR 17.12.2013 – 20688/04, Rn. 85 – Nikolova u. Vandova/Bulgarien; Harrendorf/König/Voigt (Fn. 8), Art. 6 Rn. 98.

20 BVerwG NJW 1997, 2694.

21 Ebenso Putzke/Zenthöfer (Fn. 18), NJW 2015, 1781.

chendes gilt auch für die Unstimmigkeiten im Verhältnis von polizeilichen Maßnahmen, die nach der VwGO judiziert werden und solchen, die nach FamFG entschieden werden.

C. Der Umgang mit geheimschutzbedürftigen Akten

In Fällen terroristischer Gefährder stammen die Informationen über die Gefährdereigenschaft häufig aus dem Bereich der Geheimdienste und der verdeckten polizeilichen Ermittlungen. Die tatbestandlich erforderliche Gefährdungsprognose wird sich dabei nicht selten auf Vorgänge stützen, die nicht zur Kenntnis des Betroffenen oder der Öffentlichkeit gelangen sollen. Tatsächliche Anhaltspunkte für eine im konkreten Einzelfall bestehende Situation, die jederzeit in eine konkrete Gefahr umschlagen kann, können sich auch aus solchen Behördenzeugnissen ergeben, bei denen die unmittelbaren Quellen der darin niedergelegten Erkenntnisse nicht wiedergegeben werden. Bei einem solchen Auswertungsvermerk handelt es sich zwar regelmäßig nur um ein sekundäres Beweismittel mit abgesenktem Beweiswert. Einer Berücksichtigung in einem rechtsstaatlichen Verfahren steht jedoch die geltend gemachte mangelnde Transparenz nicht entgegen.²² Gelegentlich legen die Polizeibehörden dem Richter lediglich indirekte Wiedergaben von Telekommunikationsinhalten oder Webinhalten vor, sogar einzelne Satzteile werden ohne zumindest den Satzzusammenhang wiedergegeben. Der Richter kann ohne Vorlage der vollständigen, aber häufig sehr umfangreichen Unterlagen nicht wirklich den Gehalt der von der Polizeibehörde gefertigten Auszüge beurteilen. Daher ist der Kontext etwa einer Bedrohung insoweit mit vorzulegen, dass der Zusammenhang eine Wertung ermöglicht. Der Richter wird dazu neigen, die Tendenz der Aussagen in dem Sinne zu übernehmen, wie die Behörde sie für den Antrag zusammengestellt hat. Das wird sachlich oft zutreffend sein, verkürzt aber die richterliche Prüfung.

Zur vollständigen Information des Richters gehören auch Mitteilungen der Verfassungsschutzbehörden oder aus verdeckten Ermittlungen der Polizeibehörden über dort vorliegende, konkrete Erkenntnisse. In die gerichtli-

22 Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.5.2008 – 6 C 13/07, juris, Rn. 30 f.

che Beurteilung der Sachlage dürfen diese unter Berücksichtigung ihres ggf. verminderten Beweiswerts einfließen.²³

Das FamFG lässt eine Regelung vermissen, wie in solchen Fällen verfahren werden soll, in denen das Gericht oder ein Beteiligter die Akten beiziehen will. In Betracht kommt eine Anwendung des § 99 VwGO, aber auch ein Verweis auf die materiellen Beweislastregeln.²⁴ Das erste Verfahren würde die seltsame, aber nicht widersprüchliche Konsequenz haben, dass ein OVG über ein Zwischenverfahren vor dem Amtsgericht entscheidet. Die Anwendung der Beweislastregeln (geminderter Beweiswert) könnte dazu führen, dass aus Geheimschutzgründen nicht vorgelegte Akten dazu führen, dass Antiterrorbefugnisse nicht wahrgenommen werden können, weil das Amtsgericht die Unterlagen nicht erhält, obwohl dies nicht zwingend ist. Diese und andere Schwierigkeiten mit dem FamFG-Verfahren sprechen mE zusätzlich für eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

D. Der Umgang mit krankheitsverdächtigen potenziellen Gefährdern

Nicht selten ergeben sich Anhaltspunkte für die Begehung terroristischer Straftaten bei Personen, deren psychische Gesundheit zweifelhaft ist, zB wegen Suizidneigung. In solchen Fällen könnte die Prognose für die Straftatbegehung stärker gemacht werden, wenn eine psychiatrische Begutachtung erfolgen würde. Das sehen auch die Sicherheitsbehörden so.²⁵ Daher ergibt sich die Frage, ob die Behörde im Rahmen der Sachverhaltsermittlung den Betroffenen zur Vorstellung bei einem Arzt bzw. zur Duldung einer Begutachtung verpflichtet kann. Eine spezialgesetzliche Befugnis dafür besteht nicht. Die Befragung durch einen Arzt fällt insbesondere nicht

23 OLG München, Beschl. v. 1.4.2019 – 34 Wx 289/18, juris, Rn. 51, mit Verweis auf VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.6.2018 – 1 S 2071/17, DJ 2019, 33 ff.

24 § 142 ZPO passt nicht; ohnehin kommt bei öff.-rechtlichem Gegenstand eher die VwGO in Betracht: „Von Bedeutung ist die Natur des Verfahrensgegenstands insoweit, als sich in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anstatt der ZPO die VwGO zur Schließung etwaiger Lücken im FamFG anbietet.“ (Ulrici, in: Rauscher [Hrsg.], Münchener Kommentar zum FamFG, Bd. 1, 3. Aufl., München 2018, Vor § 23 Rn. 6). Gleichwohl wird der Rückgriff auf die VwGO kritisch gesehen (a.a.O., Rn. 6 am Ende).

25 BMI (Hrsg.), Verfassungsschutzbericht 2022, S. 195, im Abschnitt über Gefährdung durch islamistischen Terrorismus: „Bei der Person wurden psychische Auffälligkeiten festgestellt. Eine Zuordnung kann in diesem Fall nur unter Vorbehalt beziehungsweise Würdigung psychologischer Gutachten erfolgen“.

unter § 12 NPOG. Bei einem bloßen Gefährder hilft auch das NPsychKG nicht weiter.²⁶ Daher ist § 26 VwVfG einschlägig. Diese Norm legt fest, dass der Betroffene einer Maßnahme in Grenzen zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet ist: „Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben.“ Rechtlich gehen aber jedenfalls die von der Rspr. anerkannten Duldungspflichten über diesen Wortlaut hinaus.²⁷ Die Vorstellung bei einem Arzt zur Erstellung eines Gutachtens überschreitet aber eindeutig die von der Rspr. gezogenen Grenzen und unterfällt dem Satz 3 des Abs. 2: „Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, insbesondere eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen oder zur Aussage, besteht nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist.“ § 26 Abs. 2 VwVfG ist daher keine Rechtsgrundlage für die Anordnung oder Duldung ärztlicher Untersuchungen.²⁸ Selbstverständlich ist es dem Betroffenen selbst unbenommen, eine Begutachtung anzuregen; darüber wird die Behörde nach Ermessen entscheiden. Dagegen ist im Rahmen der Führungsaufsicht, die auch die Anordnung der EAÜ ermöglicht, auch ein Vorstellungszwang beim Arzt (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 11 StGB) und eine Therapieweisung uU rechtmäßig (vgl. § 68b Abs. 2 Satz 2 StGB).²⁹ Auch Suchtmittelabhängigkeiten können im Rahmen der Führungsaufsicht festgestellt werden (§ 68b Abs. 2 S. 4 StGB), nicht aber bei Gefährdern im polizeirechtlichen Sinn. Jedenfalls ein Therapiezwang dürfte bei dieser Personengruppe auch rechtsstaatlich schwer vertretbar sein.

Verweigert also der Betroffene die Mitwirkung bei einer Begutachtung, so stellt sich die Frage nach den Konsequenzen. Die Begutachtung kann zu der Erkenntnis führen, dass eine Drohung oder anderes Verhalten des Betroffenen nicht ernst gemeint ist. Wenn sich das Gegenteil ergibt und soweit dieses Verhalten strafbar wäre, kann der Betroffene dennoch

26 Dieses fordert nach § 13, § 16 NPsychKG eine gegenwärtige erhebliche Gefahr, wenn die ärztliche Untersuchung erzwungen werden soll.

27 zB Duldung der Abnahme von Fingerabdrücken; vgl. die Beispiele bei *Kallerhoff/Fellenberg*, in: P. Stelkens/Bonk (Begr.), Sachs/Schmitz/U. Stelkens (Hrsg.), VwVfG – Kommentar, 10. Aufl., München 2022, VwVfG § 26 Rn. 44.

28 So *Kallerhoff/Fellenberg* (Fn. 27), § 26 Rn. 44.

29 Wortlaut: „2 Das Gericht kann die verurteilte Person insbesondere anweisen, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung).“

verwaltungsrechtlich zur Auskunft verpflichtet sein.³⁰ Da aber eine Spezialvorschrift für die Begutachtung fehlt,³¹ ist der Betroffene nicht zur Mitwirkung verpflichtet, obwohl seine Gefährlichkeit zweifellos in seinen eigenen Kenntnisbereich fällt und nicht in den der Behörde. Damit kann die Mitwirkungsverweigerung weder zu einer Beweislastumkehr führen noch als Indiz für eine dem Betroffenen nachteilige Tatsache gewertet werden. Auch eine Beschränkung des Ermittlungsrahmens³² kommt nicht in Betracht. Das BVerwG hat dies in seiner Rechtsprechung klargestellt.³³ Für ein anderes Ergebnis wäre der Gesetzgeber gefordert.

E. Die Anhörung

Will die Behörde den Sachverhalt für eine eventuelle Maßnahme nach § 17c NPOG mit Hilfe des Betroffenen aufklären, darf sie dafür die Befragung nach § 12 NPOG und die Gefährderansprache nach § 12a NPOG nutzen, wenn dies erforderlich ist.

Bei der Befragung ist der Gefährder allerdings nicht zur Auskunft verpflichtet, weil er nicht Adressat einer Maßnahme nach den §§ 6-8 NPOG sein wird; der Gefährdertatbestand fällt nicht unter diese Vorschriften. Bei der Befragung sind die ggf. bestehenden Zeugnisverweigerungsrechte zu beachten.

Die Gefährderansprache ist auch gegen den Willen des Betroffenen möglich, eine Auskunftspflicht/Antwortpflicht besteht aber hier ebenfalls nicht. Kommt es im Rahmen einer Gefährderansprache zu einer Befragung, gilt das Ausgeführte.

Eine Anhörung des Betroffenen zur Antragstellung durch die Polizeibehörde wird in der Praxis nicht vorgenommen. Sie ist nach § 28 VwVfG auch nicht zwingend, wenn man davon ausgeht, dass nur vor Verwaltungsakten angehört werden muss; darüber hinaus greift die Antragstellung auch noch

30 Vgl. das begrenzte Auskunftsverweigerungsrecht des § 12 Abs. 5 NPOG. Es gilt nicht für den Maßnahmedressaten selbst; § 12 Abs. 3 NPOG.

31 Anders zB im Bereich der sozialen Hilfen: § 62 Abs. 1 SGB I.

32 Dies könnte in dem Sinne der Fall sein, dass die Behörde die Möglichkeit einer psychischen Erkrankung gar nicht mehr in Betracht zieht.

33 BVerwGE 74, 222; BVerwG NVwZ 1992, 772; *Kallerhoff/Fellenberg* (Fn. 27), § 26 Rn. 52. Vgl. zu den Fragen der Beweiswürdigung in den Fällen fehlender Mitwirkung bei der Eingriffsverwaltung: *Schneider*, in: Schoch/ders. (Hrsg.), *VwVfG – Kommentar*, 3. EL, München 2022, VwVfG § 26 Rn. 36.

nicht unmittelbar in der Sache in die Rechte des Betroffenen ein. Eine Außenwirkung wird allenfalls verfahrensmäßig bewirkt.³⁴ Daher ist eine behördliche Anhörung entbehrlich, obwohl sie sachlich durchaus sinnvoll sein könnte.

Nach der Rechtsprechung ist eine richterliche Anhörung des Betroffenen vor dem Beschluss über eine EAÜ nicht zwingend erforderlich, wenn eine weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist und die Anhörung für das rechtliche Gehör nicht erforderlich ist (vgl. § 34 FamFG). Der Entscheidung des BGH³⁵ lag allerdings ein spezieller Fall zugrunde, in dem durch ein paralleles Strafverfahren dem Gericht der Sachverhalt bereits völlig geklärt schien. Auf andere Fälle ist diese Rechtsprechung nicht ohne Weiteres übertragbar.

Über die Anhörung hat das Gericht nach § 28 Abs. 4 FamFG einen Vermerk (nicht ein Protokoll im Rechtssinne) zu fertigen, der den Beteiligten zu übersenden ist. Die wesentlichen Vorgänge der Anhörung sind in einen solchen Vermerk aufzunehmen (Abs. 4 S. 2). Dieser umfasst alle Erklärungen (Anträge etc.) und Vorgänge (zB Beweiserhebungen), die für das laufende Verfahren, auch für die Rechtsmittelinstantz, bedeutsam werden können.

F. Die Beordnung eines Rechtsanwaltes

Über § 17c Abs. 3 Satz 9 und § 19 Abs. 4 NPOG ist § 78 FamFG anwendbar. Die Beordnung ist nicht spezialgesetzlich zwingend. Nach § 78 Abs. 2 FamFG wird dem Beteiligten auf seinen Antrag ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt seiner Wahl beigeordnet, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint. Nach dem Wortlaut des Abs. 2 ist eine Anwaltsbeordnung in Verfahren ohne Anwaltszwang nur zulässig, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich erscheint. Wegen des verfassungsrechtlichen Gebotes der weitgehenden Angleichung der Lage von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes ist aber auch entscheidend, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Anwalt mit der

34 Zur Entbehrlichkeit der Anhörung bei bloßen behördlichen Vorbereitungshandlungen im Verwaltungsverfahren: *Schneider* (Fn. 33), § 28 Rn. 30.

35 BGH, Beschl. v. 22.2.2022 – 3 ZB 3/21, NStZ-RR 2022, 187.

Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte.³⁶ Das BVerfG stellt auf die objektiven Kriterien des Umfangs und der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage und zudem subjektiv auf die Fähigkeit des Beteiligten ab, sich mündlich und schriftlich auszudrücken. Von einer Erforderlichkeit der Anwaltsbeordnung ist regelmäßig auszugehen, wenn im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Beteiligten ein deutliches Ungleichgewicht besteht (Waffengleichheit). Die Schwere des Eingriffs soll dagegen unerheblich sein. Die Beordnung darf nicht durch die pauschale Bezugnahme auf den Amtsermittlungsgrundsatz verweigert werden, denn ein Rechtsanwalt hat andere Aufgaben wahrzunehmen als der Richter.³⁷

In den FamFG-Verfahren aufgrund Zuweisung durch das Landespolizeirecht liegt regelmäßig zwar ein erheblicher Eingriff vor (daher: Richtervorbehalt), das bedeutet aber eben nicht, dass die Kriterien der Beordnung erfüllt sind. Für die Frage der Waffengleichheit kommt es auf die Person des Betroffenen und seine geistigen und sprachlichen Fähigkeiten an. Jedenfalls in Fällen von Vorfeldmaßnahmen wie bei den §§ 17b und c NPOG dürfte aber häufig eine schwierige Sachlage vorliegen, so dass dann die Beordnung geboten ist.

G. Der Einsatz von Fallkonferenzen bei der Entscheidung für den Antrag auf EAÜ

Für die Prognose, die zur Entscheidung über den Grad des Risikos künftiger Straftatbegehung (hier: Gefährdereigenschaft) notwendig ist, haben sich im Zusammenhang mit der EAÜ im Rahmen der Führungsaufsicht Fallkonferenzen bewährt, in denen die beteiligten Behörden zusammenarbeiten. Man vergleiche dazu das niedersächsische Konzept³⁸ zum Einsatz der EAÜ im Rahmen des § 68b StGB, in dem die Fallkonferenz ausführlich thematisiert ist. Auch in anderen Sachbereichen haben sich Fallkonferenzen bewährt, was angesichts des Nutzens einer organisierten

36 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2001 – 1 BvR 391/01, BeckRS 2001, 14050 Rn. 9.

37 Vgl. Weber, in: Hahne/Schlögel/Schlünder (Hrsg.), BeckOK FamFG, 47. Ed., München 2023, FamFG § 78 Rn. 6. Als Beispiel für eine Beordnung in einer Gewaltschutzsache: OLG Bremen, Beschl. v. 7.4.2010 – 4 WF 47/10, NJW 2010, 2067.

38 RdErl. Elektronische Aufenthaltsüberwachung (Nds. MBl. 2019 S. 574), dort zur Zentralen Fallkonferenz Ziffer V.

Zusammenarbeit wenig erstaunlich ist. So gibt es Fallkonferenzen³⁹ im Strafvollzug für die Gestaltung des Vollzugsplans; insbesondere auch in Bezug auf Sexualstraftäter;⁴⁰ allgemein im Rahmen von Maßnahmen bei Jugenddelinquenz⁴¹ oder im Recht der Resozialisierung.⁴² Die bei Fallkonferenzen unterschiedlicher Behörden entstehenden Datenschutzprobleme sind jedenfalls für Vollzugskonferenzen in vielen Bundesländern durch spezielle Vorschriften⁴³ gemildert.

Bei der präventiven EAÜ nach Polizeirecht besteht allerdings die Schwierigkeit, dass anders als bei Personen, die bereits im Strafvollzug waren, nicht zwingend weitere Behörden neben den Polizeibehörden mit dem potenziellen Gefährder befasst waren. Deswegen erscheint es sachgerecht, hier keine Fallkonferenz zwingend⁴⁴ vorzusehen, sondern die Polizeibehörde im Einzelfall über eine solche Konferenz entscheiden zu lassen. Eine vorsorgliche Milderung der Datenschutzprobleme durch den Gesetzgeber wäre allerdings wohl auch dann hilfreich.

H. Die Herstellung eines Bewegungsbildes aus den erhobenen Ortsdaten

Die Befugnisvorschrift des § 17c NPOG sowie vergleichbare Normen enthalten eine Reihe von Einzelbefugnissen. Diese dienen einesteiis der technischen Verwirklichung der EAÜ (Duldung und Aufladen des Gerätes etc.), andernteils regeln sie den Umgang mit den aus der EAÜ gewonnenen Daten. Dabei kann wiederum unterschieden werden: Einerseits kann es nur darum gehen, Verstöße gegen Aufenthaltsvorgaben zu erkennen, andererseits können die Daten auch genutzt werden, um weitere Informatio-

39 Vgl. zB NdsJVollzG: § 9 (4) Zur Vorbereitung der Aufstellung und Fortschreibung des Vollzugsplans werden Konferenzen mit den nach Auffassung der Vollzugsbehörde an der Vollzugsgestaltung maßgeblich Beteiligten durchgeführt.

40 Vgl. etwa: VG Freiburg, Urt. v. 14.2.2013 – 4 K 1115/12, BeckRS 2013, 47247.

41 Vgl. *Sonnen*, Kinder- und Jugenddelinquenz in der strafrechtlichen Ermittlung, FPR 2013, 408.

42 Vgl. § 56 Schl.-H. Opferschutz und Resozialisierungsgesetz.

43 Vgl. etwa § 16 Justizvollzugsdatenschutzgesetz Bremen zum Datenschutz bei Fallkonferenzen: *Abs. (1) 1 Im Rahmen von Fallkonferenzen dürfen die Justizvollzugsbehörden personenbezogene Daten, einschließlich solcher besonderer Kategorien, die sie zulässig erhoben haben, insbesondere den voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt, die voraussichtliche Entlassungsadresse sowie die Vollzugs- und Eingliederungspläne, den Polizeibehörden des Bundes und der Länder übermitteln, sofern 1. tatsächliche Anhaltspunkte für die fortdauernde Gefährlichkeit von Gefangenen für die Allgemeinheit vorliegen, ...*

44 Wenn auch nur durch rein innenrechtlichen Zwang mittels Verwaltungsvorschrift.

nen über den Gefährderstatus des Betroffenen zu gewinnen. Insbesondere für diese Fallgruppe kommt die Herstellung eines Bewegungsbildes in Betracht. Wenn ein Bewegungsbild einen Sinn haben soll, muss es interpretiert werden und Schlüsse auf die Absichten des Betroffenen zulassen. Es wird also auch ein partielles Persönlichkeitsprofil erstellt werden.

I. Die Herstellung eines Bewegungsbildes ist nach § 17c NPOG eine offene Maßnahme, die dem Betroffenen bekanntzugeben ist. Anders als zB in Bayern – wo die Heimlichkeit der Herstellung des Bewegungsbildes anerkannt ist – ist deswegen auch keine nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen über die getroffene Maßnahme vorgesehen (vgl. § 30 Abs. 4 NPOG). Auch die Gesetzgebungsmaterialien für das NPOG⁴⁵ legen keinen heimlichen Charakter der Maßnahme nahe. In der Praxis wird daher die richterliche Anordnung dem Betroffenen bekanntgegeben. Da die Ortsdaten von der „Fußfessel“ stets übermittelt werden, läge in der Verbindung zu einem Bewegungsbild möglicherweise keine heimliche Datenerhebung (§ 30 Abs. 2 Satz 2 NPOG), sondern allenfalls eine heimliche Datennutzung. Allgemeine Regeln über die Offenheit oder Heimlichkeit einer Datennutzung enthält das NPOG derzeit nicht. Das war auch solange nicht erforderlich, wie die Datennutzung für denselben Zweck nicht als eigenständiger Eingriff angesehen wurde. Dass rechtmäßig erlangte Daten von der Behörde genutzt werden, ohne dass die genaue Art der Nutzung dem Betroffenen mitgeteilt wird, war selbstverständlich. Dies hat sich spätestens seit der Entscheidung des BVerfGs zur automatisierten Datenanalyse⁴⁶ geändert. Die Situation unterscheidet sich von anderen Eingriffstypen, weil sich Daten bereits rechtmäßig in der Verfügung der Behörde befinden und eine spezifische Nutzung typischerweise nicht dem Betroffenen bekannt wird.

II. Das BVerfG⁴⁷ hat in einer ganzen Reihe von Entscheidungen klargestellt, dass die Herstellung solcher Bewegungs-/Persönlichkeitsprofile ein eigener und regelmäßig tiefer Eingriff in das Recht auf informationelle

45 Für das Bewegungsbild: Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 18 ff.

46 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, BeckRS 2023, 1828; vgl. hier auch den Abschnitt J.

47 BVerfG, Urt. v. 27.7.2005 – 1 BvR 668/04, BeckRS 2005, 28075; BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, NJW 2008, 1505 Rn. 74: Der Eingriff wird vertieft, wenn die Erfassung zur Gewinnung weiterer Informationen genutzt wird, etwa für Bewegungsbilder einer Person; BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 ua, BeckRS 2010, 46771; BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, NJW 2016, 1781 Rn. 151; BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17, NJW 2022, 1583 Rn. 357.

Selbstbestimmung ist. Der § 17c NPOG erlaubt das Bewegungsprofil in Absatz 2 Satz 2 im Zusammenhang mit der Datennutzung, Änderung und Übermittlung. Andere Bundesländer reservieren einen eigenen Absatz dafür und verdeutlichen, dass es sich um einen gesonderten Eingriff mit eigenem Richtervorbehalt handelt. Das ist auch in Niedersachsen sachlich der Fall, wird aber im Gesetz weniger deutlich. Wenn dies von der Polizeibehörde beantragt ist, muss daher der Richter auch über die Befugnis zur Herstellung des Bewegungsbildes entscheiden. § 17c Abs. 2 NPOG setzt dafür voraus, dass dies für die Straftatverhinderung nach Absatz 1 erforderlich ist. Da es um einen eigenen Eingriff geht, muss der Richter grundsätzlich auch eine eigene Begründung für dessen Erforderlichkeit liefern. Da bei einem Gefährder typischerweise Unklarheit über die genauen Absichten besteht, kann aber typischerweise ein Bewegungsbild vielleicht mehr Klarheit über die Absichten vermitteln. Darüber hinaus kann das Bewusstsein der Betroffenen, im Fall der Begehung einer schweren Straftat einem hohen Entdeckungsrisiko zu unterliegen, ihre Bedenken gegen die Straftatbegehung in aller Regel stärken.⁴⁸ Daher ist nicht so ganz klar, wie die zusätzliche Begründung des Richters für den vertieften Eingriff aussehen soll. Wahrscheinlich wird es eher so sein, dass das Bewegungsbild nur in Ausnahmefällen nicht nützlich sein kann. Daher wird man mE zwar eine gesonderte Begründung formal verlangen können, diese muss aber keine besondere Tiefe haben, sondern darf darauf verweisen, dass das Bewegungsbild in der Regel jedenfalls potenziell weitere Aufschlüsse bieten bzw. zusätzlichen Präventionsnutzen haben kann.

J. Die Konsequenzen aus der KI-Entscheidung des BVerfGs für die Datenanalyse von EAÜ-Daten

Schon die für die Überwachung einer Aufenthaltsvorgabe verwendeten Daten werfen in Bezug auf die Entscheidung des BVerfGs Probleme auf. Denn sie werden gemäß § 17c Abs. 2 S. 1 NPOG automatisiert erhoben und gespeichert. Die folgende Datenanalyse betrifft den Abgleich der Ortsdaten mit den Aufenthaltsvorgaben und die Funktionsfähigkeit der Fußfessel. Nach Satz 5 des Absatz 2 hat auch diese Verarbeitung für die Zwecke des Satz 4 Nr. 2 (Verstöße gegen Aufenthaltsvorgabe) und 5 (Funktionsfähig-

48 Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2019 – 2 Ws 154/19, BeckRS 2019, 13006.

keit) automatisiert zu erfolgen. Daher gelangen nur Verstöße des Betroffenen zur händischen Bearbeitung.

Damit dürfte auch klar sein, dass die weiteren Nutzungen der Ortsdaten für ein Bewegungsbild und für die Zwecke des Satz 4 Nr. 1, 3 und 4 nicht automatisiert sein müssen. Ob sie es dürfen, ist aus dem Wortlaut des Absatz 2 nicht eindeutig ablesbar. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass die Pflicht zur Automatisierung nur die genannten Fälle erfasst.⁴⁹ Daher ist für die automatisierte Verarbeitung nach Satz 1 zu klären, wie diese nach den Maßstäben des BVerfGs zu beurteilen wäre; für die weiteren Zwecke des Absatz 2 stellt sich die Frage, ob eine von der Behörde gewollte automatisierte Analyse rechtmäßig wäre. Von Bedeutung für diese Beurteilung kann noch sein, dass die erhobenen Daten gekennzeichnet werden müssen, besonders zu sichern und grundsätzlich nach zwei Monaten zu löschen sind (§ 17c Abs. 2 S. 6 und 7 NPOG).

I. Die Pflicht zur automatisierten Datenverarbeitung bzgl.

Aufenthaltsverstößen und Funktionsfähigkeit der Fußfessel

Der vom Gesetzgeber bezweckte Sinn der Automatisierungspflicht liegt offenkundig darin, den Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen gering zu halten.⁵⁰ Die Beamten der zuständigen Behörden erhalten auf diese Weise nur Kenntnis von den Daten, die Weisungsverstöße oder Funktionsfähigkeitsprobleme belegen. Automatisierung kann also auch grundrechtsschonend sein; das war schon bei der automatisierten Erhebung (Kfz-Kennzeichen) deutlich geworden, wenn Nicht-Treffer automatisiert wieder gelöscht werden.

Dagegen geht das BVerfG davon aus, dass automatisierte Datenanalyse einen spezifischen Belastungseffekt hat, der über das Eingriffsgewicht der ursprünglichen Erhebung hinausgeht. Daher bestünden weitergehende

49 Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 21: „Die Verpflichtung soll allerdings nur in den dazu geeigneten Fällen gelten (Feststellung von Verstößen gegen eine Aufenthaltsvorgabe oder ein Kontaktverbot sowie Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der technischen Mittel).“

50 Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 21: „Verpflichtung zur automatisierten Datenverarbeitung aufzunehmen, die im Entwurf fehlt (anders z. B. § 463 a Abs. 4 Satz 3 StPO und § 56 Abs. 2 Satz 4 BKAG - dort zum Schutz der betroffenen Person; vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 124).“

Rechtfertigungsanforderungen.⁵¹ Die Pflicht zur Automatisierung in § 17c NPOG ist eine gesetzliche Pflicht, wird also dem Gesetzesvorbehalt für einen eigenständigen Grundrechtseingriff gerecht.⁵²

Die Eingriffsintensität richtet sich laut BVerfG nach Art und Umfang der Daten und Analysemethoden;⁵³ zu ergänzen ist, dass natürlich auch der Zweck eine Rolle spielt. Nach diesen Kriterien liegt ein Eingriff vor, der nicht deutlich über den Erhebungseingriff hinausgeht, in Teilen sogar hinter diesem zurückbleibt. Analysiert werden zwar alle Ortsdaten, aber nur mit Bezug auf Weisungsverstöße und Funktionsprobleme. Es liegt ein simpler Datenabgleich vor, der auch händisch möglich, aber sehr aufwändig wäre. Die Auswertungsmethode führt dazu, dass viel weniger Ortsdaten zur Kenntnis des Behördenpersonals gelangen, als erhoben worden sind. Daher sind die Anforderungen des BVerfG eingehalten.

II. Demgegenüber ist die Herstellung eines Bewegungsbildes ein intensiver Eingriff. Demzufolge wäre auch die automatisierte Analyse der Daten eines Bewegungsbildes ein sehr intensiver Grundrechtseingriff. Für eine automatisierte Analyse fehlt hier zunächst die gesetzliche Erlaubnis. Das Gericht fordert weiter, dass der Zweck im Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter liegen muss und dass für diese eine hinreichend konkretisierte Gefahr besteht. § 17c Abs. 2 Satz 4 NPOG erlaubt die Datenverwendung in den Nr.n 1 und 4 zweifellos zur Verhütung der Schädigung von besonders gewichtigen Rechtsgütern. Zweifel könnte allenfalls der Zweck der Nr. 3 wecken. Diese Nummer verweist auf § 49a Abs. 2 NPOG. Danach ist strafbar, wer gegen die Pflichten aus § 17c NPOG verstößt (§ 49a Abs. 2 Nr. 2 NPOG); damit hat man kein Problem, weil eben § 17c NPOG ohnehin nur höchstwertige Rechtsgüter in Bezug nimmt. § 49a Abs. 2 Nr. 1 macht auch Weisungsverstöße gegen Anordnungen nach § 17a und § 17b NPOG strafbar. Aber auch in diesen Normen geht es um den Schutz sehr hochwertiger Rechtsgüter.⁵⁴

Schwierig liegt es mit der konkretisierten Gefahr. Bei der Datenverwendung zum Zweck des Abs. 2 Nr. 4 liegt diese klar vor, da es um gegenwärtige Gefahren geht. Absatz 2 Satz 4 Nr. 1 spricht zwar von der Verhütung terroristischer Straftaten, enthält aber keinen Wahrscheinlichkeitsmaßstab

51 Vgl. BVerfG (Fn. 46), schon Leitsatz 2.

52 Ob der Gesetzesvorbehalt auch gilt, wenn die Automatisierung den Eingriff mindert, muss hier nicht beantwortet werden.

53 Vgl. etwa BVerfG (Fn. 46), Leitsatz 3.

54 Bei § 17a Abs. 1: Leib, Leben, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung. Bei häuslicher Gewalt werden Gesundheitsgefahren idR hoch sein.

oder Konkretisierungsgrad für deren Eintritt. Damit dürfte die automatisierte Verarbeitung insoweit unzulässig sein und auch nicht gesetzlich erlaubbar, ohne dass weitere Hürden errichtet werden.

III. Eine Analyse von mittels § 17c NPOG erhobenen Ortsdaten mit der Methode einer generativen Künstlichen Intelligenz, die also selbstlernend ist und ggf. neue Fragestellungen entwickeln kann, ist derzeit nicht rechtmäßig, weil es an der gesetzlichen Grundlage fehlt. Ob diese geschaffen werden dürfte, kann hier noch dahinstehen.

K. Die Prüftiefe des Gerichts

Weiterer Bedarf für eine Problemlösung ergibt sich aus einem äußerlich unauffälligen Beschluss einer Kammer des BVerfG zu einer Prozesskostenhilfeentscheidung, der aber inhaltlich von erheblicher Bedeutung sein könnte. Die hier entscheidende Aussage des Beschlusses betrifft die Prüftiefe von Gerichten bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Polizeieingriffen und damit den Umfang der zwingend erforderlichen Amtsermittlung und rechtlichen Bewertung eines Vorgangs.

„Stützt sich die Polizei für die Vornahme von Grundrechtseingriffen auf gespeicherte Daten aus ihren Datenbeständen, dürfen die Gerichte die Rechtmäßigkeit dieser Speicherung und Verwendung nicht ohne Weiteres unterstellen. Sind – wie hier – Vorkenntnisse die Grundlage für ein gezieltes Herausgreifen einer Person, kann von dieser Rechtmäßigkeitsprüfung grundsätzlich nicht abgesehen werden.“⁵⁵

I. Der Sachverhalt

Es geht um ein Versammlungsgeschehen anlässlich der Abholzung eines Waldes. Dabei kommt es erfahrungsgemäß zu Protestkletteraktionen der Versammlungsteilnehmer. Die Betroffene ist „Aktivistin“ und hat schon häufiger Kletteraktionen durchgeführt. Anlässlich der Versammlung ist auch Polizei in den Zügen der Bahn tätig. Die Beamten, die in einem Zug anwesend sind, erhalten von ihrem Lagezentrum die Mitteilung, im Zug

⁵⁵ BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 30.10.2023 – 1 BvR 687/22, BeckRS 2023, 40189.

befinde sich auch die Aktivistin. Daraufhin führen die Beamten eine Identitätsfeststellung durch, erkennen die Identität der Person und durchsuchen dann ihren Rucksack nach Kletterausrüstung, die sich dort auch findet.

II. Der Beschluss

Der Beschluss lässt offen, ob eine Pflicht zu einer solchen Rechtmäßigkeitsprüfung nur für das Gericht als Kontrollinstanz als Teil des Untersuchungsgrundsatzes besteht oder ob auch die Behörde aufgrund ihrer Eingriffsnormen zu einer solchen Prüfung verpflichtet sein soll, wenn sie Folgemaßnahmen trifft, die inhaltlich auf vergangenen Datenspeicherungen beruhen. Es spricht aber viel dafür, dass hier lediglich die Kontrollaufgabe der Gerichte gemeint ist; in dem Ausgangsfall des Beschlusses wären jedenfalls die Beamten im Zug zeitlich zu einer solchen Prüfung der Speicherung gar nicht in der Lage gewesen.

Der Beschluss ist nach hier vertretener Ansicht insofern überraschend, als er die Gerichte zwingt, Vorfragen noch einmal zu thematisieren, hinsichtlich derer von keinem Verfahrensbeteiligten Zweifel angemeldet wurden. Das BVerfG macht damit eine Frage der teilweise nicht-rechtlichen Gerichtspraxis (gefragte/ungefragte Fehlersuche)⁵⁶ im Rahmen der Amtsermittlung zur einer Rechtspflicht.⁵⁷ Damit weicht es von der bisher in

56 *„Die von dem BVerwG gelegentlich ausgesprochene Mahnung, die Tatsachengerichte sollten sich nicht gleichsam ungefragt auf Fehlersuche begeben, stellt keinen Rechtssatz dar, sondern umschreibt lediglich eine Maxime richterlichen Handelns. Mit dieser Mahnung soll nicht die rechtliche Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes in Frage gestellt, sondern nur darauf hingewiesen werden, dass eine sachgerechte Handhabung dieses Grundsatzes unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und der Prozessökonomie zu erfolgen hat. Was im Einzelfall sachgerecht ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein gültig festlegen“* (Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider [Hrsg.], VwGO – Kommentar, 44. EL, München 2023, VwGO § 86 Rn. 49b). Entscheidend ist, ob für das Gericht „nach dem Stand der Dinge“ Anlass zu weiterer Ermittlung besteht (a.a.O., Rn. 49d).

57 Zur sog. „ungefragten Fehlersuche“ BVerwG, Beschl. v. 4.10.2006 – 4 BN 26.06, ZfBR 2007, 56; BVerwG, Beschl. v. 3.7.2013 – 9 B 5.13, BeckRS 2013, 53608; OVG Lüneburg: „Da der Antragsteller diesbezüglich im Übrigen nichts vorträgt, sieht der Senat auch keinen Anlass, ungefragt auf Fehlersuche zu gehen (vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 17.4.2002 – 9 CN 1/01 –, juris Rn. 43 m.w.N.)“ (OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.11.2023 – 14 KN 24/22, juris, Rn. 92). Das Absehen von ungefragter Fehlersuche wird auch außerhalb der Normenkontrolle praktiziert; vgl. zB OVG MV zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (OVG MV, Urt. v. 10.5.2023 – 5 K 448/21 OVG, juris, Rn. 1).

Rechtsprechung und Literatur herrschenden Linie ab, dass die Prüfungstiefe nicht abstrakt über den Einzelfall hinaus festgelegt werden kann.⁵⁸

Der Beschluss lässt auch im Ungewissen, welche Fallkonstellationen er ergreifen soll. Soll etwa die gerichtliche Prüfungspflicht auch gegenüber einem bestandskräftigen Verwaltungsakt gelten? Und kann es wirklich entscheidend darauf ankommen, ob eine Datenspeicherung ein Realakt (hM) oder ein Verwaltungsakt ist? Eine erneute Prüfung scheidet wohl jedenfalls aus, wenn die Aufzeichnung der Daten bereits qua Richtervorbehalt für rechtmäßig erklärt worden ist (zB bei der Überwachung der Telekommunikation nach § 33a Abs. 2 iV Abs. 5 NPOG). Eine Mittelposition nehmen die Fälle ein, in denen der Richtervorbehalt für die Erhebung eingriff, aber nicht für die folgende Speicherung; dann dürfte allerdings die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Speicherung im Regelfall einfach gelagert sein.

Die Rechtmäßigkeit einer Speicherung hängt jedenfalls nach niedersächsischem Polizeirecht von der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ab.⁵⁹ Daher würde eine solche Prüfpflicht dazu führen, das gesamte Vorgeschehen einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen, obwohl niemand Zweifel angemeldet hat. Eine Möglichkeit, die Speicherung anzugreifen, hätte bestanden; das versteht sich bei offener Datenerhebung von selbst, bei verdeckter Erhebung gibt es die Benachrichtigungspflicht der Behörde (§ 30 Abs. 4 ff. NPOG). Schwieriger ist die Rechtslage noch bei der Speicherung von Daten, die nach rechtswidriger Erhebung durch andere Behörden übermittelt wurden.⁶⁰

In anderen Bundesländern beurteilt sich die Rechtmäßigkeit einer Speicherung bei rechtswidriger Erhebung nach dem Ergebnis einer Abwägung; auch ein erheblicher Beurteilungsaufwand für das Gericht.

Der Beschluss scheint seine Anwendbarkeit durch den Hinweis auf den Sachverhalt einzugrenzen: *„Sind – wie hier – Vorkenntnisse die Grundlage für ein gezieltes Herausgreifen einer Person ...“*

58 Vgl. Dawin/Panzer (Fn. 56), § 86 Rn. 49b.

59 § 38 Abs. 1 NPOG.

60 Vgl. dazu § 38 Abs. 1 NPOG, der nicht ganz klärt, ob es entscheidend auf die Rechtmäßigkeit der Erhebung oder der Übermittlung ankommt. Zugunsten der Erhebung vgl. Graf, in: Möstl/Weiner (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 29. Ed., München 2023, NPOG § 38 Rn. 19.

Das bezieht sich auf den Sachverhalt. Er wird insoweit wie folgt geschildert:

„Ausweislich der beigezogenen Akten des Ausgangsverfahrens wurde der Einsatz durch das Lagezentrum des Polizeipräsidiums (...) ausgelöst, das die Bundespolizei im Auftrag des Polizeipräsidiums Mittelhessen fernmündlich über die Anwesenheit einer polizeibekannten Aktivistin – der Beschwerdeführerin – im ICE (...) mit der Bitte informierte, sie einer Personenkontrolle zu unterziehen und dabei insbesondere auf mitgeführte Kletterausrüstung zu achten.“⁶¹

Das wäre in etwa vergleichbar mit Fällen, in denen zu einer Person Daten vorliegen (etwa eine Einstufung als Gewalttäter Sport einer bestimmten Kategorie), die abgerufen werden und dann zu Folgemaßnahmen führen bzw. dazu beitragen, etwa einem Platzverweis oä. Typisch für die Fallkonstellation ist jedenfalls, dass das Augenmerk auf den Betroffenen auf den bereits vorhandenen Daten beruht und nicht (allein) auf der Antreffsituation.

Das Verfassungsgericht scheint zu meinen, sein Beschluss treffe nur auf Fälle zu, in denen der Betroffene Folgemaßnahmen erleidet, bei denen er aus einer Vielzahl von Menschen „herausgegriffen“ wird. Das deutet auf eine Gleichheitsfrage hin; Gleichheitsprobleme spielen hier aber gar keine Rolle. Eher entstehen Gleichheitsprobleme im Rechtsschutz, wenn man die Prüftiefe des Gerichts von der Fallkonstellation abhängig machen würde, ohne dass es dafür naheliegende Argumente gibt.

Deswegen ist nicht ersichtlich, warum der Beschluss, so wie er gefasst ist, nicht auch Geltung haben soll, wenn Folgemaßnahmen gegenüber derselben Person ohne „Herausgreifen“ getroffen werden. So liegt es zB bei Aufenthaltsvorgaben und Elektronischer Aufenthaltsüberwachung. Überhaupt sind vorgängige Datenbestände praktisch bei allen Maßnahmen gegen Gefährder entscheidend. Je mehr Daten die Behörden zu Einzelpersonen besitzen⁶² und verwenden, desto häufiger eine solche Situation. Würde man die Anwendbarkeit des Beschlusses auf Maßnahmen des „Herausgreifens“ beschränken, so wäre das Gericht im Ausgangsfall bei der Prüfung der Identitätsfeststellung gehalten gewesen, die Rechtmäßigkeit der Speicherung zu prüfen, nicht aber bei der Prüfung der Durchsuchung des Rucksacks, denn zu diesem Zeitpunkt war die Betroffene bereits „herausgegriffen“.

61 BVerfG, Beschl. v. 30.10.2023 – 1 BvR 687/22, BeckRS 2023, 40189 Rn. 3.

62 zB zu politischem Terrorismus.

Die praktische Besonderheit des Beschlussfalles lag darin, dass die Initiative zur Identitätsfeststellung nicht von den Beamten vor Ort ausging, sondern vom Lagezentrum der zuständigen Polizei. Woher dieses von der Anwesenheit der Betroffenen im Zug Kenntnis hatte, wird im Sachverhalt nicht dargelegt. Möglicherweise ist hier der Schlüssel zu dem Verständnis des Beschlusses zu suchen: Vielleicht hatte das BVerfG „nach dem Stand der Dinge“ den Eindruck, diese Kenntnis sei rechtswidrig erlangt und gespeichert worden. Dann läge ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit vor und das Gericht würde dem zu Recht nachgehen müssen. Der Beschlusstext selbst legt eine solche restriktive Auslegung aber nicht nahe.

Aus der Sicht des Verfassers sollte die hier erörterte Aussage des Beschlusses noch einmal in einem Senatsverfahren überdacht werden.

L. Erstanordnung und Verlängerung der EAÜ

Erstanordnung und Verlängerung der ursprünglichen Entscheidung des Amtsgerichts sind nach denselben Tatbestandsvoraussetzungen zu beurteilen. Auf der Rechtsfolgenreise wachsen mit Zeitablauf die Anforderungen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Für den Fall des Fristablaufs der Erstanordnung und einen dann ergehenden neuen Beschluss soll nach BGH gelten: Eine gerichtliche Falschdeklaration einer neuen Erstanordnung als Verlängerung ist unschädlich, wenn die Anordnung materiell rechtmäßig ist und keine besonderen Umstände vorliegen.⁶³ Das ist deswegen möglich, weil es keine gesetzliche Höchstzahl von Verlängerungen gibt. Ob diese Umdeutung eines gerichtlichen Beschlusses ohne Rechtsgrundlage möglich ist, bedarf der Klärung. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Zeit ist konsequent nicht auf die Zahl von Verlängerungen abzustellen, sondern auf die Monate und Tage bisher geltender Anordnungen.

Ein Verweis auf die seit der Erstanordnung unveränderte Situation reicht nicht aus; die wesentlichen Merkmale des Tatbestandes müssen erneut subsumiert werden; wenn dafür verwiesen werden soll, muss der Bezugstext in die Entscheidung eingebunden werden. Das gilt erst recht, wenn es sich rechtlich um eine neue Erstanordnung handelt.

Generell stellt sich die Frage, wie lange eine Wahrscheinlichkeit für eine Gefährdereigenschaft, die festgestellt wurde, rechtliche Maßnahmen tragen

63 BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, BeckRS 2022, 22378 Rn. 13.

soll, wenn keine neuen Erkenntnisse hinzutreten. Das Gesetz legt es nahe, nach Ablauf der ersten Frist müssten neue Tatsachen hinzutreten, um die Maßnahme weiter zu tragen. Sonst hätte die Dauer der Erstanordnung vom Gesetzgeber länger bemessen werden können. Gerichte gehen allerdings in der Praxis eher davon aus, dass ein einmal festgestellter Gefährderverdacht ohne weitere Erkenntnisse mehrere Verlängerungen tragen kann. Auch diese Frage bedarf weiterer Klärung.

M. Einzelaspekte der Gefährderprognose

Die Gefährderprognose verlangt nach der Rechtsprechung des BGH nicht, dass die Behörde oder Richter bei ihren Prognosen angeben, welche einzelnen Tatbestände der Betroffene möglicherweise verwirklichen wird.⁶⁴ Aber selbstverständlich ist es erforderlich darzutun, dass es sich überhaupt um eine terroristische Straftat oder eine schwere organisierte Gewaltstraftat im Sinne des Tatbestandes des § 17c Abs. 1 NPOG handeln wird. Wie das verdeutlicht werden soll, ohne wenigstens die Strafbarkeit nach einem einschlägigen Straftatbestand darzutun, ist nicht ersichtlich.

Die Prognose darf nicht nur die für den Betroffenen nachteiligen Indizien aufführen, sondern muss diese in ihrer Bedeutung ins Verhältnis zu den günstigen Indizien stellen und aus dieser Gegenüberstellung den Schluss ableiten, ob Straftaten bevorstehen.

Ob Tatsachen und Verhalten generell zu scheiden sind, ist derzeit noch nicht entschieden. Nicht jede Tatsache ist ein Verhalten; ob man sagen könnte, dass jedes Verhalten auch eine Tatsache ist, bedarf der Klärung.

Meinung und Tatbereitschaft: Es ist anerkannt, dass die die Prognose tragenden Tatsachen Indizien für die wahrscheinliche Straftatbegehung sein müssen. Nicht als Begründung ausreichend sind diffuse Anhaltspunkte, reine Vermutungen oder bloße Spekulationen sowie eine Tatsachenlage, die durch eine hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Beobachtungen gekennzeichnet ist. Eine solche Konstellation liegt laut BGH etwa dann vor, wenn allein bekannt ist, dass die betroffene Person sich zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt.⁶⁵ Generell sind bloße Meinungen nicht geeignet den Tatbestand des § 17c Abs. 1 NPOG

64 BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, BeckRS 2022, 22378: „*Ausführungen der Tatgerichte dazu, welche der in § 129a Abs. 1 StGB genannten Straftaten es im Einzelnen zu verhüten gilt, sind entbehrlich.*“

65 BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, BeckRS 2022, 22378 Rn. 19.

zu erfüllen, wenn nicht eine Gewaltbereitschaft hinzutritt. Allerdings kann diese häufig auch nur aus Indizien erschlossen werden; und zu diesen gehören auch Äußerungen von gewaltbilligenden Meinungen. Die Grenze zwischen bloßer Meinung und Tatbereitschaft ist fließend. Je stärker eine Meinung zur Tat drängt, desto eher kann sie für eine Gefährderprognose verwertet werden.

In diesem Zusammenhang kann die Frage auftauchen, ob in der Verwertung einer geäußerten Meinung für präventive Polizeimaßnahmen ein Eingriff in die Meinungsfreiheit liegt. Wenn man das Risiko eingeht, einer Aufenthaltsvorgabe unterworfen zu werden oder sogar eine Fußfessel tragen zu müssen, ist eine von Meinungsäußerungen abschreckende Wirkung nicht fernliegend. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift eine solche Argumentation aber nicht; dies ist jedenfalls für repressive Eingriffe entschieden worden:

Zum anderen ist nicht anzunehmen, dass in den Durchsuchungen selbst wegen des mit ihnen einhergehenden Abschreckungseffekts Eingriffe in die Meinungs- und Kunstfreiheit liegen. Derartige Wirkungen einer strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme müssten im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG berücksichtigt werden; sie begründen aber keine eigenständigen Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 [und 3] GG. (zu vergleichbaren Auswirkungen einer Durchsuchung auf die Berufsfreiheit vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. März 2009 - 2 BvR 1036/08 -, juris, Rn. 64).⁶⁶

Das Bundesverfassungsgericht sieht also keinen eigenständigen Eingriff, möchte aber dennoch das betroffene Grundrecht berücksichtigen. Das ergibt sich deutlich aus der in Bezug genommenen Entscheidung v. 18.3.2009:

Bei der Anwendung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen ist das Ausmaß der - mittelbaren - Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen.⁶⁷

Die Ablehnung der Annahme eines mittelbaren Eingriffs in die Meinungsfreiheit liegt nicht auf der Hand, da meist auch mittelbare Beeinträchtigungen der Meinungsfreiheit als Eingriffe aufgefasst werden. Für eine Gefährderprognose werden auch Meinungsinhalte verwendet, die für sich gesehen

66 BVerfG, Beschl. v. 5.12.2023 - 2 BvR 1749/20, BeckRS 2023, 36806 Rn. 37.

67 BVerfG, Beschl. v. 18.3.2009 - 2 BvR 1036/08, BVerfGK 15, 225-246 Rn. 64.

nach Art. 5 Abs. 2 GG nicht beschränkbar wären.⁶⁸ Deswegen liegt es im Interesse der Funktionsfähigkeit von Ermittlungs- und präventiven Maßnahmen, nur eine Berücksichtigung der Meinungsfreiheit zu verlangen und keine Eingriffsprüfung. Die geforderte Berücksichtigung kann das Gewicht des direkt vom Eingriff betroffenen Grundrechts verstärken. Dabei ist für Eingriffe gegen Gefährder zu berücksichtigen, dass die verwerteten Meinungsäußerungen immer nur im Zusammenhang verwertet werden und dass es häufig um die Propagierung oder Billigung von Gewalt geht. Solche Meinungsäußerungen verdienen aber ohnehin idR keinen intensiven Schutz. Die Gewichtsverstärkung wird also idR nicht groß sein. Wichtig ist jedenfalls, dass im Rahmen der Gefährderprognose wirklich nur Meinungen verwertet werden, die als Indizien diese Prognose mittragen.

Das Zeitelement: Auch ein jahrelang zurückliegendes Verhalten kann noch für eine Prognose herangezogen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um ein prägendes Verhalten handelte und seitdem kein prägendes „Gegenverhalten“ vorliegt.⁶⁹ Wie stets bei solchen Prognosen kommt es darauf an, wie lange das problematische Verhalten zurückliegt und ob sich in der Zwischenzeit das Verhalten geändert hat; dabei muss diese Verhaltensänderung auch eine Einstellungsänderung indizieren. Darin liegt ein Problem: Man wird nicht erwarten dürfen, dass der ehemalige Sympathisant einer extremen politischen Richtung sich ausdrücklich von dieser distanziert. Das kann für ihn gefährlich sein und hat moralisch auch immer den Geschmack des Verrats. Das Recht sollte aber nicht ein Verhalten fordern, das moralisch anrühlig ist. Das kann dazu führen, dass ein ehemaliger Anhänger einer extremen Richtung seit längerer Zeit unauffällig lebt, aber gerade dadurch nicht die Gegenindizien setzt, die seine Einstellungsänderung verdeutlichen. Jedenfalls kann aber erwartet werden, dass der Betroffene keine Kontakte zu ehemaligen Gesinnungsgenossen (oder sogar Tatgenossen) mehr hält. Am besten wäre es, wenn er seine Bereitschaft für Engagement auf ein erkennbar völlig anderes und unpolitisches Feld gelenkt hat. Liegt in einer relativ kurzen Zeit nach einer schwerwiegenden Auffälligkeit nur ein lediglich unauffälliges Verhalten vor, kann die Annahme, dass es sich dabei nur um erste positive Verhaltensansätze handelt, berechtigt sein. Das führt im Ergebnis dazu, dass der Betroffene

68 Kritik an der Siedlungspolitik Israels ist sicher eine erlaubte Meinungsäußerung, darf aber ebenso ein Baustein bei einer Gefährderprognose sein, wenn Entscheidendes hinzutritt.

69 Vgl. BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, Rn. 18.

besondere Anstrengungen unternehmen muss, wenn er nach einer früheren Auffälligkeit eine weitergeführte oder erneute Gefährderprognose widerlegen will. Diese Last ist aber angemessen; im sozialen Leben kann man geänderte Verhaltenserwartung der Gesellschaft nur erhoffen, wenn man dafür etwas getan hat.

Kooperation und Überwachung: Verhält sich der Betroffene unkooperativ, verweigert er zB freiwillige Gespräche, so kann das nur im Zusammenhang mit anderen Indizien zu seinen Lasten gewertet werden. Selbstverständlich darf ein rechtsschutzsuchendes Verhalten ihm nicht angelastet werden, auch wenn die Behörde etwa die Einschaltung eines Rechtsanwaltes als unkooperativ empfindet. Anders liegt es aber, wenn der Betroffene gezielt seine Überwachung behindert, etwa durch Nichtaufladen eines bereits getragenen Fußfesselgerätes. Eine hierin zum Ausdruck kommende „unkooperative Einstellung und ablehnende Haltung des Betroffenen zur effektiven Überwachung des angeordneten Aufenthaltsverbotes“ kann sich nach der Rechtsprechung erheblich zu seinen Lasten auswirken.⁷⁰

In der Praxis wird zT argumentiert, dass in einer Situation bereits durchgeführter Überwachung die Straftatwahrscheinlichkeit erhöht anzusetzen sei, weil man davon ausgehen müsse, dass der Adressat aufgrund der Überwachung ein kooperativeres Verhalten an den Tag lege, als er wirklich wolle. Wie der Adressat eine solche Annahme, die zu seinem Nachteil wirkt, widerlegen soll, ist offen.

Man wird bei der mangelnden Kooperation unterscheiden müssen zwischen der Weigerung, der Behörde die Arbeit zu erleichtern und der Behinderung der Behörde. Nur diese wirkt für sich genommen zu Lasten des Betroffenen.

N. Beurteilungsspielräume bei der Gefährderprognose?

Nach bisher unbestrittener Ansicht ist die Prognose der Polizeibehörde im Antrag an das Amtsgericht voll von diesem überprüfbar; ein Beurteilungsspielraum besteht nicht. Die Rechtsprechung des BGH, dass den Tatsachengerichten bei der Prognose gegenüber dem Rechtsbeschwerdegericht ein Beurteilungsspielraum zukomme,⁷¹ ist auf Niedersachsen nicht

⁷⁰ AG Coesfeld, Beschl. v. 16.1.2020 – 20 XIV(L) 2/20, juris, Rn. 8.

⁷¹ BGH NStZ-RR 2022, 187 (190 f.); BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, juris, Rn. 20.
Dieser Spielraum ergebe sich gegenüber der Rechtsbeschwerde aus § 74 Abs. 3 Satz 4

anwendbar, da die Rechtsbeschwerde hier unzulässig ist, wie sich aus § 17c Abs. 3 Satz 4 ergibt. Ob die Auffassung des BGH für andere Länder, die die Rechtsbeschwerde zulassen, zutreffend ist, kann angezweifelt werden: Es ist weitestgehend Konsens, dass die polizeirechtlichen Gefahrenbegriffe keinen Beurteilungsspielraum für die Behörden enthalten. Als unbestimmte Rechtsbegriffe sind sie voll nachprüfbar. Dass eine richterliche reine Rechtsinstanz (wie in der Revision oder der Rechtsbeschwerde nach FamFG) Tatsachen idR nicht neu ermittelt oder aufnimmt, überzeugt. Gefahrenbegriffe und damit auch Gefährderbegriffe sind aber Rechtsbegriffe, die lediglich auf Tatsachen beruhen.

O. Prognosegutachten

Ein Prognosegutachten ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich, wenn das Gericht sich ein eigenes Bild vom wahrscheinlichen Verhalten des Betroffenen zu machen vermag.⁷² Die Beurteilung des Sachverhalts auf das künftige Verhalten hin erfordert nicht grundsätzlich eine besondere psychologische Sachkunde, die ein Gericht überfordert. Ob hier auf die Erfahrungen des konkret zuständigen Richters abzustellen ist, ist noch nicht entschieden worden. Bei einem Richter in Strafsachen wird man diese Erfahrung wohl eher annehmen als bei einem Richter, der es bislang dienstlich mit Verhaltensprognosen noch nie zu tun hatte. Auch insoweit ist die geltende Zuständigkeitsregelung zweifelhaft.

P. Verhältnismäßigkeit

Im Verhältnis zur Aufenthaltsvorgabe liegt mit der Fußfessel ein intensiverer Eingriff vor. Daher ist ein strengerer Maßstab anzulegen.⁷³ Das gilt auch für die Anordnung eines Bewegungsbildes im Verhältnis zur EAÜ. Das bedeutet praktisch, dass die richterlichen Beschlüsse für die drei Maßnah-

FamFG IV § 559 Abs. 2 ZPO: „Bei der Bewertung und Gewichtung dieser verschiedenen Aspekte steht den Tatgerichten ein Beurteilungsspielraum zu.“

72 BGH NStZ-RR 2022, 187 (189).

73 Nds. LT-Drs. 18/850, S. 46: „Da die Eingriffstiefe gegenüber § 17 b durch die elektronische Überwachung erhöht wird, ist an Begründung und Verhältnismäßigkeitsabwägungen ein strengerer Maßstab anzulegen.“

men nicht begründungsidentisch sein dürfen. In der Verhältnismäßigkeit sind mindestens die Intensität des Eingriffs, die bisherige Gesamtdauer des Eingriffs und ggf. besondere persönliche Belastungen einzustellen. Auf der Gegenseite hat die zu verhindernde Straftat immer hohes Gewicht; dies kann je nach Wahrscheinlichkeit der Straftatbegehung noch differenziert werden. Auch kann bei konkretisierter prognostischer Straftat der angerichtete Schaden stark unterschiedlich sein.

Q. Wirksamkeit und schneller Rechtsschutz

Nach § 40 Abs.1 FamFG entfalten Beschlüsse in dieser Verfahrensart grundsätzlich ihre Wirksamkeit mit der Bekanntgabe. An vielen Stellen des FamFG finden sich Sonderregelungen, die die Wirksamkeit auf den Eintritt der formellen Rechtskraft verschieben, zB für das Freiheitsentziehungsverfahren nach §§ 415 ff. FamFG. Das NPOG nimmt keine dieser Sondervorschriften in Bezug. Daher bleibt es bei der allgemeinen Regelung des § 40 FamFG. Es bedarf daher keiner gesonderten Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch das Amtsgericht. Will der Betroffene den Beschluss außer Vollzug setzen lassen, dann besteht dafür nur die Möglichkeit eines Antrags nach § 64 Abs. 3 FamFG an das Beschwerdegericht. Dieses kann über den Antrag auch schon vor einer Entscheidung über die ggf. gleichzeitig eingelegte Beschwerde befinden. Ein Antrag an das Gericht erster Instanz ist nur im Rahmen der Abhilfekompetenz möglich. Der Antrag kann auch noch im Beschwerdeverfahren gestellt werden. Es hat darauf zu achten, dass die Hauptsache nicht vorweggenommen wird. Die Erfolgsaussichten des Antrags sind summarisch und vorläufig zu beurteilen. Die Erfolgsaussichten sind mit den Nachteilen der Aufrechterhaltung des status quo für den Beschwerdeführer abzuwägen. Auch die mit einer Aussetzung der Vollstreckung verbundenen Nachteile für andere Beteiligte sind zu beachten; diese können gerade im Bereich der Gefahrenabwehr erheblich sein.⁷⁴

Hat sich die angefochtene Entscheidung in der Hauptsache erledigt, spricht das Beschwerdegericht auf Antrag aus, dass die Entscheidung des Gerichts des ersten Rechtszugs den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt hat, wenn dieser ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat.

74 Fischer, in: Rauscher (Hrsg.), MüKo FamFG (Fn. 24), FamFG § 64 Rn. 53.

Hat sich die Hauptsache nach Erlass der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts erledigt, ist zwar im Regelfall ein mit der Beschwerde zu verfolgendes Rechtsschutzinteresse des Beteiligten nicht mehr gegeben, weil der Beteiligte nach Erledigung durch die Entscheidung lediglich noch Auskunft über die Rechtslage erhalten kann, ohne dass damit noch eine wirksame Regelung getroffen werden könnte. Im Einzelfall kann trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels aber ein Bedürfnis nach einer gerichtlichen Entscheidung fortbestehen, wenn das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage besonders geschützt ist. In Anbetracht dessen, dass das Amtsgericht nicht bezogen auf den konkreten Sachverhalt entschieden hat, sondern die beantragte Maßnahme, bei welcher es sich um eine häufiger vorkommende polizeiliche Präventivmaßnahme handelt, als generell nicht von der geltend gemachten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage im präventivpolizeilichen Bereich gedeckt erachtet hat, ist eine konkrete Wiederholungsgefahr nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zu bejahen. Es handelt sich nicht ausschließlich um die Klärung einer allgemeinen Rechtsfrage, sondern ein ähnlich gelagerter Antrag steht hinreichend konkret zu erwarten.⁷⁵

75 LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 25.10.2023 – 18 T 5292/23, BeckRS 2023, 30677 Rn. 10.

Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen

Volker Wiese

Seit nunmehr mehreren Jahren beschäftigt der so genannte VW-Dieselskandal die deutschen Gerichte. Aus zivilrechtlicher Sicht hat damit insbesondere auch die eigentlich schon seit längerem diskutierte Frage nach der richtigen Art der Bemessung von Gebrauchsvorteilen wieder erheblich an Bedeutung gewonnen.¹ Dies liegt vor allem an den Gerichtsverfahren, in denen Käufer gegen Rückgabe des von ihnen erworbenen PKWs den von ihnen gezahlten Kaufpreis zurückerhalten wollten. Nachdem Gerichte verbreitet der Ansicht gefolgt sind, die manipulierte Abgassoftware begründe einen zum Rücktritt berechtigenden Mangel,² oder gar einen Grund zur Arglistanfechtung des PKW-Kaufs erwogen haben,³ war in diesen Verfahren auch zu klären, in welcher Höhe sich die Käufer Gebrauchsvorteile anspruchsmindernd anrechnen lassen müssen.⁴

- 1 Siehe aus letzter Zeit insbesondere BGH, Urt. v. 24.10.2023 – VI ZR 131/20, BeckRS 2023, 35173; Urt. v. 19.12.2022 – VIa ZR 227/21, BeckRS 2022, 42085; Beschl. v. 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, NJW 2022, 194; Urt. v. 29.9.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 = NJW 2022, 463; Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 720/20, NJW-RR 2021, 1386.
- 2 Siehe nur BGH, Urt. v. 26.1.2022 – VIII ZR 140/20, BeckRS 2022, 2329 Rn. 17; Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133; OLG Hamm, Urt. v. 1.4.2020 – 30 U 33/19, BeckRS 2020, 11615; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 31.8.2018 – 25 U 17/18, NJW-RR 2019, 114; OLG Nürnberg, Urt. v. 24.4.2018 – 6 U 409/17, NZV 2018, 315; OLG Köln, Beschl. v. 27.3.2018 – 18 U 134/17, BeckRS 2018, 4574; OLG München, Beschl. v. 23.3.2017 – 3 U 4316/16, BeckRS 2017, 105163.
- 3 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, BeckRS 2021, 34009; KG, Urt. v. 26.9.2019 – 4 U 70/19, BeckRS 2019, 28351. I.d.R. haben die Gerichte die Voraussetzungen einer Arglistanfechtung mangels dem Verkäufer zurechenbarer Täuschungshandlung indes abgelehnt, siehe OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.2.2022 – 17 U 553/19, NJW-RR 2022, 822; OLG Koblenz, Urt. v. 27.4.2020 – 12 U 800/19, BeckRS 2020, 7065; Urt. v. 7.9.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54; OLG Hamm, Urt. v. 1.4.2020 – 30 U 33/19, BeckRS 2020, 11615; OLG München, Urt. v. 3.7.2019 – 3 U 4029/18, NJOZ 2020, 574.
- 4 Zur Parallelproblematik der Anrechnung von Gebrauchsvorteilen bei Ansprüchen auf Schadensersatz siehe nur BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 8/20, BeckRS 2021, 921; Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962; OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.11.2020 – 17 U 635/19, NJW-RR 2021, 474; Urt. v. 14.7.2020 – 17 U 554/19, BeckRS 2020, 37996; Urt. v. 24.3.2020 – 17 U 394/19, BeckRS 2020, 14354; OLG Braunschweig, Urt. v. 29.9.2020 – 7 U 337/18, NJOZ 2021, 237; OLG München, Urt. v. 15.7.2020 – 20 U 2914/19, BeckRS

Denn übergehen dürfen die Gerichte dieses Thema nicht. So verpflichten etwa § 346 Abs. 1 und § 818 Abs. 1 BGB denjenigen, der eine erhaltene Leistung nach Rücktritt oder Anfechtung zurückgeben muss, ausdrücklich dazu, auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Zu den Nutzungen zählen nach § 100 BGB aber nicht nur die Früchte, sondern auch die Gebrauchsvorteile einer Sache. Da Gebrauchsvorteile jedoch – anders als Früchte – körperlich nicht in Erscheinung treten⁵ und daher als solche auch nicht herausgegeben werden können, geht es der Sache nach um ein reines Bemessungsproblem. Dieses Problem soll im Folgenden in das Zentrum dieses Beitrags gestellt werden.⁶ Die Ausführungen sollen sich dabei grundsätzlich auf das Regime des Rücktrittsrechts konzentrieren, auch wenn die Grundproblematik darüber hinaus natürlich auch eine besondere Bedeutung im Bereicherungsrecht und im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hat. Zum Teil wird sich zur besseren Illustration einzelner Problemstellungen auch auf diese Rechtsgebiete ergänzend bezogen.

