

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Rheingau 2025

Hamann | Belke | Esmer | Halbach | Knapp | Reil | Verres | Weigl |
Weyhofen [Hrsg.]

Blinde Flecken der Zivilrechtswissenschaft



Nomos

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft Rheingau 2025

Herausgegeben von der Gesellschaft
Junge Zivilrechtswissenschaft e.V.

Hamann | Belke | Esmer | Halbach | Knapp
Reil | Verres | Weigl | Weyhofen [Hrsg.]

Blinde Flecken der Zivilrechtswissenschaft



Nomos

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 2026

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): 978-3-7560-3686-8

ISBN (ePDF): 978-3-7489-6830-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748968306>



Onlineversion
Inlibra



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

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Beiträge der 35. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft e.V., die vom 24. bis 27. September 2025 im Rheingau stattfand. Ausgerichtet wurde die Tagung von der EBS Universität für Wirtschaft und Recht. Deren Law School war bis vor kurzem die jüngste juristische Fakultät in Deutschland. Sie residierte bis 2024 im Atrium-Gebäude am Wiesbadener Hauptbahnhof und bezog zum Wintersemester 2024/25 neue Räumlichkeiten an zwei Standorten im hessischen Oestrich-Winkel, an denen die GJZ nun tagte:

Der *Campus Schloss* gruppiert sich um das Schloss Reichartshausen, einen im 18. Jahrhundert am Rhein erbauten Weinumschlagplatz für das Zisterzienserkloster Eberbach. Dort befinden sich heute die zentralen Universitätseinrichtungen (Rektorat, Dekanate, Universitätsbibliothek, Mensa, Weinkeller, usw.) und die größten Hörsäle. Hier fanden die Plenarvorträge der GJZ am Donnerstagsvormittag und Freitagnachmittag statt (jeweils samt Mittagessen) sowie die Mitgliederversammlung am Samstagvormittag.

Der zwanzig Fußminuten entfernte *Campus Burg* beherbergt, anstelle der einstigen Burg, ein Herrenhaus aus dem 18. Jahrhundert auf dem früheren Domkapitelshof der Mainzer Domherren. Neben den Büros im historischen Haupthaus und im gegenüberliegenden Torhaus befinden sich in einem neueren Anbau weitere Übungs- und Hörsäle. Hier fanden während der GJZ-Tagung alle Parallelveranstaltungen am Donnerstagnachmittag sowie im Innenhof das anschließende Abendessen statt.

Gerahmt wurde das Tagungsprogramm durch Veranstaltungen abseits des Campus: Die Tagung begann am Mittwoch mit einem Nachmittagsprogramm in der Landeshauptstadt Wiesbaden, gefolgt vom Abendempfang im hessischen Justizministerium, und endete am Freitag in Hattenheim mit einem Abendessen im Gutshaus Balthasar Ress, des Pächters des universitätseigenen Weinbergs. Ebenfalls abseits des Campus diente der Freitagvormittag dem kulturellen Rahmenprogramm: Teilnehmende erkundeten je nach Wahl das Wiesbadener „Stadtgeflüster“, das Hessische Staatstheater, das Niederwalddenkmal in Rüdesheim oder die sog. „Rheingauer Riviera“ zu Rad entlang des Rheins.

Inhaltlich widmete sich die Tagung den „blinden Flecken der Zivilrechtswissenschaft“. Damit bezeichnete der Beitragsaufruf „Bereiche, in denen rechtliche Regelungen oder wissenschaftliche Ansätze unzureichend, widersprüchlich oder völlig abwesend sind“, also auch „traditionelle Annahmen oder implizite Vorannahmen der Zivilrechtswissenschaft selbst, die ihre Arbeitsweise, Perspektiven oder Methoden beeinflussen.“ Erst zum zweiten Mal widmete sich damit eine Tagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft tatsächlich dieser Wissenschaft: Zuvor hatte sich nur die Münchener Tagung von 2016 „im Schwerpunkt nicht auf das geltende (Zivil-)Recht“ beschränkt, sondern sich der „Privatrechtswissenschaft“ verschrieben.¹ Ein nicht minder ungewohntes Thema waren die *blinden Flecken*: Zuvor hatte nur die Rostocker Tagung 1996 „100 Jahre nach Verkündung des BGB“ auch „Verfehltes“ und „Übersehenes“ in den Blick genommen. Dieses Bemühen auch im Jahr des 125. BGB-Jubiläums wieder ins Zentrum zu stellen, erschien umso zeitgemäßer als sich zeitgleich am anderen Ende Deutschlands eine europäische Kulturhauptstadt mit dem Slogan „C the Unseen“ präsentierte. Die nun in Schriftform vorgelegten Beiträge unserer Tagung sollen belegen, wie perspektivenreich, anregend und fruchtbar die Suche nach dem Ungesehenen, den Blindstellen in unserer Wissenschaft, sein kann.

Dieses Generalthema sollte die Tagung allerdings nicht nur inhaltlich formen, sondern war uns auch logistisch Leitmotiv und Bekenntnis. Wir wollten liebgewonnene Gewohnheiten von Verein und Tagung hinterfragen und mit Augenmaß alte Zöpfe abschneiden, getreu den Eröffnungsworten zur Bochumer Tagung von 2018: „Besonders in den letzten Jahren ist es auch eine – schöne – Tradition geworden, der Tagung neue Impulse zu geben.“²

Welche Impulse tatsächlich noch neu sind, lässt sich schwer mit Sicherheit feststellen – viele Ausrichtende haben sich schon viele Gedanken über die GJZ gemacht, und allzu schnell gerät manche Innovation in Vergessenheit. Dafür bietet die GJZ-Geschichte mahnende Beispiele.³ Wir nehmen deshalb gar nicht in Anspruch, Pionierleistungen erbracht zu haben. Zumal

1 So C. Behme, Vorwort, in: Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, 2017, S. 5.

2 T. Husemann, Statt eines Vorworts, in: Strukturwandel und Privatrecht, 2019, S. 6.

3 Vgl. nur J. Kleinschmidt, Bericht zur Podiumsdiskussion pp., in: Das neue Schuldrecht, 2001, S. 341 mit Behme (Fn. 1) 2017, S. 6: „erstmal eine abschließende Podiumsdiskussion“.

sich ohnehin erst zeigen muss, welche Innovationen langfristig Bestand haben. Auch das belegt die GJZ-Geschichte.⁴ Zumindest wollen wir aber insoweit Neuland betreten, als wir unsere organisatorischen Entscheidungen offenlegen und transparent dokumentieren. Wir hoffen, damit auch „blinde Flecken“ der Tagungsorganisation auszuleuchten und eine Reflexion anzustoßen über mögliche „best practices“ einer Vereinigung, deren kurze Vorstandszyklen und stetige Mitgliederrotation zwangsläufig ihr institutionelles Gedächtnis beeinträchtigen. Den folgenden „blinden Flecken“ der Tagung haben wir uns gewidmet:

1. Vortragsformate. Klassisches Format ihrer Tagungen ist der Plenarvortrag, doch immer wieder experimentiert die GJZ auch mit neuen Formaten. Unser Experiment umfasste zwei Formate: *Parallelsessions* mit je drei zeitgleich terminierten Vorträgen in thematisch geordneten Panels („Neue Zugänge zum Recht“, „Übersehene Gestalter des Rechts“ und „Recht jenseits des Nationalstaats“) ermöglichten uns eine Vergrößerung des Vortragsangebots, sowie dem Publikum einen interessengesteuerten Themenwechsel. Daneben sollten *Lightning Talks* als zweiminütige Kurzvorträge eine Forschungsfrage oder eine überraschende Erkenntnis pointiert präsentieren und jede:r Tagungsteilnehmenden die Gelegenheit geben, sich dem Plenum ganz knapp vorzustellen – wie eine akademische Visitenkarte, die gemeinsame Interessen zu identifizieren und Kontakte anzubahnen hilft. Beide Formate wurden aus der internationalen Tagungspraxis anderer Disziplinen übernommen, ebenso wie die verblindete Beitragsauswahl durch mindestens zwei interne, aber voneinander unabhängige Peer Reviews zu jeder eingegangenen Bewerbung. Die neuen Formate wurden hervorragend angenommen, die *Lightning Talks* kamen aus dem Stand auf 37 Minivorträge – davon einer sogar spontan nachgemeldet.

2. Inklusivität. Viele GJZ-Tagungen erhoben bislang Tagungsbeiträge im hohen zweistelligen Bereich. Neben den Reise- und Unterkunftskosten können solche Beträge Nachwuchswissenschaftler:innen von der Teilnahme abschrecken. Wir führten deshalb eine Option zur bedarfsgerechten *Beitragsbefreiung* ein, die im Anschluss an die Tagung sogar in der GJZ-Satzung verankert wurde (§ 2 Abs. 2 S. 2). Weniger erfolgreich war unsere Idee

4 Etwa durch die interdisziplinär inspirierte, aber in der GJZ bislang ohne Nachahmer gebliebene Innovation in Bochum 2018: „ein Postercafé [..], das die Möglichkeit bietet, eigene Forschung vorzustellen und darüber ins Gespräch zu kommen“ (Husemann, Fn. 2).

einer *Bettenbörse*, durch die Tagungsteilnehmende bei Studierenden unserer Fakultät hätten übernachten können; nur eine Handvoll Teilnehmender hatte daran Interesse und die Terminierung der Tagung außerhalb der Semesterzeiten erwies sich als hinderlich.

3. Qualifizierung. In einer vorab durchgeführten Umfrage unter den Mitgliedern der GJZ nannten „nur“ 46 % der Antwortenden als Berufsziel die Professur.⁵ In anderen Disziplinen ist es deshalb inzwischen üblich, Nachwuchswissenschaftler:innen auch für Karrieren außerhalb der Wissenschaft zu qualifizieren. Denn die dabei erworbenen Fähigkeiten nützen auch den wenigen, die tatsächlich bis zur Professur vordringen. Deshalb boten wir Workshops zu allgemeinen Berufskompetenzen an – von kollaborativem Arbeiten über Vortragstechniken und Wissenschaftskommunikation bis zur (akademischen) Karriereplanung. Außerdem engagierten wir die Bundessiegerin des letztjährigen „Jura-Slams“ des Deutschen Anwaltvereins für einen Auftritt, der nicht nur ein neues Format juristischer Öffentlichkeitsarbeit praktisch vorführte,⁶ sondern zugleich den vom Wetter gebeutelten Donnerstagabend erheiterte.

4. Ökologie. Neben aller inhaltlichen Inspiration bieten GJZ-Tagungen traditionell ein „vergnügliches Rahmenprogramm“ und „nicht zuletzt ein kulinarisches Ereignis“.⁷ Wir wollten davon keine Ausnahme machen. Zugleich lässt sich kaum ernsthaft über blinde Flecken der Tagungsorganisation rasonieren, ohne deren ökologischen Fußabdruck zu bedenken. Denn mit der großen Macht der Tagungshoheit kommt die große Verantwortung einer Multiplikatorin. Bei uns hieß das zum einen, dass wir Teilnehmenden ohne Deutschlandticket ein *Nahverkehrsticket* kostenfrei zur Verfügung stellten, um den Individualverkehr zu verringern. Zweitens bemühten wir uns um *Müllvermeidung* in Bezug auf Namensschilder; diese ließen wir deshalb aus Recyclingpapier anfertigen und baten Teilnehmende vorab, Schlüsselbänder mitzubringen, wie sie in der Tagungssaison zahlreich anfallen. (Sie dienten zugleich als zwanglose Gesprächsanregung.) Schließlich war die gesamte Tagungsverpflegung *fleischfrei* – was wir während der

5 Umfrage am 9. Juni 2025 per GJZ-Newsletter. 52 Antworten, davon 24 „Professor:in / Wissenschaft“, 13 „Anwält:in / Privatwirtschaft“, 4 „Richter:in / öffentlicher Dienst“, 5 „anderes Berufsziel / nicht-juristisch“ und 6 „bislang völlig unklar (unentschieden)“.

6 Ihr Siegerbeitrag lässt sich online nachschauen unter youtu.be/Yxj_8Ja8BN0.

7 So *Behme* (Fn. 1), 2017, S. 6.

Tagung nicht betonten, aber genauso wenig bereuten. Fast niemand schien etwas zu vermissen, Beschwerden gab es darüber kaum.

5. Papierfreiheit. Eine weitere ökologische Erwägung war zugleich arbeitsökonomisch motiviert: Viele GJZ-Tagungen verwandten bislang Zeit, Mühe und Geld auf Tagungsmappen mit Hochglanzbroschüren zur Präsentation des Programms samt Abstracts und Fotos der Vortragenden, Geleitwort der Schirmherrin, usw. Solche Tagungsmappen verursachten *vor* der Tagung stets erheblichen Sortieraufwand und wanderten *nach* der Tagung oft direkt in den Müll. Wir gestalteten unsere Tagung deshalb von vornherein *papierfrei* und stellten alle Tagungsmaterialien online per QR-Code zur Verfügung. Auch der Tagungsband erschien unmittelbar digital, im *Open Access* ohne Zeitverzug (Embargo) – was auch in § 2 Abs. 2 S. 4 der GJZ-Satzung nachvollzogen wurde.

6. Digitalisierung. Neben der digitalen *Tagungsorganisation* wollten wir auch den Verein digital zukunftsfähiger aufstellen. Von unseren Vorgänger:innen hatten wir eine seit vielen Jahren genutzte Vereinsverwaltungssoftware übernommen, die ausschließlich lokal auf Windows-Rechnern installiert werden konnte und in Neunziger-Jahre-Optik allerlei Knobelaufgaben stellte; Mitgliedsanträge mussten noch in Papier eingereicht und ihre Daten manuell ins Programm übertragen werden. Wir wechselten deshalb zu einer *cloudbasierten Vereinsverwaltung*. Eine Vereinswebsite hatten wir ebenfalls nicht übernehmen können, denn bislang richtete jedes Organisationsteam unter großem Aufwand alljährlich eine neue Tagungswebsite ein, die auch zentrale Vereinsinformationen enthielt. Wir stellten diese Usance vom Kopf auf die Füße und richteten stattdessen eine *zentrale Vereinswebsite* ein (<https://junge.zivilrechtswissenschaft.de>), die auch Tagungsinformationen enthielt – und zwar zu vergangenen ebenso wie zur aktuellen. Dort richteten wir ein leicht migrierbares *Inhalteverwaltungssystem* (sog. Markdown-CMS) sowie ein zentrales *Mailpostfach* ein, das wichtige Vereinskommunikation (bspw. Mitgliedsaustritte) auch Jahre später noch nachzuvollziehen erlaubt.

7. Finanzierung. Viele der genannten Maßnahmen sollten die GJZ-Tagung einfacher, günstiger und damit für nachfolgende Ausrichter:innen attraktiver machen. Dennoch erforderte eine Veranstaltung dieser Größe und Dauer auch bei uns ein Budget von etwa 50.000 €, das nur zu knapp einem Drittel durch Mitglieds- und Tagungsbeiträge zu decken war. Der Fehl-

betrag war in Zeiten schwindenden Kanzleisponsorings sogar im Rhein-Main-Gebiet nicht leicht einzuwerben. Weitgehend erfolglos verlief unser Bemühen, jede ordinierte Hochschullehrerin (m/w/d) des deutschen Zivilrechts einzeln anzuschreiben, um sie als Fördermitglied zu gewinnen. Die nunmehr in § 3 Abs. 2 S. 2 der GJZ-Satzung ermöglichte Aufnahme auch institutioneller Fördermitglieder soll weitergehenden Bestrebungen dieser Art den Boden bereiten. Verzichtet haben wir trotzdem auf einen Geldgeber, der zuvor mindestens ein Vierteljahrhundert lang jede GJZ-Tagung gefördert hatte: Der Verlag C.H. Beck, der noch kurz vor der Tagung damit auffiel, dass er sich „für die Interessen der Autor:innen einzusetzen vorgibt“, aber „keine erkennbare Rücksicht auf Autor:inneninteressen“ nimmt, sondern „einseitig die Verlagsbelange“ bevorzugt und „die Funktionsbedingungen der Produktion und Nutzung von Texten im wissenschaftlichen Kontext [...] weitgehend ignoriert“,⁸ taucht im diesjährigen Tagungsband erstmals seit 2000 nicht unter den Danksagungen auf.

Gedankt sei stattdessen unserer Hauptsponsorin SRH Heidelberg als Trägerstiftung unserer Universität (vertreten durch Herrn Professor *Christof Hettich*, der am 22. Februar 2026 – kurz vor Drucklegung dieses Bandes – mit 66 Jahren ganz überraschend verstarb nebst dem Ehemaligenverein EBS Alumni e.V. sowie dem EBS Legal Innovation Lab. Für weitere finanzielle Unterstützung danken wir der Sozietät Taylor Wessing sowie den Verlagen Mohr Siebeck, Duncker & Humblot, Otto Schmidt und der Nomos Verlagsgesellschaft – letzterer wie bewährt in Person des juristischen Lektoratsleiters *Marco Ganzhorn*. Für den Eröffnungsempfang samt Bewirtung im Thronsaal seines Hauses danken wir dem hessischen Justizminister *Christian Heinz* und seinen Referent:innen *Jana Dickler* und *Björn Schäfer*.

Für ihren in diesem Band abgedruckten Festvortrag zur Tagungseröffnung danken wir der GJZ-Alumna Professorin *Tanja Domej* (Zürich) und für seine launige Dinner Speech am Abschlussabend dem GJZ-Gründer Professor *Christoph Engel*, der wenige Tage nach seiner Pensionierung in Augenschein nehmen konnte, was aus der Vereinigung wurde, die er 35 Jahre zuvor als erster Vorsitzender auf den Weg gebracht hatte. Beide Vorträge haben die Tagung ausgezeichnet gerahmt.

Für die Begrüßung der Tagungsteilnehmenden an der EBS Law School danken wir Herrn Prodekan Professor *Michael Goldhammer*, für die Lei-

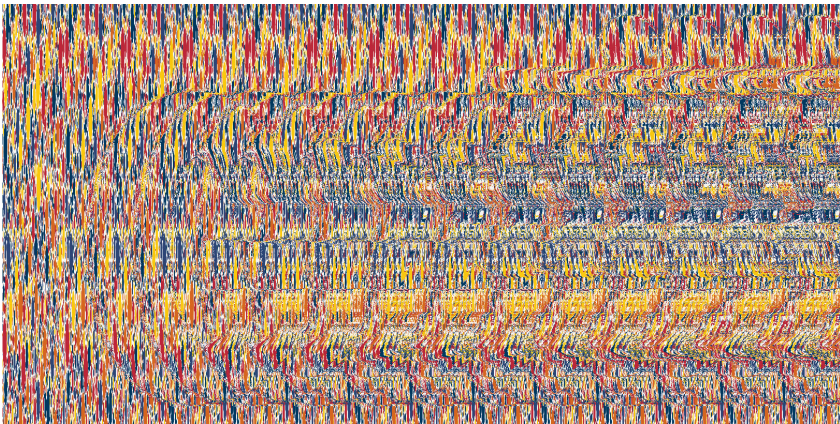
8 *M. Grünberger*, Warum ich den KI-Vertragsergänzungen des Beck-Verlags nicht zustimme, Verfassungsblog v. 17.9.2025, DOI 10.59704/ff2628c643267952.

tung unserer Workshops (alphabetisch gereiht) *Carolin Bremer*, Professorin *Sarah Legner*, *Elisabeth Neumann*, *Yael Prantl*, *André Reinelt* und *Markus Sehl*. Der Intendantin des Hessischen Staatstheaters *Dorothea Hartmann* gebührt gleicher Dank für den spannenden Blick hinter die (ihre) Kulissen. Als Studierende haben *Penelope Guckler*, *Peter Listl* und *Frido Uebachs* das Tagungsteam zeitweise unterstützt; auch dafür herzlichen Dank!

Die nächste GJZ-Jahrestagung findet voraussichtlich vom 23. bis 26. September 2026 unter dem Generalthema „Verantwortung und Zivilrecht“ an der Universität Osnabrück statt.⁹

Für die Herausgeber:innen
Hanjo Hamann
Jule Halbach

Oestrich-Winkel, im Januar 2026



Der blinde Fleck im bunten Rauschen? Nur wenige Tagungsteilnehmende erkannten das dreidimensionale Motiv, das dieses (aus einem Ishihara-Muster erzeugte) Stereogramm verbirgt

9 Der zugehörige Call for Papers ist am Ende dieses Bandes abgedruckt.

Inhaltsverzeichnis

<i>Tanja Domej</i> „Blinde Flecken“ der Zivilrechtswissenschaft	15
<i>Marina Farbmacher/Felix Jöchl</i> Politischer Extremismus als Ausschlussgrund: Der Gesellschaftsvertrag als Instrument zur Prävention und Sanktionierung	29
<i>Lucas Bliesze</i> Primärer Rechtsgüterschutz, komplexe Kausalverläufe und strukturelle Verantwortung – Unerschlossene Potenziale des vorbeugenden Rechtsschutzes in der Risikogesellschaft	51
<i>Jann Maatz</i> Deanthropozentrierte Rechtssubjektivität. Zum Schutz des Menschen, seiner technischen Bestandteile und digitalen Zwillinge	69
<i>Katrin C. Müller</i> Babel, Brüssel, BGB. Herausforderungen für die Zivilrechtswissenschaft zwischen Sprachlichkeit des Rechts und europäischer Mehrsprachigkeit	93
<i>Tristan Radtke</i> Rechtswissenschaft im Wandel – Rechtswissenschaft als empirische Fußnotenwissenschaft?	113
<i>Felix Andreas Kiefner</i> Die koloniale Vergangenheit: ein blinder Fleck des Zivilrechts	131

Inhaltsverzeichnis

Alica Mohnert

„Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt...“
Die Dogmatik des Gutachtenmangels nach § 8a II JVEG am Beispiel
psychologischer Gutachten in Kindschaftssachen 147

Torsten Kindt

Anwaltliche Rechtsfortbildung am Beispiel von Venture Capital-
Finanzierungen 167

Jule Halbach/Frido Uebachs

Wie das Zivilrecht uns blind macht
– Das Omnibus-Rollback bei der CSDDD und seine Langzeitfolgen 189

Antonia Sommerfeld

Eine Haftungskette für die Lieferkette
– Subsidiäre Haftung von Wirtschaftsakteuren derselben Lieferkette 209

Pascal T. Sierek

Blinde Flecken im europäischen Verbraucher:innenleitbild
– Dark Patterns und Dark AI 231

Diana Liebenau

Biblische Rechtsmetaphern am Beispiel des lauterkeitsrechtlichen
„Pflügens mit fremdem Kalbe“ 253

Simon Püschel

Digitale Gegenstände – Zivilrecht im digitalen Raum neu denken 277

Franziska Brachthäuser/Undine Christian

Wohnraummietrecht – Eine vertragsrechtliche Rekonstruktion 299

Fenicia Aceto-Waldschmidt/Karl Bukpiev

Diversitätsdefizit in der Zivilgerichtsbarkeit
– eine bislang unterschätzte Zugangsbarriere 319

Hanjo Hamann

Selbsthistorisierung als blinder Fleck der Zivilrechtswissenschaft.
Erkenntnisse aus öffentlich verfügbaren Daten zum GJZ e.V. 339

Call for Papers 357

„Blinde Flecken“ der Zivilrechtswissenschaft

Tanja Domej*

I. Junge und Alte

Es freut mich ganz besonders, dass ich heute hier sprechen darf, und ich bedanke mich sehr herzlich für die ehrenvolle Einladung. Im Jahr 2008, also vor jetzt auch schon wieder 17 Jahren, war ich selbst Vorsitzende des Organisationsteams der Zürcher Tagung und damit auch Vorsitzende der Gesellschaft, die damals noch Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler hieß. Wie sich die Gesellschaft und die Tagung seither weiterentwickelt haben, gefällt mir sehr gut, soweit ich es von außen beurteilen kann. Und ich kann es ja weitgehend nur von außen beurteilen: Wie traditionell der Nachwuchs keinen Zugang zu den Tagungen der diversen „Lehrer“ hat, dürfen ordentliche und außerordentliche Professoren nicht am wissenschaftlichen Programm Ihrer Tagung teilnehmen. Die Satzung erlaubt Fördermitgliedern wie mir nur die Teilnahme an den Festvorträgen und am Rahmenprogramm.¹ Wahrscheinlich ist das auch eher gerechtfertigt als die Aussperrung des Nachwuchses nicht nur aus den Vereinigungen, sondern auch aus den Veranstaltungen der „Alten“. Diese Aussperrung beginnt in letzter Zeit zu Recht etwas zu bröckeln. Zwei traditionelle Habilitiertenvereinigungen, denen ich angehöre – die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht und die Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht – lassen inzwischen immerhin Juniorprofessoren und sonstige fortgeschrittene Postdocs zu. Die Zivilrechtslehrer verlangen laut Satzung noch eine Universitätsprofessur oder eine Habilitation oder gleich-

* Inhaberin des Lehrstuhls für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich. Es handelt sich um die schriftliche, sparsam mit Fußnoten versehene Fassung meines Keynote-Vortrags anlässlich der Eröffnung der 35. GJZ-Tagung. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Links wurden zuletzt am 02.01.2026 abgerufen.

1 § 3 Abs. 4 der Satzung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft, <<https://junge-zivilrechtswissenschaft.de/satzung>>.

wertige wissenschaftliche Leistung,² und die noch satzungslosen Zivilprozessrechtslehrer laden auf ihrer Website „Interessierte mit zivilprozessualer Venia“ zur Bewerbung um die Mitgliedschaft ein.³ Zu den Tagungen sind regelmäßig auch nur Mitglieder und geladene Gäste zugelassen. Nachwuchs ist nur in Gestalt von Assistierenden von Organisatoren und Vorstandsmitgliedern vertreten, nämlich zur Erstellung der Diskussionsberichte, zum Herumreichen der Mikrophone und für organisatorische Unterstützung. Das ist in dieser Form sicher etwas aus der Zeit gefallen. Aber auch bei diesen beiden „Lehrer“-Vereinigungen sind die Dinge im Fluss, wenn ich es richtig wahrnehme.

Von einer Zulassung von Doktorierenden oder gar von Studierenden bei den Professorenvereinigungen sind wir aber wohl noch ein Stück entfernt. Und auch für Postdocs werden die Nachwuchsvereinigungen wahrscheinlich auch dann ein wertvolles Forum bleiben, wenn sie bei den „Alten“ teilnehmen und vielleicht sogar vortragen dürfen – oder eher müssen, denn ein „Nein“ wird bei einer entsprechenden Einladung nicht gern gehört. Gerade wenn man frisch habilitiert, womöglich auch noch ohne feste Stelle, aufgefordert wird, bei einer „Lehrervereinigung“ vorzutragen, ist es ganz gut, wenn man sich schon bei Auftritten erproben konnte, die – hoffentlich – etwas weniger Prüfungscharakter haben. Immerhin hat sich in der Zeit, in der ich solche Veranstaltungen besuche, bei den „Jungen“ wie bei den „Alten“, die allgemeine Atmosphäre nach meinem Eindruck in eine positive Richtung entwickelt, und die früher zum Teil ziemlich robuste Diskussionskultur hat etwas an Schärfe verloren. Das ist im Wesentlichen gut so. Wir sollten in der Wissenschaft zwar das *fortiter in re*, also hart in der Sache, nicht über Bord werfen, aber *suaviter in modo*, sanft im Tonfall, halte ich im kollegialen Umgang auch für wünschenswert. Aber sanft oder nicht – die Bedeutung derartiger Auftritte für das berufliche Fortkommen, im Positiven wie im Negativen, sollte man nicht unterschätzen.

II. Blinde Flecken

Die Nachwuchstagungen sind – thematisch, methodisch, kulturell – das Labor, in dem die Zukunft der Disziplin erprobt wird. Das spiegelt sich auch

2 § 4 Abs. I der Satzung der Zivilrechtslehrervereinigung, <<http://www.zivilrechtslehrervereinigung.de/ueber-zlv/satzung>>.

3 <<https://www.zivilprozessrechtslehrer.org/aufnahme>>.

in der Auswahl der Generalthemen. Ein gutes Generalthema zu finden, ist nicht leicht. Es muss möglichst zukunftsweisend sein, es soll ein möglichst breites Spektrum an potenziellen Vorträgen abdecken, aber es soll zugleich auch nicht völlig beliebig sein.

Die diesjährige Tagung steht unter dem Generalthema „Blinde Flecken der Zivilrechtswissenschaft“. Der Beitragsaufruf spezifiziert, dass es um „Bereiche“ gehen soll, „in denen rechtliche Regelungen oder wissenschaftliche Ansätze unzureichend, widersprüchlich oder völlig abwesend sind“.⁴ In dieser metaphorischen Bedeutung ist der „blinde Fleck“ also ein Defizit – hier ein Defizit des Zivilrechts selbst oder seiner wissenschaftlichen Bearbeitung.

Der „Blinde Fleck“ im Auge bzw. im Gesichtsfeld ist dagegen kein eigentliches Defizit, sondern eine notwendige Konsequenz der Anatomie unseres Auges, und er schränkt die visuelle Wahrnehmung nicht wirklich ein, solange man mit beiden Augen sieht. Die fehlenden Informationen werden im Gehirn aufgrund der entsprechenden Wahrnehmungen im anderen Auge und anhand von Erinnerungen ergänzt.⁵

Auch in der Wissenschaft sind „blinde Flecken“ – und darüber hinausgehend sogar ein „Tunnelblick“ – bis zu einem gewissen Grad eine Notwendigkeit. Man wünscht sich vielleicht als Wissenschaftler eine umfassende Perspektive. Viele von uns haben wohl deshalb den wissenschaftlichen Weg eingeschlagen, weil wir „erkenne[n]“ wollten, „was die Welt im Innersten zusammenhält“,⁶ wie es der tragische Gelehrte Dr. Faust in *Goethes* Bearbeitung der Faust-Sage vergeblich versucht hat. Aber wir müssen uns damit abfinden, dass wir nicht alles wissen können, dass wir nur sehr unvollständige Ausschnitte aus der Wirklichkeit erkennen können, dass wir immer wieder sogar für diese kleinen Ausschnitte hinterfragen müssen, ob das, was wir zu erkennen glauben, auch wirklich die Wirklichkeit ist. Im Fall unserer Disziplin kommt noch dazu, dass es schon für den Gegenstand bzw. die „Wirklichkeit“, die wir untersuchen, keine allgemein anerkannte Definition gibt. Das alles ist noch kein Grund zum Verzweifeln, meine ich, und schon gar kein Grund für einen Pakt mit dem Teufel, wie ihn Faust schließt. Aber es wäre doch wünschenswert, dass das, was wir wissen oder

4 <<https://junge.zivilrechtswissenschaft.de/tagungen/2025/call>>.

5 V.S. Ramachandran, Blind Spots, *Scientific American* 1992/5, 86 ff., <<https://doi.org/10.1038/scientificamerican0592-86>>.

6 *J.W. v. Goethe*, *Faust: Der Tragödie Erster Theil*, 1808, Verse 382–383; historisch-kritische Edition (hrsg. von A. Bohnenkamp/S. Henke/F. Jannidis) unter <<https://www.fau.stedition.net/>>.

lernen können, mehr ist als nichts. Und gerade die Rechtswissenschaft sieht sich gar nicht selten dem Vorwurf ausgesetzt, dass der von ihr generierte Ertrag an nützlichen Erkenntnissen bestenfalls gering oder schlimmstenfalls sogar negativ sei.

III. Rechtswissenschaftliche Selbstzweifel

Faust hat natürlich unter anderem „Juristerey“ studiert. Seit es Universitäten gibt, ist die Rechtswissenschaft oder Rechtsgelehrsamkeit ein Teil des „klassischen“ universitären Fächerangebots – und neben der Theologischen, Philosophischen und Medizinischen, die Dr. Faust auch alle besucht hat,⁷ gehört die Juristische Fakultät traditionell zum Kernbestand einer „Volluniversität“. Dass die Jurisprudenz – wie die Theologie und wie viele der traditionell an Philosophischen Fakultäten angesiedelten Fächer – keine „exakte“ Wissenschaft ist und sein kann, zumindest solange sie sich mit dem Recht über die bloße Wiedergabe und vielleicht noch Systematisierung von Normtexten oder Gerichtsentscheidungen hinaus beschäftigt, macht sie zum Angriffspunkt für Zweifel am Wissenschaftscharakter. Diese Zweifel kommen vielleicht sogar noch mehr aus den eigenen Reihen als von außen.

1848 hielt der damalige Erste Staatsanwalt in Berlin, *Julius Hermann von Kirchmann*, einen viel beachteten und bis heute oft zitierten (vielleicht etwas weniger oft vollständig gelesenen) Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, in dem er die „Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ beklagte.⁸ Seine Kritik richtete sich sowohl gegen die Methoden der Rechtswissenschaft als auch gegen den aus seiner Sicht mangelnden gesellschaftlichen Nutzen ihrer Forschungsergebnisse. Methodisch habe die Jurisprudenz den Anschluss verloren, weil sie den in den Naturwissenschaften seit *Francis Bacon* – dem großen Erneuerer der wissenschaftlichen Methodik, übrigens auch ein Jurist – vollzogenen Wandel hin zur exakten Beobachtung nicht mitgemacht habe. Das habe aber, meint Kirchmann, auch mit dem Gegenstand der Jurisprudenz zu tun, die sich lieber mit dem Klein-Klein und dem „Unwahren, Veralteten, Willkürlichen der positiven Gesetze“ beschäftige – also mit den im Beitragsaufruf zu dieser Tagung

7 *Goethe*, Faust I (Fn. 6), Verse 354–357.

8 *J.H. v. Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, München 1848; Digitalisat unter <<https://www.digitale-sammlungen.de/view/bsb10740367>>.

angesprochenen blinden Flecken – statt mit dem „Ewigen, Absoluten“ des „natürlichen Rechts“. Die Jurisprudenz sei deshalb „ein Geschäft so widerwärtiger Art, daß man sich wundern muß, noch so Viele dazu willig zu finden.“⁹ Dieser Fokus auf Quisquilien sei auch der Grund dafür, dass es nur „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers“ brauche, damit „ganze Bibliotheken [...] zu Makulatur“ würden.¹⁰

Dieses Diktum wird von der Zunft, gegen die sich *Kirchmanns* Philippika richtet, bis heute gern mehr oder weniger selbstironisch verwendet. Was er uns allerdings in seiner Schrift nicht liefert, ist ein eigentliches methodisches Programm. Er spricht zwar von der Notwendigkeit, Anschluss an die naturwissenschaftlichen Methoden zu gewinnen, aber wie man durch „exakte Beobachtung“ das wahre „natürliche Recht“ erkennen könnte, kann er uns auch nicht sagen. Sein Vortrag verfolgte vielleicht auch nicht nur ein wissenschaftstheoretisches, sondern auch ein politisches Ziel, und über die Einordnung in die rechtstheoretischen und methodischen Diskussionen der Zeit – es war die Zeit nach der Spaltung der Historischen Rechtsschule in Romanisten und Germanisten – und erst recht über die Lehren, die man heute daraus ziehen kann, lässt sich wohl streiten.¹¹

IV. Archive für die Praxis

Inzwischen hat es viele weitere Versuche vieler brillanter Köpfe gegeben, die Rechtswissenschaft theoretisch und methodisch auf neue Beine zu stellen – auch wenn sich die meisten davon nicht auf die Erkenntnis eines unabhängig von der Rechtswissenschaft existierenden „natürlichen Rechts“ richten. Im Kern hat sich dadurch allerdings am Alltagsgeschäft im Mainstream jedenfalls der deutschsprachigen Zivilrechtswissenschaft erstaunlich wenig geändert. Die frühesten Abhandlungen in dem seit 1818 erscheinenden „Archiv für die civilistische Praxis“, das man heute als das Zentralorgan der Zivilrechtslehrer bezeichnen kann, unterscheiden sich in der Art, wie

9 *Kirchmann*, Werthlosigkeit (Fn. 8), S. 22.

10 *Kirchmann*, Werthlosigkeit (Fn. 8), S. 17.

11 Vgl. *C. Engel*, Wiedergelesen. Julius Hermann von Kirchmann: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, JZ 2006, 614; *Jakobs*, Abermals Wiedergelesen. Julius Hermann von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, JZ 2006, 1115 ff.; *Engel*, Schlußwort. Vom Wert der Jurisprudenz als einer politischen Wissenschaft, JZ 2006, 1118 f. Lesenswert zur Rezeptionsgeschichte der studentische Beitrag von *T. Koch*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Göttinger Rechtszeitschrift 2023/2, 9 (11 ff.).

sie an ihren Gegenstand herangehen, nicht ganz grundlegend von dem, was man in dieser Zeitschrift heute noch lesen könnte. Allerdings ist bei den frühen Beiträgen das Zivilprozessrecht viel stärker vertreten als heute – wohl zum Teil deshalb, weil die drei Begründer *Gensler*, *Mittermaier* und *Schweitzer*, die für das erste Heft alle drei auch selbst Beiträge verfassten, (auch) Prozessualisten waren, sicher aber auch deshalb, weil die Zivilprozessrechtslehrer heute ihr eigenes „Archiv“ haben, die 1879, im Jahr des Inkrafttretens der deutschen Zivilprozessordnung, gegründete „Zeitschrift für Zivilprozess“.

Dass sich die am Höhepunkt ihrer akademischen Karriere angelangten Zivilrechtswissenschaftler als „Zivilrechtslehrer“ bezeichnen und ihre besonders ambitionierten Abhandlungen in einem „Archiv für die [...] Praxis“ publizieren, sagt einiges über die deutschsprachige Zivilrechtswissenschaft und ihr Selbstverständnis.

In der Vorrede zum 1818 erschienenen ersten Band des Archivs für die civilistische Praxis schreiben die Begründer:

„Es ist das Archiv nicht sowohl für den Kreis academischer Rechtslehrer berechnet, als vorzüglich dahin, den Sinn einer historisch-theoretisch-praktischen Rechtswissenschaft in dem Kreise der Richter und Advocaten zu erhalten und zu erwecken, insbesondere aber auch diejenigen jungen Rechtsmänner gegen Schlawheit und Schlendrian zu sichern, welche von der Hochschule in das praktische Leben hinüber treten, und mit diesem Schritt, gewöhnlich und leider!, den aufgeregten Sinn für Rechtswissenschaft verlieren, indem sie in den nicht kleinen Haufen derjenigen oberflächlichen Formsclaven eintreten, die Juristen sich nennend, das Recht mißhandeln und tödten, so daß es der gesunden Vernunft des Volkes als Unrecht und als eine zu verbannende Plage erscheinen darf und muß.“¹²

30 Jahre vor *Kirchmanns* Streitschrift liest es sich in mancher Hinsicht also ähnlich wie bei ihm. Ob *Kirchmann* dachte oder gedacht hätte, dass der typische „Archiv“-Beitrag seinem Anspruch an eine gute Rechtswissenschaft gerecht wird, muss ich dahingestellt lassen. Die Begründer des Archivs dachten aber offensichtlich, wohl etwas anders als später *Kirchmann*, dass die Wurzel des Übels nicht die Rechtswissenschaft und ihre Art der Beschäftigung mit dem Recht war, sondern das Desinteresse der Praktiker an dieser Wissenschaft – und deshalb gründeten sie eine Zeitschrift, deren Ziel es war, die „Praxis“ zum lebenslangen Lernen zu animieren, die „Lehre“ al-

12 J.C. Gensler/C.J.A. Mittermaier/C.W. Schweitzer, Vorrede, AcP 1 (1818) III (IV).

so nicht nur den Studierenden, sondern auch den in der Praxis Wirkenden besser zugänglich zu machen.

Die meisten Praktiker lesen jedenfalls heute wohl nur selten Archivzeitschriften, und wenn sie es tun, vermutlich nicht primär zum Zweck einer praxisorientierten Weiterbildung. Trotzdem ist die Produktion juristischen Wissens stark von den Bedürfnissen der Rechtsanwendungspraxis geprägt – beginnend mit dem Bedürfnis, adäquat ausgebildeten Nachwuchs „geliefert“ zu bekommen.

V. Rechtswissenschaft als „Lehre“

Dass die juristische Literatur – nicht nur die, die von den mit einer *Venia legendi*, also einer universitären Lehrbefugnis, ausgestatteten „Lehrern“, stammt – regelmäßig als „Lehre“ bezeichnet wird, hat dabei vielleicht seinen tieferen Sinn. Mein sehr geschätzter Fakultätskollege *Wolfgang Ernst* charakterisiert in seinem Beitrag über „Gelehrtes Recht“ mit dem Untertitel: „Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers“ in einem mit „Das Proprium der Rechtswissenschaft“ betitelten Sammelband die systematische Rechtswissenschaft als „*spin-off* akademischer Juristenausbildung“.¹³ Der akademische Lehrer fungiert dabei nicht nur als Erforscher und Vermittler, sondern auch als Schöpfer, denn das „Zivilrecht“ als Gegenstand entstehe erst durch die Organisation des Stoffs durch den Universitätslehrer.¹⁴ Wesentlich für eine *lege artis* betriebene Rechtswissenschaft ist für *Ernst* der „strictly legal point of view“,¹⁵ das Ausblenden aller außerrechtlichen Gesichtspunkte. Das heißt nicht, dass er Interdisziplinarität ablehnen würde – aber der Jurist soll sich aus seiner Sicht nicht selbst „amateurhaft als Psychologe, Wirtschaftswissenschaftler oder Sprachphilosoph aufspiel[en]“¹⁶, sondern verstärkt die Zusammenarbeit in interdisziplinären Teams suchen, in denen echte Profis die nicht spezifisch juristischen Aspekte abdecken.

Nicht alle Beiträge in dem genannten Sammelband plädieren für eine derart strikte Selbstbeschränkung der Rechtswissenschaft, wenn es darum

13 *W. Ernst*, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007, S. 3 (4).

14 *Ernst*, Gelehrtes Recht (Fn. 13), S. 4 f., 10.

15 *Ernst*, Gelehrtes Recht (Fn. 13), S. 15 ff.

16 *Ernst*, Gelehrtes Recht (Fn. 13), S. 19.

geht, nicht spezifisch juristische Methoden oder außerrechtliche Aspekte einzubeziehen. Das wäre bei einem Werk unter der Mitherausgeberschaft von *Christoph Engel*, Gründungsdirektor des stark interdisziplinär ausgerichteten Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, wohl auch eher überraschend gewesen. Ganz allgemein gibt es inzwischen schon seit längerem einen deutlichen Trend zur Erweiterung der methodischen Zugänge, auch außerhalb der so genannten „Grundlagenfächer“ oder „Hilfswissenschaften“. Wir sind aber immer noch weit entfernt von der Situation z.B. in Nordamerika, und ich vermute, das wird sich nicht so schnell ändern.

V. Dominanz der Rechtsdogmatik

Im Jahr 2014 stellte die Zivilrechtslehrervereinigung ihre Zweijahrestagung unter das Generalthema „Methoden des Privatrechts“. *Gerhard Wagner* und *Reinhard Zimmermann* stellen in ihrem Vorwort zum Sonderheft des Archivs für die civilistische Praxis, in dem die Referate abgedruckt sind, fest, dass es das erste Mal war, dass eine Zweijahrestagung unter einem Oberthema stand – und auch das erste Mal, dass sich die Zivilrechtslehrertagung mit Methodenfragen beschäftigte.¹⁷ In den Vorträgen stehen ganz klar „klassische“ juristische Methoden im Mittelpunkt. Es wird zwar teilweise auch die Bedeutung der „Grundlagenwissenschaften“ thematisiert; die einzige „Grundlagenwissenschaft“, über deren Verhältnis zur Rechtsdogmatik vertiefter diskutiert wurde, war aber letztlich die Wirtschaftswissenschaft.¹⁸ Überlegungen etwa zu einem *empirical turn*, zu „law and ...“ oder womöglich zu (neuen oder alten) *critical legal studies*¹⁹ stehen nicht im Mittelpunkt. Das liegt sicher auch ein wenig daran, wer zu Vorträgen eingeladen wurde. Wie schon angedeutet, funktioniert die Einladungspolitik der Zivilrechtslehrervereinigung anders als in Ihrer Gesellschaft. Es gilt das Prinzip „don't call us, we'll call you“. Aber man kann dem Vorstand, der die Referierenden und Themen ausgesucht hat, wohl trotzdem kaum

17 *G. Wagner/R. Zimmermann*, Vorwort: Methoden des Privatrechts, AcP 214 (2014) 1.

18 Vgl. *R. Stürmer*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014) 7 (30 ff.); *G. Christandl*, Diskussionsbericht zum Referat von Rolf Stürmer, AcP 214 (2014) 55 ff.; *P.O. Müllert*, Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 214 (2014) 188 (207 ff.).

19 Dazu vgl. zuletzt etwa *S. Moyn*, Reconstructing Critical Legal Studies, 134 Yale L.J. 77 (2024).

vorwerfen, dass die Vorträge und Diskussionen nicht repräsentativ gewesen wären. Die deutschsprachige Rechtswissenschaft im Allgemeinen und die Zivilrechtswissenschaft im Besonderen werden eben immer noch von der Rechtsdogmatik dominiert. Im Mittelpunkt stehen Hermeneutik, Systembildung und Theoriebildung. Andere methodische Zugänge werden eher den „Grundlagenfächern“ und „Hilfswissenschaften“ zugeordnet, weniger dem Fach „Zivilrecht“.

Ich würde erwarten, dass Rechtsdogmatik auch in der Zukunft in der deutschen Zivilrechtswissenschaft die zentrale Rolle spielen wird. In die Arbeit von Nachwuchswissenschaftlern fließen zwar immer mehr empirische Methoden ein, und man versucht verstärkt die Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften zu berücksichtigen. Vor allem bei Drittmittelanträgen sehe ich einen deutlichen Trend zum Interdisziplinären, und einige Nachwuchswissenschaftler investieren beeindruckend viel in die methodische Fortbildung, um die „fachfremden“ Methoden *lege artis* einsetzen zu können. Den Tod der Rechtsdogmatik auszurufen, wäre aber gerade für die deutschsprachige Zivilrechtswissenschaft sicher mehr als nur „eine Übertreibung“.²⁰ Zumindest schließe ich das aus meiner Interaktion mit Nachwuchswissenschaftlern. So haben sich in einem von mir gemeinsam mit Kollegen aus Österreich, Slowenien, Schweden und Deutschland veranstalteten internationalen Doktorierendenseminar klare Unterschiede in den Zugängen im deutschsprachigen Raum im Vergleich zu skandinavischen Doktorierenden gezeigt, deren Arbeiten regelmäßig deutlich stärker rechtstheoretisch oder empirisch ausgerichtet sind, während bei den deutschsprachigen Doktorierenden regelmäßig das positive Recht im Mittelpunkt steht.

VI. Empiriedefizit und die Schwierigkeiten seiner Behebung

Auch die überzeugtesten Verfechter der Rechtsdogmatik sehen jedoch im Allgemeinen die Notwendigkeit, das Recht, seine Anwendung und seine Wirkung auch mit anderen Methoden zu untersuchen. Es dürfte vor allem

20 So die im „New York Journal and advertiser“ vom 02.06.1897 abgedruckte Reaktion von *Mark Twain* auf Berichte darüber, er liege verarmt im Sterben; Digitalisat unter <<https://www.loc.gov/resource/sn83030180/1897-06-02/ed-1/>>; zur Geschichte des berühmten (vermeintlichen) Zitats „Die Nachrichten von meinem Tod sind stark übertrieben“ vgl. den Blogbeitrag „Quote Origin: Reports of My Death Are Greatly Exaggerated“ vom 07.06.2024, <<https://quoteinvestigator.com/2024/06/07/report-death/>>.

keine sehr kontroverse Aussage sein, dass wir nach wie vor ein Empiriedefizit haben. Die Handvoll Lehrstühle und Institute mit im weitesten Sinn „rechtsempirischer“ Zielsetzung, die in den letzten Jahren entstanden sind, teilweise, nachdem frühere Lehrstühle mit vergleichbarer Zielsetzung aufgelöst wurden,²¹ können diesem Defizit bei weitem nicht abhelfen. Ich will beispielhaft nur zwei Aspekte aus meinem eigenen Fach, dem Zivilverfahrensrecht, ansprechen, bei denen massive „blinde Flecken“ im Sinn von Informationsdefiziten bestehen.

Erstes Beispiel: Seit Jahrzehnten, wenn nicht seit Jahrhunderten, wird international über eine „Krise“ der Ziviljustiz geklagt, und als eines der zentralen Probleme wird regelmäßig die angeblich zu geringe Effizienz der Zivilprozesse diskutiert. Es werden dann verschiedene Strategien entwickelt, die Abhilfe schaffen sollen – zum Beispiel Sanktionen für Prozessverschleppung, Regeln über die Präklusion verspäteten Vorbringens, verstärkte richterliche Prozessleitung, neuerdings die Digitalisierung und Strukturierungsvorgaben. Wir wissen aber in Wahrheit wenig darüber, ob und wie sich Maßnahmen in diesem Bereich wirklich auf die Effizienz auswirken. Gerade die Frage, ob Maßnahmen der Verfahrenskonzentration die Effizienz verbessern und an welchem Punkt der Effekt ins Gegenteil umschlägt, ist nicht trivial – aber mit dem „klassischen“ methodischen Instrumentarium der Rechtsdogmatik kann man sie nicht beantworten.

Zweites Beispiel: Als weiterer Grund für die vermeintliche Krise der Ziviljustiz gilt die Überlastung der Gerichte. In vielen Rechtsordnungen wurden deshalb Instrumente geschaffen, mit denen die Gerichte von streitigen Verfahren in Fällen entlastet werden sollen, die sich auch anders erledigen lassen. In dieser Hinsicht besonders konsequent ist Österreich, wo für Klagen, mit denen ausschließlich ein Geldbetrag von nicht mehr als 75.000 Euro gefordert wird, ein obligatorisches Mahnverfahren vorgesehen ist.²² Das bedeutet: Bei solchen Klagen wird in einem automatisierten Verfahren ein Zahlungsbefehl ausgestellt, der zum vollstreckbaren Titel wird, wenn der Beklagte keinen Einspruch erhebt. Wie sich das insgesamt auf die – „wirkliche“ und von den Betroffenen wahrgenommene – Fairness des Verfahrens auswirkt und wie oft damit gerade gegenüber Angehörigen

21 H. Hamann, Evidenz, Empirie und Data Science in der Rechtswissenschaft, in: L. Wörner/R. Wilhelmi/J. Glöckner/M. Breuer/S. Behrendt (Hrsg.), Digitalisierung des Rechts, Berlin 2024, S. 41 (45, 56 f.).

22 § 244 Abs. 1 öZPO (öRGGBl 1895/113, zuletzt geändert durch öBGGBl I 2025/112).

vulnerabler Gruppen unberechtigte Vollstreckungstitel geschaffen werden, wissen wir nicht.

Das sind nur zwei willkürlich herausgegriffene Beispiele; es gibt ein fast unerschöpfliches Reservoir von Fragen im Zusammenhang mit dem Recht und seiner Wirkung, auf die die Rechtsdogmatik keine Antworten liefern kann. Die an juristischen Fakultäten angesiedelten „Grundlagenfächer“ haben auch oft nicht die Ausrichtung und Ausstattung, um das zu tun. Es hat in den letzten Jahren gerade auch im Bereich des Zivilprozesses einige z.T. recht groß angelegte empirische Untersuchungen gegeben – besonders viel Aufmerksamkeit gab es für die von *Caroline Meller-Hannich* geleitete Studie zum Rückgang der Klageeingangszahlen bei den Zivilgerichten²³ –, aber es besteht definitiv noch viel Forschungsbedarf.

Insofern ist es zu begrüßen, dass es einen Aufwind für das gibt, was wir an unserer Fakultät in Ausschreibungstexten neuerdings als „empiriegestützt“ bezeichnen. Auch Ihre Gesellschaft hat im Jahr 2023 unter dem Titel „Rechtstatsachen im Privatrecht“ ihre gesamte Jahrestagung empirischen Forschungsansätzen gewidmet.²⁴

Zur wachsenden Bedeutung der Empirie im juristischen Kontext hat wohl auch beigetragen, dass bei der Schaffung von Rechtsakten verstärkt systematische „impact assessments“ durchgeführt werden und dass – nicht nur auf EU-Ebene – zum Teil schon beim Erlass von Gesetzen periodische Evaluationen vorgesehen werden, bei denen es auch um die Erhebung empirischer Evidenz geht. Wer an solchen Vorhaben schon mitgewirkt hat, weiß allerdings, dass es oft eine sehr große Herausforderung ist, relevante Daten überhaupt zu erheben und daraus belastbare Schlüsse zu ziehen. Vielleicht ermöglicht die Digitalisierung, wie *Hanjo Hamann* in seinem „Scoping Review“ zur quantitativen Rechtsforschung schreibt, wirklich „eine nie dagewesene Demokratisierung empirischer Rechtsforschung“.²⁵ Aber zumindest in manchen Bereichen wird man das Problem fehlender Daten wohl nicht ganz so leicht lösen können.

23 *C. Meller-Hannich/S. Ekert/M. Nöhre/A. Höland/K. Gelbrich/L. Poel/L. Hundertmark/A. Moser*, Der Rückgang der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten. Ursachenforschung, Analyse und Empfehlungen, Baden-Baden 2023. Der Abschlussbericht zum Forschungsprojekt ist unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html> verfügbar.

24 Die Vorträge sind in *D. Bartlitz/F. Eckert/F. Kurz/D. Lang/P. Meichelbeck/D. Meier/K. Neubert/J. Odrig*, Rechtstatsachen im Privatrecht, Baden-Baden 2024 publiziert.

25 *Hamann*, Evidenz, Empirie und Data Science (Fn. 21) S. 43.

Selbst wenn wir alle Daten hätten, die man sich nur wünschen könnte, bliebe natürlich immer noch die Frage, wie sinnvoll es ist, wenn dogmatisch ausgebildete Juristen in der Forschung zu Empirikern werden. Man kann *Wolfgang Ernsts* Befürchtung, dass wir so zu Dilettanten werden, sicher nicht ganz von der Hand weisen. Und jedem, der Forschung in Bezug auf das Recht betreiben will, ein Zweitstudium anzuraten, um methodisch sattelfest zu werden, würde wohl auch etwas weit führen. Außerdem meine ich, dogmatische Rechtswissenschaft hat durchaus auch heute noch ihre Berechtigung.

VII. Zu Tode gefürchtet ist auch gestorben

Ich denke allerdings auch, dass wir uns nicht zu sehr davor fürchten dürfen, durch dilettantisches Vorgehen zum Gespött der Disziplinen zu werden, in deren methodischen Werkzeugkästen wir uns bedienen, um einen umfassenderen Blick auf das Recht und seine Wirkung zu bekommen. Die Idee der Bildung interdisziplinärer Teams klingt zwar gut, ist aber nicht immer ganz einfach umsetzbar. Und wir brauchen mehr empirische Erkenntnisse, um die Informationen zu liefern, die unser dogmatisches „Auge“ nicht wahrnehmen kann – eben um zu vermeiden, dass die „blinden Flecken“ unser wissenschaftliches Gesichtsfeld zu sehr einschränken.

Ein anderer und genauso wichtiger Punkt ist die Weiterführung der methodischen Selbstreflexion auch in der Rechtsdogmatik – obwohl man es mit Metadiskussionen nicht übertreiben sollte. Außerdem ist und bleibt es relevant, die Diversität innerhalb der wissenschaftlichen Community weiter zu stärken. Die feministische Philosophin *Miranda Fricker* erörtert in ihrem Klassiker „Epistemic Injustice“, wie Angehörigen benachteiligter Gruppen teilweise nicht geglaubt wird, wenn sie von ihren Erfahrungen berichten – und dass es teilweise auch an Konzepten für die Einordnung und kommunikative Vermittlung solcher Erfahrungen fehlt.²⁶ Ich habe keinen Zweifel daran, dass es diese Phänomene gibt und dass sie sich auch in der Rechtswissenschaft auf vielen Ebenen auswirken – sowohl bei der Wahl der Themen als auch bei der Wahl der Methoden –, und dass das unser Gesichtsfeld einschränken kann.

Wenn ich auf das Programm dieser Tagung blicke, habe ich große Hoffnung, dass der zivilrechtliche Nachwuchs auf einem gutem Weg ist,

26 *M. Fricker*, *Epistemic Injustice. Power and the Ethics of Knowing*, Oxford 2007.

dieses Gesichtsfeld zu erweitern, immer wieder neue thematische und methodische Perspektiven einzubringen und so dazu beizutragen, unsere Wahrnehmung des Rechts, seiner Entstehung und seiner Wirkung bunter und vielfältiger zu machen. In diesem Sinne wünsche ich Ihnen eine erfolgreiche Tagung, viele neue Erkenntnisse und fruchtbare Diskussionen!

Politischer Extremismus als Ausschlussgrund: Der Gesellschaftsvertrag als Instrument zur Prävention und Sanktionierung

Marina Farbmacher/Felix Jöchl*

Der Beitrag untersucht, inwiefern das österreichische Gesellschaftsrecht als Instrument zur Prävention und Sanktionierung von politischem Extremismus dienen kann. Während die ökologische Bedeutung des Gesellschaftsrechts bereits Eingang in den wissenschaftlichen Diskurs gefunden hat, stellt dessen soziale und gesellschaftliche Verantwortung in Österreich bislang einen blinden Fleck dar. Um diesen auszuleuchten, bietet sich ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland an, zumal das deutsche Recht hier wesentliche Parallelen zur österreichischen Rechtslage aufweist. Kern der Untersuchung ist der Ausschluss von politisch extremen Gesellschaftern aus der GmbH nach österreichischem Recht: zum einen hinsichtlich der „gesetzlichen“ Ausschlussmöglichkeiten aus wichtigem Grund und zum anderen hinsichtlich der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten. Ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage ist ein Ausschluss nur in Ausnahmefällen möglich. Zur Gewährleistung des rechtssicheren Ausschlusses politisch extremer Gesellschafter ist daher die Verankerung einer entsprechenden Ausschlussklausel im Gesellschaftsvertrag erforderlich.

I. Gesellschaftliche Verantwortung des Gesellschaftsrechts

Von rechtsextremistischen Deportationsplänen beim sogenannten Potsdamer Treffen bis hin zu Gewaltexzessen der militant-linksextremistischen Gruppierung um Lina E.: Politisch extreme Vorfälle haben in den letzten Jahren sowohl in Deutschland als auch in Österreich zugenommen.¹ Dass dieser Thematik auch im Gesellschaftsrecht Relevanz zukommt, verdeutlicht ein aktueller Anlassfall betreffend einen Gesellschafter, der das Pots-

* Marina Farbmacher und Felix Jöchl sind Universitätsassistenten (prae-doc) am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

1 Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2024, Berlin 2025, S. 26, 64 ff.; DÖW, Rechtsextremismus in Österreich 2023, Wien 2025, S. 49 ff.

damer Treffen mitorganisierte. Die Gesellschaft distanzierte sich von seinem Verhalten, der Gesellschafter verließ diese daraufhin freiwillig. Welche rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten stehen einer Gesellschaft aber zur Verfügung, wenn ein extremistischer Gesellschafter nicht aus eigenem Antrieb austritt, und wie kann gesellschaftsvertraglich Vorsorge für einen solchen Fall getroffen werden?

In der deutschen Literatur wurden bereits grundlegende Überlegungen zu dieser Thematik angestellt.² Im österreichischen Gesellschaftsrecht fehlt bislang hingegen eine Auseinandersetzung mit dem Ausschluss politisch extremer Gesellschafter. Die Rolle des Gesellschaftsrechts wurde in Österreich etwa im Zusammenhang mit der ökologischen Nachhaltigkeit bereits umfassend gewürdigt;³ seine soziale und gesellschaftliche Verantwortung sind hingegen ein noch weitgehend *blinder Fleck*. Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag, inwiefern das österreichische Gesellschaftsrecht im Allgemeinen und der Gesellschaftsvertrag im Besonderen zur Prävention und Sanktionierung extremistischer Tendenzen beitragen können. Anhand der GmbH als in der Praxis wohl bedeutendste Rechtsform⁴ wird auf Basis bereits bestehender Ansätze in Deutschland untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein Ausschluss politisch extremer Gesellschafter im österreichischen Recht möglich ist. Diese Untersuchung erfasst ausschließlich privates Verhalten der Gesellschafter, das außerhalb ihrer Gesellschafterfunktion liegt.⁵

2 L. Mörmel/J. Brandau, Der Ausschluss extremistischer Gesellschafter aus GmbH und Personengesellschaften, ZIP 2024, 2248; F. Möslein/G. Kübler/F. Schönbohm, Nie wieder ist jetzt: Schutz vor politischem Extremismus als gesellschaftsrechtliche Gestaltungsaufgabe, NZG 2024, 1687; B. Grunewald, Extremistische politische Einstellungen als wichtiger Grund für den Ausschluss von Gesellschaftern/Vereinsmitgliedern und für die Abberufung von Geschäftsführern, GmbHR 2024, 906; R. Harnos, Das politische Gesellschaftsrecht, ZIP 2024, 503.

3 Vgl. z. B. A. Schopper/J. Reheis, Aspekte der Nachhaltigkeit im Gesellschaftsrecht, NZ 2022, 530; S. Kalss, Nachhaltigkeit – ist Gesellschaftsrecht neu zu denken? GesRZ 2022, 165.

4 Vgl. G. Kodek, Firmenbuch-Gesellschaften-Statistik 2024, PSR 2025, 16.

5 Siehe zur Kündigung von Verträgen wegen politischer Aktivitäten von Führungspersonen V. Konstant/D. Eichinger, Kündigung von Verträgen wegen politischer Aktivitäten von Führungspersonen, NZG 2025, 1263.

II. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Ausschlusses

Wie das deutsche GmbHG enthält auch das österreichische GmbHG keine allgemeine gesetzliche Regelung zum Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund. Dennoch wird sowohl von der deutschen herrschenden Lehre⁶ als auch der ständigen Rechtsprechung des BGH⁷ bejaht, dass Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden können.

Nach überzeugender Ansicht der österreichischen herrschenden Lehre ist der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund auch in Österreich zuzulassen.⁸ Der OGH verneint diese Möglichkeit hingegen in ständiger Rechtsprechung.⁹ Die österreichische herrschende Lehre begründet die Zulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund ohne satzungsmäßige Grundlage bei der GmbH mit dem Vorliegen einer planwidrigen Lücke,¹⁰ die unter Zugrundelegung der Wertungen des § 140 Unternehmensgesetzbuch (UGB) zu schließen sei.¹¹ Der OGH argumentiert seine ablehnende Ansicht hingegen damit, dass der Gesetzgeber in Kenntnis

6 H. Damrau-Schröter, Der Ausschluss eines (mißliebigen) GmbH-Gesellschafters, NJW 1991, 1927 (1933 ff.); C. Seibt in: F. Scholz (Hrsg.), GmbHG, Bd. I, 13. Aufl., Köln 2022, Anh. § 34 Rn. 25; O. Sosnitzer in: L. Michalski/A. Heidinger/S. Leible/J. Schmidt (Hrsg.), GmbHG, Bd. I, 4. Aufl., München 2023, Anh. § 34 Rn. 8 m. w. N.

7 RGZ 169, 330 (333 f.); BGHZ 9, 157 (158); BGHZ 16, 317 (322); BGHZ 32, 17 (22); BGHZ 80, 346 (349); BGH GmbHR 1987, 302 (303).

8 J. Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht, Wien 1983, S. 669 (685 ff.); H. Koppensteiner/F. Rüdfler, GmbH-Gesetz Kommentar, 3. Aufl., Wien 2007, Anh. § 71 Rn. 13; Ch. Nowotny in: S. Kalss/Ch. Nowotny/M. Schauer (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Wien 2017, Rn. 4/314; R. Rauter in: M. Straube/T. Ratka/R. Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Wien 2025, § 75 Rn. 131 ff. m. w. N.; a. A. etwa A. Schopper in: M. Gruber/F. Harrer (Hrsg.), GmbHG Kommentar, 2. Aufl., Salzburg 2018, § 75 Rn. 15.

9 Zuletzt OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z; 17.10.2006, 1 Ob 135/06v; 25.9.2001, 4 Ob 216/01w; 22.2.1996, 6 Ob 657/95; RIS-Justiz RS0059745 (T2); vgl. jüngst auch OGH 4.6.2025, 6 Ob 170/24d (keine Klagemöglichkeit auf Auflösung einer GmbH).

10 F. Hartlieb/U. Saurer/J. Zollner, Anteilsübertragung bei der GmbH, 1. Aufl., Wien 2024, Rn. 6.4 f.; F. Hartlieb, Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund bei GmbH & FlexKapG, wbl 2023, 665 (666) m. w. N.; vgl. H. Koppensteiner/M. Auer in: M. Straube/T. Ratka/R. Rauter (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, 4. Aufl., Wien 2025, § 140 Rn. 1.

11 Reich-Rohrwig, GmbH-Recht (Fn. 8), S. 680 ff.; Koppensteiner/Rüdfler (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 13 f.; F. Rüdfler, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in: S. Kalss/F. Rüdfler (Hrsg.), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, Wien 2005, S. 71 (72); für Deutschland vgl. Seibt (Fn. 6), Anh. § 34 Rn. 25.

der jahrzehntelangen deutschen Rechtsprechung und der Ansichten in der Lehre keine andersartige Regelung getroffen habe.¹²

Im Rahmen des GesbR-Reformgesetzes¹³ hat der Gesetzgeber nunmehr jedoch § 1213 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) geschaffen, worin der Ausschluss eines Gesellschafters geregelt wird. § 1175 Abs. 4 ABGB normiert, dass die Regelungen des 27. Hauptstücks des ABGB (betreffend die Gesellschaft bürgerlichen Rechts [GesbR]) grundsätzlich subsidiär auf andere Gesellschaften zur Lückenfüllung anwendbar sind. § 1213 ABGB findet daher nach zutreffender Ansicht¹⁴ auch auf die GmbH Anwendung. Dies wird damit begründet, dass zwischen den GmbH-Gesellschaftern nach nunmehr herrschender Ansicht¹⁵ Treuepflichten bestehen und im GmbHG Sanktionen für krasse Treuepflichtverstöße fehlen. Demzufolge trifft das österreichische GmbHG keine abschließende Regelung und lässt überzeugenderweise Raum für die Anwendung von § 1213 iVm § 1175 Abs. 4 ABGB.¹⁶ Der nachfolgenden Untersuchung wird daher die Annahme zugrunde gelegt, dass auch in Österreich ein Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage möglich ist.

Als Voraussetzung für den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund wird angenommen, dass in der Person des auszuschließenden Gesellschafters ein Umstand eintreten muss, der die übrigen Gesellschafter nach § 1210 ABGB zur Auflösung der Gesellschaft berechtigt. Ein solcher wichtiger Grund liegt mangels näherer Konkretisierung im Gesellschaftsvertrag nach herrschender Ansicht sowohl in Österreich als auch in Deutschland vor, wenn Umstände in der Person oder im Verhalten eines Gesellschafters unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des

12 OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z; kritisch *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung (Fn. 10), Rn. 6.6.

13 BGBl. I 83/2014.

14 *S. Kalss/M. Schauer* in: *S. Kalss/Ch. Nowotny/M. Schauer* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Wien 2017, Rn. 2/25; *M. Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, Innsbruck 2014, S. 182; *M. Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78 (79 ff.); a. A. *W. Brugger/A. Schopper*, Keine Anwendung von § 1184 Abs. 2 ABGB auf die GmbH und AG, NZ 2015, 405.

15 Vgl. dazu etwa OGH 24.3.2022, 6 Ob 192/21k.

16 *Walch*, GesbR-Reform (Fn. 14), 80; zustimmend *E. Artmann/G. Thiery*, GesbR neu – Auswirkungen für die Praxis? RdW 2016, 3 (8); *Kalss/Schauer* (Fn. 14), Rn. 2/25; *P. Merzo/R. Rauter* in: *P. Rummel/M. Lukas*, ABGB Kommentar, 4. Aufl., Wien 2025, § 1213 Rn. 32.

Einzelfalls den Fortbestand der Gesellschaft unmöglich machen oder zumindest ernstlich gefährden und daher den übrigen Gesellschaftern der weitere Verbleib des betreffenden Gesellschafters nicht mehr zumutbar ist.¹⁷ Ein Ausschluss aus wichtigem Grund kann daher lediglich als *ultima ratio* erfolgen und somit nur dann, wenn keine milderen Mittel zur Verfügung stehen, um die für die Gesellschaft drohenden Gefahren zuverlässig zu beseitigen.¹⁸

Im Unterschied dazu ist die Möglichkeit eines gesellschaftsvertraglich geregelten Gesellschafterausschlusses sowohl in der österreichischen¹⁹ als auch in der deutschen²⁰ Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Eine solche Gestaltung ist in Österreich insbesondere vor dem Hintergrund der derzeitigen Rechtsprechungslinie des OGH auch dringend anzuraten.²¹ Die Voraussetzungen des Ausschlusses können im Gesellschaftsvertrag konkretisiert werden, wobei das sonst maßgebliche Erfordernis eines wichtigen Grundes gegenüber den vorstehend geschilderten Maßstäben intensiviert oder abgeschwächt werden kann.²²

III. Politischer Extremismus: Definition und Indikatoren

Zentral für die nachfolgende Untersuchung des Gesellschafterausschlusses ist die Frage, an welche Kriterien das Vorliegen einer politisch extremen Gesinnung angeknüpft werden kann. Eine Legaldefinition des Begriffes „*Extremismus*“ fehlt sowohl in Deutschland²³ als auch in Österreich. Wenn-

17 BGH GmbHR 1987, 302; BGHZ 80, 346; *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 14; *Rauter* (Fn. 8), § 75 Rn. 132; *L. Strohn/H. Fleischer* in: H. Fleischer/W. Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl., München 2025, § 34 Rn. 137.

18 *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 14; *P. Warts* in: A. Kletečka/M. Schauer, ABGB-ON online – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Wien 2025, § 1213 Rn. 4; *Merzo/Rauter* (Fn. 16), § 1213 Rn. 18.

19 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (Fn. 8), S. 681; *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 10 ff.; *Schopper* (Fn. 8), § 75 Rn. 15; *Rauter* (Fn. 8), § 75 Rn. 76 ff. m. w. N.

20 Vgl. nur *M. Heinrich* in: J. Reichert (Hrsg.), GmbH & Co KG, 9. Aufl., München 2024, § 31 Rn. 74.

21 So auch *J. Reich-Rohrwig/A. Reich-Rohrwig* in: J. Reich-Rohrwig/A. Reich-Rohrwig/P. Kinsky (Hrsg.), Flexible Kapitalgesellschaft, 1. Aufl., Wien 2024, Rn. 6.99.

22 *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 15; *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung (Fn. 10), Rn. 6.7 ff.

23 *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2253; *G. Warg*, Extremismus und Terrorismus. Ein Definitionsversuch aus rechtlicher Sicht, *VerwArch* 2011, 570 (570); *N. Ullrich*, „Extremismus“: ein Rechtsbegriff und seine Bedeutung, *JZ* 2016, 169 (170).

gleich der Begriff „*extremistisch*“ in österreichischen Gesetzen mehrfach verwendet wird,²⁴ sieht das österreichische Recht keine weitergehende Eingrenzung oder Konkretisierung dieses Terminus vor.²⁵ In der deutschen Literatur wird als konkreter Anknüpfungspunkt vorgeschlagen, eine extreme politische Gesinnung an der Mitgliedschaft in einer von den deutschen Verfassungsschutzbehörden als „*extremistisch*“ oder als „*Verdachtsfall*“ eingestuften Vereinigung festzumachen.²⁶ Die österreichische Verfassungsschutzbehörde, die Direktion Staatsschutz und Nachrichtendienst (DSN), nimmt hingegen keine entsprechende Kategorisierung von Organisationen vor.

Von der DSN wird allerdings jährlich ein Verfassungsschutzbericht veröffentlicht, an welchem sich unseres Erachtens orientiert werden kann.²⁷ Dieser enthält sowohl eine Definition von „*Extremismus*“ im Allgemeinen als auch von „*Rechtsextremismus*“ und „*Linksextremismus*“.²⁸ Im Kern dieser Extremismusdefinitionen steht die Ablehnung des modernen demokratischen Verfassungsstaates, die mit dem Einsatz oder zumindest der Inkaufnahme von Gewalt durchgesetzt werden soll.²⁹ Die Definitionen der Begriffe „*Rechtsextremismus*“ und „*Linksextremismus*“ im Verfassungsschutzbericht in Deutschland unterscheiden sich davon insofern, als hier nicht in gleichem Ausmaß auf das Kriterium der Gewalt abgestellt wird.³⁰ Vor diesem Hintergrund muss als zentrale Bedingung für die Klassifizierung einer Person als Extremist zumindest eine aktive Tätigkeit gegen

24 Vgl. etwa §§ 33 Abs. 1 Z. 5a, 247b ö. StGB (Strafgesetzbuch, BGBl. 60/1974 i. d. F. BGBl. I 50/2025); §§ 21 Abs. 2 Z. 14, 53 Abs. 3 Z. 9 Fremdenpolizeigesetz 2005 (BGBl. I 100/2005 i. d. F. BGBl. I 50/2025); § 134a Abs. 7 Z. 5 Luftfahrtgesetz (BGBl. 253/1957 i. d. F. BGBl. I 153/2024).

25 Vgl. aber die Legaldefinition von „*Religiös motivierten extremistischen Verbindungen*“ in § 247b Abs. 3 ö. StGB; siehe dazu näher F. Salimi/A. Tipold in: H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 43. Lieferung, Salzburg 2022, § 247b Rn. 24 ff.

26 Vgl. etwa Möslein/Kübler/Schönbohm, Gestaltungsaufgabe (Fn. 2), 1689 f.; Mörmel/Brandau, Ausschluss (Fn. 2), 2258.

27 Rechtsgrundlage dafür ist § 17 Staatsschutz- und Nachrichtendienst-Gesetz, BGBl. I 5/2016 i. d. F. BGBl. I 54/2025; siehe dazu M. Müller in: G. Heißl/A. Figl (Hrsg.), Staatsschutz- und Nachrichtendienstgesetz, 2. Aufl., Wien 2023, § 17 Rn. 2.

28 Bundesministerium für Inneres – DSN, Verfassungsschutzbericht 2024, Wien 2025, S. 20, 48.

29 Vgl. DSN, Verfassungsschutzbericht (Fn. 28), S. 20, 48.

30 Vgl. Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht (Fn. 1), S. 64 ff., 140 ff.

Staat und Verfassung vorliegen.³¹ Das bloße Innehaben oder Äußern von politischen Ansichten, die mit der Verfassung nicht zu vereinbaren sind, ist demnach für eine Einordnung als politisch extrem nicht ausreichend.³² Rechtlichen Definitionsansätzen steht die politikwissenschaftliche Perspektive gegenüber, aus welcher der Begriff des Extremismus differierend, vor allem aber grundsätzlich bedeutend weiter verstanden wird.³³

Die österreichische höchstgerichtliche Rechtsprechung hat in einer früheren Entscheidung den Ausschluss eines Gesellschafters in einem Fall bejaht, der zumindest mittelbar mit dessen politischer Einstellung in Verbindung steht: Der Gesellschafter war direkt von der Kanzlei des Führers der NSDAP als Gesellschafter eingesetzt worden und die „Angestellten“ sowie das „Publikum“ lehnten eine Zusammenarbeit mit ihm daher ab.³⁴ Ferner sah das OLG Wien den Ausschluss aus wichtigem Grund hinsichtlich eines Gesellschafters als zulässig an, der „unter die Bestimmungen des § 17 Verbotsg f i e l“³⁵ wobei allerdings betont wurde, dass ein Ausschluss bereits aufgrund seiner „mehrfachen schweren gerichtlichen Verurteilungen“ zulässig sei.³⁶ Als konkreter Anknüpfungspunkt für eine rechtsextreme politische Einstellung kann in Österreich daher unseres Erachtens eine Verurteilung nach einer im Verbotsgesetz 1947³⁷ normierten Straftat³⁸ herangezogen werden. Damit stimmt auch das *telos* des im Verfassungsrang stehenden Gesetzes überein, „Schutz und Sicherung der demokratisch-frei-

31 Ähnlich auch Warg, Extremismus (Fn. 23), 572 ff.; Ullrich, Rechtsbegriff (Fn. 23), 173 f.; M. Weller/M. Böbel/L. Müller, Corporate Political Engagement – Politische Äußerungen und Extremismus im Gesellschaftsrecht, ZGR 2025, 553 (584 f.).

32 Vgl. Warg, Extremismus (Fn. 23), 572 f.; Ullrich, Rechtsbegriff (Fn. 23), 173; siehe auch Weller/Böbel/Müller, Engagement (Fn. 31), 584.

33 Vgl. etwa A. Pfahl-Traugher, Die Extremismustheorie und deren Kritik, SIAK-Journal 2024 H 3, 45 (insbesondere 47 f.); Ullrich, Rechtsbegriff (Fn. 23), 170 f.; Warg, Extremismus (Fn. 23), 575.

34 EvBl. 1947, 242.

35 § 17 Verbotsgesetz 1945, StGBI. 13/1945 legte unter der Überschrift „Sonstige Bestimmungen über Nationalsozialisten“ einen bestimmten Personenkreis fest, auf den diese anzuwenden waren.

36 EvBl. 1947, 189.

37 StGBI. 13/1945 i. d. F. BGBl. I 177/2023.

38 Siehe dazu etwa S. Öner/S. Schön in: M. Stricker/A. Tipold (Hrsg.), Leukauf/Steininger – Strafrechtliche Nebengesetze, 3. Aufl., Wien 2022, §§ 3a, 3b, 3d, 3e, 3f, 3g, 3h, 3i Verbotsg jeweils Rn. 1 ff.

heitlichen Entwicklung³⁹ zu gewährleisten.⁴⁰ Denkbar wäre als mögliches Indiz für eine extreme politische Einstellung zudem die Begehung von Verwaltungsübertretungen nach anderen einschlägigen Gesetzen, wie etwa nach § 2 Uniform-Verbotsgesetz,⁴¹ § 3 Abzeichengesetz 1960⁴² oder § 3 Symbole-Gesetz.⁴³

Insgesamt hat sich im österreichischen – wie auch im deutschen Recht⁴⁴ – bislang keine allgemein anerkannte Definition von politischem Extremismus durchgesetzt. Eine abschließende Definition kann der nachfolgenden Untersuchung daher nicht zugrunde gelegt werden, ist für diese aber auch nicht zwingend erforderlich. Beim Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ist das Vorliegen von „*politischem Extremismus*“ kein Tatbestandsmerkmal. Selbst wenn einem Gesellschafter eine rechts- oder linksextreme Einstellung mit Sicherheit attestiert werden kann, stellt dies allein noch keinen Grund für den Ausschluss aus einer GmbH dar. Auch bei der näheren Konkretisierung von wichtigen Gründen im Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter nicht an den Begriff des „*politischen Extremismus*“ gebunden (siehe dazu Kapitel V).

Politisch extremes Verhalten ist jedoch einer von mehreren Parametern, der beim Gesellschafterausschluss zu berücksichtigen ist (siehe dazu Kapitel IV).⁴⁵ Das Vorliegen einer politisch extremen Einstellung ist für einen Ausschluss aus wichtigem Grund somit an sich nicht erforderlich, kann sich aber wesentlich zu Lasten des potenziell auszuschließenden Gesellschafters auswirken. Daher lohnt es, den Begriffskern von „*politischem Extremismus*“ für die anschließende Analyse abzustecken: Auf Basis der vorstehenden Überlegungen bildet die Definition des österreichischen Verfassungsschutzberichts sowie das Verbotsgesetz 1947 den Kernbereich des Begriffs. Darunter zu subsumierendes Verhalten ist unseres Erachtens daher politisch extrem.

39 AB 191 BlgNR V. GP 2.

40 Siehe dazu ausführlich *D. Kolonovits* in: K. Korinek/M. Holoubek/C. Bezemek/C. Fuchs/A. Martin/U. Zellenberg (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, I. Aufl., 20. Lieferung, Wien 2025, Vorbemerkungen VerbotsG Nr. 14 ff.

41 BGBl. 15/1946 i. d. F. BGBl. I 177/2023.

42 BGBl. 84/1960 i. d. F. BGBl. I 177/2023.

43 BGBl. I 103/2014 i. d. F. BGBl. I 177/2023.

44 Vgl. zum deutschen Recht *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2253; *Warg*, Extremismus (Fn. 23), 570; *Ullrich*, Rechtsbegriff (Fn. 23), 170; siehe auch *D. Wüstenberg*, Ist die kritisierte Person wirklich rechtsextremistisch gesinnt? NVwZ 2008, 1078 (1078 ff.).

45 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2253.

IV. Politischer Extremismus als wichtiger Ausschlussgrund

Wie bereits in Kapitel II. dargelegt, ist der Ausschluss eines Gesellschafters ohne satzungsmäßige Grundlage an strenge Voraussetzungen geknüpft. Nach herrschender Ansicht⁴⁶ kann ein Gesellschafterausschluss nur aus wichtigem Grund erfolgen. Ein solcher liegt vor, wenn den anderen Gesellschaftern eine Fortführung der GmbH mit dem potenziell auszuschließenden Gesellschafter nicht mehr zugemutet werden kann. Dafür ist es zunächst erforderlich, dass die extreme politische Einstellung einen Bezug zur Gesellschaft aufweist und sich auf das Gesellschaftsverhältnis auswirkt.⁴⁷ Das Vorliegen eines solchen Bezugs indiziert einen wichtigen Grund, bedarf in einem nächsten Schritt aber einer Abwägung der Interessen des potentiell auszuschließenden und der anderen Gesellschafter. Zur Analyse dieser beiden Voraussetzungen für einen Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund werden unter anderem Wertungen aus dem deutschen Recht herangezogen. Rechtsvergleichende Argumente aus dem deutschen Recht bieten sich aufgrund der weitgehenden Parallelen mit der österreichischen Rechtslage hinsichtlich des Ausschlusses von Gesellschaftern aus wichtigem Grund an.⁴⁸

46 Rauter (Fn. 8), § 75 Rn. 131; Koppensteiner/Rüffler (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 14; E. Napokoj in: H. Foglar-Deinhardstein/N. Aburumieh/A. Hoffenscher-Summer (Hrsg.), GmbHG, 2. Aufl., Wien 2024, § 66 Rn. 26.

47 Vgl. J. Zollner/Z. Simonishvili in: C. Zib/M. Dellinger (Hrsg.), Unternehmensgesetzbuch Großkommentar, Bd. II, 1. Aufl., Wien 2016, § 140 Rn. 16; P. Leupold in: U. Torggler (Hrsg.), Unternehmensgesetzbuch, 3. Aufl., Wien 2019, § 140 Rn. II; für Deutschland vgl. Weller/Böbel/Müller, Engagement (Fn. 31), 585; L. Klöhn in: M. Henssler/L. Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., München 2024, § 134 HGB Rn. 13; S. Kamanabrou in: H. Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch Kommentar, 8. Aufl., München 2024, § 134 Rn. 8; K. Schmidt/H. Fleischer in: I. Drescher/H. Fleischer/K. Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., Bd. II., 5. Aufl., München 2022, § 140 Rn. 17.

48 R. Rauter in: M. Straube/T. Ratka/R. Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Wien 2025, § 75 Rn. 125 ff.; vgl. zur Entstehung des österreichischen UGB aus dem deutschen HGB beispielsweise H. Krejci/T. Haberer in: C. Zib/M. Dellinger (Hrsg.), Unternehmensgesetzbuch Großkommentar, Bd. II, 1. Aufl., Wien 2016, § 1 Rn. 7 ff.

1. Bezug zum Gesellschaftsverhältnis

Die rein private Äußerung einer extremen politischen Ansicht ist prinzipiell für das Vorliegen eines wichtigen Ausschlussgrundes nicht ausreichend.⁴⁹ Anderes wird demgegenüber im hier nicht untersuchten Fall gelten, dass der Gesellschafter politisch extremes Verhalten bei einer Gesellschafterversammlung oder im Namen der Gesellschaft und somit in seiner Funktion als Gesellschafter setzt.⁵⁰ Voraussetzung für einen Ausschluss ist daher zunächst, dass es zu einer Manifestation der extremen politischen Einstellung des Auszuschließenden kommt, diese der Öffentlichkeit also zu einem gewissen Grad bekannt wird. Die Manifestation begründet allerdings erst einen Bezug zum Gesellschaftsverhältnis, wenn sie konkrete Auswirkungen auf die Gesellschaft entfaltet.⁵¹

Anzuknüpfen ist dabei primär an das Vorliegen einer *nachweisbaren* Schädigung der Gesellschaft, die sich beispielsweise durch Umsatzeinbußen oder eine Rufschädigung verwirklichen kann.⁵² Droht eine Schädigung der GmbH hingegen lediglich, fehlt daher ein Bezug zur Gesellschaft.⁵³ So wird auch ein kurzfristiger „*Shitstorm*“ regelmäßig noch keine ausreichenden negativen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben. Aufrufe zum Boykott der Gesellschaft stellen prinzipiell ebenso keinen Bezug her, sofern dadurch kein nachweisbarer Schaden entsteht.⁵⁴ Zudem muss die Schädigung der Gesellschaft unseres Erachtens *signifikant* sein, um einen ausreichenden Bezug der Manifestation zum Gesellschaftsverhältnis herzustellen. Es bedarf somit eines spürbaren Einflusses der Schädigung auf die Gesellschaft, weshalb diese insbesondere über den Verlust einzelner Geschäftsab-

49 Vgl. *Zollner/Simonishvili* (Fn. 47), § 140 Rn. 35; für Deutschland vgl. *Weller/Böbel/Müller*, Engagement (Fn. 31), 585; *Strohn/Fleischer* (Fn. 17), § 34 Rn. 137 m. w. N.; *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 17; *Kamanabrou* (Fn. 47), § 134 Rn. 26.

50 Vgl. etwa *Weller/Böbel/Müller*, Engagement (Fn. 31), 585.

51 Vgl. *Weller/Böbel/Müller*, Engagement (Fn. 31), 585; *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2250.

52 Vgl. *D. Michel* in: M. Henssler (Hrsg.), *beck-online.Großkommentar zum Handelsrecht*, 1. Aufl., München 2025, § 139 HGB Rn. 33; *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 51; *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2254; *Weller/Böbel/Müller*, Engagement (Fn. 31), 585.

53 Vgl. zutreffend *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2254; a. A. *Grunewald*, Extremistische Einstellungen (Fn. 2), 907.

54 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2254; *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 51.

schlüsse hinausgehen muss.⁵⁵ Die Beurteilung, ab welcher Schwelle eine *signifikante* (Ruf-)Schädigung der Gesellschaft vorliegt, unterliegt einer Gesamtbetrachtung. Dabei sind neben Branche und Image der Gesellschaft auch das Marktumfeld und das (anteilige) Ausmaß nachweislicher Umsatzeinbußen in Relation zu setzen.⁵⁶ Nimmt die Welle des Protestes derartige Ausmaße an, dass bedeutende und langfristige Geschäftsbeziehungen abgebrochen werden, wird ein ausreichender Konnex zur Gesellschaft vorliegen.

Konfligiert die konkrete politische Äußerung eines Gesellschafters mit dem Gesellschaftszweck oder Unternehmensgegenstand, nimmt die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der Gesellschaft zu.⁵⁷ Wenngleich aus einem Verstoß gegen selbst auferlegte Wertvorstellungen, wie z. B. *Corporate Purpose*-Klauseln,⁵⁸ an sich noch keine erheblichen Nachteile für die GmbH resultieren werden, kann sich daraus insbesondere in Gesamtschau mit dem Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand etwa eine Rufschädigung der GmbH ergeben.⁵⁹ Ob durch die Manifestation einer politischen Einstellung eine (Ruf-)Schädigung der Gesellschaft entsteht, kann zudem von der jeweiligen Gesellschafterstruktur abhängig sein. Mit zunehmend personalistischer Prägung einer Gesellschaft steigt grundsätzlich die Wahrscheinlichkeit, dass das Verhalten eines Gesellschafters von der Öffentlichkeit der GmbH zugerechnet wird.⁶⁰

Manifestiert ein Gesellschafter seine extreme politische Ansicht gegenüber Mitgesellschaftern in privatem Rahmen, kann dadurch unseres Erachtens unter Umständen ebenfalls ein ausreichender Bezug zum Gesellschaftsverhältnis hergestellt werden. Dabei kommt es insbesondere auf die qualitative und quantitative Intensität der Manifestation an, also darauf, wie schwerwiegend und häufig politisch extremes Verhalten des Gesellschafters auftritt. Der erforderliche Gesellschaftsbezug besteht nur dann, wenn daraus ein schwerwiegendes Zerwürfnis der Gesellschafter resultiert.⁶¹ Dies

55 Ähnlich *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2254.

56 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2254.

57 Vgl. *Grunewald*, Extremistische Einstellungen (Fn. 2), 907.

58 Vgl. dazu etwa *H. Fleischer*, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, Working Paper N° 561/2021, Hamburg 2021.

59 Siehe auch *Grunewald*, Extremistische Einstellungen (Fn. 2), 907.

60 Vgl. *Grunewald*, Extremistische Einstellungen (Fn. 2), 908; siehe auch *M. Lutter*, *Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechtes*, AcP 1980, 84 (III).

61 Vgl. *Rauter* (Fn. 8), § 75 Rn. 132/4 m. w. N.; siehe auch *Grunewald*, Extremistische Einstellungen (Fn. 2), 908.

ist etwa der Fall, wenn die Gesellschaft infolge der Unstimmigkeiten zwischen den Gesellschaftern Schaden nimmt.⁶² Eine Schädigung der Gesellschaft ist beispielsweise denkbar, wenn gesellschaftliche Abläufe nicht mehr ordnungsgemäß durchgeführt werden können. Eine kurzfristige Störung des Gesellschaftsfriedens stellt hingegen noch keinen ausreichenden Bezug zum Gesellschaftsverhältnis her.⁶³ Gleiches gilt, wenn die anderen Gesellschafter Äußerungen des potenziell auszuschließenden Gesellschafters missbilligen.⁶⁴

2. Interessenabwägung

Besteht ein Bezug der Manifestation einer extremen politischen Ansicht zum Gesellschaftsverhältnis, indiziert dies unseres Erachtens das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Dies ist für den Ausschluss eines Gesellschafters allerdings noch nicht ausreichend. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist vielmehr anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dazu bedarf es einer umfassenden Abwägung der Interessen des potenziell auszuschließenden Gesellschafters sowie der anderen Gesellschafter der GmbH.⁶⁵ Nachfolgend werden verschiedene Kriterien erörtert, die im Rahmen dieser Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.

Bedeutsam ist zunächst der Grad des Verschuldens des potenziell auszuschließenden Gesellschafters am wichtigen Ausschlussgrund (siehe dazu bereits Kapitel II.). Je schwerer das Verschulden wiegt, desto eher kann ein Ausschluss aus wichtigem Grund gerechtfertigt werden.⁶⁶ Aufgrund des erforderlichen Bezugs des wichtigen Grundes zum Gesellschaftsverhältnis⁶⁷ kann unseres Erachtens das Vorliegen einer extremen politischen Einstel-

62 Vgl. BGH NJW 1995, 597; BGH NJW 1998, 146; *Kamanabrou* (Fn. 47), § 134 Rn. 26.

63 Vgl. BGH NJW 1995, 597; BGH NJW 1998, 146; *Kamanabrou* (Fn. 47), § 134 Rn. 26.

64 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2250.

65 Vgl. *Rauter* (Fn. 8), § 75 Rn. 132/2; *E. Artmann* in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch (Hrsg.), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar, 3. Aufl., Wien 2016, § 1213 ABGB Rn. 23 ff.; *P. Leupold* in: U. Torggler (Hrsg.), Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1. Aufl., Wien 2014, Anh. § 84 Rn. 2; *P. Jabornegg/E. Artmann* in: E. Artmann (Hrsg.), Unternehmensgesetzbuch: Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2019, § 140 Rn. 22 ff.; *Leupold* (Fn. 47), § 140 Rn. 12; *H. Koppensteiner/M. Auer* (Fn. 10), § 140 Rn. 9; OGH 24.10.2016, 6 Ob 104/16m; RIS-Justiz RS0061919.

66 Vgl. *Zollner/Simonishvili* (Fn. 47), § 140 Rn. 20; für Deutschland vgl. *R. Lorz* in: T. Ebenroth/K. Boujong (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl., München 2024, § 134 Rn. 11; *Klöhn* (Fn. 47), § 134 HGB Rn. 19.

67 Siehe Kapitel IV.1.

lung an sich nicht zu einem Verschulden des potenziell Auszuschließenden am wichtigen Grund führen (dazu bereits Kapitel IV.1.). Einem Gesellschafter kann somit nicht im Sinne eines Verschuldens vorgeworfen werden, dass er eine extreme politische Einstellung innehat – sehr wohl aber deren Manifestation. Verbreitet ein Gesellschafter etwa öffentlich eine Ansicht, die unter den Begriffskern von politischem Extremismus (Kapitel III.) zu subsumieren ist, verletzt er unseres Erachtens die objektiv gebotene Sorgfalt hinsichtlich des Gesellschaftsverhältnisses. Diese Pflichtverletzung begründet zumindest ein fahrlässiges Verhalten und kann dem Gesellschafter somit als Verschulden vorgeworfen werden, wenn daraus eine Schädigung der Gesellschaft resultiert.

Umgekehrt sind auch entlastende Umstände zugunsten des potenziell auszuschließenden Gesellschafters in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. So ist beispielsweise ein allfälliges Mitverschulden der anderen Gesellschafter am Ausschlussgrund zu berücksichtigen.⁶⁸ Zudem wird in diesem Zusammenhang auch dem Interesse des potenziell auszuschließenden Gesellschafters an freier Meinungsäußerung Relevanz beizumessen sein. Darüber hinaus sind im Rahmen der Interessenabwägung die Umstände der Manifestation der extremen politischen Ansicht miteinzubeziehen. Es ist daher zu berücksichtigen, ob der Gesellschafter die betreffenden Handlungen in der Öffentlichkeit oder im privaten Umfeld gesetzt hat. Weiters hat in die Interessenabwägung miteinzuzießen, ob die extreme politische Einstellung bewusst nach außen getragen oder durch eine andere Person veröffentlicht wurde.⁶⁹ Tritt ein Gesellschafter etwa auf einer Veranstaltung einer verbotenen rechts- oder linksextremen Partei öffentlich auf, ist dies anders zu werten als ein ohne Zustimmung veröffentlichtes Video von politisch extremen Äußerungen in einem geschlossenen Personenkreis. Veröffentlicht ein Mitgesellschafter ein solches Video, kann dies unseres Erachtens mitunter als Mitverschulden der anderen Gesellschafter am wichtigen Grund angesehen werden.

Auch eine allfällige Wiederholungsgefahr des die Gesellschaft schädigenden Verhaltens ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichti-

68 Siehe zu diesem Abwägungskriterium *Artmann* (Fn. 65), § 1213 Rn. 26; *Jabor-negg/Artmann* (Fn. 65), § 140 Rn. 26; für Deutschland vgl. A. *Lehmann-Richter* in: M. Häublein/R. Hoffmann-Theinert/ J. Poll (Hrsg.), BeckOK HGB, 47. Edition, München 2025, § 134 Rn. 14 ff.; *Klöhn* (Fn. 47), § 134 HGB Rn. 20.

69 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2255.

gen.⁷⁰ So kann es für den betreffenden Gesellschafter entlastend wirken, wenn er den anderen Gesellschaftern signalisiert, dass eine erneute Schädigung der Gesellschaft in der Zukunft unwahrscheinlich ist. Insbesondere bei der einmaligen Manifestation einer extremen politischen Ansicht kann dies etwa dadurch geschehen, dass der Gesellschafter öffentlich von seinem Verhalten Abstand nimmt und sich für seine Handlungen entschuldigt.⁷¹ Umgekehrt wird es erschwerend zu werten sein, wenn der Gesellschafter die Manifestation seiner extremen politischen Ansicht beharrlich wiederholt.

Zudem kann sich auch die Struktur der konkreten GmbH im Rahmen der Interessenabwägung auswirken.⁷² Ist die Gesellschaft besonders personalistisch organisiert, spricht dies tendenziell für das Vorliegen eines wichtigen Grundes, zumal hier regelmäßig eine enge Zusammenarbeit der Gesellschafter erforderlich ist.⁷³ Werden einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag besondere Rechte eingeräumt, ist der Ausschluss mitunter mit größeren Hürden verbunden.⁷⁴ Miteinzubeziehen ist ferner das bisherige Verhalten des Gesellschafters⁷⁵ und die Folgen eines Ausschlusses für diesen, wobei eine wesentliche Beteiligung am Aufbau der Gesellschaft oder zukünftige Erwerbsmöglichkeiten nach dem Ausschluss berücksichtigt werden können.⁷⁶

Insgesamt werden die strengen Voraussetzungen, um einen Gesellschafter *ohne* gesellschaftsvertragliche Regelung aus wichtigem Grund aus einer GmbH auszuschließen, in den meisten Fällen nicht erfüllt sein. Der Ausschluss politisch extremer Gesellschafter ist daher nur in Ausnahmefäl-

70 Vgl. *Grunewald*, Extremistische Einstellungen (Fn. 2), 908.

71 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2255.

72 *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 14; *Zollner/Simonishvili* (Fn. 47), § 140 Rn. 27; *Leupold* (Fn. 47), § 140 Rn. 12; für Deutschland vgl. *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 33; *Michel* (Fn. 52), § 134 Rn. 19 f.; *Lehmann-Richter* (Fn. 68), § 134 Rn. 18 ff.; *Lorz* (Fn. 66), § 134 Rn. 18 f.; *Klöhn* (Fn. 47), § 134 Rn. 23; *Kamanabrou* (Fn. 47), § 134 Rn. 20 f.; *M. Roth* in: K. Hopt (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 44. Aufl., München 2025, § 134 Rn. 7.

73 Vgl. *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 33; *Lehmann-Richter* (Fn. 68), § 134 Rn. 18; *Klöhn* (Fn. 47), § 134 Rn. 23; *Kamanabrou* (Fn. 47), § 134 Rn. 20; *Michel* (Fn. 52), § 134 Rn. 19.

74 *Zollner/Simonishvili* (Fn. 47), § 140 Rn. 29; für Deutschland vgl. *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 33.

75 *Rauter* (Fn. 8), § 75 Rn. 132/2.

76 Vgl. *Zollner/Simonishvili* (Fn. 47), § 140 Rn. 26; für Deutschland vgl. *Lehmann-Richter* (Fn. 68), § 134 Rn. 23; *Lorz* (Fn. 66), § 134 Rn. 17; *Kamanabrou* (Fn. 47), § 134 Rn. 19; *Michel* (Fn. 52), § 134 HGB Rn. 21; *Schmidt/Fleischer* (Fn. 47), § 140 Rn. 31 f.

len möglich. Die Hürden, um politisch extreme Gesellschafter auszuschließen, können jedoch durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages gesenkt werden.⁷⁷

V. Gesellschaftsvertragliche Möglichkeiten zur Prävention und Sanktionierung von politischem Extremismus

Aufgrund der eingeschränkten Möglichkeiten eines gesetzlichen Ausschlusses aus wichtigem Grund⁷⁸ und zur Erlangung von Rechtssicherheit kommt der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags zur Prävention und Sanktionierung politisch extremistischer Gesellschafter besondere Relevanz zu.

1. Prävention: Die Präambel als sanfte „Anstupserin“

Ist eine explizite Ausschlussklausel nicht gewünscht oder findet eine solche nicht die für eine Satzungsänderung notwendige Mehrheit,⁷⁹ so bietet die Präambel einen vermittelnden Ansatz zur Verankerung gesellschaftlicher Werte.⁸⁰ Darin kann beispielsweise die Ablehnung von politisch extremen Einstellungen ausgedrückt werden. Dieses Gesellschaftsinteresse kann so dann in der Interessenabwägung hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes (näher dazu Kapitel IV.) stärker berücksichtigt werden und zu einem Überwiegen der Interessen der übrigen Gesellschafter an einem Ausschluss des extremistischen Gesellschafter beitragen. Eine weitergehende rechtliche Wirkung kommt offenen Wertebekundungen jedoch nicht zu,

77 Siehe dazu sogleich näher Kapitel V.

78 Zu einem ähnlichen Ergebnis für Deutschland kommend *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2255; *Möslein/Kübler/Schönbohm*, Gestaltungsaufgabe (Fn. 2), 1688.

79 Bei der Gründung setzt die Aufnahme einer Ausschlussklausel aufgrund von politisch extremem Verhalten die Zustimmung aller Gesellschafter voraus. Eine nachträgliche Einführung bedarf grundsätzlich den Voraussetzungen für die Änderung des Gesellschaftsvertrags, d. h. einer Dreiviertel-Mehrheit (§ 50 Abs. 1 GmbHG). Bei Modifikation des wichtigen Grundes (wie für eine solche Ausschlussklausel erforderlich) bedarf es für die Einführung nach herrschender Ansicht allerdings der Individualzustimmung jedes Gesellschafters (für viele *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung [Fn. 10], Rn. 6.9; für Deutschland vgl. *Strohn/Fleischer* [Fn. 17], § 34 Rn. 154).

80 Im Ergebnis ähnlich und eine Grundwerteklausel im Gesellschaftsvertrag vorschlagend *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2256.

da deren Tragweite für einzelne Gesellschafter unklar ist und insbesondere mit deren Grundrecht auf Meinungsfreiheit kollidiert.⁸¹

Wenngleich ein Verstoß gegen gesellschaftsvertraglich verankerte Werte rechtlich nicht sanktioniert werden kann,⁸² wird den Gesellschaftern dadurch eine bestimmte Entscheidungsoption, nämlich eine politisch gemäßigte Einstellung, nahegelegt. Dieser Effekt wird durch das verhaltensökonomische Konzept des sogenannten *Nudging* (dt. „Anstupsen“) erklärt.⁸³ Dabei werden gezielt Impulse gesetzt, um das Verhalten von Menschen auf vorhersehbare Weise zu beeinflussen, ohne dabei auf Ver- oder Gebote zurückzugreifen oder ökonomische Anreize zu setzen.⁸⁴

2. Sanktion: Gesellschaftsvertragliche Verankerung als wichtiger Ausschlussgrund

Soll eine rechtssichere Möglichkeit zum Ausschluss politisch extremer Gesellschafter geschaffen werden, ist eine gesellschaftsvertragliche Verankerung als Ausschlussgrund unumgänglich. Politisch extreme Ansichten allein können dabei nie einen Ausschluss rechtfertigen, sondern benötigen immer eine bestimmte Ausdrucksform.⁸⁵ Denkbare Anknüpfungspunkte für den Ausschluss politisch extremer Gesellschafter sind unter anderem die rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat mit extremistischem Hintergrund, der auf konkreten Anhaltspunkten beruhende Verdacht auf die Begehung einer solchen Straftat, die Mitgliedschaft in einer extremistischen Vereinigung, finanzielle Zuwendungen an extremistische Organisationen, politisch extreme Äußerungen in der Öffentlichkeit sowie die Teilnahme an oder Organisation von politisch extremen Veranstaltungen. Werden bestimmte Fälle gesellschaftsvertraglich als Ausschlussgründe festgelegt, so

81 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2257.

82 Vgl. *Mörmel/Brandau*, Ausschluss (Fn. 2), 2257 f., die die Aufnahme einer offenen Grundwerteklausel in den Gesellschaftsvertrag vorschlagen; offenbar a. A. *Mösllein/Kübler/Schönbohm*, Gestaltungsaufgabe (Fn. 2), 1689.

83 Ausführlich dazu *H. Thaler/R. Sunstein*, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Chicago 2008.

84 Näher dazu *E. Judt/C. Klausegger*, Was ist eigentlich ... Nudging? ÖBA 2020, 416 (416); vgl. auch *J. Hensiek*, Nudging: Was steckt hinter dem Konzept des „sanften Anstupsens“? ARP 2022, 166 (166 ff.); vgl. zu Beispielen für Nudging *J. Maruschke*, Rationalität und Egoismus im Recht – Befehl versus Nudging, Wiesbaden 2024, S. 105 ff.

85 Siehe bereits Kapitel IV.

kann eine Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergeben, dass ähnlichen, nicht genannten Gründen ein vergleichbares Gewicht zukommen muss.⁸⁶

Der privatautonomen Gestaltung des Gesellschafterausschlusses werden insbesondere durch das Korrektiv der Sittenwidrigkeit gemäß § 879 ABGB bzw. § 138 BGB Grenzen gesetzt, weshalb Hinauskündigungsklauseln⁸⁷ nach dem BGH und der wohl in Österreich und Deutschland herrschenden Ansicht in der Lehre unzulässig sind.⁸⁸ Ein gesellschaftsvertraglich verankerter, wichtiger Grund darf somit keiner Hinauskündigung eines Gesellschafters gleichkommen. Der wichtige Grund muss daher unabhängig vom Befinden der Gesellschafter objektiv vorliegen und bestimmt genug sein, damit die Gesellschafter die Tragweite der Ausschlussklausel nachvollziehen können.⁸⁹ Es bedarf somit einer Konkretisierung der zuvor genannten Anknüpfungspunkte. Fehlt eine solche, können die verankerten Ausschlussgründe nur bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung zu einem Ausschluss führen. Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn die Gesellschaft durch das Verhalten des Gesellschafters einen Reputationsverlust oder Gewinneinbußen erleidet, also eine konkrete Auswirkung auf das Gesellschaftsverhältnis besteht (siehe dazu bereits oben Kapitel IV.1.).

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 879 ABGB fließen zudem grundrechtliche Wertungen in das Privatrecht ein.⁹⁰ Den Ausgangspunkt stellt dabei die grundsätzlich freie Gestaltbarkeit des Gesellschaftsvertrags

86 Rauter (Fn. 8), § 75 Rn. 128; Sosnitza (Fn. 6), Anh. § 34 Rn. 40.

87 Darunter werden Klauseln verstanden, die einen Ausschluss ohne wichtigen Grund ermöglichen (vgl. Koppenssteiner/Rüffler [Fn. 8], Anh. § 71 Rn. 15).

88 Koppenssteiner/Rüffler (Fn. 8), Anh. § 71 Rn. 15; differenzierend Rüffler, Satzungs-gestaltung (Fn. 11), S. 72 ff.; wohl a. A. Rauter (Fn. 8), § 75 Rn. 129; BGHZ 68, 212 (215); BGHZ 81, 263 (266); BGHZ 84, 11 (14); BGHZ 104, 50 (58 f.); BGHZ 125, 74 (79); für Deutschland vgl. Sosnitza (Fn. 6), Anh. § 34 Rn. 41. Gleiches gilt für die Beurteilung von Aufgriffsfällen in Aufgriffsklauseln, siehe dazu A. Schopper/M. Farbmacher, Zweifelsfragen im Zusammenhang mit heiklen Aufgriffsfällen bei GmbH-Geschäftsanteilen, NZ 2026 (in Vorbereitung).

89 Siehe zum Erfordernis der Bestimmtheit Mörmel/Brandau, Ausschluss (Fn. 2), 2257.

90 Vgl. RIS-Justiz RS0119477, z. B. OGH 25.7.2019, 2 Ob 15/19y; RIS-Justiz RS0038552; H. Krejci in: P. Rummel/M. Lukas (Hrsg.), ABGB, 4. Aufl., Wien 2014, § 879 Rn. 9; R. Bollenberger/P. Bydlinki in: P. Bydlinki/S. Perner/M. Spitzer (Hrsg.), ABGB, 7. Aufl., Wien 2023, § 879 Rn. 5; W. Kolmasch in: M. Schwimann/M. Neumayr (Hrsg.), ABGB, 6. Aufl., Wien 2023, § 879 Rn. 4; für Deutschland vgl. Ch. Armbrüster in: J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. I, 10. Aufl., München 2025, § 138 Rn. 32 ff.

durch die Gesellschafter dar (Art. 5, 6 StGG).⁹¹ Grundrechte können in vertraglichen Rechtsverhältnissen dann Bedeutung erlangen, wenn entweder Freiheitsrechte des Einzelnen in besonderer Weise betroffen sind oder bei Rechtsverhältnissen, welche von einer strukturellen Unterlegenheit geprägt sind.⁹² Da Letzteres für Gesellschaftsverhältnisse grundsätzlich nicht zutrifft,⁹³ bleibt zu untersuchen, ob die Freiheitsrechte des Einzelnen in besonderer Weise betroffen sind. Ausschlussklauseln hinsichtlich politisch extremer Verhaltensweisen berühren insbesondere die Freiheit der Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK, Art. 11 GRC und Art. 13 StGG. Es ist somit eine Abwägung zwischen den Grundrechten des einzelnen Gesellschafters und der Privatautonomie der übrigen Gesellschafter vorzunehmen.

Alle Ausschlussgründe aufgrund politisch extremer Verhaltensweisen sind disponibel.⁹⁴ Die Gesellschafter können also, im Unterschied zu einem unzulässigen Ausschluss etwa aufgrund des Geschlechts,⁹⁵ Einfluss auf ihr Verhalten nehmen. Zudem spielt die Eingriffsintensität des Ausschlussgrundes eine maßgebliche Rolle: Je stärker ein Ausschlussgrund in das Leben des Gesellschafters eingreift, desto gewichtigere Gründe müssen auf Seiten der Gesellschaft dafür vorliegen.⁹⁶

Der Anknüpfungspunkt einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer Straftat mit politisch extremem Hintergrund bzw. der auf konkreten Anhaltspunkten beruhende Verdacht auf die Begehung einer solchen Straftat stellt unseres Erachtens einen zulässigen Anknüpfungspunkt für einen Ausschluss dar. Bei konkreter Definition der Straftaten (beispielsweise ein Verstoß gegen das Verbotsg 1947 bzw. §§ 274 bis 284 StGB) kann der einzelne Gesellschafter vorhersehen, welches Verhalten zu einem Ausschluss führt. Zudem weist die Anknüpfung an Straftatbestände eine geringe Eingriffsintensität in das Leben der betroffenen Gesellschafter auf. Wird hinge-

91 OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h; vgl. *Armbrüster* (Fn. 90), § 139 Rn. 33; so auch *W. Berka*, Verfassungsrecht, 8. Aufl., Wien 2021, Rn. 1268.

92 Vgl. dazu *W. Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347 (352); *Schopper/Farbmacher*, Zweifelsfragen (Fn. 88), in Vorbereitung.

93 Vielmehr zeichnet sich die GmbH nicht nur durch die gleichmäßige Verteilung der Mitgliedschaftsrechte (vgl. nur *Schopper* [Fn. 8], § 75 Rn. 19), sondern auch durch einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus (vgl. § 1186 Abs. 2 ABGB i. V. m. § 1174 Abs. 4 ABGB; RIS-Justiz RS0060059).

94 Vgl. zur Disponibilität bei der Beurteilung von Aufgriffsfällen *Schopper/Farbmacher*, Zweifelsfragen (Fn. 88).

95 OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h.

96 Vgl. *Schopper/Farbmacher*, Zweifelsfragen (Fn. 88).

gen bereits an konkrete Anhaltspunkte auf einen Verdacht der Begehung einer solchen Straftat angeknüpft und ist der Sachverhalt nicht aufklärbar, müssen weitere Kriterien vorgesehen werden. Die Klausel muss dabei die übrigen Gesellschafter verpflichten, alles ihnen Mögliche zur Aufklärung der Straftat zu unternehmen, dem Gesellschafter Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen und das Erfordernis festlegen, dass der Gesellschaft daraus ein Nachteil droht oder entsteht. Ansonsten könnte ein Spannungsverhältnis mit der Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*) gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK vorliegen. An den Verdacht auf Begehung einer derartigen Straftat ist unseres Erachtens daher ein strengerer Maßstab anzulegen als an die Verurteilung aufgrund einer einschlägigen Straftat.⁹⁷

Um das Vorliegen einer verpönten Hinauskündigungsklausel zu vermeiden, ist auch der Ausschlussgrund der Mitgliedschaft in einer politisch extremen Vereinigung zu konkretisieren. Statische Aufzählungen der unerwünschten Vereinigungen allein sind aufgrund des Begriffswandels und des Entstehens neuer Organisationen nicht optimal.⁹⁸ Um aktuelle Entwicklungen abzubilden, kann in Deutschland auf den Verfassungsschutzbericht des Bundes oder jene der Länder verwiesen werden.⁹⁹ Wie bereits thematisiert, findet sich für Österreich kein Pendant dazu, weshalb auf eine statische Aufzählung zurückgegriffen werden muss. Eine Abwägung der Grundrechte des betroffenen Gesellschafters einerseits und der Gesellschaft andererseits fällt auch hier zugunsten der Gesellschaft aus. Der privatautonomen Selbstbindung kommt hier ein hohes, der Grundrechtsbeeinträchtigung des Gesellschafters hingegen ein reduziertes Gewicht zu.¹⁰⁰ Diese Ausführungen treffen auch auf die Teilnahme an und Organisation von politisch extremen Veranstaltungen zu.

Ein allgemeiner Ausschlussgrund aufgrund von politisch extremen Äußerungen wird bei einer derart offenen und allgemeinen Formulierung demgegenüber wohl nicht überwiegend im Interesse der Gesellschaft liegen, da darin ein schwerwiegender Eingriff in das Privatleben des Gesellschafters besteht. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Begriff der „politisch extremen Äußerung“ deutungsoffen ist. Um eine Grundrechts-

97 Vgl. Mörmel/Brandau, Ausschluss (Fn. 2), 2259 m. w. N.

98 Vgl. Mörmel/Brandau, Ausschluss (Fn. 2), 2257 f.

99 Vgl. Mörmel/Brandau, Ausschluss (Fn. 2), 2258; Möslein/Kübler/Schönbohm, Gestaltungsaufgabe (Fn. 2), 1689.

100 Vgl. Mörmel/Brandau, Ausschluss (Fn. 2), 2258; Möslein/Kübler/Schönbohm, Gestaltungsaufgabe (Fn. 2), 1687.

abwägung zugunsten der übrigen Gesellschafter herbeizuführen, ist dieser Ausschlussgrund daher dahingehend zu konkretisieren, dass eine solche Äußerung in der Öffentlichkeit stattfinden muss und der Gesellschaft dadurch ein *signifikanter*¹⁰¹ Nachteil droht oder entsteht. Richtet sich die politisch extreme Äußerung gegen einen Mitgesellschafter, kann in einer personalistisch geprägten Gesellschaft allerdings bereits durch ein schwerwiegendes Zerwürfnis der Gesellschafter ein Ausschluss aus wichtigem Grund gerechtfertigt sein (siehe bereits Kapitel IV.1.).

VI. Fazit

Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund ist ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage an hohe Hürden geknüpft (siehe Kapitel IV.). Die politisch extreme Einstellung muss dafür einen ausreichenden Bezug zum Gesellschaftsverhältnis aufweisen und den übrigen Gesellschaftern eine Fortführung der Gesellschaft dadurch unzumutbar werden. Insbesondere bei einer Schädigung der Gesellschaft – sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis – besteht ein solcher Bezug. Zudem bedarf es einer Abwägung der Interessen des auszuschließenden Gesellschafters mit jenen der übrigen Gesellschafter, wobei ein allfälliges Verschulden des potenziell auszuschließenden Gesellschafters zu berücksichtigen ist. Ein solches kann sich insbesondere durch die Manifestation einer extremen politischen Position ergeben. Wenngleich Inhalt und Rahmen der Äußerung in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden, ist insgesamt jedoch nicht alleinig ausschlaggebend, ob die manifestierte Einstellung letztlich als politisch extrem zu werten ist oder nicht.

Eine bedürfnisorientierte Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses durch den Gesellschaftsvertrag gewinnt daher an Bedeutung (siehe Kapitel V.). Zur Prävention politisch extremer Handlungen der Gesellschafter kann eine Wertebekundung in der Präambel einen Beitrag leisten (siehe Kapitel V.1.). Um eine rechtssichere Sanktion von unerwünschten, politisch extremen Verhaltensweisen sicherzustellen, empfiehlt sich allerdings die gesellschaftsvertragliche Verankerung von Ausschlussgründen (Kapitel V.2.). Dabei kommt den Gesellschaftern im Rahmen ihrer Privatautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Dieser wird lediglich von der Grenze der

101 Zur *signifikanten* Schädigung der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Ausschluss aus wichtigem Grund siehe bereits Kapitel IV.1.

Sittenwidrigkeit als Einfallstor für grundrechtliche Wertungen beschränkt. Die Hürden für den Ausschluss eines politisch extremen Gesellschafters können somit bei einem gesellschaftsvertraglich verankerten Ausschlussgrund wesentlich niedriger ausgestaltet werden als bei einem solchen ohne satzungsmäßige Grundlage.

Primärer Rechtsgüterschutz, komplexe Kausalverläufe und strukturelle Verantwortung

– Unerschlossene Potenziale des vorbeugenden Rechtsschutzes in der Risikogesellschaft

Lucas Bliesze*

Der vorbeugende Rechtsschutz im Zivilrecht hat eine – bislang wenig beachtete – Dimension der Gefahrenvorsorge. Diese folgt aus einer zukunftsgerichteten Interessen- und Folgenabwägung, die anstelle der verbreiteten begrifflichen Unterscheidung nach der (Un-)Mittelbarkeit der Gefahr durchzuführen ist. Das Maß an Gewissheit, das für Vorhersagen künftiger Kausalverläufe erforderlich ist, ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Folgen für den Fall, dass sich die Prognose als falsch erweist. Insofern sind auch normative Erwägungen zu berücksichtigen, insbesondere die Verantwortung für (den Umgang mit) Ungewissheit.

I. Einleitung

Das BAG hat mit Urteil vom 12.8.2008 entschieden, dass Arbeitnehmer einen Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung aus § 618 Abs.1 BGB i.V.m. § 5 ArbSchG haben können.¹ Dieses – in der kernzivilrechtlichen Literatur und Rechtsprechung bislang kaum beachtete – Urteil bedeutet einen Paradigmenwechsel im vorbeugenden (Zivil-)Rechtsschutz. Erstmals wurde dem Inhaber einer höchstpersönlichen Rechtsposition ein auf eine Gefahrenvorsorgemaßnahme gerichteter Anspruch zugesprochen. Bislang ist kaum untersucht, ob und inwieweit dem vorbeugenden Rechtsschutz im Zivilrecht eine Dimension der Gefahrenvorsorge innewohnt.²

* M.Sc., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München. Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford) und Miriam Belke sei für kritische Anmerkungen herzlich gedankt.