2020, 16257; Urt. v. 17.12.2019 – 18 U 3363/19, BeckRS 2019, 33717; OLG Bamberg, Urt. v. 11.1.2022 – 5 U 323/21, BeckRS 2022, 426; Urt. v. 22.5.2020 – 1 U 114/19, BeckRS 2020, 33157; OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2020 – 34 U 150/19, BeckRS 2020, 20422; OLG Naumburg, Urt. v. 2.7.2020 – 2 U 190/19, BeckRS 2020, 28579; OLG Jena, Urt. v. 17.7.2020 – 4 U 25/19, BeckRS 2020, 24038; OLG Stuttgart, Urt. v. 30.4.2020 – 7 U 395/19, BeckRS 2020, 31961; KG, Urt. v. 10.3.2020 – 14 U 85/19, BeckRS 2020, 6153; Urt. v. 25.2.2020 – 14 U 81/19, BeckRS 2020, 6164; OLG Celle, Urt. v. 18.3.2020 – 7 U 200/19, BeckRS 2020, 25616; OLG Koblenz, Urt. v. 20.3.2020 – 8 U 1378/19, BeckRS 2020, 5598; OLG Oldenburg, Urt. v. 4.3.2020 – 3 U 90/19, BeckRS 2020, 6169; Urt. v. 14.2.2020 – 6 U 299/19, BeckRS 2020, 6576.

- 5 Vgl. Röder, *Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht*, Tübingen 2021, S. 29; Kaiser, in: Löwisch (Red.), *Staudinger BGB*, Buch 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 346–361 (Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung, Berlin 2012, § 346 Rn. 251; Mansel, in: Stürner (Hrsg.), *Jauernig BGB*, 19. Aufl., München 2023, Anm. zu §§ 99–103 Rn. 1; Lobinger, in: Pfeiffer (Red.), *Soergel BGB*, Bd. 5/3, *Schuldrecht* 3/3, §§ 328–432, 13. Aufl., Stuttgart 2009, § 346 Rn. 51; Metzger, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), *Erman BGB*, 17. Aufl., Köln 2023, § 346 Rn. 32.
- 6 Die folgenden Ausführungen gehen im Kern auf einen Vortrag zurück, den der Autor zu Zeiten einer besonders markant geführten Debatte um Haftungsfragen, die im Zusammenhang mit der Nutzung unzulässiger Abschalteinrichtungen in der Motorsteuerung von Diesel-Fahrzeugen durch die Volkswagen-AG standen, vor der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gehalten hat. Der Autor ist dem Kollegium der Fakultät vor allem für die anschließende gewinnbringende Diskussion und für die mit ihm geteilten Gedanken zu der Thematik dankbar. Aus diesem Grund sei auch dieser Beitrag der Fakultät zu ihrem 50-jährigen Bestehen gewidmet.

Im Einzelnen wird folgend dargelegt:

Erstens die im Allgemeinen anerkannten Methoden zur Bemessung von Gebrauchsvorteilen und die Gründe, warum sie sich auf diese Art etabliert haben.

Anschließend wird zu den Konstellationen übergeleitet, deren Behandlung weniger klar und im Einzelnen höchst umstritten ist.

Abschließend wird der Beitrag in einigen kurzen Thesen enden, die die wichtigsten Erkenntnisse kurz zusammenfassen sollen.

I. Der weitgehend unstrittige Ausgangspunkt: Die Veranschlagung von Gebrauchsentgelten

Im Kern ist man schon seit jeher stets davon ausgegangen, dass sich Gebrauchsvorteile anhand von Entgelten bemessen lassen müssten, die man üblicherweise für eine Gebrauchsüberlassung bezahlen würde.⁷ Denn es soll sich – und hierin ist man sich im Ergebnis auch einig – bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen um die Bemessung einer ersparten Aufwendung handeln.⁸ Der Nutzende soll das herausgeben, was er ansonsten aufgewendet hätte, um den Gebrauch des Gegenstands zu bezahlen. Und normalerweise, so lässt sich dieser Gedankengang abschließen, wendet man eine Mietzahlung auf, um eine bestimmte Sache nutzen zu können.⁹

Dieser an sich bestechende Gedankengang unterliegt allerdings einem entscheidenden Fehler. Immer dann, wenn man keine fremde Sache nutzen will, für die man ansonsten bereit ist, Mietzahlungen aufzuwenden, sondern man eine Sache ankauft, um sie als eigene zu nutzen, bildet ein Mietpreis nicht mehr dasjenige ab, was man bereit gewesen ist, für die

7 Vgl. BGH, Urt. v. 22.3.1954 – IV ZR 137/53, JR 1954, 460; Urt. v. 5.7.1978 – VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209); Urt. v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, NJW 2009, 1266 (1270). Deutlich auch Röder, Nutzungsausgleich (Fn. 5), S. 273: „universelle Anerkennung als potentieller Maßstab für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen“.

8 Vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 (1583); Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (251); Stresemann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 9. Aufl., München 2021, § 100 Rn. 10.

9 In diesem Sinne schon BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (333 f.), jedenfalls sofern das genutzte Gut üblicherweise vermietet zu werden pflegt. Ohne letztere Einschränkung BGH, Urt. v. 11.4.1973 – VIII ZR 60/72, NJW 1973, 1078 (1079).

Nutzung zu zahlen.¹⁰ Dies liegt daran, dass sich Mietpreise typischerweise aus unterschiedlichen Kalkulationsposten zusammensetzen,¹¹ die man sich selbst bei der Nutzung eigener Sachen so nicht in Rechnung stellt.¹²

Dies gilt zum Beispiel mit aller Deutlichkeit hinsichtlich des im Mietpreis enthaltenen Gewinnanteils,¹³ den ein Vermieter seinen Mietern in Rechnung stellen wird, damit sich das Vermietungsgeschäft für ihn überhaupt lohnt.¹⁴ Bei der Nutzung eigener Sachen muss man sich selbst gegenüber keinen Gewinn generieren und erspart deshalb in diesem Umfang auch keine ansonsten getätigte Aufwendung.

Ähnliches gilt im Hinblick auf Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Wartungskosten,¹⁵ die bei der Nutzung eigener Sachen schon deswegen jedenfalls nicht in demselben Umfang wie bei einer Vermietung anfallen werden, weil man selten besondere für die Nutzung des eigenen Gegenstands gesondert anfallende Geschäftsunkosten hat und man sowieso wohl eher eine zu starke Abnutzung der eigenen Gegenstände zu vermeiden sucht, also sorgsamer mit seinen eigenen Sachen umgeht, als man dies üblicherweise mit angemieteten Sachen tut, sodass auch Wartungs- und Instandhaltungskosten bei der Nutzung eigener Sachen weit geringer zu bemessen sind, als dies in Mietentgelten typischerweise verkörpert ist.

Schließlich steckt in Mietpreisen noch ein weiterer bedeutender Kostenposten, der das Bedürfnis nach Amortisation des angeschafften und vermieteten Gutes betrifft.¹⁶ Weil Güter typischerweise nach geraumer Zeit und

10 Deutlich etwa schon OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967. Siehe auch BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54); Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239); Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252). Der Sache nach auch schon RG, Urt. v. 4.10.1932 – II 160/32, RGZ 138, 28 (32 f.).

11 Vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 13; auch schon Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (334 ff.).

12 Vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (55).

13 Vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (55); vgl. auch BGH, Urt. v. 16.9.1966 – VIII ZR 103/64, WM 1966, 1174 (1177); Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (335).

14 So schon zutreffend OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967. Vgl. auch BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (335).

15 Vgl. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967; Thunhart, Die Nutzungsvergütung: Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, Berlin 2005, S. 49. Vgl. ferner BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (335).

16 Vgl. schon RG, Urt. v. 4.10.1932 – II 160/32, RGZ 138, 28 (33 f.); Beschl. v. 16.5.1942 – GSE 4/42, RGZ 169, 141 (143 f.). Vgl. ferner BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (334 f.). Alternativ kann auch auf den Posten einer Verzinsung des

Abnutzung ihre Eigenschaft verlieren, überhaupt noch sinnvoll genutzt werden zu können, muss ein Vermieter sich durch die Mietzahlungen seine Anschaffung amortisieren lassen, um einen finanziellen Verlust am Ende der Nutzbarkeit des Gegenstands zu verhindern. Typischerweise wird ein Vermieter daher den zu vermietenden Gegenstand anhand bestimmter Referenzwerte abschreiben müssen und diesen Abschreibungswert muss er einer Mietzahlung als Mindestmaß zugrunde legen.

Der Grundgedanke der Amortisation beziehungsweise der Abschreibung trifft auch auf denjenigen zu, der für sich selbst angeschaffte Güter nutzt. Nur ist die Referenz eine andere. Es geht nicht um die Amortisationskosten eines Vermieters, sondern um die Amortisation einer Investition, die der Nutzende selbst getätigt hat.

Diese kurze Darlegung dient einer wichtigen Erkenntnis: Jemand, der eine Sache als eigene nutzt, wird niemals Aufwendungen in Höhe vollständiger Mietpreise ersparen. Dies kann nämlich allenfalls nur dann unterstellt werden, wenn man unbefugt und in Kenntnis von der fehlenden Befugnis eine fremde Sache nutzt. Deshalb ist es zum Beispiel auch richtig, Gebrauchsvorteile, die man als bösgläubiger Besitzer im Rahmen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach § 987 Abs. 1 BGB herauszugeben hat, anhand von fiktiven Mietpreisen zu bemessen.¹⁷ Bei der Rückabwicklung gescheiterter Kaufverträge nach § 346 BGB verbietet sich hingegen diese Methode. Gebrauchsvorteile sind hier nach grundsätzlich anderen Maßstäben zu bemessen.

II. Die erste Korrektur: Abschreibung bei angeschafften Verbrauchsgütern

So verwundert es auch nicht, dass mittlerweile unbestritten ist, die Bemessung von Gebrauchsvorteilen von normalen Gütern, die durch den Gebrauch verbraucht werden, also abgeschrieben werden können, anhand einer Abschreibungskalkulation zu bemessen.¹⁸ Dieser Gedanke ist schon deshalb zutreffend, weil es richtig ist, dass derjenige, der eine eigene Sache

Anlagekapitals abgestellt werden, so z.B. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967.

17 Näher *Spohnheimer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), beck-online Großkommentar BGB, Stand: 1.2.2023, § 987 Rn. 83 ff.

18 Grundlegend BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54 f.); Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239 f.); Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252).

nutzt, seinen Kapitaleinsatz durch die Nutzung amortisiert sehen will, also durch den Gebrauch den Vorteil erzielen will, der in der Abschreibung des investierten Kaufpreises steckt.

Die Berechnung der zu bemessenden Gebrauchsvorteile endet deshalb in für die Praxis gut handhabbaren einfachen Formeln, denen eine Abschreibung der Investition an bestimmten Referenzwerten, zum Beispiel die Zeit¹⁹ oder die gefahrenen Kilometer,²⁰ zugrunde liegt. Besonders plastisch ist hierbei die Formel, die bei der Abschreibung von Kraftfahrzeugen genutzt wird:²¹

Gebrauchsvorteil ist gleich der gezahlte Preis, multipliziert mit den gefahrenen Kilometern, geteilt durch die mittels einer Prognose festzulegende Gesamt- beziehungsweise Restnutzungsmöglichkeit, ausgedrückt in Kilometern.

Erreicht wird durch diese Formel, dass jedem mit dem Kfz fahrbaren Kilometer ein bestimmter Wert zugrunde gelegt werden kann, den es anschließend lediglich gilt, im Hinblick auf die tatsächlich gefahrenen Kilometer aufzuaddieren.

Bewirkt wird auf diese Art eine lineare Abschreibung des Kaufpreises über die Referenz der gefahrenen Kilometer.²² Sowohl die Abschreibung des Kaufpreises, und nicht des Wertes des Kfz, als auch die Linearität der Abschreibung sind richtig. Ersteres entspricht nämlich nicht nur der in § 346 Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich angeordneten Zugrundelegung der Gegenleistung bei der Wertberechnung,²³ sondern greift auch den zutref-

19 Vgl. BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235; Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2001 – 22 U 52/99 und 78/99, NJW 2002, 612 (614); Urt. v. 28.10.1994 – 22 U 48/94, NZV 1995, 69; OLG Köln, Urt. v. 18.2.1998 – 13 U 174/97, NJW-RR 1999, 774; OLG Koblenz, Urt. v. 4.10.1991 – 2 U 403/88, NJW-RR 1992, 688; Urt. v. 2.5.1991, 5 U 1265/90, NJW-RR 1992, 760; OLG München, Urt. v. 16.1.1987 – 23 U 4988/86, CR 1989, 288 (289).

20 Vgl. Gaier, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 3, 2022, § 346 Rn. 81; Lobinger (Fn. 5), § 346 Rn. 54.

21 Siehe nur BGH, Urt. v. 24.10.2023 – VI ZR 131/20, BeckRS 2023, 35173 Rn. 29; Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 720/20, NJW-RR 2021, 1386 Rn. 6; Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 8/20, BeckRS 2021, 921 Rn. 13 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.3.2003 – 14 U 154/01, NJW 2003, 1950 (1951); OLG Hamm, Urt. v. 5.8.2010 – 28 U 22/10, NJOZ 2011, 447 (449); Gaier (Fn. 20), § 346 Rn. 81; Reinking/Eggert, Der Autokauf: Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing, 14. Aufl., Köln 2020, Rn. 1167.

22 OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.3.2003 – 14 U 154/01, NJW 2003, 1950 (1951); Reinking/Eggert, Autokauf (Fn. 21), Rn. 1162.

23 BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157 Rn. 26 und Rn. 28; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 25.9.2019 – 17 U 45/19, BeckRS 2019, 22222 Rn. 42.

fenden Gedanken auf, dass es um die Bemessung der Gebrauchsvorteile aus einer getätigten Investition geht. Zweiteres, also die Linearität der Abschreibung, beruht zu Recht auf dem Gedanken, dass sich der Gebrauchsvorteil bei der Nutzung eigener Sachen nutzungsanteilig gleichmäßig verteilt, und somit eine möglicherweise degressive Wertentwicklung des abgenutzten Gegenstands nicht aufgreift.²⁴ Dies ist in allen diesen Grundsätzen auch weitestgehend anerkannt und unumstritten.

1. Die umstrittene Konstellation der bloßen Nutzungsmöglichkeit

Jenseits dieser anerkannten Grundsätze herrscht freilich erstaunlich viel Streit und Unsicherheit, wie man in besonderen Konstellationen bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen vorgehen sollte.

Diese Unsicherheiten entstehen dem Grunde nach sogar bereits dann, wenn die zuvor beschriebene Abschreibungsformel nicht an der Referenz der gefahrenen Kilometer, sondern an dem Referenzwert „Zeit“ beziehungsweise „Nutzungsdauer“ ausgerichtet wird. Denn man ist sich uneinig, ob hier Gebrauchsvorteile nur dann generiert oder „gezogen“ werden, wenn der Nutzende den Gegenstand tatsächlich benutzt,²⁵ also zum Beispiel ein gekauftes Pferd tatsächlich reitet.²⁶ Als Alternative steht allerdings durchaus im Raum, bereits die bloße Möglichkeit zur Nutzung zu bewerten,²⁷ weil es eben auch ein Gebrauchsvorteil sein kann, die Möglichkeit zu haben, ein Pferd jederzeit reiten zu können.²⁸

Nach vorherrschender Meinung soll diese Art der Differenzierung sogar eine besondere und entscheidende Bedeutung zukommen. Denn auf letzteres, also auf die bloße Möglichkeit zur Nutzung, soll es nur ankommen, wenn es um die Rückabwicklung gescheiterter Gebrauchsüberlassungsverträge gehe, bei denen der Wert der Gebrauchsüberlassung als Hauptleistung

24 So zu Recht *Wackerbarth*, Ermittlung des Nutzungswertersatzes nach Rücktritt vom Autokaufvertrag, NJW 2018, 1713 (1713 f.); *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 81; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.2.2004 – 13 U 92/02, NJOZ 2004, 1355; abw. OLG Celle, Urt. v. 10.1.1991 – 7 U 10/90, NZV 1991, 230.

25 So *Raff*, in: Sacker et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 8, 2023, § 987 Rn. 17; *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 263; wohl auch *Schwab*, in: Sacker et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 7, 2024, § 818 Rn. 101.

26 So wohl *Fritzsche*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 100 Rn. 6.

27 So wohl *Stresemann* (Fn. 8), § 100 Rn. 3 f.

28 *Mössner*, in: Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB (Fn. 17), Stand: 1.5.2023, § 100 Rn. 5.2.

zu bemessen sei.²⁹ Ansonsten, etwa bei der Rückabwicklung gescheiterter Kaufverträge, so ist die herrschende Sicht wohl zu verstehen,³⁰ dürfe man nur das Ausmaß der tatsächlichen Benutzung des Gegenstands betrachten.

Dieser Ansatz überzeugt letztlich kaum. Es ist einerseits nämlich schon nicht richtig, dass man bei der Gebrauchsüberlassung als Hauptleistung stets nur für die bloße Möglichkeit einer Nutzung bezahlt. Ohne weiteres ist etwa denkbar, dass bei der Anmietung eines PKW ein Entgelt – zumindest auch – für jeden tatsächlich gefahrenen Kilometer fällig wird. Andererseits erschließt sich nicht ohne weiteres, wie nach dem Ansatz der herrschenden Meinung die Gebrauchsvorteile bemessen werden sollen, die bei der Rückabwicklung beispielsweise eines Pferdekaufs herauszugeben sind. Geht es hier wirklich nur um die tatsächlich gerittenen Kilometer? Sind das Satteln, Striegeln und Füttern des Pferds denn irrelevant? Wie steht es um die Freude, das Pferd beim Galoppieren auf der Weide zu beobachten? Da § 253 Abs. 1 BGB, der lediglich die schadensersatzrechtliche Entschädigung betrifft,³¹ bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen nicht gilt,³² können jedenfalls immaterielle Vorteile des Gebrauchs durchaus einer finanziellen Bewertung zugeführt werden.³³ Letztlich wird ja die Gegenleistung, also der Kaufpreis abgeschrieben, und nicht danach gefragt, warum man die Investition in die Nutzung getätigt hat. Gerade ein Pferd mag man zum Beispiel lediglich aus reiner Freude erworben haben und es – jedenfalls in heutiger Zeit sehr realistisch – nicht nur als Transportmittel einsetzen wollen.

29 In diesem Sinne *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 74; näher auch *Lobinger* (Fn. 5), § 346 Rn. 71 und § 347 Rn. 8; *Faust*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB, 10. Aufl., Saarbrücken 2023, § 346 Rn. 48. Dass hier Gebrauchsvorteile möglicherweise gar keine Nutzungen i.e.S., sondern vielmehr unmittelbar nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB zu ersetzen sind, spielt im Ergebnis bei der Bemessung keine entscheidende Rolle, so zu Recht *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 253.

30 Vgl. *Schall*, in: Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB (Fn. 17), Stand: 1.10.2023, § 346 Rn. 507. Siehe aber auch *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 112, der jedenfalls der Rechtsprechung insofern eine einer Praktikabilität geschuldete Inkonsistenz attestiert.

31 Siehe nur *Schulze*, Nutzungsausfallentschädigung – Zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB, NJW 1997, 3337 (3338).

32 Zutreffend *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 119; a.A. offenbar *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 273.

33 Zu Recht daher OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.3.2008 – 1 U 198/07, NJW 2008, 1964 (1965); OLG Köln, Urt. v. 26.5.1997 – 7 U 185/96, NJW-RR 1998, 128 (129). Der Sache nach auch schon OLG Hamburg, Urt. v. 28.5.1953 – 2 U 70/53, MDR 1953, 288. Siehe auch *Stresemann* (Fn. 8), § 100 Rn. 3; *Fritzsche* (Fn. 26), § 100 Rn. 5.

Letztlich scheint hinter den Differenzierungen der vorherrschenden Meinung nur die Suche nach der für die Bemessung von bestimmten Gebrauchsvorteilen angemessenen Methode zu stecken. Ist eine gescheiterte Gebrauchsüberlassung zu bewerten, so ist der Nutzende so zu stellen, als wenn er eine fremde Sache genutzt hat. Gebrauchsvorteile sind anhand von Mietpreisen zu ermitteln. Bei einem gescheiterten Kauf ist indes der Gebrauchsvorteil, der auch hier durch die bloße Nutzungsmöglichkeit zum Ausdruck kommt, anhand der Abschreibung des Kaufpreises zu ermitteln. Dass es bei Kfz um die Abschreibung anhand der tatsächlichen Kilometer geht, ist in diesem Zusammenhang eine der praktischen Handhabung geschuldete Besonderheit, weil man eben Fahrzeuge typischerweise nicht längere Zeit bloß herumstehen lässt. Die Abschreibung über jeden der gefahrenen Kilometer drückt daher im Ergebnis recht treffend aus, dass man ein Kfz eben nicht nur gekauft hat, um tatsächlich zu fahren, sondern auch, um die Möglichkeit zu haben, jederzeit fahren zu können.³⁴

2. Die umstrittene Konstellation bei mangelhaften Sachen

Sehr umstritten ist des weiteren die Frage danach, wie Gebrauchsvorteile zu bemessen sind, nachdem man eine mangelhafte Sache erworben und trotz des Mangels genutzt hat. Der Bundesgerichtshof³⁵ ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, man müsse in einem ersten Schritt zunächst einmal die Abschreibung nach üblichen Maßstäben vornehmen, also unter Ausblendung des Mangels.³⁶ In einem zweiten Schritt soll es dann darum gehen, den gerade erst ermittelten Wert des Gebrauchsvorteils im Hinblick auf jeden durch den Mangel gestörten Nutzungsabschnitt analog der Re-

34 Konsequenz daher auch *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 262: Werde ein Fahrzeug nicht ausschließlich zur Nutzung im Straßenverkehr erworben (z.B. Liebhaberobjekte oder Wohnmobile), könne die Nutzungsvergütung nicht bzw. nicht ausschließlich mit Hilfe der linearen Teilwertabschreibung unter Zugrundelegung zu fahrender und gefahrener Kilometer berechnet werden. So im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1994 – 22 U 48/94, NZV 1995, 69; *Metzger* (Fn. 5), § 346 Rn. 36.

35 Grundlegend BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240).

36 So auch *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 117; *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 80. Für Hausgrundstücke ebenfalls *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 267; anders soll dies wohl bei Gütern des täglichen Gebrauchs sein, *dies.* (Fn. 5), § 346 Rn. 258.

geln zur Mietpreisminderung und unter Zugrundelegung der Schätzungsmaßstäbe des § 287 ZPO herabzusetzen.³⁷

Abgelehnt³⁸ hat der Bundesgerichtshof jedenfalls den wiederholt vertretenen Ansatz,³⁹ der Abschreibung nicht den vollen Kaufpreis, sondern einen nach kaufvertragsrechtlichen Maßstäben geminderten Preis zugrunde zu legen. Denn es könne sein, so der Bundesgerichtshof, dass der in einem geminderten Kaufpreis zum Ausdruck kommende mangelbedingte Minderwert nicht mit der tatsächlichen Nutzungseinbuße korreliert.⁴⁰ Es könne sich zum Beispiel um einen verhältnismäßig geringen Mangel handeln, der aber die Nutzbarkeit des Gegenstands außerordentlich einschränkt. Und umgekehrt könne man sich leicht einen bedeutenden Mangel vorstellen, der die Nutzbarkeit dem Grunde nach unberührt lässt. Daher sei es nicht richtig, einen geminderten Kaufpreis der Abschreibung zugrunde zu legen, sondern die Bewertung der jeweiligen Nutzungsabschnitte zu mindern.

So einsichtig diese Argumentation des Bundesgerichtshofs auf den ersten Blick erscheint, so sehr hinterlässt sie doch durchgreifende Bedenken. Die im ersten Schritt zu vollziehende Abschreibung anhand der normalen Umstände hat nämlich zur Folge, dass der Nutzende an seiner ursprünglich getätigten Investitionsentscheidung zunächst einmal festgehalten wird, obgleich sich die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, die ja dessen Investitionsentscheidung zugrunde liegt, durch den Mangel von Anfang an gestört war. Damit bezahlt der Nutzende über die Abschreibung seiner Gebrauchsvorteile in vollem Umfang die Mängel, die sich als nutzungsirrelevant erweisen.⁴¹

37 BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240). Zustimmend etwa *Schall* (Fn. 30), § 346 Rn. 438; *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 80; *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 117.

38 BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240).

39 Siehe nur OLG Köln, Urt. v. 18.2.1998 – 13 U 174/97, NJW-RR 1999, 774 (775); *Hager*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), *AnwaltKommentar BGB*, Bd. 2: Schuldrecht, Baden-Baden 2005, § 346 Rn. 22. In diesem Sinne wohl auch *Grüneberg*, in: ders. et al., *BGB*, 82. Aufl., München 2023, § 346 Rn. 10; *Reischl*, *Grundfälle zum neuen Schuldrecht – 3. Teil: Der Rücktritt*, JuS 2003, 667. Vgl. ferner *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 258.

40 BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240 f.). Zustimmend *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 267; *Faust*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth (Hrsg.), *juris PraxisKommentar BGB*, 5. Aufl., Saarbrücken 2011, § 346 Rn. 117.

41 Dies übergeht etwa *Schall* (Fn. 30), § 346 Rn. 438.

Gerade der VW-Dieselskandal bringt dieses Problem mehr als anschaulich auf den Tisch. So ist es ja geradezu Sinn und Zweck der eingesetzten Schummelsoftware, dem Käufer des PKW eine ungestörte Nutzung trotz dieses Mangels zu ermöglichen. Denn die Software soll ja hauptsächlich nur bewirken, dass die Allgemeinheit mit überhöhten Abgas- und Feinstaubwerten überzogen wird, aber für den Käufer der Wagen mit normalem Spritverbrauch und der üblichen „Spritzigkeit“ gefahren werden kann. Nach dem vom Bundesgerichtshof gewählten Ansatz käme daher der Mangel „Schummelsoftware“ bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile gar nicht zum Tragen.⁴² Führt mit anderen Worten der Käufer den VW-Diesel bis zum Ende seiner prognostizierten Gesamtnutzungsdauer, dann kann er sich den Rücktritt sparen: Über die Gebrauchsvorteile zahlt er nämlich den kompletten und unverminderten Kaufpreis und der Verkäufer wird so gestellt, als hätte er durch den Mangel niemals das Äquivalenzverhältnis zum Nachteil des Käufers beeinflusst. Sollte jedenfalls der durch die Schummelsoftware bewirkte Mangel irgendeine messbare Wertminderung des PKW mit sich bringen,⁴³ kann dies letztlich so nicht richtig sein.⁴⁴

Einzig überzeugen kann daher, die Abschreibung grundsätzlich selbst der durch den Mangel gestörten Äquivalenz anzupassen. Denn hätte der Käufer gewusst, dass er eine nur mangelhafte Sache nutzen wird, dann hätte er den Rechtsbehelf der Minderung ausüben, durch die Minderung selbst die Äquivalenz entsprechend anpassen und der Amortisation seiner Investition einen dem Mangel angepassten Abschreibungswert zugrunde legen können.

Dieser Grundsatz gilt auch völlig unabhängig davon, ob der Mangel für die Benutzung der Sache direkt relevant ist oder nicht. Man stelle sich nur einmal anhand eines anderen Beispiels vor, man investiere sehr viel Geld in den Ankauf eines PKW, weil einer der Vorbesitzer der Papst gewesen sein soll.⁴⁵ Wenn nun der entscheidende und erheblich wertmindernde Mangel des PKW darin liegen soll, dass es sich gar nicht um den Papst-

42 So denn auch ausdrücklich OLG Koblenz, Urt. v. 27.4.2020 – 12 U 800/19, BeckRS 2020, 7065 Rn. 57 ff.; OLG Köln, Urt. v. 10.3.2020 – 4 U 219/19, BeckRS 2020, 3439 Rn. 115.

43 Noch weitergehend sogar *Fervers/Gsell*, Vorteilsausgleich und Nutzungsvorteil bei manipulierten Dieselfahrzeugen, NJW 2020, 1393 (1395 ff.).

44 Krit. auch *Harke*, Herstellerhaftung im Abgasskandal, VuR 2017, 83 (91 f.).

45 Schlagzeilen machte z.B. vor einiger Zeit die Veräußerung eines „Papstautos“ zu einem ungewöhnlich hohen Preis. Es handelte sich um einen VW-Golf, der dem späteren Papst Benedikt XVI. gehört hatte und der für fast 190.000 EUR bei Ebay versteigert sein sollte; siehe jedenfalls https://de.wikipedia.org/wiki/EBay#Kuriose_

wagen handelt, sondern ein normaler gebrauchter VW-Golf überlassen wurde, dann würde man im Rücktrittsfall beim Ausblenden dieses für das Fahren der einzelnen Kilometer an sich irrelevanten mangelbegründenden Umstands bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile doch wieder genau so gestellt, als hätte man einen mangelfreien Papstwagen gefahren. Dies kann nicht richtig sein, sondern belegt vielmehr mit aller Klarheit, dass für die Abschreibung *jeder Mangel* Relevanz erlangen muss, der sich über die Minderung in einer Herabsetzung der Gegenleistung widerspiegeln wird.

Dem Ansatz des Bundesgerichtshofs ist allerdings insofern durchaus Recht zu geben, dass es Mängel geben kann, die insgesamt eher ein geringes Ausmaß aufweisen, aber eine konkrete Nutzung über Gebühr erschweren oder gar unmöglich machen. Startet beispielsweise ein Fernsehgerät nicht, obgleich es nur den Mangel eines defekten, aber höchst einfach auszuwechselnden Anschaltknopfs aufweist, oder bleibt das Bild nur schwarz-weiß, dann ist ein Fernsehgenuss entweder vollkommen unmöglich oder doch zwar möglich, aber nur mit höchst eingeschränktem Gewinn, wiewohl eine Minderung des Kaufpreises im Hinblick auf den Mangelunwert rechnerisch zu vernachlässigen wäre. Für diesen Fall, aber auch nur für diesen, erscheint es richtig, die Bemessung der gezogenen Gebrauchsvorteile in dem vom Bundesgerichtshof propagierten zweiten Schritt mietrechtsanalog anzupassen. Man darf aber nicht, so wie es der Bundesgerichtshof tut, einfach in einem ersten Schritt die durch einen Mangel an sich gestörte Äquivalenz insgesamt ausblenden, nur weil es Sonderfälle gibt, die den soeben aufgezeigten zweiten Schritt im Einzelfall erfordern.

3. Der umstrittene Umgang mit Verwendungen und Aufwendungen

Neben den Mängeln wird ein weiterer Gesichtspunkt bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen in einem regelmäßig nur höchst unzutreffenden Ausmaß in Literatur und Rechtsprechung gewürdigt: Es geht um den Zusammenhang zwischen Aufwendungen, die auf den Nutzungsgegenstand getätigt werden, und der Rückwirkung dieser Zusatzinvestition auf die Rechenformel, anhand derer der Wert von Gebrauchsvorteilen errechnet wird.

Versteigerungen (Abruf: Februar 2024) und v. Oertzen/*Windeknecht*, Oldtimer in der Nachfolgeplanung, ZEV 2020, 540 in Fn. 9 m.w.N.

In der allgemeinen Formel

Gebrauchsvorteil ist gleich der gezahlte Preis, multipliziert mit der tatsächlichen Nutzung, geteilt durch die mittels einer Prognose festzulegende Gesamtnutzungsmöglichkeit, spielen die Auf- und Verwendungen des Nutzens ersichtlich keine Rolle. Dies erscheint freilich schon auf den ersten Blick höchst inkonsequent.

Ausgangspunkt der Abschreibungsformel ist ja gerade der Gedanke, dass der Nutzende seinen Anschaffungspreis über die Nutzung amortisiert, weswegen es ja zu Recht der Anschaffungspreis, und zwar in der Form des Bruttokaufpreises, also einschließlich der Mehrwert- bzw. Umsatzsteuer,⁴⁶ ist, der zur Grundlage der Abschreibung wird. Freilich erschöpft sich die Investitionsentscheidung eines Nutzenden niemals in dem reinen Anschaffungspreis. Von vornherein muss jedem klar sein, dass man für die Nutzung zumindest auch die notwendigen Verwendungen aufwenden wird, die Voraussetzung der Nutzung sind.

So ist zum Beispiel jedem klar, dass sich die Investition in den Kauf eines PKW nicht in einem Kaufpreis erschöpft. Wer den PKW nutzen will, der wird Wartungs-, Unterbringungs- und Instandhaltungskosten aufwenden, Pflichtversicherungen bezahlen und die Kfz-Steuer begleichen, also Aufwendungen betreiben,⁴⁷ die typischerweise regelmäßig wiederkehren (sog. Erhaltungskosten)⁴⁸. Der Vorteil, der aus dem Gebrauch des PKW gezogen wird, ist also insgesamt wesentlich höher, als er in der Abschreibung des reinen Kaufpreises zum Ausdruck kommt. Wer einen PKW nutzen will, der ist bereit, auch die

46 Siehe nur BGH, Urteil vom 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (51 f.): selbst bei einem vorsteuerabzugsberechtigten Käufer. Siehe ferner BGH, Urt. v. 9.4.2014 – VIII ZR 215/13, NJW 2014, 2435 Rn.18: Zustimmung, aber im Ergebnis dasselbe ergebe sich auch aus der Kontrollrechnung, den Nutzungswert auf der Grundlage des Nettokaufpreises zu berechnen und den so ermittelten Betrag um die Mehrwertsteuer zu erhöhen.

47 Zu Wartungs-, Unterbringungs- und Instandhaltungskosten, die jedenfalls dem Erhalt der Gebrauchsfähigkeit der Sache dienen und deshalb notwendige Verwendungen darstellen, siehe nur BGH, Urt. v. 11.1.1978 – VIII ZR 123/75, NJW 1978, 1256 (1257); *Thole*, in: ders. (Hrsg.), Staudinger BGB, Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011, Neubearbeitung, Berlin 2023, § 994 Rn. 34; *Raff* (Fn. 25), § 994 Rn. 53; *Metzger* (Fn. 5), § 347 Rn. 7; *Fritzsche* (Fn. 26), § 994 Rn. 47.1. Dies muss letztlich auch für gesetzlich angeordnete Steuern und Pflichtversicherungen gelten, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch notwendige Voraussetzungen sind. So zu Recht *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 38 f.; a.A. *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 51; *Gaier* (Fn. 20), § 347 Rn. 20 (für die Haftpflichtversicherung).

48 Siehe nur *Raff* (Fn. 25), § 994 Rn. 52; *Thole* (Fn. 47), § 994 Rn. 33.

regelmäßig notwendig werdenden Verwendungen und Lasten zu zahlen, um überhaupt nutzen zu können.

Im Gesetz wird dieser Zusammenhang zwischen Nutzungen und notwendigen Verwendungen auch in § 994 BGB klar zum Ausdruck gebracht. Wenn es dort in Absatz 1 Satz 2 heißt, dass die gewöhnlichen Erhaltungskosten, also zum Beispiel die Fütterungskosten eines erworbenen Pferds,⁴⁹ für die Zeit nicht zu ersetzen sind, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, dann bedeutet dies mit anderen Worten nichts anderes, als dass der Besitzer seine Investition in die gewöhnlichen Erhaltungskosten im Allgemeinen in den Nutzungen wiederfinden wird.⁵⁰ Denn § 994 Abs. 1 S. 2 BGB liegt nichts anderes als ein Verbot der Doppelkompensation zugrunde: Der Besitzer soll nicht dadurch doppelt kompensiert werden, dass er einerseits die Gebrauchsvorteile *behält*, aber andererseits die Erhaltungskosten ersetzt *erhält*.⁵¹

Überraschenderweise hat der Gesetzgeber die aus dem Bereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnis stammende Regel des § 994 BGB nicht ihrem Sinn entsprechend in das Rücktrittsrecht und die dortigen für die Bemessung von Gebrauchsvorteilen relevanten Regelungen übernommen.⁵² Im Rücktrittsrecht, genauer gesagt in § 347 Abs. 2 S. 1 BGB, ist lediglich angeordnet, dass der Nutzende seine kompletten notwendigen Verwendungen, also einschließlich der Erhaltungskosten komplett ersetzt verlangen kann.⁵³ Kann der Rücktretende allerdings die Erhaltungskosten ersetzt verlangen und werden die Erhaltungskosten nicht in der Wertberechnung der Gebrauchsvorteile zum Ausdruck gebracht, dann erfährt der Nutzende im Bereich des Rücktrittsrechts genau die Art der Doppelkompensation, die ihm im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aus guten Gründen versagt bleibt. In der Literatur wurde dies auch einmal treffend auf die Aussage gebracht:

49 Vgl. RG, Urt. v. 9.11.1933 – IV 269/33, RGZ 142, 201 (205); BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 Rn. 41.

50 Siehe nur Raff (Fn. 25), § 994 Rn. 48 f.; Thole (Fn. 47), § 994 Rn. 36; Spohnheimer (Fn. 17), Stand: 1.2.2024, § 994 Rn. 67.2. Krit. Gsell/Fervers, Ein Dreieck ist ein Dreieck, ist ein Dreieck – schafft das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ab!, ZfPW 2021, 1 (31 f.).

51 So im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1994 – 22 U 48/94, NZV 1995, 69.

52 BT-Drs. 14/6040, S. 197: Der Rechtsgedanke des § 994 Abs. 1 S. 2 BGB treffe nicht zu, da der Rückgewährschuldner die Nutzungen ja herausgeben oder vergüten müsse.

53 Siehe nur BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 41; OLG Hamm, Urt. v. 10.2.2005 – 28 U 147/04, NJW-RR 2005, 1220 (1222); Lobinger (Fn. 5), § 347 Rn. 40; Faust (Fn. 40), § 347 Rn. 48; Schmidt, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 347 Rn. 5.

Wer Rückgewähr eines Pferdes schuldet, werde durch § 347 BGB so gestellt, als hätte er ein eigenes Pferd reiten können, ohne es zu füttern.⁵⁴

Es erscheint daher nicht als richtig, die Erhaltungskosten nicht in der Abschreibungsformel, die zur Bemessung von Gebrauchsvorteilen verwendet wird, mit aufzunehmen.⁵⁵ Weil der Nutzende im Rücktrittsrecht diese notwendigen Verwendungen nach § 347 BGB ersetzt bekommt, müssen diese Verwendungen vielmehr zu dem Kaufpreis hinzugezählt werden, um eine Doppelkompensation zu vermeiden.⁵⁶ Dem Rückgewährschuldner droht hierdurch auch keinerlei Unbilligkeit. Denn die Verwendungen hat ihm der Rücktrittsgegner bereits von der Zeit der Vornahme der Verwendung an nach § 256 S. 1 BGB zu verzinsen. Auch dies rechtfertigt sich eigentlich nur, wenn man auf Seiten des Rückgewährschuldners bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile zwingend berücksichtigt, dass seine Investitionsentscheidung aus der Summe aus dem gezahlten Kaufpreis *plus* der Erhaltungskosten besteht.

Im Übrigen ist § 256 BGB in seinem Satz 2 auch zu entnehmen, wie man mit sonstigen Aufwendungen umgehen sollte, die nicht zu den notwendigen zählen, aber, weil sie werterhöhend noch in dem Gebrauchsgegenstand verkörpert sind, nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB dem Rückgewährschuldner ebenfalls zu ersetzen sind.⁵⁷ Denn angeordnet ist in § 256 S. 2 BGB, dass Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen des Gegenstands ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten sind.⁵⁸ Dies bedeutet doch umgekehrt nichts anderes, als dass davon ausgegangen werden

54 Treffend *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 48. Krit. dazu *Schall* (Fn. 30), § 347 Rn. 61, mit der Erwägung, der Rückgewährschuldner stünde bei Berücksichtigung des Gedankens des § 994 Abs. 1 S. 2 BGB so, als hätte er das Pferd durch das Reiten gar nicht abgenutzt, nachdem ihm nach § 347 Abs. 2. S. 1 BGB ja gar keine Nutzungen verbleiben. Dies übergeht freilich, dass nach der herkömmlichen Abschreibungsformel die Erhaltungskosten bei der Bemessung der herauszugebenden Nutzungen gerade nicht berücksichtigt, also nicht mit abgeschrieben werden.

55 Im Ansatz auch *Metzger* (Fn. 5), § 346 Rn. 36, mit dem Hinweis, es seien allgemein notwendige Verwendungen bei der Berechnung des Nutzungsvorteils als Abzugsposten berücksichtigungsfähig.

56 In diesem Sinne wohl auch *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 268; tendenziell auch *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 48.

57 Etwas oberflächlich daher OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.10.2021 – 4 U 2130/21, BeckRS 2021, 39849 Rn. 3 und 10 im Zusammenhang mit frustrierten Aufwendungen.

58 Näher dazu etwa *Krüger*, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 2, 2022, § 256 Rn. 12; *Bittner/Kolbe*, in: Löwisch (Hrsg.), Staudinger BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255–304, Leistungsstörungenrecht I, Neubearbeitung, Berlin 2019, § 256 Rn. 16.

muss, dass sich in den Nutzungen bei werterhöhenden Aufwendungen zwar nicht die Investition in die Aufwendung selbst wiederspiegelt, aber doch der in der Investition steckende Zins.⁵⁹

Dieser Ansatz erscheint zutreffend und überzeugend; es soll dieser Gedanke auch noch an einem anderen Beispiel weiter vertieft werden, nämlich hinsichtlich der Nutzung wertbeständiger Güter, also insbesondere Immobilien, die sich durch den Gebrauch im Wert nicht verzehren.

III. Der Umgang mit wertbeständigen Gütern

Sofern es um die Ermittlung der Gebrauchsvorteile geht, die aus der Nutzung wertbeständiger Güter gezogen werden, versagt die Abschreibungsmethode.⁶⁰ Der Kaufpreis, den der Nutzende bereit war, in den Gegenstand zu investieren, kann nicht abgeschrieben werden, weil der Kaufpreis am Ende der Nutzung immer noch in der genutzten Sache verkörpert ist.⁶¹ Man nutzt beispielsweise eine Immobilie im Wert des Kaufpreises von einer Million Euro über mehrere Jahrzehnte und die Immobilie ist am Ende dieser Nutzung regelmäßig jedenfalls nicht weniger wert als eine Million Euro.⁶² Die Ab-

59 Etwas anders wohl *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 268, jedenfalls bei Grundstücken, die bebaut werden, da auch hier eine direkte Abschreibung des gebauten Hauses bevorzugt wird.

60 So zu Recht *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 272; *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 119. Vgl. auch BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 14 (bei Immobilien); OLG Köln, Urt. v. 26.5.1997 – 7 U 185/96, NJW-RR 1998, 128 (bei Liehaberobjekten wie Oldtimern). Anders – allerdings im Zusammenhang mit Immobilien und der Problematik im Schadensersatzrecht – wohl BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157 = NJW 2017, 3438 Rn. 26 m. abl. Anm. *Markworth*; Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239 f.).

61 Siehe dazu BGH, Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252): Der Abschreibungsmethode „entspricht es, daß die Bekl. sich ... mit der Zahlung des (vollständigen) Kaufpreises die Möglichkeit erkaufte haben würde, die Anlagen bis zum Eintritt ihrer Gebrauchsuntauglichkeit zu nutzen“.

62 Vgl. *Metzger* (Fn. 5), § 346 Rn. 34: keine messbare Abnutzung bei Grundstücken. Anders für Sondereigentum insoweit OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.5.2016 – 9 U 51/15, BeckRS 2016, 126777 Rn. 25, das von einer „abnutzungsbedingte[n] Wertminderung, die die Immobilie während [der] ... Nutzungsdauer“ erfährt, ausgeht. Anders jedenfalls für Wohnungseigentum wohl ebenfalls BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239): Es sei „auch rechtlich bedenkenfrei, dass das sachverständig beratene BerGer. die Gesamtnutzungsdauer für die vom Zedenten erworbene Eigentumswohnung mit 80 Jahren angesetzt hat“. Krit. demgegenüber mit guten Gründen *Lobinger* (Fn. 5), § 346 Rn. 56, schon weil die Lebensdauer herkömmlicher Bauten regelmäßig 80 Jahre bei weitem überschreite.

schreibung des Kaufpreises drückt hier also nicht dasjenige aus, was der Nutzende bereit war, in die Nutzung zu investieren.⁶³

Bei wertbeständigen Gütern versucht die weit überwiegende Meinung daher, Gebrauchsvorteile nicht anhand einer Abschreibung, sondern anhand fiktiver Mietpreise zu ermitteln.⁶⁴ Dies kann jedoch aus den bereits geschilderten Argumenten letztlich nicht überzeugen: Auch derjenige der eine Immobilie kauft, nutzt eigenes und nicht fremdes Vermögen. Die Zugrundelegung von Mietpreisen ist zu hoch angesetzt und zu teuer und entspricht nicht der gewählten Art der Investitionsentscheidung.⁶⁵

Freilich hat der Nutzende den Kaufpreis aufgewendet, um in die Nutzung der Immobilie eintreten zu können. Deshalb hat er sich entweder ein Darlehen besorgt, also Geld gemietet, um den Kaufpreis zu bezahlen, oder er hat auf die Anlage eines ihm bereits zustehenden Gelds verzichtet und Opportunitäten generiert. Genau in diesem Umfang war er also bereit, in die Nutzung zu investieren.⁶⁶ Ist das nutzende Gut selbst wertbeständig, geht es um die Opportunität, die daraus entsteht, dass man für die Nutzung eine zeitlang auf das Innehaben des Kaufgelds verzichtet. Dies wird in der Literatur zum Teil auch so behauptet,⁶⁷ und zwar völlig zu Recht.

Denn letztlich erklärt das Abstellen auf die Opportunität, also auf den Ertrags- beziehungsweise Zinsverlust des eingesetzten Kapitals, auch die zuvor angesprochene Regel des § 256 S. 2 BGB: Wer vom Rücktrittsgegner den Wertbestand einer Investition vollkommen zurückerhält, der hat sich so

63 In diesem Sinne auch *Markworth* (Fn. 60), NJW 2017, 3442; BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 16. Siehe ferner in diesem Urteil Rn. 17 f.: Es liege auch kein Widerspruch zu BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 = NJW 2006, 53 (siehe oben Fn. 60 und 62) vor, weil es sich bei der dort relevanten Berücksichtigung von Gebrauchsvorteilen im Schadensersatzrecht um eine andere Problematik als im Kauf- oder Bereicherungsrecht handeln soll.

64 BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 16; OLG Köln, Urt. v. 26.5.1997 – 7 U 185/96, NJW-RR 1998, 128. Einschränkend *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 272: nur bei Gegenständen, die auch üblicherweise vermietet oder verpachtet werden.

65 In diesem Punkt zu Recht BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157 Rn. 28: „Die Entscheidung des Käufers, das Grundstück zu kaufen und nicht zu mieten, schließt damit den Rückgriff auf den Mietwert aus“. So auch schon BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239).

66 So wohl im Ergebnis auch *Thunhart*, Nutzungsvergütung (Fn. 15), S. 43.

67 Prägnant etwa *Lobinger* (Fn. 5), § 346 Rn. 56; siehe auch *Thunhart*, Nutzungsvergütung (Fn. 15), S. 42 ff. Krit. gegenüber der Berücksichtigung eines Anlagezinses, jedenfalls wenn eine Abschreibung des Objekts möglich ist, *Schwab* (Fn. 25), § 818 Rn. 101, speziell gegen derartige Überlegungen *Röder*, Nutzungsausgleich (Fn. 5), S. 527 ff. Sofern abgeschrieben werden kann, handelt es sich jedoch nicht um die hier betrachteten wertbeständigen Güter. Siehe auch *Schall* (Fn. 30), § 346 Rn. 432.1.

zu behandeln, als stecke in den gezogenen Nutzungen der Zins, den man mithilfe einer Investition hätte erzielen können.

IV. Fazit

Abschließend seien die wichtigsten Gesichtspunkte dieser Abhandlung noch einmal pointiert zusammengefasst.

Erstens: Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen anhand fiktiver Mietpreise ist nur dann angezeigt, wenn der Nutzende die Sache bewusst als eine ihm nicht gehörende nutzt und deshalb die Stellung eines Mieters usurpiert. Dies ist grundsätzlich der Fall beim bösgläubigen Besitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (vgl. § 987 Abs. 1 BGB), aber auch im Rahmen des Rücktrittsrechts nach Kenntnis oder Kennenmüssen vom Rücktrittsgrund, allerspätestens aber nach Ausübung des Rücktritts selbst.

Zweitens: Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen hat in den praktisch bedeutsamsten Szenarien einer Nutzung eigener Vermögenswerte durch eine Abschreibung zu erfolgen. Die allgemeine Formel

Gebrauchsvorteil ist gleich der gezahlte Preis, multipliziert mit der tatsächlichen Nutzung, geteilt durch die mittels einer Prognose festzulegende Gesamtnutzungsmöglichkeit,

ist allerdings zu ergänzen. Ausgangspunkt der Abschreibung ist nicht nur der gezahlte Kaufpreis, sondern der Kaufpreis *plus* die Erhaltungskosten.

Drittens: Ist das genutzte Gut gegenüber der Nutzung wertbeständig, bewirkt der Gebrauch also keinen Wertverzehr beim Gut, dann sind Gebrauchsvorteile anhand einer Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ersetzen. Es geht um den Zins des gezahlten und nunmehr zurückzugewährenden Kaufpreises, erneut *plus* der Erhaltungskosten.

Vom Schicksal gestraft.

Dogmatische und straftheoretische Betrachtungen zum Absehen von Strafe gemäß § 60 StGB

Sascha Ziemann

I. Einführung: Die Tragödie von Arnstein und die schwierige Frage nach Schuld und Strafe

Zuweilen geschieht es, dass auch das von Dramatik übertoll gesättigte Strafrecht an seine Grenzen gerät. So geschehen in einem Fall, dessen tragische Geschehnisse sich 2017 im unterfränkischen Ort Arnstein abgespielten.¹ Dort hatte ein Vater eine Gartenhütte für den 18. Geburtstag seiner Tochter vorbereitet und dazu in bester Absicht wegen der herrschenden Kälte im Technikraum der Hütte einen benzingetriebenen Stromgenerator aufgestellt. Mit fatalen Folgen, da das Gerät, das nicht für Innenräume zugelassen und zudem fehlerhaft installiert war, in der Hütte (geruchlose) tödliche Abgase ausstieß, die zum Tod der Tochter, ihres Bruders und weiterer vier Freunde führten. Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen des Vorwurfs der sechsfachen fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) und forderte in ihrem Plädoyer eine Bewährungsstrafe von zwei Jahren. Die Verteidigung plädierte dem gegenüber auf ein Jahr Freiheitsstrafe ohne Bewährung und brachte zudem die Anwendung einer Spezialvorschrift des deutschen Strafrechts – § 60 StGB – ins Spiel. Diese ermöglicht es, von Strafe abzusehen, wenn der Täter oder die Täterin durch die Folgen der Tat so schwer getroffen ist, „daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre“. Das „Ob“ und „Wie“ einer angemessenen Bestrafung wurde auch in der Presse diskutiert. Heribert Prantl etwa, selbst Jurist und ehemaliger Richter und Staatsanwalt, fragte in der *Süddeutschen Zeitung*:

1 Hierzu Prantl, Tragödie von Arnstein, *Süddeutsche Zeitung* v. 18.10.2017 (<https://www.sueddeutsche.de/panorama/prozessbeginn-die-tragoedie-von-arnstein-1.3712968>, zuletzt abgerufen am 1.11.2024); ders., Der Fall Arnstein zeigt, wie schnell jeder selbst zum Täter werden kann, *Süddeutsche Zeitung* v. 27.10.2017 (<https://www.sueddeutsche.de/bayern/prozess-in-wuerzburg-der-fall-arnstein-zeigt-wie-schnell-jeder-selbst-zum-taeter-werden-kann-1.3725729>, zuletzt abgerufen am 1.11.2024).

„Was ist hier eine angemessene Strafe? Kann, soll, darf oder muss man den Vater per Urteil bestrafen? Geldstrafe oder Haft bis zu fünf Jahren sieht das Gesetz für fahrlässige Tötung vor. Hat er sich durch die schweren Folgen der Tat, die ihn selber treffen, nicht gewissermaßen schon selbst bestraft? Ist er mit dem Tod seiner beiden Kinder nicht genug geschlagen?“²

Ich möchte diesen Fall zum Anlass nehmen, um mich ein wenig näher mit der besonderen Regelung des § 60 StGB und den dahinterstehenden kriminalpolitischen und straftheoretischen Grundsätzen zu befassen. Die grundlagenorientierte und disziplinenübergreifende Beschäftigung mit dem Strafrecht gehört in Hannover seit den Anfangstagen zum „Markenkern“³ (wie man heute sagt) und soll an dem von mir geleiteten Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht mit interdisziplinären Bezügen auch in Zukunft im Mittelpunkt des Forschungsinteresses stehen.

II. Schuldspruch ohne Strafe: Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Absehens von Strafe nach § 60 StGB

1. Schauen wir uns zunächst die gesetzliche Grundlage an. § 60 StGB trägt die amtliche Überschrift „Absehen von Strafe“ und lautet wie folgt:

„Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat.“ (§ 60 StGB)

Die Vorschrift war nicht Teil der Erstbekanntmachung des Strafgesetzbuches im 19. Jahrhundert; sie wurde erst im Zuge der umfangreichen Reform des Strafgesetzbuches im Jahre 1969⁴ eingefügt und war Ausdruck der Flexi-

2 Prantl, Tragödie (Fn. 1).

3 Instruktiv zu den Forschungsprofilen der juristischen Ausbildung in Hannover: Rückert, Profile der Jurisprudenz in Hannover seit 1974, in: Kaal/Schmidt/Schwartz (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext, Tübingen 2014, S. 217-228.

4 Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) v. 25.6.1969, BGBl I S. 645, damals als § 16 StGB. Die Neuerung ging zurück auf den Alternativentwurf zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches von 1966, der in § 58 einen „Schuldspruch unter Strafverzicht“ vorgesehen hatte (siehe Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, Tübingen 1966, S. 114). Zum kriminalpolitischen Hintergrund der Neuregelung siehe Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform [...], BT-Drs. V/4094, Begründung, S. 6 f. (zu § 16 StGB a.F.); Maiwald,

bilisierung der Rechtsfolgenrechtsseite. Ihre heute gültige Nummerierung und Position im Gesetz erhielt die Regelung dann mit Wirkung zum 1. Januar 1975.⁵

2. Das Absehen von Strafe nach § 60 StGB hat drei Voraussetzungen:⁶

a) Die erste Voraussetzung ist, dass der Täter oder die Täterin durch die Tat schwere Folgen erlitten hat. Damit sollen insbesondere solche Folgen erfasst sein, die „sich entweder aus der Täter-Opfer-Beziehung ergeben oder in einem schweren Schaden bestehen, den die Tat für den Täter zur Folge hatte“.⁷ Die Schwere ergibt sich daraus, dass sich die Folgen „von normalen Tatfolgen“, etwa Schuldgefühlen oder Reputationseinbußen, „deutlich abheben“ und den Täter oder die Täterin „in außergewöhnlicher Weise“ belasten.⁸ Als Beispiele für solche außergewöhnlichen Belastungen werden unter anderem erhebliche Gesundheitsschäden und schwerwiegende psychische Störungen genannt.⁹ Nach herrschender Meinung sollen grundsätzlich auch mittelbare Folgen erfasst sein wie etwa solche, die erst im Zuge der Strafverfolgung eingetreten sind, wenn und soweit die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist.¹⁰

Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB, ZStW 1971, 663-696, insb. 669 ff.; Müller-Dietz, Das Absehen von Strafe (§ 60 StGB n.F.). Dogmatische und kriminalpolitische Probleme einer neuen Rechtsfigur, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1976, S. 303-322, insb. 305 ff.

- 5 Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) v. 4.7.1969, BGBl. I S. 717; zur Gesetzgebungsgeschichte siehe Bassakou, Beiträge zur Analyse und Reform des Absehens von Strafe nach § 60 StGB, Frankfurt a.M. u.a. 1991, S. 1 f.; Hubrach, in: Laufhütte u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar: Großkommentar, Bd. 5, 13. Aufl., Berlin/Boston 2022, § 60 StGB, Entstehungsgeschichte.
- 6 Für einen instruktiven Überblick siehe Kett-Straub, Das Absehen von Strafe gem. § 60 StGB, JA 2009, 53-57; dies./Kudlich, Sanktionenrecht, 2. Aufl., München 2021, Rn. 43 ff.
- 7 BT-Drs. V/4094 (Fn. 4), S. 6 (zu § 16 StGB a.F.).
- 8 Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., Berlin u.a. 2019, S. 55; ähnl. v. Heintschel-Heinegg, in: Kudlich/ders. (Hrsg.), BeckOK StGB, 60. Ed., München 2024, § 60 StGB Rn. 5; siehe auch Groß/Kulhanek, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., München 2020, § 60 StGB Rn. 11 ff.
- 9 Groß/Kulhanek (Fn. 8), § 60 Rn. 11.
- 10 Der BGH bejahte dies einmal für den Fall schwerer psychischer und körperlicher Beeinträchtigungen des Beschuldigten als Folge der Strafverfolgung (BGH v. 4.5.2004, NSTZ-RR 2004, 230).

b) Weitere Voraussetzung ist, dass die Verhängung einer Strafe „offensichtlich verfehlt“ wäre. Die Gesetzesbegründung spricht in diesem Zusammenhang davon, dass sich dieses Urteil „unmittelbar aufdrängen“ müsse.¹¹ Kein Fall von „Offensichtlichkeit“ liegt entsprechend vor, wenn die Bewertung fragwürdig oder zweifelbehaftet ist; der in dubio pro reo-Grundsatz gilt insoweit nicht.¹² Der in dubio-Grundsatz kommt allein zur Anwendung, wenn es um die der Wertung zugrunde liegenden Tatsachen geht.¹³

c) Dritte Voraussetzung ist schließlich nach § 60 Satz 2, dass keine höhere Strafe als 1 Jahr Freiheitsstrafe „verwirkt“ ist. Da keine Strafe verhängt wird, ist das Strafgericht gehalten, ein hypothetisches Strafmaß dieser „verwirkten“ Strafe zu bilden. Die Frage ist nicht abstrakt anhand der gesetzlichen Strafandrohung, sondern für den konkreten Fall und unter Berücksichtigung sämtlicher strafzumessungsrelevanter Gesichtspunkte zu bestimmen. Die genaue Bestimmung der verwirkten Strafe ist jedoch nicht erforderlich; hier ist die Feststellung ausreichend, dass jedenfalls keine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verhängen gewesen wäre.¹⁴ Nach herrschender Meinung ist es dabei zulässig, die den Täter oder die Täterin begünstigenden Strafzumessungsgesichtspunkte (etwa die den Täter oder die Täterin belastenden Folgen der Tat) sowohl bei der hypothetischen Strafbemessung als auch im Rahmen von § 60 StGB zu berücksichtigen. Das in § 50 StGB geregelte Verbot der Doppelverwertung von Tatsachen soll insofern keine Anwendung finden.¹⁵ Das überzeugt meines Erachtens,

11 BT-Drs. V/4094 (Fn. 4), S. 7 (zu § 16 StGB a.F.); gleichsinnig BGH v. 23.11.1977, NJW 1978, 768 = BGHSt 27, 298; BGH v. 4.11.2021, NStZ 2022, 282 (283); v. Heintschel-Heinegg (Fn. 8), § 60 Rn. 14.

12 v. Heintschel-Heinegg (Fn. 8), § 60 Rn. 14.

13 BGH v. 23.11.1977, NJW 1978, 768 = BGHSt 27, 298; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 8), § 60 Rn. 14.

14 v. Heintschel-Heinegg (Fn. 8), § 60 Rn. 17.

15 BGH v. 23.11.1977, NJW 1978, 768 = BGHSt 27, 298; BGH v. 3.9.1996, NJW 1996, 3350; BGH v. 4.5.2004, NStZ-RR 2004, 230 (231); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., München 2023, § 60 StGB Rn. 5; Groß/Kulhanek (Fn. 8), § 60 Rn. 10; Claus, in: Satzger/Schluckebier (Hrsg.), StGB – Kommentar, 5. Aufl., Köln u.a. 2021, § 60 StGB Rn. 7. Abl. Kett-Straub, die zwar die gute Intention anerkennt, es aber für widersprüchlich hält, zunächst eine gemilderte Strafe hypothetisch festzustellen und diese sodann in einem nächsten Schritt für offensichtlich verfehlt zu erklären (s. JA 2009 [Fn. 6], 55; dies./Kudlich, Sanktionenrecht [Fn. 6], Rn. 45); abl. auch Meier, Sanktionen (Fn. 8), S. 56.

da es sich bei § 60 StGB um keinen Strafmilderungsgrund im Sinne von § 50 StGB handelt.¹⁶

3. In der Rechtspraxis wird das Absehen von der Strafe nach § 60 StGB nur selten gewährt,¹⁷ was auch damit zusammenhängt, dass die Staatsanwaltschaft gemäß § 153b Abs. 1 StPO das Verfahren bei Vorliegen der Voraussetzungen und mit Zustimmung des Gerichts einstellen kann.¹⁸ In vielen Fällen geht es um tragische Konstellationen, etwa wenn der Täter oder die Täterin selbst schwerwiegende Folgen erlitten hat oder wenn er durch sein Fehlverhalten Angehörige verloren hat.¹⁹ Im Bericht des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform heißt es dazu:

„Gedacht ist z.B. an Fälle, in denen eine Mutter ihr geliebtes Kind durch eine Fahrlässigkeit tötet oder die Ehefrau eines Mannes das einzige Opfer eines von ihm fahrlässig verschuldeten Verkehrsunfalles geworden ist oder der Täter selbst eine erhebliche Körperverletzung erlitten hat.“²⁰

16 Überzeugend *Albrecht*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos-Kommentar StGB*, 6. Aufl., Baden-Baden 2023, § 60 StGB Rn. 13.

17 Die Statistik verzeichnet für das Jahr 2019 136 Fälle von Entscheidungen nach § 60 StPO. Dies entspricht einem Anteil von 0,02 % an allen Verurteilungen. Siehe *Albrecht* (Fn. 16), § 60 Rn. 2.

18 *Meier*, Sanktionen (Fn. 8), S. 65. Näheres siehe *Groß/Kulhanek* (Fn. 8), § 60 Rn. 33.

19 In der Rechtsprechung wurde die Anwendung von § 60 StGB in folgenden Fällen bejaht: BGH v. 14.1.2015, NStZ-RR 2015, 109 (fahrlässige Tötung des eigenen Kindes durch Schütteln); AG Tiergarten v. 13.9.2005, MedR 2006, 298 (Tötung des schwerstbehinderten Sohns im Rahmen eines fehlgeschlagenen Doppelsuizids); BGH v. 4.5.2004, NStZ-RR 2004, 230 (schwere psychische und körperliche Beeinträchtigungen des Beschuldigten als Folge der Strafverfolgung); BGH v. 3.9.1996, NJW 1996, 3350 (Tod der schwerkranken Ehefrau durch fahrlässige Nichtversorgung); BGH v. 23.11.1977, NJW 1978, 768 = BGHSt 27, 298 (Tötung des geliebten Sohns durch depressive Mutter); OLG Karlsruhe v. 7.3.1974, NJW 1974, 1006 (fahrlässige Tötung der Ehefrau bei alkoholbedingtem Verkehrsunfall); OLG Celle v. 21.12.1970, NJW 1971, 575 (Verkehrsunfall mit Tod der Ehefrau und schweren Verletzungen des eigenen Kindes). Gegen eine Anwendung von § 60 StGB sprach sich hingegen das LG Augsburg aus: LG Augsburg v. 10.12.2014, Zeitschrift für Lebensrecht 2015, 24 (Tötung des Sohns im Rahmen eines fehlgeschlagenen Doppelsuizids). Für einen Überblick über die Rechtsprechung siehe *Fischer* (Fn. 15), § 60 Rn. 3; *Groß/Kulhanek* (Fn. 8), § 60 Rn. 26 ff.; siehe auch *Sprotte*, Die poena naturalis im Straf- und Strafmessungsrecht, Frankfurt a.M. 2013, S. 64 f.

20 BT-Drs. V/4094 (Fn. 4), S. 6 f. (zu § 16 StGB a.F.).

4. Auf Seite der Rechtsfolgen sieht § 60 StGB zwingend einen vollständigen Strafverzicht vor.²¹ Rechtspraktisch bedeutet dies, dass der Täter oder die Täterin zwar für schuldig befunden wird, aber nicht bestraft wird.²² In der Literatur wird diese Rechtsfolge manchmal als „Strafmaß Null“²³ oder als „vergeistigte Strafe“ bezeichnet.²⁴ Dass trotz fehlender Strafe ein Schuldspruch erfolgt, ist Folge der kommunikativen Funktion des Strafrechts. In den Worten meines Hannoveraner Kollegen Bernd-Dieter Meier:

„In diesem Schuldspruch [bei § 60 StGB, Erg. d. Verf.] drückt sich das sozialetische Unwerturteil über die Tat aus, das die symbolischen Wirkungen des Strafrechts zum Tragen bringt: Dem Täter wird die personale Verantwortung für das Geschehen zugewiesen und es wird die Solidarität der Gemeinschaft mit dem Opfer öffentlich bekundet.“²⁵

III. Strafmaß Null, § 60 StGB im Lichte der Straftheorien

Wie ist ein solcher Strafverzicht zu begründen? Es lassen sich hier zwei Hauptargumente unterscheiden.

1. Ein erstes Argument verweist auf die fehlende Erforderlichkeit der Strafe.²⁶ Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs werde die Strafe „zwecklos“, wenn der Täter oder die Täterin schwerwiegende Folgen seines Fehlverhaltens erleide.²⁷ Für Albin Eser enthält § 60 StGB damit einen „Mikrokosmos

21 Zu weiteren Strafverzicht im StGB siehe *Schroeder*, Absehen von der Strafe und Absehen von der Strafverfolgung, in: Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, Berlin 2008, S. 543-553; *Gräfe*, Sinn und System des Absehens von Strafe, Hamburg 2012, S. 39 f.; kurze Übersicht auch bei *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 8), § 60 Rn. 3.

22 Zur Abfassung der Urteilsformel (§ 260 Abs. 4 S. 4 StPO) siehe *Claus* (Fn. 15), § 60 Rn. 11. Der schuldig Gesprochene hat zudem die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 465 Abs. 1 S. 2 StPO).

23 *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart 2012, Rn. 711; *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht (Fn. 6), Rn. 44.

24 *Maiwald* (Fn. 4), ZStW 1971, 680; ähnl. *Gropp/Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin u.a. 2020, § 15 Rn. 20 („vergeistigt[e] Reaktion“).

25 *Meier*, Sanktionen (Fn. 8), S. 54; gleichsinnig *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 8), § 60 Rn. 2.

26 BGH NJW 1996, 3350 (Fn. 19); *Groß/Kulhanek* (Fn. 8), § 60 Rn. 4; *Kinzig*, in: Eser (Gesamtred.), Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019, § 60 StGB Rn. 1.

27 BGH NJW 1996, 3350 (Fn. 19); BGH NJW 1978, 768 (Fn. 19).

aller Strafzwecke“.²⁸ Diese Kombination verschiedener, gleichrangiger Strafzwecke wird in der Literatur als „kumulative Strafzweckerfüllungskonzeption“ bezeichnet.²⁹ Obwohl diese Frage im Hinblick auf alle möglichen Strafzwecke gleichermaßen zu entscheiden ist, wird der Schwerpunkt häufig auf zwei spezifische Strafzwecke gelegt: *Erstens*, die Auswirkungen auf den Täter oder die Täterin – Individual- oder Spezialprävention – und *zweitens* die Auswirkungen auf die Mitglieder der Gesellschaft im Allgemeinen – Generalprävention. Während es bei der Spezialprävention um die Frage geht, wie die Strafe im Einzelfall umgesetzt wird, geht es bei der Generalprävention um die Strafandrohung und das Funktionieren des Strafrechtssystems. In der Regel werden diese beiden Strafzwecke kombiniert. Der Bundesgerichtshof führt dementsprechend aus, dass von einer Bestrafung wegen selbst zugefügten Leids abgesehen werden kann, soweit es keiner weiteren erzieherischen Einwirkung auf den Täter oder die Täterin bedürfe, und dass der Verzicht auf eine Bestrafung als angemessener „Ausdruck humaner Strafrechtspflege“ angesehen werden könne, ohne den „notwendige[n] und sinnvolle[n] Rechtsgüterschutz“ für die Allgemeinheit in Frage zu stellen.³⁰ Auch der Ausschluss des Absehens von Strafe bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr wird gemeinhin als Ausschluss aus Gründen der Generalprävention angesehen.³¹

2. Ein weiteres Argument bezieht sich auf den Gesichtspunkt, dass der Täter oder die Täterin die schwerwiegenden Folgen seines Fehlverhaltens selbst erlitten hat und dementsprechend ein außerrechtliches Übel erfahren hat. Meistens wird diese Argumentation mit dem klassischen Konzept der „poena naturalis“,³² also einer natürlichen Strafe oder Naturalstrafe verbun-

28 Eser, Absehen von Strafe – Schuldspruch unter Strafverzicht – Rechtsvergleichende kriminalpolitische Bemerkungen, namentlich im Blick auf das DDR-Strafrecht, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 257 (260).

29 Sprotte, Poena naturalis (Fn. 19), S. 88 f.; ähnlich Bassakou, Beiträge (Fn. 5), S. 34: „Vollzweckerreichungskonzept“.

30 BGH NJW 1996, 3350 (Fn. 19); BGH NJW 1978, 768 (Fn. 19); OLG Karlsruhe NJW 1974, 1006 f. (Fn. 19).

31 Hassemer, Das „Absehen von Strafe“ als kriminalpolitisches Instrument, in: Hamm (Hrsg.), Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1981, S. 65 (67 f.).

32 Groß/Kulhanek (Fn. 8), § 60 Rn. 6; Albrecht (Fn. 16), § 60 Rn. 1; Kinzig (Fn. 26), § 60 Rn. 1; Hassemer, Absehen von Strafe (Fn. 31), S. 67; Bassakou, Beiträge (Fn. 5), S. 114 f.; Sprotte, Poena naturalis (Fn. 19), S. 41 f.

den. Die „poena naturalis“ ist vor allem durch den Philosophen Immanuel Kant (1724–1804) bekannt geworden. In seinem Buch „Die Metaphysik der Sitten“ unterschied Kant die „[r]ichterliche Strafe (poena forensis)“ von der „natürlichen (poena naturalis) (Strafe), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt [...]“.³³ Für die englischsprachige Welt hat der Philosoph Thomas Hobbes (1588–1679) in ähnlicher Weise unterschieden zwischen der „menschlichen Strafe“ einerseits, die durch den „Befehl eines Menschen“ verhängt werde,³⁴ und der „göttlichen Strafe“ andererseits, die durch Gott, „den Herrn der Natur“ verhängt werde, wenn beispielsweise „ein Mensch bei einem Angriff auf einen anderen selbst erschlagen oder verletzt wird, oder sich jemand durch eine gesetzwidrige Handlung eine Krankheit zuzieht“.³⁵

3. Obwohl eine Reihe von Argumenten zur Verteidigung des § 60 StGB angeführt wurden, ist die tiefere theoretische Grundlage der „Strafe Null“ noch immer ungeklärt. Insbesondere gegen das „poena naturalis“-Argument werden schwerwiegende Einwände vorgebracht. So argumentiert beispielsweise Bassakou, dass dieses Argument eine „archaische Version der Vergeltungsstrafe“ impliziere.³⁶ Claus hingegen qualifiziert die „poena naturalis“ als „althergebrachten Rechtsgedanken“.³⁷ Darüber hinaus bestehen in der Wissenschaft erhebliche Zweifel, ob § 60 StGB straftheoretisch legitimiert werden kann. Soweit es sich bei der Vorschrift um eine Kombination verschiedener Strafziele handelt, wird eingewandt, dass es sich bei dieser Kombination um eine Struktur der „Antinomie“³⁸ oder „Dysfunktionalität“³⁹ handele. Und in der Tat enthält § 60 StGB einem grundsätzlichen Konflikt zwischen verschiedenen Strafzielen. Auch wenn der Täter oder

33 Kant, *Metaphysik der Sitten*, Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 196 (Abschnitt E. Vom Straf- und Begnadigungsrecht), im Orig. teilw. gesperrt; wiederabgedruckt bei: Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant – Werkausgabe in zwölf Bänden, Bd. VIII, Frankfurt a.M. 1977, S. 453.

34 Hobbes, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hrsg. von Fetscher, übers. von Euchner, Frankfurt a.M. 1996 (Orig. London 1651), S. 239 (Teil 2, Kap. 28: Von Strafen und Belohnungen).

35 Hobbes, *Leviathan* (Fn. 34), S. 238.

36 Bassakou, *Beiträge* (Fn. 5), S. 112 f.; siehe auch Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg 1974, S. 119: „Vergeltungsbedürfnis der Allgemeinheit“.

37 Claus (Fn. 15), § 60 Rn. 1.

38 Bassakou, *Beiträge* (Fn. 5), S. 75 ff.

39 Sprotte, *Poena naturalis* (Fn. 19), S. 90.

die Täterin schwerwiegende Folgen seines Fehlverhaltens erlitten hat, reicht dies nicht aus, um aus Gründen der Spezialprävention von einer Bestrafung abzusehen. Vielmehr müsse die Verhängung der Strafe im Sinne der Generalprävention „offensichtlich unangemessen“ sein.⁴⁰ Des Weiteren hat das Gesetz festgelegt, dass der Mechanismus des Verzichts generell ausgeschlossen ist, soweit er sich auf Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr bezieht. Dieser Ausschluss kann auch aus Gründen der Generalprävention gerechtfertigt sein.⁴¹

Ein weiteres Problem stellt die „poena naturalis“ bzw. das außerrechtliche Leid dar. Es ist völlig unklar, wie die genannten unterschiedlichen Strafziele mit einem außerrechtlichen Leid verbunden sein könnten. So ist beispielsweise zu erklären, wie das außerrechtliche Leid, das sich grundlegend von der gerichtlichen Strafe unterscheidet, die verdiente Strafe ersetzen kann, wenn es um Vergeltung geht, oder wie es Präventionswirkungen ersetzen kann.⁴² Es wäre sicher gewinnbringend, solche strafrechtlichen Auswirkungen des außerrechtlichen Leides und dessen Beziehung zu den traditionellen Straftheorien näher zu untersuchen.

4. Es gibt aber auch vielversprechende Konzepte für eine Neubegründung des Strafverzichts nach § 60 StGB. So betonen sowohl Bassakou als auch Hassemer die erzieherischen Wirkungen, die sich aus einem außerrechtlichen Leid ergäben. Nach Winfried Hassemer beispielsweise müsse sich ein künftiges Strafgesetzbuch an „individualpsychologische(n) (...) Daten“ orientieren, die die Frage beantworten, inwieweit der Täter oder die Täterin das aus schwerwiegenden Folgen resultierende Leid zur „Sozialisation im Sinne des Strafrechts“ verarbeiten kann.⁴³ Die Idee von Hassemer wurde in der Dissertation von Bassakou aufgegriffen und auf der Grundlage der Lerntheorie weiterentwickelt. Nach Bassakou sollte der Verzicht auf Strafe von der „Feststellbarkeit eines spezialpräventiv bedeutsamen Lerneffekts“ beim Täter oder der Täterin abhängig gemacht werden.⁴⁴

40 Hassemer, Absehen von Strafe (Fn. 31), S. 67.

41 Hassemer, Absehen von Strafe (Fn. 31), S. 68.

42 Sprotte, Poena naturalis (Fn. 19), S. 86 f.; Bassakou, Beiträge (Fn. 5), S. 101 f.

43 Hassemer, Strafrechtsdogmatik (Fn. 36), S. 118 Fn. 126; siehe auch ders., Absehen von Strafe (Fn. 31), S. 67.

44 Bassakou, Beiträge (Fn. 5), S. 208.

IV. Schluss: Zum Verhältnis von natürlicher und menschlicher Strafe

Ich komme zum Schluss. Vielleicht können uns die Überlegungen zum Strafverzicht nach § 60 StGB ein tieferes Verständnis der Strafe vermitteln. Ein Fingerzeig findet sich bei Klaus Günther. Ausgehend von der Einsicht, dass wir für den Fall der „poena naturalis“ auf eine richterliche Strafe verzichten, wirft er die Frage auf, ob es nicht „viel eher umgekehrt“ sei, „dass wir Menschen Strafe nur verhängen, wenn und soweit die poena naturalis ausbleibt?“ In diesem Fall wäre, so Günther weiter, „das Strafbedürfnis der letzte Rest von Metaphysik, den wir in der modernen Welt mit uns tragen.“⁴⁵

Zum Abschluss zurück zur Tragödie von Arnstein. Das Landgericht Würzburg lehnte letztlich eine Anwendung von § 60 StGB ab, da es angesichts des Todes von sechs jungen Menschen Zweifel hatte, dass eine Strafsanktion offensichtlich verfehlt sei. Der Angeklagte müsse, so das Gericht in der mündlichen Urteilsbegründung, „spürbar bestraft“ werden.⁴⁶ Zugleich berücksichtigte das Gericht zu Gunsten des Angeklagten, dass dieser bereits am ersten Prozesstag alle Schuld eingeräumt und die volle Verantwortung für das Unglück übernommen habe. Das Gericht verurteilte den Angeklagten im Ergebnis wegen fahrlässiger Tötung in vier Fällen zu einer Freiheitsstrafe von 1 1/2 Jahren und setzte die Vollstreckung zur Bewährung aus. Die Verurteilung erfolgte dabei allein im Hinblick auf den Tod der vier Freunde der Kinder; den Tod der eigenen Kinder hatte das Gericht aus dem Schuldspruch herausgenommen.⁴⁷

45 Günther, Kritik der Strafe II, WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung 2005, 131 (140).

46 BR24, Meldung v. 26.10.2017 (<https://www.br.de/nachrichten/bayern/urteil-im-arnstein-prozess-18-monate-auf-bewaehrung-fuer-vater>, zuletzt am abgerufen am 1.11.2024).

47 LG Würzburg, Urt. v. 26.10.2017 (unveröffentlicht), zit. nach Redaktion beck-Aktuell, Meldung v. 27.10.2017, beclink 2008168.

Abteilung II

Digitalisierung der juristischen Ausbildung

Nikolas Eisentraut¹

Als die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover 1973/1974 gegründet wurde, steckte das Internet noch in seinen Kinderschuhen; Die digitale Revolution begann langsam Fahrt aufzunehmen und erste Lehrstühle für Rechtsinformatik nahmen ihre Arbeit auf.² 50 Jahre später ist die Digitalisierung in der Breite der Hochschulen angekommen: Lehren und Studieren findet vernetzt über und unterstützt durch digitale Endgeräte und die Möglichkeiten des Internets statt; eine neuerliche digitale Revolution durch die disruptiven Technologien künstlicher Intelligenz kündigt sich an. Auch die Rechtspraxis ist im Zeitalter des „Legal Tech“ angekommen.³ Ähnlich einem weithin bekannten gallischen Dorf schreiben Jurastudierende aller dieser Entwicklungen und auch ihren Erwartungen zum Trotz⁴ Klausuren deutschlandweit – mit ersten Ausnahmen – weiterhin per Hand. Es erscheint daher höchste Zeit, sich des Status quo der Digitalisierung der juristischen Ausbildung zu versichern und künftige Entwicklungspotentiale aufzuzeigen.

I. Rechtsrahmen juristischer Ausbildung

Die „Digitalisierungsstatik“ der juristischen Ausbildung fußt auch in ihrer besonderen normativen Rahmung: Anders als in hochschulisch verwalte-

-
- 1 Der Verfasser dankt seiner Wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Esther de Haan* für die unterstützende Recherche zum Stand der Digitalisierung der ersten Prüfung und zweiten Staatsprüfung.
 - 2 Auch an der Leibniz Universität Hannover entstand bereits 1978 die Forschungsstelle für Informationstechnologie, die 1983 im Institut für Rechtsinformatik (IRI) aufging; zur Geschichte näher <https://www.iri.uni-hannover.de/de/institut/geschichte>.
 - 3 M.w.N. *Zwickel*, Jurastudium 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, 881 (881 f.).
 - 4 S. die deutschlandweite Erhebung unter Studierenden „Digital Study 2021“, Ergebnisse abrufbar unter <https://digital-study.de/ds2021/#>.

ten Bachelor- und Masterstudiengängen⁵ wird die juristische Ausbildung weiterhin gesetzlich gesteuert. Ausgangspunkt bildet § 5 Abs. 1 DRiG, der die Befähigung zum Richteramt nur denjenigen zuerkennt, die ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abgeschlossen haben. Im Rahmen der Vorgaben des § 5a DRiG für das Studium, des § 5b DRiG für den Vorbereitungsdienst (Referendariat) und des § 5d DRiG in Besonderheit für die Prüfungsgestaltung normieren die Landesgesetzgeber die konkreten Gehalte der juristischen Ausbildung,⁶ teils unter Bezugnahme auf die rahmenden Vorgaben der Landeshochschulgesetze. Erst innerhalb dieses normativen Korsetts gestalten die juristischen Fakultäten mit Studien- und Prüfungsordnungen die Details des Studiengangs aus.⁷ Diese sind in ihrer Ausgestaltung jedoch nicht frei, sondern wiederum an die Zustimmung der für die Justiz zuständigen Landesministerien rückgekoppelt.⁸

II. Digitalisierung von Studium und Lehre

In Hinblick auf die Digitalisierung von Studium und Lehre enthalten sich diese normativen Parameter jedoch weitgehend rahmender Aussagen.⁹ Auch das Niedersächsische Hochschulgesetz hält sich überwiegend bedeckt.¹⁰ Allein § 3 Abs. 2 S. 1 NHG nennt Hochschulrechenzentren und Ein-

5 Näher zur Einrichtung von Studiengängen *Rüping/Eisentraut*, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, § 6 Rn. 22 ff.

6 In Niedersachsen gelten das NJAG und die NJAVO.

7 S. den Überblick über die Ordnungen der Juristischen Fakultät der LUH unter <https://www.uni-hannover.de/de/studium/im-studium/pruefungsinfos-fachberatung/rechtswissenschaften/ordnungen>.

8 S. etwa § 1 Abs. 3 S. 1 sowie § 4a Abs. 5 S. 1 NJAG; für NRW § 28 Abs. 4 S. 2 JAG.

9 Dies gilt auch für die in diesem Beitrag nicht näher behandelte Digitalisierung als Ausbildungsinhalt, s. dazu *Zwickel* (Fn. 3), JA 2018, 882 ff.; *Kilian*, Die Zukunft der Juristen, NJW 2017, 3043 (3048); *Towfigh/Fecke*, Die Digitalisierung des Rechts als Herausforderung für Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, ZdiW 2022, 237 ff.; *Omlor/Meister*, (Digital-)Reform der juristischen Ausbildung, ZRP 2021, 59 (60); „Legal tech“ spielt insbesondere in den Schwerpunktbereichen und den das klassische Studium begleitenden Bachelor-/Masterangeboten eine Rolle, Überblick bei *Towfigh/Fecke*, a.a.O., 305 (307); als Ausbildungsinhalt im Staatsexamensstudiengang s. bspw. § 3 Abs. 2 S. 2 BWJAPrO.

10 S. demgegenüber § 76 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BayHIG; § 3 Abs. 3 S. 2 HG NRW und spezifisch für die Fernuniversität Hagen § 77b Abs. 1 HG NRW; § 40 Abs. 1 LHG MV.

richtungen zum Einsatz digitaler Medien und verpflichtet die Hochschulen, koordinierte Informationsinfrastrukturen im Verbund mit diesen zu entwickeln und zu betreiben.¹¹ Die als Sekundäraufgabe qualifizierte Zuweisung bleibt programmatisch und formuliert keine spezifischen Digitalisierungspflichten. Demgemäß handelt es sich bei der Digitalisierung von Studium und Lehre vielmehr um einen bottom-up-Prozess, der wesentlich aus den Universitäten und der sie gliedernden Fakultäten heraus gesteuert wird.¹² Dennoch vollziehen sich die Prozesse der Digitalisierung von Studium und Lehre nicht im rechtsfreien Raum. Für die Digitalisierung von Studium und Lehre stellen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG in seiner abwehrrechtlichen Dimension als Lehrfreiheit einerseits sowie andererseits in seiner institutionellen Dimension, funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen, wesentliche Gradmesser dar. Darüber hinaus kommt Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) als Grundrecht der Studierenden auf qualitätvolle und gleichheitsgerechte hochschulische Ausbildung Bedeutung zu. Beide Normen stehen einer Digitalisierung jedoch weder im Wege noch erzwingen sie sie, sondern formulieren Leitplanken für die digitalisierungsbedingte Umgestaltung von Studium und Lehre.

1. Vorlesungen und weitere Lehrformate

In der Corona-Pandemie stellte sich die zwangsweise Schließung von Hochschulen und die Umstellung auf digitale Lehrformate als vor diesen Normen rechtfertigungsbedürftiger Vorgang dar;¹³ mit der Rückkehr in den Präsenzbetrieb verlagert sich die Betrachtung hin zur Frage, wie weitgehend digitale Formate beibehalten werden dürfen. Als zwei Seiten einer Medaille stellen sich beide Modalitäten als Eingriffe in die Lehr- und Studierfreiheit dar. Ihre Rechtfertigung gelingt nur in Anbetracht der konkreten Gegebenheiten der jeweiligen Lehrveranstaltung und des mit ihr zu vermittelnden Lernerfolgs, der je nach Typ eine Anwesenheitspflicht

11 Dazu Patzke, in: Epping (Hrsg.), NHG (Fn. 5), § 3 Rn. 71 ff.

12 Flankiert von Digitalisierungsempfehlungen, s. Kultusministerkonferenz, Bildung in der digitalen Welt, 2016 und Empfehlungen zur Digitalisierung in der Hochschullehre, 2019; Wissenschaftsrat, Strategien für die Hochschullehre – Positionspapier, 2017, insb. S. 22 ff.; dieses Versäumnis auf hochschulgesetzlicher Ebene kritisiert Sandberger, Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen, OdW 2020, 155 (157).

13 Dazu Sandberger (Fn. 12), OdW 2020, 156.

erfordern,¹⁴ womöglich nur in Präsenz, in der Regel hybrid und häufig auch virtuell erzielt werden kann. Die in der Corona-Pandemie deutlich gewordenen Vor- und Nachteile der jeweiligen Formate sollten eine Reflexion darüber auslösen, wie Hochschullehre künftig in den digitalen Raum geöffnet werden kann, statt bloß zum Status vor Corona zurückzukehren. Mit der Präsenzlehre kehrt zwar eine in der Pandemie identifizierte Stärke der Hochschulen zurück: Die soziale Interaktivität der Präsenzlehre. Dies gilt sowohl für die Studierenden, die in der Präsenzlehre den Lernerfolg unterstützende soziale Dynamik erfahren, als auch seitens der Lehrenden, die in Präsenz adäquater adaptieren können, ob die Lehre gelingt.¹⁵ Dennoch bleiben aus der Zeit umfangreiche Erfahrungen mit den Vorzügen digitaler Vorlesungsformate, die insbesondere eine stärkere Individualisierung des Lernens und Lehrens ermöglichte.¹⁶ Von der aufgezeichneten Vorlesung, über das Livestreaming bis hin zu aufwändigeren Onlinelehrkonzepten wie dem Blended Learning, bei dem E-Learning und Präsenzlehre in sich didaktisch ergänzender Weise kombiniert werden, wurden Erfahrungen gewonnen.¹⁷ Zugleich haben die Hochschulen auf die Herausforderung reagiert, ihrer Pflicht zu ausreichender digitaler Infrastrukturbereitstellung zu genügen und u.a. Videokonferenztools lizenziert, um überhaupt ein Livestreaming von Vorlesungen anbieten zu können. Auf die mit der Aufzeichnung von Vorlesungen einhergehenden datenschutzrechtlichen Herausforderungen reagiert § 17 Abs. 6 NHG.¹⁸ Um den Corona-bedingten Impuls zu digitalisierungsangereicherten Lehrformaten zu erhalten, bedarf es aber künftig weiter unterstützender Strukturen, die etwa die Zulässigkeit

14 Auf den Unterschied von Anwesenheitspflicht und digitalem Lehrangebot weist zu Recht hin Lenz, in: Epping (Hrsg.), NHG (Fn. 5), § 7 Rn. 47.

15 Lenz (Fn. 14), § 7 Rn. 47; Gläßer, Didaktik des E-Learning – Grundfragen, Herausforderungen, Grenzen, in: Krüper (Hrsg.), Rechtswissenschaft lehren: Handbuch der juristischen Fachdidaktik, Tübingen 2022, S. 973 (979, 987); m.w.N. auch Towfigh/Keesen/Ulrich, Blended Learning und Flipped Classroom in der grundständigen Lehre, ZDRW 2022, 87 (88).

16 Gläßer, E-Learning (Fn. 15), S. 978; Zwickel (Fn. 3), JA 2018, 884 f.; m.w.N. auch Towfigh/Keesen/Ulrich (Fn. 15), ZDRW 2022, 87 f.

17 Towfigh/Keesen/Ulrich (Fn. 15), ZDRW 2022, 88 f.; Klassifikation von und Beispiele für E-Learning Formate im Jurastudium bei Schärth, E-Learning Formate im Jurastudium, in: Krüper (Hrsg.), Rechtswissenschaft lehren (Fn. 15), S. 1011 (1024 ff.); zur Didaktik des E-Learning Gläßer, E-Learning (Fn. 15), S. 973 ff.

18 Näher Forgó/Graupe, in: Epping (Hrsg.), NHG (Fn. 5), § 17 Rn. 46 ff.; s. auch Schwartmann, Forschungsdatenmanagement, Datenschutzrecht in der Wissenschaft, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht: Ein Handbuch für die Praxis, 4. Aufl., Heidelberg 2022, 9. Kap. Rn. 53 ff.

hybrider Formate klarstellen und die Entwicklung von blended-learning-Formaten honorieren.

2. Literaturversorgung im digitalen Raum

Die Corona-Pandemie hat weiterhin starke Dynamik in die Digitalisierung der Literaturversorgung gebracht. Mit den Hochschulen wurden auch deren Bibliotheken in den Lockdown geschickt, was den Bedarf an virtueller Literaturversorgung sowohl für die Lehre als auch für die Forschung starken Auftrieb gegeben hat.¹⁹ Neben der verstärkten Lizenzierung von digitalen Verlagsangeboten wie Datenbanken und „e-libraries“ hat auch der offene Zugang zu Literatur im Sinne von Open Access²⁰ und Open Educational Resources²¹ einen Bedeutungsgewinn erfahren.²² Dessen Potentiale für die Rechtswissenschaft haben jedoch trotz der Friktionen der Corona-Pandemie bisher zu keinem nachhaltigen Kulturwandel geführt. Erste Ergebnisse zu diesem Befund deuten darauf hin, dass die Rechtswissenschaft bei der Umstellung auf Open Access von einem strukturkonservativen Publikationsmodell ausgebremst wird.²³ Zugleich werden die mit der

-
- 19 *Eisentraut*, Corona als Chance für die Digitalisierung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre, JuWissBlog v. 20.3.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/30-2020/>.
- 20 Open Access spielt mittlerweile als politische Forderung eine hervorgehobene Rolle, s. die Positionspapiere *BMBF*, Open Access in Deutschland, 2016; *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens hin zu Open Access, Drs. 9477-22, 2022; s. auch die Open-Access-Richtlinie der Leibniz Universität Hannover 2022.
- 21 Hierunter fällt der freie Zugang zu juristischen Ausbildungsmaterialien, insbesondere Lehrbüchern. Zu den Potentialen offener Bildungsmaterialien für die Rechtswissenschaft *Ebert/Eisentraut/Goldberg/Nachtigall/Petras/Ramson/Wasnick*, Offene Rechtswissenschaft – Chancen einer Open-Science-Transformation, *RuZ* 2022, 50 (57 ff.); allgemein zu den Potentialen der Digitalisierung für juristisches Lernmaterial *Zwickel* (Fn. 3), *JA* 2018, 886 f.
- 22 S. das auch an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover beheimatete Projekt „OZUG – Offener Zugang zum Grundgesetz“, in dessen Rahmen der erste vom Verfasser dieses Beitrags herausgegebene Open-Access-Grundgesetzkommentar entsteht, und das Projekt „OpenRewi“, in dessen Strukturen die ersten in der Rechtswissenschaft offen lizenzierten Lehr- und Fallbücher entstehen.
- 23 *Fischer*, Im Ringen um Erkenntnis und Anerkennung: Wie Rechtswissenschaftler*innen das eigene akademische Publizieren im Zuge von Open Access sehen, *RuZ* 2022, 19 ff.; s. auch *Rücknagel/Renziehausen/Strauß*, Wahrnehmung von Open Access: Erhebung zu Anforderungen und Hindernissen in den Rechtswissenschaften, 2023; s. auch das aktuelle Forschungsprojekt der FH Potsdam „KidRewi“ und das sozialwis-

Umstellung auf Open Access einhergehenden Herausforderungen immer sichtbarer: Zum einen geht der in der Rechtswissenschaft zumindest eine gewisse Rolle spielende Finanzierungsbeitrag der Rechtspraxis verloren.²⁴ Zum anderen birgt die Umstellung der Finanzierungsmodelle der Verlage hin zu Open Access die Gefahr, dass eine Kapitalisierung von Daten an die Stelle von Submissionsgebühren tritt. Diese Gefahr ist nicht notwendig mit dem Open-Access-Modell verknüpft, sondern tritt generell im Zuge der Digitalisierung und Datafizierung von Geschäftsmodellen auf, die Umstellung auf Open Access hat die Suche nach alternativen Geschäftskonzepten seitens der (Groß-)Verlage aber sicherlich befördert. Dystopisch ist von „surveillance publishing“ die Rede: Mit dem Schlagwort sind Publikationsinfrastrukturen adressiert, die Wissenschaftler:innen über den gesamten wissenschaftlichen Produktionsprozess infrastrukturell begleiten und im Hintergrund einen Handel mit Daten über Wissen, wissenschaftliche Entwicklungen und ihre Akteure aufbauen.²⁵ Diese Datafizierung wird nicht nur die Wissenschaft, sondern auch Studium und Lehre überall dort erfassen, wo kommerzielle Interessen eine Verwertung von Daten attraktiv erscheinen lassen.²⁶ Eine gestaltende Begleitung dieses Prozesses zum Schutz der Wissenschafts- und Studierfreiheit, der die Formate des wissenschaftsgeführten Publizierens und Lehrens unterstützt und so die Weichen für eine barrierefreie Literaturversorgung und datensparsame Ausbildung in der Rechtswissenschaft stellt, erscheint in Anbetracht dieser Herausforderungen zielführender, als weiter etablierte Pfadabhängigkeiten zu befördern.

3. Digitalisierte Unterstützung des Lernprozesses

Neben den klassischen Lehrformaten und der Literaturversorgung wirkt sich die Digitalisierung auch auf den individuellen Lernprozess aus. Sie birgt das Potential, diesen nachhaltig zu unterstützen und zu optimieren.

wissenschaftliche Begleitforschungsprojekt im Projekt „OZUG – Offener Zugang zum Grundgesetz“.

24 Eisentraut, Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?, OdW 2020, 177 (183).

25 Zu den Zusammenhängen und der dadurch herausgeforderten Wissenschaftsfreiheit m.w.N. Kunz, Datentracking und die herausgeforderte Wissenschaftsfreiheit im digitalen Zeitalter, RuZ 2022, 77 (81 ff.).

26 Auf die Gefahr des „gläsernen Studierenden“ weist zu Recht hin Schärfl, E-Learning (Fn. 17), S. 1023.

Eine wichtige Schnittstelle stellen die hochschulischen Lernplattformen dar:²⁷ Häufig kommt ihnen zwar weiterhin nur die Rolle zu, Lehrmaterialien digital bereit zu stellen; teilweise weisen die Lernplattformen aber schon Elemente virtueller Lernumgebungen auf, die eine Idee von künftigem Lernen geben können.²⁸ Diese Rolle könnte im Zuge der disruptiven Technik der intelligenten Sprachmodelle noch an Bedeutung gewinnen, weil sie das hehre Versprechen birgt, den Lernprozess zu individualisieren, Lernfortschritt zu antizipieren und zu unterstützen.²⁹ Schon jetzt ist es beispielsweise möglich, mit Sprachmodellen wie ChatGPT Lehrmaterialien „zu befragen“ und in eine didaktische Kommunikation mit der künstlichen Intelligenz einzutreten. Auch die Korrektur von juristischen Probeklausuren durch Sprachmodelle ist bereits in Erprobung.³⁰ So erlaubt das digitale Format es auch, bisher etablierte Feedback-Logiken neu zu strukturieren: Erhielten Studierende bisher eine schriftliche Bewertung von Prüfungsleistungen und Klausurbesprechungen im Vorlesungsformat, hat die Corona-Pandemie das Format der Videokorrekturen hervorgebracht, in dem Studierende eine individuelle Videobewertung ihrer Klausur erhalten.³¹ Mit künstlicher Intelligenz erscheint gar eine individuelle Auswertung

-
- 27 Näher zum Stand der Implementierung von CMS- und LMS-Systemen *Expertenkommission Forschung und Innovation* (Hrsg.), Digitalisierung der Hochschulen, 2019, S. 47; zu den datenschutzrechtlichen Fragen bei E-Learning-Plattformen *Botta*, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen: Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), Baden-Baden 2020 – passim; zu den infrastrukturellen Problemen in der Corona-Pandemie *Gläßer*, E-Learning (Fn. 15), S. 977.
- 28 Lernplattformen funktionieren künftig als Strukturgeber für den gesamten Lernprozess, von der Aufbereitung des Materials, über die Informationsvermittlung (Lehre) und Informationsverarbeitung (Lernen) bis hin zur Überprüfung und Reflexion, vgl. zu diesen Stufen näher *Schärfl*, E-Learning (Fn. 17), S. 1014 ff.
- 29 Überblick über das Themenfeld bei *Schmohl/Watanabe/Schelling* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz in der Hochschulbildung: Chancen und Grenzen des KI-gestützten Lernens und Lehrens, Bielefeld 2023 – passim; zum Themenfeld „Learning Analytics“ *Schön/Leitner/Lindner/Ebner*, Learning Analytics in Hochschulen und Künstliche Intelligenz – Eine Übersicht über Einsatzmöglichkeiten, erste Erfahrungen und Entwicklungen von KI-Anwendungen zur Unterstützung des Lernens und Lehrens, a.a.O., S. 27 ff.; s. dazu auch *Schärfl*, E-Learning (Fn. 17), S. 1023.
- 30 <https://www.jura.rw.fau.de/chat-gpt-korrigiert-an-der-fau-juristische-probeklausuren>.
- 31 *Sehl*, „Trotz Corona nicht allein vor dem Examen stehen“ – 7 Fragen zum digitalen Uni-Rep an der Uni Jena, LTO-Karriere v. 23.6.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/uni-rep-corona-digital-staatsexamen-vorbereitung-jura-jena-klausuren-live-video>.

und Besprechung von Übungsklausuren möglich, die Studierende in ihrem Lernprozess unterstützt. Als neue Technologie bedürfen KI-Sprachmodelle jedoch einerseits einer weitergehenden technischen Reife für die skizzierten Anwendungsfelder, andererseits müssen sie sich erst noch im normativen Rahmen des Hochschulrechts³² und in Wissenschaft, Studium und Lehre als Praxisformat etablieren.³³

III. Digitalisierung des Prüfungswesens

Normativ stärker ausgeformt sind die Vorgaben für die Digitalisierung des Prüfungswesens. Dies liegt an der grundrechtlich gesteigerten Relevanz von Prüfungen: Als Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG müssen sie den Maßstäben der Rechtsprechung an berufsregelnde Beschränkungen genügen. Zugleich wirkt sich Art. 3 Abs. 1 GG maßstabsbildend auf die Prüfungsgestaltung aus.³⁴ Dementsprechend hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 2021 die Länder mit § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG dazu ermächtigt, durch Landesrecht vorzusehen, dass in den staatlichen Prüfungen schriftliche Leistungen elektronisch erbracht werden dürfen.³⁵

1. Prüfungen im Studium

Zweifelhaft ist die Reichweite des § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG für die Prüfungen im rechtswissenschaftlichen Studium. Zu den universitären Prüfungen zählen in Niedersachsen die Zwischenprüfung, § 1a NJAG und die universitäre Schwerpunktbereichsprüfung, § 4a NJAG. § 5d DRiG enthält sich zwar Aussagen zur universitären Zwischenprüfung; für die universitäre Schwerpunktbereichsprüfung schreibt § 5d Abs. 2 S. 2 DRiG aber mindestens eine schriftliche Leistung vor. Insofern könnte für elektronische Prüfungsleistungen im Umkehrschluss zu § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG geschlossen werden,

32 Erste Einordnung bei Hoeren, Rechtsgutachten zum Umgang mit KI-Software im Hochschulkontext, in: Salden/Leschke (Hrsg.), Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, Bochum 2023, S. 22 ff.

33 S. etwa die Stellungnahme der *Vizepräsidentin für Bildung der Leibniz Universität Hannover*, Einsatz von Künstlicher Intelligenz in Lehre und Prüfungen an der LUH, 2023, abrufbar unter <https://www.uni-hannover.de/de/studium/lehre/ki>.

34 Zum Verhältnis der beiden Normen VerfGH NRW, Beschl. v. 16.5.2023 – 19/23.VB-1, 20/23.VB-1, S. 6.

35 Eingefügt durch das Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.6.2021, BGBl. I S. 2154.

dass diese in der universitären Schwerpunktbereichsprüfung nunmehr unzulässig sind. Überzeugender erscheint es indes, dass mit § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG ausdrücklich nur die Regelungsgewalt über die staatlichen Prüfungen in Hinblick auf das elektronische Format auf die Landesgesetzgeber übertragen werden sollte, während die formale Gestaltung der universitären Prüfungen bereits nach § 5d Abs. 6 S. 1 DRiG dem Landesrecht überantwortet ist. § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG entfaltet nach hier vertretener Ansicht also keine Sperrwirkung für die Einführung elektronischer Prüfungen im universitären Schwerpunktbereich.

Auf landesrechtlicher Ebene stellt sich die Rechtslage für Niedersachsen wie folgt dar: §§ 1a und 4a NJAG enthalten sich konkretisierender Aussagen zur Prüfungsdurchführung, sondern gestatten – unter dem Vorbehalt der Genehmigung des Justizministeriums – den Erlass von (Zwischen-) Prüfungsordnungen, die sich nach den allgemeinen Vorschriften des Niedersächsischen Hochschulrechts zu richten haben, § 1a Abs. 4 NJAG sowie § 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4a Abs. 4 S. 4 NHG. Im Zuge der Corona-Pandemie wurde auch im NHG eine Vorschrift aufgenommen, die elektronische Prüfungen auf eine parlamentsgesetzliche Grundlage stellt.³⁶ § 7 Abs. 4 S. 1, 2 NHG ermächtigt nunmehr³⁷ ausdrücklich zum Erlass von Prüfungsordnungen, die vorsehen dürfen, dass Prüfungen, die ihrer Natur nach dafür geeignet sind, in elektronischer Form und ohne Verpflichtung, persönlich in einem bestimmten Prüfungsraum anwesend sein zu müssen, durchgeführt werden können. Anders als im DRiG vorgesehen, besteht also bei universitären Prüfungen nicht nur die Möglichkeit zu elektronischen Prüfungen „vor Ort“, sondern auch zu elektronischen Fern- bzw. Onlineprüfungen.³⁸

36 Eingeführt mit dem Gesetz zur Stärkung der differenzierten Hochschulautonomie v. 27.1.2022, Nds. GVBl. S. 54, ber. 2022 S. 156.

37 In der Corona-Pandemie wurden Onlineprüfungen an der LUH ad hoc durch die „Rahmenprüfungsordnung zur Abmilderung der Folgen der Covid 19-Pandemie in Bezug auf die Durchführung der Prüfungsverfahren und die Erbringung von Studienleistungen“ ermöglicht; zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit näher *Heckmann/Rachut*, E-Klausur und elektronische Fernprüfung: Rechtsfragen der Umstellung von Hochschulprüfungen auf zeitgemäße, digitale Prüfungsformate, Berlin 2022, S. 150 ff.

38 Ob es einer solchen Grundlage für Onlineprüfungen von Verfassungs wegen bedarf, ist umstritten: ablehnend *Dietrich*, Von Risiken und Nebenwirkungen – Ein Jahr (Online-)Prüfungen in der Corona-Pandemie, NVwZ 2021, 511 (512), der dies allein für das elektronische Prüfungsformat annimmt; befürwortend *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 144 ff.; *Sandberger* (Fn. 12), OdW 2020, 160 f.; eine gesetzliche Grundlage für Online-Klausuren in Fachanwaltsprüfungen verlangt auch VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 15.2.2022 – 8 K 183/21.

Konkretisierend verlangt § 7 Abs. 4 S. 2 NHG dafür, dass die Prüfungsordnung insbesondere Bestimmungen enthalten muss zur Sicherung des Datenschutzes, zur Sicherstellung der persönlichen Leistungserbringung durch die Prüflinge während der gesamten Prüfungsdauer, zur eindeutigen Authentifizierung der Prüflinge, zur Verhinderung von Täuschungshandlungen und zum Umgang mit technischen Problemen. Die Norm adressiert damit die im Prüfungsrecht wesentlichen Streitfragen bei der Einführung von elektronischen Fernprüfungen.³⁹ Ergänzt werden könnten die Prüfungsordnungen um Vorgaben zum Umgang mit Fällen, in denen Studierende nicht in der Lage sind, die erforderliche technische und/oder räumliche Infrastruktur für eine Online-Prüfung vorzuhalten.⁴⁰ Während an der Juristischen Fakultät der LUH eine Umstellung auf das elektronische Format noch nicht erfolgt ist,⁴¹ bietet die Universität Trier bereits elektronische Klausuren in der universitären Schwerpunktbereichsprüfung an.⁴² Mit der voranschreitenden Digitalisierung der ersten Prüfung und zweiten Staatsprüfung (s. sogleich 2.) geraten auch die Fakultäten in Zugzwang, ihre Studierenden auf dieses Prüfungsformat vorbereiten zu müssen.⁴³ Die damit einhergehende ökonomische Herausforderung, für eine Vielzahl Studierender Prüfungsgeräte vorhalten zu müssen, könnte unter Rückgriff auf das sog. „Bring-your-own-device-Format“ (BYOD) gelöst werden, bei dem

39 Eingehend *Dietrich* (Fn. 38), NVwZ 2021, 513 ff.; s. auch *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 180 ff.; *Schwartmann*, Datenschutzrecht (Fn. 18), Rn. 56 ff.; dies führt in der konkreten Umsetzung zu einem hohen Detaillierungsgrad der satzungsrechtlichen Regelung, was insbesondere in atypischen Prüfungsformaten – etwa der Prüfung unter Beteiligung internationaler Studierender und Prüfer:innen in grenzüberschreitenden Kontexten – zu einem formathinderlichen Aufwand führen kann.

40 Vgl. *Dietrich* (Fn. 38), NVwZ 2021, 513.

41 Als nicht rein universitärer Studiengang werden die Prüfungsordnungen der Fakultät nicht von der Rahmenprüfungsordnung der Leibniz Universität Hannover erfasst, die Regelungen zu Aufsichtsprüfungen als elektronische Fernprüfungen trifft; Hausarbeiten für die Zwischenprüfung und die Fortgeschrittenenübungen werden bereits über den LUH-Server „E-Ilias“ eingereicht und zurückgegeben.

42 S. § 6 Abs. 2 S. 4 SaarJAG i.V.m. § 15 Abs. 3 der Studien- und Prüfungsordnung des Fachbereichs V – Rechtswissenschaft der Universität Trier für das rechtswissenschaftliche Studium mit dem Ziel der ersten juristischen Prüfung (StudPO) vom 16. Juni 2021 (i.d.F. v. 1.8.2023), abrufbar unter <https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/fb5/PDF/Rechtsgrundlagen/StudPO/20230915StudPO-Homepage.pdf>; damit bietet die Universität Trier als erste die gesamte erste Prüfung in einem digitalen Format an, vgl. <https://irdt.uni-trier.de/erstes-staatsexamen-vollstaendig-digital-an-der-universitaet-trier/>; weitere Regelungen bei *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 50 ff.

43 *Chiusi*, Themen und Perspektiven der juristischen Ausbildung, OdW 2023, 3 (7).

Studierende ihre eigenen Geräte – idealiter unter Rückgriff auf die für die erste Prüfung lizenzierte Prüfungssoftware – verwenden.⁴⁴

2. Erste Prüfung und zweite Staatsprüfung

Für die erste Prüfung und die zweite Staatsprüfung ermächtigt § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG die Länder dazu, durch Landesrecht vorzusehen, dass schriftliche Leistungen elektronisch erbracht werden dürfen. Die Regelung zielt auf die Schaffung einer eindeutigen Rechtsgrundlage,⁴⁵ weil auf Grundlage des alten Rechts unklar war, in welchem Rahmen das elektronische Prüfungsformat grundrechtskonform gewählt werden durfte. Teilweise wurde die Formulierung „schriftlich“ in § 5d Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 S. 1 DRiG bereits dahingehend verstanden, dass auch das Schreiben auf einem Laptop oder PC erfasst sei.⁴⁶ Auf dieser Auslegungsgrundlage führte Sachsen-Anhalt bereits 2019 das elektronische Prüfungsformat ein. Mit der Öffnung für die Erbringung von vormals schriftlichen Leistungen in elektronischer Form geht der Gesetzgeber aber weiter, weil er nicht nur die Anfertigung, sondern auch die Weiterverarbeitung, also insbesondere die Korrektur, Aufbewahrung und Einsichtnahme der Bearbeitungen auf elektronischem Wege eröffnet.⁴⁷ Zugleich stellt § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG klar, dass keine bundesweite Einheitlichkeit der Prüfungsanforderungen i.S.d. § 5d Abs. 1 S. 2 DRiG für das elektronische Prüfungsformat erforderlich ist, sondern landesspezifische Abweichungen zulässig sind.⁴⁸ Insgesamt soll die Normierung den ersten Schritt auf dem Weg zu einer „perspektivisch anzustrebenden vollständig elektronischen Prüfung“⁴⁹ darstellen. Dieser Ausblick könnte womöglich auch die Einführung eines Onlineprüfungsformats adressieren,

44 *Rachut*, E-Klausur und elektronische Fernprüfung: Technologischer Fortschritt und Prüfungskulturwandel im Spiegel des Rechts – Ein Werkstattbericht, *OdW* 2023, 89 (92); zu den Chancen und Risiken näher *Heckmann/dies.*, E-Klausur (Fn. 37), S. 39 ff.

45 BT-Drs. 19/26828, S. 188; zum Erfordernis einer solchen Regelung vor Erlass *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 59 ff.

46 *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 43 ff.: nur dann, wenn ein Ausdruck nach Bearbeitung erfolgt; für eine weite Auslegung des Begriffs „schriftlich“ allgemein im Verwaltungsrecht *Abraham*, Das Schriftformerfordernis in der Verwaltungsdigitalisierung, *MMR* 2022, 530.

47 BT-Drs. 19/26828, S. 189.

48 Für bundesweit einheitliche Vorgaben aber *Omlor/Meister* (Fn. 9), *ZRP* 2021, 61; ablehnend zur Frage einer verfassungsrechtlich gebotenen Harmonisierungspflicht *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 113 ff.

49 BT-Drs. 19/26828, S. 188.

wird sich aber aufgrund der dabei auftretenden prüfungsrechtlichen Herausforderungen (s. zuvor 1.) als Prüfungsformat für die Staatsprüfungen nur schwerlich durchsetzen können. Als vollständig elektronische Prüfung könnte aber ein Prüfungsformat angesehen werden, bei dem der Sachverhalt, Konzeptpapier und auch die Hilfsmittel im elektronischen Format referenziert werden und damit analoge Gesetzessammlungen und Kommentarliteratur in gedruckter Form nicht mehr zugelassen wären.⁵⁰ Dass auch die mündlichen Prüfungen perspektivisch in ein digitales Format überführt werden sollen, ist nicht bekannt.

Während § 5d Abs. 6 S. 2 NHG von mehreren Landesgesetzgebern für die zweite Staatsprüfung bereits effektiviert wurde, wird sein Einsatz für die erste Prüfung erst punktuell erprobt. Niedersachsen hat bisher keine normative Grundlage im NJAG für die Durchführung elektronischer Prüfungen geschaffen und benennt kein konkretes Datum der Einführung.⁵¹ Die folgende Tabelle soll einen ersten Überblick über den Stand der Umsetzung ermöglichen. Die Angabe der Startzeitpunkte beruht auf Presseverlautbarungen aus den jeweiligen Bundesländern.

Bundesland	Startzeitpunkt 1. Examen	Rechtsgrundlage 1. Examen	Startzeitpunkt 2. Examen	Rechtsgrundlage 2. Examen
Baden-Württemberg	Nicht bekannt	§ 13 Abs. 1 S. 2 JAPrO: <i>Die schriftliche Prüfung kann auch elektronisch durchgeführt werden.</i>	Ende 2024	§ 55 Abs. 1 S. 2 JAPrO: <i>Sie [die schriftliche Prüfung] kann auch elektronisch durchgeführt werden.</i>
Bayern	Nicht bekannt	Reform der JAPO in Planung	Ende 2024	Reform der JAPO in Planung
Berlin	Nicht bekannt	§ 7 Abs. 1 S. 2 JAG Bln: <i>Das Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der Länder Berlin und Brandenburg kann bestimmen, dass der schriftliche Prüfungsteil auch oder ausschließlich aus elektronisch zu erbringenden Aufsichtsarbeiten besteht.</i>	Dezember 2023	§ 17 Abs. 1 S. 2 JAG Bln (Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 JAG Bln)

50 Übersicht über die Komponenten einer digitalisierten Prüfungsumgebung Heckmann/Rachut, E-Klausur (Fn. 37), S. 24 ff.

51 S. dazu die Antwort des Niedersächsischen Justizministeriums namens der Landesregierung v. 23.2.2023 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Carina Hermann (CDU) v. 26.1.2023, Landtags-Drs. 19/652, abrufbar unter https://www.landtag-niedersachsen.de/drucksachen/drucksachen_19_02500/00501-01000/19-00652.pdf.

Bundesland	Startzeitpunkt 1. Examen	Rechtsgrundlage 1. Examen	Startzeitpunkt 2. Examen	Rechtsgrundlage 2. Examen
Brandenburg	Nicht bekannt	§ 7 Abs. 1 S. 2 BbgJAG (entsprechend Berlin)	Dezember 2023	§ 17 Abs. 1 S. 2 BbgJAG
Bremen	Nicht bekannt	§ 19 Abs. 7 BremJAPG: <i>Das Justizprüfungsamt kann bestimmen, dass die Aufsichtsarbeiten elektronisch angefertigt werden dürfen.</i>	April 2024	§ 52 BremJAPG verweist auf die Übereinkunft der Länder Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg und Schleswig-Holstein über ein Gemeinsames Prüfungsamt und die Prüfungsordnung für die zweite juristische Staatsprüfung; darin bisher keine Normierung der elektronischen Form; Anpassung in Planung ⁵²
Hamburg	April 2024	Änderung aktuell im Gesetzgebungsverfahren; ⁵³ Regelungsvorschlag: <i>Das Prüfungsamt kann bestimmen, dass die Aufsichtsarbeiten auch elektronisch erbracht werden dürfen. Wird die elektronische Erbringung angeboten, teilt der Prüfling dem Prüfungsamt rechtzeitig mit, ob er die Aufsichtsarbeiten elektronisch oder analog erbringen möchte; unterbleibt die Mitteilung, wird vermutet, dass der Prüfling die Aufsichtsarbeiten elektronisch erbringen will. Ein einmaliger Wechsel vom elektronischen zum analogen Format ist vor und nach jeder Aufsichtsarbeit möglich; das gilt auch im Falle von Satz 2 zweiter Halbsatz. (...)</i> <i>Das Nähere bestimmt das Prüfungsamt; (...).</i> <i>Wird die Aufsichtsarbeit elektronisch erbracht, so erfolgt die Abgabe in der hierfür vorgesehenen Form; das Nähere bestimmt das Prüfungsamt.</i>	April 2024	s. zuvor bei Bremen

52 Entwurf des 14. Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Juristenausbildungsgesetzes, Drs. 22/14170 v. 23.1.2024, S. 2.

53 Entwurf des 14. Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Juristenausbildungsgesetzes, Drs. 22/14170 v. 23.1.2024.

Bundesland	Startzeitpunkt 1. Examen	Rechtsgrundlage 1. Examen	Startzeitpunkt 2. Examen	Rechtsgrundlage 2. Examen
Hessen	Nicht bekannt	§ 12 Abs. 2 HessJAG: <i>Die Aufsichtsarbeiten können nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach Satz 2 auch elektronisch angefertigt werden. Die Ministerin oder der Minister der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zu treffen über</i> 1. den Zeitpunkt, von dem an eine elektronische Anfertigung der Aufsichtsarbeiten möglich ist, und 2. die Ausgestaltung der elektronischen Anfertigung der Aufsichtsarbeiten.	Nicht bekannt	§ 47 Abs. 2 HessJAG (Verweis auf § 12 Abs. 2 HessJAG unter dem Vorbehalt abweichender Bestimmungen im folgenden Teil)
Mecklenburg-Vorpommern	Nicht bekannt	-	Nicht bekannt	-
Niedersachsen	Nicht bekannt	-	Nicht bekannt	-
Nordrhein-Westfalen	1.1.2024	§ 10 Abs. 1 S. 2, 3 JAG NRW: <i>Die Justizprüfungsämter können festlegen, dass die schriftlichen Leistungen auch elektronisch erbracht werden können. Ab dem 1. Januar 2024 haben sie die Anfertigung der Aufsichtsarbeiten in elektronischer Form zu ermöglichen.</i>	1.1.2024	§ 51 Abs. 1 S. 2, S. 3 JAG NRW: Das Landesjustizprüfungsamt kann festlegen, dass die schriftlichen Leistungen auch elektronisch erbracht werden können. Ab dem 1. Januar 2024 hat es die Anfertigung der Aufsichtsarbeiten in elektronischer Form zu ermöglichen.
Rheinland-Pfalz	2023	§ 5 Abs. 1 S. 4 JAG RP: <i>Die elektronische Anfertigung der Aufsichtsarbeiten kann angeboten werden.</i>	2021	§ 7 Abs. 2 S. 2 JAG RP (Verweis auf § 5 Abs. 1 S. 4 JAG RP)
Saarland	Nicht bekannt	§ 10 Abs. 1 S. 2 SaarJAG: <i>Die Regelung des Prüfungsverfahrens durch Rechtsverordnung nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 kann die Durchführung der schriftlichen Prüfung auch in elektronischer Form vorsehen.</i> § 6 Abs. 1 S. 2 JAO: <i>Die Arbeiten können auf Veranlassung der Präsidentin/des Präsidenten des Landesprüfungsamtes auch in elektronischer Form angefertigt werden.</i>	2023	§ 26 Abs. 1 S. 2 SaarJAG: <i>Die Regelung des Prüfungsverfahrens durch Rechtsverordnung nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 kann die Durchführung der schriftlichen Prüfung auch in elektronischer Form vorsehen.</i> § 33 Abs. 3 JAO (Verweis auf § 6 JAO)

Bundesland	Startzeitpunkt 1. Examen	Rechtsgrundlage 1. Examen	Startzeitpunkt 2. Examen	Rechtsgrundlage 2. Examen
Sachsen	Nicht bekannt	§ 22 S. 2, 3, 4 SächsJAPO: <i>Das Landesjustizprüfungsamt kann anbieten, dass die schriftliche Prüfung auch in elektronischer Form abgelegt werden kann. In diesem Fall haben die Prüfungsteilnehmerinnen und Prüfungsteilnehmer bis zu einem durch das Landesjustizprüfungsamt zu bestimmenden Termin mitzuteilen, ob sie die schriftliche Prüfung handschriftlich oder in elektronischer Form ablegen. Wird keine Wahl getroffen, ist die schriftliche Prüfung handschriftlich abzugeben.</i>	2021	§ 47 S. 2 SächsJAPO (Verweis auf § 22 S. 2 bis 4 SächsJAPO)
Sachsen-Anhalt	August 2024	Einführung ohne landesgesetzliche Grundlage; künftig aber in Planung	2019	Ebenfalls bisher keine landesgesetzliche Grundlage
Schleswig-Holstein	Nicht bekannt	§ 14 JAG SH i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 2 JAVO SH in der Fassung vom 26.07.2023, in Kraft getreten zum 27.02.2024: <i>Die Aufsichtsarbeiten können in elektronischer Form erbracht werden, wenn dies vom Justizprüfungsamt zugelassen wird und eine Erklärung gem. § 5 Abs. 2 Nr. 9 vorliegt.</i>	April 2024	s. Bremen und Hamburg
Thüringen	Februar 2024	§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 und Nr. 10 ThürJAG: <i>Das für das Ausbildungs- und Prüfungswesen für die Laufbahnen des Justizdienstes zuständige Ministerium wird ermächtigt, (...) durch Rechtsverordnungen Regelungen zu treffen, insbesondere über die elektronische Erbringung schriftlicher Leistungen in den staatlichen Prüfungen sowie die Aufbewahrung handschriftlich angefertigter Aufsichtsarbeiten in elektronischer Form.</i>	2022	§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 und Nr. 10 ThürJAG

Die Übersicht zeigt, dass die Bundesländer in der Regel nur eine die Öffnungsklausel des § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG nachvollziehende einfach-gesetzliche Anordnung treffen, ohne weitergehende Digitalisierungspotentiale einfach-gesetzlich auszugestalten. Praktische Herausforderungen bei der Umstellung auf das elektronische Prüfungsformat sind regelmäßig die Schaffung eines mit Computertechnik ausgestatteten Raumangebots in

hinreichender Zahl sowie die Beschaffung einer manipulationssicheren und verlässlichen Prüfungssoftware.⁵⁴ Während einige Bundesländer auf „Inhouse-Lösungen“ zurückgreifen,⁵⁵ haben u.a. Thüringen⁵⁶ und Baden-Württemberg die Bereitstellung der technischen Prüfungsumgebung für das elektronische Examen in der zweiten juristischen Prüfung im Wege eines Vergabeverfahrens von einem Drittanbieter eingekauft.⁵⁷ Das Raumangebot hat insoweit auch eine juristische Komponente, weil Art. 12 Abs. 1 GG auf ausreichende Prüfungskapazitäten drängt und deren Reduktion vor besonders hohe Rechtfertigungsanforderungen stellt.⁵⁸ In der Gesamtschau der Prüfungsgestaltung durch die Justizprüfungsämter zeigt sich, dass ein weitgehend konfliktfreies, aber die Potentiale noch nicht ausschöpfendes digitales Prüfungsmodell etabliert werden konnte. Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung geworden ist bisher nur ein Fall aus Nordrhein-Westfalen, in dem ein Referendar gegen die Verwehrung der Teilnahme an elektronischen Klausuren klagte und dafür eine Ungleichbehandlung beim Regimewechsel vom analogen auf das digitale Prüfungsformat rügte. Der VerfGH für das Land Nordrhein-Westfalen wies die Verfassungsbeschwerde jedoch bereits mangels Beschwerdebefund als unzulässig zurück: Der Landesgesetzgeber sei nicht an Änderungen der Ausbildungs- und Prüfungsvorschriften gehindert, auch wenn diese zwangsläufig mit einer gewissen Ungleichbehandlung einhergehen; dem Gesetzgeber gebühre bei der Überleitung in ein neues Prüfungsregime ein Gestaltungsspielraum, der nur dadurch begrenzt werde, dass jedenfalls übermäßige Benachteiligungen zu vermeiden seien.⁵⁹ Ob – wie vom Beschwerdeführer angeführt – die analoge Prüfungsanfertigung überhaupt eine Benachteiligung darstellt, ist zweifelhaft; Hinweise darauf, dass es bei analogen Prüfungsanfertigungen zu einem Leistungsabfall käme, sind nicht bekannt. Vom Regimewechsel betroffenen Studierenden und Referendar:innen wird vielmehr in der Regel

54 Auf sog. BYOD-Lösungen (s. bereits Abschnitt II. 1.) wird bisher nicht zurückgegriffen.

55 https://www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2023/fup_23_058-eklausuren_kooperation/index.html.

56 <https://justiz.thueringen.de/jpa/elektronische-klausur>.

57 <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/moderne-pruefungstechnik-fuer-juristisches-staatsexamen>; zum IT-Outsourcing bei der E-Prüfung näher *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 123 ff.

58 Vgl. für den hochschulischen Bereich *Lenz* (Fn. 14), § 7 Rn. 55.

59 VerfGH NRW, Beschl. v. 16.5.2023 – 19/23.VB-1, 20/23.VB-1; s. zum Übergangsrecht auch *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 118 ff.

vorerst ein Wahlmodell angeboten, das auch weiterhin eine analoge Prüfungsanfertigung erlaubt.⁶⁰ Insgesamt scheint das elektronische Examen mehr Rechtssicherheit als analoge Prüfungen zu bieten. Dies gilt zunächst in Hinblick auf die Chancengleichheit durch Anonymisierung, die bei der elektronischen Bearbeitung gefördert wird, weil aus der Handschrift keine Rückschlüsse auf Alter oder Geschlecht des Geprüften gezogen werden können.⁶¹ Auch die Möglichkeit digitaler Prüfungssoftware, sich mit Prüfungsende automatisch schließen zu lassen, sodass eine fortgesetzte Bearbeitung nach Zeitablauf sicher verhindert wird, vermeidet eine in analogen Prüfungssituationen mitunter streitträchtige Konstellation.⁶² Durch Probesoftware wird den Studierenden und Referendar:innen ein Ausprobieren der technischen Oberfläche ermöglicht. Die Hardware wird allen Geprüften in der Regel in identischem Umfang bereitgestellt; teilweise werden Optionen eröffnet, wie das eigenständige Mitbringen einer wiederum genormten Tastatur oder Maus. Bisher soweit ersichtlich nicht bekannt geworden sind durchgreifende technische Pannen, aus denen prüfungsrechtliche Konsequenzen gezogen hätten werden müssen.⁶³ Dies wird mit Zunahme des Prüfungsformats zwar wahrscheinlicher, ließe sich aber weitgehend in den bereits etablierten Bahnen von auf dem Postweg verschwindender Klausuren bewältigen.⁶⁴ Zudem führt eine technisch ausgereifte Backup-Struktur dazu, dass das Problem womöglich sogar an Bedeutung verliert.⁶⁵

Demgegenüber besteht eindeutig noch weitergehender Digitalisierungsbedarf, was die virtuelle Prüfungsumgebung angeht.⁶⁶ Der zu bearbeitende Sachverhalt sollte dafür künftig nicht mehr in Papierform ausgeteilt werden. Überlegenswert erscheint auch, eine bisher in der Software regelmäßig nicht vorhandene automatische Rechtschreibkontrolle in die Bearbeitungs-

60 Zur verfassungsrechtlichen Bewertung von Wahl- und Pflichtmodell eingehend *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 116 ff.

61 *Wolke/Lohmann*, Die elektronische notarielle Fachprüfung, DNotZ 2022, 246 (247).

62 Zu einer nicht juristischen Prüfung VG Koblenz, Urt. v. 29.5.2019 – 4 K 1252/18.KO.

63 Kurz vor der Druckfreigabe ereignete sich eine solche Panne im 2. Examen in Bayern, s. <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/staatsexamen-bayern-jura-technische-pannen-laptop>.

64 Vgl. bspw. SächsOVG, Beschl. v. 11.6.2001 – 4 E 31/01; VGH München, Beschl. v. 9.11.2015 – 7 ZB 15.316; VGH Mannheim, Urt. v. 1.4.1987 – 9 S 1829/86.

65 *Heckmann/Rachut*, E-Klausur (Fn. 37), S. 37 f.

66 So auch kürzlich eine Forderung im Hamburger Protokoll zur Reform der ersten (juristischen) Prüfung, S. 6, abrufbar unter <https://www.law-school.de/fileadmin/do wnloads/hamburger-protokoll-2023.pdf>.

programme aufzunehmen, weil deren Verfügbarkeit in der heutigen Berufswelt zum Standard gehört. Mit Einführung des elektronischen Exams stellt sich auch die Frage nach der Umstellung der Hilfsmittel auf ein digitales Format. Wenig ratsam erscheint es, bereits für die erste Prüfung über die Gesetzestexte hinausgehende digitale Hilfsmittel zu erlauben, weil die erste Prüfung darauf abzielt, Grundlagenwissen zu erwerben, das ohne Rückgriff auf Hilfsmittel abgerufen werden kann.⁶⁷ Ein digitaler Zugang zu den relevanten Gesetzestexten erscheint aber auch in der ersten Prüfung für angebracht, weil das Format der kostenpflichtigen analogen Gesetzesammlung in Anbetracht der virtuellen Verfügbarkeit als überholt zu gelten hat. Für die zweite Staatsprüfung sollten darüber hinaus virtuelle Hilfsmittel wie digitale Kommentare und Datenbanken nutzbar sein;⁶⁸ hier ist es an den Justizprüfungsämtern, einen neuen Kanon an digitalen Hilfsmitteln zu etablieren, die auch Formate außerhalb der etablierten Datenbanken berücksichtigen, um einen sich schon jetzt abzeichnenden locked-in-Effekt zu verhindern. Diese weitergehenden Schritte der Digitalisierung machen dann auch einen Ausbau der Hardware erforderlich, weil sich Klausursachverhalt, digitaler Kommentar und/oder Gesetzestext und Schreiboberfläche nur mit Hilfe eines zweiten Bildschirms parallel referenzieren lassen – ein Arbeitsplatz, wie er heute in Anwalts-, Staatsanwalts- und Richterbüros bereits die Regel ist. In diesem Zusammenhang sollten BYOD-Modelle nicht vorschnell ad acta gelegt werden, um die Prüfungssoftware auch in den universitären Raum hinein anbieten zu können. Schließlich werden die Klausuren bisher nach Bearbeitungsende in der Regel ausgedruckt und dann analog an die Prüfer:innen zur Korrektur versandt – ein für die Verwaltungsdigitalisierung nicht neues, aber kritikwürdiges Phänomen.⁶⁹

67 So *Omlor/Meister* (Fn. 9), ZRP 2021, 61; eine ergebnisoffene Diskussion über die Vor- und Nachteile befürwortet das Hamburger Protokoll zur Reform der ersten (juristischen) Prüfung (Fn. 66), S. 6.

68 *Omlor/Meister* (Fn. 9), ZRP 2021, 61.