1 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205 = juris, Ls. 1.

2 Vgl. H. C. Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I,

Der Beitrag unternimmt einen Versuch, diesen „blinden Fleck“ am Beispiel der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) auszuleuchten.³

1. Grundlagen des vorbeugenden Rechtsgüterschutzes im Zivilrecht

Dem Zivilrecht kommt im System des Rechtsgüterschutzes durch die Gesamtrechtsordnung eine bedeutsame Rolle zu. Diese besteht darin, die Rechtsgüter als verfassungsrechtlich vorgegebene Rechtspositionen um subjektiv-private Rechte in Form von Ansprüchen i.S.v. § 194 Abs. 1 BGB zu ergänzen.⁴ Diese Ansprüche lassen sich danach unterscheiden, ob sie die Phase vor oder nach der Rechtsgutsbeeinträchtigung betreffen und damit auch die gegenständliche oder nur die wirtschaftliche Integrität des Rechtsguts schützen.⁵ Die wirtschaftliche Integrität eines Rechtsguts wird vor allem durch die Schadensersatzhaftung gesichert.⁶ Diese vermittelt sekundären Rechtsgüterschutz, indem sie dem Träger die Schadenszuständigkeit abnimmt und einem anderen Rechtssubjekt zuweist.⁷

Darüber hinaus verleiht das Zivilrecht dem Rechtsgutsträger auch die Rechtsmacht, Beeinträchtigungen zu verhindern.⁸ Der Inhaber einer deliktsrechtlich geschützten Rechtsposition kann gemäß oder analog § 1004

München 2007, S. 275 (290, Fn. 49): „In seltenen Fällen mag eine Forderung systematischer Schutzvorkehrungen in Betracht kommen.“; ansatzweise auch *H. Koziol*, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, ebenda, S. 631 (642 f.). S. ferner *J. Fischer*, Der Anspruch auf Beachtung von Schutzpflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB, Baden-Baden 2025, S. 170 ff.

3 Zu ihrer besonderen Bedeutung in der grundgesetzlichen Werteordnung etwa BVerfGE 121, 317 = juris, Rn. 119. S. zu anderen Dimensionen des vorbeugenden Rechtsschutzes im Zivilrecht *W. Henkel*, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), 97.

4 Ähnlich *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 136.

5 Begriff nach *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 62.

6 S. zur Schadensersatzhaftung als Instrument des sekundären Rechtsgüterschutzes allgemein *A. Spickhoff* in: *T. Soergel* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., Stuttgart 2005, Vor § 823 Rn. 21; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *M. Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung, in: *C. Ficker et al.* (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 297 (299).

7 Vgl. *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln 1996, Rn. 2; ähnlich *J. Braun*, Leistung und Sorgfalt, AcP 205 (2005), 127 (134 f., 141).

8 *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 99, 102, 109 spricht allgemein von Gefahrenbeseitigungsansprüchen.

Abs. 1 S. 2 BGB verlangen,⁹ dass ein anderes Rechtssubjekt ihre gegenständliche Integrität achtet und gegebenenfalls Maßnahmen zu ihrer Erhaltung ergreift.¹⁰ Im Übrigen vermitteln die Nebenpflichten im Schuldverhältnis (§ 241 Abs. 2 BGB) nach dem Verständnis der mittlerweile¹¹ herrschenden Meinung¹² negatorischen Rechtsschutz, soweit sie mit einem Anspruch auf Beachtung korrespondieren.

2. Die Gefahrenvorsorge als blinder Fleck des vorbeugenden Rechtsgüterschutzes

Die nahezu¹³ allgemeine Auffassung stellt Ansprüche des vorbeugenden Rechtsgüterschutzes – gleich ob auf rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Grundlage – unter den Vorbehalt, dass die Rechtsposition in besonderer Weise betroffen ist.¹⁴ Nach diesem Verständnis ist der vorbeugende Rechts-

-
- 9 Der Begriff der Unterlassung umfasst in diesem Zusammenhang auch die Vornahme einer Handlung, um die Beeinträchtigung zu verhindern, BGHZ 120, 73 = juris, Rn. 16; *F. Spohnheimer* in: BeckOGK-BGB, München 1.11.2025, § 1004 Rn. 274; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., München 1994, S. 705.
- 10 BGH NJW 2015, 2023 = juris, Rn. 20; BGH NJW 1998, 2058 = juris, Rn. 17; *J. Hager* in: J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2017, Vorbem zu §§ 823 ff Rn. 63 f.; *G. Wagner* in: MüKo-BGB, 9. Aufl., München 2024, vor § 823 Rn. 42; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht (Fn. 9), S. 673, 706.
- 11 Eingehend zur Entwicklung des Meinungsstands *G. Bachmann/J.-E. Schirmer*, Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik, in: M. Auer et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 371 (384 ff.).
- 12 BGHZ 230, 247 = juris, Rn. 102 f.; BGH NJW 2024, 3375 = juris, Ls. 1; *G. Bachmann* in: MüKo-BGB, 10. Aufl., München 2025, § 241 Rn. 82; *S. Martens* in: W. Erman (Begr.), BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 241 Rn. 21; *R. Stürner*, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, 384 (388); *Fischer*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 182. Anhand der Betroffenheit einer absolut geschützten Rechtsposition differenzierend *D. Olzen* in: J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2024, § 241 Rn. 557; *P. Krebs* in: NK-BGB, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 241 Rn. 6; *P. Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, München 2000, S. 552. A.A. m.w.N. *H. Sutschet* in: BeckOK-BGB, 76. Ed., München 1.11.2025, § 241 Rn. 91; *T. Riehm* in: BeckOGK-BGB, München 1.8.2023, § 324 Rn. 27.
- 13 S. freilich die Nachweise in Fn. 2.
- 14 S. stellvertretend in Bezug auf vertragliche Nebenpflichten *Bachmann* (Fn. 12), § 241 Rn. 82: „unmittelbar gefährdet“; *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 557: „drohende[r]“ Rechtsverletzung; *Martens* (Fn. 12), § 241 Rn. 21: „Nachweis einer drohenden Pflichtverletzung“; *H. Köhler*, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), 496 (510): „Gefahr einer künftigen Pflichtverletzung“. S. in Bezug auf § 1004 BGB und den negatorischen Anspruch gegen drohende Verkehrspflichtverletzungen *C. Thole* in:

schutz im Zivilrecht ein Mittel der unmittelbaren Gefahrsteuerung.¹⁵ In der modernen Risikogesellschaft sind Rechtsgutsbeeinträchtigungen jedoch häufig das Ergebnis eines komplexen Kausalverlaufs,¹⁶ sodass diese Auslegung den Zugang zu effektivem Rechtsgüterschutz erschweren kann. Zumindest in diffusen Bedrohungslagen ist effektive Gefahrenabwehr vielfach nur möglich, wenn zuvor Maßnahmen der Gefahrenvorsorge ergriffen wurden.¹⁷

II. Der Anspruch auf Gefahrenvorsorge im vorbeugenden Rechtsgüterschutz

Dieser Befund gibt Anlass, das überkommene Verständnis der Funktion des negatorischen Rechtsgüterschutzes zu hinterfragen. Ausgangspunkt ist das Handlungs- oder Unterlassungsgebot, in dem die Verantwortung des Schuldners eines negatorischen Anspruchs für das Rechtsgut zum Ausdruck kommt.¹⁸ Über die dogmatischen Grundlagen der negatorischen Haftung herrscht Streit.¹⁹ Die in der jüngeren Literatur vielfach vertretene Usurpationslehre²⁰ wurde anhand von subjektiven Rechten entwickelt, die – paradigmatisch dafür stehen das Eigentum und die Immaterialgüterrechte

J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2023, § 1004 Rn. 465; F. Ebbing in: W. Erman (Begr.), BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 1004 Rn. 76; H. Stoll, Haftungsrechtlicher Schutz gegen drohendes Unrecht, in: D. Medicus et al. (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart 1992, S. 729 (734, 747): „aktuelle[r] Bedrohung“; T. M. J. Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, Tübingen 1996, S. 73: „drohende Gesundheitsgefahren“; R. Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, Tübingen 2009, S. 147, 289, 301: „qualifiziert drohendes Risiko“; ähnlich R. Krause in: T. Soergel (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., Stuttgart 2005, § 823 Anh II Rn. 12.

15 Paradigmatisch H.-J. Ahrens/A. Spickhoff, Deliktsrecht, München 2022, § 47 Rn. 3 und § 48 Rn. 2, die den quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch in Beziehung zur Notwehr setzen.

16 Insofern wird in Bezug auf die Verkehrspflichten des Produzenten teilweise von Kombinationsgefahren gesprochen, s. J. Lange/K. Hansen in: JurisPK-BGB, 10. Aufl., Saarbrücken 2023, § 823 Rn. 153; Möllers, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 224.

17 S. zur Bedeutung von „präventiven Verkehrspflichten“ in Bezug auf Gesundheitsgefahren Möllers, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 189 f.

18 Henkel, Rechtsschutz (Fn. 3), 110, 136: Rechtspflicht als Maßstab für künftiges Verhalten.

19 Vgl. m.w.N. Thole (Fn. 14), § 1004 Rn. 16 ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht (Fn. 9), S. 675.

20 Näher zu dieser Thole (Fn. 14), § 1004 Rn. 26 m.w.N.

– eine Freiheitssphäre konstituieren. Im Hinblick auf die Rechtsgüter aus Art. 1 f. GG ist ihre Aussagekraft dagegen begrenzt.²¹

Grundlage dieses Beitrags ist daher eine vermittelnde Grundannahme: Die Hypothese, dass vorbeugender Rechtsgüterschutz zu gewähren ist, um rechtswidriges Verhalten abzuwehren,²² dürfte weitgehend anschlussfähig sein. Die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens, das Auswirkungen auf höchstpersönliche Rechtspositionen haben kann, bestimmt sich anhand der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten.²³ Es verwundert daher nicht, dass eine deliktsrechtliche Verantwortung mit einem negatorischen Anspruch korrespondieren kann.²⁴ Entsprechendes gilt, soweit die Verletzung von Nebenpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB droht.²⁵ Diese Pflichten setzen zwar ein (bereits) bestehendes Schuldverhältnis voraus. Der Entstehungsgrund eines Schuldverhältnisses reicht jedoch typischerweise nicht aus, um situationsabhängige Verhaltensvorgaben in Bezug auf die deliktsrechtlich geschützten Rechtsgüter abzuleiten. Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass die Nebenpflichten in Parallele zu den Verkehrspflichten der §§ 823 ff. BGB ausgefüllt werden.²⁶

-
- 21 Ähnlich *Thole* (Fn. 14), § 1004 Rn. 35, 37 und *G. Wagner*, Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes, in: V. Beuthien et al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, Köln 2009, S. 589 (592).
 - 22 Vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2010, 328 = juris, Rn. 37; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht (Fn. 9), S. 675: Rechtswidrigkeit des Handelns als überzeugender Gerechtigkeitsgrund für die Ansprüche aus § 1004 BGB.
 - 23 Ähnlich *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 113, der den vorbeugenden Rechtsschutz an Pflichten knüpft, die Maßstab für die Konkretisierung von Schadensersatzansprüchen sind. *Wagner*, Voraussetzungen (Fn. 21), S. 605 richtet die negatorische Haftung in Gänze an deliktischem Handlungsunrecht aus.
 - 24 Zum Zusammenhang zwischen Verkehrspflicht und negatorischer Haftung grundlegend *C. v. Bar*, Vorbeugender Rechtsschutz vor Verkehrspflichtverletzungen, in: 25 Jahre Karlsruher Forum, 2. Beiheft zum VersR 1983, S. 80 (82, 84) und eingehend *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 141 (Verkehrspflichten als gemeinsame Voraussetzung der negatorischen und deliktischen Haftung). Vgl. ferner BGH NJW-RR 2001, 1208 = juris, Rn. 5; *Hager* (Fn. 10), Vorbem zu §§ 823 ff Rn. 64; *Wagner* (Fn. 10), vor § 823 Rn. 43; *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 110, 112, 136; i.E. *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 91, *Bachmann* (Fn. 12), § 241 Rn. 81.
 - 25 Dagegen *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 91: Nebenpflicht sei auch dann nicht einklagbar, wenn die transformierte deliktsrechtliche Pflicht analog § 1004 BGB mit einem Unterlassungsanspruch korrespondiere.
 - 26 BGHZ 196, 340 = juris, Rn. 25; BGHZ 228, 122 = juris, Rn. 12.

1. Grundvoraussetzungen eines negatorischen Anspruchs auf Gefahrenvorsorge

Im Folgenden werden die Bedingungen dargelegt, unter denen ein Anspruch auf Gefahrenvorsorge im negatorischen Rechtsgüterschutz steht. Notwendige Voraussetzung des vorbeugenden Rechtsgüterschutzes ist zunächst, dass ein Zurechnungsgrund in der Person des Schuldners verwirklicht ist – gleichbedeutend mit einer abstrakten Verantwortung des Schuldners²⁷. Im Übrigen muss die Interessenabwägung, durch die diese Verantwortung konkretisiert wird, zugunsten des Inhabers ausfallen.²⁸

a) Belastung des Verantwortlichen

Ein Anspruch des Rechtsgutsträgers, vor einer Gefahr geschützt zu werden, belastet den Verantwortlichen typischerweise stärker als die Androhung eines Schadensersatzanspruchs.²⁹ Das Integritätsinteresse muss daher die Verkürzung der Interessen des Verantwortlichen zumindest egalisieren.³⁰ Ein negatorischer Anspruch bedeutet nicht nur, dass der Verantwortliche einen Gefahrsteuerungsaufwand auf sich nehmen muss, der den von ihm zu kompensierenden Schaden übersteigen kann.³¹ Dem potenziell Verantwortlichen ist es verwehrt, die aus der pflichtwidrigen Gefahr erwachsenden Vorteile zu realisieren und anstelle von Aufwendungen zur Gefahrsteuerung auf das Ausbleiben des Schadenseintritts oder das Scheitern der Anspruchsdurchsetzung zu spekulieren.³²

27 Statt vieler *R. Wilhelmi* in: W. Erman (Begr.), BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 823 Rn. 78.

28 Zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 164 ff.; in Bezug auf die Klagbarkeit von Nebenpflichten *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 112, Fn. 28; *Köhler*, Unterlassungspflichten (Fn. 14), 509.

29 *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 297, 300 f. („einschneidendere Rechtsfolge“); *Stoll*, Unrecht (Fn. 14), S. 734; i.E. ähnlich *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 548; *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 5), S. 67 („echte Freiheitsbeschränkung“).

30 I.E. ähnlich *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 301. In diese Richtung wird man Stellungnahmen deuten können, die ein – über das reine Integritätsinteresse hinausgehendes – schutzwürdiges Interesse an der Inanspruchnahme des Schuldners der Schutzpflicht fordern, s. etwa *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 557 („besonderes Präventionsinteresse“); *Grigoleit*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 291.

31 Im Rahmen der Interessenabwägung muss daher die Höhe des tatsächlichen Aufwands berücksichtigt werden, *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 300.

32 *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 301.

b) Das Präventionsinteresse als besondere Form des Integritätsinteresses

Die gesteigerte Belastung des Verantwortlichen kann nur durch ein dezidiertes Präventionsinteresse in Bezug auf eine materiell-rechtliche Rechtsposition aufgewogen werden.³³ Ein Präventionsinteresse ist in Bezug auf eine Rechtsposition anzuerkennen, wenn dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nur durch die Gewährung von vorbeugendem Rechtsschutz entsprochen werden kann.³⁴ Das Integritätsinteresse ist Präventionsinteresse,³⁵ wenn und soweit die Folgen einer Verletzung der Rechtsposition nicht vollständig ungeschehen gemacht werden können.³⁶ Ist die Rechtsposition vollständig wiederherstellbar – etwa im Fall der Zerstörung einer vertretbaren Sache ohne ideellen Wert –, kann es aus Sicht des Verantwortlichen betriebswirtschaftlich rational und aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive effizient sein, das Risiko einer Integritätsverletzung und einer Haftung auf Schadensersatz in Kauf zu nehmen.³⁷ Maßgeblich ist zunächst, inwieweit die Instrumente des sekundären Rechtsgüterschutzes – insbesondere Kompensation und Entschädigung nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB – geeignet erscheinen, das bedrohte Interesse zu schützen.³⁸

Das Interesse an der Integrität der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kann ein Präventionsinteresse in diesem Sinne auslösen, da die Folgen ihrer Beeinträchtigungen nicht immer vollständig restituierbar sind.³⁹ Für das Leben versteht sich das von selbst. In Bezug auf die körperliche Unversehrtheit ist relevant, dass nicht alle Pathologien heilbar sind und der Erfolg einer medizinischen Behandlung im Einzelfall nicht garantiert ist.

33 Vgl. *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 136; *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht (Fn. 15), § 47 Rn. 33; *Braun*, Sorgfalt (Fn. 7), 135: „Recht im Verteidigungszustand“.

34 S. zur Funktion des Unterlassungsanspruchs als Schutzmittel *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 137 ff. und zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes als Grundlage der Klagbarkeit von Nebenpflichten *Grigoleit*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 292.

35 Zum Begriff des berechtigten Präventionsinteresses s. *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 557 und *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 549.

36 Vgl. *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 112, Fn. 28; *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 300; i.E. *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 551.

37 S. zu dieser Erwägung *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 91, *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 550 f. und eingehend zum Verhältnis von negatorischer und deliktischer Haftung *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 300 f.

38 Vgl. zur Relevanz der Kompensation *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 300, *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 551 und *Krause* (Fn. 14), § 823 Anh II Rn. 57.

39 Ähnlich *W. Wurmnest* in: *MüKo-BGB*, 10. Aufl., München 2025, § 309 Nr. 7 Rn. 2; *F. Weiler* in: *BeckOGK-BGB*, München 1.9.2025, § 309 Nr. 7 Rn. 7; *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 550 f.; *Bachmann/Schirmer*, Schutzpflichten (Fn. 11), S. 377.

Im Übrigen können Schmerzen und chronische Gesundheitsschäden einen Leidensdruck auslösen, der in den monetären Dimensionen des Schadensersatzrechts allenfalls begrenzt abgebildet werden kann.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bereits eingriffsgleich betroffen sein können, wenn das geschützte Interesse (nur) gefährdet ist.⁴¹ Der Rechtsgutsträger kann daher ein berechtigtes Interesse daran haben, dass seine körperliche Integrität bereits vor Beeinträchtigungen bewahrt bleibt.⁴²

Dieses Sicherungsbedürfnis richtet sich zunächst nur unmittelbar gegen den Staat als Grundrechtsverpflichteten.⁴³ Diesem obliegt es, ein genügendes Maß an primärem Rechtsgüterschutz zu gewährleisten.⁴⁴ Auf welchem Weg er seiner Schutzpflicht nachkommt, steht dabei grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers.⁴⁵ Die Anerkennung eines zivilrechtlichen Präventionsinteresses ist damit zugleich eine Aussage über das Schutzniveau der Gesamtrechtsordnung⁴⁶ und insbesondere des öffentlich-rechtlichen Gefahrenabwehrrechts.⁴⁷ Dieses Verhältnis kann hier nicht in seinen Einzelheiten dargelegt werden. Grundsätzlich fällt dem privaten Haftungsrecht aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs und seiner offenen Rechtsbegriffe die Aufgabe zu, Lücken im öffentlich-rechtlichen Sicherheitsrecht

40 Vgl. zur „Inkommensurabilität von Geld und Leid“ *G. Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006), 352 (461).

41 Vgl. zur eingriffsgleichen Betroffenheit der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG im Fall der Gefährdung etwa BVerfGE 51, 324 = juris, Rn. 73; BVerfGE 52, 214 = juris, Rn. 17 f.; BVerfGE 56, 54 = juris, Rn. 60; *J. Krüper* in: H. Dreier (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 95; *U. Di Fabio* in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Grundgesetz, 108. EL, München August 2025, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 49; *Bullinger*, Haftung (Fn. 6), S. 303 nimmt an, dass der primäre Rechtsgüterschutz verfassungsrechtlich sogar „in erster Linie“ geboten sei.

42 Vgl. allgemein *Stoll*, Unrecht (Fn. 14), S. 735: „[D]ie geschützte Rechtssphäre bereits beeinträchtigende Bedrohung“.

43 Vgl. *I. Appel*, Grundrechtliche Fragen privater Produktbeobachtungspflichten, in: M. Eifert (Hrsg.), Produktbeobachtung durch Private, Berlin 2015, S. 27 (41).

44 Vgl. BVerfGE 49, 89 = juris, Rn. 117; BVerfGE 53, 30 = juris, Rn. 42; BVerfGE 56, 54 = juris, Rn. 60; BVerfGE 121, 317 = juris, Rn. 119.

45 BVerfGE 77, 170 = juris, Rn. 101; BVerfGE 115, 118 = juris, Rn. 137; *Appel*, Produktbeobachtungspflichten (Fn. 43), 42.

46 Vgl. etwa RGZ 116, 151 (152) = juris, *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 118 und *Thole* (Fn. 14), § 1004 Rn. 453 zum Verhältnis der Unterlassungsklage zum Strafrecht.

47 S. etwa *Stürmer*, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 386, der für relevant erachtet, ob das Rechtssystem anderweitigen Schutz vor Pflichtverletzungen vorsieht und damit den Erfüllungsanspruch „überflüssig“ macht.

zu schließen.⁴⁸ Das betrifft insbesondere Bedrohungslagen, auf die der Gesetzgeber noch nicht reagiert hat.⁴⁹ Soweit öffentlich-rechtliches Sicherheitsrecht vorhanden ist, besteht grundsätzlich kein Exklusivitäts-, sondern ein Ergänzungsverhältnis.⁵⁰ Ein solches wird auch für den Fall bejaht, dass dem öffentlichen Gefahrenabwehrrecht eine deutlich größere praktische Bedeutung zukommt.⁵¹

Die damit korrespondierende Pflicht des Staates, ein genügendes Maß an (primärem) Rechtsgüterschutz zu gewährleisten, kann durch Schadenskompensation grundsätzlich nicht erfüllt werden. Allerdings wirken Instrumente des sekundären Rechtsgüterschutzes noch auf andere Weise. Beispielsweise ist in Bezug auf die haftungsbegründenden Tatbestände des Deliktsrechts⁵² anerkannt, dass diese den Verantwortlichen dazu veranlassen können, sich in einer dem Primärrechtsgüterschutz dienlichen Weise zu verhalten.⁵³ Bereits die Androhung einer Schadensersatzpflicht bedeutet für den Verantwortlichen einen Anreiz, sich um das angezeigte Maß an Sicherheit zu bemühen.⁵⁴ Diese Annahme ist allerdings von einer Reihe von Funktionsvoraussetzungen abhängig.⁵⁵ Von Bedeutung sind etwa die Aussichten der Rechtsdurchsetzung.⁵⁶ Diese können in komplexen Bedro-

48 In Bezug auf die Ursprünge der Produktbeobachtung in der Verkehrspflichtdogmatik *G. Wagner*, *Privatrechtliche Haftung und öffentlich-rechtliche Produktbeobachtung*, in: *Eifert* (Fn. 43), S. 115 (117, 146).

49 Insofern ist relevant, dass die Gefahrsteuerung durch öffentlich-rechtliche Maßnahmen grundsätzlich davon abhängt, dass der staatliche Akteur von der Gefahr Kenntnis erlangt hat, vgl. *M. Eifert*, *Einführung*, in: *Eifert* (Fn. 43), S. 9 (25).

50 Zu den gemeinsamen Wurzeln von Delikts- und Strafrecht *Wagner* (Fn. 10), vor § 823 Rn. 2; in Bezug auf Pflichten zur Produktbeobachtung *Wagner*, *Produktbeobachtung* (Fn. 48), S. 146 f.; *Eifert*, *Einführung* (Fn. 49), S. 25.

51 Etwa wird es in Bezug auf den Anspruch aus § 618 Abs. 1 BGB als unschädlich angesehen, dass dessen praktische Bedeutung gering sei, s. *M. Henssler* in: *MüKo-BGB*, 9. Aufl., München 2023, § 618 Rn. 90; *K. Riesenhuber* in: *W. Erman* (Begr.), *BGB*, 17. Aufl., Köln 2023, § 618 Rn. 8.

52 Ebenso in Bezug auf die Schadensersatzhaftung wegen Nebenpflichtverletzung *Krebs*, *Sonderverbindung* (Fn. 12), S. 549.

53 So etwa *BVerfGE* 49, 304 = *juris*, Rn. 29; *BGHZ* 225, 316 = *juris*, Rn. 67; *Möllers*, *Rechtsgüterschutz* (Fn. 14), S. 71, 121.

54 *Wagner*, *Prävention* (Fn. 40), 451, 454; *Hager* (Fn. 10), *Vorbem* zu §§ 823 ff Rn. 10; *Bullinger*, *Haftung* (Fn. 6), S. 303.

55 S. etwa *Krause* (Fn. 14), § 823 Anh II Rn. 34.

56 Vgl. allgemein *Braun*, *Sorgfalt* (Fn. 7), 135.

lungslagen vermindert sein, denn das Haftungsrecht verlangt es dem Geschädigten ab, den Kausalitätsnachweis zu führen.⁵⁷

Des Weiteren steht das Präventionsinteresse unter dem Vorbehalt, dass der Inhaber des geschützten Interesses sich nicht in zumutbarer Weise selbst gegen die Bedrohung schützen kann. Zwar ist der Selbstschutz ein Parameter, der Eingang in die Interessenabwägung zur Konkretisierung von Neben- und Verkehrspflichten findet.⁵⁸ Etwaigen Möglichkeiten des Selbstschutzes wird jedoch bei der Bestimmung eines Präventionsinteresses dezidiert eigenständige Bedeutung beigemessen und so zwischen der Erhaltung- und der Schadenszuständigkeit unterschieden.⁵⁹ In diesem Rahmen ist etwa relevant, inwieweit es dem Inhaber vor dem Hintergrund seiner Opportunitätskosten zuzumuten ist, die Gefahr – etwa durch Ausweichen⁶⁰ oder durch Beenden des Sozialkontakts⁶¹ – selbst zu steuern.⁶² Je geringer der anfallende Selbstschutzaufwand ist, desto weniger Gewicht kommt dem Integritätsinteresse in der Abwägung zu.⁶³

2. Interessenabwägung als Voraussetzung der Anspruchsentstehung

Das Präventionsinteresse des Inhabers löst einen negatorischen Anspruch aus, wenn es die anderen in die Abwägung einzustellenden Parameter überwiegt. Das Gewicht, das ihm bei der Abwägung zukommt, ergibt

57 Im Fall der sog. potenziellen Kausalität haftet der (mutmaßlich) Verantwortliche nicht, BGHZ 55, 86 = juris, Rn. 15; BGHZ 67, 14 = juris, Rn. 18; a.A. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht (Fn. 9), S. 576 f.; *Wilhelmi* (Fn. 27), § 830 Rn. 7.

58 Vgl. in Bezug auf die Nebenpflichten BGHZ 223, 95 = juris, Rn. 16 und in Bezug auf die Verkehrspflichten BGH NJW-RR 1989, 219 = juris, Rn. 12.

59 Vgl. *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 299; a.A. *Fischer*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 173 f.

60 Der Möglichkeit des Inhabers des geschützten Interesses, der Gefahr auszuweichen, messen besondere Bedeutung zu *Krebs* (Fn. 12), § 241 Rn. 68, *Grigoleit*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 290, *Köhler*, Unterlassungspflichten (Fn. 14), 511 und in Bezug auf die quasi-negatorische Haftung *Wagner* (Fn. 10), vor § 823 Rn. 44.

61 Etwa *Stürner*, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 387; kritisch *Bachmann/Schirmer*, Schutzpflichten (Fn. 11), S. 399.

62 *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 120 stellt auf andere Möglichkeiten des Schutzes der Rechtssphäre ab.

63 Vgl. in Bezug auf die „Zumutbarkeit“ des Ausweichens *Köhler*, Unterlassungspflichten (Fn. 14), 511, *Stürner*, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 386 f. und *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 549 sowie im Zusammenhang mit einem Anspruch auf Erfüllung von Verkehrspflichten v. *Bar* (Fn. 24), 85.

sich anhand des Schadenserwartungswerts und des abstrakten Rangs⁶⁴ der Rechtsposition.⁶⁵ Für den Verantwortlichen bedeutet ein negatorischer Anspruch eine zeitlich vorgelagerte Verkürzung der Handlungsfreiheit.⁶⁶ Diese Belastung lässt sich näherungsweise anhand des Zeitwerts monetärer Ressourcen abbilden. Allerdings folgt aus der Integritätsverantwortung zugleich eine schadensersatzbewehrte Neben- oder Verkehrspflicht, weshalb die Belastung reduziert ist, soweit die Vornahme des begehrten Verhaltens den Erwartungswert der Schadensersatzhaftung verringert.

Des Weiteren können auch überindividuelle Interessen an der Abwägung teilnehmen.⁶⁷ Teilweise wird dem vorbeugenden Rechtsschutz im Zivilrecht die Funktion beigemessen, private Akteure zur Durchsetzung von öffentlich-rechtlichem Gefahrenabwehrrecht zu mobilisieren.⁶⁸ Davon abgesehen ist vorbeugender Rechtsschutz aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive eine knappe öffentliche Ressource, sodass das Allgemeininteresse an ihrer gerechten und effizienten Verteilung im Rahmen der Abwägung von Bedeutung ist.⁶⁹

3. Einfluss des Präventionsinteresses auf den Anspruchsinhalt

Unter welchen Bedingungen ist das Präventionsinteresse nun darauf gerichtet, dass eine Gefahrenvorsorgemaßnahme vorgenommen wird? Als Ausprägung des Integritätsinteresses ist das Präventionsinteresse grundsätzlich ungeeignet, die Verkürzung einer fremden Freiheitssphäre zu legitimieren.

64 Vgl. allgemein BGHZ 58, 149 = juris, Rn. 29; *J. Hager* in: J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2021, § 823 E 31; *Wilhelmi* (Fn. 27), § 823 Rn. 81; *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 152.

65 In Bezug auf § 241 Abs. 2 BGB *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 551; *Krebs* (Fn. 12), § 241 Rn. 68; *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 557. S. ferner *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 155, 171 in Bezug auf (potenzielle) Lebensgefahren; vgl. *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 300.

66 Ähnlich *Stoll*, Unrecht (Fn. 14), S. 734 und mit anderer Begründung *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 280.

67 Vgl. *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 287 in Bezug auf das Allgemeininteresse am Schutz der Umwelt; kritisch *Stoll*, Unrecht (Fn. 14), S. 746.

68 S. zu § 618 BGB als Instrument zur Durchsetzung des Arbeitsschutzrechts *S. Witschen* in: BeckOGK-BGB, München 1.9.2025, § 618 Rn. 4; allgemein zur mobilisierenden Wirkung des Privathaftungsrechts *Wagner*, Prävention (Fn. 40), 447 f.

69 Vgl. etwa *Stürner*, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 386: Erfüllungsanspruch als „ultima ratio der Gefahrenabwehr“; ähnlich *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 104: Erfordernis der Gefahr einer Rechtsbeeinträchtigung diene auch dazu, das Gericht vor einem überflüssigen Prozess zu bewahren.

Das Integritätsinteresse endet an der Grenze des eigenen Rechtskreises, denn es ist (nur) darauf gerichtet, dass sich sein Bestand nicht zum Negativen verändert.⁷⁰ Nach allgemeiner Auffassung kann das Präventionsinteresse jedoch ausnahmsweise einen Anspruch auf ein konkretes Verhalten vermitteln, wenn die Rechtsposition in besonderem Maße betroffen ist.⁷¹ Dieser Zustand, in dem ein Bedürfnis des Inhabers nach einem konkreten Verhalten⁷² eines bestimmten Schuldners⁷³ anzuerkennen ist, wird mithilfe des Kriteriums der unmittelbaren Bedrohung umschrieben.⁷⁴ Jedoch eignet es sich aufgrund seiner Unbestimmtheit nicht ohne Weiteres zur Subsumtion.⁷⁵ Der Rechtsanwender kommt daher nicht umher, eine Interessenabwägung anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen.⁷⁶

a) Interessenabwägung und Anspruchsinhalt

Dabei stehen sich erneut das Präventionsinteresse des Inhabers und die Handlungsfreiheit des potenziell Verantwortlichen gegenüber. Dieses Spannungsverhältnisses ist in zwei Schritten aufzulösen. Einerseits ist die Handlungsfreiheit des Verantwortlichen insoweit verkürzt, als sich dieser in einer Weise zu verhalten hat, die geeignet ist, das angezeigte Sicherheitsniveau zu erreichen. Geringe Schwierigkeiten bereitet der Fall, in dem ein unmittel-

70 S. *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 156, 161; R. *Schwarze* in: J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2025, § 280 C 38; *Bachmann/Schirmer*, Schutzpflichten (Fn. 11), S. 395; *Stürner*, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 385.

71 *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 289, 301 spricht von „qualifizierter Bedrohung“.

72 Vgl. in Bezug auf die Bestimmbarkeit des geschuldeten Verhaltens *Bachmann* (Fn. 12), § 241 Rn. 82; *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 557; *Krebs* (Fn. 12), § 241 Rn. 68; *Krebs*, Sonderverbindung (Fn. 12), S. 552; *Bachmann/Schirmer*, Schutzpflichten (Fn. 11), S. 396; *Grigoleit*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 290; *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht (Fn. 15), § 47 Rn. 33.

73 In Bezug auf die Haftung aus § 1004 BGB *Hager* (Fn. 10), § 823 C 259; *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 292; *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht (Fn. 15), § 47 Rn. 33.

74 S. Nachweise oben in Fn. 14.

75 Ähnlich *Fischer*, Schutzpflichten (Fn. 2), S. 173. So ist schon der Bezugspunkt unklar, denn das Kriterium der Unmittelbarkeit wird teilweise an die Pflichtverletzung (etwa *Martens* (Fn. 12), § 241 Rn. 21; *Köhler*, Unterlassungspflichten (Fn. 14), 510), teilweise an die Beeinträchtigung des geschützten Interesses (etwa *Olzen* (Fn. 12), § 241 Rn. 557; *Bachmann/Schirmer*, Schutzpflichten (Fn. 11), S. 395) geknüpft.

76 Vgl. in Bezug auf § 1004 BGB *Spohnheimer* (Fn. 9), § 1004 Rn. 271: „Erstbegehungsfahr“ als Ergebnis einer Abwägungsentscheidung; ähnlich *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 296 in Bezug auf die Eintrittswahrscheinlichkeit.

telbarer Eingriff des Verantwortlichen in das rechtlich geschützte Interesse droht. Das Präventionsinteresse zielt dann darauf ab, dass der Verantwortliche den Eingriff unterlässt.⁷⁷ Ist das Präventionsinteresse auf ein aktives Tätigwerden gerichtet, werden ihm nur solche Maßnahmen gerecht, die die Erreichung des gebotenen Sicherheitsniveaus gewährleisten.⁷⁸

Andererseits hat der Verantwortliche den Aufwand zu tragen, der mit der Gefahrsteuerung einhergeht.⁷⁹ Vor diesem Hintergrund fehlt es dem Inhaber der betroffenen Rechtsposition an einem anzuerkennenden Interesse, unter mehreren geeigneten Mitteln zu wählen.⁸⁰ Die Frage, auf welchem Wege und zu welchen Kosten sich der Verantwortliche um die Erreichung des gebotenen Sicherheitsniveaus zu bemühen hat, beantwortet sich aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit.⁸¹ Dem Verantwortlichen obliegt ein konkretes Verhalten nur, wenn dieses als mildestes Mittel individualisiert werden kann.⁸² Andernfalls bleibt die Auswahl dem Verantwortlichen überlassen.⁸³

b) Die Prognose von Geeignetheit und Erforderlichkeit der begehrten Maßnahme

Die Interessenabwägung im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes ist zukunftsgerichtet.⁸⁴ Sie beinhaltet daher die Prognosen, wie effektiv die

77 Larenz/Canaris, Schuldrecht (Fn. 9), S. 705; Stürner, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 386.

78 Vgl. i.E. BGHZ 67, 252 = juris, Rn. 12; BGH NJW 2004, 1035 = juris, Rn. 15; Thole (Fn. 14), § 1004 Rn. 372a.

79 Larenz/Canaris, Schuldrecht (Fn. 9), S. 706.

80 Vgl. Thole (Fn. 14), § 1004 Rn. 575 f. S. freilich in Bezug auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Gefährdungsbeurteilung (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG) BAGE III, 36 = juris, Rn. 43 und BAGE III, 48 = juris, Rn. 21.

81 Vgl. BGHZ 67, 252 = juris, Rn. 12; Stürner, Sorgfaltspflichten (Fn. 12), 386: Konkretisierung anhand des „Prinzip(s) des geringsten Eingriffs“; im Ansatz Jansen, Haftungsrecht (Fn. 5), S. 63, Fn. 102.

82 Vgl. BGH NJW 2004, 1035 = juris, Rn. 16; Thole (Fn. 14), § 1004 Rn. 576.

83 In Bezug auf die (quasi-)negatorische Haftung BGHZ 29, 314 = juris, Rn. 14; BGH NJW 1984, 1242 = juris, Rn. 11; Thole (Fn. 14), § 1004 Rn. 372, 575; Wagner (Fn. 10), vor § 823 Rn. 44; in Bezug auf § 618 BGB BAGE 155, 80 = juris, Rn. 27; BAGE 127, 205 = juris, Rn. 29; Henssler (Fn. 51), § 618 Rn. 90; H. Oetker in: J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2025, BGB § 618 Rn. 255; in Bezug auf § 241 Abs. 2 BGB Bachmann/Schirmer, Schutzpflichten (Fn. 11), S. 399.

84 Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht (Fn. 15), § 48 Rn. 2; ansatzweise Deutsch, Haftungsrecht (Fn. 7), Rn. 205.

in Betracht kommenden Handlungsoptionen sind und wie hoch der mit ihnen einhergehende Aufwand ist.⁸⁵ Dazu sind künftige Kausalverläufe vorherzusagen.⁸⁶ Soweit die zur Verfügung stehenden Erfahrungssätze Lücken aufweisen, müssen diese durch wertende Folgenabwägung überwunden werden. Maßgeblich sind dabei die Nachteile, die für den Fall zu befürchten sind, dass sich die Prognose als unzutreffend herausstellt.

Bei einer zuspreekenden Entscheidung muss der Rechtsanwender das Bedürfnis des Verantwortlichen berücksichtigen, nicht mit den Folgen einer falsch-negativen Prognose belastet zu werden.⁸⁷ Der Verantwortliche, der den Aufwand einer retrospektiv nicht erforderlichen Maßnahme zu tragen hat, profitiert – sofern die Maßnahme sich nicht als schlechthin ungeeignet herausstellt – freilich mittelbar von ihrer Vornahme. Der durch die Maßnahme erzielte Gewinn an Sicherheit reduziert zugleich den Erwartungswert einer drohenden Schadensersatzpflicht. Unter Umständen kann der Verantwortliche durch die Vornahme der Maßnahme sogar den Vorwurf eines Verschuldens entkräften,⁸⁸ durch Erfüllung von Vorsorgepflichten zumindest aber etwaigen Beweiserleichterungen zugunsten des Inhabers zuvorkommen.⁸⁹ Der Aufwand wiegt im Übrigen weniger schwer, sofern der Verantwortliche zu dem nicht erforderlichen Verhalten bereits aus anderem Rechtsgrund verpflichtet ist.⁹⁰

Bei einer ablehnenden Entscheidung wegen fehlender Geeignetheit oder Erforderlichkeit muss der Rechtsanwender die dem Rechtsgutsträger im

85 Vgl. allgemein *T. Regenfus*, Prognoseentscheidungen im Zivilrecht, JR 2012, 137 (137 f.).

86 *Regenfus*, Prognoseentscheidungen (Fn. 85), 139 m.w.N.

87 Zum Begriff etwa *Regenfus*, Prognoseentscheidungen (Fn. 85), 145, Fn. 124.

88 Ähnlich *P. Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, Köln 1979, S. 545 in Bezug auf das Verschulden eines Normungsverbands.

89 Zu Beweiserleichterungen wegen Verletzung der Prüfungs- und Befund sicherungspflicht eines Herstellers etwa BGHZ 104, 323 = juris, Rn. 23 f.; *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 166, 189, 286, 379; *T. Voigt* in: BeckOGK-BGB, München 1.II.2025, § 823 Rn. 655. S. ferner *Wagner*, Produktbeobachtung (Fn. 48), S. 124, wonach für die haftungsrechtliche Beurteilung der Reaktion eines Herstellers der Wissensstand zu unterstellen sei, der durch ordnungsgemäße Produktbeobachtung hätte erreicht werden können.

90 Vgl. in Bezug auf den Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung gem. § 5 ArbSchG BAGE 127, 205 = juris, Ls. 1; allgemein *Witschen* (Fn. 68), § 618 Rn. 75 und *Oetker* (Fn. 83), § 618 Rn. 146, die den Gleichlauf von öffentlich-rechtlichem Arbeitsschutzrecht und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch mit dem Interesse des Arbeitgebers an Rechtssicherheit begründen; s. ferner *Krause* (Fn. 14), § 823 Anh II Rn. 47.

Fall einer falsch-positiven Prognose drohenden Nachteile berücksichtigen. Dabei ist maßgeblich, inwieweit die begehrte Maßnahme retrospektiv nicht nur geeignet und erforderlich, sondern – mangels Alternativen – zur Erreichung des gebotenen Sicherheitsniveaus notwendig ist. Der Rechtsanwender, der den Anspruch auf eine notwendige Maßnahme ablehnt, ermöglicht es dem Verantwortlichen, sich der Möglichkeit zu begeben, der ihm obliegenden Integritätsverantwortung gerecht zu werden.⁹¹ Der Eintritt der Integritätsverletzung ist dann im Wesentlichen von etwaigen Selbstschutzmöglichkeiten und dem Zufall abhängig.⁹² Das Bedürfnis des Inhabers, eine falsch-positive Prognose zu vermeiden, ist umso gewichtiger, je wahrscheinlicher der Verantwortliche das gebotene Sicherheitsniveau durch die begehrte Handlung erreichen wird und je weniger geeignete Alternativen in Betracht kommen.⁹³

c) Die Validität der Prognose im vorbeugenden Rechtsgüterschutz

Das Maß an Gewissheit, das für eine Prognoseentscheidung im Rahmen des vorbeugenden Rechtsgüterschutzes notwendig ist, bestimmt sich anhand der Nachteile, die zu befürchten sind, sollte sich die Prognose als falsch erweisen. Die nötige Validität einer Prognose korreliert daher mit dem Interesse des durch sie Belasteten, eine falsche Prognose zu vermeiden.⁹⁴ Die Konkretisierung der unter b) dargestellten Interessen für den Fall des vorbeugenden Schutzes der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergibt, dass ihr Träger durch eine falsche Prognose strukturell intensiver betroffen ist. Das liegt daran, dass eine retrospektiv nicht erforderliche

91 Vgl. BGHZ 104, 323 = juris, Rn. 24 („fehlt ihm ohne solche Befundssicherung jede Grundlage für die Beurteilung“); in Bezug auf die Gefährdungsbeurteilung des Arbeitgebers BAGE 127, 205 = juris, Rn. 24 („nötige Vorstufe“); *Wagner* (Fn. 10), § 823 Rn. 1110, 1112 in Bezug auf die Produktbeobachtungspflicht. *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 166 f. bemüht das Bild eines aus „unbedingt einzuhaltenden“ Pflichten bestehenden Vorhofs; *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 160 spricht von Grundpflichten, die den späteren Schutz vor der Gefahr „erst ermöglichen sollen“.

92 Vgl. in Bezug auf die Produktbeobachtung durch den Hersteller *Wagner*, Produktbeobachtung (Fn. 48), S. 124.

93 Vgl. zu dieser Erwägung in Bezug auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Gefährdungsbeurteilung BAGE 111, 36 = juris, Rn. 43 und BAGE 111, 48 = juris, Rn. 21.

94 Vgl. ansatzweise *Regenfus*, Prognoseentscheidungen (Fn. 85), 145, Fn. 124 in Bezug auf § 907 Abs. 1 S. 1 BGB.

Maßnahme für den Verantwortlichen typischerweise nur einen Vermögensnachteil bedeutet, während der Rechtsgutsträger durch eine abschlägige Entscheidung in seinem Integritätsinteresse an einer Rechtsposition von besonderem Verfassungsrang betroffen ist.⁹⁵

Dass die nötige Validität einer Prognose im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes (auch) Ausdruck normativer Erwägungen ist, zeigt sich schon daran, dass die Beeinträchtigung einer Rechtsposition die Vermutung auslöst, dass künftige Beeinträchtigungen zu befürchten sind.⁹⁶ Es obliegt dann dem Verantwortlichen, darzulegen und nötigenfalls zu beweisen, dass sein Tätigwerden für die Erhaltung des Rechtsguts nicht erforderlich ist. Im Rahmen der sog. Störerhaftung kann bereits die Verletzung einer Prüfungspflicht, d.h. reines Verhaltensunrecht, eine Wiederholungsgefahr in diesem Sinne auslösen.⁹⁷ Das im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes notwendige Maß an Gewissheit ist daher auch Ausdruck des Umstands, wem die Rechtsordnung in Bezug auf ein geschütztes Interesse die Verantwortung für Ungewissheit zuweist.⁹⁸

Die zivilrechtliche Verantwortung für die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kann sich in Verhaltensvorgaben niederschlagen, die den Umgang mit Ungewissheit betreffen.⁹⁹ Diese werden teilweise als allgemeine Grundpflichten bezeichnet.¹⁰⁰ Paradigmatisch dafür steht die Produktbeobachtungspflicht. Diese gebietet neben der unmittelbaren Informationserhebung auch Maßnahmen, die den Fluss und die Verarbeitung von Informationen überhaupt erst ermöglichen.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang sind eine Viel-

95 Zur Stellung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in der grundgesetzlichen Werteordnung BVerfGE 121, 317 = juris, Rn. 119.

96 Zur Wiederholungsgefahr etwa BGHZ 140, 1 = juris, Rn. 19 (Eigentum), BGH NJW 1994, 1281 = juris, Ls. 2 (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) jeweils m.w.N.

97 S. BGHZ 208, 82 = juris, Rn. 27; BGHZ 194, 339 = juris, Rn. 28; BGHZ 191, 19 = juris, Rn. 39.

98 Vgl. i.E. *Koziol*, Gedanken (Fn. 2), S. 642 f. sowie *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 155, der es für möglich erachtet, die Überschreitung des Vorsorgewerts für krebserregende Stoffe durch die negatorische Haftung abzuwehren.

99 Vgl. *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 160 f., 264; *Hager* (Fn. 64), § 823 E 30, 32b, 76.

100 *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 160 f.; *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 379 spricht von präventiven Verkehrspflichten.

101 BGH NJW 1990, 906 = juris, Rn. 27 (Pflicht, „organisatorische Vorkehrungen“ zu treffen); BGH NJW 1994, 517 = juris, Rn. 26 (Pflicht zum Aufbau einer Betriebsorganisation zur Beschaffung und Auswertung von Informationen); *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 96; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., Göttingen 2011, S. 717 jeweils m.w.N.

zahl ähnlicher Verhaltensvorgaben anerkannt.¹⁰² Zu erwähnen ist etwa die eingangs angesprochene Pflicht zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung gem. § 5 ArbSchG.¹⁰³ Soweit eine solche Verhaltensvorgabe besteht, wäre es widersprüchlich, die Ungewissheit im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten des Inhabers der geschützten Position zu werten.¹⁰⁴ Vielmehr ist umgekehrt zu berücksichtigen, inwieweit die Beachtung der Grundpflicht die Aussicht verbessert, dass es dem Verantwortlichen gelingen wird, das gebotene Sicherheitsniveau zu erreichen. Je effektiver das begehrte Verhalten ist, desto eher gebietet es die Warnfunktion des vorbeugenden Rechtsschutzes,¹⁰⁵ den Verantwortlichen an die Beachtung der Pflicht zu erinnern. Insbesondere in komplexen Gefährdungslagen sind gewisse Vorkehrungen unentbehrlich, um das gebotene Sicherheitsniveau erreichen und dauerhaft gewährleisten zu können.¹⁰⁶ Allen voran betrifft das die Sachverhaltsaufklärung.¹⁰⁷

III. Fazit

Dreh- und Angelpunkt des vorbeugenden Rechtsschutzes im Kernzivilrecht ist eine Interessenabwägung. Das Interesse an der Integrität der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kann insofern ein geeignetes Präventionsinteresse sein. Die hiesige Interessenabwägung ist zukunftsgerichtet, sodass eine Vorhersage künftiger Kausalverläufe erforderlich ist. Das dabei notwendige Maß an Validität ergibt sich durch Abwägung der Folgen für den Fall, dass sich die Prognose als falsch erweist. Insofern sind auch normative Erwägungen zu berücksichtigen, insbesondere, wem die Rechtsordnung in Bezug auf die betroffene Rechtsposition die Verantwortung für Ungewiss-

102 Vgl. etwa in Bezug auf die Straßenverkehrssicherungspflicht BGH VersR 1973, 249 = juris, Rn. 21, BGH VersR 1979, 1055 = juris, Rn. 18 und OLG Brandenburg RuS 1997, 16 = juris, Rn. 7 f.; BGH NJW 2001, 2019 = juris, Rn. 8, 12 (Konzertveranstalter).

103 S. BAGE 127, 205 = juris, Rn. 19 und 26.

104 Ähnlich *Koziol*, Gedanken (Fn. 2), S. 642 f.

105 *Henkel*, Rechtsschutz (Fn. 3), 113.

106 I.E. BAGE 127, 205 = juris, Rn. 21, 24; *Witschen* (Fn. 68), § 618 Rn. 112; *Henssler* (Fn. 51), § 618 Rn. 49 (s. freilich auch Rn. 55). Nach *J. Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023, § 17 Rn. 75 sei ein Verein „gehalten“, hinreichende organisatorische und strukturelle Vorkehrungen gegen sexuelle Übergriffe zu treffen. Allgemein zur Erforderlichkeit von Gefahrenvorsorgemaßnahmen *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 83.

107 S. zur Bedeutung deliktischer Informationserhebungspflichten *Möllers*, Rechtsgüterschutz (Fn. 14), S. 177, 185, 189 und *Wilhelmi*, Risikoschutz (Fn. 14), S. 160.

heit zuweist. Hierin liegt die Dimension der Gefahrenvorsorge des vorbeugenden Rechtsschutzes.

Deanthropozentrierte Rechtssubjektivität. Zum Schutz des Menschen, seiner technischen Bestandteile und digitalen Zwillinge

Jann Maatz*

A. „Wo beginnt der Rest der Welt?“

Ich möchte heute über Rechtssubjektivität sprechen, genauer: über deanthropozentrierte Rechtssubjektivität. Das Präfix „de-“ in „deanthropozentrierte“ zeigt die Richtung an, in die meine Überlegungen gehen sollen, nämlich *weg* vom Menschen. Und dennoch könnte es mit dem Affix „re-“ ausgetauscht werden, *zurück* zum Menschen. Aber ich will anders anfangen: In meinem Portemonnaie trage ich stets ein Polaroid meiner Frau bei mir. Es ist ein Bild von *ihr*, das ich in unseren Flitterwochen gemacht habe. Wann immer ich etwas bezahlen möchte – oder eher muss –, sehe ich das Bild, zumindest seine Umrisse. Es erinnert mich an unsere Zeit in den Tropen, an das Frühstück im Hotel, an unsere Hochzeit, an *sie*, an uns. *Primo Levi* hat seine Leser einmal dazu aufgefordert zu überlegen, „was für einen Wert, was für eine Bedeutung selbst die geringsten unserer täglichen Gewohnheiten in sich bergen, unsere hundert kleinen Dinge, die auch der armseligste Bettler sein eigen nennt: ein Taschentuch, ein alter Brief, die Fotografie eines lieben Menschen.“¹ Diese Dinge sind, schreibt *Levi* weiter: „Teile von uns selbst“, „fast wie Glieder unseres Körpers“. Denn sie erfüllen eine wesentliche Funktion für uns, indem sie uns erinnern, oder: sie lassen uns erinnern. Sie helfen uns, unsere Geschichte zu erhalten und zu erzählen. Ebenjene Funktion dieser Dinge veranlasste *Andy Clark*

* Bei dem Text handelt es sich um eine gekürzte und revidierte Fassung meines Aufsatzes aus der *Zeitschrift für Geistiges Eigentum* (16) 2024, 425-448. Die ursprüngliche Fassung ging aus einem Vortrag auf der interdisziplinären Tagung des ZEVEDI (Zentrum verantwortungsbewusste Digitalisierung) zu dem Thema „Annäherungen an den digitalen Zwilling: Zur Emergenz der Datenkörper“ im November 2024 an der Justus-Liebig-Universität Gießen hervor. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Für hilfreiche Anmerkungen und Kritik zur ursprünglichen Textfassung sei *Malte Gruber*, *Vagias Karavas* und *Theresa Maatz* herzlich gedankt.

1 *P. Levi, Ist das ein Mensch?*, 13. Auflage 2023, S. 25.

und *David Chalmers* in dem berühmt gewordenen Aufsatz „The Extended Mind“ zu der Frage: „Wo endet der Geist und wo beginnt der Rest der Welt?“² Ähnlich wie auch schon *Malte Gruber*³ will ich daran anknüpfend die Frage stellen: Gibt es noch den *einen* Körper des Menschen, dessen persönlicher Rechtsschutz notwendigerweise an den Demarkationen von Haut und Schädeldecke beginnt und endet oder kann der Körper in der Welt des Rechts auch dort sein, wo Natur oder sogar Technik seine Funktionen erfüllen?

Seit je her verflechten und assoziieren wir uns mit sogenannten „Dingen“ wie Computern, Notizbüchern, Brillen, Hörgeräten, Smartwatches, Blutzuckermessgeräten usw., um unsere Körper- und Sinnesfunktionen zu verbessern, zu erweitern und zu überwachen. Aber wir begreifen diese „Dinge“ nicht als Anteile unseres materialisierten Körpers oder unserer Rechtssubjektivität, solange sie nicht *auf Dauer* und *fest* mit uns verbunden sind. Diese „Dinge“ stehen als lose Rechtsobjekte, als Sachen im Sinne des § 90 BGB in einem steten Spannungsverhältnis zwischen Erweiterung und Entfremdung unsereins zugleich. „Es ist [...] das Fremde im Dienste des Eigenen, das sich gerade deshalb durch eine besondere Ambivalenz von gleichzeitiger Vertrautheit, Selbstverständlichkeit wie ebenso weitgehender Fremdheit, Andersartigkeit auszeichnet.“⁴ Diese fremden Dinge sind (noch) kein Teil von uns. Sie müssen aber nicht auf ewig bloße Objekte des Rechts sein, denn mit etwas Glück gelingt ihnen ein Aufstieg, eine Metamorphose zum Rechtssubjektteil, indem sie mit einem Körper, einer materialisierten Person symbiosieren:⁵ Sie erfüllen Körperfunktionen und im Gegenzug teilen sie das rechtliche Schicksal des Körpers. Man denke nur an Zahnplomben, Implantate, Prothesen und Herzschrittmacher.⁶ Sie werden Teil des Körpers, Teil des Menschen und Teil des Rechtssubjekts. Ebenso kann es auch zu rechtlichen Abstiegen, Verwandlungen in die andere Richtung,

2 A. Clark/D. Chalmers, Der ausgedehnte Geist, in: J. Fingerhut/R. Hufendiek/M. Wild (Hrsg.), Philosophie der Verkörperung. Grundlagentexte zu einer aktuellen Debatte, 2. Aufl. 2017, S. 205.

3 M. Gruber, Bioinformatonsrecht. Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung, 2015, S. 30.

4 W. Schneider, Der Prothesen-Körper als gesellschaftliches Grenzproblem, in: Schroer (Hrsg.), Soziologie des Körpers, 2005, S. 371 (374).

5 Zu diesem Sprachbild J. Kersten, Menschen und Maschinen. Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen, JZ 2015, I (4).

6 Siehe dazu nur MüKoBGB/Stresemann, Bd. I, 9. Aufl., München 2021, BGB § 90 Rn. 28; BeckOGK-BGB/Mössner, 15.3.2024, BGB § 90 Rn. 21; BeckOK-BGB/Fritzsche, 71. Ed. 1.5.2024, BGB § 90 Rn. 34.

kommen, sofern Körperteile oder -substanzen vom restlichen Körper getrennt werden, teilweise noch unter dem einschränkenden Vorbehalt, dass diese Trennung endgültig ist.⁷ Die überwiegenden Stimmen der Literatur lassen abgetrennte Körperteile oder entnommene Körpersubstanzen, obgleich der Intention einer späteren Wiederverbindung, in dem Moment der gelösten Verbindung analog § 953 BGB als Sache, als Rechtsobjekt, in das Eigentum des Menschen, des Rechtssubjekts, fallen.⁸ Sie gehören nicht mehr zum Körper, denn „[h]erkömmlicherweise wird unter dem Schutzgut ‚Körper‘ [im Sinne] des § 823 Abs. 1 BGB der lebende Mensch als Einheit verstanden, die in ihrer ‚Materialisierung‘ zwar nicht wegen der Materie, aber begrenzt durch die (ungetrennte) Materie in ihrer biologischen Einheitlichkeit und Gesamtheit geschützt wird.“⁹ Dann lässt sich fragen, ob etwa die Zerstörung eines Organs noch im Operationsaal, das zur Behebung einer Fehlfunktion für einige Minuten entnommen wurde, wirklich keine Körperverletzung sein soll? Und ist es wirklich relevant für die Einordnung als Körper- oder Eigentumsverletzung, ob ein wieder annäherbares Körperteil buchstäblich noch am „seidenen Faden“ hängt, wenn es vernichtet wird?¹⁰ Ist diese rechtsinterne Rekonstruktion der außenweltlichen Aspekte des menschlichen Körpers noch sozialadäquat?

I. Der Körper und seine extrakorporalen Bestandteile

An die Stelle dieses zu engen objektiv-materialistischen Verständnisses, wonach der Körper und seine Bestandteile nur das sind, was mit Fleisch und Blut verbunden ist, setzte der Bundesgerichtshof im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB einen weiten, subjektiv-funktionalistischen Körperbegriff: Er urteilte, dass eingefrorenes Sperma, dessen Wiedereinfügung in den eigenen Körper offensichtlich nicht intendiert war, ein *Bestandteil des Körpers* und dessen Vernichtung eine Körperverletzung sei, um somit dem betrof-

7 BGHZ 124, 52.

8 *Stresemann* (Fn. 6), BGB § 90 Rn. 26 f.; *Mössner* (Fn. 6), BGB § 90 Rn. 20; *Fritzsche* (Fn. 6), BGB § 90 Rn. 33 m.w.N.

9 *J. Taupitz*, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, 745.

10 *H. Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985, S. 116.

fenen Kläger der alten Rechtslage entsprechend einen Schmerzensgeldanspruch in Höhe von 25 000 DM zu gewähren.¹¹ Im Urteil heißt es:

„Werden dem Körper Bestandteile entnommen, um mit ihm nach dem Willen des Rechtsträgers zur Bewahrung der Körperfunktionen oder zu ihrer Verwirklichung später wieder vereinigt zu werden, dann führt eine Betrachtung, nach der § 823 Abs.1 BGB die körperliche Integrität in Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Rechtsträgers umfassend schützt, zu dem Ergebnis, daß diese Bestandteile auch während ihrer Trennung vom Körper aus der Sicht des Schutzzweckes der Norm mit diesem weiterhin eine *funktionale Einheit* bilden.“¹²

Der Körper ist in dieser Auslegung dann bi- oder sogar multilokal. So spottete *Jochen Taupitz* etwa, dass der Körper eines Samenspenders überall dort ist, wo sein Samen aufbewahrt wird.¹³ Diese – im Schrifttum überwiegend abgelehnte¹⁴ – funktionalistische Betrachtungsweise des menschlichen Körpers ist jedoch nach der hier vertretenen Auffassung in der Lage, die Ausrichtung des deliktischen Rechtsschutzes den „neuen biotechnologischen Wirklichkeiten“¹⁵ und Möglichkeiten, etwa die Auslagerung und Aufbewahrung von Körpersubstanzen, anzupassen. Zugleich kehrt der des Bundesgerichtshof der Auffassung den Rücken zu, wonach es sich bei dem menschlichen *Körper* um „etwas natürlich Vorgegebenes mit festen Grenzen, als eine in seiner schieren Materialität überhistorische Referenz“ handle, „an der sich das Recht zu orientieren habe.“¹⁶ Wenn der menschliche Körper sich funktional und lokal ausweitet, dann erhöhen sich auch seine Gefährdungspotenziale. Die Aufgabe eines (bio-)technologisch aufgeklärten Rechts ist es, diese Expansionstechnologien und -potenziale zu

11 Vgl. dazu § 847 Abs.1 BGB a.F.: „Im Falle der Verletzung des Körpers [...] kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.“

12 BGHZ 124, 52 (Hervorhebung durch den Verfasser).

13 Kritisch *Taupitz*, Schutz (Fn. 9), 750.

14 Ablehnend etwa *MüKoBGB/Wagner*, Bd. VII, 9. Aufl., München 2024, BGB § 823 Rn. 222 m.w.N.; *A. Laufs/E. Reiling*, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermas?, NJW 1994, 775 ff.; *A. Laufs*, Die Entwicklung des Arztrechts 1993/1994, NJW 1994, 1562 (1563); *Taupitz*, Schutz (Fn. 9), 745 ff.; *A. Spickhoff*, Die Entwicklung des Arztrechts 2001/2002, NJW 2002, 1758 (1767); *J. Neuner*, Das Schmerzensgeld, JuS 2013, 577 (579).

15 *Gruber*, Bioinformationsrecht (Fn. 3), S. 30.

16 *V. Karavas*, Körperverfassungsrecht. Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts, 2018, S. 45.

erfassen und bestehende Schutzkonzepte zu adaptieren, um auf neuartige Gefährdungen reagieren zu können. Dort, wo die tradierten Schutzkonzepte für den menschlichen Körper versagen, ist rechtliche Innovation gefragt. Dann geht es allem voran „um die ‚natürliche‘ Bestimmung des Körpers selbst [...]. Die ‚Natürlichkeit‘ der Beschreibung wird letztlich daran zu messen sein, inwieweit sie aus unterschiedlichen Beobachterperspektiven erkennbar, sichtbar und vorhersehbar macht, was ein Körper oder ein Teil desselben ist oder sein könnte.“¹⁷ Es kann nämlich zugleich nicht allein vom Willen oder dem bloßen Gefühl des Individuums abhängen, was der Körper oder ein Teil dessen ist, um mit ersterem eine funktionale Einheit zu bilden. Ein ausuferndes „Selbstbestimmtsein“ sollte nicht, nicht ausschließlich, darüber entscheiden, was innerrechtlich „Körper“ ist und was nicht.¹⁸

In diesem Sinne lässt die Trennung und Entnahme von Körperteilen und -substanzen konsequenterweise die Körpereigenschaft und damit Rechtssubjektqualität nicht entfallen, sofern eine erneute Verbindung intendiert oder sogar die bloße extrakorporale Funktionsweise erhalten werden soll. Der Körperverletzungstatbestand schützt dann alle Funktionen, die das Rechtssubjekt, der Mensch, *subjektiv* zu eigen gesetzten Zwecken zu nutzen wünscht und *objektiv*, die ihm „natürlich“ zur Verfügung stehen.¹⁹ Dann gibt es nicht mehr nur noch den *einen* Körper des Menschen, das eine Rechtssubjekt, das an Haut und Schädeldecke beginnt und endet, sondern auch extrakorporale Entitäten, die auf unsichtbare Weise, in einem rechtlichen Sinne mit dem menschlichen Körper verbunden sind und sich nicht mehr in die traditionelle Dichotomie von *Subjekt* und *Objekt* aufteilen lassen, sondern eine „funktionale Einheit“ mit der Rechtssubjektivität des Menschen bilden.

II. Der Körper und seine „ausgelagerten“ technischen Bestandteile

Die Expansion des menschlichen Körpers im bioinformationstechnischen Zeitalter beschränkt sich freilich nicht nur auf extrakorporale Körperteile und -substanzen, die dessen Funktionalität ergänzen bzw. aufrechterhalten

17 Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 33.

18 Vgl. zu dieser Kritik auch Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 30.

19 F. Heubel/G. Freund, Vernichtetes Sperma als Körperverletzung. Eine rechtsethische Diskussion des Körperbegriffs, ZfME 42 (1996), 129 (140).

sollen. Der Begriff „Körper“ wird zwar im alltäglichen Sprachgebrauch nach wie vor überwiegend mit seiner, an Raum und Zeit gebundenen, materiellen Substanz assoziiert. Indes wird auch darüber hinaus ein, für andere nicht sichtbarer, *innerer Erlebnisraum* des Subjekts erfasst. In der philosophischen Anthropologie wird diese Körperdichotomie beschrieben, indem es einen Körper gibt, den der Mensch *hat*, und einen Leib, der er *ist*.²⁰ Diese Ambiguität des Menschen ist zutreffend in dem rechtlichen Begriff der „Person“ in seiner ursprünglichen Bedeutung angelegt. Die Person des Menschen verstanden als äußerliche Rollenzuschreibung im Sinne einer *Theatermaske*, die den Zuschauenden das Äußere, den Körper und einen Teil seiner Persönlichkeit zeigt, während der Mensch in seiner Leibhaftigkeit hinter der Maske verborgen bleibt.

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“²¹ im Jahr 2008 kann ein Teil des Menschen und seiner Persönlichkeit auch auf informationstechnische Systeme ausgelagert werden. Der technische Fortschritt bedingt, dass Personalcomputer, Laptops, Smartphones und -watches als Speichermedien zu einem „getreuliche[n] Spiegelbild der persönlichen Interessen, Neigungen, der ökonomischen Situation sowie nicht zuletzt auch der physischen und psychischen Befindlichkeit ihrer Nutzer“²² werden und posthumanistisch gewendet, damit zu einem „ausgelagerte[n] Gehirn“²³, zu einem ausgelagerten „Teil des Körpers“²⁴. In den Worten *Clarks* und *Chalmers*‘ ist „[i]n diesen Fällen [...] der menschliche Organismus mit einer externen Entität in einer wechselseitigen Interaktion verbunden, sodass ein *gekoppeltes System* entsteht, das selbst als kognitives System betrachtet werden kann. Alle Komponenten im System spielen eine aktive kausale Rolle und bestimmen gemeinsam das Verhalten auf dieselbe Art und Weise, wie das Denken es üblicherweise tut.“²⁵

20 Vgl. *L. Wiedemann*, Digitale und analoge Körper, in: R. Gugutzer/G. Klein/M. Meuser (Hrsg.), *Handbuch Körpersoziologie 2*, 2022, S. 75 (79).

21 BVerfGE 120, 274.

22 *M. Kutscha*, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, *NJW* 2008, 1042 (1043).

23 *W. Hoffmann-Riem*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, *JZ* 2008, 1009 (1012).

24 *W. Hassemer*, Interview in: *Süddeutsche Zeitung* vom 11.6.2008, 6; vgl. *Hoffmann-Riem*, Vertraulichkeit (Fn. 23), 1012 Fn. 22.

25 *Clark/Chalmers*, Der ausgedehnte Geist (Fn. 2), S. 205 (208).

Um mit dieser Entwicklung Schritt zu halten, stellt das Bundesverfassungsgericht auf die Kernbereichsdoktrin des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab. Danach gehört zur Entfaltung der Persönlichkeit die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art ohne die Angst zum Ausdruck zu bringen, dass staatliche Stellen dies überwachen.²⁶ Es entschied, dass im Rahmen eines heimlichen Zugriffs auf ein informationstechnisches System die Gefahr bestehe, dass persönliche Daten erhoben werden, die eben jenem Kernbereich zuzurechnen sind.²⁷ Zum Schutz dieses ausgelagerten Kernbereichs der menschlichen Persönlichkeit entwickelte das Gericht ein neues – viel kritisiertes²⁸ – Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Freilich wird klargelegt, dass „das informationstechnische System nicht um seiner selbst willen grundrechtsgeschützt [ist], sondern nur insofern, als seine Vertraulichkeit und Integrität Persönlichkeitsrelevanz haben.“²⁹ Das Neue, das Posthumanistische an dieser Entscheidung liegt darin, dass das funktionelle Verhältnis, die Assoziation, die Verflechtung von Mensch und Maschine mit persönlichkeitsrechtlicher Relevanz markiert wird.³⁰

Anders als bei Körperteilen und -substanzen besteht die Beziehung zum menschlichen Körper nicht in einer potenziellen *physischen* (Wieder-)Verbindung, sondern in einer *psychischen* Assoziation von Mensch und Maschine. Der Mensch überträgt einen Teil seiner persönlichen Innenwelt auf das informationstechnische System, das diesen Ausschnitt der Persönlichkeit „als digitale Bibliothek“³¹ bewahrt. Der körperliche Mensch und die Maschine bilden, übersetzt in die Terminologie des Bundesgerichtshofes aus der „Sperma-Entscheidung“ – dann ebenfalls eine „funktionale Einheit“³² oder im Sinne *Latours* eine „Assoziation von Mensch und nicht-menschlichen Wesen“³³.

26 BVerfGE 109, 279.

27 BVerfGE 120, 274.

28 Siehe nur *M. Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet. Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen, NVwZ 2008, 521 ff.; *Kutscha*, Mehr Schutz (Fn. 22), 1042 ff.; *M. Sachs/T. Krings*, Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481 ff.

29 *Hoffmann-Riem*, Vertraulichkeit (Fn. 23), 1012.

30 *Kersten*, Menschen (Fn. 5), 2.

31 BVerfGE 120, 274.

32 BGHZ 124, 52.

33 *B. Latour*, Das Parlament der Dinge, 5. Aufl. 2021, S. 103 ff.; so auch *Gruber*, Bioinformati-
onsrecht (Fn. 3), S. 60.

„Anders ausgedrückt werden Computer zu Teilen der technisierten Person, deren Körper und Geist [...] über die Grenzen von Haut und Schädeldecke hinaus funktional erweitert werden können. Informationstechnische Systeme können unter diesen Umständen als körperanaloge Bestandteile eines informationalisierten Menschen erscheinen, dessen körperliche und geistige Konstitution sowohl natürliche als auch künstliche Eigenschaften umfasst. Körperteile, Körperdaten, Körperbilder und -analogien – sie alle bilden die ‚Basis der Persönlichkeit‘. Insoweit werden auch die Integrität und Vertraulichkeit der Informationstechnik zu einer persönlichen Angelegenheit.“³⁴

Das Recht ist dann aufgerufen, den menschlichen Körper in seiner Ganzheitlichkeit zu schützen, eben durch den Schutz der Integrität und Vertraulichkeit seiner Informationstechnik. Die Ausweitung des Personenkonzeptes über die Grenzen von Haut- und Schädeldecke hinaus und der damit einhergehende Schutz des Menschen in seiner funktionalen Einheitlichkeit ermöglicht es, ein Körperbild im bioinformationellen Zeitalter zu entwickeln, das nicht nur Vorteilen jener Expansionstechnologien, sondern auch den damit einhergehenden Gefährdungen angemessen Rechnung tragen kann.³⁵

III. Deliktsrechtlicher Schutz des Mensch-System-Verbunds

Eine solche Ausweitung der Rechtssubjektivität des menschlichen *Körpers* auf seine maschinelle Erweiterung könnte – ähnlich zur Argumentation des Bundesgerichtshofs³⁶ – in bestimmten Verletzungsszenarien der Vertraulichkeit und Integrität eines informationstechnischen Systems durch private Akteure sogar einen immateriellen Schadensersatzanspruch gemäß § 253 Abs. 2 BGB begründen.³⁷

Die heimliche Infiltration des informationstechnischen Systems, der digitalen Innenwelt des Menschen, verletzt dann eben nicht nur das infor-

34 Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 62 f.

35 In diesem Sinne auch das BVerfGE 120, 274: „Einer solchen lückenschließenden Gewährleistung bedarf es insbesondere, um neuartigen Gefährdungen zu begegnen, zu denen es im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und gewandelter Lebensverhältnisse kommen kann.“

36 BGHZ 124, 52.

37 Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 166 f.

mationelle Selbstbestimmungsrecht des Menschen,³⁸ „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“³⁹ oder das bloße System als gegenständlich verkörpertes Eigentum persönlicher Daten.⁴⁰ Sie verletzt vielmehr Persönlichkeitsrechte,⁴¹ genauer: die physischen und/oder psychischen Expansionen des Menschen und seines Körpers. In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1957 wird der teleologische Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den Beziehungen des Menschen zu seiner Umwelt, seinem Körper und ihrer funktional-einheitlichen Schutzrelevanz besonders deutlich:

„Das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde und freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ist gewissermaßen ein ‚Muttergrundrecht‘ oder ‚Quellrecht‘, aus dem die konkretisierten Gestaltungen fließen, die es im Hinblick auf die verschiedenartigen Persönlichkeitswerte des einzelnen, seine Lebensgüter und Umweltbeziehungen gewinnt. So sind daher auch die besonderen Bestimmungen des bisherigen Rechts, durch die [...] seine körperliche Unversehrtheit [...] gegen Verletzungen geschützt werden, nicht etwa bedeutungslos geworden, vielmehr haben sie dadurch eine Erweiterung erfahren, daß ein Persönlichkeitsschutz auch sonst in Betracht kommen kann.“⁴²

Kann es wirklich überzeugen, diese Assoziationen von Menschen und nichtmenschlichen Wesen heutzutage lediglich in Eigentumsverhältnissen nachzubilden oder handelt es sich dabei vielleicht nur um den Versuch, den neuen „technisierten“ Körper des Menschen in das privatrechtliche Korsett der alteuropäischen Moderne zu zwingen, in der Sachen nur körperliche

38 So aber *Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung (Fn. 28), 521 ff.

39 BVerfGE 65, 1.

40 So aber die wohl hM, vgl. nur BGHZ 102, 135; 207, 163 m.w.N.; *Stresemann* (Fn. 6), BGB § 90 Rn. 25; *Mössner* (Fn. 6), BGB § 90 Rn. 84; *Fritzsche* (Fn. 6), BGB § 90 Rn. 27; *P. Bydlinski*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), 287 (307 f.).

41 So auch *Jauernig/Kern*, 19. Aufl., München 2023, BGB § 823 Rn. 8; *Gruber*, Bioinformatikrecht (Fn. 3), S. 158 ff.; *M. Bartsch*, Die „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ als sonstiges Recht nach § 823 I BGB, CR 2008, 613 ff.; *A. Roßnagel/C. Schnabel*, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, NJW 2008, 3534 ff.

42 BGHZ 24, 72; siehe hierzu auch *Wagner* (Fn. 14), BGB § 823 Rn. 220.

Gegenstände und Personen nur (materiell-wahrnehmbare) Menschen sein können?

Verabschiedet man sich von der Illusion einer „sozialtypische[n] Offenkundigkeit“⁴³, der in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechte und Rechtsgüter und ihrer Demarkationen, und nimmt stattdessen ihre Verschränkungen ernst, kann man die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum „Körperbegriff“ als eine Wegweisung hin zu einem „körperanalogen Persönlichkeitsgut“⁴⁴ in technisierter Verfassung verstehen. Das würde dem Telos der Norm besser gerecht: „Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB ist nicht die Materie, sondern das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist. Die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB schützt den Körper als Basis der Persönlichkeit.“⁴⁵

Der technisierte Körper wird dann zum eigentlichen Schutzgut des Rechts auf Integrität und Vertraulichkeit eines informationstechnischen Systems, „dessen ausgelagerte Teile dann sowohl in ihren vermögenswerten als auch in ihren ideellen Aspekten im Rahmen des ‚sonstigen Rechts‘ geschützt sind.“⁴⁶ Eine Integritätsverletzung des informationstechnischen Systems, das als Erweiterung des menschlichen Körpers betrachtet wird, kann dann eben nicht nur zu einem materiellen Schadensersatzanspruch zur Wiederherstellung des Systems führen, sondern unter Umständen auch zu einem immateriellen Entschädigungsanspruch gemäß § 253 Abs. 2 BGB. Wenn man eine Infiltration des Systems gleichzeitig als Integritätsverletzung des menschlichen Körpers – der „Basis“⁴⁷, des „Kernbereichs“⁴⁸ der Persönlichkeit – begreift, wird die Annahme einer „schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung“⁴⁹ als Voraussetzung für einen immateriellen Entschädigungsanspruch nachvollziehbar.⁵⁰ Dies hätte darüber hinaus den Vorteil, dass ein entsprechender – auf § 253 Abs. 2 BGB – gestützter imma-

43 K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994, S. 491.

44 Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 165.

45 BGHZ 124, 52.

46 Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 165.

47 BGHZ 124, 52.

48 Wagner (Fn. 14), BGB § 823 Rn. 220.

49 Vgl. zu diesem Erfordernis nur BeckOGK-BGB/Brand, 1.3.2022, BGB § 253 Rn. 40; Bartsch, Sonstiges Recht (Fn. 37), 616.

50 Gruber, Bioinformatonsrecht (Fn. 3), S. 167; Bartsch, Sonstiges Recht (Fn. 41), 616 zog diese Konsequenz noch nicht, bemängelte gleichwohl die zivilrechtliche Sanktion aufgrund der hohen Anforderung an einen immateriellen Entschädigungsanspruch im Rahmen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch eine Integritätsverletzung

terieller Entschädigungsanspruch auf die Erben des Geschädigten übergehen könnte und sich insoweit dem erhöhten Schutzniveau des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angleiche.⁵¹

B. Entmenschlichung durch Vermenschlichung?

Die Überlegungen zu einer solchen Ausweitung des rechtlichen Personenkonzeptes und seines Schutzes auf „Dinge“ provoziert dann Kritik von denen, die meinen, man müsste den Menschen und seine hervorgehobene Stellung im Rechtssystem verteidigen. So warnt der ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts *Di Fabio* etwa davor, dass dem Menschen in dekonstruktivistischer Manier seine „Exklusivität“ geraubt würde, wenn man „Tieren, der Natur, Dingen oder automatisierten Systemen [Rechtspersönlichkeit]“⁵² zuschreibt. Wir verlören „den Halt einer normativen Grundordnung, die sehr bewusst gegen politische Irrwege des 20. Jahrhunderts den Menschen in den Mittelpunkt der Rechtsordnung stellt.“⁵³ Anstelle dieser wohl deutlich überzogenen Mahnung könnte man auch eine differenzierte Sichtweise einnehmen: Das „Menschliche [lässt sich nämlich gar] nicht erfassen und retten, wenn man ihm nicht jene andere Hälfte seiner selbst zurückgibt: den Anteil der Dinge.“⁵⁴

I. Deanthropozentrierung als Strategie

Die Frage des richtigen Umgangs mit diesen unbekanntem nichtmenschlichen Entitäten „out there“, den sich noch außerhalb des Rechts befindenden Aktanten, beschäftigt die Rechtswissenschaft schon eine Weile. Die Positionen haben sich verfestigt. Die Debatte scheint nahezu festgefahren. Es gibt diejenigen, die wie *Di Fabio* am Idealbild eines technikfreien Menschen festhalten. Für sie ist alles Nichtmenschliche bloßes Werkzeug, eben

des informationstechnischen Systems als „schwach [und] rechtspolitisch wohl unzureichend.“

- 51 Zur Kritik der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit eines immateriellen Entschädigungsanspruchs im Rahmen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (BGHZ 165, 203) siehe *Brand* (Fn. 49), BGB § 253 Rn. 40, 43.
- 52 U. *Di Fabio*, Metamorphosen der Zurechnung. Droht der Verlust personaler Rechtssubjektivität?, JZ 2020, 1073 (1078).
- 53 *Di Fabio*, Metamorphosen (Fn. 52), 1078.
- 54 *B. Latour*, Wir sind nie modern gewesen, 5. Aufl. 2015, S. 181.

eine Sache (§ 90 BGB) oder als Sache zu behandeln (§ 90a BGB). Dann erscheint es paradigmatisch auch absurd, anzunehmen, dass ein Computer selbst eine Willenserklärung für den Menschen abgibt. Nein, für sie ist es der Mensch, der sich jeder Artikulation *seines* Willens *durch* die Maschine potenziell bewusst ist und diese in sich aufnimmt, denn der Computer kann doch gar nicht handeln, sondern nur Menschen. Auf der anderen Seite stehen die Befürworter der „künstlichen“ oder „elektronischen Person“, die dem Unbekannten einen vollwertigen Rechtssubjektstatus zugestehen wollen, um die dahinterstehende Technologie tatsächlich nutzen zu können, ohne erwartbare Schadensfälle, Haftungslücken oder Haftungslawinen in Kauf zu nehmen. Und dazwischen gibt es noch die Vertreter einer Teilrechtsfähigkeitslösung oder relativen Rechtssubjektivität, die zwar keinen vollwertigen – dem Menschen allzu ähnlichen – Rechtssubjektstatus fordern, aber in bestimmten gesellschaftlichen Situationen eben schon, etwa dann, wenn eine künstlich-intelligente Entität rechtsgeschäftliche Erklärungen für einen dahinter stehenden Menschen abgibt und der Mensch, den Inhalt dieser Erklärungen dann wirklich nicht mehr antizipieren kann.

Der Ausweg aus dieser verfahrenen Situation könnte in einer *Deanthropozentrierung* der Rechtssubjektivität liegen. Die *Deanthropozentrierung* der Rechtssubjektivität ist dann unser „zwölftes Kamel“.⁵⁵ Versagen die tradierten rechtlichen Realitätskonstruktionen, um neuartige Konflikte zu lösen, ist es dem Rechtssystem möglich „eine zusätzliche, zugegebenermaßen unwirkliche, künstliche, erfundene Welt [zu] betreten, die diese Blockierung auflöst. Fiktionalisierung eröffnet die Möglichkeit, dass Konflikte im Zustand ihrer moralischen und sozialen Unlösbarkeit entscheidbar werden, wenn auch nur in der imaginären Welt des Rechts.“⁵⁶ Zumindest scheint ein Experimentieren in diese Richtung vielversprechend, bedeutet dies doch nicht die Schaffung unumkehrbarer Zustände. Dann geht es zunächst darum „Personen“, „Handlungen“ und „Zurechnung und Verantwortung“ im Recht, als das, was sie sind zu begreifen, nämlich als rechtsin-

55 Zum Fall vom zwölften Kamel siehe N. Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 3 ff.

56 G. Teubner/P. Zumbansen, Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 189 (195); zur Rechtswelt als Traumwelt jüngst J. Maatz, (V)Erträumte Rechtssubjekte, MERKUR 912 (2025), 74-81; ders., Wir sind nie Personen gewesen! Ein radikaler Entsühnungsversuch, ARSP 112 (2026), im Erscheinen.

terne Konstruktionen.⁵⁷ Und wenn diese Phänomene jeweils das Ergebnis einer Konstruktion sind, dann sind unter geänderten Bedingungen auch verschiedene konstruktive Lösungen möglich und sogar notwendig. „Die entscheidende Bedingung ist dabei die jeweilige Struktur des Handelns.“⁵⁸ Daran wird auch deutlich, dass *Deanthropozentrierung* nicht meint, nicht-menschlichen Wesen ein vorpositives „Recht auf Rechte“ zuzuerkennen. Es bedeutet schlichtweg, noch außerrechtliches, real erfahrbares *Handeln*, innerrechtlich erfassbar zu machen, indem man jenen Wesen in bestimmten gesellschaftlichen Situationen rechtliche *Handlungsfähigkeit* zuschreibt und sie somit als Zurechnungsadressen für Verantwortung konstruiert. So ist auch die den Menschen durch das Recht unterstellte *Fähigkeit zu handeln* (vgl. §§ 104 ff., 827 f. BGB), selbst nur „ein für Zurechnungszwecke geschaffenes, institutionell etabliertes *Wahrnehmungsmuster und Zurechnungskonstrukt*“⁵⁹. Gleiches gilt für die „Erfindung der juristischen Person [...] bei der die Zuschreibung von Handlungsfähigkeit von Menschen auf Kommunikationsprozesse ausgeweitet wurde.“⁶⁰

In der Kunstsprache der Rechtsdogmatik ließe sich eine solche Zuschreibung von Handlungsfähigkeit an eine künstlich-intelligente Entität am Beispiel des Deliktsrechts wie folgt realisieren: Sofern eine nichtmenschliche – maschinelle – Entität tatsächlich dazu in der Lage ist, Rechte und Rechtsgüter Dritter im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu verletzen, wäre es nur systemrational, diese schädigende Handlung der Entität auch als *eigene Handlung* zuzurechnen. So lautet auch § 823 Abs. 1 BGB nicht: „Verletzt ein Mensch widerrechtlich [Rechte oder Rechtsgüter] eines anderen, ist er dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“, sondern „Wer [Rechte oder Rechtsgüter] eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ Diese offene Tatbestandsformulierung des ersten Halbsatzes („Wer [...] verletzt“) ermöglicht es, die *Verletzungskompetenz* auch einem nichtmenschlichen Wesen zuzuschreiben und in einem objektivierten Sinne verantwortlich zu machen. Der deliktische Rechtswidrigkeitsvorwurf ist dann zu *deanthropozentrieren* und auf eine Beobachtung rechtswidrigen algorithmischen

57 M. Gruber/J. Maatz, Nichtmenschliche Zurechnungssubjekte. Zur Deanthropozentrierung privatrechtlicher Verantwortung, RphZ II (2025), 85-104.

58 K. Bayertz, Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung, in: K. Bayertz (Hrsg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem, 1995, S. 3 (4).

59 W. Krawietz, Theorie der Verantwortung, in: K. Bayertz (Hrsg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem, 1995, S. 185 (207).

60 Teubner/Zumbansen, Kamel (Fn. 56), 208.

Verhaltens zu verlagern.⁶¹ Eine Haftung kommt dann nur in Betracht, wenn die nichtmenschliche Entität gegen eine *Verhaltensregel* aus einem Verhaltensregelkatalog verstoßen hat,⁶² die jenes Verhalten dann als *rechtswidrig* klassifiziert. Diese neuartige *dezentrierte* Form der Haftungsverantwortung ist dann nach dem Grundsatz „respondeat superior“ an dem Haftkapital des Betreibers der handelnden Entität festzumachen.⁶³ Rechtsdogmatisch gesprochen handelt es sich hier um eine *Tatbestandsverschiebung*, die dann, wenn eine nichtmenschliche Entität durch eine „rechtswidrige Handlung“ ein Recht oder Rechtsgut eines Dritten verletzt, einsetzt und dem Betreiber zugerechnet wird, der dem Dritten zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet ist.

Diametral dazu können sich auch Situationen ergeben, wie am Beispiel einer Beeinträchtigung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme gezeigt, in denen der Schutz der Mensch-Maschine-Assoziation zu einer gesellschaftlichen Notwendigkeit wird. Die Maschine ist dann nicht bloßes Rechtsobjekt, deren Schutz den Eigentumsinteressen des Menschen entspricht. Die Maschine ist als ausgelagerter Teil des Körpers, Teil der Persönlichkeit des Menschen und damit Teil seiner Rechtssubjektivität zu betrachten. Rechtssubjektivität kann und darf in diesen Fällen nicht nur dem Menschen zugeschrieben werden. In den Kreis des Rechtssubjekts ist die Maschine ebenso miteinzubeziehen wie extrakorporal gelagerte Körpersubstanzen, temporär entnommene Organe und Körperteile. Die Mensch-Maschine-Assoziation wird zum *deanthropozentrierten Rechtssubjekt*, letztendlich dient dies dem einzigen Ziel: dem Schutz des Menschen in „technisierter Verfassung“, eben dem Schutz des Menschen im 21. Jahrhundert. *Deanthropozentrierung* ist in diesem Sinne nichts anderes als eine *Reanthropozentrierung*.

61 So bereits G. Teubner, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, AcP 218 (2018), 155 (193); ähnlich die „spezielle Roboterhaftung“ J. Hanisch, *Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik*, in: E. Hilgendorf (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, 2014, S. 27 (46 ff.).

62 Beispielhaft nennt Hanisch, *Haftungskonzepte für Robotik* (Fn. 61), S. 49 etwa das „Übersehen entscheidungsnotwendiger Umstände“, „Einbeziehung falscher Umstände in die internen Prozessabläufe“, „fehlerhafte Abwägung erfasster Umstände“, „verzögerte Reaktion“ und „fehlendes Anlernen von Entscheidungsprozessen und Verboten“.

63 A. Beckers/G. Teubner, *Digitale Aktanten, Hybride, Schwärme: Drei Haftungsregime für künstliche Intelligenz*, 2024, S. 154.

II. Sich in den Sachen ein Dasein geben

Diese Perspektive wird uns sogar, sofern man im posthumanistischen Sinne liest, durch einen *der* Denker der Moderne schlechthin – Hegel – eröffnet. Er erkannte, dass „[d]ie Person [...] sich eine äußere *Sphäre ihrer Freiheit* geben [muss], um als Idee zu sein.“⁶⁴ Er verdeutlicht für uns, dass die Verbindung des Menschen und seiner Außenwelt – einschließlich der Dinge – notwendig für die Verwirklichung menschlicher Freiheit und Identität ist. Wenn wir also die Rechtsfähigkeit des Menschen und seine Freiheit betrachten, würden diese zu bloßen Fiktionen verkommen, wenn es unmöglich ist, sich mit „Sachen“ außerhalb von Eigentumsverhältnissen zu verbinden. „Die Erkenntnis Hegels, daß die Rechtsfähigkeit der Person eine Realisierungsmöglichkeit in der ‚äußeren Sphäre ihrer Freiheit‘ fordere, ist dabei als die grundsätzliche Aussage wohl zu trennen von der Identifizierung dieser ‚äußeren Sphäre‘ mit dem Privateigentum.“⁶⁵ Hegel beschreibt Sachen nämlich als „der *natürlichen Existenz äußerlich und zugleich [...]* ohne Gegensatz angehörig“⁶⁶. Und an anderer Stelle konkretisiert er dieses Verhältnis zwischen Menschen und Dingen: „Der freie Wille muß sich zunächst, um nicht abstrakt zu bleiben, ein Dasein geben, und das erste sinnliche Material dieses Daseins sind die Sachen, das heißt die äußeren Dinge [...] Die Freiheit, die wir haben, ist das, was wir Person nennen, das heißt das Subjekt, das frei und zwar für sich frei ist und sich in den Sachen ein Dasein gibt.“⁶⁷ Die Beziehung zwischen Menschen und Dingen ist dann nicht nur eine Frage der rechtlichen Anerkennung, sondern vielmehr eine fundamentale Dimension menschlicher Existenz. Aufgrund dieser eigentümlichen Verflechtung des Menschen und den Dingen muss man es reduktionistisch nennen, Rechtssubjektivität als menschliche Exklusivität zu beschreiben. Denn dann will man „das Handeln nur wenigen Mächten zuschreiben und [...] allem anderen nur die Rolle bloßer Zwischenglieder und stummer Kräfte [lassen]. Wenn man das Handeln auf alle Mittler umverteilt, verliert man zwar die reduzierte Form des Menschen, gewinnt aber eine andere, die man unreduziert nennen muß.“⁶⁸

64 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820, S. 102 (Hervorhebung im Original).

65 P. Landau, Hegels Begründung des Vertragsrechts, in: M. Riedel (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, Band 2, 1975, S. 176 (179).

66 Hegel, Philosophie des Rechts (Fn. 64), S. 103 (Hervorhebung im Original).

67 Hegel, Philosophie des Rechts (Fn. 64), S. 91.

68 Latour, Wir sind nie modern gewesen (Fn. 54), S. 183.

Das Aufspüren und Sichtbarmachen solcher Mensch-Ding-Verbindungen macht auf die Unzulänglichkeit unserer traditionellen Dualismen wie Subjekt/Objekt, belebt/unbelebt, Natur/Gesellschaft im Zeitalter der Digitalisierung aufmerksam. Zugleich ist das primäre Ziel dieses Unterfangens nicht, Rechtssubjektivität auf Dinge zu übertragen oder Menschen zu Rechtsobjekten zu degradieren, sondern die Grenzen des Subjekt/Objekt-Dualismus zu verschieben und stattdessen die Verflechtungen von Menschen und nichtmenschlichen Wesen wahr- und ernst zu nehmen.⁶⁹ Es geht nicht darum, das informationstechnische System zu personifizieren,⁷⁰ wenngleich hierfür in anderen gesellschaftlichen Kontexten im Sinne der Erwartungsstabilisierung gute Gründe bestehen. Vielmehr geht es um den Schutz des Rechtssubjekts Mensch, indem man seine Grenzen funktional erweitert und diejenigen „Dinge“ inkludiert, die ihn ausmachen. Dann müssen extrakorporale Körperteile und -substanzen, der Personalcomputer und noch unaufgespürte Verflechtungen und Assoziationen geschützt werden, die zum Teil der Persönlichkeit des Menschen geworden sind.⁷¹ Die experimentelle Ausdehnung der Rechtssubjektivität auf den „Anteil der Dinge“, die sie ausmachen, dient dann nicht alleine der diametralen Komplexitätsreduktion und Verantwortungszuschreibung für das Handeln neuartiger Mensch-Ding-Assoziationen, sondern vor allem „der Schaffung von Vertrauen als Ermöglichungsbedingung für technische Innovationen – und darüber hinaus der Gewährleistung von Möglichkeits- und Entfaltungsräumen des bio- und informationstechnologischen Produktionsregimes.“⁷² Die *Maske* der Rechtspersönlichkeit bildet dann neben dem materialisierten Körper des Menschen vielleicht auch noch das informationstechnische System ab. Die Person wird dann zum normativen Dreh- und Angelpunkt des

69 B. Latour, *Die Hoffnung der Pandora. Untersuchungen zur Wirklichkeit der Wissenschaft*, 2002, S. 236; dazu noch weitergehend V. Karavas, *Das Computer-Grundrecht. Persönlichkeitsschutz unter informationstechnischen Bedingungen*, WestEnd 7 (2010), 95 (99).

70 Dazu bereits E. Esposito, *Strukturelle Kopplungen mit unsichtbaren Maschinen, Soziale Systeme* 7 (2001), 241 (248): „Da Personen interne Konstruktionen sind, bestimmt die Gesellschaft aufgrund der eigenen Strukturen selbst, wer und unter welchen Umständen als Person gilt – also welche Form und Reichweite die gesellschaftliche Exklusion gewinnt [...] Heute wird eventuell den Computern Persönlichkeit zugeschrieben.“

71 Gruber, *Bioinformatonsrecht* (Fn. 3), S. 136: „Und schließlich werden sie zu Teilen der personalen Identität derjenigen Menschen, die sie aus ihrer phänomenalen Binnensicht als ihnen zugehörige, eigene Körper- und Geistesteile empfinden und leiblich erfahren, mithin als Basis ihrer Persönlichkeit erleben.“

72 Gruber, *Bioinformatonsrecht* (Fn. 3), S. 225.

Rechtsschutzes funktionaler Erweiterungen des menschlichen Körpers. Anders formuliert: Der Mensch kann heutzutage und in Zukunft nur gerettet werden, indem er in seiner funktionalen Einheitlichkeit, als Ganzes geschützt wird.

C. Die zwei Körper des Menschen

Der menschliche Körper und die Informationstechnologien entwickeln sich kontinuierlich weiter – und sind dabei aufeinander bezogen und zum Teil miteinander verschränkt. Das hat zur Folge, dass sich die Grenzen des menschlichen Körpers in einer sich technisierenden Welt immer mehr verschieben. Es erscheint – wie gesehen – auch nicht sinnvoll an festen Demarkationslinien festzuhalten, nur weil das der alteuropäischen Tradition entspräche.⁷³ Ein Blick vor die Tür zeigt, dass schon neue Anwarter, Wesen und Dinge bereitstehen, um sich mit uns zu verbinden, zu assoziieren, zu erweitern. Prädestiniert für eine solche Erweiterung des menschlichen Körpers ist der *digitale Zwilling*, das virtuelle Pendant zu einem analogen Körper. Wenngleich sich die Technologie noch in den Anfängen befindet, sind rechtliche Reflexionen, aufgrund entsprechender politischer Initiativen im Digitalsektor, insbesondere seitens der Europäischen Kommission, erforderlich.⁷⁴ Darüber hinaus hat die Kommission im Dezember 2023 die „European Virtual Human Twins Initiative“ begründet, die die Entwicklung und Implementierung von Lösungen für virtuelle menschliche Zwillinge im Gesundheits- und Pflegebereich unterstützen soll.

I. Analoges und digitaler Körper

Bei einem *digitalen Zwilling im Gesundheitskontext*, dessen datenschutzrechtlichen Herausforderungen hier bewusst unbeachtet bleiben soll,⁷⁵

73 Vgl. auch Wiedemann, Digitale und analoge Körper (Fn. 20), S. 75 ff.

74 Europäische Kommission, EU-Initiative für das Web 4.0 und virtuelle Welten: mit Vorsprung in den nächsten technologischen Wandel, 11.7.2023, COM(2023) 442 final, S. 14 f.

75 Dazu aber M. Gruber/J. Maatz/Z. Zihlmann, Metamorphosen der Datenkörper, RT 55 (2024), 95-118.

handelt es sich um eine präzise Echtzeitsimulation eines Menschen,⁷⁶ zu dem Zweck, künftige gesundheitliche Entwicklungen vorherzusagen, Behandlungsalternativen zu erproben und zur Kommunikation mit dem physischen Subjekt, beispielsweise um es zu warnen oder wichtige Änderungen der Lebensweise zu empfehlen.⁷⁷ Das Grundmodell des digitalen Zwillinges umfasst drei wesentliche Elemente: (1) ein reales Objekt, in unserem Fall den (analogen) Körper des Menschen, (2) dessen digitales Pendant und (3) eine konstante Datenverbindung zwischen der analogen und digitalen Entität, vermittelt durch Smart Wearables und IoT-Anwendungen.⁷⁸

Die Ankunft des digitalen Zwillinges in der Gesellschaft wird in rechtlicher Hinsicht vor allem datenschutzrechtliche Fragen aufwerfen. Aber auch die allgemeinen Normen des Deliktsrechts bleiben im Falle potenzieller Persönlichkeitsrechtsverletzungen neben den materiellen und immateriellen datenschutzrechtlichen Schadensersatzansprüchen nach der DSGVO und dem BDSG weiterhin anwendbar. Persönlichkeitsrechtsverletzungen könnten etwa – ähnlich einer Verletzung der Integrität und Vertraulichkeit des informationstechnischen Systems – in einer Ausspähung, Einsichtnahme oder Manipulation des digitalen Körpers und seiner Körperdaten durch Dritte zu sehen sein. Vorgelagert stellt sich jedoch die Frage, in welcher Beziehung der digitale Zwilling zum analogen Körper, zum Menschen und zum Rechtssubjekt steht.

Der Zwilling tritt in der medizinischen Digitalwelt als eine Art *Stellvertreter* des menschlichen Körpers auf und verfängt sich dabei in diesem eigentümlich-begrifflichen Spannungsfeld aus bloßem *Substitut* und umfassendem *Repräsentanten* des Menschen. Denn er tritt nicht in derselben Raum-Zeit-Dimension an die Stelle seiner analogen Form, sondern existiert ausschließlich als digitaler Datenkörper in einer digitalen Welt.⁷⁹ Nur in diesem digitalen System kann er den Menschen *ersetzen*, nicht in der physischen Realität, in der sich sein analoges Pendant befindet. Der digitale Datenkörper vergegenwärtigt den Menschen folglich mittelbar und ist dabei weder der eigene Körper des Menschen noch ist er diesem vollkommen

76 Vgl. E. Topol, High-performance medicine: the convergence of human and artificial intelligence, *Nature Medicine* 25 (2019), 44 (49).

77 Vgl. M. Braun, Digitale Zwillinge und Verschiebungen im Verhältnis von Gesundheit und Krankheit, *ZfME* 68 (2022), 209 (210).

78 Vgl. nur P. Korenhof/V. Blok/S. Kloppenburg, Steering Representations – Towards a Critical Understanding of Digital Twins, *Philosophy & Technology* 34 (2021), 1751 (1754).

79 Vgl. Braun, *Digitale Zwillinge* (Fn. 77), 215.

fremd.⁸⁰ Als Repräsentant steht er *für* den analogen Körper. Bei den beiden Körperversionen handelt es sich also um zwei unterschiedliche Entitäten, die gleichwohl nur in asymmetrischer Abhängigkeit zueinander bestehen können. Ohne den analogen Körper und die Übermittlung seiner Daten kann es kein digitales Pendant geben. Ohne diesen Verbund gibt es keinen digitalen Datenkörper und damit keine virtuelle Entität.⁸¹ Umgekehrt können Situationen auftreten, in denen die fortbestehende Existenz des analogen Körpers nur durch Informationen des Datenkörpers gesichert werden kann. Diese asymmetrische Determination und Interaktivität verbinden die analoge Welt mit der digitalen. Sie verbinden die Zwillinge zu *zwei* Körpern desselben Menschen. Das Virtuelle ist dann keine unkörperliche Bezugswelt mehr, die der analogen Welt fern ist,⁸² sondern beschreibt eine parallel-erfahrbare Umwelt durch zwei in gegenseitiger Abhängigkeit bestehender Entitäten. Der digitale Zwilling wird in diesem Sinne zu einem integralen Bestandteil seiner analogen Form und damit zu einer Erweiterung des menschlichen Körpers.

II. Deliktsrechtlicher Schutz des digitalen Körpers

In Zukunft kann es also nicht mehr nur noch um den Schutz des analogen Körpers vor einem „unbefugten, weil von der Einwilligung des Rechtsträgers nicht gedeckten Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit“⁸³ gehen. Vielmehr ist es notwendig, parallel dazu ein umfassendes Schutzkonzept für den digitalen Datenkörper zu entwickeln, das ihn und damit letztlich den *Menschen in hybrider Form* effektiv, aufgrund seiner asymmetrischen Verbundenheit mit dem analogen Körper, vor wesentlichen Beeinträchtigungen schützt. Paradigmatische Verletzungsszenarien dieses Hybrids lassen sich hier ohne große Schwierigkeiten konstruieren. Man denke beispielsweise an (1) einen unbefugten Zugriff eines Dritten oder gar eine Offenlegung der sensiblen Körper- und Gesundheitsinformation des Rechtsträgers; (2) eine Manipulation von Körperdaten, zur Generierung von falschen Informationen über den Gesundheitszustand, was zu Fehldiagnosen oder Behandlungen führen könnte; (3) einen Software-

80 Vgl. *Braun*, Digitale Zwillinge (Fn. 77), 217.

81 Siehe auch *D. Schweitzer*, Die digitale Person: Subjektkonstruktionen im „Recht auf Vergessenwerden“, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 42 (2017), 237 (248).

82 Siehe *Wiedemann*, Digitale und analoge Körper (Fn. 20), S. 75 (88).

83 BGH NJW 2013, 3634.

fehler, der zu fehlerhaften Simulationen oder Gesundheitsanalysen führen könnte; oder (4) einen Systemausfall, der dazu führt, dass Gesundheitsinformationen dann nicht abrufbar sind, wenn sie benötigt werden.

Diese potenziellen Beeinträchtigungen verdeutlichen erneut, dass es wenig sinnvoll ist, die Beziehung eines Menschen zu seinem digitalen Zwilling in die herkömmliche Subjekt-Objekt-Dichotomie des Rechts zu zwingen. Das analoge körperliche Wohlbefinden ist in diesen Fällen so eng mit der Integrität des digitalen Datenkörpers verwoben, dass eine Trennung in *natürliche Person* und *Sache* und damit auch die Abbildung der Beziehung zwischen dem Menschen und seinem digitalen Zwilling in einem bloßen Eigentumsverhältnis unangemessen erscheint. Zudem erweist sich der, über den Sachbegriff des § 90 BGB vermittelte Schutz, als nutzlos, wenn Körperdaten „körperlos“ werden und beispielsweise in Clouds gespeichert werden. Die Person, deren Interessen dann tatsächlich beeinträchtigt sind, wird in der Regel nicht diejenige Person sein, die eine Eigentumsverletzung an ihrem Datenträger geltend machen kann.⁸⁴ Zugleich scheint der Weg über ein eigentümliches-sonstiges „Recht an Daten“ als Schutzgut im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zwar gangbar,⁸⁵ wird aber der hier beschriebenen Verflochtenheit der analogen und digitalen Körpersphären nicht gerecht, wenn der Zwilling als ausgelagerter Teil des Körpers betrachtet und damit zu einem Bestandteil der Persönlichkeit des Menschen wird. Gehört nämlich die Selbstbestimmung des Menschen über seine leiblich-seelische Integrität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „zum ureigensten Bereich der Personalität“⁸⁶, muss unter den geänderten technologischen Bedingungen auch die *digitale Integrität des menschlichen Datenkörpers* in diesen Schutz einbezogen werden. Ihr Schutz wird zu einer der zentralen Aufgaben des zukünftigen Medizinrechts und kann letztendlich nicht mehr mit den bisherigen Deutungen von „Personalität“, „Körper“ und

84 Vgl. *Wagner* (Fn. 14), BGB § 823 Rn. 287; BeckOGK-BGB/*Voigt*, 1.7.2024, BGB § 823 Rn. 140.

85 Vgl. *Wagner* (Fn. 14),, BGB § 823 Rn. 384; *Voigt* (Fn. 84), BGB § 823 Rn. 141, 187 ff.; *K. Meier/A. Wehlau*, Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, 1585 (1588 f.); *T. Hoeren*, Dateneigentum. Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486 ff.; *G. Spindler*, Deliktsrechtliche Haftung im Internet – nationale und internationale Rechtsprobleme, ZUM 1996, 533 (547).

86 BVerfGE 52, 131.

„Selbstbestimmung“ erreicht werden.⁸⁷ Es bedarf eines modifizierten und *deanthropozentrierten Rechtssubjektivitätskonzepts*, das die Inklusion der bereits tatsächlich-existierenden personalen Selbsterweiterungstechniken des Menschen auch rechtlich ermöglicht.

Dennoch kann es für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne des § 823 Abs.1 BGB durch eine Beeinträchtigung des digitalen Datenkörpers nicht darauf ankommen, dass sich ein tatsächlicher Gesundheitsschaden am analogen Körper manifestiert. Daher ist es von wesentlicher Bedeutung, den Schutz des Datenkörpers unabhängig von physischen Schäden des Menschen zu betrachten, um den komplexen Wechselwirkungen zwischen analogem und digitalem Wohlbefinden sowie dem Vertrauen des Rechtsträgers in den Schutz der Integrität und Vertraulichkeit seiner digitalen Körperinformationen gerecht zu werden.

Um diesen Schutz im Bereich des Deliktsrechts zu realisieren, kann eine wichtige – wenn auch umstrittene – Erkenntnis aus dem Arzthaftungsrecht übernommen werden: Bei einem ärztlichen Heileingriff ohne Einwilligung des Patienten wird von einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne des § 823 Abs.1 BGB ausgegangen, ohne dass es auf einen tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden ankommt.⁸⁸ Kommt es nun in den beschriebenen Verletzungsszenarien des digitalen Zwillingss tatsächlich zu einem Gesundheitsschaden am analogen Körper, liegt neben einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts selbstverständlich auch eine Verletzung des Körpers im Sinne von § 823 Abs.1 BGB vor.⁸⁹ Das Bestehen eines materiellen sowie auch immateriellen Schadensersatzanspruchs im Sinne der §§ 249 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB bereitet dann keine weiteren Begründungsschwierigkeiten.

87 Vgl. auch *M. Gruber*, Mensch oder Maschine: Zur Humanität des Rechts nach dem Ende des Menschen, in: A. Funke/K. U. Schmolke (Hrsg.), *Menschenbilder im Recht*, 2019, S. 43 (54).

88 Hierzu zuletzt *J. Maatz*, 10 Jahre Kodifikation der Patientenrechte und Selbstbestimmungsaufklärung. Der Versuch einer privatrechtstheoretischen Zwischenbilanz, *MedR* 2023, 351 (353 f.) so auch überzeugend *C. Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 322 ff.; siehe hingegen zur Notwendigkeit eines Gesundheitsschadens für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in einem solchen Fall hingegen *RGSt* 25, 375 (377 ff.); *RGZ* 68, 431 (434); 88, 433 (436); *BGHZ* 29, 46; 29, 176; *Wagner* (Fn. 14), *BGB Vor* § 630a Rn. 12 ff. m.w.N.

89 So jedenfalls im Rahmen eines ärztlichen Heileingriffs auch *Staudinger/Gutmann*, 2021, Einleitung zu §§ 630a-h BGB Rn. 21; so auch *Maatz*, *Patientenrechte* (Fn. 88), 353 f.

Kommt es dagegen nicht zu einer Verletzung des analogen Körpers, steht dies der Annahme eines „schwerwiegenden Eingriffs“ in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und damit dem Entstehen eines immateriellen Schadensersatzanspruchs – ebenfalls – nach § 253 Abs. 2 BGB („Körper“) nicht im Weg. Für den Schädiger ist diese Verpflichtung zur Zahlung einer billigen Entschädigung in Geld auch nicht unvorhersehbar oder unangemessen, aufgrund der offenkundigen Sensibilität und überragenden Bedeutung der Körper- und Gesundheitsinformation für den Geschädigten. Das Tatbestandsmerkmal „Körper“ ist dann in seiner Bedeutung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht und in Anbetracht der Verflochtenheit der analogen und digitalen Körpersphären persönlichkeitsrechtlich aufzuladen.⁹⁰ Auf einen tatsächlichen Gesundheitsschaden kommt es dann nicht an, vielmehr genügt eine Beeinträchtigung des digitalen Datenkörpers, um einen Haftungsfall auszulösen. Der Begriff „Körper“ wird in diesem Sinne zum normativen Fixpunkt des Schutzes der personalen Selbsterweiterungstechnik des Menschen im medizinischen Bereich. Letztendlich geht es nicht mehr nur noch um den Schutz des *einen* Körpers des Menschen, der an Haut und Schädeldecke beginnt und endet, sondern um den Schutz beider Körperformen: der Analogen und der Digitalen.

D. Zusammenfassung in Thesen

- (1) Der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgeweitete subjektiv-funktionalistische Körperbegriff, der über das traditionelle objektiv-materialistische Verständnis hinausgeht, ermöglicht es, auch temporär vom Körper getrennte Bestandteile als Teil der körperlich-funktionalen Einheit zu betrachten, solange eine Wiedervereinigung oder eine extrakorporale Nutzung intendiert und objektiv möglich ist.
- (2) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ermöglicht es, aufgrund der fortschreitenden biotechnologischen Entwicklungen, dieses erweiterte Körperbegriffsverständnis noch auszudehnen. So werden extrakorporal-technische Entitäten als Körpererweiterungen und damit integrale Bestandteile der Persönlichkeit des Menschen betrachtet. Dies wird den neuen Gefährdungspotenzialen gerecht.

⁹⁰ Gutmann (Fn. 89), Einleitung zu §§ 630a-h BGB Rn. 21.

- (3) Die Ausweitung des rechtlichen Personenkonzepts auf nichtmenschliche Entitäten ist notwendig, um die komplexen Verflechtungen zwischen Menschen und Dingen in der digitalisierten Welt zu erkennen und zu schützen, da nur dies einen umfassenden Schutz der menschlichen Persönlichkeit gewährleistet. Dafür bedarf es einer Abkehr vom reduktionistischen Rechtssubjekt-Rechtsobjekt-Dualismus im Mensch-Maschine-Kontext.
- (4) Die fortschreitende Integration digitaler Körper und Zwillinge in der Medizin erfordert eine weitere Neubewertung der rechtlichen Körper- und Persönlichkeitsgrenzen, um der asymmetrischen Abhängigkeit der körperlichen Existenz des Menschen von seiner analogen und digitalen Form und einer damit einhergehenden veränderten Identitätswahrnehmung des Menschen gerecht zu werden.
- (5) Der Schutz des Menschen in Digitalform gelingt am ehesten, indem man auch die Integrität des Datenkörpers als „Basis seiner Persönlichkeit“ begreift und über das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen des § 823 Abs.1 BGB als Schutzgut anerkennt. Im Falle einer Beeinträchtigung des digitalen Datenkörpers ist in der Regel von einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung auszugehen, die einen immateriellen Schadensersatzanspruch – unabhängig von einem körperlichen Gesundheitsschaden – nach § 253 Abs. 2 BGB bedingt.

Babel, Brüssel, BGB.

Herausforderungen für die Zivilrechtswissenschaft zwischen Sprachlichkeit des Rechts und europäischer Mehrsprachigkeit

Katrin C. Müller*

Rechtswissenschaft ist Sprach-Wissenschaft. Das gilt insbesondere für die dogmatisch aufgeladene Zivilrechtswissenschaft. Die Sprachlichkeit des Rechts, d. h. seine Verfasstheit in Sprache, tritt nicht nur im Normtext zutage; sie durchdringt alle Juristerei, von Gerichtsentscheidungen, Gesetzesvorschlägen, Prüfungstexten bis hin zu methodisch-theoretischer Strukturierung des Rechts. Die zivilrechtliche Methode selbst ist derart in Sprachlichkeit begriffen, dass diese selbst kaum je – zur Sprache kommt. Bis heute fehlt es aber an einer Aufarbeitung der Konsequenzen, die die Sprachlichkeit des Rechts für die Rechtswissenschaft in sich trägt. So sind sprachwissenschaftliche, sprachtheoretische und -philosophische Erkenntnisse nur dürftig in die rechtswissenschaftliche Methode eingeflossen. Andererseits vernachlässigen (rechts)linguistische Perspektiven oft die Eigendynamiken des in soziale Gegebenheiten und Anforderungen eingegossenen Rechts. Der Beitrag soll für diese Sprachlichkeit sensibilisieren und die (Privat-)Rechtstheorie damit um eine interdisziplinäre Perspektive anreichern. Gleichzeitig ist durch verstärkte EU-Gesetzgebungsaktivität im Zivilrecht die europäische Mehrsprachigkeit im Vordringen begriffen. Dabei können durch den Blickwinkel der Mehrsprachigkeit neue Erkenntnisse für die Eigenheit des Rechts als Sprache gewonnen werden. Durch diesen Anspruch kann sich die Zivilrechtsmethodik europäischer Mehrsprachigkeit zuwenden, ohne sie als reinen Fremdkörper zu begreifen – und sich gleichzeitig die ihr eigene Fähigkeit des strukturierten, stets abwägenden Zugangs zum Recht bewahren. Dieser Ansatz stärkt nicht zuletzt den Stellenwert der deutschen Auslegungsmethodik im europäischen

* B.A., Doktorandin am Joachim-Herz-Promotionskolleg der Leuphana Universität Lüneburg. Für hilfreiche und kritische Anmerkungen danke ich Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford), Prof. Dr. Johanna Croon-Gestefeld, LL.M. (EUI), Ruben J. Dillmann und Miriam Belke. Dem Vortragspublikum der Tagung möchte ich ebenfalls für die anregende Diskussion danken. Bedirhan Erdem, LL.M. (HU Berlin), LL.M. (Bilkent), und Maren Solmecke gilt mein Dank für Unterstützung auf den „letzten Metern“ der Abfassung.

Mehrebenensystem, indem er einen Pfad durch das Dickicht des Sprechens über Sprachlichkeit(en) des Rechts schlägt.

I. Beulen des Verstands: Zivilrechtswissenschaft und Sprache

Wer mit Recht arbeitet, arbeitet mit Sprache; wer rechtswissenschaftlich arbeitet, arbeitet somit sprach-wissenschaftlich?¹ Ganz so einfach ist das Verhältnis von Rechts- und Sprachwissenschaft dann doch nicht. Indes: Die Rechtswissenschaft stellt viele Fragen, die mit Sprache zu tun haben; die Sprachwissenschaft(en) beantworten viele Fragen, die mit Sprache zu tun haben. Das heißt nicht, dass Sprachwissenschaft die Fragen der Rechtswissenschaft beantworten kann. Aber an den Schnittstellen kann Erkenntnis entstehen.

Insbesondere die Zivilrechtswissenschaft hat dem Verhältnis von Recht und Sprache kaum je in seiner Komplexität nachgespürt; auch jüngere Erkenntnisse der Sprachwissenschaft und -philosophie sind nur gelegentlich rezipiert worden.² Das mag aus dem Umstand herrühren, dass Sprache vielfach den Gegenstand der Rechtswissenschaft selbst darstellt: ein *blinder Fleck* im Wortsinne, im Zentrum des Blickfelds und gerade deshalb nicht (er)fassbar. Gerade aus diesem Grund ist es aber vonnöten, Fragen aufzuwerfen, die an den Grundfesten der Verwirklichung von Recht in Sprache rütteln: Wie denken Jurist*innen über Rechtssprache; und wie prägt die Sprachlichkeit des Rechts unser Denken als Rechtswissenschaftler*innen?