69 Zum Ziel einer „Ende-zu-Ende-Digitalisierung“ *Botta*, „Digital First“ und „Digital Only“ in der öffentlichen Verwaltung, NVwZ 2022, 1247 (1248); zum Stand der E-Akte *Siegel*, Digitalisierung des Verwaltungsrechts, NVwZ 2023, 193 (197); zum künftigen § 6 EGovG-Entwurf s. BT-Drs. 20/8093, S. 2.

IV. Digitalisierung der juristischen Promotion und Habilitation

Schließlich erfasst die Digitalisierung auch den fakultativen Schritt der Promotion, der einer juristischen Ausbildung im weiteren Sinne zugerechnet werden kann. Dies gilt zunächst für die Ausarbeitung selbst, die heute wie selbstverständlich virtuell erfolgt. Unterstützt wird der Prozess durch eine immer stärker in den digitalen Raum verlagerte Literaturrecherche und -rezeption (dazu bereits II. 2.). Mit dieser Verlagerungsbewegung stellt sich für die Promotionsordnungen der juristischen Fakultäten die Frage, ob diese „digitalisierungsfit“ sind oder noch analogen Rollenmodellen folgen. In eine Spannungslage mit der Digitalisierung gerät einerseits das Erfordernis der sog. Druckfreigabe.⁷⁰ Sie kann der digitalisierungsbedingten Möglichkeit zur Erarbeitung auf offenen Plattformlösungen⁷¹ im Wege stehen. Andererseits gerät das in den Promotionsordnungen verbreitete Konzept der Publikationsdruckpflicht⁷² in eine Spannungslage zur Verlagerung der Wissensproduktion in digitale Räume. Fakultäten und ihre jeweiligen Hochschulbibliotheken müssen sich also künftig auch dazu verhalten, ob und zu welchen Konditionen eine rein digitale Publikation ermöglicht wird.

V. Fazit

Die Momentaufnahme der Digitalisierung der juristischen Ausbildung fällt durchwachsen aus: Sie ist unzweifelhaft auch in der juristischen Ausbildung angekommen, aber ihrer Zeit zurück. Dabei zeigt die Ausbildungspraxis, dass die Studierenden, Referendar:innen und Doktorand:innen die Digitalisierung weit überwiegend als Chance begreifen. Das Ausschöpfen der Potentiale der Digitalisierung für die juristische Ausbildung wird in den kommenden Jahren weitere Kraftanstrengungen erfordern. Der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover ist für die kommenden 50 Jahre daher ein produktives Zusammenwirken von Landesgesetzgeber, Landes-

70 Zur Zielrichtung der Druckfreigabe *Stumpf*, Dissertationsdruckzwang – Eine Untersuchung der Rechtmäßigkeit von Publikationspflicht und Pflichtexemplarregelung im Lichte der Grundrechte, WissR 2016, 257 (279 ff.).

71 Möglich wäre etwa eine Erstellung der Dissertation als Wikibook. Bei Wikibooks handelt es sich um ein Projekt der Wikimedia-Gesellschaft, das auf Basis der Wiki-Technologie die Erstellung von Lehr-, Sach- und Fachbüchern unter offener Lizenz ermöglicht.

72 Kritische Auseinandersetzung bei *Stumpf* (Fn. 70), WissR 2016, 257.

justizprüfungsamt, Hochschulen und juristischen Fakultäten zu wünschen, um gemeinsam gestaltende Impulse zugunsten einer in die Zukunft weisenden Nutzung der Digitalisierungspotentiale für die juristische Ausbildung zu setzen.

Die Juristische Reformfakultät in Hannover

Wolfgang Kilian

Im Jahre 1973 wurde durch Gesetz¹ an der damaligen Technischen Hochschule in Hannover eine Fakultät für Rechtswissenschaft gegründet. Sie war eine von acht westdeutschen Juristischen Fakultäten, die einen Reformversuch der juristischen Ausbildung unternahm.² Die Möglichkeit dazu eröffnete die Einführung des § 5b Abs. 1 im Deutschen Richtergesetz von 1972, wonach Studium und praktische Vorbereitung in einer gleichwertigen Ausbildung von mindestens fünfeinhalb Jahren zusammengefasst und die Erste Staatsprüfung durch eine Zwischenprüfung und ausbildungsbegleitende Leistungskontrollen ersetzt werden konnten.³

Der Änderung im Richtergesetz war eine mehrjährige heftige Diskussion über den Reformbedarf in der juristischen Ausbildung vorausgegangen, die von der allgemeinen gesellschaftlichen und studentischen Aufbruchstimmung Ende der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts und ihren politisch-soziologischen Analysen getragen war und zu Beschlüssen auf dem 48. Deutschen Juristentag 1970 in Mainz führte.⁴

Inhaltlich unterschieden sich die Programme der Reformfakultäten allerdings erheblich. Während den Fakultäten Bremen, Hamburg II und Hannover eine interdisziplinäre, insbesondere soziologisch geprägte Reformvorstellung zu Grunde lag, wollte beispielsweise Bayreuth die Fremdsprachenkompetenz im traditionellen juristischen Studium fördern. Die anderen „Reformfakultäten“ betonten einige der bisherigen Aspekte der juristischen Ausbildung stärker als üblich.

Von der Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung versprach man sich einen aufgeklärten kritischen Juristen, der in der Praxis die gesellschaftlichen Zusammenhänge besser erkennen und ethisch

1 Nds. GVBl. 1973 S. 457.

2 Als „Reformfakultäten“ bezeichneten sich die Juristischen Fakultäten der Universitäten Augsburg, Bayreuth, Bielefeld, Bremen, Hamburg II, Hannover, Konstanz und Trier.

3 Gesetz vom 19.4.1972, BGBl. I S. 713.

4 48. Deutscher Juristentag in Mainz, 22.-25. September 1970 (<https://deutsche-digitale-bibliothek.de>, Bundesarchiv, BArch B 411/63).

verantwortungsvoll handeln sollte. Der Frankfurter Universitätsprofessor Rudolf Wiethölter, ein Protagonist dieser Reformidee, fasste seine Kritik an der traditionellen Juristenausbildung in der Aussage zusammen, dass die klassische Ausbildung auf einen „habilitationsfähigen Oberlandesgerichtsrat in der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ hinzielte, was an den modernen Bedürfnissen weitgehend vorbeigehe. Sein viel gelesenes Buch „Funkkolleg“⁵ verbreitete die Aufbruchstimmung für eine kritische Reflexion der Rechtswissenschaft.

Die Konkretisierung der modernen Bedürfnisse war Gegenstand zahlreicher Veröffentlichungen, die sich mit didaktischen, methodischen und inhaltlichen Fragen beschäftigten.⁶

1. Das Reformprogramm in Hannover

In Hannover sollten mit der neugegründeten Fakultät für Rechtswissenschaften⁷ drei Prinzipien verwirklicht werden: Einbeziehung der Sozialwissenschaften, Verbesserung des Theorie-Praxis-Verhältnisses, Abschaffung der Ersten Juristischen Staatsprüfung. Das brachte weitreichende organisatorische und inhaltliche Folgen für den Aufbau und die Durchführung des Jurastudiums mit sich, obwohl das Ziel der Reform wenig präzisiert war, „teils aus politischen Rücksichten, teils um breiter Konsensbeschaffung willen“, wie es Hans Albrecht Hesse ausgedrückt hat.⁸

Da von den traditionell ausgebildeten Rechtslehrern kaum sozialwissenschaftliche Kompetenzen erwartet werden konnten, war in Hannover von vornherein eine interdisziplinär zusammengesetzte Fakultät geplant. Nicht nur Juristen sollten hier lehren, sondern auch Soziologen, Politologen, Ökonomen, Kriminologen und Didaktiker. Das gab es in diesem Ausmaß an keiner anderen deutschen rechtswissenschaftlichen Fakultät. Rund ein

5 Wiethölter, Rechtswissenschaft, Funk-Kolleg Recht, Frankfurt a.M./Hamburg 1968.

6 Ausführlich dazu: Hoffmann-Riem, Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe. Impulse aus der einstufigen Juristenausbildung, in: Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information – Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 157; Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung – Materialien des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung, Neuwied 1970; Wolf, 50 Jahre Loccum, HanLR 2018, 1; Rinken, Der neue Jurist, Darmstadt/Neuwied 1973.

7 Die Pluralform sollte die Interdisziplinarität zum Ausdruck bringen.

8 Hesse, Über den Beitrag der Juristenausbildung zur Kultivierung juristischer Praxis, in: Broda (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Darmstadt/Neuwied 1985, S. 565 (566).

Drittel des Lehrkörpers, der nach Abschluss des Aufbaus 32 Professoren sowie Angehörige des Mittelbaus umfasste, bestand schließlich aus Nichtjuristen. Da von den Jurastudenten in Hannover im Abschlussexamen die Beherrschung des traditionellen juristischen Wissens erwartet wurde und die Zweite Juristische Staatsprüfung ohne Anpassungen in der üblichen Form stattfand, waren mit der Reformausbildung viele Probleme gleichzeitig zu bewältigen.

Das Ziel der Verbesserung des Theorie-Praxis-Verhältnisses, das der Vermeidung eines „Praxis-Schocks“ der akademisch ausgebildeten Juristen nach dem Ersten Staatsexamen diene, wurde durch Berufung einer Vielzahl Praktiker (Richter, Rechtsanwälte, Notare, Verwaltungsbeamte) als Lehrbeauftragte verwirklicht. Eine zentrale Lehrveranstaltung führte die Bezeichnung „Theorie der Praxis“.

Die gesamte Ausbildung in Hannover war „einstufig“ ausgelegt („Einstufige Juristenausbildung“), weil das Erste Juristische Staatsexamen entfiel. Stattdessen wurden von den Studierenden rund 30 Leistungsnachweise verlangt, die während des Studiums und in der Praxis erbracht werden mussten. Die Praktika waren in den Semesterferien durchzuführen und fanden bei den üblichen Stellen des traditionellen Referendariats statt, währten aber zeitlich kürzer. Die Teilnehmer am Reformstudiengang mussten aber das Zweite Juristische Staatsexamen vor derselben Prüfungskommission zusammen mit Referendaren aus Göttingen vor dem Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamt ablegen,⁹ wodurch sich die Ergebnisse der Einstufigen Juristenausbildung in Hannover leicht mit denen des tradierten Ausbildungsmodells in Göttingen vergleichen ließen.

Durch den Ersatz des Referendariats nach Abschluss des Studiums durch Praktika in den Semesterferien sowie durch den Ersatz der Ersten Juristischen Staatsprüfung durch eine Vielzahl ausbildungsbegleitender Leistungskontrollen ergab sich für die Studenten der Einstufigen Juristenausbildung bis zur Ablegung des Zweiten Juristischen Staatsexamens ein dicht gedrängtes Ausbildungsprogramm fast ohne Urlaubsmöglichkeiten. Das Reformstudium führte aber insgesamt zu einer Verkürzung der juristischen Ausbildungszeit von etwa zwei Jahren im Vergleich zur traditionellen Ausbildung bis zum Zweiten Staatsexamen.

9 Die Juristische Fakultät an der Universität Osnabrück entstand erst im Jahre 1980.

2. Aufbau der Fakultät

Der Aufbau einer neuen Reformfakultät forderte von den Verantwortlichen hohe Einsatzbereitschaft. Als „Eckprofessor“ für Zivil- und Wirtschaftsrecht aus der ersten Berufungsrunde konnte ich den Aufbauprozess verfolgen, hatte aber keinen Einfluss auf die frühen Berufsentscheidungen. Die Fäden liefen dafür im Niedersächsischen Wissenschaftsministerium bei Ministerialdirigent Dr. Düwel zusammen, der auch das sogenannte „Tableau“ für die Stellenplanung der Fakultät entwickelt hatte. Dieses „Tableau“ enthielt die Voraussetzungen für die langjährige Verankerung aller Planstellen der Fakultät in den Staatshaushaltsplänen. Das „Tableau“ wurde in der Aufbauzeit der Fakultät weder vom Land Niedersachsen noch von der Universität jemals in Frage gestellt und bewährte sich entsprechend administrativ hervorragend.

Das Errichtungsgesetz sah in § 2 eine „Errichtungskommission“ für die neue Fakultät vor, der 4 Hochschullehrer, 2 wissenschaftliche Mitarbeiter, 2 Studenten der Rechtswissenschaft sowie beratend 2 Referendare und 4 Personen mit der Befähigung zum Richteramt angehörten. Zwei Hochschullehrer, ein wissenschaftlicher Mitarbeiter und ein Student sollten von der bisher einzigen niedersächsischen juristischen Fakultät in Göttingen kommen. Unter Leitung des OLG-Präsidenten Rudolf Wassermann nahm diese Errichtungskommission in den ersten beiden Jahren die Stellenausschreibungen vor, führte die Anhörungen der Bewerber durch und erstellte die Berufsliste.

Die Erstberufenen durften an den Sitzungen der Errichtungskommission beratend mitwirken, hatten aber kein Stimmrecht. Die zum Teil lebhaften Debatten über die Bewerberinnen und Bewerber, die Anhörungen, die wirklichen und verdeckten Argumente für die Entscheidungsfindung sowie die zwischengeschalteten Pausen für vertrauliche Gespräche in Untergruppen der Errichtungskommission waren sehr aufschlussreich. Sie unterschieden sich aber insgesamt wohl kaum von Berufsverfahren anderer Fakultäten, wie ich es beispielsweise vorher als Assistentensprecher und Mitglied von Berufungskommissionen an der Juristischen Fakultät der Goethe-Universität in Frankfurt a.M. erlebt hatte.

Erst nachdem mehrere Professorenstellen in Hannover besetzt worden waren, ging die Verantwortung für den weiteren Aufbau der Fakultät auf die Erstberufenen über. Ich erinnere mich an viele Planungssitzungen in Raum 11 des Gebäudes Hanomagstraße 8, in dem die Fakultät bis zum Umzug in das sogenannte Conti-Hochhaus untergebracht war, die oft weit

über Mitternacht andauerten. Vor allem die Wochenenden waren fast immer terminlich verbucht, was von den Familien der Beteiligten erhebliche Opferbereitschaft erforderte. In den Kommissionssitzungen wurde um die Stellenverteilung zwischen den Fächern, die konkreten Stellenwidmungen, das Stellenverhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaften und um die möglichen Kandidaten und Kandidatinnen hart gerungen. Nach zähen und schwierigen internen Beratungen einigte man sich für die 32 Professorenstellen auf ein Verhältnis von 5:3:2:2 zwischen Zivilrecht, Öffentlichem Recht, Strafrecht und Sozialwissenschaften.

Diesen enormen zeitlichen Verwaltungsaufwand sollte man als eine Investition in die Zukunft betrachten, denn nichts ist für eine Fakultät wichtiger als eine gute Zusammensetzung des Lehrkörpers. Man konnte bei den zahlreichen Berufungsverfahren lernen, dass nicht die Zahl der Veröffentlichungen einen guten Wissenschaftler auszeichnet, sondern die Motivation für den Beruf, die inhaltliche Qualität der Forschungsarbeiten, die Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft, das Engagement in der Selbstverwaltung sowie insbesondere ein forderndes und förderndes Verständnis für Studierende. Fehlgriffe bei der Kandidatenauswahl sind trotz der komplizierten mehrstufigen Verfahren nicht auszuschließen. Das System der Gutachten und Informationen im Vorfeld von Berufungen ist hochentwickelt, und manchmal sind echte Empfehlungen von sogenanntem „Wegloben“ kaum zu unterscheiden. Jede einzelne Berufung hat jedoch Auswirkungen auf die weitere Entwicklung einer Fakultät.

Die Auswahl der Professoren der Reformfakultät verlief manchmal kontrovers. Besonders hinsichtlich der Auswahl der Sozialwissenschaftler wurde im politischen Raum der Verdacht geäußert, es würden antikapitalistische Systemkritiker berufen. Der akademische Mittelbau, in dem es überproportional viele Stellen für Akademische Räte gab, kämpfte für ihre Anerkennung als „Assistenzprofessoren“ und bildete in Zeiten der Drittelparität in den Hochschulgremien¹⁰ oft Koalitionen mit einer bestimmten Untergruppe von Hochschullehrern.

Es war auch die Zeit des sogenannten „Radikalerlasses“ der Ministerpräsidenten der Länder (1972-1979), wonach niemand Beamter werden konnte, der vom Verfassungsschutz als „Radikaler“ eingestuft worden war. Dazu reichte unter Umständen die Teilnahme an einer missliebigen Demonstration. Um das festzustellen, musste jeder Bewerber schon im Rah-

10 Diese wurde in Niedersachsen aufgrund des Hochschulurteils des BVerfG von 1973 (BVerfGE 35, 79) mit zeitlicher Verzögerung aufgehoben.

men der Anhörung seine Wohnsitze der letzten fünf Jahre angeben. Je mehr Wohnsitze, desto verdächtiger, und desto länger dauerte die Überprüfung. In den Vereinigten Staaten von Amerika wurde zur gleichen Zeit kein „Kommunist“ in den Staatsdienst aufgenommen. Heute werden dort „DEIJ“-Erklärungen (diversity, equity, inclusion, justice) verlangt.

Die Radikalenüberprüfung führte in Hannover zu grotesken Situationen. So war dem Hochschullehrer Wolf-Dieter Narr die Berufung auf die Professur für Politologie in unserer Reformfakultät vom zuständigen Minister zugesagt worden, wenn Narr seinen bereits erhaltenen Ruf an die Gesamthochschule Kassel ablehnen würde, was er tat. Danach musste Narr aber erfahren, dass das Landeskabinett in Hannover die offizielle Ruferteilung an ihn mehrheitlich ablehnte und er deshalb in Konstanz bleiben musste. Er klagte gegen die Einstufung als „Radikaler“ und bekam mehrere Jahre später vor dem Bundesverwaltungsgericht Recht. Da war Narr freilich schon an die Freie Universität Berlin gewechselt und die Stelle in Hannover war anderweitig besetzt worden.

Politisch bedingte Observierungen betrafen auch die wissenschaftlichen Mitarbeiter. In meinem Forschungsprojekt „Personalinformationssysteme in deutschen Großunternehmen“¹¹ arbeitete damals eine sozialwissenschaftlich ausgebildete Marktforscherin mit. Im Jahr 1978 erschien eines Tages die Kriminalpolizei im Fakultätsgebäude und wollte diese Mitarbeiterin aus zunächst unbekannten Gründen verhören. Wie sich später herausstellte, war sie im Verdacht, heimlich ein verdächtiges Leben zu führen, weil der Stromverbrauch in ihrer Mansardenwohnung in Hamburg weit unter dem Durchschnittsverbrauch pro Quadratmeter Wohnfläche lag. Dieses isolierte Kriterium galt damals als Anhaltspunkt für potenziell umtriebige Gefährlichkeit. Die Stromverbrauchsdaten hatte sich die Kriminalpolizei von den Hamburger Elektrizitätswerken (HEW) besorgt. Datenschutz war damals noch kaum ein Thema. Dass die Mitarbeiterin verheiratet war, südlich von Hannover wohnte und deshalb ihre Mansardenwohnung im Haus ihrer Eltern in Hamburg nur selten benutzte, war der Kriminalpolizei nicht bekannt. Diese Form der „Rasterfahndung“ hatte der ehemalige Präsident des Bundeskriminalamtes, Herold, entwickelt, dem die Anwendung dieser Praxis dann aber zum Verhängnis wurde. Im Vergleich mit den diskreten, mehrdimensional und virtuell durchgeführten elektronischen Fahndungsverfahren von heute wirkt die Rasterfahndung von damals geradezu archaisch.

11 Kilian, Personalinformationssysteme in Deutschen Großunternehmen, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1982.

Ich selbst wurde bei meiner Einstellung wohl auch als verdächtig eingestuft, nicht wegen der Teilnahme an Demos, sondern wegen meiner Zeit als Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Frankfurt a.M. bei Rudolf Wiethölter. Wer damals aus Frankfurt a.M. kam, der Hochburg der Studentenrevolte von 1968, und mehrere Jahre bei Wiethölter, der als ihr akademischer Wortführer galt, gearbeitet und sich sogar bei ihm habilitiert hatte, musste doch selbst wohl als radikal einzustufen sein. Dabei hatte ich meinen Wohnsitz nur einmal gewechselt, für Wiethölter hauptsächlich an einem Erbrechts-Kommentar gearbeitet und mit dem Thema „Juristische Entscheidung und Elektronische Datenverarbeitung“ im Jahre 1973 eine Habilitationsschrift abgeschlossen, die keine Schnittmenge mit Wiethölters politischer Theorie des Rechts hatte. Dennoch musste ich auf Verlangen der CDU-Fraktion im Niedersächsischen Landtag mein Schriftenverzeichnis vorlegen, das dann als Landtagsdrucksache erschien. Ich erhielt unerwartet Schützenhilfe von dem sozialdemokratischen Parteistrategen und Minister v. Oertzen, den ich nicht kannte, der mich aber im Landtag als „Freund“ bezeichnete, obwohl er wahrscheinlich nicht viel Gedankengut in meinen Schriften entdecken konnte, das ihn inhaltlich interessierte.¹²

3. Lehre und Forschung in den Anfangsjahren

Alle neu berufenen Professoren wurden mit einem Lehrplan konfrontiert, der für eine juristische Fakultät ungewöhnliche Bezeichnungen enthielt. Damit sollten bereits plakativ die Einbeziehung der Sozialwissenschaften und eine enge Verzahnung von Theorie und Praxis gekennzeichnet werden. Im Zivilrecht lauteten die Kursüberschriften beispielsweise „Status und Teilhabe, Freiheit und Eigentum/Grundlagen des Privatrechts“, „Austausch von Gütern und Leistungen/Vertragsrecht“, „Risiko, Schaden und Ausgleich/Deliktsrecht“ oder „Person und Vermögen/Erbrecht“, im Strafrecht „abweichendes Verhalten/Strafrecht/Kriminologie“. Es lag nun an den Lehrpersonen, wie sie den interdisziplinären Anspruch erfüllten.

Für einen Zivilrechtler war dies relativ einfach, gab es doch beispielsweise genügend sozialwissenschaftliche Studien über außerjuristische Umstände eines Vertrages, über Verhaltenserwartungen der Interaktionspartner, über die Reziprozität der Erwartungen, ja sogar über „Erwartungserwar-

12 Siehe auch „von Oertzens wilde Gäule“, H.A.Z. vom 21.2.1977.

tungen“ (Luhmann).¹³ Man konnte in der Eingangsveranstaltung Rollenspiele über einen Kaufvertrag durchführen oder die juristischen Auslegungsmethoden nicht nur darlegen, sondern ihre Funktion als gleichrangige Techniken zur Begründung von Ergebnissen analysieren und dabei auf Monografien gestandener Juristen wie Josef Esser („Vorverständnis und Methodenwahl“) oder Bernd Rüthers („Die unbegrenzte Auslegung“) zurückgreifen.

Auch im Wirtschaftsrecht war es für Juristen leicht möglich, ökonomische Theorien einzubeziehen, wie es an großen juristischen Fakultäten in den USA und Kanada üblich ist.¹⁴ Aufgrund der Berufung von Christian Kirchner an unsere Fakultät hatten wir etwas später sogar den ökonomisch und juristisch wohl qualifiziertesten deutschen Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts für Hannover gewinnen können.¹⁵

Verfassungsrecht und Politologie ließen sich ebenfalls leicht verknüpfen, etwa durch Analysen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Im Strafrecht trug die kriminologische Theorie über „abweichendes Verhalten“ („deviant behavior“) Früchte. Straftaten konnten als Abweichungen von „normalem“ Verhalten thematisiert werden, ohne die Rechtsdogmatik zu vernachlässigen.

In anderen juristischen Fächern waren sozialwissenschaftliche Bezüge schwieriger herzustellen, etwa im Bereich des geistigen Eigentums. Fast überall gab es aber empirisches Material, das man auch unter juristischen Gesichtspunkten auswerten und einbeziehen konnte, wenn man nur wollte. Es kam auf das individuelle Interesse und die Begeisterungsfähigkeit der Lehrenden an.

Eine Möglichkeit zur interdisziplinären Kooperation zwischen Juristen und Sozialwissenschaftlern bot sich auch durch „Teamteaching“ in Lehrveranstaltungen an, etwa im Rahmen von Wettbewerbsrecht/Wettbewerbstheorie. Zum Teamteaching kam es allerdings relativ selten, weil sich die notwendigen inhaltlichen Vorabsprachen als zeitaufwendig herausstellten und das Teamteaching nur zur Hälfte auf das jeweilige Lehrdeputat angerechnet wurde. Es hatte aber viele positive Effekte für alle Beteiligten.

Die Sozialwissenschaftler in der juristischen Reformfakultät befanden sich in einer schwierigeren Position. Sie waren in einer für sie fachfremden

13 Kilian, Rechtssoziologische und rechtstheoretische Aspekte des Vertragsabschlusses, in: Broda (Hrsg.), FS Wassermann (Fn. 8), S. 715.

14 Beispielhaft: Posner, *Economic Analysis of Law*, 2nd ed., Chicago 1977; Mackaay, *Economics of Information and Law*, Dordrecht 1982.

15 1984-1993, danach Humboldt-Universität Berlin.

Fakultät tätig. Die Unterstützung der juristischen Ausbildung durch sie verlief entsprechend heterogen. Einige Sozialwissenschaftler hatten Vorbehalte, sich in der Lehre dem Ziel einer juristischen Ausbildung unterzuordnen, die bessere Juristen hervorbringen sollte. Manche verharrten eher in ihrem sozialwissenschaftlichen Spezialgebiet und überließen es weitgehend den Studierenden, die konkreten juristischen Zusammenhänge herzustellen. Das führte im Laufe der Zeit dazu, dass sich Studenten entweder ganz vom Jurastudium abwandten und zu einem sozialwissenschaftlichen Fach als Hauptfach wechselten oder lediglich die sozialwissenschaftlichen Pflichtveranstaltungen besuchten. Ferner bemerkten die Studenten nach gewisser Zeit, dass man das juristische Reformstudium in Hannover auch ohne oder mit wenig sozialwissenschaftlichen Zusatzkenntnissen erfolgreich abschließen konnte. Deshalb brachte auch die Verlegung sozialwissenschaftlicher Wahlveranstaltungen an den Anfang des Jurastudiums kaum eine Verbesserung der Situation.

Als dann die ersten Studenten des Reformstudienganges das Zweite Staatsexamen ablegten, trat ein schwer überwindbares Problem zu Tage: Die sozialwissenschaftlichen Hochschullehrer der Juristischen Fakultät wurden nicht als Prüfer für die Zweite Juristische Staatsprüfung zugelassen.¹⁶ Die entsprechende Entscheidung des OVG Lüneburg schwächte die Beteiligung der Sozialwissenschaften an der Reformausbildung insgesamt erheblich und deckte einen inkonsequenten Strukturfehler dieser Reformausbildung auf. Ein Hochschullehrer ohne Prüfungsberechtigung ist wie ein Pilot ohne Fluglizenz.

Im Tableau der Personalstellen für die Reformfakultät waren auch drei Lehrstühle für Didaktik vorgesehen. Von diesen Lehrstühlen wurden aber nur zwei besetzt; der dritte wurde umgewidmet, nachdem Dr. Düwel den Ruf darauf abgelehnt hatte.¹⁷ Mit den Lehrstühlen für Didaktik war ursprünglich eine Perpetuierung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den Zielen einer modernen sozialwissenschaftlich informierten juristischen Ausbildung beabsichtigt. Praktische Auswirkungen auf die Reformausbildung in Hannover hatten sie allerdings nicht. Insbesondere gab es vor Ort keine konkreten Einflussnahmen auf Lehrinhalte, was wegen der Grundrechtsgarantie der Freiheit der Wissenschaft auch nicht durchsetzbar gewesen wäre.

16 Eine Ausnahme bestand für Herrn Kollegen Hans Albrecht Hesse, der Volljurist und habilitierter Soziologe war.

17 Er wurde Senatsrat in Hamburg.

4. Verwaltungsaspekte der Reformausbildung

Da für die Einstufige Juristenausbildung in Hannover ein *numerus clausus* von 80 Studenten pro Semester galt, konnte unter den Bewerbern ausgewählt werden. Soweit diese bis zum Zweiten Staatsexamen durchhielten, gingen daraus gut qualifizierte Juristen hervor, wie sich an den Karrieren mehrerer Hochschulprofessoren, Richter an oberen Gerichten, Verwaltungsbeamter, Manager, Rechtsanwälte und Notare nachverfolgen lässt. Beamten unter ihnen ist die Anrechnung der Zeiten der Pflichtpraktika in der Einstufigen Juristenausbildung als ruhegehaltsfähige Vordienstzeit sicher, wie wir erst jetzt nach einer Entscheidung des OVG Lüneburg aus dem Jahre 2023 wissen.¹⁸

Eine Bundesevaluation aller einphasigen Reformstudiengänge hatte die Justizministerkonferenz zwar eingeleitet,¹⁹ die Befragungen und Bewertungen einiger Reformfakultäten wurden aber auf Druck sehr großer juristischer Fakultäten, die den personellen Aufwand und die Zielrichtung für eine Reform scheuten, und aus allgemeinen politischen Gründen abgebrochen, ohne dass ein abschließender Bericht erstellt wurde. Zu einer Abfrage der Ergebnisse in Hannover kam es erst gar nicht.

Nicht thematisiert wurde auch die Frage der Ausbildungskosten. Es wäre interessant gewesen, den höheren Personalaufwand der Einstufenausbildung den Kosteneinsparungen gegenüberzustellen, die aufgrund der erheblichen zeitlichen Verkürzung der juristischen Ausbildung entstanden waren.

Die Aufhebung der Reformklausel im Deutschen Richtergesetz wurde sehr einseitig wie folgt begründet:

“Beendigung der Experimentierphase ohne Änderung der herkömmlichen Ausbildung. Dies ist im Hinblick auf den Wert der während der Experimentierphase gewonnenen Erkenntnisse nicht vertretbar.“²⁰

Studenten, die bis zum 15.9.1985 ihr Reformstudium begonnen hatten, konnten dieses auch noch abschließen. Die Reformausbildung lief ab 1986 parallel zur traditionellen Juristenausbildung weiter und endete in Hannover im Wesentlichen im Jahr 1992.

18 OVG Lüneburg, Urteil vom 7.2.2023, ECLI:DE:OVGNI:2023:02075LCI30.21.00.

19 Enck, Die „Bundesevaluation“ aller einphasigen Jura-Studiengänge, in: Hellstern/Wollmann (Hrsg.), Experimentelle Politik – Reformstrohfeuer oder Lernstrategie, Opladen 1983, S. 358-370.

20 Deutscher Bundestag, Drs. 10/1108 vom 12.3.1984, S. 2.

5. Rückbau der Reformfakultät in eine traditionelle juristische Fakultät

Sämtliche Planstellen für Sozialwissenschaftler an der Reformfakultät wurden nach Beendigung des Reformprojekts bei Freiwerden entweder gestrichen oder umgewidmet. Der Planstellenbestand für juristische Hochschullehrer reduzierte sich dadurch auf die durchschnittliche Zahl einer mittelgroßen Fakultät.

Aufschlussreich war das Interesse klassischer Juristenfakultäten an Hochschullehrern, die an dem Reformmodell in Hannover mitwirkten. Trotz der damals noch bestehenden mehrjährigen Berufungssperre nach Annahme eines Rufs wurden allein von der Juristischen Fakultät der Universität Frankfurt a.M. vor dem Jahrhundertwechsel vier Professoren des Zivilrechts, zwei des Öffentlichen Rechts (einer wurde dort von 2001-2008 Präsident) und ein Strafrechtler aus Hannover „abgeworben“.

Nicht wenige Kollegen haben recht früh und auch später die Juristische Fakultät in Hannover als Sprungbrett für ihre weitere Karriere nutzen können, und zwar bevorzugt in Richtung Süddeutschland: Heidelberg, Karlsruhe (BGH, BVerfG), Mainz, München, Tübingen, Würzburg. In die umgekehrte Richtung hat es ganz überwiegend junge Kollegen verschlagen. Darin spiegelt sich wohl auch das Einkommensniveau der Professoren wider, das offensichtlich eine Relation zur Topografie Deutschlands aufzuweisen scheint.

6. Gesamteinschätzung

Ob die sozialwissenschaftliche Verknüpfung der juristischen Ausbildung nur ein „Reformstrohfeuer“²¹ oder eine „Episode“²² war, sei dahingestellt. Die Perspektive einer sozialwissenschaftlich reflektierten Vertiefung des Jurastudiums ist und bleibt wertvoll, weil sie eine Plattform für die Sicht von außen auf das Recht und seine Wirkungsweise bietet und Veränderungsprozesse besser zu erkennen und beurteilen hilft. Sozialwissenschaftliche Grundlagen, Analysen und Bewertungen standen jedenfalls zeitbezogen als interdisziplinäre Aspekte bei der Reformfakultät in Hannover im Vordergrund.

Ein Strukturproblem unserer Reformfakultät ergab sich allerdings aus der undefinierten Bedeutung der sozialwissenschaftlichen Inhalte für die

21 Enck, Bundesevaluation (Fn. 19).

22 Hoffmann-Riem, Eine Episode: Die einstufige Juristenausbildung in Hamburg, in: Reggen/Jeißberger/Kotzur (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, Tübingen 2019, S. 457.

Ablegung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung sowie aus dem Verbot der Bestellung von Sozialwissenschaftlern als Prüfer des Landesjustizprüfungsamts. Solange ein solches Verbot gilt, wird die Vermittlung sozialwissenschaftlicher Inhalte in einer juristischen Fakultät faktisch nur durch doppelt qualifizierte Sozialwissenschaftler oder Juristen sinnvoll sein.

Die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Inhalte in ein Jurastudium verspricht nur dann Erfolg, wenn die sozialwissenschaftlichen Zusammenhänge nicht isoliert, sondern im Rahmen juristischer Fragestellungen behandelt werden und die Vorteilhaftigkeit einer interdisziplinären Vorgehensweise für die Jurastudenten erkennbar wird. Ein positives Beispiel dafür war die spätere Zusammenarbeit mit dem Kriminologischen Institut Niedersachsen, dessen früherer Leiter Christian Pfeiffer (später Justizminister in Niedersachsen) längere Zeit auch als Professor an der Fakultät tätig war.

Eine interdisziplinär gestaltete Zusammenarbeit zwischen Juristen und Sozialwissenschaftlern ist auch außerhalb der juristischen Ausbildung durch eine perspektivische Erweiterung sozialwissenschaftlicher Ausbildungsgänge durch juristische Inhalte denkbar. Das zeigt der seit dem Jahre 2010 am Institut für Soziologie der Leibniz Universität durchgeführte Masterstudiengang „Wissenschaft und Gesellschaft“, in den zwei Lehrstühle unserer Fakultät im Zentrum für Ethik und Recht eingebunden sind.

7. Alternative Modernisierungen der Juristenausbildung

Die Anfang der siebziger Jahre im Zentrum stehenden Sozialwissenschaften bilden nicht die einzige Option für eine interdisziplinäre Erweiterung der rechtswissenschaftlichen Ausbildung. Vor 50 Jahren begann auch die effektive Computernutzung, was schon damals Erwartungen bei einigen jüngeren Rechtswissenschaftlern weckte. Das theoretische Fundament in Deutschland wurde dafür in dem interdisziplinären DFG-Forschungsprojekt „Analyse der juristischen Sprache“ am damaligen Deutschen Rechenzentrum in Darmstadt geschaffen, das sich mit der logischen Struktur von Normensystemen, mit Paraphrasen juristischer Texte oder mit Rechtstheorie und Linguistik befasste. An dem Forschungsprojekt nahmen neben Juristen auch Philosophen, Linguisten und Ingenieure teil.²³ Schon im

23 Drei Bände Referate und Protokolle wurden von Rave/Brinckmann/Grimmer, Interdisziplinäre Arbeitsgruppe „Analyse der Juristischen Sprache“, in den Jahren 1971 und 1974 veröffentlicht.

Jahre 1978 fasste der Deutsche Juristische Fakultätentag den einstimmigen Beschluss, Lehrveranstaltungen zur Rechtsinformatik an allen juristischen Fakultäten anzubieten, an einigen Fakultäten sogar schwerpunktmäßig.²⁴ Dieser Beschluss blieb aber weitgehend folgenlos, weil keine zusätzlichen Mittel und Stellen zur Verfügung gestellt wurden.

Heute müssen sich die meisten Juristen mit den technologischen Voraussetzungen und Folgen der digitalen Transformation des Rechtssystems befassen. Wer als Jurist nicht über Grundkenntnisse in einer Programmiersprache verfügt, nichts über die Funktion eines Algorithmus oder über die Struktur der sogenannten Künstlichen Intelligenz weiß, wird es künftig schwer haben, als Jurist beratend, gestaltend oder entscheidend an der neuen industriellen Revolution mitzuwirken. Wer neue Grundstrukturen des Rechtssystems nicht versteht,²⁵ muss sich dann darauf beschränken, auf der rechtsdogmatischen Oberfläche der Probleme mitzuschwimmen.

Der besonderen Offenheit der Juristischen Fakultät und der Universität in Hannover gegenüber Reformen in der juristischen Ausbildung ist es wohl auch zu verdanken, dass hier bereits seit dem Jahre 1975 Lehrveranstaltungen für Rechtsinformatik, seit dem Jahre 1978 sogar mit Verankerung in der Niedersächsischen Landesjustizprüfungsordnung (insoweit nur für Hannover), angeboten werden konnten, und dass eine Forschungsstelle für Rechtsinformatik im Jahre 1978 entstand, die im Jahr 1983 in das Institut für Rechtsinformatik (IRI) umgewandelt wurde.²⁶

Auch eine stärkere Betonung der Anwaltsperspektive wird an der Juristischen Fakultät in Hannover von Anfang an besonders gepflegt. Von den rund 30 Lehrbeauftragten waren während der Reformausbildung viele als Rechtsanwälte tätig. Die meisten Absolventen einer rechtswissenschaftlichen Ausbildung ergreifen ja auch schließlich den Beruf des Rechtsanwalts. Seit Jahrzehnten führt Christian Wolf an unserer Fakultät nach US-amerikanischem Vorbild sogenannte „Moot Courts“ in einem hochtechnisierten, als Gerichtssaal eingerichtetem besonderen Raum unter realen Bedingungen

24 *Deutscher Juristen-Fakultätentag*, JuS 1978, 867.

25 Ein Beispiel im Zivilrecht für die Notwendigkeit einer Vertiefung informationstechnischer und juristischer Zusammenhänge bieten etwa die §§ 327a bis 327u BGB über den Kauf digitaler Inhalte mit personenbezogenen Daten als Gegenleistung. In diesem Kontext wären auch soziologische und ökonomische Analysen aufschlussreich.

26 Erlass des *Niedersächsischen Ministers für Wissenschaft und Kunst* vom 6.6.1983 – 1012 – 152 – 4 – 15. Die *Wissenschaftliche Kommission Niedersachsen* bezeichnete das IRI im Jahre 2002 als „Juwel des Fachbereichs Rechtswissenschaften“ (Forschungsevaluation an niedersächsischen Hochschulen und Forschungseinrichtungen – Rechtswissenschaften – Ergebnisse und Empfehlungen, Hannover 2002, S. 39).

durch. Die entsprechend trainierten studentischen Teams aus Hannover belegen seit vielen Jahren Spitzenplätze unter den jeweils mehreren Hundert Teams anderer juristischer Fakultäten bei internationalen Wettbewerben.

Darüber hinaus erhalten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des EULISP-Programms²⁷ die von allen deutschen Rechtsanwaltskammern anerkannte theoretische Ausbildung für die Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für IT-Recht“.

Als Zeichen der bleibenden Aktualität der Notwendigkeit eines ständigen Reformbedarfs der juristischen Ausbildung mag man in der heutigen Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover die Zusatzangebote zur klassischen Ausbildung erkennen: das anwaltsorientierte Zertifikatsstudium ADVO-Z, den LL.M.-Studiengang Europäische Rechtspraxis, den LL.B.-Studiengang IT-Recht und Recht des geistigen Eigentums sowie den postgradualen LL.M.-Studiengang „European Legal Informatics Study Programme“ (EULISP). Derzeit wird der 30. EULISP-Jahrgangskurs durchgeführt (EULISP XXX). Seit dem Jahr 2000 wurden im Rahmen dieses Programms über 500 akademische LL.M.-Grade verliehen, davon über 50 LL.M.-Grade als „double degree“ in Kooperation mit der Universität Oslo.

8. Schlussbemerkung

Die Akteure der Juristischen Reformfakultät von 1974 leben nicht mehr oder sind müde geworden. Als aufmerksamer Beobachter seit Anbeginn kann man aber feststellen, dass sich die heutige Juristische Fakultät in Hannover ihre Reformoffenheit bewahrt hat. Sie widmet sich mit gutem Erfolg der traditionellen juristischen Ausbildung und integriert mit freiwilligen Zusatzprogrammen interdisziplinäre Inhalte und moderne Techniken in diese.

Strukturelle Reformen in der juristischen Ausbildung als Folge zeitgebundener theoretischer Strömungen sollte man sehr behutsam durchführen und eher als einen dem Recht immanenten Prozess der Reflexion gesellschaftlicher und technologischer Veränderungen verwirklichen. Für diesen Weg wünsche ich der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover alles Gute für die weitere Entwicklung.

27 www.eulisp.de.

„Integration von Theorie und Praxis“ als Leitgedanke der „einstufigen Juristenausbildung“ in Hannover 1974/75

Stephan Meder

I. Einleitung

Am 26. November 1973 übersandte der Niedersächsische Ministerpräsident Alfred Kubel (1909-1999) an den Präsidenten des Niedersächsischen Landtags einen vom Landesministerium beschlossenen Gesetzentwurf über die Reform der Juristenausbildung.¹ Darin heißt es, dass die „einstufige Juristenausbildung“ in der Landeshauptstadt Hannover erprobt und „der Lehrbetrieb“ an der „neu gegründeten Fakultät für Rechtswissenschaften“ im „Wintersemester 1974/75 beginnen“ soll.² Eine „Integration von Theorie und Praxis“ soll den „Juristen zu einer Berufspraxis“ befähigen, die den Ansprüchen einer modernen demokratischen Verfassung genüge.³

Der Entwurf gibt nicht nur Auskunft über die Ziele, sondern auch über die Gründe, die den Gesetzgeber zur Einführung einer einstufigen Juristenausbildung bewogen haben: Zwar sei die Lehre der „systematischen Formung des Rechtsstoffs“ nach wie vor „eine unentbehrliche Voraussetzung“ für die „Juristenausbildung“.⁴ Doch reiche die Vermittlung von bloßer Theorie und Dogmatik unter den gewandelten sozialen und gesellschaftlichen Verhältnissen nicht mehr aus: „Um die Rationalität des Rechts in seiner praktischen Anwendung sicherzustellen“, müssen „die Sozialwissenschaften in einem umfassenden Sinne in die Juristenausbildung“ einbezogen werden.⁵ Dies sei auch aus dem Grund erforderlich, weil in einer „sich wandelnden“ und immer komplexeren Gesellschaft die Anforderun-

1 Entwurf eines Gesetzes über die einstufige Juristenausbildung (1973), Niedersächsischer Landtag, Drs. 7/2331, S. 1-32.

2 Entwurf (Fn. 1), S. 1 (Vorblatt).

3 Entwurf (Fn. 1), S. 5 (§ 2 Abs. 1 – Ausbildungsgrundsätze).

4 Entwurf (Fn. 1), S. 11; *Niedersächsisches Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Modell Hannover: Vorschläge für die Einführung der einstufigen Juristenausbildung, 1972, S. 19 (mit zum Teil gleichen Formulierungen).

5 Entwurf (Fn. 1), S. 11.

gen an „den Juristen“ ständig höher werden.⁶ Im Rahmen der einstufigen Juristenausbildung müsse daher auch „die Bereitschaft des Studenten zu kritischer Mitarbeit und zu eigenem Studium“ gefördert werden.⁷ Mit diesen Stichworten sind die wichtigsten Ziele und Gründe, die zur Einführung einer einstufigen Juristenausbildung geführt haben, schon umrissen. Dabei versteht sich, dass das Reformvorhaben nicht erst durch den Landesgesetzgeber formuliert wurde, sondern eine facettenreiche Vorgeschichte hat.

II. Zur Vorgeschichte der einstufigen Juristenausbildung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät in Hannover

Über das Verhältnis von Theorie und Praxis bzw. von Universitätsstudium und praktischem Vorbereitungsdienst (Referendariat) wird hierzulande seit Jahrhunderten diskutiert. Die Geschichte der Zweistufigkeit der Juristenausbildung reicht bis ins ausgehende 17. Jahrhundert zurück.⁸ Im 19. Jahrhundert wurde, jedenfalls in Preußen, der Vorbereitungsdienst sogar als die entscheidende Phase der Juristenausbildung angesehen.⁹ Erst um die Wende zum 20. Jahrhundert hat die erste Ausbildungsphase allmählich wieder an Bedeutung gewonnen, was auch auf eine stärkere Praxisorientierung des Universitätsstudiums zurückzuführen war.¹⁰ In den späten 1960er und frühen 1970er Jahren wurde dann in fast allen Ländern der (alten) Bundesrepublik über das Erfordernis eines gesteigerten Praxisbezugs und über die Einführung einer einphasigen Juristenausbildung nachgedacht.¹¹

6 Entwurf (Fn. 1), S. 12.

7 Entwurf (Fn. 1), S. 5, 12.

8 Einen guten Überblick geben die Veröffentlichungen des *Arbeitskreises für Fragen der Juristenausbildung*, Dölle (Hrsg.), *Die Ausbildung der deutschen Juristen: Darstellung, Kritik und Reform*, Tübingen 1960, S. 52-87. Siehe ferner: *Lührig*, *Die Diskussion über die Reform der Juristenausbildung von 1945 bis 1995*, Frankfurt a.M. u.a. 1997, S. 26-109; *Köbler*, *Juristenausbildung*, in: Cordes/Lück/Werkmüller (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1430-1436.

9 Dölle (Hrsg.), *Ausbildung* (Fn. 8), S. 9.

10 Dölle (Hrsg.), *Ausbildung* (Fn. 8), S. 9, 52-87.

11 *Richter*, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, München 1970, S. 82-110; *Hart*, *Juristische Ausbildung*, in: Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München 1972, S. 211-217; *Voegeli*, *Einphasige Juristenausbildung: Zur Pathologie der Reform*, Frankfurt a.M./New York 1979, S. 1-3; *Lührig*, *Diskussion* (Fn. 8), S. 110-237; *Rinken*, *Einführung in das juristische Studium: Juristenausbildung und Juristenpraxis*

Ein aus heutiger Sicht besonders wertvolles Dokument bildet das Protokoll jener Diskussionen, die Anfang November 1968 auf einer von der Evangelischen Akademie in Loccum über die „Krise der juristischen Bildung“ veranstalteten Tagung geführt wurden.¹² Exemplarische Bedeutung für die in der zweiten Hälfte der 1960er Jahre einsetzenden Reformbestrebungen kommt dem Referat zu, welches der Frankfurter Rechtswissenschaftler Rudolf Wiethölter unter dem Titel „Anforderungen an den Juristen heute“ in Loccum hielt.¹³ Genau genommen sind es zwei Gründe, warum der Vortrag heute auf Interesse stoßen muss: Erstens, weil er ein in vieler Hinsicht repräsentatives Bild vom damals erreichten Stand der Wissenschaft vermittelt, und zweitens, weil darin die in dem Niedersächsischen Gesetzentwurf von 1973 genannten Stichworte wie „Praxis“, gesellschaftlicher „Wandel“ oder Einbindung der „Sozialwissenschaften“ eine rechtstheoretische Fundierung erfahren haben.

III. „Integration von Theorie und Praxis“ als rechtsquellentheoretisches Phänomen

„Juristen wissen nicht, was Sie tun“, sie durchschauen heute „weder ihre Eigenwelt noch ihre Umwelt“.¹⁴ Schlechter kann ein Urteil über „den Juristen heute“ kaum ausfallen. Nach den Ausführungen von Wiethölter reichen die Gründe zurück bis in die Anfänge des 19. Jahrhunderts und liegen vor allem in der „typisch deutschen Antithetik von Theorie und Praxis“.¹⁵ Denn das Ideal der deutschen Universität sei die Anhäufung von Wissen in

im Verfassungsstaat, 3. Aufl., München 1996, S. 282-320; *Requate*, Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz: Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik, Frankfurt a.M. u.a. 2008, S. 293 (300) („alle im Bannkreis des Loccumer Modells“).

12 „Krise der juristischen Bildung“. Tagung vom 1. bis 4. November 1968, in: Loccumer Protokolle 25/1968. Auf dieser Tagung wurde der Loccumer Arbeitskreis für Juristenausbildung als ein „Stück privater Initiative in der verwalteten Welt“ ins Leben gerufen, *Wassermann*, Mut zu Experimenten, in: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung: Materialien des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung, Neuwied 1970, S. 7. Zu den Impulsen aus Loccum: *Lührig*, Diskussion (Fn. 8), S. 116-124.

13 *Wiethölter*, Anforderungen an den Juristen heute, in: *Krise der Juristischen Bildung* (Fn. 12), S. 20-43.

14 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 20.

15 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 23; *Wassermann*, Erziehung zum Establishment?, in: *Krise der Juristischen Bildung* (Fn. 12), S. 1 (10) (die Ausbildung sollte

Form von lebensferner Theorie: Der „tief gebildete Mensch“, und „nicht der rational ausgebildete Fachmann und politisch informierte und handelnde Bürger“ würde den Maßstab bilden.¹⁶ Zu den Merkmalen dieser „Bildungsbürgerwelt“ gehöre die Antipathie „gegen alles Politische“.¹⁷ Im Gebiet der Rechtswissenschaften finde sie in dem berühmten Diktum des Leipziger Pandektisten Bernhard Windscheid (1817-1892) einen Ausdruck, wonach den „Juristen als solchen“ politische, ethische, ökonomische und soziale Überlegungen nichts angehen.¹⁸ „Unsere Hauptaufgabe heute“ sei es daher, sich „um *den* Gegenstand in unserer Zeit zu bemühen, nämlich Verständnis und Entwicklung, Analyse und Veränderung unserer menschlichen Gesellschaft“.¹⁹ Die Forderung nach einer Einbindung der Sozialwissenschaften in die Juristenausbildung erscheint vor diesem Hintergrund nur folgerichtig.

Was aber hat sich im Gebiet des Rechts so stark verändert, dass dessen „Rationalität“ in seiner „praktischen Anwendung“ sichergestellt werden muss?²⁰ Wiethölter gibt eine rechtsquellentheoretische Antwort: „Die Spaltung Rechtsetzung durch Politik und Rechtsanwendung durch Nichtpolitik“ sei heute „unhaltbar geworden“.²¹ Sie habe der „Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts“ hervorgebracht, welcher sich in Sätzen wie „Gesetz ist Gesetz“ erschöpfe.²² Die Trennung zwischen Normgewinnung auf der einen und Applikation auf der anderen Seite sei letztlich ein Erbe „der Philosophie des deutschen Idealismus“,²³ welchem auch das Rechtsdenken der Historischen Rechtsschule und namentlich Savignys entsprungen sei.²⁴

„besser von Universität und Praxis in gemeinsamer Verantwortung durchgeführt“ werden).

16 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

17 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

18 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

19 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23 (Hervorhebung im Original).

20 Entwurf (Fn. 1), S. 11; Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

21 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 38.

22 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 28; Geulen, Anpassung oder Emanzipation?, in: Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. 62 (69, 78) („formal exegetische Gesetzesinterpretation“, die „soziale Sachverhalte auf ihre Subsumtionsfähigkeit hin“ reduziere). Eine ähnliche Kritik war bereits Anfang des 20. Jahrhunderts durch das Freirecht und die „soziologische Jurisprudenz“ vorgetragen worden.

23 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 32 und öfter (a.a.O., S. 22, 25-27). Dass nicht nur hierzulande, sondern auch in den Ländern des Common Law über diese Trennung geklagt wird, zeigt ein Bericht des Richters *Hutcheson* über seine juristische Ausbildung: Judgment Intuitive – The Function of the Hunch in Judicial Decision, Cornell Law Quarterly 1929, 274 (274 f.).

24 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 22, 31, 32.

Die These, die Historische Rechtsschule sei aus dem deutschen Idealismus hervorgegangen, war in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weit verbreitet und findet bis heute viele Anhänger.²⁵ So glaubte man, der „deutsche Idealismus“ unterscheide sich nur „scheinbar“ von „Savignys historischer Rechtsschule“, der „mit dem Zerfall des deutschen Idealismus“ die „Grundlage für den Umschwung in den Gesetzespositivismus gelegt“ habe.²⁶ Ähnlich meint Wiethölter hervorheben zu müssen: Richter wenden Recht nicht nur an, „sondern setzen Recht“, wirken mithin auch politisch und nicht nur juristisch.²⁷ Und diese „Wirkungsweise“ werde

„umso fühlbarer, je mehr der moderne Gesetzgeber - zwangsläufig oder aus Kompromißgründen - zu Generalklauseln greift. Denn dann offenbart sich eine von Rechtstheorie wie von Methodik im Stich gelassene Rechtsprechung in Mentalitäten und Dezisionismen. Sie zu analysieren, wäre Aufgabe der Rechtswissenschaft, die aber gerade vor der Aufgabe versagt, die entsprechenden Voraussetzungen dafür zu schaffen.“²⁸

Es macht also einen bedeutsamen Unterschied, ob ein Jurist darauf beschränkt ist, das Recht ‚anzuwenden‘ oder ob er selbst an der Normgewinnung teilnimmt.²⁹ Gerade dort, wo – wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln – die legislative Rechtsetzung in den Hintergrund tritt, ist der schöpferische Anteil des Juristen besonders hoch zu veranschla-

25 Vgl. nur *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967 (subjektiver Idealismus); *Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984 (objektiver Idealismus). Savigny hat freilich sowohl den subjektiven als auch den objektiven Idealismus abgelehnt, näher *Meder*, Savignys Weg in die juristische Moderne, Berlin 2023.

26 *Voegeli*, Juristenausbildung (Fn. 11), S. 30 („Entwicklung der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert“).

27 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 39.

28 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 39.

29 Das rechtsquellentheoretische Argument spielt auch im Bericht der Niedersächsischen Reformkommission eine maßgebliche Rolle, worauf der Entwurf (Fn. 1) wiederholt Bezug nimmt. Danach müsse „der Tatsache Rechnung getragen werden, daß [...] die gestaltenden Funktionen des Rechts zugenommen haben. Die Ausbildung des Juristen darf nicht nur an der Gesetzesvollziehung ausgerichtet sein, sondern muß auch die gestaltenden Aufgaben des Juristen berücksichtigen. Deren verantwortungsbewußte Erfüllung verlangt ein hohes Maß politischen und sozialen Verständnisses, kritische Reflexion [...] und Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit anderen Wissenschaften“, Modell Hannover (Fn. 4), S. 19. Mit Wiethölter stimmt die Reformkommission also darin überein, dass die neuen Herausforderungen in der Berufspraxis aus einer Steigerung des Anteils der Juristen an der Rechtsgewinnung resultieren (siehe auch unten IV).

gen. Diese kreative Leistung müssen Juristen in der Berufspraxis erbringen, wobei sich von selbst verstehe, dass ihre Tätigkeit umso anspruchsvoller werde, je mehr sie an der Rechtsgewinnung beteiligt seien. Um diesen ‚Veränderungen‘ gerecht werden zu können, „brauchen wir Theorie- und Praxismodelle“ und „nicht zuletzt Kunstlehren als methodische Handlungsleitung für Richter, Anwälte, Verwaltungs- und Wirtschaftsjuristen, nicht zuletzt für den Rechtsunterricht selbst“.³⁰ Die Diagnose muss also lauten: Es besteht ein Bruch zwischen Theorie und Praxis, wobei ‚Theorie‘ für die applikativen und ‚Praxis‘ für die gestaltenden Elemente der Jurisprudenz steht. Die Forderung nach einer „Integration von Theorie und Praxis“ kann nur erfüllt werden, wenn das Spannungsverhältnis von formaler und materialer Rationalität zum Gegenstand der Wissenschaft erhoben wird.

IV. Kursorische Würdigung einiger Aussagen über die „Anforderungen an den Juristen heute“

Es ist oft gesagt worden: Unsere heutige Rechtsordnung ruht auf den Schultern des 19. Jahrhunderts. Aber was wissen wir über dessen Rechtswissenschaft? Die Ästhetik der Frühromantik, die Verankerung des Rechts in der Geschichte, die Vorstellung eines Systems des heutigen römischen Rechts, die Idee einer Autonomisierung der Jurisprudenz und die damit einhergehende Opposition sowohl gegen den subjektiven als auch gegen den objektiven Idealismus: Das sind die wichtigsten Grundlagen, auf denen Savigny ein Rechtsdenken formuliert hat, welches – wie die Diskussionen über die einphasige Juristenausbildung – um die Rechtsquellenlehre kreist. Wie fremd uns dieses Denken heute geworden ist und wie nahe es uns zugleich noch immer steht, lässt ein berühmtes Diktum Savignys von 1814 erkennen: „Unsere Theorie muß praktischer und unsere Praxis wissenschaftlicher werden“.³¹

Mit seiner Hermeneutik hat Savigny eine Art Praxeologie entwickelt, die auf der Prämisse eines Primats des Falles vor der Norm beruht. Anders als der subjektive Idealismus der Kantianer oder der objektive Idealismus der

30 Wiethölter, Anforderungen (Fn.13), S. 41 (mit dem Zusatz: „Sie fehlen uns allerorten“).

31 Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 126 f.; näher Meder, Mißverstehen und Verstehen: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004, S. 69-79.

Hegelschule geht er davon aus, dass Recht nicht nur von staatlichen Gesetzgebern, sondern auch von Juristen produziert wird. Denn eine vorhandene Norm kann im Augenblick der Entscheidung nicht einfach reproduziert werden: Ihr muss durch ‚Konkretisierung‘ zum Übergang in das „Leben“ verholfen werden.³² Dass eine juristische Entscheidung allein durch die Norm noch nicht gegeben ist, gehört zu den Einsichten, die heute wohl als herrschend bezeichnet werden dürfen: „Rechtsquelle der richterlichen Entscheidung ist nicht nur das Gesetz, sondern auch die Person des Richters selbst“.³³

So weit wäre Savigny mit guten Gründen zwar nicht gegangen. Doch ist es falsch, wenn die Protagonisten der einphasigen Juristenausbildung behaupten, „Savignys historische Rechtsschule“ unterscheide sich nur „scheinbar“ von den Lehren des „deutschen Idealismus“.³⁴ Ein Tadel wäre gleichwohl unangebracht, weil die Bildungsreformer für die Unzulänglichkeiten des zu ihrer Zeit erreichten Stands der Wissenschaft nicht verantwortlich gemacht werden können.³⁵ Mögen die rechtshistorischen Annahmen der Reformer aus heutiger Sicht auch obsolet geworden sein,

32 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 207, 209 f., 213, 318-326. Das rechtspraktische Erfordernis der Konkretisierung ist freilich nur eines von vielen Beispielen, die auf einen schöpferischen Anteil des Juristen an der Entscheidungsfindung schließen lassen. Auch das Justizverweigerungsverbot gebietet es, Fälle zu entscheiden, für deren Lösung keine Normen vorhanden zu sein scheinen. Ebenso sind Juristen im Fall von Lücken oder bei Normen mit nur geringer Regelungsichte herausgefordert, wofür etwa die von Wiethölter erwähnten Generalklauseln ein Beispiel bilden; näher Meder, Die Zukunft der juristischen Methode: Rehabilitation durch Chat-GPT?, JZ 2023, 1041-1051 (1047) (unter den Gesichtspunkten von funktionaler Differenzierung und Autonomisierung moderner Jurisprudenz). Hier liegen die Gründe, warum sich Savigny so sehr für Fragen der Ausbildung interessiert und den „Gelehrten auf dem Richterstuhl“ gefordert hat, vgl. die Nachweise in Meder, Savignys Weg (Fn. 25).

33 Häuser, Die Illusion der Subsumtion, BJ 2011, 151 (152); Lamprecht, Die Richterperson als Rechtsquelle, BJ 2005, 14-17; Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: ders./Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227 (237).

34 Z.B. Voegeli, Juristenausbildung (Fn. 11), S. 30 (siehe oben III).

35 Die Wurzeln des schiefen Bildes, welches nach 1945 von der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts gezeichnet wurde, liegen, von den ideologisch motivierten Fehldeutungen der NS-Jurisprudenz einmal abgesehen, in Jherings Kritik einer angeblichen „Begriffsjurisprudenz“, vgl. Meder, Savignys Weg (Fn. 25), S. 22-25. Ein zeitgenössisches Beispiel für diese (bis heute verbreitete) Sichtweise bilden die – im Übrigen ansprechenden – Ausführungen von Adomeit, Juristische Methode, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon Rechtswissenschaft (Fn. 11), S. 217-222.

ihre rechtsquellentheoretischen Argumente sind nach wie vor aktuell. Denn noch immer wird gesagt, es sei eine „Lebenslüge der Juristen“, wenn sie glaubten, ihre Entscheidung beruhe allein auf einer Anwendung von Gesetzen.³⁶

V. Fortsetzung: Integration von Theorie und Praxis nach dem Scheitern der Ausbildungsreform

Nachdem die Bemühungen um die Einführung einer einphasigen Juristenausbildung in der ersten Hälfte der 1980er Jahre zum Erliegen gekommen waren, stand noch immer die Forderung im Raum, das Verhältnis von Theorie und Praxis zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Analyse zu machen. Hervorhebung verdient ein hierzulande viel diskutierter Versuch des französischen Soziologen und Sozialphilosophen Pierre Bourdieu (1930–2002), der eine Theorie der Praxis entworfen hat, die allerdings ebenfalls auf einigen heute überholten Prämissen fußt. Wie die Protagonisten der einphasigen Juristenausbildung nimmt nämlich auch Bourdieu an, auf dem Gebiet des Rechts würde ein rigider „Formalismus“ – oder wie er auch sagt: „Legalismus“ – herrschen.³⁷

Der Soziologe glaubt nun, die „Illusion des Juridischen“ dekuivrieren zu können, indem er auf die Schwächen einer Methode aufmerksam macht, die in der Jurisprudenz seit mehr als 150 Jahren unter Stichworten wie Syllogismus, geschlossenes System, Logik, Deduktion, Subsumtion, Mechanismus etc. kritisiert wird.³⁸ Die Formalisten würden „in der Schrift des

36 Sendler, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Decision?, in: Ziemske (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 457 (461); Häuser (Fn. 33), BJ 2011, 154.

37 Bourdieu, Die Kraft des Rechts – Elemente einer Soziologie des juristischen Feldes (1986), in: Kretschmann (Hrsg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist 2019, S. 35 (dabei stützt er sich lediglich auf ein zweibändiges Werk des französischen Rechtshistorikers Julien Bonnecase [1878–1950], das 1933 [!] unter dem Titel „La pensée juridique française, de 1804 à l’heure présente“ erschienen ist). Daneben nennt Bourdieu noch den von ihm sogenannten „Instrumentalismus“ der marxistischen Rechtstheorie, die bekanntlich auch in den Reformdiskussionen der (späten) 1960er und 1970er Jahre eine Rolle spielte (a.a.O., S. 35 f. – „Basis-Überbau-Metapher“).

38 Bourdieu, Recht (Fn. 37), S. 44–46 (Syllogismus, Subsumtion, Deduktion); ders., Die Kodifizierung (1986), in: ders., Rede und Antwort, Frankfurt a.M. 1992, S. 99 (108 ff.) („Illusion des Juridischen“). Das sind im Kern die Merkmale, welche die angebliche „Begriffsjurisprudenz“ auszeichnen (siehe oben IV a.E.).

Gesetzes“ die „Offenbarung des Gerechten“ suchen und dabei die Praxis den Normen unterordnen.³⁹ Dies sei eine „Illusion“, weil Normen „niemals ohne Weiteres einfach auf einen neuen Fall angewendet werden“ können: „Kurz gesagt, der Richter ist keineswegs ein bloßer Anwender, der nur die Konsequenzen aus dem Gesetz zieht und sie direkt auf den Einzelfall umlegt“.⁴⁰

Bourdieu hat also verkannt, dass dem „Formalismus“ schon viele Autorinnen und Autoren widersprochen haben. Als Beispiele seien nur so verschiedene Strömungen wie die Historische Rechtsschule im 19. und das Freirecht oder der Rechtsrealismus in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts genannt. Die Unzulänglichkeiten des Forschungsstandes entfalten mithin auch nach dem Scheitern der Ausbildungsreform noch Wirkungsmacht. Nach wie vor treten Autorinnen und Autoren auf, die behaupten, den schöpferischen Anteil der Jurisprudenz an der Entscheidung „neu“ entdeckt zu haben. Die Schwächen der Formalismuskritik ändern aber nichts daran, dass Bourdieu mit seiner Theorie der Praxis eine Reihe von neuen Gesichtspunkten zu Tage förderte, die in den Rechts- und Sozialwissenschaften nicht ohne Grund auf Resonanz gestoßen sind. Im Zentrum seiner Lehre vom „praktischen Sinn“ steht der „Habitus“, worunter Bourdieu ein Verhalten versteht, das vom strikten Recht, der von ihm sogenannten „Kodifizierung“, zu unterscheiden ist:

„Der Habitus ist aufs engste mit dem Unscharfen und Verschwommenen verbunden. Als eine schöpferische Spontaneität, die sich in der unvorhergesehenen Konfrontation mit unaufhörlich neuen Situationen geltend macht, gehorcht er einer Logik des Unscharfen, Ungefährten, die das normale Verhältnis zur Welt bestimmt“.⁴¹

Habitus ist also zwar durch kognitive Elemente geleitet, fußt aber eher auf einer praktischen Rationalität als auf theoretischer Vernunft.⁴² Als eine Art „zweite Natur“⁴³ oder ‚Bewusstsein ohne Bewusstsein‘ eignet er sich zur

39 Bourdieu, *Recht* (Fn. 37), S. 45.

40 Bourdieu, *Recht* (Fn. 37), S. 46 f. Es gebe, wie schon Savigny nicht müde wurde zu betonen, neben den Gesetzen „noch andere Erzeugungsprinzipien von Praktiken“, Nachweise bei Kretschmann, Pierre Bourdieus „Praxistheorie des Rechts“, in: dies. (Hrsg.), *Das Rechtsdenken Bourdieus* (Fn. 37), S. 112 (117).

41 Bourdieu, *Kodifizierung* (Fn. 38), S. 101.

42 Nour, Bourdieus juridisches Feld, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 179 (182).

43 Nour, Bourdieu (Fn. 42), S. 183.

Erklärung dessen, was geschieht, wenn einer Norm zum Übergang in das „Leben“ zu verhelfen ist. Parallelen mit Savignys Rechtsdenken drängen sich geradezu auf: Dazu gehört z.B. Bourdieus „akteursabhängige“ Herangehensweise, welche nicht nur den schöpferischen Anteil von Juristen an einer Entscheidung, sondern auch die Anforderungen in den Fokus rückt, die an die Juristenausbildung zu stellen sind.⁴⁴ Hinzu kommt die Beschreibung des „praktischen Sinnes“ als „intuitives Erkennen“, als „Takt“ oder Judiz, das auf Kongruenzen mit Bourdieus ‚Bewusstsein ohne Bewusstsein‘ schließen lässt.⁴⁵ Ein weiteres Beispiel bildet der für Bourdieu charakteristische „quasi-gewohnheitsrechtliche Blick“, der in vieler Hinsicht Kongruenzen mit Savignys Überlegungen zur Legitimation des Juristenrechts aufweist.⁴⁶ Die Liste ließe sich unschwer fortsetzen.

Auch nach der Wende zum 21. Jahrhundert werden Fragen nach dem Verhältnis von Theorie und Praxis im Zeichen der skizzierten Unzulänglichkeiten des Forschungsstandes erörtert. So heißt es, das „rechtliche Verfahren“ sei „keine Veranstaltung allein formaler Rationalität“;⁴⁷ „Neuere Methodenlehren“ würden „in Richtern nicht länger Subsumtionsautomaten und in Rechtsnormen mehr als ihren bloßen Wortlaut“ sehen.⁴⁸ Als Beleg dient Literatur aus den 1990er Jahren, sodass einmal mehr der Eindruck entsteht, das Rad müsse neu erfunden werden, weil in den Rechtswissenschaften vor 1990 unangefochten die Formalismusthese geherrscht habe. Von den methodengeschichtlichen Mängeln ist die Behauptung zu unterscheiden, das Habitus-Konzept helfe zu erklären, wie Juristen „das Span-

44 Vgl. Kretschmann, Pierre Bourdieus Beitrag zur Analyse des Rechts, in: dies. (Hrsg.), Das Rechtsdenken Bourdieus (Fn. 37), S. 10 (15). Zu Savignys Diktum vom „Gelehrten auf dem Richterstuhl“ siehe bereits oben IV.

45 Nachweise bei Meder (Fn. 32), JZ 2023, 1041-1051. Unter den Prämissen der in den jüngeren Methodenlehren weithin angenommenen doppelten Struktur des Entscheidungsprozesses, nämlich der Unterscheidung von „Herstellung“ und „Darstellung“ (Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1966, S. 51), wäre „Habitus“ auf der Ebene der „Herstellung“ anzusiedeln. Da Bourdieu diese Differenz nicht kennt, bleibt offen, nach welchen Maßstäben Richter ihre Entscheidung begründen sollen. Von Anhängern der Habitus-Lehre wird behauptet, die „soziale Praxis“ bzw. das „Sozialleben“ müsse den Ausschlag geben, was, wie sogleich noch auszuführen ist, der „Autonomie“ des Rechts zuwiderlaufen würde und schon aus diesem Grunde nicht befriedigen kann.

46 Kretschmann, Praxistheorie (Fn. 40), S. 125. Zu Savignys „quasi-gewohnheitsrechtlichem Blick“ siehe die Nachweise bei Meder, Savignys Weg (Fn. 25), S. 278-280 („nicht ganz passender Sprachgebrauch“).

47 Morlok/Köbel, Rechtspraxis und Habitus, Rechtstheorie 2001, 289 (292).

48 Morlok/Köbel/Launhardt, Recht als soziale Praxis, Rechtstheorie 2000, 15 (17).

nungsverhältnis von formaler und materialer Rationalität“ handhaben.⁴⁹ Zu überzeugen vermag auch die These, der Habitus sei eine Art „begriffsloses Erkennen“, welches sich nicht lernen, sondern allenfalls einüben lasse.⁵⁰ Damit stellt sich die Frage, ob das Theorie-Praxis-Problem der Jurisprudenz im Rahmen einer Ausbildungsreform überhaupt zu bewältigen ist:

„Die ‚Urteilkraft‘, die jeder praktischen Meisterschaft zugrunde liegt, entsteht in diffusen Bildungsprozessen einer ‚stillen Pädagogik‘. Sie wird im Handeln und nicht über Diskurs vermittelt. Auch im Richterberuf erwirbt man echte Professionalisierung ‚nur durch die praktische Einübung in eine Kunstlehre und Handlungspraxis‘, auch hier ist ‚die Ausbildung primär nicht Wissenserwerb, sondern Habitusformation‘.“⁵¹

Es bleibt die Frage, nach welchen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, wenn der Jurist „mit der Logik des Unscharfen, Ungefähren“ in Berührung kommt. Die Antworten der Praxistheoretiker sind, wie schon angedeutet, unbefriedigend: Recht gebe es in solchen Fällen nur „als soziale Praxis“.⁵² Und diese Praxis werde „nicht durch das Recht selbst autonom bestimmt“, sondern durch andere Disziplinen, insbesondere durch Politik.⁵³ Damit wären persönlicher Neigung, Willkür oder Zufall Tür und Tor geöffnet. Gerade in den Fällen des „Unscharfen“ und „Ungefähren“ kommt es darauf an, dass ausschließlich Recht und immer nur Recht angewendet wird.⁵⁴

49 Morlok/Kölbel (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 300.

50 Morlok/Kölbel (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 301.

51 Morlok/Kölbel (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 303.

52 Morlok/Kölbel/Launhardt (Fn. 48), Rechtstheorie 2000, 34. Denn das „Sozialleben“ akzeptiere „lediglich bestimmte (‚angemessene‘) Lösungen“ (a.a.O., 31). Dass Praxistheoretiker dazu neigen, über das Ziel hinauszuschießen, wenn sie Gesetzesbindung und Rechtssicherheit eine rigorose Absage erteilen (a.a.O., 17), zeigt sich auch darin, dass sie glauben, Rechtsnormen würden „erst in und durch die Praktiken ihrer Verwendung“ entstehen (a.a.O., 18).

53 Morlok/Kölbel (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 296 – mit Hinweis auf Bourdieus Luhmann-Kritik, die auf der Prämisse fußt, Luhmann habe Autonomie als Autarkie verstanden, z.B. Bourdieu, Recht (Fn. 37), S. 37. Dass es sich hier um einen Irrtum handelt, ist an anderer Stelle ausgeführt worden: Meder, Savignys Weg (Fn. 25), S. 97-100. Zur Politisierung der Justiz als Motiv für eine Reform der Juristenausbildung: Rupp, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1769 (1771 f.) (Richter als Sozialingenieur, Demokratiemissionar).

54 Vgl. Meder, Eugen Huber und die „juristische Konsequenz“, in: Fasel (Hrsg.), Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris, Bern 2024, S. 39-77. Schon in Loccum wurde gegenüber Wiethölter der Vorwurf erhoben, er wolle das Recht der Politik unterordnen, Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. 44. Dies sei nur in autoritären Obrigkeitsstaaten möglich, die Politik habe sich umgekehrt dem Recht

VI. Fazit

Habitus, Urteilskraft oder intuitives Erkennen sind Fähigkeiten, die sich nicht lernen, sondern allenfalls üben lassen. In der Ausbildung müssen also zunächst Rechtskenntnisse erworben werden.⁵⁵ Sobald Juristinnen und Juristen in der Praxis dann mit Fällen des „Unscharfen“ und „Ungefähren“ konfrontiert werden und z.B. instanzgerichtliche Urteile zu kontrollieren haben, müssen sie immer Recht anwenden und dürfen nur rechtlich argumentieren. Ihnen ist es verwehrt, sich in ihren Entscheidungsbegründungen auf außerrechtliche Gründe oder auf „soziale Praxis“ zu stützen, wenn sie Auskunft über die Motive geben, die sie veranlasst haben, so und nicht anders zu entscheiden.⁵⁶

Andererseits haben heute in verstärktem Umfang auch Elemente der Praxis Eingang in die Ausbildung gefunden. Als Beispiel sei die Einrichtung einer „Legal clinic“ genannt, wo Studierende unter Anleitung erste Berufserfahrungen sammeln können. Auch simulierte Gerichtsverhandlungen in Form von „Moot courts“ oder die zunehmende Relevanz von Anwaltsklausuren für die Prüfung wären in diesem Zusammenhang zu nennen. Hinzu kommt, dass im Studium seit jeher anhand von praktischen Rechtsfällen gelernt wird.⁵⁷ Ein Problem ist eher darin zu sehen, dass bei einer zu starken Praxisorientierung die Grundlagen des Rechts auf der Strecke bleiben. So muss in der Methodenlehre, wie ausgeführt, aus Mangel an wissenschaftsgeschichtlichen Kenntnissen das Rad auf Basis simpler Schemata wie Formalismus und Antiformalismus immer wieder neu erfunden werden. Zu Recht werden denn auch nach wie vor Forderungen nach einer Stärkung der Grundlagenfächer erhoben.⁵⁸ Angesichts der vorstehend skizzierten Fehldeutungen der wissenschaftlichen Leistungen des 19. Jahrhun-

unterzuordnen (a.a.O., S. 44). Dem hätte auch Wiethölter nicht widersprochen: Er hielt Rechtssicherheit für unabdingbar und meinte nur, dass „sie heute auf traditionelle Weise nicht mehr zu haben“ sei (a.a.O., S. 44); näher *Meder*, Zwischen strengem Formalismus und totaler Materialisierung: Das Paradigma von den „Wandlungen“ der Rechtsordnung, KJ 2019 (Heft 4, FS Rudolf Wiethölter), 528-542.

55 Was von Seiten der Ausbildungsreformerinnen und -reformer gerne unterschätzt wird, vgl. nur *Zenz*, Das Recht nicht mehr allein dogmatisch lehren, in: *Krise der Juristischen Bildung* (Fn. 12), S. II-IV; *Wassermann*, Establishment (Fn. 15), S. 4.

56 *Meder* (Fn. 32), JZ 2023, 1047-1051.

57 Vgl. *Böning*, Rechtswissenschaft, juristische Ausbildung und soziologische Praxistheorie, ZDRW 2014, 195 (200).

58 Zu den Ende 2012 beschlossenen Empfehlungen des Wissenschaftsrates siehe nur den Abschnitt „Loccum lebt“ bei *Rixen*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht, JZ 2013, 708.

derts, nicht nur bei Soziologen, Philosophen oder Methodologen, sondern auch bei den Juristen selbst, dürfte hier vor allem auch an die Rechtsgeschichte zu denken sein.

Wo stehen wir heute? Es scheint eine Auffassung im Vordringen zu sein, die zwischen Theorie und Praxis wieder einen Trennstrich ziehen möchte: Wer „von der Theorie auf die Praxis“ schließen möchte, vollzieht einen „methodisch fragwürdigen“ Schritt.⁵⁹ Andererseits sind die Forderungen nach einer engeren Verknüpfung von Theorie und Praxis nicht wirklich verstummt.⁶⁰ Sie werden gerade auch mit Blick auf die fortschreitende Digitalisierung der modernen Lebenswelt zu Recht erhoben. Denn auf den „praktischen Sinn“, wovon Begriffe wie Judiz, intuitives Erkennen oder Habitus handeln, kommt es gerade dann an, wenn, wie an anderer Stelle näher ausgeführt,⁶¹ ein unerwartetes Ereignis eintritt, die vorhandenen Normen unklar sind oder nicht ausreichen – die Rechtsordnung also mit dem „Unscharfen“ und „Ungefahren“ konfrontiert wird. Dies ändert zwar nichts daran, dass Juristinnen und Juristen auch in solchen Fällen immer *rechtlich* argumentieren und ihre Gründe unter Gesichtspunkten der juristischen Methode plausibel machen müssen. Sie sollten in der Ausbildung aber darauf vorbereitet werden, dass in der Praxis nicht die Norm, sondern der Fall den Ausgangspunkt einer Entscheidung bilden muss.

59 *Haferkamp*, Lernen aus der Rechtsgeschichte? – Hermann Kantorowicz und Friedrich Carl v. Savigny, JZ 2019, 901 (909) (wobei offenbleibt, mit welcher Methode ein solcher Schritt in Konflikt treten könnte). Weitere Nachweise dazu bei *Meder*, Savignys Weg (Fn. 25), S. 411-429.

60 Z.B. *Böning* (Fn. 57), ZDRW 2014, 195-211; *Kretschmann*, Praxistheorie (Fn. 40), S. 112-127; *Brachthäuser*, Daddy Issues – Habituelle Beziehungen in der Rechtswissenschaft, KJ 2021, 284-293.

61 *Meder* (Fn. 32), JZ 2023, 1041-1051.

Das Einphasenmodell aus dem Blickwinkel eines randständigen Faches

Hubert Treiber

Vorbemerkung: Randständig bedeutet hier, dass ein aus dieser Position eingenommener Blickwinkel die Chance besitzt, Selbstverständliches als unselbstverständlich erscheinen zu lassen.¹

Ich hatte mich auf die ausgeschriebene Professur für Verwaltungswissenschaften beworben. Hierfür brachte ich folgende Voraussetzungen mit: ein Erststudium (Soziologie, Politikwissenschaften, Neuere Geschichte) in Freiburg bei dem anerkannten Professor Dr. Heinrich Popitz, bei dem ich u.a. an seinem Seminar zu Theodor Geigers „Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts“ teilgenommen habe.² Ich halte Geigers Veröffentlichung für eine ausgezeichnete Arbeit zur Rechtssoziologie, die ich wiederholt in Veranstaltungen behandelt habe.³ Außerdem habe ich bei Popitz' Arbeit

1 Ich verweise hier auf den von *Joachim Rückert* verfassten Text „Profile der Jurisprudenz in Hannover seit 1974“, in: Kaal/Schmidt/Schwartz (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext, Tübingen 2014, S. 217-228. In diesem Beitrag werden auch wichtige gesetzliche Grundlagen (Justizausbildungsgesetz von 1974) genannt. Joachim Rückerts Beobachtungen sind dadurch geprägt, dass er Jurist ist. Eine weitere Veröffentlichung *Rückerts* zum Thema (Abgrenzungen – aber welche Rechtswissenschaft von welcher Soziologie? Eine Fallstudie) ist erschienen im *Mittelweg 36 – Zeitschrift des Hamburger Instituts für Sozialforschung*, 5/2022, 57-80. Ich möchte ausdrücklich auch auf den in dieser Zeitschrift publizierten Beitrag von *Rüdiger Lautmann* mit dem Titel „Reform, Fusion, Tradition? Diskurse und Aktionen rund um Soziologie und Jurisprudenz“, *Mittelweg 36*, 5/2022, 11-35, hinweisen. Lautmann zeigt kritisch und selbstkritisch, wie vage, teilweise auch widersprüchlich die Vorstellungen waren, wie Sozialwissenschaften (Rechtssoziologie) sich auf die Jurisprudenz einlassen sollten/könnten. Bisweilen waren diese Vorstellungen auch so weitreichend, dass sie nicht einlösbar waren und die Abwehr der Jurisprudenz provozieren mussten.

2 In seinem Buch „Die normative Konstruktion von Gesellschaft“ (Tübingen 1980), das er mir mit handschriftlicher Widmung geschenkt hat und das die rechtssoziologische Arbeit von Theodor Geiger heranzieht, werde ich in der Vorbemerkung mit eigenen Arbeiten erwähnt.

3 Siehe *Treiber*, Der „Lehrbuch-Geiger“ – stets geachtet, selten beachtet, in: Fazis/Nett (Hrsg.), Gesellschaftstheorie und Normentheorie: Symposium zum Gedenken an Theodor Geiger, Basel 1993, S. 193-206.

über „Die Präventivwirkung des Nichtwissens“ die durchgeführten Berechnungen erneut auf seine Bitte hin überprüft. Er bat mich, ich möge ihn bei seinem Vortrag zu diesem Thema bei der Sammelvorlesung „Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften“ begleiten. Hier erlebte ich, was ich später noch öfter erleben sollte: dass die das Denken beherrschende Dogmatik Denkverbote auferlegt,⁴ denen Rechtssoziologen nicht ausgesetzt sind. So hält das Protokoll zu diesem Vortrag fest: „Auf diese Frage, ob die Thesen dieses Vortrags empirisch überprüfbar seien (Prof. Würtenberger), entgegnete Prof. Popitz, daß sie zwar grundsätzlich überprüfbar seien, daß aber die bisher vorliegenden Zahlen hierzu noch keine ausreichende Basis böten. Niemand wisse, wie hoch die Kriminalität für verschiedene Delikte wirklich ist, ob die Kriminalität insgesamt steigt oder sinkt. Unter anderem sei die Zahl der bekannt gewordenen Straftaten höchst unzuverlässig. Es läge z.B. im Interesse der Polizei, die Zahl der bekannt gewordenen Straftaten klein zu halten, damit die Aufklärungsquote günstiger wird. Diese Annahme hielt Prof. Jescheck für vollkommen irreführend, er könne sich nicht vorstellen, daß die angezeigten Fälle nicht aktenkundig werden.“ Ferner hält das Protokoll fest, die von Popitz vorgebrachte These, „daß die Dunkelziffer einen Entlastungseffekt für das Normensystem habe“, habe Prof. Jescheck zu der Frage provoziert, „wie sich dies mit dem Legalitätsprinzip vertrage.“⁵

4 Vgl. dazu auch den in der Festschrift für Renate Mayntz enthaltenen Satz: „(Mayntz fiel) sozusagen die Aufgabe zu, den in der deutschen, von Juristen beherrschten Verwaltungslehre grundsätzlich als unproblematisch angesehenen Gesetzesvollzug empirisch zu analysieren.“ – siehe *Gerhardt/Derlien/Scharpf*, *Werkgeschichte Renate Mayntz*, in: *Derlien/Gerhardt/Scharpf* (Hrsg.), *Systemrationalität und Partialinteresse: Festschrift für Renate Mayntz*, Baden-Baden 1994, S. 13 (31).

5 Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät: Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Karlsruhe 1967, 3. Teil. *Josef Kürzinger* sieht in seinem 1978 publizierten Buch über „Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion“ (Berlin), das aus einem am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg) durchgeführten Projekt hervorging (einer der Direktoren war damals Prof. Jescheck), die Hypothese bestätigt, „die Polizei verfolge bestimmte Delikte besonders intensiv bzw. weniger intensiv oder gar nicht“ (a.a.O., S. 236), vor allem würden Polizisten „einen ihnen gemeldeten Sachverhalt als privatrechtliche Angelegenheit (definieren) und (...) ihn strafrechtlich (bagatellisieren), sofern dies nach den Umständen möglich war“ (a.a.O., S. 237). Ferner zeigten die Ergebnisse seiner Studie, so Kürzinger, „daß die Polizei dem Legalitätsprinzip und den damit verbundenen Vorschriften der Strafprozeßordnung nicht uneingeschränkt folgte“ (a.a.O., S. 244). Informativ ist auch die Besprechung meiner Habilitationsschrift, die ich 2021 unter dem Titel „Die rückwärtsgewandte Expertenreform: Eine verwaltungswissenschaftliche Studie zur Großen Strafrechtsreform der 1950er Jahre“ (Halle a.d. Saale) publiziert habe. Die Besprechung von *Rückert* (*Zeitschrift*

Ab dem 3. Semester habe ich regelmäßig mit Lehrauftrag eigenständig eine Max Weber-Veranstaltung für Nebenfach-Soziologen (Ökonomen) gehalten; mit dem dortigen Institut blieb ich durch einen Lehrauftrag bis zu meiner Übersiedelung nach Hannover verbunden. Bei dem damaligen Assistenten von Popitz, Dr. Erhard Blankenburg, der später eine Professur an der Freien Universität in Amsterdam bekleidete und ein anerkannter empirisch und theoretisch arbeitender Rechtssoziologe war, habe ich Vorlesungen und Seminare besucht. Er hat mit mir eine Reihe von Publikationen veröffentlicht. Außerdem habe ich in Freiburg zwei Jahre lang bei den dortigen Psychologen Statistik studiert und die erforderlichen Scheine erworben. Das Studium in Freiburg schloss ich 1969 mit dem Magister ab.

1970 ging ich auf Empfehlung von Erhard Blankenburg zu Prof. Fritz W. Scharpf (Universität Konstanz), der dort das Fach Verwaltungswissenschaften in Verbindung mit Politikwissenschaft vertrat. Unter seiner Leitung nahm ich zwei Jahre an der ersten empirischen Studie teil, die die *faktischen* konzeptionellen Tätigkeiten und Abstimmungsprozesse bei der Entstehung von Gesetzen in der Bonner Ministerialbürokratie untersuchte.⁶ Später

der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abtl., 2022, 468-472) zeigt auf, dass meine zeitgeschichtliche und verwaltungswissenschaftliche Vorgehensweise, die mathematisch-statistische Methoden (Clusteranalyse) heranzieht, Juristen wahrscheinlich als „doppelte Überraschung, ja Provokation“ empfinden (a.a.O., 470).

- 6 Siehe Schmid/Treiber, Bürokratie und Politik: Zu Struktur und Funktion der Ministerialbürokratie in der Bundesrepublik Deutschland, München 1975. Dieses Buch, das in verwaltungs- und politikwissenschaftlichen Studiengängen lange Zeit herangezogen wurde, besprach der Jurist Roman Schnur wie folgt: „Also noch ein Buch über ein ausgeleiertes Thema. Die Verf. hatten offenbar den Eindruck, sich vor Toresschluß besonders beeilen zu müssen. Dieser Eindruck ist auch richtig gewesen, weil das kritische Publikum Arbeiten dieses Stils nicht mehr lange mit Beifall hinzunehmen gewillt ist. So kann es auch nicht verwundern, daß im ‚Vorwort‘ der eine Herausgeber als Schindl unterzeichnet. ...“ (Der Staat, 3/1976). Der Rezensent hat übersehen, dass zeitgleich Renate Mayntz und Fritz W. Scharpf zum „ausgeleierten Thema“ ebenfalls ein Buch publizierten mit dem Titel „Policy-Making in the German Federal Bureaucracy“, Amsterdam/Oxford/New York 1975. Die falsche Schreibweise von Schmid hat der Verlag verursacht. Ähnlich abwertend die Besprechung vom damaligen Privatdozenten Meinhard Schröder (damals Institut für Öffentliches Recht, Universität Bonn), der sich ausdrücklich auf Roman Schnur bezieht (Die Verwaltung 1977, 528 f.). Obwohl der Begriff „Programmentwicklung“ ausdrücklich definiert wird (Schmid/Treiber, Ministerialbürokratie [s.o.], S. 102), bezieht ihn Schröder allein auf Planung. Wohlwollend dagegen die Besprechung von Frido Wagener in der FAZ v. 1.11.1976: „Eines der qualifizierteren Ergebnisse dieses Zusammentreffens der Ministerialbürokratie mit jüngeren Politologen ist das vorliegende Buch“. Sowohl Mayntz/Scharpf als auch Schmid/Treiber nennen bewusst nicht die Quelle, auf der beide Publikationen beruhen: auf einer von der Projektgruppe für Regierungs- und Verwaltungsreform vergebenen empirischen

war ich noch beteiligt an der empirischen Untersuchung von internen Abstimmungsprozessen im Verkehrsministerium. In Konstanz nahm ich das verwaltungswissenschaftliche Aufbaustudium auf, das ich mit dem Lizentiat abschloss.⁷ War das Studium der Politikwissenschaften in Freiburg stark ideengeschichtlich ausgerichtet, so war das in Konstanz absolvierte Studium, das sich am Policy Science-Ansatz orientierte, eher analytisch und empirisch orientiert. In Konstanz war ich außerdem wiss. Mitarbeiter an dem von Prof. F. W. Scharpf eingeworbenen Projekt „Curriculumreform Verwaltungswissenschaften“,⁸ bei dem ich mit Wolf Linder, der ein bekannter Professor in der Schweiz wurde, in den USA Eliteuniversitäten aufsuchte mit der Intention, ob für das Konstanzer Verwaltungsstudium Anregungen mitzunehmen sind.

Mein Fach Verwaltungswissenschaften ist auf die *berufliche Tätigkeit nach dem Examen* ausgerichtet. Ich habe aber bei meiner aktiven Tätigkeit nicht erlebt, dass jemand, der Rechtswissenschaften studiert, an ein Leben nach dem Examen glaubt. Verständlicherweise stand und steht das Examen im Mittelpunkt, was aber dem Interesse an dem von mir vertretenen Fach geschadet hat, zumal ich als Fachvertreter nach Beendigung des Reformexperiments nicht mehr am Examen beteiligt war (was sich auch nachteilig auf die Zahl der Promotionen auswirkte, wie mir bei der 2002 durchgeführten Evaluation vorgehalten wurde). Die dort durch zwei Juristen vorgenommene negative Bewertung⁹ steht in einem erheblichen

Untersuchung. Siehe dazu *Leendertz/Schimank* (Hrsg.), *Ordnung und Fragilität des Sozialen*: Renate Mayntz im Gespräch, Frankfurt a.M./New York 2019, S. 58: „(...) Hinterher, aber erst hinterher ist die Untersuchung dann ja im Panzerschrank von Herrn Genscher gelandet. Wir durften sie nicht publizieren. Fritz [Scharpf] und ich haben unseren Text deswegen auf Englisch bei Elsevier veröffentlicht.“ – Wenig später bekam ich von einem der Herausgeber der *Zeitschrift für Politik* die Aufforderung, ich möge zu der im Buch behandelten Thematik einen Aufsatz schreiben, was ich gemacht habe. Siehe: *Treiber*, *Programmentwicklung als politischer Prozess*, *ZfP* 1977, 213–239.

- 7 Das Lizentiat wurde mit Rücksicht auf Studenten aus der Schweiz eingeführt. Mit diesem Titel, der in der Schweiz von der Juristischen Fakultät vergeben wurde, schloss man auch das Juristische Studium ab. Dies hatte den Vorteil, dass die Fakultät die auf das Studium bezogenen Prüfungsinhalte festlegte, was übrigens auch einen Repetitor überflüssig macht.
- 8 Hierzu ist eine Publikation entstanden: *Linder/Treiber*, *Verwaltungsreform als Ausbildungsreform*, München 1976.
- 9 Dass man dies anders sehen kann, darf ich auszugsweise mit einem Schreiben belegen, das ich von einem weithin anerkannten und mit bedeutenden Auszeichnungen geehrten deutschen Juristen erhielt, nachdem er von der Evaluation gehört hatte: „Daß Sie als Forscher geschätzt werden, sehen Sie an dem Wissenschaftspreis (...). Sie sehen

Widerspruch zu dem, was man gemeinhin als „Leistung“ definiert: ein umfangreiches Publikationsverzeichnis, die Einwerbung von Drittmitteln bei der VW-Stiftung sowie die Verleihung eines Wissenschaftspreises durch eine *Juristische Vereinigung (Recht & Gesellschaft)*, die wie folgt begründet wird:

„Die Vereinigung für Recht & Gesellschaft vergibt im Zusammenwirken mit der Christa-Hoffmann-Riem-Stiftung seit 1998 den „Preis für Recht und Gesellschaft“. Er zeichnet Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus, die sich durch ihr Werk um die Forschung an den interdisziplinären Grenzbereichen des Rechts besonders verdient gemacht haben: „Der Preis würdigt die Einbindung interdisziplinärer Forschung, insbesondere Grundlagenforschung, in die Rechtswissenschaften, wie sie etwa durch einen gelungenen Brückenschlag zur Rechtsdogmatik oder zu den Methoden der Rechtsanwendung oder durch konkrete rechtspolitische Vorschläge für rechtliche Instrumente, Verfahren, etc. zum Ausdruck kommen kann.“

Diejenigen, die die Einphasige Juristenausbildung für Niedersachsen entwarfen, blickten in der Regel auf eine längere berufliche Tätigkeit in der Verwaltung zurück und empfanden dabei Lücken, die sie zu schließen gedachten durch verwaltungswissenschaftliche Wissensvermittlung, die sich an empirischen Untersuchungen orientiert (was die übliche Verwaltungslehre nicht leistet). Sie haben jedoch nicht bedacht, dass die Absolventen der Einphasigen Juristenausbildung Verwaltungspraxis nicht vorweisen konnten. Durch die Hereinnahme von Praxisaufenthalten in die theoretische Ausbildung wurde zusammen mit dem Wegfall des 1. Staatsexamens die Studiendauer erheblich verkürzt, was viele aus diesem Grund die Einphasige Juristenausbildung wählen ließ. Die Hereinnahme von Praxisaufenthalten in die theoretische Ausbildung führte jedoch dazu,¹⁰ dass die

es aber auch an der Reaktion auf Ihre Veröffentlichungen. Seit Jahren sind Sie als einer der wichtigsten deutschen Rechtssoziologen, als Historiker der Ideengeschichte und großer Kenner der Wissenschaftsgeschichte bekannt, ja berühmt. Ihre Mitarbeit in zahlreichen Arbeitskreisen, nicht zuletzt auch in dem von (...) mir [mit]initiierten Kreis (...) ist außerordentlich wertvoll. (...). Insofern möchte ich Ihnen raten, sich nicht an diesen Bewertungen zu stören, die Aussage mit Gleichmut hinzunehmen und sich von vielen, die Ihre Arbeit schätzen, versichern zu lassen, daß es ein verborgenes ranking der Wissenschaft gibt, an dem auch solche Evaluationen nichts ändern können.“

10 Siehe Rückert, Profile (Fn. 1), S. 219 f.

Absolventen der Praktika mit dem Wissen zurückkamen, dass vor allem Kommentare und Rechtsprechung zählen. Für mein Fach erwies sich dies erneut als nachteilig! Überhaupt wurde viel zu wenig bedacht, dass durch die nicht immer gelungene „Integration“ von Theorie (= Dogmatik) und Praxis (hier: im Sinne der sozialwissenschaftlichen Fächer) die Studentinnen und Studenten einer gewissen Überforderung ausgesetzt waren, die sie dadurch reduzierten, dass sie auf ein informelles Curriculum auswichen, das die klassischen dogmatischen Fächer bevorzugte. Dies zeigte sich auch beim Wahlfach Verwaltungswissenschaften, das relativ häufig gewählt wurde. Dies deshalb, weil man auf diese Weise ein Wahlfach abdecken und zugleich sicher sein konnte, dass in der Prüfung von einem Juristen ein Fall präsentiert wurde. Ich hatte eine gute Studentin, die dieses Wahlfach bewusst gewählt hatte, da sie vor dem Studium in einer der damals noch bestehenden Bezirksregierungen gearbeitet hatte. Der ehemalige Kollege und damalige Präsident der Universität Frankfurt/Main, Prof. Dr. Rudolf Steinberg, der sich durch einen Studienaufenthalt in den USA gegenüber der Politikwissenschaft aufgeschlossen zeigte, hatte für mich vor dem Verwaltungsgericht um meine Teilnahme als Prüfer prozessiert und einen Vergleich erstritten. Dieser besagte, ich dürfe eine Prüfungsaufgabe des von mir vertretenen Faches Verwaltungswissenschaften einreichen, die aber von einem Juristen zu prüfen ist. Für die Prüfung der erwähnten Studentin hatte ich eine Genehmigung nach dem Immissionsschutzgesetz eingereicht, die zugeschnitten war auf das von Eberhard Böhne damals publizierte Buch *„Der Informale Rechtsstaat“* (Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes, Berlin: Duncker & Humblot 1981). E. Böhne hatte in einer empirischen Studie, die von Frau Prof. Renate Mayntz geleitet wurde, als gängige Verwaltungspraxis gezeigt, dass dem formalen Verfahren (= Rechtsstaat) in der Regel informale Vorverhandlungen vorausgingen. Wenn Antragsteller und genehmigende Behörde sich dabei einig geworden waren, wurde das formale Verfahren eröffnet, wodurch einerseits die Rechte unmittelbar Betroffener („Nachbarn“) beeinträchtigt wurden, andererseits sich aber die Wirksamkeit der getroffenen Entscheidung erhöhen ließ. Die erwähnte Examenskandidatin wurde von einem Göttinger Professor, dem das Buch von E. Böhne (der zur Zeit der Durchführung der empirischen Studie Ministerialrat in der Ministerialbürokratie war, dann als Professor an die Verwaltungshochschule in Speyer gewechselt war) unbekannt war, zuerst zu den ein Genehmigungsverfahren betreffenden dogmatisch relevanten

Aspekten geprüft. Sie wollte aber dann noch ihr Wissen präsentieren und referierte wichtige Belange des Buches von Bohne. Vom Prüfer wurde ihr daraufhin gesagt, sie würde doch wohl nicht behaupten wollen, dass ‚wir Juristen mauscheln‘, dies würde sich dann nachteilig auf ihre Examensnote auswirken.¹¹ Dieses Beispiel zeigt anschaulich, wie wenig das empirisch informierte Fach Verwaltungswissenschaften Prüfern gegenwärtig war; nach diesem Vorfall habe ich es unterlassen, nochmals eine Prüfungsfrage einzureichen.

Ich hatte Kurse angeboten, die neben der Rechtssoziologie¹² und Bürokratietheorie Max Webers¹³ auch modernere Bürokratietheorien präsentierten, allgemein auch Struktur und Funktion von Organisationen behandelten und Organisationstypologien vorstellten. Besonderes Gewicht bekamen Organisationen aus der Berufswelt des Juristen, wie „totale Institutionen“,¹⁴ zu denen Goffman Gefängnisse und Psychiatrische Anstalten zählt. Ich behandelte aber auch professionelle Organisationen, wie Gerichte.¹⁵ Zur Verwaltung hatte ich u.a. angeboten: Struktur und Funktion von Verwal-

11 Das Standardwerk hierzu ist von Benz, *Kooperative Verwaltung: Funktionen, Voraussetzung und Folgen*, Baden-Baden 1994.

12 Dazu jetzt: *Treiber*, *Reading Max Weber's Sociology of Law*, Oxford 2020; *ders.*, *A Critical Reading of Max Weber on Law and its Rationalization*, in: Sica (ed.), *The Routledge International Handbook on Max Weber*, London/New York 2023, S. 353-373.

13 Dazu jetzt: *Treiber*, *Moderner Staat und moderne Bürokratie bei Max Weber*, in: Anter/Breuer (Hrsg.), *Max Webers Staatssoziologie: Positionen und Perspektiven*, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, S. 121-157; *ders.*, *Max Weber's conception of the State: The State as Anstalt and as validated conception with special reference to Kelsen's critique of Weber*, in: Bryan/Langford/McGarry (eds.), *The Reconstruction of the Juridico-Political: Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber*, Abington/New York 2016, S. 61-97.

14 Hierüber habe ich in meiner als Buch veröffentlichten Dissertation gearbeitet. Siehe *Treiber*, *Widerstand gegen Reformpolitik: Institutionelle Opposition im Politikfeld Strafvollzug*, Düsseldorf 1973, Teil I, S. 11-26.

15 Siehe dazu *Bauer/Blankenburg/Treiber*, *Arbeitsplatz Gericht: Modellversuch zur Humanisierung der Gerichtsorganisation*, Frankfurt a.M. 1983. Siehe dazu *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 3/150 v. März 1986. Als Mitglied der externen Begleitforschung war ich bei der Reform des Hamburger Amtsgerichts beteiligt, so dass ich über Struktur, Funktion und Arbeitsweise von Gerichten Einblick gewann. Dazu gehört auch die Erfahrung bzw. das Wissen, dass Mitarbeiter, die am Fuße der Hierarchie angesiedelt sind und oftmals für bestimmte Vorgesetzte Dienstleistungen erbringen müssen, diese leicht zu Fall bringen oder deren Ansehen „beschädigen“ können durch gezielte, oft unbedachte Äußerungen, zumal wenn ein Vorgesetzter die zugetragene Äußerung ungeprüft übernimmt. Ich habe dies ebenfalls in den Unterricht einfließen lassen. Siehe dazu *Mechanic*, *The Power to Resist Change Among Low-Ranking*

tungen, Arbeitsstrukturen der Verwaltung im Schatten formaler Regelungen (= Studien zur Implementierung, beispielsweise Eberhard Böhne, *Der informale Rechtsstaat*), generelle Muster administrativen Handelns, wie länderspezifische Verwaltungskulturen.¹⁶ Als die Public Management Reform aufkam, habe ich deren Anliegen dargestellt.¹⁷ Stellt beispielsweise die Beschäftigung mit Weber eher Reflexionswissen dar, so stellen die verwaltungswissenschaftlichen Kurse eher Orientierungswissen zur Verfügung, orientieren also, was bei der späteren beruflichen Tätigkeit in der Verwaltung einen erwartet (gewähren also gewisse Orientierungssicherheit). Mit dieser Unterscheidung möchte ich darauf hinweisen, dass sozialwissenschaftliche Fächer, die überwiegend Reflexionswissen vermitteln, eher zum Nachdenken über die später auszuübende berufliche Tätigkeit anregen können, was zu einem Fachwechsel führen kann. Doch selbst die Vermittlung von Orientierungswissen kann Irritationen auslösen. Hat der angehende Jurist im Öffentlichen Recht bzw. Verwaltungsrecht eben noch die Bedeutung von Hierarchie und Weisungsrecht vernommen (im Sinne einer „Garantie“, dass der Wille des Gesetzgebers [Parlament] strikt befolgt wird),¹⁸ so hört er in verwaltungswissenschaftlichen Veranstaltungen, dass vom Weisungsrecht *faktisch* kaum Gebrauch gemacht wird und die Hierarchie von einem Dialog zwischen Leitungsebene und den Fachreferenten abgelöst wurde.¹⁹ Ferner erfährt er, dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz nur dann, wenn die Verwaltungsvorschriften präzise gefasst sind, „als ein Instrument der hierarchischen Verwaltungsführung und Disziplinierung gegenüber den ausführenden Behörden (funktioniert)“, diese Funktion aber verloren geht, sobald die Verwaltungsvorschriften „weniger präzise gefasst sind und der weiteren Konkretisierung bedürfen.“ Dann führt die Richtigkeitskontrolle „zu einer Verlagerung der Sachentscheidung und der Kompetenz zur

Personnel, *Personnel Administration* 1963, 4-11; *ders.*, Sources of Power of Lower Participants in Complex Organizations, *Administrative Science Quarterly* 1962, 349-364.

16 Siehe dazu *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 3/290 v. 1990.

17 Dazu jetzt: *Treiber*, Critical Reflections on Pollit and Bourckaert's construct of the neo-Weberian State (NWS) in their standard work on public management reform, *Theory and Society* 2022, 179-212, derzeit online unter <https://doi.org/10.1007/s11186-022-09478-0> sowie *ders.*, Max Weber et la réforme du management public: Qu'a réellement à voir «l'État néo-webérian» avec Max Weber?, in: Grossein/Hibou (dir.), *Travailler avec Max Weber*, Paris 2022, S. 153-193.

18 Siehe dazu *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzip der Exekutive, Tübingen 1991.

19 Vgl. *Mayntz/Scharpf*, Policy-Making (Fn. 6), S. 100-105.

Konkretisierung des Verwaltungsprogramms auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit.“²⁰

Durch einen Vergleich mit dem Konstanzer Verwaltungswissenschaftlichen Studium möchte ich einen besonderen Nachteil des Hannoverschen Reformmodells aufzeigen. Auch das Konstanzer Studium hatte Studentinnen/Studenten, die aus der Region kamen, viele kamen jedoch von weit her aus der ganzen Bundesrepublik. Diese kamen, weil sie sich für das *Reformstudium* interessierten. Bei der Hannoverschen Einphasigkeit fiel auf, dass eine Mehrheit aus Hannover und der näheren Umgebung kam. Dies zeigt an, dass diese an einem rechtswissenschaftlichen Studium interessiert waren und nicht so sehr an dem Reform-Studiengang als solchem. Die sozialwissenschaftlichen Fächer, die ja zum Kern des Reformstudiums zählten, fanden auf diese Weise weniger Interesse. Vielmehr waren es die klassischen rechtswissenschaftlichen Fächer, bei denen „handwerkliche Lehre“ (Max Weber) vorherrschte. Die „handwerkliche Lehre“ ist nicht zu kritisieren; zu kritisieren ist jedoch, dass diejenigen, die diese handwerkliche Lehre praktizierten, bis auf wenige Ausnahmen eine ihre Disziplin übergreifende Orientierung nicht aufwiesen. Vielleicht hätte ein integrierter, kürzerer Studiengang als Aufbaustudium institutionalisiert werden sollen, bei dem mit Nachweis ein Zusatzwissen hätte erworben werden können, aufbauend auf einem absolvierten rechtswissenschaftlichen Studium. An Ähnliches scheint Michael Stolleis zu denken, wenn er schreibt, „Die zu Anfang für die Juristenausbildung damit verknüpften Hoffnungen haben sich letztlich nicht erfüllt, sei es (...) weil der externe Druck der *Massenausbildung* interdisziplinären Versuchen generell – und keineswegs nur in Hannover – entgegenstand.“²¹ Selbst im kollegialen Austausch mit den im Fachbereich lehrenden und forschenden Juristen fand Interdisziplinarität, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht statt. Ich wurde als Verwaltungswissenschaftler und Rechtssoziologe so gut wie nie zu einer Sache gefragt, was ich sehr bedauerte. Selbst wenn Statistikenkenntnisse erforderlich waren, wurde ich weder gefragt noch herangezogen. Diskussionsrunden mit Juristen gab es keine, solche bei den Sozialwissenschaftlern, die oft von Manfred Walther, der als Didaktiker rekrutiert worden war und dann die Rechtsphilosophie vertrat, initiiert wurden, schiefen bald wieder ein.

20 Siehe *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen 1970, S. 40 f., 55 f.

21 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990, München 2012, S. 434 f., meine Hervorhebung.

Der mit dem damaligen Richter am Bundesverwaltungsgericht (damals in Berlin) und späteren Verfassungsrichter, Jürgen Kühling, gemeinsam konzipierte und gehaltene Kurs zum Baurecht unter Einbeziehung des Städtebauförderungsgesetzes von 1971 soll knapp skizziert werden, um den gehaltenen Kurs zum Baurecht vorzustellen. Ich beschränke mich hier allerdings auf die skizzenhafte Darstellung der Kursbestandteile zum Städtebauförderungsgesetz. Es soll gezeigt werden, dass die verwaltungswissenschaftliche Präsentation auf die dogmatischen Kursinhalte dergestalt abgestimmt war, dass einerseits ausgewählte, empirisch informierte Veröffentlichungen präsentiert wurden, andererseits diese durch entsprechende Fallstudien veranschaulicht wurden. Wie dogmatische und sozialwissenschaftliche Kursinhalte aufeinander bezogen werden können, zeigt der mit Hans-Peter Schneider zusammen veröffentlichte Beitrag „Zielkonflikte der Stadtentwicklungsplanung“.²² Zugleich kann mit diesem Kurs gezeigt werden, dass das Interesse an sozialwissenschaftlichen Inhalten nicht allzu groß war.

Der Aufsatz H. Wollmanns „Das Städtebauförderungsgesetz als Instrument staatlicher Intervention – für wen“²³ behandelt mit der Darstellung der Entwurfsgeschichte, wie und wann bestimmte Zielvorstellungen (Tatbestände) in das Gesetz von 1971 aufgenommen wurden (Gleichrangigkeit von Bausubstanzsanierung [= Modernisierung] und Funktionsschwächenanierung [= Abriss mit Umnutzung], seit E 70 auch Berücksichtigung denkmalpflegerischer Zielsetzung); zugleich wird gezeigt, warum trotz der gegebenen Gleichrangigkeit der beiden Sanierungstatbestände die Funktionsschwächenanierung bevorzugt wurde.²⁴ Um Sanierungsruinen zu vermeiden, verlangte der Gesetzgeber „die zügige Durchführung“ der Sanierungsmaßnahme. Da die „zügige Durchführung“ der Baumaßnahmen wegen Art. 14 GG den Eigentümern zufällt und die gestellten Anträge von

22 Treiber/Schneider, Zielkonflikte der Stadtentwicklungsplanung, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Öffentlichen Recht: Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung, Neuwied/Darmstadt 1981, S. 275-310.

23 Wollmann, Das Städtebauförderungsgesetz als Instrument staatlicher Intervention – wo und für wen?, Leviathan 1974, 199-231.

24 Die von Scharpf/Reissert/Schnabel vorgelegte Studie zur Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik (Kronberg/Ts. 1976, darin „5. Förderung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden (Städtebauförderung)“, S. 158-186, hier S. 168 ff.) bestätigt diesen Trend. Die komplexe Theorie der Politikverflechtung wird nachvollziehbar dargestellt in: Hepp/Schmidt (Hrsg.), Auf der Suche nach der Problemlösungsfähigkeit der Politik: Fritz W. Scharpf im Gespräch, Frankfurt/New York 2017, S. 141-151.

jener Behörde, die in den Bundesländern die Anträge danach „aussiebte“, ob die verlangte „zügige Durchführung“ auch gewährleistet ist, spricht dies zugunsten der Funktionsschwächenanierung, die auch den Interessen des tertiären Sektors zugutekommt und dessen anlagebereites Kapital eine „zügige Durchführung“ garantiert. Diese ist gefährdet, wenn die Durchführung der Sanierungsmaßnahmen auf kapitalschwache Kleineigentümer (wie Erbgemeinschaften) angewiesen ist.

Veranschaulicht wurden diese Ausführungen Wollmanns mit seiner zu Heidelberg durchgeführten, anschaulichen Fallstudie, welche zeigt, dass die ursprünglich vorgesehene Bausubstanzanierung nicht in der Nähe des Karlstors, wo schlechte Bausubstanz gegeben war, durchgeführt wurde, sondern durch eine Funktionsschwächenanierung ersetzt wurde, die in der Nähe des Bismarckplatzes stattfand, wodurch der tertiäre Sektor Chancen auf Ausdehnung erhielt und höhere Ausgleichsbeträge zu erwarten waren.²⁵

Jürgen Kühling und ich waren zu Beginn des Baurechtskurses so naiv, dass wir jeweils ankündigten, wer von uns beiden die nächste Stunde übernimmt. Hiervon sind wir bald abgekommen, weil sich gezeigt hat, dass ich vor leeren Stühlen dozierte, wenn gesagt worden war, dass ich die nächste Stunde übernehme. Auf diese Weise haben die Kursteilnehmerinnen/Kursteilnehmer deutlich ihr Interesse (an Dogmatik) zum Ausdruck gebracht.

Nachbemerkung: Das Soziologische Institut in Freiburg zeichnete sich durch Diskussionsfreudigkeit aus; oft traf man sich am Wochenende bei Erhard Blankenburg, wo geselliges Zusammensein und Diskussion miteinander verbunden wurden. Noch größer war die Diskussionsfreudigkeit in Konstanz, wo durch Scharpf zudem Forschung in die Lehre vermittelt wurde und Fachgrenzen keine Barrieren darstellten.²⁶ Damit verglichen

25 Wollmann, Der Altstadtsanierung erster Teil als Cityerweiterungsplanung – der Fall Heidelberg, in: Grauhan (Hrsg.), Lokale Politikforschung 2, Frankfurt a.M./New York 1975, S. 221-272. Bei einer Funktionsschwächenanierung konnte die Gemeinde höhere Ausgleichsbeträge erwarten infolge verdichteter und hochgezonter Neubebauung (§ 41 StBauFG, siehe Scharpf et al., Politikverflechtung [Fn. 24], S. 170). Beigezogen wurde außerdem die Fallstudie von Wolf Linder zu München: Der Fall Massenverkehr: Verwaltungsplanung und städtische Lebensbedingungen, Frankfurt a.M. 1973. Linder ist auch deshalb interessant, weil mit seiner Studie gezeigt werden kann, dass zwei miteinander konkurrierende Planfeststellungsverfahren mit Hilfe allein von Recht nicht rational entschieden werden können; ferner, weil ein sternförmig auf die City zugeschnittenes U-Bahn-System den Trend zur Ausdehnung des tertiären Sektors beschleunigt, was einen Vergleich mit Hannover erlaubt.

26 Dazu Hepp/Schmidt (Hrsg.), Problemlösungsfähigkeit (Fn. 24), S. 131-139 (Organisationsprobleme interdisziplinärer Studiengänge: Sozialwissenschaftliche Fakultät und

sind die Jahre in Hannover als Diaspora anzusehen. An der Law School der University of Madison/Wisconsin (USA) machte ich bei einem durch ein Fulbright-Stipendium geförderten längeren Aufenthalt und sich anschließenden Einladungen ebenfalls die Erfahrung, dass das Interesse der dortigen Juristen an Rechtssoziologie, speziell an Max Weber, weitaus größer war als in Hannover. Man führte dort auch empirische Untersuchungen zu Gerichtsentscheidungen durch, mit einem zu diesem Zweck angeworbenen, ausgewiesenen Statistiker.

Zu der Zeit nach Beendigung des Reformexperiments gibt es aus Höflichkeit zum Fach Verwaltungswissenschaft keine Äußerungen, aber auch aus Klugheit, weil nicht damit zu rechnen ist, dass jemand, der an interdisziplinären oder verwaltungswissenschaftlichen Beiträgen desinteressiert ist, diesen jetzt Verständnis entgegenbringt. Ich habe aber den Text einer ehemaligen Studentin zugesandt, die schon sehr lange in einer Behörde tätig ist. Ich bat sie, den Text kritisch durchzulesen. An ihm hatte sie nichts auszusetzen, machte aber die folgende Bemerkung, die ich mitteilen möchte: „Als berufserfahrener Jurist wird man zu der Feststellung kommen, dass das Wissen um ‚law in the books‘ *und* ‚law in action‘ essentiell ist, um im Berufsleben bestehen zu können. Erst durch eigene Berufserfahrung zu der Erkenntnis zu kommen, wie ‚law in action‘ überhaupt funktioniert, kostet wertvolle Zeit und führt zu unliebsamen Erfahrungen. In der Juristenausbildung sollte man dankbar dafür sein, dass es verwaltungswissenschaftliche Fächer bzw. Fächer wie Recht und Verwaltung gibt.“

Verwaltungsstudium [1968-1973]), mit dem bezeichnenden Schlusssatz: „Gegenüber der intellektuellen Faszination neuartiger Konzepte und dem guten Willen vieler einzelner setzte sich auch in Konstanz schon auf mittlere Sicht das Eigengewicht der Organisation wieder durch. Dies hätte man vorhersehen können.“

Von Loccum zur Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Hannover.

Insbesondere aus der Sicht des Zivilprozess- und Anwaltsrechts*

Christian Wolf

I. Einleitung

Jedes Jubiläum setzt einen Anfangspunkt voraus. Universitäten und damit Juristische Fakultäten sind in der Regel Einrichtungen mit großer ungebrochener Tradition, welche sich bis ins 14. Jahrhundert und darüber hinaus zurückführen lässt. So wirbt z.B. die älteste Universität in Deutschland, die Universität Heidelberg, mit dem Slogan „Zukunft seit 1386“. Seit der Verfestigung der Universitätsstrukturen gehört die Juristische Fakultät neben der Medizinischen und der Theologischen Fakultät zu den drei hohen Fakultäten der Universität. Die vierte Fakultät, die Artistenfakultät, diente der Vorbereitung auf das Studium an einer der drei hohen Fakultäten.¹ Nicht jede Epoche war sicherlich Zukunft, wie der Slogan der Universität Heidelberg suggeriert. Man braucht dabei nicht zwingend an die Zeit zwischen 1933 und 1945 zu denken.² Auch zu Zeiten Leibniz waren die Universitäten nicht der Ort der – wie man heute sagen würde – Spitzenforschung. Professuren wurden in der Familie weitergereicht, man spricht von „Familienuniversitäten“.³ Deshalb organisierte man die Forschung in Akademien außerhalb der Universitäten.⁴ Leibniz, der Namensgeber der Universität Hannover, hat es bekanntlich abgelehnt, an einer Universität zu lehren.

* Der folgende Beitrag basiert teilweise auf dem bereits veröffentlichten Beitrag von Professor Wolf in der Hanover Law Review: „50 Jahre Loccum“, aus dem Jahre 2018, HanLR 1/2018, 1 ff.

1 Weber, Geschichte der europäischen Universität, Stuttgart 2002, S. 35 ff.

2 Vgl. für die Technische Hochschule Hannover: Jung, Die Technische Hochschule Hannover und ihre Professoren im Nationalsozialismus, Norderstedt 2013.

3 Vandermeersch, Die Universitätslehrer, in: Rüegg (Hrsg.), Geschichte der Universität in Europa, Bd. II, München 1996, S. 181 (194).

4 Hammerstein, Die Universitäten in der Aufklärung, in: Rüegg (Hrsg.), Geschichte der Universität (Fn. 3), S. 495 (497).

Der Anfangspunkt der Juristischen Fakultät, die 2024 ihr fünfzigjähriges Jubiläum feiert, ist wesentlich jüngeren Datums. Der Anfangspunkt wurde mit dem Gesetz über die Errichtung einer Fakultät für Rechtswissenschaften der Technischen Universität vom 19. November 1973 gesetzt.⁵ Die Voraussetzung für die Gründung der Fakultät für „Rechtswissenschaften“ wurde mit der Änderung des Deutschen Richtergesetzes vom 10. September 1971⁶ geschaffen. Der Bundesgesetzgeber eröffnete den Ländern mit dem neugeschaffenen § 5b DRiG die Möglichkeit, Studium und praktische Vorbereitung in einer „gleichwertigen Ausbildung von mindestens fünfeinhalb Jahre“ zusammenzufassen. Die sogenannte Einphasige oder auch Einstufige Juristenausbildung war von Anfang an als Erprobungsmodell gedacht. Man wollte praktische Erfahrungen mit den unterschiedlichen Modellen sammeln, bevor über ein bestimmtes Modell der Reform der Juristenausbildung entschieden werden sollte.⁷ Die genauere Ausgestaltung der einphasigen Modelle wurde dabei den Ländern überlassen.

§ 5b DRiG sollte ursprünglich zum 15. September 1981 außer Kraft treten.⁸ Die Experimentierphase wurde zunächst für alle Studierenden verlängert, welche bis 15. September 1984 ihr Studium im Rahmen der Einphasigen Juristenausbildung aufgenommen haben.⁹ Wesentliche Begründung war, dass lediglich aus den Universitäten Augsburg und Bremen, welche die Einphasige Juristenausbildung bereits 1971 umsetzten, Erfahrungen von 10 Jahren vorlagen. Alle anderen Universitäten, welche gleichfalls eine Einphasige Juristenausbildung angeboten haben, ermöglichten die Aufnahme des Studiums erst zu einem späteren Zeitpunkt.¹⁰ Schließlich wurde mit dem dritten Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes von 1984 das Experiment der Einphasigen Juristenausbildung endgültig verabschiedet.¹¹ Die Einphasige Juristenausbildung konnte nach dem DRiG nur noch bis zum 15. September 1985 aufgenommen werden. Der Landesgesetzgeber beendete die Einstufige Juristenausbildung bereits früher. Die Einstufige Juris-

5 Nds. GVBl. 1973, S. 457.

6 BGBl. I 1971, 1557.

7 BT-Drs. VI/1380, S. 7.

8 Art. III § 2 des Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes, BGBl. I 1971, 1557, 1560.

9 Zweites Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes, BGBl. I 1980, 1451.

10 Bielefeld, Hamburg, Hannover, Konstanz und Trier 1973 bis 1975, Bayreuth 1977, BT-Drs. 8/3301, S. 4.

11 Art. 3 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes, BGBl. I 1984, 995, 997.

tenausbildung konnte in Hannover nur noch zum Sommersemester 1983 aufgenommen werden.¹² Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Einstufigen Juristenausbildung fand in der Gesetzesbegründung nicht statt.¹³

Der Anfangspunkt des fünfzigjährigen Jubiläums der Juristenausbildung in Hannover ist damit Geschichte, unsere Geschichte, geworden. Zu bedenken ist dabei, dass sich Geschichte und Traditionsbildung immer aus der Gegenwart rekonstruieren, oder Geschichte sich immer mit unseren eigenen Augen erzählt und damit über die Gegenwart genauso etwas aussagt, wie über die Vergangenheit.¹⁴ Hinzu kommt, dass der Verfasser dieses Beitrags fast die Hälfte der vergangenen fünfzig Jahre an der Fakultät gewirkt hat (seit dem 1. April 2000).

Der Beitrag teilt sich in drei Teile. Für die Gründung der Fakultät waren die beiden Tagungen 1968 und 1969 in Loccum „Zur Krise der Juristenausbildung“ ein wichtiger Impulsgeber. Zwar wurde in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts eine ganze Reihe von Reformmodellen diskutiert, jedoch nehmen die beiden Tagungen in Loccum eine besondere Stellung ein, was sicherlich ganz wesentlich an zwei Protagonisten, *Rudolf Wiethölter* und *Rudolf Wassermann*, lag. Im ersten Teil des Beitrags sollen daher die Reformideen der Loccumer Tagung nachgezeichnet werden. Loccum stand für eine Integration der Praxis in die Theorie (Einstufige Ausbildung), für die Integration der Sozialwissenschaften in das rechtswissenschaftliche Studium und der Suche nach Antworten, wie Thron und Altar als Halterung in einer säkularisierten und demokratischen Gesellschaft zu ersetzen ist.¹⁵ Der zweite Teil befasst sich mit technischen, organisatorischen und personellen Strukturen des Fachbereichs Rechtswissenschaften in den siebziger und Anfang der achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts, also dem Zeitraum, der durch die Einphasige Juristenausbildung bestimmt war.¹⁶ Der dritte Teil stellt exemplarisch Arbeiten auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts vor, die der Frage nachgegangen sind, was der Wegfall der Halterung in Thron und Altar für die Theorie des Prozessrechts bedeutet.

12 Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen, Nds. GVBl. 1983, 125

13 BT-Drs. 10/1108, S. 7.

14 Carr, What is History, 1990, S. 27.

15 Wiethölter, Anforderungen an den Juristen heute, in: Weissgerber (Leitung), Loccumer Protokolle, 25/1968, S. 21.

16 Siehe Kilian in dieser Festschrift, S. 551 ff.

II. Loccum der genius loci der Fakultät für Rechtswissenschaften

1. Ausgangspunkt der Reformdebatte

Die Geschichte der juristischen Ausbildung lässt sich als eine fortlaufende Reformdiskussion beschreiben. Beeinflusst wird diese Diskussion nicht nur von der Frage, wie das Recht am besten vermittelt werden kann. Ganz wesentlich für die Diskussion sind wirtschaftspolitische Fragen.¹⁷ In den Zehnerjahren des 21. Jahrhunderts wurde sowohl vom Deutschen Anwaltsverein als auch der Bundesrechtskammer die Ausbildungsreform unter dem Blickwinkel diskutiert, wie ein weiterer Anstieg der Anwaltszahlen begrenzt werden kann.¹⁸ (*Streck*, Die Anwaltschaft - eine absurde Wachstumsbranche!¹⁹) Die Abschaffung der Einphasigen Ausbildung wurde u.a. fiskalisch begründet.²⁰ Zuvor wurde bereits die Einführung der Experimentierklausel für eine Einphasige Ausbildung mit dem Wunsch einer Ausbildungsverkürzung gerechtfertigt.²¹

In der Juristenausbildung geht es aber auch stets darum, eine Funktionselite für den jeweiligen Staat auszubilden.²² Mit anderen Worten, die juristische Ausbildung hängt eng mit unserem Rechtsverständnis zusammen. Sind Methodenfragen, wie *Rüthers* es formuliert, auch Verfassungsfragen,²³ muss dies auch für die Ausbildung der Juristen gelten, also dem Ort, an dem die angehenden Juristen den Umgang mit der Methodik lernen. *Wassermann* hat daher Juristen für die Demokratie gefordert.²⁴

Die bereits in der Weimarer Republik geführte Reformdebatte der Juristenausbildung²⁵ wurde in den fünfziger und sechziger Jahren des letzten

17 Für die Weimarer Republik nur: *Levin*, Schutz der freien Rechtsanwaltschaft!, Leipzig 1930.

18 *Wolf*, in: Gaier/ders./Göcken (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Aufl., Köln 2020, § 4 Rn. 32 ff.

19 *Streck*, Die Anwaltschaft – eine absurde Wachstumsbranche!, *AnwBl* 2004, 358.

20 „Die einstufige Ausbildung lässt sich schon aus Kapazitäts- und aus finanziellen Gründen gegenwärtig nicht auf die Masse der Studierenden übertragen, die künftig auszubilden sind.“ (BT-Drs. 10/1108, S. 2).

21 BT-Drs. VI/2269, S. 1.

22 *Rüthers*, *Deutsche Funktionseliten als Wende-Experten?*, Konstanz 2017.

23 *Rüthers*, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 1. Aufl., Tübingen 2014, S. 99.

24 *Wassermann*, *Juristen für die Demokratie*, *Gewerkschaftliche Monatshefte* 1969, 467 (467 ff.).

25 Hierzu: *Wassermann/Kirchner/Kröpil*, *Das Recht der Juristenausbildung*, Neuwied 1988, Einl. Rn. 12 ff.

Jahrhunderts wiederaufgegriffen. Als Startpunkt kann man dabei die Initiative von *Gerhart Husserl* ansehen²⁶ und dem von *Husserl* ins Leben gerufene Arbeitskreis „Zur Fragen der Juristenausbildung“.²⁷ Der Deutsche Juristenfakultätentag setzte einen Ausschuss zur Reform der Juristenausbildung ein, welcher in den Münchner Beschlüssen des Fakultätentages mündeten.²⁸ Ein Sonderheft der JZ beschäftigte sich im November 1968 mit den unterschiedlichen Reformvorschlägen. Der 48. Deutsche Juristentag 1970 in Mainz forderte die Reform der Juristenausbildung.

Wichtige Impulse für die Reform der Juristenausbildung, insbesondere aber für die Gründung des Fachbereichs Rechtswissenschaften, gingen von den beiden Tagungen in der evangelischen Akademie in Loccum 1968 und 1969 aus. Vom 1. bis zum 4. November 1968 fand die Tagung „Krise der Juristenausbildung“ in der evangelischen Akademie in Loccum statt.²⁹ Aus der Tagung ging der Loccumer Arbeitskreis zur Reform der Juristenausbildung hervor.³⁰ Dieser legte am 8. Oktober 1969 ein Memorandum zur Reform der Juristenausbildung vor.³¹ Wenig später wurden die Thesen auf der zweiten Loccumer Tagung „Reform der juristischen Ausbildung“ vom 24. bis 27. Oktober 1969 diskutiert.³² Die Loccumer Thesen zur Juristenausbildung enthielten als „zentralen Gedanken“ die Forderung der Integration von Theorie und Praxis.³³ Mit der Forderung der Integration von Theorie und Praxis sollte die Zweiteilung der juristischen Ausbildung zugunsten einer Einstufigen Ausbildung abgelöst werden. Universitätsausbildung und Vorbereitungsdienst sollten zusammengefasst werden.

26 *Husserl*, Reform des deutschen Rechtsstudiums, JZ 1953, 453 (453 ff.).

27 Zu den Mitgliedern des Arbeitskreises siehe den Bericht in der JZ 1955, 76 (76 f.).

28 Juristenzeitung 1968, Sonderheft zu Fragen der Studienreform, November 1968, 4 ff.

29 Loccumer Protokolle 25/1968.

30 *Wassermann*, in: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung – Materialien des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung, Neuwied/Berlin 1970, S. 7. Dem Arbeitskreis gehörten u.a. an: Hans Peter Bull, Wolfgang Kilian, Thilo Ramm, Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter und Gisela Zenz.

31 Loccumer Protokolle 15/1969, S. 120 ff.

32 Loccumer Protokolle 15/1969.

33 Loccumer Protokolle 15/1969, S. 121; hierzu *Sage*, Reform der Juristenausbildung – Anspruch und Wirklichkeit, DRiZ 1980, 41 (45 ff.); sehr skeptisch zu der frühzeitigen Integration: *Baur*, Die Ausbildung der deutschen Juristen, JZ 1961, 1 (2): „Wird ihm [dem Studenten] nicht frühzeitig der idealistische Schwung genommen, der den Juristen beflügeln soll? Kann das Bild, können die Äußerungen eines skeptischen, ja zum Misanthropen oder Fatalisten gewordenen Richters nicht unermeßliches Unheil anrichten?“.

2. Kritik an dem vordemokratischen Rechtsverständnis

Die Loccumer Thesen zur Reform der Juristenausbildung beschränkten sich nicht auf die mehr oder weniger technische Aufhebung zwischen Studium und Vorbereitungsdienst. In Loccum wurde auch das Rechtsverständnis grundsätzlich hinterfragt. Neben der Integration der Praxis in das juristische Studium sollten auch die Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung integriert werden. Hintergrund dieser Forderung bildete die Kritik von *Wiethölter* an der Rechtswissenschaft: „Unsere Rechtswissenschaft ist vorwissenschaftlich, weil Recht und Juristen in idealistischer Philosophie hängengeblieben sind und die Anschlüsse an alle Wissenschaftslager von heute verpaßt haben. Sie ist vorindustriell, weil Recht und Juristen nicht einmal technisch-systematisch den Anforderungen der organisierten-spätkapitalistischen Industriegesellschaft gewachsen sind. Sie ist vordemokratisch, weil Recht und Juristen die bisherigen Demokratisierungsprozesse nicht inhaltlich mitgemacht haben, sondern formal bei einem spezifischen Verständnis des konstitutionellen Dualismus von Staat und Gesellschaft stehen geblieben sind.“³⁴ Angesprochen sind damit zwei engverwobene Problembereiche, nämlich die Fragen, wie *Recht zu legitimieren* ist und wie *Recht durch die Gerichte auszulegen* ist.