Der vorliegende Beitrag vermag diese und verwandte Fragen nicht in ihrer Gänze zu behandeln. Er möchte zuvorderst das Augenmerk darauf richten, dass im Überschneidungsbereich sprachbezogener Wissenschaften mit der (Zivil-)Rechtswissenschaft ein weites, vielfach unerschlossenes Feld liegt, das für wissenschaftstheoretische, rechtstheoretische und dogmatische Fragestellungen fruchtbar gemacht werden kann. Das kann nicht ohne Komplikationen vonstatten gehen, ist doch die Rechtswissenschaft

1 So anklingend bei B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl., München 2021, S. IX.

2 Vgl. allerdings H. Hamann, *Strukturierende Rechtslehre als juristische Sprachtheorie*, in: E. Felder/F. Vogel, *Handbuch Sprache im Recht*, Berlin/Boston 2017, S. 175; ders./F. Vogel, *Evidence-Based Jurisprudence Meets Legal Linguistics—Unlikely Blends Made in Germany*, *BYU L. Rev.* 2018, 1473; grdl. (vorrangig aus verfassungsrechtlicher Perspektive) F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. 1: *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11. Aufl., Berlin 2013.

immer schon selbst in Sprache und somit in ewiger Kollision mit sprachbezogener Erkenntnis begriffen. Erkenntnisziel der folgenden Ausführungen zur Sprachlichkeit in der Zivilrechtswissenschaft sind daher (auch) die schmerzhaften „Beulen, die sich der Verstand beim Anrennen an die Grenze der Sprache geholt hat.“³ Gleichzeitig sollen dreierlei Wege aufgezeigt werden, das Verhältnis von Recht und Sprache zu kartieren: erstens die Verfasstheit des Rechts in Sprache selbst; zweitens die Auseinandersetzung mit Sprachlichkeit in der Rechtswissenschaft; drittens die Annäherung an Rechtssprache in anderen Disziplinen, die für die Rechtswissenschaft herangezogen werden können. Die im Titel anklingende babylonische Sprachverwirrung ist so nicht nur als Code für die Komplexität mehrsprachiger Rechtssysteme zu verstehen (dazu IV.), sondern auch als Anregung zur interdisziplinären Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit sprachbezogenen Wissenschaften.

II. Sprachlichkeit des Rechts – Rechtswissenschaft als Sprachwissenschaft?

Recht begegnet uns weitestgehend *als* Sprache: im Normtext, in Gerichtsentscheidungen, Gesetzesentwürfen, Prüfungstexten, in Diskussionen über Recht, Rechtswissenschaft und Methodenlehre.⁴ Das wirft die Frage auf, inwieweit die *Sprachlichkeit* des Rechts als Wesenseigenschaft das Recht (und die Rechtswissenschaft) prägt. Hierzu ist zunächst zu erkunden, wie derzeit das Verhältnis von Recht und Sprache seitens der (Zivil-)Rechtswissenschaft ausgelotet wird (1.); ferner ist eine Annäherung an die „Sprachlichkeit“ des Rechts als Leitbegriff für diesen Beitrag vorzunehmen (2.). Das Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft ist in vielerlei Hinsicht (auch) sprachlich: Hierzu sollen unter 3. einige exemplarische Expeditionen unternommen werden. Zuletzt soll das daraus resultierende Verhältnis von Rechts- und Sprachwissenschaft beschrieben werden (4.).

1. Zum Verhältnis von Recht und Sprache: Erkundungen des Status Quo

Im Folgenden sollen einige der zum Verhältnis von Sprache und Recht gemachten Überlegungen aus der Methodenlehre skizziert werden; ange-

3 L. Wittgenstein, Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 119 PU.

4 S. u. 2. und Fn. 22 für Gegenbeispiele (nichtsprachlichen Rechts).

sichts der gebotenen Kürze kann hier nur eine Auswahl getroffen werden.⁵ Dabei setzt die Literatur teils den Fokus auf die Hermeneutik als Verstehenswissenschaft, wobei die sprachliche Verfasstheit (jedenfalls) des positiven Rechts ohne vertiefte Auseinandersetzung zugrunde gelegt wird.⁶ Anderswo wird konstatiert, dass Recht „nur in Sprache gefasst, nur durch Sprache vermittelt, erläutert und fortentwickelt werden [könne]“⁷, auch ein „vorsprachliches Recht“⁸ entfalte erst durch Sprache Wirkung. Recht besteht aus Normen, die als „sprachlich ausdrückbare, aber nicht notwendig sprachlich ausgedrückte Phänomene“⁹ begriffen werden.¹⁰ Dabei wird der Wortlaut der Norm als der Ort identifiziert, an dem Sprache zum Vorschein tritt; abzugrenzen hiervon sei dann der dahinter stehende Inhalt, der durch den Wortlaut lediglich transportiert werde.¹¹ Dieser Inhalt ergebe sich etwa durch historische Auslegung unter anderem aus der Vorgeschichte einer Norm, das heißt ihren Vorgängervorschriften, Gesetzesmaterialien und der Rechtsprechung und Literatur.¹²

Hinter diesem Modell (bzw. diesen Modellen) steht ein Verständnis eines vorsprachlichen Rechts, das erst durch Sprache in juristisches Verständnis übergeht; die Sprache ist bloßes Werkzeug,¹³ die als Fähigkeit beherrscht werden möge, um am juristischen Diskurs zu partizipieren.¹⁴ Ähnlich wird

-
- 5 Dies auch vor dem Hintergrund, dass die einschlägige Literatur oft keine ausdrückliche Auslotung des Verhältnisses von Sprache und Recht vornimmt und sich auf eine Diskussion im Rahmen der Wortlautauslegung beschränkt, vgl. etwa *T. M. J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., München 2025, § 4 Rn. 40 ff.; *P. Bydliński*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Aufl., Wien 2023, S. 30 ff.
- 6 *K. Larenz/C.-W. Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (Studienausgabe), Berlin/Heidelberg/New York 1995, 25 f.; *M. Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 8. Aufl., Baden-Baden 2024, § 40 Rn. 4.
- 7 *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 1), Rn. 150.
- 8 *Dies.*, *Rechtstheorie* (Fn. 1), Rn. 150; ob es sich beim „Rechtsgefühl“ tatsächlich um vorsprachliche Empfindungen handelt, ist wenigstens fraglich.
- 9 *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Fn. 6), § 30 Rn. 4.
- 10 *Ders.*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Fn. 6), § 30 Rn. 1, wenngleich die Existenz verschiedener Normsätze nicht notwendig nichtsprachliche Normen bedingt: Alle Normsätze sind ja immer noch in Sprache abgefasst, sodass die Existenz einer Norm auch ihre sprachliche Verfasstheit in allen denkbaren Normsätzen voraussetzen könnte.
- 11 *C. Höpfner*, *Die Gesetzesauslegung*, in: *J. Eisfeld/L. Pahlow/M. Löhnig/D. Klippel* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft*, Tübingen 2024, S. 303 (310).
- 12 *Ders.*, *Gesetzesauslegung* (Fn. 11), S. 318.
- 13 *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Fn. 6), § 32 Rn. 1.
- 14 *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 1), Rn. 151.

Sprache teils als eine Art Membran verstanden, hinter der Vorstellungen¹⁵ und Ideen wabern, auf die in sprachlicher Weise zugegriffen wird. Dieses operativ-instrumentelle Verständnis genügt für die meisten Verwendungen, ebenso wie es für viele dogmatische und rechtstheoretische Abhandlungen nicht erforderlich oder gar möglich ist, Wesen oder Natur des Rechts zu vermessen. Sprache *ausschließlich* als Medium, Werkzeug oder Membran zu verstehen, verstellt aber den Blick auf die Eigenheiten der Sprachlichkeit, die dem Recht anhaftet. Deshalb wird teils schon jetzt die Einbeziehung der Linguistik und Sprachphilosophie gefordert.¹⁶ Eine Umsetzung dieser Forderung findet sich (aus vornehmlich verfassungsrechtlicher Perspektive) prominent bei *Müller/Christensen*.¹⁷

2. Sprachlichkeit des Rechts

Dieser Beitrag legt einen Fokus auf die Sprachlichkeit als Eigenschaft des Rechts und ergänzt damit die zuvor erwähnten Ansätze. Als *Sprachlichkeit* des Rechts ist für hiesige Zwecke die sprachliche Verfasstheit von Recht zu verstehen;¹⁸ weiter noch: das Fehlen von Zugängen zu Recht außerhalb der Sprache.¹⁹

Diese sprachliche Verfasstheit äußert sich auf (wenigstens) drei verschiedenen Ebenen. Erstens: Das Recht im engsten Sinne, die Normtexte, sind

15 Vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie (Fn. 6), § 39 Rn. 5 aE.

16 *R. Wank*, Juristische Methodenlehre, München 2020, § 7 Rn. 12; *M. Thiel*, § 13 Recht und Sprache, in: J. Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2025, S. 279 (Rn. 15), allerdings mit starkem Fokus auf die Verständlichkeit von Rechtstexten; *C. Thomale*, Rezensionenabhandlung: Recht und Sprache, ARSP 2013, 420.

17 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. 1 (Fn. 2), S. 185 ff., 226 ff.; *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 147 ff., 374 ff.; *F. Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989; vgl. allerdings *F. Vogel/S. Pötters/R. Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, Berlin 2015, zu einer arbeitsrechtlichen Studie.

18 Vgl. im Hinblick auf die Rechtsvergleichung *A. Röthel*, Debatten über das Vergleichen, *RabelsZ* 2025, 615 (646); ich danke *Pascal T. Sierek* für den Hinweis auf den Beitrag.

19 Als (vereinfachte) Arbeitsdefinition für Sprache mag die strukturalistische Vorstellung dienen, der zufolge Sprache ein System aus sprachlichen Zeichen (Wörtern und Ausdrücken, nach Saussure *signifiants*) darstellt, die in arbiträrer Weise auf ein Konzept (*signifié*) verweisen (vgl. *N. Bubenhofer/J. Krasselt/M. Prinz/H. Kato*, Studienbuch Linguistik, Bd. 1: Gegenwartssprache, Berlin 2025, S. 30 ff.). Hierunter können auch Emojis fallen (vgl. zur juristischen Relevanz *M. Pendl*, Emojis im (Privat-)Recht, Tübingen 2022). Eine Abhandlung aller Grenzfälle würde allerdings die Grenzen des Beitrags sprengen.

vorrangig in sprachlicher Form verfasst. Dagegen spricht auch nicht, dass das Recht teils in nicht (unmittelbar) sprachlicher Form verfasst wird. So sind etwa die Abbildungen in Anhang 2 der StVO ihrerseits in Sprache betitelt,²⁰ ebenso werden sie in Urteilen und in der akademischen Auseinandersetzung versprachlicht.²¹ Zweitens begegnen uns auch andere Elemente, die als gelebte Praxis die Rechtsordnung mitprägen, fast ausschließlich als Sprache; so etwa Urteile (in Tatbestand und Rechtsfolge), Kommentare, AGB und Willenserklärungen.²² Zuletzt findet auch rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung ganz überwiegend in sprachlicher Form statt, in der Literatur ebenso wie bei rechtswissenschaftlichen Tagungsdebatten und im intrauniversitären Diskurs.

Diese dreifache Sprachlichkeit prägt das Zivilrecht maßgeblich. Dagegen spricht auch nicht, dass das Recht vielfach durch soziale Praxis bestimmt wird: Denn soziokulturelle Umstände, die wiederum die Sprache als soziale Praxis beeinflussen, werden in weiten Teilen der sprachorientierten Wissenschaften anerkannt und aktiv verhandelt.²³ Insofern kann die Auseinandersetzung mit der Sprachlichkeit als einem der Kerncharakteristika des Rechts gerade die Möglichkeit eröffnen, dem rigiden Begriffshimmel²⁴ zu entfliehen und gleichermaßen die soziale Verfasstheit sprachlichen Handelns wie auch die sprachliche Verfasstheit sozialen Handelns im Recht anzuerkennen.

3. Sprachbezug zivilrechtlicher Forschung

Wenn das Recht als solches sprachlich verfasst ist, bedeutet das, dass ein Großteil der rechtswissenschaftlichen Forschung auch die Sprache zu

20 Exemplarisch das „Stopp“-Zeichen („Halt! Vorfahrt gewähren!“) unter der lfd. Nr. 3, Zeichen 206 in Anh. 2 zu § 41 Abs. 1 StVO.

21 S. etwa OLG Schleswig, Urt. v. 28.11.2025, Az. 7 U 61/25, juris, Rn. 1; LG Saarbrücken NJOZ 2025, 113, Rn. 25.

22 Schul(gegen)beispiel für letztere ist allerdings der Trierer Weinversteigerungsfall, bei dem gerade das bloße Handheben als rechtlich relevantes Handeln im Raum steht, vgl. Möllers, Methodenlehre (Fn. 5), § 4 Rn. 99 ff.; H. Isay, *Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts*, Jena 1899, S. 25. Die praktische Relevanz nichtsprachlicher Willenserklärungen dürfte allerdings gegenüber solchen, die sprachlich verfasst sind, recht gering ausfallen.

23 S. für die Linguistik etwa *Bubenhofers/Krasselt/Prinz/Kato*, Studienbuch Linguistik (Fn. 19), S. III ff.; 502 ff.; s. ferner u. III.2. zur Sprechakttheorie und III.3. zu Sprachspielen.

24 *R. v. Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Darmstadt 1884, S. 245 ff.

ihrem Gegenstand macht. Anders gewendet: Viele Fragen in der Rechtswissenschaft, gerade in der Zivilrechtswissenschaft, zielen in dieselbe Richtung wie sprachphilosophische und sprachwissenschaftliche Fragen.²⁵ Damit ist das Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft *auch* als ein sprachliches zu qualifizieren. Im Folgenden sind einige der Fragestellungen, die diese Sprachlichkeit umfassen, exemplarisch zu skizzieren.

Klares Anwendungsbeispiel für Fragen, die ähnliche Erkenntnisziele wie die sprachbezogenen Disziplinen verfolgen, sind Auslegungsfragen, also solche, die die Bedeutung von Normen und Rechtsbegriffen betreffen;²⁶ die linguistische Semantik erforscht ein teils deckungsgleiches Gebiet.²⁷

Naheliegend ist hier der Querbezug zur Wortlautauslegung. Aber auch systematische, historische und teleologische Auslegung vollziehen sich in Sprache: Systematisch sind die umgebenden Vorschriften heranzuziehen sowie deren – durch Sprache oft vorgegebene – Hierarchisierung, ebenso der Vergleich mit thematisch oder strukturell verwandten Vorschriften. Bei der historischen Auslegung sind wesentlich die (sprachlich verfassten) Gesetzesmaterialien, frühere Rechtsprechung und Literatur zu berücksichtigen.²⁸ Auch teleologische Erwägungen ergeben sich unter anderem aus der Auswertung der einschlägigen Literatur und Gesetzessystematik. Jedenfalls die vier Savigny zugeschriebenen Canones²⁹ sind damit weitgehend auf eine ständige Auseinandersetzung mit Sprache angewiesen.³⁰

25 Vgl. hierzu auch *M. Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, Baden-Baden 2018, S. 64; *A. Röthel*, Rechtswissenschaftliche Diskursanalysen, JZ 2025, 295 (295); ähnlich bereits *P. Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 133.

26 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie (Fn. 1), Rn. 717; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg 1991, S. 313, 320 ff. (s. zur Kontextualisierung *R. Frassek*, Methode und Zivilrecht bei Karl Larenz (1903–1993), in: *J. Rückert/R. Seinecke* (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 4. Aufl., Baden-Baden 2024, S. 254 (Rn. 587 ff., 593 ff.)); aus dem angloamerikanischen Kontext s. etwa *R. H. Fallon Jr.*, The Statutory Interpretation Muddle, *Nw. U. L. Rev.* 2019, 269; *A. Scalia/B. A. Garner*, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts, St. Paul 2012; *S. Soames*, Toward a Theory of Legal Interpretation, *NYU Journal of Law & Liberty* 2011, 231 (247 ff.); *R. Dworkin*, Law as Interpretation, *Critical Inquiry* 1982, 179 (insb. 191 ff.).

27 *Bubenhofer/Krasselt/Prinz/Kato*, Studienbuch Linguistik (Fn. 19), S. 42 ff.

28 *Höpfner*, Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 318.

29 Vgl. *Möllers*, Methodenlehre (Fn. 5), § 4 Rn. 19 ff.

30 Ähnliche Befunde können für die verfassungskonforme und europarechtskonforme Auslegung festgehalten werden, letztere insbesondere aufgrund der komplexen Fragen, die aus der vorgegebenen Mehrsprachigkeit folgen (s. u. IV. und vgl. *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 2: Europarecht, 3. Aufl., Berlin 2012, S. 40 ff.).

Gleiches gilt für die Auslegung von Willenserklärungen, bei denen jedenfalls nach § 133 BGB ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen konkretem sprachlichem Ausdruck und abstrakter, „eigentlicher“ (aber sprachlich fassbarer) Bedeutung besteht;³¹ diese „eigentliche“ Bedeutung, selbst wenn man sie als im Ursprung nichtsprachlich verstünde, ist aber wiederum durch überwiegend *sprachliche* Einflussfaktoren zu ermitteln, etwa Äußerungen der Parteien oder deren vorherige Korrespondenz.³²

Insbesondere Unschärfen und Vagheiten, Bedeutungsvariationen und -abweichungen wecken hierbei das Interesse von Rechtsdogmatiker*innen. Notwendiger Vagheit in der Sprache³³ wird gelegentlich mit Rufen nach ausgemachter juristischer Präzision begegnet.³⁴ Dabei eröffnet gerade die vertiefte Erfassung, Bezeichnung und wissenschaftliche Aufarbeitung sprachlicher Vagheit Wege zum detaillierten Verständnis der Funktionsweise von Rechtssprache.³⁵

Verwandt mit Auslegungsfragen sind historisch orientierte, die die Bedeutungsentwicklung oder -änderung von (unbestimmten) Rechtsbegriffen betreffen.³⁶ Dabei sind solche unbestimmten Rechtsbegriffe (oder Generalklauseln), die gesamtgesellschaftliche Wertungsentwicklungen inkorporieren können,³⁷ prädestiniert, *als* sich verändernde Sprache untersucht zu werden; gleiches gilt für *vague legal concepts*.³⁸

31 J. Ellenberger, in: C. Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Aufl., München 2025, § 133 BGB Rn. 1, 7 f., 14 ff.

32 Ders., BGB (Fn. 31), § 133 BGB Rn. 17.

33 Vgl. vertiefend T. Endicott, Law Is Necessarily Vague, Legal Theory 2001, 379 (380 f.).

34 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie (Fn. 1), Rn. 186, 195; Larenz, Methodenlehre (Fn. 26), S. 137 (unter Bezug auf Kaufmann).

35 Vgl. hierzu D. Lanius, Has Vagueness Really No Function in Law?, in: M. Hoeltje/T. Spitzley/W. Spohn (Hrsg.), Was dürfen wir glauben? Was sollen wir tun? Sektionsbeiträge des Achten Internationalen Kongresses der Gesellschaft für Analytische Philosophie e.V., Duisburg 2013, S. 60 ff.; Thomale, Recht und Sprache (Fn. 16), 425 ff.; R. Poscher, Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation, in: L. M. Solan/P. M. Tiersma (Hrsg.), The Oxford Handbook of Language and Law, Oxford 2012, S. 128.

36 Vgl. auch F. Vogel/H. Hamann, Vom corpus iuris zu den corpora iurum. Konzeption und Erschließung eines juristischen Referenzkorpus (JuReko), in: Heidelberger Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Jahrbuch 2014, Heidelberg 2015, S. 275 (277).

37 S. etwa C. Armbrüster, in: F. J. Säcker/R. Rixecker, et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., München 2025, § 138 BGB Rn. 38.

38 T. Smejkalová, The Stability and Dynamics of Vague Legal Concepts as the Central Core and Periphery of Social Representations, Studies in Logic, Grammar and Rhetoric 2024, 489.

Vielfach betreffen dogmatische Fragestellungen zudem die Abgrenzung verschiedener Kategorien, etwa in Form von Mengenzuordnungen (Einordnung als vertraglicher vs. gesetzlicher Anspruch; Elemente des Urteils, die in Rechtskraft erwachsen vs. diejenigen, die es nicht tun) oder der Abgrenzung bestimmter Rechtsbegriffe (unmittelbarer vs. mittelbarer Besitz; Anspruch vs. Gestaltungsrecht). Es geht aber auch bei der Subsumtion um mentale Kategorisierungsvorgänge: War der Rechtsbindungswille einer erklärenden Person erkennbar, stellt ein bestimmtes Verhalten eine Mitverursachung des Schadens dar? Dogmatische Abgrenzungen dieser Kategorien werden oft anhand einzelner Begriffe vorgenommen, deren Konstruktion ebenfalls in Sprache erfolgt.

Zuletzt ist der sprachlichen Strukturierung von Urteilen bisher wenig Aufmerksamkeit zuteil geworden. Insbesondere könnte hier von Interesse sein, syntaktische Strukturen der Bejahung oder Verneinung bestimmter Tatbestandsmerkmale zu untersuchen. Ebenso bleibt eine umfassende Aufarbeitung der sprachlichen Strukturen von Regel-Ausnahme-Verhältnissen, die insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung prägen, aus, wenngleich rechtsphilosophisch über Regel-Ausnahme-Strukturen geschrieben wird.³⁹ Damit seien nur einige der Fragen angerissen, die sich aus rechtswissenschaftlicher Perspektive stellen und die in ihrem Kern Sprachbezug aufweisen.

4. Konsequenzen für das Verhältnis von Sprach- und Rechtswissenschaft

Wenn das Recht maßgeblich durch seine Sprachlichkeit mitgeprägt wird, stellt sich die Frage, inwieweit das Verhältnis von Rechts- und Sprachwissenschaft hierdurch beeinflusst wird. *In extremo* könnte man – dem einleitenden Schluss unter I. folgend – davon ausgehen, dass die Omnipräsenz von Sprache im Recht die Rechtswissenschaft *selbst* zur Sprachwissenschaft macht.⁴⁰ Diesem absoluten Verständnis ist entgegenzutreten: Sprachwissenschaft und -philosophie folgen eigener, historisch bedingter Methodik, ebenso wie es die Rechtswissenschaft tut. Diese Trennung verlangt reflektierte Auseinandersetzung anstelle holzschnittartiger Gleichsetzung; insofern eine Beschäftigung mit (Rechts-)Sprache aus rechtswissenschaftlicher Sicht erfolgt, kann diese ohne Weiteres schon jetzt unter dem Dach der

39 S. L. Franke, Zum Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2025, insb. S. 194 ff.

40 Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie (Fn. 1), S. IX.

juristischen Fakultäten stattfinden (s. o. 3.), sodass eine Einordnung der Rechtswissenschaft als (bloße) Sprachwissenschaft fehlt.

Beizupflichten ist dieser Ansicht aber insofern, als die Rechtswissenschaft in einem untechnischen Sinne als eine Art Sprachwissenschaft *sui generis* verstanden werden kann. Anders gewendet, handelt es sich bei der Rechtswissenschaft um eine sprachbezogene Wissenschaft; oder eben: um eine Sprach-Wissenschaft.⁴¹ Man kann hier eine Parallele zu anderen Grundlagenfächern ziehen: So weisen Forschungsfragen in der Rechtsphilosophie in eine der Fachphilosophie artverwandte Richtung, ohne mit ihr gleichgesetzt werden zu können.⁴² Ähnliches gilt für die Geschichtswissenschaften in Bezug auf die Rechtsgeschichte.⁴³

Verwandt mit diesem Ansatz sind diejenigen (postmodernen oder poststrukturalistischen) Perspektiven, die Textualität und Literarität des Rechts in den Fokus nehmen.⁴⁴ Allerdings eröffnet der hier vertretene Ansatz sprachorientierter Rechtswissenschaft Wege zur Auseinandersetzung, die nicht notwendig poststrukturalistisch oder postmodern orientiert sind. Damit bleibt die sprachorientierte Rechtswissenschaft anschlussfähig für traditionelle Strömungen in Methodik und Theorie. Ähnlich gewinnbringend kann es sein, gegenseitige Betrachtungen ähnlich orientierter Disziplinen vorzunehmen, wie es jüngst *Röthel* für die Komparatistik und die Rechtsvergleichung getan hat.⁴⁵ Insofern reiht sich der vorliegende Beitrag in bestehende Debatten zur Betrachtung, Diskussion sowie ggf. künftigen Integration wesensverwandter Wissenschaften (trotz außerrechtlicher Orientierung⁴⁶) ein.

Das Verhältnis von Sprach- und Rechtswissenschaft ist damit noch nicht ausgelotet; es besteht vielfacher Bedarf, den Wissensaustausch der angrenzenden Disziplinen zu ermöglichen. Hierfür soll im folgenden Abschnitt eine Grundlage geschaffen werden.

41 Zur hieraus folgenden Zirkularität s. u. V.

42 *Auer*, Erkenntnisziel (Fn. 25), S. 40.

43 *Auer*, Erkenntnisziel (Fn. 25), S. 41; zum Verhältnis der Rechtsdogmatik zur (Privat-)Rechtsgeschichte *H.-P. Haferkamp*, Wie weit soll man als Rechtsdogmatiker in der Geschichte zurückgehen?, ZNR 2008, 272.

44 *I. Augsburg*, Die Lesbarkeit des Rechts, Weilerswist 2020; *K.-H. Ladeur*, Die Textualität des Rechts, Weilerswist 2015.

45 *Röthel*, Vergleichen (Fn. 18); s. insb. 646 zur Sprachlichkeit als Ausgangspunkt der und Herausforderung für die Disziplinen.

46 *Dies.*, Diskursanalysen (Fn. 25), 296 Fn. 18.

III. Das andere Ufer: Ansätze aus Rechtslinguistik und Sprachphilosophie

Einige sprachwissenschaftliche und -philosophische Perspektiven sollen im Folgenden vorgestellt werden. Im Sinne einer multidisziplinären Rechtstheorie⁴⁷ geht es hier darum, Herangehensweisen aufzuzeigen, die fruchtbar gemacht werden können für verschieden geartetes Erkenntnisinteresse.⁴⁸

Hierfür soll zunächst die Rechtslinguistik als Teildisziplin der Sprachwissenschaft herangezogen werden (1.). Aber auch sprachphilosophische Theorien können als Grundlage der Erforschung von Sprachlichkeit in juristischen Kontexten dienen; exemplarisch sind hier die Sprechakttheorie (2.) und die Sprachspiele Wittgensteins (3.) vorzustellen. Jüngst hat zudem die Prototypenlinguistik von rechtstheoretischer Seite Aufmerksamkeit erfahren (4.). Nach dieser *tour d'horizon* durch verschiedene Ansätze sprachorientierter Disziplinen ist zu deren Inkorporation in juristische Forschung Stellung zu nehmen (5.).

1. Rechtslinguistik

Die Sprachwissenschaft versammelt diejenigen Disziplinen, die sich mit Sprache als Untersuchungsgegenstand wissenschaftlich auseinandersetzen.⁴⁹ Als Rechtslinguistik können diejenigen Bereiche der Linguistik verstanden werden, die sich mit dem Recht als sprachlich verfasster Kommunikation beschäftigen. Grundlegende Vorarbeiten für die Rechtslinguistik als – primär durch die öffentlich-rechtliche Perspektive geprägte – eigenständigen Teil der Rechtsmethodik haben Müller/Christensen und in der Folge der Heidelberger Arbeitskreis der Rechtslinguistik geleistet.⁵⁰

Einige sprachwissenschaftliche Ansätze klassifizieren Rechtssprache als sog. Sprache für besondere Zwecke (*Language for Special Purposes*).⁵¹ Da

47 S. Auer, Erkenntnisziel (Fn. 25).

48 Dies., Erkenntnisziel (Fn. 25), S. 35; 74.

49 Vgl. zum Überblick Bubenhofer/Krasselt/Prinz/Kato, Studienbuch Linguistik (Fn. 19), S. 1 ff.

50 Vgl. etwa Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. 1 (Fn. 2), S. 185 ff., 226 ff.; F. Vogel/H. Hamann/I. Gauer, Computer-Assisted Legal Linguistics: Corpus Analysis as a New Tool for Legal Studies, Law & Social Inquiry 2018, 1340 (1341 ff.); Hamann/Vogel, Unlikely Blends (Fn. 2), 1487; Müller, Strukturierende Rechtslehre (Fn. 17), S. 147 ff., 374 ff.; Müller (Hrsg.), Untersuchungen (Fn. 17).

51 H. Mattila, Legal Language, in: J. Humbley/G. Budin/C. Laurén (Hrsg.), Languages for Special Purposes, Berlin 2018, S. 113.

die Linguistik sich eher mit natürlicher Sprache als mit autoritativ konstruierter Bedeutung beschäftigt, sind die Feinheiten der Rechtssprache aber schwer in linguistische Terminologie zu übersetzen.⁵²

Allerdings gibt es Schnittstellen, an denen das Recht ein deskriptives Verständnis von Sprache fordert: Die „Sicht eines objektiven Dritten“, etwa auf die Frage, wie bestimmte Äußerungen verstanden werden durften, ist grundsätzlich angeknüpft an die alltagssprachliche Bedeutung (die indes durch die fachsprachliche Verwendung vorgeprägt sein kann);⁵³ erst in einem zweiten Schritt wird der Bedeutungskreis normativ eingeengt.⁵⁴ Ebenso wie bei anderen Sachfragen könnte sich hier für die Praxis anbieten, Linguist*innen als Sachverständige verstärkt heranzuziehen, statt eine bloße Wörterbuchrecherche als autoritativ zugrunde zu legen.⁵⁵

2. Sprechakttheorie

Für die Rechtswissenschaft besonders vielversprechend sind sprechakttheoretische Ansätze, die maßgeblich auf den Arbeiten *Austins*⁵⁶ und *Searles*⁵⁷ beruhen, aber strukturähnlich (*avant la lettre*) in der deutschen Rechtslehre bei *Reinach* zu entdecken sind.⁵⁸ Nach diesen Theorien ist Sprache

52 S. D. Busse, Semantik des Rechts: Bedeutungstheorien und deren Relevanz für Rechtstheorie und Rechtspraxis, in: Felder/Vogel (Hrsg.), Sprache im Recht (Fn. 2), S. 22 (33); vgl. L. Tvrđíková, Interpretation of Law as Language Game: The Game of Giving and Asking for Reasons in the Courtroom, International Journal for the Semiotics of Law 2025, 549.

53 BGH NJW-RR 2020, 656 (658); vgl. auch T. Kuntz, Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aus sprachphilosophischer Perspektive, AcP 2015, 387 (392 ff.); krit. H. Hamann, Der „Sprachgebrauch“ im Waffenarsenal der Jurisprudenz, in: F. Vogel (Hrsg.), Zugänge zur Rechtssemantik. Interdisziplinäre Ansätze im Zeitalter der Mediatisierung, Berlin 2015, S. 184 (191 ff., 197 ff.).

54 BGH JZ 1961, 494 (495); J. Busche, in: Säcker, et al. (Hrsg.), MüKoBGB (Fn. 37), § 133 BGB Rn. 65; Ellenberger (Fn. 31), § 133 BGB Rn. 14.

55 Vgl. H. Hamann, Das Wörterbuch in deutschen Bundesgerichten: Eine praxeologische Studie zu den bevorzugten Medien richterlicher Bedeutungssuche, in: F. Vogel/T. Walter/F. Tripps (Hrsg.), Korpuslinguistik im Recht, Berlin 2022, S. 27 (47 f.); ders., „Sprachgebrauch“ (Fn. 53), 199 f.; Möllers, Methodenlehre (Fn. 5), § 4 Rn. 63 f.

56 J. L. Austin, How to Do Things with Words, Cambridge, Massachusetts 1962.

57 J. R. Searle, Speech Acts, Cambridge 1969.

58 A. Reinach, Zur Phänomenologie des Rechts: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, in: E. Husserl (Hrsg.), Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, Halle a. d. Saale 1922, S. 685 (705 ff.); vertiefend zu Reinach kürzlich M. Auer/P. B. Miller/H. E. Smith/J. Toomey (Hrsg.), Reinach and the Foundations of Private Law, Cambridge 2025; s. ferner J. Schöpfer, Adolf Reinachs Ver-

als Handlung zu verstehen, die außersprachliche Effekte zeitigt. Sprech-Akten wie Versprechen, Benennen und Behaupten kommt somit nicht bloß beschreibende Funktion zu.⁵⁹

Schon in den Ursprüngen der Sprechakttheorie treten Querbezüge zur Rechtsphilosophie *H. L. A. Harts* zutage,⁶⁰ sodass eine Rücküberführung in Rechtstheorie und -philosophie auf der Hand liegt.⁶¹ Die Sprechakttheorie ist bisher insbesondere im Strafrecht rezipiert worden,⁶² könnte aber auch für das materielle Zivilrecht ansprechende Forschungsansätze bieten; so etwa im Hinblick auf das Zustandekommen oder den Inhalt von Verträgen.⁶³ Aber auch im Zivilprozessrecht könnte die Sprechakttheorie fruchtbar gemacht werden, etwa indem die Funktionsweise prozessualer Anträge dahingehend untersucht wird, welchen pragmatischen Rahmenbedingungen sie unterliegen.

3. Sprachspiele

Auch das Konzept der Sprachspiele im Sinne Wittgensteins wird selten in seinem Potenzial ausgeschöpft.⁶⁴ Wittgenstein geht in seinen *Philosophischen Untersuchungen* von der Einbettung des Gebrauchs von Sprache in Tätigkeiten sozialer Natur aus, sodass etwa beim Erlernen einer Sprache „die Vorgänge des Benennens [...] und des Nachsprechens des vorgesagten Wortes“⁶⁵ als Sprachspiele zu verstehen sind. Aber weiter noch ist das Sprachspiel für ihn „das Ganze: der Sprache und der Tätigkeiten, mit denen sie verwoben ist.“⁶⁶ Dass sprachliche Kommunikation vielerlei verschiede-

sprechen – eine neue Rechtslehre für ein neues Jahrhundert, in: G. Albers/J. Harst/K. Kaesling (Hrsg.), *Wortgebunden*, Frankfurt a. M. 2020, S. 299 (311).

59 *Austin*, *How to Do Things with Words* (Fn. 56), S. 5 f.

60 *Ders.*, *How to Do Things with Words* (Fn. 56), S. 4, 7 Fn. 1, S. 9 f.

61 Vgl. etwa S. *Müller-Mall*, *Performative Rechtserzeugung*, Weilerswist 2012.

62 M. T. *Oğlakcioğlu*, *Strafbare Sprechakte*, Tübingen 2023; R. *Hamel*, *Strafen als Sprechakt*, Berlin 2009.

63 S. hierzu auch den Beitrag von *Torsten Kindt* in diesem Band; ferner G. *Albers/J. Harst/K. Kaesling*, *Fesseln der Begierde: Zwei Versprechen zur Einleitung*, in: dies. (Hrsg.), *Wortgebunden* (Fn. 58), S. 7 (20); *Thomale*, *Recht und Sprache* (Fn. 16), 428 ff.; S. *Schane*, *Contract Formation as a Speech Act*, in: L. M. *Solan/P. M. Tiersma* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Language and Law* (Fn. 35), S. 100.

64 S. aber *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 6), S. 23 f.; *Larenz*, *Methodenlehre* (Fn. 26), S. 201 ff.

65 *Wittgenstein*, *Werkausgabe* Bd. 1 (Fn. 3), § 119 PU.

66 *Ders.*, *Werkausgabe* Bd. 1 (Fn. 3), § 7 aE PU.

nen Regeln folgt und eine Klassifikation anhand eindeutiger gemeinsamer Merkmale scheitern muss, ist kein Hindernis für die Spielmetapher, sondern liegt vielmehr in der Natur der „Mannigfaltigkeit der Sprachspiele“⁶⁷: So ist unmöglich, einen gemeinsamen Nenner zu identifizieren, „[der] *allen* gemeinsam wäre, aber du wirst Ähnlichkeiten, Verwandtschaften, sehen, und zwar eine ganze Reihe.“⁶⁸ Hieraus resultiert der Wittgenstein'sche Begriff der *Familienähnlichkeiten* (im Plural!).⁶⁹

Wittgensteins Einbettung in die anspruchsvolle Spielmetapher erschwert eine Übertragung auf rechtstheoretische und methodenbezogene Fragestellungen, zumal die Komplexität der angestellten Überlegungen trotz zugänglicher Sprache keinen simplen Schemata fachlich vorgeprägter Intuition weichen sollte.⁷⁰ Dennoch ist das Konzept in rechtstheoretischen Kontexten zuweilen rezipiert worden.⁷¹ Jenseits dieser Anwendungsbeispiele liegt eine *terra nullius* möglicher Überlegungen: So könnte auch die Interaktion von Gerichten, insbesondere Rechtsprechungsänderungen oder -abweichungen, als Sprachspiel verstanden werden, dessen Regeln noch zu erforschen sind. Auch folgen die zur juristischen Ausbildung herangezogenen Materialien (Übungsfälle, Kernstoffabgrenzungen) vielfach regelhaften sprachlichen Mustern, denen nachzuspüren noch der Didaktikforschung obliegt. Eine Auseinandersetzung mit diesen Vorgängen aus dem Blickwinkel der Sprachspiele kann die regelhafte Entwicklung sprachlicher Muster im Recht durch soziale Interaktion offenlegen.⁷²

67 Ders., Werkausgabe Bd. 1 (Fn. 3), § 24 PU; s. auch §§ 21, 23, 24, 33, 64 ff. PU.

68 Ders., Werkausgabe Bd. 1 (Fn. 3), § 66 PU, hier allgemein auf den Begriff des Spiels bezogen (der aber immer wieder auf den Anwendungsfall des Sprachspiels zurückgeführt wird).

69 Ders., Werkausgabe Bd. 1 (Fn. 3), § 67 PU.

70 Ähnlich (zum Wittgenstein'schen Regelbegriff) S. *Hershovitz*, Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace, *Oxford Journal of Legal Studies* 2002, 619 (insb. 636 f.).

71 Grundlegend M. *Herbert*, *Rechtstheorie als Sprachkritik*, Baden-Baden 1995, insb. 57 ff. zu den Sprachspielen; vgl. für eine Analyse des Sprachspiels in der gerichtlichen Praxis *Tvrđíková*, *Interpretation* (Fn. 52); *dies.*, *Vagueness and Indeterminateness in Law: Are Judges Humpties Dumpties?*, *International Journal for Semiotics of Law* 2023, 679; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik* Bd. 1 (Fn. 2), S. 246 sowie *passim*.

72 Ähnlich *Tvrđíková*, *Vagueness* (Fn. 71), 690.

4. Prototypenlinguistik

Zur kognitiven Kategorisierung von Sprache hat die Prototypenlinguistik erhebliche Beiträge geleistet. Entgegen dem „necessary-and-sufficient-conditions“-Ansatz geht die Prototypenlinguistik davon aus, dass Kategorien inhärent offen, und durch mehr oder weniger repräsentative Vertreter geprägt sind.⁷³ Insbesondere für die Rechtstheorie ist einiges aus prototypenlinguistischen Ansätzen zu gewinnen.⁷⁴ Die Idee ist auch in der deutschen Rechtswissenschaft nicht völlig neu: So hat schon *Philipp Heck* zwischen Vorstellungskern und -hof unterschieden; letzterer führe „allmählich in wortfremde Vorstellungen“.⁷⁵ Es wird in der Sprachwissenschaft, -philosophie und -theorie also ganz ähnlich gedacht und gefragt wie in der Rechtswissenschaft.⁷⁶

5. Rechtswissenschaftliche Nutzbarmachung der vorgestellten Ansätze

Die unter 1.-4. eingeführten Forschungsansätze können nicht ohne Anpassung zur Beantwortung juristischer Fragen übernommen werden. Zweck war vielmehr, den Reigen verwandter Methoden anzureißen, die für juristische Zwecke weiterentwickelt und angepasst werden können.⁷⁷ Sie ermöglichen es, sprachorientierte Fragen der Rechtswissenschaft (II.3.) mit sprachwissenschaftlichen und -philosophischen Ansätzen zu verbinden.⁷⁸ Letztere können damit einen Nährboden schaffen für eine fundamentale Auseinandersetzung mit juristischer Sprache.⁷⁹

73 S. grdl. (aus der kognitiven Psychologie) *E. H. Rosch*, On the Internal Structure of Perceptual and Semantic Categories, in: T. E. Moore (Hrsg.), *Cognitive Development and Acquisition of Language*, New York 1973, S. 111.

74 *M. Zeifert*, *Law and Cognitive Linguistics*, London 2024; s. ferner *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik* Bd. 1 (Fn. 2), S. 351 ff.

75 *P. Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, AcP 1914, 1 (46).

76 Weitergehend zu sog. konzeptuellen Metaphern *G. Lakoff/M. Johnson*, *Metaphors We Live By*, Chicago 1980 (s. für eine interessante Anwendung im deutschen Kontext *J.-E. Schirmer/P. Pauschinger*, *Im Griff der Metapher. Eine (andere) Geschichte von juristischer Person und Dieselskandal*, AcP 2020, 211).

77 Vgl. *Auer*, *Erkenntnisziel* (Fn. 25), S. 74.

78 Vgl. auch *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Fn. 25), S. 133 („Überall begegnen uns Parallelen zu denjenigen Fragen, die von der Philosophie der Sprache behandelt werden“).

79 Zu diesem Zwecke eine besondere „Juristenphilosophie“ fordernd *ders.*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Fn. 25), S. 133 Fn. 1.

Indes lässt sich dem, wie üblich in der Rechtstheorie und den übrigen Grundlagenfächern, die scharfe Frage des Mehrwerts für die Zivilrechtswissenschaft entgegensetzen. Dem soll im Folgenden in einem Dreischritt begegnet werden: So sind zunächst Erkenntnisse für die Rechtstheorie in Aussicht zu stellen, sodann dogmatischer Mehrwert und didaktischer Nutzen.

Viele Fragen, die uns als rechtstheoretische begegnen, sind in ähnlicher Weise schon in Sprachphilosophie und Linguistik thematisiert worden; an diese kann angeknüpft werden. Was kann hier der (Rück-)Bezug auf sprachbezogene Disziplinen leisten? Denn ebenso wie in den anderen Grundlagenfächern soll die Eigenleistung, das genuin Juristische, ja nicht vollends zurücktreten. Erst einmal: Diesen Eigenbeitrag zu umgrenzen, erfordert ja gerade die Auseinandersetzung mit anderen Blickwinkeln. Die Selbstreflexion des genuin *rechtswissenschaftlichen* Denkens über Sprache kann dadurch vollzogen werden, indem andere Arten des Denkens über (auch juristische) Sprache einbezogen werden. Ähnlich der Topologie einer Klein'schen Flasche kann dadurch eine Außenbetrachtung aus der Innenperspektive erfolgen.

Auch die Dogmatik als Kerngeschäft der Zivilrechtswissenschaft kann von der verstärkten Auseinandersetzung mit sprachorientierten Wissenschaften profitieren. So können Auslegungskriterien geschärft werden. Die Auslegung überhaupt kann als Vorgang einer Behandlung zugeführt werden, die ihrer sozial und kulturell eingefassten Komplexität Rechnung trägt. Zuletzt könnten feine Abgrenzungen und Definitionsfragen handhabbarer werden, indem die ihnen zugrunde liegenden Spielregeln (s. o. 3.) und kognitiven Kategorien (s. o. 4.) greifbar gemacht werden.

Ferner könnte eine Aufarbeitung der Sprachlichkeit(en) im Recht Mehrwert hinsichtlich der rechtsdidaktischen Forschung erzeugen. So könnte man über das juristische Fachvokabular als Bereich besonderer Sprachspiele nachdenken. Auch sprachliche Strukturen wie der Gutachten- und Urteilsstil,⁸⁰ die Studierenden und Referendar*innen bisher vorrangig im „trial-and-error“-Verfahren vermittelt werden, könnten hierdurch strukturiert erarbeitet werden.

80 Kürzlich aus historischer Perspektive hierzu *M. M. Wendt*, Die Geburt der Gutachtentechnik aus dem Geist des Repetitoriums, Tübingen 2025.

IV. Babylonische Nahbegegnungen: Europäische Mehrsprachigkeit

Die bisherigen Annäherungen an Wege zur Erforschung der Sprachlichkeit im Recht betrafen einsprachige Umfelder. Die aufgeworfenen Fragen stellen sich in besonderer Komplexität allerdings in Rechtssystemen, die mehrere Sprachen gleichzeitig als verbindlich anerkennen. Angesichts der Vielzahl der Amtssprachen in der Europäischen Union (1.) entfaltet sich im EU-Recht eine herausfordernde Forschungslandschaft für sprach(en)bezogene Fragestellungen (2.)

1. Grundlagen europäischer Mehrsprachigkeit

Die Mehrsprachigkeit ist dem EU-Recht seit seiner Genese eingeschrieben. Für das Primärrecht folgt die Authentizität des EU-Rechts in den 24 Amtssprachen aus Art. 55 (1) EUV (auf den Art. 358 AEUV⁸¹ verweist). Im Sekundärrecht ist die Authentizität der Rechtsakte nicht gesetzlich geregelt, sondern folgt aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Verträge und die Sprachverordnung von 1958⁸² geben keine letztgültige Antwort: Letztere regelt lediglich in ihrem Art. 1 die Amtssprachen und Arbeitssprachen der EWG-Organe, ferner in Art. 4 die verpflichtende Abfassung von Verordnungen und anderen Schriftstücken allgemeiner Geltung.⁸³ Die Authentizität aller Amtssprachen für das Sekundärrecht folgt vielmehr aus der Rechtsprechung des EuGH, der 1982 festhielt, dass den verschiedenen Sprachfassungen des Gemeinschaftsrechts gleichermaßen Verbindlichkeit zukomme.⁸⁴ Der Gerichtshof stellte zugleich für die Normauslegung die Erfordernis eines Vergleichs der Sprachfassungen fest.⁸⁵

Diese Anforderung ist bei mittlerweile 24 Sprachfassungen als durchaus anspruchsvoll einzuordnen. Entsprechend qualifizierte der Gerichtshof 2021 im *Consortio*-Urteil den an einzelstaatliche Gerichte zu stellenden Anspruch dahingehend, dass zwar keine Verpflichtung bestehe, jede

81 Art. 358 AEUV, ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 47 ff.

82 VO (EWG) Nr. 1/1958 v. 6.10.1958, i.d.F. VO (EU) Nr. 517/2013 v. 13.05.2013.

83 Hierzu sowie insgesamt vertiefend *S. van der Jeught*, *The Multilingualism Paradox in EU Law – In Our Own Language Version We Trust?*, *International Journal of Language & Law* 2025, 81 (83 f.).

84 EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. C-283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 18.

85 EuGH (Fn. 84), *ibid.*; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 5.12.1967 – C-19/67 (van der Vecht), ECLI:EU:C:1967:49, S. 456 (frz.), S. 473 (dt.) für die Notwendigkeit der Auslegung im Lichte anderer Sprachfassungen.

Sprachfassung der fraglichen Vorschrift zu prüfen. Jedoch müsse ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht die *Unterschiede* zwischen den ihm bekannten Sprachfassungen berücksichtigen, insbesondere wenn diese Abweichungen von den Parteien vorgetragen würden und erwiesen seien.⁸⁶ Die Auslegung europäischen Rechts erfordert folglich jedenfalls bei Abweichungen der Sprachfassungen untereinander eine Positionierung.

2. Erforschung unter dem Blickwinkel verschiedener Sprachlichkeit(en)

Die europäische Mehrsprachigkeit wirft Fragen theoretischer wie dogmatischer Natur auf. So ist nicht vollumfänglich geklärt, inwieweit das Consorzio-Urteil das Erfordernis richterlicher Rechtskenntnis (*iura novit curia*) und die gleiche Verbindlichkeit aller Sprachfassungen einschränkt.⁸⁷ Sprachdivergenzen der einzelnen Fassungen verringern möglicherweise die Rechtssicherheit.⁸⁸ Die europäische Methodenlehre kann hier zur Klärung beitragen und gleichzeitig die Auslegungsmethodik in passender Weise weiterentwickeln.⁸⁹

Im Lichte der allgemeinen Sprachlichkeit des Rechts (s. II.) stellt sich die Frage, inwieweit die Funktionalität eines mehrsprachigen Systems auf der sprachlichen Verfasstheit des Rechts beruht – oder ob die Existenz eines solchen Systems eher für das unter II.1. nachgezeichnete Modell eines vorsprachlichen Rechts spricht.

Durch eine methodisch fundierte Auseinandersetzung mit der europäischen Mehrsprachigkeit kann ferner die gegenseitige Beeinflussung von Übersetzungsvorgängen und Akten des Rechtstransfers genauer modelliert werden.⁹⁰ Insoweit können auch Perspektiven der Übersetzungswissen-

86 EuGH, Urt. v. 6.10.2021, Rs. C-561/19 (Conorzio), ECLI:EU:C:2021:799, Rn. 44.

87 S. (kritisch) *van der Jeught*, Multilingualism (Fn. 83), 95.

88 S. D. *Cuenca Pinkert*, Sprachdivergenzen im Europäischen Kollisionsrecht. Ein europäisch-rechtslinguistischer Ansatz, Berlin 2021, S. 20 ff., 90 ff.; C. *Sobotta*, Die Mehrsprachigkeit als Herausforderung und Chance bei der Auslegung des Unionsrechts, *Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik* 2015, 1; vgl. ferner I. *Burr*, Linguistische Aspekte zu authentischen mehrsprachigen Rechtstexten, *Aktuelle Juristische Praxis* 2009, 750.

89 Insoweit kritisch K. *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., § 10 Rn. 14 ff.; vgl. aber Müller/Christensen, *Juristische Methodik* Bd. 2 (Fn. 30), S. 21 ff., 40 ff.

90 Diese Frage jüngst aufwerfend M. *Graziadei*, *Legal Translation and the Quest for Authenticity*, *International Journal for the Semiotics of Law* 2025, 2565; s. grundlegend zu Rechtstransplantaten A. *Watson*, *Legal Transplants*, 2. Aufl., Athens, Ga. 1993;

schaften (Translatologie) einbezogen werden.⁹¹ Dabei können durch den Blickwinkel der Mehrsprachigkeit neue Erkenntnisse für die Eigenheit des Rechts als Sprache gewonnen werden.⁹²

V. Der Kreis schließt sich

Das rekursive Hin- und Herwandern zwischen Sprach- und Rechtswissenschaft(en), Fragen, Methoden und Antworten, erzeugt zwangsläufig Kreisbewegungen. Können aber genuin Erkenntnisse gewonnen werden, wenn mit diesem Beitrag in Sprache über (Recht als) Sprache nachgedacht wird? Die hier angestellten Überlegungen sollen dabei keine Frustration auslösen, es ist kein *paradigm shift* oder *linguistic turn* für die gesamte Rechtswissenschaft zu fordern. Vielmehr soll eine zusätzliche Perspektive auf die Sprachlichkeit des Rechts ermöglicht werden.

Wenn man sich dafür entscheidet, diese Perspektive einzunehmen, so kann aber gerade die Zirkularität des Denkens über Sprache *selbst* Erkenntnis generieren. Der Kreis schließt sich: „*Der Mensch hat den Trieb, gegen die Grenzen der Sprache anzurennen. [...] Aber die Tendenz, das Anrennen, deutet auf etwas hin.*“⁹³ So kann auch dieser Beitrag hoffentlich Bewusstsein schaffen, worauf hingedeutet wird.

G. Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies, *Modern Law Review* 1998, 11.

91 Vgl. grundlegend M. Bajčić, Visualizing the Cross-Construction of EU-Norms through CJEU's Interpretative Methods, *Jurisprudence. Revue Critique* 2025, 78; V. Sosoni/E. Biel, EU Legal Culture and Translation, *International Journal of Language & Law* 2018, 1.

92 Vgl. die erhellenden Beiträge von R. Christensen/F. Müller (S. 9 ff.), P. Sandrini (S. 139 ff.) und I. Burr/T. Gallas (S. 195 ff.), in: F. Müller/I. Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004.

93 L. Wittgenstein, I: A Lecture on Ethics, II: Notes on Talks with Wittgenstein, *The Philosophical Review* 1965, 3 (12); Hervorhebung im Original.

Rechtswissenschaft im Wandel

– Rechtswissenschaft als empirische Fußnotenwissenschaft?

Tristan Radtke*

Fußnoten in rechtswissenschaftlichen Beiträgen sind für den Leser dem (rein) optischen Anschein nach nur Beiwerk eines Textes, für den Autor bedeuten sie in ihrer Zusammenstellung und Formatierung „zusätzlichen“ Arbeitsaufwand. Fußnoten sind aber so viel mehr: Sie sind Nachweis einer fundierten Recherche und wissenschaftlichen Auseinandersetzung, sie sind Kommunikationsbeiträge, Austragungsort hitziger Debatten, Autoritätsanker und letztlich entscheidend für die Konsensfindung in der Rechtswissenschaft. Vor allem liegt der Zusammenstellung der Fußnoten auf Grundlage einer Recherche eine eigene, womöglich eher induktive Methode zugrunde, die aus den empirischen Wissenschaften bekannt ist und von der sonst in der Rechtswissenschaft üblichen Deduktion abweicht. Durch einen steigenden Fußnoten- und Nachweisanteil in Veröffentlichungen, z.B. aufgrund eines steigenden Literaturfundus sowie der besseren Verfügbarkeit im Zeitalter von Datenbanken und leistungsfähigen Sprachmodellen, rückt diese Methode mehr und mehr in den Vordergrund. Damit ist der blinde Fleck der rechtswissenschaftlichen Fußnotenmethode angesprochen, der der Rechtswissenschaft zunehmend einen induktiven Charakter verleihen könnte.

Vor diesem Hintergrund wirft der Beitrag zunächst einen evidenzbasierten Blick auf die Entwicklung der Fußnotenquantität (unter I.), untersucht die Methode der Fußnotenzusammenstellung einschließlich der Funktionen von Fußnoten (unter II.), um die Methode wissenschaftstheoretisch einzuordnen und der induktiven, empirischen Arbeitsweise gegenüberzustellen (unter III.), bevor Konsequenzen für die Rechtswissenschaft im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz aufgezeigt werden (unter IV.).

* Dr., LL.M. (NYU). Der Verfasser ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand an der Technischen Universität München, School of Social Sciences and Technology, Department of Governance, Lehrstuhl für Law and Regulation of the Digital Transformation. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 23.12.2025.

I. Die Entwicklung des Fußnoten- und Nachweisanteils in der Rechtswissenschaft

Zur Untersuchung eines möglicherweise zunehmenden Fußnoten- und Nachweisanteils in rechtswissenschaftlichen Publikationen wurden Beiträge aus dem jeweils ersten Heft des AcP im Zehnjahrestakt, beginnend mit 1909, ausgewertet. Gegenstand der Auswertung waren insgesamt 1.822 Seiten mit 5.306 Fußnoten und 8.165 enthaltenen Nachweisen.¹

1. Gegenstand der Untersuchung und Vorgehensweise

Eine automatisierte Datenerhebung einschließlich des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz (KI) war angesichts des PDF-Dateiformats der Beiträge und Schwierigkeiten bei der Erkennung von Kursivdruck und gesperrten Wörtern in Frakturschrift nicht möglich. Auf Jahrgänge mit Frakturschrift konnte aber gerade nicht verzichtet werden, um die Entwicklung über einen längeren Zeitraum nachzuvollziehen. Wegen begrenzter Ressourcen musste sich die manuelle Auswertung daher auf eine überschaubare Anzahl an Beiträgen beschränken und lässt auch keine Rückschlüsse auf weitere Werte zu, wie etwa die Fußnotendichte.

Um die bestmögliche Vergleichbarkeit der ausgewählten Beiträge zu gewährleisten, wurde mit dem AcP eine (Archiv-)Zeitschrift mit Fokus auf ein Rechtsgebiet und großer Freiheit der Verfassenden mit Blick auf den Beitragsumfang und typischerweise umfangreichen Fußnoten gewählt. Die Jahrgänge sind dem Verfasser bis 2019 in digitaler Form zugänglich und wurden daher von diesem Jahr ausgehend in Zehnjahresschritten bis 1909 unter Betrachtung des jeweils ersten Hefts eines Jahrgangs ausgewertet. Ausgeschlossen wurden Kurzbeiträge (z.B. Rezensionen) sowie einzelne Beiträge mit einer oder keiner Fußnote, die aufgrund ihres Fußnotenstils zu Verzerrungen führen würden.

In die Zählung der Fußnotenzahl geht jede mit einer Zahl versehene Fußnote ein. Für die Nachweise wird jede genannte Quelle mit Ausnahme von Verweisen auf formelle oder materielle Gesetze einmalig pro Fußnote gezählt (z.B. Autor x mit zwei Aufsätzen als zwei gezählt, zwei Seitenangaben zu einer Quelle jedoch nur als ein Nachweis gezählt); gezählt wurden bspw. auch Gesetzesmaterialien in BT-Drucksachen. Der Ausschluss von

1 Der vollständige Datensatz ist archiviert abrufbar unter: <https://doi.org/10.5281/zenodo.17303525>.

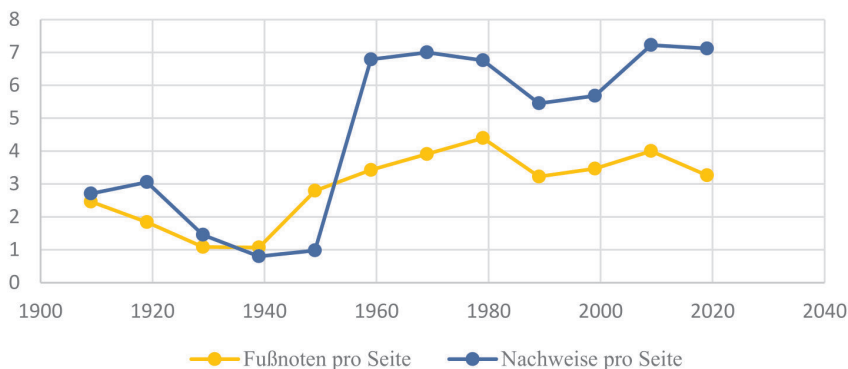
Gesetzen erfolgt vor dem Hintergrund, dass diese teils im Text, teils in Fußnoten zitiert werden und daher keine belastbare Auswertung nur über die Fußnoten realisierbar ist. Vor allem ist gerade die Auswertung von weiteren Quellen zur Auslegung von Gesetzen, nicht aber die Erwähnung der Gesetze selbst vor dem Hintergrund dieses Beitrags zu untersuchen.

Innerhalb einer Fußnote werden ferner bloße Verweise auf andere Fußnoten („Fn. x“) nicht gezählt, aber Bezugnahmen auf eine einzelne Quelle (z.B. „BGH Fn. x“, „Fn. x, Rn. y“). Bloße Hinweise auf Entscheidungsanmerkungen (z.B. „BGH m.Anm. x“) wurden nur im Hinblick auf die Entscheidung selbst gezählt, wenn nicht eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Entscheidungsanmerkung erfolgte (z.B. „BGH m. krit. Anm. x“).

Durch die Seitenanzahl als Bezugsgröße sind leichte Verzerrungen möglich, etwa aufgrund des Wechsels von Frakturschrift zu Antiqua-Schriftarten sowie der Länge der Fußnoten. Insgesamt heben sich diese Verzerrungen aber teilweise auf, indem eben auch die Fußnoten mehr oder weniger Platz pro Seite einnehmen und mit steigender Fußnotenzahl auch die Seitenzahl als Bezugsgröße steigen könnte. Der Untersuchung immanent sind ohnehin Unsicherheiten angesichts der unterschiedlichen Beitragsformate (z.B. teils eher deskriptive Beiträge mit wenigen Nachweisen) und der nur geringen Anzahl von Beiträgen je untersuchtem Heft.

2. Auswertung

Die Auswertung ergibt eine Tendenz zu einem steigenden Anteil von Fußnoten und Nachweisen je Seite sowie eine Zunahme der Anzahl von Nachweisen pro Fußnote im Nachkriegsdeutschland (1909: durchschnittlich 2,5 Fußnoten, 2,7 Nachweise je Seite; 1949: 2,8/1,0; 2019: 3,3/7,1). Besondere Verzerrungen sind denkbar z.B. durch die Ablösung der Frakturschrift in den 1940er Jahren sowie die Besonderheiten der Jahrgänge 1939 (nationalsozialistische Diktatur und zweiter Weltkrieg) und 1949 (Wiederaufbau im Nachkriegsdeutschland). Selbst wenn daher die aus der Abbildung ersichtlichen Anstiege tatsächlich schwächer ausfallen könnten, zeigt sich eine mögliche Tendenz zu einem leicht steigenden Fußnotenanteil und einem stärker steigenden Nachweisanteil. Bemerkenswerterweise lassen sich zumindest im Rahmen dieser (beschränkten) Untersuchung keine signifikanten Veränderungen in den letzten Jahrzehnten identifizieren.



Angesichts der begrenzten Stichprobe kann die Untersuchung nur als ein Anhaltspunkt für eine (wohl) auszumachende Tendenz und als Ausgangspunkt und Anlass für weitere Untersuchungen dienen. Der Befund eines auch in jüngerer Zeit zunehmenden Nachweisanteils konnte mit Blick auf Nachweise in Gerichtsentscheidungen für ausgewählte (jüngere) Zeiträume in anderen Untersuchungen bestätigt werden.²

Dieser zunehmenden Bedeutung von Fußnoten und Nachweisen steht eine bisher nur spärliche (rechts-)wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Phänomen der Fußnote gegenüber,³ dem dieser Beitrag mit Blick auf einen von vielen blinden Flecken im Zusammenhang mit Fußnoten in der Rechtswissenschaft abhelfen soll.

II. Untersuchung der Methode der Fußnotenzusammenstellung

In Ansehung des Bedeutungsgewinns von Fußnoten kann sich der Charakter rechtswissenschaftlicher Forschung und deren wissenschaftstheoretische Einordnung entscheidend ändern, wenn sich die zugrunde liegende Methode von den in der Rechtswissenschaft sonst üblichen Methoden

2 H. Spamann/J. Kunstreich/M. Lieberknecht/H. Nemeček/S. Vogenauer, The Reasons Highest Courts Give: England vs. Germany vs. France, 1880-1889 vs. 2007-2016, *J. Leg. Stud.* 2026 (im Erscheinen).

3 Zu diesem Befund kam schon P. Rieß, Vorstudien zu einer Theorie der Fußnote, in: Den Autoren und Freunden unseres Hauses zum Jahreswechsel 1983/1984, Berlin New York 1984, S. 3; auch später noch T. Groh, Die Fußnote im Recht, in: J. Weidemann (Hrsg.), So ist's Recht: Festschrift für Forsen, Groh, Grub & Weidemann zum ersten juristischen Staatsexamen, Trier 1996, S. 73; zust. H. Hamann, Die Fußnote, das unbekannte Wesen, *RW* 2014, 501 (502).

unterscheidet. Hierzu bedarf es zunächst einer definitorischen Klärung und einer Untersuchung der Arten von Fußnoten (unter 1.) und der Untersuchung der hiermit verfolgten Funktionen (unter 2.), bevor Schlussfolgerungen für die Methode der Zusammenstellung der Fußnoten (unter 3.) gezogen werden können.

1. Begriff und Arten der Fußnoten

Fußnoten im Sinne dieses Beitrags meinen – einschließlich von Endnoten – nach einem formal-objektiven Begriffsverständnis „jede in Zeichen wiedergegebene Aussage, die sich [durch Zahlenverweis] in systematischer Weise auf einen Text bezieht und – [regelmäßig] durch eine Linie von diesem getrennt – am unteren Ende der jeweiligen Textseite [oder des Beitrags] angeordnet ist“.⁴

Unter dieses weite Verständnis von Fußnoten ist ein Sammelsurium unterschiedlichster Aussagen zu fassen, mit anderen Worten: Fußnoten sind divers. Fußnoten in rechtswissenschaftlichen Beiträgen enthalten unmittelbare Nachweise für getätigte Aussagen als Nachweis einer gründlichen Recherche und als Stütze des eigenen Arguments.⁵ Sie enthalten Nachweise mit ergänzenden Angaben zur Herleitung einer Aussage aus dem Nachweis, die einen großen Interpretationsspielraum lassen (z.B. durch Voranstellung von „vgl.“, „siehe“, „zustimmend“, „so auch“, „anders aber“)⁶ oder Informationen zur Einordnung („x als maßgeblich ansehend“). Ferner lassen Fußnoten Raum für Aussagen des Verfassers, die sich nicht in den eigentlichen Text einfügen („begleitender Text“),⁷ für Autorenangaben und sonstige Hinweise.

4 Angelehnt an *Groh*, Fußnote (Fn. 3), S. 75; zur Begriffsklärung auch *Rieß*, Vorstudien (Fn. 3), S. 10 ff.

5 *J. Krüper*, Die Sache, nicht die Schatten, *ZJS* 2011, 198 (201 f.); *D. Basak*, Wozu sind eigentlich Fußnoten da?, *ZJS* 2018, 568 (570); *J. Basedow*, Prolegomena zu einer funktionalistischen Theorie der Fußnote, *ZEuP* 2008, 671 (671): „Nachweisfußnote“; vgl. auch *T. Mann/P. J. Tettinger*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl., München 2018, Rn. 394 ff., 402.

6 Siehe zu „see“ u.a. *J. A. Magat*, Bottomheavy: Legal Footnotes, *Journal of Legal Education*, Vol. 60 (2010), 65 (88 ff.).

7 *P. Häberle/A. Blankenagel*, Fussnoten als Instrument der Rechts-Wissenschaft, *Rechtstheorie* 19 (1988), 116 (118); krit. zur Aufnahme wissenschaftlicher Aussagen in die Fußnote *W. Herschel*, Die Fußnote, *JZ* 1976, 271 (272).

Abhängig von der Ausgestaltung eines rechtswissenschaftlichen Beitrags ist die Fußnote der Hort des Stands der Forschung, dem Publikationen in anderen Disziplinen teils einen separaten Abschnitt widmen. Angesichts dieser vielgestaltigen Bedeutungsdimensionen wurden Fußnoten gar als „Proprium der Wissenschaft“ bezeichnet.⁸ Fußnoten verdanken wir als Fortschritt gegenüber der Antike jedenfalls die genauere Rückführung von Gedanken auf Personen.⁹

2. Funktionen von Fußnoten

Die Vielgestaltigkeit der Fußnoten lässt sich über die durch sie verfolgten Funktionen einfangen und klassifizieren.

a) Beleg- und Herkunftsfunktion

Fußnoten in ihrem Kern in Form von Nachweisen für getätigte Aussagen unterstreichen auf den ersten Blick die Wissenschaftlichkeit eines Beitrags, indem sie die Nachprüfbarkeit ermöglichen (Belegfunktion).¹⁰ Zugleich wird regelmäßig erst durch eine einem Satz nachgestellte Fußnotenziffer die mittels der Fußnote überprüfbare Aussage an die Leserschaft übermittelt, die getätigte Aussage sei nicht bzw. nicht nur eine eigene Aussage (Herkunftsfunktion).

b) Autoritätsfunktion(en)

Fußnoten gehen aber auch und gerade in der Rechtswissenschaft weit darüber hinaus. Die Rechtswissenschaft arbeitet zwar mit logischen Ableitungen. Ausgangspunkt dieser Ableitungen sind aber eben normative, nicht logisch prüfbare Wert- und Gewichtungseinscheidungen (z.B. aus dem Gesetz oder bei der Gewichtung verschiedener Argumente im Rahmen

8 Basedow, Prolegomena (Fn. 5), 671.

9 Die Historie findet sich nachgezeichnet bei Magat, Bottomheavy (Fn. 6), 78 ff.

10 S. nur Krüper, Sache (Fn. 5), 201 f.; Basak, Fußnoten (Fn. 5), 570; Magat, Bottomheavy (Fn. 6), 70; mit dem Unterfall der Selbstreferenz Fußnote Groh, Fußnote (Fn. 3), S. 79.

einer Auslegung).¹¹ Die Rechtswissenschaft ist mithin durch Normativität, Wertungen und auch Konsensfähigkeit¹² geprägt. Vor diesem Hintergrund verleihen Fußnoten einer Aussage auch und gerade kraft des Belegs Autorität (Autoritätsfunktion).¹³ Diese Autorität kann quantitativ aus der Vielzahl an Vertretern einer Aussage folgen (die „herrschende Ansicht, Meinung oder Auffassung“)¹⁴ oder qualitativ aus der gesetzlich angeordneten (z.B. im Fall von § 31 BVerfGG) oder institutionellen Autorität (z.B. im Fall einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs). Ferner kann der Nachweis qualitativ inhaltlich autoritätserhöhend wirken, indem die genannte Quelle eine plausible juristische Argumentation enthält. Gerade diese letzte Funktionsdimension weist für sich betrachtet Ähnlichkeiten zu bloß den Text ergänzenden Ausführungen in Fußnoten auf, indem die Ausbreitung eines Arguments in gewisser Weise zeichensparend verkürzt und unter Wahrung der Herkunftsfunktion dargestellt wird.

Für die weitere Differenzierung innerhalb der Autoritätsfunktion wird eine Unterscheidung danach vorgeschlagen, ob der Fußnote eine Interpretationsleistung vorangeht (Materialfußnote mit Verweis auf juristische

-
- 11 G. Schurz, Einführung in die Wissenschaftstheorie, Darmstadt 2014, S. 36 f.; L. Quack, Automation zivilrechtlicher Entscheidungsfindung, Baden-Baden 2025, S. 66 ff.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 07.07.2025 – 1 StR 484/24, BeckRS 2025, 23556: „Die in Rechtsgutachten geäußerten Rechtsauffassungen können wegen ihres normativen Charakters grundsätzlich nicht ohne Weiteres nach den Kategorien ‚richtig‘ oder ‚falsch‘ bewertet werden.“
- 12 Häberle/Blankenagel, Fussnoten (Fn. 7), 117; Hamann, Fußnote (Fn. 3), 502; A. Engert, Empirische Rechtswissenschaft, BRZ 2022, 1 (8); s. zur Funktion der Diskurskohärenz J. Steigler-Herms/L. Wittmann, Zitat, in: T. Gutmann/E. Ortland/K. Stierstorfer (Hrsg.), Enzyklopädie Recht und Literatur (Stand 22. September 2022), Rn. 50. Ob eine solche Funktion wissenschaftstheoretisch zu kritisieren ist, muss aus Platzgründen weiteren Untersuchungen überantwortet werden.
- 13 J. Richter, Die Konstruktion von Reputation, Bielefeld 2015, S. 146, 152 f.; U. Böhme/S. Tesch, Zitieren: warum und wie?, Nachrichten aus der Chemie 62 (2014), 852 (852 f.); vgl. H. Beyerbach, Die juristische Doktorarbeit, 5. Aufl., München 2025, Rn. 360; W. van den Berg, Autorität und Schmuck: Über die Funktion des Zitates von der Antike bis zur Romantik, in: Klaus Beekman/Ralf Grüttemeier (Hrsg.), Instrument Zitat: Über den literarhistorischen und institutionellen Nutzen von Zitaten und Zitieren, Amsterdam 2000, S. 12 (20 ff.); S. Praunsmändel, Unterbrochene Verweiskette: Eine Glosse über die rechtswissenschaftliche Verweispraxis, VerfBlog, 2021/7/26, <https://v.erfassungsblog.de/unterbrochene-verweiskette/>, DOI: 10.17176/20210726-140120-0; krit. insbesondere zu zahlreichen Nachweisen in der Fußnote Groh, Fußnote (Fn. 3), 78 f.
- 14 Vgl. z.B. die Kritik an umfangreichen Fußnotenapparaten für den Anschein quantitativer Autorität Magat, Bottomheavy (Fn. 6), 73.

Fachliteratur oder Rechtsprechung; abzugrenzen von der Faktenfußnote mit Verweis auf aktuelle Ereignisse, Statistiken etc.)¹⁵ und ob sie zu einer anerkanntermaßen umstrittenen Rechtsfrage den Meinungsstand referiert (Meinungsfußnote).¹⁶ Auf der Meinungsfußnote, aber auch allgemeinen Materialfußnoten im Rahmen der Autoritätsfunktion der Fußnote soll im Folgenden ein besonderes Augenmerk liegen. Diese Form der Nachweise ist von hervorgehobener Bedeutung in der Rechtswissenschaft und die Betrachtung der Methode bei Erstellung einer solchen Fußnote erscheint besonders vielversprechend mit Blick auf einen möglichen Wandel der Rechtswissenschaft.

c) Überblick über weitere Funktionen

Von untergeordneter Bedeutung für diese Untersuchung sind demgegenüber sonstige Formen der Fußnoten und deren Funktionen, wie etwa Fußnoten als „Imponiergehabe“, Dankesfußnoten und Fehlerfußnoten.¹⁷

3. Methode der Fußnotenzusammenstellung

Fußnoten mit Autoritätsfunktion, z.B. als den Streitstand referierende Meinungsfußnoten, setzen eine rechtswissenschaftliche Recherche voraus. Diese kann z.B. auf juristischen Datenbanken, ggf. KI-gestützt, sowie in Bibliotheken stattfinden. Zahlreiche Quellen sind zu sichten und (auch) auf ihre Relevanz für die jeweilige These oder den jeweiligen Streitstand auszuwerten. Jedenfalls die besonders relevanten, originellen und einzigartigen Quellen schaffen es dann in eine Meinungsfußnote. Mit einer solchen Meinungs-, aber auch mit anderen autoritativen Fußnoten (z.B. einer „so auch“-Fußnote) wird von einzelnen Nachweisen und Argumenten auf ein größeres Ergebnis und dessen Autorität geschlossen (z.B. auf zutreffende bzw. überzeugende und grundsätzlich konsensfähige Ansichten).

Diese Arbeitsweise kann sich von der sonst üblichen rechtswissenschaftlichen Arbeitsweise in der Forschung unterscheiden, was daher nachfolgend zu untersuchen ist.

15 Häberle/Blankenagel, Fussnoten (Fn. 7), 117 f.

16 Häberle/Blankenagel, Fussnoten (Fn. 7), 118.

17 Häberle/Blankenagel, Fussnoten (Fn. 7), 119 ff.

III. Gegenüberstellung mit empirischer Arbeitsweise

Die Rechtswissenschaft gilt als eine normative Wissenschaft, die ausgehend von (wertgeprägten) Normen maßgeblich mit sog. Deduktion statt Induktion arbeitet.¹⁸ In diesem Zusammenhang spielt also vor allem das „Sollen“ gegenüber dem „Sein“ eine wichtigere Rolle.¹⁹

Führt man die Erkenntnisse zu einem im Laufe der Zeit zunehmenden Fußnotenapparat (oben unter I.) mit den Funktionen von Fußnoten (oben unter II.) zusammen, könnte eine überwiegend induktive Methodik²⁰ bei der Zusammenstellung von Fußnoten diese These der vorherrschenden Deduktion in einem anderen Licht erscheinen lassen. Hierzu gilt es zunächst einen Blick auf die Abgrenzung von Deduktion und Induktion zu werfen (unter 1.), bevor die Methode bei der Zusammenstellung von Fußnoten in das Begriffspaar eingeordnet wird (unter 2.).

1. Klassifikation anhand der Wissenschaftstheorie, insbesondere Induktion und Deduktion

In der Wissenschaftstheorie kann unter anderem zwischen Erfahrungswissenschaften mit grundsätzlich induktiven Argumenten basierend auf empirischen Aussagen²¹ einerseits (z.B. in der Physik und Chemie als Naturwissenschaften) und Vernunftwissenschaften mit grundsätzlich deduktiven Argumenten andererseits (z.B. der Mathematik) unterschieden werden.²² Diese Kategorisierung lässt sich auch als Differenzierung zwischen „Erkennen“ und „Verstehen“ nachzeichnen.²³ Daneben sind zahlreiche Klassifizierungen nach dem Bezugsgegenstand denkbar, z.B. die Geisteswissenschaften bezo-

18 Statt aller *Schurz*, *Wissenschaftstheorie* (Fn. 11), S. 37; sowie exemplarisch zu Bedeutungsdimensionen *Hamann*, Fußnote (Fn. 3), 511.

19 *J. Honerkamp*, *Die Idee der Wissenschaft*, Heidelberg 2017, S. 163; *H. Hamann*, *Evidenzbasierte Jurisprudenz*, Tübingen 2014, S. 12.

20 Vgl. *Praunsmändel*, *Verweispraxis* (Fn. 13): „Dabei ist das Verweisen zunächst schlichte Methodik“.

21 *T. Govier*, *A practical study of argument*, 7. Aufl., Boston/Massachusetts 2010, S. 255 f.

22 *J. C. Schuhr*, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, Berlin 2006, S. 15; *H. A. Wiltche*, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, 2. Aufl., Stuttgart 2021, S. 89 ff. und auch 65, 79.

23 *P. Mastronardi*, *Juristisches Denken*, 2. Aufl., Stuttgart 2003, Rn. 84.

gen auf die „geistigen Schaffensprodukte“ des Menschen (einschließlich der Gesetze in der Rechtswissenschaft).²⁴

Nach dem jeweiligen Wortsinn ist das Begriffspaar gegensätzlich definiert: die Induktion als „wissenschaftliche Methode, vom besonderen Einzelfall auf das Allgemeine, Gesetzmäßige zu schließen“;²⁵ die Deduktion als „Ableitung des Besonderen und Einzelnen vom Allgemeinen“.²⁶ Etymologisch ergibt die Rückführung in das Lateinische die Gegensätze des „Hineinführens“ (inductio) bzw. des „Abführens/Fortführens“ (deductio). Beide Methoden können in einer Wissenschaft hybrid zur Anwendung gelangen, etwa auch in der Rechtswissenschaft.²⁷ Unterschiedliche Verhältnisse der Methoden zueinander können allerdings Schlüsse auf die Charakteristika und Veränderungen einer Wissenschaft zulassen.

a) Induktion

Die Induktion geht aus von einer (empirischen) Beobachtung²⁸ – typischerweise aus der Natur²⁹ – und versucht diese Beobachtung, verpackt in eine theoretische Aussage für die (zukünftige) Realität, zu verallgemeinern.³⁰ Aufgrund dieses Schritts vom Einzelnen auf das (vermeintliche) Ganze geht eine induktive These stets mit der Unsicherheit einer möglichen Falsifikation einher.³¹

24 Schurz, Wissenschaftstheorie (Fn. 11), S. 32 f.

25 Duden Online, Stichwortsuche „Induktion“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Induktion>.

26 Duden Online, Stichwortsuche „Deduktion“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Deduktion>.

27 Schon früh nach A. Kaufmann, Die „ipsa res iusta“-Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtstheorie, in: G. Paulus/U. Diederichsen/C.-W. Canaris (Hrsg.), FS Larenz, München 1973, S. 27 (30) m.w.N.; Hamann, Jurisprudenz (Fn. 19), S. 16; z.B. rechtshistorisch vgl. Honerkamp, Wissenschaft (Fn. 19), S. 152; zu Analogien T. Govier, Analogies and Missing Premises, Informal Logic (11) 1989, 141; zurückhaltender wohl Mastronardi, Denken (Fn. 23), Rn. 695.

28 Govier, argument (Fn. 21), S. 255 f.; S. Kornmesser/W. Büttemeyer, Wissenschaftstheorie, Berlin 2020, S. 24, 28.

29 Mastronardi, Denken (Fn. 23), Rn. 85.

30 Govier, argument (Fn. 21), S. 91; Honerkamp, Wissenschaft (Fn. 19), S. 39, 237; S. Baer, Rechtssoziologie, 1. Aufl., Baden-Baden 2011, § 2 auf S. 28; vgl. B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl., München 2011, § 1 Rn. 6 ff.

31 Schurz, Wissenschaftstheorie (Fn. 11), S. 47; A. Diekmann, Empirische Sozialforschung, 6. Aufl., Hamburg 2012, S. 173.

Als Beispiele sind empirische Untersuchungen in den Naturwissenschaften zu nennen, aber auch die Betrachtung des Rechts von außen im Rahmen der Rechtssoziologie.³² Das Recht lässt sich ausgehend von Einzelregelungen ebenfalls induktiv in eine teleologische Ordnung bringen.³³

In diesem Zusammenhang erlangt ferner die evidenzbasierte Jurisprudenz³⁴ Bedeutung (z.B. als Zitationsanalyse³⁵ oder als quantitative Auswertung von Rechtsprechung zur Identifizierung von Tendenzen³⁶), die indes bisher eher auf das Zusammenspiel von Recht und Realität³⁷ und nicht mit Blick auf die Ermittlung von Strömungen innerhalb des Rechts bei der Fußnotenarbeit bezogen wurde.

b) Deduktion

Die Deduktion geht von einem System mit Grundannahmen³⁸ als dem Ganzen bzw. Allgemeinen aus (z.B. dem Recht mit normativen Aussagen).³⁹ Aus diesem Ganzen werden im Rahmen der Hermeneutik⁴⁰ durch logisch streng aufeinander aufbauende Elemente (spezifischere)⁴¹ Aussagen hergeleitet.⁴² Diese Aussagen beruhen nicht auf einer einzelnen Beobachtung der Realität, sondern gerade auf einem eigenen, menschengemachten Logiksystem. In Abgrenzung zu meist induktiven Methoden der Naturwissen-

32 K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008, § 19 auf S. 163.

33 Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 32), § 54 auf S. 440.

34 Hamann, Jurisprudenz (Fn. 19), S. 2 ff.

35 Hamann, Fußnote (Fn. 3), 501.

36 Vgl. C. Coupette/A. M. Fleckner, Quantitative Rechtswissenschaft: Sammlung, Analyse und Kommunikation juristischer Daten, JZ 2018, 379.

37 Etwa H. Hamann/F. Vogel, Evidence-Based Jurisprudence Meets Legal Linguistics—Unlikely Blends Made in Germany, *BYU L. Rev.* 2017, 1473 (1483).

38 Vgl. Honerkamp, Wissenschaft (Fn. 19), S. 2 ff., 143.

39 Honerkamp, Wissenschaft (Fn. 19), S. 162. Zur Normativität der Rechtswissenschaft Rütters *et al.*, Rechtstheorie (Fn. 30), § 7 Rn. 291 ff.; W. Fikentscher, Wissenschaft und Recht im Kulturvergleich, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 77 (78); C. Engel, Empirical Methods for the Law, *JITE* 174 (2018), 5 (18): „The core of legal scholarship remains normative“.

40 Etwa Mastronardi, Denken (Fn. 23), Rn. 116 ff.; Kornmesser/Büttemeyer, Wissenschaftstheorie (Fn. 28), S. 154.

41 Kornmesser/Büttemeyer, Wissenschaftstheorie (Fn. 28), S. 27.

42 Honerkamp, Wissenschaft (Fn. 19), S. 6; vgl. auch Baer, Rechtssoziologie (Fn. 30), § 2 auf S. 28; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Heidelberg 1991, S. 80, 158; krit. zum Vorliegen von Deduktion in der Dogmatik J. Denck, Die Relativität im Privatrecht, *JuS* 1981, 9 (9).

schaft ist der Gegenstand statt der Natur vielmehr die menschengemachte „Kultur“.⁴³ Erkenntnisse über die Natur bzw. Wirklichkeit sind nur eingeschränkt möglich, weil die Ableitung nicht zu Inhalten führen kann, die nicht bereits Gegenstand der Prämisse für die Deduktion waren.⁴⁴

Blendet man die Interpretationsbedürftigkeit von Sprache und die normative Dimension aus, so können „deduktive Schlüsse die Wahrheit mit *Sicherheit*, also in allen möglichen ‚Welten‘, von den Prämissen auf die Konklusion übertragen“⁴⁵ (Hervorhebung im Original). Dieser Schluss vom Ganzen hat naturgemäß Grenzen, indem nicht jede Deduktion den Anspruch verfolgt, vollständig aus einem Gesetz oder sonstigem Ganzen abgeleitet zu sein. Die Deduktion kann vielmehr auch nur auf Teilaspekten des Ganzen beruhen⁴⁶ bzw. das „Ganze“ unterschiedlich eng oder weit definieren.⁴⁷

2. Erstellung eines Fußnotenapparats als Form der Induktion

Während man in der Rechtswissenschaft empirische, induktive Methoden vor allem mit quantitativer Forschung im Hinblick auf den Forschungsgegenstand verbindet,⁴⁸ zeigt sich eine solche Methode zunehmend bei der Sichtung des Forschungsstands und dessen Niederlegung in den Fußnoten.

Bei der Recherche und Erstellung einer (Autoritäts-)Fußnote geht der Verfasser vom Forschungsstand aus und wählt aus diesem Stand eine Quelle aus, die eine These (autoritativ) belegt oder widerlegt. Da Sprache und jede Form der Textwissenschaft interpretationsbedürftig ist,⁴⁹ ist regelmäßig durch die Interpretation eine gewisse Form der (auch normativen)⁵⁰ Ableitung vom Ganzen des Textes zur belegten oder widerlegten Aussage notwendig. Diese Interpretation oder Deduktion beschränkt sich allerdings auf den Weg aus einem vollständigen Beitrag in eine verkürzte Fußnote,

43 *Mastronardi*, Denken (Fn. 23), Rn. 85.

44 *Mastronardi*, Denken (Fn. 23), Rn. 112.

45 *Schurz*, Wissenschaftstheorie (Fn. 11), S. 47; s. in Abgrenzung hierzu (abduktive) Schlüsse auf die „beste Erklärung“ *Wiltsche*, Wissenschaftstheorie (Fn. 22), S. 197.

46 Z.B. zur Vorbereitung einer Subsumtion im Rahmen des juristischen Syllogismus *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 32), § 18 auf S. 152 f.

47 Vgl. *Schuhr*, Rechtsdogmatik (Fn. 22), S. 24 ff., 60 f.

48 Bspw. *Coupette/Fleckner*, Rechtswissenschaft (Fn. 36), 379.

49 Vgl. auch *Rüthers et al.*, Rechtstheorie (Fn. 30), § 7 Rn. 308; im Überblick für die Normativität empirischer Forschung *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 19), S. 107 f. m.w.N.

50 Vgl. *Hamann/Vogel*, Linguistics (Fn. 37), 1486.

also eine Form der Zusammenfassung unter Beibehaltung der Logik des zitierten Beitrags.

Über dieses deduktive Element hinaus kommt es allerdings zu einer Beobachtung und einem Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine: Aus der Beobachtung in Form des Auftretens dieser Aussage wird qualitativ oder quantitativ zusammen mit anderen Nachweisen auf die Überzeugungskraft und letztlich also auf die „richtige“ im eigenen Beitrag unterbreitete Lösung geschlossen.⁵¹ Ein Verfasser bringt durch eine Fußnote konkludent die These einer hinreichenden Überzeugungskraft in den rechtswissenschaftlichen Diskurs ein. Diese These leitet der Verfasser nicht aus dem Forschungsstand als einem Ganzen ab, sondern vielmehr aus einzelnen Nachweisen. Mit anderen Worten: Aus einzelnen Quellen folgt eine These für das Ganze, den Verlauf des Diskurses, letztlich die Überzeugungskraft im Zusammenhang mit der Konsensfindung.

Die Fußnotenarbeit folgt also mit Blick auf die Richtung der Schlussfolgerung bzw. das Verallgemeinerungsziel einer induktiven Methode. Ein in einer Fußnote dargestelltes Ergebnis zum Meinungsstand bzw. zu einem überzeugenden Argument ist ebenfalls mit der Unsicherheit einer Falsifikation behaftet, z.B. durch übergangene zentrale Fundstellen oder Argumente. Ein entscheidender Unterschied bleibt allerdings der betrachtete Gegenstand. Wie bei der deduktiven Methode ist nicht die Natur, sondern die menschengemachte und durch Sprache geprägte Kultur Gegenstand der Betrachtung.

Angesichts dieser Beobachtungs- und Aufleitungslogik, die sich von einer deduktiven juristischen Arbeitsweise abgrenzt, kann die Fußnotenzusammenstellung mit Recht als induktiv geprägt bezeichnet werden. Diese induktive Methode ist gerade Proprium empirischer Wissenschaften, sodass insoweit eine Annäherung erfolgt.

IV. Konsequenzen und Reaktionen

Dass diese besondere Methode in der rechtswissenschaftlichen Forschung zunehmend mehr Raum beansprucht (s. oben unter I.), bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die rechtswissenschaftliche Forschung insgesamt. Diese

51 Das wird regelmäßig anhand einer zuvor festgelegten These erfolgen, ggf. aber auch explorativ, vgl. *W. Bayer*, Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, in: *M. Auer et al. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert*, FS Canaris, Berlin/Boston 2017, 319 (331).

Auswirkungen sind nachfolgend zu skizzieren (unter 1.) und Reaktionen zu betrachten (unter 2.), bevor ein Ausblick unter Berücksichtigung der Digitalen Transformation gegeben wird (unter 3.).

1. Folge der Verdrängung (notwendigen) deduktiven Denkens

Die Rechtswissenschaft und ihre Methodik unterlag schon immer einem schleichenden Wandel,⁵² der sich aber mit Blick auf die Fußnotenarbeit scheinbar zuspitzt. Denn je größer das Gewicht der Fußnotenarbeit mit Blick auf den Aufwand ist, desto mehr Abstriche sind bei der deduktiven Methodik und dem (Neu-)Schöpfungsanteil einer Arbeit⁵³ zu machen. Mit anderen Worten: „Denn wo durch den ewigen Vergangenheitsbezug, den das überschwängliche Verweisen nun mal auch bedeutet, den alten Texten so großer Raum eingeräumt wird, besteht auch immer latent die Gefahr, dass neue Gedanken es schwer haben.“⁵⁴

Ein solcher Wandel ist nicht *per se* kritisch zu sehen, wenn und soweit die Fußnotenarbeit tatsächlich erforderlich ist zur (relevanten) Meinungsbildung und Konsensfindung. Zwar wird mit dem zunehmenden Alter einer Wissenschaft und seines Forschungsgegenstands (z.B. des BGB) die zu sichtende Literatur grundsätzlich zunehmen, einzelne Diskurse entschärfen sich aber zugleich im Laufe der Zeit und erfordern daher keine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Forschungsstand in einer Fußnote (z.B. durch einen entsprechenden Diskursverlauf oder die Entscheidung des Gesetzgebers).⁵⁵ Forschungsgegenstände werden zunehmend spezieller, da das Allgemeine(re) bereits hinreichend Beachtung gefunden hat, und müssen daher zu einem geringeren Grad durch Fußnoten auf Bestehendem aufbauen. Diese Phänomene dürften auch dazu geführt haben, dass Fußnotenapparate in privatrechtlichen Beiträgen nach weit über 125 Jahren rechtswissenschaftlicher Forschung zum BGB zwar umfangreicher geworden sind, aber nicht unbegrenzt anwachsen.

52 Mit Blick auf die Rechtsdogmatik *K. Riesenhuber*, Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung?, AcP 219 (2019), 892 (905 ff.).

53 Vgl. zur Differenzierung zwischen unterschiedlichen Publikationsformen und dem Schöpfungsanteil *Krüper*, Sache (Fn. 5), 202.

54 *Praunsmändel*, Verweispraxis (Fn. 13).

55 Insoweit eignet sich der Verweis auf eine Wiedergabe des (abgeschlossenen) Streitstands „m.w.N.“

Die Wissenschaft findet also selbst ein Gleichgewicht zwischen Fußnoten als notwendigem Aufbau auf Bestehendem⁵⁶ und zur Begründung von Autorität einerseits sowie der zurückhaltenden Setzung von Fußnoten zur Erhaltung des Raums für die Anwendung der deduktiven Methode andererseits. Ein solches Gleichgewicht gelingt freilich nicht in jedem wissenschaftlichen Beitrag⁵⁷ und verlangt daher vermehrt eine reflektierte Fußnotenarbeit durch die Verfassenden rechtswissenschaftlicher Beiträge.

2. Reaktionen – Beschränkungen auf Sekundärnachweise („mit weiteren Nachweisen“)

Die Reaktion auf ausufernde Fußnoten obliegt also jedem Einzelnen. Gefordert ist eine kritische Würdigung der eigenen Fußnotenarbeit dahingehend, ob Bedeutung und Umfang der Fußnote der Relevanz und dem Fortschritt des jeweiligen Diskurses angemessen sind, sowie eine vor diesem Hintergrund geeignete Wahl des (spezifischen) Forschungsgegenstands.

Die Entwicklung zu umfangreicheren Fußnotenapparaten hat auch institutionelle und organisatorische Reaktionen ausgelöst, die den Rahmen für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Fußnote mit teils induktiver und Beitragstext mit regelmäßig deduktiver Methode bieten können. Als Beispiel seien hier die Autorenhinweise der NJW⁵⁸ genannt: „Fußnoten sind sparsam zu verwenden; der Fußnotenanteil eines Beitrags sollte 10 % des Gesamtumfangs nicht überschreiten.“ Für die Wiedergabe von weitgehend abgeschlossenen Diskursen kann die Empfehlung der Verwendung der Angabe „statt aller“ in den dortigen Hinweisen fruchtbar gemacht werden.

Des separaten Phänomens des leserunfreundlichen begleitenden Texts in Fußnoten erwehrt man sich durch ergänzende Hinweise: „Fußnoten haben eine reine Nachweisfunktion und dürfen keinen weiteren Text enthalten; ergänzende inhaltliche Ausführungen sind zu vermeiden.“

Derartige Vorgaben mögen auch dem besonderen Format der Neuen Juristischen Wochenschrift mit dem regelmäßigen Erscheinen vergleichsweise kurzer Beiträge geschuldet sein, adressieren aber ein Phänomen mit Bedeutung für die gesamte Rechtswissenschaft. Soweit ersichtlich ist

56 Krüper, Sache (Fn. 5), 199 mit dem Bild eines Mosaiks; Basak, Fußnoten (Fn. 5), 569.

57 Siehe in diesem Zusammenhang auch die Bezeichnung der Fußnoten als „Krebsleiden“ der Rechtswissenschaft bei Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 32), S. V, dort Fn. *.

58 Neue Juristische Wochenschrift – Autorenhinweise, Stand: Jan. 2025, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/njw-im-ueberblick/njw-autoren>.

diese explizite Adressierung eine Besonderheit und findet sich nicht in Autorenvorgaben anderer Zeitschriften. Das kann unterschiedliche Gründe haben, wie etwa das Fehlen handlungsbedürftiger Fußnotenapparate in der Vergangenheit oder die Steuerung durch eine Gesamtzeichenzahl inkl. Fußnoten.

3. Ausblick: Potenzierung durch die Digitale Transformation und Künstliche Intelligenz

Die Digitale Transformation kann die aufgezeigte Entwicklung forcieren und darüber hinaus die Rechtswissenschaft nachhaltig prägen. In diesem Zuge sei besonders auf Sprachmodelle (sog. Large Language Models) hingewiesen, die sich bei der Auswertung rechtswissenschaftlicher Texte – vorbehaltlich der Verfügbarkeit entsprechender Texte⁵⁹ – als wertvoll erweisen können. Diese könnten auf den ersten Blick wie schon zuvor juristische Datenbanken zu einer steigenden Fußnotendichte in juristischen Fachbeiträgen führen.⁶⁰

Der Einsatz solcher Werkzeuge Künstlicher Intelligenz kann sich sowohl auf „Eingabeebene“ wie auch auf „Ausgabebene“ auswirken. Auf Eingabeebene ist mit zahlreichen durch KI generierten Werken zu rechnen,⁶¹ die vermehrte Fußnotenarbeit erforderlich machen könnten und dadurch die induktive Methode mit deduktiv geprägtem Forschungsgegenstand stärken. Zugleich könnte auf Ausgabebene vermehrt KI zur Bewältigung dieser Masse an Quellen eingesetzt werden⁶² und daher den Menschen zugunsten dessen typischerweise deduktiven Arbeit entlasten. In einem Idealszenario wirkt Künstliche Intelligenz daher in zweierlei Hinsicht und kann so weiterhin ein Gleichgewicht herstellen. Denkbar bleiben aber Verschiebungen im Bedeutungsgefüge.

Zugleich steigt die „Einstiegsschwelle“ in die rechtswissenschaftliche Forschung, und zwar nicht nur aufgrund des Anwachsens der Materialien zum Forschungsgegenstand. War vor vielen Jahren vor allem der Zugang zu einer gut ausgestatteten Bibliothek notwendig, ist mittlerweile zwecks Datenbankzugriffs die Affiliation mit einer Forschungsorganisation erfor-

59 S. hierzu beispielsweise *T. Radtke*, Das Urheberrecht als (KI-)Innovationsbremse in der Rechtswissenschaft?, ZGE 17 (2025), 1.

60 *Praunsmändel*, Verweispraxis (Fn. 13).

61 *S. Jung*, Künstliche Intelligenz in der Rechtswissenschaft, JZ 2025, 252 (255 f.).

62 *Jung*, Künstliche Intelligenz (Fn. 61), 255 f.

derlich. Zukünftig dürfte die effektive rechtswissenschaftliche Forschung auch einen Zugang zu geeigneten rechtswissenschaftlichen KI-Werkzeugen voraussetzen. Es liegt auch an der Rechtswissenschaft, diesen Wandel zu begleiten: sei es durch die freie Verfügbarkeit von KI-Lernmaterial (z.B. durch Open Access) und KI-Werkzeugen, die reflektierte Einbindung von KI unter Berücksichtigung bestehender und ggf. neuer Publikationsformate⁶³ oder nicht zuletzt durch die Reflektion der eigenen – dann ggf. KI-gesteuerten – Fußnotenarbeit.

V. Schlussbetrachtung

Fußnoten in der Rechtswissenschaft verfolgen vielfältige Funktionen, darunter nicht nur die Herkunfts-, sondern auch die Autoritätsfunktion. Die Methode der Zusammenstellung von Fußnoten unterscheidet sich von der sonst in der Rechtswissenschaft vorherrschenden Deduktion, betrachtet aber weiterhin einen menschengemachten Forschungsgegenstand statt der Natur. Aufgrund des Schlusses vom einzelnen Nachweis auf Aussagen in einem ganzen Diskurs liegt der Fußnotenarbeit primär eine induktive Methode zugrunde. Es bestehen also Ähnlichkeiten mit naturwissenschaftlicher Methodik.

Durch die zunehmende Anzahl an Fußnoten in rechtswissenschaftlichen Beiträgen verändert sich die Rechtswissenschaft methodisch und lässt weniger Raum für neue (deduktive) Argumente. Der Wissenschaft kann es allerdings grundsätzlich gelingen, weiterhin ein Gleichgewicht zwischen diesen Methoden zu finden, z.B. durch die stark verkürzte Darstellung bereits abgeschlossener Diskurse. Im Zeitalter von fortschrittlicher KI gewinnt diese reflektierte Fußnotenarbeit zunehmend an Bedeutung und dürfte auch Zeitschriften(redaktionen) und bestehende Publikationsformate herausfordern.

63 Z.B. „living documents“; s. *Jung*, Künstliche Intelligenz (Fn. 61), 257; oder KI-generierte Kommentare *C. Engel/J. Kruse*, Kommentar ohne Autor, JZ 2024, 997.

Die koloniale Vergangenheit: ein blinder Fleck des Zivilrechts

Felix Andreas Kiefner*

Die koloniale Vergangenheit des deutschen Zivilrechts ist ein bislang kaum beachteter Teil der neueren Privatrechtsgeschichte. Gerade im Vergleich zum regen wissenschaftlichen Interesse am kolonialen Verwaltungs- und Strafrecht¹ fällt das koloniale Zivilrecht als empfindliche Forschungslücke ins Auge. Diesen Befund nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass, ein Forschungsprogramm zu skizzieren.²

A. Einführung

I. Die deutschen „Schutzgebiete“

Der staatliche deutsche Kolonialismus lief im späten 19. Jahrhundert zögerlich an und war mit einer Dauer von 34 Jahren (1884–1918) im Vergleich zum Kolonialismus anderer westeuropäischer Staaten – England, Frankreich, Niederlande – eine verhältnismäßig kurze Episode.³ Reichskanzler Otto von Bismarck lehnte eine Teilnahme Deutschlands am Wettlauf der europäischen Kolonialmächte zunächst ab: zu riskoreich, zu teuer für die

* Dr. Felix Andreas Kiefner, LL.M. (Cambridge), Maitr. en Droit (Paris I), Akademischer Rat auf Zeit und Habilitand am Institut für Historische Rechtsvergleichung der Universität zu Köln, felix.kiefner@uni-koeln.de.

1 Siehe dazu zuletzt P. Dann/I. Feichtner/J. von Bernstorff (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, Tübingen 2022.

2 In meinem Tagungsreferat habe ich, neben diesem Forschungsprogramm, auch Ergebnisse einer Auswertung von Gerichtsakten in Zivilsachen aus den Jahren 1901–1914 des kaiserlichen Bezirksgerichts Lome (Togo), eines erstinstanzlichen deutschen Kolonialgerichts, präsentiert. Aus Platzgründen werden diese Ergebnisse in Kürze in der Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte – ZNR 48 (2026) – als separate Abhandlung unter dem Titel „Koloniale Rechtsprechung in Zivilsachen am Kaiserlichen Bezirksgericht Lome (Togo)“ erscheinen.

3 Zum historischen Kontext *H.-J. Fischer*, Die deutschen Kolonien – Die koloniale Rechtsordnung und ihre Entwicklung nach dem ersten Weltkrieg, Berlin 2001, S. 23 ff.

Staatskasse.⁴ Unter dem Eindruck des in den 1880er Jahren in Deutschland ausbrechenden „Kolonialfiebers“, das nicht nur weite Teile der politischen Parteienlandschaft, sondern auch die Zivilgesellschaft erfasste, stimmte der Reichskanzler im Jahr 1884 schließlich einer mittelbaren staatlichen Beteiligung an Kolonialunternehmungen zu: Private (Kaufleute und Gesellschaften) sollten die betreffenden Gebiete in Besitz nehmen und hoheitlich verwalten, das Reich nur im Hintergrund als „Schutzmacht“ fungieren.⁵ So unterstellte das Reich nach und nach die folgenden „Schutzgebiete“ seiner Protektion: Deutsch-Südwestafrika (1884–1915, heute: Namibia), Kamerun (1884–1916, heute: Kamerun, Teile Nigerias), Togo (1884–1914, heute: Togo, Teile Ghanas), Deutsch-Ostafrika (1885–1918, heute: Tansania, Ruanda, Burundi, Teile Mozambiques), Deutsch-Neuguinea (1885–1914, heute: verschiedene südpazifische Inselstaaten), Kiautschou/Tsingtau (1898–1914, heute: Teil der Volksrepublik China) und Samoa (1900–1914).⁶ Die offizielle Bezeichnung als „Schutzgebiete“ sollte suggerieren, dass es sich gar nicht um Kolonien handelte.⁷

Bismarcks Plan einer vordergründig privaten Kolonialverwaltung ging jedoch nicht auf. Entsprechend seinen ursprünglichen Befürchtungen erwiesen sich die Kosten und der erforderliche administrative Kraftaufwand in den „Schutzgebieten“ als zu hoch für private Gesellschaften, sodass das Reich in den meisten Gebieten binnen kurzer Zeit selbst die Rolle des kolonialen Verwalters übernehmen musste.⁸

II. Terminologie

Die Sprache des Kolonialrechts, das wird kaum überraschen, war stark rassistisch und ideologisch verfärbt. Das fällt bereits beim Zentralbegriff des „Eingeborenen“ auf, der die einheimische kolonisierte Bevölkerung

4 J. Zollmann, 'Neither the state nor the individual goes to the colony in order to make a bad business': State and private enterprise in the making of commercial law in the German colonies, ca. 1884 to 1914, in: S. Dauchy/H. Pihlajamäki/A. Cordes/D. De Ruysscher (Hrsg.), *Colonial Adventures: Commercial Law and Practice in the Making*, Leiden 2021, S. 279 (279 f.) m. N.; Fischer, *Kolonien* (Fn. 3), S. 31 f.

5 Zollmann, *Neither the state* (Fn. 4), S. 280–282; ders., *Recht sprechen über "besondere Gebilde" – die koloniale Gerichtsbarkeit und das Reichsgericht*, RG 31 (2023), 52 (54 f.); Fischer, *Kolonien* (Fn. 3), S. 32 ff.

6 Siehe den geographischen Überblick bei Fischer, *Kolonien* (Fn. 3), S. 16 ff.

7 Zollmann, *Recht sprechen* (Fn. 5), 54.

8 Zollmann, *Neither the state* (Fn. 4), S. 282–284.

bezeichnete und als Gruppe von den deutschen Kolonisatoren („Nichteingeborenen“, „Weißen“ etc.) abgrenzen sollte. Obwohl der Begriff des „Eingeborenen“ sich im Schutzgebietgesetz (SGG)⁹ und in zahlreichen weiteren Kolonialrechtsquellen findet, war er nicht legaldefiniert. In der Rechtspraxis kristallisierten sich als Definitionsmerkmale ein geringer Kulturstand sowie die Abstammung von „Eingeborenen“ heraus, trotzdem wurde der Begriff mit einer gewissen Unschärfe behandelt.¹⁰

Eine zeitgemäße Auseinandersetzung mit dem Kolonialrecht sollte die damals verwendete rassistische Sprache weder verschweigen noch unreflektiert übernehmen.¹¹ Stattdessen sollte sie diese offenlegen, kritisch einordnen und ihre Wirkung im historischen wie im rechtlichen Kontext sichtbar machen. Begriffe, die aus heutiger Perspektive rassistisch erscheinen können, werden im Folgenden deshalb jeweils in Anführungsstriche gesetzt. Die kolonisierte Bevölkerung wird, soweit es auf den Begriff des „Eingeborenen“ nicht ankommt, als *einheimische* Bevölkerung bezeichnet.

B. Forschungsstand und Forschungsprogramm

Die Geschichte des deutschen kolonialen Zivilrechts ist noch nicht geschrieben. Nur wenige moderne Arbeiten haben sich bislang überhaupt mit dem kolonialen Zivilrecht befasst: *Hans-Jörg Fischer* hat in seiner Heidelberger Dissertation aus dem Jahr 2000 einen umfassenden Blick auf das Recht in den früheren deutschen Kolonien geworfen und dabei überblicksartig auch bestimmte zivilrechtliche Aspekte (u. a. aus den Bereichen des Vertragsrechts, Eherechts und Grundstücksrechts) behandelt.¹²

9 Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, v. 17.04.1886 (RGBl. 1886, S. 75). Das Gesetz wurde mehrfach geändert, zuletzt durch Gesetz v. 25.07.1900 (RGBl. 1900, S. 809). Im Folgenden wird, wenn nicht anders angegeben, die Fassung von 1900 verwendet und zitiert. – Der Begriff des „Eingeborenen“ findet sich etwa in §§ 4, 9, 10 SGG.

10 Siehe hierzu näher *D. Liebscher*, Zwischen rassistischer Rechtsspaltung und Antidiskriminierungsstrategie – „Rasse“ als ambivalenter Begriff deutschen Rechts, in: Dann/Feichtner/von Bernstorff (Hrsg.), (Post)koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 1), S. 9 (16).

11 In diesem Sinne auch *Dann/Feichtner/von Bernstorff*, (Post)koloniale Rechtswissenschaft, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), (Post)koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 1), S. 1 (4).

12 *Fischer*, Kolonien (Fn. 3), insbes. S. 106–116 (geltendes Recht für Europäer) und S. 152–166 (geltendes Recht für Einheimische).

Udo Wolter und Paul Kalle haben Grundsätze des Arbeitsrechts der einheimischen Bevölkerungen in verschiedenen Kolonien beleuchtet.¹³ Jakob Zollmann hat sich in Aufsätzen mit der Rolle zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts im kolonialen Kontext¹⁴ sowie mit rechtlichen und tatsächlichen Aspekten der Kolonialwirtschaft befasst.¹⁵ Schließlich berühren Beiträge von Ulrike Lembke und Isabel Feichtner in dem jüngst erschienenen Tagungsband „(Post)Koloniale Rechtswissenschaft“ die sog. „Mischehen“¹⁶ und das koloniale Gesellschaftsrecht.¹⁷

Dass hiervon abgesehen das koloniale Zivilrecht unerforscht ist, gibt Anlass zur Formulierung eines Forschungsprogramms für die Zukunft.¹⁸ Als Forschungsgegenstand ist das koloniale Zivilrecht in seinem historischen Kontext zu betrachten. Wesentliche Fragen lassen sich etwa entlang der folgenden Sachkomplexe strukturieren: Ausgehend von der „Hochphase“ des deutschen staatlichen Kolonialismus sind zunächst das koloniale Zivilrecht und die koloniale Zivilrechtspflege in den Blick zu nehmen (I.). Eine sinnvolle Ergänzung dieser praxisorientierten Perspektive bietet die Kolonialrechtswissenschaft, die sich in theoretischer Stoßrichtung mit rechtlichen Fragestellungen in kolonialen Kontexten befasste und daraus erst das Rechtsgebiet des „Kolonialrechts“ entwickelte (II.). Schließlich sind auch Kontext und Kontinuitäten zu berücksichtigen – sowohl die Phase vor dem staatlichen Kolonialismus als auch diejenige nach seinem Ende (III.).

13 U. Wolter/P. Kalle, Deutsches Kolonialrecht – ein wenig erforshtes Rechtsgebiet, dargestellt anhand des Arbeitsrechts der Eingeborenen, ZNR 17 (1995), 201–244.

14 Zollmann, Recht sprechen (Fn. 5); ders., Bausteine einer kolonialen Geschichte des Privatrechts. Das Reichsgericht und die deutschen Kolonien, 1888–1920, Rechtskultur – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 5 (2016), 14 (22 ff.).

15 Zollmann, Neither the state (Fn. 4).

16 U. Lembke, „Wir sind Deutsche, wir sind Weiße und wollen Weiße bleiben.“ Ehenormen, Rassenideologien und Untergangsanxiety angesichts von „Mischehen“ und „Mischlingsbevölkerung“ im kolonialen Kaiserreich, in: Dann/Feichtner/von Bernstorff (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 1), S. 232–270.

17 I. Feichtner, Koloniales Wirtschaftsrecht und der Wert der Kolonisation, in: Dann/Feichtner/von Bernstorff (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 1), S. 232–270.

18 Ein Forschungsprogramm für das Öffentliche Recht hat jüngst Pascale Cancik skizziert: P. Cancik, Zur Geschichte des Kolonialrechts – ein Gespräch, in: M. Auer/T. Duve/S. Vogenauer, Michael Stolleis – zum Gedenken, Frankfurt a. M. 2023, S. 47–65.

I. Koloniales Zivilrecht und koloniale Zivilrechtspflege

1. Koloniale Rechts- und Gerichtsverfassung

Ein wesentliches Augenmerk wird zunächst dem in den Kolonien angewendeten Zivilrecht und Zivilprozessrecht selbst gelten. Die in diesem Bereich liegenden Fragen setzen ein Grundverständnis von den allgemeinen Strukturen der Rechts- und Gerichtsverfassung in den Kolonien voraus.¹⁹ Der Kolonialgesetzgeber errichtete mit dem Schutzgebietsgesetz (SGG)²⁰ im Jahr 1886 in den Kolonien ein pluralistisches Rechtssystem, in dem die deutsche Bevölkerung und die einheimische Bevölkerung unterschiedlichen Rechtsordnungen unterfielen. Die Rechtsordnung für die deutsche Bevölkerung regelte das SGG im Wesentlichen durch Verweis auf das Konsulargerichtsbarkeitsgesetz (KGG):²¹ Gemäß § 3 SGG i.V.m. § 19 KGG galt für die Deutschen in den Bereichen des bürgerlichen Rechts und Strafrechts grundsätzlich deutsches Sach- und Prozessrecht (d.h. anfänglich preußisches Recht, später die zivil-, straf- und verfahrensrechtlichen Reichsgesetze); nach § 3 SGG i.V.m. § 20 KGG waren hiervon jedoch solche Vorschriften ausgenommen, die „Einrichtungen und Verhältnisse voraussetzen, an denen es für [die jeweilige Kolonie] fehlt“. Die deutsche Bevölkerung unterfiel gemäß § 2 SGG i.V.m. §§ 5, 7–15, 17, 18 KGG der Gerichtsbarkeit der durch Verfügung des Reichskanzlers²² geschaffenen Kolonialgerichte (erstinstanzlich: Bezirksgerichte; zweitinstanzlich: Obergerichte; keine Revisionsinstanz), die in Aufbau und Funktion den erst- und zweitinstanzlichen Gerichten im Reichsgebiet ähnelten.²³

Die einheimische Bevölkerung war von dieser Rechtsordnung und Gerichtsbarkeit ausgeschlossen. § 4 SGG bestimmte, dass „Eingeborene“ dem

19 Zum Folgenden eingehend *Fischer*, Kolonien (Fn. 3), S. 69–106; *Zollmann*, Recht sprechen (Fn. 5), 56 ff.; *ders.*, Bausteine (Fn. 14), 17 ff.

20 Siehe hierzu Fn. 9. Die Gesetzgebungskompetenz in Kolonialangelegenheiten stand dem Reich gem. Art. 4 Nr. 1 der Bismarck'schen Reichsverfassung von 1871 zu.

21 Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10.07.1879 (RGBl. 1879, S. 197); neue Fassung vom 07.04.1900 (RGBl. 1900, S. 213). Im Folgenden wird, wenn nicht anders angegeben, die Fassung von 1900 verwendet.

22 Verfügung des Reichskanzlers, betreffend die Ausübung der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten Afrikas und der Südsee v. 25.12.1900 (Deutsches Kolonialblatt [DKBl.] 1901, S. 1, abrufbar unter https://staatsbibliothek.ewigerbund.org/viewer/fullscreen/kbl_1901/53/; zuletzt abgerufen am 31.12.2025).

23 Diese Beschreibung bildet den (endgültigen) Zustand ab 1900 ab. Näher hierzu und zu Entwicklungen vor 1900 siehe *Zollmann*, Bausteine (Fn. 14), 20 f.

deutschen Recht und der Kolonialgerichtsbarkeit „nur insoweit [unterliegen], als dies durch Kaiserliche Verordnung bestimmt wird“: welche Verordnung jedoch nie erlassen wurde. Es sollte deshalb (jedenfalls in der Theorie) für die einheimische Bevölkerung das lokale Recht fortgelten,²⁴ modifiziert allerdings durch punktuelle Eingriffe des Kolonialgesetzgebers im Verordnungswege.²⁵ Für Rechtsstreitigkeiten zwischen einheimischen Parteien waren nicht die Kolonialgerichte zuständig, sondern kraft untergesetzlicher Bestimmungen die Verwaltungsbehörden (Bezirksämter und Gouvernements), in manchen Kolonien unter Einbeziehung vorgefundener lokaler Streitbelegungsstrukturen.²⁶

In Bezug auf beide Rechtsordnungen hatte der Kaiser das Recht, innerhalb des von Reichsgesetzen vorgegebenen Rahmens Regelungen im Verordnungswege zu erlassen. Eine solche umfassende Verordnungsermächtigung leitete man aus § 1 SGG ab, wonach der Kaiser „die Schutzgewalt in den deutschen Schutzgebieten [...] im Namen des Reichs aus[übte]“.²⁷ Eine darüberhinausgehende Verordnungsermächtigung ergab sich aus § 6 SGG, nach dem bestimmte Sachverhalte auch abweichend von reichsgesetzlichen Vorschriften durch kaiserliche Verordnung geregelt werden durften.

Ganz konsequent führte der Kolonialgesetzgeber die Trennung zwischen den Rechtsordnungen für die deutsche und für die einheimische Bevölkerung aber nicht durch. Sie war in der Praxis auch unmöglich: So wie Einheimische und Deutsche sich im kolonialen Alltag ständig begegneten, waren auch ihre Rechtsbeziehungen in vielfältiger Weise miteinander verschränkt. Dennoch blieb die Frage ungeregelt, welches Recht für Streitigkeiten zwischen Deutschen und Einheimischen gelten und welcher „Gerichtsbarkeit“ (Kolonialgerichte oder Verwaltungsbehörden) solche Streitigkeiten unterfallen sollten. Die Kolonialrechtsliteratur stellt solche Konstellationen als umstritten und die Rechtspraxis in den verschiedenen Kolonien als uneinheitlich dar.²⁸

24 Siehe dazu noch unten bei Fn. 38.

25 Vgl. *Fischer*, Kolonien (Fn. 3), S. 81 f.

26 Näher *Fischer*, Kolonien (Fn. 3), S. 95 ff.

27 *Zollmann*, Bausteine (Fn. 14), 17 f.; *ders.*, Recht sprechen (Fn. 5), 56 f.

28 Siehe etwa *H. Edler v. Hoffmann*, Einführung in das deutsche Kolonialrecht, Leipzig 1911, S. 175 ff.

2. Rechtspraxis in Zivilsachen

So viel zur Theorie. Über die Praxis, über den gelebten Zivilprozess in den Kolonien ist bislang kaum etwas bekannt. Das liegt auch daran, dass die Entscheidungen der Kolonialgerichte und der Verwaltungsbehörden nie veröffentlicht wurden.²⁹ Eine wesentliche Aufgabe im Bereich der kolonialen Zivilrechtspflege wird darin bestehen, existierendes Aktenmaterial zu sichten und auszuwerten.³⁰ Das ist keine einfache Aufgabe und gewiss nicht von einer Einzelperson zu stemmen. Soweit Prozessakten noch existieren, dürften sie in den Nationalarchiven der aus den Kolonien hervorgegangenen Länder verstreut liegen. Auch im Bundesarchiv in Berlin finden sich einige Zivilakten erstinstanzlicher Bezirksgerichte; zweitinstanzliche Obergerichtsakten dagegen nur ganz vereinzelt. Für einen Großteil der erstinstanzlichen Entscheidungen kommt zu diesen geographischen Hürden erschwerend hinzu, dass die Gerichtsakten weitgehend handschriftlich in Kurrentschrift verfasst sind.³¹ Wer sich hiervon nicht abschrecken lässt, wird Antworten auf viele Fragen finden, die hier nur anzudeuten sind.

a) Allgemeine Fragestellungen

Für alle Arten von Entscheidungen und Spruchkörpern (Kolonialgerichte und Verwaltungsbehörden) wird zunächst interessant sein: wer die Richter und die Parteivertreter waren; welche Arten von Zivilstreitigkeiten jeweils verhandelt wurden; wie lange die Verfahren dauerten; inwieweit das formal anwendbare Recht tatsächlich befolgt und in welchem Ausmaß Rechtsfortbildung betrieben wurde.

Für weitere Fragen bietet es sich an, zwischen Verfahren unter Deutschen, Verfahren unter Einheimischen und Verfahren zwischen beiden Bevölkerungsgruppen zu unterscheiden.

29 Vgl. *H. Jäckel*, Veröffentlichung von Entscheidungen der Kolonialgerichte, *Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft [ZfK]* 12 (1910), 862 (Hinweis auf wiederholte Aufrufe zur Veröffentlichung der Entscheidungen durch Teilnehmer des Kolonialkongresses 1910).