Recht hat sich durch die *gesamte Geschichte von Oben legitimiert*, Thron und Altar, also weltliche Macht und religiöse Macht, waren, so *Wiethölter*, die Halterung der Gesellschaft.³⁵ Nachdem die Autoritätsableitung des Rechts aus der Religion im Rahmen der Säkularisierung und Emanzipation der Gesellschaft aufgegeben werden musste,³⁶ könne das Naturrecht diese Funktion des Ankers nicht übernehmen. Naturrecht war aus der Sicht *Wiethölters* inhaltlich zu unbestimmt, um eine neue Legitimationsbasis des Rechts zu bilden.³⁷ Mehr noch, Naturrecht trägt als Emanzipationsprogramm nicht, weil es den Blick von der Verantwortung des Menschen für sein Recht abwendet und auf die Verantwortung des Menschen vor dem Recht hinwendet.³⁸

Ein demokratisches Rechtsverständnis erfordert in der Perspektive von Loccum ein politisches Bürgerliches Recht. Das Bürgerliche Recht jedoch

34 *Wassermann*, in: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), *Neue Juristenausbildung* (Fn. 30), S. 25.

35 *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt 1968, S. 28.

36 *Wiethölter*, *Anforderungen* (Fn. 15), S. 21.

37 *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft* (Fn. 35), S. 42.

38 *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft* (Fn. 35), S. 60.

sei in der Tradition *Savignys* verhaftet geblieben. Nicht die gesetzliche Setzung soll das Privatrecht bestimmen, sondern der Volksgeist sollte das Bürgerliche Recht hervorbringen. Recht wird durch Jurisprudenz erzeugt, durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür des Gesetzgebers.³⁹ Die Entwicklung des Rechts war damit den Oberrichtern und den Oberprofessoren überantwortet, so *Wiethölter*.⁴⁰ Das Bürgerliche Recht war somit nicht mehr Teil der praktischen Philosophie, sondern wurde als Jurisprudenz Teil einer historischen und philosophischen Wissenschaft.⁴¹

Wiethölter begriff Recht als Politikum, als Teil einer politischen Praxis.⁴² Das „entpolitisierte Bürgerliche Recht“, welches durch die Oberprofessoren und Oberrichter stellvertretend für das Volk entwickelt wird, mag funktionieren, soweit nicht gegensätzliche Interessenstrukturen bestehen. Dort aber, wo politische Interessengegensätze bestehen, müssen diese auch politisch aufgelöst und entschieden werden. Die Fragen nach mehr oder weniger Mieterschutz, rigideres oder flexibleres Kündigungsrecht im Arbeitsrecht sind politisch und damit demokratisch zu beantworten und nicht wissenschaftlich.

Rechtsverhältnisse sind in diesem Verständnis in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse.⁴³ Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist, argumentierte *Radbruch*, auf den sich *Wiethölter* beruft, weiter, mögen sich diejenigen so vorstellen, die überwiegend die Wohltaten dieses Rechts genießen.⁴⁴

Eng mit der Frage, was die Legitimationsgrundlage von Recht ist, hängt die Frage zusammen, wie *Recht auszulegen* ist. In Loccum wurde die Frage kontrovers diskutiert, in welchem Umfang der Richter an das Gesetz gebunden sein soll, also der Rationalität des Gesetzes folgen muss,⁴⁵ oder in welchem er frei nach außergesetzlichen Kriterien zu entscheiden hat. Allerdings sind hier die Argumentationslinien nicht einfach zu entschlüsseln.

39 *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny, München 1973, S. 105.

40 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 15), S. 39.

41 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 15), S. 30.

42 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 15), S. 30.

43 *Kaufmann*, Radbruch Gesamtausgabe, Bd. II, Heidelberg 1993, S. 477.

44 *Kaufmann*, Radbruch (Fn. 43), S. 477.

45 So ausdrücklich *Ramm*, Reform und keine Revolution!, in: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung (Fn. 30), S. 78 f.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass jede Rechtsanwendung immer auch ein Stück Rechtserzeugung ist.⁴⁶ Mit abstrakten Gesetzesnormen lassen sich konkrete Entscheidungen nur bis zu einem bestimmten Grad vom Gesetzgeber determinieren.⁴⁷ Diese Erkenntnis lässt sich auf *Kant* zurückführen. Verstand sei das Vermögen, Regeln zu bilden, hingegen bedarf es der Urteilskraft, um unter diese [abstrakten] Regeln zu subsumieren. Da die allgemeine Logik von allen Erkenntnissen abstrahiert, könnte sie keine Vorschriften über die Urteilskraft enthalten: „Wollte sie [die allgemeine Logik] nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regel subsumiert, d.h. unterscheiden sollte, ob etwas darunter steht oder nicht, so könne dieses nicht anders als wieder durch eine Regel geschehen. Diese erfordert eben darum, weil es eine Regel ist, aufs neue eine Unterweisung der Urteilskraft (...)“.⁴⁸

Diese Erkenntnis erklärt zum einen die Fallbezogenheit des juristischen Studiums.⁴⁹ Zugleich ist damit aber auch eine grundsätzliche Absage an ein striktes System der Gewaltenteilung im Sinne von *Montesquieu* verbunden. Der Richter muss mehr sein als bloß der reine Mund des Gesetzes.

Im Grunde gibt es zwei Hauptströmungen, wie methodisch mit diesem Befund umzugehen ist. Die erste heute herrschende Meinung ist die der objektiven Auslegung. Die objektive Auslegung gibt vor, den Willen des Gesetzgebers objektiv erfassen zu wollen. Das Gesetz selbst löst sich vom Willen des historischen Gesetzgebers ab und entfaltet ein Eigenleben, welches nach dem objektiven Zweck des Gesetzes und der Sachgemäßheit der Regelung festgestellt wird.⁵⁰

Die andere Hauptströmung, die subjektive Auslegung, versucht zunächst den Willen des historischen Gesetzgebers zu ergründen.⁵¹ Allerdings vermag der Gesetzgeber, folgt man der Einsicht *Kants*, den Richter nicht in die Lage zu versetzen, das Urteil gleichsam mechanisch aus dem Gesetz zu

46 *Bogdany/Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin 2014, S. 138 f.

47 *Bogdany/Venzke*, In wessen Namen? (Fn. 46), S. 138.

48 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, in: Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt (Hrsg.), *Kant Werke*, Bd. 3, Darmstadt 1983, S. 184 (*Kant Akademie*, S. 131 ff.).

49 *Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: *Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke* (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Medicus*, Köln 1999, S. 25 ff.

50 Hierzu die Darstellung und Kritik bei *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl., München 2022, Rn. 796 ff.

51 *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 50), Rn. 796.

schlussfolgern.⁵² Noch weitergehender wird man formulieren können, dass die Gesetze in gewisser Weise notwendig unfertig sein müssen, wollen sie auf Fälle angewandt werden, deren Vielfalt unendlich ist.⁵³ Dort, wo der Richter nicht mehr durch das Gesetz gesteuert wird, betreibt er im Sinne von *Kelsen* Rechtspolitik.⁵⁴

Die in Loccum vorgetragene Kritik wollte den unpolitischen und gerade deshalb politischen Richter durch einen politischen Richter ersetzen. Rechtsprechende Gewalt und Rechtswissenschaft sind nur scheinbar neutral, ihre Rechtsschöpfung ist eine politische Aktion, wie es in dem Memorandum des Loccumer Arbeitskreises heißt.⁵⁵ Man wandte sich gegen den „Juristen als solches“⁵⁶ und bezog sich damit auf eine Formulierung, welche *Windscheid* in seiner Rektoratsrede von 1884 verwandte: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder auf einer Kombination dieser Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind.“⁵⁷

Jedoch lässt sich der Text auch anders lesen. *Windscheid* hat in seiner Rektoratsrede nämlich einerseits die Rolle der Rechtswissenschaft bei der Schaffung neuen Rechts betont, zugleich aber Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber angemahnt:

„Hier nun liegt es mir vor Allem am Herzen, auszusprechen, dass die Rechtswissenschaft die ihr der Gesetzgebung gegenüber angewiesene Stellung nicht überschätzen soll. Nicht immer und in zahlreichen Fällen nicht, ist der Jurist als solcher der berufene Gesetzgeber.“⁵⁸

Gegen das von *Wiethölter* entwickelte Methodenverständnis hat insbesondere *Ramm* in Loccum Stellung bezogen.⁵⁹ Die Frage, in welchem Umfang man einer Politisierung der Rechtsprechung, im Sinne einer Emanzipation der Rechtsprechung vom Gesetz, das Wort reden kann, hängt stark mit der Rolle des Rechts in der NS-Zeit zusammen. Waren die Rich-

52 Wie regelmäßig dies der Fall ist, ist umstritten, siehe auf der einen Seite *Zöllner*, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), 85 (85, 89) und andererseits *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, Tübingen 2017, S. 115.

53 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, S. 91.

54 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Tübingen 1960, S. 350 ff.

55 In: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung (Fn. 30), S. 15.

56 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 15), S. 23.

57 *Windscheid*, Kleine Schriften, Reden und Rezensionen, Teil 2, Leipzig 1984, S. 31.

58 *Windscheid*, Schriften (Fn. 57), S. 30 f.

59 *Ramm*, Reform (Fn. 44), S. 78 ff.

ter durch den Rechtspositivismus dem NS-Unrecht schutzlos ausgeliefert oder fand das NS-Unrecht nicht in weitaus stärkerem Umfang Eingang durch eine unbegrenzte Auslegung des bestehenden Rechts im Sinne der NS-Ideologie?⁶⁰ Wenngleich auch in *Radbruchs* Aufsatz von 1946 „Gesetzliches Unrecht und übergesetzlicher Richter“⁶¹ bereits deutlich wird, dass „grenzenlose Auslegung“ dem NS-Unrecht Bahn gebrochen hat, blieb doch vielfach hängen, dass der NS-Staat die Gefolgschaft seiner Juristen mit dem Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“ an sich zu binden wusste.

In gewisser Weise folgte das *Wiethöltersche* Methodenverständnis insoweit der üblichen Diskreditierung des Rechtspositivismus.⁶² Zurecht ist daher der Vorwurf erhoben worden, dass man nur die „rechte“ Elite durch eine „linke“ Elite ersetzen wollte, aber den demokratischen Kern des Rechtsstaats verfehlen würde, wenn man die Emanzipation des Richters vom Gesetz beibehalten wolle, nur den Richter nunmehr auf andere Ziele verpflichten würde.⁶³

Eine der Demokratie verpflichtete Rechtswissenschaft erfordert, vielmehr nicht vorschnell von der Auslegung in die Einlegung überzugehen. Mit Einlegung bezeichnet *Rüthers*, die von der objektiven Auslegung praktizierte Methode, aus einem Gesetzestext etwas herauszulesen, was man (der Interpret) zuvor erst hineingelesen hat (Einlegung), um so die subjektive, rechtspolitische Eigenproduktion als objektive Auslegung zu verkaufen.⁶⁴ Dort, wo allerdings richterliche Rechtsfortbildung notwendig ist, oder in den Worten *Kelsen*, die reine Rechtslehre zu keinem eindeutigen Ergebnis mehr führt und daher die Rechtspolitik beginnt,⁶⁵ ist diese darzulegen und zu verantworten.⁶⁶ Die Offenlegung des eigenen Wertungsmodells, die Darlegung der rechtspolitischen Begründung stellt hier einen Rationalitätsgewinn dar.⁶⁷

60 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl., Tübingen 1991, S. 98 ff.

61 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (105).

62 Hierzu jüngst *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, Tübingen 2017, S. 74.

63 *Ramm*, Reform (Fn. 45), S. 80. Hierzu auch die Kritik bei *Schelsky*, Die Arbeit tun die anderen, Opladen (Leverkusen) 1977, S. 378 und *Heldrich*, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts?, JuS 1974, 281 (285).

64 *Rüthers*, Revolution (Fn. 23), S. 56 f.

65 *Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 54), S. 350 ff.

66 *Rüthers*, Revolution (Fn. 23), S. 56 f.

67 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 53), S. 56 ff. und *Rüthers*, Revolution (Fn. 23), S. 168.

Für diesen Rationalitätsgewinn hat man allerdings den Preis eines substanziellen Verfahrens zu zahlen. Wer seine Wertungen offen legt und darlegt, dass diese nicht mehr vom Gesetz vollständig determiniert sind, sagt damit gleichzeitig, auch eine andere Entscheidung wäre denk- und begründbar gewesen. Wenn man so will, fehlt der Jurisprudenz damit eine greifbare Rationalität einer exakter gewordenen Wissenschaft.⁶⁸ In diesem Sinne ist die in Loccum aufgestellte Forderung nach einer Demokratisierung der Rechtswissenschaft eine immens verfahrensrechtliche Frage. Entfällt die methodische Sicherheit oder die methodische Selbsttäuschung, es gäbe nur eine richtige Lösung des Rechtsfalls, kommt dem Prozess, genauer gesagt der Theorie des Zivilprozessrechts⁶⁹ eine herausragende Bedeutung zu. Angesprochen ist damit die Frage, wie der Richter zu seinem Urteil kommt und wie der dezisionistische Teil jedes Urteils legitimiert werden kann. Diese in Loccum aufgeworfene Fragen an das Prozessrecht wurde in den siebziger Jahren in Hannover diskutiert. (Hierzu näher unter IV).

III. Fachbereich Rechtswissenschaften oder die neue Staatswissenschaftliche Fakultät

1. Inhaltliche Strukturvorgaben

Diese maßgeblich auch von den Loccumer Tagungen angestoßene Reform der juristischen Ausbildung mündete in der Änderung des Deutschen Richtergesetzes vom 10. September 1971.⁷⁰ Die Bundesregierung berief sich in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes auf das Bochumer, Hamburger, Heidelberger und Loccumer Modell.⁷¹ Bewusst hat man sich nicht für ein Modellentwurf entschieden, sondern die Entwicklung offen gehalten, um unterschiedliche Erfahrungen sammeln zu können. An dem Experiment der Einstufigen Juristenausbildung beteiligten sich sieben Bundesländer. Dabei erfolgte die Implementierung der Einstufigen Juristenausbildung vorwiegend an neugegründeten Universitäten (Bayern, Augsburg und Bayreuth; Baden-Württemberg, Kon-

68 Hierzu und dem Werturteilstreit *Wolf* (Fn. 18), § 4 Rn. 37a ff.

69 So der Titel der kleinen Monographie von *Günter Stahlmann* von 1979.

70 BGBl. I 1971, 1557.

71 BT-Drs. VI/1380, S. 7.

stanz; NRW, Universität Bielefeld; Rheinland-Pfalz, Trier⁷²). Nicht ganz in die Reihe fügt sich die Technische Universität Hannover ein. Bei der Technischen Universität handelte es sich zwar um keine Neugründung, aber der Fachbereich Rechtswissenschaften wurde neu gegründet. Zuvor gab es nur das 1965 gegründete Seminar für Rechtswissenschaften, dessen Direktor Helmut Pieper zugleich der Syndikus der Technischen Universität Hannover war.⁷³ Eine Besonderheit stellt auch die Einphasige Juristenausbildung in Hamburg dar. Die Juristische Fakultät gehört zwar zu den Gründungsfakultäten der 1919 gegründeten Fakultät. Für die Durchführung der Erprobung der Einstufigen Juristenausbildung wurde aber ein eigener Fachbereich gegründet (Rechtswissenschaft II).⁷⁴

Die Umsetzung der Einphasigen Ausbildung erfolgte in den verschiedenen Modellen höchst unterschiedlich.⁷⁵ Dabei lassen sich jedoch die süddeutschen Modelle deutlich von den norddeutschen Modellen unterscheiden.⁷⁶ So erfolgte die Integration der Praxisphasen in den süddeutschen Modelle in Intervallen, während man in den norddeutschen Modellen die Praxis in den Universitätsunterricht stärker integrierte.⁷⁷ Wesentlicher Unterschied war aber, in welchem Umfang man die Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung integrieren wollte.⁷⁸ Den Geist von Loccum wollte man vor allem in den drei norddeutschen Modellen der Einstufigen

72 Die Universität Trier wurde zwar bereits 1473 gegründet, aber unter französischer Besatzung 1798 geschlossen und 1979 wiedergegründet.

73 *Catalogus Professorum 1831-1981*, in: Seidel (Hrsg.), *Festschrift zum 150jährigen Bestehen der Universität Hannover*, Bd. 2, Stuttgart 1981, S. 233 und *Rebe*, *Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift zum 150jährigen Bestehen der Universität Hannover*, Bd. 1, Stuttgart 1981, BdS. 434.

74 Hierzu *Bachmann*, in: Nicolaysen/Krause/Zimmermann (Hrsg.), *100 Jahre Universität Hamburg*, Bd. 3, Göttingen 2022, S. 527 ff. Hierzu auch *Wassermann/Kirchner/Kröpil*, *Juristenausbildung* (Fn. 25), S. 10.

75 *Gilles*, *Juristenausbildung und Zivilverfahrensrecht*, ZZZ 95 (1982), 373 (382, 388 f.).

76 *Braun*, *Juristenausbildung in Deutschland*, Berlin 1980, S. 17 ff.

77 *Schlosser*, in: *Juristische Fakultät der Universität Augsburg* (Hrsg.), *Die Augsburger Juristenausbildung*, Augsburg 1980, S. 16 f.

78 Hierzu *Hesse*, *Soziologie in der Juristenausbildung*, in: Göhmann (Hrsg.), *Festschrift zur 150-Jahr-Feier des Rechtsanwaltsvereins Hannover e.V. (1831 - 1981)*, Hannover 1981, S. 134 (134 ff.). Hierzu auch *Schneider*, *Die Reform der Juristenausbildung in Hannover – vor dreihundert Jahren und heute*, a.a.O., S. 229.

Juristenausbildung in Bremen, Hamburg II und Hannover zu verwirklichen suchen.⁷⁹

In der Person von *Rudolf Wassermann* war der Geist von Loccum bei der Errichtung des Fachbereichs präsent. Wassermann war ursprünglich Präsident des Landgerichts Frankfurt und stellvertretender Bundesvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen. 1971 wurde er zum Präsidenten des Obergerichts Braunschweigs ernannt.⁸⁰ In dieser Funktion konnte er entscheidenden Einfluss auf die Planung und Gründung des Fachbereichs nehmen. So wurde er Vorsitzender der im Juni 1971 eingesetzten Kommission zur Vorbereitung der Einstufigen Juristenausbildung. Die Kommission erarbeitete die Grundlagen der Einstufigen Juristenausbildung in Hannover. Die Arbeit mündete in dem Gesetz über die Einstufige Juristenausbildung.⁸¹ Dieses und die darauf aufbauende Ausbildungs- und Prüfungsordnung⁸² machten dem Fachbereich weitgehend organisatorische und inhaltliche Vorgaben. So verpflichtete § 2 Abs. 2 EJAG die Fakultät, in den Lehrveranstaltungen nicht nur Rechtsfragen zu erörtern, sondern auch die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften zu diesen Rechtsfragen mit darzustellen. Es sollte der Zusammenhang zwischen den dogmatischen Rechtsfragen und der Außensicht auf diese dogmatischen Rechtsfragen aus der Sicht der Soziologie, der Politologie, der Kriminologie, der Wirtschaftswissenschaften und der Psychologie dargestellt werden. Gleichfalls wurde die Integration von Theorie und Praxis gesetzlich vorgeschrieben, § 2 Abs. 2 EJAG. Bei den Lehrveranstaltungen sollte der praktische Bezug des Rechtsstoffs verdeutlicht werden, um so die Studenten auf die praktischen Ausbildungsabschnitte vorzubereiten. Die in den praktischen Ausbildungsabschnitten erworbenen Kenntnisse sollten wissenschaftlich reflektiert werden (Integration von Theorie und Praxis). Dabei schrieb § 54 APrO die Prüfungsleistungen für die Lehrveranstaltung Theorie und Praxis genau vor. Danach mussten die beiden angebotenen schriftlichen Teilleistungen bestanden werden. Die erste Teilleistung diente dem Nachweis der Einübung der praktischen Fähigkeiten und die zweite

79 v. de Loo, Die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Widerstreit. Die einstufige Juristenausbildung in Bremen und Hamburg – Rückblick, Reflexion und Ausblick, Interview mit Wolfgang Hoffmann-Riem und Alfred Rinken, KJ 2016, 589 (603).

80 Hierzu ausführlich *Litten*, Politisierung der Justiz, Hamburg 1971, S. 9 ff.

81 Gesetz über die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen (Nds. EJAG), Nds. GVBl. 1974, S. 214 ff.

82 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die einstufige Juristenausbildung (Nds. APrO), Nds. GVBl. 1975, S. 4 ff.

Teilleistung sollte auf die kritische Analyse der Praxisprobleme gerichtet gewesen sein.

Das Gesetz über die Einstufige Juristenausbildung und die Ausbildungs- und Prüfungsordnung gab auch den Aufbau des Studiums weitgehend vor. Danach gliederte sich das Studium in Eingangsphase und Hauptphase, welche sich wiederum in das Hauptstudium und die Pflichtpraktika unterteilte. Schließlich schloss das Studium mit der Spezialisierungsphase ab, die sich in Wahlstudium und Wahlpraktikum unterteilte.

In der Eingangsphase sollte durch eine Einführung in die Rechts- und Sozialwissenschaften die Grundlagen für die Ausbildung geschaffen werden. Es wurden u.a. Vorlesungen zu „Student und Hochschule“⁸³ oder „Recht und Gesellschaft“, „Einführung in die Ökonomie“⁸⁴ und „Einführung in die Soziologie“⁸⁵ angeboten. Vermittelt wurden im ersten Semester auch die Methoden der empirischen Sozialforschung.⁸⁶ Die Reflexion der Rechtswissenschaft sollte durch die Sozialwissenschaften erfolgen, welche ursprünglich einen Schwerpunkt im ersten Studienjahr bildeten.⁸⁷

Die Darstellung des dogmatischen Stoffes der Rechtswissenschaft orientierte sich dabei nur noch zum Teil an der rechtsdogmatischen Einteilung und suchte stattdessen den Zugang über Lebenszusammenhänge: Vorlesungen zu Status und Teilhabe I (Vertragsfreiheit)⁸⁸, Status und Teilhabe II (Freiheit und Eigentum)⁸⁹, Abweichendes Verhalten: Verbrechen und Sanktion⁹⁰ oder Student und Hochschule⁹¹ wurden angeboten. Die Darstellung anhand der Lebenszusammenhänge ging unmittelbar auf § 45 der Nds. AP rO zurück. Dort wurden die Themenfelder der Leistungskontrolle so beschrieben und dienten damit als Vorlage für die Vorlesungen. Das Zivilprozessrecht firmierte als „Durchsetzung privater Rechte“⁹².

83 Z.B. Hesse, Sommersemester 1980.

84 Z.B. Spieß, Magoulas und Frank im Sommersemester 1980.

85 Z.B. Kaupen und Caesar-Wolf im Sommersemester 1980.

86 Caesar-Wolf und Treiber im Sommersemester 1980.

87 *Brink*, Juristenausbildung in der Kritik – Betroffene berichten. Sozialisation eines „neuen Juristen“, KJ 1981, 141 (142), zu dem Bericht von Brink auch den Bericht von *Berlit/Dreier*, Ambivalenz der Ausbildungsreform – Auseinandersetzung mit einem Erfahrungsbericht, KJ 1981, 150 ff.

88 Z.B. Vorlesungsverzeichnis Wintersemester 1976/77, S. 201 (Greulich, Walther, Rebe).

89 Z.B. Vorlesungsverzeichnis Sommersemester 1980, S. 316 (Voegeli/Hartwig).

90 Z.B. Vorlesungsverzeichnis Sommersemester 1980, S. 316 (Sack/Kargl).

91 Z.B. Vorlesungsverzeichnis Sommersemester 1983, S. 399 (Hesse).

92 § 45 Abs. 1 Nr. 2 a) Nds. AP rO.

Aus heutiger Sicht bemerkenswert ist, dass bereits im zweiten Semester die unterschiedlichen juristischen Berufe mit der Vorlesung Berufssoziologie, Einführung in die juristischen Berufe vorgestellt wurden.⁹³ Daneben fand sich noch die Vorlesung Einführung in die juristische Praxis.⁹⁴ Ziel war es, den Studierenden die unterschiedlichen Qualifikationen, welche für die einzelnen Tätigkeiten als Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt und in der Verwaltung erforderlich sind, zu veranschaulichen. Es sollte so ein Bewusstsein für die einzelnen Berufsrollen geschaffen werden.⁹⁵

Die Lehrveranstaltungsreihe Theorie der Praxis wurde auch für höhere Semester angeboten. So fand für Studierende im achten Semester die Lehrveranstaltung Theorie der Praxis (Rechtsanwalt) statt. Angeboten wurde die Veranstaltung nicht nur von einem Dozenten, sondern von unterschiedlichen Dozenten mit unterschiedlichem Hintergrund.⁹⁶ Neben dieser Veranstaltung wurde der anwaltliche Praxisbezug auch durch das sogenannte Co. Teaching hergestellt.⁹⁷

Man muss sich allerdings vor einer nachträglichen Überhöhung der Einstufigen Ausbildung hüten. Die Umsetzung der theoretischen Zielsetzungen in den Studienalltag stellte insbesondere die Studierende vor große Herausforderungen. Forschendes Lernen hätte keinen Logenplatz gehabt.⁹⁸ Auch haben die Studierenden das Übungsangebot in den Theorie- und Praxislehrveranstaltungen zurückhaltend aufgenommen. *Düwel* führte dies einerseits auf die Arbeitsbelastung der Studierenden und andererseits auf die fehlende Vermittlung der Bedeutung dieser Übungen zurück.⁹⁹ Limitierender Faktor für die Integration der Sozialwissenschaftler ist für *Hesse* u.a. das Prüfungssystem und die Prüfungspraxis.¹⁰⁰ Hierin sieht auch *Voegeli* eines

93 Z.B. Vorlesungsverzeichnis Sommersemester 1980, S. 316 (Hesse).

94 Z.B. Vorlesungsverzeichnis Sommersemester 1980, S. 316 (Kaupen).

95 *Walther*, Modell Hannover und Anwaltsberuf: Ein Zwischenbericht, ZRP 1983, 64 (64 f.).

96 Vorlesungsverzeichnis Wintersemester 1982, Rechtsanwalt Helms, S. 343; Sommersemester 1980, Kaupen, S. 319 und Praktikum Rechtsanwalt Zwirner, S. 324.

97 Insgesamt zur anwaltsorientierten Juristenausbildung: *Walther* (Fn. 95), ZPR 1983, 64 ff.

98 So *Brink* (Fn. 87), KJ 1981, 145, deutlich freundlicher dem gegenüber jedoch die Beurteilung von *Berlit/Dreier* (Fn. 87), KJ 1981, 150 ff.

99 *Düwel*, Zur Einübung berufspraktischer Fertigkeiten an der Hochschule, DVBl. 1977, 149 (153 f.).

100 *Hesse*, Soziologie (Fn. 78), S. 137.

der Hauptprobleme.¹⁰¹ Darüber hinaus kritisiert er die fehlende Autonomie des Fachbereichs und die Durchgriffsmöglichkeiten der Bürokratie auf die Universitätsautonomie.¹⁰²

2. Organisatorische Strukturvorgaben

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Technischen Universität Hannover¹⁰³ wurde 1973 als Reformfakultät im Rahmen der Einstufigen Juristenausbildung gegründet. Die Kommission zur Vorbereitung der Einstufigen Juristenausbildung hob dabei drei Strukturprinzipien hervor, nämlich die Integration von Theorie und Praxis, die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Ausbildung und die Spezialisierung.¹⁰⁴

Insbesondere die Integration der Sozialwissenschaften schlug sich auch in der thematischen Ausrichtung der Lehrstühle nieder. In der Konsequenz dieses Ansatzes gab es in Hannover neben den Fachsäulen des Zivilrechts, Öffentlichen Rechts und des Strafrechts, die sogenannte vierte Säule (besser hätte man von der Staatswissenschaftlichen Säule gesprochen¹⁰⁵). Diese umfasste Lehrstühle für Politik (Otwin Massing und Peter von Oertzen) und Soziologie (Beate Cäsar-Wolf und Wolfgang Kaupen). Die Wirtschaftswissenschaften waren mit Jürgen Frank und später zusätzlich durch Georgios Magoulas vertreten. Hinzu kamen noch die Lehrstühle im Zentrum für Rechtsdidaktik (Hans Albrecht Hesse, Manfred Walther und Diether Huhn¹⁰⁶).¹⁰⁷

Die Juristische Fakultät hieß damals folgerichtig Fakultät für Rechtswissenschaften. Der Plural wurde, wie Walther schrieb, durchaus programmatisch verstanden.¹⁰⁸ Damit (Rechtswissenschaften) sollte zum Ausdruck

101 Voegeli, Einphasige Juristenausbildung: Zur Pathologie d. Reform, Frankfurt 1979, S. 202.

102 Voegeli, Einphasige Juristenausbildung (Fn. 101), S. 202 ff.

103 Universität Hannover hieß die Leibniz Universität erst nach der Integration der Pädagogischen Hochschule 1978, den Namen Leibniz Universität nahm sie erst 2006 an.

104 Niedersächsisches Ministerium der Justiz (Hrsg.), Modell Hannover. Vorschläge für die Einführung einer einstufigen Juristenausbildung in Niedersachsen, Hannover 1972, S. 13 ff. Siehe auch BT-Drs. 7/3604, S. 11.

105 Hierzu Schneider, Reform (Fn. 78), S. 229.

106 Vorlesungsverzeichnis Wintersemester 1975/76 und Sommersemester 1976, S. 83.

107 Gute Strukturdaten liefert der Catalogus Professorum 1831-1981 der Festschrift zum 150jährigen Bestehen der Universität Hannover (Fn. 73).

108 Walther (Fn. 95), ZRP 1983, 64 Fn. 5.

kommen, dass nicht nur die Rechtswissenschaft als dogmatisches Fach erforscht und gelehrt werden soll. Vielmehr wollte man im Sinne der staatswissenschaftlichen Tradition, das durch die Rechtsordnung gestaltete Zusammenleben auch unter wirtschaftswissenschaftlichen, politikwissenschaftlichen und soziologischen Blickwinkel untersuchen und lehren.¹⁰⁹

Die Einrichtung des Zentrums für Rechtsdidaktik forderte das Gesetz über die Einstufige Juristenausbildung.¹¹⁰ Damit sollten die Erfahrungen, die bei der Durchführung der Einstufigen Juristenausbildung gemacht wurden, ausgewertet werden. Ein Kennzeichen der Einstufigen Juristenausbildung in Hannover war, dass diese sehr weitgehend durch das Gesetz über die Einstufige Juristenausbildung¹¹¹ und der darauf aufbauenden Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die Einstufige Juristenausbildung¹¹² staatlich geregelt wurde.¹¹³

Für die Anfangsphase der Fakultät bietet einen guten Überblick über die Zusammensetzung des Lehrkörpers, neben den Vorlesungsverzeichnissen, vor allem der Catalogus Professorum von 1981.¹¹⁴ Danach gab es vier Lehrgebiete¹¹⁵ u.a. für Zivilprozessrecht. Im Einzelnen:

Das Lehrgebiet für Zivilrecht und Verfahrensrecht: *Peter Gilles*¹¹⁶ und *Harald Koch*.¹¹⁷

109 *Schneider*, Reform (Fn. 78), S. 230.

110 Nds. GVBl. 1974, S. 214, § 20.

111 Nds. GVBl. 1974, S. 214.

112 Nds. GVBl. 1975, S. 4.

113 Zur Kritik an dieser staatlichen, die Hochschulautonomie einschränkenden Regelung: *Voegeli*, Einphasige Juristenausbildung (Fn. 101), S. 202 f.

114 Catalogus Professorum 1831-1981 (Fn. 73), S. 401 f.

115 Der Fachbereich Rechtswissenschaften verfügte früher über keine Institute, sprachlich wurde auch der Begriff Lehrstuhl nicht verwendet. Ein Lehrgebiet konnte eine Professorenstelle oder auch zwei Professorenstellen umfassen, wobei die Professorenstellen unterschiedlichen Besoldungsgruppen (C4 und C3) zugeordnet waren.

116 Peter Gilles (* 6.2.1938; † 22.10.2020) – Gilles lehrte von 1975 bis 1979 in Hannover und wechselte dann nach Frankfurt am Main zurück. Kurzbiographie in Catalogus Professorum, Bd. 2 der Festschrift zum 175-jährigen Bestehen der Universität Hannover, Hildesheim 2006, S. 146. Das Schriftenverzeichnis findet man unter <https://web.archive.org/web/20151125051258/http://www.jura.uni-frankfurt.de/42793389/veroeffentlichungen>.

117 Harald Koch (* 19.1.1943) – Harald Koch lehrte in Hannover von 1980 bis 1992, ab dann zunächst Rostock und schließlich Humboldt Universität Berlin. Kurzbiographie in Catalogus Professorum (Fn. 116), S. 260. Das Schriftenverzeichnis findet sich unter <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/em/kch/pub>.

Das Lehrgebiet Zivilrecht A für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht: *Helmut Pieper*.¹¹⁸

Das Lehrgebiet B für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, sowie Internationales Wirtschaftsrecht: Hilmar Fenge¹¹⁹ 1982 bis 2000 und Oskar Hartwig.¹²⁰

Das Lehrgebiet C für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht: Johannes Köndgen.¹²¹

Neben diesen sechs Kollegen, die in einem ausdrücklich auch dem Zivilprozess gewidmeten Lehrgebiet tätig waren, hatte Eberhard Dorndorf noch eine *venia* im Zivilprozessrecht.¹²² (Lehrgebiet Zivilrecht, Arbeitsrecht)

Des Weiteren gab es noch das Lehrgebiet für Zivilrecht und Wirtschaftsrecht mit Wolfgang Kilian¹²³ und Bernd Rebe¹²⁴. Wolfgang Kilian nahm bereits an den beiden Tagungen in Loccum zur Reform der Juristenausbildung 1968 und 1969 teil. Er war Mitverfasser der Loccumer Vorschläge

118 Helmut Pieper (* 13.2.1922; † 9.3.2011) – Pieper lehrte von 1965 bis zu seiner Emeritierung 1991 an der Universität Hannover, Kurzbiographie in *Catalogus Professorum* (Fn. 116), S. 388. Das Schriftenverzeichnis findet sich in Salje (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Pieper*, Hamburg 1998, S. 687.

119 Hilmar Fenge (* 28.10.1931) – Fenge lehrte vom 1980 bis zu seiner Pensionierung 1999 in Hannover. Kurzbiographie in *Catalogus Professorum* (Fn. 116), S. 113. Schriftenverzeichnis: <https://web.archive.org/web/20151229205618/http://www.jura.uni-hannover.de/669.html>.

120 Oskar Hartwig (* 4.12.1936; † 26.8.2001) – Hartwig lehrte seit 1976 bis zu seinem Tod an der Universität Hannover. Kurzbiographie in *Catalogus Professorum* (Fn. 116), S. 101. Ausgewählte gesammelte Schriften: *Hartwig, Tatsachen und Normarbeit im Rechtsvergleich*, Tübingen 2003.

121 Johannes Köndgen (* 1.5.1946) – Köndgen lehrte 1980 bis 1983 in Hannover, anschließend in Hamburg, St. Gallen und zuletzt in Bonn. Das Schriftenverzeichnis findet sich in Casper et al. (Hrsg.), *Festschrift für Johannes Köndgen zum 70. Geburtstag*, Köln 2016, S. 705 ff.

122 Eberhard Dorndorf (* 26.4.1934) – Dorndorf lehrte seit 1975 bis zu seiner Emeritierung in Hannover. Kurzbiographie in *Catalogus Professorum* (Fn. 116), S. 93. Aus prozessrechtlicher Sicht ist seine Dissertation, *Rechtsbeständigkeit von Entscheidungen und Wiederaufnahme des Verfahrens in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1969 und Stichwort *Prozeßrecht* in Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Bd. 2, Hamburg 1974, 301 ff.

123 Wolfgang Kilian (* 3.2.1939) – Kilian lehrt seit 1974 an der Universität Hannover, Lebenslauf und Schriftenverzeichnis unter <https://www.iri.uni-hannover.de/de/institut/personenverzeichnis/wolfgang-kilian>.

124 Bernd Rebe (* 5.9.1939; † 12.12.2013) – Rebe lehrte von 1975 bis 1983 an der Universität Hannover. Von 1979 bis 1981 war er Vizepräsident der Universität Hannover und von 1983 an Präsident der Technischen Universität Braunschweig.

zur Reform der Juristenausbildung.¹²⁵ Er war der einzige Verfasser der Loccumer Reformvorschläge, der an der Universität Hannover lehrte.

Die zivilrechtliche Fachsäule war mit neun Professuren genauso stark vertreten, wie die vierte Säule. Die öffentlich-rechtliche Fachsäule verfügte über vier Professoren. In der strafrechtlichen Säule waren gleichfalls vier Professoren vertreten.¹²⁶

IV. Zivilprozessrecht – ohne Altar und Thron

Altar und Thron haben, so die Analyse von *Wiethölter*, die Funktion als Halterung einer demokratischen und sozialen Gesellschaft verloren.¹²⁷ Der Satz steht für einen dreifachen Gewissheitsverlust. (1) Gesetze legitimieren sich nicht mehr durch Thron und Altar, sondern bedürfen der demokratischen Rechtfertigung. Sie entstehen folglich in einem politischen Setzungsprozess. (2) Die Anwendung der abstrakten Gesetze auf einen konkreten Sachverhalt kann nicht (mehr¹²⁸) als das Ergebnis einer rein logischen Subsumtion begriffen werden. (3) Da der politische Gesetzgeber das Ergebnis der Rechtsanwendung nicht mechanisch steuern kann, gewinnt die Rechtsanwendung selbst eine politische Bedeutung. Insbesondere die letzte Implikation rückt das Verfahrensrecht in das Zentrum der Betrachtung. Trifft der Richter bei seinen Entscheidungen notwendigerweise auch eine politische Entscheidung, stellt sich die Frage, wie dies zu legitimieren ist, wenn eine höhere Macht (Thron und Altar) weggefallen ist. Kurz: Es geht um die Legitimation der richterlichen Entscheidung.

Die wohl immer noch herrschende objektive Auslegung¹²⁹ vermeidet im Grunde die Frage der Legitimation der gerichtlichen Entscheidung zu stellen. Indem man behauptet, das Gesetz habe sich von seinem Autor,

125 Loccumer Protokolle 15/1969, S. 120.

126 Dem Kollegium gehörte mit Beatrice Caesar-Wolf nur eine einzige Frau an.

127 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 15), S. 21.

128 Die Diskussion, wie Gesetze auszulegen sind, ist im Grunde sehr alt. Vgl. nur: *Wacke*, *Res iudicata pro veritate accipitur?* Die Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz, in: *Harrer/Honssell/Mader* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag*, Wien 2011, S. 489 ff.; *Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, AcP 112 (1914), 1 ff.

129 Hierzu *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 50), Rn. 796 ff.

dem Gesetzgeber, emanzipiert,¹³⁰ kann man die objektive Auslegung, oder in den Worten von *Rüthers* die subjektive Einlegung, als vom Gesetzgeber legitimiert, begreifen.

Mit der Frage, ob ein Justizsyllogismus noch für eine Theorie des Zivilprozessrechts geeignet ist, befassten sich mehrere Autoren des Fachbereichs in der Anfangsphase der Einstufigen Juristenausbildung. Zum Teil entstanden deren Arbeiten bereits vor der Berufung nach Hannover. So gingen sowohl *Dorndorf*¹³¹ als auch *Gilles*¹³² in ihren jeweiligen Qualifikationsarbeiten¹³³ der Frage nach, welcher Zweck mit dem Zivilprozess verfolgt wird. In beiden Arbeiten geht es um die Rechtbeständigkeit gerichtlicher Entscheidungen. Beide Arbeiten untersuchen nicht formal, konstruktionsjuristisch die Rechtsbehelfe, sondern gehen der Frage nach, welcher Zweck mit dem Verfahren verfolgt wird. Eng damit verbunden ist die im Grunde wissenschaftstheoretische Frage, ob es in einem gerichtlichen Verfahren eine richtige Entscheidung geben könne. *Dorndorf* wendet sich gegen die Ansicht, die die materielle Rechtslage als eine vom Prozess unabhängige geistige Realität begreift, welche es nur zu erkennen und evident zu machen gilt.¹³⁴ Demgegenüber hält *Dorndorf* fest, dass jede Anwendung eines Gesetzes auf einen konkreten Fall eine produktive Tätigkeit sei.¹³⁵

Ganz ähnlich ist der Grundansatz von *Gilles*. Auch er stellt die mechanische objektive Abbildung der Rechtslage im Prozess in Frage.¹³⁶ In Hannover entstand sein Beitrag für die Festschrift *Schiedermair*.¹³⁷ Ausgangspunkt des Beitrags ist die Auseinandersetzung mit der *Luhmannschen* Verfahrenstheorie. In dem Beitrag wendet sich *Gilles* einerseits gegen die herrschende Zweckdefinition, wonach der Richter auf den historischen Sachverhalt die außerhalb des Prozesses feststehende materielle Privatrechtsordnung

130 Zu dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Normsetzung und Rechtsanwendung jüngst BVerfG NJW 2011, 836 Rn. 52.

131 *Dorndorf*, Rechtsbeständigkeit von Entscheidungen und Wiederaufnahme des Verfahrens in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1969.

132 *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozeß, Frankfurt am Main 1972.

133 Beides waren Frankfurter Qualifikationsarbeiten, bei *Dorndorf* die Promotion, bei *Gilles* die Habilitationsschrift.

134 *Dorndorf*, Rechtsbeständigkeit (Fn. 131), S. 36.

135 *Dorndorf*, Rechtsbeständigkeit (Fn. 131), S. 37.

136 *Gilles*, Rechtsmittel (Fn. 132), S. 52.

137 *Gilles*, Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozess, in: Lüke/Jauernig (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183 ff.

anzuwenden habe.¹³⁸ Die richterliche Erkenntnisgewinnung könne nicht in einem strikt konditional programmierten Entscheidungsprozess oder in einer schlicht logisch-deduktiven Subsumtion gesehen werden.¹³⁹ Der Zweck des Prozesses könne aber auch nicht in einem Verfahren gesehen werden, das – unabhängig vom Inhalt – lediglich auf der Akzeptanz der gerichtlichen Entscheidung als staatlicher Machtausdruck gesehen wird. Es gelte – auch mit Hilfe der Verfahrensgrundrechte – eine relative, menschenmögliche Gerechtigkeit herzustellen.¹⁴⁰

Die wohl weitreichendste, um nicht zu sagen weltweite Sichtbarkeit hat der Fachbereich Rechtswissenschaften mit dem ersten Weltkongress für Zivilprozessrecht 1977 erlangt. Die *associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile* (AISPC) hat bereits 1950 zu dem ersten internationalen Kongress für Prozessrecht nach Italien eingeladen. Der sechste internationale Kongress für Zivilprozessrecht fand vom 27. August bis zum 4. September 1977 in Gent statt. Es war der erste Kongress, an dem Juristen aus 45 Nationen teilnahmen und alle Kontinente vertreten waren. Mit dem Kongress in Gent begann für die International Association of Procedural Law eine neue Zählung. Der Kongress, der unter dem Generalthema „Towards a Justice with a Human Face“ stand, wurde als erster Weltkongress bezeichnet.

Grundlage für die Beratung waren die Länderberichte zu den einzelnen Themen. Gilles war Herausgeber des deutschen Länderberichts.¹⁴¹ Der Länderbericht enthielt zehn unterschiedliche Teilberichte, wie „Grundprinzipien des Zivilprozeßrecht“ (Arens), „Zugang zum Gericht für Unterprivilegierte“ (Baumgärtel), „Die Beweisführung im Prozeß“ (Bruns). Gilles selbst verfasste den Unterabschnitt „Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung“. Hierin diskutierte er u.a. die Frage, ob nicht das Demokratiegebot eine Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt fordert, welche aber aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit nur als Intrakontrolle der Dritten Gewalt ausgestattet sein kann.¹⁴² Ausführlich geht er auf die Kostenproblematik ein. Dabei differenziert er zwischen der

138 Gilles, *Verfahrensfunktionen* (Fn. 137), S. 190.

139 Gilles, *Verfahrensfunktionen* (Fn. 137), S. 190.

140 Gilles, *Verfahrensfunktionen* (Fn. 137), S. 197.

141 Gilles (Hrsg.), *Humane Justiz – Die deutschen Länderberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilprozessrecht in Gent 1977*, Kronberg im Taunus 1977.

142 Gilles, *Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung*, in: ders. (Hrsg.), *Humane Justiz* (Fn. 141), S. 159. Vgl. zu diesem Gedanken: *Vofßkuhle*, *Rechtsschutz gegen den Richter: Zur Integration der Dritten Gewalt in das*

Justizbarriere, welche bei allen ökonomisch-rational handelnden Parteien ausgelöst wird, wenn die Kosten den Streitwert nahezu „auffressen“. Gilles unterscheidet dabei zwischen dieser psychischen Zugangssperre und der totalen Justiz- oder Rechtsmittelschranke wegen des unzureichenden Armenrechts (heute Prozesskostenhilfe).¹⁴³ Kritik widerfährt bei Gilles auch, dass derjenige, der in Revisionsinstanz unterliegt, die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat, auch wenn die Aufhebung des Berufungsurteils auf einem schweren Fehler des Berufungsgerichts basiert.¹⁴⁴ Eine Reform des Kostenrechts im Rechtsmittelverfahren bezeichnet Gilles als die dringendste Aufgabe. Daneben plädiert er für einen einheitlichen, dreistufigen Instanzenzug mit einer Stärkung der ersten Instanz.¹⁴⁵ Forderungen, die noch heute aktuell sind.

Das Thema Verfahrenszweck wurde auch von Günther Stahlmann¹⁴⁶ in einer kleinen Monographie behandelt.¹⁴⁷ In der Schrift ging es, wie der Untertitel sagt, um eine Legitimation des Urteils durch Verfahren. Ausgangspunkt ist die Frage, wie sich der Prozess zum Gesamtsystem der Gesellschaft und zur Abnahmebereitschaft der Parteien verhält.¹⁴⁸ Breiten Raum nimmt, auch zeitbedingt, die Auseinandersetzung mit der sozialpsychologischen Verfahrenstheorie von Luhmann¹⁴⁹ ein. Er sieht idealtypisch zwei mögliche Prozessrechtstheorien. Die erste begreift den Prozess als reinen Erkenntnisvorgang. Im Prozess soll die außerhalb des Prozesses bereits vorhandene rechtliche Realität abgebildet werden. Es geht um einen

verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.

143 Gilles, Berufung (Fn. 142), S. 162. Vgl. hierzu: Wolf, Die jüngere Geschichte der Bundesrechtsanwaltskammer – zwischen Autonomie, Fremdbestimmung und De-regulierung, in: Gaier (Hrsg.), Festschrift 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, Köln 2019, S. 163 ff., wo ich zwischen der subjektiv-absoluten Kostensperre und der objektiv-relativen Kostensperre unterscheide. Letztere betrifft die Fälle, die Gilles als psychische Zugangssperre bezeichnet.

144 Gilles, Berufung (Fn. 142), S. 162.

145 Gilles, Berufung (Fn. 142), S. 165 f.

146 Günther Stahlmann war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Helmut Pieper, Vorlesungsverzeichnis WS 1976/77, S. 83. U.a. veröffentlichte er sozialwissenschaftliche Überlegungen zur Beweislehre, JA 1978, 157 ff., 216 ff., 268 ff., sowie zusammen mit Pieper und Breunung, Sachverständige im Zivilprozeß, München 1982.

147 Stahlmann, Zur Theorie des Zivilprozessrechts, Königstein im Taunus 1979.

148 Stahlmann, Zivilprozessrecht (Fn. 147), S. 29.

149 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, zitiert nach Frankfurt am Main, 1983. Erstmals erschienen ist das Werk bei Luchterhand, Neuwied 1969.

weitgehend beherrschbaren intellektuellen Akt.¹⁵⁰ Die zweite idealtypische Prozessrechtstheorie begreift die Rechtsordnung als unzureichenden Plan mit Lücken und zu abstrakt, um konkrete Fälle zu lösen. Nach dieser Theorie muss die Lösung des konkreten Falls erst im Prozess entwickelt werden. Für die Legitimation bedarf es eines Verfahrens, welche die erforderliche Legitimation einlösen kann. Der Fokus ist stärker auf die verfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundrechte zu legen.¹⁵¹ Besonders deutlich macht *Stahlmann*, worum es ihm dabei in seiner Buchbesprechung von *Haverkate*, Gewißheitsverlust im juristischen Denken, geht.¹⁵² Der Diskurs, so *Stahlmann*, als einziges Mittel der Konfliktlösung, setzt wie das Vertragsmodell annähernd gleich starke Parteien voraus.¹⁵³ Dies sei jedoch nicht annähernd gegeben, es wäre vielmehr Aufgabe des Sozialstaats dafür zu sorgen, dass sich die soziale Ungleichheit nicht perpetuiere, sondern abgebaut wird. Als einen konkreten Schritt hierzu nennt *Stahlmann* die Kosten des Verfahrens. „Wenn gerichtliche Konfliktbearbeitung als gesellschaftlich produktive Leistung einzuschätzen ist, dann ist es bedenklich, solche für die Gesellschaftsentwicklung notwendigen Instrumente von der individuellen Zahlungskraft abhängig zu machen.“¹⁵⁴

Aus einem anderen Blickwinkel befasst sich die Monographie von *Hartwig* und *Hesse* mit dem Gewissheitsverlust juristischer Dogmatik.¹⁵⁵ Im Mittelpunkt ihrer Überlegungen steht das Rechtsgefühl, welches für die Steuerung der Entscheidungsfindung eine zentrale Bedeutung hat. In Anlehnung an *Max Weber* sehen sie drei Formen der gerichtlichen Entscheidungsfindung, nämlich die Kadi Justiz, die empirische Rechtsfindung und die rationale Rechtsfindung.¹⁵⁶ Der Name Kadi geht zurück auf den arabischen Namen Qādī für Entscheider oder Richter. *Max Weber* versteht damit eine Rechtsprechung, bei der der Fürst nach Belieben in die Rechts-

150 *Stahlmann*, Zivilprozessrecht (Fn. 147), S. 72.

151 *Stahlmann*, Zivilprozessrecht (Fn. 147), S. 72.

152 *Stahlmann*, Rezension und Besprechung der Schrift von *Haverkate*: „Gewissheitsverluste im juristischen Denken“, *Rechtstheorie* 10 (1979), 247 (247 ff.).

153 *Stahlmann* (Fn. 152), *Rechtstheorie* 1979, 248. Zur Vertragsparität als Voraussetzung der Privatautonomie viel später BVerfGE 89, 214 ff. (sog. Bürgschaftsentscheidung).

154 *Stahlmann*, Zivilprozessrecht (Fn. 147), S. 76.

155 *Hartwig/Hesse*, *Die Entscheidung im Zivilprozess – Ein Studienbuch über Methode, Rechtsgefühl und Routine in Gutachten und Urteil*, Königstein im Taunus 1981.

156 *Hartwig/Hesse*, *Entscheidung* (Fn. 155), S. 40 f.

pflege eingreifen kann.¹⁵⁷ Beide verwenden den Begriff Kadi Justiz im Sinne Judiz – Justiz, also im Sinne einer Rechtsfindung nach ethischen oder anderen praktischen Werturteilen. Das Besondere dabei ist aber, dass die Judiz-Justiz in der Regel nicht aufgedeckt wird.¹⁵⁸ Unter der empirischen Rechtsfindung verstehen beide die Orientierung an anderen Entscheidungen, insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung und deren Leitsätzen. Schließlich verstehen sie unter der rationalen Rechtsfindung die formal-logische Begründung der Entscheidung. In der juristischen Ausbildung, insbesondere mit der Relationstechnik, wird ein zu großer Fokus auf die rationale Rechtsfindung gelegt. Hierdurch wird von der Entscheidungsfindung auf die Entscheidungsbegründung abgelenkt.¹⁵⁹

V. Was bleibt?

Um auf den Ausgangspunkt zurückzukommen: Mit der Einstufigen Juristenausbildung sollte eine Verkürzung der Ausbildungszeit erreicht werden. Gesetzlich vorgeschrieben wurde die Integration von Theorie und Praxis (§ 2 Abs. 3 EJAG). Rechtsfragen sollten unter Einbeziehung der Erkenntnis der Sozialwissenschaften dargestellt werden (§ 2 Abs. 2 EJAG). Blickt man auf die Einstufige Juristenausbildung zurück und betrachtet die heutige Situation, kommt man um folgende Feststellungen nicht umhin:

(1) Die Lehre an der Juristischen Fakultät hat sich in einer ganzen Reihe von Punkten verändert. Der Zugang zu den dogmatischen Fragestellungen ist schon alleine dadurch erleichtert worden, indem die Gliederung der Vorlesung nicht mehr anhand der Lebenszusammenhänge¹⁶⁰ gegliedert wird, sondern wieder von den dogmatischen Systematisierungszusammenhängen. Wenn auch nicht für alle, doch jedenfalls für viele Studierende, werden an der Fakultät nunmehr vertiefte Einblicke in die Praxis geboten.

157 Hierzu: *Schneider*, Qâdî und Qâdî-Justiz im vormodernen und modernen islamischen Recht, in: Scholler/Tellenbach (Hrsg.), Positionen und Aufgaben des Richters nach westlichem und islamischem Recht, Tübingen 2007, S. 55.

158 *Hartwig/Hesse*, Entscheidung (Fn. 155), S. 40 f.

159 *Hartwig/Hesse*, Entscheidung (Fn. 155), S. 27. Siehe die Entscheidungsfindung als Aufgabe des Anwaltsschriftsatzes: *Wolf*, Der Anwaltsschriftsatz, in: Rechtsanwalts- und Notarverein Hannover e.V. (Hrsg.), Festschrift 190 Jahre Rechtsanwalts- und Notarverein Hannover: 1831-2021, Köln 2021, S. 205 ff.

160 § 45 Nds. AP rO.

Hierfür stehen die Legal Clinic, die Refugee Law Clinic und vielleicht bald die Tax Law Clinic.

Darüber hinaus hat die Praxissimulation breiten Einzug in die juristische Ausbildung gehalten. Die Fakultät bietet acht verschiedene Moot Courts an, darunter internationale traditionsreiche, wie der Philip C. Jessup International Law Moot Court oder Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot und Moot Courts, die auf die eigene Fakultät beschränkt sind, wie der Hannoversche Märchen Moot Court. Eine Sonderstellung nimmt der Soldan Moot Court ein. Studierende der Fakultät können an dem Wettbewerb teilnehmen. Vor allem wird der nationale Wettbewerb, der von der Bundesrechtsanwaltskammer, dem Deutschen Anwaltsverein, dem Deutschen Juristen-Fakultätentag und der Soldan Stiftung veranstaltet wird, vom Institut für Prozess- und Anwaltsrecht in Hannover ausgerichtet. An dem Wettbewerb beteiligen sich regelmäßig Teams aus über der Hälfte der Juristischen Fakultäten in Deutschland, die zur mündlichen Verhandlung im Oktober nach Hannover anreisen.

(2) Die ursprüngliche Verkürzung der Ausbildung ist mit der Zeit in ihr Gegenteil verkehrt worden. Die Dauer des Studiums ist von 9,6 Semester 2006 auf 11,3 Semester 2016 angestiegen. Die Verlängerung führte der Gesetzgeber auf die Einführung der universitären Schwerpunktbereichsprüfungsordnung und die Erweiterung des Studiums um Schlüssel- und Fremdsprachenqualifikationen zurück.¹⁶¹ Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er die Regelstudienzeit in § 5a Abs. 1 DRiG von vier auf viereinhalb Jahre erhöht hat. Der Prüfungsstoff ist so bemessen, dass das Studium nach fünf Studienjahren abgeschlossen werden kann, § 5d Abs. 2 DRiG.

In einem deutlichen Kontrast zu den vielfachen Bemühungen, das Studium zu verbessern, wie z.B. das JurSERVICE-Büro oder die umfangreichen Skripten zu den Vorlesungen, steht die Referendarausbildung. Hier hat keine Weiterentwicklung der Ideen der Einphasigen Juristenausbildung stattgefunden. Zwar ist die Wartezeit in Niedersachsen relativ kurz, jedoch ist das Referendariat ein Tummelplatz für Sparüberlegungen. In NRW sollen die Referendarausbildungsplätze um 30% gekürzt werden.¹⁶² Auch

161 BT-Drs. 19/8581, S. 1.

162 Abrufbar unter: <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/referendariat-stellenkuerzung-nrw-justizministerium-limbach> (zuletzt aufgerufen am 2.9.2024).

wenn die Wartezeit in Niedersachsen relativ kurz ist, sorgen die nicht mit Semesterterminen und der Schwerpunktprüfung koordinierten¹⁶³ Einstellungstermine¹⁶⁴ für unnötige Wartezeiten und eine Verlängerung des Studiums. Es fehlt an hauptamtlichen Arbeitsgemeinschaftsleitern sowie einer Zusammenarbeit oder Abstimmung der Lehrinhalte zwischen den Arbeitsgemeinschaften für Referendare und dem Universitätsstudium. Der Frage, ob im zweiten Staatsexamen der Prüfungsstoff über den Prüfungsstoff der Ersten Juristischen Prüfung hinaus ausgedehnt werden soll, findet im Grunde nicht statt. Eine Reflexion der praktischen Tätigkeit, insbesondere eine kritische Reflexion der Routine, konnte noch nicht einmal als Diskussionsthema in die zweistufige Ausbildung hinüberretten.

(3) Die Arbeiten zum dogmatischen Gewissheitsverlust, die auch, aber nicht nur in Hannover entstanden sind, waren eine große Chance, das Zivilprozessrecht von dem Verständnis, ein rein technisches Recht zu sein, zu befreien. Hätten sich die Arbeiten mit ihren Ideen durchgesetzt, wäre das Zivilprozessrecht zu der zentralen Disziplin des Privatrechts geworden. Die Rechtserkenntnis wäre vom Verfahren nicht mehr zu trennen gewesen.

Jedoch wird immer noch Dogmatik gerne autistisch aus einem schallgeschützten, von der Wirklichkeit sorgsam abgeschirmten Büro heraus betrieben. Man negiert gerne den Einfluss des Verfahrens auf die Lösung des Rechtsproblems. Man legt mit der objektiven Auslegung die eigenen Wertungen nicht offen und verfehlt so die Möglichkeit eines Rationalitätsgewinns. Die objektive Auslegungstheorie entzieht sich damit auch der Frage nach der Legitimation der Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht hat deutlich gemacht, dass der Richter sich nicht selbst zum Gesetzgeber machen darf und seine Wertung an die Stelle der gesetzlichen Wertungen setzen darf.¹⁶⁵ Wie die demokratische Legitimation in den Fällen der – aufgrund des Entscheidungszwangs – notwendigen Rechtsfortbildung einzulösen ist, ist nach wie vor nicht befriedigend gelöst. Fürs Erste wäre es ein Gewinn, wenn man sich die Bedeutung des Verfahrens und des der Diskussion der Rechtsfragen mit den Parteien und ihren Anwälten bewusst

163 Vgl. hierzu die Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage von Stefan Birkner, LT- Drs. 18/2836.

164 1. März, 1. Juni, 1. September sowie 1. Dezember.

165 BVerfG NJW 2011, 836 Rn. 50 ff.

macht.¹⁶⁶ Für das Verständnis des Anwaltsrechts ist die dialogische Rechtsfindung auch zwingend.

166 Dürig, Grundwerk des Maunz/Dürig zu Art. 3 GG: „Juristen aller Zeiten haben schon vor Hegel gewußt und praktiziert, daß der ‚Prozeß‘ mit dem Ziel der Wahrheitsfindung, ein *procedere* von These, Antithese und Synthese ist und daß dieser dialogische Vorgang es nicht verträgt, wenn Thesen ohne Offenheit für argumentatives Denken als absolut gesetzt werden“, zitiert nach: Herzog/Scholz (Hrsg.), Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, 69. EL, 2013, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 393, Fn. 25.

Festvortrag

Im Wandel der Jahrzehnte – 50 Jahre Juristische Fakultät Hannover

Hermann Butzer

A. Vorbemerkung

Eine umfassende Darstellung der Geschichte der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität gibt es bislang nicht. Diesem Desiderat kann auch der nachstehend abgedruckte, gegenüber der Vortragsfassung ergänzte und um Nachweise vermehrte Festvortrag, den ich im Rahmen der 50 Jahr-Feier der Juristischen Fakultät am 5. Dezember 2024 gehalten habe und dessen Vortragsform beibehalten ist, selbstverständlich nicht abhelfen.

Schon aus Zeitgründen konnte sich dieser Festvortrag nur auf wenige zentrale Ereignisse der Fakultätsgeschichte erstrecken: Er zeichnet zunächst die Geschehensabläufe im Umfeld der Errichtung der Fakultät als Fachbereich Rechtswissenschaften der damaligen Technischen Hochschule Hannover nach; diese Gründungsgeschichte steht im Kontext der versuchsweisen Einführung einer einstufigen Juristenausbildung (*Teil B.*). Ein großer Einschnitt war deshalb auch die Beendigung dieser Reformausbildung Anfang der 1980er Jahre; den Gründen dafür wird in *Teil C.* nachgegangen.

Obwohl der Fachbereich trotz dieser Einstellung der Einstufenausbildung, die durchaus seine Schließung hätte nach sich ziehen können, weiterbestand und seither an der herkömmlichen zweistufigen Juristenausbildung mitwirkt und obwohl er im Jahre 1995 mit hohen Kosten für das Land Niedersachsen eine neue räumliche Unterbringung auf dem sog. Conti-Campus erhalten hat, geriet er 2003 durch das sog. Hochschuloptimierungskonzept der neu gebildeten CDU/FDP-Landesregierung doch noch einmal in akute Existenznot. Die große Schließungskrise des Jahres 2003, ihre erfolgreiche Bewältigung und die damalige Umsteuerung in Lehre, Forschung und Binnenorganisation sowie der Erhalt der Selbstständigkeit der nunmehrigen Juristischen Fakultät gegenüber einem Versuch der Neugliederung der Leibniz Universität (2011/2012) werden ebenfalls näher beleuchtet (*Teil D.*). Der abschließende *Teil E.* beschreibt kurz den heute erreichten Status quo der Fakultät.

B. Die Gründungsphase: Von der Gründungsidee bis zum Beginn der Ausbildung im Wintersemester 1974/1975

I. Der Gründungsimpuls in Loccum (1968)

Am Anfang war Loccum. Dort, am Steinhuder Meer, fand vom 1. bis 4. November 1968 in der Evangelischen Akademie eine Tagung zum Thema „Krise der Juristenausbildung“ statt.¹ In Loccum verbanden sich Zeithistorie und Juristenausbildung. Ich erinnere an den Vietnamkrieg, die Große Koalition, die Studentenbewegung, die APO, die Notstandsgesetze, die drei Auschwitz-Prozesse, die anschwellende Kritik am Vergessen, Verdrängen, Verschweigen der Verbrechen der deutschen Justiz in der Zeit des Nationalsozialismus einschließlich der Übernahme von NS-vorbelasteten Juristen in den Staatsdienst.

Das fügte sich für viele zu einem Juristenbild, für das knapp 20 Jahre später Ingo Müller² den Begriff des „furchtbaren Juristen“ geprägt hat. Gemeint ist ein Jurist, der nur stur Gesetze anwendet, welche Gesetze welchen Inhalts er auch immer anwendet,³ ein Jurist, der bloß zum Rechtstechniker, schärfer formuliert: zum Subsumtionsautomat, ausgebildet ist, ohne Bewusstsein, welchem Ziel er dienen soll und welchen Gefahren der Beeinflussung er ausgesetzt ist.

Aus der Tagung im November 1968 ging der Loccumer Arbeitskreis zur Reform der Juristenausbildung hervor.⁴ Zu dessen Gründungsmitgliedern gehörten etwa der Präsident des Frankfurter Landgerichts Rudolf Wassermann, die Professoren Rudolf Wiethölter (Frankfurt), Thilo Ramm und Herbert Jäger (beide Gießen) sowie die Assistenten Hans-Peter Bull (Hamburg), Gisela Zenz (Gießen) und Wolfgang Kilian (damals Frankfurt).

Dieser Arbeitskreis legte knapp ein Jahr später, am 8. Oktober 1969, ein Memorandum⁵ vor, mit dem auf einer zweiten Loccumer Tagung „Reform der juristischen Ausbildung“ vom 24. bis 27. Oktober 1969 der Grundstein

1 Loccumer Protokolle 25/1968.

2 Müller, Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, München 1987.

3 Abg. Vogt (Die Grünen) auf BT-PlPr 10. WP/62. Sitzung v. 30.3.1984, S. 4425 (B).

4 Kurzbericht in JuS 1969, 588.

5 Memorandum des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung v. 8.10.1969, abgedr. in: JuS 1969, 599-602; Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung. Materialien des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung, Neuwied 1970, S. 12-24.

für eine einstufige Juristenausbildung gelegt wurde.⁶ In ihr sollten sich theoretische und praktische Ausbildungsabschnitte abwechseln und aufeinander bezogen sein und am Ende nur noch *ein* Staatsexamen stattfinden, während in der Zweiphasenausbildung bekanntermaßen auf das heute mit der 1. juristischen Prüfung endende Studium ein Referendarexamen und danach eine heute zweijährige Referendarausbildung folgt, an deren Ende die Ablegung des Assessorexamens steht.⁷ Inhaltlich sollte Recht nicht nur aus der Binnenperspektive der dogmatischen Fächer betrachtet werden, sondern auch von außen mit den Blicken etwa der Politikwissenschaft, der Soziologie und der Wirtschaftswissenschaften.

II. Der neue § 5b DRiG (1971)

Mit der ersten und zweiten Loccumer Tagung war ein Damm gebrochen.⁸ Die Loccumer erreichten, nachdem auch der 48. Deutsche Juristentag in Mainz (22. bis 25. September 1970) entsprechende Empfehlungen verabschiedet hatte, eine Änderung des Deutschen Richtergesetzes.⁹ Diese Empfehlung der zuständigen Abteilung erfolgte im Übrigen gegen die Auf-

6 Loccumer Protokolle 15/1969, gekürzt wiedergegeben in JuS 1970, 51 f. Referate hielten dort: Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter, Thilo Ramm, Herbert Jäger, Erich Küchenhoff, R. R. Grauhahn, Reinhold Krevet und Hermann Dilcher. Weitergedacht werden die Inhalte der Referate in dem vom Loccumer Arbeitskreis herausgegebenen Sammelband „Neue Juristenausbildung“ (Fn. 5) (mit Beiträgen von Eckard Bannek, Hans-Peter Bull, Rainer Eckertz, Herbert Jäger, Wolfgang Kilian, Rüdiger Lautmann, Thilo Ramm, Gunter Rose, Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter und Gisela Zenz). Zu den Impulsen aus Loccum (und speziell zu Wiethölters Vorschlägen): *Oehler*, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, München 1970, E 90 ff.; *Lührig*, Die Diskussion über die Reform der Juristenausbildung 1945 bis 1995, Frankfurt a.M. 1997, S. 116-124.

7 Zur historischen Entwicklung hin zur zweistufigen Juristenausbildung siehe *Arbeitskreis für Fragen der Juristenausbildung/Dölle* (Hrsg.), Die Ausbildung der deutschen Juristen. Darstellung, Kritik und Reform, Tübingen 1960, S. 52 ff.; *Krause*, Geschichte der Justiz- und Verwaltungsausbildung in Preußen, in: Baldus/Finkenauer/Rüfner (Hrsg.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, Tübingen 2008, S. 95 (100 ff.).

8 Weitaus detailreicher, als das hier möglich ist, berichtet dazu *Lührig* (Fn. 6), S. 123 ff.

9 BGBl. I 1971, S. 1557 (1558, 1560). Neubekanntmachung unter BGBl. I 1972, S. 613.

fassung der beiden Gutachter¹⁰, die, von verschiedenen Ansätzen her kommend, beide für ein Festhalten an der klassischen Ausbildung mit kleinen Schönheitsreparaturen plädiert hatten. Der Bundesgesetzgeber ermöglichte den Ländern jedenfalls in einem neuen § 5b Abs. 1 DRiG, verabschiedet am 10. September 1971, „Studium und praktische Vorbereitung in einer gleichwertigen Ausbildung von mindestens fünfeinhalb Jahren zusammenzufassen“. Als Feldversuch, der eine grundlegende Neuordnung der Ausbildung vorbereiten sollte, war diese Option von Anfang an allerdings zeitlich begrenzt. Etwas versteckt in den Übergangsregelungen in Art. III § 2 der Gesetzesänderung fand sich nämlich die Bestimmung: „§ 5b des Deutschen Richtergesetzes tritt mit Ablauf des 15. September 1981 außer Kraft. Eine vor diesem Zeitpunkt begonnene Ausbildung kann nach den bis dahin geltenden Vorschriften beendet werden.“

Eine der insgesamt acht „Reformfakultäten“ wurde Hannover. Vor uns starteten Bremen und Augsburg (beide 1971) und 1973 Bielefeld. Etwa zeitlich parallel zu Hannover im Wintersemester 1974/1975 begannen Konstanz und Hamburg II. Danach folgten noch Trier 1975 und zuletzt Bayreuth 1977.

III. Gründungsgeschichte und Gründerväter

Bei der Entstehung des Hannoverschen Studienmodells und bei der Entstehung des Fachbereichs kommt einigen Personen eine besondere Rolle zu.

1. Der „Vater“ des Konzepts: Rudolf Wassermann

Als „Vater“ des in Hannover verwirklichten Studienmodells wird allgemein Rudolf Wassermann angesehen. Wassermann¹¹ war – wie erwähnt – bei der

10 Oehler (Fn. 6), E 43 ff.; Richter, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, München 1970, F 62 ff.

11 Zur Person: Bastuck, Rudolf Wassermann. Vision und Umsetzung einer inneren Justizreform, Berlin 2020. Wassermann war von 1974 bis 1980 erster Bundesvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen, von 1976 bis 1990 Präsident des Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamtes und von 1977 bis 2000 Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs. Die Landesregierung ging bei seiner Berufung über das ablehnende Votum des Präsidialrats des Oberlandesgerichts Braunschweig hinweg.

ersten Loccumer Tagung noch Präsident des Landgerichts Frankfurt. Nun kam er nach Niedersachsen und wurde 1971 Präsident des OLG Braunschweig. Diese Ernennung zog damals öffentliche Proteste nach sich:¹² Einerseits wurde es vor Ort sehr kritisch gesehen, dass ein Auswärtiger an die Spitze der Braunschweiger Justiz berufen wurde. Andererseits gab es Befürchtungen, dass Wassermann mit seinen vielen rechtspolitischen Äußerungen und Impulsen zur Justizreform, mit seiner Kritik am konservativen Richtertum und seiner Stellung (seit 1969) als damals stellvertretender Bundesvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen sein Amt parteipolitisch instrumentalisieren würde.

Kaum in Braunschweig angekommen, wurde Wassermann umgehend Vorsitzender der im Juni 1971 vom damaligen SPD-Justizminister Hans Schäfer eingesetzten Kommission zur Vorbereitung der einstufigen Juristenausbildung in Hannover. Sein inhaltlicher Einfluss auf das Kommissionsergebnis¹³ war hoch, und die Konzeption hieß später abbreviativ „Wassermann-Modell“. Dieses Modell stellte für die Ausbildung „neuer Juristen“ drei Strukturprinzipien heraus, nämlich die Integration von Theorie und Praxis, die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Ausbildung und die Spezialisierung. Vermittelt werden sollten, dies neben der Integration der philosophischen, historischen und sozialwissenschaftlichen Grundlagen in die juristische Ausbildung, insbesondere auch die gesellschaftlichen Bedingungen und Auswirkungen des geltenden Rechts und des Handelns von Juristen.

Die Kommissionsarbeit mündete in dem Gesetz über die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen (Nds. EJAG).¹⁴ Dieses und die darauf aufbauende Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die einstufige Juristenausbildung (Nds. APrOEJA)¹⁵ machten weitgehende inhaltliche und studienorganisatorische Vorgaben. So verpflichtete § 2 Abs. 2 Nds. EJAG die Fakultät, in den Lehrveranstaltungen nicht nur dogmatische Rechtsfragen zu

12 Dazu ausf. *Litten*, Politisierung der Justiz, Hamburg 1971, S. 9 ff. Auch der Landtag hat sich intensiv und hochstreitig mit der causa beschäftigt. S. etwa LT-Nds., StenBer/7. WP/16. Sitzung am 16.12.1970, Sp. 739 ff.; LT-Nds., StenBer/7. WP/28. Sitzung am 12.10.1971, Sp. 2954 ff. Zusammenfassend *Bastuck* (Fn. 11), Fünftes Kapitel, D.

13 Zu Einzelheiten: *Niedersächsisches Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Modell Hannover. Einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen. Ein Kommissionsbericht, November 1972 (64 Seiten).

14 Gesetz über die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen (Nds. EJAG) v. 2.4.1974, Nds. GVBl. 1974, S. 214 ff.

15 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die einstufige Juristenausbildung (Nds.APrO) v. 15.1.1975, Nds. GVBl. 1975, S. 4 ff.

erörtern, sondern diese Rechtsfragen zusammen mit den „Erkenntnis(se)n anderer Wissenschaftszweige“ zu behandeln, „die für das Verständnis und die kritische Wertung von Bedeutung sind, insbesondere die Erkenntnisse der Soziologie, der Politologie, der Kriminologie, der Wirtschaftswissenschaften und der Psychologie (Einbeziehung der Sozialwissenschaften)“. Gleichfalls wurde die Integration von Theorie und Praxis gesetzlich vorgeschrieben (§ 2 Abs. 3 Nds. EJAG).

Beide Regelungswerke gaben auch den Aufbau des Studiums weitgehend vor. Danach gliederte sich das Studium in Eingangsphase (§ 6 Nds. EJAG) und Hauptphase (§ 7 Nds. EJAG; vgl. auch §§ 1-6 Nds. APrOEJA), welche sich wiederum in das Hauptstudium und die Pflichtpraktika unterteilte (§ 8 Nds. EJAG; vgl. auch die hochdetaillierten Regelungen in §§ 13-42 Nds. APrOEJA). Schließlich schloss das Studium mit der Spezialisierungsphase ab (§ 10 Nds. EJAG), die sich in Wahlstudium (§ 11 Nds. EJAG) und Wahlpraktikum (§ 12 Nds. EJAG) unterteilte.

2. Der Minister: Peter von Oertzen

Daran, dass dieses Modell gerade in Hannover umgesetzt wurde, war Peter von Oertzen¹⁶ nicht unbeteiligt. Von Oertzen hatte in der 1970 gebildeten SPD-Alleinregierung Alfred Kubels das Amt des Kultusministers übernommen, und das von ihm geführte Ministerium war nicht nur für die Schulen, sondern auch für die Wissenschaft zuständig.¹⁷ Das betraf bei Jura aber nur wissenschaftsorganisatorische Fragen. Inhaltliche und Zuschnittsfragen des rechtswissenschaftlichen Studiums lagen – so wie heute auch – im Justizministerium, das deshalb auch die unter dem Vorsitz Wassermanns tagende Vorbereitungskommission eingesetzt hatte. Peter von Oertzen, er wäre Anfang September 2024 100 Jahre alt geworden, war aber auch noch etwas anderes: ein für die Wahrnehmung des Ministeramts beurlaubter ordentlicher Professor der damaligen Technischen Hochschule Hannover. Nach dem Studium in Göttingen und der Promotion und Habilitation bei Gerhard Leibholz war der „rote Baron“, wie er oft genannt wurde, 1963 als Professor für die Wissenschaft von der Politik nach Hannover berufen

16 Zur Person: *Kufferath*, Peter von Oertzen, 1924-2008. Eine politische und intellektuelle Biografie, Göttingen 2017.

17 Das Niedersächsische Ministerium für Wissenschaft und Kultur (MWK) wurde noch bis 1974 im Geschäftsbereich des Kultusministeriums geführt. Nach der Verselbstständigung hieß es bis 1990 „Ministerium für Wissenschaft und Kunst“, dann wurde es in „Ministerium für Wissenschaft und Kultur“ umbenannt.

worden. 1967 in den Landtag gewählt, übernahm er 1970 den Vorsitz des mächtigen SPD-Bezirks Hannover und im gleichen Jahr das Amt des Kultusministers. Damit war von Oertzen zwar nicht für inhaltliche Fragen des Studiums zuständig, diese Zuständigkeit lag, wie gesagt, bei Justizminister Hans Schäfer, wohl aber besaß er eine Schlüsselstellung hinsichtlich der Standortentscheidung.

3. Das Gründungsziel: Entlastung der Göttinger Universität

Dass sich die Landesregierung überhaupt mit einem weiteren Standort für die Juristenausbildung befasste, lag wiederum daran, dass die Juristische Fakultät in Göttingen, seinerzeit die einzige niedersächsische Universität mit Juristenausbildung, ausgelastet war. Man muss diesen Vollaustungs- und Überauslastungsbefund aber in die Zeit stellen: Göttingen hatte Anfang der 1970er Jahre etwas über 2.000 Jurastudierende, was aus heutiger Perspektive keineswegs exorbitant wirkt. Dennoch wurde zu dieser Zeit im Landtag eine Entlastung Göttingens für unbedingt notwendig gehalten. Dabei wird man das bildungspolitische Umfeld am Beginn der 1970er Jahre nicht außer Betracht lassen dürfen: Schlagworte wie der durch Georg Picht geprägte Begriff der „Bildungskatastrophe“ oder Ralf Dahrendorfs Satz „Bildung ist Bürgerrecht.“ oder das sozialliberale Versprechen „Aufstieg durch Bildung“ waren in aller Munde. Die damalig breite Debatte um die Hochschulbildungsbeteiligung und der politische Neuaufbruch nach 1969 beförderten die nun folgende große Hochschulexpansion mit zahlreichen Hochschulneugründungen ebenso wie Veränderungen im Fächerkanon. Und der Reform- und Aufbruchgeist hatte auch die Juristenausbildung erreicht (Stichwort: Loccum).

4. Die Standortfrage: Entscheidung für Hannover

In Niedersachsen bestanden natürlich zudem ideologische Brücken. Die SPD-geführte Landesregierung – in der 7. Wahlperiode bestand ein Zweiparteienparlament mit einer Einstimmenmehrheit – wollte gerne den Loccumer Geist aufnehmen und von dem neuen § 5b DRiG Gebrauch machen. Das sprach zunächst einmal gegen einen Ausbau der Kapazität in Göttingen. „Es liegt auf der Hand,“ – so führte Peter von Oertzen¹⁸ rückblickend

18 LT-Nds., StenBer/7. WP/68. Sitzung am 8.5.1973, Sp. 6919.

im Landtag aus – „daß ein solches Reformmodell in einer mit hohen Studentenzahlen ‘belasteten’ Fakultät schwerer durchführbar ist als an einer neuen, planmäßig und schrittweise zu entwickelnden Einrichtung“.

Sollte also nicht die Kapazität in Göttingen ausgebaut werden, musste ein anderer Standort für die geplante Einstufenausbildung gefunden werden. Nachdem sich in dieser Frage in der Hochschulplanungskommission des Niedersächsischen Landtags, der von Oertzen angehört hatte, ein Patt zwischen einer Ansiedlung in Hannover und einer Ansiedlung an der seit 1970 im Errichtungsprozess befindlichen Universität in Oldenburg (8:8 Stimmen) ergeben hatte, traf die Landesregierung auf Initiative von Oertzens die Entscheidung, für die Errichtung der neuen Fakultät mit der Technischen Hochschule Hannover in Verhandlungen zu treten. Ein Entschließungsantrag der CDU-Opposition, der kurz nach dieser Regierungsentscheidung gestellt worden war und darauf zielte, den Beschluss der Landesregierung zur Standortwahl zugunsten von Oldenburg zu korrigieren, scheiterte im Landtag am 12. Oktober 1971¹⁹ mit der Regierungsmehrheit von 75:74 Stimmen.

Ebenfalls zugunsten von Hannover übergangen wurde die bereits in Gründung begriffene Universität Osnabrück (Eröffnung am 17. April 1974). Osnabrück erhielt erst 1980 eine Staatsexamensausbildung, und Oldenburg wartet bis heute darauf. Dort gibt es zwar fünf juristische Professuren, die jedoch keine Staatsexamensausbildung betreiben, sondern in verschiedenen Bachelor- und Masterstudiengängen mitwirken.

5. Die Detailplanung: Einrichtung einer Errichtungskommission

Im Landtag wurden nach der Standortentscheidung von 1971 endgültig die Weichen gestellt mit dem Gesetz über die Errichtung einer Fakultät für Rechtswissenschaften der Technischen Universität Hannover²⁰, das am

19 LT-Nds., StenBer/7. WP/28. Sitzung am 12.10.1971, Sp. 2961 ff. zum Entschließungsantrag „Juristische Fakultät an der Universität Oldenburg“ (LT-Drs. 7/618).

20 Zunächst führte die heutige Leibniz Universität Hannover (gegründet 1831 als Höhere Gewerbeschule, seit 1847 „Polytechnische Schule“) ab 1.4.1879 die amtliche Bezeichnung „Königliche Technische Hochschule“, später nur noch Technische Universität Hannover. Seit 1978 hieß sie mit Blick auf die Integration der Pädagogischen Hochschule „Universität Hannover“, den Namen „Leibniz Universität Hannover“ nahm sie erst 2006 zur 175-Jahr-Feier an.

19. November 1973 im Landtag verabschiedet wurde.²¹ In § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes wird die Errichtung bestimmt. Die Detailarbeit dafür übernahm gemäß § 2 des Errichtungsgesetzes eine Errichtungskommission, der vier Hochschullehrer, zwei Wissenschaftliche Mitarbeiter, zwei Studenten sowie beratend zwei Referendare und vier weitere Personen mit der Befähigung zum Richteramt angehören sollten. Zwei der vier Hochschullehrer, ein Mitarbeiter und ein Student sollten von der Fakultät in Göttingen kommen.

Unter Leitung des Bremer Öffentlich-Rechtlers und Politikwissenschaftlers Reinhard Hoffmann²² nahm diese Errichtungskommission, der auch Rudolf Wassermann wiederum angehörte²³, in den ersten beiden Jahren die Stellenausschreibungen vor, führte die Anhörungen der Bewerber durch und erstellte die Berufungslisten. Die in der ersten Besetzungsrunde Berufenen (der Zivilrechtler Wolfgang Kilian, der Strafrechtler Rolf-Peter Calliess, der Kriminologe Fritz Sack, der Öffentlich-Rechtler Hans-Peter Schneider, der Soziologe Wolfgang Kaupen und die Rechtsdidaktiker Hans Albrecht Hesse und Manfred Walther²⁴) konnten nach ihrer Berufung an den Sitzungen der Errichtungskommission teilnehmen, hatten aber kein Stimmrecht. In der zweiten Berufungsrunde kamen die Zivilrechtler Eberhard Dorndorf, Peter Gilles, Helmut Pieper, Bernd Rebe, der Kriminologe Jörg Wolff, der Öffentlich-Rechtler Henning Zwirner sowie Jürgen Frank (Volkswirtschaft), Diether Huhn (Rechtsdidaktik) und Otwin Massing

21 Gesetz über die Errichtung einer Fakultät für Rechtswissenschaften der Technischen Universität Hannover v. 19.11.1973 (Nds. GVBl. 1974, S. 457).

22 Reinhard Hoffmann (* 9.8.1936 in Dresden) war seit 1971 Professor für Öffentliches Recht, Kollektives Arbeitsrecht und Politikwissenschaft an der Universität Bremen. 1974 wurde Hoffmann Vorsitzender der Errichtungskommission der Juristischen Fakultät der Universität Hannover, 1976 wechselte er in die Politik (SPD) und war dann langjährig (bis 2005) Bremer Staatsrat. Lesenswert ist ein Interview mit Hoffmann über seine Aufgabe in der Errichtungskommission: ötv in der Rechtspflege (ötvR) 1974, Heft 7 (März 1974), 4-6.

23 Neben Hoffmann sind als Mitglieder der Errichtungskommission etwa noch der Staatssekretär im Innenministerium Günther Reichardt zu nennen, ferner Peter Düwel (zu ihm nachfolgend unter 7.) sowie als Mitarbeitervertreter Alexander von Brünneck (später Habilitand unserer Fakultät bei Henning Zwirner und Kollege an der Europa-Universität Viadrina).

24 Eine Vorstellung der Berufenen in der ersten Runde brachte ötv in der Rechtspflege (ötvR) 1974, Heft 9 (November 1974), 11-14. Zu den oben genannten Kollegen s. auch die Kurzbiographien, Bilder und bibliographischen Angaben in: Universität Hannover. Festschrift zum 175-jährigen Bestehen der Universität Hannover (hrsgg. vom Präsidium), Bd. 2 (Catalogus Professorum 1831-2006), Hildesheim 2006.

(Politikwissenschaft) hinzu.²⁵ Massing war dabei als Platz 2 hinter Wolf-Dieter Narr, Bernd Rebe als Platz 2 hinter Dieter Hart nachgerückt, nachdem die SPD-Landesregierung jeweils gegen das Votum der Errichtungskommission die Berufung der beiden Erstplatzierten abgelehnt hatte.²⁶

6. Der vorhandene „Erstberufene“: Helmut Pieper

Auffällig im Errichtungsgesetz war auch § 1 Abs. 4, in dem festgelegt war, dass der Lehrstuhl und das Seminar für Rechtswissenschaft der Fakultät für Geistes- und Staatswissenschaften (Fakultät V) in die Fakultät für Rechtswissenschaften (zukünftige Fakultät VI) übergeleitet werden sollte, und zwar „mit Beginn des Semesters, in dem der Lehrbetrieb aufgenommen wird“. Das betraf – ein weiterer wichtiger Name aus der Gründungszeit unserer Fakultät – unseren früheren Kollegen Helmut Pieper. Dieser, 1922 geboren, 1961 in Mainz habilitiert, war 1965 nach Hannover gekommen und hatte juristische Lehraufgaben in der Fakultät für Geistes- und Staatswissenschaften übernommen. Pieper war in den Jahren der Neugründung nicht nur Dekan unserer heutigen Nachbarfakultät, Leiter des Verfassungsausschusses und Syndikus unserer Universität, sondern auch Mitglied der Wassermann-Kommission zur Vorbereitung der einstufigen Juristenausbildung und stellvertretender Vorsitzender der Errichtungskommission. Letztlich ist sein Lehrstuhl der Nukleus unserer heutigen Fakultät. Pieper dachte ausbildungsbezogen „modern“ und förderte den Theorie-Praxis-Transfer u.a. als Studienleiter der Leibniz-Akademie und als Mitgründer und langjähriger Vorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft Hannover. 1987 emeritiert, verstarb er im März 2011. Ein Schatten, zumindest ein formaler, fällt auf ihn – wie wir heute wissen – als Mitglied der Waffen-SS und Offizier in der 3. SS-Panzerdivision „Totenkopf“.²⁷

25 Eine Vorstellung der Berufenen in der zweiten Runde brachte wiederum ötv in der Rechtspflege (ötvR) 1975, Heft 10 (März 1975), 12-16. S. ebenfalls Universität Hannover, Festschrift zum 175-jährigen Bestehen, Bd. 2 (Fn. 24).

26 Näheres in ötv in der Rechtspflege (ötvR) 1975, Heft 10, 17-19. Zum Fall „Narr“ s. auch Kilian, Die Juristische Reformfakultät in Hannover, in dieser Festschrift (S. 551 [556]).

27 Dazu Jung, Eine neue Zeit. Ein neuer Geist? Eine Untersuchung über die NS-Belastung der nach 1945 an der Technischen Hochschule Hannover tätigen Professoren unter besonderer Berücksichtigung der Rektoren und Senatsmitglieder, hrsgg. v. Präsidium der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, Petersberg 2020, S. 46, 70, 168 f.

7. Der Mann im Ministerium: Peter Düwel

Einen letzten wichtigen Namen aus unserer Gründungsphase will ich noch nennen: Dr. Peter Düwel, Ministerialdirigent im Niedersächsischen Justizministerium, auch er SPD-Mitglied.²⁸ Düwel verwaltete im Justizministerium das Tableau der Personalstellen für die Reformfakultät, also die Ausbauplanung des neuen Fachbereichs. Dieses Tableau, das bis zu 80 Jurastudierende pro Semester vorsah und sage und schreibe 45 Professorenstellen umfasste, was später aus Spargründen auf 32 Professoren- und genauso viele Vollzeitmitarbeiterstellen zurückgeführt wurde, hatte unter anderem für das nach § 20 Nds. EJAG einzurichtende Zentrum für Rechtsdidaktik drei Stellen vorgesehen²⁹, davon Gerüchten zufolge ursprünglich auch eine für Düwel selbst. Später wechselte Düwel – nachdem seine Kandidatur zum Präsidenten der Ernst-August-Universität Göttingen im Juni 1979 erfolglos geblieben war³⁰ – 1980 als Staatsrat nach Hamburg. 1990 kehrte er dann noch einmal für ein Jahr als Staatssekretär nach Niedersachsen zurück.

IV. Das Hannover-Modell als Gegenmodell zu Göttingen

Ich muss es aus Zeitgründen mit dieser Gründungsgeschichtserzählung bewenden lassen. Wer Inhaltliches zur Einstufenausbildung und speziell zum Hannoverschen Modell wissen will oder Ansatzpunkte für eine Stärken-Schwächen-Analyse bekommen will, sei auf Beiträge von Susanne Beck, Wolfgang Kilian, Stephan Meder, Hubert Treiber und Christian Wolf³¹ in

28 Zu ihm: https://de.wikipedia.org/wiki/Peter_Düwel (zuletzt abgerufen am 12.2.2025).

29 Entsprechende Pläne hat *Düwel* schon in seinem Beitrag „Modell Hannover“ (RuP 1972, 143 ff.) entwickelt und dann als Ministerialbeamter selbst umgesetzt.

30 *Stadtarchiv Göttingen*, Chronik für das Jahr 1979 (https://www.stadtarchiv.goettingen.de/chronik/1979_06.htm) (zuletzt abgerufen am 12.2.2025): „Das Konzil wählte stattdessen im II. Wahlgang mit 67 Stimmen Prof. Dr. phil. Norbert Kamp (52 J.) aus Braunschweig zum ersten Präsidenten der Hochschule. Gegen ihn kandidierten: Ministerialdirigent Dr. jur. Peter Düwel (47 J.) und Prof. Dr. med. Gerfried Gebert (40 J.).“

31 *Beck*, Reminiszenz an die Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften S. 37-53; *Kilian*, Die Juristische Reformfakultät in Hannover, S. 551-564; *Meder*, „Integration von Theorie und Praxis“ als Leitgedanke der „einstufigen Juristenausbildung“ in Hannover 1974/75, S. 565-578; *Treiber*, Das Einphasenmodell aus dem Blickwinkel eines randständigen Faches, S. 579-590; *Wolf*, Von Loccum zur Rechts- und Staatswis-

dieser Festschrift oder z.B. auf Aufsätze von Bernd Rebe³², Wolfgang Hoffmann-Riem³³, Joachim Rückert³⁴ oder Hans Albrecht Hesse³⁵ in anderen Festschriften oder auf die einschlägigen Studien von Wolfgang Voegeli³⁶ und – speziell auf Hannover bezogen – von Manfred Walther³⁷ und aus studentischer Sicht von Josef Brink³⁸ verwiesen.³⁹ Alle diese Analysen zeigen, dass das Hannover-Modell und seine Umsetzung mutig war und mit den Traditionen klassischer Juristenausbildung radikal brach. Nirgendwo anders – auch nicht an anderen Einstufenstandorten – war z.B. die Interdisziplinarität im Lehrkörper derart breit vertreten (ein Drittel), was auch der Plural bei „Fachbereich Rechtswissenschaften“ zum Ausdruck bringen sollte.⁴⁰

Eines sei aber einordnend doch festgestellt: Ohne die Konkurrenz zur „Landesuniversität“ Göttingen ist das letztlich gefundene Hannover-Modell nicht erklärbar. Göttingen stand und steht für Tradition. Hier werden seit 1734 Juristen ausgebildet. Zwar hatte Göttingen im Kurfürstentum Braun-

senschaftlichen Fakultät Hannover. Insbesondere aus der Sicht des Zivilprozess- und Anwaltsrechts, S. 591-615. Siehe ferner auch *Wolf*, 50 Jahre Loccum, *HanLR* 2018, 1-7.

32 *Rebe*, Rechtswissenschaften, in: Universität Hannover 1831-1981. Festschrift zum 150jährigen Bestehen der Universität Hannover (hrsgg. vom Präsidium), Bd. 1, Stuttgart 1981, S. 433-438.

33 *Hoffmann-Riem*, Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe. Impulse aus der einstufigen Juristenausbildung, in: Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 157 ff.

34 *Rückert*, Profile der Jurisprudenz in Hannover seit 1974, in: Kaal/Schmidt/Schwartz (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner. Recht im ökonomischen Kontext, Tübingen 2014, S. 217 (218 ff.).

35 *Hesse*, Über den Beitrag der Juristenausbildung zur Kultivierung juristischer Praxis, in: Broda (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Darmstadt 1985, S. 565 ff.

36 *Voegeli*, Einphasige Juristenausbildung. Zur Pathologie der Reform, Frankfurt a.M./New York 1979, S. 173-205.

37 *Walther*, Die einstufige Juristenausbildung im Modellvergleich. Eine quantitative Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Modells Hannover, Hannover 1982.

38 *Brink*, Juristenausbildung in der Kritik – Betroffene berichten. Sozialisation eines „neuen Juristen“, *Kritische Justiz* 1981, 141-149.

39 Noch mehr weiterführende Literatur lässt sich den Anmerkungen zu diesem Beitrag entnehmen. Vgl. etwa Fn. 54, 55.

40 *Walther*, Modell Hannover und Anwaltsberuf: Ein Zwischenbericht, *ZRP* 1983, 64 Fn. 5. Vgl. auch *Rückert* (Fn. 34), S. 219.

schweig-Lüneburg („Kurhannover“) mit Helmstedt und Rinteln⁴¹ in der Juristenausbildung noch Konkurrenz. Nachdem im Jahre 1810, während der Zeit des napoleonisch beherrschten Königreichs Westphalens (1807-1813), aber die beiden Universitäten Helmstedt und Rinteln geschlossen worden waren, besaß Göttingen eine Alleinstellung, erst seit 1815 im Königreich Hannover, später in der preußischen Provinz Hannover (seit 1866) und schließlich seit 1946 in Niedersachsen. Aus dieser langen, ruhmreichen Geschichte resultiert ein Immer-Schon-Da-Gewesen-Bewusstsein der Göttinger Juristischen Fakultät, das sich mit einer gehörigen Portion Selbstbewusstsein verbindet, auch wenn das in jüngerer Zeit vielleicht nicht mehr ganz so berechtigt erscheint.

In der ersten Hälfte der 1970er Jahre jedenfalls, als in Hannover eine neue Fakultät ohne jede Tradition aus der Taufe gehoben wurde, dürfte das Selbstbewusstsein der arrivierten Göttinger Kollegen gegenüber den Neulingen in Hannover noch erheblich größer gewesen sein. Das Göttinger Überlegenheitsgefühl spornte die Neuen aber an. Und es motivierte zu klarer Abgrenzung, zum Aufbau eines Gegenmodells. Der Errichtungskommission und den seit 1973 bis Anfang der 1980er Jahre nach Hannover neu berufenen Kollegen ging es nach Loccum ganz wesentlich darum, sich von der klassischen Juristenausbildung, für die Göttingen paradigmatisch stand, zu lösen. In Hannover sollten alle „alten Zöpfe“ abgeschnitten und ein neues, ganz anderes Konzept für die Ausbildung von Juristen entworfen und in der Ausbildungspraxis etabliert werden.

Um dieses Hannover-Modell und dessen konkrete Umsetzung in der Lehre wurde – das sei auch noch kurz berichtet – naturgemäß auch fachbereichsintern hart gerungen. Berichtet wird von legendären Gremiensitzungen im Raum 11 der Hanomagstraße 8. Einige Kollegen sollen so lange geblieben und filibustert haben, bis sie am Ende allein oder mit wenigen Gefolgsleuten in der Sitzung übrig waren. Dann wurde abgestimmt. Da man Beschlüsse jedoch auch wieder ändern kann, nutzte das Stehvermögen häufig wenig. Aber auch wenn klare Mehrheiten bestanden und entsprechend Beschlüsse gefasst wurden, war deren weiteres Schicksal häufig ungewiss. Den Kollegen jener Zeit besonders in Erinnerung geblieben sind hier die sog. „Rückkommensankündigungen“ – setzte sich ein bestimmter Kollege mit seiner Auffassung nicht durch, kündigte er an, in der nächsten

41 Die Universität Helmstedt (Academia Julia Carolina/„academia helmstadiensis“) bestand seit 1576, die Alma Mater Ernestina in Rinteln seit 1619. Beide hatten Juristische Fakultäten, die beide 1810 von König Jérôme Bonaparte geschlossen wurden.

Sitzung auf seinen Antrag zurückzukommen, auch wenn dieser gerade abgelehnt worden war. Kein Wunder, dass die Gremiensitzungen, in denen es um die Ausrichtung des Fachbereichs ging, häufiger bis nach Mitternacht dauerten und teils auch an Samstagen und Sonntagen stattfanden.

C. Die Beendigung der Einstufenausbildung durch das Gesetz v. 25.7.1984

Lassen Sie mich nun zeitlich ein Jahrzehnt nach vorne springen und meinen Bericht mit der Beendigung der Einstufenausbildung – das bildet einen ersten markanten Einschnitt in unserer Fakultätsgeschichte – und einer ausführlicheren Betrachtung der Gründe dafür fortsetzen.

Zunächst: Wie kam es zum Ende der Einstufenausbildung? Eigentlich war das Datum ja quasi vorprogrammiert. Denn die Experimentierklausel in § 5a DRiG war – wie berichtet – auf 10 Jahre beschränkt und lief demnach regulär zum 15. September 1981 aus. So kam es aber nicht, denn dieser Zeitpunkt war evident zu früh gewählt, da zu diesem Zeitpunkt außer in Augsburg und Bremen noch kein Jahrgang die einstufige Ausbildung voll durchlaufen haben würde.⁴²

I. Zunächst Verlängerung und dann Streichung des § 5b DRiG i.d.F. von 1971

Hoffnungen auf eine deutliche Verlängerung oder sogar auf Entfristung erfüllten sich jedoch nicht. Vielmehr zeichnete sich in den Verhandlungen zwischen Bundesrat, Bundestag und Bundesregierung über ein letztlich als “Zweite(s) Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes” zustande gekommenes Verlängerungsgesetz das Schicksal der Einstufenausbildung bereits klar ab.⁴³ Die Experimentierphase wurde zwar bis zum Ablauf des 15. September 1984 verlängert, und wer bis dahin immatrikuliert war, sollte die Ausbildung im Einstufenmodell auch noch beenden können. Doch wurde gleichzeitig festgeschrieben, dass Ländergesetze über eine Einstufenausbildung spätestens zum 16. September 1981 in Kraft getreten sein mussten. Damit war klar, dass es bei acht Reformfakultäten bleiben würde.

42 Berechtigte Kritik an diesem frühen Beendigungszeitpunkt bereits bei Hesse, Über den Stillstand der Debatte zur Reform der Juristenausbildung, JZ 1977, 49 (51): „unangemessen kurze Frist“ (Hervorhebung durch Hesse selbst).

43 Gesetz v. 16.8.1980 (BGBl. I, S. 1451).

Wer genau hinsah, stellte des Weiteren fest, dass der Regierungsentwurf zu diesem Gesetz noch eine Verlängerung bis zum 15. Dezember 1986, also eine Verlängerung um fünf Jahre, vorgesehen hatte und bis dahin auch Neugründungen ermöglichen wollte.⁴⁴ Demgegenüber hatte der Bundesrat darauf gedrängt, dass sobald wie möglich unter Auswertung der Erfahrungen mit den einstufigen Modellen die Rückkehr zu einer bundesweit einheitlichen Juristenausbildung vollzogen werden solle.⁴⁵ Diese Position folgte wiederum Empfehlungen des Deutschen Richterbundes, der Konferenz der Präsidenten der Oberlandesgerichte (beide 1978) sowie des Juristen-Fakultätentages und der Justizministerkonferenz (beide 1979).⁴⁶ Im Vermittlungsausschuss war dann eine Verlängerung um nur drei statt fünf Jahre und der Ausschluss weiterer Neugründungen herausgekommen.⁴⁷

Das Ende der Einstufenausbildung für alle Reformfakultäten kam schließlich, wie aus dem Gesetz von 1980 schon ablesbar, im Juli 1984 mit einem weiteren Änderungsgesetz zum Deutschen Richtergesetz.⁴⁸ Dieses „Dritte Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes“ entfernte die Experimentierklausel des § 5b DRiG, ergänzte aber unter Berufung auf die Erfahrungen mit dem einstufigen Modell die zweistufige Ausbildung um studienbegleitende Leistungskontrollen unter Prüfungsbedingungen („Zwischenprüfung“; 5a Abs. 4 DRiG n.F.) sowie um eine praktische Studienzeit von insgesamt drei Monaten (§ 5a Abs. 3 Satz 2 DRiG n.F.).⁴⁹

Immerhin wurde erkannt, dass den Landesgesetzgebern, soweit sie nicht schon tätig geworden waren, eine ausreichende Frist zur Anpassung des Landesrechts gewährt werden musste.⁵⁰ Einige Einstufenstudiengänge pro-

44 BT-Drucks. 8/3301 v. 29.10.1979, S. 1.

45 BT-Drucks. 8/3301 v. 29.10.1979, S. 4.

46 BT-Drucks. 8/3301 v. 29.10.1979, S. 4, S. 5.

47 Vgl. BT-Drucks. 8/3972 v. 5.5.1980, S. 4; BT-Drucks. 8/4361 v. 2.7.1980, S. 1; BT-StenBer 8. WP/230. Sitzung v. 4.7.1980, S. 18686 (D) – 18687 (B); BR-PlPr 491. Sitzung v. 18.7.1980, S. 356 (B) – 358 (B).

48 Vgl. Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes (DRiG), auf BR-Drucks. 545/83. Siehe ferner BT-Drucks. 10/1108 v. 12.3.1984; BT-Drucks. 10/1541 v. 4.6.1984; BT-PlPr 10. WP/74. Sitzung v. 7.6.1984, S. 5398 (B).

49 Drittes Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes (DRiG) v. 25.7.1984 (BGBl. I, S. 995). Näher zu den Gesetzesinhalten: *Thomas*, Die bundesgesetzliche Neuordnung der Juristenausbildung, JuS 1984, 818 f.

50 Art. 3 (Übergangsvorschriften) des Dritten Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes v. 25.7.1984 (BGBl. I, S. 995). Ansonsten wären in den einstufigen Ausbildungsgängen ohne Umstellungszeit große Schwierigkeiten entstanden, weil man an ein und derselben Fakultät drei Ausbildungsgänge nebeneinander hätte anbieten müssen, nämlich (1) den einstufigen Studiengang und zusätzlich (2) für bereits

fitierten insofern von dieser Verlängerungsbestimmung, als dass nunmehr noch ein weiteres Jahr, also bis zum 15. September 1985, Studierende aufgenommen werden durften. Jedenfalls wurde bundesgesetzlich bestimmt, dass zum Wintersemester 1985/1986 an allen Reformfakultäten mit der zweistufigen Ausbildung nach § 5a DRiG n.F. begonnen werden musste. Bis der letzte Studierende, der im Sommersemester 1985 das einstufige Studium begonnen hatte, sein Studium beendet haben würde, mussten nun beide Ausbildungsformen nebeneinander betrieben werden.

In Hannover war man allerdings früher in der Umstellung. Denn der Landesgesetzgeber hatte auf Vorlage der CDU-Landesregierung unter Ernst Albrecht schon gut ein Jahr vor der Änderung des § 5b DRiG durch eine Änderung des § 20 Nds. EJAG beschlossen, „letztmalig im Sommersemester 1983“ Studienanfänger zur einstufigen Juristenausbildung zulassen,⁵¹ und gleichzeitig in § 21 Nds. EJAG bestimmt, ab Wintersemester 1983/1984 parallel das „normale“ Studium semesterweise anlaufen zu lassen.⁵² Folglich bestanden am Fachbereich Rechtswissenschaften in Hannover die Studiengänge bereits ab Wintersemester 1983/1984 parallel. Das währte bis etwa 1992. Ab da waren auch die letzten, im Sommersemester 1983 eingeschriebenen Einstufler exmatrikuliert, und es gab am Fachbereich nur noch Studierende im Zweistufenmodell.

immatrikulierte Studierende den zweistufigen Studiengang nach § 5a DRiG a.F. und (3) für neu Immatrikulierte den mit dem Gesetz von 1984 reformierten zweistufigen Studiengang nach § 5a DRiG n.F.

- 51 § 20 Nds. EJAG i.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen, Nds. GVBl. 1983, S. 125. Siehe dazu auch die Gesetzesberatung auf LT-Nds., StenBer 10. WP/23. Sitzung am 18.5.1983, S. 2136 ff. Begründet hatte die Landesregierung das mit der Entlastungswirkung für Göttingen und Osnabrück, wohingegen die Opposition aus SPD und FDP darauf verwies, dass für das Wintersemester 1983/1984 in Hannover nur eine Aufnahmekapazität von 20 Plätzen vorgesehen sei. Hiergegen erinnerte die Landesregierung, dass sehr wohl eine Entlastungswirkung bestehe, weil mittelfristig ein Kapazitätsausbau bis 180 Studienplätze pro Semester und eine Gesamtkapazität von 2.000 Studierenden geplant sei.
- 52 Vgl. § 21 Nds. EJAG i.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen, Nds. GVBl. 1983, S. 125.

II. Die Gründe für das „Aus“ der Einstufenausbildung

Eine seit jeher viel diskutierte Frage ist: Aus welchen Gründen kam es zur Beendigung der Einstufenausbildung? Der Bundesgesetzgeber gab dazu als Hauptbegründung nur einen lapidaren Satz: „Die einstufige Ausbildung läßt sich schon aus Kapazitäts- und aus finanziellen Gründen gegenwärtig nicht auf die Masse der Studenten übertragen, die künftig auszubilden ist.“⁵³ M.E. vollkommen zu Recht haben unsere älteren Kollegen, die sich mit viel Motivation und höchstem Idealismus an ihre Aufgabe gemacht hatten, eine „neue Juristenausbildung“ zu konzipieren und zu implementieren, immer gerügt, dass eine Evaluation der Einstufenausbildung nicht stattgefunden hat. Die Justizministerkonferenz hatte eine solche Evaluation zwar eingeleitet⁵⁴, aber nicht zu Ende gebracht.⁵⁵ Erfahrungen aus Hannover wurden gar nicht erst abgefragt. Der Dekan und der Prodekan unseres Fachbereichs Rechtswissenschaften hatten sich nur im Rahmen der Ausschussberatungen zum Gesetzgebungsverfahren zur landesgesetzlichen Einstellung der Ein-

53 BT-Drucks. 10/1108 v. 12.3.1984, S. 2 (unter C. 1.).

54 Dazu etwa *Enck* (Universität Hannover), Die „Bundesevaluation“ aller einphasigen Jura-Studiengänge, in: Hellstern/Wollmann (Hrsg.), Experimentelle Politik – Reformstrohfeuer oder Lernstrategie, Bestandsaufnahme und Evaluierung, Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, Opladen 1983, S. 358 ff. Zum politischen Streit über die Evaluation selbst siehe *Lührig* (Fn. 6), S. 160 ff.

55 Wegen des Fehlens einer echten Evaluation müssen deshalb verschiedene Beschreibungen und Bewertungen des Ausbildungserfolges herangezogen werden. Hingewiesen sei etwa auf: *Braun*, Juristenausbildung in Deutschland, Berlin 1980; *Fichten/Jaekel/Stinshoff* (Hrsg.), Projektstudium und Praxisbezug, Reformmodelle der Lehrer- und Juristenausbildung, Frankfurt a.M. 1978; *Leibfried*, Tendenzen der Einphasenausbildung, Kritische Justiz 1973, 182 ff.; *Rinken* u.a., Der neue Jurist, Materialien zur reformierten Juristenausbildung in Bremen, Darmstadt 1973; *Rueß*, Die „Modellfrage“ bei der Reform der Juristenausbildung. Eine Zwischenbilanz der staatlichen Regelungstätigkeit auf dem Gebiet der einstufigen Juristenausbildung, Hamburg 1980 (zugl. Diss. iur., Berlin 1978); *Voegeli* (Rn. 36) (zum Modell Hannover: S. 173 ff., dort wird auch eine überaus kritische Selbsteinschätzung der Studienkommission des Fachbereichs wohl aus dem Jahr 1976 wiedergegeben [S. 181-183]); *Walther* (Fn. 37); *Westermann*, Die Entwicklung und Erprobung des Modells der einstufigen Juristenausbildung im Land Nordrhein-Westfalen, in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Einstufige Juristenausbildung. Kolloquium über die Entwicklung und Erprobung des Modells im Land Nordrhein-Westfalen, Abhandlungen der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften (ARAW) 57 (1975), S. 9-49 (speziell zum Bielefelder Fachbereich und früh, unmittelbar am Ende der Aufbauphase).

stufenausbildung in Hannover äußern können, doch hatten ihre Argumente offensichtlich nicht verfangen.⁵⁶

1. Ausbildung zu teuer und quantitativ nicht bedarfsgerecht

Ob diese Ergebnisse die Fortführung der Einstufenausbildung hätten bewirken können, erscheint mir gleichwohl fraglich. Denn der Kernsatz der Gesetzesbegründung – die Ausbildung sei „aus Kapazitäts- und aus finanziellen Gründen gegenwärtig“ nicht bedarfsgerecht⁵⁷ – ist nicht falsch gewesen. Die auf sechseinhalb Jahre Regelstudienzeit konzipierte Ausbildung – das schafften aber auch bei weitem nicht alle Studierenden – war zwar kürzer als die traditionelle zweistufige Ausbildung (um zwei bis drei Jahre), aber sie war auf der Ausbilderseite auch höchst personalintensiv. Und es war absehbar, dass in den 1980er Jahren die extrem geburtenstarken Jahrgänge zwischen 1955 und 1965 an die Universitäten kommen würden, aus denen nach der Reform der gymnasialen Oberstufe zudem weitaus mehr das Abitur erlangen und an die Hochschulen drängen würden.⁵⁸ Da standen aus finanzieller Perspektive die staatlichen Kosten z.B. für 700 Studierende in Hannover und über 3.000 in Göttingen in einem ungünstigen Verhältnis.⁵⁹ Durch den individuell günstigen, für die Finanzlage der Länder aber im Vergleich beider Studierformen unerheblichen Aspekt kürzerer Ausbildungszeit wurde das nicht aufgewogen. Das Personal war ja da, ebenso wie in den allermeisten Fällen die Gebäude. Kapazitätsüberlegungen legten es folglich nahe, dem vorhandenen Personal mehr Studierende zur

56 Ersichtlich aus dem Beitrag des Berichterstatters Abg. *Raasch* (CDU) auf LT-Nds., StenBer 10. WP/23, Sitzung am 18.5.1983, S. 2137.

57 Siehe nochmals BT-Drucks. 10/1108 v. 12.3.1984, S. 2 (unter C. I.).

58 Siehe etwa die vom Abg. *Bohl* genannten Zahlen auf BT-PlPr 10. WP/62, Sitzung v. 30.3.1984, S. 4422 f.

59 Nach einem im Jahre 1979 eingeholten Gutachten, auf das im Bundestag der Abg. *Bohl* (CDU) Bezug nahm (BT-PlPr 10. WP/62, Sitzung v. 30.3.1984, S. 4423), kostete die universitäre Ausbildung eines Jurastudenten in der herkömmlichen Form ca. 25.000 DM, eine Ausbildung nach dem Intervall-Modell 49.000 DM, also fast das Doppelte. Im Niedersächsischen Landtag wurden andere Zahlen genannt: Der Abg. *Holtfort* (SPD) erwähnte eine Relation von 39.000 DM zu 63.000 DM (LT-Nds., StenBer 10. WP/23, Sitzung am 18.5.1983, S. 2139), der Abg. *Hartmann* (CDU) meinte, dass das Einstufenmodell „vier- bis fünfmal teurer als die konventionelle Juristenausbildung“ sei (ebd., S. 2145). Vermutlich liegt dieser letztgenannten Relationsangabe eine Verwechselung mit der Aufnahmekapazität zugrunde, die damals in Göttingen 419 und in Hannover 83 Studierende betrug.

Ausbildung zuzuweisen. Das sprach nicht nur gegen die Einrichtung weiterer Einstufenfakultäten, sondern auch für den Abbruch des Experiments.

2. Der hausgemachte Zersplitterungseinwand

Ein Kardinalfehler der Modellbefürworter hat auch darin bestanden, acht hinsichtlich ihrer Schwerpunktsetzungen sowie ihrer einzelnen Ausbildungsordnungen, ihrer Ausbildungsziele und ihrer Prüfungsanforderungen verschiedene Einstufenmodelle entwickelt zu haben. Der Wunsch, wirklich zu experimentieren, einhergehend mit dem Willen der jeweiligen Standortvertreter, möglichst attraktive und gut nachgefragte Einstufenangebote zu generieren und gleichzeitig über Alleinstellungsmerkmale eine standortspezifische Profilbildung herzustellen, führte nämlich zu einem Maß an Ausdifferenzierung der Einstufenstudiengänge, das dem Traditionsargument Vorschub leistete, es dürfe nicht zur völligen Zersplitterung der Juristenausbildung kommen. Es war der Eindruck aufgekommen, es bestünden mit Zweistufen- und Einstufenausbildung nicht nur zwei, sondern letztlich neun (1 + 8) juristische Ausbildungswege nebeneinander, die aber alle gleichermaßen die Befähigung zum Richteramt nach § 5 DRiG vermitteln sollen könnten.

Die Ausdifferenzierung unterminierte so die 1971 bei der Zulassung der Reformstudiengänge gehegte Absicht eines Leistungsvergleichs der neuen Einstufenausbildung mit der herkömmlichen Zweistufenausbildung hinsichtlich der Berufsqualifikationsvermittlung an die jeweiligen Absolventinnen und Absolventen.⁶⁰ Sie bewirkte zudem Zweifel daran, ob die Kandidatinnen und Kandidaten des einen oder anderen einstufigen Ausbildungsmodells die Abschlussprüfung auch nach dem anderen Modell oder eben nach dem Zweistufenmodell bestanden hätten. Ungewollt mündete sich so der eigentlich gegen die traditionelle Zweistufenausbildung gerichtete „Schmalspur“-Einwand (rein theoretische Ausbildung ohne Blick in die Praxis und ohne Einbezug sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse) dahingehend, dass die Einstufler nur „Schmalspur-Juristen“ seien, die erst noch

60 Näher zu diesem praktischen Problem einer Evaluation etwa *Hohenadel*, Probleme der Evaluation von Reformstudiengängen unter Bezugnahme auf die einphasige Juristenausbildung, RuP 1977, 46 ff.; s. ferner: *Hesse* (Fn. 42), 49 ff.; *Haag*, Juristenausbildung als Gesetzgebungsexperiment. Zur Entstehung, Struktur und Verwertung von Begleitforschung, in: *Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach* (Hrsg.), *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition*, Baden-Baden 1986, S. 11 ff.

einer Nachschulung bedürften, um den Anforderungen der juristischen Berufe zu genügen.

Insgesamt erschien es jedenfalls aufgrund der Verschiedenartigkeit der neuen juristischen Reformstudiengänge schwierig, für die Evaluation empirische Verfahren zu finden, die nachprüfbar und diskutierbar und mit anderenorts gewonnenen Daten vergleichbare Ergebnisse erbringen und damit eine rationale Erfolgskontrolle der Studienreformprojekte ermöglichen würden. Das beförderte wiederum den Einwand, dass keine Evaluation besser sei als eine schlechte und falsche. Beides – der Zersplitterungseindruck ebenso wie die empirisch-sozialwissenschaftlichen Erfolgsmess- und -bewertungsprobleme – ließ jedenfalls gegen Ende der 1970er Jahre in der Politik und in den großen juristischen Standesorganisationen die Stimmen lauter werden und Gehör finden, die eine Rückkehr zu einer nach Inhalten und Anforderungen vergleichbaren Juristenausbildung in Deutschland forderten. Im Rückblick wäre es vermutlich besser gewesen, wenn dem (weithin) einheitlichen Zweistufenmodell nur ein oder zwei ebenso (weithin) einheitliche Einstufenmodelle gegenübergestellt worden wären.

3. Relativierung der oft vorgetragenen Erfolgsbilanz

Als Beschwerde gegen die Einstellung hört man immer wieder und zwar bis heute, dass die Studierendenzufriedenheit mit der Einstufenausbildung sehr hoch gewesen sei, dass es viele Studierende mit Abschluss in der Mindeststudienzeit gegeben habe, dass die Abbrecherquoten recht gering ausgefallen seien⁶¹ und dass sich die Absolventen im Abschlussexamen⁶² und – das wird unter Praktikern in der Rückerinnerung allerdings unterschiedlich gesehen – auf dem Arbeitsmarkt⁶³ voll bewährt, ja sich teilweise sogar überlegen gezeigt hätten.

61 Siehe dazu die Angaben bei *Walther* (Fn. 37), S. 35 ff.

62 Die Erfolgsquoten im Examen konnten aber nach dem ersten Ausbildungsjahrgang 1974/1975 nicht wiederholt werden. Darauf wies etwa der Abg. *Hartmann* (CDU) im Niedersächsischen Landtag hin (LT-Nds., StenBer 10. WP/23. Sitzung am 18.5.1983, S. 2146).

63 Aus richterlicher Sicht hört man allerdings unterschiedliche Beurteilungen zur Arbeitsfähigkeit – neben Lob und Anerkennung („uneingeschränkt einsatzfähig“) auch Negatives („längeres Anlernen erforderlich“, „den Juristen mit herkömmlicher Referendarausbildung deutlich unterlegen“). Aufgrund einer empirischen Auswertung (Angaben erster Hannoverscher Berufseinsteiger in den Rechtsanwaltsmarkt) hat

Doch werden diese wichtigen Befunde relativiert dadurch, dass die Einstufenfakultäten allesamt zulassungsbeschränkt waren⁶⁴ und es sich folglich bei den ausgewählten Studierenden um gute Abiturienten und zudem in der Regel um äußerst motivierte junge Menschen handelte, zu einem sehr hohen Teil übrigens Akademikerkinder mit sozioökonomisch privilegiertem Status. Wer sich entschloss, in Hannover Rechtswissenschaften zu studieren und sich damit *gegen* das traditionelle zweistufige Studium entschied, wich in doppelter Weise von der Regel ab. Er hatte ein besseres Abitur als der Durchschnitt, und er begann sein Jurastudium nach gründlicher Reflexion, weil man erfahrungsgemäß vor Entscheidungen, bei denen man gegen den Strom schwimmt, genauer überlegt.

Verzerrend dürfte auch die teils großzügige personelle und materielle Ausstattung etlicher Reformfakultäten gewesen sein: Einige Länder bevorzugten ihre Einphasenmodelle gegenüber den Ausbildungsstätten mit konventioneller Juristenausbildung doch sehr deutlich. Hannover mit seiner üppigen Personalausstattung für vergleichsweise wenig Studierende war dafür zweifelsohne ein Beleg. Ein Leistungsvergleich etwa mit Göttingen erschien da von vornherein prädisponiert und ungerecht.

4. Absicht der Beseitigung eines linkslastigen Modells

Immer wieder und prominent ist sodann die Behauptung zu hören, dass die Abschaffung etwas mit dem Wechsel zu einer CDU/CSU/FDP-Bundesregierung im Herbst 1982 und in Niedersachsen etwas mit der seit 1976 CDU-geführten Landesregierung zu tun gehabt hätte, die aus politisch motivierter Aversion ein linkslastiges Modell hätten beseitigen wollen. Da ist sicherlich etwas dran. Dafür spricht etwa, dass nach Antritt der CDU-Regierung unter Ernst Albrecht sämtliche vom Fachbereich gemachten sozialwissenschaftlichen Denominationen vom Ministerium für Wissenschaft und Kultur in rechtswissenschaftliche umgewidmet worden sind.⁶⁵ Ebenso spricht dafür, sieht man auf die Bundesebene, dass die SPD-Fraktion im Bundestag in der Diskussion um das Abschaffungsgesetz 1984 bean-

dagegen Walther (Fn. 40), 66 f., für die Eignung des Hannoverschen Modells zur Vorbereitung auf den Anwaltsberuf eine positive Zwischenbilanz gezogen.

64 In den 15 Aufnahmesemestern ab WS 1974/75 bis WS 1981/82 kamen durchschnittlich 3,7 Bewerbungen auf einen Studienplatz. Vgl. die Angaben bei Walther (Fn. 37), S. 16.

65 Berichtet von Voegeli (Rn. 36), S. 181 Fn. 1.

tragt hatte, die herkömmliche zweistufige Juristenausbildung aufzugeben.⁶⁶ Hilfsweise hatte sie beantragt, die Experimentierphase bis 1990 zu verlängern. Und die Fraktion der Grünen hatte eine unbefristete Zulassung der einstufigen Juristenausbildung neben der herkömmlichen zweistufigen Juristenausbildung beantragt.⁶⁷

Allerdings muss bei diesen Gegenanträgen auch die nunmehrige Oppositionsrolle der SPD auf Bundesebene berücksichtigt werden. Wenn man den Änderungs- bzw. Abschaffungsentwurf tatsächlich als „ein Werk der Enkel Kaiser Wilhelms“⁶⁸ ansah oder meinte, mit dem Entwurf „geht es zurück in die 50er und 60er Jahre“⁶⁹, hätte es nahegelegen, für die SPD-geführten Länder mit Einstufenausbildung, also für Nordrhein-Westfalen, Hamburg und Bremen, eine Öffnungsklausel vorzuschlagen und zu verhandeln. Das gerade war aber nicht passiert, und der Grund dürfte darin gelegen haben, dass auch den SPD-Ländern das Geld fehlte, um trotz der absehbar heranrückenden großen Studierendenkohorten ganz auf eine Einstufenausbildung umzustellen oder die Doppelzügigkeit zumindest befristet bis 1990 oder gar unbefristet weiterzuführen. Ebenso wenig passt ins Bild, dass fünf der acht Fakultäten mit einstufiger Ausbildung (Konstanz, Augsburg, Bayreuth, Trier, Hannover) in den damals CDU- bzw. CSU-regierten Ländern lagen. Da diese Fakultäten ebenfalls für die Fortführung des Modells eingetreten waren, musste auch in den CDU/CSU-Ländern Widerstand überwunden und mit Folgen an der Wahlurne gerechnet werden. Und Regelungsmodelle des Arbeitskreises Sozialdemokratischer Juristen (1981)⁷⁰ und von SPD-Justizminister Jürgen Schmude (1982)⁷¹ hatten vorher bereits eine Abkehr von der Intervallgestaltung des Studiums vorgesehen. Die 1984 erkennbare Verteidigerrolle der SPD mit einer derart eindeutigen Position

66 BT-Drucks. 10/213 v. 27.6.1983, S. 3.

67 BT-Drucks. 10/1184 v. 27.3.1984, S. 4.

68 So hatte angeblich Hessens SPD-Justizminister Dr. Herbert Günther, der damalige Vorsitzende der Justizministerkonferenz, das Gesetz von 1984 (s. Fn. 49) etikettiert.

69 So *Fruth*, Zurück in die 50er Jahre. Zum Gesetzentwurf zur Neuordnung der Juristenausbildung, RuP 1984, 107 (109).

70 Abgedruckt in RuP 1981, 46 f. (mit Erläuterung durch *Düwel*, Zur künftigen Juristenausbildung. Erläuterungen zum ASJ-Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes, RuP 1981, 11 ff.; s. auch *Wassermann*, Kardinalprobleme der juristischen Ausbildungsreform, RuP 1981, 5 ff.).

71 Abgedruckt in RuP 1982, 50 ff. (dazu etwa *Seiter/Stürner*, Die Reform der Juristenausbildung nach dem Entwurf des Bundesjustizministeriums und dem CDU/CSU-Entwurf, JuS 1982, 545 ff.).

pro Einstufenausbildung dürfte daher auch mit der neuen Oppositionsrolle zu tun gehabt haben.

5. Fehlen von Freunden

Mein Eindruck geht vielmehr dahin, dass es der Einstufenausbildung nicht nur in den CDU/CSU-Ländern und in der CDU/CSU/FDP-Bundesregierung, sondern letztlich in *allen* politischen Lagern an juristischen, politischen und gesellschaftlichen Freunden gefehlt hat, die gegenüber der Justiz, den Justizministerien und den juristischen Standesorganisationen und Verbänden stark genug gewesen wären, durch Fürsprache für das Einstufenmodell dessen Einstellung zu verhindern.

Auch das war, wie schon die hausgemachte Beförderung des Zersplitterungseindrucks, Folge eigenen Agierens: Von ihren Befürwortern wurde die Einstufenausbildung nicht als bloßer Systemwettbewerb verstanden, sondern immer auch unter ideologischen Frontstellungen geführt. Welcher zweistufig ausgebildete Jurist, aber solche hatten nun einmal Anfang der 1980er Jahre über Abbruch oder Fortsetzung der Einstufenausbildung zu befinden, mochte sich schon vorhalten lassen, er sei ein – erneut ein Zitat – „frühvergeisterter, innerlich gebrochener, durch die unendliche Stofffülle verunsicherter Jurist deutschen Typs, der sich in seiner Verängstigung als Vielzweckwaffe einer jeden Obrigkeit einsetzen lasse“.⁷² Damit erreichten die Anhänger der neuen Juristenausbildung das Gegenteil von dem, was sie wollten: Die neue Ausbildung, ihre Inhalte und ihre Vertreter wurden von vielen als dermaßen radikal empfunden, dass die traditionelle Ausbildung darüber an Ansehen zurückgewann und der Wille zur Reform und zur Abkehr von der Zweistufenausbildung nachließ.

72 Abg. Vogt (Die Grünen) auf BT-PlPr 10. WP/62. Sitzung v. 30.3.1984, S. 4425 (B). Gleichsinnig, nur etwas „vornehmer“ äußerte sich der bekannte Soziologe *Helmut Schelsky* (Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen, JZ 1974, 410 [415 f.]) zur empirischen Rechtssoziologie: Sie werde „allzu schwergewichtig als ‚Juristensoziologie‘ betrieben, vor allem mit der Ansicht nachzuweisen, in welchem Maße individuelle und private soziale Herkunft oder außerjuristische Meinungsinhalte und Haltungen die richterlichen Entscheidungen beeinflussen. Verbunden mit der empirisch nie bewiesenen Behauptung, die gegenwärtige Justizpraxis sei ‚Klassenjustiz im Dienste der Herrschenden‘, bilden solche Untersuchungsschwerpunkte in ihrer öffentlichen und inneruniversitären Wirkung ein *Diffamierungssyndrom gegen den Berufsstand der Juristen*“ (Hervorhebung durch Schelsky selbst).

Den Vorwurf, dass die Einstufenausbildung im Inneren wie ein Trojanisches Pferd⁷³ vollgeladen gewesen sei mit „Systemveränderern“⁷⁴, die linke Kaderschmieden hätten errichten und Sozialingenieure hätten erziehen wollen, ist man jedenfalls nie los geworden, ebenso die Polemiken, die Einstufenausbildung mit ihrer Inkludierung der Sozialwissenschaften ziele auf „Rechtswissenschaft ohne Recht“ (Leonhard Nelson).⁷⁵ Letztlich hatten die Reformer mit ihren Angriffen auf die traditionelle Ausbildung und die in ihr ausgebildeten Juristen „intellektuelles Reizgas“ (Alfred Rinken) gesprüht, und darauf reagierten die Reformgegner mit Schließen der eigenen Reihen und Abschottung gegen die meisten Reformansätze, teils auch mit Ausgrenzung ihrer Befürworter aus den weiteren Diskursen („vermutlich zu viel marxistisches Gras geraucht“⁷⁶).

Konkret auf Hannover bezogen, konstatierte unser früherer zivilrechtlicher Kollege und spätere Braunschweiger Universitätspräsident Bernd Rebe⁷⁷ zur 150-Jahr-Feier unserer Universität das „Image des Fachbereichs als einer progressiv-gesellschaftskritischen Ausbildungsinstitution“.⁷⁸ Hinzu komme – so Rebe etwas verklausuliert – das „z.T. fehlende Geschick des Fachbereichs“, „in weitertragender Weise aktiv seine Außenkontakte zu gestalten“. Und weiter: „So gab es bereits zur Zeit der SPD/FDP-Regierung unter Ministerpräsident Alfred Kubel Dissonanzen mit den Vätern des Reformmodells – Dissonanzen, die sich nach dem Wechsel zu einer CDU-Regierung (seit Anfang 1976 unter Ernst Albrecht; *H.B.*) in mancher Hinsicht verstärkt haben“.

73 Dieses Bild greift der Titel eines Aufsatzes von *Heldrich* auf (Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? Überlegungen zur Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung, JuS 1974, 281 ff.).

74 Der Vorwurf richtete sich speziell gegen Reformfakultäten, die, wie in Hannover, auf eine Integration der Sozialwissenschaften angelegt waren. Zur Diskussion s. etwa *Schelsky* (Fn. 72), 410 ff.; *Coing*, Bemerkungen zu dem Modellentwurf für einstufige Juristenausbildung in Hessen, JuS 1973, 797 ff. (beide skeptisch), zu *Coings* Beitrag s. auch die Erwiderung von *Lüderssen*, Wie rechtsstaatlich und solide ist ein sozialwissenschaftlich-juristisches Grundstudium?, JuS 1974, 131 ff.

75 So etwa *Coing* (Fn. 74), 799.

76 Zitat nach *Rixen*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrats, JZ 2013, 708.

77 Zur Person: https://de.wikipedia.org/wiki/Bernd_Rebe, <https://magazin.tu-braunschweig.de/pi-post/nachruf-rebe/> (zuletzt abgerufen am 12.2.2025).

78 *Rebe* (Fn. 32), S. 438, dort auch die weiteren Zitate.

II. Zwei Feststellungen zum Auslaufen des Reformmodells

Für eine nähere inhaltliche Darlegung oder gar Bewertung der hannoverschen Einstufenausbildung ist hier – wie schon erwähnt – nicht der Raum. Ich muss mich daher auf zwei Feststellungen beschränken. *Erstens*: Die Einphasenausbildung ist unbestritten bis heute ein „Stachel im Fleisch“ der traditionellen zweistufigen Juristenausbildung. Wir sehen das daran, dass sie auch nach 40 Jahren noch bei jeder Diskussion um Ausbildungsreformen als Gegenbild fungiert, unabhängig davon, ob es um die Bachelor-/Master-Struktur⁷⁹ geht, um die Stärkung der Grundlagenfächer⁸⁰ oder neuerdings um den integrierten Bachelor⁸¹.