30 Zu Gerichtsentscheidungen aus Togo siehe demnächst *Kiefner*, *Koloniale Rechtsprechung* (Fn. 2).

31 Das kann ich mit Sicherheit jedenfalls für die erstinstanzlichen Kolonialgerichtsakten sagen, die sich im Bundesarchiv in Berlin befinden.

b) Verfahren unter Deutschen

Verfahren zwischen deutschen Parteien wird man ausschließlich in den Akten der Kolonialgerichte finden.³² Für diese Fallgruppe liegt – neben den bereits aufgeworfenen „allgemeinen“ Fragen – ein vergleichender Blick auf entsprechende Verfahren im Reichsgebiet auf der Hand, was freilich die Vorfrage voraussetzt, welche rechtlichen Standards überhaupt in Zivilverfahren des späten Kaiserreichs galten. Bestanden Unterschiede etwa hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit, der angewandten Prozessmaximen, der Verfahrensdauer, der Beweisaufnahme, der Vollstreckungsmodalitäten?

Obergerichtliche Entscheidungen wären daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit in Verfahren zwischen Deutschen Rechtsfortbildung betrieben wurde. Da bis zuletzt in Kolonialstreitigkeiten keine Revisionsinstanz existierte, der korrigierende Weg zum Reichsgericht nach Leipzig also versperrt war, erscheint es denkbar, dass die Rechtsprechung der Kolonialgerichte (insbesondere der zweitinstanzlichen Obergerichte) in Zivilsachen eine gewisse Eigenständigkeit von der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Reichsgebiet entwickelte. Dies bedürfte einer näheren Untersuchung.

Zu fragen wäre auch nach dem Zusammenspiel der Kolonialgerichte mit Gerichten des Reichsgebiets, etwa in Fällen mit grenzüberschreitendem Sachverhalt oder wenn nach einem Erkenntnisverfahren im Reichsgebiet gegen den Beklagten in einer Kolonie vollstreckt werden sollte. Aufgrund der Prämisse, dass für Deutsche auch in den Kolonien grundsätzlich die Reichsregeln zum Zivil- und Verfahrensrecht galten,³³ dürfte man die Zuständigkeit in Fällen mit grenzüberschreitendem Sachverhalt (z.B. Kläger im Reichsgebiet, Beklagter in einer Kolonie) nicht als Frage des internationalen Zivilprozessrechts begriffen, sondern schlicht die Zuständigkeitsregeln der Zivilprozessordnung zur Anwendung gebracht haben.³⁴

32 Siehe zur Gerichtsbarkeit für die deutsche Bevölkerung bei Fn. 22.

33 Siehe dazu oben Texts nach Fn. 21.

34 Dies legen Unterhaltsfälle nahe, in denen deutsche Klägerinnen mit Wohnsitz Reichsgebiet die deutsche Beklagte mit Wohnsitz in Lome (Togo) erfolgreich vor dem Bezirksgericht Lome – also dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagtenwohnsitzes (§ 12 ZPO) – auf Unterhalt für die gemeinsamen unehelichen Kinder in Anspruch genommen haben (Rechtssachen Gehrke gegen Radmer, BArch R 150/808 [1907]; Knegendorf gegen Brückner, BArch R 150/815 [1907]; siehe hierzu in Kürze Kiefner, Koloniale Rechtsprechung (Fn. 2), dort bei Fn. 64 ff.). Auch in der Kolonialrechtswissenschaft hat man die gerichtliche Zuständigkeit und das anwendbare Recht nicht

c) Verfahren unter Einheimischen

Zivilrechtliche Verfahren zwischen einheimischen Parteien werden in den Aktenbeständen der Verwaltungsbehörden zu finden sein.³⁵ Über diese Fallgruppe weiß man noch fast nichts. Die deutsche Kolonialpolitik und die Kolonialrechtsliteratur waren an den Rechten und Rechtsbeziehungen der einheimischen Bevölkerung untereinander im Ganzen wenig interessiert, sie betrachtete die „Eingeborenen“ als untergeordnete und unzivilisierte Bevölkerungsgruppe,³⁶ als „wirtschaftliches Aktivum“ (d.h. als menschliches Kapital) in der kolonialen Gesamtbilanz.³⁷ Dieses mangelnde Interesse erklärt vielleicht die naive Vorstellung des Kolonialgesetzgebers, dass deutsche Verwaltungsbehörden Streitigkeiten zwischen Einheimischen auf der Grundlage des lokalen Rechts entscheiden sollten³⁸ – eines Rechts, dessen Sprache sie nicht einmal verstanden. Aufschlussreich wird sein, wie die Bezirksämter und Gouvernements in den verschiedenen Kolonien sich dieser Aufgabe stellten: ob sie sich um eine Ermittlung des einschlägigen lokalen Normmaterials überhaupt ernsthaft bemühten oder in der Sache auf Regeln des Reichsrechts zurückfielen. Dabei muss auch die Möglichkeit bedacht werden, dass ein Großteil der aufgekommenen Streitigkeiten – insbesondere in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten – nicht vor den kolonialen Verwaltungsbehörden, sondern vor den traditionellen lokalen Streitbeilegungsinstitutionen ausgetragen wurde. Interessant wäre deshalb, welche Rechtsgebiete die bei den Behörden geführten Verfahren betrafen und wie sich deren Anzahl zur Gesamtbevölkerung verhielt.

Insgesamt blieb jedenfalls der Wissensstand zu den einheimischen Rechten bis zum Ende der Kolonialzeit gering und oberflächlich. *Josef Kohler* konzipierte einen Fragebogen zur Erforschung der einheimischen Rechte in den deutschen Kolonien, den die Kolonialverwaltung an Kolonialbeamte in

als Fragen des internationalen Zivilprozessrechts und internationalen Privatrechts aufgefasst, siehe etwa *v. Hoffmann*, Kolonialrecht (Fn. 28), S. 175 f.

35 Siehe zur Gerichtsbarkeit für die einheimische Bevölkerung bei Fn. 26.

36 Das springt überall ins Auge, siehe etwa *v. Hoffmann*, Kolonialrecht (Fn. 28), S. 173–175. Die Darstellung des Rechts der einheimischen Bevölkerung bei Hoffmann beschränkt sich auf den folgenden Satz: „Das bürgerliche Recht der Farbigen ist im wesentlichen [*sic*] ihr angestammtes.“ (*v. Hoffmann*, a.a.O., S. 187). Eine gewisse Ausnahme stellt Josef Kohler dar, der – trotz Verhaftung in damals gängigen rassistischen Denkstrukturen – ein genuines Interesse an der Erforschung der Rechts- und Kulturordnungen fremder Völker hatte; zu ihm bereits oben bei Fn. 24.

37 Vgl. hierzu *Feichtner*, Koloniales Wirtschaftsrecht (Fn. 17), S. 221 ff.

38 Siehe bei Fn. 24.

den Kolonien verschickte; bis zur Auswertung erhielt Kohler gerade einmal zehn Rücksendungen, aus denen er Abhandlungen über die lokalen Rechte verschiedener Kolonien verfasste.³⁹

d) Verfahren zwischen Einheimischen und Deutschen

Die Untersuchung von Verfahren zwischen einheimischen und deutschen Parteien wird ein besseres Verständnis davon ermöglichen, welche Institutionen (Gerichte? Verwaltungsbehörden?) für solche Konstellationen zuständig waren und welches Recht Anwendung fand.⁴⁰ Sie wird außerdem einen Blick auf die äußeren Umstände der Verfahren ermöglichen: Wer waren die einheimischen Kläger? Stellte eine Klage eines Einheimischen gegen einen Deutschen eine alltägliche prozessuale Situation dar? Welche Sachverhalte brachten Einheimische und Deutsche vor Gericht?

Zugleich (und wichtiger) wird diese Fallgruppe Auskunft über das prozessuale „standing“ einheimischer Parteien geben: Waren Verfahren einheimischer Kläger/Beklagter mit Verfahren deutscher Kläger/Beklagter unter Fairnessgesichtspunkten (jedenfalls ansatzweise) vergleichbar? Immerhin ging eines der Hauptargumente der kolonialpolitischen Ideologie dahin, dass westliche Kultur und Zivilisation der Kolonisatoren die „primitive“ einheimische Bevölkerung in einen höheren Zustand „heben“ und damit auch die Lebensverhältnisse des Einzelnen verbessern würden (sog. „Zivilisierungsmission“).⁴¹ Hiermit vertrüge sich eine vollständige prozessuale Entrechtung der einheimischen Bevölkerung nur schlecht. Um nicht in eine Rückprojektion heutiger Fairnessstandards zu verfallen, wird man sich

39 Siehe hierzu die – trotz ihres glorifizierend-verharmlosenden Blicks auf Kohlers Einstellung zum Kolonialismus informativen – Aufsätze von *B. Grossfeld/M. Wilde*, Josef Kohler und das Recht der deutschen Schutzgebiete, *RabelsZ* 58 (1994), 59 (67 ff.) und *B. Grossfeld/I. Theusinger*, Josef Kohler, Brückenbauer zwischen Jurisprudenz und Rechtsethnologie, *RabelsZ* 64 (2000), 696 (701 ff.). – Kohlers Aufsätze erschienen sämtlich in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (*ZVglRWiss*), deren Mitherausgeber er war (vgl. *Grossfeld/Wilde*, Josef Kohler, a.a.O., 71 mit Fn.103): *J. Kohler*, Das Recht der Marschallinsulaner, *ZVglRWiss* 14 (1897), 409–455; *ders.*, Das Recht der Herero, *ZVglRWiss* 14 (1900), 294–319; *ders.*, Das Recht der Papuas, *ZVglRWiss* 14 (1900), 321–394; *ders.*, Das Banturecht in Ostafrika, *ZVglRWiss* 15 (1902), 1–83; *ders.*, Das Recht der Betschuanen, *ZVglRWiss* 15 (1902), 321–335; *ders.*, Das Recht der Hottentotten, *ZVglRWiss* 15 (1902), 337–360.

40 Zu dieser Problematik oben bei Fn. 28.

41 Vgl. *S. Conrad*, Deutsche Kolonialgeschichte, 5. Aufl., München 2023, S. 25 f., 47 ff., 69 ff.

am Maßstab damaliger Zivilverfahren im Reichsgebiet orientieren müssen: Verfahrensgrundsätze, Verfahrensdauer, Umfang der Beweisaufnahme etc. Auch die Zahlen werden für sich sprechen: Wie viele Einheimische klagten gegen Deutsche, wie viele Deutsche umgekehrt gegen Einheimische? Wie gingen die Verfahren aus, bestanden signifikante Unterschiede in Erfolgsquoten?

Unabhängig von der Frage der prozessualen Gerechtigkeit wird schließlich die Frage stehen, wie stark Verfahren mit Beteiligung einheimischer Parteien von rassistischen Denkstrukturen⁴² geprägt waren. Solche Strukturen könnten insbesondere Eingang gefunden haben in die Beweiswürdigung (etwa bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen oder im Rückgriff auf alltägliche Erfahrungssätze für Anscheinsbeweise). Zu fragen wäre weiter, ob rassistisches Denken auch das Recht selbst (die Dogmatik) verändert hat, etwa indem ausgehend von rassistischen Annahmen juristische Argumente formuliert oder sogar Rechtsinstitute umgeformt wurden.

Eine weitere Ebene möglicher Einflussnahmen betrifft die sprachlich-kommunikative Gestaltung der Verfahren. Aus anderen Kontexten ist bekannt, dass die einheimische Bevölkerung nicht nur inhaltlich, sondern bereits im sprachlichen Zugriff herabgestuft wurde: etwa durch die systematische Verwendung informeller Anredeformen („Du“) oder anderer herabstufender Formen der Ansprache.⁴³ Auch solche scheinbar nebensächlichen sprachlichen Konventionen können Ausdruck und zugleich Verstärker einer hierarchisierenden Wahrnehmung gewesen sein, die sich in der Bewertung von Aussagen, im Umgang mit Parteien und letztlich in der rechtlichen Entscheidungsfindung niederschlug.

II. Kolonialrechtswissenschaft

Zur „Hochphase“ des deutschen Kolonialismus zählt nicht nur das in den Kolonien geltende und angewandte Recht, sondern auch seine wis-

42 Als rassistische Denkstrukturen werden hier und im Folgenden nicht nur Zuschreibungen mit überzeugt rassistischer Intention verstanden, sondern auch solche opportunistischer oder schlicht unreflektierter Sprecher. Im Einzelnen müssen solche rassistischen Zuschreibungen freilich näher eingeordnet werden.

43 Jedenfalls in Togo wurden einheimische Parteien konsequent (auch in Schriftstücken wie Ladungsschreiben etc.) geduzt. Vgl. hierzu in Kürze *Kiefner*, Koloniale Rechtsprechung (Fn. 2), dort bei Fn. 29.

senschaftliche Erfassung und Bearbeitung. Zur Herausbildung des Kolonialrechts als eigenes Rechtsgebiet trug die begleitende Disziplin der Kolonialrechtswissenschaft entscheidend bei, die (insbesondere hinsichtlich ihrer zivilrechtlichen Teile) noch weitgehend unerforscht ist. *Hermann Edler von Hoffmann, Philipp Zorn, Karl von Stengel, Johannes Gerstmeyer*: Die Namen von Kolonialrechtlern mit staatsrechtlichem Hintergrund sind bekannt.⁴⁴ Welche Rechtswissenschaftler aber interessierten sich für das koloniale Zivilrecht? Was brachte sie dorthin, was beschäftigte sie vor und nach der Kolonialzeit? Aus der Hochphase des Kolonialismus ist hier erst ein prominenter Name bekannt: *Josef Kohler*, der sich im Rahmen seiner rechtsvergleichenden Arbeiten auch und insbesondere für die einheimischen Rechtsordnungen der Kolonien interessierte. Auch wenn seine Methode, Fragebögen an deutsche Kolonialrichter und -beamte zu versenden, nicht von großem Erfolg gekrönt war, verfasste er aus dem wenigen ihm zugänglichen Material immerhin eine Reihe von Abhandlungen über die Rechte verschiedener Völker in den deutschen Kolonien.⁴⁵

Interessant ist nicht nur, wer die führenden Protagonisten des kolonialen Zivilrechts waren, sondern auch, wo sich der kolonialrechtliche Diskurs abspielte. Bekannt ist, dass seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert kolonialspezifische Publikationsorgane gegründet wurden, so die Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaftsrecht und die Deutsche Kolonialzeitung. Wurde die kolonialrechtliche Diskussion mehrheitlich in diesen Zeitschriften geführt oder fand sie auch in allgemeinen (fächerübergreifenden) Fachzeitschriften (etwa der Juristischen Wochenschrift oder der Deutschen Juristen-Zeitung) statt? Das dürfte Aufschluss darüber geben, ob das Kolonialrecht als Rechtsgebiet eher isoliert behandelt und angesehen wurde oder es zu einem fächerübergreifenden Austausch kam. Dass das Kolonialrecht nach dem Verlust der Kolonien zwischenzeitlich völlig in Vergessenheit geraten ist, mag Anlass zur Vermutung geben, dass es sich auch damals um eine eher isoliert gepflegte Disziplin handelte. Allerdings bestand das Kolonialrecht in großen Teilen nicht aus neuem Normmaterial, es handelte sich vielmehr um ein Konglomerat aus verschiedenen bereits bestehenden Regelungsmaterien, die unter dem Dach des

44 Siehe zu ihnen und anderen Kolonialstaatsrechtlern mit weiteren Nachweisen etwa *Cancik*, Geschichte (Fn. 18), S. 47 (53 ff.).

45 Hierzu siehe bereits Fn. 39.

kolonialen Kontextes zusammengefasst wurden⁴⁶ und sich für eine fächerübergreifende Diskussion eigentlich eignen mussten.

III. Kontext und Kontinuitäten

Ein weiterer Komplex betrifft den historischen Kontext des staatlichen deutschen Kolonialismus, gewissermaßen seine Vorphase und seine Nachwirkungen.

1. Kolonialismus und Zivilrecht vor 1884

Die Frage nach der Vorphase des deutschen Kolonialismus zielt darauf ab, ob schon vor der Errichtung der „Schutzgebiete“ koloniale Denkstrukturen Einfluss auf den Zivilrechtsdiskurs des 19. Jahrhunderts hatten. Solche Strukturen könnten aus dem Ausland (insbesondere den kolonialen „Vorbildern“ England und Frankreich) oder aus der allgemeinen politischen und zivilgesellschaftlichen Kolonialdebatte übernommen worden sein. Es wäre zu untersuchen, welche einflussreichen zivilrechtlichen Denker des 19. Jahrhunderts sich für Kolonialismus interessierten und ob und wie sich dies in ihren Arbeiten niederschlug. Aufschlussreich kann auch die Untersuchung von Entscheidungen deutscher Gerichte mit vor- und frühkolonialen Sachverhalten sein, etwa zu Rechtsstreitigkeiten von deutschen Kaufleuten und Missionaren, die sich in vielen der späteren Kolonien schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts niedergelassen hatten und über ihre verstärkte Präsenz eine Art Vorstufe zum staatlichen Kolonialismus bildeten.⁴⁷

Die Untersuchung des historischen Kontextes ist selbstredend nicht auf das 19. Jahrhundert und auf Deutschland beschränkt, sondern kann auch den westeuropäischen Kolonialismus als Gesamtphänomen in den Blick

46 Das wird etwa am Inhalt und Aufbau damaliger Lehrbücher zum Kolonialrecht deutlich, die sich aus Abschnitten zur staatsrechtlichen Organisation der Kolonien, zur Verwaltung und zur Rechtspflege in verschiedenen Fachrechten (bürgerliches Recht, Grundstücksrecht, Bergrecht, Strafrecht, Verfahrensrecht) zusammensetzten (vgl. v. *Hoffmann*, Kolonialrecht (Fn. 28), passim).

47 Zu Kaufleuten und Missionaren als „Wegbereitern“ des staatlichen Kolonialismus siehe *Fischer*, Kolonien (Fn. 3), S. 26–30. Darauf, dass es Entscheidungen deutscher Gerichte mit solchen vorkolonialen Sachverhalten gab, hat *Zollmann* aufmerksam gemacht (*Zollmann*, Recht sprechen (Fn. 5), 52 ff.).

nehmen. Der staatliche Kolonialismus in England, Frankreich, Spanien, Portugal und den Niederlanden reicht bis an die Anfänge des 17. Jahrhunderts zurück. Diese Staaten werden dem deutschen Kolonialgesetzgeber bei vielen rechtspolitischen Grundsatzentscheidungen als (positives oder negatives) Beispiel gedient haben.

2. Kolonialismus und Zivilrecht nach 1918

Die Frage nach kolonialen Kontinuitäten polarisiert, sie ist aber relevant. Ebenso wie das deutsche Zivilrecht aus seiner nationalsozialistischen Vergangenheit gelernt hat – erinnert sei etwa an die Abkehr von Gedanken einer materiellen Vertragsgerechtigkeit im Schmidt-Rimplerschen Sinne⁴⁸ –, sollte es aus seiner kolonialen Vergangenheit lernen können.

Soweit Kontinuitäten existieren, werden diese subtiler sein als solche aus dem Nationalsozialismus. Das liegt auch daran, dass die deutsche koloniale Rechtspflege ein abgeschlossenes (oder besser: aus dem Reichsgebiet „ausgeschlossenes“) System bildete: Gegen Entscheidungen der Kolonialgerichte gab es nicht die Möglichkeit, Rechtsmittel zum Reichsgericht oder zu anderen Gerichten im Reichsgebiet einzulegen;⁴⁹ unmittelbare Verschränkungen und Einflüsse der kolonialen Rechtspraxis auf das Zivilrecht im Reichsgebiet erscheinen deshalb eher unwahrscheinlich.

Das muss aber nicht bedeuten, dass es überhaupt keinen Rückfluss von Denkstrukturen aus den Kolonien gab. Viele Kolonialbeamte, Juristen und sonstige deutsche Bewohner der Kolonien kehrten mit ihren kolonial geprägten Anschauungen ins Reichsgebiet zurück. Die Zustände in den Kolonien waren vielleicht auch Ausdruck des damaligen Zeitgeistes: das Überlegenheitsdenken gegenüber einer angeblich kulturell unterlegenen, „primitiven“ einheimischen Bevölkerung; die damit zusammenhängende Zivilisierungs- bzw. Erziehungsmission; die Legitimation der wirtschaftlichen Ausbeutung auf dem Rücken schwacher Bevölkerungsschichten. Wie stark diese Muster, die immerhin zur Zeit der Entstehung des BGB gesellschaftlich und politisch sehr präsent waren, in unser Zivilrecht Eingang gefunden haben und dort vielleicht in abgewandelter Form noch immer zu finden sind: das ist eine Frage, die sich zu stellen lohnt, ergebnisoffen und frei von Rückschauverzerrungen.

48 W. Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130–197.

49 Siehe oben bei Fn. 22.

C. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen bilden nur einen Bruchteil möglicher Fragen und Perspektiven, mit denen sich die Privatrechtsgeschichte dem früheren deutschen kolonialen Zivilrecht nähern kann. Wichtiger als das „Wie“ ist das „Ob“: Mehr als 100 Jahre nach dem Ende des deutschen staatlichen Kolonialismus liegen große Teile des kolonialen Zivilrechts noch vollständig im Dunkeln. Licht in dieses Dunkel zu bringen ist nicht nur eine wissenschaftliche Chance, sondern auch eine „historische Verpflichtung“, wie jüngst eine kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN an die Bundesregierung zum Thema „Aufarbeitung der deutschen Kolonialvergangenheit“ bekräftigte.⁵⁰ Darin wurde die Bundesregierung u. a. nach ihrem Engagement zur Erforschung des Kolonialrechts befragt:

- „23. Inwiefern plant die Bundesregierung, die Forschung zu Justizverfahren in den deutschen Kolonien weiterhin zu unterstützen?
24. Welche politischen Konsequenzen wird die Bundesregierung aus nachgewiesenen Unrechtsurteilen der deutschen Kolonialjustiz ziehen?“⁵¹

In ihrer Antwort auf beide Fragen verweist die Bundesregierung auf das vom Auswärtigen Amt seit 2024 (mit Mitteln in Höhe von 50.000 Euro⁵²) geförderte Projekt „German Colonialism and the Law“ an der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.⁵³ Ausweislich des Internetauftritts widmet sich das Projekt der kolonialen Vergangenheit vor allem aus der Perspektive des Strafrechts.⁵⁴ Es ist höchste Zeit, vergleichbare Forschungsprojekte mit Fokus auf die zivilrechtliche Perspektive anzustoßen.

50 Kleine Anfrage der Abgeordneten Awet Tesfaiesus, Jamila Schäfer, Claudia Roth, Schahina Gambir, Deborah Düring, Luise Amtsberg, Dr. Robert Habeck, Robin Wagener, Boris Mijatovic und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 21/845 v. 10.7.2025, S. 2 (abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/21/008/2100845.pdf>; zuletzt abgerufen am 31.12.2025).

51 Kleine Anfrage (Fn. 50), S. 4.

52 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Awet Tesfaiesus, Jamila Schäfer, Claudia Roth weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 21/845 –, BT-Drs. 21/1238 v. 14.08.2025, S. 5 (abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/21/012/2101238.pdf>; zuletzt abgerufen am 31.12.2025).

53 Antwort der Bundesregierung (Fn. 52), S. 8.

54 Abrufbar unter <https://fli.berlin/crimcol/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2025).

„Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt...“
Die Dogmatik des Gutachtenmangels nach § 8a II JVEG am
Beispiel psychologischer Gutachten in Kindschaftssachen

Alica Mohnert*

Gerichtlich angeforderte Sachverständigengutachten sind nicht immer fachlich einwandfrei. Zwar benennt das einschlägige Gesetz mittlerweile Rechtsfolgen für Gutachtenmängel, doch es fehlt an einer Legaldefinition. Abhilfe schafft eine Analogie zum Werkvertragsrecht, die sich von einer Jahrzehnte alten, bereits damals verfehlten BGH-Entscheidung löst.

I. Einleitung

Wer urteilt de facto, wenn das Gericht von den entscheidungsrelevanten Tatsachen mangels Vorwissens eigentlich kein wirkliches Verständnis hat? Die Auslagerung der Entscheidung auf einen Sachverständigen ist rechtsstaatlich problematisch und trägt das Risiko in sich, dass mangelhafte Begutachtung unbemerkt durchgewunken und der unterlegenen Partei zu Unrecht erhebliche Kosten auferlegt werden, insbesondere, da der Begriff des Gutachtenmangels nicht legaldefiniert ist. Am Beispiel psychologischer Gutachten, wie sie häufig von Familiengerichten angefordert werden, lässt sich zeigen: Diese in Rechtsprechung und Literatur herrschende Unsicherheit lässt sich jedoch methodisch begründen. Mit einem klaren Verständnis davon, was einen Gutachtenmangel ausmacht, kann eine im Prozess unterlegene Partei sich zumindest gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss wehren. Das Kostenrisiko für den Steuerzahler dagegen setzt sich fort, solange die Gerichte sich davor scheuen, Gutachten angemessen intensiv auf ihre Güte hin zu kontrollieren, anstatt ihnen weitgehend unkritisch zu folgen.

* Dipl.-Psych. Ass. iur., Mag. iur., LL.M. (CUPL/中国政法大学).

II. Problemaufriss: Wenn Richter das Gutachten nicht verstehen

Um einen Sachverhalt in allen relevanten Aspekten einordnen zu können und auf dessen Basis zu einer möglichst korrekten juristischen Tatsachenentscheidung zu gelangen, benötigen Gerichte durchaus regelmäßig externen Sachverstand. Erst hierdurch werden Richterinnen und Richter in diesen Fällen potentiell die Lage versetzt, ein komplexes Geschehen zu erfassen und gerecht darüber zu urteilen, denn das Jurastudium und die praktische Ausbildungszeit enthalten in aller Regel keinerlei fachübergreifende Lehreinheiten in Pferdezucht, Kfz-Reparatur, Zahnprothesenanfertigung oder Bindungsdiagnostik im Kleinkindalter, um nur ein paar gängige Felder zu nennen, in denen Rechtsstreitigkeiten unter Zuhilfenahme von Gutachten geführt werden.

Das Verfahrensrecht sieht daher vor, dass das Gericht einen oder mehrere Sachverständige gemäß §§ 402 ff. ZPO heranzieht, um sich ein – typischerweise schriftliches – Gutachten (§ 411 ZPO) erstatten zu lassen. Als Sachverständiger zu arbeiten, ist für manche Fachkräfte ein Nebenerwerb, andere dagegen nehmen gerichtliche, außergerichtliche und private Aufträge hauptberuflich an. Selbst im gerichtlichen Kontext ist Gutachtenerstellung oft kostspielig; die aktuellen Sätze finden sich in der Anlage 1 des Justizvergütungs- und entschädigungsgesetzes (JVEG).¹ Der derzeit² niedrigste Stundensatz beträgt 76 Euro für das Sachgebiet Textilien, Leder und Pelze, der höchste 169 Euro für das Sachgebiet Ursachenermittlung und Rekonstruktion von Unfällen bei Fahrzeugen, außer Luftfahrzeugen. Für die meisten Sachgebiete fallen 114 Euro die Stunde an. Gesamtkosten, die letztendlich im mittleren fünfstelligen Bereich auskommen, sind bei stundenintensiven Begutachtungen keine seltenen Ausnahmen. Gemäß § 91 ZPO, §§ 3, 29 Nr. 1, 31 II GKG i. V. m. Anlage 1 Ziffer 9003 GKG trägt diese stattlichen Beträge grundsätzlich die unterlegene Partei.

Insbesondere in Kindschaftssachen vor dem Familiengericht sind psychologische Sachverständigengutachten gang und gäbe: in erster Instanz in 20 % der Fälle, in zweiter Instanz sogar in 28 %.³ Es geht in diesen Fällen

1 Erlassen am 05.05.2004 (BGBl. I S. 718) als Teil des Ersten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes.

2 Zuletzt angepasst am 01.06.2025 durch das Kosten- und Betreuervergütungsrechtsänderungsgesetz 2025, BGBl. 2025 I Nr. 109 vom 10.04.2025.

3 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage 19/20100 zur Qualität des Gutachterwesens in familienrechtlichen Gerichtsverfahren, BT-Drs. 19/20876, 07.07.2020, S. 2.

also nicht nur um die nahe und längerfristige Zukunft eines oder mehrerer Kinder, sondern oft auch um eine Menge Geld. Unter diesen Vorzeichen erscheint es äußerst wünschenswert, dass die Begutachtung fachlich korrekt abläuft und zu zutreffenden, kindeswohldienlichen Schlüssen führt.

In der Realität des familiengerichtlichen Sitzungssaales sieht es jedoch trüber aus: Ob ein Gutachten Qualitätsstandards für psychologische Gutachten⁴ sowie die Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht⁵ der Arbeitsgruppe „Familienrechtliche Gutachten“ des Bundesjustizministeriums erfüllt sowie taugliche Antworten für die richterlichen Fragen liefert, das kann in vielen Fällen keine einzige Person im Verfahren einschätzen. Selbst, wenn die Familienrichterin ihrer verhältnismäßig neuen Fortbildungsobliegenheit gemäß § 23b III 3 GVG⁶ nachkommt und dort Grundkenntnisse der Psychologie, insbesondere der Entwicklungspsychologie des Kindes, und der Kommunikation mit Kindern erlangt, ist näheres Wissen über psychologische Diagnostik und das Gutachterwesen damit noch nicht zwingend mitumfasst. Die anwaltlichen Parteivertreter unterliegen überhaupt keiner thematisch spezifischen Fortbildungsverpflichtung; sie können ihren Fachanwaltstitel auch durch den Besuch anderer Veranstaltungen aufrechterhalten.⁷ Lediglich Verfahrensbeistände müssen, ähnlich den Familienrichtern, gemäß § 158a I 1 FamFG⁸ durch Fortbildung Kenntnisse der Entwicklungspsychologie des Kindes erlangen und über kindgerechte Gesprächstechniken verfügen, was wiederum nicht zwingend Lerninhalte zu psychologischen Gutachten beinhaltet. Verfahrensbeistände vertreten die Interessen des minderjährigen Kindes unabhängig vom Willen der Elternteile; sie werden allerdings bei weitem nicht in allen Kindschaftssachen bestellt. Sofern das

4 Diagnostik- und Testkuratorium der Föderation Deutscher Psychologinnenvereinigungen, Qualitätsstandards für psychologischen Gutachten, Berlin 2017.

5 Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten, Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin 2025.

6 Erlassen am 16.06.2021 (BGBl. I S. 1810) als Teil des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, in Kraft getreten zum 01.01.2022. Die Norm sieht keine Sanktion dafür vor, wenn Familienrechtsdezernatsinhaber dennoch keine passende Fortbildung aufsuchen.

7 Siehe § 12 Fachanwaltsordnung (FAO), wonach die nachzuweisenden besonderen Kenntnisse im Familienrecht keine Bezüge zur Psychologie beinhalten. Um den jeweiligen Titel des Fachanwalts behalten zu können, sind gemäß § 15 III FAO jährlich 15 Zeitstunden Fortbildung erforderlich.

8 Ebenfalls in Kraft getreten zum 01.01.2022 im selben Gesetzgebungsverfahren; eine Bestellung als Verfahrensbeistand hängt vom Nachweis dieser Kenntnisse ab.

Jugendamt in das Verfahren einbezogen ist (vgl. § 162 II FamFG), handelt es sich bei dessen Vertreter oft um eine Sozialpädagogin oder einen Sozialarbeiter. Obgleich psychologische Diagnostik nicht zu deren Kernbereich zählt, besteht zumindest die Möglichkeit, dass der Anwesende etwas Erfahrungswissen im Hinblick auf Gutachten mitbringt. Für eine umfassende Qualitätskontrolle genügt dies jedoch in der Regel nicht.

Kurzum: Wenn ein Gutachten inhaltlich und methodisch nichts taugt, erkennt das im Zweifel niemand. Es ist nicht einmal gesichert, dass das Gutachten überhaupt intensiv gelesen wurde. Die Teile, die für Juristen unbekannte Materie und Darstellungsweisen enthalten, werden gelegentlich übersprungen, im Extremfall wird sogar nur die letzte Seite für das Gesamtergebnis gelesen.⁹ Familienrichter möchten sich diese Blöße jedoch nicht geben, und so kommt es trotz dem geringen Durchdringungsgrad zu dem vielfach reproduzierten Satz: „Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt...“, und es folgt eine mehr oder weniger vollständige Übernahme der Empfehlung des Gutachters.

Sich schlicht auf die Qualität eines Gutachtens zu verlassen, ist keine gute Idee: Die Hagener Studie von *Salewski/Stürmer* stellte u. a. fest, dass in gut der Hälfte der untersuchten psychologischen Gutachten in Kindschaftsverfahren nicht einmal die richterlichen Fragen in psychologische Untersuchungshypothesen umgewandelt worden waren, womit die zentrale Grundlage einer wissenschaftlichen psychologischen Diagnostik entzogen ist.¹⁰ Aus fachlicher Sicht hätten diese Gutachten für eine gerichtliche Entscheidungsfindung daher keine Berücksichtigung finden dürfen. Als noch unbeliebter erwies es sich, die Auswahl der eingesetzten diagnostischen Verfahren zu begründen – ein weiteres schwerwiegendes Problem für die Nachvollziehbarkeit durch das Gericht.¹¹ Schlechte Gutachten sollten nicht einfach so durchgewunken werden, und doch geschieht es regelmäßig.

Davon abgesehen, dass auf die Gutachtenqualität nicht ungeprüft vertraut werden sollte, gibt es hiermit auch rechtsstaatliche Probleme. Der Richter kann nicht einfach seine originäre Aufgabe de facto an den Gutachter delegieren. Er muss das Gutachten nachvollziehen und auf seine

9 Verf. verfügt über anekdotische Kenntnis zum Thema durch ihre hauptberufliche bundesweite Tätigkeit als Justizfortbildungsdozentin, in der u. a. der Umgang mit Gutachten und deren Qualitätsstandards zur Sprache kommen.

10 C. Salewski/S. Stürmer, Qualität familienrechtspsychologischer Gutachten, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2015, 4 (8).

11 Dies., Qualität familienrechtspsychologischer Gutachten (Fn. 10), 8.

Richtigkeit überprüfen, also die Begründungen des Sachverständigen selbst durchdenken, anstatt sich auf die die Autorität des Sachverständigen zu verlassen. Sollte sich das Gericht auch durch eventuelle Nachfragen nicht von der Überzeugungskraft des Gutachtens überzeugen können und es fehlt an weiteren Beweismitteln, hat es ggf. ein weiteres Gutachten einzuholen, ansonsten aber eine Beweislastentscheidung zu treffen.¹²

Die einzige Verfahrensbeteiligte, die die Qualität eines Gutachtens anzweifelt, ist typischerweise die unterlegene bzw. voraussichtlich unterliegende Partei, ironischerweise ebenfalls unabhängig von der tatsächlichen fachlichen Überzeugungskraft des Gutachtens. Das Mittel der Wahl ist die Beauftragung einer methodenkritischen Stellungnahme durch eine andere Fachperson aus demselben Fachgebiet zu dem vorliegenden Gutachten. Es handelt sich dabei nicht um eine Neu-, Zweit- oder Gegenbegutachtung unter Wiederholung der Datenerhebung, erst recht nicht um ein Gefälligkeitsgutachten.¹³ Eine methodenkritische Stellungnahme prüft lediglich, ob das vorliegende Gutachten vollständig und fachlich korrekt erstellt wurde und zu nachvollziehbaren Schlüssen kommt, die eine adäquate Grundlage für die juristische Tatsachentscheidung bieten. Kostenneutral ist dieses Vorgehen nicht. Die Stellungnahme geht auf Privatrechnung der beauftragenden Partei und kann in der Folge als qualifizierter, urkundlich belegter Teil des Sachvortrages in den Prozess eingebracht werden,¹⁴ allerdings, ohne dass diese Zusatzkosten ohne weiteres im Erfolgsfall auf die Gegenseite umgeschichtet werden könnten: Eine Erstattung kommt nur dann in Betracht, wenn eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte.¹⁵

Wenn eine methodenkritische Stellungnahme – mitunter gravierende – Gutachtenmängel aufdeckt, stellt sich die Frage, wie dem rechtlich begegnet werden kann.

12 D. Effer-Uhe, Zivilrechtliche Bestimmungen in gutachtlich relevanten Ausschnitten, in: R. Dohrenbusch (Hrsg.), Psychologische Begutachtung, Berlin/Heidelberg 2025, S. 27 (35).

13 K. Lack/A. Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, Köln 2019, Rn. 176.

14 C. Katzenmeier, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 17. Aufl., Neuwied 2025, Vor §§ 402 ff., Rn. 8.

15 BGH, Beschluss vom 20.12.2011 – VI ZB 17/11, Rn. 12.

III. Rechtlicher Umgang mit Gutachtenmängeln: § 8a II JVEG

Lange Zeit existierte keine Norm, die den Umgang mit Gutachtenmängeln hätte regeln können, und das, obwohl der Einsatz Sachverständiger vor Gericht schon sehr lange gesetzlich anerkannt ist. Bereits 1879 trat das Zeugen- und Sachverständigenentschädigungsgesetz (ZSEG) in Kraft.¹⁶ Zum Thema Gutachtenmängel hatte es allerdings nichts beizutragen. Wohl aus diesem Grund entwickelte sich ein reges Richterrecht, das die Rechtsprechung und Literatur bis heute maßgeblich beeinflusst. Seit 2004 gilt jedoch das JVEG, das die Rechtsfolgen von Gutachtenmängel (mittlerweile) über seinen § 8a II regelt. Mehr dazu sogleich (siehe III.3).

1. Mangelbegriff *sui generis*?

Der typische Ausgangspunkt in der Auslegung des Mangelbegriffs wäre das Studium des Normtextes selbst. Doch hier stößt der Rechtsanwender sogleich auf eine Wand: Überraschenderweise enthält der Wortlaut des § 8a II JVEG weder eine Legaldefinition noch nimmt er Rückbezüge auf sonstige Normen, aus denen sich der jeweilige Mangelbegriff ergäbe. Auch die Heranziehung systematischer Argumente für die Auslegung führt nicht weiter: Nirgends im JVEG findet sich sonstig ein Hinweis, was unter einem Gutachtenmangel zu verstehen sein soll. Dies könnte man einerseits so deuten, dass der Gesetzgeber (voreilig) davon ausging, es liege auf der Hand, welcher Mangelbegriff gemeint sei, andererseits könnte damit gemeint sein, es handle sich um einen Mangelbegriff *sui generis*. Als passendes Rechtsregime zur Entlehnung des Mangelbegriffs wäre das Werkvertragsrecht naheliegend, denn für *außergerichtliche* gutachterliche Tätigkeit und für Privatgutachten sind sich Literatur¹⁷ und ständige Rechtsprechung¹⁸ völlig einig: hierbei handelt es sich um einen Werkvertrag nach § 631 I BGB. Sobald aber der „Auftraggeber“ ein Gericht ist, soll es

16 Erlassen am 30.06.1878 (RGBl. S. 173).

17 A. Weglage, Die Vergütung des Sachverständigen, 4. Aufl., Wiesbaden/Heidelberg 2022, 3; B. Retzlaff, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 85. Aufl., München 2025, § 631 BGB Rn. 24; K. Bleutge/W. Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 6. Aufl., München 2021, § 9, Rn. 11.

18 Anstelle vieler BGH, Urteil vom 04.04.2006 – X ZR 122/05, Rn. 5.

sich anders verhalten.¹⁹ Der Ursprung dieser Annahme entstammt einer alten BGH-Entscheidung.

2. BGH-Senat für Patentanwaltssachen 1975

Die einflussreichste höchstrichterliche Entscheidung, die im Zusammenhang mit Gutachtenmängeln immer wieder zitiert wird, ist der Beschluss des BGH-Senats für Patentanwaltssachen von 1975.²⁰ Damals befand der Senat unter Zugrundelegung des damals gültigen ZSEG:

„§ 3 I [ZSEG] bestimmt, daß Sachverständige für ihre Leistung entschädigt werden. Das Gesetz enthält keine Regelung darüber, ob der Sachverständige auch dann zu entschädigen ist, wenn er, zum Beispiel durch seine Ablehnung wegen Befangenheit, die Unverwertbarkeit des von ihm erstatteten Gutachtens verursacht hat. Die Anwendung bürgerlichrechtlicher [sic] Bestimmungen, etwa des Dienst- oder Werkvertrages, auf diesen Fall kommt nicht in Betracht, weil die bürgerlichrechtlichen Regelungen über Leistungsstörungen oder Mängelhaftung nicht auf den Fall zugeschnitten sind, daß die Leistungen in Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht erbracht werden, der sich bestimmte Personen bei der Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens nicht entziehen können (vgl. § 407 ZPO).“²¹

Aufgrund dieses Abschnitts lehnen seitdem Rechtsprechung und Literatur (siehe III.4) rundweg ab, dass der rechtliche Umgang mit Gutachtenmängeln irgendetwas mit Dienst- oder Werkvertragsrecht gemein haben könnte. Stattdessen konzentrierte der Senat sich auf das ZSEG. Dort war für die eigentliche Frage allerdings, wie schon erwähnt, wenig zu holen. Der § 3 I ZSEG besagte höchst lapidar, dass Sachverständige für ihre Leistungen entschädigt würden. Eigentliche Bezüge zur Problematik von Gutachtenmängeln enthielt dagegen das gesamte ZSEG nicht, was Anlass für die obenstehende, richterrechtlich orientierte Passage gewesen sein dürfte. Zentral in dieser Entscheidung war also die Ablehnung einer bürgerlichrechtlichen Lösung für ein unverwertbares vom Gericht angefordertes Gutachten, basierend auf einem einzigen Argument: dass es sich bei so einem Gutachten um eine staatsbürgerliche Pflicht handele, weil der Sachverständige es nach § 407 ZPO erstatten *müsse*.

19 Vgl. *Weglage*, Die Vergütung des Sachverständigen (Fn. 17), 125.

20 BGH, Beschluss vom 15.12.1975 – X ZR 52/73.

21 BGH, Beschluss vom 15.12.1975 – X ZR 52/73, Rn. 4.

Allerdings besteht eine allgemeine Pflicht zur Gutachtenerstattung außerhalb von § 407 ZPO nicht.²² Verpflichtet ist ein Sachverständiger dazu nur, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerb ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist; des weiteren natürlich derjenige, der sich zur Gutachtenerstellung bereit erklärt.²³ Selbst unter den sonst verpflichtenden Umständen kann dem Sachverständigen ein Verweigerungsrecht nach § 408 ZPO zustehen. In der Praxis wird ein Gericht davon absehen, jemanden heranzuziehen, der bei der Voranfrage mitteilt, allenfalls in zehn Monaten überhaupt mit der Datenerhebung beginnen zu können. Es ist ein Bonmot in der Justiz, dass man entweder ein schnelles oder ein gutes Gutachten bekommen kann. Die Entscheidung von 1975 lässt die Umstände, unter denen ein gerichtliches Gutachten erstellt zu werden pflegt, um einiges mehr von Zwang gekennzeichnet aussehen, als sie es in Wahrheit praktisch sind. Die beiden einschlägigen Normen der ZPO galten auch damals schon inhaltsgleich wie heute. Das Argument der „staatsbürgerlichen Pflicht“²⁴ erscheint nicht sonderlich ausgefeilt, um sich der Dogmatik eines Gutachtenmangels nähern zu können.

Zuzugeben ist natürlich ein markanter Unterschied zum freien Markt insoweit, als dass gerichtlich beauftragte Sachverständige ihre Stundensätze nicht mit der heranziehenden Stelle aushandeln, wie es im bürgerlichen Rechtsverkehr der Fall wäre, sondern diese gesetzlich festgelegt sind.²⁵ Dies und der Umstand, dass ein Gericht in der Tat kein gleichrangiger privater Akteur, sondern Teil des Staates ist, erlauben, zuzustimmen, dass der Sachverständige keinen bürgerlich-rechtlichen Werkvertrag mit dem Gericht schließt und es deshalb auch nicht möglich ist, Leistungsstörungen oder Mängelhaftung unmittelbar über das Werkvertragsrecht zu lösen.

Aber ist es angemessen, aufgrund dieser Entscheidung *jegliche* Nähe zum Werkmangel abzulehnen? Hier wird das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Denn einen zentralen Punkt darf man bei der Auslegung des Gutachten-

22 S. F. Thönissen/S. Scheuch, in: V. Vorwerk/C. Wolf (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar ZPO, 58. Edition, München 2025, Stand 01.09.2025, § 407 ZPO, Rn. 1.

23 *Dies.*, (Fn. 22), § 407 ZPO, Rn. 5.

24 BGH, Beschluss vom 15.12.1975 – X ZR 52/73, Rn. 4.

25 Heutzutage einzusehen in Anlage 1 des JVEG, zuletzt angepasst am 01.06.2025 durch das Kosten- und Betreuervergütungsrechtsänderungsgesetz 2025, BGBl. 2025 I Nr. 109 vom 10.04.2025.

mangelbegriffs ohnehin nicht vergessen: Diese BGH-Entscheidung bezieht sich auf ein längst außer Kraft getretenes Gesetz. Selbst, wenn das ZSEG eine Mangeldefinition umfasst hätte, so wäre sie grundsätzlich irrelevant für die Auslegung des heutigen Rechtsstandes.

3. Seit 2004: das JVEG

Ähnlich, wie Rechtsprechung zum Schuldrecht vor der Schuldrechtsreform 2002 nicht ohne weiteres ohne gesetzgeberische Anweisung auf aktuelle Rechtsbegriffe als verbindlich übertragen werden kann, sofern sich die Rechtsgrundlagen wesentlich geändert haben, so dass die Übertragbarkeit der früheren Argumentation zumindest einer Begründung bedarf, wurde die BGH-Entscheidung von 1975 mit Inkrafttreten des JVEG²⁶ am 01.07.2004 grundsätzlich obsolet. Freilich finden sich schon deswegen keine solchen Überlegungen des Gesetzgebers zur Frage der Übertragbarkeit der Judikatur zu Gutachtenmängeln in den Gesetzgebungsmaterialien,²⁷ weil das ZSEG das Thema Gutachtenmängel aussparte und auch das JVEG bei seinem Erlass noch keine explizite Norm enthielt, die den Wegfall oder die Beschränkung des Vergütungsanspruches eines Sachverständigen regelte. Mit der Einführung des § 8a JVEG wurde diesem Umstand (erst) am 01.08.2013 abgeholfen.²⁸ Eine historische Auslegung hat also an der Einführung dieser Vorschrift anzusetzen. Zu diesem Zeitpunkt beschränkte sich die Regelung jedoch darauf, den Wegfall der Vergütung wegen Mangelhaftigkeit als Unterfall mitaufzulisten. 2021 nahm die Norm hinsichtlich Mangelhaftigkeit die aktuell gültige Form an, ohne je eine Legaldefinition des „Mangels“ herbeizuführen;²⁹ in der Entwurfsbegründung findet sich lediglich ein kurzer Wink zu einem Kommentar,³⁰ der Einzelfälle aus der

26 Erlassen am 05.05.2004 (BGBl. I S. 718) als Teil des Ersten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes.

27 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drs. 15/1971, 11.11.2003.

28 Erlassen am 23.07.2013 (BGBl. I S. 2586) als Teil des Zweiten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drs. 17/11471, 14.11.2012.

29 Erlassen am 21.12.2020 (BGBl. I S. 3229) als Teil des Kostenrechtsänderungsgesetzes.

30 P. Meyer/A. Höver/W. Bach/B. Jahnke, JVEG, 27. Aufl., Köln 2018, § 8a, Rn. 14 ff.

Rechtsprechung aufgreift.³¹ Eine nähere Einordnung fand offensichtlich nicht statt. Vielmehr wurde dem Sachverständigen ein Recht zur zweiten Andienung eingeräumt, soweit der Mangel nicht grundlegend sei oder Mängelbeseitigung offensichtlich ausgeschlossen. Zusätzliche Vergütung erhält der Nachbessernde natürlich und nunmehr auch gesetzlich festgehalten nicht (§ 8a II 3 JVEG). In der Praxis relevant ist schließlich noch der Abs. 2 S. 2: Soweit das Gericht die Leistung berücksichtigt, gilt sie als verwertbar. Diese Regelung spielt für die möglichen Rechtsfolgen einer Gutachteneinholung eine Rolle (siehe IV.3). Damit besteht mit Abs. 2 S. 1 mittlerweile ein Anknüpfungspunkt im Gesetz zum Entfallen der Vergütung bei Gutachtenmängeln – nach wie vor aber keine Legaldefinition des Gutachtenmangels: Weder das JVEG noch seine Gesetzgebungshistorie gibt nähere Hinweise für die Auslegung des Gutachtenmangelbegriffs.

Eine teleologische Auslegung, wie sie verbreitet vertreten wird, hat nach richtiger Auffassung keine eigenständige Existenzberechtigung: Wenn man mit der vorzugswürdigen subjektiven Theorie der Gesetzesauslegung, die die unterschiedlichen Aufgaben von Gesetzgeber und Rechtsanwender ernstnimmt und deshalb dem Gesetzgeber aus Gründen der Gewaltenteilung den Vorrang bei der Bestimmung des Gesetzeszwecks einräumt, den Gesetzeszweck gerade als Ziel der Auslegung ansieht, kann er nicht zugleich Auslegungsmittel sein.³² Vertreter der objektiven Auslegungslehre suchen einen vermeintlichen „Willen des Gesetzes“³³, eine für den Auslegungszeitpunkt „vernünftige“ Bedeutung und Funktion der Form. Demnach soll der Inhalt des Gesetzes wandelbar sein und sich den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen anpassen können; auf den Punkt gebracht: Das Gesetz sei klüger als der Gesetzgeber.³⁴ Ein Gesetz ist jedoch kein kognitiv begabtes Wesen und eines eigenen Willens nicht fähig; einen solchen selbständigen „Willen des Gesetzes“ kann es daher nicht geben, und so kann der Rechtsanwender aus einem Text nur das herausziehen, was entweder der Autor (der Gesetzgeber) oder der Rezipient (der Richter

31 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts, BR-Drs. 565/20, 25.09.2020, S. 73.

32 Zur Unterscheidung von Auslegungsziel und -mittel, vgl. B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl., München 2022, Rn. 725 ff.

33 R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2021, S. 17; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, (Fn. 32), Rn. 797.

34 K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., Köln/München 2008, S. 628; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, (Fn. 32), Rn. 797.

oder Rechtswissenschaftler) in ihn hineinlegt.³⁵ In den Worten der Autoren *Röhl/Röhl*: „Klüger ist natürlich nicht das Gesetz, sondern für klüger halten sich seine Interpreten. Sie wollen sich deshalb vom historischen Gesetzgeber lösen.“³⁶ Ironischerweise erweist sich die „objektive“ Auslegung als zutiefst subjektiv³⁷ – und intransparent für Außenstehende. De facto betreibt man mit der objektiven Auslegung Rechtssetzung,³⁸ was insbesondere dann problematisch ist, wenn der Rechtsanwender ein Gericht ist. Die Judikative ist im Rahmen der Gewaltenteilung dazu nicht berufen und muss sich daher an den Standards der juristischen Methodenlehre messen lassen.³⁹ Eine „objektiv-teleologische“ Auslegung ist daher abzulehnen. Eine subjektiv-teleologische Auslegung, der es um den subjektiven Willen des Gesetzgebers geht, ist dagegen mit der historischen Auslegung bereits abgedeckt, so dass eine gesonderte Kategorie der „teleologischen Auslegung“ keinen Anwendungsbereich hat. Jede Auslegung ist insoweit teleologisch, als sie auf den Sinn und Zweck der Norm zielt; aber sie nutzt dazu als Auslegungsmittel Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte, nicht einen objektiv verstandenen Normzweck, der letztlich nur durch den Normanwender der Norm zugeschrieben wird.

Dem – subjektiven – Gesetzeszweck kann man sich mittels der drei anderen Auslegungscanones (Wortlaut, Systematik und vor allem Historie) nähern; allerdings bleibt ihre Untersuchung im Falle des § 8a II JVEG jeweils ergebnislos. Damit bleibt der Normzweck zunächst unklar. In solchen Fällen bleiben mehr Spielräume für den Normanwender, weil er gerade nicht an einen feststellbaren Normzweck des Gesetzgebers gebunden ist. Allerdings spricht die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative dafür, dass bei der Ausfüllung solcher Spielräume möglichst an Entscheidungen von ähnlichen Interessenkonflikten durch den Gesetzgeber angeknüpft werden sollte – also zu prüfen ist, ob eine Analogie in Betracht kommt (sogleich in III.5).

35 *Rüthers/Fischer/ Birk*, Rechtstheorie, (Fn. 33), Rn. 719, 797.

36 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 629.

37 *Dies.*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 631.

38 *Dies.*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 630 f.

39 *Dies.*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 631.

4. Fallgruppen der Literatur und Kasuistik

Im Wege des Induktionsschlusses kann man zusätzlich versuchen, übergreifende Linien in den Vorschlägen der Literatur und der Rechtsprechung ausfindig zu machen. *Bodendiek*⁴⁰ hat Fallgruppen aus Fällen zusammengetragen, in denen ein schwerwiegender Gutachtenmangel zum Vergütungsverlust führen konnte:

- (1) Der Sachverständige ignoriert den Auftragsinhalt und beantwortet die richterliche Beweisfrage nicht.
- (2) Das schriftliche Gutachten teilt lediglich das Gesamtergebnis ohne Herleitung der erforderlichen Gedankengänge mit, so dass eine eigene richterliche Würdigung unmöglich ist.
- (3) Eine Herleitung der Gutachtenergebnisse des Sachverständigen ist zwar vorhanden, aber selbst mit Bemühen nicht nachvollziehbar.
- (4) Das Gutachten basiert auf Ermittlungsfehlern der Begutachtungsgrundlagen, inkl.
 - a) ungeprüfter Übernahme von Angaben Dritter zur Beweisfrage,
 - b) Missachtung des erwartbaren fachlichen Wissensstands und
 - c) krasser Fehlerhaftigkeit der Arbeitsweise.
- (5) Der Sachverständige erscheint eindeutig unzureichend vorbereitet zum Termin zur mündlichen Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens vorbereitet.

Dabei stuft *Bodendiek* (4) und (5) als besonders problematisch für die richterliche Würdigung ein, da ein Richter kaum überblicken könne, was fachlich von einem Sachverständigen und seiner Arbeitsweise im jeweiligen Fachgebiet zu erwarten sei. Hierdurch würde die Beauftragung eines weiteren Sachverständigen erforderlich.⁴¹

Neben diesen Fallgruppen finden sich in den Kommentaren zum JVEG allerlei Einzelfälle, die eher einige Schlaglichter auf die Praxis werfen, als dass sie etwas zur Dogmatik von Gutachtenmängel beitragen, oder wahlweise einigermaßen selbstverständlich erscheinen.⁴² Beispielsweise verlor

40 *F. Bodendiek*, Die Kürzung der Sachverständigenvergütung wegen mangelhafter Leistung, *Die Sachverständigen* 2024, 236 (238).

41 *Ders.*, Die Kürzung der Sachverständigenvergütung wegen mangelhafter Leistung (Fn. 40), 238 f.

42 Vgl. *K. Bleutge*, in: J. Dörndorfer/H. Wendtland/T. Diehn/A. Uhl (Hrsg.), *BeckOK Kostenrecht*, 50. Edition, München 2025, Stand 01.02.2025, § 8a JVEG, Rn. 10b; *Schneider*, *JVEG*, 4. Aufl., München 2021, § 8a, Rn. 10; *W. Bach*, in: P. Meyer/A. Hö-

ein psychiatrischer Sachverständiger seinen Vergütungsanspruch, weil er die Exploration des Probanden durch eine Hilfskraft durchführen ließ.⁴³ In einem anderen Fall störte sich das Gericht daran, dass die Exploration ohne entsprechenden Vermerk per Telefon erfolgt war.⁴⁴ Wenig überraschend wirkt auch der Fall, in dem der Sachverständige weder die vorliegenden ärztlichen Befunde einbezogen, noch selbst Tests oder Untersuchungen vorgenommen hatte und dennoch zu einer „Diagnose“ kam.⁴⁵ Noch weniger überraschend war der Vergütungsanspruchsverlust des Sachverständigen, der sich trotz eindeutigen und klarem Wortlaut des Beweisbeschlusses weigerte, ein den richterlichen Fragen entsprechendes Gutachten zu schreiben.⁴⁶

Obleich Fallgruppen und Kasuistik informativ sind, um sich einen Überblick darüber zu verschaffen, was in der Vergangenheit als Gutachtenmangel erachtet wurde, so lässt sich daraus dennoch keine Definition ableiten oder sonstig zuverlässig vorhersagen, was in zukünftigen Fällen von Gerichten wahrscheinlich anerkannt würde. Das deutsche Recht zählt zum *Civil-Law*-Rechtskreis⁴⁷ und sollte sich daher nicht wie im *Common Law* mit Präjudizien allein zufriedengeben – schon, weil diese grundsätzlich keine rechtliche, sondern nur eine faktische Bindungswirkung entfalten⁴⁸ und daher entsprechend dem Gewaltenteilungsgrundsatz möglichst ein Anknüpfungspunkt im Gesetz gefunden werden sollte. Eine dogmatische Herangehensweise ist wünschenswert.

5. Werkvertragsrechtsanalogie

Außerhalb der Scheuklappen der veralteten BGH-Entscheidung von 1975 erscheint es angebracht, den Vergleich zwischen der Beauftragung eines

ver/W. Bach/H. Oberlack (Hrsg.), Die Vergütung und Entschädigung von Sachverständigen, Zeugen, Dritten sowie von ehrenamtlichen Richtern nach dem JVEG, 24. Aufl., Köln 2007, § 8, Rn. 8.30; *Jahnke/Pflüger*, JVEG, 29. Aufl., Köln 2025, Rn. 17; *C. Weber*, § 8a JVEG, in: G. Toussaint (Hrsg.), Kostenrecht, 54. Aufl., München 2024, Rn. 46 ff.

43 LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 18.05.2022 – 5 Ks 102 Js 2876/20.

44 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.1989 – II WF 3/89.

45 LG Wuppertal, Beschluss vom 28.07.2016 – 16 T 427/15.

46 FG Saarland, Beschluss vom 12.04.1994 – 1 K 304/92.

47 *R. Sacco/P. Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 19.

48 *K. Larenz*, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: W. Fasching/W. Kralick (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, S. 247 ff.

außergerichtlichen und eines gerichtlichen Gutachtens ernstzunehmen. Außergerichtliche Gutachten entstehen, wie zuvor in III.1 erwähnt, unstrittig im Rahmen von Werkverträgen. Gutachtenmängel sind in diesem Fall Werkmängel. Gericht und Sachverständiger schließen dagegen aus strukturellen Gründen keinen Werkvertrag (siehe III.2), aber für den Gutachtenmangelbegriff kommt eine Analogie zum Werkvertragsrecht in Betracht.

Voraussetzungen für eine Gesetzesanalogie ist eine planwidrige Normlücke, bei der eine Gleichheit der Interessenlage zwischen dem geregeltem und dem ungeregelten Fall festgestellt werden kann.⁴⁹ Die Sachverhalte müssen in ihren wesentlichen Aspekten vergleichbar sein – was eine Wertungsfrage ist.

Dass es an einer Definition für einen Gutachtenmangel nach dem JVEG fehlt und somit eine Lücke vorliegt, ist nunmehr etabliert. Aber ist sie planwidrig? *Rüthers/Fischer/Birk* argumentieren, dies könne nur erkennen, wer den Wertungsplan des Gesetzes erkannt habe oder erkannt zu haben glaube. Die Feststellung einer Lücke setze also den Vergleich von zwei Regelungskonzepten voraus: Die vorhandene Gesetzeslage werde mit einer ideal gedachten Konzeption verglichen.⁵⁰ Angesichts der Rechtsunsicherheit und des kasuistischen Wildwuchses, die die fehlende Legaldefinition des Gutachtenmangels im JVEG ausgelöst hat, muss man sagen, dass ein vorausschauender Gesetzgeber diese missliche Lage schlicht durch eine Legaldefinition oder einen klaren Hinweis, welcher andere Mangelbegriff gemeint war, unterbunden hätte. Es ist spekulativ, warum es dennoch nicht erfolgt ist. Planwidrigkeit anzunehmen, wirkt in diesem Fall passend.

49 Vgl. *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg 1995, S. 194: In Falle des § 8a II JVEG handelt es sich um eine Norm-, nicht etwa um eine Regelungslücke, denn hier ist die einzelne Norm an sich unvollständig, so dass sie überhaupt nicht angewandt werden kann, ohne dass ihr eine weitere Bestimmung hinzugefügt wird, die das Gesetz vermissen lässt. Was fehlt, ist die Legaldefinition des Mangels, so dass keine Subsumtion erfolgen kann. Bei einer (hier nicht einschlägigen) Regelungslücke wäre vielmehr eine bestimmte Regelung im ganzen unvollständig, d. h. sie enthielte keine Regel für eine solche Frage, die nach der zugrundeliegenden Regelungsabsicht einer Regelung bedürfte. Ein daraus geltend gemachter Anspruch müsste dann wegen Fehlens einer rechtlichen Grundlage abgewiesen werden. Als „echte Lücke“ bezeichnet wird die Normlücke in *E. Zitelmann*, Rede, gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 18. Oktober 1902, Leipzig 1903, S. 27. Vgl. des weiteren: *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 633; *R. Wank/M. Mattes*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl., München 2023, S. 87; BGH, Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 92/05, Rn. 15.

50 *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie (Fn. 32), Rn. 833.

Es bleibt herauszuarbeiten, ob sich der Gesetzgeber im Rahmen einer Interessensabwägung zur Regelung der gerichtlich zu erstattenden Gutachten von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, nämlich des auf außergerichtliche Gutachten und Privatgutachten anwendbaren Werkvertragsrechts (§ 633 II BGB), und dabei zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre.⁵¹ Zwischen einem Gutachten, das außergerichtlich für eine Privatpartei erstellt wird, und einem für ein Gericht gibt es keine grundlegenden Unterschiede. Die Herangehensweise, fachliche Methodik und die Befunderläuterung funktionieren nach denselben Prinzipien. An dieser Stelle mag man auf die Idee kommen, dass privat beauftragte Gutachten aber doch dem Auftraggeber zugutekämen, wohingegen gerichtliche Gutachten ausgewogen und unparteiisch sein müssten – de facto also unterstellen, privat beauftragte Gutachten seien letztendlich „Gefälligkeitsgutachten“. Tatsächlich wäre so ein Vorgehen fachlich fehlerhaft. Gutachten sind stets darauf ausgerichtet, die Fragestellung des Auftraggebers wissenschaftlich zu beantworten, nicht, dem Auftraggeber aufzuschreiben, was er gern lesen möchte.⁵² Anders als ein vom Gericht eingeholtes Gutachten ist ein Privatgutachten im Regelfall⁵³ kein Beweismittel i. S. d. §§ 355 ff. ZPO, wenn es in einen laufenden Prozess eingebracht wird, sondern (lediglich) qualifizierter Parteivortrag.⁵⁴ Längst nicht alle Privatgutachten sind jedoch dafür bestimmt, je prozessual eingeführt zu werden. Das Wesen eines Gutachtens selbst unterscheidet sich nicht in Abhängigkeit davon, ob es außergerichtlich oder gerichtlich beauftragt wird. Denkt man spezifisch an den Fall eines mangelhaft erstatteten Gutachtens, so ist erst recht nicht einzusehen, was für einen dogmatisch relevanten Unterschied es je nach Auftraggeber oder heranziehender Stelle geben könnte. Insbesondere das soeben erwähnte „Gefälligkeitsgutachten“ ist lediglich eine Ausformung mangelnder Unparteilichkeit, die ebenfalls in gerichtlichen Gutachten auftreten kann und gleichermaßen einen Verstoß gegen die wissenschaftliche Methodik darstellt, indem sich der Sachverständige aus unsachlichen Gründen auf

51 Vgl. BGH, Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 92/05, Rn. 15.

52 Vgl. K. Westhoff/M.-L. Kluck, Psychologische Gutachten schreiben und beurteilen, 6. Aufl., Berlin 2014, S. 8; Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht (Fn. 13), Rn. 1.

53 C. P. Hille, Die Qualifikation des prozessbegleitenden Privatgutachtens als qualifizierter Parteivortrag und deren prozessuale Auswirkungen, Die Sachverständigen 2017, 237.

54 BGH, Urteil vom 11.05.1993 – VI ZR 243/92, Rn. 17.

eine Seite schlägt. Alles in allem lassen sich keine stichhaltigen Gründe ausmachen, weshalb ein gerichtliches Gutachten als etwas gänzlich anderes als ein außergerichtliches anzusehen wäre. Der Umstand, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige nach § 407 ZPO zur Erstattung verpflichtet sein kann und dabei die gesetzliche Preisliste akzeptieren muss, berührt nicht die Frage, wie ein Gutachtenmangel dogmatisch einzuordnen ist. Ein schlechtes Gutachten ist nicht auf eine andere Art als fachlich schlecht einzuordnen, weil ein Gericht es angefordert hat. Die Interessenslage ist vergleichbar. Hätte der Gesetzgeber sich mit dem Gutachtenmangelbegriff des JVEG dezidiert auseinandergesetzt, hätte er dies dabei wahrscheinlich erkannt und sich bei gerichtlichen Gutachten nach den gleichen Grundsätzen ausgerichtet wie bei außergerichtlichen.

Es liegt also eine planwidrige Normlücke bei vergleichbaren Sachverhalten vor. Eine Analogie zum für außergerichtliche Gutachten einschlägigen Werkmangel nach § 633 II BGB erscheint somit möglich. Im nächsten Schritt soll schließlich aufgezeigt werden, welche Teile der Norm auf Gutachtenmängel im Rahmen des JVEG anwendbar sind – wobei sich zeigen wird, dass die schon angeführten, richterrechtlich entwickelten Fallgruppen ohne weiteres dem entsprechen, was der Gesetzgeber für vertraglich beauftragte Gutachten in § 633 II BGB vorgesehen hat. Mit anderen Worten: Die Rechtsprechungslinie, dass die werkvertragliche Mängeldefinition nicht auf ein Gutachten passe, weil manche Gutachter sich der Pflicht zur Erstattung des Gutachtens nicht entziehen können, überzeugt schon deshalb nicht, weil die Rechtsprechung faktisch dann doch genau zu Ergebnissen kommt, die sich über eine Analogie zum Werkvertragsrecht ebenso erzielen ließen – die Rechtsprechung schützt also im Ergebnis gerade nicht die Gutachter, die sich nicht gegen die Übernahme der Begutachtung wehren können, vor dem Mängelregime des Werkvertragsrechts.

Nicht anwendbar ist gleich Satz 1: Eine vereinbarte Beschaffenheit des Gutachtens gibt es schon mangels genereller Vereinbarung zwischen Sachverständigem und Gericht nicht. Auch Satz 2 Nr. 1 entfällt: Das Gericht trifft keine Einigung mit dem Sachverständigen, also gibt es keine beiderseits vorausgesetzte Verwendung des Gutachtens. Passend dagegen ist Satz 2 Nr. 2, denn ein gerichtliches Gutachten kann in der Tat daraufhin bewertet werden, ob es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet (was hier die Vermittlung der nötigen externen Sachkunde an das Gericht ist) und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Gutachten der gleichen Art üblich ist und die das Gericht nach der Art des Gutachtens erwarten kann (üblicherweise im Einklang mit Leitlinien des passenden Berufsverbandes o. ä.).

Ebenfalls der Analogie zugänglich ist Satz 3, 1. Alt., wonach es dann einem Gutachtenmangel gleichstünde, sollte der Sachverständige ein anderes als das beauftragte Gutachten erstellen. Die 2. Alt., nämlich eine „zu geringe Menge“, ist schon vom Wortsinn her nicht passend. Denkbar wäre allenfalls, dass mehrere Gutachten auf einmal beauftragt werden und der Sachverständige nicht alle erstellt. Für diesen Fall ist jedoch keine Analogie zum Werkmangel nötig, da dieser Fall bereits von § 8a II Nr. 4 JVEG abgedeckt wird. Die im Werkvertrag vorgesehene Abnahme (§ 640 BGB) spielt für diese Analogie keine Rolle; gemäß JVEG entsteht der Vergütungsanspruch grundsätzlich durch Leistungserbringung (§§ 8 ff. JVEG).

Ein kritischer Abgleich zwischen der Werkvertragsrechtsanalogie und den Fallgruppen nach *Bodendiek* zeigt nunmehr: Letztere sind redundant. Ignoriert der Sachverständige den Auftragsinhalt und lässt die Beweisfrage unbeantwortet, unterfällt der Fall dem § 633 II 3, 1. Alt. BGB analog, denn es handelt sich dann um ein anderes als das beauftragte Gutachten. Alle anderen Fallgruppen einschließlich der aufgezählten Unterfälle sind unter § 633 II 2 Nr. 2 BGB analog zu subsumieren, da sich derart mangelhafte Gutachten nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen und nicht die Beschaffenheit aufweisen, die bei Gutachten der gleichen Art üblich ist und die das beauftragende Gericht nach der Art des Gutachtens erwarten kann. So nützlich die Fallgruppen zur inhaltlichen Orientierung sein mögen, dogmatisch tragen sie nichts bei. Die Werkmangelanalogie ist schlanker und subsumtionsfähig für neuartige Fälle, die bislang nicht ausgeurteilt wurden.

IV. Rechtsfolgen einer Gutachteneinholung

Es folgt eine konzise Darstellung der drei möglichen Szenarien in Prozessen, in deren Rahmen ein Gutachten eingeholt wurde.

1. Mangelfreies verwertetes Gutachten

Der vom Gesetzgeber gewollte Normalfall besteht in einem mangelfreien Gutachten, das das Gericht verwertet. Der § 8a II JVEG greift nicht, somit bleibt der Vergütungsanspruch des Sachverständigen vollständig erhalten. Auf Grundlage des gerichtlichen Kostentensors fertigt ein Rechtspfleger einen Kostenfestsetzungsbeschluss (§§ 103 ff. ZPO, § 21 Nr. 1 RPflG) an, in den die Kosten für das Gutachten aufgenommen werden (§§ 3, 29 Nr. 1, 31 II GKG, Anlage 1 Ziffer 9003 GKG). Begleichen muss diese Kosten

die unterlegene Partei gemäß § 91 ZPO. Die Gerichtskasse kehrt den Vergütungsanteil an den Sachverständigen aus.

2. Mangelhaftes unverwertetes Gutachten

Erachtet das Gericht ein Gutachten jedoch als mangelhaft im Sinne des § 8a II JVEG, entfällt der Vergütungsanspruch des Sachverständigen anteilig oder ganz, je nachdem, ob abtrennbare Teile vom Gericht dennoch verwertet werden konnten. Die unterlegene Partei trägt dann allenfalls die anteiligen Kosten, im Idealfall aber nur die sonstigen Verfahrenskosten.

3. Mangelhaftes verwertetes Gutachten

Problematisch dagegen ist der letzte Fall: Sofern das Gericht ein in Wahrheit mangelhaftes Gutachten verwertet, greift die Fiktion des § 8a II 2 JVEG. Der Vergütungsanspruch des Sachverständigen bleibt erhalten. Wehrt sich die unterlegene Partei nicht, muss sie die Gutachtenkosten tragen, die in der Folge als Vergütung ausgekehrt werden.

Will der Prozessverlierer diese Rechtsfolge vermeiden, so ist die sofortige Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss gemäß § 104 III 1 ZPO statthaft. In Familiensachen bedeutet dies, sofern der Richter der ersten Instanz nicht abhilft (§ 572 I ZPO), den Sprung zum OLG (§ 119 I Nr. 1a GVG). Gibt die Beschwerdeinstanz dem Beschwerdeführer Recht, indem sie feststellt, dass das Gutachten in der Tat mangelhaft ist und nicht hätte verwertet werden sollen, wird sie gemäß § 21 I 1 GKG (bzw. § 20 I 1 FamGKG) die Gutachtenkosten niederschlagen. Der Beschwerdeführer muss lediglich die sonstigen Verfahrenskosten tragen.

An der Fiktion des JVEG ändert die Nichterhebung der Kosten jedoch nichts! Die Gerichtskasse der ersten Instanz muss dennoch die Vergütung an den Sachverständigen auskehren. Mag nun der Prozessverlierer erleichtert aufatmen, so ist doch festzuhalten, dass für die Erstellung eines zu Unrecht verwerteten Gutachtens der Staat, mit anderen Worten also der Steuerzahler aufkommt.

V. Gesamtfazit

Fundamental gibt es keine Unterschiede zwischen Sachverständigengutachten in Abhängigkeit davon, von wem und zu welcher Gelegenheit sie

beauftragt wurden. Es ist daher abwegig, künstlich einen anderen Gutachtenmangelbegriff in das JVEG zu projizieren, als für außergerichtliche und Privatgutachten gilt. Durch die überholte und ohnehin auch damals schon argumentativ nicht überzeugende BGH-Rechtsprechung von 1975 hatte sich in der Rechtswissenschaft die Annahme festgesetzt, dass eine Werkvertragsrechtsanalogie nicht in Betracht käme. Tatsächlich ist sie die Lösung: inhaltlich angemessen, subsumtionsfähig und deutlich ökonomischer als eine über die Jahre angesammelte Fallgruppenbildung. Der dogmatisch und praktisch korrekte Umgang mit Gutachtenmängeln ist angesichts der oft markanten Beauftragungskosten in höchstem Maße wünschenswert – nicht zuletzt zur Eindämmung der derzeitigen Qualitätslücken bei Kindersachssachen, in denen psychologische Sachverständigengutachten erstens häufig und zweitens teuer sind.

Anwaltliche Rechtsfortbildung am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen

Torsten Kindt*

Der Beitrag beleuchtet die in der wissenschaftlichen Diskussion bislang weitgehend unbeachtete Rolle von Rechtsanwälten im Rechtsfortbildungsprozess. Er zeigt am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen, dass Rechtsfortbildungen sich jedenfalls in spezialisierten Bereichen des privaten Wirtschaftsrechts im Wesentlichen innerhalb der Anwaltspraxis vollziehen, während staatliche Akteure allenfalls punktuell eingreifen.

„Indeed, the process proves that the lawyer, by the competent practice of his profession, is also truly a lawmaker.“¹

Edward D. Re

I. Einleitung

Rechtsanwälte² stellen mit aktuell über 166.000 Berufsträgern³ die mit Abstand größte juristische Berufsgruppe in Deutschland dar.⁴ Als Gegenstand der akademischen Rechtswissenschaft fristen sie jedoch ein Schattendasein. Zwar begannen ab den 1990er Jahren viele Fakultäten, das traditionell auf den Richter zugeschnittene Ausbildungsprogramm um anwaltsorientierte

* Dr. jur., LL.M. (Stanford), Akademischer Rat auf Zeit und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Mannheim. Dank für wertvolle Anmerkungen gebührt *Jasper Kunstreich, Susanne Paas, Moritz Renner, Philipp Schlüter, Antonia Sommerfeld, Leonard Stüttgen und Johannes Weigl.*

1 *E. Re, The Lawyer as a Lawmaker, American Bar Association Journal* 52 (1966), 159 (160).

2 Zur besseren Lesbarkeit wird für Personenbezeichnungen, soweit geschlechtsneutrale Formulierungen nicht möglich sind, das generische Maskulinum verwendet; gemeint sind stets alle Geschlechter.

3 Siehe die Statistiken der Bundesrechtsanwaltskammer unter <https://www.brak.de/press-e/zahlen-und-statistiken/statistiken/> (abgerufen am 5.1.2026).

4 Vgl. zur Entwicklung *C. Wolf, Recht durch Rechtsanwälte*, in: Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.), 4. Zivilprozessrechts-Symposium, München 2008, S. 1 (1 ff.).

Lehrangebote zu ergänzen⁵ und wurde in den 2000ern die „Anwaltsklausur“ als Prüfungsform eingeführt.⁶ Gleichwohl erleben die meisten Studierenden das anwaltliche Berufsfeld – außerhalb etwaiger Praktika – als Randerscheinung.

Noch größer als in der Lehre erscheint die Kluft zwischen anwaltlich dominierter Praxis und akademischer Rechtswissenschaft in der Forschung. Nur wenige juristische Fakultäten unterhalten Lehrstühle oder Institute mit anwaltsrechtlichem Schwerpunkt,⁷ und auch im wissenschaftlichen Schrifttum bildet die Beschäftigung mit Anwälten die Ausnahme.⁸ Das dürfte nicht zuletzt mit dem im deutschsprachigen Raum historisch gewachsenen Verständnis von Rechtswissenschaft als zuvörderst Rechtsdogmatik und Rechtsdogmatik wiederum als „objektiver“ Wissenschaft zusammenhängen,⁹ in der die aus anwaltlicher Perspektive im Mittelpunkt stehende Interessenvertretung nichts verloren habe.¹⁰ Insoweit konsequent beschränkt sich der Bezug der akademischen Rechtswissenschaft zur Praxis im Wesentlichen auf den – dafür umso intensiveren – Dialog mit der Rechtsprechung sowie die kommentierende Begleitung der Gesetzgebung.

5 Dazu G. Haverkate, Forum: Anwaltsorientierte Juristenausbildung, JuS 1996, 478 (481 f.); R. Zavar, Neuere Entwicklungen zu einer Methodenlehre der Vertragsgestaltung, JuS 1992, 134 (135).

6 Dies spiegelte sich auch in der Ausbildungsliteratur; statt vieler C. Teichmann, Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt – Grundzüge einer Methodik der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2001, 870, 973, 1078, 1181, JuS 2002, 40.

7 Sichtbarste Ausnahmen sind die Universitäten Hannover (<https://www.ipa.uni-hannover.de/de/>) und Köln (<https://anwaltsrecht.uni-koeln.de/>); jeweils abgerufen am 5.1.2026); zu letzterer U. Schellenberger, Der „Leuchtturm“ im Anwaltsrecht – das Kölner Institut wird 30, AnwBl 2019, 345.

8 Siehe zuletzt allerdings die Habilitationsschriften K. Brei, Interessenwahrnehmung in der anwaltlichen Vertragsgestaltung, Berlin 2024; A. Kaulbach, Strukturen und Richtlinien professioneller Vertragsgestaltung, Baden-Baden 2024.

9 J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1979, S. 70 ff.; vgl. auch D. Damler, Kautelarjurisprudenz, in: A. Cordes u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 1693 (1693 f.); H. Fleischer, Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen, RabelsZ 82 (2018), 239 (244).

10 Vgl. M. Kahlo, Wozu heute Rechtswissenschaft lehren und studieren?, in: E. Graul/G. Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 583 (602 f., 615 ff.); kritisch C. Berger, Zum wissenschaftlichen Anspruch anwaltsorientierter Lehrinhalte, BRAK-Mitt. 2005, 169 (169 f.); differenzierend Haverkate, Juristenausbildung (Fn. 5), 479.

Problematisch an dieser akademischen Perspektivenbegrenzung ist nicht nur, dass sie angehende Anwälte möglicherweise unzureichend auf die Anforderungen ihrer künftigen Berufstätigkeit vorbereitet.¹¹ Problematisch ist auch, dass sie Teile der Rechtswirklichkeit als Erkenntnisgegenstand ausklammert. Speziell im privaten Wirtschaftsrecht spielt sich das gelebte Recht heute in vielen Bereichen überwiegend im Mikrokosmos einer hochspezialisierten Anwaltschaft ab und kann die faktische Bedeutung der Anwaltspraxis für die Rechtsentwicklung kaum überschätzt werden.¹²

Der Beitrag greift die damit umrissene Leerstelle im wissenschaftlichen Schrifttum auf und beleuchtet im Besonderen die Rolle von Anwälten in der Rechtsfortbildung. Er vertritt die These, dass Rechtsfortbildung entgegen herkömmlicher Ansicht kein Monopol der Rechtsprechung ist, sondern sich auch und gerade in der anwaltlichen Praxis vollzieht.

Dazu geht der Beitrag wie folgt vor: Im ersten Schritt wird der Begriff der Rechtsfortbildung präzisiert und werden die herkömmlichen Rollenzuschreibungen im Rechtsfortbildungsprozess umrissen (unten II.). Im zweiten Schritt werden diese Zuschreibungen am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen einem Praxistest unterzogen (unten III.). Im dritten Schritt werden dessen Ergebnisse in eine Theorie der (auch) anwaltlichen Rechtsfortbildung überführt (unten IV.). Abschließend erfolgt ein Ausblick (unten V.).

II. Paradigmen der Rechtsfortbildung

Ein Beitrag, der den schillernden Begriff der Rechtsfortbildung im Titel trägt, hat diesen Begriff zunächst zu definieren (unten 1.). Sodann kann auf die herkömmlichen Rollenzuschreibungen im Rechtsfortbildungsprozess eingegangen werden (unten 2.).

11 Zu diesen Bedenken schon *Zawar*, Vertragsgestaltung (Fn. 5), 135.

12 Am Bsp. des Unternehmenskaufs *K. Hopt*, M&A, Due Diligence und Kautelarpraxis, ZHR 186 (2022), 7 (10 ff.); *S. Korch*, Unternehmenskaufverträge, Tübingen 2024, S. 623 ff.

1. Begriff

Für den Begriff der Rechtsfortbildung besteht keine allgemein akzeptierte Definition.¹³ Gemeinsamer Ausgangspunkt aller Definitionsversuche ist jedoch die Erkenntnis, dass das Gesetzesrecht einer Rechtsordnung weder eindeutigen noch abschließenden Charakter hat.¹⁴ Die Rolle des Rechtsanwenders könne folglich nicht auf die eines bloß gesetzessvollziehenden „bouche de la loi“ reduziert werden,¹⁵ sondern umfasse notwendigerweise auch schöpferische Elemente. Das Spezifikum der Rechtsfortbildung wird dann verbreitet darin gesehen, dass diese schöpferischen Elemente sich nicht auf die Auslegung des Gesetzes beschränken, sondern dessen Wortlautgrenzen überschreiten.¹⁶

An diesem Ansatz erscheint freilich problematisch, dass sich die Grenzen eines Wortlauts kaum präzise bestimmen lassen.¹⁷ Wie die Sprachwissenschaft lehrt, haben Worte als sprachliche Zeichen keine objektiv feststehende Bedeutung, sondern entwickeln sie sich mit jedem Sprachgebrauch fort.¹⁸ Überträgt man diese Erkenntnisse auf die Rechtssprache, erweist sich eine eindeutige Unterscheidung zwischen bloß „rekonstruierender“ Rechtsauslegung und „konstruierender“ Rechtsfortbildung als *de facto* unmöglich.¹⁹

Vor diesem Hintergrund erscheint es zielführender, den Begriff der Rechtsfortbildung in einem weiteren Sinne zu verstehen, der sich nicht

13 Im Überblick *N. Benz*, Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung, Tübingen 2024, S. 13 ff.

14 Vgl. etwa *F. Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958, S. 3 ff.; siehe auch BVerfGE 34, 269 (287). Zur positivismuskritischen Haltung *Wieackers* und ihrem zeitgeschichtlichen Kontext *V. Winkler*, Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft, Hamburg 2014, S. 356 ff., 446 ff.

15 Angelehnt an *C. Montesquieu*, De l'esprit des lois, Tome 1, Paris 1777, Livre XI, Chapitre VI, S. 327, der diese Metapher allerdings auf Laienrichter an englischen Gerichten bezog.

16 *J. Wenzel*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, 345 (346); klassisch, wenngleich differenziert, *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991, S. 366 ff.

17 Vgl. *F. Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010, S. 23 f.

18 Eingehend *S. Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 28 ff., 43 ff., 125 ff. m.w.N.

19 Grundlegend *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a. M. 1970, S. 174 ff.; *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990, S. 253 ff.; mit Bsp. *Maultzsch*, Normbildung (Fn. 17), S. 25.

über eine kategorische Abgrenzung zur Rechtsauslegung definiert, sondern schöpferische Auslegungsleistungen einbezieht.²⁰ Entscheidendes Kriterium für eine Rechtsfortbildung ist nach diesem Verständnis allein ihre *konstitutiv-normative Wirkung*: Dem geltenden Recht muss – ohne dass dafür über ein förmliches Rechtssetzungsverfahren Änderungen des Gesetztexts erfolgen – eine über seinen unter Rechtsanwendern bisher konsentierten Bedeutungsgehalt hinausgehende Aussage hinzugefügt werden (*konstitutives Element*), die über den anlassgebenden Einzelfall hinausreichende Geltung auch für gleichgelagerte Lebenssachverhalte erlangt (*normatives Element*).²¹

2. Akteure

Geht man mit der in der deutschen Rechtswissenschaft vorherrschenden Ansicht von einem Rechtssetzungsmonopol des Staates aus,²² liegt es nahe, auch die Rechtsfortbildung allein als Aufgabe staatlicher Institutionen anzusehen. Im Mittelpunkt der bisherigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung steht dabei die Judikative (unten a)). Daneben wirken jedoch auch die Legislative (unten b)) und die Exekutive (unten c)) an der Rechtsfortbildung mit. Anwälte bleiben demgegenüber meist unerwähnt (unten d)).

a) Judikative

Die zentrale Rolle im Rechtsfortbildungsprozess, wenn nicht gar ein Monopol zur Rechtsfortbildung, wird der Judikative zugeschrieben.²³ Dass Gerichte Recht nicht nur anwenden, sondern auch selbst schaffen, wird heute selbst für Rechtsordnungen des Civil Law-Rechtskreises nicht mehr ernstlich bezweifelt.

20 Vgl. *Wieacker*, Richterkunst (Fn. 14), S. 7, nach dem jedes „gesetzesanwendende“ Urteil zugleich ein Stück „punktuelle Rechtsfortbildung“ ist; ähnlich *C. Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995, S. 145 f.

21 Vgl. *Maultzsch*, Normbildung (Fn. 17), S. 26.

22 Repräsentativ *P. Kirchhof*, Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas, in: J. Hengstschläger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Schambeck, Berlin 1994, S. 947 (951).

23 Vgl. etwa *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971.

Auch ohne das Bestehen einer formalen Präjudizienbindung gehen von Gerichtsurteilen über den Einzelfall hinausreichende normativ-faktische Wirkungen aus, die für die Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte in nachfolgenden Verfahren Bedeutung erlangen.²⁴ Jedes Gericht muss vorangegangene Entscheidungen – zumal wenn sie von Höchstgerichten stammen – in seiner Argumentation berücksichtigen, und gerade in den unteren Gerichtsinstanzen besteht ein Anreiz, den Ausführungen höherinstanzlicher Entscheidungen schon deshalb zu folgen, weil andernfalls das eigene Urteil im Rechtsmittelverfahren aufgehoben zu werden droht.²⁵ Auch in der Kautelarpraxis werden Gerichtsentscheidungen rezipiert, etwa im Rahmen der Vertragsgestaltung.²⁶

Die grundsätzliche Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung hat mittlerweile auch der Gesetzgeber anerkannt und im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit in § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für die Revisions- sowie in § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO für die Berufungsinstanz verankert.²⁷ Im Fokus der Debatte steht heute denn auch weniger die Tatsache der richterlichen Rechtsfortbildung als die Frage nach ihren verfassungsrechtlichen Grenzen – insbesondere mit Blick auf die Kompetenzabgrenzung zur Legislative.²⁸

b) Legislative

Die Nennung der Legislative als Akteur der Rechtsfortbildung mag *prima facie* verwundern. Man könnte ja meinen, dass die Legislative als diejenige Staatsgewalt, der das verfassungsrechtliche Primat zur förmlichen *Rechtsset-*

24 Vgl. etwa M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 243 ff.; P. Lames, *Rechtsfortbildung als Prozeßzweck*, Tübingen 1992, S. 19 ff.

25 Vgl. R. Alexy/R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in: N. McCormick/R. Summers (Hrsg.), *Interpreting Precedents*, Aldershot u.a.: Ashgate 1997, S. 17 (27 ff.); Larenz, *Methodenlehre* (Fn. 16), S. 429 f.; Maultزش, *Normbildung* (Fn. 17), S. 30 f.

26 Alexy/Dreier, *Precedent* (Fn. 25), S. 27; Kaulbach, *Vertragsgestaltung* (Fn. 8), S. 328 f.

27 P. Mülberr, *Einheit der Methodenlehre? Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, AcP 214 (2014), 188 (194); rechtsgebietsübergreifend Hergenröder, *Rechtsfortbildung* (Fn. 20), S. 65 ff.

28 Etwa BVerfGE 122, 248 (282 ff.); dazu C. Möllers, *Nachvollzug ohne Maßstabbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 2009, 668; B. Rütherr, *Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des „Richterstaates“*, NJW 2009, 1461. Monographisch statt vieler J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975.

zung zukommt, an der *per definitionem* außerhalb des förmlichen Rechtsetzungsverfahrens stattfindenden *Rechtsfortbildung* gerade nicht beteiligt ist. Eine solche Sichtweise impliziert jedoch, dass sich Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung klar voneinander abgrenzen lassen.²⁹ Tatsächlich sind die Übergänge zwischen beiden aber fließend und stehen die Vorgänge der Rechtssetzung und -fortbildung deshalb in enger Wechselwirkung.

Das erhellt die Bedeutung des Gesetzgebers für die Rechtsfortbildung. Einerseits schafft er die gesetzestextlichen Grundlagen, die – unbewusst oder gar gewollt – Anlass für künftige Rechtsfortbildungen durch andere Akteure geben.³⁰ Andererseits stellt seine Entscheidung, neue Gesetze zu erlassen oder bestehende Gesetze trotz gewandelter Verhältnisse beizubehalten, stets auch eine – gegebenenfalls affirmative, gegebenenfalls korrektive – Reaktion auf die Rechtslage dar, die sich auf Grundlage des bisherigen Gesetzesbestands durch zwischenzeitliche Rechtsfortbildungen entwickelt hat.³¹

c) Exekutive

Die Exekutive wirkt ebenfalls an der Rechtsfortbildung mit. Zum einen nähert sich ihre Rolle mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten des Gesetzgebungsverfahrens derjenigen der Legislative an. Denn trotz des verfassungsrechtlichen Primats der Legislativorgane zur formellen Rechtssetzung ist es in der Praxis regelmäßig die Regierung einschließlich der ihr nachgeordneten Ministerialbürokratie, die neue Gesetzgebungsvorhaben initiiert und die wesentlichen inhaltlichen Festlegungen für diese trifft.³² Gerade in hochspezialisierten Rechtsgebieten wie dem Gesellschaftsrecht lassen sich im Regelfall sogar einzelne Ministerien und innerhalb dieser

29 Vergleichbar dem im englischen Schrifttum lange verbreiteten „oil and water approach“ zum Verhältnis von common law und statute law; kritisch dazu *J. Beatson*, *Has the Common Law a Future?*, *Cambridge Law Journal* 56 (1997), 291 (300 f., 308, 310, 312).

30 Vgl. *A. Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, Tübingen 2016, S. 678; am Bsp. des Gesellschaftsrechts *Benz*, *Gesellschaftsrechtsentwicklung* (Fn. 13), S. 188 ff.

31 Vgl. am Bsp. des Gesellschaftsrechts *Benz*, *Gesellschaftsrechtsentwicklung* (Fn. 13), S. 228 ff.; *H. Fleischer/F. Wedemann*, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht*, *AcP* 209 (2009), 597 (598 ff.).

32 *H. Schultze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, Berlin 1988, S. 285 ff.; *A. von Bogdandy*, *Gubernative Rechtssetzung*, Tübingen 2000, S. 56 ff.

einschlägige Fachreferate und -referenten als geistige Schöpfer konkreter Gesetzgebungsvorhaben ausmachen.³³

Zum anderen bildet die Exekutive das Recht gebietspezifisch mittels untergesetzlicher Handlungsformen fort. Augenfälligstes Beispiel ist das Steuerrecht, in dem grundsätzlich nur als interne Weisungen zu qualifizierende Erlasse und Verwaltungsvorschriften der Finanzbehörden die Auslegung und Anwendung von Steuergesetzen *de facto* auch im Außenverhältnis zum Steuerpflichtigen maßgeblich beeinflussen.³⁴

d) Rechtsanwälte?

Im Gegensatz zu diesen drei Staatsgewalten kommen Rechtsanwälte in der wissenschaftlichen Diskussion zur Rechtsfortbildung bisher kaum vor.

Aus einer formalrechtlichen Perspektive lässt sich dieser Befund un schwer erklären. Rechtsanwälte werden zwar von der deutschen Rechtsordnung nicht allein als private Interessenvertreter, sondern auch als „Organe der Rechtspflege“ definiert (§ 1 BRAO). Ihrer Tätigkeit wird also auch eine öffentliche Funktion zugeschrieben.³⁵ Diese erschöpft sich aber nach verbreiteter Lesart darin, den Bürgern rechtliches Gehör und Zugang zu Gericht zu verschaffen, sie vor Rechtsverlusten zu bewahren sowie für prozessuale Waffengleichheit zu sorgen.³⁶ Die Rechtsfindung als solche –

33 Vgl. *H. Fleischer*, Gesellschaftsrechts-Honoratioren, in: *H. Vogt/H. Fleischer/S. Kals* (Hrsg.), *Protagonisten im Gesellschaftsrecht*, Tübingen 2020, S.1 (6 f., 18 f.); *H. Fleischer/C. Lemke*, Im Maschinenraum des Gesellschaftsrechts-Gesetzgebers, *NZG* 2024, 371 (371 ff., 379); *J. Thiessen*, *Appetitus Socialis Berolinensis*, *Rg* 25 (2017), 36 (61 ff.).

34 Zu Implikationen für das Gesellschaftsrecht *B. Knobbe-Keuk*, *Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?*, Köln 1986; für das Schuldvertragsrecht am Bsp. des Finanzierungsleasings *M. Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band I, München 1991, S. 44 ff.

35 Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *M. Kilian*, *Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – eine Spurensuche*, *DStR-Beih* 2019, 38; *C. Wolf*, in: *R. Gaier/C. Wolf/S. Göcken* (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Aufl., Köln 2020, § 1 BRAO Rn. 3 ff.

36 Vgl. *S. Caspers*, *Grundlegendes zur beruflichen Stellung des Rechtsanwalts, den ihn treffenden Berufspflichten und Rechtsfolgen bei diesbezüglichen Verstößen*, *ZAP* 2024, 331 (333); *R. Gaier*, *Berufsrechtliche Perspektiven der Anwaltstätigkeit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*, *BRAK-Mitt.* 2006, 2 (2 f.); *K. Stern*, *Anwaltschaft und Verfassungsstaat*, München 1980, S. 6.

und mit ihr die Rechtsfortbildung – bleibe hingegen Sache der Gerichte.³⁷ Nach einer weitergehenden Auffassung soll sich die Organstellung des Rechtsanwalts zwar auch auf außergerichtliche Aufgaben, insbesondere die vorsorgende Rechtsberatung beziehen.³⁸ Auch Vertreter dieser Ansicht gehen aber nicht so weit, aus der Organstellung ein Mandat oder auch nur eine Legitimation zur Mitwirkung an der Rechtsfortbildung oder gar der formellen Rechtssetzung abzuleiten.³⁹

Unter Autoren, die sich von einer formalen Betrachtungsweise lösen und stärker der tatsächlichen Rechtspraxis zuwenden, wird zwar durchaus ein Zusammenhang zwischen Anwaltstätigkeit und Rechtsfortbildung hergestellt – etwa mit Blick auf moderne Vertragstypen wie das Finanzierungsleasing. Anwaltliche Gestaltungen werden dabei aber als der Rechtsfortbildung lediglich vorgelagerter empirisch-realer „Wildwuchs“ klassifiziert, der erst durch das Aufgreifen durch die Rechtsprechung – und gegebenenfalls den Gesetzgeber – zu Recht „transzendiert“ werden könne.⁴⁰

III. Rechtsfortbildung *in praxi*: Das Recht der Venture Capital-Finanzierungen

Inwieweit diese Paradigmen die Wirklichkeit des privaten Wirtschaftsrechts widerspiegeln, wird im Folgenden am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen hinterfragt. Zunächst werden hierzu Begriff und Interessenlage von Venture Capital-Finanzierungen erläutert (unten 1.). Sodann wird auf typische rechtliche Ausgestaltungen dieser Finanzierungen eingegangen (unten 2.). Schließlich wird nachvollzogen, wie sich diese Ausgestaltungen entwickelt haben und welche Rolle hierbei Rechtsanwältinnen einerseits (unten 3.), staatlichen Akteuren andererseits (unten 4.) zukam.

37 Vgl. BVerfG NJW-RR 1993, 383; BVerfG WM 1999, 383; EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 51/53; a. A. C. Wolf, Freiheit des Rechtsanwalts – Grundrecht des rechtlichen Gehörs, in: F. Hufen (Hrsg.), Festschrift für Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 2008, S. 414 (421 ff.); Wolf (Fn. 35), § 1 BRAO Rn. 17 ff.

38 K. Redeker, Freiheit der Advokatur – heute, NJW 1987, 2610 (2612 f.); E. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., Köln/München 2007, § 31 Rn. 588.

39 Letzteres spiegelt sich auch an der kritischen Diskussion zum „Gesetzgebungsoutsourcing“ auf Kanzleien wider; etwa M. Kloepfer, Gesetzgebungsoutsourcing – Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte, NJW 2011, 131 (132 f.); J. Krüper, Lawfirm – legibus solutus?, JZ 2010, 655 (658 ff.).

40 Zum Ganzen vgl. M. Martinek, Moderne Vertragstypen, Band III, München 1993, S. 357, 364; B. Sefrin, Die Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, Kehl/Straßburg/Arlington 1993, S. 105 ff.

1. Begriff und Interessenlage

Venture Capital-Finanzierungen sind eine Form der Unternehmensfinanzierung, die sich auf technologiegetriebene Start-ups mit hohem Wachstumspotenzial konzentriert.⁴¹ Als „Venture“, also Wagnis, gilt die Investition deshalb, weil die Erfolgsaussichten ungewiss sind und bei erheblichem Kapitalbedarf meist keine Sicherheiten gestellt werden können, sodass bei Scheitern des Unternehmens ein Totalverlust droht.⁴² Kapitalgeber sind deshalb regelmäßig spezialisierte Finanzierer, die ausschließlich in entsprechend wachstumsträchtige Unternehmen investieren und das Risiko einzelner Totalverluste in Anbetracht der Aussicht auf überproportionale Gewinne im Erfolgsfall in Kauf nehmen.⁴³

Die Interessenlage unterscheidet sich hierbei grundlegend von traditionellen Unternehmensfinanzierungen. Die Gründer benötigen günstiges Kapital, können aber meist keine Sicherheiten stellen und wollen die Kontrolle über das Unternehmen behalten. Die Kapitalgeber wollen demgegenüber in überschaubarer Zeit eine hohe Rendite erzielen und sicherstellen, dass das zur Verfügung gestellte Kapital zielgerichtet eingesetzt wird.⁴⁴

2. Typische rechtliche Ausgestaltungen

Dieser Interessenlage werden herkömmliche Finanzierungsformen nicht gerecht. Eine Eigenkapitalfinanzierung durch Aufnahme der Investoren als gleichberechtigte Gesellschafter würde die Einflussposition der Gründer im Unternehmen untergraben und die Ausrichtung der Investoren auf nur vorübergehende Beteiligungen mit komplikationsfreien „Exit“-Optionen erschweren. Eine Fremdkapitalfinanzierung, etwa in Form eines klassischen Darlehens, scheidet dagegen am Fehlen von Sicherheiten und eines

41 Vgl. *M. Suchman/M. Cahill*, The Hired Gun as Facilitator, *Law & Social Inquiry* 21 (1996), 679 (685 ff.); *T. Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, Tübingen 2016, S. II.

42 Vgl. *R. Antonczyk/W. Breuer/K. Mark*, Venture Capital-Verträge als Anreizsteuerungsinstrumente, *FB* 2008, 225 (226); *J. Coyle/J. Green*, Contractual Innovation in Venture Capital, *Hastings Law Journal* 66 (2014), 133 (147); *Suchman/Cahill*, Facilitator (Fn. 41), 685 f.

43 *W. Weitnauer*, *Handbuch Venture Capital*, 7. Aufl., München 2022, Teil A. Rn. 6 ff., 51 f. Zu weiteren möglichen Investoren *M. Schaper*, *Venture Capital in der Vertragsgestaltung*, *ZGR* 2024, 509 (511).

44 Zum Ganzen *Kuntz*, *Kapitalgesellschaften* (Fn. 41), S. 44 ff.

vorhersehbaren Cash-Flows, der regelmäßige Zins- und Tilgungszahlungen ermöglichen würde.

In der Venture Capital-Praxis haben sich deshalb hybride Finanzierungsformen durchgesetzt, die Elemente der Eigen- und der Fremdkapitalfinanzierung kombinieren.⁴⁵ Prominentes Beispiel sind wandelbare Vorzugsanteile, d. h. Gesellschaftsanteile, die neben die Stammanteile der Gründer treten, diesen gegenüber bei Dividendenausschüttungen und im Liquidationsfall bevorrechtigt werden, im Gegenzug aber nur eingeschränkte Stimmrechte gewähren.⁴⁶ Die nähere Ausgestaltung dieser Beteiligungsformen erfolgt in einer umfangreichen Dokumentation, die im Kern aus einer Beteiligungs- und einer Gesellschaftervereinbarung besteht.⁴⁷ Sie enthält regelmäßig ein ganzes Arsenal Venture Capital-spezifischer Klauseln, darunter Anti-Dilution- und Vesting-Klauseln.⁴⁸

Anti-Dilution-Klauseln beziehen sich auf das bei Venture Capital übliche Vorgehen, dass die Kapitalvergabe auf mehrere, zeitlich gestaffelte Finanzierungsrunden verteilt wird.⁴⁹ Dadurch sollen einerseits Informationsasymmetrien zwischen Kapitalgebern und Gründern ausgeglichen, andererseits Anreize für Letztere gesetzt werden, sich dem Erreichen vereinbarter „Milestones“ zu widmen.⁵⁰ Treten in einer späteren Finanzierungsrunde neue Investoren hinzu und können diese infolge einer zwischenzeitlich gesunkenen Unternehmensbewertung Anteile zu einem niedrigeren Preis erwerben („Down Round“), sehen Anti-Dilution-Klauseln Mechanismen vor, um auch die ursprünglichen Kapitalgeber so zu stellen, als hätten sie ihre Anteile

45 Im Überblick *M. Lehmann*, Finanzinstrumente, Tübingen 2009, S. 141 ff., 328 ff.

46 Vgl. *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 149 ff.; *T. Baums/M. Möller*, Venture Capital: US-amerikanisches Modell und deutsches Aktienrecht, in: *T. Baums/K. Hopt/N. Horn* (Hrsg.), Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, London/Den Haag/Boston: Kluwer Law International 2000, S. 33 (41 ff.).

47 *Schaper*, Vertragsgestaltung (Fn. 43), 513; *M. Schatz*, Ausgewählte Rechtsfragen der Venture-Capital-Finanzierung in der Aktiengesellschaft, in: *B. Grundwald/J. Koch/J. Tielmann* (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Vetter, Köln 2019, S. 681.

48 Vgl. *Schaper*, Vertragsgestaltung (Fn. 43), 512 f.; *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 681.

49 *C. Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk, Wiesbaden 2012, S. 128 ff.; *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 121 ff. Bsp. bei *S. Bank/P. Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, München 2017, S. 214 ff.

50 *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 122 ff.

le zum günstigeren Preis erworben – etwa durch Einräumung einseitiger Bezugsrechte auf neu geschaffene Anteile.⁵¹

Vesting-Klauseln zielen demgegenüber auf eine Bindung der Gründer an das Unternehmen. Sie sehen zu diesem Zweck vor, dass die Gründer ihre Unternehmensbeteiligung ganz oder teilweise verlieren, wenn sie ihre Tätigkeit für das Unternehmen vorzeitig aufgeben.⁵² Umgesetzt wird dies durch Call-Optionen oder Einziehungsrechte der Investoren, die typischerweise mit fortschreitendem Zeitverlauf eingeschränkt werden.⁵³

Neben Anti-Dilution- und Vesting-Klauseln bestehen zahlreiche weitere Klauseltypen, die zwar im Einzelfall auf die Bedürfnisse der Parteien abgestimmt werden, sich aber in nahezu jeder Venture Capital-Finanzierungsvereinbarung finden und den Akteuren der Branche als gemeinsame Verhandlungsgrundlage dienen.⁵⁴

3. Genese in der Anwaltspraxis

Die Ursprünge dieser Vertragsgestaltungen lassen sich auf einige Anwaltskanzleien im Silicon Valley zurückverfolgen, das sich ab den 1970er Jahren zum Zentrum der Computerindustrie entwickelte. Kanzleien wie *Wilson Sonsini* richteten ihre Beratung gezielt auf Gründer und neu entstehende Venture Capital-Finanzierer wie *Sequoia Capital* aus. Die im Wege des „trial and error“ erprobten Finanzierungsgestaltungen etablierten sich zunächst innerhalb der eng vernetzten örtlichen Community,⁵⁵ verbreiteten sich mit der Expansion der Geschäftsmodelle des Silicon Valley aber auch national und international.

51 *Brehm*, Vertragswerk (Fn. 49), S. 129 ff.; *M. Spitz*, Investmentschutz vor niedrigeren Bewertungen in Folgefinanzierungsrunden durch Verwässerungsschutzklauseln, GWR 2020, 316 (316 ff.).

52 *F. Ockert*, Die langfristige Bindung von Gesellschaftern, Baden-Baden 2020, S. 307 ff.; *Weitnauer*, Venture Capital (Fn. 43), Rn. 220.

53 *Brehm*, Vertragswerk (Fn. 49), S. 140 ff.; *Weitnauer*, Venture Capital (Fn. 43), Rn. 221 ff.

54 Vgl. die Muster bei *Bank/Möllmann*, Venture Capital (Fn. 49).

55 *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 210 f.; *M. Suchman*, The Contract as Social Artifact, Law & Society Review 37 (2003), 91 (118).

Der ab den 1990er Jahren entstehende Venture Capital-Markt in Deutschland⁵⁶ orientierte sich ebenfalls an den US-Gestaltungen.⁵⁷ Sie ließen sich zwar nicht immer eins-zu-eins in den deutschen Rechtsrahmen überführen, wurden in diesem Fall aber durch funktional äquivalente Gestaltungen nachgebildet.⁵⁸ So sind etwa die beispielhaft genannten Anti-Dilution- und Vesting-Klauseln auf Ebene des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts nicht ohne weiteres möglich. Erstere können etwa an den strengen Anforderungen an einen Bezugsrechtsausschluss scheitern (vgl. § 186 AktG), letztere daran, dass Gesellschafter nur begrenzt zu Leistungen gezwungen werden können, die über die Erbringung ihrer Einlage hinausgehen (vgl. §§ 54, 55 AktG). In beiden Fällen behilft man sich aber mit schuldrechtlichen Nebenabreden, durch die sich die Gründer gegenüber den Investoren etwa für den Fall einer Down Round zum Verzicht auf die Ausübung ihrer gesellschaftsrechtlichen Bezugsrechte oder für den Fall eines vorzeitigen Ausscheidens zu Verkauf und Abtretung ihrer Gesellschaftsanteile unter Marktwert verpflichten.⁵⁹

Wie ihre US-Vorbilder wurden diese Gestaltungen in der Anwaltspraxis entwickelt, wobei sich der Prozess stets in ähnlichen Schritten vollzieht. Zunächst fließen für den Einzelfall entworfene Gestaltungen bei Bewahrung in kanzeleiinterne Musterdokumente ein.⁶⁰ Dadurch werden sie Teil eines internen Wissenspools, der heute gerade in größeren Kanzleien professionell verwaltet wird.⁶¹ Dieser Wissenspool bildet die Grundlage für künftige Beratungen durch dieselbe Kanzlei⁶² und erleichtert zugleich die

56 *Baums/Möller*, Venture Capital (Fn. 46), S. 33; *Weitnauer*, Venture Capital (Fn. 43), Rn. 84 ff.

57 *Antonczyk/Breuer/Mark*, Verträge (Fn. 42), 226; *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 30, 41, 61 ff.; *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 684.

58 *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 684 ff. Allgemein zu Rechtstransfers *T. Goldbach*, Why Legal Transplants?, Annual Review of Law and Social Science 15 (2019), 583 (584 ff.).

59 Zum Ganzen *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 671 ff., 724 ff.

60 *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 142.

61 Dazu *P. Rawert*, Der Kautelarjurist als „Muster“-Schüler, in: M. Hoffmann-Becking/R. Ludwig (Hrsg.), Liber amicorum Wilhelm Happ, Köln/Berlin/München 2006, S. 231 (238); *P. Susskind*, Tomorrow's Lawyers, 3. Aufl., Oxford/New York: Oxford University Press 2023, S. 109 f.; *G. Triantis*, Improving Contract Quality: Modularity, Technology and Innovation in Contract Design, Stanford Journal of Law, Business & Finance 18 (2013), 177 (186); *M. Willamowski*, Wissensmanagement für Anwälte, AnwBl 2005, 297 (300).

62 *S. Korch*, Innovation und Standardisierung in der Vertragsgestaltung, AcP 224 (2024), 554 (563); *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 378; *Triantis*, Quality (Fn. 61), 186.

Einbindung weniger erfahrener Anwälte, welche die einschlägigen Gestaltungen nur noch auf den Einzelfall anpassen müssen.⁶³ Zugleich stellt er eine Ressource für Mandanten dar, die bestimmte Kanzleien oft gerade deshalb auswählen, weil sie von deren Erfahrungswissen profitieren wollen.⁶⁴

Je erfolgreicher eine wiederholt verwendete Gestaltung ihre Ziele aus Sicht der Mandanten und beteiligten Anwälte erreicht, desto eher wird sie von anderen Kanzleien aufgegriffen. Eine Verbreitung über Kanzleigrenzen hinweg geht insbesondere auf Erfahrungen in Vertragsverhandlungen zurück, kann aber auch durch Kanzleiwechsel einzelner Anwälte oder den Austausch auf Fachtagungen oder in der Fachliteratur befördert werden.⁶⁵ Mittel- und langfristig bilden sich auf Grundlage dieser diskursiven Prozesse innerhalb der Anwaltspraxis bestimmte Gestaltungsmodelle als kanzleiübergreifende Standards heraus, die den Ausgangs- und Orientierungspunkt für jede neue Einzelfallverhandlung gleichgelagerter Transaktionen bilden.⁶⁶

4. Nur punktuelles Aufgreifen durch Rechtsprechung und Gesetzgeber

Dass die Gestaltungsmodelle von Venture Capital-Finanzierungen in der Anwaltspraxis entwickelt wurden, besagt nicht, dass sie ein „law of its own“ begründen, das von staatlichen Akteuren der Rechtsordnung völlig unabhängig wäre. Tatsächlich sind Anwälte meist peinlich darauf bedacht, den zwingenden Rahmen des der jeweiligen Gestaltung zugrunde liegenden staatlichen Rechts einzuhalten, sodass einschlägige Vorgaben der Gesetzgebung und Rechtsprechung die Gestaltungspraxis durchaus beeinflussen.⁶⁷

Indes sind derartige staatliche Interventionen in spezialisierten Bereichen des Wirtschaftsrechts wie der Venture Capital-Finanzierung die Aus-

63 *E. de Fontenay*, Law Firm Selection and the Value of Transactional Lawyering, *Journal of Corporation Law* 41 (2015), 393 (397); *H. Merkt*, Anglo-Amerikanisierung der Vertragspraxis, in: S. Göthel (Hrsg.), *Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen*, 5. Aufl., Köln 2020, S. 173 (201).

64 *de Fontenay*, Selection (Fn. 63), 397, 405 ff.; *Susskind*, Lawyers (Fn. 61), S. 46.

65 Vgl. *Triantis*, Quality (Fn. 61), 187; *Willamowski*, Wissensmanagement (Fn. 61), 299 f. Zum fachlichen Austausch *R. Pöllath*, Woher kommen und wohin gehen die Wirtschaftsanwaltsfirmen in und aus Deutschland? in: *R. Pöllath/I. Saenger* (Hrsg.), *200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland*, Baden-Baden 2009, S. 7 (21); *Rawert*, Kautelarjurist (Fn. 61), S. 237.

66 Vgl. *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 363 ff.; *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 684, 705.

67 Vgl. etwa *Schaper*, Vertragsgestaltung (Fn. 43), 513 ff.

nahme. Gezielt auf Venture Capital-Finanzierungen zugeschnittene gesetzliche Regelungen findet man jedenfalls im deutschen Privatrecht nicht,⁶⁸ und eine gerichtliche Kontrolle ist nur möglich, wenn die einschlägige Gestaltung überhaupt vor Gericht gebracht wird.⁶⁹ Das geschieht wiederum meist nur nach anwaltlicher Vorauswahl⁷⁰ und ist im Bereich der Venture Capital-Finanzierung selten.⁷¹ Viele der einschlägigen Gestaltungen wurden deshalb nie einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen und dürften dies auch in Zukunft nicht werden, solange sie aus Sicht der Beteiligten ausgewogen sind und ihren Zweck erfüllen.

IV. Theorie der (auch) anwaltlichen Rechtsfortbildung

Beschränkt man den Vorgang der Rechtsfortbildung mit der herkömmlichen Ansicht auf einen dialektischen Prozess zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, gegebenenfalls ergänzt um die Exekutive, so müsste man das Recht der Venture Capital-Finanzierungen mangels Rezeption durch diese Akteure als bestenfalls fragmentarisch einstufen.

Tatsächlich ist aber das Gegenteil der Fall: Die Gestaltungsmodelle für Venture Capital-Finanzierungen und die an sie gestellten Erwartungen sind in der Praxis nicht weniger, sondern mit Blick auf ihre grenzüberschreitende Anschlussfähigkeit sogar in höherem Maße vereinheitlicht als in vielen stärker durch Rechtsprechung und Gesetzgebung überformten Bereichen des Wirtschaftslebens. Das dadurch erreichte Maß an Rechtssicherheit lässt sich ohne Berücksichtigung der über die Einzelfallgestaltung hinausgehenden systemischen Rolle von Rechtsanwälten nicht befriedigend erklären.

Um diese Rolle für die Theorie der Rechtsfortbildung fassbar zu machen, bietet sich das Modell der performativen Rechtserzeugung an (unten

68 Anders in Österreich; dazu *P. Bender*, Startup-Förderung zwischen Gesellschaftsrecht, Schuldrecht und Privatautonomie, ZGR 2025, 286 (287 ff.). Das zum 1.1.2024 in Deutschland in Kraft getretene ZuFinG (BGBl. I Nr. 354) adressiert durch steuerliche Erleichterungen für Mitarbeiterbeteiligungen, die Wiedereinführung von Mehrstimmrechtsaktien sowie vereinfachte Regeln für Börsenzugang und Kapitalerhöhungen zumindest die rechtlichen Rahmenbedingungen für Start-ups.

69 Siehe *K. Pistor*, The Rise of Autonomous Financial Power, in: B. Braun/K. Koddenbrock (Hrsg.), *Capital Claims: Power and Global Finance*, London: Routledge 2022, S. 251 (259); vgl. auch *K. Pistor*, *The Code of Capital*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2019, S. 19, 169.

70 Vgl. *Haverkate*, Juristenausbildung (Fn. 5), 480.

71 *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 180; *N. Ziegert*, Der Venture Capital-Beteiligungsvertrag (VCB), Berlin 2005, S. 27, 37, 213 f. Bsp. aus jüngerer Zeit KG NZG 2025, 173.

1.). Darauf aufbauend kann eine Neubestimmung des Verhältnisses von Rechtsanwälten zu den staatlichen Akteuren der Rechtsfortbildung erfolgen (unten 2.).

1. Performative Rechtserzeugung

Ausgangspunkt des Modells der performativen Rechtserzeugung ist die Beobachtung, dass jede Erzeugung von Recht im Medium der Sprache geschieht,⁷² und dass die Verwendung von Sprache nicht lediglich einen formalen Akt darstellt, der eine vorgängige Wirklichkeit abbildet, sondern auch schöpferische Qualität hat.⁷³ Jede Verwendung sprachlicher Zeichen verweist zwar auf den bisherigen Gebrauch des Zeichens, geht aber auch über diesen hinaus, weil sie das Zeichen mit einem neuen Kontext verbindet.⁷⁴ Diese Neuverbindung kann selbst eine über den Einzelfall hinausreichende performative Wirkung erlangen, wenn und soweit sie ihrerseits iteriert, also von künftigen Verwendungen desselben Zeichens in Bezug genommen und bestätigt wird.⁷⁵

Die Erzeugung von Recht – als besonderer Form von Sprache – lässt sich unter Zugrundelegung dieses sprachtheoretischen Modells wie folgt beschreiben: Kein rechtlicher Sprechakt steht in seiner Bedeutung objektiv fest und entfaltet allein deshalb über den Einzelfall hinausreichende Geltung, weil er von einer bestimmten Person oder in einem bestimmten Verfahren gesetzt wurde. Entscheidend ist vielmehr, dass er iteriert, d. h. von nachfolgenden rechtlichen Sprachakten zitiert, mit neuen Sachverhalten verknüpft und damit als geltend bestätigt und aktualisiert wird.⁷⁶ Rechtsnormativität entsteht in diesem Modell nicht schon durch die Sprecherposition der beteiligten Subjekte, sondern erst durch die tatsächliche Weiterverwendung einer normativen Aussage als Rechtsnorm.⁷⁷ Umgekehrt kann man es mit *Kelsen* formulieren: „Eine Norm, die nirgends und niemals angewendet und befolgt wird, d. h. eine Norm, die [...] nicht bis

72 Vgl. *F. Rodell*, *Woe Unto You, Lawyers!*, New York: Reynal & Hitchcock 1939, S. 6: „For the lawyer’s trade is a trade built entirely upon words.“

73 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 28 ff., 43 ff.

74 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 45 ff., 127 ff.

75 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 127 ff.

76 Vgl. *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 261.

77 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 221.

zu einem gewissen Grade wirksam ist, wird nicht als gültige Rechtsnorm angesehen.“⁷⁸

Dieses Modell eignet sich einerseits zur theoretischen Erklärung der richterlichen Rechtsfortbildung. Es bricht nicht nur mit der Vorstellung, dass der Inhalt geschriebener Rechtssätze objektiv feststehe und nur noch nachvollzogen werden müsse. Es erhellt auch, warum manche richterlichen Entscheidungen mehr, andere weniger oder gar nicht zur Rechtsfortbildung beitragen – nämlich abhängig davon, inwieweit sie von künftigen rechtlichen Sprechakten iteriert werden.

Das Modell erlaubt es andererseits, jenseits der Dichotomie von Gesetzgeber und Rechtsprechung die Rolle von Anwälten im Rechtsfortbildungsprozess abzubilden. Auch sie nehmen am Rechtsdiskurs teil; sie „sprechen mit“, indem sie etwa im Rahmen von Vertragsgestaltungen oder in Schriftsätzen vorangegangene rechtliche Sprechakte in Bezug nehmen, auf neue Sachverhalte übertragen und gegebenenfalls um neue Aussagen erweitern, die ihrerseits performative Qualität erlangen können, soweit sie von künftigen rechtlichen Sprechakten in Bezug genommen und bestätigt werden.

Gewiss mag die Wahrscheinlichkeit einer solchen Iteration bei anwaltlichen Sprechakten schon mangels formalen öffentlichen Mandats geringer sein als bei Sprechakten des Gesetzgebers oder von Gerichten. Gewiss kann man auch argumentieren, dass die Möglichkeit von Anwälten, rechtliche Sprechakte etwa in einem Vertrag zu treffen, von der gesetzlichen Anerkennung privatrechtlicher Gestaltungsspielräume abhängt. Das ändert aber nichts daran, dass die hundert-, ja tausendfache Verwendung anwaltlich formulierter Rechtsaussagen normative Wirkungen haben kann, die über den Einfluss einzelner Gerichtsurteile noch hinausgehen.

Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, die Rechtswirklichkeit in Bereichen wie der Venture Capital-Finanzierung, die primär durch die Schaffung, fortlaufende Aktualisierung, oft auch grenzüberschreitende Angleichung anwaltlicher Gestaltungsmodelle geprägt wird, nicht mehr als bloß empirisch-realen „Wildwuchs“ abzutun, sondern als Ausweis einer systemischen Teilhabe von Anwälten an der Privatrechtsfortbildung zu deuten.

78 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 10.

2. Verhältnisbestimmung zu anderen Akteuren

In welchem Verhältnis steht die damit beschriebene Rolle von Rechtsanwälten in der Rechtsfortbildung zu derjenigen anderer Akteure, namentlich der Rechtsprechung und Gesetzgebung? Insoweit bietet es sich an, mit *Alexander Hellgardt* zwischen drei Funktionen des Privatrechts zu unterscheiden: einer Infrastruktur- (unten a)), einer Interessenausgleichs- (unten b)) und einer Regulierungsfunktion (unten c)).⁷⁹

a) Infrastrukturfunktion des Privatrechts

Die Infrastrukturfunktion des Privatrechts liegt darin, Handlungsformen zur Verfügung zu stellen, derer sich die Teilnehmer am Privatrechtsverkehr bedienen können, um ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu gestalten.⁸⁰ Dazu gehören etwa die Rechtsformen des Gesellschaftsrechts und die Vertragstypen des Schuldvertragsrechts, die für häufig vorkommende Transaktionsarten ein „off-the-rack regime“ bereitstellen, auf das private Parteien transaktionskostensparend zurückgreifen können.⁸¹

Auf dieser Funktion liegt der Schwerpunkt anwaltlicher Beiträge zur Rechtsfortbildung. Anwälte sind oft diejenigen Akteure des Rechtslebens, die als erste, und nicht selten als einzige, mit neuen gesellschaftlichen Bedürfnissen konfrontiert und nach rechtlichen Lösungen ersucht werden.⁸² Gerade in Bereichen wie der Venture Capital-Finanzierung haben sie beim Entwurf neuer Regelungsmodelle gegenüber staatlichen Akteuren aufgrund ihres höheren Spezialisierungsgrads Wissensvorsprünge und können sie passgenauere Gestaltungen entwerfen und inkrementell fortentwickeln.⁸³ Dadurch tragen sie entscheidend zur Herausbildung transaktions- und

79 *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 56 ff.

80 *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 56 f.

81 Vgl. etwa *F. Easterbrook/D. Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Mass./London: Harvard University Press 1991, S. 34; *Triantis*, *Quality* (Fn. 61), 198.

82 Vgl. *A. Pikalo*, Die Bedeutung und die Funktion der Gerechtigkeit in der Kautelarjurisprudenz, in: *W. Krawietz* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin 1984, S. 155 (166).

83 Vgl. *Suchman/Cahill*, *Facilitator* (Fn. 41), 690 f.; siehe auch *S. Grundmann/F. Möslin*, *Vertragsrecht und Innovation – Gedanken zur Gesamtarchitektur*; in: *S. Grundmann/F. Möslin* (Hrsg.), *Innovation und Vertragsrecht*, Tübingen 2020, S. 3 (39); *Korch*, *Unternehmenskaufverträge* (Fn. 12), S. 131; *Triantis*, *Quality* (Fn. 61), 198 f.

branchenspezifischer Spezialrechte bei,⁸⁴ die zu den Infrastrukturleistungen des staatlichen Rechts nicht notwendigerweise in Konkurrenz treten, sondern diese ergänzen und ausdifferenzieren – gewissermaßen als zusätzliche Schicht dispositiven Rechts.⁸⁵

b) Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts

Im Rahmen seiner Interessenausgleichsfunktion sorgt das Privatrecht dafür, dass die im Ausgangspunkt den Teilnehmern am Privatrechtsverkehr überlassene Gestaltung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht dazu führt, dass an Wissen oder Verhandlungsmacht überlegene Parteien ihre Präferenzen einseitig auf Kosten schwächerer Verkehrsteilnehmer durchsetzen können.⁸⁶ Das Privatrecht grenzt zu diesem Zweck privatautonome Handlungsmöglichkeiten von vornherein ein oder unterzieht ihre Ausübung einer nachträglichen Kontrolle.

Grundsätzlich können auch anwaltliche Beiträge zur Rechtsfortbildung zum Interessenausgleich beitragen. So werden etwa die für Venture Capital-Finanzierungen anwaltlich entwickelten Gestaltungen regelmäßig als ausbalanciert empfunden, nicht zuletzt, weil einschlägige Kanzleien üblicherweise sowohl Kapitalgeber als auch Kapitalnehmer zu ihren Mandanten zählen.⁸⁷ Fehlt es aber an einem gleichberechtigten Zugang zu anwaltlicher Beratung,⁸⁸ können sich durchaus Gestaltungen durchsetzen, welche die Interessen der anwaltlich (besser) beratenen Partei übergewichten.⁸⁹

In diesem Fall ist eine Intervention anderer Akteure der Rechtsordnung angezeigt. Dafür kommt primär die Rechtsprechung in Betracht, die schon aufgrund der dialektischen Struktur des Zivilprozesses auf die (Wieder-)Herstellung eines Interessenausgleichs ausgelegt ist. Mit Instrumenten

84 Vgl. *W. Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Berlin 1983, S. 210; am Bsp. des Unternehmenskaufs *Hopt*, M&A (Fn. 12), 10 ff.

85 Vgl. *J. Simard*, The Birth of a Legal Economy: Lawyers and the Development of American Commerce, *Buffalo Law Review* 64 (2016), 1059 (1061 f.).

86 Vgl. *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 59 ff.

87 Vgl. *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 170, 181.

88 Zu diesem Problem *R. Gordon*, The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law, *Theoretical Inquiries in Law* 11 (2010), 441 (450); *D. McBarnet*, Legal creativity, in: *M. Cain/C. Harrington* (Hrsg.), *Lawyers in a postmodern world*, New York: NYU Press 1994, S. 73 (83).

89 Vgl. *M. Cain*, The General Practice Lawyer and the Client, *International Journal of the Sociology of Law* 7 (1979), 331 (335 f.); *Pistor*, Code (Fn. 69), passim.

wie der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 307 ff. BGB oder der Überprüfung von Vertragsklauseln am Maßstab der §§ 138, 242 BGB kann und muss sie Feinkorrekturen fehlläufiger Gestaltungen vornehmen.

c) Regulierungsfunktion des Privatrechts

Die Regulierungsfunktion des Privatrechts schließlich zielt darauf, das Verhalten der Teilnehmer am Privatrechtsverkehr zu steuern, um politische Gemeinwohlziele zu verwirklichen.⁹⁰ Hier sind die geringsten Beiträge von Anwälten zu erwarten, denn eine Verpflichtung zur Durchsetzung bestimmter Gemeinwohlziele trifft sie grundsätzlich nicht. Auch für Gerichte bestehen insoweit Grenzen.⁹¹ Die Ausfüllung der Regulierungsfunktion des Privatrechts obliegt vielmehr zuvörderst dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber.⁹²

Eine gesetzgeberische Intervention in Rechtsgebieten, die primär durch anwaltliche Gestaltungen geprägt werden, hat freilich regelmäßig den Charakter einer Grobkorrektur. Sie erscheint erst dann angezeigt, wenn die einschlägige Gestaltung negative externe Effekte auf Dritte oder die Allgemeinheit hat,⁹³ Feinkorrekturen durch die Rechtsprechung aber ausbleiben oder nicht ausreichen.⁹⁴ Eine verfrühte oder über das erforderliche Korrekturmaß hinausgehende gesetzgeberische Intervention kann auch erhebliche Nachteile haben, insbesondere dynamische Lernprozesse abschneiden.⁹⁵

90 *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 50.

91 Vgl. *Fleischer/Wedemann*, Kodifikation (Fn. 31), 624 f.; *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 678 f.

92 Zu Instrumenten und verfassungsrechtlichem Rahmen *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 564 ff.

93 Vgl. *Schmid*, Wirklichkeit (Fn. 84), S. 130.

94 Etwa weil einschlägige Gestaltungen infolge anwaltlicher Vorauswahlen oder des Ausweichens auf private Schiedsgerichte gar nicht erst vor staatlichen Gerichten verhandelt werden.

95 Vgl. *Bender*, Startup-Förderung (Fn. 68), 299 ff.; *Fleischer/Wedemann*, Kodifikation (Fn. 31), 611 ff.; *Martinek*, Vertragstypen I (Fn. 34), S. 11; *Martinek*, Vertragstypen III (Fn. 40), S. 386.

V. Schluss

Unabhängig davon, ob man Rechtsanwälte mit *Holger Fleischer* als „Rechts-Honoratioren“ würdigt⁹⁶ oder sie mit *Katharina Pistor* als „Masters of the Code“ kritisiert,⁹⁷ ist unbestreitbar, dass sie für die Privatrechtsfortbildung eine entscheidende, bislang weitgehend übersehene Rolle spielen. Da Anwälte oft in höherem Maße bereichsspezifisch spezialisiert und grenzüberschreitend organisiert sind als staatliche Behörden, Gerichte und Gesetzgeber, dürfte ihr Einfluss auf die Rechtsfortbildung in Zukunft noch zunehmen. Diese Entwicklung mit ihren Chancen und Risiken rechtstatsächlich nachzuvollziehen und rechtstheoretisch wie -dogmatisch aufzuarbeiten, sollte nicht länger ein „blinder Fleck“, sondern ein zentrales Anliegen der Zivilrechtswissenschaft sein.

96 Bezogen auf das Gesellschaftsrecht *Fleischer*, Honoratioren (Fn. 33), S. 5 f.; in Anlehnung an *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1972, S. 456 ff., 504 f.

97 *Pistor*, Code (Fn. 69).

Wie das Zivilrecht uns blind macht – Das Omnibus-Rollback bei der CSDDD und seine Langzeitfolgen

Jule Halbach und Frido Uebachs*

Der Beitrag zeigt, wie das Omnibus-Paket der Kommission vom 26.2.2025 zentrale Elemente der CSDDD zugunsten der „Vereinfachung“ und zur Förderung von „Wettbewerbsfähigkeit“ abschwächt und dadurch haftungs- und sorgfaltspflichtrechtliche Schutzmechanismen entkernt. Anhand des Konzepts der Pfadabhängigkeit wird analysiert, wie solche Eingriffe strukturelle Blindstellen verstetigen und künftige Korrekturen erschweren. Abschließend wird die Rolle der Zivilrechtswissenschaft reflektiert, die nicht nur Beobachterin, sondern auch Mitgestalterin regulatorischer Ausgangslagen ist.

„Liebe Freunde, wisst ihr, dass chinesische Gefangene in Tianjin jeden Tag 12 bis 15 Stunden arbeiten müssen und nicht einmal ein Essen dafür bekommen, damit ihr ein angenehmes Leben habt?“¹

So beginnt der Brief eines politischen Gefangenen, den die Filmemacherin Moreau in einem Schwangerschaftstest aus einer Pariser Apotheke fand. Er schildert Zwangsarbeit in chinesischen Gefängnissen („Laogais“²) für in- und ausländische Unternehmen.³

* Jule Halbach, M.A., LL.M. ist Doktorandin bei Prof. Dr. Julia Lübke, LL.M. (Harvard) an der FSU Jena und Promotionsstipendiatin der Heinrich-Böll-Stiftung. Frido Uebachs studiert Rechtswissenschaften an der FU Berlin. Alle Quellen wurden zuletzt am 21.12.2025 abgerufen.

1 *Politischer Gefangener*, in: L. Moreau, Zwangsarbeit – SOS aus China, ARTE, 2023, 95 Min., abrufbar unter: <https://archive.org/details/youtube-ml26xgyamZw> (urspr. bei ARTE verfügbar bis 20.7.2025).

2 Das System der Zwangsarbeit in Laogais, sollte unter *Mao Zedong* „Konterrevolutionäre“ in Arbeitslagern zur „Reform durch Arbeit“ bewegen und wurde unter *Deng Xiaoping* als Repressionsinstrument beibehalten sowie zugleich ökonomisch funktionalisiert. Auch *Xi Jinping* dienen Laogais heute der Repression religiöser und ethnischer Minderheiten sowie Oppositioneller und damit zur Aufrechterhaltung seiner Macht und seines totalitären Unterdrückungssystems, hierzu: *T. Rakhmanova*, Chinas Straflager – Die chinesischen Gulags, Teil 1, ARTE, 2021, 60 Min., abrufbar unter: <https://archive.org/details/ArteTV-106702-001-A>; *Dies.*, Chinas Straflager – Totale Überwachung,

Die *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD)⁴ und die *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD)⁵ sollten ursprünglich als normative Antwort auf globale Herausforderungen dienen und Menschenrechtsverletzungen sowie klimaschädliches Wirtschaften europäischer Unternehmen entlang der Wertschöpfungsketten adressieren.⁶ Mit dem „Omnibus-Paket“ der Europäischen Kommission vom 26.2.2025 werden zentrale Elemente dieser Regelwerke jedoch „zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit“⁷ erheblich abgeschwächt.⁸

Der vorliegende Beitrag analysiert anhand der Entkernung der CSDDD zunächst das Scheitern europäischer Nachhaltigkeitsregulierung (I.). Auf dieser Grundlage wird die Deregulierungsdynamik mit dem Konzept pfadabhängiger Entwicklungsprozesse verknüpft, um zu zeigen, wie vereinfachende Eingriffe strukturelle Blindstellen im (Zivil-)Recht erzeugen und verstetigen können (II.). Abschließend erfolgt eine normtheoretische Reflexion zur Verantwortung der Zivilrechtswissenschaft (III.).

I. Deregulierung statt Transformation: Das Scheitern der Nachhaltigkeitsregulierung

Unter dem Versprechen des „Bürokratieabbaus“ und mit dem erklärten Ziel, „die EU-Wirtschaft wohlhabender und wettbewerbsfähiger zu ma-

Teil 2, ARTE, 2021, 61 Min., abrufbar unter: <https://archive.org/details/ArteTV-106702-002-A> (beide urspr. bei ARTE verfügbar bis 29.6.2025).

3 Moreau, Zwangsarbeit (Fn. 1), 95 Min.

4 RL (EU) 2022/2464 zur Änderung der VO (EU) Nr. 537/2014 und der RL 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 322, 16.12.2022, S. 15–80, zuletzt geändert durch RL (EU) 2025/794, ABl. L, 2025/794, 16.4.2025.

5 RL (EU) 2024/1760 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937 und der VO (EU) 2023/2859 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L, 2024/1760, 5.7.2024, S. 1–58, zuletzt geändert durch RL (EU) 2025/794 (Fn. 4).

6 Erwägungsgründe 3 f. CSDDD (Fn. 5); Erwägungsgründe 1, 9 CSRD (Fn. 4).

7 Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 26.2.2025, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_25_614.

8 Vgl. C. Herold u. a., Auswirkungen der Omnibus-Entwürfe auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung, IRZ 2025, 155 (155); P. Velte u. a., Nachhaltigkeit und Bürokratieabbau, IRZ 2025, 145 (145).

chen⁹, etabliert das „Omnibus-Paket“ der Europäischen Kommission vom 26.2.2025 einen Legitimationsrahmen, der wirtschaftliche Entlastung zum vorrangigen Steuerungsziel erhebt und ökologische wie menschenrechtliche Belange in den Hintergrund drängt.¹⁰ Im Folgenden wird zunächst die terminologische Rahmung in den Blick genommen, bevor die materiellen Änderungen durch Omnibus I an der CSDDD aufgezeigt werden, die ein „Erblinden“ gegenüber menschenrechtlichen und klimarelevanten Belangen bewirken.

1. Terminologische Rahmung

Der Kurswechsel durch das Omnibus-Paket folgt dem von der Kommission in Auftrag gegebenen *Draghi-Report*, der angesichts der Belastungen durch CSRD und CSDDD ein wettbewerbs- und resilienzförderndes Regulierungsumfeld in Europa fordert.¹¹ Dieser Ansatz wurde von europäischen Staats- und Regierungschefs aufgegriffen, die im November 2024 die „Einleitung eines revolutionären Vereinfachungsprozesses“ verlangten, der „einen klaren, einfachen und intelligenten Regelungsrahmen für Unternehmen“ gewährleistet und den Verwaltungs-, Regulierungs- und Meldeaufwand insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) „drastisch verringert“.¹² Im Januar 2025 präsentierte die Kommission auf Basis des *Draghi-Reports* ihren *Competitiveness Compass*, dessen Bestand-

9 Europäische Kommission, Presseartikel v. 26.2.2025, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/news-and-media/news/commission-proposes-cut-red-tape-and-simplify-business-environment-2025-02-26_de?prefLang=de; *Velte u. a.*, Bürokratieabbau (Fn. 8), 145.

10 COM(2025) 80 final, 26.2.2025, 2025/0044 (COD), Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL (EU) 2022/2464 und (EU) 2024/1760 bezüglich der Termine, ab denen die Mitgliedstaaten bestimmte Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung und die Sorgfaltspflichten von Unternehmen erfüllen müssen (Text von Bedeutung für den EWR), Begründung, S. 1; s. a. Erwägungsgrund 1 RL (EU) 2025/794 (Fn. 4).

11 *M. Draghi*, The future of European competitiveness, Part A, 2024, 70 S.; *Ders.*, The future of European competitiveness, Part B, 2024, 327 S.; Europäische Kommission, The Draghi report on EU competitiveness, Stand: 23.6.2025, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en; s. a. COM(2025) 80 final (Fn. 10), Begründung, S. 1.

12 COM(2025) 80 final (Fn. 10), Begründung, S. 1; Europäischer Rat, Pressemitteilung v. 8.11.2024, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2024/11/08/the-budapest-declaration/>.

teil unter anderem die Omnibus-Pakete sind.¹³ Omnibus I umfasst dabei Änderungen der CSRD bzw. der Bilanz-RL,¹⁴ der Taxonomie-VO,¹⁵ des *Carbon Border Adjustment Mechanisms* (CBAM) sowie der CSDDD. Während die zeitliche Umsetzung teils bereits im April 2025 angepasst wurde,¹⁶ nahm das Parlament am 16. Dezember 2025 verbunden mit einem Fall der politischen „Brandmauer“¹⁷ den Vorschlag zur inhaltlichen Änderung der Nachhaltigkeitsberichterstattung in seiner endgültigen Fassung an.¹⁸

Die „Vereinfachung“ von Berichtspflichten, die Absenkung regulatorischer Schwellenwerte und die Reduktion verbindlicher Haftungselemente werden dabei nicht als normative Schwäche, sondern als notwendige Effizienzmaßnahme zur Erhaltung internationaler Wettbewerbsfähigkeit verstanden.¹⁹ Regulierung erscheint damit nicht mehr als Instrument zur Durchsetzung europäischer Werte, sondern als Standortnachteil²⁰ – ein Narrativ, das die Rhetorik des gesamten Omnibus-Vorschlags prägt. Die ursprünglichen ökologischen, menschenrechtlichen und sozialen Ambitionen geraten

13 COM(2025) 30 final, 19.1.2025, A Competitiveness Compass for the EU, S. 17 f.; Europäische Kommission, Competitiveness Compass, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/competitiveness-compass_en.

14 RL 2013/34/EU über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der RL 2006/43/EG und zur Aufhebung der RL 78/660/EWG und 83/349/EWG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 182, 29.6.2013, S. 19–76.

15 VO (EU) 2020/852 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der VO (EU) 2019/2088 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 198, 22.6.2020, S. 13–43.

16 RL (EU) 2025/794 (Fn. 4).

17 *N. v. Ondarza/S. Russack*, In der EU ist die Brandmauer bereits gefallen, ZEIT, 27.11.2025, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2025-11/evp-brandmauer-eu-parlament-omnibus>.

18 Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 16. Dezember 2025 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie (EU) 2025/... des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2006/43/EG, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 und (EU) 2024/1760 im Hinblick auf bestimmte Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung und die Sorgfaltspflichten von Unternehmen, P10_TCI-COD(2025)0045, abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-10-2025-0324_DE.html; Europäisches Parlament, Pressemitteilung v. 16.12.2025, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20251211IPR32164/einfachere-nachhaltigkeitsberichterstattung-und-sorgfaltspflicht-fur-unternehmen>.

19 COM(2025) 80 final, Begründung (Fn. 10), S. 1.

20 Vgl. COM(2025) 30 final (Fn. 13), S. 1 f., 17 f.; *Draghi*, The future of European competitiveness, Part A (Fn. 11), S. 13.

durch diesen Befreiungsschlag von der „Belastung“²¹ der Berichterstattung im Zuge der Vereinfachung faktisch in eine nachgeordnete Rolle.

2. Die Entkernung der CSDDD

Im Folgenden wird untersucht, inwiefern eine, durch die Omnibus-Reform entkernte CSDDD ihrem Anspruch, einen verbindlichen europäischen Rahmen für Menschenrechte und Umweltstandards entlang globaler Wertschöpfungsketten zu schaffen,²² noch gerecht wird.

a) Entfall der Haftung

Bislang verpflichtete Art. 29 Abs. 1 CSDDD die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Unternehmen für Schäden haftbar gemacht werden können, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig ihre Sorgfaltspflichten nach Art. 10 und 11 CSDDD zur Verhinderung und Behebung negativer Auswirkungen i.S.v. Art. 8 CSDDD verletzt, sofern dadurch geschützte Rechte aus dem Anhang, wie etwa das Verbot von Zwangs- oder Pflichtarbeit (Anhang I Nr. 11)²³, betroffen waren.²⁴ Während Art. 29 Abs. 1 CSDDD damit einen unionsweit harmonisierten Haftungstatbestand vorsah, wird dieser durch die Omnibus-Revision gänzlich gestrichen.²⁵ Stattdessen verweist der neue Abs. 2 nur noch auf eine mögliche Haftung nach nationalem Recht.²⁶ In

21 COM(2025) 80 final (Fn. 10), S. 1, 5.

22 Art. 1 Abs. 1 lit. a) und b) CSDDD (Fn. 5).

23 Anhang CSDDD (Fn. 5), Teil I, 1. Nr. 11.

24 Art. 29 Abs. 1 CSDDD (Fn. 5).

25 Art. 4 Abs. 1 Nr. 12 lit. a) P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18), vgl. ebenso Kommissionsentwurf: COM(2025) 81 final, 2025/0045 (COD), Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2006/43/EG, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 und (EU) 2024/1760 im Hinblick auf bestimmte Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung und die Sorgfaltspflichten von Unternehmen (Text von Bedeutung für den EWR).

26 Art. 4 Abs. 1 Nr. 12 lit. b) P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18); Ob deutsches Zivilrecht bei Menschenrechtsverletzungen in Drittstaaten anwendbar ist, bestimmt das IPR: Der ursprüngliche Art. 29 Abs. 7 CSDDD verpflichtete die Mitgliedstaaten, ihre Umsetzungsakte so auszugestalten, dass sie zwingend und vorrangig Anwendung finden. Nach seiner Streichung gilt nunmehr der allgemeine Anknüpfungssatz des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO (Erfolgsort), sodass etwa bei Anknüpfung an die Menschenrechtsverletzung regelmäßig ausländisches Recht Anwendung finden dürfte., vgl. hierzu Art. 4(12)(f) COM(2025) 81 final und Begründung (Fn. 25), S. 20; vgl.

Deutschland käme damit grundsätzlich eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Normen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) in Betracht.²⁷ Ungeachtet der Frage, ob es sich bei den im LkSG normierten Sorgfaltspflichten um Schutzgesetze handelt, stellt § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG ausdrücklich klar, dass Pflichtverletzungen aus dem Gesetz keine zivilrechtliche Haftung begründen.²⁸ Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt nach S. 2 jedoch unberührt.²⁹ Zu einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB käme man hiernach also lediglich für den Fall, dass zugleich eine anderweitige schutzgesetzliche Sorgfaltspflicht bestünde.³⁰

Daneben kommt eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, insbesondere wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten.³¹ Zwar wird auch dies teils mit Verweis auf § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG abgelehnt.³² Allerdings lehnt die Ausschussbegründung lediglich eine Haftungsausdehnung bei § 823 Abs. 2 BGB ab; zu § 823 Abs. 1 BGB verhält sie sich hingegen nicht.³³ Für dessen Anwendbarkeit spricht, dass eine zivilrechtliche Haftung anderenfalls durch eine weite Fassung der Sorgfaltspflichten des LkSG i.V.m. § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG sehr weitreichend ausgeschlossen werden könnte.³⁴ Ein so weitreichender Haftungsausschluss wäre auch mit dem

auch *B. Ziegler*, in: Depping/Walden, 1. Aufl., München 2022, LkSG § 3 Rn. 94, 196; *E. Ehmann*, Das LkSG: ein erster Überblick, GWR 2021, 287 (291); *D. Krebs u. a.*, Deliktische Haftung nach der EU-Lieferkettenrichtlinie (CSDDD), Umweltbundesamt, Texte 171/2024, S. 33–41; *M.-P. Weller/C. Thomale*, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2018, 509 (524).

27 *M. Stürner*, in: BeckOK Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 10. Ed., 15.6.2025, LkSG § 3 Rn. 69 ff.

28 Vgl. BT-Drs. 19/30505, 39; *Ziegler* (Fn. 26), § 3 Rn. 99, 155.

29 Ebd.; § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG; *Stürner* (Fn. 27), § 3 Rn. 68.

30 *Stürner* (Fn. 27), § 3 Rn. 72; *W. Paefgen*, Haftung für die Verletzung von Pflichten nach dem neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, ZIP 2021, 2006 (2010); s. a. *Ziegler* (Fn. 26), § 3 Rn. 156.

31 *Stürner* (Fn. 27), § 3 Rn. 74 f.; *Ehmann*, LkSG (Fn. 26), 291; *R. Koch*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz Compliance, Sorgfaltspflichten und zivilrechtliche Haftung, MDR 2022, 1 (Rn. 17); *Paefgen*, Haftung LkSG (Fn. 30), 2011.

32 *Stürner* (Fn. 27), § 3 Rn. 75; *H. Fleischer*, Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, DB 2022, 920 (921); *H.-G. Kamann/P. Irmischer*, Das Sorgfaltspflichtengesetz – Ein neues Sanktionsrecht für Menschenrechts- und Umweltverstöße in Lieferketten, NZWiSt 2021, 249 (250); *B. Schneider*, Deliktische „Lieferkettenhaftung“ unter Geltung des LkSG, ZIP 2022, 407 (412).

33 BT-Drs. 19/30505, 39 (Fn. 28); *Ziegler* (Fn. 26), § 3 Rn. 157, 159.

34 Zudem hätte die in § 11 LkSG normierte Prozessstandschaft sonst keinen oder einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich, *Ehmann*, LkSG (Fn. 26), 291; *Koch*, LkSG

überholten Art. 29 CSDDD nicht vereinbar, denn mit den vorgeschlagenen Änderungen werden „die Anforderungen hinsichtlich eines wirksamen Zugangs zur Justiz beibehalten, einschließlich des Rechts auf vollständige Entschädigung“.³⁵

Im Hinblick auf mögliche Verkehrssicherungspflichten wird teils von einer mittelbaren Wirkung des LkSG ausgegangen, da das LkSG einen allgemeinen menschenrechtlichen Sorgfaltsstandard etabliere.³⁶ Denkbar wäre allerdings auch, geradezu umgekehrt, das LkSG lediglich als Ausdruck eines menschenrechtlichen Sorgfaltsstandards zu verstehen, der unabhängig von der ausdrücklichen Normierung im LkSG besteht, sodass ein Rückgriff auf den allgemeinen menschenrechtlichen Sorgfaltsstandard möglich bleibt.³⁷ Daneben³⁸ könnte außerdem eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB aus einem betrieblichen „Organisationsverschulden“ folgen.³⁹

Von Relevanz könnte künftig auch die Frage sein, ob Verkehrspflichtverletzungen konzernintern der Muttergesellschaft zugerechnet werden oder ob nach dem konzernrechtlichen Trennungs- und Rechtsträgerprinzip jede Gesellschaft eigenständig haftet.⁴⁰ Für Letzteres spricht, dass auch innerhalb eines Konzerns jeder Rechtsträger ein selbständiges Subjekt mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Verantwortlichkeit ist.⁴¹ Für eine umfassende Zurechnung könnte im Rahmen einer unionsrechtsautonomen Auslegung des Unternehmensbegriffs der CSDDD das Prinzip der wirtschaftlichen Einheit aus dem europäischen Kartellrecht übertragen werden, denn auch dort erfolgt innerhalb des Konzerns eine Zurechnung, und zwar sowohl bei Bußgeldern als auch bei zivilrechtlichen Ansprüchen.⁴² Dafür

(Fn. 31), Rn. 21; *Paefgen*, Haftung LkSG (Fn. 30), 2008; *E. Wagner/M. Ruttloff*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung, NJW 2021, 2145 (Rn. 43); s. a. *Ziegler* (Fn. 26), § 3 Rn. 160.

35 COM(2025) 81 final, Begründung (Fn. 25), S. 20.

36 *Paefgen*, Haftung LkSG (Fn. 30), 2011; s. a. *Stürner* (Fn. 27), § 3 Rn. 75.

37 Vgl. BT-Drs. 19/30505, 39; *Koch*, LkSG (Fn. 31), Rn. 17; *A. Schall*, Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter ZGR 2018, 479 (481).

38 Vgl. BGH, NJW 2005, 3144, 3146.

39 Vgl. zum Organisationsverschulden BGH NJW-RR 1996, 867, 868; NJW 1952, 418, 418; s. a. zur Reichweite der Organisationspflicht in der Lieferkette *Ziegler* (Fn. 26), § 3 Rn. 185 ff.; *Weller/Thomale*, Menschenrechtsklagen (Fn. 26), 520 f.

40 *Fleischer*, Haftung (Fn. 32), 924.

41 Vgl. Ebd.

42 EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, Rn. 41, 44; Urt. v. 14.3.2019, C-724/17, Rn. 36 f., 46 f., 51; Urt. v. 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P, Rn. 40 ff., 89 f.; Urt. v. 10.9.2009, C-97/08 P, Rn. 58; Urt. v. 23.4.1991, C-41/90, Rn. 21.

streitet der *effet utile*, wonach erst die Anknüpfung an die wirtschaftliche Einheit ein echtes *Level Playing Field* sicherstellt und möglicherweise wettbewerbsverzerrende Haftungsabschirmungen im Konzern unterbindet.

Sofern einem Unternehmen Vorsatz sowohl hinsichtlich des Schadenseintritts und der Kausalität des Verhaltens als auch hinsichtlich der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände nachweisbar ist, käme außerdem eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht.⁴³ § 831 BGB dürfte daneben wohl regelmäßig mangels Weisungsgebundenheit der Zulieferer ausscheiden.⁴⁴ Ebenso scheidet eine vertragliche Haftung aus Lieferverträgen oder aus Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wohl in der Regel an der Relativität der Schuldverhältnisse bzw. an fehlender Leistungsnähe.⁴⁵

b) Abschwächung der Sorgfaltspflichten

Auch die im Rahmen von Art. 29 CSDDD für die Bestimmung von Sorgfaltspflichtverletzungen maßgeblichen Art. 8, 10 und 11 CSDDD werden durch Omnibus I abgeschwächt: Nach Art. 8 Abs. 2 CSDDD müssen Unternehmen nachteilige Auswirkungen nicht mehr flächendeckend ermitteln, sondern lediglich eine „*Scoping*-Untersuchung“ auf der „ausschließlichen Grundlage von bei zumutbarem Aufwand verfügbaren Informationen“ durchführen, um jene Bereiche zu identifizieren, in denen Risiken „am wahrscheinlichsten auftreten und am schwerwiegendsten sein dürften“.⁴⁶ Der ursprünglich zentrale Anspruch einer umfassenden Prüfpflicht wird damit substantiell reduziert. Die Reform entschärft zudem die Art. 10 Abs. 6 und Art. 11 Abs. 7 CSDDD, indem sie die Pflicht zur Beendigung der Geschäftsbeziehung als *ultima ratio* streicht und stattdessen einen Haftungsausschluss bei laufenden Korrekturbemühungen vorsieht.⁴⁷

Zudem begrenzt der neue Art. 8 Abs. 3 CSDDD den Informationsfluss aus der Lieferkette, indem Unternehmen bei Geschäftspartner:innen mit weniger als 5.000 Beschäftigten Informationen nur dann anfordern dürfen, wenn diese nicht auf andere Weise erlangt werden können; diese

43 Ziegler (Fn. 26), § 3 Rn. 195.

44 Ebd., Rn. 197 f.; Paefgen, Haftung LkSG (Fn. 30), 2008; C. Treffer, Drum prüfe, wer sich binde, ZAP 2022, 335 (338).

45 Stürner (Fn. 27), § 3 Rn. 78.

46 Art. 4 Abs. 1 Nr. 4 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

47 Art. 4 Abs. 1 Nr. 5, 6 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

Schwelle verzehnfacht sich damit gegenüber dem Erstentwurf von 500 auf 5.000 Mitarbeiter.⁴⁸ In diesem Zusammenhang sind auch die Reformen der Bilanz-RL von großer Relevanz, denn durch die Anhebung der Schwellenwerte für die Berichtspflicht auf nunmehr 450 Mio. EUR Nettoumsatz und 1.000 Beschäftigte wird der Kreis der unmittelbar betroffenen Unternehmen massiv verengt, wodurch weit über 80 % der bislang erfassten Unternehmen aus der gesetzlichen Pflicht herausfallen.⁴⁹ Flankierend begrenzt der in Art. 19a Abs. 3 und Art. 29a Abs. 3 Bilanz-RL verankerte *Value-Chain-Cap* den Umfang der zulässigen Datenerhebung in der Wertschöpfungskette.⁵⁰ Als „geschützte Unternehmen“ gelten hiernach sämtliche Geschäftspartner:innen mit bis zu 1.000 Mitarbeiter:innen; diesen steht gemäß Art. 19a Abs. 3 UAbs. 3 Bilanz-RL das ausdrückliche gesetzliche Recht zu, über die freiwilligen Standards (Art. 29a i.V.m. 29ca Bilanz-RL⁵¹) hinausgehende Auskünfte für Berichtszwecke zu verweigern.⁵² Für diesen Fall gilt die Berichterstattungspflicht bezüglich der Wertschöpfungskette gemäß Art. 19a Abs. 3 UAbs. 3 lit. d) und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 3 lit. d) kraft gesetzlicher Fiktion als erfüllt.⁵³

c) Weitere Abschwächungen

Neben den direkt haftungsbezogenen Abschwächungen bringt die CSDDD-Revision einige weitere wesentliche Änderungen mit sich: Die Pflicht zur Erstellung und Umsetzung von Plänen zur Minderung der Klimafolgen (Art. 1 Abs. 1 lit. c), Art. 22 CSDDD) entfällt ersatzlos; entsprechende Anforderungen wurden vollständig gestrichen.⁵⁴ Die Überwachungspflicht wird in Art. 15 S. 2 CSDDD von jährlich auf alle vier Jahre

48 Art. 4 Abs. 1 Nr. 4 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

49 Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18); COM(2025) 80 final, Begründung (Fn. 10), S. 4.

50 Art. 2 Abs. 1 Nr. 2, 4 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18); Der *Value-Chain-Cap* soll einen *Trickle-Down*-Effekt verhindern, bei dem Großunternehmen ihre regulatorische Last auf Zulieferer:innen abwälzen könnten, COM(2025) 81 final, Begründung (Fn. 25), S. 4 f.

51 Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 (wohl fälschlicherweise unter „(4)“ gelistet), Nr. 8 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

52 Art. 2 Abs. 1 Nr. 2, 4 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

53 Ebd.

54 Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 4 Abs. 1 Nr. 10 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

reduziert.⁵⁵ Außerdem sieht Art. 4 CSDDD künftig eine erweiterte Vollharmonisierung vor, die auch strengere nationale Sorgfaltpflichten ausschließt.⁵⁶

Daneben enthielt Art. 29 Abs. 3 lit. d) CSDDD bislang für Gewerkschaften und NGOs eine Klageermächtigung; dieses unionsrechtlich abgesicherte Recht entfällt.⁵⁷ Zugleich verengt Art. 3 Abs. 1 lit. n) CSDDD i.V.m. Art. 13 CSDDD den Kreis der einzubeziehenden Interessenträger:innen: Verbraucher:innen, nationale Menschenrechts- und Umweltinstitutionen sowie Umwelt-NGOs werden nicht mehr genannt und fortan wird die Möglichkeit einer „direkten“ Beeinträchtigung vorausgesetzt.⁵⁸ Außerdem müssen im Rahmen der sinnvollen Einbeziehung von Interessenträger:innen nur noch die „relevanten“ Interessenträger:innen konsultiert werden und zwei der fünf Konsultationsfälle werden gestrichen.⁵⁹

II. Von der „Vereinfachung“ zur Pfadverfestigung: Wie Omnibus I strukturelle Blindstellen erzeugt

Die Kommission begründete den Omnibus-Vorschlag mit einer besonderen Dringlichkeit, sodass weder eine Folgenabschätzung noch eine öffentliche Konsultation oder eine Prüfung der Klimakohärenz durchgeführt wurde.⁶⁰ Nach Einschätzung der größten europäischen Wirtschaftsverbände adressierte der Omnibus-Vorschlag die dringenden Probleme in positiver Weise: Copa-Cogeca sieht darin einen ersten konkreten Schritt zur Verringerung unbeabsichtigter Regulierungsbelastungen und betont, dass Vereinfachung entscheidend sei.⁶¹ ACEA begrüßt das Paket als dringend

55 Art. 4 Abs. 1 Nr. 8 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

56 Art. 4 Abs. 1 Nr. 3 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

57 Art. 4 Abs. 1 Nr. 12 lit. c) P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

58 Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

59 Art. 4 Abs. 1 Nr. 7 P10_TCI-COD(2025)0045 (Fn. 18).

60 COM(2025) 80 final, Begründung (Fn. 10), S. 10 ff.; Die europäische Bürgerbeauftragte sah hierfür jedoch keine hinreichenden Gründe: Europäische Ombudsstelle, Nichteinhaltung der „Leitlinien für eine bessere Rechtsetzung“ durch die Europäische Kommission bei der Ausarbeitung eines Legislativvorschlags zur Nachhaltigkeitsberichterstattung und Sorgfaltpflicht von Unternehmen, abrufbar unter: <https://www.ombudsman.europa.eu/de/case/de/68856>.

61 Copa-Cogeca auf X am 26.02.2025, abrufbar unter: <https://x.com/COPACOGECA/status/1894794013213106377>.

benötigte Entlastung, die zugleich die Klimaneutralitätsziele stütze.⁶² Die European Steel Association geht noch weiter und erkennt zwar die richtige Diagnose an, fordert jedoch dringend weitergehende, radikalere Änderungen,⁶³ während Cefic insgesamt den ehrgeizigen Bürokratieabbau begrüßt, aber auf verbleibende Bedenken hinweist, die noch stärkere Simplifizierung erforderten⁶⁴. BusinessEurope bewertet es als positiven Schritt hin zu leichteren Rahmenbedingungen mit weniger und klareren Normen und zur Korrektur von Ungleichgewichten bei der CSDDD, nach der Unternehmen jeder Größe gefragt hätten.⁶⁵ Auf deutscher Ebene sind die Spitzen- und Dachverbände der deutschen Wirtschaft (BDI (Industrie), BDA (Arbeitgeber:innen), DIHK (Industrie- und Handelskammern), ZDH (Handwerk), HDE (Einzelhandel), BGA (Groß- und Außenhandel)) den Omnibus-Reformen gegenüber ebenfalls positiv gestimmt und fordern überwiegend einen noch stärkeren und weitergehenden Bürokratieabbau.⁶⁶

Umso mehr erstaunen die Ergebnisse einer groß angelegten Studie der NGO *WeAreEurope* in Kollaboration mit der HEC Paris, die 1062 CSRD-

62 Association des Constructeurs Européens d'Automobiles, 05.05.2025, ACEA position on Omnibus Package I, abrufbar unter: <https://www.acea.auto/publication/acea-position-on-omnibus-package-1/>.

63 The European Steel Association, Pressemitteilung vom 26.02.2025, abrufbar unter: <https://www.eurofer.eu/press-releases/clean-industrial-deal-right-diagnosis-but-more-radical-change-is-urgently-needed-to-turn-the-tide-says-eurofer>.

64 The European Chemical Industry Council, Position Paper, 02.05.2025, abrufbar unter: <https://cefic.org/app/uploads/2025/05/Cefic-position-on-the-Omnibus-proposal.pdf>.

65 BusinessEurope, Pressemitteilung vom 26.02.2025, abrufbar unter: <https://www.business-europe.eu/publications/1st-eu-omnibus-a-positive-step-towards-making-it-easier-to-do-business-in-europe/>.

66 BDI, 13.11.2025, <https://bdi.eu/artikel/news/bdi-zu-omnibus-abstimmung-gutes-signal-fuer-die-europaeische-wettbewerbsfaehigkeit>; BDA, 16.10.2025, <https://arbeitgeber.de/omnibus-i-ep-position-bringt-substanzuelle-vereinfachungen/>; ZDH, 09.12.2025, <https://www.zdh.de/ueber-uns/fachbereich-europapolitik/eu-aktuell/omnibus-i-nachhaltigkeitsberichterstattung-deutlich-entschaerft/>; DIHK, 14.04.2025, <https://www.dihk.de/resource/blob/131764/26e9c4a3782211d173d2bff509766ccc/eu-dihk-stellungnahme-omnibus-data.pdf>; BGA, 08.07.2025, https://bga.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Positionspapiere/Positionspapiere_Europa/BGA_Positionspapier_Omnibus_I-Paket_final.pdf; HDE, 26.02.2025, <https://einzelhandel.de/presse/aktuelle-meldungen/14753-omnibus-vorschlag-hde-bewertet-vorstoss-der-europaeischen-kommission-fuer-entlastungen-bei-berichts-und-sorgfaltspflichten-positiv>; Siehe auch in einer gemeinsamen Erklärung: Gesamtmetall, VDMA, ZVEI, VCI, BGA, BDWi, ZGV, BAVC, 06.2025, <https://www.bavc.de/downloads/News/Verbandeerklaerung-EU-Omnibus.pdf>.

Anwender:innen befragte und deren Antworten statistisch auswertete:⁶⁷ 61 % der Befragten geben an, mit der CSRD sehr zufrieden oder zufrieden zu sein, beim Omnibus-Vorschlag sind es hingegen nur 25 %.⁶⁸ Als Stärken der CSRD werden dabei vor allem die Transparenz und Vergleichbarkeit sowie ihr Nutzen als strategisches Steuerungsinstrument genannt.⁶⁹ 90 % sehen sie zudem als geopolitischen Vorteil für Europa.⁷⁰

Während die Kommission und *Mario Draghi* insbesondere die Wettbewerbsfähigkeit Europas durch CSRD und CSDDD gefährdet sehen,⁷¹ geben die Unternehmen als Hauptkritikpunkte fehlende technische Leitlinien, mangelnde Proportionalität für kleinere Unternehmen und hohen Implementierungsaufwand an.⁷² Die Sorge um Wettbewerbsnachteile gegenüber nichteuropäischen Unternehmen wird unter sechs möglichen Kritikpunkten am seltensten genannt.⁷³

Dies lässt eine Divergenz zwischen den Problemvorstellungen der Kommission und der Wirtschaftsverbände einerseits sowie der betroffenen Unternehmen andererseits erkennen.

1. Asymmetrien im (Brüsseler) Lobbyismus

Eine Ursache für diese Divergenz können die grundlegenden Asymmetrien des Lobbyismus generell und insbesondere der Lobbypraxis in Brüssel darstellen. Die Brüsseler Lobbyszene ist stark von wirtschaftlichen Interessen geprägt, was einerseits mit der Historie der EU erklärt werden kann,⁷⁴ andererseits aber auch mit der tatsächlichen Wirtschaftsmacht der EU zusammenhängt.⁷⁵ Entsprechend dominieren in Brüssel Unternehmen sowie Wirtschafts- und Branchenverbände, während Gewerkschaften, Umwelt-

67 WeAreEurope, 2025 post-Omnibus CSRD Business Survey – Part I - Quantitative study & Verbatims, 05/2025.

68 Ebd., S. 11 f.

69 Ebd., S. 13.

70 Ebd., S. 6.

71 COM(2025) 80 final, Begründung (Fn. 10), S. 1; *Draghi*, The Future of European Competitiveness, Part B (Fn. 11), S. 319.

72 WeAreEurope, post-Omnibus Survey (Fn. 67), S. 16.

73 Ebd., S. 16.

74 *F. Spohr*, Lobbyismus? – Klare Antworten aus erster Hand, München, 2023, S. 113.

75 Mit 19,42 Billionen US-Dollar hat die Europäische Union 2024 das zweitgrößte Gesamt-BIP hinter den USA (29,18 Billionen US-Dollar) und knapp vor China (18,74 Billionen US-Dollar) erzielt, World Bank Group, abrufbar unter: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>.

verbände oder humanitäre Gruppen deutlich schwächer vertreten sind.⁷⁶ So verfolgen mehr als zwei Drittel (71,8 %, Stand: September 2025) der im Lobbyregister der EU erfassten Akteur:innen eigene geschäftliche Interessen oder die ihrer Mandant:innen.⁷⁷ Außerdem ist eine übergreifende Zusammenarbeit von großen Firmen einzelner Branchen zu beobachten, die sich als „Konzernallianzen“ gemeinsam gegenüber KMUs innerhalb der Lobbyzene platzieren.⁷⁸ Auch die bessere finanzielle Ausstattung von Unternehmen, die mit wirtschaftlichen Zielen Lobbyismus betreiben, spielt eine entscheidende Rolle. Sie können Lobbying „aus der Portokasse“ betreiben, während ideelle NGOs primär auf Spenden und Fördergelder angewiesen sind.⁷⁹ Lobbyerfolge der Wirtschaft zahlen sich materiell aus und sind so gesehen Investitionen,⁸⁰ während ideelle Lobbyakteure per se keinen finanziellen Gewinn mit Lobbyismus erzielen können.

Inside-Lobbyismus, der auf den direkten Austausch mit politischen Akteur:innen zielt,⁸¹ lebt wesentlich vom Zugang zu formellen Verfahren in Gremien, Anhörungen oder Konsultationen sowie zu informellen Kommunikationskanälen. Eine größere Konfliktfähigkeit, also die glaubhafte Drohung mit Ressourcenentzug, etwa durch Standortverlagerung, Investitionsstopps, Arbeitsplatzabbau, Streiks, Demonstrationen oder Wahlstimmenverlust, geht zudem mit einem größeren Einflusspotential einher.⁸² Große Unternehmen und Wirtschaftsverbände verfügen über privilegierten Zugang, erhebliche finanzielle und personelle Ressourcen und damit über größeres Konfliktpotenzial.⁸³ Wirtschaftsnaher Lobbyist:innen setzen darüber hinaus auf großzügige Repräsentationen, Empfänge, Geschenke, Einladungen zu Kultur- und Sportevents sowie eine weit überlegene Perso-

76 Spohr, Lobbyismus (Fn. 74), S. 115.

77 Europäische Kommission, Transparenzregister, abrufbar unter: https://transparency-register.europa.eu/find-out-more/statistics_de.

78 D. Plehwe, Wandel der Lobbyarbeit in der Europäische [sic] Union. Bundeszentrale für politische Bildung, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/politik/wirtschaft/lobbyismus/276176/wandel-der-lobbyarbeit-in-der-europaeische-union>.

79 Spohr, Lobbyismus (Fn. 74), S. 49.

80 Ebd., S. 31.

81 Spohr, Lobbyismus (Fn. 74), S. 62.

82 W. Gründinger, Lobbyismus im Klimaschutz – Die nationale Ausgestaltung des europäischen Emissionshandelssystems, Wiesbaden, 2012, S. 29.

83 R. Eising, Institutional Context, Organizational Resources and Strategic Choices: Explaining Interest Group Access in the European Union, *European Union Politics* 2007 (3), 329 (356).

nalausstattung.⁸⁴ Während Energiekonzerne ganze Teams hochqualifizierter Mitarbeiter:innen beschäftigen und regelmäßig exklusive Gespräche mit Spitzenpolitiker:innen führen, müssen Umweltverbände sich mit seltenen, kollektiven Terminen begnügen.⁸⁵ Ihre Mitarbeiter:innen sind in der Regel schlechter bezahlt, weniger erfahren und auf öffentliche Stellungnahmen statt vertrauliche Gespräche angewiesen.⁸⁶

Aber auch inhaltlich ist eine Begünstigung bestimmter Interessen erkennbar: Am Beispiel des Umwelt- und Klimaschutzes kristallisiert sich dies anhand des „inhärenten Organisationsproblems“ von allgemeinen und öffentlichen Interessen heraus.⁸⁷ Als öffentliches Gut kommt eine funktionierende Umwelt allen beitragsfrei zugute und begünstigt dadurch „Trittbrettfahrerverhalten“.⁸⁸ Auch der auf relativ kurzfristige Mehrheitsgewinne ausgerichtete Parteienwettbewerb begünstigt gegenwartsbezogene Politikgestaltung, bei der beispielsweise aktuelle Arbeitsplatzargumente stärker wiegen als zukünftige Risiken des womöglich nicht akut scheinenden Klimawandels.⁸⁹

Insbesondere an diesen inhärenten Asymmetrien könnte es liegen, dass zwei Drittel aller Lobby-Gespräche der von der Leyen Kommission II mit Unternehmen und Wirtschaftsverbänden geführt wurden (Stand: 14.09.2025: 9.592 von 14.345), obwohl diese weniger als die Hälfte der Lobbyist:innen auf EU-Ebene ausmachen (4.881 von 10.609)⁹⁰. Unter den zehn Lobbyorganisationen, die am meisten Gespräche mit der Kommission geführt haben, sind nur zwei NGOs, neben sechs Wirtschaftsverbänden. Die beiden NGOs kommen auf 120, die Wirtschaftsverbände auf 382 Gespräche mit der Kommission.⁹¹ Die Kommissionspräsidentin von der Leyen persönlich führte in der vorherigen von der Leyen Kommission I sogar mehr als drei Viertel ihrer Lobbygespräche mit Unternehmen und Wirtschaftsverbänden (134 von 178) und nur 15 von 178 Gesprächen mit NGOs.⁹² Dieses Ungleichgewicht könnte zugleich Resultat der bestehenden, aber auch eine zusätzliche Asymmetrie sein.

84 *Gründinger*, Lobbyismus im Klimaschutz (Fn. 82), S. 27 mwN.

85 Ebd.

86 Ebd., S. 27 f. mwN.

87 Ebd., S. 28 f.

88 Ebd. mwN.

89 Ebd.

90 Diese Zahlen stammen von Integrity Watch, abrufbar unter: <https://integritywatch.eu/ecmeetings.php>.

91 Integrity Watch, abrufbar unter: <https://integritywatch.eu/ecmeetings.php>.

92 Ebd.

2. Pfadabhängige Entwicklung und deren Langzeitfolgen

Im Falle des Omnibus-Pakets könnte die Asymmetrie des Lobbyismus im Ergebnis zu der oben thematisierten Divergenz zwischen Unternehmen und Wirtschaftsverbänden einerseits geführt und andererseits auch dazu beigetragen haben, dass das Omnibus-Paket primär den Interessen der Wirtschaftsverbände entspricht⁹³. Die weiteren Folgen der Asymmetrie und der darauf aufbauenden Entscheidungen sollen im Folgenden anhand des Konzeptes von Pfadabhängigkeiten untersucht werden.

Als „pfadabhängig“ werden Entwicklungsprozesse verstanden, deren Verlauf durch positive Rückkopplungen geprägt ist.⁹⁴ Die Auswirkungen der sich selbst verstärkenden Prozesse können sein, dass in der Vergangenheit getroffene Entscheidungen fortwirken, den Handlungsspielraum für künftige Abweichungen begrenzen⁹⁵ und die Korrektur einer einmal eingeschlagenen Richtung erschweren, selbst wenn sich diese als ineffizient oder unerwünscht erweist.⁹⁶ Das ursprünglich aus den Wirtschaftswissenschaften stammende Konzept, welches dort insbesondere im Kontext von Technologie- und Innovationsprozessen herangezogen wurde⁹⁷ und zu Beginn der 2000er-Jahre in den Sozialwissenschaften zu einem der meistgenutzten Konzepte avancierte,⁹⁸ hält entsprechend der breiten interdisziplinären Diskussion verschiedenste Facetten und Variationen bereit.⁹⁹ Im Folgenden dient die organisationstheoretische Pfadabhängigkeitskonzeption nach Sy-

93 Siehe zu den starken Überschneidungen auch die Analyse von ReclaimFinance, EU Omnibus: a playground for industry lobbies, 06.03.2025, abrufbar unter: <https://reclaimfinance.org/site/en/2025/03/06/eu-omnibus-a-playground-for-industry-lobbies/> und von Finanzwende, Financial irresponsibility, März 2025, abrufbar unter: https://www.finanzwende.de/fileadmin/user_upload/Themen/Oekologische_Finanzwende/Report_Financial_irresponsibility.pdf.

94 N. Schröter, Pfadabhängigkeit und Recht, Tübingen 2024, S. 19.

95 K. Leuze, Pfadabhängigkeit, Berliner Journal für Soziologie 2024, 303 (303).

96 H. Deters/R. U. Krämer, Der steuerpolitische „Aktivismus“ des Bundesverfassungsgerichts als pfadabhängige Entwicklung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2011, 95 (97); P. Pierson, Not Just What, but When: Timing and Sequence in Political Processes, Studies in American Political Development 2000, 72 (74); J. Mahoney, Path Dependence in Historical Sociology, Theory and Society 2000, 507 (524).

97 Schröter, Pfadabhängigkeit und Recht (Fn. 94), S. 20.

98 Leuze, Pfadabhängigkeit (Fn. 95), 303; J. Beyer, Pfadabhängigkeit ist nicht gleich Pfadabhängigkeit! Wider den impliziten Konservatismus eines gängigen Konzepts, Zeitschrift für Soziologie 2005, 5 (6).

99 Siehe zur wissenschaftshistorischen Vielseitigkeit und Uneindeutigkeit des Konzepts: Beyer, Pfadabhängigkeit (Fn. 98), 5.

dow u.a.¹⁰⁰ als analytischer Rahmen, um die Entwicklung von CSRD und CSDDD zur durch die Omnibus-Reform modifizierten Fassung zu analysieren.

Ein wichtiger Grundgedanke dieser Konzeption ist die Gliederung pfadabhängiger Entwicklungsprozesse in die preformative, die formative und die Lock-In-Phase.¹⁰¹ In der preformativen Phase ist der Handlungsspielraum noch breit, zugleich aber historisch-institutionell imprägniert. Dies bedeutet, dass Regeln, Routinen und kulturelle Prägungen die Optionen vorstrukturieren, ohne sie von vornherein zu determinieren, bis ein sog. „critical juncture“ die Dynamik selbstverstärkender Prozesse auslöst und gleichzeitig den Übergang zur formativen Phase ebnet.¹⁰² Die formative Phase beschreibt die Etablierung eines dominanten Handlungsmusters unter einem „Regime positiver Rückkopplungen“,¹⁰³ das die Reversibilität sukzessive verringert, auch wenn Entscheidungen weiterhin kontingent bleiben.¹⁰⁴ Die Lock-In-Phase ist schließlich durch eine weitere Verengung gekennzeichnet, in deren Verlauf das dominante Muster faktisch fixiert wird und ein Risiko manifester Ineffizienz entsteht.¹⁰⁵

Das Modell von *Sydow u.a.* stellt positive Rückkopplungen als Stabilsationsmechanismen ins Zentrum.¹⁰⁶ So könnten Koordinationseffekte entscheidend auf die Entwicklung von der formativen Phase hin zu der Lock-In Phase wirken. Je mehr Akteur:innen dieselben Verfahren nutzen, desto kalkulierbarer und kostengünstiger wird ihre Interaktion, was insbesondere im Verhältnis von Unternehmen und Investor:innen eine große Rolle spielen kann.¹⁰⁷ Komplementaritätseffekte würden sodann dadurch entstehen, dass Berichts-, Prüf-, Beschaffungs- und IT-Abläufe als Bündel Synergien erzeugen, die alternative Kombinationen unattraktiv machen, weil sie die eingespielten Synergien auflösen würden.¹⁰⁸ Auch Lerneffekte könnten jede Iteration produktiver werden lassen und damit Pfadtreue belohnen, während explorative Suchbewegungen relativ an Attraktivität

100 J. Sydow u.a., Organizational Path Dependence: Opening the Black Box, *Academy of Management Review* 2009, 689.

101 Ebd., 691 f.

102 Ebd.

103 Ebd., 691.

104 Ebd.

105 Ebd., 695.

106 Ebd., 698.

107 Ebd.

108 Ebd., 699.

verlören.¹⁰⁹ Schließlich nähren adaptive Erwartungen Konformität, indem das, was Marktteilnehmer:innen für dauerhaft halten, zur selbsterfüllenden Orientierung wird und den eingeschlagenen Kurs damit stabilisiert.¹¹⁰

Zu Beginn, also in der preformativen Phase der CSRD und CSDDD, war der Möglichkeitsraum für regulatorische Entscheidungen noch sehr weit geöffnet. Gleichwohl war er bereits von Anfang an durch asymmetrischen Lobbyismus, durch politische Debatten über Wettbewerbsfähigkeit sowie durch zeittypische Ereignisse strukturell vorgeprägt. Mit den legislativen Entscheidungen zugunsten der CSRD und CSDDD wurde dann eine erste *critical juncture* erreicht, die den Übergang in die formative Phase markierte. In dieser Phase begannen sich schrittweise Routinen, Rollen und Infrastrukturen um die neuen Berichts- und Sorgfaltspraktiken zu verdichten. Dadurch entstand allmählich ein Korridor reduzierter Wahlfreiheit, der die Handlungsoptionen zunehmend einengte. Dieser Korridor hätte im weiteren Verlauf durchaus in einen Lock-In münden können, vergleichbar etwa mit den stark verfestigten Compliance-Routinen der DSGVO. Mit dem Omnibus-Paket wurde dieser Prozess jedoch nicht in Richtung völliger Offenheit der ursprünglichen preformativen Phase zurückgeführt, sondern vielmehr durch eine zweite *critical juncture* unterbrochen. Aus der durch CSRD und CSDDD ausgelösten formativen Phase heraus entstand so eine neue Formationskonstellation, in der die vorhandenen Optionen politisch neu gebündelt und auf veränderte Referenzpunkte hin ausgerichtet wurden.

Positive Rückkopplungen könnten sowohl infolge von CSDDD und CSRD als auch des Omnibus-Vorschlags wirken und gewirkt haben. In der Folge könnte sich die gegenwärtige Konstellation, getragen durch die Omnibus-Reform, in eine Lock-In-Phase überführen, in der die durch Vereinfachung und Reduktion geschaffenen Pfadstrukturen zunehmend irreversibel würden. Je stärker Unternehmen ihre internen Systeme, Prüfverfahren und Vertragslogiken auf die abgesenkten Standards ausrichten, desto höher werden die Wechselkosten für eine spätere Rückkehr zu strengeren Anforderungen. Auch Investor:innen und Aufsichtsbehörden würden ihre Erwartungen dauerhaft an die verschlankten Berichtsmuster anpassen, wodurch Abweichungen unökonomisch erscheinen würden. Mit jedem Berichtszyklus verstärken sich Lern- und Koordinationseffekte, die die erneute Anhebung der Standards unwahrscheinlicher machen. Die durch adapti-

109 Ebd., 699 f.

110 Ebd., 700.

ve Erwartungen genährte Überzeugung, das abgesenkte Schutzniveau sei dauerhaft, stabilisiert den Kurs zusätzlich.

3. Möglichkeiten und Grenzen des Konzepts der Pfadabhängigkeit

Die Pfadabhängigkeitsanalyse kann zwar für mögliche Langzeitfolgen regulatorischer Entscheidungen und unintendierte Lock-In-Effekte sensibilisieren, stellt jedoch kein deterministisches Modell, sondern ein Analysewerkzeug dar, das auf empirische Überprüfung angewiesen ist. Die kommenden Jahre müssen daher zeigen, ob die identifizierten Mechanismen tatsächlich zu einer Pfadverfestigung führen oder ob gegenläufige Kräfte dieser entgegenwirken. Trotzdem lässt sich durch das Konzept greifbar machen, dass der Omnibus-Vorschlag der Kommission weitaus größere Auswirkungen hat, als nur eine „einmalige Simplifizierung innerhalb einer geopolitischen Landschaft“, in welcher die „handelspolitischen Spannungen“ und „übermäßige Bürokratie“ zunehmen.¹¹¹ Vielmehr löst der Omnibus-Vorschlag eine Abkehr von den ursprünglichen ökologischen, menschenrechtlichen und sozialen Ambitionen aus und verfestigt durch positive Rückkopplungen einen Pfad, der diese Ambitionen zunehmend als „unnötige und vermeidbare Kosten“ klassifiziert.¹¹²

III. Implikationen für die Zivilrechtswissenschaft

Der Fall des Omnibus-Pakets zeigt exemplarisch, wie Asymmetrien pfadabhängige Entwicklungen begünstigen, deren Konsequenz eine substanzielle Entkernung bis hin zum faktischen Entfall zivilrechtlicher Haftung sein kann. Der in einem Schwangerschaftstest entdeckte Brief eines politischen Gefangenen erinnert zugleich daran, dass reale menschenrechtliche Problemlagen durch regulatorische Vereinfachungen aus dem juristischen Fokus zu verschwinden drohen. Die vorgesehenen Absenkungen von Haftungs- und Prüfstandards erhöhen folglich die Gefahr, dass solche Missstände nicht mehr systematisch erfasst und bearbeitet werden.

Die Zivilrechtswissenschaft ist dabei nicht nur Beobachterin regulatorischer Pfadabhängigkeiten, sondern kann selbst als Faktor der Ausgangslage

111 COM(2025) 80 final, Begründung (Fn. 10), S. 1 f., 9.

112 Erwägungsgrund 4, COM(2025) 80 final, Begründung (Fn. 10).

wirken: Indem sie bestimmte Problemdeutungen aufgreift, andere ausblendet und durch Gutachten, Stellungnahmen und Expertise in die Gesetzgebungsdebatte einspeist, beeinflusst sie, welche *critical junctures* entstehen und welche Optionen in der preformativen Phase politischer Entscheidungen sichtbar bleiben. Daraus folgt Verantwortung. Wo Forschung und Lehre durch Drittmittellogiken, curriculare Trägheit oder eine ausgeprägte Status-quo-Orientierung asymmetrisch verengt sind, tragen sie zu jenen Pfadabhängigkeiten bei, die später als gegeben erscheinen. Nicht zuletzt trägt die juristische Ausbildung zur Reproduktion solcher Pfadabhängigkeiten bei, indem die existente Stofffülle des juristischen Studiums eine kritische Ausbildung und eine interdisziplinäre Erweiterung des Curriculums erschweren.¹¹³ Eine reflexive Zivilrechtswissenschaft muss daher nicht nur externe Asymmetrien untersuchen, sondern auch ihre eigene Rolle in der Reproduktion regulatorischer Pfade kritisch hinterfragen.

113 Siehe zu gesundheitlichen Folgen des juristischen Studiums und zur Frage, ob auf diese Weise kritische Jurist:innen ausgebildet werden können: *J. Hamed*, Psychische Belastungen in der Vorbereitung auf das erste juristische Staatsexamen, Baden-Baden 2025, S. 312.

Eine Haftungskette für die Lieferkette – Subsidiäre Haftung von Wirtschaftsakteuren derselben Lieferkette

Antonia Sommerfeld*

Abstract: Welche Mechanismen benötigt das Privatrecht, um eine angemessene Haftungskette für internationale Lieferketten bereitzustellen? Wie können wir das „Blackbox-Problem“ intransparenter Verantwortungsanteile und unbekannter mittelbarer Lieferkettenakteure in kollektiven Netzwerken besser mit dem Werkzeugkasten des Zivilrechts adressieren? Der Beitrag untersucht diese Fragen und legt dar, wie das derzeitige Privatrecht nur über unzureichende Mittel für den Umgang mit komplexen Schuldnermehrheiten in internationalen Lieferketten verfügt. Als Lösungsansatz wird eine gestufte, subsidiäre Haftung von Wirtschaftsakteuren innerhalb derselben Lieferkette für Konstellationen kollektiver Netzwerke vorgeschlagen. Hierbei wird auf die bestehenden punktuellen Ansätze für eine Netzwerkverantwortung im EU-Recht zurückgegriffen, wie sie sich derzeit in der alten und neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie (85/374/EWG; 2024/2853) und der EU-Reparaturrichtlinie (2024/1799) finden lassen. Der Vorschlag entwickelt ein grundlegendes dogmatisches Lieferkettenhaftungskonzept, auf das künftige Regulierungsanliegen – basierend auf heteronomen gesetzlichen Haftungsgründen – zurückgreifen können.

I. Einleitung

Globalisierte Lieferketten bzw. Wertschöpfungsketten¹ sind ein zentraler Bestandteil unserer heutigen Wirtschaft.² Erkauft werden deren Vorteile

* Dr., Wissenschaftliche Referentin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburg). Mein Dank für Anmerkungen gilt Torsten Kindt.

1 Zu den Begrifflichkeiten J. Salminen/ M. Rajavuori, Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: comparison and a framework for analysis, 26 Maastricht J. of Europ. and Comp. L. 2019, 602 (603).

2 Der OECD zufolge machen sie 70%, <<https://www.oecd.org/en/topics/global-value-and-supply-chains.html>>, der World Bank zufolge ca. 50% des Welthandels aus, World

allerdings bekanntlich oft durch Menschenrechtsverletzungen und Umweltverschmutzung.³ Versuchen, Ansprüche gegen die Verantwortlichen der Lieferkette geltend zu machen, stehen komplexe, intransparente Verantwortungsstrukturen entgegen. Entfernte, mittelbare Lieferkettenakteure sind Geschädigten oft gänzlich unbekannt. Kollektive Produktionsnetzwerke stehen Anspruchstellern wie eine „Blackbox“ gegenüber. Das derzeitige Zivilrecht verfügt über keine hinreichenden Mechanismen, um auf dieses Problem zu reagieren. Einzige bestehende zivilrechtliche Haftungs Vorschriften, die Lieferkettenstrukturen überhaupt adressieren, sind die §§ 327u, 445a, 445b, 478 BGB. Sie ermöglichen den Regress in Haftungskonstellationen entlang der vertraglichen Lieferkette. Die Vorschriften agieren allein zwischen den jeweiligen Vertragsparteien – eine gemeinsame (gesamtschuldnerische) Außenhaftung oder Durchgriffsmöglichkeiten gegen einzelne mittelbare Lieferkettenakteure bestehen nicht. Diese Lücke des Zivilrechts wird um die internationale Komplexität globaler Lieferketten zusätzlich vergrößert.

Die Lücke resultiert daraus, dass Lieferketten einerseits keine juristischen Personen mit definierter Verantwortlichkeit sind und sich andererseits als bloße Summe von Einzelverträgen nicht fassen lassen. Die Schwierigkeiten des Haftungsrechts entsprechen der Schwierigkeit, Lieferketten dogmatisch zu fassen. Globale Lieferketten bilden kollektive Einheiten bzw. globale Produktionsnetzwerke, deren Wirken rechtlich bislang nur unzureichend erfasst ist.⁴ Wirtschaftliches Gewinnpotential und haftungsrechtliche Risikotragung sind infolge der Komplexität globaler Lieferketten derart aus dem Gleichgewicht geraten, dass rechtlich nachzujustieren ist. Ein ganzheitliches, neues privatrechtsdogmatisches Lieferkettenhaftungskonzept ist erforderlich. Wie dieses auszugestalten ist, erörtert der Beitrag in vier Schritten:

Nachdem die Haftungsproblematik globaler Lieferketten dargelegt wird (II.), werden die Haftungsmechanismen des deutschen Privatrechts für

Development Report 2020, xiii, <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2020>> (letzter Abruf aller Weblinks: 27.11.2025).

- 3 Grundlegend P. Zumbansen, *The Transnationalization of Corporate Governance: Law, Institutional Arrangements and Corporate Power*, 42 Nw. J. Int. L. & Bus. 2022, 303–352; R. Michaels, *Towards Sustainable Private Law Theory*, in: P. B. Miller/ J. Oberdiek (Hrsg.), *Oxford Studies in Private Law Theory*, Vol. III, Oxford 2025, S. 115–142.
- 4 J. Salminen/M. Rajavuori, *Private International Law, Global Value Chains and the externalities of transnational production: towards alignment?*, *Transn. Legal Theory* 2021 (12), 230–248; Zumbansen, *Transnationalization* (Fn. 3), 322 f.

eine mögliche Reaktion untersucht. Diese stellen nur unzureichende Konzepte bereit (III.). Das EU-Privatrecht zeigt hingegen weiterreichende, wenngleich inkohärente, punktuelle Haftungsansätze für eine Netzwerkverantwortung in der alten und neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie⁵ und der EU-Reparaturrichtlinie⁶ (IV.). Diese werden als Bausteine für die Entwicklung des neuen Haftungskettenansatzes herangezogen. Der entwickelte Ansatz strebt eine gestufte, subsidiäre Haftung von Wirtschaftsakteuren innerhalb derselben Lieferkette an (V.).

Mit dem neuen Haftungskonzept soll angesichts der retardierenden, kontroversen Diskussionen zur zivilrechtlichen Haftung des führenden Unternehmens am Kopf internationaler Lieferketten,⁷ ein alternativer, privatrechtlicher Haftungsansatz für kollektive Lieferkettennetzwerke aufgezeigt werden. Das entwickelte Konzept vereinfacht die Rechtsdurchsetzung für Anspruchsberechtigte, indem diese gegen einzelne Lieferkettenakteure direkt oder gegen mehrere – auch nachrangig haftende – gemeinsam vorgehen können. Zudem ermöglicht es, das Ausfallrisiko einzelner Schuldner aus Sicht der Gläubiger zu reduzieren. Das Konzept eröffnet darüber hinaus die Übertragungsmöglichkeit auf andere Regelungsbereiche der Lieferkette.

II. Die Haftungsproblematik globaler Lieferketten

Die Haftungsproblematik globaler Lieferketten resultiert daraus, dass diese weder als juristische Personen noch als bloße Aggregation von Einzelverträgen rechtlich und dogmatisch fassbar sind. Das Recht richtet sich primär an individualisierte Rechtssubjekte als Verantwortliche und erfasst kollektives, verzahntes wirtschaftliches Verhalten nur unzureichend.⁸

5 RL 85/374/EWG bzw. RL (EU) 2024/2853.

6 RL (EU) 2024/1799.

7 Vgl. Vorschlag der EU Kommission zur Streichung der zivilrechtlichen Haftung in der CSDDD: COM(2025) 81 final, 2025/0045(COD), Änderungen der Richtlinie (EU) 2024/1760, Art. 4 (12)(a), (f).

8 K. H. Eller, Private governance of global value chains from within: lessons from and for transnational law, *Transn. Legal Theory* 2017 8:3, 296 (316 und 325 f.); F. Snyder, Special Issue on Economic Globalisation and the Law, *Eurp. Law J.* 5/1999, 334–374. Zu den Herausforderungen globaler Lieferketten an der Schnittstelle zw. vertraglicher und deliktischer Haftung: V. Ulfbeck/O. Hansen, Interplay between contract and tort in the supply chain, S. 133–145 und J. Salminen/V. Ulfbeck, Developing supply chain liability, S. 146–173 (zu Parallelen zw. Produkt- und Lieferkettenhaftung im *lead-firm* Ansatz)

Globale Wertschöpfungsketten werden als Abfolge mehrerer mehrwertbegründender Herstellungsphasen eines Produkts oder einer Dienstleistung für den Verkauf an Verbraucher beschrieben, bei denen mindestens zwei Phasen in verschiedenen Ländern stattfinden.⁹ Dies entspricht auch der gängigen Definition im juristischen Diskurs: Globale Wertschöpfungsketten sind komplexe, mehrgliedrige Unternehmensketten, bei denen die Herstellung eines Produktes mindestens eine Grenze überschreitet und die von einer zentralen Stelle koordiniert werden.¹⁰ Sie sind ein von einem führenden Unternehmen zentral gesteuertes, aber organisatorisch und geografisch sowie juristisch fragmentiertes Produktionsnetzwerk, bestehend aus verschiedenen Akteuren.¹¹ Die Steuerung erfolgt durch unterschiedliche Mechanismen wie Unternehmens- oder Vertragsorganisation, Standardsetzung, Zertifizierung oder andere Koordinierungsmittel,¹² wobei die Intensität an zentraler Steuerung variieren kann.¹³

Das fehlende Haftungskonzept für globale Lieferketten führt zu dem haftungsrechtlichen „Blackbox-Problem“. Für außenstehende Dritte, wie Endkunden oder Geschädigte, sind Abläufe und Verantwortungsstrukturen der Lieferkette meist nicht nachvollziehbar. Dies zeigt sich in zwei Dimensionen: Erstens besteht eine intransparente Arbeitsaufteilung und Verantwortung zwischen den Lieferkettenakteuren und eine unklare Intensität der zentralen Steuerung; zweitens sind mittelbare Lieferkettenakteure, die über die direkte Vertragsbeziehung hinausgehen, oft unbekannt oder unerreichbar. Zudem hat der eigene Vertragspartner oft keine Kenntnis über den schadensverursachenden Beitrag, sondern kann sich hinter einem gewissen

– beide in: V. Ulfbeck/A. Andhov/K. Mitkidis (Hrsg.), *Law and Responsible Supply Chain Management*, London 2019.

9 World Bank Group, *World Development Report 2020*, S. 17 (Box 1.1), <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2020>>.

10 S.a. zur Struktur und Definition globaler Wertschöpfungsketten: *Salminen/Rajavuori*, *Private International Law* (Fn. 4), 232–233; *J. Salminen/M. Rajavuori/K. H. Eller*, *Global Value Chains as Regulatory Proxy*, in: A. Beckers/H. W. Micklitz/R. Vallejo/P. Letto-Vanamo (Hrsg.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, Oxford 2024, S. 367 (369); ähnl. *Eller*, *Private governance* (Fn. 8), 314–316.

11 *Salminen/Rajavuori/Eller*, *Global Value Chains* (Fn. 10), 367–371; ausführlich zur Entwicklung des rechtswissenschaftlichen Begriffs im Vergleich zum sozialwissenschaftlichen Begriff der Lieferketten: A. Beckers, *The Invisible Networks of Global Production: Re-Imagining the Global Value Chain in Legal Research*, *ERCL* 2020, 16 (1), 95–117.

12 *Salminen/Rajavuori/Eller*, *Global Value Chains* (Fn. 10), 370–371.

13 Zur Unterdifferenzierung zw. den verschiedenen Lieferkettenstrukturen sogleich, Ziff. IV.1.

„Schleier der Unwissenheit“ verstecken.¹⁴ Das Risiko verschärft sich mit zunehmender Internationalität und Komplexität der Kette, da dann Fragen des anwendbaren Haftungsrechts, des internationalen Gerichtsstands und der Durchsetzbarkeit von gerichtlichen Entscheidungen hinzutreten.¹⁵

Das Fehlen eines kohärenten haftungsrechtlichen Konzepts für globale Lieferketten führt zu erheblichen gesellschaftlichen Risiken und negativen Externalitäten in Bezug auf Umwelt- und Menschenrechte.¹⁶ Schäden verbleiben häufig bei den Gläubigern, obwohl sie ohne die arbeitsteilige Lieferkettenstruktur einem einheitlichen Schuldner zurechenbar wären. Damit fallen wirtschaftlicher Einfluss und Haftungsrisiko auseinander: Unternehmen profitieren von der Dezentralisierung, ohne für negative Folgen ihres Einflussbereichs einzustehen. Mangels haftungsrechtlicher Zurechnung bestehen daher unzureichende ökonomische Anreize, ökologische oder soziale Standards auszubessern. Eine zentrale Herausforderung für ein Haftungsregime bleibt die Allokation von Verantwortung zwischen den beteiligten Lieferkettenakteuren. Um diese haftungsrechtliche „Blackbox“ zu öffnen, bedarf es eines Konzepts, das die Verteilung von Verantwortlichkeit an den tatsächlichen Einfluss- und Risikosphären der Akteure ausrichtet.

Das hier adressierte Haftungsproblem weist Parallelen zum Diskurs über „Netzwerke als Vertragsverbund“ auf, der ebenfalls versucht, neue Formen wirtschaftlicher Organisation jenseits traditioneller Rechtsrahmen dogma-

14 S.a. mit Blick auf das Zertifizierungspotential für internationale Lieferketten: *Eller*, Private governance (Fn. 8), 320.

15 Kollisionsrechtliche Aspekte werden hier ausgeklammert, sind aber für eine umfassende Analyse relevant. Zu internationalen Zuständigkeitsproblemen bei nicht-EU-Unternehmen: *R. Michaels/A. Sommerfeld*, EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit, in: C. von Bar/L. Knöfel/U. Magnus/H.-P. Mansel/A. Wudarski (Hrsg.), GS für Peter Mankowski, Tübingen 2024, S. 775–791; *A. Sommerfeld*, Claiming the EU Right to Repair from Manufacturers in Cross-Border Contexts, in: Edited Volume of the Lindemann Fellowship for PIL, 2025 (i.E.), Max Planck Private Law Research Paper No. 25/16, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5361876>. Diesbzgl. Reformüberlegungen zur Brüssel Ia-VO: COM(2025) 268 final, sec 3.1; grundlegend *H. Muir Watt*, Governing Networks: A Global Challenge for Private International Law, 22 Maastricht J. of Europ. and Comp. Law 3 2015, 352–369 (insb. 362–364).

16 UNEP, How to safeguard human well-being across supply chains, 2/2025, <<https://www.unep-wcmc.org/en/news/how-to-safeguard-human-wellbeing-across-supply-chains>>; *Salminen/Rajavuori*, Private International Law (Fn. 4), 231; *Salminen/Rajavuori/Eller*, Global Value Chains (Fn.10), 371–373; *M. Habersack/ M. Ehrl*, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda, AcP 219 2019, 155 (158–162).

tisch zu erfassen und deren negative Externalitäten durch kollektive Haftungsansätze zu begrenzen.¹⁷ Wie dort stellt sich auch hier die Frage, ob ein Haftungszugriff lediglich entlang der Kette, d.h. entlang der bilateralen Vertragsbeziehungen, oder auch durch Direktansprüche innerhalb eines Netzwerks bestehen kann.¹⁸ Während die Netzwerkansätze weitreichende Pflichten zwischen allen Beteiligten aus den konkreten Verträgen konstruieren,¹⁹ zielt der hier vorgeschlagene Ansatz auf spezialisierte, konkrete und gesetzlich verankerte Haftungsmechanismen. In präzise zugeschnittenen, kodifizierten Anspruchsgrundlagen soll ein Hauptschuldner definiert werden und nur unter engen Voraussetzungen eine subsidiäre Haftung weiterer Lieferkettenakteure ermöglicht werden.²⁰

III. Unzureichende nationale Haftungskonzepte

Die einzigen bestehenden nationalen Vorschriften des deutschen Privatrechts, die die Haftung in Lieferkettenstrukturen überhaupt adressieren, sind die §§ 327u, 445a, 445b, 478 BGB, die jeweils auf EU-Recht basieren.²¹ Sie erfassen die haftungsrechtliche Lücke in globalen Lieferketten und das daraus resultierende Blackbox-Problem nur unzureichend.

Die Vorschriften des kaufvertraglichen Lieferkettenregresses der §§ 445a, 445b BGB stellen kein Konzept für die Außenhaftung von Lieferkettenakteuren dar. Sie regeln den Rückgriff des Letztverkäufers gegenüber seinem Lieferanten beim Verkauf neu hergestellter Sachen. Es kann der Ersatz der Aufwendungen verlangt werden, die der Letztverkäufer im Verhältnis zum Letztkäufer infolge eines Mangels tragen musste, der bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war oder auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht beruht (§ 445a Abs.1 BGB). § 478 BGB

17 U.a. G. Teubner, *Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation*, in: M. Amstutz (Hrsg.), *Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem*, Zürich 2004, S.11–42; *ders.*, *Networks as Connected Contracts*, Oxford 2011; M. Rohe, *Netzverträge*, Tübingen 1998; jüngst R. Condon, *Network Responsibility*, Cambridge 2022.

18 S. Grundmann, *Die Dogmatik der Vertragsnetze*, AcP 207 2007, 718 (724 und 735–740).

19 Überblick zu verschiedenen Ansätzen: Grundmann, *Vertragsnetze* (Fn.18), 724–730 (mit eingehender Kritik, 730 f.).

20 Zu den Rahmenbedingungen des neuen Haftungskonzeptes sogleich, Ziff. V.2.

21 §§ 445a, 445b, 478 BGB setzen Art.18 Warenkauf-Richtlinie um (EU 2019/771). § 327u BGB setzt Art. 20 Digitale-Inhalte-Richtlinie um (EU 2019/770).

modifiziert die Rückgriffsvoraussetzungen, wenn am Ende der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf steht. Ziel der Vorschriften ist nicht, eine Außenhaftung der Lieferkettenakteure gegenüber externen Gläubigern zu ermöglichen, sondern allein der Schutz der mittleren Lieferkettenglieder vor den Nachteilen einer nicht selbst verschuldeten Haftung – einer Regressfalle.²² Bezweckt wird eine Binnenkoordination von Produktverantwortung zwischen den Wirtschaftsakteuren derselben Lieferkette. Von der Umsetzungsmöglichkeit als Direktanspruch mitsamt einer gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme weiterer Lieferkettenakteure, die in der Verbrauchsgüterkauf-RL erwogen wurde, wurde bislang im deutschen Recht abgesehen.²³

Eine vergleichbare Funktionsweise hat die Vorschrift des § 327u BGB, die den Unternehmerregress im Vertragsrecht der digitalen Produkte reguliert. Der Unternehmer, der vom Verbraucher infolge einer vom Vertriebspartner verursachten unterbliebenen Bereitstellung des digitalen Produktes in Anspruch genommen wird, kann von seinem Vertriebspartner Ersatz der Aufwendungen verlangen. Auch dieser Mechanismus agiert entlang der Lieferkette und regelt allein den Binnenausgleich zwischen den Wirtschaftsakteuren der Lieferkette – auch hier soll eine Regressfalle vermieden werden.²⁴ Die Vorschrift entfaltet damit ebenfalls lediglich eine lieferketteninterne Wirkung und ermöglicht kein gesamtheitliches Verständnis für die Außenhaftung der Lieferkettenakteure. Das haftungsrechtliche Blackbox-Problem bleibt ungelöst.

Das daneben bestehende Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG),²⁵ das in Deutschland seit dem 1.1.2023 Wirkung entfaltet, hat nach kontroverser Debatte gem. § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG ausdrücklich auf eine zivilrecht-

22 S. Arnold in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), Beck OGK BGB, München, Stand: 01.05.2025, § 445a Rn. 12; S. Lorenz in: F. J. Säcker/R. Rixecker /H. Oetker/B. Limperg/C.Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2024, § 445a Rn. 9.

23 Erwgr. (23) RL 1999/44/EG; anders bspw. in der Umsetzung als *action directe* im französischen Recht, s. näher Arnold (Fn. 22), § 445a Rn. 15–17 m.w.N.; M. Fries, Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden Absatzkette, AcP 217 2017, 534 (573 f.).

24 A. Metzger in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C.Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl., München 2025, § 327u Rn. 1; M. Fries in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), Beck OGK BGB, München, Stand: 01.05.2025, § 327u Rn. 3.

25 BGBl. I 2021, Nr. 46, 2959–2969.

liche Lieferkettenhaftung verzichtet.²⁶ § 3 LkSG legt Unternehmen menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten hinsichtlich ihrer Lieferketten auf; die Durchsetzung des Gesetzes ist dabei allerdings auf das Public Enforcement beschränkt. Gleichzeitig lässt § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG jedoch den Weg für eine vom LkSG unabhängig etablierte zivilrechtliche Haftung offen.²⁷

IV. Punktuelle, inkohärente Haftungsansätze im EU-Privatrecht

Im Gegensatz zum nationalen Recht finden sich im EU-Privatrecht verschiedene innovative Regelungsansätze, die punktuell Vorschriften zur Außenhaftung von Lieferkettenakteuren vorsehen. Diese nutzen globale Wertschöpfungsketten als Stellvertreter (sog. Proxies), um unmittelbar auf Produktionsprozesse und unternehmerische Praktiken Einfluss zu nehmen.²⁸ Die Ansätze verdeutlichen das zunehmende Bedürfnis und Bewusstsein, internationale Lieferketten privatrechtlich effektiver zu erfassen und den Werkzeugkasten des Privatrechts zu diesem Zwecke weiterzuentwickeln. Die EU-Regulierungsansätze können hierbei in drei Unterkategorien unterdifferenziert werden, die zunächst dargestellt werden (Ziff. 1). Sodann rückt der Netzwerkregulierungsansatz, der für den neuen Haftungskettenansatz entscheidend ist, in den Fokus der Analyse (Ziff. 2).

1. Modelle der EU-Lieferkettenregulierung

Innerhalb der EU-Regulierungsmodelle für internationale Lieferketten sind drei unterschiedliche Ansätze erkennbar: der *lead firm*-Ansatz, der kollektive Netzwerkansatz und der entpersonifizierte Ansatz.²⁹ Sie unterscheiden sich in ihrem Verständnis der Machtkonzeptualisierung und der Verantwortungsbereiche innerhalb globaler Lieferketten.

26 H. Fleischer in: H. Fleischer/P. Mankowski (Hrsg.), LkSG, 1. Aufl., München 2023, § 3 Rn. 58 ff. m.w.N.

27 Hierzu H. Fleischer, Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, DB 2022, 920 (920 ff.); Fleischer (Fn. 26), § 3 Rn. 62 ff.

28 Eine als "regulating along the global value chain" bezeichnete Regulierungstechnik, Salminen/Rajavuori/Eller, Global Value Chains (Fn. 10), 368, 374 und 378 ff.

29 Grundlegend zu diesen Ansätzen A. Beckers, Global Value Chains in EU Law, Yearbook of Europ. Law 2023 (42), 322 (322–346).

Der *lead-firm*-Ansatz orientiert sich an einem Lieferkettenverständnis, in dem ein führendes Unternehmen (*lead firm*) die Aktivitäten der Lieferkette steuert.³⁰ Der Ansatz findet zunehmend Eingang in gesellschaftsrechtliche Regelungen, etwa die Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (CSDDD)³¹ und die Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (CSRD).³² An dem kontrovers diskutierten Beispiel der CSDDD zeigt sich das Verständnis der Lieferkette als zentral gesteuerter Komplex deutlich, in dem dem führenden Unternehmen der Wertschöpfungskette eine erweiterte Verantwortung für „seine“ Lieferkette zugeschrieben wird. Zentral war der zivilrechtliche Haftungsanspruchs des Art. 29 CSDDD a.F. (vor dem Omnibus I-Paket), der Betroffenen Schadensersatzansprüche für menschen- und umweltrechtswidrige Auswirkungen der Aktivitätskette ermöglichen sollte. Die Sorgfaltspflichten der *lead firm* erstrecken sich gem. Art. 8 (1) und (2) CSDDD auch auf negative Auswirkungen aus der Geschäftstätigkeit des eigenen Tochterunternehmens und derjenigen Geschäftspartner, mit denen das Unternehmen durch die Aktivitätskette in Verbindung steht. Dieser Regelungsansatz ist indes bereits rechtspolitisch durch das im Februar 2025 vorgeschlagene Omnibus I-Paket überholt worden, das die zivilrechtliche Haftung nach Art. 29 CSDDD mitsamt ihrer zwingenden Anwendung in internationalen Kontexten vollständig aufheben will.³³ Gleichwohl bleibt der dogmatische Ansatz einer zivilrechtlichen Verantwortung der *lead firm* für negative Auswirkungen innerhalb ihrer Lieferkette prägend für die weitere Debatte und Entwicklung zu Lieferkettenhaftungsansätzen.

Daneben besteht der Netzwerkansatz, der Lieferketten als ein kollektives Netzwerk betrachtet und vermehrt in verbraucherrechtlichen EU-Regulierungen anzutreffen ist.³⁴ In diesem wird die Lieferkette als ein kollektives Netzwerk betrachtet, bei dem die zentrale Steuerung eines führenden Unternehmens nicht eindeutig gegeben ist. Vielmehr besteht das Netzwerk aus unterschiedlichen, gemeinsam verantwortlichen Wirtschaftsakteuren.³⁵ Als Beispiele für diesen Ansatz sind die EU-Produkthaftungs-RL und die EU-Reparatur-RL zu nennen. Beide sehen für die vorgesehenen Haftungs-

30 Beckers, EU Law (Fn. 29), 328–335.

31 RL (EU) 2024/1760.

32 RL (EU) 2022/2464.

33 Zur Änderung der zivilrechtlichen Haftung der CSDDD: COM(2025) 81 final, 2025/0045 (COD), Änderungen der Richtlinie (EU) 2024/1760, Art. 4 (12)(a), (f).

34 Beckers, EU Law (Fn. 29), 335–341.

35 Beckers, EU Law (Fn. 29), 336.

fälle unter gewissen Umständen eine gemeinsame Haftung mehrerer Wirtschaftsakteure innerhalb derselben Lieferkette vor. Hierdurch wird eine kollektive Außenhaftung der Lieferkettenakteure gegenüber externen Gläubigern bzw. Geschädigten in engen Grenzen begründet.³⁶

Drittes Regulierungsmodell ist der entpersonifizierte Ansatz, der Vorgaben unabhängig von einzelnen Akteuren als juristische Personen zuschreibt, und sich stattdessen auf einzelne Produktgruppen oder Handelspraktiken fokussiert.³⁷ Dieser taucht vermehrt in markt- und handelsrechtlichen Regelungen auf und adressiert die Herstellungsformen bestimmter Produkte. Ein Beispiel ist die EU-Entwaldungsverordnung, die abhängig von bestimmten Produkteigenschaften das Inverkehrbringen, Bereitstellen oder Ausführen bestimmter Holzprodukte verbietet.³⁸ Ein weiteres Beispiel stellt die EU-Zwangsarbeitsverordnung dar, die es Wirtschaftsakteuren verbietet, in Zwangsarbeit hergestellte Produkte auf dem Unionsmarkt in den Verkehr zu bringen, bereitzustellen oder solche Produkte auszuführen.³⁹

2. EU-Haftungsansätze für kollektive Netzwerke

Der in diesem Beitrag entwickelte Haftungskettenansatz konzentriert sich auf das Netzwerkmodell zur Regulierung globaler Lieferketten. Das haftungsrechtliche Blackbox-Problem taucht in diesen Netzwerkstrukturen globaler Lieferketten auf. Das EU-Privatrecht verpflichtet punktuell bereits kollektive Lieferkettennetzwerke zu einer gesamtschuldnerischen (gestuften) zivilrechtlichen Außenhaftung. Während die Produkthaftungs-RL auf eine gesamtschuldnerische Außenhaftung mit einem Binnenregress nach Verursachungsanteilen setzt, bestimmt Art. 5 Reparatur-RL den Hersteller als Hauptschuldner für den Reparaturanspruch des Verbrauchers und erweitert die Haftung schrittweise auf vorgelagerte Wirtschaftsakteure *downstream* der Lieferkette. Die Haftungsmechanismen dieser Richtlinien bilden Bausteine, auf die im Haftungskettenkonzept zurückgegriffen wird.⁴⁰ Sie werden im Folgenden näher beleuchtet.

36 Zu beiden sogleich, Ziff. IV.2.

37 Beckers, EU Law (Fn. 29), 341–345.

38 Art. 3 VO (EU) 2023/1115.

39 Art. 3 VO (EU) 2024/3015.

40 Einen ähnlichen gestuften Haftungsansatz gegen mehrere Lieferkettenakteure wählt auch Art. 76 Ökodesign-VO (EU) 2024/178, der Verbrauchern einen Schadensersatzanspruch bei Nichtkonformität eines Produktes gewährt.

a) EU-Produkthaftungsrichtlinie

Das EU-Produkthaftungsrecht nimmt bereits seit rund 40 Jahren die gesamte Lieferkette haftungsrechtlich in den Blick. Die alte und die neue Produkthaftungs-RL verpflichten die Wirtschaftsakteure der Produktkette zu einer gesamtschuldnerischen Außenhaftung gegenüber Geschädigten und ziehen in unterschiedlicher Weise einen doppelten Boden zur Absicherung einer Entschädigung ein.

Die alte Produkthaftungs-RL in ihrer Fassung von 1985 begründete bereits eine gesamtschuldnerische Außenhaftung, wenn mehrere Lieferkettenakteure für denselben Schaden haften.⁴¹ Der Produkthaftpflicht unterliegen der Hersteller des Endproduktes, der Grundstoff- und Teilhersteller,⁴² sowie Quasi-Hersteller, die sich durch Anbringen eines entsprechenden Kennzeichens als Produkthersteller ausgeben.⁴³ Die Haftung dehnt sich entlang der Produktkette weiter auf den Importeur aus, der in den Haftungsverband als gleichrangiger Gesamtschuldner mit einbezogen wird.⁴⁴ Ist der Hersteller nicht feststellbar, tritt der Lieferant für die Haftung ein, sofern er den Hersteller oder seinen Zulieferer nicht benennt.⁴⁵ Der Geschädigte erhält hierdurch ein Druckmittel zum Erreichen der Rechtsdurchsetzung.⁴⁶ Ihm wird ein weiterer Kreis potentieller Anspruchsgegner zum Zwecke des Verbraucherschutzes gestellt.⁴⁷ Lieferanten unterliegen zwar grundsätzlich nur einer subsidiären Ausfallhaftung, sind aber dennoch Teil des gesamtschuldnerischen Haftungsverbundes beim Vorliegen der Zusatzvoraussetzungen.⁴⁸ Ergänzend eröffnet die Produkt-

41 Art. 5 ProdHRL a.F. / § 5 dt. ProdHaftG.

42 Art. 3 Abs. (1) ProdHRL a.F. / § 4 Abs. 1 S. 1 dt. ProdHaftG.

43 Art. 3 (1) ProdHRL a.F. / § 4 Abs. 1 S. 2 dt. ProdHaftG.

44 Art. 3 (2), Art. 5 ProdHRL a.F. / §§ 4 Abs. 2, 5 S. 1 dt. ProdHaftG; C. Förster in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, ProdHaftG, München, Stand: 01.08.2025, § 4 Rn. 3; G. Wagner in: F. J. Säcker/R. Rixecker /H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, ProdHaftG, 9. Aufl., München 2024, § 4 Rn. 45.

45 Art. 3 (3) ProdHRL a.F. / § 4 Abs. 3 dt. ProdHaftG.

46 Wagner (Fn. 44), § 4 Rn. 52.

47 A. Spickhoff in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), Beck OGK BGB, ProdHaftG, München, Stand: 01.04.2025, § 4 Rn. 3; Wagner (Fn. 44), § 5 Rn. 1.

48 G. Schäfer in B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), Beck OGK BGB, ProdHaftG, München, Stand: 01.04.2025, § 5 Rn. 5, 8; G. Howells/D. Fairgrieve, The New Product Liability Directive: Steadily Expanding Liability or Business as Usual?, ERPL 2025 (3), 549 (559).

haftungs-RL den Schuldern jeweils Entlastungstatbestände, um aus dem Haftungsverbund auszuschneiden.⁴⁹ Insgesamt statuierte die alte Produkthaftungs-RL somit eine solidarische, gesamtschuldnerische Außenhaftung mit Binnenregress und einem engmaschig regulierten Haftungsverbund der Lieferkettenakteure.

Die neue Produkthaftungs-RL aus dem Jahr 2024 setzt den gesamtschuldnerischen Haftungsansatz fort, erweitert gleichzeitig aber den Kreis der haftenden Lieferkettenakteure (Passivlegitimierten).⁵⁰ Nach Art. 8 Abs. 1 haften primär der Hersteller und die Komponentenhersteller; bei Herstellern außerhalb der EU zusätzlich der Importeur, der Bevollmächtigte und, mangels dieser (Importeur mit Sitz in der EU und Bevollmächtigter), der Fulfilment-Dienstleister. Ist keiner dieser Wirtschaftsakteure ermittelbar, haftet jeder Lieferant inklusive der Online-Plattformen,⁵¹ wenn sie nicht auf Aufforderung des Geschädigten der Benennung des Wirtschaftsakteurs oder des eigenen Zulieferers nachkommen.⁵² Ergänzend können die Mitgliedstaaten Entschädigungssysteme einrichten.⁵³ Vergleichbar mit der Vorgängerrichtlinie ergänzt auch die neue Produkthaftungs-RL die Haftung durch ein detailliertes Haftungsausschlussystem.⁵⁴ Die neue Produkthaftungs-RL erweitert allerdings die Lieferkettenhaftung auf Bevollmächtigte, Fulfilment-Dienstleister und Online-Plattformen. Hinzugefügt wurde außerdem, dass der Importeur nur dann haftet, wenn der Hersteller seinen Sitz außerhalb der Union hat. Letztlich treten dadurch inländische Zwischenhändler für Offshore-Hersteller ein; Verbraucher sollen einen Anspruchsgegner innerhalb der EU haben.⁵⁵ Neu hinzugetreten sind zudem die ausdifferenzierten Einschränkungen für den Binnenregress.⁵⁶ Insgesamt zeigt die neue Produkthaftungs-RL eine ausgeweitete gesamtschuldnerische Außenhaftung der Lieferkettenakteure, mit primären und nachrangigen

49 Art. 7 ProdHRL a.F. / § 1 Abs. 2 und 3 dt. ProdHaftG; *Wagner* (Fn. 44), § 5 Rn. 2.

50 Art. 8, 12 RL (EU) 2024/2853; *G. Wagner*, Next Generation EU Product Liability – For Digital and Other Products, 15 JETL 2024, 172 (200–206); *Howells/Fairgrieve*, New Product Liability Directive (Fn. 48), 559 f.; *A. Spickhoff*, Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie auf die Produkthaftung in Deutschland, in: *M. Ebers/B. Gsell/A.-K. Mayrhofer/C. Danda* (Hrsg.), *Neue europäische Produkthaftung*, Baden-Baden 2025, S. 199 (203–206).

51 Art. 8 Abs. 4 ProdHRL.

52 Art. 8 Abs. 3 ProdHRL.

53 Art. 8 Abs. 5 ProdHRL.

54 Art. 11 ProdHRL.

55 *Wagner* (Fn. 50), 200–202.

56 Art. 12 Abs. 2 ProdHRL.

Gesamtschuldnern, von denen letztere nur unter den kodifizierten Zusatzvoraussetzungen haften. Es wird eine vielgliedrige, abgestufte Haftungsverantwortung gesetzlich auferlegt, um die Blackbox-Problematik komplexer Produktlieferketten zu adressieren und die Schadenskompensation abzusichern. Dieser Ansatz liefert relevante Anknüpfungspunkte für das neue Haftungskettenkonzept.

b) EU-Reparaturrichtlinie

Der unionsrechtliche Haftungsansatz für Lieferkettennetzwerke zeigt sich zudem anhand der jüngst verabschiedeten EU-Reparatur-RL. Diese verfolgt einen zweigleisigen Ansatz, in dem einerseits die bestehenden Verbraucheransprüche gegen den Verkäufer ergänzt werden,⁵⁷ andererseits Art. 5 Reparatur-RL Verbrauchern Direktansprüche auf Reparatur gegen den Produkthersteller gewährt. Nehmen Verbraucher den Hersteller für die Reparatur in Anspruch, kann dieser im Gegenzug einen angemessenen Reparaturpreis verlangen.⁵⁸ Der Direktanspruch gegen den Hersteller erstreckt sich zudem entlang der Lieferkette: Er besteht zunächst gegen den – häufig geografisch entfernten – Hersteller als Hauptschuldner. Sitzt dieser außerhalb der Union, verpflichtet Art. 5 Abs. 3 Reparatur-RL weitere intermediäre Lieferkettensakteure – Bevollmächtigte, Importeure, Vertreiber – in gestaffelter Reihenfolge zur Erfüllung der Reparaturpflicht des Herstellers. Im Unterschied zur Produkthaftungs-RL lässt die Reparatur-RL offen, ob daraus eine gleichrangige gesamtschuldnerische Haftung, eine subsidiäre Haftung oder lediglich eine Haftungszurechnung als Erfüllungsgehilfe des Herstellers folgen soll.⁵⁹

Dogmatisch ist der Ansatz für das neue Haftungskettenkonzept relevant, da Direktansprüche zwischen zwei entfernten Enden einer mehrgliedrigen globalen Lieferkette etabliert werden, die nicht im klassischen deliktsrechtlichen Sinne agieren, sondern auf den Abschluss eines Reparaturvertrages zwischen Verbrauchern und Herstellern gerichtet sind. Die Intention des Reparaturanspruchs legt nahe, dass in der gestaffelten Reihenfolge des Art. 5 Abs. 3 Reparatur-RL auch subsidiäre Direktansprüche gegen die weiteren Wirtschaftsakteure gestattet werden sollen, da sich Verbraucher an

57 Art. 16 Ziff. 1 Reparatur-RL.

58 Art. 5 (2)(a) Reparatur-RL.

59 Näher s. *Sommerfeld*, Claiming the EU Right to Repair (Fn. 15), 7–9.

einen in der Union niedergelassenen Wirtschaftsakteur wenden können sollen.⁶⁰ Funktional spräche dies für eine gestaffelte gesamtschuldnerische Außenhaftung der Lieferkettenakteure. Abzuwarten bleibt allerdings, wie die EU-Mitgliedstaaten die Reparaturansprüche des Art. 5 Reparatur-RL bis August 2026 ins nationale Privatrecht implementieren werden und welche dogmatische Lösung hierbei (jeweils) gewählt wird.

V. Neues Haftungskettenkonzept für kollektive Lieferkettennetzwerke

Für kollektive Lieferkettennetzwerke bedarf es eines neuen Haftungskonzeptes, um einen angemessenen Rechtsrahmen für das haftungsrechtliche Blackbox-Problem zu ermöglichen. Die punktuellen unionsrechtlichen Regulierungsansätze ebnen den Weg und dienen als Bausteine für den neuen Ansatz. Sachgerecht ist ein Modell der gestuften gesamtschuldnerischen Außenhaftung der Lieferkettenakteure, bei der gesetzlich ein Hauptschuldner und weitere nachrangig haftende Sekundärschuldner festgelegt sind. Zunächst soll ein möglicher Rückgriff auf bestehende privatrechtliche Konzepte für die Umsetzung des Haftungskettenmodells erörtert werden (1.), bevor die Rahmenbedingungen des neuen Haftungskonzeptes vorgestellt werden (2.).

1. Unzureichende bestehende gestufte Haftungskonzepte für Schuldnermehrheiten

Keines der bestehenden Haftungskonzepte zu Schuldnermehrheiten im nationalen deutschen Recht, die als Parallele erwogen werden könnten, bildet das Bedürfnis nach einer gestaffelten, subsidiären Haftung für Lieferketten und das wirtschaftliche Risikoverständnis der beteiligten Akteure zufriedenstellend ab.

Eine gesamtschuldnerische Haftung (§§ 421 ff. BGB) könnte grundsätzlich als Instrument für eine abgestufte Haftungskette in Lieferketten in Frage kommen. Ihre Anwendbarkeit hängt jedoch vom umstrittenen Erfordernis der „Gleichstufigkeit“ der Verpflichtungen der Gesamtschuldner ab.

60 Erwgr. (20). Näher s. *Sommerfeld*, Claiming the EU Right to Repair (Fn. 15), 7–9.

Nach herrschender Meinung,⁶¹ insbesondere der BGH-Rechtsprechung,⁶² setzt die Gesamtschuld eine Gleichstufigkeit voraus.⁶³ Haupt- und Sekundärschuldner könnten daher keine Gesamtschuldner sein.⁶⁴ Entscheidend sei das Außenverhältnis, in dem der Gläubiger frei wählen könne, von wem er die Leistung verlangt.⁶⁵ Dem wird entgegengehalten, der Verweis auf den alternativen Regressweg über die Abtretungspflicht nach § 255 BGB benachteilige den Sekundärschuldner ungerechtfertigt,⁶⁶ und das Gleichstufigkeitskriterium verlagere eine Rechtsfolge des § 421 BGB in den Tatbestand.⁶⁷ Folgt man der herrschenden Ansicht, ist die Gesamtschuld für eine gestaffelte Lieferkettenhaftung ungeeignet. Sie zielt auf eine gleichrangige Außenhaftung, die das ökonomische Verständnis der Risikoverteilung in Lieferkettennetzwerken überdehnt. Durch die Haftungskette sollen Verhaltensanreize gesetzt werden, ohne zugleich eine uneingeschränkte gleichstufige Haftung der Lieferkettenakteure untereinander zu begründen.

Die nachrangige Bürgenhaftung (§§ 765, 771 BGB) bietet ebenfalls nur begrenzt ein Vorbild für die Lieferkettenhaftung. Zwar begründet die Einrede der Vorausklage (§ 771 S. 1 BGB) eine subsidiäre Haftung des Bürgen,

61 M. Gehrlein in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, München, Stand: 01.08.2025, § 421 Rn. 8; M. Fries, in: R. Schulze/H. Dörner/I. Ebert, HK-BGB, 12. Aufl., Baden-Baden 2024, § 421 Rn. 4; C. Grüneberg in: C. Grüneberg (Hrsg.), Beck'sch Kurz-Kommentar BGB, 84. Aufl., München 2025, § 421 Rn. 7; R. Stürner in: R. Stürner, Jauernig BGB Kommentar, 19. Aufl., München 2023, § 421 Rn. 2; B. Völmann-Stickelbrock in: T. Heidel/ R. Hüßtege/ H.-P. Mansel/ U. Noack (Hrsg.), NK-BGB Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 421 Rn. 9; M. Gebauer in: H. T. Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2009, § 421 Rn. 15.

62 S. nur BGH, Urt. v. 1.12.2022 – VII ZR 90/22 = BGHZ 235, 215; BGH, Urt. v. 27.10.2020 – XI ZR 429/19 = NJW 2021, 550; BGH, Urt. v. 22. 12. 2011 – VII ZR 7/11 = BGHZ 192, 182; BGH, Urt. v. 28.10.1997 – X ZR 157/96 = BGHZ 137, 76.

63 A.A. D. Looschelders in: J. Staudinger (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2022, § 421 Rn. 28 ff.; H. Rüßmann in M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Werth/M. Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., Saarbrücken 2023, § 421 Rn. 9 ff.; M. Schmidt-Kessel in: J. Staudinger (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl., Berlin 2024, Rn. G 98; ausf. B. Kreße in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), Beck OGK BGB, München, Stand: 01.09.2025, § 421 Rn. 41 ff.; S. Meier, Gesamtschulden, Tübingen 2010, S. 908 ff.

64 Grüneberg (Fn. 61), § 421 Rn. 7; S. Heinemeyer in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl., München 2025, § 421 Rn. 15; Völmann-Stickelbrock (Fn. 61), § 421 Rn. 8.

65 Heinemeyer (Fn. 64), § 421 Rn. 15; Völmann-Stickelbrock (Fn. 61), § 421 Rn. 9.

66 Looschelders (Fn. 63), § 421 Rn. 28.

67 Kreße (Fn. 63), § 421 Rn. 40–41.

sie ist jedoch dispositiv und wird regelmäßig abbedungen.⁶⁸ Nach Befriedigung des Gläubigers geht dessen Forderung kraft Gesetzes auf den Bürgen über (§ 774 BGB). Diese spezifische Ausgestaltung der Bürgschaft als Instrument des Personalkredits, die der speziellen Natur des Bürgschaftsversprechens Rechnung trägt, lässt sich nicht ohne weiteres auf die Lieferkette übertragen. Die nachrangige Bürgenhaftung setzt zu hohe Anforderungen für den Rückgriff auf den nachgelagerten Schuldner; die selbstschuldnerische Bürgschaft lässt einen zu undifferenzierten direkten Rückgriff auf den nachgelagerten Schuldner zu. Beide erfassen die Haftungsproblematik in Lieferketten nicht adäquat.

Ein weiteres gestuftes Haftungsmodell stellt die Haftungseinrede des § 650t BGB in bauvertraglichen Gesamtschuldnerkonstellationen. Sie reagiert auf baurechtliche Besonderheiten aus der Praxis, die sich nicht ohne weiteres auf eine Lieferkettenhaftung übertragen lassen. Die Vorschrift räumt bei einer gesamtschuldnerischen Haftung des bauüberwachenden Architekten/Ingenieurs (Unternehmer) mit dem bauausführenden Unternehmer der Nacherfüllung durch letzteren den Vorrang ein, wodurch eine Art subsidiäre Haftung implementiert wird.⁶⁹ Hierdurch wird die überproportionale Haftungsbelastung der planenden Architekten/Ingenieure reduziert, die zuvor in der Praxis aufgrund vorhandener Berufshaftpflichtversicherungen häufig vorrangig in Anspruch genommen wurden.⁷⁰ Ihnen steht nun ein Leistungsverweigerungsrecht zu, sofern dem ausführenden Bauunternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Trotz des Leistungsverweigerungsrechts bleibt eine gesamtschuldnerische Haftung bestehen.⁷¹ § 650t BGB schränkt lediglich vorübergehend das freie Auswahlrecht des Bestellers nach § 421 S.1 BGB ein.⁷² Diese Regel trägt zwar der speziellen bauvertraglichen Konstellation

68 Zudem besteht der Ausschluss des § 349 HGB. *M. Rohe* in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, ProdHaftG, München, Stand: 01.08.2025, § 771 Rn. 1, 2; *M. Habersack* in: F. J. Säcker /R. Rixecker /H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2024, § 771 Rn. 1, 5.

69 *D. Seichter* in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), Beck OGG BGB, München, Stand: 01.10.2025, § 650t Rn. 16; *W. Klein/ O. Moufang*, in: J. Staudinger (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2024, § 650t Rn. 2; *W. Voit* in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, München, Stand: 01.02.2024, § 650t Rn. 1; *J. Busche* in: F. J. Säcker/R. Rixecker /H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2023, § 650t Rn. 1.

70 *Busche* (Fn. 69), § 650t Rn. 1; *Klein/Moufang* (Fn. 69), § 650t Rn. 3, 10.

71 *Seichter* (Fn. 69), § 650t Rn. 23 und 134.

72 *Klein/Moufang* (Fn. 69), § 650t Rn. 3; *Seichter* (Fn. 69), § 650t Rn. 16.

Rechnung, was eine direkte Übertragung auf die Lieferkettenhaftung unpassend macht. Der Mechanismus eines Leistungsverweigerungsrechts als Einrede zugunsten eines Gesamtschuldners, der nur subsidiär haften soll, ist für die Lieferkettenhaftung indes sehr interessant.

Neben nationalen Konzepten bieten sich rechtsvergleichende Ansätze als *best practice*-Beispiele für ein Lieferkettenhaftungsmodell an. So erlaubt die französische Durchgriffshaftung der *action directe*⁷³ Endkäufern, wahlweise Zwischenhändler oder Hersteller einzeln oder als Gesamtschuldner direkt in Anspruch zu nehmen – unabhängig vom Ausfall des eigenen unmittelbaren Vertragspartners.⁷⁴ Alternativ könnten Direktansprüche der nordischen Rechtsordnungen ein Vorbild sein, die Verbrauchern bzw. Käufern gesetzlich einen direkten Anspruch gegen vorgelagerte Lieferkettenakteure bei Produktmängeln in kaufrechtlichen Lieferketten einräumen.⁷⁵ Beide Modelle sind an anderer Stelle näher zu erörtern.

2. Rahmenbedingungen des neuen Haftungskettenkonzeptes

Keines der bestehenden Modelle für Schuldnermehrheiten eignet sich für eine direkte Übertragung auf die gestaffelte Lieferkettenhaftung. Wie ein passendes Haftungskettenkonzept für Lieferketten aussehen kann, wird in diesem Abschnitt entwickelt. Umgesetzt könnte das Haftungskonzept entweder im nationalen deutschen Privatrecht oder mit weitreichenderer Wirkung im Unionsprivatrecht, wofür allerdings hinreichende Harmonisierungsgründe (Art. 114 AEUV) gegeben sein müssten.

73 Allg. gesetzliche Grundlage in Art. 1341-3 Code Civil (Frankreich) seit Gesetzesnovelle v. 10.2.2016.

74 S. näher B. Dostal, Die *action directe* im Rahmen einer Lieferkette, IHR 2023, 141 ff. m.w.N.; K. A. von Sachsen Gessaphe, Der Rückgriff des Letztverkäufers – neues europäisches und deutsches Kaufrecht, RIW 2001, 721 (729 f.); S. Salewski, Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich, Tübingen 2011, S. 170 ff.

75 Norwegen: Art. 35 Consumer Sales Act (B2C) und Art. 84(1) Sale of Goods Act (B2B); Schweden: § 46 Swedish Consumer Act (a.F.), jetzt Kapitel 8, § 5 Consumer Sales Act (SFS 2022:260); näher s. M. Ebers/A. Janssen/O. Meyer, in: M. Ebers/A. Janssen/O. Meyer (Hrsg.) European Perspectives on Producers' Liability, München 2009, 3 (17) (m. Verw. auf jwlg. Länderbericht); M. Bujalski, On Producers' Obligation to Repair Defective Goods: Direct Producers' Liability vs. Self-Standing Obligation under R2R Directive, EuCML 2024, 178 (180–181 jeweils m.w.N).

a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des neuen Haftungskonzeptes sind eng zu fassen. Ziel ist nicht, Unternehmen ausufernd für das Verhalten unabhängiger juristischer Personen haften zu lassen, sondern eng definierte Konstellationen zu erfassen, in denen sich Geschädigte der Lieferkette wie einer Blackbox gegenübersehen.

Sachlich werden Konstellationen in den Blick genommen, in denen das Blackbox-Problem auftritt, d.h. für Geschädigte unklar bleibt, welcher der – teilweise unbekannt mittelbaren – Lieferkettenakteure einen Verursachungsbeitrag geleistet hat. Spezialgesetze müssen eine solche gestaffelte Haftung anordnen bzw. hierauf verweisen. Sie müssen zudem das Pflichtenprogramm der Schuldner eindeutig gesetzlich definieren, um ein Ausufern der Haftung zu vermeiden. Die Haftung kann auf heteronomen gesetzlichen Gründen beruhen, die vertraglicher, quasi-vertraglicher oder deliktischer Natur sein können. Anwendungsfälle bestehen entweder darin, dass ein Geschädigter Ansprüche gegen einen Schuldner am entfernten anderen Ende der Lieferkette geltend machen will und wegen intransparenter komplexer Lieferkettenstrukturen diesen nicht kennt bzw. erreicht. Alternativ kommen Konstellationen in Betracht, in denen Geschädigte sich gegen den unmittelbaren Lieferkettenakteur richten, dieser sich aber exkulpieren kann, zahlungsunfähig/insolvent oder unerreichbar ist.⁷⁶ Künftige Anwendungsbeispiele könnten mit Blick auf eine Implementierung der Circular Economy⁷⁷ ins Privatrecht neuartige vertragsrechtliche Rücknahme- und Recyclingpflichten für Produkte sein, die einem Hauptschuldner und mehreren Sekundärschuldner innerhalb der Lieferkette gestuft gesetzlich auferlegt werden.⁷⁸

Mit Blick auf die involvierten Parteien kann der persönliche Anwendungsbereich vielfältig sein, solange die Haftung in gesetzlichen Grundlagen eindeutig definiert wird. Als Anspruchsinhaber kommen insbesondere

76 Diese Möglichkeit eröffnet bspw. in Schweden Kapitel 8, § 5 Consumer Sales Act (SFS 2022:260).

77 Zum systemischen Begriff der Circular Economy s. *Sommerfeld*, Claiming the EU Right to Repair (Fn. 15), 3 m.w.N.

78 Zu solchen Rücknahme- und Rückgabepflichten in „zirkulären Kaufverträgen“ am Bsp. der Textilindustrie s. *V. Ruiz Abou-Nigm/A. Sommerfeld*, Circular Fashion and Legal Design: Weaving Circular Economy Threads into International Contracts, 2024, Max Planck Private Law Research Paper No. 25/13, S. 1, 16–19, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5289663>.