Das liegt daran, dass die Einstufenausbildung nicht etwa inhaltlich gescheitert ist. Vielmehr lag ihr Abbruch daran, dass das damalige Reformmodell – wie ich zu zeigen versucht habe – nicht nur ein „Kind seiner Zeit“ gewesen, sondern auch in einen ungünstig gewählten Zeitraum hinein gestartet worden ist, weil das Ende des Experimentierzeitraums zeitlich mit dem Eintritt der geburtenstarken Jahrgänge in die Hochschulausbildung und ins Jurastudium zusammenfiel. Es ist offen und zu diskutieren, ob ein ähnliches Modell heute, also in Zeiten deutlich abnehmender Studierendenzahlen und geringerer ideologischer Befruchtung – allerdings bei weiter finanzknappem Staat –, erfolgreich implementiert werden könnte.

Und *zweitens*: Ich habe immer mit großem Respekt auf die Kollegen gesehen, die in Hannover seit 1974 die Einstufenausbildung ins Werk gesetzt haben.⁸² Ohne ihre Aufbauleistung gäbe es unsere Fakultät nicht. Ihr Elan,

79 Siehe insoweit *Schöbel*, Einführung des Bologna-Modells in der deutschen Juristenausbildung?, in: Baldus et al. (Hrsg.), *Juristenausbildung* (Fn. 7), S. 331 ff.

80 Zu den Ende 2012 beschlossenen Empfehlungen des Wissenschaftsrates siehe nur den Abschnitt I („Loccum lebt“) bei *Rixen* (Fn. 76), 708 ff.; s. ferner *Stolleis*, Stärkung der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, 712 ff.

81 Siehe insoweit nur *Chiusi*, Der Bachelor ist ein Loser-Abschluss, *FAZ* v. 29.6.2022 mit zahllosen Repliken, etwa von *Dietrich*, Chiusis „Loser-Bachelor“ ist eine Unverschämtheit, *LTO* v. 1.7.2022; *Hördt*, Jurastudium: Der Loser-Bachelor – eine Replik auf Prof. Tiziana Chiusi <https://iqb.de/karrieremagazin/jura/jurastudium-loser-bachelor-chiusi-antwort/>. Zu weiteren aktuellen Reformüberlegungen im Überblick, <https://iurreform.de/> (zuletzt abgerufen am 12.2.2025).

82 *Wolfgang Hoffmann-Riem* (Fn. 33, S. 168) – nach seiner Habilitation in Hamburg (1974) an den Hamburger Fachbereich Rechtswissenschaft II berufen, der die einstufige Juristenausbildung der Universität Hamburg betrieb – meint: „Diejenigen, die in den siebziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts den Auftrag zur Einführung der reformierten Juristenausbildung auch als Auftrag zur Erneuerung der Inhalte der Ausbildung und des Bemühens um die Modernisierung der Rechtswissenschaft

ihr riesiges Engagement, ihr Idealismus, ihre Begeisterung für die Sache haben mich immer beeindruckt. Ich habe deshalb auch immer verstanden, dass einige unserer älteren Kollegen mit der Umstellung gehadert und der Einstufenausbildung nachgetrauert haben. Sie hatten fast alle den Ruf nach Hannover angenommen, um hier eine *andere*, eben nicht die normale, traditionelle Juristenausbildung zu betreiben. Etliche haben den Abbruch der Einphasenausbildung konkret auf sich bezogen, als persönliche Kritik interpretiert, den Abbruch als Entwertung einer beruflichen Lebensleistung gesehen. Dass ich das für eine Fehlbewertung halte und die entscheidenden Gründe für das Ende der Einstufenausbildung woanders sehe, habe ich gerade versucht darzulegen.

D. Wichtige Ereignisse seit der Aufnahme der Zweistufenausbildung

Nach zehn Jahren Reformarbeit in Hannover begann mit dem Wintersemester 1983/1984 also ein erneuter Neuaufbruch. Unsere Fakultät schwenkte um zur Zweistufenausbildung, hatte parallel aber auch noch die bis zum Sommersemester 1983 in die Einstufenausbildung immatrikulierten Studierenden zu Ende auszubilden.⁸³ Dieses Nebeneinander endete – wie erwähnt – etwa 1992; seither gibt es in Hannover allein noch die traditionelle Zweistufenausbildung.

I. Umzug: Von der Hanomagstr. 8 an den Königsworther Platz (1995)

Lassen Sie mich zeitlich springen. 1995 zog der Fachbereich Rechtswissenschaften um. Nach über 20 Jahren verließ er das sog. Beamtenwohnhaus der Hannoverschen Maschinenbau AG in der Hanomagstraße 8 in Linden-Süd, weg von einem Standort mit Fabrik- und Restgebäuden von Schwerindustrie in der Nachbarschaft wie der mächtigen, 20.000 Quadratmeter großen U-Boot-Halle, hinein in ein Management-Bürohochhaus am Innenstadtrand.

Dieser Standortwechsel war mehr als nur ein Umzug. Mit dem Standortwechsel rückte der Fachbereich näher an die Universität heran, vom

verstanden, waren – so scheint mir – dem heutigen Zugriff weiter Teile der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auf das Recht und die Rechtsanwendung deutlich näher als die damaligen Skeptiker und Gegner der Reform.“

83 Vgl. nochmals unter C. I. mit Fn. 47.

Stadtrand in die Stadtmitte. Symbolisch, aber auch faktisch. Ein Eigenleben in Linden-Süd, schön weit weg vom Welfenschloss, wenig beobachtet, Juristen und Sozialwissenschaftler quasi unter sich, war nicht mehr möglich. Der Umzug markiert so das endgültige Ende der Gründungsphase; der Fachbereich rückte sichtbar in die Gesamtuniversität ein.

Im Vergleich zur Hanomagstraße bot der Conti-Campus weitaus mehr Platz für die Lehre, inklusive eines Hörsaalgebäudes mit einem Hörsaal von 450 Plätzen Fassungsvermögen, sodass der Fachbereich wachsen konnte und zwischen 1998 und 2000 die Zahl von fast 3.000 eingeschriebenen Studierenden erreichte. Für Unzufriedenheit unter den Fachbereichsmitgliedern sorgte allerdings, dass die Personalräume auf dem Conti-Campus äußerst ungleich zugeschnitten sind. Im Verhältnis zum Standort Hanomagstraße 8 verloren zudem etliche Lehrstühle und Lehrgebiete ein Drittel ihrer bisherigen (großzügigen) Raumkapazität, was erst ab 2003 als Folge der sogleich zu berichtenden Entwicklungen korrigiert werden konnte.

II. Die große Schließungskrise (2003)⁸⁴

Die Beendigung der Einstufenausbildung hatte die Fakultät also schadlos überstanden; die Option „Schließung des Fachbereichs“, die ja aufgrund der Beendigung des Experiments nicht ganz fernlag, wurde in Anbetracht der enorm hohen Studierendenzahlen in den frühen 1980er Jahren niemals erwogen. Allerdings war der Fachbereich in den Folgejahren mehrfach von Personaleinsparungen betroffen. Verschiedene Stellen konnten nicht neu besetzt werden, wobei sich das Düwel-Tableau der Gründungsphase von bis zu 45 Professorenstellen ohnehin nicht hatte realisieren lassen und – wie bereits erwähnt – schon in Zeiten der Einstufenausbildung auf 32 Stellen abgeschmolzen worden war. Später gingen auch noch weitere Stellen verloren. Im Sommersemester 1998 (und auch weiter bis 2003) verfügte der Fachbereich aber immerhin noch über 25 Professorenstellen (18 C4-Stellen und 7 C3-Stellen). Zehn Stellen im Zivilrecht standen vier

⁸⁴ Soweit im Folgenden unter D. II. unveröffentlichte Quellen und Zeitungsausschnitte zitiert werden, befinden sich diese Materialien in einem am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht (Conti-Campus, 12. OG) aufbewahrten Aktenordner, der auf Nachfrage dort erhältlich ist. Die zitierten Protokolle des Professoriums der Juristischen Fakultät werden ebenfalls am genannten Lehrstuhl, aber auch im Dekanat der Juristischen Fakultät vorgehalten.

Stellen im Strafrecht und sechs Stellen im Öffentlichen Recht sowie 5 Stellen in den Sozialwissenschaften gegenüber.⁸⁵ Zudem gab es 20 Stellen im akademischen Mittelbau, 24,5 (ganz überwiegend volle) Sekretariatsstellen, zwei Hausmeisterstellen, zwei Servicestellen (Erasmus, Prüfungsangelegenheiten) und die von Norbert Vogel besetzte Hausdruckereistelle.⁸⁶

1. Der Regierungswechsel in Niedersachsen am 2. Februar 2003

In diese an sich immer noch komfortable, wenn auch von vielen Verwaltungspersonalstellen und (zu) wenig wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen gekennzeichnete Personalsituation platzte der Regierungswechsel in Niedersachsen am 2. Februar 2003. Die Neuwahl des Landtags erwies sich für die Fakultät als tief einschneidend. Die neue Regierung unter Christian Wulff startete mit einem Kassensturz und bezifferte das Haushaltsloch des Landes für 2004 mit 641 Mill. Euro. Zur Konsolidierung des Landeshaushalts wurden scharfe Einsparmaßnahmen angegangen. Im April 2003 geriet dazu der die niedersächsischen Hochschulen betreffende Einsparanteil in die Medien. Überall konnte man im Radio hören und in den Zeitungen lesen, dass von der Landesregierung aus Kostengründen beabsichtigt sei, neben anderen Einrichtungen den Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover komplett zu schließen. Zwei juristische Fakultäten in Niedersachsen (Göttingen und Osnabrück) würden genügen.

2. Monatelange Gespräche und Verhandlungen

Überaus problematisch war bei dieser breiten öffentlichen Diskussion um den Fortbestand der Fakultät, dass es praktisch keine Kontakte von Fakultätsangehörigen in die neue Landesregierung und in die neuen Regierungsfractionen CDU und FDP hinein gab. Ebenso fehlte es an einer hinreichenden Verankerung in der hannoverschen Stadtgesellschaft, mit

85 Fachbereich Rechtswissenschaften, Bericht der Selbstevaluation von Lehre und Studium, Sommersemester 1998, S.3. Hinzu kam ab 2000 eine drittmittelfinanzierte Professur für Rechtsinformatik, die von Nikolaus Forgó anfangs nur verwaltet, dann aber ab 2002 als Professur für IT-Recht und Rechtsinformatik verstetigt wurde. Diese Stelle erhielt 2003 im Zuge der Schließungskrise ebenfalls einen kw-Vermerk, der sich aber erst im Jahre 2017 realisierte, nachdem Forgó an die Universität Wien berufen wurde.

86 Fachbereich Rechtswissenschaften, Bericht der Selbstevaluation von Lehre und Studium, Sommersemester 1998, Anhang Informationsheft.

der sich eine Protestfront hätte organisieren lassen. Auch zu den zuständigen Ministerien für Wissenschaft und Kultur sowie Justiz gab es kaum hilfreiche Beziehungen.

Das von der Fakultät gebildete Verhandlungsteam aus Diethart Zielinski, das war unser damaliger „Herr der Zahlen“, sowie aus den vier Monate zuvor jeweils zum 1. Januar 2023 zu Universitätsprofessoren in Hannover ernannten Roland Schwarze und mir sowie der Dekanin Ulrike Wendeling-Schröder konnte daher nicht „über Bande spielen“. Vielmehr mussten wir allein mit dem damaligen Präsidenten Ludwig Schätzl, einem Wirtschaftsgeographen, und dem seit April 2002 mit der Wahrnehmung der Geschäfte des Vizepräsidenten für Verwaltung und Finanzen beauftragten Günter Scholz, einem Juristen, verhandeln. Die Ausgangslage war dafür eher ungünstig, denn für das Präsidium wäre es sicherlich am einfachsten gewesen, den Fachbereich in toto zu opfern und damit Einsparungsnotwendigkeiten in anderen Bereichen der Universität weniger intensiv zu machen.

In den Verhandlungen erwies sich Scholz aber nach und nach als Verbündeter: Zunächst nur zuhörend und intransigent hinsichtlich seiner Absichten, ließ er sich – nachdem in zwei Gesprächen eine Vertrauensbasis zu den Verhandlern entstanden war – etwa Mitte Juni 2003 „offiziell“ auf das Angebot ein, sich ein Konzept vorstellen zu lassen, welche – so Scholz’ Diktion – „absolute Mindestausstattung“ der Fachbereich benötige, um „weiterleben“ zu können. Damit war der Einstieg in eine Verhandlungslösung mit dem Präsidium gelungen, die anstelle einer Schließung auch mit einer radikalen Schrumpfung enden konnte.

Am Ende gelang es, die Schließung zu verhindern. Der Wendepunkt könnte eine scharfe Presseerklärung der Landeshochschulkonferenz zu den Sparvorschlägen⁸⁷ gewesen sein, in deren Folge die Hannoverschen Medien die Informationspolitik des Ministeriums ebenso wie diejenige des Präsidiums angriffen und Präsident Schätzl konkret vorwarfen, sich nicht hinreichend hinter die Studierenden und Beschäftigten und die Interessen der Hochschule zu stellen.⁸⁸ Daraufhin dürfte sich das Präsidium

87 LandesHochschulKonferenz (LHK) Niedersachsen, Presseerklärung zu den Sparbeschlüssen des Kabinetts v. 10.7.2003 (<https://idw-online.de/de/news?print=1&id=66543>) (zuletzt abgerufen am 12.2.2025).

88 Siehe etwa: Droht Hannovers Juristen das Aus?, HAZ v. 15.7.2003, dazu Heussen, Viel heiße Luft, Leserbrief, HAZ v. 19.7.2003; Klant, Zu wenig Engagement, Leserbrief, HAZ v. 19.7.2003; Kämpfen Sie für uns!, HAZ v. 18.7.2003; Kaune, Und wo war der Präsident?, HAZ v. 18.7.2003; Hädrich, Klarheit ist wichtig, Leserbrief, HAZ v. 18.7.2003; Homburg, Falscher Kurs, HAZ v. 18.7.2003. Auch der Fachbereich versuch-

entschlossen haben, eine aktivere Rolle einzunehmen, während umgekehrt Wissenschaftsminister Lutz Strathmann offenbar erkennen ließ, dass es ihm in erster Linie auf das Erreichen des Einsparziels und weniger auf ganz bestimmte Schließungen oder Streichungen ankam.

Die Veränderung in den Diskussionslinien zeigte sich Ende Juli 2003, als Scholz in einem inmitten der Sommerferien stattfindenden Gespräch mit Roland Schwarze und mir das von ihm Mitte Juni 2003 zugelassene und daraufhin vom Verhandlungsteam erarbeitete Konzept eines Papiers zur „Neustrukturierung des Fachbereichs Rechtswissenschaften“ in seinen wesentlichen Grundzügen als Grundlage für die weiteren universitätsinternen Überlegungen und für Gespräche mit der Landesregierung akzeptierte.⁸⁹

te, sich mit einer Presseinformation v. 15.7.2003 gegen die Schließungsabsicht zu stemmen und zählte Gründe auf, die s.E. für die Beibehaltung der Juristenausbildung am Standort Hannover sprachen.

- 89 Die Endfassung des Papiers „Neustrukturierung des Fachbereichs Rechtswissenschaften“ (Zielinski/Schwarze/Butzer) wurde dem Präsidium am 15.8.2003 vorgelegt. Die im Gespräch mit Scholz am 29.7.2003 zunächst vorgelegte Konzeption und das darauf aufbauende Papier v. 15.8.2003 hatte im Fachbereich diverse Vorläufer, die letztlich aber alle die „Brutalität“ der Einsparvorgaben ganz deutlich unterschätzten. Zu nennen sind vor allem der Schneider-Plan v. 2.4.2003, das Wolf-Papier v. 23.4.2003 (zu ihm Stellungnahmen von Hubert Treiber und Jörg-Detlef Kühne) und die Walther-Vorlage v. 26.4.2003. Hans-Peter Schneider, bis 31.3.2003 Dekan der Fakultät, hatte in seinem Plan („Restrukturierung des FB Rechtswissenschaften“ v. 2.4.2003) – zu diesem Zeitpunkt deutete sich das hohe Einsparziel der Landesregierung erst an – vorgeschlagen, mit Blick auf die Ergebnisse der WKN-Evaluation (zu ihr sogleich unter 2.) mit nur 18 Professorenstellen (9:6:3) weiterzumachen, aus den wegfallenden sieben Professuren Mitarbeiterstellen zu generieren und so die Professorenstellen mit je zwei Mitarbeiterstellen auszustatten. Dagegen hatte Christian Wolf („Reform des Fachbereichs, hier Übersicht über die derzeit bestehenden Einsparverpflichtungen und Flexibilitätsspielräume“ v. 23.4.2003), dies als Ergebnis mehrerer Modellrechnungen, einen „Mittelweg“ mit 21 Professorenstellen (12:6:3) für angebracht gehalten, während Manfred Walther in seiner Vorlage („Daten und Erwägungen zur Strukturplanung des Fachbereichs. Vorlage zur Sitzung der Hochschullehrer am 30. April 2003“) ein Modell mit 23 Hochschullehrerstellen (12:6:3:2) und einer gegenüber dem Schneider-Plan bescheidenen Assistentenausstattung ins Spiel gebracht hatte. Mit der Forderung nach dem Beibehalten von mehr Professorenstellen war die Einschätzung verbunden, dass besetzte Professuren im Rahmen von Sparauflagen weniger leicht „einzukassieren“ sind als Stellen von Mitarbeitern mit Zeitverträgen. Hinzuweisen ist darauf, dass die der Zivilrechtssäule zugeordnete Forgó-Stelle (vgl. Fn. 85) in keinem der vorgenannten Papiere mitberücksichtigt war und auch in dem gegenüber dem Präsidium entwickelten Neustrukturierungspapier einer Mindestausstattung unberücksichtigt blieb.

Der Vermerk zum Gesprächsverlauf⁹⁰ bewertete die politische Lage, die uns Scholz mitgeteilt hatte, damals so: „Inzwischen verfolgt das Ministerium den Plan, selbst den Fachbereich zu schließen, nicht mehr mit Priorität, sondern überlässt der Universitätsleitung die Umsetzung der Sparmaßnahmen. Damit dürfte auch die Entscheidung über die Zukunft des Fachbereichs bis auf weiteres bei der Universitätsleitung liegen. Gewissheit wird allerdings erst ein Gespräch ergeben, das die Universitätsleitung in der zweiten Augushälfte im Ministerium führen wird.“

Anfang September 2003 wurde dann tatsächlich nach einer Vielzahl von Gesprächen mit Schätzl und Scholz und einem überaus widerständigen Verhalten Schätzls gegenüber Wissenschaftsminister Lutz Strathmann – Gerüchten zufolge soll Schätzl den Minister sehr hart und sehr lautstark angegangen sein – die Entscheidung über Schließung oder bloße Schrumpfung des Fachbereichs in die Hände der Universität gelegt. Damit konnte Scholz im Präsidium für das Schrumpfungskonzept werben und so „seine“ Fakultät retten.

Am 17. September 2003 vermeldete Dekanin Ulrike Wendeling-Schröder: „Nach einem Gespräch mit dem Vizepräsidenten am heutigen Tage möchte ich Ihnen folgende Mitteilung machen: 1. Der Fachbereich Rechtswissenschaften wird *nicht* geschlossen. (Unterstreichung im Original). 2. Unser Neustrukturierungskonzept ist Grundlage der weiteren Verhandlungen mit dem Ministerium. Es besteht aber die Anforderung, mehr Stellen abzugeben. Darüber wird Ende des Monats mit uns verhandelt. Vorangegangen sind dann weitere Gespräche des Präsidiums mit dem Ministerium.“

Der nach dem bereits erwähnten Gespräch zwischen Schätzl und Minister Strathmann Anfang September 2003, einer Sondersitzung des Senats am 1. Oktober 2003⁹¹ und einem nachfolgenden Präsidentengespräch am 16.10.2003⁹² festgelegte Preis für die Abwendung der Schließung war freilich

90 Butzer/Schwarze, „Vermerk über das Gespräch mit dem Vizepräsidenten für Verwaltung und Finanzen Scholz über die Neustrukturierung des Fachbereichs Rechtswissenschaften am Dienstag, dem 29. Juli 2003, 15.00 bis ca. 17.00 Uhr“ (unter 1.).

91 In dieser Sitzung stimmte der Senat dem vom Präsidium vorgelegten „Konzept zur Haushaltskonsolidierung und Strukturoptimierung der Universität Hannover“ zu. Dieses Konzept wurde unmittelbar nach Senatssitzung durch Dekanin-Rundschreiben v. 1.10.2003 im Fachbereich verteilt.

92 Zu diesem Gespräch: Rundschreiben der Dekanin Ulrike Wendeling-Schröder v. 17.10.2003 „an alle Mitglieder des Fachbereichsrats und alle Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer am Fachbereich Rechtswissenschaften“. Gesprächsteilnehmer waren: Präsident Schätzl, Frau Backhaus (Assistentin des Präsidenten), Butzer, Epping, Schwarze, Wendeling-Schröder, Zielinski.

überaus hoch. Heraus kam die absolute Minimalausstattung, mit der eine Juristische Fakultät in Anbetracht der Ausbildungsvorgaben des Deutschen Richtergesetzes, des Niedersächsischen Gesetzes zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAG) und der Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO) noch betrieben werden kann.

Eigentlich war die Personalplanung vor 2003 dahin gegangen, die im Zuge des Generationenwechsels nachzubesetzenden Professorenstellen der Vierten Säule in weitere juristische Professuren umzuwidmen, sodass die Fakultät dann mit 25 rechtswissenschaftlichen Hochschullehrerstellen eine für die Ausbildung gut tragfähige Ausstattung mit Lehrstühlen und Professuren gehabt hätte. Die Mittelbau-Personalstellen der Vierten Säule sollten ebenfalls in die drei juristischen Säulen verlagert und zudem durch Umwandlung einiger Verwaltungsstellen die Ausstattung mit Mittelbaustellen generell verbessert werden. Damit wurde es nun nichts. Die noch besetzten oder noch nicht wiederbesetzten Stellen der Vierten Säule⁹³ (3 x C4, 3 x C3) sowie drei Dauer-Mitarbeiterstellen für außerplanmäßige Professoren (C 2) der Vierten Säule, ferner sieben Akademische Ratsstellen und neun Sekretariatsstellen erhielten einen kw-Vermerk, fielen also nach Ausscheiden der Stelleninhaberinnen und Stelleninhaber weg. Der Fachbereich verlor alles in allem 24 Vollzeitstellen, schrumpfte also von 75 auf 51 Stellen.⁹⁴

Zwar trafen die Budgetkürzungen und Einsparauflagen für die Universität Hannover auch noch andere Fachbereiche (insbesondere die Erziehungswissenschaften, die Architektur und den Gartenbau), aber kein anderer Bereich unserer Universität musste mit einem Verlust von einem Drittel aller Stellen so stark bluten wie die Juristen. Unsere Nachbarn, die Wirtschaftswissenschaftler, haben z.B. keine einzige Stelle verloren. Insgesamt mussten die niedersächsischen Hochschulen im Jahr 2004 landesweit 40,6 Millionen Euro, im Jahr 2005 weitere 10 Mill. Euro

93 Die betroffenen Lehrstühle und Professuren waren fachsystematisch in der Philosophie und Rechtssoziologie bzw. Rechtsdidaktik sowie in der Verwaltungs- und Politikwissenschaft angesiedelt.

94 Eine Auflistung der wegfallenden Stellen findet sich in dem von Zielinski, Schwarze und Butzer für das Präsidium ausgearbeiteten Papier „Neustrukturierung des Fachbereichs Rechtswissenschaften“ v. 15.8.2003 (Teil A. III. mit Anlage 6). Die Streichungen gingen damit bedeutend über alle in Fn. 89 genannten Pläne aus dem April 2003 hinaus. Letztlich kam der Schneider-Plan heraus (9:6:3 + Professur Forgó mit kw-Vermerk), nur ohne die von Schneider vorgesehene verbesserte Mittelbauausstattung.

dauerhaft einsparen.⁹⁵ Das Ganze nannte man euphemistisch Hochschul-optimierungskonzept (HOK). Eine höhnischere Bezeichnung hätte man kaum finden können, für unsere Fakultät war es ein Kahlschlagkonzept.

3. Begründung für die Schließungsabsicht

Warum wir? Als Begründung, soweit überhaupt eine gegeben wurde, bezog man sich auf Empfehlungen der Wissenschaftlichen Kommission Niedersachsen (WKN).⁹⁶ Die WKN hatte alle Fakultäten und Fachbereiche Niedersachsens mit juristischer Ausbildung vom 8. bis zum 12. April 2002 durch ein Expertengremium unter Vorsitz des Heidelberger Völkerrechtlers und Max-Planck-Forschers Rüdiger Wolfrum vergleichend begutachten lassen.⁹⁷

Die Bewertungen dieses Berichts waren für Hannover brisant. Hannover sei im Vergleich mit Göttingen und Osnabrück – so hatte die Kommission befunden – durch eine individualisierte, in viele Richtungen „zerfaserte“ Einzelforschung gekennzeichnet. Das in den 1970er Jahren anvisierte Ziel des Fachbereichs, sich durch eine starke interdisziplinäre Komponente auszuzeichnen, sei nicht realisiert worden. Vielmehr sei die Integration der „Vierten Säule“ faktisch gescheitert. In Hannover finde sich weniger interdisziplinäre Vernetzung und Zusammenarbeit, als dies zum Teil an Standorten der Fall sei, an denen der Interdisziplinarität institutionell ein ungleich geringerer Stellenwert beigemessen werde. Hannover werde empfohlen, die im Binnenbereich vorhandenen Ressourcen von den nicht-juristischen auf die juristischen Fächer und dort primär auf die Rechtsdogmatik zu konzentrieren. Letzteres entsprach den Planungen des Fachbereichs, wurde aber nun im HOK – wie gezeigt – nicht als Verlagerungs-, sondern als Wegfallempfehlung umgesetzt.

Nicht minder brisant als dieser WKN-Bericht waren die Statistiken des Landesjustizprüfungsamtes. Die Durchfallzahlen der hannoverschen Studierenden in der 1. Staatsprüfung lagen im Jahr 2002 bei 31,4 Prozent, in Göttingen bei 19,15 Prozent und in Osnabrück bei 18,78 Prozent. Auch

95 <https://www.mwk.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/-17917.html>; https://www.hof.uni-halle.de/steuerung/struktur/docs/NI03_hochschuloptimierungskonzept.pdf (zuletzt abgerufen am 12.2.2025).

96 <https://www.wk.niedersachsen.de/download/40727> (zuletzt abgerufen am 12.2.2025).

97 Das erfolgte auf der Grundlage von Selbstberichten, die am 15.10.2001 einzureichen gewesen waren und den Zeitraum 1996 bis 2001 umfassen sollten.

schon in den vorherigen Jahren war Hannover durch hohe Misserfolgsquoten aufgefallen (1998: 31,23 Prozent; 1999: 28,77 Prozent; 2000: 28,11 Prozent; 2001: 29,38 Prozent). In den Zivilrechtsklausuren der letzten Termine waren je etwa 55 Prozent der Examenskandidaten durchgefallen.⁹⁸

In beiden Feldern – Forschung und Lehre – waren das verheerende Ergebnisse. Die WKN-Ausführungen mögen teils ungerecht gewesen sein, und Rüdiger Wolfrum hat sich immer dagegen verwahrt, dass er und seine Kommissionsmitglieder den Fachbereich politisch zum Abschluss hätten freigeben wollen. Dennoch: Bericht und Statistiken des Landesjustizprüfungsamtes waren dankbar aufgenommene Vorlagen für die Landesregierung.

4. Gerettet: Der Neuaufstellungsprozess nach 2003

Wer auf einen Schlag ein Drittel seiner Stellen verloren hat, muss ganz anders planen. Absolut verständliche Beharrungs- und Fortschreibungsvorstellungen der Älteren („Es war nicht alles schlecht!“) trafen auf den Willen der Jüngeren, die nunmehr komplett veränderte Situation anzunehmen und das Beste aus der neuen Lage zu machen. Für sie ging es maßgeblich darum, den enormen Reputationsschaden, den der Fachbereich durch die monatelange öffentliche Diskussion um seine Zukunft erlitten hatte, nach und nach vergessen zu machen. Sie versuchten, ihre wissenschaftliche Zukunft in Hannover zu sichern.

Das legte einen Rollback nahe – weg von jeglichem Sonderstatus Hannovers und damit hin zu den klassischen juristischen Ausbildungs- und Forschungstraditionen, wie sie die jüngeren Kolleginnen und Kollegen von ihren Habilitationsuniversitäten kannten. Nicht mehr auffallen, eine normale Fakultät werden, mehr in die Gesamtuniversität hineinrücken und in der Universität sichtbarer werden, Verbündete in den anderen Fakultäten gewinnen, sich in der Stadtgesellschaft fester verankern, Kontakte in die Politik und die Ministerien herstellen bzw. verbreitern, keine Gründe für eine neuerliche Schließungsdiskussion bieten, die Chance zur Bewährung nutzen, die Politik und Präsidium gegeben hatten, den gegebenen Vertrauensvorschuss rechtfertigen – das war das Ziel. Nie wieder sollte es zu so einer Krise wie 2003 kommen.

98 Die damaligen Examensanforderungen in Niedersachsen erfassten eine Examenshaushaltsarbeit mit sechs Wochen Bearbeitungszeit, drei Examensklausuren und die Mündliche Prüfung.

a) Reformen im Lehr- und Ausbildungsbereich

Angesetzt wurde mit massiven Reformen im Lehr- und Ausbildungsbereich. Das begann mit einer Umstellung bei den Neueinschreibungen auf den Jahresturnus (seit Wintersemester 2003/2004). Der Verzicht auf eine Studienbeginnmöglichkeit auch zum Sommersemester war allerdings schon aus dem Grunde erforderlich, weil sonst das Lehrangebot in seiner Breite nicht aufrechtzuerhalten gewesen wäre. Viele weitere Änderungen kamen hinzu: Begleitung der Anfangssemester durch Tutorien, Einführung vorlesungsbegleitender Arbeitsgemeinschaften auch in der mittleren Phase des Studiums, Erschwerung des Bestehens der Großen Übungen als letztem Nadelöhr vor der Examenanmeldung (konkret: Umstellung auf 2 von 4-Klausurenmodell statt 1 von 3-Modell; Anforderung, dass Hausarbeit und Klausuren in ein und demselben Semester bestanden werden; Einführung einer übungsbegleitenden Stoffwiederholung [„Übung und Vertiefung“]); Neukonzeptionierung und Auflegung unseres Hannoverschen Examensstudiums, Stärkung des Examenklausurenkurses (zwei Klausurenangebote pro Woche).

Hilfreich war bei dieser (hohe Kosten verursachenden) Umsteuerung die Einführung von Studiengebühren zwischen 2006 und 2014 und nach deren Abschaffung die überwiegende Weiterfinanzierung durch Landesmittel sowie die Förderung durch die Hochschulpakete I (Laufzeit zwischen 2007 und 2010), II (Laufzeit zwischen 2011 und 2015) und III (Laufzeit zwischen 2016 und 2020) und seither durch den „Zukunftsvertrag Studium und Lehre stärken“.

Die im bundesweiten Maßstab hohe und heute in Rankings besonders gelobte Service- und Dienstleistungskultur unserer Fakultät, die intensive Betreuung der Studienanfänger, das An-die-Hand-Nehmen von Beginn des Studiums an, eine intensive Studienberatung, auch später geschaffene Einrichtungen wie die Klausurenklinik oder JurService, sind allesamt Reaktionen auf die große Schließungskrise von 2003. Durchfallquoten wie zur Jahrtausendwende sollte es niemals wieder geben, und wir wollten auch in den Examensnoten nicht hinter Göttingen und Osnabrück zurückstehen.

Neben der Verbesserung der Finanzausstattung durch Studiengebühren und Hochschulpakete erleichterte diese Reformen im Lehr- und Ausbildungsbereich auch eine Wende in der Juristenausbildung: Die im Jahre

2002 erfolgte Einführung der Schwerpunktausbildung⁹⁹ und damit eines universitären Teils in der Staatsexamensprüfung, die seither Erste Prüfung heißt, erforderte nämlich die Einrichtung eines Studiendekanats an der Fakultät, an das später die Studienberatung und die Serviceeinrichtungen für unsere Studierenden angebunden werden konnten. Die Neuregelung galt für alle Neuimmatrikulierten zum Wintersemester 2002/2003, entfalte- te ihre volle Wirkung also gut drei Jahre später, als diese Studierenden nach Absolvieren der Großen Übungen in die universitäre Schwerpunk- t-ausbildung einstiegen. Insgesamt wertete das mit der Neuregelung neu ein- geführte Amt des Studiendekans, die Einrichtung einer Studienkommission mit einer Mitglieder Mehrheit der Studierenden und der Aufbau eines Studi- endekanats inklusive Prüfungsamt¹⁰⁰ die Bedeutung von Studienangelegen- heiten in allen deutschen Fakultäten und damit auch bei uns in Hannover deutlich auf.

b) Reformen im Bereich der Forschung

In der Forschung ging es um die Rückkehr zu den klassischen dogmati- schen Themen, um das Bemühen, in angesehenen Publikationsorten zu publizieren, in den angesehenen Kommentaren vertreten zu sein und gute Lehrbücher auf den Markt zu bringen. Auch das wurde nach einigen Jah- ren erreicht, und wir brauchen seit eineinhalb Jahrzehnten diesbezüglich keinen Vergleich mit anderen Juristischen Fakultäten zu scheuen.

c) Umbauschwierigkeiten

Jubiläen sind nach meinem Dafürhalten nicht nur Gelegenheit zur Beweihräucherung, sondern erlauben auch einen klaren, mitunter schonungslosen Blick zurück, um zu wissen, wo man herkommt. Ich möchte daher hier einige der damaligen Umbauschwierigkeiten offen ansprechen. Dazu vorab: Die inhaltliche Neuaufstellung nach 2003 erfolgte unter den Bedingungen des Generationenwechsels, der begonnen hatte, sich aber zwischen 2003

99 Gesetz zur Reform der Juristenausbildung v. 17.7.2002 (BGBl. I, S. 2592).

100 Dieses Prüfungsamt besitzt seit dem 1.12.2005 in der Person von Assessorin Kerstin Wagner eine Leiterin, die wegen ihrer Expertise, Tüchtigkeit und Zugewandtheit bei allen Fakultätsmitgliedern und allen Studierenden höchste Anerkennung und Wertschätzung genießt.

und 2010 weiter vollzog. Anfänglich waren die Älteren noch in der Mehrheit. Daraus resultierten zahlreiche Konflikte, zum Teil unterschwellig ausgetragen, zum Teil aber auch in Machtproben mündend.

Jeder in dieser Festversammlung wird sich vorstellen können, dass es unter den älteren und den jüngeren Mitgliedern der Fakultät zum Beispiel nicht immer gleiche Meinungen über die Eignung von Kandidaten für durch Pensionierung freigewordene Professuren und die gewünschten Anforderungsprofile gab. Eine Reihe von Besetzungsverfahren verliefen deshalb – sagen wir mal – „holperig“.

Aber auch jenseits von Berufungen prallten Alt-Hannover und Neu-Hannover aufeinander – etwa bei Raumansprüchen, die Emeriti und Pensionäre geltend machten, bei Besetzungen von Mitarbeiterstellen über die Pensionierungsgrenze hinaus, bei Projektunterstützungsanträgen oder bei Fragen der Sekretariatsversorgung. Hier fanden die Jüngeren erstaunliche Beharrungsvermögen bei der Beseitigung von Hierarchien vor. So wurden bis 2003 C3-Professuren vom Ordinarius des Lehrgebiets nach jeweiligem Belieben mitversorgt (oder auch eben nicht), obwohl sie genauso wie die Ordinarien in die Lehre und das Prüfungswesen voll eingebunden worden waren. Es war gar nicht so einfach durchzusetzen, dass den C3-Professuren erstmals ein eigener Sekretariatsversorgungsanspruch und eine umfangreichere Raumausstattung (zwei statt drei Räume) zugestanden wurde.

Selbst Maßnahmen eher symbolischen Charakters, die den Neuaufbruch nach außen hin dokumentieren sollten, waren hochumstritten, etwa dass – dies wurde bereits am 15. Oktober 2003 vom Fachbereichs-/Fakultätsrat beschlossen¹⁰¹ – aus „Fachbereich Rechtswissenschaften“ „Juristische Fakultät“ wurde. Genauso umstritten war, die Lehrgebiete¹⁰² in Lehrstuhl umzubenennen oder die Denominationen mit bloßen Buchstabenbezeichnungen (Lehrgebiet für Öffentliches Recht A/B/C/D) verschwinden zu lassen. Ebenso brauchte es Zeit, bis die Vorlesungen nicht mehr mit „Status und Teilhabe“, „Austausch von Gütern und Leistungen“ und „Schaden und Ausgleich“ oder „Abweichendes Verhalten“ oder „Freiheit und Eigentum“ oder „Familie und soziale Infrastruktur“ bezeichnet wurden.

101 Protokoll der Fachbereichssitzung v. 15.10.2003; Butzer/Schwarze, Neustrukturierung des Fachbereichs Rechtswissenschaften. Erster Zwischenbericht, ohne Datum (vermutlich Anfang 2004), unter I.

102 Lehrgebiete konnten eine oder auch zwei Professorenstellen umfassen, wobei im zweitgenannten Fall die Professorenstellen unterschiedlichen Besoldungsgruppen (C4 und C3) zugeordnet waren.

In den Anfangsjahren nach 2003 war es auch enorm schwierig, das Verhältnis zwischen Kollegium und Dekanat neu auszutarieren. Die überkommene innere Fakultätsverfassung hatte nämlich, von einer Stellung des Dekans als *primus inter pares* ausgehend, den Dekan in seinen Entscheidungsmöglichkeiten weitgehend durch Kommissionen und Beratungsgremien eingehegt. Für nahezu alles gab es Kommissionen, an deren Voten der Dekan gebunden sein sollte. Es hat Jahre gedauert, bis die durch den SPD-Wissenschaftsminister Thomas Oppermann umgesetzte NHG-Novelle 2002, die die Geschäfte der laufenden Verwaltung nach § 43 Abs. 1 Satz 2 NHG komplett dem Dekan übertragen hatte, tatsächlich innerfakultär umgesetzt war. Um den Erhalt jeder kleinen Kommission oder Arbeitsgruppe wurde gekämpft, jede wurde für unverzichtbar erklärt. Weil die Auflösung nicht mehrheitsfähig war, wurden die Kommissionen daher einfach nicht mehr einberufen, was dann irgendwann die Einsicht bei den Auflösungsgegnern förderte, dass die Kommission wohl tatsächlich überflüssig war.

Auch hier hat der Umsteuerungsprozess Jahre gedauert. Obwohl die Stärkung der Dekanatsverwaltung bereits in den Rettungsgesprächen mit Vizepräsident Scholz vereinbart und von ihm für richtig befunden worden war, stieg die Handlungsfähigkeit des Dekans erst 2008 auf das gesetzlich geforderte Maß, als es nach und nach gelang, viele Aufgaben, die früher Kommissionen erledigt hatten, in das Dekanat zu ziehen. Konkret schuf die Fakultät – in der Nachfolge der legendären Dekanatssekretärin Ursula Thomas – die Stelle eines Fakultätsassistenten, später diejenige eines Fakultätsgeschäftsführers, und sie hatte hier eine sehr gute Hand bei der Personalauswahl: Auf Martin Böhnke (2005-2012) folgte Christoph Bauch (2012-2018), auf diesen Alexander Mraz (2018-2023). Alle drei – jeweils Volljuristen – haben eine kompetente und schlagkräftige Fakultätsverwaltung aufgebaut bzw. weiter vorgehalten.¹⁰³

Lange hat es auch gedauert, bis etabliert war, dass die Beratungsgegenstände des Fakultätsrats in einem Professorium vorberaten wurden und dass die Hochschullehrer, die in den Fakultätsrat gewählt waren, dort das Votum der Hochschullehrermehrheit zu vertreten hatten, zumindest aber in der Professoriumssitzung anzuzeigen hatten, dass sie dem Mehrheitsvotum nicht folgen wollten. Im Mittelbau war es nicht viel anders, hier dominier-

103 Alle drei haben verständlicherweise ihre Arbeit in der Fakultät jeweils wegen eines Karrieresprungs aufgegeben, nachdem sie Stellen als Kanzler anderer Hochschulen bzw. als Leiter der Zentralabteilung (Verwaltung) im Thünen-Institut angeboten bekommen haben.

ten in den Sitzungen zunächst Mitarbeiter mit Lebenszeitstellen, die denjenigen mit Zweijahres-Stellen an Erfahrungswissen und Gremientaktik weit überlegen waren.

All das wurde mit jedem vollzogenen Generationenwechsel natürlich einfacher. Viele Widerstände konnten übrigens durch Allianzen zwischen den jüngeren Kollegen und den Studierendenvertretern überwunden werden.

d) Rückschläge

In den Neuaufstellungsprozess seit 2003 platzten aber auch Rückschläge. Ein Kollege musste, nach einer am 25. August 2005 erfolgten Durchsuchung seiner Räumlichkeiten auf dem Conti-Campus, aus dem Amt scheiden, weil er von der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Hildesheim Anfang April 2008 wegen Bestechlichkeit in 68 Fällen zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt worden war. Er hatte gestanden, seit 1998 von einer Promotionsagentur Zahlungen in Höhe von insgesamt 184.000 Euro erhalten zu haben, um Studierenden zur Promotion zu verhelfen, auch dann, wenn sie kein „vollbefriedigend“ hatten. Weitere strafrechtliche Vorwürfe gegen ihn, die zielgerichtet wohlwollende Notenvergaben und ein Hilfskraft-Anstellungsverhältnis betrafen, kamen hinzu. Gerüchte und Mutmaßungen hatte es schon seit langem gegeben, doch man tuschelte nur, niemand war dem Ganzen konsequent nachgegangen.¹⁰⁴ Als der damalige Dekan Volker Epping sich entschloss, selbst Strafanzeige zu stellen, wurde ihm teils „unkluger Nestbeschmutzung“ attestiert.

Das bundesweite mediale Echo auf das Ermittlungsverfahren mit der Durchsuchung und das spätere Strafverfahren war allerdings auch gewaltig. Es löste Ermittlungen gegen gut 100 Kolleginnen und Kollegen verschiedener Fächer in ganz Deutschland aus, die mit derselben Vermittlungsagentur zusammengearbeitet hatten. Zudem zog dieses Strafverfahren für unsere Fakultät eine große Zahl von Straf- und Doktorgradentziehungsverfahren nach sich, die uns über Jahre beschäftigt haben. Insgesamt kam es zu einer erheblichen Vertrauenskrise in das deutsche Promotionswesen.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Vgl. nur Wittke, „Wir haben ihn zu lange gewähren lassen“, HAZ v. 27.8.2005, S. 19.

¹⁰⁵ Ihren Höhepunkt erreichte diese Vertrauenskrise dann allerdings nochmals Jahre später mit den Plagiatsaffären Guttenberg, Schavan, Mathiopoulou, Koch-Mehrinn oder Mistelis.

Leider aber ist es immer so, dass der Ausgangsfall – und der spielte sich eben in Hannover ab – mehr in Erinnerung bleibt als die erst später aufgedeckten gleichartigen Fälle in vielen anderen Fakultäten. Und gerade als sich die Wogen wieder geglättet hatten, aber noch während der Bewältigungsphase dieses ersten Falles, geriet ein anderer Kollege – ebenfalls wegen einer Promotionsangelegenheit – in die Schlagzeilen. Einiges von dem, was sich in Ausbildung, Forschung und Straffung der innerfakultären Entscheidungsstrukturen bereits gewandelt hatte, wurde dadurch kurzfristig überdeckt. Doch dominierte recht schnell wieder die öffentliche Wahrnehmung, dass sich die Fakultät in den Jahren seit 2003 grundlegend reformiert und organisatorisch neu aufgestellt hatte und zudem durch eine gelungene Neuberufungspolitik wieder eine gute Adresse geworden war.

Auch im Promotionswesen sind – genauso wie bei den Ausbildungsreformen – die von der Fakultät gezogenen Konsequenzen noch heute zu besichtigen: Die Fakultät verabschiedete nach verschiedenen Sofortmaßnahmen, die bereits im Jahre 2005 ergriffen wurden (etwa die „Doktorandenerklärung“), am 9.1.2013 eine neue Promotionsordnung, die in verfahrensrechtlicher Hinsicht weitaus strenger und durchgeregelter ist als die Ordnungen der allermeisten anderen Juristischen Fakultäten in Deutschland.¹⁰⁶

III. Erfolgreiche Abwehr einer Fakultätenneugliederung (2011/2012)

Die Neuaufstellungsphase hinsichtlich Ausbildung, Forschung, Promotionswesen und Straffung der innerfakultären Entscheidungsstrukturen zog sich etwa bis 2010 hin, also bis in die Amtszeit unseres Dekans Henning Radtke (1. April 2009 – 31. März 2011). Wenig später wurde das Tage vorher gerade ins Amt gekommene neue Dekanat Butzer/Forgó in der Präsidium-Dekane-Sitzung am 5. April 2011 über Bestrebungen des Präsidiums informiert, im Zuge der universitären Entwicklungsplanung 2013 die

106 Promotionsordnung der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts (Dr. iur.), Verkündungsblatt der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover vom 14.5.2013 (5/2013), S. 6 ff.

neun Fakultäten¹⁰⁷ an der LUH neu zu gliedern, dabei eine School-Struktur einzurichten und deren Zahl auf vier festzulegen.¹⁰⁸

Das Vorhaben zielte maßgeblich darauf, die sehr unterschiedlichen Fakultätsgrößen zu beseitigen, (dadurch) die Dekanate (weiter) zu professionalisieren und die Binnenstrukturen der Fakultäten zu homogenisieren. Inhaltlich solle mit den neuen Strukturen Interdisziplinarität quasi inhaltlich verankert werden.¹⁰⁹ Wie sich etwas später auf einer Klausurtagung des Senats am 24. Juni 2011 herausstellte, dachte das Präsidium dabei an eine School für Staatswissenschaften (gebildet aus der Wirtschaftswissenschaftlichen und der Juristischen Fakultät, ergänzt um die Institute für Politikwissenschaft und Soziologie [was gleichzeitig die als übergroß empfundene Philosophische Fakultät kleiner machen sollte]).

Unsere Fakultät war von Beginn der Diskussion an einmütig der Auffassung, aus einer solchen Struktur keine lehr- und/oder forschungsmäßigen Vorteile ziehen zu können, vielmehr im Gegenteil nachteilige Folgen hinsichtlich der Fakultätsverwaltung (weitere Entscheidungsebene) und der Sichtbarkeit nach außen hinnehmen zu müssen. Das wurde in einem Positionspapier der Fakultät, das inhaltlich mit den Positionspapieren der Wirtschaftswissenschaftlichen und Philosophischen Fakultät genauestens abgestimmt war und Präsident Erich Barke am 26. Oktober 2011 übergeben wurde, ausführlich niedergelegt und begründet.¹¹⁰

Auf den Widerstand aller Fakultäten hin reagierte das Präsidium im Herbst 2011, indem es trotz seiner alleinigen Entscheidungskompetenz gemäß § 37 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4a NHG die Einsetzung einer aus Vertretern der Universitätsverwaltung und drei Hochschulmitgliedern gebildeten Arbeits-

107 1980 waren nach einem neuen Hochschulorganisationsplan 17 Fachbereiche und Fakultäten sowie zwölf Zentrale Einrichtungen entstanden. Das hat sich dann mit einer Präsidiumsentscheidung vom 22.9.2004 verändert (dazu Universität Hannover intern v. Oktober 2004, S. 2). Diese wählte statt „Fachbereich“ die Nomenklatur „Fakultät“ und sah die (aktuell immer noch bestehende) Unterteilung in neun Fakultäten vor (Architektur und Landschaft, Bauingenieurwesen und Geodäsie, Elektrotechnik und Informatik, Maschinenbau, Mathematik und Physik, Juristische, Naturwissenschaftliche, Philosophische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät). Zum 1.4.2005 wurde diese neue Binnenstruktur umgesetzt.

108 Vgl. Protokoll des Professoriums am 5.4.2011, S. 4 (unter 6.b.).

109 Vgl. Protokoll des Professoriums am 27.4.2011, S. 2 (unter 2.1.1.); Protokoll des Professoriums am 2.6.2011, S. 2 (unter 3.2.1.).

110 Vgl. Protokoll des Professoriums am 11.10.2011, S. 2 (unter 2.1.1.); zum Verlauf des Übergabegesprächs s. Protokoll des Professoriums am 23.11.2011, S. 8 (unter 5.).

gruppe „Struktur“¹¹¹ zugestand. Diese Arbeitsgruppe sollte den Bauplan einer „Idealfakultät“ entwickeln und – vorgelagert – eine Stärken-Schwächen-Analyse der derzeitigen Fakultätenstruktur vornehmen.¹¹²

Abgewendet wurde der drohende Verlust der Selbstständigkeit als Fakultät letztlich als Folge einer außerordentlichen Senatssitzung am 21. Dezember 2011, die aus Sicht des Präsidiums grundlegend anders verlief als geplant.¹¹³ In der Sitzung sollten ein Dekan aus Tübingen und – was die Senatsvertreter der Studierenden durchgesetzt hatten – auch eine Tübinger Studierendenvertreterin über die dortigen Erfahrungen mit Fakultätenfusionen berichten und eigentlich die Bedenken der Dekaninnen und Dekane und ihrer Fakultäten sowie der Wahl senatorinnen und -senatoren ausräumen. Der Schuss ging aber nach hinten los. Vor allem aufgrund der Ausführungen der Studierendenvertreterin entstand im Senat (und genauso wohl auch im Präsidium) der Eindruck, dass die Leibniz Universität „von Tübingen in dieser Hinsicht eher wenig ‚lernen‘ kann“.¹¹⁴

Im Anschluss an die Sitzung gab der Senat jedenfalls die nachfolgende Stellungnahme¹¹⁵ ab, die – rückblickend betrachtet – wohl den Todesstoß für das Vorhaben einer Fakultätenneugliederung dargestellt hat: „Der Senat dankt dem Präsidium für den Diskussionsanstoß, ist aber der Auffassung, dass die Diskussion strukturierter und unter Einbeziehung des gesamten Senats fortgesetzt werden soll. Der Senat steht der Neugestaltung der Fakultäten noch kritisch gegenüber und bittet daher das Präsidium, zu einer Sitzung im Sommersemester 2012 des Senates den Handlungsbedarf problemorientiert und fakultätsscharf gemeinsam mit den Fakultäten zu formulieren, Lösungsvorschläge darzustellen und insbesondere die Kosten-/Nutzen-Bilanz sowie Chancen und Risiken der Maßnahmen zu bewerten.“

Als dann die Arbeitsgruppe „Struktur“ in ihrer Sitzung vom 5. Januar 2012 die Ergebnisse der Anhörung während der außerordentlichen Senatssitzung ähnlich bewertete und dem Präsidium nahelegte, „statt einer

111 Dieser Arbeitsgruppe gehörten auch Volker Epping an, allerdings nicht als Fakultätsvertreter, sondern wegen seiner hochschulrechtlichen Expertise, sowie unsere Studierende und Wahl senatorin Katharina Lochter (als Studierendenvertreterin).

112 Vgl. Protokoll des Professoriums am 23.11.2011, S. 7 f. (unter 5.).

113 Ein kurzer Bericht über den Sitzungsverlauf findet sich im Protokoll des Professoriums v. 11.1.2012, S. 10.

114 Zitat nach Protokoll des Professoriums v. 11.1.2012, S. 10.

115 Wiedergegeben etwa im Protokoll des Professoriums v. 23.11.2011 (unter 5., Nachtrag), erneut im Protokoll des Professoriums v. 11.1.2012, S. 9 f. (unter 6.).

Fakultätenfusion folgende Vorschläge zur Strukturoptimierung weiterzuverfolgen: Verlängerung der Amtszeit der Dekaninnen und Dekane, Veränderungen des Mittelverteilungsschlüssels (Sockelausstattung + Leistungs- und Strukturgesichtspunkte, Ausstattung der Fächer), Prüfung der Neuorganisation zentraler Dienstleistungsangebote (etwa Pool-Bildungen), Mindestausstattung pro Professur, Binnengliederung und Binnensteuerung der Fakultäten“¹¹⁶, modifizierte das Präsidium seine Pläne. Als Dekan konnte ich im Professorium der Fakultät berichten: „Es ist gemeinsamer Eindruck der Dekane, dass die vom Präsidium beabsichtigten Fakultätenfusionen nunmehr voraussichtlich nicht mehr (jedenfalls nicht mehr in der bisher diskutierten weitreichenden Form) weiterverfolgt, wohl aber die Struktur-optimierungsüberlegungen fakultätenscharf konsequent weitergeführt werden.“¹¹⁷

Unsere Fakultät blieb also selbstständig und ging nicht im größeren Verbund einer Staatswissenschaftlichen Fakultät auf. Gleichwohl: Ohne Folgen blieb die vom Präsidium angezettelte einjährige Strukturdiskussion nicht. Neben der (leichten) Verbesserung der Sockel-Finanzausstattung unserer Fakultät war ein weiteres Ergebnis, das auch die Arbeitsgruppe empfohlen hatte und auf die sich der Wahlsenat einzugehen genötigt sah, um die Neugliederungsüberlegung endgültig vom Tisch zu nehmen, eine Änderung des damaligen § 7 Abs. 1 der Grundordnung der Leibniz Universität Hannover. Hier ist seither vorgesehen, dass die Amtszeit der Dekane grundsätzlich vier Jahre (statt bis dahin zwei Jahre) beträgt.¹¹⁸ Die Umsetzung dieser Vorgabe wirft in einer kleinen Fakultät mit einer geringen Zahl von Personen, die für das Dekansamt in Frage kommen, immer wieder erhebliche Besetzungsprobleme auf, weil die Amtswahrnehmung alle Kräfte bindet und mit einem (weitgehenden) Ausstieg aus der wissenschaftlichen Betätigung verbunden ist.

E. Die Juristische Fakultät im 50. Jahr ihres Bestehens

Nochmals mehr als ein Jahrzehnt später, nach jetzt 50 Jahren, bewegt sich unsere Fakultät in ruhigem Fahrwasser, sie liegt auf Kurs. Im Kreis der

116 Protokoll des Professoriums v. 11.1.2012, S. 10 (unter 6.).

117 Protokoll des Professoriums v. 11.1.2012, S. 10 (unter 6.).

118 Protokoll des Professoriums v. 24.10.2012, S. 2 (unter 2.1.4.). Heute § 8 Grundordnung (vgl. die im Verkündungsblatt der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover vom 18.7.2024 veröffentlichte Fassung).

43 deutschen Juristischen Fakultäten spielt sie bestens mit, ist auf Augenhöhe mit den Fakultäten im ersten Drittel des CHE-Rankings. Markenzeichen und Glanzlichter von deutschlandweiter Strahlkraft sind das 1983 als Nachfolgerin einer Forschungsstelle von Wolfgang Kilian begründete drittmittelstarke Institut für Rechtsinformatik und die von Christian Wolf verantwortete anwaltsorientierte Ausbildung.

Bemerkenswert ist, dass die Fakultät – dies trotz Großstadtbedingungen und einer vergleichsweise hohen Zahl von Bildungsaufsteigern unter ihren Studierenden – immer wieder ganz hervorragende Absolventen mit herausragenden Examensergebnissen in der absoluten Landesspitze hervorbringt. Genauso hat sie exzellente Doktorandinnen und Doktoranden, wie jüngst die Verleihung des Wissenschaftspreises des Deutschen Bundestages an einen unserer Doktoranden zeigte. Die Fakultät besitzt auch – auf diese Weise wird in Anknüpfung an die Hannoversche Konzeption der Einstufenausbildung der Theorie-Praxis-Transfer fortgesetzt – viele ausgezeichnete Honorarprofessorinnen und Honorarprofessoren und Lehrbeauftragte. Zwei Kollegen – Reinhard Gaier und Henning Radtke – sind zu Richtern des Bundesverfassungsgerichts gewählt worden. Ebenso hat der Niedersächsische Landtag wiederholt Fakultätsmitglieder in den Niedersächsischen Staatsgerichtshof gewählt. Zudem stellt unsere Fakultät seit über zehn Jahren den Präsidenten der Leibniz-Universität. Mittlerweile sind viele Absolventen der Fakultät in Spitzenpositionen von Justiz und Verwaltung, Rechtsanwaltschaft, Unternehmen und Verbänden angelangt.

Für ihre Studierenden bietet die Fakultät viel. Sie macht etwa mehrere Zusatzangebote zur klassischen Ausbildung: Das anwaltsorientierte Zertifikatsstudium ADVO-Z, den LL.B.-Studiengang IT-Recht und Recht des geistigen Eigentums sowie die postgradualen LL.M.-Studiengänge „European Legal Informatics Study Programme“ (EULISP) und Europäische Rechtspraxis. Allein im EULISP-Programm wurden seit dem Jahr 2000 über 500 akademische LL.M.-Grade verliehen, davon über 50 LL.M.-Grade als „double degree“ in Kooperation mit der Universität Oslo.

Besonders präsent im Fakultätsleben sind ferner die nach US-amerikanischem Vorbild organisierten Moot Courts und Legal Clinics, die ebenfalls im Kontext des Theorie-Praxis-Transfers zu sehen sind. Das Angebot umfasst derzeit die Teilnahme an acht verschiedenen Moot Courts, darunter diejenigen besonders traditionsreichen internationalen Wettbewerbe Philip C. Jessup International Law Moot Court und Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Ferner nimmt die Fakultät am European Law Moot Court Competition und am CDRC Mediation and Negotiation

Competition teil. An nationalen Moot Courts sind der ELSA Deutschland Moot Court und der Steuerrechts-Moot Court des Bundesfinanzhofs zu nennen. „Heimspielcharakter“ hat der Soldan Moot Court zur Anwaltlichen Berufspraxis (Soldan Moot), der jährlich von der Hans-Soldan-Stiftung, der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), dem Deutschen Anwaltverein (DAV) und dem Deutschen Juristen-Fakultätentag (DJT) unter Führung des hiesigen Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht hier in Hannover veranstaltet wird. Abgerundet wird dieses breite Spektrum durch den Hannoverschen Märchen Moot Court, dessen Teilnehmerkreis allerdings auf unsere eigene Fakultät beschränkt ist.

In etlichen dieser Moot Court-Wettbewerbe gehört unsere Fakultät, die seit 2012 dafür über einen speziellen, als Gerichtssaal eingerichteten besonderen Moot Court-Raum mit besonders hochwertiger Ausstattung verfügt, zu den besten in Deutschland und belegt mit ihren entsprechend trainierten studentischen Teams international seit vielen Jahren Spitzenplätze unter den teils mehreren Hundert Teams anderer juristischer Fakultäten. Dass hinter jeder Wettbewerbsteilnahme und dem vorherigen teils monatelangen Coaching auch immer eine Hochschullehrerin oder ein Hochschullehrer mitsamt dem Lehrstuhl steht, sollte nicht übersehen werden.

Besonderen Wert legt die Fakultät darauf, dass interessierte Studierende unter Anleitung erfahrener Anwältinnen und Anwälte oder Richterinnen und Richtern erste Berufserfahrungen sammeln. Studierende führen z.B. für ratsuchende Studierende anderer Fakultäten der LUH eine kostenlose und außergerichtliche Zivilrechtsberatung (Legal Clinic – Juristische Beratungspraxis) durch, oder sie bieten für Geflüchtete in Fragen des Asyl- und Aufenthaltsrechts eine ebenfalls kostenlose und bei Bedarf auch Behördengänge umfassende Rechtsbegleitung an (Refugee Law Clinic). Unsere Studierenden können aber nicht nur Rechtsberatung, sondern auch Wissenschaft üben; dafür steht seit gut einem Jahrzehnt mit der Hanover Law Review eine von ihnen verantwortete, vierteljährlich erscheinende Fachzeitschrift zur Verfügung.

Noch etwas haben wir aus unseren beiden großen Existenzkrisen gelernt. Heute ist die Juristische Fakultät als Fakultät der Landeshauptstadt in Hannovers Stadtgesellschaft gut verankert, wie überhaupt die Universität im Stadtleben präsenter als früher ist. Die von den acht hannoverschen Hochschulen und dem Rathaus beworbene „Wissenschaftsstadt Hannover“ ist heute nicht mehr nur eine Marketingidee: Der Gedanke der Wissenschaftsstadt wird vielmehr gelebt, und wir Juristinnen und Juristen sind dabei.

Man muss als Abiturientin oder Abiturient – das weiß man – nicht nach Göttingen oder Osnabrück gehen, um eine gediegene juristische Ausbildung zu erhalten. Vielmehr hat sich herumgesprochen: Besser geht man nach Hannover! Das zeigen unsere Studierendenzahlen, die mit bis zu 450 Neueinschreibungen pro Jahr und fast 2.500 Studierenden insgesamt trotz der allgemein abnehmenden Abiturientenzahlen stabil sind, anders als an etlichen anderen Juristischen Fakultäten, wo sie derzeit markant abnehmen. Im laufenden Wintersemester sind wir an der Leibniz Universität die Fakultät mit den zweitmeisten Neueinschreibungen nach den Wirtschaftswissenschaften.

So soll es bleiben! Nach 50 Jahren können wir uns sagen, dass wir mit dem Ende der Einstufenausbildung und dem HOK zwei markante Einschnitte erlebt und durchstanden haben. Dieser Blick in unsere Vergangenheit macht uns stark. Heute schauen wir – Studierende, Mitarbeitende und Professorinnen und Professoren – mit Selbstvertrauen, Zuversicht und Optimismus in die weitere Zukunft unserer Fakultät. Vivat, crescat, floreat, Juristische Fakultät Hannover! Ad multos annos.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Heiko Ahlbrecht

Dr. iur., Rechtsanwalt in Düsseldorf, Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Susanne Beck

Dr. iur., LL.M. (LSE), Universitätsprofessorin, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie, Kriminalwissenschaftliches Institut sowie Institut für rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung, Leibniz Universität Hannover

Petra Buck-Heeb

Dr. iur., Universitätsprofessorin, Lehrstuhl für Zivilrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht, Institut für Deutsches und Europäisches Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Leibniz Universität Hannover

Hermann Butzer

Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht, Institut für Staatswissenschaft sowie Institut für Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht, Leibniz Universität Hannover

Tim W. Dornis

Dr. iur., J.S.M. (Stanford), Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Gewerblichen Rechtsschutz, Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover, Global Professor of Law, NYU School of Law New York/Paris

Jan Eichelberger

Dr. iur., LL.M.oec., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht und IT-Recht, Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover

Nikolas Eisentraut

Dr. iur., Juniorprofessor, Juniorprofessur für Öffentliches Recht, Institut für Verwaltungsrecht, Leibniz Universität Hannover und Deutsches Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung

Volker Epping

Dr. iur., Universitätsprofessor, Präsident der Leibniz Universität Hannover, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Institut für Internationales Recht, Leibniz Universität Hannover

Reinhard Gaier

Dr. iur., Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D., Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Malte Grützmacher

Dr. iur., LL.M. (University of London), Rechtsanwalt in Hamburg, Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Peter Kersandt

Dr. iur., Rechtsanwalt in Berlin

Wolfgang Kilian

Dr. iur., Dr. h.c., em. Universitätsprofessor, Leibniz Universität Hannover

Jens Lehmann

Dr. iur., Oberstaatsanwalt, Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Jan Lüttringhaus

Dr. iur., LL.M. (Columbia), Maître en droit, Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Versicherungsrecht und Internationales Privatrecht, House of Insurance, Leibniz Universität Hannover

Stephan Meder

Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Zivilrecht und Rechtsgeschichte, Institut für rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung sowie Institut für Deutsches und Europäisches Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Leibniz Universität Hannover

Veith Mehde

Dr. iur., Mag. rer. publ., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft, Institut für Verwaltungsrecht sowie Institut für Staatswissenschaft, Leibniz Universität Hannover

Bernd-Dieter Meier

Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Kriminalwissenschaftliches Institut, Leibniz Universität Hannover

Bernd H. Oppermann

Dr. iur., LL.M. (UCLA), Dr. h.c. (Rouen), Prof. h.c. (UMCS), Universitätsprofessor i.R., Leibniz Universität Hannover

Timo Rademacher

Dr. iur., M.Jur. (Oxford), Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und das Recht der neuen Technologien, Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover

Karsten Scholz

Dr. iur., Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Peter Schrader

Dr. iur., Rechtsanwalt in Hannover, Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Roland Schwarze

Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht, Institut für Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht, Leibniz Universität Hannover

Alexander Schwonberg

Dr. iur., Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Margrit Seckelmann

Dr. iur., M.A., Universitätsprofessorin, Professur für Öffentliches Recht und das Recht der digitalen Gesellschaft, Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover

Clemens Stewing

Dr. iur., Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

Felipe Temming

Dr. iur., LL.M. (LSE), Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Institut für Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht, Leibniz Universität Hannover

Hubert Treiber

Dr. rer. soc., M.A., Lic. rer. soc., em. Universitätsprofessor, Leibniz Universität Hannover

Andrea Versteyl

Dr. iur., Rechtsanwältin in Hamburg, Honorarprofessorin an der Leibniz Universität Hannover

Kay Waechter

Dr. iur., Universitätsprofessor i.R., Leibniz Universität Hannover

Volker Wiese

Dr. iur., LL.M. (McGill), Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Institut für Internationales Recht, Leibniz Universität Hannover

Christian Wolf

Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht, Institut für Prozess- und Anwaltsrecht sowie Institut für Internationales Recht, Leibniz Universität Hannover

Sascha Ziemann

Dr. jur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht mit interdisziplinären Bezügen, Kriminalwissenschaftliches Institut, Leibniz Universität Hannover