Verbraucher, Produktnutzer und durch Umwelt- und Menschenrechtsverletzungen Geschädigte in Betracht. Das Haftungskettenkonzept lässt sich indes auch für weitere Lieferkettenkonstellationen heranziehen.⁷⁹

b) Gestaffelte solidarische Außenhaftung mit Exkulpationsmöglichkeiten

Erforderlich für das Modell der Haftungskette ist eine solidarische, aber gestaffelte Außenhaftung der Wirtschaftsakteure mit speziellen Exkulpationsmöglichkeiten für die jeweiligen Akteure.

Im Außenverhältnis haftet vorrangig der designierte Primärschuldner und unter engen Bedingungen treten nachrangig die Sekundärschuldner in den Haftungsverband ein. Solche Bedingungen können entweder ein Sitz außerhalb der EU sein,⁸⁰ die Unerreichbarkeit oder Unbekanntheit des Primärschuldners⁸¹ oder dessen Zahlungsunfähigkeit/Insolvenz.⁸² Ergänzend sollten Exkulpationsmöglichkeiten für die jeweiligen Lieferkettenakteure definiert werden, die ein Ausscheiden aus dem solidarischen Haftungsverband in der Außenhaftung ermöglichen, wenn dem einzelnen Akteur aufgrund besonderer Umstände keine Verantwortungsanteile zugeschrieben werden können.⁸³

In der Rechtsfolge können mit Blick ins deutsche Recht entweder die Vorschriften der Gesamtschuld direkt oder analog herangezogen werden, wenn man deren Anwendung trotz fehlender „Gleichstufigkeit“ gestatten würde.⁸⁴ Alternativ bliebe für eine gestufte Inanspruchnahme der Schuldnermehrheit als Gesamtschuldner eine Lösung entsprechend des bauvertraglichen Leistungsverweigerungsrecht des § 650t BGB. Ein vergleichbarer Verweigerungsmechanismus müsste den Sekundärschuldnern für die Lieferkettenhaftungskette eingeräumt werden. Ansonsten müsste auf den

79 Wie z.B. bei der Implementierung der Circular Economy ins Privatrecht u.a. durch Rücknahme- und Rückgabepflichten in „zirkulären Kaufverträgen“ (s. Fn. 78) oder der Generalüberholung, dem Up- und Recycling von Produkten in komplexen Lieferkettenstrukturen, die durch zirkuläre Geschäftsmodelle erforderlich werden.

80 Wie in Art. 5 (3) Reparatur-RL und Art. 8 (1) (c), (3) ProduktH-RL n.F.

81 Wie in Art. 8 (3) ProdHRL n.F.

82 Vgl. zu solchen Erwägungen im schwedischen Verbraucherkauftrecht: Kapitel 8, § 5 Consumer Sales Act (SFS 2022:260).

83 Wie in Art. 11 ProdHRL n.F.

84 Zum Streit s.o. Ziff. VI.1. Für die Produkthaftungs-RL wird diese Lösung trotz gestufter Gesamtschuld akzeptiert.

Regressweg des § 255 BGB zurückgegriffen werden, mit der Folge, dass anstelle eines gesetzlichen Forderungsübergangs (§ 426 Abs. 2 S. 1 BGB) lediglich ein Anspruch auf Abtretung besteht, der als Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) geltend gemacht werden kann.⁸⁵

c) Innenausgleich nach Verantwortungsanteilen (*pro-rata*-Haftung)

Für den Innenausgleich ist ein Binnenregress nach Verantwortungsanteilen (*pro-rata*-Haftung) für die Lieferkettenhaftung passend, sodass letztlich jeder Lieferkettenakteur für die in seiner Kontroll- und Handlungssphäre entstandenen Fehler und Risiken einstehen muss. Dies entspräche der in § 426 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB gewählten Lösung, der direkt oder analog herangezogen werden könnte.⁸⁶ Der Anspruch für den Binnenregress könnte nach § 426 Abs. 2 BGB kraft Gesetzes übergehen oder müsste alternativ in einem Anspruch auf Forderungsabtretung gem. § 255 BGB bestehen.

VI. Ausblick

Das entwickelte Haftungskettenkonzept für globale Lieferketten zeigt, wie das Privatrecht mit einem neuen Haftungsmechanismus auf die Herausforderungen der Lieferkettenregulierung reagieren könnte. Zentral ist eine ausgewogene Lösung, die keine übermäßige, pauschale Verantwortung begründet, aber die bestehenden Defizite in der Verantwortung kollektiver Lieferkettennetzwerke überwindet. Anstelle des viel diskutierten *lead firm*-Ansatzes für Lieferketten, fokussiert sich der Vorschlag auf kollektive Lieferkettennetzwerke. Für diese wird eine Haftung in eng umrissenen, gesetzlichen Vorgaben entwickelt, bei der primäre Hauptschuldner und subsidiär haftende Sekundärschuldner einer gestuften solidarischen Außenhaftung unterworfen werden. Der Ansatz baut auf bestehenden EU-privatrechtlichen Haftungskonzepten für Lieferketten auf und entwickelt diese weiter.

Für in Lieferketten tätige Unternehmen begründet das neue Haftungskonzept das Risiko einer abgestuften gesamtschuldnerischen Außenhaftung

85 J. Knöfler in: B. Dauner-Lieb/W. Langen, NK-BGB Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 255 Rn. 7 f.

86 Der Ausfall eines Gesamtschuldners im Binnenregress könnte sich wiederum an § 426 Abs. 1 S. 2 BGB orientieren, wonach dieses Risiko von den übrigen Gesamtschuldnern entsprechend dem Verteilungsschlüssel zu tragen ist.

zusammen mit weiteren Akteuren derselben Lieferkette. Dies kann eine optimierte Sorgfalt aller Beteiligten und damit die präventive Schadensvermeidung entlang der Lieferkette fördern. Es ist erforderlich, um auf das bestehende haftungsrechtliche Blackbox-Problem kollektiver Lieferkettennetzwerke zu reagieren. Für dieses Problem ist eine gestufte gesamtschuldnerische Haftung eine passendere Lösung, als ein Modell einer gleichrangigen solidarischen Außenhaftung, bei der die Lieferkettenakteure undifferenziert füreinander in der Außenhaftung einstehen müssten. Ein solches weitreichenderes Haftungskonzept ließe sich für Haftungskonstellationen, in denen sich eindeutig ein Hauptverantwortlicher definieren lässt, nicht rechtfertigen.

Wirtschaftliche Bedenken könnten gegenüber möglichen Mehrkosten für in Lieferketten tätige Unternehmen erhoben werden, die sich infolge des Haftungskonzeptes vermehrten Ansprüchen ausgesetzt sehen könnten. Diese Mehrkosten lassen sich in zweierlei Weise relativieren: Zunächst eröffnen die vorgesehenen Exkulpationsmöglichkeiten dem einzelnen Wirtschaftsakteur ein Ausscheiden aus dem Haftungsverbund, wenn dessen Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist. Zudem kreieren aufwendige, mehrstufige Regressverfahren entlang der Lieferkette kostenintensive Verfahren. Direktansprüche ermöglichen hingegen einen effizienten Zugriff auf den Hauptschuldner und fördern die Kosteninternalisierung auf den verantwortlichen Lieferkettenakteur.⁸⁷ Rechtspolitische Bedenken könnten außerdem gegenüber einer zu starken extraterritorialen Wirkung durch Direktansprüche gegen Akteure am anderen Ende der Lieferkette erhoben werden, die zu kollidierenden Haftungsregimen führen könnten.⁸⁸ Ein hinreichender Inlands-/Marktbezug durch einen Importbezug in haftungsbegründenden Vorschriften kann dem entgegenwirken und ist daher unerlässlich.

Praktische Konsequenz der sekundären Lieferkettenhaftung ist eine vereinfachte Rechtsdurchsetzung und eine gesteigerte Verantwortung der Lieferkettenakteure. Anspruchsberechtigte können gegen einzelne Lieferkettenakteure direkt oder gegen mehrere – auch nachrangig haftende – gemeinsam vorgehen. Die Schuldnermehrheit reduziert zudem das Ausfallrisiko einzelner Schuldner für den Gläubiger. In grenzüberschreitenden

87 Arnold (Fn. 22), § 445a Rn. 17; S. Arnold, *Recht auf Reparatur*, Baden-Baden 2024, S. 147 f.

88 S. näher zu solchen Bedenken ggü. dem *EU-lead firm*-Ansatz: *Salminen/Rajavuo-ri/Eller*, *Global Value Chains* (Fn. 10), 391–393.

Konstellationen könnten zudem internationale Zuständigkeitsprobleme überwunden werden, indem verbundene Klagen gegen mehrere Beklagte – mit Sitz innerhalb und außerhalb der EU – erhoben werden könnten. Auch eröffnet der Haftungskettenansatz die Option, bezüglich des anwendbaren Haftungsrechts eine Harmonisierung zwischen Haupt- und Sekundäransprüchen zu erwägen. Letztlich könnte das neue Konzept auf andere Regulierungsbereiche der Lieferkette übertragen werden, in denen kollektive Netzwerkstrukturen ein vergleichbares Blackbox-Problem erzeugen – etwa im Bereich der Nachhaltigkeit, Digitalisierung oder Kreislaufwirtschaft. Für diese ist der Ansatz behutsam und passgenau weiterzuentwickeln.

Blinde Flecken im europäischen Verbraucher:innenleitbild – Dark Patterns und Dark AI

*Pascal T. Sierek**

A. Einleitung

Der Mensch ist kein homo oeconomicus, denn er neigt dazu, irrational zu handeln.¹ Diese Schwäche nutzen Marktakteur:innen aus, indem sie gezielt auf die Entscheidungsfindung von Verbraucher:innen einwirken und deren Rationalitätsdefizite ausnutzen. Zwei Formen der Einflussnahme lassen sich dabei unterscheiden:² Erstens kann auf die Entscheidungsgrundlage eingewirkt werden, mithin die Informationen, auf die eine Person ihre Entscheidung stützt. Rechtlich missbilligte Beispiele solcher Einflussnahmen sind die Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB) und die Irreführung (§§ 5, 5a UWG). Zweitens kann der Entscheidungsprozess selbst beeinflusst werden, also die Art und Weise, wie eine Entscheidung ausgehend von einem bestimmten Informationsbestand zustande kommt.³ Klassische Beispiele sind die Drohung (§ 123 Abs. 1 BGB) oder die Nötigung (§ 4a Abs. 1 Nr. 2 UWG). Daneben gibt es unzählige Varianten mehr oder weniger subtiler Einflussnahmen auf Entscheidungsprozesse, die sich unter dem Oberbegriff der „Manipulation“ zusammenfassen lassen. Gemeint sind gezielte Einwirkungen auf menschliche Entscheidungsprozesse, die keine Drohung darstellen und Adressat:innen zumindest einen Rest an Entscheidungsfreiheit lassen – etwa eine Kaffeefahrt. Solche Manipulationen sind im Geschäftsverkehr

* Dr., wissenschaftlicher Referent und Habilitand am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Der Verfasser dankt Dr. Bodo Pfündl, Dr. Tristan Radtke, Linus Katzenbach und Theodor Willers herzlich für kritische Anmerkungen.

1 Informativer Überblick bei Q. *Weinzierl*, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht, NVwZ-Extra 2020, 1 (2 f.); eingehend P. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017, S. 80 ff.; zudem H. *Eidenmüller/G. Wagner*, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (230) m.w.N.

2 Mit dieser Unterscheidung im Hinblick auf den lauterkeitsrechtlichen Schutz von Entscheidungsprozessen T. *Wunderle*, Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht, Tübingen 2010, S. 225 ff., 248 ff.

3 *Wunderle*, Verbraucherschutz (Fn. 2), S. 248.

allgegenwärtig. Besonders verbreitet sind sie aber im Online-Bereich, wo Studien ihnen eine besonders hohe Effektivität attestieren.⁴

In digitalen – wie in analogen – Räumen besteht die juristische Herausforderung darin, zulässige und unzulässige Manipulationen voneinander abzugrenzen. Der Beitrag wird zwei Spielarten digitaler Einflussnahmen aus der Perspektive des europäischen Lauterkeitsrechts genauer untersuchen: Dark Patterns und Dark AI, wobei der Fokus auf Dark Patterns liegt.

B. Digitale Manipulationen: Dark Patterns und Dark AI

I. Dark Patterns

Dark Patterns sind die wohl verbreitetste Form digitaler Manipulationen. ErwGr. 67 Abs. 1 DSA definiert sie als Praktiken, mit denen „darauf abgezielt oder tatsächlich erreicht wird, dass die Fähigkeit der Nutzer, eine autonome und informierte Auswahl oder Entscheidung zu treffen, maßgeblich verzerrt oder beeinträchtigt wird.“⁵ Diese Definition ist allerdings aufgrund der unspezifischen Anknüpfung an den Begriff der „Praktik“ sehr weit geraten.⁶ Üblicherweise und auch nachfolgend sind mit Dark Patterns bestimmte Praktiken gemeint, nämlich manipulative Gestaltungen von Online-Schnittstellen. Dabei handelt es sich um entscheidungslenkende Designtechniken für Websites oder Apps, die darauf abzielen, Rationalitätsdefizite von Nutzer:innen auszunutzen (so auch Art. 25 Abs. 1 DSA).

In der Literatur finden sich mitunter Ansätze, die sich für ein engeres Begriffsverständnis aussprechen. Demnach zeichne Dark Patterns aus, dass sie den (mutmaßlichen) Interessen der Adressat:innen zuwiderlaufen⁷ oder

4 Vgl. etwa *J. Luguri/L. C. Strahilevitz*, Shining a Light on Dark Patterns, *J. Leg. Anal.* 2021, 43 (passim, insb. 64).

5 *B. Raue*, Dark Patterns on online platforms and the interplay between the Digital Services Act and the Unfair Commercial Practices Directive, *EuCML* 2025, 109 (109).

6 Damit ist die Definition sogar weiter als diejenige des Art. 2 lit. e) UGP-RL, die auf Geschäftspraktiken beschränkt ist.

7 *B. Steinrötter/L. Schauer*, Lauterkeitsrechtliche Behandlung von Dark Patterns, *WRP* 2024, 873 (Rn. 4); anders *M. Martini/C. Drews/P. Seeliger/Q. Weinzierl*, Dark Patterns, *ZfDR* 2021, 47 (49, 52 f.); *J. Kühling/C. Sauerborn*, „Dark patterns“ unter der DSGVO und dem DSA, *CR* 2022, 226 (Rn. 7), die auf die einseitige Interessendurchsetzung abstellen.

böswillig von der Verwender:in eingesetzt werden.⁸ Diese Definitionsansätze verwässern allerdings den Begriff, da kaum ermittelbar ist, was (mutmaßliche) Interessen der Adressat:innen sind und unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen die Verwender:in böswillig handelt.⁹

Dark Patterns, verstanden als manipulative Designtechniken, begegnen uns in digitalen Räumen in unzähligen Formen. Im Diskurs hat sich im Laufe der Zeit eine unscharfe Klassifikation unterschiedlicher Formen von Dark Patterns herausgebildet, zum Beispiel das sog. Confirmshaming (Auswahlgestaltung löst Schuldgefühle aus), Nagging (wiederholtes Auffordern, eine Handlung vorzunehmen), Misdirection/Framing (optische Hervorhebung von Auswahloptionen) oder Roach-Motel-Patterns (die Kündigung eines Dienstes ist deutlich schwieriger als die Anmeldung zu diesem Dienst).¹⁰

II. Dark AI

Mit dem Siegeszug Künstlicher Intelligenz (KI) ist zu erwarten, dass KI-gestützte Manipulationen in Zukunft vermehrt auftreten werden („Dark AI“). Auch hier sind verschiedene Formen der Einflussnahme denkbar. Beispielsweise lassen sich erkannte Vulnerabilitäten einzelner Nutzer:innen¹¹ noch effektiver ausnutzen, etwa indem Websites mittels KI dynamisch aufgebaut und Dark Patterns damit gewissermaßen „personalisiert“ werden. Erhebliche Manipulationsgefahren bestehen weiterhin bei direkter Kommunikation von Nutzer:innen mit einer KI. Denkbar sind etwa KI-Agenten, die Nutzer:innen in Form eines Chatbots beim Online-Einkauf unterstützen. Bereits jetzt lässt sich beobachten, dass Nutzer:innen dazu neigen, ein Vertrauensverhältnis zu Chatbots aufzubauen. Dieses Vertrauen in Kombination mit den über die Nutzer:innen verfügbaren Daten könnten

8 Kommission, ABl. EU C 526/1 v. 29.12.2021, S.100; *H. Köhler/C. Alexander* in: *H. Köhler/J. Feddersen* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 43. Aufl., München 2025, § 4a UWG Rn. 1.81a.

9 Mit dem Hinweis *M. Dregelies*, *Der Schutz vor Dark Patterns im DSA*, MMR 2023, 243 (244) m.w.N.

10 Übersicht bei *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, *Dark Patterns* (Fn. 7), 52; zudem *C. M. Gray et al.*, *The Dark (Patterns) Side of UX Design*, in: *R. Mandryk et al.* (Hrsg.), *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, New York 2018, Paper 534, S. 1 (5 ff.).

11 Vgl. *H. Prange*, *Der Verbraucher: Verständig, vulnerabel – oder beides?*, WRP 2025, 717 (Rn. 18, 22).

KI-Agenten nutzen, um sie zu bestimmten Handlungen zu verleiten. Denkbar ist etwa, dass Angebote gezielt platziert werden, wenn die Nutzer:in emotional besonders vulnerabel ist. Auch wenn es bisher an Nachweisen für den verbreiteten Einsatz solcher KI-Modelle fehlt, ist es wahrscheinlich, dass KI-Agenten entsprechende Verhaltensweisen entwickeln werden. Eines der entscheidenden Lernparameter für gewerbliche KI-Systeme wird die Umsatzmaximierung sein und manipulative Techniken sind diesem Zweck besonders dienlich. Fehlt es an entsprechenden Sicherheitsmechanismen, ist zu erwarten, dass KI-Systeme solche Techniken selbstständig erlernen, ohne dass dies notwendigerweise von den Entwickler:innen beabsichtigt war.¹²

C. Regulierungsproblem, Regulierungsziele und Regulierungsansätze

Die Frage, die sich unweigerlich stellt: Ist der Einsatz solcher manipulativen Techniken zulässig, vor allem wenn sie gegenüber Verbraucher:innen eingesetzt werden?¹³

Antwort auf diese Frage gibt das fächerübergreifende *Recht der Einflussnahme*.¹⁴ Es setzt der Einflussnahme auf menschliche Entscheidungen im Rechtsverkehr Grenzen, um zwei miteinander verflochtene Regulierungsziele zu erreichen: Zum einen die Gewährleistung von Privatautonomie.¹⁵ Zum anderen die Wohlfahrtsmaximierung durch den Schutz des Marktes und des Wettbewerbs.¹⁶ Im Wesentlichen geht es dabei um einen Interessenausgleich zwischen der beeinflussenden Partei, der beeinflussten Partei und der Öffentlichkeit.¹⁷

Ein zentraler Baustein im Recht der Einflussnahme sind die wettbewerbsrechtlichen Regelungen zum Schutz von Verbraucher:innen. Sie verbieten bestimmte manipulative Geschäftspraktiken. Eine wichtige Rolle

12 T. Dornis, Lauterkeitsrecht im KI-Zeitalter, GRUR 2023, 1729 (1730 f.) spricht von einer „Unlauterkeitsspirale“; Prange, Verbraucher (Fn. 11), Rn. 32.

13 Auf die Schwierigkeit der Grenzziehung weist Weinzierl, Dark Patterns als Herausforderung (Fn. 1), 5 hin und unterscheidet zwischen Überzeugung und Manipulation.

14 Der Begriff geht zurück auf D. Meier, Täuschung und Manipulation im Privatrecht, Tübingen 2022, S. 151.

15 Meier, Täuschung (Fn. 14), S. 154–156.

16 Meier, Täuschung (Fn. 14), S. 156–159.

17 Verallgemeinerbar für das Lauterkeitsrecht H. Micklitz/M. Namysłowska in: P. Heermann/J. Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., München 2020, UGP-RL, Vorbemerkungen Rn. 16.

bei der rechtlichen Bewertung spielt das maßgebliche Verbraucher:innenleitbild, denn es hilft dabei, Grenzfälle zu lösen. Es legt fest, welche Anforderungen an Verbraucher:innen im Rechtsverkehr gestellt werden und insbesondere, welchen Einflussnahmen sie standhalten müssen.¹⁸ Dabei ist wichtig zu betonen, dass es sich hierbei nicht um eine wirklichkeitsbezogene Rekonstruktion einer Durchschnittsverbraucher:in handelt. Aus diesem Grund lassen sich etwa Erkenntnisse der Verhaltensökonomik nicht ohne Weiteres heranziehen, um die Durchschnittsverbraucher:in zu beschreiben.¹⁹ Vielmehr ist das Leitbild das Ergebnis der vorgenannten Interessenabwägung und damit eine *normative Konstruktion*.²⁰ Im Wesentlichen stehen sich hier zwei Regulierungsansätze gegenüber,²¹ die in unterschiedlichen Verbraucher:innenleitbildern zum Ausdruck kommen.²²

Bis in die 90er Jahre war in der Rechtsprechung des BGH eine Spielart des sog. sozialen Verbraucher:innenschutzmodells²³ vorherrschend.²⁴ Es geht von einer der Unternehmer:in strukturell unterlegenen Verbraucher:in aus, deren „Schwäche“ durch Information oder Aufklärung nicht ausgeglichen werden kann.²⁵ Das schlägt sich im Leitbild einer flüchtigen, unmündigen Verbraucher:in nieder.²⁶ Entsprechend wird von Unternehmer:innen verlangt, auf Verbraucher:innen im Rechtsverkehr im besonderen Maße Rücksicht zu nehmen.

18 *Wunderle*, Verbraucherschutz (Fn. 2), S. 214.

19 Vgl. ErwGr. 18 S. 4 UGP-RL: „Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers beruht dabei nicht auf einer statistischen Grundlage.“

20 *Meier*, Täuschung (Fn. 14), S. 213.

21 Daneben existiert das sog. altliberale Verbraucherleitbild, das heute aber nicht mehr vertreten wird, hierzu *M. Tamm*, Verbraucherschutzrecht, Tübingen 2011, S. 137 f.

22 *J. Fritzsche* in: J. von Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1: Allgemeiner Teil, Berlin 2024, § 13 Rn. 8.

23 *N. Achilles*, Vom Homo Oeconomicus zum Differenzierten Verbraucher, Baden-Baden 2020, S. 79–85 und Fn. 320.

24 Vgl. Überblick bei *Prange*, Verbraucher (Fn. 11), Rn. 9 ff.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 21), S. 154 f.

25 *N. Reich*, Markt und Recht, Neuwied und Darmstadt 1977, S. 185; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 21), S. 141 ff.

26 *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 21), S. 154; *F. Weber*, Verbraucherleitbilder im Spiegel der Verbraucherverhaltensforschung, ZRP 2020, 98 (99).

Dem gegenüber steht das sog. Informationsmodell,²⁷ das auf zwei Grundannahmen basiert:²⁸ Erstens, dass wirtschaftlicher Wettbewerb einen Markt formt, der vorteilhaft für Verbraucher:innen ist. Zweitens, dass Verbraucher:innen grundsätzlich in der Lage sind, eine Fülle von Informationen zu verarbeiten, ökonomisch rational zu handeln und ihre Marktchancen zu nutzen.²⁹ Aus der Annahme, dass Verbraucher:innen „mit vollkommener Information effiziente Entscheidungen treffen“³⁰ folgt ein liberales Verbraucher:innenleitbild: Die Verbraucher:in ist demnach mündig und souverän; sofern alle Informationen verfügbar sind, ist sie informiert und trifft grundsätzlich rationale Entscheidungen.³¹ Demnach beschränkt sich die Aufgabe des Verbraucher:innenschutzrechts vor allem darauf, Verbraucher:innen eine umfangreiche Entscheidungsgrundlage zu gewähren, während Einflüsse auf den Entscheidungsprozess nur unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig sind.

D. Europäisches Verbraucher:innenleitbild

Die verbraucher:innenschützenden Regelungen des europäischen Lauterkeitsrecht orientieren sich – mit einigen Modifikationen³² – am Informationsmodell. Das europäische Leitbild ist entsprechend liberal.³³ Verbunden sind damit erhöhte Rationalitätserwartungen an Verbraucher:innen.³⁴

Entwickelt hat das europäische Verbraucher:innenleitbild der EuGH: In den Anfängen der Binnenmarktintegration stellte der Flickenteppich aus nationalen Verbraucher:innenschutzvorschriften eine erhebliche Beschrän-

27 *Achilles*, Verbraucher (Fn. 23), S. 69–79.

28 *J. Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, S. 26; *K. Simitis*, Verbraucherschutz, Baden-Baden 1976, S. 107; *Hacker*, Verhaltensökonomik (Fn. 1), S. 396 und weiter ausdifferenziert S. 429.

29 Kritisch *Weber*, Verbraucherleitbilder (Fn. 26), 98.

30 *Meier*, Täuschung (Fn. 14), S. 294; ähnlich *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 21), S. 138 ff.

31 *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 21), S. 150 f.; *B. Gsell*, Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht, JZ 2012, 809 (811); *Fritzsche* (Fn. 22), § 13 Rn. 8.

32 Auf Mischformen weist *Fritzsche* (Fn. 22), § 13 Rn. 8 hin.

33 *A. Ohly* in: *A. Ohly/O. Sosniza* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 8. Aufl., München 2023, Einführung A, Rn. 40, 43.

34 *Weinzierl*, Dark Patterns als Herausforderung (Fn. 1), 8.

kung der Warenverkehrsfreiheit dar.³⁵ Als Maßnahmen gleicher Wirkung konnten solche Beschränkungen nur durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.³⁶ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung musste der Gerichtshof entsprechend abwägen zwischen einem hohen Verbraucher:innenschutzniveau und der Warenverkehrsfreiheit und hat letzterer regelmäßig den Vorzug gegeben. Eine hinreichende Informationsgrundlage war demnach regelmäßig das mildere Mittel gegenüber weitreichenderen Werbe- und Vertriebsverboten.³⁷ Damit bekannte sich der EuGH klar zum Informationsmodell und ging in ständiger Rechtsprechung vom Leitbild der verständigen,³⁸ informierten oder zumindest informierbaren Durchschnittsverbraucher:in aus.³⁹ Das europäische Verbraucher:innenleitbild ist folglich in seiner historischen Funktion eine Figur der Binnenmarktintegration, deren dogmatische Wurzeln im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴⁰ liegen, als Kompromiss zwischen Verbraucher:innenschutz und Warenverkehrsfreiheit.⁴¹

Die vollharmonisierende UGP-RL hat das vom EuGH entwickelte Verbraucher:innenleitbild schließlich ausdrücklich aufgegriffen (ErwGr. 18 S. 2 UGP-RL).⁴² Die informationspolitische Prägung der Richtlinie lässt sich auch in ihren besonderen Verbotstatbeständen erkennen: Art. 6, 7 UGP-RL verbieten relativ weitreichend vielfältige Formen der Irreführung, also Einflussnahmen auf die Entscheidungsgrundlage. Einflussnahmen auf den Entscheidungsprozess sind dagegen nach Art. 8, 9 UGP-RL nur dann verboten, wenn das eingesetzte Mittel im Sinne einer aggressiven geschäftlichen Handlung besonders verwerflich ist. Nach der

35 A. Lubberger in: W. Gloy (Begr.)/M. Loschelder/R. Danckwerts (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., München 2019, § 40 Rn. 6.

36 Grundlegend EUGH GRUR Int 1979, 468 (Rn. 8) – Cassis de Dijon; *Drexl*, Selbstbestimmung (Fn. 28), S. 53.

37 M. Leistner, Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht, ZGE 2009, 3 (40), m.w.N.; vgl. auch Lubberger, Wettbewerbsrecht (Fn. 35), § 40 Rn. 11; EuGH GRUR Int 2000, 756 (Rn. 22, 28) – naturrein.

38 EuGH GRUR Int 1995, 804 Rn. 22 – Mars.

39 St. Rspr. vgl. nur EuGH GRUR Int 1998, 795 (Rn. 30 f.) – Gut Springenheide m.w.N.; weiterhin *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 21), S. 150 f.; *Fritzsche* (Fn. 22), § 13 Rn. 5.

40 Ausdrücklich EuGH GRUR Int 2000, 354 (Rn. 28) – Estée Lauder/Lancaster.

41 Lubberger, Wettbewerbsrecht (Fn. 35), § 40 Rn. 17; siehe auch ErwGr. 18 S. 2 UGP-RL.

42 *Wunderle*, Verbraucherschutz (Fn. 2), S. 213 f.; *Weber*, Verbraucherleitbilder (Fn. 26), 99 f.; B. Duivenvoorde, Redesigning the UCPD for the Age of Personalised Marketing, EuCML 2023, 177 (181).

Konzeption der UGP-RL müssen Verbraucher:innen Einflussnahmen auf den Entscheidungsprozess grundsätzlich standhalten.⁴³

In der Rückschau verwundert diese gesetzgeberische Entscheidung, denn infolge der Vollharmonisierung der UGP-RL spielt der Konflikt zwischen Warenverkehrsfreiheit und Verbraucher:innenschutz allenfalls eine untergeordnete Rolle.⁴⁴ In den Vordergrund rückt stattdessen der dem Verbraucher:innenschutzrecht inhärente Konflikt zwischen dem Interesse der Verbraucher:innen an einem Schutz vor übermäßiger Beeinflussung und dem Interesse von Unternehmer:innen an einer optimalen Vermarktung.⁴⁵ Das am Informationsmodell orientierte Leitbild als Ergebnis praktischer Konkordanz zwischen Warenverkehrsfreiheit und Verbraucher:innenschutz vermag diesen veränderten Interessenkonflikt nur unzureichend aufzulösen, da es von einer gänzlich anderen Abwägung geleitet ist. Entsprechend kann es etwa dem Umstand, dass Verbraucher:innen auch bei umfassender Informationsgrundlage Rationalitätsdefizite aufweisen und daher anfällig für manipulative Praktiken sind, kaum Rechnung tragen.⁴⁶

In manchen jüngeren Entscheidungen des EuGH lassen sich Tendenzen erkennen, dieser veränderten Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Beispielsweise stellte der Gerichtshof in der Rechtssache *Compass Banca* ausdrücklich fest, dass die Bestimmung der Reaktion einer Durchschnittsverbraucher:in keine theoretische Übung sei;⁴⁷ vielmehr seien realitätsbezogene Aspekte zu berücksichtigen und insbesondere könne die Durchschnittsverbraucher:in durch kognitive Verzerrungen beeinträchtigt sein.⁴⁸ Allerdings wird die Veränderung in der Interessenabwägung durch den Gerichtshof nicht benannt, sodass sich das Verbraucher:innenleitbild weiterhin in starker Pfadabhängigkeit zur Rechtsprechung der Warenverkehrsfreiheit bewegt.⁴⁹

43 *Duivenvoorde*, Personalised Marketing (Fn. 42), 181.

44 *J. Glöckner* in: H. Harte-Bavendamm/F. Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl., München 2021, Einleitung Rn. 433; zudem *Lubberger*, Wettbewerbsrecht (Fn. 35), § 40 Rn. 19.

45 *Lubberger*, Wettbewerbsrecht (Fn. 35), § 40 Rn. 19; speziell für Rationalitätsdefizite *B. Raue* in: P. Heermann/J. Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., München 2020, UWG, § 4a Rn. 19.

46 Ausführlich zu den Unzulänglichkeiten des Informationsmodells *Hacker*, Verhaltensökonomik (Fn. 1), S. 429–435.

47 EuGH WRP 2025, 39 (Rn. 51) – *Compass Banca*.

48 EuGH WRP 2025, 39 (Rn. 43, 51) – *Compass Banca*.

49 Vgl. EuGH WRP 2025, 39 (Rn. 53) – *Compass Banca*.

E. Wettbewerbsrechtliche Behandlung von Dark Patterns

Die Verbotstatbestände der UGP-RL gehen entsprechend von einer Verbraucher:in aus, die lediglich vor qualifizierten, verwerflichen Manipulationshandlungen geschützt werden muss. Die nachfolgende Untersuchung wird sich zunächst auf manipulative Dark Patterns konzentrieren, und zwar auf solche, die nicht ersichtlich in den Anwendungsbereich des Anhangs I der UGP-RL (z.B. Bait-and-Switch-Techniken⁵⁰) oder der Art. 8, 9 UGP-RL fallen (z.B. Roach-Motel-Pattern⁵¹). Der Blick richtet sich vielmehr auf Designtechniken, die subtil und von Verbraucher:innen häufig unbemerkt auf Entscheidungsprozesse einwirken. Ein gutes Beispiel liefert ein vor dem OLG Bamberg verhandelter Fall: Die Beklagte betreibt eine Plattform, über die Tickets für Veranstaltungen verkauft werden, und setzte hierbei kumulativ drei Dark Patterns ein. Vor der Kasse bot sie Kund:innen die Möglichkeit, eine Ticketversicherung über ein Opt-In in den Warenkorb zu legen. Sofern dies nicht geschah und Kund:innen auf „Weiter zur Kasse“ klickten, öffnete sich ein Fenster, mit dem die Beklagte erneut den Abschluss einer Ticketversicherung empfahl (sog. Nagging). Der Button, um die Ticketversicherung in den Warenkorb zu legen, wurde farbig hervorgehoben (sog. Framing); sofern der Abschluss einer Versicherung nicht gewünscht war, konnte man nur durch Betätigung des Buttons „Ich trage das volle Risiko“ (Confirmshaming) weiter zur Kasse gelangen.⁵²

Die Untersuchung wird zeigen, dass solche Dark Patterns, die zwar sehr effektiv, aber subtil und damit kaum spürbar wirken, von dem Verbot der aggressiven geschäftlichen Handlung in Art. 8, 9 UGP-RL (I.) und der Generalklausel in Art. 5 UGP-RL (II.) nur eingeschränkt erfasst werden. Sie sind ein „blinder Fleck“ des europäischen Lauterkeitsrechts.⁵³ Erst die Berücksichtigung der Wertung des Art. 25 Abs. 1 DSA ermöglicht es, solchen Dark Patterns mit dem Lauterkeitsrecht zu begegnen (III.–IV.).

50 Kommission, ABl. EU C 526/1 v. 29.12.2021, S. 101; *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, Dark Patterns (Fn. 7), 64.

51 *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, Dark Patterns (Fn. 7), 66.

52 OLG Bamberg GRUR-RS 2025, 6221 (Rn. 4).

53 Vgl. Q. *Weinzierl*, Dark Patterns und die innere Sphäre der Grundrechte, Tübingen 2024, S. 210; M. *Martini/I. Kramme/P. Seeliger*, „Nur noch für 30 Minuten verfügbar“ – Scarcity- und Countdown-Patterns bei Online-Geschäften auf dem Prüfstand des Rechts, VuR 2022, 123 (128) sprechen von einem „toten Winkel“; allgemein *Leistner*, Behavioural Economics (Fn. 37), 42 („konzeptionell lückenhaft“), 47.

Eine wichtige einführende Bemerkung vorab zu den Strukturmerkmalen der vorgenannten Verbotstatbestände: Diese setzen sich stets aus zwei Merkmalen zusammen. Zunächst muss die jeweilige Praktik die Fähigkeit einer Verbraucher:in, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigen und damit zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätte (vgl. Art. 2 lit. e) UGP-RL). Die nachfolgende Untersuchung unterstellt, dass dieses *Relevanzkriterium* für die untersuchten Dark Patterns erfüllt ist. Solche Praktiken werden nachfolgend als „wirksame Dark Patterns“ bezeichnet. Unlauter ist die manipulative Praktik allerdings grundsätzlich erst, wenn zusätzlich ein *Unwertkriterium* erfüllt ist. Das ist der Fall, wenn die wesentliche Beeinflussung auf eine verwerfliche Handlung zurückgeht. Im Rahmen von Art. 8, 9 UGP-RL ist dies die Belästigung, die Nötigung oder die unzulässige Beeinflussung, während bei Art. 5 UGP-RL ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt vorliegen muss. Unwertkriterium und Relevanzkriterium stehen in einer gewissen Wechselwirkung zueinander, sind aber dennoch zwei getrennt zu prüfende Tatbestandsmerkmale und haben daher eigenständige Bedeutung. Daher kann aus dem Vorliegen des Relevanzkriteriums nicht ohne Weiteres auf das Unwertkriterium geschlossen werden und umgekehrt.⁵⁴

I. Keine aggressive geschäftliche Handlung (Art. 8, 9 UGP-RL)

Art. 8, 9 UGP-RL schützen die Entscheidungsfreiheit von Verbraucher:innen und verbieten besonders verwerfliche Einflussnahmen auf den Entscheidungsprozess⁵⁵ durch qualifizierte Manipulationsmittel (Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung).⁵⁶

Eine Belästigung scheidet bei den meisten Dark Patterns aus. Nach allgemeiner Ansicht erfasst die Belästigung störende Eingriffe in die Privatsphäre.⁵⁷ Dark Patterns werden jedoch üblicherweise in Fällen eingesetzt, in denen sich die Verbraucher:in durch Aufsuchen einer Website oder Nutzung einer App freiwillig in die geschäftliche Situation begeben hat,

54 Für Art. 5 UGP-RL EuGH GRUR Int. 2011, 46 (Rn. 46) – Mediaprint; A. Spengler, Die Verbrauchergeneralklausel des UWG, Würth 2016, S. 143; für Art. 8 UGP-RL EuGH, WRP 2019, 1153 (Rn. 48) – Orange Polska.

55 Meier, Täuschung (Fn. 14), S. 226 f., 274.

56 Micklitz/Namysłowska (Fn. 17), Art. 9 Rn. 18.

57 Micklitz/Namysłowska (Fn. 17), Art. 9 Rn. 19.

sodass die Schwelle zur übergreifigen Kommunikation⁵⁸ nicht überschritten ist. Ebenso wird eine Nötigung in der Regel nicht vorliegen, da es am physischen und psychischen Zwang fehlt.⁵⁹

Insofern stellt sich regelmäßig die Frage, ob Dark Patterns Verbraucher:innen unzulässig beeinflussen. Erforderlich ist nach Art. 2 lit. j) UGP-RL, dass eine Machtposition gegenüber der Verbraucher:in ausgenutzt wird „zur Ausübung von Druck [...] in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.“ Der Begriff der Machtposition wird weit ausgelegt⁶⁰ und bei Dark Patterns schon deshalb anzunehmen sein, weil die Unternehmer:in die digitale Entscheidungsumgebung nach ihrem Belieben gestalten kann.⁶¹ Das muss umso mehr gelten, wenn Vulnerabilitäten von Verbraucher:innen datenbasiert ausgewertet werden.⁶²

Weniger eindeutig ist dagegen die Frage, ob durch wirksame Dark Patterns auf die Verbraucher:in „Druck“ ausgeübt wird. Vor allem im deutschen Schrifttum wird „Druck“ äußerst eng verstanden. Erforderlich sei, dass der Eindruck erweckt werde, die Verbraucher:in müsse mit irgendwelchen Nachteilen bei Nichtabschluss des angestrebten Geschäfts rechnen,⁶³ also mit einer Verschlechterung ihrer gegenwärtigen Position.⁶⁴ Etwas weiter gehen Stimmen, nach denen auch das Inaussichtstellen von Vorteilen eine Ausübung von Druck sein könne. Der Ansatz wird zugleich aber wieder dahingehend eingeschränkt, dass diese Fallgruppe nur äußerst zurückhaltend angenommen werden dürfe, z.B. wenn die Verbraucher:in auf ein Produkt besonders angewiesen ist.⁶⁵ Ungeachtet der Unterschiede fallen die meisten wirksamen Dark Patterns nach diesem engen Verständnis nicht unter den Verbotstatbestand. Dem gegenüber stehen Ansätze, die das Tatbestandsmerkmal sehr weit verstehen und jeden erheblichen, „von außen

58 P. Picht in: H. Harte-Bavendamm/F. Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl., München 2021, § 4a Rn. 33.

59 Vgl. Micklitz/Namysłowska (Fn. 17), Art. 9 Rn. 18.

60 Köhler/Alexander (Fn. 8), § 4a Rn. 1.57a.

61 Vgl. F. Hofmann, Lauterkeitsrechtliche Haftung von Online-Plattformen, GRUR 2022, 780 (786).

62 Ähnlich Meier, Täuschung (Fn. 14), S. 339.

63 Köhler/Alexander (Fn. 8), § 4a Rn. 1.59.

64 I. Scherer in: K. Fezer/W. Büscher/E. Obergfell (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bd. I, 3. Aufl., München 2016, § 4a Rn. 134, 137.

65 Picht (Fn. 58), § 4a Rn. 51 f.

herangetragene[n] Einfluss⁶⁶ ausreichen lassen. Demnach wären wirksame Dark Patterns erfasst.

Sämtliche der vorgenannten Ansichten lassen sich mit der Rechtsprechung des EuGH indes nicht vereinbaren. Die Forderung nach einem Inaussichtstellen von Nachteilen oder Entzug von Vorteilen ist zu eng. Der EuGH hat in der Rechtssache *Orange Polska* festgestellt, dass auch durch andere Mittel Druck ausgeübt werden kann, etwa durch eine unangenehme soziale Situation oder durch das bloße Insistieren auf einer bestimmten Handlung.⁶⁷ Gleichzeitig hat er in der Rechtssache *Compass Banca* festgestellt, dass bloß wirksame Einwirkungen (z.B. fehlende Bedenkzeit bei der Annahme eines Koppelungsangebots unter Ausnutzung eines „Framing-Bias“) nicht als Ausübung von Druck anzusehen sind.⁶⁸ Damit kann nicht jeder erhebliche, von außen kommende Einfluss als Druck verstanden werden.

Legt man die Rechtsprechungslinie des EuGH zugrunde, ist daher ein für die Verbraucher:in spürbarer „Druckvektor“ erforderlich, der nicht nur im Sinne des Relevanzkriteriums eine erhebliche Wirkung entfaltet, sondern zugleich einen gewissen Unwertgehalt aufweist. Für diesen Ansatz spricht dreierlei: Erstens stützt ihn der systematische Vergleich mit den qualifizierten Manipulationsmitteln der Belästigung und der Nötigung. Diese zeichnen sich nicht nur durch einen erheblichen, sondern auch durch einen verwerflichen Einfluss auf den Entscheidungsprozess der Verbraucher:in aus. Gleiches gilt für die aggressiven Geschäftspraktiken des Anhangs I, die nach Art. 5 Abs. 5 UGP-RL in jedem Fall als unlauter anzusehen sind. Nimmt man die unzulässige Beeinflussung als selbstständiges Tatbestandsmerkmal ernst, muss diese Manipulationsform zumindest im Ansatz mit den vorgenannten Verbotstatbeständen vergleichbar sein. Zweitens sprechen die in Art. 9 UGP-RL genannten Faktoren (mit Ausnahme des lit. a)) für die Linie des EuGH. Aus ihnen folgt ebenfalls, dass die Einflussnahme nicht nur wirksam, sondern in gewissem Maße auch verwerflich sein muss. Gleichzeitig zeigen lit. c) und d), dass die Verwerflichkeit nicht nur dann gegeben ist, wenn der Verbraucher:in Nachteile in Aussicht gestellt werden. Vielmehr kann bereits das Ausnutzen einer Notsituation oder die Hinderung an der Ausübung von Rechten als unzulässige

66 *Raue* (Fn. 45), § 4a Rn. 15–19, 171; sehr weit *F. Esposito/T. Ferreira*, Addictive Design as an Unfair Commercial Practice, EJRR 2024, 999 (1011).

67 EuGH WRP 2019, 1153 (Rn. 47) – *Orange Polska*.

68 EuGH WRP 2025, 39 (Rn. 75) – *Compass Banca*.

Beeinflussung anzusehen sein. Schließlich spricht drittens das der UGP-RL ausdrücklich zugrundeliegende, am Informationsmodell orientierte Verbraucher:innenleitbild grundsätzlich dagegen, jeglichen äußeren Einfluss, der zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit führt, ausreichen zu lassen. Mit Art. 8 UGP-RL hat der Unionsgesetzgeber sich klar zu dem Leitbild einer robusten Verbraucher:in bekannt – sie ist vor Einflussnahmen auf Entscheidungsprozesse nur dann zu schützen, wenn das Relevanzkriterium gerade aufgrund des Einsatzes eines verwerflichen Manipulationsmittels erfüllt wird. Gleichzeitig erfordert das Verbraucher:innenleitbild nicht, hierunter nur das Inaussichtstellen von Nachteilen zu verstehen.

Viele wirksame Dark Patterns werden diese „Unwertschwelle“ indes nicht erreichen,⁶⁹ sondern zeichnen sich vielmehr durch eine subtile, kaum spürbare und damit von der Durchschnittsverbraucher:in auszuhaltende Einflussnahme aus. Das gilt z.B. für die vorgenannten Nagging-, Confirm-shaming- und Framing-Patterns.⁷⁰ Zudem ist bei der Bewertung zu berücksichtigen, dass die Verbraucher:in die Website oder die App in aller Regel freiwillig aufsucht (vgl. Art. 9 lit. a) UGP-RL)⁷¹ und – aufgrund der Verbreitung von Dark Patterns – mit diesen Formen der Einflussnahme ein Stück weit vertraut ist.⁷²

II. Kein Verstoß gegen berufliche Sorgfalt (Art. 5 Abs. 2 UGP-RL)

Damit bleibt die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 UGP-RL. Auch hier bereitet die Subsumtion wirksamer Dark Patterns unter das Unwertkriterium Probleme. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL erfordert einen Verstoß gegen die „beruf-

69 Ähnlich *Martini/Kramme/Seeliger*, Countdown-Patterns (Fn. 53), 127, nach denen § 4a UWG nur außergewöhnlich stark wirkende Dark Patterns erfasst.

70 Vgl. *Leistner*, Behavioural Economics (Fn. 37), 47, nach dem emotionale Erregungszustände nur eingeschränkt erfasst werden; vgl. auch *H. Thornton*, Verhaltenssteuerung durch Brain-Computer-Interfaces, Tübingen 2024, S. 214 f.; a.A. Kommission, ABl. EU C 526/1 v. 29.12.2021, S. 100; *J. Kühling/C. Sauerborn*, Vertrags- und lauterkeitsrechtliche Rahmenbedingungen für „dark patterns“, CR 2022, 295 (Rn. 39) nach denen etwa von „nagging“ Druck ausgeht.

71 Vgl. Generalanwalt beim EuGH Sánchez-Bordona BeckRS 2019, 609 Rn. 57 – Orange Polska.

72 Vgl. BGH NJW 2008, 1384 (Rn. 30) – Versandkosten; ähnlich Generalanwalt beim EuGH Sánchez-Bordona BeckRS 2019, 609 (Rn. 58) – Orange Polska; vgl. zum „robusten“ Verbraucher *Lubberger*, Wettbewerbsrecht (Fn. 35), § 40 Rn. 29.

liche Sorgfalt“: Art. 2 lit. h) UGP-RL definiert die berufliche Sorgfalt als der „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet.“⁷³ Allgemein ist anerkannt, dass die berufliche Sorgfalt ein objektives Maß an Rücksichtnahme auf die Durchschnittsverbraucher:in erfordert.⁷⁴ Dabei kommt es nach dem „Grundsatz von Treu und Glauben“ auf die berechtigten Erwartungen der Verbraucher:innen an, die wiederum im Wesentlichen durch eine Interessenabwägung bestimmt werden.⁷⁵ Orientierung bietet das Verbraucher:innenleitbild. Aus diesem Grund sind durchaus hohe argumentative Anforderungen zu stellen, um Einflussnahmen auf den Entscheidungsprozess als Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt anzusehen.⁷⁶ Die jeweilige Handlung muss im Unwert mit den speziellen Verbotstatbeständen der aggressiven Geschäftspraxis zumindest vergleichbar sein.

Hiervon ausgehend bestehen grundsätzlich Schwierigkeiten, wirksame Dark Patterns allein über Art. 5 UGP-RL als unlauter anzusehen. Wie der Blick auf Art. 8, 9 UGP-RL zeigt, geht das europäische Lauterkeitsrecht von einer robusten Verbraucher:in aus, die Einflussnahmen auf den Entscheidungsprozess grundsätzlich standhalten kann, es sei denn, die Manipulation erfolgt durch den Einsatz qualifizierter, verwerflicher Mittel. Diese gesetzgeberische Wertung lässt sich ohne legislative Anhaltspunkte nicht im Wege einer weiten Auslegung der Generalklausel unterlaufen.⁷⁷ Zudem ist erneut zu beachten, dass die meisten Dark Patterns verbreitet und damit Verbraucher:innen bekannt sind. Entsprechend lässt sich eine Verbraucher:innenerwartung, dass wirksame Dark Patterns im Geschäftsverkehr nicht eingesetzt werden, kaum begründen.

73 Kritisch zur eigenständigen Bedeutung des Tatbestandsmerkmals *Wunderle*, Verbraucherschutz (Fn. 2), S. 220.

74 *Spengler*, Verbrauchergeneralklausel (Fn. 54), S. 148.

75 *Spengler*, Verbrauchergeneralklausel (Fn. 54), S. 156.

76 *R. Podszun* in: H. Harte-Bavendamm/F. Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl., München 2021, § 3 Rn. 83.

77 So aber wohl Kommission, ABl. EU C 526/1 v. 29.12.2021, S. 101.

III. Unanwendbarkeit des Verbots wirksamer Dark Patterns im DSA

Mit Art. 25 Abs. 1 DSA ist eine Regelung eingeführt worden, die wirksame Dark Patterns verbietet. Anbieter:innen von Online-Plattformen ist es untersagt, ihre Online-Schnittstellen (also Websites und Apps) so zu gestalten, dass die Entscheidungsfreiheit von Nutzer:innen durch Täuschung, Manipulation oder anderweitig erheblich beeinträchtigt wird. Vergleicht man den Verbotstatbestand mit demjenigen des Art. 5 UGP-RL, fällt auf, dass Art. 25 Abs. 1 DSA aus einem nahezu inhaltsgleichen Relevanzkriterium besteht, allerdings ein Unwertkriterium fehlt. Insbesondere liegt in den Merkmalen der Täuschung und Manipulation kein Unwertkriterium, da jede „anderweitige“ Beeinflussung ebenfalls ausreicht, solange das Relevanzkriterium erfüllt ist.⁷⁸

Mit dem Verzicht auf das Unwertkriterium schwingt in Art. 25 Abs. 1 DSA implizit die Wertung mit, dass Nutzer:innen auf Online-Plattformen im besonderen Maße vor Einflussnahmen zu schützen sind.⁷⁹ Es handelt sich um eine verhaltensökonomisch informierte Regelung, die sich vom Informationsmodell löst, mit dem Regulierungsziel, digitale Entscheidungsumgebungen auf Online-Plattformen „neutraler“ zu gestalten. Der DSA geht folglich im Vergleich zum Verbraucher:innenleitbild der UGP-RL von einer weniger robusten Nutzer:in aus, die vor erheblichen Einflussnahmen zu schützen ist, ohne dass es einer verwerflichen Handlung bedarf.⁸⁰ Nur so lässt sich der deutlich weitreichendere Schutz im Vergleich zu der UGP-RL erklären. Man könnte auch sagen, dem DSA liegt das Leitbild einer *beeinflussbaren Durchschnittsnutzer:in* zugrunde.

Allerdings gilt das Verbot nach Art. 25 Abs. 2 DSA nicht für Praktiken, die unter die UGP-RL fallen. Wie genau diese Einschränkung des Anwendungsbereichs zu verstehen ist, ist umstritten. Teilweise wird Art. 25 Abs. 1 DSA für anwendbar gehalten, wenn ein Dark Pattern nach

78 K. Kaesling, *Regulierung von Dark Patterns im Digital Services Act*, NJW 2024, 1609 (Rn. 17 f.).

79 B. Raue/H. Heesen, *Der Digital Services Act*, NJW 2022, 3537 (3542); vgl. B. Raue in: F. Hofmann/B. Raue (Hrsg.), *Digital Services Act*, Baden-Baden 2025, Art. 25 Rn. 53, nach dem Art. 25 DSA eine Abkehr von einem am Informationsmodell orientierten Leitbild darstellt.

80 Raue/Heesen, *Digital Services Act* (Fn. 79), 3542; ähnlich Raue (Fn. 79), Art. 25 Rn. 53.

der UGP-RL nicht verboten ist.⁸¹ Überzeugender ist es allerdings, dass jedes Dark Pattern ausgenommen ist, das in den Anwendungsbereich der UGP-RL fällt, mithin solche, bei denen es sich um eine Geschäftspraxis i.S.v. Art. 2 lit. d) UGP-RL handelt.⁸² Auch wenn der DSA den Hintergrund des Art. 25 Abs. 2 DSA in seinen Erwägungsgründen nicht näher erläutert, scheint dessen Zweck darin zu liegen, behördliche Zuständigkeitsbereiche abzugrenzen.⁸³ Die Einhaltung des DSA wird von Behörden überwacht, die auch Sanktionen verhängen können (Art. 52, 74 DSA). Während demgegenüber die UGP-RL in Deutschland rein privatrechtlich über das UWG durchgesetzt wird, haben sich andere Länder (auch) für eine behördliche Durchsetzung entschieden (z.B. Frankreich). Der Anwendungsvorbehalt des Art. 25 Abs. 2 DSA vermeidet eine konkurrierende Zuständigkeit. Würde man allerdings die Anwendbarkeit des Art. 25 Abs. 1 DSA von der Lauterkeit des jeweiligen Dark Patterns abhängig machen, würde die materiellrechtliche Frage der Unlauterkeit in die Zuständigkeit verlagert.⁸⁴

IV. Ausstrahlung des Verbots wirksamer Dark Patterns im DSA auf die UGP-RL

Trotz des Anwendungsvorrangs der UGP-RL strahlt die Wertung des Art. 25 Abs. 1 DSA auf die Generalklausel der UGP-RL aus und präjudiziert das Ergebnis der im Rahmen der beruflichen Sorgfalt vorzunehmenden Interessenabwägung: Ein Dark Pattern, das gegen Art. 25 Abs. 1 DSA verstößt, verstößt gegen die berufliche Sorgfalt.⁸⁵ Entscheidend dafür sprechen Wertungsgründe: Art. 25 Abs. 1 DSA bleibt nämlich anwendbar, wenn Dark Patterns auf Online-Plattformen gegenüber Unternehmer:innen eingesetzt

81 T. Mast in: T. Mast/M. Kettemann/S. Dreyer/W. Schulz (Hrsg.), DSA-DMA, München 2024, Art. 25 Rn. 30; M. Martini/L. Kramme/A. Kramke, Dark Patterns im Scheinwerferlicht des Digital Services Act, MMR 2023, 323 (326).

82 OLG Bamberg GRUR-RS 2025, 6221 (Rn. 23); Raue (Fn. 79), Art. 25 Rn. 95–100; Steinrötter/Schauer, Dark Patterns (Fn. 7), Rn. 74.

83 Martini/Kramme/Kramke, Dark Patterns (Fn. 81), 326; M. Husovec, Principles of the Digital Services Act, Oxford 2024, S. 307 f.

84 S. Hinweis bei P. Rott, Dark Patterns, der Digital Services Act und das Lauterkeitsrecht, VuR 2025, 216 (217).

85 OLG Bamberg GRUR-RS 2025, 6221 (Rn. 26 f.); zust. Raue, Dark Patterns (Fn. 5), III; ebenso Prange, Verbraucher (Fn. 11), Rn. 59; allgemein Spengler, Verbrauchergeneralklausel (Fn. 54), S. 157, nach dem Wertungen aus anderen Gesetzen in die Interessenabwägung zur Bestimmung der beruflichen Sorgfalt einfließen.

werden. Es wäre indes schwerlich einzusehen, weshalb Unternehmer:innen als strukturell weniger vulnerable Gruppe gegenüber Online-Plattformen besser geschützt sein sollten als Verbraucher:innen. Ebenso bleibt Art. 25 Abs. 1 DSA anwendbar, wenn Dark Patterns außerhalb des Geschäftsverkehrs eingesetzt werden. In diesen Konstellationen sind Verbraucher:innen tendenziell ebenfalls weniger schutzbedürftig. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb ihnen der Schutz des Art. 25 Abs. 1 DSA im Geschäftsverkehr versagt sein sollte.⁸⁶ Eine andere Bewertung lässt sich kaum mit dem Ziel des DSA vereinbaren, (auch) ein hohes Verbraucher:innenschutzniveau zu erreichen (ErwGr. 3 DSA).

Versteht man nun einen Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 DSA als einen Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt im Sinne des Art. 5 UGP-RL, stellt dies nichts weniger als einen Paradigmenwechsel in der Konzeption des lauterkeitsrechtlichen Verbraucher:innenschutzes dar. Wie bereits oben erwähnt, besteht das Verbot des Art. 25 Abs. 1 DSA lediglich aus einem Relevanzkriterium, das demjenigen der Generalklausel entspricht. Führt nun ein Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 DSA zu einem Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt, wird das Unwertkriterium der Generalklausel durch ein Relevanzkriterium ersetzt und damit *eliminiert*. Da bei einem Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 DSA stets auch das Relevanzkriterium der Generalklausel erfüllt ist, führt das im Ergebnis zu einem umfassenden lauterkeitsrechtlichen Verbot wirksamer Dark Patterns auf Online-Plattformen. Der zusätzliche Nachweis einer verwerflichen Handlung braucht nicht geführt werden.

Damit verbunden ist zwangsläufig eine veränderte, an den DSA angepasste Vorstellung der Durchschnittsverbraucher:in. Die Eliminierung des Unwertkriteriums hat zur Folge, dass die Anforderungen an Durchschnittsverbraucher:innen sektoral abgesenkt werden – nämlich in Bezug auf Online-Schnittstellen von Online-Plattformen. Damit sagt man sich vom Informationsmodell los: An Verbraucher:innen wird nicht mehr die Anforderung gestellt, dass sie der Einwirkung auf Entscheidungsprozesse durch Dark Patterns auf Online-Plattformen grundsätzlich standhalten müssen. Vielmehr dürfen Verbraucher:innen aufgrund der Wertung des Art. 25 DSA erwarten, auf Online-Plattformen keinen wirksamen Dark Patterns ausgesetzt zu sein. Folgt man dem, wandelt sich das Verbraucher:innenleitbild sektoral, hin zum Leitbild einer auf Online-Plattformen *beeinflussbaren Durchschnittsverbraucher:in*.

86 *Martini/Kramme/Kramke*, Dark Patterns (Fn. 81), 326, wenn auch im Ergebnis mit a.A.

F. Auswirkungen des Verbots wirksamer Dark Patterns über Online-Plattformen hinaus?

Wirksame Dark Patterns sind demnach auf Online-Plattformen verboten – gegenüber Unternehmer:innen aus Art. 25 Abs. 1 DSA und gegenüber Verbraucher:innen aus Art. 5 UGP-RL i.V.m. Art. 25 Abs. 1 DSA. Unweigerlich stellt sich damit die Frage, was für Dark Patterns gilt, die nicht auf Online-Plattformen, sondern auf sonstigen Websites und Apps eingesetzt werden. Lässt sich hier die Wertung des Art. 25 Abs. 1 DSA ebenfalls fruchtbar machen oder bleibt es dabei, dass solche Dark Patterns zulässig sind, solange sie nicht eine verwerfliche Handlung im Sinne eines Unwertkriteriums der UGP-RL darstellen? Meines Erachtens besteht Anlass, über Ersteres nachzudenken.⁸⁷

Auf den ersten Blick mag einiges dagegensprechen, insbesondere der Umstand, dass das Verbot in Art. 25 Abs. 1 DSA bewusst auf Online-Plattformen beschränkt wurde, wie die Gesetzgebungshistorie zeigt: Während das EU-Parlament alle Vermittlungsdienste in den Anwendungsbereich des Dark Pattern Verbots einbeziehen wollte,⁸⁸ hat sich der Rat dafür ausgesprochen, den Kreis der Verpflichteten auf Online-Marktplätze⁸⁹ zu beschränken. Art. 25 Abs. 1 DSA verkörpert nunmehr einen Kompromiss zwischen diesen Positionen.⁹⁰ Mit Blick auf die besondere Stellung von Online-Plattformen in der Digitalwirtschaft erscheint diese Einschränkung auch gerechtfertigt. Es handelt sich um zentrale Dienste mit marktconstituierender Bedeutung. Daher gehen von ihnen strukturell größere Gefahren aus als von Betreibern einzelner Websites (dies wird auch in ErwGr. 41 DSA angedeutet). Sie verfügen etwa über erhebliche Datenmacht und können Dark Patterns zielgenau einsetzen.⁹¹

Allerdings lässt sich die Beschränkung auf Online-Plattformen auch damit erklären, dass Art. 25 Abs. 1 DSA gerade kein Verbraucher:innenschutzrecht ist. Vielmehr schützt das Verbot – wie Art. 25 Abs. 2 DSA zeigt – vor allem Unternehmer:innen, die als weniger vulnerable Gruppe nur gegen-

87 Erwogen durch *H. K. Jahromi/D. Löschner*, Catch me if you can? Wirksamkeit und Regulierung von Dark Patterns auf digitalen Plattformen, in: J. Buchheim/V. Kraetzig/J. K. Mendelsohn/B. Steinrötter (Hrsg.), Plattformen, Baden-Baden 2024, S. 179; ähnlich auch ohne Bezug zum DSA *Podszun* (Fn. 76), § 3 Rn. 91b ff. und § 1 Rn. 56a.

88 *Kühling/Sauerborn*, Dark patterns (Fn. 7), Rn. 36.

89 *Kühling/Sauerborn*, Dark patterns (Fn. 7), Rn. 35.

90 *Kaesling*, Dark Patterns (Fn. 78), Rn. 9.

91 *Raue* (Fn. 79), Art. 25 Rn. 2.

über besonders marktmächtigen Akteur:innen schutzbedürftig erscheinen. Art. 25 Abs. 2 DSA zeigt weiter, dass die Handhabung von Dark Patterns gegenüber Verbraucher:innen nicht abschließend im DSA geregelt, sondern der UGP-RL überlassen werden soll. Überhaupt wäre ein allgemeines Verbot wirksamer Dark Patterns im DSA konzeptionell nicht möglich gewesen, da sich sein Anwendungsbereich auf Vermittlungsdienste beschränkt.

Die prinzipielle Ächtung wirksamer Dark Patterns gegenüber Verbraucher:innen kommt zudem in Art. 16e RL (EU) 2023/2673 zum Ausdruck. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, unbeschadet der UGP-RL und des DSA, sicherzustellen, dass beim Abschluss von Finanzdienstleistungsverträgen im Fernabsatz keine wirksamen Dark Patterns eingesetzt werden. Hierin liegt eine dezidierte Ausweitung des Dark Pattern Verbots über Online-Plattformen hinaus. Zwar erscheint die Beschränkung auf Finanzdienstleistungsverträge zunächst erneut dafür zu sprechen, dass eine weitergehende Ausweitung des Verbots nicht beabsichtigt war. Gegen diesen Umkehrschluss spricht aber, dass der Anwendungsbereich der RL (EU) 2023/2673 auf im Fernabsatz geschlossene Finanzdienstleistungsverträge beschränkt ist und daher ein weitergehendes Dark Pattern Verbot bereits konzeptionell ausgeschlossen war.

Entscheidend ist damit eine Wertungsfrage: Kann es im Rahmen der beruflichen Sorgfalt (Art. 5 UGP-RL) einen Unterschied machen, wenn dasselbe Dark Pattern einmal von einer Online-Plattform und einmal von einer sonstigen Website oder App eingesetzt wird? Das ist mindestens zweifelhaft: Es wirkt gekünstelt, die Interessenabwägung im Rahmen der beruflichen Sorgfalt unterschiedlich ausfallen zu lassen, abhängig davon, ob ein Dark Pattern auf einer Online-Plattform oder einer sonstigen Website oder App eingesetzt wird. Im ersten Fall liegt ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt vor. Wird dasselbe Dark Pattern aber von einer sonstigen Website oder App eingesetzt, würde von der Verbraucher:in dagegen verlangt, der Einflussnahme standzuhalten, solange es sich nicht um ein verwerfliches Mittel handelt. Die durchschnittliche Verbraucher:in wird sich des Unterschieds zwischen einer Online-Plattform und einer sonstiger Website oder App im Zweifel aber nicht bewusst sein. Gleichzeitig sind mit Blick auf die Marktmacht die Übergänge zwischen Online-Plattformen und sonstigen Websites und Apps fließend. Große Website- oder Appbetreiber:innen verfügen ebenfalls über erhebliche Datenmacht, während Art. 25 DSA auch auf kleine Online-Plattformen Anwendung findet, bei denen dies nicht zwingend der Fall ist (vorbehaltlich Art. 19 Abs. 1 DSA).

Für eine Ungleichbehandlung fehlt es damit an der Rechtfertigung, sodass die besseren Gründe dafür sprechen, wirksame Dark Patterns gegenüber Verbraucher:innen als generell unlauter anzusehen. Im Ergebnis liegt hierin eine verhaltensökonomisch informierte Neuorientierung des Leitbilds der Durchschnittsverbraucher:in, die situativ⁹² – nämlich im Umgang mit Dark Patterns in digitalen Räumen im geschäftlichen Bereich – besonders anfällig für manipulative Designtechniken ist; diese Schwäche wird durch einen erhöhten Schutz des Entscheidungsprozesses kompensiert.⁹³ Diese Anpassung ist zulässig, weil Art. 25 Abs. 1 DSA hierzu einen legislativen Anstoß gibt und so Wertungswidersprüche vermieden werden. Damit ist es möglich, das Leitbild der Durchschnittsverbraucher:in sektoral an das Leitbild der Durchschnittsnutzer:in anzulehnen – hin zum Leitbild einer von wirksamen Dark Patterns *beeinflussbaren Verbraucher:in*.⁹⁴ Dieser Schritt fügt sich konsequent in eine Entwicklung ein, das europäische Verbraucher:innenleitbild seit der Harmonisierung durch die UGP-RL neu zu konfigurieren.⁹⁵

G. Wettbewerbsrechtliche Behandlung von Dark AI

Die rechtliche Behandlung von Dark Patterns wird seit Jahren diskutiert und hat nun in Gestalt des Art. 25 DSA und Art. 16e RL (EU) 2023/2673 dezidierte Regelungen erfahren. Bei Dark AI handelt es sich um ein neuartiges Phänomen, das bisher noch nicht umfassend wissenschaftlich untersucht wurde – und auch dieser Beitrag wird sich dem Thema nicht im gebotenen Umfang widmen können. Gleichwohl soll auf einige Parallelen und Differenzen zur Dark Pattern Regulierung aufmerksam gemacht werden.

92 Vgl. *Fritzsche* (Fn. 22), § 13 Rn. 7.

93 Allgemein zum kompensatorischen Verbraucherschutz *Drexler*, Selbstbestimmung (Fn. 28), S. 288 f., 303 ff.

94 Das klingt auch bei *Jahromi/Löschner*, Catch me if you can? (Fn. 87), S. 179 an.

95 Zu entsprechenden Trends in der EuGH-Rechtsprechung *K. Purnhagen*, More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark, *EJRR* 2017, 437 (438); *G. Straetmans*, Misleading practices, the consumer information model and consumer protection, *EuCML* 2016, 199 (209). Beispielsweise relativierte der Gerichtshof seine Rspr., wonach das Zutatenverzeichnis primäre Informationsquelle der Durchschnittsverbraucher:in sei, *EuGH EuZW* 2015, 562 (Rn. 37–42) – Teekanne. Zudem *EuGH WRP* 2025, 39 (Rn. 53) – Compass Banca.

Mit Art. 5 Abs. 1 lit. a), b) KI-VO wurden Regelungen eingeführt, die das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung manipulativer KI-Systeme verbieten. Vergleichbar mit Art. 25 DSA weist Art. 5 Abs. 1 lit. a), b) KI-VO ein Relevanzkriterium auf. Für den Verbotstatbestand kommt es maßgeblich darauf an, dass das KI-System die Entscheidungsfähigkeit (vulnerabler) Nutzer:innen erheblich beeinträchtigt. Daneben bestehen aber einige strukturelle Unterschiede: Zunächst fehlt es an einer Beschränkung des persönlichen oder sachlichen Anwendungsbereichs. Insbesondere ist das Verbot auch im Anwendungsbereich der UGP-RL anwendbar; in ErwGr. 29 S. 9 KI-VO heißt es sogar ausdrücklich, dass Art. 5 KI-VO die UGP-RL ergänzt.⁹⁶ Darüber hinaus ist der Verbotstatbestand nur dann erfüllt, wenn es zumindest hinreichend wahrscheinlich ist, dass Nutzer:innen aufgrund der Manipulation einen erheblichen Schaden erleiden.

Ersichtlich erfüllt Art. 5 KI-VO neben der UGP-RL eine eigenständige Funktion, denn das Verbot schützt auch Unternehmer:innen und ist nicht auf den Geschäftsverkehr beschränkt.⁹⁷ Gleichzeitig konkretisiert Art. 5 Abs. 1 lit. a), b) KI-VO – entsprechend dem zu Art. 25 DSA Gesagten – das Tatbestandsmerkmal der beruflichen Sorgfalt. Ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a), b) KI-VO gegenüber Verbraucher:innen im Geschäftsverkehr wird daher stets gegen die Generalklausel verstoßen. Dabei dürfte ein erheblicher Schaden grundsätzlich vorliegen, sobald das Relevanzkriterium erfüllt ist. Ein solcher ist bereits dann gegeben, wenn bei einzelnen Verbraucher:innen zwar ein unerheblicher Schaden eintritt, sich diese einzelnen Schäden in der Summe aber zu einem erheblichen Schaden addieren.⁹⁸ Da beim Einsatz von Dark AI im Geschäftsverkehr typischerweise eine Vielzahl von Verbraucher:innen mit dem System in Kontakt kommen, besteht bei solchen manipulativen Systemen prima facie die Vermutung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit für einen erheblichen Schaden.⁹⁹

96 Zudem B. Raue in: J. Schefzig/R. Kilian (Hrsg.), BeckOK KI-Recht, 3. Ed., München 2025, KI-VO, Art. 5 Rn. 24.

97 Raue (Fn. 96), Art. 5 Rn. 24.

98 C. Wendehorst in: M. Martini/C. Wendehorst (Hrsg.), KI-VO, 1. Aufl., München 2024, Art. 5 Rn. 27.

99 Vgl. Wendehorst (Fn. 98), Art. 5 Rn. 45.

H. Zusammenfassung

Dark Patterns und Dark AI, die subtil, aber wirksam Entscheidungsprozesse von Verbraucher:innen beeinflussen, waren lange ein „blinder Fleck“ im europäischen Lauterkeitsrecht und wurden über den Tatbestand der aggressiven geschäftlichen Handlung (Art. 8, 9 UGP-RL) und die Generalklausel (Art. 5 UGP-RL) nur eingeschränkt erfasst.

Art. 25 Abs.1 DSA ändert das in Bezug auf Dark Patterns. Zwar gilt das Verbot nach Art. 25 Abs. 2 DSA nicht, wenn Dark Patterns gegenüber Verbraucher:innen eingesetzt werden. Gleichwohl strahlt es auf die Generalklausel aus. Bei einem Verstoß gegen Art. 25 Abs.1 DSA liegt zugleich ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt i.S.d. Art. 5 UGP-RL vor und zwar sowohl bei Online-Plattformen als auch bei sonstigen Websites oder Apps. Dahinter steht eine sektorale Neukonfiguration des europäischen Verbraucher:innenleitbilds, weg vom Informationsmodell, hin zur Figur der beeinflussbaren Durchschnittsverbraucher:in. Ähnliches zeigt sich mit Blick auf Dark AI und Art. 5 Abs.1 lit. a), b) KI-VO, der ebenfalls die berufliche Sorgfalt konkretisiert.

Biblische Rechtsmetaphern am Beispiel des lauterkeitsrechtlichen „Pflügens mit fremdem Kalbe“

Diana Liebenau*

**Abstract: Die Metapher des „Pflügens mit fremdem Kalbe“ (Lobe 1917) war erstaunlich wirkmächtig und wird bis heute für die Rufausnutzung im UWG-Nachahmungsschutz rezipiert. Vergessen ist aber, dass die Metapher im Zusammenhang mit der vergleichenden Werbung geprägt wurde. Ihr wird eine alttestamentarische Grundlage (Ri 14,18) unterstellt. Der Beitrag verfolgt diese Referenz in der christlichen und jüdischen Theologie. Statt Leistungen gegen Ausbeutung zu schützen, sprechen die moralisch ambivalente Metapher und die mit ihr zusammenhängende biblische Geschichte für das Gegenteil: Wettbewerbsfreiheit. Abschließend reflektiert der Beitrag über die Rolle von Metaphern im Lauterkeitsrecht.*

I. Säkularisierte theologische Begriffe im Privatrecht?

Statt einer teleologischen Auslegung nehmen manche Gerichte eine theologische Auslegung vor: In den USA erregte der Supreme Court of Alabama Aufmerksamkeit, der eingefrorene Embryonen wegen ihrer G'ttebenbildlichkeit als taugliches Deliktsobjekt ansah (Gen 1,27).¹ Während dieser Fall Probleme der Trennung von einerseits Staat und Religion und andererseits Recht und Moral aufwirft, kommen andere rechtliche Bibelreferenzen harmloser, aber nicht weniger gewichtig daher: In *Donoghue v Stevenson*, dem wohl bekanntesten Fall des englischen Deliktsrechts betreffend eine

* LL.M. (Harvard). Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München. Soweit nicht anders gekennzeichnet, folgen Zitierweise den Loccumer Richtlinien, Übersetzungen der revidierten Lutherbibel 2017 und Transliterationen dem System der Deutschen Bibelgesellschaft.

1 LePage v. Ctr. for Reprod. Med., P.C., 408 So.3d 678, 691 (Ala. 2024) (Parker, C.J., concurring) (cert. denied). *J. Isensee*, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 (199 f.) fundierte Art. 1 Abs.1 GG in der christlichen Auslegung von Gen 1,27.

Schnecke in der Ingwer-Limonade, begründet *Lord Atkin* den Test für die Sorgfaltspflicht mit dem Gebot „Liebe deinen Nächsten“ (Lk 10,27).² Selbst im Digitalrecht finden sie sich: Den Gedanken des barmherzigen Samariters greift Art. 7 DSA auf (Lk 10,25–37).³ *Hennemann* schreibt über Personalisierung und Dynamisierung von Preisen mithilfe des Gleichnisses von den Arbeitern im Weinberg (Mt 20,1–16).⁴

Biblische Rechtsmetaphern sind ein blinder Fleck⁵ in der (Zivil-)Rechtswissenschaft. Sind sie bedenklich oder nur rhetorischer Aufhänger? Inkorporieren sie christlich-jüdische Moralvorstellungen oder explizieren sie moralische Intuitionen, die man einfach nicht weiter begründen kann?

Im Grundsatz ist klar: In der modernen, säkularen Demokratie darf sich der Staat nicht mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung identifizieren.⁶ Aufgrund dieser religiös-weltanschaulichen Neutralität, die Korrelat der Religionsfreiheit der Bürger ist, darf sich der Staat zur Legitimation seiner Entscheidungen auch nicht auf religiöse Legitimation beziehen.⁷ Gleichwohl verschränken sich Recht und (christliche) Religion vielfach: Hinsichtlich der *Form* wurden etwa Parallelen zwischen dem Prozessrecht und religiösen Ritus⁸ sowie Strukturähnlichkeiten beim Umgang mit dem normativen Text

2 Donoghue v Stevenson [1932] AC 562, 580 (Lord Atkin) (“The liability for negligence [...] is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing [...] the rule that you are to love your neighbour becomes in law that you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question, Who is my neighbour? receives a restricted reply [...] the answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called into question.”). Die biblischen Bezüge wurden von *common law* Richtern immer wieder aufgegriffen, z.B. Home Office v Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C. 1004, 1060 (Lord Diplock); Hargrave v Goldman (1963) 110 C.L.R. 40, 66 (Windeyer J), die auf das Gleichnis vom barmherzigen Samariter (Lk 10,25–37) verweisen.

3 A. Sesing-Wagenpfeil, Der „barmherzige Samariter“ im DSA, MMR 2023, 655.

4 M. Hennemann, Die personalisierte Vertragsanbahnung, AcP 219 (2019), 818 (819 ff., 854).

5 Auch der blinde Fleck, die Metapher dieses Tagungsbandes, hat eine biblische Entsprechung. Im Logion vom Splitter und Balken (Mt 7,3–5; Lk 6,41–42) mahnt Jesus zur Selbstreflexion: Man sieht schnell einen kleinen Fehler bei anderen (Splitter im Auge), übersieht aber bei sich selbst grobe Fehler (Balken im Auge).

6 H. Dreier, Staat ohne Gott, München 2018, S. 9.

7 Dreier, Staat (Fn. 6), S. 9, 100 f., 106 ff.

8 A. Orenstein, The Religion of Evidence, 25 J.L. Soc’y 181, 184 ff. (2025) (Strafrecht). Parallelen liegen bisweilen in Details: Im laizistischen Frankreich haben Richter- und Anwaltsroben traditionell 33 Knöpfe (wie eine Soutane) – die 33 Lebensjahre Jesu symbolisierend.

bemerkt.⁹ Hinsichtlich der *Wertungen* kann man durchaus begründen, dass christliche Werte Bedeutung für die Entstehung des BGB hatten und weiterhin in bestimmten Normen fortwirken.¹⁰ Aber selbst bei Normkomplexen wie der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB), bei der eine biblische Fundierung naheliegt, ist dies nicht der Fall.¹¹ Was bleibt, sind die *Begriffe* – jedenfalls im Öffentlichen Recht. *Carl Schmitt* sprach von den Begriffen der Staatslehre als „säkularisierte theologische Begriffe“, die „[n]icht nur ihrer historischen Entwicklung nach, [...] indem zum Beispiel der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber wurde, sondern auch in ihrer systematischen Struktur“¹² von der Theologie ins Recht übertragen worden seien. Und obwohl selbst bei schwierigen Fragen zu Beginn und Ende des menschlichen Lebens das aktuelle Verfassungsrecht ostentativ vermeidet, auf biblische Bilder, Geschichten und damit verbundene Moralvorstellungen Bezug zu nehmen,¹³ arbeitet sich die verfassungsrechtliche Literatur an immer neuen säkularisierten theologischen (oder sakralisierten?) Begriffen ab.¹⁴

Quer zu diesen großen Fragen liegt eine kleine Metapher im Lauterkeitsrecht, die aus dem Alten Testament stammt: das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ (Ri 14,18). Hier, ausgerechnet im Wirtschaftsprivatrecht, wurde eine biblische Rechtsmetapher wirkmächtig: Von *Lobe* in einem berühmten Aufsatz zur

9 C. Waldhoff, Der Text als Norm, in: F. Brosius-Gersdorf u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Dreier, Tübingen 2024, S. 1007 (1012 ff.). Schon der Begriff der „Dogmatik“ spiegelt die Parallelen.

10 C. zu Löwenstein, Christliche Werte im Bürgerlichen Recht, Berlin 2018, S. 22 f. Eine solche Fortwirkung findet sie nur im Hinblick auf wenige Werte – wie etwa Nächstenliebe (z.B. § 226 BGB), Sonntagsruhe (§ 193 BGB) oder Heiligkeit der Ehe (§ 656 Abs. 1 S. 2 BGB) – und auch nicht bruchlos (S. 24, 61 ff., 135 ff., 154 ff., 241 ff.). Sie klammert Generalklauseln aus (S. 26 f.), z.B. „Treu und Glauben“, s. dazu O. Behrends, Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willentheorie im heutigen Vertragsrecht, in: G. Dilcher/I. Staff (Hrsg.), Christentum und modernes Recht, Frankfurt am Main 1984, S. 255 (277 ff.).

11 S. aber J. Kohler, Die Menschenhülfe im Privatrecht, JhJb 25 (1887), 1 f., der einleitend Dtn 22,1–4 als allgemeine Hilfeleistungspflicht im jüdischen Recht darstellt (enger aber *Rashi* (Akronym für Rabbi *Shlomo Yitzchaki*), Dtn 22,1–4: Pflicht, entlaufene Nutztiere oder verlorene Beladung zurückzubringen; Zusammenhang mit Fund). Als Beleg zitiert Kohler das ungewöhnliche Werk eines zeitgenössischen Rabbiners, der das jüdische Recht anhand (insbesondere) des AGBGB gliedert darstellt und einen hybrid religiös/weltlichen Text vorlegt, der dergestalt „mit wenigen Auslassungen und Abänderungen in jedem civilisirten Staate als Gesetzbuch eingeführt werden könnte“: H. B. Fassel, Das mosaisch-rabbinische Civilrecht, Bd. I/2, Wien 1852, S. VII, 194 f.

12 C. Schmitt, Politische Theologie, 11. Aufl., Berlin 2021, S. 43.

13 Z.B. BVerfGE 153, 182 Rn. 208 ff., insbesondere 210 – Suizidhilfe.

14 Vgl. Dreier, Staat (Fn. 6), S. 146 ff.

vergleichenden Werbung (heute § 6 UWG) eingeführt,¹⁵ wurde sie zum Impulsgeber für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz außerhalb der Sondertatbestände des Geistigen Eigentums (heute § 4 Nr. 3 UWG) und begründete die Fallgruppe der „sklavischen Nachahmung“. Nach wie vor wird das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ im UWG aufgegriffen: mittlerweile weniger in der vergleichenden Werbung,¹⁶ sondern vielmehr im Nachahmungsschutz,¹⁷ zum Teil als Rechtssprichwort verselbstständigt ohne Bezug zu *Lobe*.¹⁸

-
- 15 A. *Lobe*, Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW XVI (1916/1917), 129.
- 16 H. *Droste*, Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die Ausnahmefälle, GRUR 1951, 140 (141); F. *Schönherr*, Die vergleichende Reklame, GRUR Ausl. 1964, 177 (193); E. *Waibel*, Zulässigkeit anlehnender Werbung bei hinreichendem Anlaß?, GRUR 1976, 407 (408); A. *Beater*, 100 Jahre Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ZEuP 1996, 200 (213); W. *Gloy/D. Bruhn*, Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG, GRUR 1998, 226 (227 Fn. 12); R. *Sack*, Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle, WRP 2001, 327 (328); S. *Koos*, Vergleichende Werbung und die Fesseln der Harmonisierung, WRP 2005, 1096; T. *Dornis/T. Wein*, Imitationsbehauptung und Rufausnutzung in vergleichender Werbung, ZGE 8 (2016), 513 (515); S. *Hembt*, Vergleichende Werbung, Baden-Baden 2018, S. 53 ff.
- 17 P. *Nerreter*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse, GRUR 1957, 408 (409); S. *Gastiger*, Inwieweit ist die unmittelbare Ausnutzung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs?, GRUR 1965, 179; G. *Rahn*, Anmerkung LG Tokyo – Sweet Lover, GRUR Int. 1980, 527 (528); M. *Lehmann*, Die wettbewerbswidrige Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben, GRUR Int. 1986, 6 (9); U. *Mettang*, Unlautere Rufausnutzung durch Konkurrenten und Branchenfremde, GRUR 1987, 149 (150 Fn. 8); B. *Rößler*, Zum wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitsgehalt der Rufausbeutung, GRUR 1995, 549 (550); R. *Schmidt*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Rufausbeutung in Südafrika, GRUR Int. 1999, 51 (57); A. *Ohly*, Keyword-Advertising auf dem Weg von Karlsruhe nach Luxemburg, GRUR 2009, 709 (716); B. *Schröer*, Der unmittelbare Leistungsschutz, Tübingen 2010, S. 352; A. *Ohly*, Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz?, GRUR 2010, 487 (488); A. *Ohly*, The Freedom of Imitation and Its Limits, IIC 2010, 506 (517 f.); A. *Sattler*, Dilution of well-known trademarks, ZGE 3 (2011), 304 (322 f.); A. *Ohly*, Anmerkung zu BGH – Hartplatzhelden.de, GRUR 2011, 439 (440); A. *Ohly*, Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger?, WRP 2012, 41 (47 f.); M. *Hohlweck*, Vom Pflügen mit fremdem Kalbe und anderen anstößigen Verhaltensweisen, WRP 2015, 934 (938); A. *Ohly*, Urheberrecht und UWG, GRUR Int. 2015, 693 (694, 697); H.-P. *Götting/S. Hetmank*, in: K.-H. Fezer u.a. (Hrsg.), UWG, 3. Aufl., München 2016, § 4 Nr. 3 Rn. 2; T. *Sambuc*, in: H. Harte-Bavendamm/F. Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 5. Aufl., München 2021, § 4 Rn. 109 f.; A. *Ohly*, in: A. Ohly/O. Sosnitzer, UWG, 8. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 3/65; T. *Pielmeier*, Urheberrecht und Lauterkeitsrecht, Tübingen 2023, S. 1, 24, 119.
- 18 W. *Goldbaum*, Der neue Formalismus der Rechtsprechung über den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1927, 781; R. *Callmann*, Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit,

Nachdem in einem kurzen rechtsgeschichtlichen Abriss die Entwicklung der Rechtsmetapher vom Siegeszug einer Rechtsidee zum Niedergang als moralisierende Leerformel dargestellt wird (II.), folgt ein „rechtstheologischer“ Teil: Der Beitrag arbeitet unter Bezug auf Quellen aus der jüdischen und christlichen Theologie heraus, dass man die Metapher aus „Samsons Rätsel“ ganz anders verstehen muss, als wir JuristInnen das tun (III.). Statt Leistungen gegen Ausbeutung zu schützen, sprechen die moralisch ambivalente Metapher und die dazugehörige biblische Geschichte für das Gegenteil: Wettbewerbsfreiheit. Diese Diskrepanz zwischen einem theologischen und dem rechtlichen Verständnis und die Wandlung der Metapher von der Begründung hin zur Abwertung einer Fallgruppe laden dazu ein, über (biblische) Metaphern als methodisches Problem zu reflektieren (IV.). Sprachliche Bilder im Lauterkeitsrecht trugen seit jeher zur Dogmatisierung der Generalklauseln bei (man denke an „Schrittmacherfunktion“, „Verwässerung“) – welche Rolle kann da ein kurios anmutendes „Pflügen mit fremdem Kalbe“ vor dem Hintergrund eines immer stärker ausdifferenzierten und europäisierten Lauterkeitsrechts spielen?

II. Vom Siegeszug zum Niedergang einer Rechtsmetapher für die Rufausnutzung

Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ ist eine Metapher für die Rufausnutzung (pejorativ Rufausbeutung¹⁹). Die Rufausnutzung war eine lauterkeitsrechtliche Fallgruppe und ist mittlerweile als Tatbestandsmerkmal in zwei Tatbeständen kodifiziert: im mittelbaren Nachahmungsschutz (§ 4 Nr. 3 lit. b

GRUR 1928, 251; *K. Schroeter*, Die Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb, GRUR 1949, 228 (235); *O.-F. v. Gamm*, Die sklavische Nachahmung, GRUR 1978, 453; *W. Tilmann*, Das UWG und seine Generalklausel, GRUR 1991, 796 (797); *F. Henning-Bodewig*, UWG und Geschäftsethik, WRP 2010, 1094 (1102 Fn. 72); *A. Peukert*, hartplatzhelden.de – Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, WRP 2010, 316 (317); *A.-A. Wandtke/F.-T. v. Gerlach*, Urheberrechtlicher Schutz von Werbesprüchen in der Vergangenheit und Gegenwart, ZUM 2011, 788 (Urheberrecht); *H. Nemeček*, Anmerkung zu BGH – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II, GRUR 2016, 728 (730) („nichtssagen[d]“); *A. Ohly*, Anmerkung zu BGH – Segmentstruktur, GRUR 2017, 90 (91); *R. Podszun/A. Deuschle*, Schadensersatz bei Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, WRP 2019, 1102 (1109).

19 Für diesen anstatt des neutraleren Begriffs der „Rufausnutzung“ insb. *W. Hefermehl*, in: *A. Baumbauch/W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., München 1983, Einl. 159.

Alt. 1 UWG, „Ausnutzung der Wertschätzung“) und der vergleichenden Werbung (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 1 UWG, „Ausnutzung des Rufs“). Darüber hinaus wurde die Rufausnutzung zum Exportschlagler: Einerseits spielt sie innerhalb verschiedener Tatbestände des UWG als Argumentationstoppel eine Rolle, so in der behindernden Nachahmung (Fallgruppe des § 4 Nr. 4 UWG),²⁰ der Imitationswerbung (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG)²¹ und im unmittelbaren Leistungsschutz unter der Generalklausel (§ 3 Abs. 1 UWG).²² Andererseits floss sie auch ins Markenrecht ein, was zur Kodifikation des erweiterten Schutzes bekannter Marken führte (§ 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MarkenG = Art. 10 Abs. 2 lit. c Marken-RL; Art. 9 Abs. 2 lit. c UMV). Heute wird Rufausnutzung als Imagetransfer verstanden: Die angesprochenen Verkehrskreise übertragen den positiven Ruf der Erzeugnisse des Mitbewerbers auf die Erzeugnisse des Werbenden/Nachahmenden.²³ Im UWG spielt sie praktisch vor allem in Nachahmungsfällen eine Rolle.

Im Folgenden werden die weitgehend vergessenen Ursprünge der Rufausnutzung beleuchtet. Diese liegen im „Pflügen mit fremdem Kalbe“, mit dem *Lobe* im Jahr 1917 die Rufnutzung als Fallgruppe unter der „großen“ Generalklausel des § 1 UWG 1909 verschlagwortete. Seine Überlegungen beruhten auf vergleichender Werbung (1.). Beifall erhielten seine Gedanken aber gerade nicht in der vergleichenden Werbung, sondern im Nachahmungsschutz – es entstand die Fallgruppe der sklavischen Nachahmung,

20 BGH GRUR 2017, 79 Rn. 77 – Segmentstruktur; GRUR 2019, 196 Rn. 27 ff. – Industrienähmaschinen (systematischer Nachbau); krit. *Ohly*, Anmerkung Segmentstruktur (Fn. 18), 91; *Pielmeier*, Urheberrecht (Fn. 17), S. 205 ff. In der Literatur wird die Rufausnutzung auch als Unterfall der Behinderung eingeordnet: *H. Köhler/C. Alexander*, in: H. Köhler/J. Feddersen, UWG, 43. Aufl., München 2025, § 4 Rn. 3.51; *H. Nemeček*, Wettbewerbsfunktionalität und unangemessene Rufausbeutung gem. § 4 Nr. 9 lit. b Alt. 1 UWG, WRP 2012, 1025 (1030) m.w.N.; a.A. *Ohly*, Keyword-Advertising (Fn. 17), 716 f.

21 *J. Glöckner*, in: K.-N. Peifer (Hrsg.), GK-UWG, 3. Aufl., Berlin/Boston 2020, § 6 Rn. 559; krit. *Dornis/Wein*, Imitationsbehauptung (Fn. 16), 525 ff. (aus Sicht der ökonomischen Analyse); *Ohly* (Fn. 17), § 6 Rn. 18a, 69.

22 Bisweilen wird, statt unmittelbaren Nachahmungsschutz zu gewähren, die Rufausnutzung überdehnt, krit. *Ohly*, Hartplatzhelden.de (Fn. 17), 494 („unmittelbarer Leistungsschutz unter falscher Flagge“); *Schröer*, Leistungsschutz (Fn. 17), S. III; vgl. BGHZ 187, 255 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de; GRUR 2016, 725 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

23 *Ohly* (Fn. 17), § 4 Rn. 3/67; § 6 Rn. 62; anders aber unter dem Einfluss des EuGH im Markenrecht, krit. *A. Ohly*, Free riding on the repute of trade marks, in: J. Drexler/A. Kamperman Sanders (Hrsg.), The Innovation Society and Intellectual Property, Cheltenham 2019, S. 146 (155 f.).

die direkt mit dem „Pflügen mit fremdem Kalbe“ begründet wurde (2.). Mittlerweile wird sie wegen der Metapher abgewertet (3.).

1. Rufausnutzung als „Pflügen mit fremdem Kalbe“ in der vergleichenden Werbung

Als *Lobe* das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ ins Spiel brachte, gab es neben einer Reihe von Sondertatbeständen lediglich die „kleine“ Generalklausel der Irreführung (§ 3 UWG 1909) und die „große“ Generalklausel der guten Sitten (§ 1 UWG 1909). Die Fallgruppe der vergleichenden Werbung existierte noch nicht. Es ist das Verdienst von *Lobe*, sie in seiner Besprechung der *Garlock*-Entscheidung des Reichsgerichts herausgearbeitet zu haben (a). In der Folge setzte sich aber scheinbar nicht *Lobes* Ansicht, sondern die von *Kohler* zur vergleichenden Werbung durch (b).

a) Volkstümliche Bemerkung bei *Lobe*

Lobe besprach in seinem berühmten Aufsatz einen Fall der vergleichenden Werbung: die *Garlock*-Entscheidung des Reichsgerichts. Zwar beschäftigten Werbevergleiche das Reichsgericht auch schon vorher. Sie wurden aber damals als Aspekt der Irreführung behandelt – der wahre Werbevergleich war zulässig.²⁴ Dieser liberale Ausgangspunkt begann in *Garlock* zu bröckeln.

In der Entscheidung vertrieb die Klägerin Zubehörteile für Maschinen unter der Marke „Garlock“; die beklagten Mitbewerber bezeichneten die von ihnen hergestellten Zubehörteile als „Garlock-Ersatz“.²⁵ Der Verkehr verstehe den Hinweis „Garlock-Ersatz“ dergestalt, dass die Qualität der Produkte des Werbetreibenden gleich hoch sei wie jene des Originalherstellers, so das Reichsgericht.²⁶ Zwar werde nicht über die betriebliche Herkunft getäuscht, weil der Verkehr verstehe, dass die „Ersatz“-Produkte nicht vom Hersteller kämen.²⁷ Es könne zwar sein, dass Bezeichnungen des Originalherstellers generisch würden oder auf eine (geografische) Herkunft hinwie-

24 Zur Entwicklung: *Hembt*, Werbung (Fn. 16), S. 39 ff.

25 RGZ 86, 123; zur Einordnung: *Hembt*, Werbung (Fn. 16), S. 45 ff.; *Glöckner* (Fn. 21), § 6 Rn. 19.

26 RGZ 86, 123 (124).

27 RGZ 86, 123 (126).

sen, weshalb dann die Verwendung nicht unlauter sei.²⁸ Hier liege der Fall aber anders. Es liege eine „willkürliche, nicht aus der Notwendigkeit einer fachlich treffenden Bezeichnung der Ware entsprungene Verwendung des Namens eines Wettbewerbers“ vor – heute würde man sagen: eine Verwendung zum Zweck der Rufausnutzung.²⁹

Lobe stimmte der Entscheidung des Reichsgerichts zu, dass die Werbung unlauter sei. Er war aber noch strenger: Es sei grundsätzlich unlauter, vergleichend zu werben³⁰ – während es das Reichsgericht im Grundsatz nicht beanstandete, dass die Beklagten ihre Produkte als ebenso gut und tauglich wie die der Klägerin bewarben.³¹

Lobe entwickelte eine Theorie vom „reinen“ Wettbewerb: Jeder Kunde habe eine freie Entscheidung und jeder Werbetreibende dürfe nur die eigene werbliche Leistung anbieten.³² Er verwendet den Großteil seines Aufsatzes auf eine Begründung, warum dies nicht nur für das Angebot der Waren, sondern auch die Werbung gelten müsse.³³ Dass die Aufmerksamkeit der Kunden knapp und der gute Ruf wichtiger sein könne als die Produktqualität,³⁴ ist dabei eine moderne Vorstellung. Er sah daher die Rufausnutzung – neben der Irreführung der Kunden – als die zweite große lauterkeitsrechtliche Fallgruppe an.³⁵ *Lobe* war damit ein Vorläufer der einflussreichen, aber mittlerweile überholten Unterscheidung von Leistungs- und Behinderungswettbewerb.³⁶ Vor allem arbeitete er zutreffend den Werbevergleich heraus – und dass dieser Werbevergleich nicht nur unter Irreführungsaspekten zu beurteilen ist.

28 RGZ 86, 123 (125 ff.).

29 RGZ 86, 123 (125).

30 *Lobe*, Leistung (Fn. 15), 129.

31 RGZ 86, 123 (125).

32 *Lobe*, Leistung (Fn. 15), 129.

33 *Lobe*, Leistung (Fn. 15), 130.

34 *Lobe*, Leistung (Fn. 15), 130.

35 *Lobe*, Leistung (Fn. 15), 129. Daneben ist *Lobe* auch bekannt als einer der frühen Befürworter des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das er persönlichkeitsrechtlich begründete, s. *L. Pahlow*, Adolf Lobe (1860–1939), in: S. Apel u.a. (Hrsg.), Biographisches Handbuch des Geistigen Eigentums, Tübingen 2017, S. 191 (193).

36 Zur Entwicklung: *Ohly* (Fn. 17), Einl. Rn. 23. Vgl. bereits *A. Lobe*, Die Generalklausel des neuen Wettbewerbggesetzes, GRUR 1910, 3 (5 f.) (auch Vergleich mit Unfairness im Sport). Gleichwohl taucht der Leistungsgedanke gerade in der Rufausnutzung bis heute auf, s. etwa BGH GRUR 2022, 160 Rn. 60 – Flying V.

Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ kommt in *Lobes* Ausführungen nur am Rande vor:

„Auch wer sich [die Kräfte des Mitbewerbers] wider seinen Willen dienstbar macht, um seine Erwerbstätigkeit zu fördern, fälscht die *Richtigkeit und Wahrheit des Vergleichs* (Hervorhebung durch Verf.), die nur auf ein Abwägen der eigenen Kräfte eines jeden Mitbewerbers geht. Volkstümlich ausgedrückt: Man darf beim Wettbewerb nicht mit fremdem Kalbe pflügen!“³⁷

Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ ist also eine pointierte Verschlagwortung zur vergleichenden Werbung, die *Lobe* ausdrücklich nur „volkstümlich“ verstanden wissen will. Einen biblischen Bezug stellt er nicht her. Inhaltlich meint er mit seiner Metapher, dass es die Objektivität des Werbevergleichs negativ beeinflusst, wenn man sich an die Leistungen eines anderen anhängt, und der Werbevergleich daher unlauter sein soll.

b) Lobes Legacy

Die *Garlock*-Entscheidung des Reichsgerichts nimmt den Wendepunkt vorweg, mit dem das Reichsgericht von seiner ursprünglich liberalen Ansicht abwich.³⁸ Endgültig vollzogen mit der *Hellegold*-Entscheidung³⁹ hielt man seit den 1930er Jahren vergleichende Werbung für grundsätzlich unlauter. Diese Rechtslage war jahrzehntelang beständig. Erst unter dem Eindruck europäischer Rechtsentwicklung liberalisierte sie sich wieder: Durch RL 97/55/EG (Werbe-RL) und schließlich ihre Umsetzung im Jahr 2000 in § 6 UWG ist vergleichende Werbung wieder grundsätzlich lauter.⁴⁰

In der eben erwähnten *Hellegold*-Entscheidung⁴¹ wählte das Reichsgericht für seine Ausführungen aber gerade nicht die Worte *Lobes*, sondern die *Kohlers*, der im selben Heft wie *Lobe* nur eine Seite vorher schrieb:

37 *Lobe*, Leistung (Fn. 15), 129.

38 *Glückner* (Fn. 21), § 6 Rn. 19 f.; *Hembt*, Werbung (Fn. 16), S. 37 f., 45 ff.; in der Chronologie nicht ganz zutreffend: *H. Dreher*, Rufausbeutungs- und Herabsetzungsverbot im Recht der vergleichenden Werbung, Berlin 2016, S. 21.

39 RG GRUR 1931, 1299.

40 Zur Entwicklung: *Dreher*, Rufausbeutungsverbot (Fn. 38), S. 23 ff.; *Hembt*, Werbung (Fn. 16), S. 187 ff.

41 RG GRUR 1931, 1299 (1301) (insoweit ohne Verweis auf Literatur).

Niemand dürfe „Richter in eigener Sache“ sein.⁴² Die Gedanken klingen ähnlich, sind aber doch verschieden: Während *Kohler* an die mangelnde Objektivität eines Vergleichs zu den eigenen Gunsten anknüpft, sieht *Lobe* die Objektivität des Vergleichs gefährdet, wenn man sich ohne eigene Leistungen an den anderen anhängt. Bei *Kohler* geht es um das Problem der Subjektivität; bei *Lobe* um einen Ausnutzungsgedanken. Das stets vorliegende Problem der Subjektivität ermöglichte es dem Reichsgericht, der vergleichenden Werbung grundsätzlich den Garaus zu machen – während der Ausnutzungsgedanke eine differenzierte Beurteilung ermöglicht hätte. Es hat sich daher kurzfristig *Lobe* nicht durchgesetzt, langfristig aber schon: Denn in § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG = Art. 4 lit. f Werbe-RL wurde später eben jener Ausnutzungsgedanke kodifiziert.⁴³

2. Rufausnutzung als „Pflügen mit fremdem Kalbe“ im Nachahmungsschutz

Der Rufausnutzungsgedanke – und mit ihm das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ – wurde also ursprünglich im Zusammenhang mit der vergleichenden Werbung geprägt. Heute ist dies in Vergessenheit geraten. Denn die Rufausnutzung und das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ werden insbesondere im Nachahmungsschutz (heute § 4 Nr. 3 lit. b Alt. 1 UWG) rezipiert.

42 *J. Kohler*, Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW XVI (1916/1917), 127 (128), s. auch *Droste*, Werbung (Fn. 16), 141; *Glöckner* (Fn. 21), § 6 Rn. 20; *Dornis/Wein*, Imitationsbehauptung (Fn. 16), 515.

43 Daher ist die Rechtslage heute nur in Nuancen anders zu beurteilen als in der *Garlock*-Entscheidung. Da bei § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG die Rufausnutzung auch „unlauter“ sein muss, wird nicht nur Rufausnutzung im Sinne eines Imagetransfers (Text und Fn. 23) geprüft, sondern auch „insbesondere das Ausmaß der Bekanntheit und des Grades der Unterscheidungskraft des Zeichens, der Grad der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen, die Art der betroffenen Produkte“ abgewogen, s. *Ohly* (Fn. 17), § 6 Rn. 63 (dogmatisiert als Verhältnismäßigkeitsprüfung). Vgl. BGH GRUR 2015, 1136 Rn. 28 ff. – Staubsaugerbeutel im Internet: Dort wurden Kunden, die im Online-Shop nach „Swirl“ suchten, vergleichbare Staubsaugerbeutel als „ähnlich wie Swirl“ angezeigt. Das sei keine unlautere Rufausnutzung, weil der Vergleich erforderlich sei, um Verbraucher auf die Existenz und Gleichwertigkeit der Konkurrenzprodukte hinzuweisen. Der Unterschied zu *Garlock* ist, dass die aktuelle Rechtsprechung zwischen der Behauptung der gleichen Funktionalität (lauter) und der gleichen Qualität (unlauter) differenziert: Schmuck „à la Cartier“ zu bewerben sei unlauter, weil die durch den guten Ruf des Konkurrenzprodukts hervorgerufene Anreizwirkung im Vordergrund des Werbevergleichs stehe, so BGH GRUR 2009, 871 Rn. 31 – Ohrclips. Es wird also ein „Anhängen“ an technische und ästhetische Merkmale unterschiedlich beurteilt – wie auch unter § 4 Nr. 3 lit. b Alt. 1 UWG.

Dass das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ Konjunktur im Nachahmungsschutz erlebte, ist vermutlich auf die *Separatoren*-Entscheidung des OLG Dresden von 1923 zurückzuführen, die *Lobe* und das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ zitierte.⁴⁴ Die Entscheidung betraf ein ehemals patentgeschütztes technisches Erzeugnis aus der Landwirtschaft, das bis ins kleinste Detail nachgeahmt wurde, inklusive der farblichen und dekorativen Gestaltung. Der Beklagte habe sich nicht lediglich darauf beschränkt, ein nunmehr gemeinfreies Erzeugnis anzubieten, sondern sich umfassend „mit fremden Federn geschmückt“, so das OLG.⁴⁵ Es legte damit den Grundstein für die Fallgruppe der „sklavischen Nachahmung“. Ursprünglich ein Begriff aus der Ästhetik des 18. und 19. Jh., wonach sich ein Kopist dem Original wie ein Sklave unterwerfe und daher unfrei sei,⁴⁶ wurde im UWG mit der sklavischen Nachahmung der Ausnutzungsgedanke moralisch aufgeladen: Die Preisunterbietung und Marktverdrängung durch sklavische Nachahmung wurden gerade deswegen als unlauter angesehen, weil durch die exakte (und daher unfreie) Nachbildung eigene Anstrengungen unterblieben. Bei dieser Aufladung half die Metapher des „Pflügen mit fremdem Kalbe“⁴⁷ und ersetzte ein Sachargument.

Schon früh wurde in der Literatur aber mit Verwunderung festgestellt, dass ein Gedanke aus der vergleichenden Werbung in den Nachahmungsschutz übertragen wurde.⁴⁸ Rechtsanwalt *Nerreter* schrieb 1957 dazu:

44 OLG Dresden MuW XXIV (1924/1925), 45 (46); zur Einordnung: *Nerreter*, Schutz (Fn. 17), 409.

45 OLG Dresden MuW XXIV (1924/1925), 45 (46). Das OLG beschreibt auch, wie die Separatoren als „Original“ und „wie seither in bekannter Güte“ angeboten wurden, obwohl die Beklagte erst kürzlich tätig geworden war. Außerdem war die äußere Gestaltung der nachgeahmten Separatoren – inklusive der abweichenden Kennzeichnung – sehr ähnlich zu den Originalen. Heute würde man diese Aspekte als vermeidbare Herkunftstäuschungen bezeichnen (§ 4 Nr. 3 lit. a UWG), die man von der Rufausnutzung (§ 4 Nr. 3 lit. b Alt. 1 UWG) abschichtet. Fälle der „reinen“ Rufausnutzung sind selten, näher *C. Rohnke*, Der eigenständige Anwendungsbereich des § 4 Nr. 9 lit. b UWG, in: W. Büscher u.a. (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm, Bd. 2, München 2014, S. 443 (447 ff.).

46 *J. Blunk*, Sklavische Nachahmung versus Besessenheit, kritische berichte 47 (2019), 14 ff.

47 *Nerreter*, Schutz (Fn. 17), 409; *Gastiger*, Ausnutzung (Fn. 17), 179; *Rahn*, Anmerkung (Fn. 17), 528; *Tilmann*, UWG (Fn. 17), 797; *Lehmann*, Ausnutzung (Fn. 17), 9; *Mettang*, Rufausnutzung (Fn. 17), 150 Fn. 8; vgl. *Schroeter*, Sittenwidrigkeit (Fn. 18), 234 f.

48 *J. Seligsohn*, Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt?, GRUR 1926, 240 (242 Fn. 9); *Nerreter*, Schutz (Fn. 17), 409; *Rahn*, Anmerkung (Fn. 17), 528.

„Bezeichnenderweise fehlt bis zu diesem Zeitpunkt auch jegliche einschlägige Literatur. Insoweit konnte das Alfa-Separatoren-Urteil lediglich Lobe anführen, der es als unlauter bezeichnet, beim Wettbewerb ‚mit fremdem Kalbe zu pflügen‘. Aber dieses Wort Lobes steht wie der Titel seiner Abhandlung erkennen läßt – in einem gänzlich anderen Zusammenhang, stellt auch dort nur eine Randbemerkung dar und ist zudem so allgemein gehalten, daß es nicht angängig erscheint, es als Kundgebung einer bestimmten Lehrmeinung zu bewerten.“⁴⁹

Nerreter ist auch einer der ersten, der dem „Pflügen mit fremdem Kalbe“ eine biblische Fundstelle hinzufügt: Ri 14,18.⁵⁰

3. Kritik: moralisierende Leerformel

Schon damals war Kritik an der Rufausnutzung als „Pflügen mit fremdem Kalbe“ nicht neu: Seit den 1920er Jahren wurde die Metapher als zu unbestimmt und unwissenschaftlich kritisiert.⁵¹ *Callmann* wies 1932 darauf hin, dass solche Begriffe eine rechtliche Beurteilung in vorverurteilender Weise vorwegnehmen und Fortschritt ohne Ausnutzung fremder Arbeit nicht möglich sei.⁵²

49 *Nerreter*, Schutz (Fn. 17), 409.

50 *Nerreter*, Schutz (Fn. 17), 409 Fn. 6.

51 *R. Callmann*, Der lautere Wettbewerb, 2. Aufl., Mannheim 1932, § 1 Rn. 47; *Callmann*, Ausbeutung (Fn. 18), 251 f.; zust. v. *Gamm*, Nachahmung (Fn. 18), 453; in diese Richtung bereits *G. Benjamin*, Schutz vor dem Erfinder, GRUR 1925, III (112) (ausdrücklich auf *Lobe* Bezug nehmend); *Seligsohn*, Nachbildung (Fn. 48), 242 f.

52 *Callmann*, Wettbewerb (Fn. 51), § 1 Rn. 47. Seine Kommentierung des UWG war ein Standardwerk und wurde wegen ihrer Systematisierung in Fallgruppen breit rezipiert, bevor *Callmann* wegen seiner Verfolgung als Jude 1936 in die USA emigrierte. In den USA machte er sich ebenfalls um das Lauterkeitsrecht verdient. Insbesondere war er bemüht, das umstrittene *International News*-Urteil des Supreme Courts gegen die traditionelle amerikanische Ansicht – nur deliktsrechtlicher *passing off*-Schutz gegen Verwechslungsgefahr – zu verteidigen und den deutschen Ansatz der Rufausnutzung (von ihm genannt „ungerechtfertigte Bereicherung“) in das amerikanische Recht einzuführen. Sein wichtigster Aufsatz, *He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition*, 55 Harv. L. Rev. 595 ff. (1942) entwickelt dies. Zur Biografie und Rezeption: *S. Apel*, *Rudolf Callmann (1892–1976)*, in: *S. Apel u.a.* (Hrsg.), *Handbuch* (Fn. 35), S. 57, 58 f.; *C. Wadlow*, *Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition*, ZGE 3 (2011), 47 ff.; zur zeitgenössischen Rezeption: *Schroeter*, *Sittenwidrigkeit* (Fn. 18), 234 f.

Dieser zeitlose Gedanke, dass wir auf den Schultern von Riesen stehen,⁵³ fand in den Rechtsgebieten unterschiedliche Ausprägungen: im Urheberrecht z.B. die Idee/Ausdruck-Dichotomie. Hier im UWG wurde er zum „Grundsatz der Nachahmungsfreiheit“. Mittlerweile ist er in der Literatur und der Rechtsprechung breit anerkannt,⁵⁴ auch wenn es Ausreißer geben mag. Insbesondere *Ohly* hat zur Konturierung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit beigetragen – und dabei das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ immer wieder aufgegriffen und als Leerformel kritisiert.⁵⁵ Mehr noch: *Pielmeier*, sein Schüler, fordert, die Rufausnutzung ganz abzuschaffen.⁵⁶

In der Tat ist die Rufausnutzung im UWG-Nachahmungsschutz vielfacher Kritik ausgesetzt: Erstens werde unklar geprüft und vorschnell bejaht – das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ stehe dabei stellvertretend für eine subjektiv gefärbte Gefühlsjurisprudenz.⁵⁷ Zweitens fehlten die ökonomischen Begründungen: Weder eine immaterialgüterrechtliche Güterzuweisungslogik verfange, da das *free riding* des Imitationswettbewerbs den Vorteil sinkender Preise habe.⁵⁸ Noch ließe sich mit dem informationsökonomischen Suchkostenmodell ein Aneignungsschutz dergestalt begründen, dass ein Anreiz zur Investition in den Ruf gesetzt werden müsse.⁵⁹ Drittens ließen sich auch keine moralischen Argumente finden.⁶⁰

III. Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ in Ri 14,18

Die Metapher führte also ein seltsames Eigenleben: Zunächst wurde mit ihr die Fallgruppe der Rufausnutzung begründet, und nun wird sie gera-

53 Vgl. *R. Merton*, *On the Shoulders of Giants*, New York 1965, S. 31; s. auch *Ohly*, Leistungsschutzrecht (Fn. 17), 48 Fn. 86.

54 BGH GRUR 2017, 79 Rn. 77 – Segmentstruktur; GRUR 2022, 160 Rn. 65 – Flying V (hier als ständige Rechtsprechung bezeichnet); Überblick *Ohly* (Fn. 17), § 4 Rn. 3/2.

55 *Ohly* (Fn. 17), § 4 Rn. 3/65; *Ohly*, Hartplatzhelden.de (Fn. 17), 488 ff. (zum unmittelbaren Leistungsschutz); *Ohly*, Urheberrecht (Fn. 17), 697 f. (zum Verhältnis von Urheberrecht und UWG); *Ohly*, Anmerkung Segmentstruktur (Fn. 18), 91 (zur Behinderung); vgl. auch *Ohly*, Free riding (Fn. 23), S. 155 f. (Rufausnutzung im Markenrecht). In diese Richtung bereits *Rößler*, Unlauterkeitsgehalt (Fn. 17), 550; *Schmidt*, Rufausbeutung (Fn. 17), 56 f.

56 *Pielmeier*, Urheberrecht (Fn. 17), S. 209 ff. (sogar noch weitergehend mit der Forderung, § 4 Nr. 3 UWG insgesamt abzuschaffen).

57 Vgl. *Pielmeier*, Urheberrecht (Fn. 17), S. 214 f.

58 *Pielmeier*, Urheberrecht (Fn. 17), S. 215 f.

59 *Dornis* (Fn. 21), § 4 Rn. 61, 220.

60 Vgl. *Ohly*, Free riding (Fn. 23), S. 155.

de wegen ihr abgewertet. Auffällig in diesem Zusammenhang ist, wie die Literatur immer wieder auf die biblische Fundstelle Ri 14,18 verweist.⁶¹ Es fragt sich daher: Folgt aus der alttestamentarischen Fundierung doch ein moralischer Gehalt? Oder liegt darin statt einer religiösen Legitimierung eine rechtliche Delegitimierung,⁶² weil es geradezu absurd ist, im Wirtschaftsrecht auf das Alte Testament zu verweisen? Und überhaupt: Warum sollte man mit einem „Kalbe“ pflügen (statt mit einem Ochsen oder einer Kuh)?⁶³ Intuitiv ergibt die Metapher wenig Sinn, denn ein einzelnes Jungtier ist regelmäßig nicht stark genug, einen Pflug zu bewegen.⁶⁴ Schon im berühmten Wanders Sprichwörter-Lexikon, dessen Wissensstand des 19. Jahrhunderts man auch dem bildungsbürgerlichen *Lobe* unterstellen kann, gibt sich der Autor perplex:

„Ein näheres Verständniss [sic] gewährt die Lesung der Geschichte Simson's (Richter 14,18), obgleich mir nicht völlig klar ist, wie man mit einem Kalbe pflügen kann, was nirgends geschieht.“⁶⁵

Daher ist auszulegen, was „Pflügen mit fremdem Kalbe“ in Ri 14,18 meint. Nach dem Kontext (1.), dem Wortlaut (2.) und der gängigen Bibelexegese (3.) hat die Metapher aus der Passage von Simsons Rätsel aus dem Buch Richter nichts mit dem Ausnutzen eines guten Rufes oder Leistungsergebnisses zu tun: Im Gegenteil ist sie moralisch ambivalent und sexuell an-

61 *Nerretter*, Schutz (Fn. 17), 409; *Gastiger*, Ausnutzung (Fn. 17), 179; *Rahn*, Anmerkung (Fn. 17), 528; *Ohly*, Hartplatzhelden.de (Fn. 17), 488; *Ohly*, Imitation (Fn. 17), 507 f.; *Peukert*, hartplatzhelden.de (Fn. 18), 317 (fügt sogar ein weiteres Bibelzitat hinzu: „Wer hat, dem wird gegeben“, Mt 25,29); *Pielmeier*, Urheberrecht (Fn. 17), S. 1 Fn. 3, 24 Fn. 92. S. auch *Goldbaum*, Formalismus (Fn. 18), 781 (Verbot, mit fremdem Kalbe zu pflügen, als erstes von neun lauterkeitsrechtlichen „Geboten“); *Rößler*, Unlauterkeitsgehalt (Fn. 17), 551 („alttestamentarische[s] Bild“).

62 Vgl. schon *Schmitt*, Theologie (Fn. 12), S. 45 („Im positivistischen Zeitalter macht man seinem wissenschaftlichen Gegner gern den Vorwurf, daß er Theologie oder Metaphysik treibe.“).

63 Vgl. bereits „mit fremden Pferden pflügen“ bei *M. Leo*, Ein Prozess der Kodak-Gesellschaft, MuW V (1905/1906), 73 (74) (Eintragung von „Kodak“ als Spekulationsmarke, heute § 8 Abs. 2 Nr. 14 MarkenG).

64 Außerdem hinkt der Vergleich mit einem (unerfahrenen) Jungtier bezogen auf die Rufausnutzung, die eine gewisse Bekanntheit bzw. Investition in den Ruf voraussetzt.

65 „Kalb“, in: *Wander* (Hrsg.): Deutsches Sprichwörter-Lexikon, Bd. 2, Leipzig 1870, Rn. 160/1107. Nach *B. Lang*, Simson und die Philister, in: *R. Bunia u.a.* (Hrsg.), *Philister*, Berlin 2011, S. 159 seien heutige Leser mit dieser Geschichte nicht mehr vertraut.

spielungsreich und – wenn überhaupt – sollte die Passage im Sinne von Wettbewerbsfreiheit interpretiert werden (4.).

1. Kontext: Simsons Rätsel und seine Lösung

Das Buch Richter (Ri) aus dem Alten Testament⁶⁶ hat wenig mit Rechtsprechung zu tun: Richter (רִשְׁפָּטִים, hebr. *šōfəṭīm*) in diesem Sinne sind mehr oder weniger heldenhafte Führungsgestalten des Volkes Israel in der Zeit vor der Monarchie,⁶⁷ die durch Konflikte mit den Philistern geprägt ist.⁶⁸

Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ entstammt der Geschichte des Richters Simson (שִׁמְשׁוֹן, hebr. *šimšôn*, engl. häufig auch Samson), genauer dem Rätsel, das er seinen Hochzeitsgästen stellt. Simson löst seine Konflikte mit roher Gewalt dank übernatürlicher Stärke – er tötet z.B. einen Löwen mit bloßen Händen (Ri 14,6). Auch sonst ist er impulsiv und isst z.B. den Honig, den ein Bienenvolk im Löwenkadaver angelegt hat (Ri 14,8–9), obwohl ihm der Kontakt mit toten Tieren verboten war (vgl. Ri 13,5; 13,14). Als muskelbepackter „Action Hero“ ist er der Frauenwelt nicht abgeneigt⁶⁹ und gedenkt, eine Philisterin zu heiraten (Ri 14,1–2).

Er stellt den philistäischen Hochzeitsgästen ein Rätsel; der Einsatz sind dreißig Festtagsgewänder (Ri 14,12). Das Rätsel lautet: „Speise ging aus vom Fresser und Süßigkeit vom Starken“ (Ri 14,14). Die Hochzeitsgäste können das Rätsel trotz mehrtägiger⁷⁰ Anstrengungen nicht lösen (Ri 14,14). Sie wirken daher auf Simsons Braut ein und bedrohen sie mit dem Tod (Ri 14,15). Sie erfragt die Lösung von Simson unter Weinen und Zetern und gibt sie an die Hochzeitsgäste weiter (Ri 14,16–17). Die Hochzeitsgäste offenbaren Simson die Lösung als Frage: „Was ist süßer als Honig? Was ist

66 Im christlichen Alten Testament wird das Buch Richter zu den Geschichtsbüchern gezählt; in der jüdischen Tradition (Tanach) zu den sog. vorderen Propheten.

67 Das Buch Richter ist ein Kreislauf: Die Israeliten wenden sich von G'tt ab – G'tt liefert sie der Unterdrückung durch ein anderes Volk aus – die Israeliten wenden sich an G'tt – G'tt lässt charismatische Führungsgestalten entstehen, die Israel nach innen und außen stabilisieren. Dann beginnt der Kreislauf wieder von vorn, wobei im Verlauf die Richter ambivalenter werden. Simson ist der letzte dieser Richter. Deborah ist die einzige Richterin; sie ist auch als einzige ausdrücklich im engeren Sinne rechtsprechend tätig (Ri 4,4–5).

68 G. F. Moore, *A Critical and Exegetical Commentary on Judges*, 5. Aufl., Edinburgh 1918, xi f.

69 S. Niditch, *Judges*, Louisville 2008, S. 154 („womanizing“).

70 Die Zeitangaben sind verwirrend in der Geschichte, s. W. Groß, in: Herders Theologischer Kommentar zum Alten Testament (HThK AT), Bd. Richter, Freiburg 2009, S. 698 f.

stärker als der Löwe?“ (Ri 14,18). Die Lösung ist also: Fresser = Starker = Löwe und Fraß (Speise) = Süßes (Süßigkeit)= Honig. Simson entgegnet:

לִילָא הַרְשָׁתָם בְּעֵגְלָתִי לֹא מִצְאָתָם הַיְדָתִי
lûle' haraštæm bə'æglâtî lo' məṣā'tæm hîdātî

2. Textueller Befund: Färse statt Kalb

Die Lutherbibel übersetzt diesen Satz: „Wenn ihr nicht mit meinem Kalb gepflegt hättet, so hättet ihr mein Rätsel nicht getroffen.“ Die Einheitsübersetzung entscheidet sich dagegen für „Kuh“. Beides ist nicht wortlautgetreu: עֵגְלָתִי (hebr. 'æglâtî, Zusammensetzung aus Pronominalsuffix und Substantiv) bedeutet „mein weibliches Kalb“. Noch genauer bedeutet עֵגְלָה (hebr. 'æglā): junge Kuh, die noch nicht gekalbt hat, mithin eine sog. Färse, engl. heifer.⁷¹ Das Pflügen mit fremdem „Kalbe“ ist durchaus die richtige Übersetzung, wie etwa das Grimm'sche Wörterbuch zeigt. Danach ist „Kalbe“ gerade kein männliches Kalb, sondern ein „weibliches kalb das über ein jahr ist und noch nicht gekalbt hat, also in der mitte zwischen kalb und kuh [sic]“.⁷²

3. Interpretation: Frau statt Kalb

Was hat es also auf sich mit dem Kalb, das noch nicht gekalbt hat? Es besteht weitgehend Einigkeit bei christlichen⁷³ und jüdischen⁷⁴ Kommenta-

71 Vgl. H. Ringgren, in: J. Botterweck u.a. (Hrsg.), Theologisches Wörterbuch zum Alten Testament, Bd. V, Stuttgart 1986, Stichwort עֵגְלָה/עֵגֶל, Rn. I.2; L. Koehler/W. Baumgartner, The Hebrew and Aramaic Lexicon of the Old Testament, Bd. 1, Leiden 2001, Stichwort עֵגְלָה. Zur Abgrenzung s. etwa die rote Kuh (פָּרָה אֲדֻמָּה), hebr. pārah 'adummāh) in Num 19,2 und das Kalb (עֵגֶל), hebr. 'egæl) in Ex 32,1–29: Die rote Kuh, auf der noch nie ein Joch lag und die zu rituellen Reinigungszwecken dient, ist keine Färse, obwohl die Übersetzung bisweilen so lautet (engl. red heifer, z.B. in King James); das goldene Kalb ist männlich.

72 „kalbe“, in: Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Erstbearbeitung (1854–1961), digitalisierte Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, <<https://www.dwds.de/wb/dwb/kalbe>>, zuletzt abgerufen am 9.11.2025. Das Grimm'sche Wörterbuch verwendet eine durchgängige Kleinschreibung, um eine Rechtschreibreform anzuregen.

73 Groß, HThK AT (Fn. 70), S. 700; B. Webb, The Book of Judges, Grand Rapids 2012, S. 374; J. Crenshaw, Samson, Atlanta 1978, S. 119.

74 Rashi, Ri 14,18, s.v. הרשתם בעגלתי. Die Gleichsetzung von weiblichem Kalb und Frau findet sich schon im Targum Jonathan (= aramäische Übersetzung von Propheten in

toren, dass das weibliche Kalb hier eine junge Frau bezeichnet. Eine solche Gleichsetzung taucht an verschiedenen Stellen auf:⁷⁵ zum Beispiel eine von Davids Ehefrauen (2 Sam 3,5; 1 Chr 3,3).⁷⁶ Die Bedeutung ist also: Hättet ihr nicht auf meine Braut eingewirkt, hättet ihr das Rätsel nicht gelöst.

Das Delikate dabei: Die Einwirkung, so vermutet Simson, war sexuell.⁷⁷ Simsons Braut trägt also nicht nur das metaphorische Joch, dass sie den Widersachern ihres zukünftigen Ehemannes gedient, also mit diesen zusammengewirkt hat. Vielmehr ist die Penetration der Ackerfurche auch eine sexuelle Anspielung, die in der Antike weit verbreitet war und sich sogar bis in die babylonische Keilschrift zurückverfolgen lässt.⁷⁸ Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ ist also ein vielschichtiger Kommentar Simsons, mit dem er eingesteht, die Rätselwette verloren zu haben, aber gleichzeitig den Hochzeitsshelfern subtil Unredlichkeit unterstellt, ohne sie direkt des Betrugs oder des Ehebruchs zu bezichtigen.

der jüdischen Diaspora in Babylonien), übersetzt aus dem Aramäischen als „cross-examining Samson's wife“ von *W. Smelik*, *The Targum of Judges*, Leiden 1995, S. 574 und in der Nacherzählung des antiken Historikers *F. Josephus*, *The Antiquities of the Jews*, Bd. V, Kap. 8.6 (= Kap. 294), übersetzt aus dem Griechischen als „[Nothing is] more deceitful than a woman“ von *H. St. J. Thackeray/R. Marcus*, *Josephus*, London 1950, S. 133. S. auch *J. Sasson*, *Samson as Riddle*, in: P. Machinist u.a. (Hrsg.), *Ve-'Ed Ya'aleh* (Gen 2:6), Bd. 1, Atlanta 2021, S. 579 (584); *Y. Zakovitch*, *היי שמשון*, Jerusalem 1982, S. 117; a.A. *A. Yadin*, *Samson's ḥîdâ*, VT 52 (2002), 407 (422 Fn. 59) (mit Verweis auf griechische Fabeln, in denen Bauern beim Pflügen Wertvolles im Boden finden).

75 *Ringgren*, עֲגָלָה/עֲגָלָה (Fn. 71), Rn. III.2; *Koehler/Baumgartner*, עֲגָלָה (Fn. 71).

76 *Ringgren*, עֲגָלָה/עֲגָלָה (Fn. 71), Rn. IV; s. auch bSanhedrin 21a,14 (= Talmud Bavli). Auch im Midrasch (Pesikta Rabbati 14:1) findet sich eine einzelne personifizierte Kuh, die pflügt.

77 *Ralbag* (Akronym für Rabbi *Levi Ben Gershon*), Ri 14,18, s.v. *הרשתם בעגלה*; *Groß*, HThK AT (Fn. 70), S. 700; *Webb*, *Judges* (Fn. 73), S. 374; *Crenshaw*, *Samson* (Fn. 73), S. 119; *Niditch*, *Judges* (Fn. 69), S. 158; *C. Camp/C. Fontaine*, *The Words of the Wise and their Riddles*, in: S. Niditch (Hrsg.), *Text and Tradition*, Atlanta 1990, S. 127 (147). Zweifeln *Smelik*, *Targum* (Fn. 74), S. 574; s. aber mit sexueller Konnotation *Y. Komlós*, *התרגום באור המקרא*, Tel Aviv 1973, S. 296 f.; *S. Paul*, „Plowing with a Heifer“ in *Judges 14:18. Tracing a Sexual Euphemism*, in: S. Dolansky (Hrsg.), *Essays on Ancient Israel, the Bible, and Religion in Honor of R. E. Friedman*, Winona Lake 2006, S. 163 (167); *Zakovitch*, *היי שמשון* (Fn. 74), S. 117, jeweils m.w.N.

78 *Paul*, *Plowing* (Fn. 77), S. 163 ff. m.w.N.; *Ringgren*, עֲגָלָה/עֲגָלָה (Fn. 71), Rn. II.1; *Crenshaw*, *Samson* (Fn. 73), S. 119.

4. Moral: Wettbewerbsfreiheit statt Ausnutzung?

Hat vor diesem Hintergrund das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ etwas mit vergleichender Werbung zu tun? Im weitesten Sinne ja, weil es, wie *Lobe* schrieb, um die „Richtigkeit und Wahrheit des Vergleichs“⁷⁹ geht – die Philister wirken auf die „Richtigkeit und Wahrheit“ des Rätsellösungsvorgangs ein, indem sie Simsons Braut eingesetzt haben.

Auf den Nachahmungsschutz passt das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ dagegen weniger: In der Metapher ist klar, wer das Kalbe ist und wem es „zugeordnet“ ist; beim UWG-Nachahmungsschutz soll erst begründet werden, dass ein Leistungsergebnis zugeordnet wird. Das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ bedeutet selbst bei „volkstümlicher“ Auslegung nicht so etwas wie „das Fahren in jemandes Kielwasser“, d.h. jemanden nachzuahmen und sich dadurch eigene Arbeit zu ersparen, sondern wie sogar ein zeitgenössisches Wörterbuch richtig bestimmte, die „Lösung einer Aufgabe mit fremder Hilfe“.⁸⁰ Die Philister wollten gerade kunstvoll mit ihrer als Gegenfrage formulierten Antwort verhüllen, dass sie sich fremder Hilfe bedient haben.⁸¹

Auch im weiteren Kontext des Simson-Rätsels sucht man vergeblich nach einer moralischen Grundlage für eine Zuweisung eines Leistungsergebnisses. Simson ist kein ausgebeuteter Leistungsträger. Denn er stellt ein unlösbares Rätsel.⁸² Des Rätsels Lösung ist eine (rätselhafte) Episode aus

79 Oben Text und Fn. 37.

80 „mit fremdem Kalbe pflügen“, in: *G. Büchmann/W. Robert-Tornow*, Geflügelte Worte, 19. Aufl., Berlin 1898, S. 21 f.; im Ergebnis auch „Kalb“, in: *Wander* (Hrsg.): Sprichwörter-Lexikon (Fn. 65), Rn. 160/1107.

81 *Groß*, HThK AT (Fn. 70), S. 699.

82 *Moore*, Commentary (Fn. 68), S. 335 (“a very bad riddle”); *Groß*, HThK AT (Fn. 70), S. 698; *Lang*, Simson (Fn. 65), S. 169 f. Die Unlösbarkeit des Rätsels hat auch die Exegeten beschäftigt. So gibt es Interpretationen als lösbares Wortspiel (*H. Bauer*, Zu Simsons Rätsel in Richter Kapitel 14, ZDMG 66 (1912), 473 f.; *J. R. Porter*, Samson’s Riddle: Judges XIV. 14, 18, JTS 12 (1962), 106 (107 ff.)), bewusst unlösbares „Halslöserätsel“ (*H. Gunkel*, Simson, in: *H. Gunkel*, Reden und Aufsätze, Göttingen 1913, S. 38 (53); *Crenshaw*, Samson (Fn. 73), S. 113 f.), poetischen Wettstreit nach griechischem Vorbild (*Yadin*, *hîdâ* (Fn. 74), 421 ff.) oder sexuell anzügliche Bemerkung (*O. Eissfeldt*, Die Rätsel in Jdc 14, ZAW 30 (1910), 132 (134 f.); *Crenshaw*, Samson (Fn. 73), S. 115). Wie dem auch sei: Trotz der verschiedenen Bedeutungsschichten (*Groß*, HThK AT (Fn. 70), S. 697; *Camp/Fontaine*, Words (Fn. 77), S. 148; vgl. *J. Schipper*, Narrative Obscurity of Samson’s *הידא* in Judges 14.14 and 18, JSOT 27:3 (2003), 339 (447) (“surrounding narrative obscures the riddle”)) wird man konstatieren können, dass jedenfalls die Hochzeitsgäste von der Unlösbarkeit des Rätsels ausgehen.

seinem eigenen Leben, für die es keine Zeugen gibt: dass er einen Löwen tötete und von dem Honig aß, der im Körper des toten Tieres entstand infolge einer Besiedelung durch einen Bienenschwarm. Ein unlösbares Rätsel zu stellen, ist aber unfair – Simson will sich an den Hochzeitsgästen bereichern.⁸³ Die Hochzeitsgäste reagieren also auf eine unfaire Aufgabe mit einer unfairen Lösung:⁸⁴ Die Hochzeitsgäste erreichen die Kooperation von Simsons Braut durch Morddrohungen.⁸⁵ Simson reagiert wiederum auf die unfaire Lösung mit einer unfairen Auskehrung der Wette: Er tötet unbeteiligte⁸⁶ Philister in einer anderen Stadt und raubt ihnen die Prachtgewänder, um seine Wette zu begleichen (Ri 14,19). Simsons Braut begeht Geheimnisverrat, wird aber von den Hochzeitsgästen nur als Werkzeug eingesetzt (wie auch das Kalb nur ein Werkzeug zum Pflügen ist). Sie wird an einen anderen verheiratet (Ri 14,20). Der neue Bräutigam vollendet den im sexuell konnotierten „Pflügen mit fremdem Kalbe“ angedeuteten Ehebruch – Simsons Braut dient wiederum nur als Werkzeug.

Wie so häufig im Alten Testament gibt es in dieser Geschichte kein klares Gut und Böse: Der Held ist fehlbar und wie seine Gegner auf Eigennutz bedacht. Keiner der Beteiligten kommt schmeichelhaft weg beim „Pflügen mit fremdem Kalbe“. Mit der Ausnutzung fremder Arbeitsergebnisse als Grundlage für Nachahmungsschutz hat diese Geschichte nichts zu tun. Das unfaire Rätsel ist keine „Leistung“ und die unfaire Lösung ist keine „Ausbeutung“.

Die Pointe des alttestamentarischen „Pflügen mit fremdem Kalbe“ liegt gerade in der Hilfe eines Dritten. Nur sofern man auf das Erschleichen und den Vertrauensbruch abstellt, kann man eine Parallele zum Nachahmungsschutz finden – das ist allerdings nicht § 4 Nr. 3 lit. b UWG, mit dem das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ bisher in Verbindung gebracht wird, sondern § 4 Nr. 3 lit. c UWG: die unredliche Erlangung der für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse und Unterlagen.⁸⁷ Es gibt aber auch Lesarten der Simson-Geschichte, die keine Betonung auf das Erschleichen und den Vertrauensbruch legen, weil sie Simson als bewussten Provokateur sehen,

83 Gunkel, Simson (Fn. 82), S. 47; Groß, HThK AT (Fn. 70), S. 698.

84 Zakovitch, חיי שמשון (Fn. 74), S. 117.

85 Insofern erinnert diese Drei-Personen-Konstellatation an eine mittelbare Täterschaft qua Nötigungsherrschaft.

86 Groß, HThK AT (Fn. 70), S. 700.

87 § 4 Nr. 3 lit. c UWG wird nach Inkrafttreten des GeschGehG als überflüssig angesehen: A. Ohly, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441 (447 f.); Pielmeier, Urheberrecht (Fn. 17), S. 220.

der die unfaire Rätsellösung antizipiert, um zum Gegenschlag ausholen zu können.⁸⁸ Statt impulsgesteuerter Brutalo ist Simson in dieser Interpretation gewiefter Stratege.

Die eigentliche Moral der Geschichte könnte man indes in einem anderen Aspekt erblicken: dass alle quitt sind.⁸⁹ Obwohl alle Beteiligten von der Amoralität ihrer Handlungen wissen, halten sie die Wette ein: Weder die Hochzeitsgäste noch die Braut werden beschuldigt, Simson kehrt den Wett-einsatz aus und Aggressionen unterbleiben.⁹⁰ Will man den Text vor dem Hintergrund des Lauterkeitsrechts lesen, dann läge der Schlüssel in diesem Quitt-Sein. Dass alle ihre „Pflichten“ erfüllen, obwohl unfair gespielt wird, ist ein Zeichen, dass der Markt funktioniert und nicht eingegriffen wird – in der Tat handelt Simson sogar mit Billigung von G'tt (Ri 14,19). Dass „mit fremdem Kalbe gepflügt“ wurde, hat zwar die Wette verfälscht, ist aber kein Grund für einen regulierenden Eingriff. Dann bedeutet das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ das Gegenteil des bisher Angenommenen: Statt Beleg für die Unlauterkeit der „Ausbeutung“ steht es für Wettbewerbsfreiheit.

Das ironische Ergebnis: Die Vertreter, die die Rufausnutzung im aktuellen UWG kritisieren und als „Beweis“ das vermeintlich inhaltsleere „Pflügen mit fremdem Kalbe“ zitieren, könnten für eine Delegitimierung der Fallgruppe die Metapher selbst verwenden, anstatt die Metapher zu delegitimieren.

IV. Zur Rolle von Metaphern im Lauterkeitsrecht

Was folgt aus alledem? Keinesfalls folgt, dass das UWG „rechtstheologisch“ auszulegen sei.⁹¹ Mithilfe des „Pflügens mit fremdem Kalbe“ sollte weder die problematische Fallgruppe der Rufausnutzung begründet noch abgelehnt werden. Vielleicht kann die Geschichte des „Pflügens mit fremdem

88 *Sasson*, Samson (Fn. 74), S. 590. Simson selbst verrät Geheimnisse in anderen Zusammenhängen, s. *Crenshaw*, Samson (Fn. 73), S. 129 ff.

89 Vgl. *Groß*, HThK AT (Fn. 70), S. 700 f.; *M. Broida*, Closure in Samson, JHS 10 (2010), Article 2, 1 (18).

90 Die Lage eskaliert erst in Ri 15, als Simson von der Verheiratung seiner Braut erfährt. Die von Simson zur Begleichung der Wette getöteten Philister spielen für die weitere Handlung keine Rolle; dies zeigt nur, wie roh und ungehemmt Simson handelt, vgl. *Groß*, HThK AT (Fn. 70), S. 700 f.; *Webb*, Judges (Fn. 73), S. 374; *Niditch*, Judges (Fn. 69), S. 168 („antisocial“).

91 Eine 1-zu-1 Übertragung ins Recht wäre auch nicht methodisch sinnvoll, vgl. *M. Grünberger*, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 219 (2019), 924 (929).

Kalbe“ aber als „cautionary tale“ dienen, dass der Verweis gerade auf biblische Geschichten die Gefahr birgt, sich zu viele Komplexitäten einzuhandeln. Jedenfalls sollte das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ nicht unkritisch zitiert und *Lobe* ein alttestamentarischer Bezug untergeschoben werden, den er so nicht treffen wollte. *Lobe* äußerte eine volkstümliche Bemerkung zur vergleichenden Werbung, kein breites Statement zum Nachahmungsschutz, das später daraus gemacht wurde. Gleichwohl war auch bei *Lobe* das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ nicht nur eine Randbemerkung, sondern die Verschlagwortung eines bei ihm zentralen Gedankens der Rufausnutzung. Was man aus der historischen Rekonstruktion mitnehmen kann: Ist die Rufausnutzung ein übergreifendes Konzept? Diese Perspektive ist durch die zunehmende Ausdifferenzierung und europäische Überformung des Lauterkeitsrechts heute verloren gegangen. Oder handelt es sich tatsächlich um *metábasis eis állo génos* (Begriffsverwechslung aufgrund eines Sprunges von einem Gebiet auf ein sachlich nicht dazugehörendes)?

Gleichwohl sollte bildliche Sprache, speziell im Lauterkeitsrecht, nicht aus einer Scheinobjektivität heraus verbannt werden.⁹² Erstens kann man zwar Rechtsmetaphern kritisieren, weil sie subjektiv gefärbte und unklare Elemente enthalten.⁹³ Zweitens verleiten sie auch zu einem Formalismus, in der Folgerichtigkeit eines sprachlichen Bildes zu denken, statt mit juristischen Methoden zu arbeiten.⁹⁴ Beides trifft auf das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ zu. Die emotionalisierende und vorverurteilende Zuschreibung als Ausbeutung fremder Leistungen fällt in die erste Kritik; aber auch das hier vorgenommene konsequente Zuendedenken der Metapher wäre nur ein formales Verhaften im Bild im Sinne der zweiten Kritik statt einer überzeugenden lauterkeitsrechtlichen Lösung. Es darf aber nicht vergessen werden: Historisch gesehen lebte die Entwicklung des Lauterkeitsrechts von Metaphern. Ohne lebendige Metaphern wie die Schrittmacherfunktion⁹⁵ oder die Verwässerung,⁹⁶ für die die damalige Generalklausel aufnahmefä-

92 Zu bildlichen Bildern statt sprachlichen Bildern im Recht: *D. Liebenau*, Bilderjurisprudenz, *ZfPW* 2024, 358 ff.

93 Aber mit dem Hinweis auf das wissenschaftstheoretische Vorverständnis: *L. Münkler*, Metaphern im Recht, *Der Staat* 55 (2016), 181 (205 ff.).

94 *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 13. Aufl. 2024, 65 ff.

95 *E. Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin u.a. 1980, § 7 I 5 (S. 40); *A. Ohly*, Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, in: *A. Ohly* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Schrickler*, München 2005, S. 105 (III).

96 Insofern sogar ein Exportschlager des deutschen Rechts, s. *Sattler*, *Dilution* (Fn. 17), 305 ff.

hig war, hätte das deutsche UWG sicherlich nicht seine Bedeutung und seinen Durchsetzungsgrad erreicht. Während bei der Konkretisierung von Generalklauseln der Verweis auf moralische Normen problematisch ist⁹⁷ – es gibt in einer pluralistischen Gesellschaft kaum ethischen Konsens und ethische Normen ändern sich⁹⁸ –, wurde bisher die spezifische Rolle von Metaphern für die Dogmatisierung von Generalklauseln nicht untersucht. Dabei sind es gerade die Metaphern, die doch moralisch aufgeladen sind.

Bezeichnend ist, dass auch andere Rechtsordnungen ähnliche – bisweilen treffendere – Metaphern für den Ausnutzungsgedanken gefunden haben: So im amerikanischen Recht „reaping without sowing“⁹⁹, im französischen Recht „s’immiscer dans le sillage d’un autre“¹⁰⁰, im japanischen Recht 他人のふんどしで相撲を取る (jap. „mit dem Lendenschurz eines anderen Sumo ringen“)¹⁰¹ oder im europäischen Markenrecht das Begeben in die „Sogwirkung“ der Marke, übersetzt in andere Sprachen als „in het kielzog varen“ (nl. „Segeln im Kielwasser“) und „riding on the coat-tails“¹⁰². Kulturelle Besonderheiten fräsen sich in die Rechtsmetaphern ein: in der Parfum-Nation Frankreich die Sillage als die Geruchsspur, die ein Parfumträger hinterlässt, in der Seefahrer-Nation der Niederlande das Kielwasser und in Japan der Sumo-Kampf. Auch im deutschen Recht wurde das „Pflü-

97 So auch schon *Lobe* selbst: *Lobe*, Generalklausel (Fn. 36), 5 f.

98 A. *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Köln u.a. 1997, S. 211 f.

99 Int’l News Serv. v. Associated Press, 248 U.S. 215, 239 f. (1918); zu verschiedenen Einordnungen unter Verwendung der Metapher: quasi-eigentumsrechtlich *W. Gordon*, On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse, 78 Va. L. Rev. 149, 163 ff. (1992); als ungerechtfertigte Bereicherung *R. Callmann*, Unjust Enrichment (Rn. 52), 612 ff.; *S. Balganesch*, Hot News: The Enduring Myth of Property in News, Colum. L. Rev. 419, 439 ff. (2011); als *equity* gegen opportunistisches Verhalten *H. Smith*, Equitable Intellectual Property. What’s Wrong with Misappropriation?, in: *S. Balganesch* (Hrsg.), Intellectual Property and the Common Law, Cambridge 2014, S. 42 (46, 49 ff.).

100 *J.-M. Bruguière*, Code de la propriété intellectuelle, 24. Aufl. 2023, Einl. II.B.2.I.1., S. 16.

101 *G. Rahn*, Das Japanische am japanischen UWG, GRUR Int. 1992, 362 (364) (offenbar aber „anderer Beiklang“ als das „Pflügen mit fremdem Kalbe“).

102 Vgl. die unterschiedlichen Sprachfassungen von EuGH, Rs. C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378 Rn. 49 f. – *L’Oréal* u.a.; Rs. C-236/08, ECLI:EU:C:2010:159 Rn. 102 – *Google France* und *Google*. S. auch *J. Steinberg*, Segeln im Kielwasser des Konkurrenten, MarkenR 2009, 185. Es ist umstritten, ob die Rufausnutzung im UWG und im Markenrecht einheitlich zu verstehen ist, näher *Ohly* (Fn. 17), § 6 Rn. 19b.

gen mit fremdem Kalbe“ häufig abgewandelt als „Ernten ohne zu sähen“,¹⁰³ „Schmücken mit fremden Federn“¹⁰⁴ und „Schmarotzen“¹⁰⁵. Es scheint also: An den Grenzen des Rechts steht nicht die Moral, sondern die blumige Sprache.

-
- 103 R. Bork, Kennzeichenschutz im Wandel, GRUR 1989, 725 (734) (Vorwurf, dass der Mitbewerber „ernten wollte, wo er nicht gesät hat“); Pietzcker, Anmerkung zu BGH – Schneewalzer, GRUR 1978, 305 (307) (Ziehen von „Früchte[n] aus fremder Saat“). Ernten ohne zu sähen wird – soweit ersichtlich (vgl. aber Peukert, hartplatzhelden.de (Fn. 18), 317 Fn. 11) – nicht mit einer Bibelstelle „belegt“. Das Gleichnis von den anvertrauten Talenten (Mt 25,14–30; Lk 19,12–27), das die Wendung enthält, behandelt das treuhändische Verwalten von Geld (übertragen auch: Fähigkeiten) und die Notwendigkeit, Risiken einzugehen, um Geld/Fähigkeiten zu vermehren – wiederum nicht den Ausnutzungsgedanken.
- 104 OLG Dresden MuW XXIV (1924/1925), 45 (46); zum Kontext s. oben Text und Fn. 44 f.
- 105 S. z.B. BGHZ 28, 387 = GRUR 1959, 240 (243) – Nelkenstecklinge.

Digitale Gegenstände – Zivilrecht im digitalen Raum neu denken

Simon Püschel*

Abstract: Digitale Gegenstände (Software, Dateien, Krypto-Token, Computerspielgegenstände, Accounts usw.) sind Einheiten aus gespeicherter, computerlesbarer Information, über die digital-tatsächliche Herrschaft ausgeübt werden kann. Digital-tatsächliche Herrschaft ist die exklusive technische Zugriffs- und Gebrauchsmöglichkeit. Digitale Gegenstände sind physische Objekte, aber keine Sachen; vielmehr sind sie als strukturelle Information Sachanhaftungen der Datenträger. Insoweit werden sie über Eigentum und Besitz „mitgeschützt“. Aber Eigentum bzw. Besitz am Datenträger und technische Zugriffsmöglichkeit auf den digitalen Gegenstand (und damit das Interesse am Schutz) fallen bei Internet-Sachverhalten auseinander. Um dieses Schutzdefizit zu beheben, wird eine analoge Anwendung der §§ 858 ff. BGB auf digitale Gegenstände vorgeschlagen. Die digital-tatsächliche Herrschaft ist ein wesensgleiches Minus zum Besitz an der Sache „Datenträger“. Störung und Entziehung dieser digitalen Herrschaft sind wie Besitzstörung und -entziehung zu behandeln – mit entsprechenden Folgen im Sachenrecht (analog §§ 861, 862 BGB) und im Deliktsrecht (§ 823 Abs.1 Var. 6 BGB und § 823 Abs. 2 i.V.m. § 858 Abs.1 BGB analog). Diese Lösung sichert die Friedensordnung im digitalen Raum – systemkonform, dogmatisch tragfähig und interessengerecht.

I. Einführung

Die gesamte juristische Debatte um Objekte der digitalen Welt eint ein gemeinsamer blinder Fleck: Sie verkennt ihren Untersuchungsgegenstand. Egal ob von „virtuellen Gegenständen“ oder „Computerspielgegenständen“, von „Accounts“ oder „Krypto-Token“, von „Dateien“, „Software“ oder

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Professor Dr. *Martin Maties* an der Universität Augsburg und Mitglied der Forschungsstelle für eSport-Recht. Der hier schriftlich dargestellte Vortrag beruht auf meinem laufenden Dissertationsprojekt; Arbeitstitel: „Digitale Gegenstände“. Der Universität Augsburg danke ich für die Unterstützung des Vortrags durch das Reisestipendium für den wissenschaftlichen Nachwuchs.

„[strukturellen] Daten“ die Rede ist – es ist in Wirklichkeit ein und dasselbe Objekt gemeint: der digitale Gegenstand. Mit dieser Erkenntnis lässt sich die Zivilrechtsordnung im digitalen Raum in neuer Schärfe analysieren – und neu denken.

Zuerst ist der Begriff des digitalen Gegenstands zu bilden, also eine Definition zu entwickeln (II.). Sodann ist zu untersuchen, welche Rechtsnatur digitale Gegenstände haben (III.) und wie sie durch das Zivilrecht geschützt werden (IV.). Darauf aufbauend wird gezeigt, wie zur Schließung von Schutzlücken die Besitzschutzvorschriften, §§ 858 ff. BGB, analog anzuwenden sind (V.). An Beispielfällen werden die gefundenen Resultate veranschaulicht (VI.) bevor ein abschließendes Fazit gezogen wird (VII.).

II. Begriff des digitalen Gegenstands

Wie jede Wissenschaft darf die Rechtswissenschaft eigene Begriffe bilden.¹ Das gilt insbesondere für sogenannte „freie rechtswissenschaftliche Begriffe“, die das Recht nicht ausfüllen oder modifizieren, sondern lediglich rechtliches Wissen systematisieren, darstellen oder erkennbar machen.² Beim „digitalen Gegenstand“ handelt es sich um solch einen Begriff. Dessen Definition lautet:³

Ein **digitaler Gegenstand** ist eine abgegrenzte Einheit von nur maschinenlesbar codierter, gespeicherter Information, über die ein Mensch digital-tatsächliche Herrschaft ausüben kann. Digital-tatsächliche Herrschaft hat, wer mit technischen Hilfsmitteln auf die Einheit exklusiv zugreifen und sie gebrauchen kann und einen natürlichen Herrschaftswillen hat.

Die maschinenlesbar codierte (i.d.R. binäre) Information muss gespeichert, das heißt physisch auf einem Datenträger festgehalten und auslesbar sein

-
- 1 P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, S. 174; K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., Köln/München 2008, S. 56.
 - 2 K. Engisch, *Die Relativität der Rechtsbegriffe*, in: M. Ferid (Hrsg.), *Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958*, Berlin 1958, S. 59 (62 f.).
 - 3 Die zugrundeliegende Begriffsbildungs-Methode sowie der konkrete Entwicklungsprozess des „digitalen Gegenstands“ können leider nicht dargestellt werden. Der Verf. erneuert seine Bitte um Vertrauen und verweist auf seine mittelfristig erscheinende Dissertationsschrift (unseriös formuliert: „trust me bro“).

(i.d.R. in Form elektrisch geladener bzw. magnetisierter Speicherzellen). Die Speicherung kann zentral auf einem oder dezentral auf mehreren Datenträgern erfolgen (Blockchain, RAID-System usw.).⁴ Es handelt sich um sogenannte „strukturelle Information“.⁵ Der digitale Gegenstand existiert mithin in Raum und Zeit – er ist ein physisches Objekt.⁶

Der digitale Gegenstand ist eine abgegrenzte Einheit aus gespeicherter Information, so wie eine Sache nach § 90 BGB eine abgegrenzte Einheit aus Atomen ist. Die Einheit muss digital-tatsächlich beherrschbar sein, also physisch-real mit technischen Hilfsmitteln (nicht bloß geistig oder ideell). Die digital-tatsächliche Herrschaft ist analog zur „tatsächlichen Gewalt“ nach § 854 Abs. 1 BGB gedacht; als eine Art „digitaler Besitz“.

Die Definition sei an zwei Beispielen veranschaulicht. Erstens: ein in der *Dropbox* gespeichertes JPEG-Bild ist auf (irgend-)einem *Dropbox*-Server gespeichert und erscheint als abgegrenzte Einheit (nach innen zusammenhängend; nach außen von der allgemeinen Sphäre und von anderen Dateien unterscheidbar). Die Bilddatei ist dank Verschlüsselung und Passwort exklusiv vom „Inhaber“ der *Dropbox* digital-tatsächlich beherrschbar: Dieser kann das Bild bearbeiten, löschen, kopieren usw.

Zweitens: ein *Bitcoin* ist auf den Knoten der Blockchain gespeichert; trotz seiner dezentralen Speicherung erscheint er als eine Einheit (nicht als mehrere). Jeder Token ist auf der Blockchain einem *public key* zugewiesen (öffentlich sichtbare Zeichenfolge, die als Adresse der dahinterstehenden Person fungiert: der *Bitcoin* „gehört“ der Person hinter dem *public key*). Mit dem *public key* korrespondiert ein *private key* (geheime Zeichenfolge, die als Schlüssel fungiert). Mit dem *private key* kann der *Bitcoin* an einen anderen *public key* übertragen und somit digital-tatsächlich beherrscht werden.

4 Der Einfachheit halber ist fortan immer von „dem“ Datenträger die Rede. Im Fall der dezentralen Speicherung gilt das Gesagte gleichermaßen für alle (betroffenen) Datenträger.

5 Vgl. W. Ebeling/J. Freund/F. Schweitzer, Komplexe Strukturen, Stuttgart/Leipzig 1998, S. 54; H. Zech, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012, S. 16.

6 Nach Poppers Drei-Welten-Lehre sind digitale Gegenstände Teil von „Welt 1“; vgl. K. R. Popper, The Open Universe, Totowa: Rowman and Littlefield 1982, S. 114 ff.

III. Rechtsnatur

1. Sache gem. § 90 BGB

Der digitale Gegenstand ist keine Sache, denn dies sind nach § 90 BGB nur körperliche Gegenstände. Körperlichkeit setzt insbesondere voraus, dass der Gegenstand räumlich abgegrenzt ist.⁷ Er muss als Körper – als Materie im Raum – existieren.⁸ Nur der Datenträger (Festplatte, USB-Stick usw.) ist in diesem Sinn körperlich. Nicht dagegen die darauf gespeicherte Information: Sie *ist* keine Materie, sondern *resultiert aus* der Materie des Datenträgers. Strukturelle Information ist physikalisch eine „dritte Grundgröße“ und gerade keine Materie.⁹ Der digitale Gegenstand ist damit zwar physisch existent, aber nicht körperlich.

2. Ausweitung des § 90 BGB

Überzeugende Argumente sprechen ferner dagegen, den Sachbegriff durch Auslegung oder Rechtsfortbildung auf digitale Gegenstände auszuweiten. So implizieren bereits der Wortlaut („körperlich“) und die Motive („Inhabung“ sei „räumliche Herrschaft“¹⁰), dass die Sache einen Körper mit Masse und Volumen benötigt.

In dieselbe Richtung deutet der systematische Vergleich: Der Gesetzgeber unterscheidet vielfach zwischen Sachen und digitalen Erscheinungen (etwa § 453 Abs. 1 S. 2, § 516a Abs. 1, § 548a, § 650 Abs. 2 BGB). Neben § 303a StGB im strafrechtlichen Kontext wird dies an § 2 Abs. 3 eWpG besonders deutlich: Demnach gelten (nur) elektronische Wertpapiere als

7 J. Fritzsche, in: W. Hau/W. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 73. Aufl., München 2025, § 90 Rn. 5; B. Völmann-Stickelbrock, in: H. Prütting/G. Wegen/G. Weinreich (Hrsg.), BGB, Hürth 2024, § 90 BGB Rn. 2; K. Duden, Digitale Sachherrschaft, Tübingen 2023, S. 79.

8 J. Schmidt, in: W. Erman (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl., Köln 2023, § 90 BGB Rn. 1a; M. Becker, Absolute Herrschaftsrechte, Tübingen 2022, S. 115; H. J. Wieling, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, § 2 I 1 b.

9 N. Wiener, Cybernetics, 2. Aufl., Cambridge (Massachusetts): MIT Press 1961, S. 132; ferner C. F. v. Weizsäcker, Die Einheit der Natur, München 1971, S. 346.

10 Vgl. B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Band, Berlin 1899, S. 60, 62, 63 (Mot. III, S. 109, III, 114).

Sachen. Im Umkehrschluss sieht der Gesetzgeber digitale Erscheinungen nicht als Sachen an – und wünscht auch nicht, dies zu ändern.¹¹

Das sachenrechtliche Prinzip der Selbständigkeit stützt diesen Befund. Dieses (bisher nicht ausdrücklich benannte) Sachenrechtsprinzip besagt, dass eine Sache nur sein kann, was in seiner tatsächlichen Existenz von anderen Sachen unabhängig ist. Es folgt einerseits aus § 93 BGB; andererseits ist es denknötwendige Voraussetzung der exklusiven tatsächlichen (§ 854 Abs. 1 BGB) und rechtlichen Beherrschbarkeit (§ 903 S. 1 BGB) von Sachen. Der digitale Gegenstand ist dagegen unselbständig und hängt in seiner Existenz vom Datenträger ab: Er verschwindet, wenn man den Datenträger wegdenkt. Eine Ausweitung des Sachbegriffs würde daher mit Blick auf §§ 93, 854 ff. und 903 BGB zu Systembrüchen führen. Anders formuliert: „Es kann nicht eine Sache in der anderen enthalten sein.“¹²

3. Immaterialgut

„Immaterialgut“ bezeichnet die Objekte, an welchen das Immaterialgüterrecht nicht-rivale Nutzungen¹³ zuweist: Geisteswerke, Erfindungen usw. Es handelt sich um geistige Objekte.¹⁴ Der digitale Gegenstand ist zwar unkörperlich, aber dennoch physisch. Zwischen (geistigem) Immaterialgut und (physischem) Träger ist zu unterscheiden¹⁵ – der digitale Gegenstand ist allenfalls Träger, niemals Immaterialgut.¹⁶

11 Ebenso S. Omlor, Blockchain-Token im Zivilrecht, JURA 2023, 661 (663); D. Skauradzsum, Kryptowerte im Bürgerlichen Recht, AcP 221 (2021), 353 (362).

12 A. Kloß, Die Energien in- und außerhalb des Verkehrs und das Eigenrecht an ihnen, AcP 103 (1908), 34 (61).

13 A. Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008, S. 109 f.; vgl. M. Berberich, Virtuelles Eigentum, Tübingen 2010, S. 115 ff.

14 BGHZ 37, 1 (30); J. Kohler, Zur Konstruktion des Urheberrechts, ArchBürgR 1895, 241 ff.; H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2021, Rn. 22. „Geistig“ ist i.S.v. Poppers „Welt 3“ zu verstehen; vgl. Popper, The Open Universe (Fn. 6), S. 114 ff. Die These, Immaterialgüter seien soziale Tatsachen, widerspricht dem nicht, da Welt 3 nach Popper nur teil-autonom ist.

15 Vgl. BGH NJW 1989, 2251 (2252); 2006, 2394 Rn. 17; R. Mantz, in: T. Dreier/G. Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl., München 2022, § 44 Rn. 1; Kohler, Konstruktion (Fn. 14), 243 ff.

16 So bereits M. Maties/S. Püschel, in: M. Maties (Hrsg.), Stichwortkommentar eSport-Recht, Baden-Baden 2023, Stichwort 85: Skin Rn. 5.

4. Recht oder digitaler Inhalt

Der digitale Gegenstand ist als physisches Objekt kein subjektives Recht, sondern allenfalls Gegenstand eines solchen. Er kann ferner zwar ein digitaler Inhalt sein (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB), relevant ist das aber nur im Vertragsrecht.

5. Sachanhftung

Wir blicken nochmals auf den Datenträger: Der physische Zustand der Speicherzellen ist Teil des physischen Körpers; Teil der Materie in ihrer konkreten inneren Struktur. Die strukturelle Information, die dem digitalen Gegenstand zugrunde liegt, ergibt sich mithin aus der Sachsubstanz des Datenträgers. Das heißt: Der digitale Gegenstand ist von der Sachsubstanz umfasst; er haftet dem Körper „Datenträger“ physisch an.

Gleichwohl ist der (unkörperliche) digitale Gegenstand kein „Bestandteil“ i.S.d. §§ 93 ff. BGB.¹⁷ Denn Bestandteil kann nur sein, was für sich genommen ein körperlicher Gegenstand ist;¹⁸ was als eigenständige Sache existieren könnte (§§ 93, 946 f., 953 BGB *e contrario*). Der digitale Gegenstand ist dennoch in seiner Existenz vom Datenträger tatsächlich abhängig.¹⁹ Und er kann bereits wegen seiner fehlenden Körperlichkeit nicht „Gegenstand besonderer Rechte“ i.S.v. § 93 BGB sein.

Mithin: Der digitale Gegenstand haftet der Sachsubstanz an und ist tatsächlich und rechtlich unselbständig, ist aber kein wesentlicher Bestandteil. Das BGB kennt für dieses Verhältnis keine passende Bezeichnung. Deswegen sei „Sachanhftung“ vorgeschlagen: Der digitale Gegenstand ist eine Sachanhftung des Datenträgers.

IV. Zivilrechtlicher Schutz

Der digitale Gegenstand ist zivilrechtlich geschützt, soweit eine Einwirkung auf ihn einen Anspruch gegen den Einwirkenden auslöst – etwa auf Be-

17 A.A. M. Stieper, in: J. v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1 (§§ 90 ff.), Berlin 2021, § 90 Rn. 17; P. Bydlinski, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter, AcP 198 (1998), 287 (314); Duden, Sachherrschaft (Fn. 7), S. 95.

18 BGH NJW 2022, 614 Rn. 24; M. Stieper, in: Staudinger BGB (Fn. 17), § 93 Rn. 7.

19 Oben III. 2. letzter Abs.; ebenso J. F. Baur/R. Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 3 Rn. 2.

seitigung, Unterlassung, Schadensersatz oder Herausgabe. Im Fokus steht nachfolgend die außervertragliche Haftung.

Es soll zuerst der Schutz als Sachanhftung dargestellt werden (1.); sodann der Schutz über ein sonstiges Recht (2.). Schließlich werden knapp weitere Ansätze erörtert (3.) und die gefundenen Ergebnisse gewürdigt (4.).

1. Schutz als Sachanhftung

Der digitale Gegenstand ist auf einem Datenträger gespeichert; er ist eine Sachanhftung (oben III. 5.). Entsprechend ist er über das Eigentum (a) und den Besitz (b) am Datenträger „mitgeschützt“. Jedoch ist dieser Schutz in der Praxis nutzlos, da die Berechtigung und das Interesse auseinanderfallen (c).

Korrekter Bezugspunkt für diese Betrachtung ist einzig und allein die Sache als physischer Körper. Ein typischer Fehlschluss ist, auf das Immaterialgut abzustellen (vgl. III. 3.). Ob dieses geistige Objekt „beschädigt“ oder „gestört“ wird, ist für das Sachenrecht irrelevant. In den Worten der Informationstheorie: Abzustellen ist auf die strukturelle Ebene, nicht auf die syntaktische oder semantische.

a) Eigentumsschutz

aa) Wird der digitale Gegenstand verändert oder gelöscht, so ändert sich der physische Zustand von Speicherzellen auf dem Datenträger – und damit dessen Sachsubstanz. Dies ist eine Eigentumsverletzung gemäß § 823 Abs. 1 BGB.²⁰ Im Fall der dezentralen Speicherung liegt die Eigentumsver-

20 Ebenso *J. Hager*, in: J. v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 (§ 823 A–D), Berlin 2017, § 823 Rn. B 60; *G. Mössner*, in: M. Arzt/W. Ball, et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, München, Stand 15.03.2024, § 90 Rn. 90; *Stieper* (Fn. 17), § 90 Rn. 18; *G. Wagner*, in: F.-J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 9. Aufl., München 2024, § 823 Rn. 286; *M. Bartsch*, Computerviren und Produkthaftung, CR 2000, 721 (723); *Bydlinski*, Sachbegriff (Fn. 17), 321; *J. Faustmann*, Der deliktische Datenschutz, VuR 2006, 260 f.; *K. Meier/A. Wehlau*, Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, 1585 (1588); *T. Riehm*, Rechte an Daten, VersR 2019, 714 (717); *G. Spindler*, IT-Sicherheit und Produkthaftung, NJW 2004, 3145 (3146); *D. Timmermann*, Smart Devices und Smart Contracts 2025, S. 516, 519; *Zech*, Information (Fn. 5), S. 268 f., 343.

letzung nur bei den betroffenen Datenträgern vor; sie ist für jede Sache unabhängig zu bestimmen.

Es macht keinen Unterschied, ob die Veränderung durch körperliche Einwirkung (Hammerschlag) oder mit technischen Hilfsmitteln vorgenommen wird (Software, Computervirus etc.). Unerheblich ist ferner, ob die Veränderung reversibel ist (§ 249 Abs. 2 BGB *e contrario*).²¹ Eine scheinbare Geringfügigkeit – es ändern sich nur wenige von vielen Speicherzellen – hindert eine Eigentumsverletzung ebenfalls nicht.²² Schließlich umfasst die von § 903 S. 1 BGB geschützte Nutzung eines Datenträgers nicht nur das Speichern, sondern auch das Bewahren und Wiedergeben aller (!) gespeicherter Information.²³

Das Eigentum am Datenträger wird beispielsweise verletzt durch: das Löschen oder Verändern einer Datei (es ändern sich die Zustände von Speicherzellen, damit die Sachsubstanz); das Ändern eines Account-Passworts (auch das Passwort ist gespeichert) sowie die Übertragung eines Krypto-Tokens (dadurch wird ein neuer Transaktionsblock angehängt und gespeichert).

bb) Auch eine positive Einwirkung auf den Datenträger begründet eine Eigentumsverletzung, z. B. der technische Zugriff auf den digitalen Gegenstand mittels Soft- und Hardware oder ein DDoS-Angriff (Distributed Denial of Service; Überflutung eines Ziels mit Zugriffsanfragen).²⁴ Nicht näher untersucht werden kann hier, ob eine unterbrochene Internetverbindung (negative Einwirkung) eine Eigentumsverletzung am vernetzten Datenträger ist.²⁵

cc) Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB besteht jedoch nur, wenn die Eigentumsverletzung rechtswidrig ist (insb.: keine Einwilligung) und einen ersatzfähigen Schaden verursacht.

dd) Die skizzierten Eigentumsverletzungen sind zugleich Eigentumsbeeinträchtigungen gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB – denn der Zuweisungsgehalt

21 C. Förster, in: BeckOK BGB (Fn. 7), § 823 Rn. 126; Wagner (Fn. 20), § 823 Rn. 305.

22 Ebenso Bartsch, Computerviren (Fn. 20), 723.

23 T. Voigt, in: BeckOGK BGB (Fn. 20), § 823 Rn. 139; Zech, Information (Fn. 5), S. 269.

24 So auch D. Yang, Eigentum und Bildverwertung, Berlin 2024, S. 61 f.

25 Dagegen Timmermann, Devices (Fn. 20), S. 519 ff. m.w.N.; dafür Duden, Sachherrschaft (Fn. 7), S. 232 ff. (Entzug des Netzzugangs als erhebliche Beeinträchtigung des gewöhnlichen netzbasierten Gebrauchs).

des Eigentums ist einheitlich (§ 903 S.1 BGB).²⁶ Ob ein Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung besteht, hängt von den übrigen Tatbestandsvoraussetzungen ab.

b) Besitzschutz

In den genannten – eigentumsverletzenden – Verhaltensweisen liegt zugleich eine Besitzstörung.²⁷ Jedenfalls die Person, die gespeicherte Information ändert (und damit die Sachsubstanz verändert) oder positiv auf den Datenträger einwirkt, stört den Besitz am Datenträger i.S.v. § 858 Abs.1 BGB – egal wie diese Einwirkung technisch erfolgt.²⁸

Dem Besitzer steht (wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen) ein Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung zu, § 862 Abs.1 S.1 bzw. S.2 i.V.m. § 858 Abs.1 BGB. Ferner bestehen ggf. deliktische Ansprüche aus § 823 Abs.2 i.V.m. § 858 Abs.1 BGB oder § 823 Abs.1 Var. 6 BGB (Verletzung des berechtigten Besitzes).²⁹

c) Auseinanderfallen von Schutz und Interesse

In der Praxis werden digitale Gegenstände jedoch nicht über Eigentum oder Besitz „mitgeschützt“ – denn die Schutzberechtigung und das Interesse am Schutz fallen auseinander.

Der digital-tatsächlich Herrschende erlebt zwar die Störung, Verschlechterung oder den Untergang „seines“ digitalen Gegenstands und erleidet dadurch einen Schaden. Der „eigene“ digitale Gegenstand ist in aller Regel aber „im Internet“ auf einem fremden und weit entfernten Datenträger gespeichert. Der digital-tatsächlich Herrschende hat weder Eigentum noch

26 Vgl. *C. v. Bar*, Probleme bei der Haftpflicht für deliktsrechtliche Eigentumsverletzungen, Karlsruhe 1992, S. 8; *Duden*, Sachherrschaft (Fn. 7), S. 156 ff.

27 Zur Kongruenz von Besitz- und Eigentumsstörung *G. Götz*, in: BeckOGK BGB (Fn. 20), § 858 S. 31; *F. L. Schäfer*, in: F.-J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 9. Aufl., München 2023, § 858 Rn. 8.

28 Vgl. BGH NJW 2022, 3575 (3575, Rn. 18); *J. Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 7), § 858 Rn. 15; *M. Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, Tübingen 2017, S. 347 ff.; *Duden*, Sachherrschaft (Fn. 7), S. 162 f.; diff. *Schäfer* (Fn. 27), § 858 Rn. 10; a.A. *Timmermann*, Devices (Fn. 20), S. 507 ff.

29 Vgl. BGHZ 147, 45 (50); *F. L. Schäfer*, in: MüKoBGB (Fn. 27), § 854 Rn. 16.

Besitz – und daher keinen Anspruch. Der Eigentümer bzw. Besitzer hätte zwar einen Anspruch, schließlich wird auf sein Eigentum bzw. seinen Besitz am Datenträger eingewirkt. Jedoch ist ihm das Schicksal der darauf gespeicherten digitalen Gegenstände häufig egal; möglicherweise bemerkt er die Einwirkung nicht einmal. Er erleidet keinen Schaden.

Hilft eine Drittschadensliquidation weiter? Selten – aus drei Gründen: Erstens ist es schwer bis unmöglich, zuerst den Speicherort und sodann den Eigentümer oder Besitzer des Datenträgers zu ermitteln (insb. bei dezentraler Speicherung).³⁰ Zweitens müsste der Eigentümer oder Besitzer mitwirken und den eigenen Anspruch abtreten – was nicht garantiert ist.³¹ Drittens ist eine Drittschadensliquidation auf Schadensersatzansprüche beschränkt, sie „funktioniert“ nicht bei Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüchen.

2. Sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB

Darüber hinaus sind digitale Gegenstände nicht über ein besonderes „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB geschützt. Denn ein solches Recht an digitalen Objekten gibt es nicht; es ist weder ausdrücklich normiert, noch lässt es sich dogmatisch überzeugend herleiten.

Dabei erscheint der Ansatz erst einmal naheliegend. Diskutiert wird in der Literatur etwa das „virtuelle Eigentum“³² ein „Recht am eigenen Datenbestand“³³ sowie das „Dateneigentum“³⁴. Die Debatte ist jedoch zerklüftet; selbst hinter demselben Begriff verbergen sich teils grundverschiedene Ansätze.³⁵ Einigkeit besteht noch nicht einmal darüber, was Gegenstand eines neu zu schaffenden Rechts sein soll: Ein physisches Objekt (etwa strukturelle Information), ein „virtuelles“ Objekt oder ein geistiges Objekt (etwa syntaktische oder semantische Information)? Und was ist Inhalt des Rechts – schützt es die reale Integrität und weist rivale Nutzungen zu? Oder geht

30 *Berberich*, Eigentum (Fn. 13), S. 140 f.; *H. Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem »Recht des Datenerzeugers«, CR 2015, 137 (138).

31 *Faustmann*, Datenschutz (Fn. 20), 263; *Riehm*, Rechte (Fn. 20), 717.

32 *Berberich*, Eigentum (Fn. 13), S. 212 ff.

33 *Meier/Wehlau*, Haftung (Fn. 20), 1588 f.

34 *T. Hoeren*, Dateneigentum, MMR 2013, 486 ff.

35 *M. Grützmaker*, Dateneigentum – ein Flickenteppich, CR 2016, 485 ff.; *B. Steinrötter*, Vermeintliche Ausschließlichkeitsrechte an binären Codes, MMR 2017, 731 f.; vgl. *Wagner* (Fn. 20), § 823 Rn. 378 ff.

es um nicht-rivale Nutzungen? Schließlich: Wem soll das Recht zugewiesen werden; wie erfolgen Erst- und Zweiterwerb?

Zur Herleitung werden verschiedene Ansätze vertreten, etwa eine Rechtsfortbildung auf Basis von § 823 Abs. 1 BGB, § 903 S. 1 BGB oder § 303a StGB; ein Immaterialgüterrecht *sui generis* oder eine Konkretisierung von Grundrechten. Das Resultat mag rechtspolitisch wünschenswert erscheinen. Jedoch ist die Schaffung eines neuartigen absoluten Rechts eine wesentliche Entscheidung, die dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist (Art. 20 Abs. 3 GG; ferner Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG: „durch die Gesetze“).³⁶ Einerseits schränkt ein neugeschaffenes absolutes Recht die Freiheit aller ein. Andererseits ist dessen Ausgestaltung offen und umstritten: Über Gegenstand, Inhalt und Zuweisung müsste letztverbindlich entschieden werden. Gerichte sind für eine solche Modifikation der Güterordnung nicht zuständig – und ihr wohl auch nicht gewachsen.³⁷

3. Weitere Ansätze

Jedoch sind digitale Gegenstände über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303a Abs. 1 StGB geschützt, zumindest teilweise. So besteht der digitale Gegenstand aus gespeicherter Information und damit aus „Daten“ i.S.v. § 202a Abs. 2 StGB. Problematisch ist jedoch, welche konkreten Einwirkungen von § 303a Abs. 1 StGB erfasst sind („löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert“); wohl kaum jede beliebige Änderung von gespeicherter Information, etwa das Speichern einer Spam-Nachricht. Positive und negative Einwirkungen sind jedenfalls nicht erfasst. Unklar ist ferner, wen § 303a Abs. 1 StGB überhaupt schützt (sprich: wer „datenberechtigt“ ist).³⁸ Zudem sind nur vorsätzliche Handlungen erfasst.

Auch der „Holzhammer“ des § 826 BGB hilft nur bei einer vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung.

36 Zur Kompetenzordnung als Rechtsfortbildungsgrenze bei der Neuschaffung von absoluten Rechten *Becker*, Herrschaftsrechte (Fn. 8), S. 445 ff.; *Peukert*, Güterzuordnung (Fn. 13), S. 880 ff.

37 Vgl. *Peukert*, Güterzuordnung (Fn. 13), S. 766 ff.

38 Zum Streit *M. Weidemann*, in: B. v. Heintschel-Heinegg/H. Kudlich (Hrsg.), BeckOK StGB, 63. Aufl., München 2024, § 303a Rn. 4 ff. m.w.N.

Schließlich hat ein digitaler Gegenstand einen Vermögenswert und ist daher ein kondizierbares „etwas“ i.S.v. §§ 812 ff. BGB.³⁹ (Streiten könnte man sich allenfalls über den konkreten Kondiktionsgegenstand: der digitale Gegenstand an sich oder die digital-tatsächliche Herrschaft?) Das Bereicherungsrecht hilft aber nicht bei Beschädigung oder Störung, sondern nur bei „Verschiebung“ eines digitalen Gegenstands (z. B. rechtsgrundlose Übertragung eines Krypto-Tokens). Und es leidet an bekannten Schwächen (§ 818 Abs. 3 BGB).

4. Würdigung

Der zivilrechtliche Schutz digitaler Gegenstände lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Normen	Schutz vor Einwirkung	Problem
§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB: (Mit-)Schutz des digitalen Gegenstands als Sachanhaftung	Veränderung der gespeicherten Information (= Substanzänderung); positive Einwirkung; negative Einwirkung (str.)	Nur zugunsten von Eigentümer oder Besitzer des Datenträgers
§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303a Abs. 1 StGB	Löschung, Unterdrückung, Unbrauchbar-Machung oder Veränderung (unklar)	Nur zugunsten des „Datenberechtigten“ (unklar); nur bei Vorsatz
§ 826 BGB	Schädigung	Nur bei Sittenwidrigkeit und Vorsatz
§§ 812 ff. BGB	Verschiebung	§ 818 Abs. 3 BGB

Es zeigt sich ein Flickenteppich aus verschiedenen Regelungen, die nicht aufeinander abgestimmt sind – und erst recht nicht auf die heutige digitale Welt. Vor allem aber ist der Flickenteppich lückenhaft. Der sachen- und deliktsrechtliche Schutz des Datenträgers hilft dem digital-tatsächlich Herrschenden praktisch nicht weiter. Er muss hoffen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer anderen – ihn berechtigenden – Anspruchsgrundlage vorliegen. In jedem Fall bestehen zwei Schutzlücken: erstens bei nicht-vermögensschädigenden, aber dennoch störenden Einwirkungen auf den digitalen Gegenstand (z. B. Spam-Nachrichten); zweitens bei fahrlässigen Schädigungen.

39 Vgl. *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1899, S. 464 (Mot. II, S. 830): „alles, was als Vermögenswerth oder Vermögensbestandtheil angesehen werden kann“.

V. Analogie zu §§ 858 ff. BGB

Die §§ 858 ff. BGB lassen sich auf die digital-tatsächliche Herrschaft über digitale Gegenstände analog anwenden. Die Analogie ist notwendig, da die direkte Anwendung der Vorschriften zugunsten des digital-tatsächlich Herrschenden nicht möglich ist (1.). Die Voraussetzungen der Analogie liegen vor: Es besteht eine planwidrige Regelungslücke (2.) und eine vergleichbare Sach- und Interessenlage (3.); ein Rechtsfortbildungsverbot steht nicht entgegen (4.). Abschließend wird gezeigt, wie die analoge Anwendung konkret ausgestaltet ist und welche Folgen sie hat (5.).

1. Keine direkte Anwendung

Die Person, die digital-tatsächlich über einen digitalen Gegenstand herrscht, ist durch ihre Einwirkungsmöglichkeit nicht zugleich (Mit-)Besitzer des Datenträgers. Die §§ 858 ff. BGB sind daher nicht direkt anwendbar.

Für einen Besitz spräche zwar, dass der digital-tatsächlich Herrschende auf gewisse Speicherzellen zugreifen, deren Zustand auslesen und ggf. auch verändern kann. Er hat also eine gewisse exklusive, physische Einwirkungsmöglichkeit auf den Datenträger. Zumindest in Fällen des digitalen Fernzugriffs erkennen Teile der Literatur einen (Teil-)Mitbesitz des „digitalen Herrschers“ sogar ausdrücklich an (§§ 866, 865 BGB).⁴⁰

Teil- bzw. Mitbesitzer kann jedoch nur sein, wer „tatsächliche Gewalt“ gemäß § 854 Abs. 1 BGB hat – wer kraft seiner tatsächlichen Position also auch Alleinbesitzer sein könnte. Der (Allein-)Besitz erfordert aber eine räumliche Beziehung zur Sache; zumindest eine potenzielle (Arg. §§ 854 Abs. 2, 856 Abs. 2 BGB).⁴¹ Jemand mit Fernzugriff ist allenfalls dann Besitzer, wenn er die Sache orten und ergreifen kann und will.⁴² Da der digital-tatsächlich Herrschende dies nicht kann, ist er – trotz seiner physischen Einwirkungsmöglichkeit – kein Besitzer des Datenträgers.

40 Etwa *Duden*, Sachherrschaft (Fn. 7), S. 110 ff.; *Timmermann*, Devices (Fn. 20), S. 512 f.

41 Vgl. BGH NJW 2020, 3711 (3712, Rn. 13); *M. Gutzeit*, in: J. v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 (§§ 854 ff.), Berlin 2018, § 854 Rn. 9; *S. Herrler*, in: C. Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Aufl., München 2025, § 854 BGB Rn. 3; vgl. Mot. in Fn. 10.

42 Vgl. BGH BeckRS 2019, 22578 Rn. 24.

2. Planwidrige Regelungslücke

Eine Regelungslücke besteht in zweifacher Hinsicht. Einerseits sind digitale Objekte – in ihrer Eigenschaft als Sachanhaftung – vom BGB nicht als solche geschützt. Andererseits weisen die übrigen Vorschriften Schutzlücken auf (oben IV. 4.).

Diese Lücke ist planwidrig. Eine bewusste Untätigkeit des Gesetzgebers ergibt sich nicht aus § 2 Abs. 3 eWpG – der Integritätsschutz physischer Sachanhaftungen stand dort nicht zur Debatte. Ebenso ist es beim „Dateneigentum“: Bewusst untätig blieb der Gesetzgeber allenfalls hinsichtlich eines Immaterialgüterrechts an (geistigen) syntaktischen Daten.⁴³

3. Vergleichbare Sach- und Interessenlage

Die Sach- und Interessenlage lässt sich in drei Schritten vergleichen. Erstens ist die digital-tatsächliche Herrschaft ein wesensgleiches Minus zum Besitz (a). Zweitens ist der Schutz der digital-tatsächlichen Herrschaft – wie der Besitzschutz – im Sinne von Rechtsfrieden und Individualinteresse (b). Drittens wird durch die Analogie das Auseinanderfallen von Schutzberechtigung und Schutzinteresse korrigiert und dadurch die praktische Wirkung der §§ 858 ff. BGB im digitalen Raum wiederhergestellt (c). Die Richtigkeit des hier verfolgten Ansatzes zeigt sich zuletzt darin, dass er mit dem „virtuellen Hausrecht“ bereits vor über 25 Jahren angedacht wurde (d).

a) Wesensgleiches Minus zum Besitz

Der digitale Gegenstand ist als Sachanhaftung (oben III. 5.) ein physisches, rival nutzbares Objekt – wesensgleich zur Sache. Die digital-tatsächliche Herrschaft erstreckt sich auf den digitalen Gegenstand und damit auf den Datenträger. Bezogen auf den Datenträger hat der digital-tatsächlich Herrschende eine – wenngleich begrenzte – exklusive physische Einwirkungsmöglichkeit (oben V. 1.). Er hat eine wesensmäßig „tatsächliche“ (physische) Herrschaft am Datenträger, die aber nicht umfassend und intensiv genug ist, um (vollen) Besitz zu begründen.

43 Vgl. *Steinrötter*, Ausschließlichkeitsrechte (Fn. 35), 732 f.

Die digital-tatsächliche Herrschaft ist ein wesensgleiches Minus zum Besitz. Wenn man sich den Besitz am Datenträger als Kuchen vorstellt, so ist die digital-tatsächliche Herrschaft ein einzelnes, kleines Kuchenstück.

b) Rechtsfrieden und Individualinteresse

Die §§ 858 ff. BGB sollen primär den Rechtsfrieden schützen und eigenmächtige Rechtsdurchsetzung verhindern.⁴⁴ Das lässt sich auf die digital-tatsächliche Herrschaft übertragen. Einerseits ist auch im digitalen Raum Rechtsfrieden ein hoher Wert. Das Hacken von Accounts, das Versenden von Spam-Nachrichten und das „Klauen“ von Krypto-Token usw. ist unerwünscht. Andererseits ist die digital-tatsächliche Herrschaft ein „Teil“ des Besitzes. Die digital-tatsächliche Herrschaft partizipiert somit am Rechtsfriedensschutz des „ganzen“ Besitzes: Auf Datenträger (Sachen) soll schließlich nicht eigenmächtig eingewirkt werden.

Die §§ 858 ff. BGB schützen ferner auch das individuelle Interesse des Besitzers an der Besitzerhaltung (Kontinuitätstheorie).⁴⁵ Ebenso wie der Besitz hat die digital-tatsächliche Herrschaft einen praktischen Nutzen für den Einzelnen und einen gewissen Vermögenswert. Besonders deutlich zeigt sich das bei Krypto-Token und bestimmten Computerspielgegenständen (etwa CS2-Skins).

c) Zusammenführung von Schutz und Interesse

Beim klassischen Besitzschutz fallen im digitalen Raum die Schutzberechtigung und das Interesse am Schutz auseinander (oben IV. 4.). Über §§ 858 ff. BGB sind gespeicherte digitale Gegenstände „mitgeschützt“ – aber nur zugunsten des Datenträger-Besitzers. Doch dieser hat am Schutz kein Interesse und bemerkt die Einwirkung u. U. nicht einmal. In vielen Fällen wird der Besitzer darüber hinaus nicht oder nur schwer ermittelbar sein. Die Folge: Im digitalen Raum versagt der Besitzschutz und sichert den Frieden

44 BGH NJW 1979, 1359 (1360); *M. Gutzeit*, in: Staudinger BGB (Fn. 41), vor § 854 Rn. 17; *O. Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, Tübingen 2003, S. 40 ff.

45 *P. Heck*, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, § 3 Ziff. 7; *F. Hartung*, Besitz und Sachherrschaft, Berlin 2001, S. 44 ff.; vgl. zu § 858 Abs. 1 BGB als individualschützendes Schutzgesetz RGZ 59, 326 (328) und Fn. 29.

nicht. Der Besitzer als „Sachwalter der Rechtsordnung“⁴⁶ bleibt untätig und lässt die digitale Einwirkung geschehen.

Dieses Auseinanderfallen wird durch die hier vertretene Rechtsfortbildung korrigiert und dadurch die Funktionsfähigkeit des Besitzschutzes wiederhergestellt. Indem man auch dem digital-tatsächlich Herrschenden die Durchsetzung der (sowieso bestehenden) Besitzschutzansprüche ermöglicht, fallen in seiner Person Schutzberechtigung und Schutzinteresse zusammen. Der digital-tatsächlich Herrschende kann somit als „Besitzer light“ am Besitzschutz des Datenträgers partizipieren, ohne auf eine Mitwirkung des „echten“ Besitzers angewiesen zu sein. Das ist zugleich im Interesse des Besitzers: Dieser muss zur Sicherung des Rechtsfriedens nicht tätig werden, sondern darf untätig bleiben. Als zusätzlicher „Sachwalter der Rechtsordnung“ kann der digital-tatsächlich Herrschende die Friedensordnung selbst durchsetzen.

Diese Grundlage begrenzt die Rechtsfortbildung zugleich: Der Schutz analog §§ 858 ff. BGB kann nicht weiter gehen als der reguläre Besitzschutz. Der digital-tatsächlich Herrschende kann gegenüber dem Störer nicht besser stehen als der Besitzer des Datenträgers (Details später V 5 b).

d) Vorgänger: „Virtuelles Hausrecht“

Der hier vertretene Ansatz wurde in Grundzügen bereits vor über 25 Jahren verfolgt. Aufgrund eines „virtuellen Hausrechts“ – so entschieden Gerichte – dürfe ein Website-Betreiber einem Nutzer den digitalen Zugriff verbieten. Ein Unterlassungsanspruch sollte sich wahlweise ergeben aus § 1004 BGB bzw. §§ 858, 862 BGB (direkt),⁴⁷ aus einer „jedenfalls entsprechenden“ Anwendung des § 1004 BGB,⁴⁸ oder aus „§§ 858, 903, 1004 BGB in analoger Anwendung“.⁴⁹ Die dahinterstehende Idee: Der Website-Betreiber ist zwar gegebenenfalls weder Eigentümer noch Besitzer des Datenträgers (bzw. Servers). Er herrscht aber über ein darauf gespeichertes, sachähnliches Objekt

46 *Sosnitza*, Besitz (Fn. 44), S. 45 ff.

47 LG München I CR 2007, 264.

48 OLG Köln MMR 2001, 52; LG Bonn NJW 2000, 961 (962).

49 LG Hamburg BeckRS 2009, 10331 Rn. 34.

– weswegen es angemessen scheint, dass er am sachenrechtlichen Schutz des Datenträgers teilhat.⁵⁰

4. Kein Rechtsfortbildungsverbot

Ein Rechtsfortbildungsverbot greift nicht ein. Der sachenrechtliche Typenzwang (*numerus clausus*) verbietet nur die privatautonome Begründung von absoluten Rechten⁵¹ und beinhaltet kein Rechtsfortbildungsverbot.⁵² Nichts anderes würde für einen „*numerus clausus* der Besitzformen“⁵³ gelten. Jedenfalls wäre der *numerus clausus* – und auch der Verkehrsschutz als dessen Telos⁵⁴ – durch die hier vertretene Rechtsfortbildung nicht betroffen. Schließlich wird kein neues dingliches Recht kreiert, das Probleme bei der Zuordnung, Übertragung usw. aufwirft. Auch der Kreis der verbotenen Handlungen bleibt gleich. Es entsteht keine neue Rechtsposition, die alle Rechtssubjekte zusätzlich achten müssten. Wer auf den digitalen Gegenstand einwirkt, verletzt bereits nach nicht-fortgebildetem Recht das Eigentum und stört den Besitz am Datenträger (oben IV. 1.). Durch die Rechtsfortbildung erweitert sich lediglich der Personenkreis, der aufgrund dieser sowieso verbotenen Handlung Ansprüche geltend machen kann.

Die verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung für Modifikationen der Güterordnung (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 und 14 Abs. 1 S. 2 GG)⁵⁵ steht der intendierten Rechtsfortbildung ebenfalls nicht entgegen. Diese verstößt nicht gegen das Wesentlichkeitsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG, da die Güterordnung nicht wesentlich modifiziert, sondern nur minimalinvasiv korrigiert wird. Der Freiheitsraum aller wird – wie soeben ausgeführt – nicht zusätzlich eingeschränkt. Ebenso kommt es zu keiner wesentlichen Erweiterung des zivilrechtsakzessorischen Verfassungseigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), weswegen auch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die Rechtsfortbildung nicht hindert.

50 Vgl. P. Maume, Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechts, MMR 2007, 620 (622); T. Conraths/S. Krüger, Das virtuelle Hausrecht des Online-Spiel-Betreibers, MMR 2016, 310 (312).

51 Mugdan, Materialien III (Fn. 10), S. 2 (Mot. III, S. 3).

52 Becker, Herrschaftsrechte (Fn. 8), S. 435 ff.; vgl. Peukert, Güterzuordnung (Fn. 13), S. 7 ff.

53 Vgl. R. Wank, Die juristische Begriffsbildung, München 1985, S. 148.

54 Dazu Becker, Herrschaftsrechte (Fn. 8), S. 433 f.; C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 41), Einl. SachenR Rn. 99.

55 Nachw. in Fn. 36.

5. Inhalt der Rechtsfortbildung

Nachfolgend wird gezeigt, wie genau die §§ 858 ff. BGB analog anzuwenden sind (a). Jedoch ist die Analogie wegen ihrer Akzessorietät zum „echten“ Besitzschutz begrenzt (b). Aus der Analogie folgt zudem ein deliktsrechtlicher Schutz (c).

a) Grundsatz

§§ 858 ff. BGB sind mit der Maßgabe analog anzuwenden, dass der digitale Gegenstand an die Stelle der Sache tritt und die digital-tatsächliche Herrschaft an die Stelle des Besitzes. Ausgangspunkt ist die „digitale verbotene Eigenmacht“ analog § 858 Abs. 1 BGB: Die digital-tatsächliche Herrschaft muss ohne Willen und ohne gesetzliche Gestattung entzogen oder gestört werden.

Ein Entzug der digital-tatsächlichen Herrschaft liegt vor, wenn jemand die Zugriffs- und Gebrauchsmöglichkeit über den digitalen Gegenstand verliert und ein anderer sie erlangt. Der Entzug führt zu einem Herausgabeanspruch analog § 861 Abs. 1 BGB.

Eine Störung der digital-tatsächlichen Herrschaft liegt vor, wenn das „Substrat“ des digitalen Gegenstands – die gespeicherte Information – verändert wird oder, wenn die Zugriffs- oder Gebrauchsmöglichkeit behindert wird. Die Störung führt zu einem Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch analog § 862 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 BGB.

b) Akzessorietät zum Besitzschutz

Die digital-tatsächliche Herrschaft ist nur als wesensgleiches Minus zum Besitz geschützt. Der Schutz des digital-tatsächlich Herrschenden analog §§ 858 ff. BGB leitet sich vom Schutz des Besitzers nach §§ 858 ff. BGB ab und kann daher nicht weiter gehen als dieser (dazu oben V. 3. c)). Entsprechend liegt eine digitale verbotene Eigenmacht analog § 858 Abs. 1 BGB nur vor, wenn der Vorgang zugleich eine verbotene Eigenmacht gegen den Besitzer des Datenträgers darstellt (§ 858 Abs. 1 BGB direkt; zum Tatbestand oben IV. 1. b)).

Ferner folgt daraus, dass die §§ 858 ff. BGB analog grundsätzlich nicht gegen den Besitzer des Datenträgers in Stellung gebracht werden können.

Schließlich kann der Besitzer gegen sich selbst keine verbotene Eigenmacht verüben. Vielmehr muss in diesem Verhältnis die schuldrechtliche – vor allem: vertragliche – Beziehung zwischen den Parteien vorrangig sein. Meines Erachtens schafft eine Analogie zu § 866 BGB gerechte Ergebnisse; dies sei knapp skizziert.

Digital-tatsächliche Herrschaft und Besitz sind jeweils eine physische Herrschaftsbeziehung zum Datenträger. Es gibt aber eine Hierarchie: Der Besitzer des Datenträgers kann den Zugriff auf darauf gespeicherte digitale Gegenstände jederzeit unterbinden; etwa indem er den Datenträger vom Strom oder vom Internet trennt. Auch zwischen zwei digitalen Gegenständen kann eine Hierarchie bestehen: Wer etwa ein soziales Netzwerk betreibt (= digitaler Gegenstand bzw. Gegenstands-Gesamtheit), kann dort bestehende Accounts (= digitale Gegenstände) entfernen, einschränken oder das soziale Netzwerk komplett abschalten. Trotz dieser hierarchischen Unterlegenheit hat der digital-tatsächlich Herrschende auch ein gewisses „Mehr“ an Herrschaft: Aufgrund der technischen Verschlüsselung kann (i.d.R.) nur er auf „seinen“ Gegenstand zugreifen und diesen gebrauchen; Besitzer und übergeordnet digital-tatsächlich Herrschender können dies nicht. Es besteht damit zwischen den Akteuren eine asymmetrische tatsächliche Mit-Herrschaft am Datenträger.

Auf diese asymmetrische Mit-Herrschaft lässt sich § 866 BGB „doppelt“ bzw. „dreifach“⁵⁶ analog anwenden. Demnach findet der „digitale Besitzschutz“ des untergeordneten Herrschenden gegen einen übergeordneten Herrschenden nur statt, sofern letzterer die schuldrechtliche Gebrauchsgrenze überschreitet. Maßgeblich ist dafür in aller Regel die vertragliche Beziehung. Beispiel: Wenn eine Social-Media-Plattform einen Account (= digitaler Gegenstand) auf Grundlage einer wirksamen Vertragsbestimmung sperrt, ist dies wegen § 866 BGB (analog) keine verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB (analog).

56 § 866 BGB direkt = Mitbesitz; „einfach“ analog = „digitaler Mitbesitz“ (gemeinschaftliche digital-tatsächliche Herrschaft über denselben digitalen Gegenstand); „doppelt“ analog = Verhältnis zwischen den digital-tatsächlich Herrschenden zweier hierarchischer digitaler Gegenstände (z. B. Account-Inhaber und Plattform-Betreiber); „dreifach“ analog = Verhältnis zwischen digital-tatsächlich Herrschendem und Besitzer des Datenträgers.

c) Deliktsrechtlicher Schutz

Infolge der Rechtsfortbildung ist die digital-tatsächliche Herrschaft auch deliktsrechtlich geschützt – als wesensgleiches Minus zum Besitz. So ist § 858 Abs. 1 BGB analog ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB (ebenso wie § 858 Abs. 1 BGB direkt). Die berechnigte digital-tatsächliche Herrschaft ist wie der berechnigte Besitz ein „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB.

VI. Beispiele

Die Analogie sei an zwei Beispielen veranschaulicht. Erstens: M hat ein E-Mail-Konto; das ist ein digitaler Gegenstand, über den M dank seines passwortgeschützten Zugriffs digital-tatsächliche Herrschaft hat. Wenn S wiederholt Spam-Mails an M's E-Mail-Konto schickt, liegt darin eine Störung der digital-tatsächlichen Herrschaft des M (analog § 858 Abs. 1 BGB) – dieser verliert Speicherplatz im Konto und muss nun die Spam-Mail löschen. Zugleich wirkt S auf den Datenträger ein, auf dem das E-Mail-Konto beim Mail-Provider gespeichert ist; darin liegt eine „echte“ Besitzstörung gegenüber dem Besitzer des Datenträgers. M hat daher einen Anspruch auf Unterlassung des Spams gegen S analog §§ 862 Abs. 1 S. 2, 858 Abs. 1 BGB.

Zweitens: Dem *public key* des K ist ein Krypto-Token zugeordnet (= digitaler Gegenstand). Da K „seinen“ *private key* kennt, kann er den Token jederzeit übertragen; er hat digital-tatsächliche Herrschaft. D späht den *private key* des K aus und überträgt den Token, sodass dieser nun dem *public key* des D zugewiesen ist. Darin liegt eine Entziehung der digital-tatsächlichen Herrschaft des K (analog § 858 Abs. 1 BGB). Die Übertragung erfolgt, indem in der Blockchain – auf allen Netzwerkknoten – jeweils ein Transaktionsblock angefügt wird (also Speicherplatz auf den Datenträgern eingenommen wird). Dies stört zugleich den Besitz an den Datenträgern aller Blockchain-Knoten (§ 858 Abs. 1 BGB direkt). Entsprechend hat K gegen D einen Anspruch auf Herausgabe des Krypto-Tokens (d. h. Rückübertragung) analog §§ 861 Abs. 1, 858 Abs. 1 BGB.

VII. Fazit und Ausblick

Die digital-tatsächliche Herrschaft über digitale Gegenstände – die technische Zugriffsmöglichkeit auf Accounts, Dateien, Krypto-Token usw. – ist

analog §§ 858 ff. BGB geschützt. Dieser Befund verwundert erst einmal. Doch folgt man der Entwicklung des Gedankens Schritt für Schritt, offenbart sich der Ansatz als dogmatisch stringent und systemkonform. Zur wirksamen Friedenssicherung und Interessensverwirklichung im digitalen Raum ist die Rechtsfortbildung meines Erachtens fast schon zwingend.

Unmittelbar bedeutend sind die gefundenen Ergebnisse nur für den sachen- und deliktsrechtlichen Schutz digitaler Objekte nach deutschem Recht. Mögliche Implikationen darüber hinaus seien hier nur angedeutet. So könnte der digitale Gegenstand auch für andere Rechtsbereiche ein sinnvoller terminologischer Bezugspunkt sein, etwa im Erbrecht, im Zwangsvollstreckungsrecht und im Insolvenzrecht. Auch ist der Vergleich der hier gefundenen Ergebnisse mit anderen Rechtsordnungen sehr interessant. Besonders für die Praxis bedeutsam ist dagegen das internationale Privatrecht: Die Anwendbarkeit deutschen Rechts (und damit des hier vertretenen Ansatzes) ist bei der Internationalität des digitalen Raums – die Datenträger sind über die ganze Welt verteilt – hochrelevant wie problematisch.

Liebe Lesende, erlauben Sie mir zum Schluss eine kurze persönliche Note. Ich gestehe ein, dass mein Ansatz voraussetzungsreich und komplex ist. Mehr noch: Das Resultat scheint der juristischen Intuition zu widersprechen; zumindest irritiert es viele. Wo auch immer ich meine Ergebnisse vorstellen durfte, stießen sie eine kontroverse Debatte an. Nirgends wurde das deutlicher als bei unserem lebhaften, tiefgehenden und fruchtbaren Austausch auf der 35. GJZ-Tagung – riesigen Dank dafür! Und vielleicht liege ich ja wirklich falsch. Vielleicht gibt es da dieses eine, übersehene Gegenargument, das meine ganze Argumentation wie ein Kartenhaus zusammenstürzen lässt. Und wenn ich Sie, liebe Lesende, schon nicht überzeugen konnte – vielleicht kann ich Sie zumindest einladen, dieses Gegenargument zu finden?

Wohnraummietrecht – Eine vertragsrechtliche Rekonstruktion

Franziska Brachthäuser/Undine Christian

I. Einleitung: Das Wohnraummietrecht als vermeintliches Sonderprivatrecht

Für eine Einordnung des Wohnraummietrechts als Sonderprivatrecht sprechen verschiedene Anhaltspunkte. Debatten im Wohnraummietrecht finden fast ausschließlich in Fachzeitschriften und auf Fachtagungen statt, ohne substanzielle Rückanbindung an den privatrechtlichen Diskurs. An deutschen Universitäten gibt es bislang keine Professur mit einer expliziten Denomination auf Wohnraummietrecht. Auch in der universitären Ausbildung wird das Wohnraummietrecht gerade mal am Rande des Besonderen Schuldrechts behandelt. Schließlich wich es lange Zeit auch prozessual vom sonstigen Privatrecht ab: Erst seit Inkrafttreten der Zivilprozessreform im Jahr 2002 ist der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz für Fragen des Wohnraummietrechts zuständig. Die Konsequenz ist eine dogmatische Entfremdung wohnraummietrechtlicher Vorschriften von Grundsätzen des Privatrechts in der etablierten Auslegung. Das Wohnraummietrecht gilt als gesetzgeberisch überformt und seine Bestimmung dem vereinigten Parteiwillen entzogen.

Die folgenden Ausführungen sollen einen Beitrag zur dogmatischen Einordnung des Wohnraummietrechts innerhalb des Privatrechts leisten. Sie sind von der Überzeugung getragen, dass ein theoretisches Fundament notwendig ist, um Einzelfragen systemgerecht zu lösen. Daher zielen sie auf eine Differenzierung der Normen anhand ihres Regelungsgrundes: Soweit eine vertragsrechtliche Rekonstruktion möglich ist, ist die dogmatische Rückanbindung des Wohnraummietrechts an Grundsätze des Allgemeinen Vertragsrechts geboten. Sofern sich die Normen einer vertragsrechtlichen Rekonstruktion verschließen, muss dies der mit der dogmatischen Erschließung Befassten jedenfalls bewusst sein.

An erster Stelle steht die Einordnung des Wohnraummietrechts als marktförmige Austauschbeziehung (II.). Sodann gilt es, unterschiedliche Deutungsansätze vorzustellen. Für das sogenannte soziale Mietrecht hat sich eine Lesart etabliert, die die Normen allein über ihren gesetzgeberi-

schen Regelungszweck erklärt (III.). Dem möchten wir eine vertragsrechtliche Rekonstruktion entgegensetzen, die vom vereinigten Parteiwillen ausgeht und nach der sich vermeintliche Anomalien des Wohnraummietrechts aus dem Wesen des Mietvertragszweckes selbst ergeben (IV.). Die Konsequenzen dieses Ansatzes sollen abschließend anhand zweier Beispiele veranschaulicht werden (V.). Für bestimmte Normen ist eine vertragsrechtliche Lesart nicht möglich, wie die Vorschriften des Modernisierungsrechts aufzeigen. Für Normen, die vertragsrechtlich rekonstruierbar sind, scheint dagegen auch eine vertragsrechtliche Auslegung angezeigt. Als Beispiel hierfür dient die Eigenbedarfskündigung zugunsten von Familienangehörigen.

II. Die Funktionsweise des Wohnungsmarktes

Es trifft zu, dass das Wohnraummietrecht innerhalb des Vertragsrechts eine besondere Stellung einnimmt. Das geht aber nicht, wie man meinen könnte, auf unterschiedliche soziale Positionen der Vertragsparteien zurück.¹ Die Sonderrolle beruht vielmehr auf dem Gegenstand der Austauschbeziehung, der Vermietung von Räumen zum Zwecke des Wohnens. Am Ausgangspunkt des Beitrages steht daher das Wohnen als Gegenstand einer marktförmigen Austauschbeziehung.

Dass das Wohnraummietrecht als warenförmiges Austauschverhältnis geregelt ist, ist keine Selbstverständlichkeit. Im Gegenteil beschreibt der Wirtschaftshistoriker *Karl Polanyi* in seinem Werk "The Great Transformation" Boden ebenso wie Arbeit und Geld als wesensmäßig untauglich für einen warenförmigen Tauschverkehr.² Diese drei Gegenstände entziehen sich nach Polanyi der Logik des freien Marktes vor allem deswegen, weil sie menschlich nicht produzierbar sind.³ Er bezeichnet sie daher nicht als reguläre, sondern als fiktive Waren. Märkte für Arbeit, Boden und Geld würden letztlich mithilfe einer Fiktion errichtet.⁴ Auf den Boden trifft dies zweifelsohne zu: Boden ist Bestandteil der Natur und menschlich nicht

1 So aber beispielsweise *K. H. Eller*, Privatrecht in der Wohnungskrise: Soziales Mietrecht und die Verfassung des Wohnungsmarktes, in: *J. Croon-Gestefeld u.a.* (Hrsg.), *Das Private im Privatrecht – Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft*, Baden-Baden 2022, S. 75 (85 ff.).

2 *K. Polanyi*, *The Great Transformation*, 21. Aufl. Frankfurt a.M. 2012, S. 102 ff.

3 *Polanyi*, *The Great Transformation* (Fn. 2), S. 107.

4 *Polanyi*, *The Great Transformation* (Fn. 2), S. 108.

produzierbar. Er ist außerdem zu Wohnzwecken lebensnotwendig und im Gegensatz zu regulären Waren unbeweglich. Dasselbe muss aus Sicht des deutschen Zivilrechts auch für Wohnungen gelten, die gem. §§ 93, 94 BGB als wesentlicher Bestandteil mit dem Boden verbunden sind. Wegen der Besonderheiten des Bodens funktionieren auf einem freien Wohnungsmarkt Angebot und Nachfrage nicht in der gleichen Weise wie auf anderen Märkten. Es handelt sich um einen dysfunktionalen Markt.

⁵ Das BGB macht den Handel mit Boden, insbesondere dessen Vermietung, dennoch zu einem warenförmigen Geschäft.⁶

Die Dysfunktionalität des Wohnungsmarktes schlägt sich insbesondere auf die Vertragsbeziehung nieder. Zwischen den Parteien des Wohnraummietvertrages besteht eine strukturelle Asymmetrie: Aufseiten der Mieterin steht das Wohnen als persönlichem Anliegen und menschlichem Bedürfnis, aufseiten der Vermieterin das wirtschaftliche Interesse an der Erzielung eines Mietzinses.⁷ Noch einmal sei betont: Die Asymmetrie beruht nicht auf der jeweiligen sozialen Stellung, etwa auf Einkommensunterschieden der Parteien. Sie ist dem Vertragsverhältnis über Wohnraummiete strukturell inhärent, und zwar wegen der Besonderheit des Bodens wie des Wohnens. Aufgrund der Asymmetrie kann eine Vermieterin in der Lage sein, die Bedingungen des Vertrages einseitig zu bestimmen. In der laufenden Vertragsbeziehung ist sie hierzu schon deswegen imstande, weil die Mieterin durch das Wohnen in eine persönliche Verbindung mit ihrer Wohnung tritt. Bevor sie ihre gemietete Wohnung aufgibt, wird sie gewillt sein, vertraglichen Änderungen auch dann zuzustimmen, wenn diese zu ihren Lasten gehen und sie keinen vertraglichen Ausgleich erhält. Das strukturelle Ungleichgewicht mag aber auch zu Vertragsbeginn bestehen und verschärft sich, sobald eine Wohnraummangellage besteht: Wohnen bekommt in diesem Zusammenhang auch eine existenzielle Komponente, denn jeder Mensch muss wohnen. Eine Mieterin wird auf dem angespannten Wohnungsmarkt womöglich einen Mietvertrag zu einem wucherartigen Mietzins eingehen. Ein freiheitlicher und selbstbestimmter Austausch, wie er in anderen privaten Vertragsbeziehungen besteht, ist auf einem unregulierten Wohnungsmarkt ohne weiteres nicht möglich.

5 Für eine ökonomische Untersuchung des Wohnungsmarktes vgl. *J.-F. Schuldt*, Mietpreisbremse, Baden-Baden 2017, S. 48 ff.

6 Vgl. *H. Häußermann/W. Siebel*, Soziologie des Wohnens, Weinheim/München 1996, S. 41 ff.

7 *M. Paschke*, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, Berlin 1991, S. 162 ff.

Die Geschichte des Wohnraummietrechts im 20. Jahrhundert liefert eine Reihe von Belegen für die Dysfunktionalität des Wohnungsmarktes und die Asymmetrie der Parteibeziehung. Zum Zeitpunkt der Kodifizierung bestanden keine nennenswerten Unterschiede zwischen Wohnraummietverhältnissen und sonstigen Mietverhältnissen. Unter eine besondere Gesetzgebung fielen in erster Linie Vertragsverhältnisse über Grundstücke. Ein Beispiel ist die Vorschrift „Kauf bricht nicht Miete“, die ohne einen wohnraummietrechtlichen Kündigungsschutz aber keinen praktisch relevanten Sinn erfüllte.⁸ In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zeigten sich recht schnell die Folgen des unregulierten Marktes bzw. der gestörten Parteibeziehung. Vermieter schlossen sich zu Kartellen zusammen und diktierten einseitig die Vertragsbedingungen.⁹ Dass das Wohnraummietrecht über mehrere Jahrzehnte staatlich reguliert war, ging zunächst auf eine strenge Wohnraumbewirtschaftung der Nachkriegszeit zurück, die in einem scharfen Kontrast zum bürgerlichen Recht stand.¹⁰ Sobald die staatliche Regulierung gelockert wurde, wurden Konsequenzen der asymmetrischen Parteibeziehung sichtbar. Auf den Abbau der Zwangsbewirtschaftung in den 1960er Jahren folgte ein abrupter Anstieg der Mietpreise. Mieter stimmten einer Erhöhung der Miete zu, um eine Kündigung und damit den Verlust ihres Lebensmittelpunktes abzuwenden.¹¹ Hierauf reagierte die Wohnungsgesetzgebung in den 1970er Jahren mit der Einführung eines dauerhaften Bestandsschutzes, gestützt auf die „überragende(n) Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt für das menschliche Dasein“.¹² Der Vermieterin ist damit die Möglichkeit genommen, den Wohnraummietvertrag grundlos zu kündigen. Das Recht, die Miethöhe im laufenden Verfahren an die ortsübliche Vergleichsmiete anzupassen, ist ein Annex hierzu. Die entsprechenden Regelungen finden sich mittlerweile unter §§ 573 ff. BGB bzw. §§ 558 ff. BGB. Sie gelten als Kernbestand des sogenannten sozialen Mietrechts in Deutschland.

8 Zur sozialen Bedeutungslosigkeit der Vorschrift zur Zeit der Kodifizierung *T. Repgen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 241 ff.

9 *U. Wolter*, Mietrechtlicher Bestandsschutz, Frankfurt a.M. 1984, S. 103 ff.; zur Rechtsprechung der Zivilgerichte in Reaktion hierauf *S.-B. Beil*, Historische Entwicklungslinien des Wohnraummietrechts, Tübingen 2021, S. 108 ff.

10 Zur Abgrenzung *K.-A. Bettermann*, Das Wohnungsrecht als selbstständiges Rechtsgebiet, Tübingen 1949.

11 Hierzu *W. Schmidt-Futterer*, Mietrecht, München 1969, S. 13 f.

12 Gesetz vom 21.12.1974, BGBl. I, 3603. Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, BT-Drs. 7/2011, S. 7.

III. Rechtliche Annahmen über das Wohnraummietrecht

Das sogenannte soziale Mietrecht ist die gesetzgeberische Antwort auf den zuvor beschriebenen dysfunktionalen Markt: Es dient der staatlichen Organisation des Wohnungsmarktes und ist auf seine sozialstaatliche und dennoch wettbewerbsförmige Ausgestaltung ausgerichtet.¹³ Ihm werden ganz unterschiedliche Funktionen zugeschrieben, je nach Vorschrift und gesetzgeberischer Erwägung. Zunächst gilt das soziale Wohnraummietrecht als Recht der Wohnraumversorgung, das dafür Sorge tragen sollte, dass die Mieterin ein Dach über dem Kopf habe.¹⁴ Daneben finden sich weitere öffentliche Regelungszwecke. Vorschriften der Modernisierung, auf die sogleich einzugehen sein wird, sollten Anreize für Investitionen setzen, unter anderem zugunsten einer Aufwertung der Städte.¹⁵ Zur Mietpreisbremse, ebenfalls Bestandteil des bürgerlichen Mietrechts (siehe §§ 556d ff. BGB), verweist das Bundesverfassungsgericht auf das öffentlich-rechtliche Ziel, der Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Stadtteilen entgegenzuwirken und mithin eine soziale Durchmischung der Städte zu gewährleisten.¹⁶

Das soziale Mietrecht gilt auch in der Rechtswissenschaft als gesetzgeberisch überformtes Vertragsrecht und wird zunächst über einen öffentlichen Regelungszweck begriffen.¹⁷ Zwingende Vorschriften des geltenden Wohnraummietrechts, hierunter vor allem die Vorschriften zum Kündigungs- und Preisrecht, wirken hiernach wie Eingriffe in eine sonst bestehende vertragliche Freiheit.¹⁸ Hinzu tritt die Annahme der Beschränkung einer weiteren bürgerlichen Freiheitssphäre, und zwar der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 GG.¹⁹ Die Bedeutung von Art. 14 Abs. 1 GG für die

13 Vgl. E. Sammet, Das Gesetz des Wohnungsmarktes, Baden-Baden 2025, S. 195 ff.

14 D. von Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, Berlin 1982, S. 155.

15 Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, BT-Drs. 7/2011, S. 11 f.

16 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 18.07.2019, 1 BvL 1/18, 1 BvR 1595/18, 1 BvL 4/18, Rn. 64.

17 Vgl. S. Arnold, Vertrag und Verteilung, Tübingen 2014, S. 297 ff.; grundlegend A. Lehmann-Richter/M. Häublein, Mieterschutz in der Bundesrepublik Deutschland, in: P. Oberhammer/D. Cerini (Hrsg.), Soziales Mietrecht in Europa, Berlin 2011, S. 33.

18 Besonders eindrücklich H. Honsell, Privatautonomie und Wohnungsmiete, AcP 182 (1982), 115 (116 ff.).

19 Zum Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht, insbesondere im Vertragsverhältnis grundlegend C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984),

wohnraummietrechtliche Dogmatik folgt ebenfalls aus einer Übertragung gesetzgeberischer Annahmen unter dem Ziel einer sozialstaatlichen Wohnraumversorgung. Sie beruht außerdem darauf, dass das Bundesverfassungsgericht über einige Jahrzehnte maßgeblichen Einfluss auf die dogmatische Durchdringung des Wohnraummietrechts ausgeübt hat.²⁰ Für Fragen des Bestandsschutzes, aber auch der Erhöhung des Mietpreises im Bestand, soll nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Eigentumsfreiheit in unmittelbarer Anwendung gelten.²¹ Die Vermieterin sei in diesem Zusammenhang also mit der Eigentümerin gleichzusetzen. Schon dogmatisch muss diese Feststellung überraschen, denn es handelt sich beim Wohnraummietrecht um Vorschriften des Vertragsrechts. Selbst als zwingendes Vertragsrecht sind sie doch keine Inhaltsbestimmungen von Eigentum, sondern geben lediglich Auskunft über Modalitäten eines ansonsten freien Vertragsschlusses, der auf dem übereinstimmenden Willen der Parteien beruht.²² Um eine grundrechtliche Symmetrie im Vertragsverhältnis herzustellen, fasste das Bundesverfassungsgericht auch das Besitzrecht der Wohnraummieterin unter die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG.²³ Ihre grundrechtliche Position soll ebenfalls unmittelbar gegenüber der Vertragspartnerin und ungeachtet der gegenseitigen vertraglichen Bindung gelten. Im Ergebnis stehen sich nach dieser Auffassung zwei gleichrangige Eigentümerinnen gegenüber, deren Interessen in angemessener Weise in Abwägung zu bringen sind.²⁴ Bei der verhältnismäßigen Abwägung entgegenstehender Interessen handelt es sich freilich um eine Entscheidungsform des öffentlichen Rechts. Sie unterscheidet sich von der Betrachtung gegenseitiger Rechte und Pflichten, die von den Parteien vertraglich vereinbart und als solche bindend sind. Es stellt sich damit die Frage, ob sich das Wohnraummietverhältnis abweichend von der allgemeinen Lesart nicht doch im Sinne des privaten Rechts verorten ließe.

201; kritisch hierzu *F. Rödl*, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, Baden-Baden 2015, S. 373 ff.; später in ähnlicher Ausrichtung *M. Auer*, *Privatrecht und Grundrechte. Eine Neubetrachtung im Jubiläumjahr*, AcP 225 (2025), 2.

20 *H.-H. Gather*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kündigung von Wohnraummietverhältnissen, DWW 1994, 348.

21 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 23.04.1974, 1 BvR 6/74, 2270/73, juris Rn. 21 f. = BVerfGE 37, 132; BVerfG, Beschl. v. 08.01.1985, 1 BvR 792/83, juris Rn. 19 = BVerfGE 68, 361.

22 Hierzu schon *G. Roellecke*, Das Mietrecht des BGB, NJW 1992, 1649 (1652).

23 BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93 = BVerfGE 89, 1; hierzu *F. Brachthäuser*, Wohnen als Persönlichkeitsrecht, KJ 2025, 19.

24 BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93 juris Rn. 27, 30 = BVerfGE 89, 1.

IV. Eine vertragsrechtliche Rekonstruktion des Wohnraummietrechts

Ein alternativer Deutungsansatz zur herrschenden Meinung ist die vertragsrechtliche Rekonstruktion, nach der das Wohnraummietrecht grundsätzlich der allgemeinen vertragsrechtlichen Logik folgt. Sie setzt beim Konsens der Parteien des Schuldverhältnisses an und fragt nach dem normativen Gehalt dessen, was sich die Parteien fairerweise versprochen haben.²⁵ Dass der Konsens der Parteien zentral ist, zeigt bereits die Abgrenzung von Wohnraummietverhältnissen zu bloßen Raummietverhältnissen. Die Normen des Wohnraummietrechts finden nur dann Anwendung, wenn nach dem Willen der Parteien ein Wohnraummietverhältnis vorliegt.²⁶ Ein Wohnraummietverhältnis liegt dann vor, wenn die Mieterin die angemieteten Räume zu Wohnzwecken zu nutzen darf.²⁷ Ob ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt, entscheidet sich daher nicht nach der tatsächlichen Beschaffenheit des Raumes.²⁸ Derselbe Raum kann mithin einmal zu Wohnzwecken und ein anderes Mal zu geschäftlichen Zwecken vermietet werden. Ebenso unbedeutend ist es, wenn die Mieterin von Wohnraum diesen zu anderen Zwecken oder überhaupt nicht nutzt.²⁹ Entscheidend für das Vorliegen eines Wohnraummietverhältnisses ist vielmehr, dass das Wohnen der Mieterin Inhalt des Vertrags geworden ist.

Wenn also der Vertragszweck Wohnen zwischen einem bloßen Raummietverhältnis und einem Wohnraummietverhältnis unterscheidet, ist es entscheidend zu verstehen, was „Wohnen“ in unserer Gesellschaft meint. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts nach stellt Wohnraum den Mittelpunkt der privaten Existenz dar.³⁰

25 F. Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen* (Fn. 19), S. 340 ff.

26 BGH, Urt. v. 09.07.2014, VIII ZR 376/13 = BGHZ 202, 39 Rn. 21; BGH, Urt. v. 16.04.1986, VIII ZR 60/85, juris Rn. 24; U. Börstinghaus in: A. Siegmund/U. Börstinghaus, 8. Aufl., München 2025, § 535 Rn. 17.

27 BGH, Urt. v. 23.10.2019, XII ZR 125/18 = BGHZ 223, 290 Rn. 21.

28 H. Schmidt, in: BeckOGK-BGB, 01.10.2025, § 549 Rn. 9.

29 Börstinghaus (Fn. 26), § 535 Rn. 19.

30 „Lebensmittelpunkt“ in BGH, Rechtsentsch. in Mietsachen v. 20.01.1988, VIII ARZ 4/87, juris Rn. 18; „Mittelpunkt der privaten Existenz in BGH, Urt. v. 29.03.2017, VIII ZR 45/16, juris Rn. 34 und BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, juris Rn. 21 = BVerfGE 89, 1; „Mittelpunkt des menschlichen Daseins“ in BVerfG, Beschl. v. 08.01.1985, 1 BvR 792/83, 1 BvR 501/83, juris Rn. 5 = BVerfGE 68, 361; „räumlicher Lebensmittelpunkt“ in BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990, 1 BvR 275/90, juris Rn. 15.

Als solcher diene er der Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse.³¹ Damit ist gemeint, dass Wohnraum das Überleben garantiert, in dem der Raum physischen Schutz vor Umwelteinwirkungen bietet und es ermöglicht, den menschlichen Grundbedürfnissen nachzugehen.³² Die Bedeutung von Wohnraum erschöpft sich allerdings nicht in einer solchen Schutzfunktion. Wie der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu entnehmen ist, ist Wohnraum darüber hinaus der Ort, an dem sich die Persönlichkeit entfalten könne und der eine Sphäre der Freiheitssicherung darstelle.³³ Wohnraum als Ort der Privatheit ermöglicht ein Sein frei von staatlichem Zugriff und sonstigen gesellschaftlichen Zwängen.³⁴ Die freie Entfaltung der Persönlichkeit drückt sich insbesondere dadurch aus, dass die Wohnende sich den Wohnraum sowie die Umgebung aneignet.³⁵ Wohnraum ist kein neutraler Raum, sondern der den persönlichen Bedürfnissen entsprechend gestaltete *eigene* Raum.³⁶ Ferner entstehen sowohl im Wohnraum

31 BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, juris Rn. 21; BGH, Urt. v. 29.03.2017, VIII ZR 45/16, juris Rn. 34.

32 A. Flade, *Wohnen in der Individualisierten Gesellschaft*, Wiesbaden 2020, S. 7, 20; H. Häußermann/W. Siebel, *Soziologie des Wohnens* (Fn. 6), S. 222; A. Hahn, *Konstanz und Wandel des Wohnens*, in: F. Eckardt/S. Meier (Hrsg.), *Handbuch Wohnsoziologie*, Wiesbaden 2021, S. 61 (67); A. Harth/G. Scheller, *Das Wohnerlebnis in Deutschland*, Wiesbaden 2012, 7; S. Rughöft, *Wohnökologie-Grundwissen*, Stuttgart 1992, S. 17 f.; „[...] housing also refers to the physical structure of the dwelling, and the extent to which it enables physical health, including by being structurally sound, by providing shelter from the elements [...]“ WHO Housing and health guidelines vom 23.11.2018, S. 2, <https://www.who.int/publications/i/item/9789241550376>, zuletzt abgerufen am 05.03.2026.

33 „Entfaltung seiner Persönlichkeit“ in BGH, Urt. v. 29.03.2017, VIII ZR 45/16, juris Rn. 34 und BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, juris Rn. 21; „Teil seines persönlichen Lebenszuschnitts“ in BVerfG, Urt. v. 14.02.1989, 1 BvR 308/88, 1 BvR 336/88, 1 BvR 356/88, juris Rn. 30, „Entfaltung des Mieters“ in BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990, 1 BvR 275/90, juris Rn. 15; „Freiheitssicherung“ in BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, juris Rn. 29 und in BGH, Urt. v. 29.03.2017, VIII ZR 45/16, juris Rn. 34; „Freiraum eigenverantwortlicher Betätigung“ in BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, juris Rn. 29.

34 A. Flade, *Wohnen in der Individualisierten Gesellschaft* (Fn. 32), S. 21 m.w.N, 73 ff.; Hahn, *Konstanz und Wandel des Wohnens* (Fn. 32), S. 61 (69); Häußermann/Siebel, *Soziologie des Wohnens* (Fn. 6), S. 14; Harth/Scheller, *Das Wohnerlebnis in Deutschland* (Fn. 32), S. 8; Rughöft, *Wohnökologie-Grundwissen* (Fn. 32), S. 10; WHO Housing and health guidelines vom 23.11.2018, S. 2, abzurufen unter <https://www.who.int/publications/i/item/9789241550376>.

35 A. Flade, *Wohnen: psychologisch betrachtet*, 2. Aufl., Bern 2006, S. 32; Rughöft, *Wohnökologie-Grundwissen* (32), S. 18.

36 Harth/Scheller, *Das Wohnerlebnis in Deutschland* (Fn. 32), S. 29.

als auch in seiner unmittelbaren Umgebung soziale Beziehungen, etwa zu Mitbewohnern, Nachbarn oder Verkäufern.

Die Voraussetzung, dass aus einem neutralen Ort der räumliche Mittelpunkt der privaten Existenz wird, ist die Erwartung, jedenfalls für eine nicht ganz unerhebliche Zeit bleiben zu können.³⁷ Ohne jegliche Kontinuität erscheint eine Aneignung des Raumes und damit eine Entfaltung der Persönlichkeit undenkbar. Wohnen ist daher bedingt durch Kontinuitätserwartung.³⁸ Vereinbaren eine Mieterin und eine Vermieterin, dass erstere die Räume zum Wohnen nutzen soll, dann ist hiermit ebendie Bedeutung von Wohnraum als Mittelpunkt der privaten Existenz erfasst. Wenn Wohnen zwingend mit der Erwartung verbunden ist, bleiben zu können, dann muss ein Wohnraummietverhältnis auch zwingend diese Kontinuitätserwartung absichern. Deswegen ist der Kündigungsschutz bereits im Konsens der Vertragsparteien enthalten. Ein Wohnraummietverhältnis ohne Kündigungsschutz ist dagegen in sich widersprüchlich.

Nun könnte man einwenden, dass die Vermieterin natürlich am liebsten frei kündigen möchte und die Annahme einer Einschränkung der Kündigung durch die Vermieterin ausschließlich im Interesse der Mieterin ist. Allerdings stehen Verträge unter dem Primat der Fairness. Gegenseitige Verträge sind das Ergebnis der Selbstbestimmung *beider* Parteien.³⁹ Eine Vertragspartei geht nur dann einen Vertrag ein, wenn sie diesen als vorteilhaft für sich selbst erachtet. Dasselbe trifft allerdings auch für die andere Vertragspartei zu. Der gegenseitige Vertrag beinhaltet einen Ausgleich der mitunter gegenläufigen Interessen und verhindert so die Übervorteilung einer Partei.⁴⁰ Der vereinigte Parteiwillen ist daher als vernünftiger Wille gerichtet auf einen gerechten Ausgleich zu verstehen.⁴¹

Die Bedingung für die Richtigkeitsgewähr⁴² von Verträgen ist jedoch, dass keiner der beiden Vertragsparteien aufgrund besonderer Umstände in der Lage ist, bestimmte einseitig günstige Vertragsbedingungen zu diktie-

37 Für eine Auseinandersetzungen mit dem Begriff des vorübergehenden Gebrauchs i.S.d. § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB, vgl. *U. Christian*, Wohnen im Hotelzimmer? Warum dem Begriff des Wohnraums ein inhaltlicher Kern innewohnt, in: KJ 2025, 6 ff.

38 *Harth/Scheller*, Das Wohnerlebnis in Deutschland (Fn. 32), S. 73.

39 *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl., München 1987, S. 78.; *D. Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 20. Aufl., München 2022, S. 25.

40 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts (Fn. 39), S. 78.

41 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts (Fn. 39), S. 78.

42 *W. Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 141 (1941), 130.

ren.⁴³ In der Regel werden die Bedingungen für faire Verträge durch den Marktmechanismus abgesichert. Greift der Marktmechanismus nicht, muss die Rechtsordnung mit zwingenden Normen auf diese Missstände reagieren.⁴⁴ Zwei Beispiele für eine derartige Reaktion der Rechtsordnung sind § 138 BGB und das Kartellrecht. Eine Gruppe von Ungleichgewichtslagen wird in § 138 Abs. 2 BGB beschrieben. Paradigmatisch ist die Ausnutzung einer Zwangslage, um sich ein höheres Entgelt als das übliche zu versprechen. Als Reaktion ordnet § 138 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an.⁴⁵ Der Marktmechanismus entfaltet sich auch dann nicht, wenn durch Kartellbildung eine wirtschaftliche Übermacht von Anbieterinnen entsteht. Hier greift das Kartellrecht regulierend ein.

Die Herausbildung eines kompetitiven Marktes kann jedoch auch dann scheitern, wenn es sich bei der Hauptleistung um ein besonderes Gut handelt. Ein solches Gut ist, wie eingangs unter II. beschrieben, der Boden und damit auch Wohnraum. Boden ist ein nicht vermehrbare Gut, sodass der Markt nicht flexibel auf eine erhöhte Nachfrage reagieren kann. Hinzu tritt die Besonderheit des Wohnens. Wohnen ist kein verzichtbares und fungibles Gut. Das gilt unabhängig davon, ob eine Zwangslage besteht oder nicht. Die beiden Säulen, auf denen die im Wohnraummietrecht vorzunehmenden Korrekturen stehen, sind der Kündigungsschutz und das Preisrecht.

Der Kündigungsschutz knüpft die Kündigung der Vermieterin an ein berechtigtes Interesse und sichert so die Kontinuitätserwartung der Mieterin ab. Insbesondere die Tatsache, dass Wohnen nicht verzichtbar ist, führt dazu, dass die Mieterin selbst unter Annahme eines funktionsfähigen Marktes auf den Ausschluss der willkürlichen Kündigung bestehen würde. Auch wenn die Mieterin nach einer Kündigung in der Lage wäre vergleichbaren Wohnraum, sowohl in preislicher Hinsicht als auch hinsichtlich der Lage und des Zustandes zu finden, selbst dann würde sie auf den Ausschluss der willkürlichen Kündigung bestehen. Denn jeder Umzug geht mit erheblichen Anstrengungen einher, seien es Kosten finanzieller Art etwa für die Wohnungssuche, den Umzug an sich, die Einrichtung der neuen Wohnung oder ideeller Art, wie die Umgewöhnung und Entwicklung neuer Routinen.

43 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (Fn. 39), S. 78.

44 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (Fn. 39), S. 41.

45 Zur Frage, ob die Nichtigkeit *stets* die faire Rechtsfolge ist, vgl. J. Hantel, Gerechter Preis und bürgerliche Gleichheit – Ein Beitrag zur Dogmatik des Wuchers, im Entstehen.

Das Preisrecht ermöglicht die Erhöhung der Miete im laufenden Mietverhältnis und ist als logische Folge des Kündigungsschutzes zu verstehen. Ohne den Ausschluss der willkürlichen Kündigung stünde der Vermieterin eine Änderungskündigung offen: Das Mietverhältnis könnte gekündigt werden, verbunden mit einem Angebot zum Abschluss eines neuen Mietverhältnisses zu geänderten Konditionen, meist einem höheren Preis. Die Vermieterin wäre durch die Änderungskündigung ebenso wie beim erstmaligen Abschluss des Mietverhältnisses in der Lage, die Höhe der Miete zu bestimmen. Da der Vermieterin trotz Ausschluss der willkürlichen Kündigung im laufenden Mietverhältnis eine angemessene Erhöhung der Miete möglich sein soll, regelt das Preisrecht die Modalitäten der Mieterhöhung und tritt anstelle der Änderungskündigung.

Vermieterin und Mieterin würden aufgrund der ungleichen Ausgangslage niemals zu diesem Verhandlungsergebnis kommen. Deswegen muss das Recht, wie auch bei § 138 BGB und im Kartellrecht, auf die besonderen Umstände reagieren.⁴⁶ Ähnlich sind auch Vorschriften zur Mietpreisbremse zu verstehen, die als besondere Wuchervorschriften den autonomen Vertragsschluss absichern sollen.⁴⁷

Der hier vertretene Ansatz und der der herrschenden Meinung gelangen beide zum Ergebnis, dass sowohl der Kündigungsschutz als auch das Preisrecht notwendiger Bestandteil des Wohnraummietrechts sind. Nur der Begründungsansatz ist ein anderer. Der Ausschluss der willkürlichen Kündigung ist nach der vertragsrechtlichen Rekonstruktion keine Einschränkung der Vertragsfreiheit und steht auch nicht zur Disposition der Gesetzgebung.⁴⁸ Vielmehr ist der Ausschluss der willkürlichen Kündigung zwingend, da er bereits im Konsens der Vertragsparteien enthalten ist. Dasselbe gilt für die Mieterhöhung im laufenden Mietverhältnis. Das geltende Wohnraummietrecht bildet lediglich das ab, was die Parteien fairerweise vereinbaren würden, und lässt sich somit im Sinne eines bürgerlichen Vertragsrechts rekonstruieren.

46 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (Fn. 39), S. 78.

47 F. Rödl/M. von Restorff, Das geltende Wohnraummietrecht – Vermieterbegünstigungsrecht?, WuM 2020, 57 (59 f.).

48 Zur Kontingenz des sog. sozialen Mietrechts vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.07.1964, 1 BvR 375/62, juris Rn. 30 = BVerfGE 18, 121.

V. Konsequenzen für das geltende Wohnraummietrecht

Die vertragsrechtliche Rekonstruktion zeigt Friktionen im geltenden Wohnraummietrecht auf. Diese sollen im Folgenden anhand zweier Beispiele illustriert werden. Vorschriften der Modernisierung (hierzu 1.) zeigen beispielhaft, dass sich nicht alle Vorschriften des Wohnraummietrechts vertragsrechtlich rekonstruieren lassen. Sie stehen im Widerspruch zur grundlegenden vertraglichen Logik und sind deshalb auf ihren Geltungsgrund zu befragen. Die ordentliche Vermieterkündigung lässt sich dagegen, wie gesehen, in das vertragliche Versprechen einordnen. Das Beispiel der Familienangehörigen im Rahmen der Eigenbedarfskündigung (hierzu 2.) soll den Gegensatz zwischen einer einseitigen Auslegung geleitet von den Interessen der Vermieterin und einer vertragsrechtlichen Auslegung der Norm vor Augen führen.

1. Modernisierung als Bruch mit dem Vertragsrecht

Das erste Beispiel umfasst Vorschriften der Modernisierung, geregelt in §§ 555b ff. BGB sowie in §§ 559 ff. BGB. Modernisierungsmaßnahmen sind bauliche Veränderungen, die eine Vermieterin aus bestimmten Gründen beschließen kann und die die Mieterin in der Regel zu dulden hat, § 555d BGB. Klassische Beispiele für Modernisierungen betrafen in der Vergangenheit bauliche Veränderungen an einer Wohnung, um Erwartungen an ein modernes Wohnen gerecht zu werden. Hierunter fiel etwa die Aufnahme von sanitären Anlagen in die einzelne Wohneinheit.⁴⁹ Heutzutage sind Modernisierungsmaßnahmen vielfach energieeffizienzorientiert: Ein Beispiel ist der Austausch der Gastherme in der Mietwohnung und ihr Anschluss an eine mit Fernwärme betriebene Sammelheizung. Mit Maßnahmen einer Modernisierung geht jeweils die Vorstellung einher, dass sich der Zustand der vertraglich überlassenen Mietsache verändert und der Gebrauch verbessert. Modernisierungsmaßnahmen unterscheiden sich insofern von Erhaltungsmaßnahmen der Mietwohnung, die gem. §§ 535 Abs. 1 S. 2, 555a BGB zu den ohnehin vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflichten der Vermieterin zählen.⁵⁰

49 W. Holtgrave, Das neue Mietrecht, Düsseldorf 1964, S. 37.

50 Nur am Rande sei an dieser Stelle auf die Diskussion um den „dynamischen Mangelbegriff“ verwiesen. Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass es sich bei der Überlassung von Räumen zu Wohnzwecken um eine in die Zukunft gerichtete Dau-

Die geltenden Modernisierungsvorschriften stehen im Widerspruch zu dem gegenseitigen vertraglichen Versprechen der Parteien.⁵¹ Denn die Modernisierung bringt die Vermieterin in die Position, allein über den baulichen Zustand der Wohnung zu entscheiden und damit das gegenseitige Vertragsversprechen einseitig zu modifizieren. Die Mieterin hat die Entscheidung in aller Regel gem. § 555d BGB zu dulden und kann nicht über die Veränderung der Mietsache mitbestimmen.⁵² Der Bruch mit dem Vertragsrecht zeigt sich noch an anderer Stelle: Im Gegenzug zu den meisten Modernisierungsmaßnahmen erwirbt die Vermieterin das Recht, die jährliche Miete um bis zu acht Prozent der aufgewandten Kosten zu erhöhen und damit einen Teil der Modernisierungskosten auf die Mieterin umzulegen, § 559 Abs. 1 S. 1 BGB. Hierbei handelt es sich um eine Umlage von aufgewandten Kosten und keine Umlage, die auf der Wertsteigerung der baulich veränderten Wohnung beruht. Der Mechanismus der Modernisierungsmieterhöhung lässt sich damit auch nicht im Sinne eines wertäquivalenten Ausgleichs begründen.⁵³ Die Mieterin kann eine zu hohe Mieterhöhung allenfalls dadurch abwenden, dass sie gem. § 559 Abs. 4 BGB einen Härtefall geltend macht. Außerdem steht ihr gem. § 561 BGB ein Sonderkündigungsrecht zu. Andernfalls gilt die Mieterhöhung dauerhaft, auch wenn die Kosten der Modernisierung irgendwann amortisiert sind.

Zwar mag man nun denken, dass auch die Erhöhung der Miete im Bestand gem. §§ 558 ff BGB eine einseitige Veränderung des Vertrages darstellt. Anders als bei der Modernisierung ist die Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete aber Bestandteil des vereinten Parteiwillens. Wirksam wird sie letztlich erst durch Zustimmung der Mieterin, § 558b Abs. 1

erverpflichtung handelt. Insofern wohnt der vertraglichen Abrede eine anfänglich vereinbarte Dynamik inne. Im Einzelnen hierzu B. Gsell, Dynamischer Mangelbegriff im Mietrecht, WuM 2022, 249; B. Gsell/A.-K. Mayrhofer, Schönheitsreparaturen und dynamischer Mangelbegriff, NZM 2020, 1065 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 08.07.2020, VIII ZR 163/18 = BGHZ 226, 208.

- 51 So grundlegend auch F. Rödl/M. von Restorff, Das geltende Wohnraummietrecht (Fn. 47), 58 f.
- 52 F. Rödl/M. von Restorff, Das geltende Wohnraummietrecht (Fn. 47), 58 f.; Hierzu auch J. Kummer, Mitbestimmung unerwünscht, KJ 2025, 41, der im Ergebnis aber nach Lösungen in einer Sondergesetzgebung sucht.
- 53 F. Rödl/M. von Restorff, Das geltende Wohnraummietrecht (Fn. 47), 58; als systemwidrig bewertet die Vorschrift des § 559 BGB daher auch M. Artz in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl., München 2024, § 559 Rn. 7; S. Arnold (Fn. 17), S. 319 beschreibt den Mechanismus der Modernisierungsmieterhöhung als Ausdruck einer *iustitia distributiva* zulasten der Mieter, dem wegen der verbesserten Gebrauchsmöglichkeiten der Mietsache aber keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstünden.

BGB, womit der vertragliche Konsens gewahrt ist. Dass die Vermieterin eine Zustimmung zur berechtigten Mieterhöhung verlangen kann, ist Ausdruck des Dauerschuldcharakters und ein Annex zum Kündigungsschutz. Weil im Dauerschuldverhältnis die willkürliche Vermieterkündigung ausgeschlossen ist, soll die Vermieterin das Recht haben, turnusmäßig eine Anpassung der Miete an ein ortsübliches Niveau zu verlangen. Durch das Zusammenspiel der Vorschriften zu Kündigungsschutz und Mieterhöhung entspricht das Wohnraummietverhältnis der Funktionslogik sonstiger Austauschgeschäfte. Eine solche Korrelation gibt es im Recht der Modernisierung nicht.

Gründe für Vorschriften der Modernisierung liegen in der Tat außerhalb des Vertragsrechts und vielmehr in einem Kaleidoskop öffentlicher Wohnraumpolitik. Die historische Gesetzgebung der 1970er Jahre konzentrierte sich insbesondere auf die Aufwertung der Innenstädte und Verbesserung der Wohnbedingungen.⁵⁴ Die Vermieterin sollte auch während des bestehenden Dauerschuldverhältnisses bauliche Änderungen am Wohnraum vornehmen können, ohne auf die Zustimmung der Mieterin angewiesen zu sein. Dass Kosten für bauliche Veränderungen anteilig auf die Mieterin umgelegt werden konnten, sollte Anreize für Investitionen erhöhen. Der Modernisierungsgrund der Verbesserung allgemeiner Wohnverhältnisse auf Dauer gem. § 555b Nr. 5 BGB erklärt sich auf dieser Grundlage. Später traten weitere Modernisierungsformen hinzu, die fast ausschließlich der Nachhaltigkeit dienen. Auch sie legen öffentlich-rechtliche Regulierungsziele auf das Verhältnis der Vertragsparteien um. Wenn sich in Bezug auf das Modernisierungsrecht also die Frage der Nachhaltigkeit im Privatrecht stellt, handelt es sich um keinen Gehalt, der im gegenseitigen Parteiversprechen angelegt wäre. Die Gesetzgebung könnte sich andernfalls die Frage stellen, ob Nachhaltigkeitsbelange nicht an anderer Stelle effizienter aufgehoben wären.

2. Familienangehörige im Lichte des Vertragsrechts

Eine Eigenbedarfskündigung ist nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht nur zugunsten der Vermieterin selbst möglich, sondern auch zugunsten ihrer Familienangehörigen. Wer dem Kreis der Familienangehörigen zuzurechnen ist, ist gesetzlich nicht näher bestimmt und somit auslegungsbedürftig.

⁵⁴ Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, BT-Drs. 7/2011, S. 11 f.

Anhand der Frage der Zugehörigkeit zum Kreis der Familienangehörigen soll aufgezeigt werden, dass die vertragsrechtliche Rekonstruktion zu einem kohärenten Auslegungsergebnis führt. Die herrschende Meinung definiert den Kreis der Familienangehörigen über ein persönliches Näheverhältnis und damit einseitig aus Sicht der Vermieterin. Ein faires Auslegungsergebnis sollte allerdings beim Konsens der Vertragsparteien ansetzen.

Der Begriff der Familienangehörigen ist nicht mit der gesamten BGB-Familie gleichzusetzen. Weder das Familien- noch das Erbrecht definieren Familie, sondern legen fest, wie Personen zueinander verwandt sind (§ 1589 BGB) und in welcher Reihenfolge, geerbt wird (§§ 1924 ff. BGB). Somit besteht das Bedürfnis, den Begriff der Familienangehörigen einzugrenzen.⁵⁵ Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass eine Eigenbedarfskündigung zugunsten einer Familienangehörigen dann möglich sein soll, wenn zwischen ihr und der Vermieterin ein persönliches Näheverhältnis besteht. Bei näheren Verwandten sei ein solches Näheverhältnis zu unterstellen, während es bei entfernteren Verwandten zu beweisen wäre.⁵⁶ Was auf den ersten Blick als überzeugender Ansatz erscheint, erweist sich auf den zweiten Blick als nicht unproblematisch. Bereits über den Kreis der Personen, bei denen als nahe Verwandte ein Näheverhältnis zu vermuten ist, besteht kein Konsens. So werden Eltern, Kinder und Geschwister⁵⁷ genannt, an anderer Stelle dagegen zusätzlich noch Stiefkinder, Schwiegereltern, Schwiegersohn und -tochter⁵⁸ und von anderer Seite wiederum zusätzlich Großeltern und Enkel⁵⁹. Abgesehen von der fehlenden Einigkeit über den Kreis der Personen bleiben die Stimmen in der Literatur eine Begründung schuldig, warum ein persönliches Näheverhältnis nur bei Verwandten oder Verschwägerten Berücksichtigung findet. Ein persönliches Näheverhältnis kann auch außerhalb familiärer Bande entstehen, ohne dass eine Eigenbedarfskündigung zugunsten der Patentochter oder der besten Freundin möglich wäre. Ebenso mag es trotz eines engen Verwandtschaftsgrades an einer persönlichen Nähebeziehung fehlen.

Auch der Bundesgerichtshof nimmt ein persönliches Näheverhältnis zwischen Familienangehörigen untereinander als Ausgangspunkt seiner Über-

55 U. Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, 16. Aufl., München 2024, § 573 Rn. 68; C. Rolfs in: Staudinger-BGB, Berlin 2021, § 573 Rn. 81; M. Häublein in: MüKo-BGB (Fn. 51), § 573 Rn. 104.

56 Börstinghaus (Fn. 55), § 573 Rn. 68.

57 A. Siegmund in: Börstinghaus/Siegmund (Fn. 26), § 573 Rn. 61.

58 S. Caspers in: BeckOK-BGB, 76. Ed. 01.11.2025, § 573 Rn. 41.

59 K. F. Wiek, Anm. zu BGH, Urt. v. 2.9.2020, VIII ZR 35/19, WuM 2020, 730 (733).

legung. Anders als die Stimmen in der Literatur lässt der Bundesgerichtshof eine Eigenbedarfskündigung nicht zugunsten weiter entfernten Verwandten zu, auch wenn zwischen der Vermieterin und der Verwandten tatsächlich ein persönliches Näheverhältnis besteht. Allein nähere Verwandte gehören zum Kreis der Familienangehörigen.⁶⁰ Auf das Ausmaß der persönlichen Verbundenheit komme es nicht an; vielmehr sei es aufgrund des engen Verwandtschaftsgrades unwiderleglich zu vermuten.⁶¹ Den Kreis der nahen Verwandten setzt der Bundesgerichtshof gleich mit den Angehörigen im Zeugnisverweigerungsrecht aus der ZPO und der StPO.⁶² § 52 StPO und § 383 ZPO definieren abschließend welche Personen nicht aussagen müssen und erfassen neben (geschiedenen) Ehepartnern und Verwandte in gerader Linie auch Verlobte, sowie Verwandte dritten Grades und verschwärgerte Personen zweiten Grades. Im Ergebnis fasst der Bundesgerichtshof damit wesentlich mehr Personen unter den Begriff der Familienangehörigen als die Literaturstimmen. Der Bundesgerichtshof begründet die Gleichsetzung damit, dass sowohl § 573 BGB als auch § 52 StPO, § 383 ZPO Angehörige allein aufgrund einer engen verwandtschaftlichen Beziehung privilegieren, und zwar unabhängig von einer persönlichen Verbundenheit.⁶³ Da die Gesetzgebung den Kreis der typisierten persönlichen Nähebeziehung im Falle der Zeugnisverweigerung festgelegt habe, sei dies auch der Anknüpfungspunkt für die Auslegung des Begriffs der Familienangehörigen maßgeblich.⁶⁴

Zwar ist es zu begrüßen, dass der Bundesgerichtshof eine abschließende Definition von Familienangehörigen gefunden hat. Der Rekurs auf das Zeugnisverweigerungsrecht vermag gleichwohl nicht zu überzeugen. Denn der Bundesgerichtshof setzt voraus, dass § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB einen Kreis naher Verwandte ebenso privilegiert wie die Zeugnisverweigerungsrechte, ohne dies jedoch zu begründen. Darüber hinaus bezwecken die jeweiligen Normen etwas anderes. Sinn und Zweck des Zeugnisverweigerungsrechtes ist der Schutz der in den Zeugnisstand gerufenen Personen vor dem Dilemma, wahrheitsgemäß aussagen zu müssen und loyal gegenüber einer

60 BGH, Urt. v. 10.07.2024, VIII ZR 276/23, juris Rn. 28.

61 BGH, Urt. v. 27.01.2010, VIII ZR 159/09 = BGHZ 184, 138 Rn. 22.

62 BGH, Urt. v. 27.01.2010, VIII ZR 159/09 = BGHZ 184, 138 Rn. 22, 138; BGH, Urt. v. 10.07.2024, VIII ZR 276/23, juris Rn. 28.

63 BGH, Urt. v. 27.01.2010, VIII ZR 159/09 = BGHZ 184, 138 Rn. 22.

64 BGH, Urt. v. 27.01.2010, VIII ZR 159/09 = BGHZ 184, 138 Rn. 22.

ihr nahestehenden Person zu sein.⁶⁵ Die bloße Tatsache, dass die Gesetzgebung einen Kreis von Verwandten abschließend definiert hat, scheint eine sachgerechte Auseinandersetzung zu überwiegen. Grundlegend ist jedoch zu fragen, warum ein persönliches Näheverhältnis der Vermieterin im Vertragsverhältnis mit der Mieterin berücksichtigt werden sollte. Im Schuldverhältnis sind die Interessen der beiden Parteien relevant. Ob die Interessen weiterer, am Schuldverhältnis nicht beteiligter Personen eine Auswirkung auf das Vertragsverhältnis haben kann, bedarf einer eingehenden Auseinandersetzung. Die Ansicht der herrschenden Meinung, die die Familienangehörigen einseitig aus der Perspektive der Vermieterin definiert, überzeugt daher bereits im Ansatz nicht.

Die Überlegungen, wer zum Kreis der Familienangehörigen gehört, müssen einhergehen mit einem Nachdenken, warum eine Eigenbedarfskündigung zugunsten einer anderen Person als der Vermieterin möglich sein soll. Der Wortlaut des § 573 BGB zeigt, dass die *Vermieterin* ein berechtigtes Interesse an der Kündigung haben muss. Im Falle der Eigenbedarfskündigung zugunsten von Familienangehörigen bedeutet das, dass die Vermieterin und nicht etwa die Angehörige den Wohnraum benötigt. Selbstverständlich wird man verlangen müssen, dass die Angehörige den Wohnraum auch nutzen möchte. Weder reicht der Nutzungswunsch der Angehörigen allein aus, die Kündigung zu tragen, noch genügt der bloße Wunsch der Vermieterin, eine andere Person mit Wohnraum zu versorgen. Von einem *Benötigen* der Vermieterin zugunsten einer anderen Person sollte erst dann gesprochen werden, wenn eine potenzielle Unterhaltspflicht besteht.⁶⁶ Die potenzielle Unterhaltspflicht der Vermieterin begründet die Eigenbedarfskündigung zugunsten von Angehörigen und steckt zugleich den Kreis der privilegierten Personen auf die Ehepartner (§ 1360 BGB, nach einer Scheidung ggf. nach §§ 1569 ff. BGB) und Verwandte in gerade Linie ab (§ 1601 BGB) ab.

Dieser Befund lässt sich auf zwei Institute des Allgemeinen Schuldrechts stützen: Die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Schuldverhältnisses und der echte Vertrag zugunsten Dritter. § 328 BGB findet nur dann Anwendung, wenn dies dem Konsens der Vertragsparteien ent-

65 H. Kreicker in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl., München 2023, § 52 Rn. 1; A. Weinland in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 7. Aufl., München 2025, § 383 Rn. 1.

66 Der Frage, ob die abstrakte Unterhaltspflicht ausreicht oder ob eine tatsächliche Bedürftigkeit zu fordern ist, kann in diesem Artikel nicht nachgegangen werden.

spricht.⁶⁷ Ebenso liegt es bei der Eigenbedarfskündigung. Mietet die Mieterin von einer natürlichen Person, so umfasst der Konsens der Vertragsparteien auch die Versorgung unterhaltsberechtigter Personen durch die Vermieterin. Eine Parallele zur Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses ist darin zu sehen, dass es dort wie bei der Eigenbedarfskündigung zugunsten von Familienangehörigen auf das Interesse der Gläubigerin respektive das berechtigte Interesse der Vermieterin selbst ankommt.⁶⁸ Weiterhin ist dem historischen Ursprung des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter ein restriktives Verständnis von hierdurch begünstigten Dritten zu entnehmen. Ursprünglich konnten Dritte nur dann einbezogen werden, wenn die Gläubigerin für das Wohlergehen der Dritten mitverantwortlich war und deswegen von der Schädigung der Dritten selbst betroffen gewesen wäre, weil sie ihr gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist.⁶⁹ Von der Wohl-und-Wehe-Formel erfasst waren vor allem Eltern für ihre Kinder sowie Ehepartner.⁷⁰ Eltern und Kinder und Ehepartner sind sich gegenseitig nicht nur zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, sondern auch zum Unterhalt.

Eine Festlegung der Familienangehörigen auf den Kreis der Unterhaltspflichtigen knüpft somit an bereits existierende Gedanken des Allgemeinen Schuldrechts an. Im Einklang mit dem Wortlaut des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB kann mit dieser Auslegung ein eigenes Benötigen der Vermieterin angenommen werden, nämlich motiviert durch das eigene finanzielle Interesse der Vermieterin an der Nutzung durch Familienangehörige.

VI. Fazit

Das geltende Wohnraummietrecht wird gemeinhin von einem staatlichen Regulierungszweck her gedacht. In der Auslegung gilt es daher als sozial überformt und vom Privatrecht entfremdet. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass dem ein Verständnis entgegenhalten werden kann,

67 P. Gottwald, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl., München 2025, § 328 Rn. 32.

68 BGH, Urt. v. 05.07.2024, V ZR 34/24 = BGHZ 241, 98 Rn. 14; Auf eine Abgrenzung zur Haftung Dritter nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB soll an dieser Stelle verzichtet werden. Jedoch überzeugt die Ansicht der Rechtsprechung, bei mitunter gegenläufigen Interessen weiterhin auf den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter abzustellen und nicht auf § 311 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, vgl. hierzu G. Mäsch, in: BeckOGK-BGB, 01.10.2025, § 328 Rn. 181-181.2.

69 BGH, Urt. v. 26.11.1968, VI ZR 212/66, juris Rn. 16 = BGHZ 51, 91.

70 BGH, Urt. v. 02.07.1996, X ZR 104/94, juris Rn. 14 = BGHZ 133, 168.

das auf dem gegenseitigen vertraglichen Versprechen der Parteien beruht. Ausgangspunkt ist, dass die Parteien sich gegenseitig den dauerhaften Gebrauch von Räumen zum Wohnen gegen Entgelt versprochen haben – und in ebendiesem Versprechen auch der materielle Gehalt des gegenseitigen Vertrages liegen muss. Es hat sich außerdem gezeigt, dass bestimmte Vorschriften dem vertragsrechtlichen Denken schon im Ausgangspunkt nicht zugänglich sind; sie beruhen in der Tat auf einer gesetzgeberischen Überformung des Austauschverhältnisses. Für die übrigen Normen ist dagegen eine Auslegung geboten, die beim gegenseitigen vertraglichen Versprechen ansetzt: Der dauerhaften Überlassung von Räumen zum Zwecke des Wohnens.

Diversitätsdefizit in der Zivilgerichtsbarkeit – eine bislang unterschätzte Zugangsbarriere

*Fenicia Aceto-Waldschmidt und Karl Bukpiev**

*Abstract: Der Beitrag greift die aktuelle Debatte zur Diversität im Rechtssystem auf und umreißt, inwiefern ein mögliches Diversitätsdefizit innerhalb der Justiz den Zugang zum Recht beeinflussen könnte. Ausgehend von der Annahme, dass richterliche Entscheidungen nie frei von Wahrnehmungs- und Bewertungsprozessen sind, werden unbewusste Vorannahmen als mögliche relevante Faktoren mit Blick auf den Prozess richterlicher Entscheidungsfindung betrachtet. In einer explorativen Umfrage unter Richter*innen wird der Frage nachgegangen, ob ein Bewusstsein für diesen möglichen Zusammenhang besteht und wie er von den Teilnehmenden selbst wahrgenommen wird.*

I. Einführung: Diversitätsdefizit als „blinder Fleck“

Diversität als Thema ist inzwischen keine Randerscheinung und damit kein „blinder Fleck“ mehr. Hat es zunächst vor allem die Unternehmen beschäftigt, ist es schon seit einigen Jahren auch bereits in Rechtswissenschaft und -praxis angekommen.¹ Trotz aktueller gegenteiliger Entwicklungen auf der anderen Seite des Atlantiks² ist Diversität hierzulande jedenfalls im Grundsatz auch weiterhin aktuell.³ Im Kern geht es dabei stets um das Ziel einer diverseren Besetzung gewisser Gremien oder Organisationen (etwa Unternehmen) sowie um die Frage, mit welchen Mitteln sich dieses Ziel

* *Fenicia Aceto-Waldschmidt, LL.M* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Tilburg University; *Karl Bukpiev* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

1 Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur siehe etwa *M. Grünberger/A. K. Mangold/N. Markard/M. Payandeh/E. Towfigh*, *Diversität in Rechtswissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2021.

2 Siehe dazu <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/diversitaet-unternehmen-usa-100.html> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026).

3 So wurde jüngst am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg das *Center for Diversity in Law* geschaffen.

erreichen lässt. Entsprechende Forderungen und Initiativen betreffen unter anderem auch die staatlichen Ebenen selbst, die darauf auch teilweise eingehen.⁴ Ob bei den einzelnen staatlichen Ebenen (Verwaltung, Justiz etc.) tatsächlich ein Diversitätsdefizit besteht, kann hierbei aufgrund der dünnen und zudem wenig repräsentativen Datenlage nicht belastbar beantwortet werden.⁵ Verlässliche, statistisch repräsentative Daten zum Anteil von Richter*innen mit Migrationsgeschichte in Deutschland liegen derzeit nicht vor und werden auch nicht erhoben. Der Mikrozensus 2024, der auf Daten aus dem Jahr 2022 basiert, weist für den Bereich Polizei, Justiz und Justizvollzug einen Anteil von rund 6 % Personen mit Migrationshintergrund aus; eine differenzierte Aufschlüsselung nach einzelnen Berufsgruppen, insbesondere der Richterschaft, erfolgt jedoch nicht.⁶ Soweit im weiteren Verlauf von einem Diversitätsdefizit ausgegangen wird, knüpft dies an den beschriebenen aktuellen Diskurs an, in dem ein Diversitätsdefizit vermutet und als problematisch diskutiert wird.⁷

Unabhängig davon, dass die Forderung und Förderung von Diversität positiv für die jeweils benachteiligten bzw. zumindest unterrepräsentierten Personengruppen selbst sind, fragt sich aber auch und gerade im Falle staatlichen Handelns, ob eine diversere Besetzung darüber hinaus inhaltlich, also in der Sache, einen Mehrwert bedeutet oder – neutraler formuliert – welchen Einfluss sie hat und welche Unterschiede sie mit sich bringt.⁸ Ziel des Beitrags ist es, mögliche Antworten auf diese Frage

4 So hat sich etwa das am Justizministerium Nordrhein-Westfalen (NRW) angesiedelte Kompetenzzentrum für Vielfalt und Antidiskriminierung eigens die „diversitätsorientierte Organisationsentwicklung“ der Justizbehörden in NRW zum Ziel gesetzt, siehe dazu https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/rechtsstaat_leben_erklaeren/zik (zuletzt abgerufen am 05.01.2026).

5 Vgl. Grünberger et. al., Diversität (Fn. 1), S. 31 f.

6 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 081 vom 1. März 2024, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2024/03/PD24_081_125.html (zuletzt abgerufen am 05.01.2026).

7 Ähnlich auch Grünberger et. al., Diversität (Fn. 1), S. 47 („begründete Vermutung“, jedoch bezogen auf Rechtswissenschaft und -praxis allgemein).

8 Der Begriff „Diversität“ wird dabei der Einfachheit halber auf die Dimension ethnischer oder kultureller Herkunft beschränkt; somit werden weitere Diversitätsmerkmale nicht umfasst. Synonym gebraucht werden in diesem Beitrag die Bezeichnungen „Diversität“ und „Vielfalt“ sowie „divers“ und „vielfältig“. Zum Begriff allgemein M. Funder/J. Grulich/N. Hossain, Einführung: Diversität in Organisationen – erste Annäherungen, Sichtweisen und Positionsbestimmungen, in: dies. (Hrsg.), Diversitäts- und Organisationsforschung – Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2023, S. 11 (13 f.).

im Zusammenhang mit der Justiz zu skizzieren und zu beleuchten, wie dies die Richterschaft selbst beurteilt. Hierin sehen Verf. weiterhin einen „blinden Fleck“, und zwar in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird das Ideal der gänzlich neutralen und objektiven Richter*innen bereits in der Ausbildung zu wenig hinterfragt, obwohl ein Blick auf den Prozess richterlicher Entscheidungsfindung weitere spannende Horizonte (auch über den sog. „juristischen Tellerrand“ hinaus) eröffnen kann. Zum anderen kann sich die fehlende Auseinandersetzung mit dem Einfluss außerrechtlicher Entscheidungsfaktoren auf die rechtliche Entscheidungsfindung als „blinder Fleck“ bei der Rechtsanwendung erweisen.

Der Beitrag nähert sich der Thematik in zwei Teilen: Im ersten Teil werden einige Grundlagen dargestellt, die die allgemeine gesellschaftliche Forderung nach mehr Diversität in der Justiz in rechtlich relevante Zusammenhänge einordnen und dabei aufzeigen (sollen), dass und wie sich die personelle Besetzung der Justiz auch auf die inhaltliche Arbeit, das „Richten“, auswirken kann. Dabei wird ausgehend von dem Ideal der objektiven Richter*in das Konzept der unbewussten Vorannahmen (*implicit biases*) erläutert.⁹ Der erste Teil stellt somit einen möglichen Rahmen dar, innerhalb dessen die Frage nach der Zusammensetzung der Justiz mit Blick auf die aktuelle Diversitätsdebatte eingeordnet werden kann.

Der zweite Teil knüpft hieran nicht im Sinne einer empirischen Untersuchung eines Diversitätsdefizits in der Justiz an, sondern verlagert den Fokus auf die richterliche Selbstwahrnehmung. Es werden die Ergebnisse einer anonymen Befragung unter Richter*innen vorgestellt, die ein erstes exploratives Meinungs- und Erfahrungsbild zu Wahrnehmung, Selbstreflexion und Umgang mit unbewussten Vorannahmen erhebt. Dabei wird auch untersucht, wie die befragten Personen die Rolle von Diversität innerhalb der Justiz einschätzen und welche Bedeutung sie ihr im Hinblick auf Neutralität sowie Entscheidungsfindung beimessen. Die Erkenntnisse erlauben vorsichtige Rückschlüsse darauf, inwieweit die im ersten Teil geschilderten Überlegungen zu möglichen Auswirkungen einer divers zusammengesetzten Justiz sich in der richterlichen Selbstwahrnehmung niederschlagen.

9 Dieser Teil ist ausdrücklich nicht als theoretische Grundlage des zweiten Teils zu verstehen. Vielmehr geht es darum, einige bereits bekannte, aber nicht minder bedeutende Bezüge darzulegen und aufzuzeigen, wie sich diese mit dem verschiedentlich geäußerten „Verlangen“ nach mehr Diversität in der Justiz verbinden und in einen Kontext setzen lassen.

II. Die Rolle des Entscheidenden bei der Entscheidung

1. Die gänzlich objektive Richter*in als Ideal und Trugbild zugleich

Sowohl der juristischen Ausbildung als auch der Praxis und nicht zuletzt auch der öffentlichen Wahrnehmung liegt das Bild der neutral und vorurteilsfrei entscheidenden Richter*in zugrunde. Entspräche dieses Bild auch stets dem tatsächlichen Weg der juristischen (hier insbesondere richterlichen) Entscheidungsfindung, so spielte die Frage nach der Besetzung der Justiz überhaupt keine oder jedenfalls keine entscheidende Rolle; in gleicher Weise müssten sich Forderungen nach einer diverseren Besetzung der Justiz erübrigen. Es fragt sich jedoch, ob dieses Idealbild nicht ein Trug- oder Wunschbild ist.

Dies wird nur selten hinterfragt.¹⁰ Die juristische Ausbildung soll das juristische Argument in den Mittelpunkt stellen. Persönliche Einstellungen, Weltanschauungen oder Sympathien der Rechtsanwendenden sollen zurücktreten; maßgeblich für Entscheidungen sollen ausschließlich objektive Kriterien sein, während außerrechtliche und als irrelevant geltende Faktoren ausgeblendet werden.¹¹

Auch wenn diese Darstellung im Grundsatz berechtigt ist und wichtige Zwecke verfolgt, wird oftmals nicht hinreichend betont, dass die Hauptaufgabe der Richter*innen „nicht auf dem Gebiet der Logik, sondern der Zweckverwirklichung, der Teleologie“ liegt.¹² Geht man einen Schritt weiter, so liegt es auch nicht fern, dass subjektive Wertvorstellungen der Richter*innen bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe in deren Denk- und Entscheidungsprozess einfließen; schließlich gibt es sogar eine Reihe gängiger Argumentationsmuster und „methodischer“ Wege, um diese Wertvor-

10 Siehe aber beispielsweise die 58. Assistententagung (inzwischen: Junge Tagung) Öffentliches Recht 2018 zum Thema „Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht“; allgemein auch J. Risse, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild: Wie Heuristiken richterliche Entscheidungen beeinflussen, NJW 2018, 2848 (2848); aus rassismuskritischer Perspektive etwa D. Bartel/D. Liebscher/J. Remus, Rassismus vor Gericht: weiße Norm und Schwarzes Wissen im deutschen Recht, in: M. E. Karim Fereidooni (Hrsg.), Rassismuskritik und Widerstandsformen, Wiesbaden 2017, S. 361 (372 f.); allgemein zur Entscheidungsfindung von Richter*innen zuletzt C. Warmuth, Die Entscheidungsfindung von Richtern, Berlin 2025.

11 Zu dieser Erwartung vgl. Risse, Homo iuridicus (Fn. 10), 2848 f., der sie jedoch selbst ebenfalls wie hier als unrealistische Wunschvorstellung bezeichnet.

12 B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Auflage, München 2022, Rn. 682.

stellungen nicht nur zu berücksichtigen, sondern als vermeintlich objektive Rechtsanwendung in den Rechtsanwendungsprozess „einzuschleusen“.¹³ Diese Erkenntnisse sind nicht neu, in ihrer Bedeutung jedoch kaum zu unterschätzen.

2. Relevanz der Frage

Zu betonen ist an dieser Stelle jedoch, dass es keineswegs darum geht, infolgedessen das geschilderte Ideal der objektiven Richterschaft ganz grundsätzlich anzuzweifeln oder gar zu verwerfen. Dennoch lohnt sich die Beschäftigung mit der Frage, inwiefern gerade unbewusste Denkmuster die richterliche Entscheidungsfindung beeinflussen und inwiefern eine vielfältig besetzte Justiz in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist.

a) Bedeutung für das Verständnis richterlicher Entscheidungsfindung im Allgemeinen

Erstens schafft bzw. schärft die Befassung mit dieser Frage ein Bewusstsein für die Rolle der Richter*innen als Entscheider. Dieses Bewusstsein fehlt bisweilen gerade den Studierenden angesichts der oben geschilderten Perspektive der juristischen Ausbildung oder ist jedenfalls nur unzureichend ausgebildet. Die Beschäftigung mit der Person der Richter*innen kann darüber hinaus auch einen möglichen Anhaltspunkt für die Erklärung bieten, wieso gleich gelagerte Sachverhalte zuweilen unterschiedlich entschieden werden und welche Rolle außerrechtlichen Faktoren dabei zukommt.¹⁴ Diese Frage ist mit Blick auf die weitreichende Bedeutung der Rechtsprechung, wozu nicht zuletzt auch die Rechtserzeugung gehört, von enormer Bedeutung¹⁵ und hat bereits den Rechtsrealismus beschäftigt.¹⁶ Sie kann bei der

13 Das kann etwa durch die Berufung auf die „Natur“ oder das „Wesen“ einer Sache sowie auf den „objektiven“ Gesetzeszweck erfolgen; einführend dazu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie (Fn. 12), Rn. 647 sowie Rn. 988; vgl. auch *Risse*, Homo iuridicus (Fn. 10), 2848 f., *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn. 10), S. 26 f.

14 Ausführlich dazu *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn. 10), S. 186 ff.

15 Siehe dazu und zur Schaffung abstrakt-genereller Regelungen durch die Judikative *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, Tübingen 2017, 48 f.

16 Etwa *K. N. Llewellyn*, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, *Columbia Law Review* 1930, 431; zum Rechtsrealismus allgemein siehe *M. D. Schweizer*, *Cognitive*

Erfassung und Vermessung dessen, was im allgemeinen Sprachgebrauch als „Bauchgefühl“ bezeichnet wird, im Zusammenhang mit richterlicher Entscheidungsfindung helfen.¹⁷

b) Bedeutung einer diversen Besetzung der Justiz im Besonderen

Besondere Bedeutung erlangt die Frage eines Diversitätsdefizits in der Justiz aus langfristiger Sicht nicht zuletzt deswegen, weil davon die Wahrnehmung der Justiz durch die Beteiligten sowie durch die Öffentlichkeit generell beeinflusst werden kann. Die Wahrnehmung in der Öffentlichkeit ist dabei schon in den Zwecken des Zivilurteils angelegt, namentlich in dessen Kontrollzweck.¹⁸ Die verkündete Entscheidung ist und soll Gegenstand der Kontrolle durch die Öffentlichkeit sein.¹⁹ Das verdeutlicht, dass Urteile zwar primär an die Parteien des Rechtsstreits gerichtet sind, die Öffentlichkeit aber jedenfalls mittelbar zu den Adressaten gehört.²⁰ Akzeptanz des Urteils meint also nicht nur Akzeptanz durch die betroffenen Parteien, sondern auch durch die Öffentlichkeit.

Ein geschwächtes Vertrauen in die Justiz könnte sich wiederum als Zugangsbarriere erweisen: Zum einen kann das Gefühl, dass die eigene Perspektive vor Gericht nicht hinreichend anerkannt wird, dazu führen, dass eine betroffene Personengruppe von der Inanspruchnahme gerichtlicher Rechtsbehelfe absieht. Zum anderen kann dies auf Seiten der Justiz dazu führen, dass unterrepräsentierte Gruppen sich gegen die Tätigkeit in der Justiz entscheiden, wodurch ein bestehendes Diversitätsdefizit nur noch verschärft würde.²¹

Täuschungen vor Gericht – Eine empirische Studie, Zürich 2005, S. 5 ff., abrufbar unter <https://www.zora.uzh.ch/entities/publication/c14e7ed7-6b37-420a-9a10-fc4a4f04f086> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026); im Zusammenhang mit der Critical Race Theory siehe *Liebscher/Remus/Bartel*, Rassismus vor Gericht (Fn. 10), 144.

17 Dazu allg. *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972.

18 *A. Oswald*, Wann ist ein Zivilurteil „gelingen“? Zur Akzeptanz zivilgerichtlicher Judikate, NJW 2020, 3701 (3702).

19 *Oswald*, Akzeptanz (Fn. 18), 3702.

20 *Oswald*, Akzeptanz (Fn. 18), 3702.

21 Allgemein zur Perspektive des juristischen Arbeitsmarkts in diesem Kontext *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 64 f.

c) Bedeutung im (Zivil-)Recht

Ein bestehendes Diversitätsdefizit in der Justiz kann nicht nur institutionelle Repräsentationsfragen aufwerfen, sondern auch konkrete Auswirkungen auf den Zugang zum Recht und die effektive Durchsetzung materieller Rechtspositionen haben. Insofern stellt sich die Frage, ob ein Mangel an Diversität zugleich zu einem Durchsetzungsdefizit führt, insbesondere in Bereichen, die in besonderem Maße diskriminierungssensibel sind und bei denen es besonders auf die Perspektive der Betroffenen ankommt. Ein unzureichend diverses Justizsystem könnte so dazu beitragen, dass rechtliche Schutzmechanismen gegen Diskriminierung in der Praxis weniger effektiv in Anspruch genommen oder durchgesetzt werden.

Dies zeigt sich exemplarisch im Bereich des Antidiskriminierungsrechts. Untersuchungen belegen, dass Klagen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), die auf das Diskriminierungsmerkmal „Rasse“ oder „ethnische Herkunft“ gestützt werden, deutlich seltener erhoben werden als Verfahren zu anderen Merkmalen wie Geschlecht oder Behinderung. Diese geringe Klagehäufigkeit lässt auf geringere Anreize zur Rechtsverfolgung schließen.²²

Angesichts der Verpflichtung Deutschlands²³, wirksam gegen rassistische Benachteiligung vorzugehen, gewinnt ein effektives Antidiskriminierungsrecht zunehmend an Bedeutung. Eine solche Effektivität setzt jedoch nicht allein das Vorhandensein entsprechender Rechtsregeln voraus, sondern auch ihre konsequente Anwendung²⁴ und Inanspruchnahme. Letztere hängt wiederum eng mit Fragen richterlicher Wahrnehmung, unbewusster Vorannahmen und institutioneller Diversität zusammen. Vor diesem Hintergrund ist die Untersuchung des Zusammenhangs zwischen Diversitätsdefiziten in der Justiz und der praktischen Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts von zentraler Bedeutung.

22 *Liebscher/Remus/Bartel*, Rassismus vor Gericht (Fn. 10), 135.

23 Siehe dazu *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 7; Art. 2 II und Art. 5 Buchst. e ICERD; CERD, General Recommendation No. 20 (48) on Article 5, UN Doc. CERD/48/Misc. 6/Rev. 2 (1996), insb. Rn. 5.

24 Zu Durchsetzungsdefiziten des AGG siehe *M. Grünberger/A. Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, Tübingen 2020, S. 90 ff.

III. Urteilsheuristiken bzw. *Implicit Biases*

Für die praktische Durchsetzung ist die Erkenntnis wichtig, dass Richter*innen, wie jeder Mensch auch, über eigene Anschauungen verfügen. Diese sind insbesondere geprägt durch eigene Erfahrungen, Empfindungen und das Umfeld, in dem die Person aufgewachsen ist. Die damit angesprochene Sozialisierung bedeutet auch die Übernahme unbewusster Vorannahmen, also etwa Denkmuster und Stereotypen, die sich auf den Entscheidungs- und Urteilsprozess eines Menschen und damit auch der Richter*innen auswirken.²⁵

Unbewusste Vorurteile (*unconscious* oder *implicit biases*) sind psychologische Wahrnehmungs- und Bewertungsmuster, die ohne bewusste Absicht oder Kontrolle wirken und dadurch strukturelle Formen der Diskriminierung begünstigen können.²⁶ Diese Form von Diskriminierung muss von der bewussten und direkten Diskriminierung unterschieden werden.²⁷

1. Bias-Kategorien

In der sozialpsychologischen Forschung werden unterschiedliche Formen von Bias, also systematischen Wahrnehmungs-, Bewertungs- oder Entscheidungsverzerrungen, unterschieden. Diese Verzerrungen können auf bewussten oder unbewussten Prozessen beruhen und sowohl individuell als auch institutionell oder gesellschaftlich wirken.²⁸

25 Zum Phänomen kognitiver Täuschungen im Allgemeinen *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn.10), S.206 ff.; *Schweizer*, Kognitive Täuschungen (Fn.16), S.64 ff.; *J. Vasel*, The Most Dangerous Branch? – Der Mythos richterlicher Unabhängigkeit aus verhaltensökonomischer Perspektive, in: M. Müller/S. Drechsel/C. Helmrich/V. Streule/J. Weitensteiner (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, Baden-Baden 2018, S.121 ff.; *D. Busche*, Legal Tech und die verhaltenswissenschaftliche Analyse juristischer Entscheidungen, RW 2023, 69 ff.; *Risse*, Homo iuridicus (Fn.10), 2848 (2849 ff.); *A. Oswald*, Der richtige Umgang mit kognitiven Täuschungen und Compliance vor Gericht, JuS 2021, 1116; aus strafrechtlicher Perspektive *B. Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz, Hamburg 2018, S.63 ff.

26 *S. Magen*, §3 Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: A.K. Mangold/ M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, S.128; demnach bestehe diesbezüglich auch keine „normative Verantwortlichkeit“.

27 Vgl. *J. R. Feagin*, Indirect Institutionalized Discrimination: A Typological and Policy Analysis, *American Politics Quarterly* 5 (1977), 177 ff.

28 *J. Kang et al.*, Implicit Bias in the Courtroom, *UCLA Law Review* 2012, 1132.

a) Explizite Biases

Explizite Vorurteile beruhen auf bewussten Einstellungen oder Überzeugungen gegenüber bestimmten Gruppen. Sie werden offen geäußert oder sind den handelnden Personen zumindest bewusst zugänglich. Sie lassen sich typischerweise durch direkte Befragungen oder Selbstauskünfte erfassen, bei denen Personen zu ihren Einstellungen Stellung nehmen. Ein Beispiel wäre eine klassische Umfragefrage nach der Zustimmung zu stereotypen Aussagen. Allerdings ist die Aussagekraft solcher Verfahren begrenzt, da Befragte ihre Antworten bewusst steuern oder „sozial erwünscht“ formulieren können. Explizite Messinstrumente sind daher anfällig für Verzerrungen durch bewusste Selbstpräsentation.²⁹

b) Implizite Biases

Implizite Vorurteile beruhen demgegenüber auf automatischen, unbewussten Assoziationen zwischen bestimmten Gruppenmerkmalen (z. B. Hautfarbe, Geschlecht, Alter) und Bewertungen (z. B. „gut“ oder „schlecht“). Diese Reaktionsmuster entstehen durch soziale Lernprozesse und kulturelle Prägungen und können Entscheidungen beeinflussen, ohne dass sich die handelnde Person ihrer Wirkung bewusst ist. Erfasst werden sie meist durch indirekte Messverfahren, insbesondere den *Implicit Association Test* (IAT), bei dem Reaktionszeiten zwischen verschiedenen Wort- und Bildpaaren gemessen werden.³⁰ Implizite Verzerrungen sind nicht Ausdruck bewusster Diskriminierungsabsicht, können aber dennoch reale Benachteiligungen verursachen, etwa in richterlichen Beweiswürdigungen oder Einschätzungen von Glaubwürdigkeit.³¹

Ein Beispiel ist der *Self-Serving Bias*: Personen neigen dazu, sich selbst und Gruppen, denen sie sich zugehörig fühlen, positiver zu bewerten als andere. Diskriminierung gegenüber der eigenen Gruppe wird dadurch ten-

29 Kang et al., *Implicit Bias in the Courtroom* (Fn. 28), 1132.

30 Zum Test siehe <https://implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026); zur limitierten Aussagekraft siehe aber Magen, *Verhaltenswissenschaftliche Aspekte* (Fn. 26), S. 125 (140).

31 Kang et al., *Implicit Bias in the Courtroom* (Fn. 28), 1132 f.

denziell überschätzt, während Diskriminierung gegenüber „anderen“ Gruppen als weniger gravierend oder kaum vorhanden wahrgenommen wird.³²

c) Strukturelle Biases

Neben individuellen Verzerrungen wirken auch strukturelle oder institutionelle Formen von Bias.³³ Diese beruhen nicht auf individuellen Einstellungen, sondern auf den Rahmenbedingungen und Routinen gesellschaftlicher oder institutioneller Praxis, die frühere Ungleichheiten fortschreiben und verstärken können. Solche Prozesse führen zu Ungerechtigkeiten, ohne dass eine bewusste Diskriminierungsabsicht vorliegt. Beispielsweise können Organisationsstrukturen, Bewertungsmaßstäbe oder Auswahlkriterien systematisch bestimmte Gruppen benachteiligen, selbst wenn sich die handelnden Personen neutral verhalten möchten.³⁴

2. Einfluss auf die Rechtsanwendung insb. im Zivilrecht

Die geschilderten unbewussten Vorannahmen in Verbindung mit einem Diversitätsdefizit in der Justiz können sich auf verschiedene Art und Weise auf die Rechtsanwendung durch die Richter*innen auswirken. Studien vor allem aus den Vereinigten Staaten legen nahe, dass implizite Biases messbaren Einfluss auf richterliche Entscheidungen haben können, etwa bei der Strafzumessung, der Beurteilung von Zeugenaussagen oder der Bewertung von Glaubwürdigkeit.³⁵

Was Zivilverfahren angeht, ist die Studienlage dünn; auch hier kann ein Einfluss auf die Entscheidungsfindung aber nicht ausgeschlossen werden.³⁶ Denkbar ist dies in Bezug auf drei Ebenen, die hier nur angerissen

32 *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 61 m.w.N.; ausführlich zu weiteren kognitiven Verzerrungen *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn. 10), S. 215 ff.

33 *N. Bögelein/D. Rezene*, Zeigt sich im Gerichtssaal institutioneller Rassismus? Hinführende Überlegungen zu einem Forschungsprojekt, *Neue Kriminalpolitik* 2023, 528 (531 ff.).

34 *Kang et al.*, Implicit Bias in the Courtroom (Fn. 28), 1133.

35 *Kang et al.*, Implicit Bias in the Courtroom (Fn. 28), 1169; *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn. 10), S. 262 ff.

36 *Busche*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse juristischer Entscheidungen (Fn. 25), 75 f.; aus Perspektive des öffentlichen Rechts *Vasel*, Mythos richterlicher Unabhängig-

werden sollen.³⁷ Zunächst sind unbewusste Vorannahmen von Bedeutung, wenn es um die Ermittlung und Bewertung der relevanten Sachverhalte geht.³⁸ Daneben besteht bei der Auslegung von Rechtsnormen und Rechtsbegriffen ein Einfallstor für unbewusste Vorannahmen und deren Einfluss auf die Auslegung einzelner Rechtsbegriffe. Gerade das Zivilrecht bedient sich dogmatischer Figuren, die auf einen „objektiven“ Dritten abstellen.³⁹ Diese Figuren bergen zumindest im Ausgangspunkt, wenn sie allein von einer homogenen Rechtsanwendergruppe bestimmt werden, die Gefahr, dass andere Perspektiven nicht hinreichend berücksichtigt werden und die zugrunde liegenden (vielleicht auch: zugrunde gelegten) Annahmen kaum überprüfbar sind.⁴⁰ Gleiches gilt auch, wenn etwa der Gesetzgeber selbst teilweise der Justiz die Bildung von Fallgruppen überlässt.⁴¹

IV. Erhebung eines Meinungsbildes innerhalb der Justiz

Bei den bisherigen Ausführungen ging es um die Frage nach einem Strukturproblem innerhalb der Justiz sowie darum, welche Rolle einer wenig divers besetzten Justiz im Zusammenhang mit dem Prozess der Entscheidungsfindung zukommen kann. Belastbare Aussagen zur Zusammensetzung der Justiz mit Blick auf Diversitätsmerkmale wie soziale Herkunft und Migrationshintergrund lassen sich nicht treffen, da entsprechende Daten fehlen und auch in der folgenden Untersuchung aufgrund beschränkter Kapazitäten nicht systematisch erhoben werden konnten.⁴² Vor diesem Hintergrund sollte daher die Frage untersucht werden, ob und wie sich die vorstehenden Überlegungen zur Bedeutung eines Diversitätsdefizits in der Justiz in der richterlichen Selbstwahrnehmung widerspiegeln und wie der gegenwärtige Diversitätsdiskurs von Seiten der Richter*innen gedeutet

keit (Fn. 25), S. 133 ff; zur zivilrechtlichen Berufung aus psychologischer Sicht siehe *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern, S. 184 ff. (Fn. 10).

37 Vgl. dazu und zum Folgenden *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 59 ff.; allgemein siehe auch *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn. 10), S. 184 ff.

38 Vgl. dazu allgemein aus Praxissicht *J. Riedel*, Das Zurichten des Sachverhalts, in: H. Hof/P. G. v. Olenhusen (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen, Baden-Baden 2012, S. 430.

39 Siehe allgemein dazu *E. Barnert*, Der eingebildete Dritte, Tübingen 2008.

40 *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 59 f.; *E. Kocher*, Die Position der Dritten – Objektivität im bürgerlichen Recht, *JdöR* 2019, 361 (416).

41 Allg. dazu in etwas zugespitzter Form *G. Hirsch*, Zwischenruf – Der Richter wird’s schon richten, *ZRP* 2006, 161.

42 Vgl. auch *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 31 ff.

wird. Es ging ferner darum, ohne konkreten Sachverhaltsbezug zu ermitteln, inwieweit die Problematik unbewusster Vorannahmen bekannt ist und im Zusammenhang mit der Frage nach einer diversen Besetzung der Justiz von Richter*innen eingeschätzt wird.

Ziel der Untersuchung war es also, unmittelbar mit Entscheidungsträger*innen in Kontakt zu treten und ihre individuellen Wahrnehmungen und Einschätzungen zu erfassen. Dabei stand nur die Gewinnung eines ersten, explorativen Stimmungs- und Erfahrungsbildes im Vordergrund. Ausgehend von diesem Untersuchungsgegenstand versteht sich die durchgeführte Befragung nicht als empirische Überprüfung bzw. Erfassung eines strukturellen Diversitätsdefizits, sondern hebt auf die subjektive Wahrnehmung von Richter*innen auf den Diskurs ab. Ausdrücklich nicht Ziel war es zudem, den Einfluss von *implicit biases* auf die richterliche Entscheidungsfindung zu messen, was eine andere Methodik und Herangehensweise erfordert hätte.⁴³

1. Methodisches Vorgehen und Limitationen

Zu diesem Zweck wurde eine anonyme Online-Umfrage konzipiert und über ein webbasiertes Erhebungstool⁴⁴ durchgeführt. Die Einladung zur Teilnahme wurde an sämtliche Justizministerien der deutschen Bundesländer mit der Bitte um Weiterleitung an sämtliche im jeweiligen Zuständigkeitsbereich liegenden Zivilgerichte versandt. Die Weiterleitung zugesagt haben die jeweiligen Ministerien aus Bayern, Hessen, Sachsen-Anhalt sowie Schleswig-Holstein. Ausdrückliche Absagen gab es unter Verweis auf Kapazitätsgründe aus den jeweiligen Ministerien in Berlin sowie in Niedersachsen; im Übrigen blieb die Anfrage unbeantwortet. Zur Verfügung stand ein Zeitraum von knapp zwei Monaten. Insgesamt nahmen 226 Personen an der Umfrage teil, von denen 77 den Fragebogen vollständig ausfüllten. Die Fragebögen wurden ausgewertet, soweit sie ausgefüllt wurden.⁴⁵ Der Fragebogen umfasste 14 Fragen, die sowohl standardisierte Einschätzungsfragen

43 Siehe dazu oben den *Implicit Association Test*. Die befragten Personen wurden jedoch auf diesen Test aufmerksam gemacht, was wiederum Rückschlüsse auf die fehlende oder bestehende Bereitschaft zulässt, sich auf solche Methoden einzulassen.

44 LamaPoll: <https://app.lamapoll.de/> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026).

45 Die jeweils zugrunde liegende Fallzahl wurde bei den einzelnen Auswertungen kenntlich gemacht.

auf Skalen als auch Freitextfelder enthielten, um persönliche Begründungen und Erfahrungsberichte zu ermöglichen.⁴⁶

Aus der geschilderten methodischen Vorgehensweise⁴⁷ ergeben sich folgende methodische Begrenzungen und Limitationen, vor deren Hintergrund die folgenden Ergebnisse einzuordnen sind. Zunächst kann eine Rücklaufquote nicht bestimmt werden, weil die Vermittlung der Umfrage institutionell erfolgte. Eine Aussage darüber, ob und in welchem Umfang (bezogen auf die jeweiligen Gerichtsbezirke) die Weiterleitung tatsächlich veranlasst wurde, ist nicht möglich. Die Ergebnisse sind daher auch nicht repräsentativ. Hinzu kommt die selektive Teilnahme, da die Beantwortung der Umfrage nur auf freiwilliger Basis erfolgte. Ein entsprechender Selektions- und Abbruchbias ist daher möglich. Insbesondere kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich vor allem Richter*innen mit einem besonderen Interesse an der Thematik und/oder betroffene Richter*innen (also solche, die zumindest ein Diversitätsmerkmal aufweisen) zur Teilnahme entschieden bzw. die Umfrage vollständig ausgefüllt haben. Ferner wurden demographische Daten nur auf freiwilliger Basis erhoben, um die Teilnahmebereitschaft zu fördern. Eine Auswertung der Antworten mit Blick auf die persönlichen Eigenschaften wie Alter, Geschlecht und beruflicher Erfahrung sowie die Kontextualisierung der Antworten vor dem Hintergrund dieser persönlichen Eigenschaften ist folglich nicht möglich. Trotz dieser methodischen Einschränkungen erlauben die erhobenen Daten zumindest vorsichtige explorative Einblicke in die Sichtweisen und Erfahrungen von Richter*innen aus unterschiedlichen Bundesländern. Gleiches gilt für die Stichprobengröße, auch wenn die Stichprobengröße zahlenmäßig überschaubar ist.

46 Fragebogen und Rohdaten stehen zur Verfügung unter <https://zenodo.org/records/18145204> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026).

47 Einer im Ansatz ähnlichen Methodik bedient sich *Warmuth* in ihrer tiefgehenden Untersuchung zur Entscheidungsfindung von deutschen Berufsrichter*innen, siehe dazu *Warmuth*, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn. 10), S. 298 ff. Im Übrigen unterscheiden sich aber die hiesige Zielsetzung und Vorgehensweise von derjenigen *Warmuths*, da hier anders als bei *Warmuth* nicht die Messung psychologischer Effekte beabsichtigt war.

2. Ergebnisse

Einleitend wurde nach der Einschätzung der Befragten gefragt, wie realistisch das Ideal einer neutralen Justiz aus ihrer Sicht sei.⁴⁸ Die Antworten⁴⁹ wurden auf einer Skala von 1 (überhaupt nicht realistisch) bis 10 (vollständig realistisch) erhoben. Bereits hier zeigte sich eine ausgeprägte Ambivalenz: 43 % der Teilnehmenden verorteten ihre Einschätzung im unteren Skalenbereich (Werte von 1 bis 5) und bewerteten die vollständige Realisierbarkeit richterlicher Neutralität damit eher skeptisch. Demgegenüber ordneten 57 % ihre Einschätzung im oberen Skalenbereich (Werte von 6 bis 10) ein und hielten das Ideal entweder für sehr realistisch (Skalenwerte 9 und 10; 15 %) oder zumindest für eher realistisch (Skalenwerte 6 bis 8; 42 %). Ein weiterer zentraler Aspekt der Befragung war das Wissen um das psychologische Phänomen unbewusster Vorannahmen. 91 % der antwortenden Teilnehmenden⁵⁰ gaben an, den Begriff zu kennen.

Dann wurden die Befragten gebeten, den Test „Race (‘Black – White’ IAT)“ durchzuführen und im Nachgang wurde gefragt, ob sie es ausgehend von dem durchgeführten Test für möglich hielten, dass unbewusste Vorannahmen die richterliche Entscheidungsfindung beeinflussen können; die Beantwortung dieser Frage war in Form eines offenen Freitextfeldes möglich. Der gewählte IAT verfolgt das Ziel, implizite Assoziationen zu messen, indem die Testpersonen Bilder (etwa das Schwarze Menschen) und wertende Beschreibungen (etwa „freundlich“) einander zuordnen sollen. Passen nach der Wahrnehmung der Testpersonen die gezeigten Bilder bzw. Personen nicht zueinander (etwa weil Schwarze Menschen nicht für freundlich, sondern für gewalttätig gehalten werden), führt das im Ergebnis zu einer längeren Reaktionszeit, die darauf schließen lassen soll, dass bei diesen Personen eine Assoziation der jeweiligen Personengruppe mit Gewalt besteht.⁵¹ Der IAT wurde von Verf. selbst jedoch nicht als Erhebungsinstrument im eigentlichen Sinne verwendet, zumal eine Kontrolle der Testumgebung und -durchführung durch Verf. nicht gegeben war; die Teilnehmenden wurden lediglich auf eine externe Seite verwiesen. Eine

48 Die Ergebnisse werden im Folgenden aus Platzgründen nur vereinzelt ausgewertet.

49 177 Teilnehmende.

50 175 Teilnehmende.

51 Näher zum Test <https://implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026); für eine nähere Beschreibung und (kritische) Einordnung siehe Magen, Verhaltenswissenschaftliche Aspekte (Fn. 26), S. 125 (140 ff.).

eigenständige Auswertung des Tests sowie Verknüpfung mit den übrigen Antworten war also nicht möglich.

Ziel der Einbindung war – dem Ziel der Umfrage entsprechend – nicht die Messung solcher impliziter Biases als solche, sondern die Erfassung der Wahrnehmung durch Richter*innen und ihres Problembewusstseins sowie die Bewertung dieses Instruments durch die befragten Personen. Außerdem sollte der IAT als Reflexionsimpuls dienen bzw. die Einstellung der Richter*innen zu diesem Befragungsinstrument erhoben werden. Die Antworten⁵² verdeutlichen, dass die Mehrheit der Befragten den IAT entweder skeptisch oder neutral beurteilt. Etwa ein Drittel (35 %) zweifelt die Aussagekraft des Tests grundsätzlich an, weitere 30 % sehen ihn zwar als Bestätigung ihrer eigenen Wahrnehmung, aber nicht als erkenntnistiftend. Nur rund 9 % beschrieben den Test als Anlass zur persönlichen Reflexion über unbewusste Biases.

Darauf aufbauend wurde gefragt, ob die Teilnehmenden es für möglich halten, dass unbewusste Vorannahmen ihre richterliche Entscheidungsfindung beeinflussen können, und ob sie sich an konkrete Situationen erinnern, in denen ein solcher Einfluss denkbar gewesen sein könnte. Etwa 77 %⁵³ bejahten grundsätzlich die Möglichkeit einer Beeinflussung. Innerhalb dieser Gruppe konnte etwa die Hälfte konkrete Situationen benennen. Als Beispiele wurden etwa Fallkonstellationen genannt, in denen bei „Aussage-gegen-Aussage“-Konstellationen tendenziell „deutschen“ Zeugen mehr Glauben geschenkt werde als „ausländischen“. Zur Begründung wurde häufig angeführt, dass sprachliche Ausdrucksfähigkeit oder rhetorische Sicherheit unbewusst als Indikatoren für Glaubwürdigkeit wahrgenommen würden. Ebenfalls erwähnt wurde, dass Anwält*innen mitunter aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes (etwa Kleidung, Körperstatur oder Habitus) fälschlicherweise für Parteien oder Zeugen gehalten würden.

Die andere Hälfte der ersten Gruppe von 77% der Antwortenden, die die Möglichkeit einer Beeinflussung grundsätzlich bejahten, war der Auffassung, dass ihre eigenen Entscheidungen hiervon nicht betroffen seien. Sie verwiesen insbesondere auf die objektive Sachverhaltswürdigung und die juristische Methodik als Garantien richterlicher Neutralität. Diese Differenz zwischen abstrakter Anerkennung der Gefahr und der gleichzeitigen Verneinung persönlicher Betroffenheit lässt auf eine Diskrepanz zwischen

52 78 Teilnehmende.

53 84 Teilnehmende.

theoretischem Problembewusstsein und individueller Selbstwahrnehmung schließen.

Im Anschluss wurde gefragt, ob die Befragten Strategien oder Routinen entwickelt haben, um einer möglichen Beeinflussung durch unbewusste Vorannahmen entgegenzuwirken. Die Frage war als offenes Freitextfeld ausgestaltet.⁵⁴ Die Auswertung erfolgte durch eine inhaltlich-thematische Kategorisierung der Antworten, wobei Mehrfachzuordnungen möglich waren. Ein erheblicher Teil der Antwortenden beschrieb bewusst eingesetzte Reflexionsstrategien, mit denen einer möglichen Verzerrung begegnet werden soll. Genannt wurden insbesondere der Vergleich strukturell ähnlicher Fälle mit unterschiedlicher Parteienkonstellation, der kollegiale Austausch sowie das bewusste Hinterfragen eigener erster Einschätzungen.

Als weitere Gegenstrategien wurden klassische juristische Vorgehensweisen genannt: eine sorgfältige Abwägung der Argumente, die Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen, die Orientierung an Recht und Gesetz, die Suche nach objektiven Anhaltspunkten in Sachverhalt und Beweismitteln sowie eine gründliche Aktenlektüre vor dem persönlichen Kontakt im Gerichtssaal. Ein kleinerer Teil der Antwortenden vertrat hingegen die Ansicht, dass unbewusste Vorannahmen ohnehin nicht vollständig vermeidbar seien und daher auch kein spezifischer Umgang erforderlich sei.

In einer weiteren Frage wurden die Befragten gebeten anzugeben, ob es aus ihrer Sicht bestimmte Fallkonstellationen oder Rechtsgebiete gibt, in denen Richter*innen besonders anfällig für den Einfluss unbewusster Vorannahmen oder stereotyper Zuschreibungen sein könnten. Die Beantwortung erfolgte in Form eines offenen Freitextfeldes, in dem die Antwortenden ihre persönlichen Einschätzungen und Erfahrungen schildern konnten. Als besonders anfällige Rechtsgebiete wurden das Strafrecht, Asylrecht und Familienrecht genannt, also Bereiche, in denen persönliche Lebensrealitäten und kulturelle Hintergründe der Beteiligten häufig eine Rolle spielen.⁵⁵

Abschließend wurde nach der Einschätzung gefragt, ob eine divers zusammengesetzte Justiz unbewusste Vorurteile minimieren könne.⁵⁶ Etwa zwei Drittel der Befragten sahen in einer stärkeren Diversität innerhalb der Justiz einen positiven Einfluss. Dabei wurde besonders hervorgehoben, dass unterschiedliche Erfahrungen und Lebensrealitäten einen wertvollen

54 80 Teilnehmende.

55 78 Teilnehmende.

56 77 Teilnehmende.

Beitrag leisten können, so vor allem im kollegialen Austausch, in dem verschiedene Perspektiven als Anstoß zur Reflexion wahrgenommen werden. Zugleich wurde betont, dass die Justiz insgesamt die gesellschaftliche Vielfalt stärker widerspiegeln sollte, weil das ihre Akzeptanz erhöhen könne. Gleichzeitig äußerten einige Teilnehmende die Befürchtung, dass Diversität zwar neue Perspektiven eröffne, zugleich aber auch neue Vorannahmen mit sich bringen könne, da jede Gruppe eigene implizite Wertungen gegenüber anderen habe. Schließlich meinten einzelne Befragte, dass unbewusste Vorannahmen insgesamt kein gravierendes Problem darstellten, da sowohl der Amtseid als auch die juristische Ausbildung die Richter*innen zur Neutralität verpflichteten. Diese Einschätzung steht jedoch im Widerspruch zu der oben dargestellten Wirkungsweise unbewusster Vorannahmen und kognitiver Verzerrungen.⁵⁷

3. Fazit

Die Untersuchung zielte nicht darauf ab, ein Diversitätsdefizit innerhalb der Justiz empirisch zu erfassen oder den Einfluss impliziter Vorannahmen auf die richterliche Entscheidungsfindung nachzuweisen. Im Mittelpunkt stand vielmehr die richterliche Selbstwahrnehmung in Bezug auf diese beiden Aspekte sowie ihr Verhältnis zueinander.

Die Ergebnisse der Umfrage verdeutlichen, dass das Phänomen unbewusster Vorannahmen den antwortenden Richter*innen ganz überwiegend bekannt ist. Ein grundsätzliches Bewusstsein für die Existenz sogenannter *implicit biases* ist damit unter der antwortenden Richterschaft vorhanden, wobei hier nochmal auf die methodischen Limitationen hingewiesen wird. Zugleich zeigt sich jedoch, dass der mögliche Einfluss solcher unbewussten Wahrnehmungs- und Bewertungsmuster auf die eigene Entscheidungsfindung nur begrenzt reflektiert wird. Während die abstrakte Relevanz des Themas anerkannt wird, erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den individuellen Auswirkungen im konkreten Fall bislang kaum.

Positiv hervorzuheben ist, dass die Mehrheit der Befragten eine divers zusammengesetzte Justiz als wünschenswert empfindet. Diese Haltung wird allerdings weniger im Hinblick auf die unmittelbare richterliche Entscheidungsfindung verstanden, sondern vielmehr im Kontext der institutionellen Legitimität und gesellschaftlichen Akzeptanz der Justiz. Diversität wird

57 Siehe dazu allgemein Warmuth, Die Entscheidungsfindung von Richtern (Fn.10), S. 186 ff. und die weiteren Nachweise in Fn. 25.

demnach primär als Beitrag zur größeren Akzeptanz der Justiz in der Bevölkerung und zur Bereicherung des kollegialen Austauschs betrachtet. Zugleich könne dieser erweiterte Erfahrungshorizont mittelbar auch die Sensibilität für unbewusste Vorannahmen in der Einzelfallentscheidung fördern.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass ein hohes Problembewusstsein vorhanden ist, diesem jedoch bislang keine konsequente strukturelle oder methodische Verankerung in Ausbildung, Fortbildung und richterlicher Praxis gegenübersteht.

Damit ist nicht gesagt, dass unbewusste Vorannahmen auch tatsächlich die richterliche Entscheidungsfindung beeinflussen. Zwar wurden die Teilnehmenden gebeten, einen IAT durchzuführen; dessen Auswertung war aber aus verschiedenen Gründen (s.o.) nicht möglich. Unabhängig davon erlaubte aber auch eine (hier nicht mögliche) Auswertung der Daten keine Aussagen darüber, ob und in welcher Weise die beim IAT gemessenen impliziten Assoziationen konkrete richterliche Entscheidungsprozesse und deren Ergebnis insgesamt beeinflussen.⁵⁸ Entnehmen lässt sich aber, dass dies nach Einschätzung der antwortenden Richter*innen der Fall ist und deswegen zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden sollte. Sieht man wie die Verf. ein Diversitätsdefizit als solches bereits als problematisch an und entnimmt man dem aufgrund der oben geschilderten potenziellen Auswirkungen bereits ein Handlungsgebot in Bezug auf die Förderung benachteiligter oder unterrepräsentierter Personengruppen,⁵⁹ so zeigt dieser erste, nicht repräsentative Annäherungsversuch der Verf. zumindest auf, dass jedenfalls im Ausgangspunkt auch eine gewisse Offenheit und Akzeptanz in Bezug auf Diversitätsforderungen vorhanden sind. Aufgrund der oben geschilderten Limitationen sind diese Ergebnisse jedoch nur eingeschränkt belastbar und erlauben keine verallgemeinerte Aussage darüber, wie Richter*innen den Diversitätsdiskurs wahrnehmen. Sie geben jedoch Aufschluss über einzelne Argumentationsmuster und verweisen auf einen weiteren Diskussionsbedarf, insbesondere im Hinblick auf die richterliche Entscheidungsfindung.

58 Vgl. auch *Magen*, Verhaltenswissenschaftliche Aspekte (Fn. 26), S. 125 (140), der anzweifelt, ob und inwiefern implizite Biases als Ursache diskriminierenden Verhaltens bezeichnet werden können.

59 So im Ergebnis auch *Grünberger et al.*, Diversität (Fn. 1), S. 65 f.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Ausgangspunkt des Beitrags war der aktuelle Diversitätsdiskurs mit Blick auf die Justiz. Die Ausführungen haben aufgezeigt, wie allgemeine Diversitätsforderungen in rechtlich relevanter Weise zumindest im Ansatz aufgenommen werden können. Im ersten Teil wurde die Debatte im richterlichen Kontext eingeordnet sowie auf einen möglichen Zusammenhang zwischen einer diversen Besetzung der Justiz und der richterlichen Entscheidungsfindung hingewiesen. Im zweiten Teil wurden die Ergebnisse einer explorativen Umfrage vorgestellt, die der Frage nachging, wie Richter*innen diesen Zusammenhang selbst wahrnehmen. Angesichts der geschilderten methodischen Grenzen bleibt weiterhin offen, ob und welcher Einfluss auf die Entscheidungsfindung konkret besteht sowie inwiefern sich hierbei das Selbstverständnis der Richter*innen auswirkt. Zu betonen ist auch, dass zuverlässiges Datenmaterial zur Besetzung der Justiz immer noch fehlt.⁶⁰ Die Auseinandersetzung mit diesen Fragen ist vor dem geschilderten Hintergrund jedoch kein Selbstzweck, sondern kann die Diversitätsdebatte im Bereich der Justiz auf eine differenziertere Grundlage stellen und dadurch die weitere Diskussion bereichern.

60 Vgl. etwa die offiziellen Statistiken zur Zusammensetzung der englischen und walisischen Justiz: <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2025-statistics/diversity-of-the-judiciary-legal-professions-new-appointments-and-current-post-holders-2025-statistics--2> (zuletzt abgerufen am 05.01.2026).

Selbsthistorisierung als blinder Fleck der Zivilrechtswissenschaft. Erkenntnisse aus öffentlich verfügbaren Daten zum GJZ e.V.

Hanjo Hamann*

zugleich zum Gedenken an
Prof. Dr. Oliver Remien
* 9.4.1957 † 24.4.2023

Der vorliegende Beitrag beschließt das 35. Jahrbuch der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft e.V. (GJZ). Fünfunddreißig Folgen, das ist selbst im Zeitalter des Streaming eine stattliche Serie. Sogar der große deutsche Netflix-Hit „Dark“ (2017–2020) kam auf neun Folgen weniger. Dennoch ist das komplexe Geflecht der Dark-Charaktere und die *origin stories* der Familien Doppler, Nielsen, Tiedemann und Kahnwald schon nach fünf Jahren viel besser erforscht¹ als Geschichte und Demographie der vergleichsweise einfach gestrickten GJZ-Familie nach 35 Jahren.

Dass es auch anders geht, zeigt die ältere Schwester der GJZ – die „Junge Tagung Öffentliches Recht“ (JTÖR). Während Jubiläen der GJZ kaum einmal im Vorwort ihrer Jahrbücher Erwähnung finden,² pflegt die JTÖR ihre Traditionen viel selbstbewusster und vergewissert sich regelmäßig der

* Prof. Dr. Dr., JSM (Stanford), zwischenevaluierter Qualifikationsprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, sowie Vorstandsvorsitzender des GJZ e.V. im Kalenderjahr 2025.

1 Vgl. etwa A. Batori, „Everything is Connected“. Narratives of Temporal and Spatial Transgression in Dark, VIEW: J. of Eur. TV Hist. & Cult. 2021, H. 19, S. 1–13 (doi.org/10.18146/view.246); J. Blank, Going Round in Cycles: Time Travel and Determinism in the Netflix Show Dark, in: L. Schmeink/I. Cornils (Hrsg.), New Perspectives on Contemporary German Science Fiction, Cham 2022, S. 17–41 (doi.org/10.1007/978-3-030-95963-0_2); T. Lysak, The Future: Missing Children, Time Travel, and Post-Nuclear Apocalypse in the Dark Series (Netflix), Arts 2023, Nr. 235, S. 1–12 (doi.org/10.3390/arts12060235); D. Tachmatzidis/V. Chasiotis, A Psychological Approach into the Hypermodernity Aspects of the Netflix Series „Dark“, Psy. & Behav. Sci. 2023, 1–9 (doi.org/10.11648/j.pbs.20231201.11).

2 Eigentlich nur bei E. Beyer u.a., Vorwort, in: Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, 2019, S. 5: „Das dreißigjährige Jubiläum war uns nicht nur Anlass, dankbar zurück-, sondern auch gespannt in die Zukunft zu schauen.“

eigenen Her- und Zukunft.³ Diese Fachsäulendivergenz setzt sich in den Fachvereinigungen der älteren Semester nahtlos fort.⁴ Das legt die Vermutung nahe, dass ein blinder Fleck speziell der Zivilrechtswissenschaft auf ihrer Institutionsgeschichte liegt.

Deshalb sei zum Abschluss des 35. GJZ-Jahres (und 125. BGB-Jubiläums) erstmals ein umfassender und evidenzbasierter Rückblick gewagt. Dazu wurden für den folgenden Beitrag das Vereinsregister ausgewertet, die Inhaltsverzeichnisse der bisherigen Jahrbücher soweit erforderlich nachdigitalisiert, die daran Beteiligten und darin Publizierten erfasst und die Vorworte sowie einige Tagungsberichte neu gelesen.⁵ Die aus diesen öffentlich zugänglichen Quellen erhobenen Daten zu 35 Jahren Vereinsleben stehen nun erstmals geschlossen online zur Verfügung.⁶

Was als empirische Randnotiz zur Anreicherung des Vorworts begann, wuchs sich so schnell zum separaten Geleitwort aus und schließlich zu einem eigenständigen Beitrag zur Ausleuchtung *eines* Propriums der (nicht nur)⁷ jungen Zivilrechtswissenschaft: Ihrer weithin unterlassenen Selbstbe-
spiegelung.

3 Nachw. unten in Fn. 16.

4 Statt aller R. Zimmermann, Wie es die anderen machen... Charakteristika der Zivilrechtslehrervereinigung und ihrer „Kultur“, in: P. Cancik u.a. (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, 2022, S. 919 = AcP 223 (2023), 605, der im Gegensatz zur „vergleichsweise umfangreichen Literatur zur Staatsrechtslehrervereinigung“ (ebd. 606) die „ungünstige Quellenlage“ zur Zivilrechtslehrervereinigung beklagt, deren Akten mit wenigen Ausnahmen „nur bis in die 1980er Jahre zurückreichen“ (608 mit Fn. 10) und statt systematischer Archivierung „normalerweise beim Wechsel des Vorsitzes [...] in der Regel im Privatfahrzeug des Alt- oder Neuvorsitzenden“ ohne Übergabeprotokoll weitergegeben werden (608 Fn. 9).

5 Einstweilen nicht ausgewertet wurden die Papierakten der GJZ-Vorstände; das muss einer weiteren Studie vorbehalten bleiben.

6 Im Forschungsrepositorium Zenodo unter doi.org/10.5281/zenodo.18194711. Für weitreichende Unterstützung bei der Datenerhebung danke ich Simon Weyhofen.

7 Zur Zivilrechtslehrervereinigung bereits H. Hamann, Deutsche Zivilrechtslehre. Eine rechtstatsächliche Untersuchung ihrer Demographie, Institutionalisierung und Lehrstuhldenominationen, AcP 221 (2021), 287.

A. Ursprung

„Die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler verdankt ihre Entstehung den Staatsrechtlern.“ So kündete – mit unüberhörbar überraschtem Unterton – ein Tagungsbericht vor zehn Jahren.⁸

Tatsächlich überraschte das viele. Denn trotz ihres vergleichsweise jungen Alters leidet die GJZ aufgrund raschen Mitgliederwechsels und kurzer Vorstandszyklen an einem erschreckend kurzen institutionellen Gedächtnis. Sogar ihr offizielles Publikationsorgan – das alljährliche „Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft“ – taugt nicht immer zur verlässlichen Historisierung. So berief sich das Vorwort des Jahrbuchs 2012 auf den Berliner Rechtslehrer *Stefan Grundmann* als „Gründungsmitglied“ des Vereins,⁹ obwohl noch im ersten Jahrbuch als „die Gründungsmitglieder“ nur acht Unterzeichner der Satzung vom 13. März 1990 aufgetreten waren: „*Dr. Harald Baum, Dr. Bernd H. Oppermann, LL.M., Dr. Reinhard Ellger, Detlev Witt, Manfred Wenckstern, Dr. Michael Becker, Oliver Remien, Dr. Christoph Engel*“.¹⁰ Acht junge Männer (im Schnitt 34 Jahre alt¹¹), von denen alle außer *Detlev Witt* später als Hochschullehrer tätig waren und alle außer *Oliver Remien* noch heute am Leben sind.¹²

Eine Hälfte dieses Oktetts stellte zugleich den ersten Vereinsvorstand, der am 10. April 1990 ins Hamburger Vereinsregister eingetragen wurde; den Vorsitz übernahm das zuletzt genannte Gründungsmitglied. Denn trotz seiner vornehm zurückhaltenden Letztnennung war der entscheidende Gründungsimpuls von diesem Mitglied ausgegangen, das sich später *als Staatsrechtslehrer* einen Namen durch den Aufbau eines international re-

8 *G. Albers*, Tagungsbericht Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht: 25. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler vom 10. bis 13. September 2014 in Köln, *JZ* 2015, 141.

9 *M. Hauer* u.a., Vorwort, in: *Macht im Zivilrecht*, 2012, S. 5.

10 Vgl. Satzung, in: *Kapitalmarktrecht, Schadensrecht, Privatrecht und deutsche Einheit*, 1990, S. 185, 188 (Kursivierungen nachgefügt); *Stefan Grundmann* fand sich immerhin in einer gemischten Liste der „Mitglieder und Tagungsteilnehmer“ aus dem Juli 1990 (ebd. S. 191).

11 Das Geburtsdatum von *Detlev Witt* ist nicht öffentlich bekannt; die anderen Genannten waren in der Reihenfolge ihrer Nennung 37, 34, 36, 33, 34, 32 und 34 Jahre alt.

12 Das GJZ-Jahrbuch in *Remiens* Todesjahr (2023) erschien als einziges ohne Vorwort, daher sei das damals ausgebliebene Gedenken der GJZ nun (durch die Widmung eingangs des Beitrags) nachgeholt. Zuvor beleuchteten bereits die GJZ-Ehemaligen *B. Lurger/S. Segger-Piening*, Nachruf *Oliver Remien (1957–2023)*, *JZ* 2023, 820 sein Leben und wiesen auf seine Rolle als GJZ-Mitgründer hin.

nommierten Max-Planck-Institutes machen sollte: Durch seine Promotion im Völkerrecht nämlich war *Christoph Engel* bereits mit der dreißig Jahre älteren „Assistententagung Öffentliches Recht“ vertraut, die schon seit 1961 tagt (seit 2020 als „Junge Tagung Öffentliches Recht“).¹³ So wurde für die ersten beiden GJZ-Tagungen noch unmissverständlich das „Ziel gesetzt, auch im zivilrechtlichen Bereich das zu schaffen, was es bei den öffentlich-rechtlichen Kollegen seit langem gibt“.¹⁴

Die Erinnerung an diesen Ursprung verblasste freilich schnell – was manchem selbstbewussten Zivilisten vielleicht nicht ganz unrecht war. Denn als GJZ-Gründer *Engel* auf der 25. Tagung in Köln 2014 bei einer „Tischrede anlässlich des Galaabends im Schokoladenmuseum“ an den Gründungsimpuls von einst erinnerte, raunte man, dass „mancher Zivilrechtswissenschaftler vielleicht lieber nicht gehört hätte“, dass die „ehrwürdige Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler [...] nichts anderes als ein Derivat der Assistententagung Öffentliches Recht“ sei.¹⁵ Auch im zugehörigen Jahrbuch fand sich außer einem Dank an das „Gründungsmitglied“ im Vorwort keine Spur von Gegenstand und Inhalt seiner Tischrede.

So erklärt sich, dass sogar *Engels* akademische Schüler – wie der Autor dieses Beitrags – schon zehn Jahre später wieder im Dunklen tappten und von Neuem überrascht waren, einen Staatsrechtslehrer aus dem engsten persönlichen Umfeld als Gründungsvorsitzenden der Vereinigung zu identifizieren. Erneut nötigte man daher *Engel* zu einer Dinner Speech, die zum Abschluss der 35. Tagung (und keine vier Wochen nach seiner altersbedingten Entpflichtung als Max-Planck-Direktor) stattfand. Erneut berichtete er – was hiermit erstmals schriftlich festgehalten sei –, dass er schon 1982 die Tübinger Assistententagung Öffentliches Recht mitorganisiert hatte, dann aber seinem akademischen Lehrer ins Zivilrecht gefolgt sei, um sich in Hamburg zum Rundfunkrecht zu habilitieren. Dort habe er als Neuling dieses Fachgebiets darunter gelitten, seine Fachkollegen gar nicht zu kennen, und sei deshalb das „Wagnis“ eingegangen, eine

13 Dazu *Albers* (Fn. 8) JZ 2015, 141: „Deren Assistenten treffen sich schon seit 1961 einmal im Jahr unter Ausschluss des wissenschaftlichen Establishments. Es musste erst mit Christoph Engel ein Öffentlichrechtler nach seiner Promotion ins Zivilrecht wechseln, um das Konzept auch hier salonfähig zu machen.“

14 *H. Baum* u.a., Vorwort, in: Kapitalmarktrecht, Schadensrecht, Privatrecht und deutsche Einheit, 1990, S. 5; *J. Jickeli* u.a., Vorwort, in: Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht, 1991, S. 5.

15 *A.-M. Kaulbach*, Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht: Bericht von der 25. Jahrestagung der Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler – 10.–13. September 2014 in Köln, RW 2015, 113.

zivilistische Assistententagung zu etablieren – und zwar im Gegensatz zu ihrem öffentlich-rechtlichen Vorbild sogleich als eingetragener Verein, um die erforderlichen Mittel aufzubringen. Zeitgleich habe er nachfolgende Ausrichter in Tübingen und München rekrutiert, um den Traditionsaufakt zu sichern.

Diese Genese erklärt zugleich, warum die GJZ bis heute im Hamburger Vereinsregister Hamburg geführt wird und warum die unter dem Reihentitel „Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler“ herausgegebenen Tagungsbände 26 Jahre lang im Richard Boorberg Verlag erschienen – einem 1927 gegründeten Fachverlag mit Schwerpunkten im Öffentlichen, Sozial- und Steuerrecht. Erst seit 2016 erscheint die GJZ-Schriftenreihe bei der Nomos Verlagsgesellschaft – wo die Tagungsbände ihres öffentlich-rechtlichen Vorbilds schon 2005 eine neue Heimat gefunden hatten.

Die Junge Tagung Öffentliches Recht stand der GJZ also gleich mehrfach Pate. Nur ihre fleißige Selbshistorisierung im Zehnjahrestakt¹⁶ hat sich die GJZ bislang nicht abgeschaut: Sie übt eher Geschichtsvergessenheit hinsichtlich der eigenen Provenienz.¹⁷ Das sollen die folgenden Zeitreihenstudien zu Strukturen und Institutionen der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft e.V. ändern.

B. Vorstände

Schon immer hatte der GJZ-Vorstand aus mindestens drei Mitgliedern zu bestehen (§ 5 Abs.1 der Satzung), schon immer hatte er aber – das zeigt

16 Seit *H. Schulze-Fielitz*, 25 Jahre Assistententagung. Über Geschichte und Funktion der Tagungen der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ 1961–1985, *JöR* 34 (1985), S. 35–69 noch *D. Heckmann*, Zwischen Spontaneität und Professionalität. Zehn weitere Jahre Assistententagung Öffentliches Recht (1986–1995), *JöR* 44 (1996), S. 237–254; *F. Groeblichhoff & K. Lachmayer*, Die Assistententagung Öffentliches Recht auf dem Weg ins 21. Jahrhundert, *JöR* 55 (2007), S. 429–454; *M. Dalibor* u.a. (Hrsg.), Perspektiven des Öffentlichen Rechts: Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht, 2011; *S. Bretthauer* u.a., Wandlungen im Öffentlichen Recht: Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020.

17 So schrieb sich etwa die Münchner Tagung von 2017 „erstmalig eine abschließende Podiumsdiskussion“ auf die Fahne (*C. Behme*, Vorwort, in: Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, 2017, S. 5), obwohl schon 16 Jahre zuvor ein prominent besetztes Podium die Freiburger Tagung abgeschlossen hatte (*J. Kleinschmidt*, Bericht zur Podiumsdiskussion pp., in: Das neue Schuldrecht, 2001, S. 341).

eine Auswertung des Vereinsregisters – ein oder zwei Mitglieder mehr: In den ersten 28 Jahren gehörten ihm mit zwei Ausnahmen¹⁸ durchweg vier Mitglieder an, seit Anfang 2018 durchweg fünf Mitglieder. Allerdings lässt sich „der Vorstand“ kaum als Personengruppe nach Amtsjahren abgrenzen („GJZ-Vorstand 1990“, etc.), weil nur jeder zweite Vorstandswechsel zu Beginn oder Ende eines Amtsjahres erfolgte¹⁹ und manchmal sogar mehrere innerhalb eines Jahres.²⁰ Damit ließe sich zwar für jeden Jahresbeginn eine Vorstandszusammensetzung feststellen, doch sie erschiene recht zufällig, weil „der Vorstand“ nicht als Gruppe jahresweise wechselt, sondern vielmehr eine institutionelle Hülse darstellt, innerhalb derer konkrete Amtsträger gestaffelt und zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten rotieren. Nur neun Mal in der Geschichte der GJZ hatten zwei Vorstandsmitglieder überhaupt identische Amtszeiten,²¹ nur 15 Mal blieb der Vorstand mindestens ein Jahr lang unverändert (davon immerhin einmal gut zwei und einmal sogar über drei Jahre hinweg²²).

Bis Ende 2025 bekleideten 82 verschiedene Personen ein Vorstandsamt, mit individueller Amtsdauer zwischen 76 Tagen (*Helena Ziegler*) und 1.597 Tagen (*Daniel Effer-Uhe*).²³ Im Durchschnitt betrug die Amtsdauer 702 Tage,²⁴ wobei knapp ein Drittel der Vorstandsmitglieder weniger als ein Jahr lang amtierte (32,5 %), über ein Viertel dafür mindestens drei Jahre lang (27,3 %). Soweit sich Geburtsdaten ermitteln ließen (in 94 % der Fäl-

18 Vom 25.2.2014 bis zum 17.3.2015 und vom 23.5.2017 bis zum 2.11.2017 waren es fünf.

19 Während § 1 Abs. 3 der Satzung schon immer das Kalenderjahr zum Geschäftsjahr bestimmte, wurden nur 21 der 37 Vorstandsänderungen (57 %) von Dezember bis Februar ins Register eingetragen, die übrigen unterjährig, nur im Oktober noch keine.

20 Jeweils zwei Änderungen erfolgten 1991 (3.4. und 18.12.), 2017 (23.5. und 2.11.), 2019 (27.2. und 17.12.), 2025 (6.1. und 2.12.) sowie 2022, als (nur) die stellvertretende Vorsitzende binnen eines Jahres drei Mal wechselte (9.12.2021, 23.2.2022, 10.8.2022).

21 Drei waren es nur im Fall der Gründungsmitglieder *Harald Baum*, *Oliver Remien* und *Manfred Wenckstern* (10.4.1990 bis 3.4.1991).

22 Für 2,2 Jahre vom 17.3.2015 bis zum 23.5.2017 (798 Tage) waren *Anne-Christin Mittwoch* Vorsitzende, *Verena Klappstein* Stellvertretende, sowie *Daniel Effer-Uhe* und *Caspar Behme* Beisitzer; für 3,1 Jahre vom 18.12.1991 bis zum 20.1.1995 (1.129 Tage) waren *Peter Mülbart* Vorsitzender, *Stefan Grundmann* Stellvertreter und *Helga Jesser* sowie *Joachim Jickeli* Beisitzende.

23 Für aktuell amtierende Vorstandsmitglieder ließ sich naturgemäß noch keine abgeschlossene Amtsdauer ermitteln.

24 In zwei Fällen wurden je zwei Amtszeiten mit Unterbrechung addiert: *Matthias Ferbers* war stellvertretender Vorsitzender vom 23.5.2017 bis zum 2.11.2017 und Beisitzer vom 16.3.2018 bis zum 27.2.2019, ebenso *Adam Sagan* vom 25.2.2014 bis zum 17.3.2015 sowie vom 23.5.2017 bis zum 2.11.2017.

le),²⁵ kamen sowohl die drei jüngsten Vorstandsmitglieder – alle unter 25 Jahren²⁶ – als auch das älteste (43 Jahre) aus Österreich.²⁷ Im Durchschnitt zählten die Vorstandsmitglieder beim (erstmaligen) Eintritt 32,5 Lebensjahre und beim (letztmaligen) Ausscheiden 34,4 Lebensjahre.

Knapp ein Drittel aller 82 Vorstandsmitglieder hatte einen weiblich gelesenen Vornamen (31,7 %), unter den Vorsitzenden war es kaum ein Viertel (24,3 %). Während eines Sechstels der bisherigen GJZ-Geschichte führten ausschließlich Personen mit männlich gelesenen Vornamen die GJZ (16,2 %), etwas länger regierten paritätisch besetzte Vorstände (22,0 %) und nur gut zwei Jahre lang (15.3.2004 bis 12.7.2005 und 22.1.2009 bis 5.1.2010) bestand der Vorstand mehrheitlich aus Personen mit weiblich gelesenen Vornamen (6,4 %). 2017 kam das erste geschlechtsneutrale Vorwort im GJZ-Jahrbuch,²⁸ im Jahr darauf wurde der Vereinsname „Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler“ in die heutige geschlechtsneutrale Variante geändert.²⁹

Für zwölf der 34 Vorstandsvorsitzenden (35,3 %) war diese Funktion ihr erstes Vorstandsamt, die anderen hatten zuvor über ein Jahr (im Schnitt 373 Tage) dem Vorstand angehört. Nur drei Vorstandsvorsitzende amtierten kürzer als ein halbes Jahr,³⁰ ebenso viele länger als anderthalb Jahre.³¹ Bemerkenswert ist, dass *kein* vorsitzendes Vorstandsmitglied zuvor stellvertretend tätig gewesen war, ebenso wie keines je nachträglich in diese Position zurücktrat. In der GJZ übernimmt man also nur *entweder* den Vorsitz *oder* dessen Stellvertretung. Für 33 der 36 stellvertretenden Vereinsvorsitzenden (91,7 %) war dies ihr erstes Vorstandsamt, für über zwei Drittel (69,4 %)

25 Für 77 der 82 Vorstandsmitglieder ergab sich das Geburtsdatum entweder aus dem Vereinsregister (bei Eintragungen seit 2000) oder per Googleuche.

26 *Julia Schiestl* wurde genau zwei Wochen vor ihrem 24. Geburtstag ins Vereinsregister eingetragen, *Tanja Weilguny* und *Christina Geißler* jeweils mit 24 Jahren.

27 *Simon Laimer* trat mit 42,8 Jahren an und schied mit 43,1 Jahren aus.

28 *M. Trenker*, Vorwort, in: *Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht*, 2017, S. 5 f. (mit sog. *gender gap*).

29 *T. Husemann*, Statt eines Vorworts, in: *Strukturwandel und Privatrecht*, 2018, S. 8: damit „deutlich wird, das [sic] hier Wissenschaftler jeden Geschlechts ein Zuhause haben. Warum haben wir das gemacht? Es ist Zeit.“

30 *Dirk Zetzsche* (113 Tage), *Martin Trenker* (134 Tage) und *Caspar Behme* (163 Tage).

31 Neben den beiden in Fn. 23 genannten noch *Stefan Korch* (723 Tage).

sogar das einzige. Nur zwölf Vorstandsmitglieder blieben *reine Beisitzer* (14,6 %), übernahmen also bislang weder Vorsitz noch Stellvertretung.³²

C. Tagungsorte

Die GJZ tagte bislang ausschließlich in deutschsprachigen Ländern (D/A/CH). Nach der Hamburger Gründungstagung fanden sieben weitere an deutschen Fakultäten statt, obwohl schon die vierte Tagung eigentlich in Graz hatte stattfinden sollen.³³ Aus unbekanntem Gründen kam es dazu nicht und es folgten auch nie wieder so viele Heimspiele aufeinander: Ab 1998 gastierte die GJZ drei Mal in der Schweiz (1998, 2008 und 2013) und fünf Mal in Österreich (2000, 2003, 2010, 2017 und 2022).

Damit stellte Deutschland bisher gut drei Viertel (77 %) der Tagungsorte – was etwa seinem aktuellen Bevölkerungsanteil unter den D/A/CH-Staaten (82 %) entspricht. Deutlich unterrepräsentiert dagegen sind die neuen Bundesländer, die abgesehen vom wiedervereinigten Berlin (1995 und 2012) nur zwei Mal die GJZ empfingen (Rostock 1996, Leipzig 2006). In immerhin fünf Bundesländern war die GJZ noch nie zu Gast: Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Saarland und Schleswig-Holstein. Da diese Länder 13 Prozent sowohl der aktuellen Bundesbevölkerung als auch der deutschen Rechtsfakultäten beherbergen, sollte man rein statistisch eigentlich erwarten, dass sie alle zehn Jahre die GJZ-Tagung ausrichten.

Die folgende Karte trägt alle bisherigen Tagungsorte ab. Sie zeigt, dass acht Tagungsorte doppelt vertreten waren: die deutschen Stadtstaaten ebenso wie Göttingen, Köln und München, sowie außerhalb Deutschlands Bern und Wien. Oder anders gewendet: Mit je zwei Tagungen fand über die Hälfte der GJZ-Tagungen in den fünf größten deutschsprachigen Städten sowie in Bern, Bremen und Göttingen statt, 17 weitere Tagungen andernorts in Deutschland oder in Innsbruck, Linz, Salzburg oder Zürich.

32 Namentlich *Oliver Remien, Harald Baum, Helga Jesser, Peter Krebs, Daphne Beig, Tino Frieling, Christina Geißler, Linda Kuschel, Jakob Horn, Bettina Rentsch und Johannes Weigl*, sowie *Tristan Radtke*, dessen Amtszeit allerdings noch läuft.

33 So *Jickeli* u.a. (Fn. 14), S. 5.

Abb. 1: Alle 35 Tagungsorte der GJZ-Tagungen im D/A/CH-Raum



D. Tagungszeiten

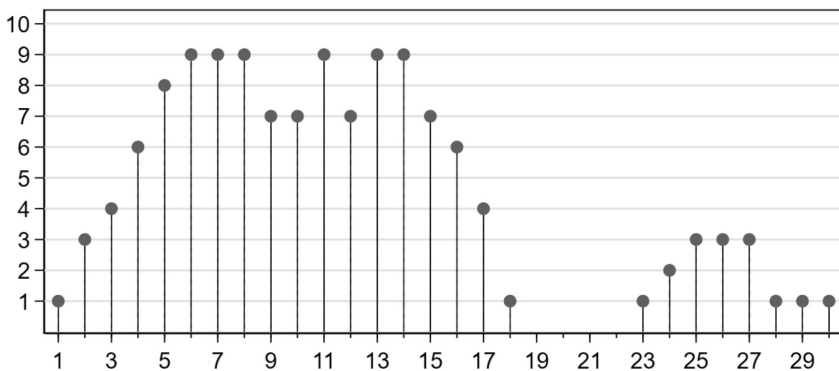
Seit ihrer Gründung traf sich die GJZ an insgesamt 137 Tagen. Der längste tagungsfreie Zeitraum währte 710 Tage (15.9.2019 bis 24.8.2021), als die für 2020 geplante zweite Hamburger Tagung coronabedingt verschoben (und schließlich online durchgeführt) wurde. Im Übrigen ist das Zeitfenster der Tagungen bemerkenswert stabil – der Tagungsmonat ebenso wie Dauer und Beginn der Tagung:

Mit Ausnahme der beiden Hamburger Tagungen (die allererste 1990 im Juli, die erste postpandemische 2021 im August) tagte die GJZ immer im September; fast immer an vier Tagen (erst in jüngster Zeit – 2021,

2023, 2024 – manchmal nur an drei); fast immer ab Mittwoch (nur 1990 und 2022 schon dienstags und 2007 erst donnerstags). Damit zeigt sich: Montag ist der einzige GJZ-Ruhetag. Jeder andere Wochentag wurde bereits für die Tagung genutzt – wenngleich der Sonntag nur einmal am 9.9.2007.

Unter den 33 Septembertagungen verteilen sich die insgesamt 130 Konferenztage bimodal: Die meisten (88 %) lagen in der ersten Monatshälfte, die Tagungen begannen also spätestens am 15. und endeten spätestens am 18. September (wie 1993). Nur vier Tagungen begannen am 23. September oder später – außer der dritten 1992 ausschließlich solche jüngeren Datums (2022, 2024, 2025). Zwischen beiden Zeitfenstern finden sich vier Septembertage (19.–22.9.), die bislang von keiner GJZ-Tagung belegt wurden.

Abb. 2: Anzahl Konferenztage (y-Achse) im Verlauf des September (x-Achse)



E. Generalthemen

In den ersten beiden Jahren (1990/91) war das Tagungsprogramm noch in drei „Abteilungen“ nach Teilrechtsgebieten strukturiert wie der Deutsche Juristentag. Schon 1992 jedoch wurden diese Abteilungen (zunächst unter Beibehaltung dieser Bezeichnung) in rechtsgebietsunabhängige „Generalthemen“ umgedeutet, ab 1993 nur noch als „thematische Schwerpunkte“ ausgewiesen. 1994 prangte dann erstmals ein einheitliches Generalthema auf dem Titel des Jahrbuchs und ersetzte die bis dahin praktizierte Auflistung dreier Themenschwerpunkte.

Behandelt man gleichwohl die bisherigen Jahrbuchtitel unterschiedslos als Generalthemen der Tagungen (und lässt dahinstehen, ob diese Themen stets schon bei der Tagungsplanung feststanden und im Beitragsaufruf ge-

nannt waren), so fällt auf, dass in einer seit Anbeginn auf „Zivilrechts“wissenschaft festgelegten Vereinigung gerade *davon* erstaunlich selten die Rede ist: Nur neun Generalthemen bezogen sich auf das Zivilrecht (25,7 %), ganze 20 dagegen auf das „Privatrecht“ (57,1 %), wobei nur die zweite Tagung in Tübingen doppelt zählt („Europäisches *Privatrecht*, Unternehmensrecht, Informationspflichten im *Zivilrecht*“). Auch die im Vereinsnamen prominente Zivilrechts„wissenschaft“ schlug sich bislang nur in zwei Generalthemen nieder: „Perspektiven einer Europäischen *Privatrechtswissenschaft*“ 2016 und „Blinde Flecken der *Zivilrechtswissenschaft*“ 2025.

Drei Generalthemen thematisierten weder Rechtswissenschaft noch Zivil- oder Privatrecht, sondern schlicht allgemein das „Recht“ (1998, 1999, 2007), und die verbleibenden vier behandelten „Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen“ (1995), „Das neue Schuldrecht“ (2001), „Verantwortung und Haftung“ (2006) und „Richterliche Rechtsfortbildung und Kodifiziertes Richterrecht“ (2014). Immerhin sechs Generalthemen (17,1 %) widmeten sich der europäischen Dimension: Dem „Europäischen *Privatrecht*“ (1991, 2004) – ggf. verbunden mit der „Europäischen Methodik“ (2009) oder als „Europäische *Privatrechtswissenschaft*“ (2016) – oder schlicht „Privatrecht und Europa“ (1992) oder „Europäisierung des *Privatrechts*“ (1997).

F. Ausrichterinnen

Ausrichterin der GJZ-Tagungen ist der Verein, formell verantwortlich also dessen Vorstand. Seine Demographie (oben B.) sagt allerdings wenig über die Organisationsverantwortung für die nächste anstehende Tagung aus. Denn die Zusammensetzung des Vorstands folgt Satzungsvorgaben, die der Kontinuität und Informationsweitergabe dienen, aber nur zum Teil mit der Tagung zu tun haben: Unter den drei nach § 5 Abs.1 der Vereinsatzung zu bestellenden Vorstandsmitgliedern soll zwar nach Abs. 4 „in den Vorsitz und in den stellvertretenden Vorsitz [...] nur gewählt werden, wer sich gegenüber der Mitgliederversammlung bereit erklärt hat, die nächste Tagung zu organisieren.“ (Satz 1) Zugleich soll allerdings mindestens ein beisitzendes Vorstandsmitglied – nach aktueller Praxis sind es meist zwei – „die vorangegangene Tagung mitorganisiert haben“ (Satz 2).³⁴ Umgekehrt werden die meisten Personen, die die anstehende Tagung logistisch mittra-

34 Daneben wird nach aktueller Vereinsübung meist ein beisitzendes Vorstandsmitglied bestellt, das das Organisationsteam der übernächsten Tagung vertritt.

gen, gerade nie in den Vorstand gewählt. Welche Personen eine Tagung tatsächlich gemeinsam ausgerichtet haben, lässt sich deshalb auch kaum verlässlich rekonstruieren. Einen Anhaltspunkt bieten nur (aber immerhin) die Herausgeberlisten der Jahrbücher, die sich aus dem Organisationsteam rekrutieren und oft sogar damit decken.³⁵

Die Zahl dieser Herausgeberinnen variierte über die Jahre von zwei im Jahr 1998 bis hin zu 13 im Jahr 2018. Im Schnitt und im Median wurden die Jahrbücher von sieben Personen herausgegeben. Insgesamt beteiligten sich 243 Personen als Bandherausgeberin, vier davon gleich doppelt: *Stefan Grundmann* (1992 und 1993), *Peter Krebs* (1993 und 1994), *Olaf Deinert* (1996 und 2005), sowie *Mary-Rose McGuire* (2004 und 2009).

Blickt man auf die Diversität des Herausgeberinnenkreises, so findet sich in den ersten vier Jahren sowie 1998 und 2011 keine Person mit weiblich gelesenen Vornamen. Erst bei der 15. Tagung in Göttingen (2004) führte mindestens jede zweite Herausgeberin einen weiblich gelesenen Vornamen – damals immerhin sechs von acht (75 %). Seither betrug der Anteil weiblich gelesener Herausgeberinnen auf sieben weiteren Tagungen entweder 50 % (2005, 2009, 2010, 2012 und 2019) oder mehr (2013 und 2022), wenn auch nie wieder 75 %.

Noch stärker unterrepräsentiert erscheinen Personen mit Migrationsgeschichte, über die sich zwar allein anhand von Vornamen nur spekulieren lässt, die aber nach Durchmusterung aller Vornamen auch bei großzügiger Schätzung wohl kaum mehr als ein gutes Dutzend der Herausgeberinnen (d.h. 5 %) auszeichnen dürfte.

G. Gäste

Lehrstuhlinhaberinnen und Personen mit vergleichbarer unbefristeter Anstellung können nach § 3 Abs. 1 und 2 der Vereinssatzung keine stimmberechtigten GJZ-Mitglieder werden; sie können aber als Fördermitglieder nach Abs. 3 und 5 derselben Vorschrift „das Recht zur Teilnahme an Festvorträgen“ erwerben.

35 In den drei letzten Durchgängen (2022–2024) war jedes auf der Tagungswebsite benannte Mitglied des Organisationsteams zugleich als Herausgeberin am Sammelband beteiligt. An der jüngsten Jahrestagung (2025) wirkten drei Studierende in der Organisation mit, ohne als Mitherausgeberinnen aufzutreten. Den Extremfall bildet wohl die Berner Tagung 1998, deren Jahrbuch nur zwei Herausgeber auswies, obwohl das „OK“ (Organisationskomitee) „durchaus grösser“ gewesen war (private Korrespondenz mit *Jürg Wichtermann*, 11.11.2025).

Diese Festvorträge finden seit 1992 statt, als die dritte der initial geplanten Tagungen in München den „Kontakt zur Welt der Professoren“ eröffnete.³⁶ Festvorträge wurden danach zur Konstante im Tagungsprogramm (meist als Auftaktveranstaltung) und ab der sechsten Tagung in Berlin 1995 wurden sie immer wieder auch im Jahrbuch abgedruckt – damals noch „abweichend von den bisherigen Gepflogenheiten“;³⁷ danach für 17 der 29 weiteren Tagungen, also in drei Fünftel dieser Fälle (58,6 %).

Die 33 im Lauf der Jahre für eine Festrede eingeladenen Gäste waren im Durchschnitt 62 Jahre alt – von den beiden jüngsten Österreicherinnen mit 44 Jahren (*Brigitta Lurger* 2003 und *Susanne Kals* 2010) bis zum ältesten Exildeutschen mit 87 Jahren (*Stefan Riesenfeld* 1995). Neben den beiden schon genannten waren die einzigen weiblichen Gäste *Barbara Dauner-Lieb* (2014), *Katharina Boele-Woelki* (2021) und *Tanja Domej* (2025). Umgekehrt waren also über vier Fünftel der Gäste (84,8 %) männlich. Ebenso wie alle weiblichen Gäste waren auch 22 der 28 männlichen Festredner (78,6 %) Hochschullehrende, davon neun bereits emeritiert. Zu den weiteren Gästen gehörten zwei Universitätspräsidenten (neben der schon erwähnten *Boele-Woelki*), zwei Richter höherer Instanz (OLG und OGH), ein Max-Planck-Direktor (2016) und ein Bischof (2018). Von den 29 Universitätsvertreterinnen waren 22 am Tagungsort affiliert, also weniger als ein Viertel von außerhalb angereist (24,1 %); die längste Anreise dürfte der älteste Festredner *Stefan Riesenfeld* auf sich genommen haben, der 1995 aus Berkeley nach Berlin kam (um dort, „wo er vor fast 70 Jahren selbst dem Studium der Rechte nachgegangen war, durch Verleihung der Ehrendoktorwürde geehrt“ zu werden³⁸), gefolgt von *Tanja Domej* 2025 aus Zürich in den Rheingau.

Fünf Gäste waren gewissermaßen „Eigengewächse“ der GJZ, da sie schon vor ihrer Festrede bei der GJZ in Erscheinung getreten waren: *Brigitta Lurger* als Festrednerin von 2003 war acht Jahre zuvor bereits Referentin gewesen; ebenfalls als Referentin von 1995 (und Ausrichterin von 2000) wurde *Susanne Kals* 2010 Festrednerin. Auch der Festredner von 2019 *Martin Schmidt-Kessel* war zuvor Referent (2000) und Ausrichter (2001), derjenige von 2023 *Andreas Engert* Referent (2002) und die Festrednerin

36 S. Breidenbach u.a., Vorwort, in: Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik – Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt – Privatrecht und Europa, 1992, S. 5.

37 So P.W. Heermann & C. Armbrüster, Vorwort, in: Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen, 1995, S. 5.

38 P. Heermann & C. Armbrüster, Vorwort, in: Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen, 1995, S. 5.

von 2025 *Tanja Domej* sogar zuerst Ausrichterin (2008) und dann Referentin (2009) gewesen.

Neun GJZ-Gäste hatten zuvor schon auf der Zivilrechtslehrertagung vorgetragen, und zwar mit einem Abstand zwischen einem Jahr (bei *Tanja Domej*) und 33 Jahren (bei *Albrecht Zeuner*) – im Durchschnitt 14 Jahre zuvor. Ein weiterer GJZ-Gast von 2007 (*Dirk Looschelders*) sollte erst fünf Jahre später (2012) bei der Zivilrechtslehrertagung vortragen dürfen.

Neben den Festrednerinnen traten auf mehreren Tagungen auch Ehrengäste für Abendvorträge, Tischreden oder Dinner Speeches auf. Dazu gehörten etwa *Jürgen Kohler*, der der Münchener Tagung 1992 mit einem „Bericht [...] über die ‚Erfahrungen eines Hochschullehrers in den neuen Bundesländern‘“ den „Abschluß und Ausblick“ verlieh,³⁹ *Rudolf Welsers* „launige abendliche Betrachtungen ‚Über die Juristen‘“ in Wien 2000,⁴⁰ sowie die eingangs (A.) erwähnten Gründungsreminiszenzen von *Christoph Engel* 2014 und 2025. Eine vollständige Liste solcher weiteren Gastauftritte lässt sich aus den Jahrbüchern allerdings nicht verlässlich rekonstruieren.

H. Referentinnen

Neben 18 Festvorträgen wurden auch sechs Responsien und ein Diskussionsbericht⁴¹ sowie die meisten regulären Tagungsreferate im GJZ-Jahrbuch abgedruckt.⁴² Von diesen 437 regulären Beiträgen stammten nur zehn (2,3 %) von Koautorenpaaren – davon lediglich drei vor 2022 und allein vier auf der Tagung 2025. Stolze 74 Beiträge (16,9 %) stammten von Personen, die schon zuvor (18), erst danach (51) oder zeitgleich (5) als Herausgeberin (Mitausrichterin der GJZ) in Erscheinung getreten waren. Fünf Autorinnen trotzten sogar dem ungeschriebenen GJZ-Brauch, dass jede Referentin nur einmal zum Vortrag geladen wird: *Meinhard Lukas* (1994, 2000), *Gundula Maria Peer* (1996, 2001), *Graf-Peter Calliess* (2000, 2004),

39 *Breidenbach* u.a. (Fn. 36), S. 5.

40 *B. Jud & T. Bachner*, Vorwort, in: *Prinzipien des Privatrechts und der Rechtsvereinheitlichung*, 2000, S. 5.

41 Als „Responsio“ wurden nur vier Texte aus Köln 2014 und zwei aus Bayreuth 2019 bezeichnet; der Diskussionsbericht stammte von *Kleinschmidt* (Fn. 17 a.E.).

42 Früheste Ausnahme wohl *Breidenbach* u.a. (Fn. 36), S. 5: „der Vortrag von Boemke wurde leider anderweitig abgedruckt“; später etwa *R. Kurzbein*, Vorwort, in: *Metamorphose des Zivilrechts*, 2013, S. 5: „Für ihre Beiträge, die (mit einer Ausnahme) in diesem Band vereint sind [...]“.

Stephan Balthasar (2005, 2010) und Michael Beurskens (2008, 2012).⁴³ Ein weiterer schrieb sich mit dem vorliegenden Beitrag zum zweiten Mal (nach 2017) in die GJZ-Jahrbücher. Unter Abzug dieser Dopplungen waren also bislang 441 verschiedene Autorinnen an regulären Tagungsbeiträgen beteiligt.

Auch wenn die Redeweise von der GJZ als „kleiner Zivilrechtslehrervereinigung“ weit weniger gebräuchlich zu sein scheint als diejenige vom öffentlich-rechtlichen Vorbild (JTÖR) als „kleiner Staatsrechtslehrertagung“, so bietet sich doch ein Blick auf die Überlappungen im Referentenkreis der GJZ- und der Zivilrechtslehrertagungen an: Immerhin 17 GJZ-Beteiligte trugen später noch bei den Zivilrechtslehrern vor; davon hatten drei eine GJZ-Tagung mitorganisiert, drei hatten zusätzlich vorgetragen, weitere elf hatten lediglich vorgetragen. Zwischen einem GJZ-Vortrag und einem Zivilrechtslehrerreferat lagen in diesen Fällen im Durchschnitt 16 Jahre; am schnellsten ging es bei *Gregor Bachmann*, der 2002 vor der GJZ und 2009 schon als Zivilrechtslehrer vortrug. Am größten war der Abstand bislang bei *Thomas Ackermann* und *Sebastian Krebber*, die auf derselben GJZ-Tagung 1997 vortrugen und 27 Jahre später auf derselben Zivilrechtslehrertagung 2024. Die gleiche Gemeinsamkeit auf derselben Zivilrechtslehrertagung verband *Tanja Domej* und *Thomas Riehm*, die ebenfalls schon auf derselben GJZ-Tagung (2009) vorgetragen hatten. Damit hatte glatt die Hälfte der acht Referentinnen der Zivilrechtslehrertagung 2024 bereits vor der GJZ referiert; in den vorangegangenen zwanzig Jahren (2003–2022) waren es immerhin noch 10 von 60 Referentinnen der Zivilrechtslehrertagung gewesen (16,7 %).

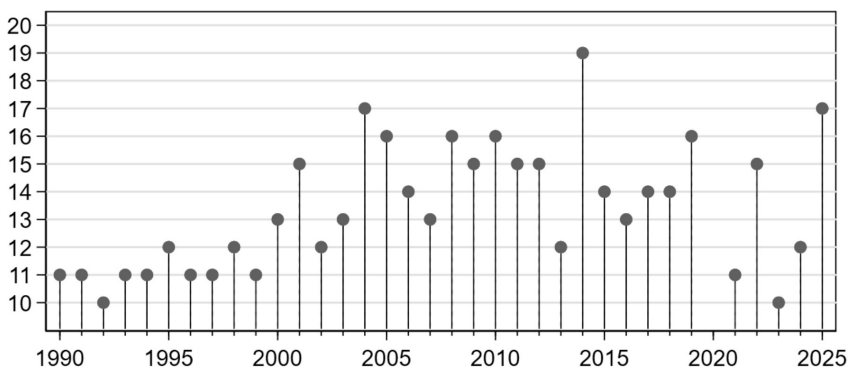
I. Beitragsthemen

Unter Einbezug aller 462 bislang veröffentlichten Jahrbuchbeiträge (einschließlich Festreden, Responsien und Diskussionsbericht) wurden in den ersten zehn Jahren stets 11–12 Beiträge (nur im dritten Jahr 10), in den Jahren 2000–2019 dagegen nie weniger als 12 und bis zu 19 Beiträge abgedruckt. In den fünf Jahren seit der pandemiebedingten Lücke schwankte

43 Daneben war auch *Matthias Amort* doppelt im Jahrbuch vertreten (2014 und 2016), aber ersterenfalls nur mit einer „Responsio“ (vgl. Fn. 41).

die Zahl der Beiträge zwischen 10 und 17. Die folgende Grafik visualisiert die Anzahl der Beiträge pro Jahrbuch:

Abb. 3: Anzahl der Jahrbuchbeiträge (y-Achse) über die Jahre (x-Achse)



Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Themen der Beiträge und ihren Konjunkturen muss hier unterbleiben; da die Beiträge auch in ihrer Titelgebung meist Anlehnung an das jeweilige Generalthema suchen (dazu oben E.), ergeben sich jedenfalls zahlreiche begriffliche Wiederholungen und terminologische Überschneidungen. Das belegt auch die aus allen 462 Beitragstiteln gebildete Wortwolke, die unter anderem die starke Präsenz der sechs europäisch-privatrechtlichen Tagungen erkennen lässt:

Call for Papers



GJZ 2026



ZIVILRECHT UND VERANTWORTUNG

36. GJZ-Jahrestagung 2026
an der Universität Osnabrück

Die Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft e.V. (GJZ) lädt herzlich zur 36. Jahrestagung ein, die vom 23. bis 26. September 2026 in Osnabrück stattfinden wird. Die Tagung behandelt dieses Mal das Thema »Zivilrecht und Verantwortung«.

junge.zivilrechtswissenschaft.de

357

Verantwortung ist ein zentraler Topos des Rechts und des gesellschaftlichen Diskurses, der sich zugleich im ständigen Wandel befindet: Neue Technologien, ökologische Krisen und soziokulturelle Umbrüche stellen etablierte Instrumente zur Zuweisung und Bewertung von Verantwortung immer neu in Frage und erfordern eine kritische Reflexion.

Die Tagung soll den Fragen nachgehen, welche Bedeutung Verantwortung im heutigen Zivilrecht hat, wo Verantwortungslücken zu beobachten sind und durch welche rechtlichen Konzepte sich diese bewältigen lassen.

Die folgenden Themenfelder sollen einige Denkansätze für mögliche Beiträge bieten:

Grundfragen zivilrechtlicher Verantwortung

Was sind die rechtsethischen Grundlagen für Verantwortung im Zivilrecht? Welche Grundstrukturen und gebietsspezifischen Unterschiede bestehen bei der Zuweisung rechtlicher Verantwortung? Inwieweit bedürfen Figuren wie Kausalität oder Zurechnung einer Weiterentwicklung? Wie gestaltet das Zivilrecht relationale Verantwortung, etwa in Arbeitsverhältnissen, im Gesellschaftsrecht oder im Ehe- und Kindschaftsrecht? Wie kann in einer vernetzten und globalisierten Gesellschaft Verantwortung für kollektives Handeln strukturiert werden? Welche innovativen Rechtsinstitute sind hier denkbar, etwa in Form der Verantwortungsgemeinschaft oder des Verantwortungseigentums?

Haftung

Welche Folgen hat die Auslagerung und Aufspaltung von wirtschaftlichen Prozessen, etwa in Wertschöpfungsketten, für die Haftung? Ist die bilaterale Grundkonzeption des deutschen Haftungsrechts noch zeitgemäß für Schadensfälle mit zahlreichen Verantwortlichen, etwa im Kontext von CO₂-Emissionen? Wie aufnahmefähig ist das Haftungsrecht für die Zuweisung von Verantwortung anhand sich wandelnder politischer Wertungen? Inwieweit soll sich haftungsrechtliche Verantwortung privat-autonom steuern lassen? Sind neue Rechtsfolgen wie etwa Strafschadensersatz erforderlich, um rechtliche Verantwortlichkeit abzusichern?

Digitalisierung

Wer trägt die Verantwortung für neue Technologien? Wo liegt die Verantwortung, wenn Aufgaben an Algorithmen und digitale Agenten delegiert werden? Wie kann die Verantwortlichkeit für Aktivitäten auf

digitalen Plattformen zugeordnet werden? Wer trägt die Verantwortung für Daten im digitalen Raum? Wie lässt sich die Verantwortlichkeit in technologisch geprägten Sachverhalten zuverlässig gerichtlich aufklären? Wer verantwortet die Wahrung der Rechte des Geistigen Eigentums im digitalen Raum?

Öffentliche Interessen

Eigentum verpflichtet – doch wann genau steht das Zivilrecht in der Verantwortung, öffentliche Interessen zu verwirklichen? Welchen Beitrag kann das Zivilrecht einschließlich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts zur Bewältigung der Klimakrise leisten? Wie geht das Zivilrecht mit dem Zerfall der regelbasierten Weltordnung um? Welche Verantwortung tragen europäische Unternehmen für Menschenrechts- und Umweltverletzungen? Welche Verantwortung ergibt sich aus privater Gestaltungsmacht, sei es in Bezug auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, unternehmerische Strukturen oder Algorithmen?

Einreichungsmodalitäten

Bewerbungen für 20-minütige Vorträge sind bis zum **30. April 2026** per E-Mail an post@junge.zivilrechtswissenschaft.de zu richten. Einzureichen sind ein anonymisiertes Abstract (max. 500 Wörter inkl. Leerzeichen und Fußnoten) und ein Lebenslauf. Schriftfassungen der Beiträge erscheinen in einem Tagungsband. Die Manuskripte sind bis zum 14. September 2026 in publikationsfähiger Form einzureichen und können unmittelbar nach der Tagung noch überarbeitet werden.

Wir freuen uns auf spannende Beiträge und eine angeregte Diskussion!