

Hamburger Rechtsnotizen

Ausgabe
2021/2022
11. & 12. Jahrgang



AUS DEM INHALT

Interview mit Dr. Leonie Steinl
Zur Rechtslage des
Schwangerschaftsabbruchs

Lara Schmidt
Wer haftet für den Klimawandel?

Henrik Schumacher
Wer hält das Grundgesetz
in der Zeit?

Tim Melhardt
Das Kapitalanleger-Musterverfahren

Hamburger Rechtsnotizen

Call for Papers

Die Redaktion plant laufend die Inhalte des nächsten Hefts der HRN, welche die Gebiete **Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht und Grundlagen des Rechts** behandeln sollen, und bittet um die Einreichung interessanter Beiträge in Form von **Aufsätzen**. Nach Rücksprache mit der Redaktion ist ebenfalls die Wahl eines **anderen Formats möglich**, beispielsweise eine Reportage oder ein Interview.

**Beiträge von
Studierenden
ausdrücklich
willkommen!**

Mehr Informationen gibt es hier:

hamburger-rechtsnotizen.de



Oder auf Instagram:

[@hamburger_rechtsnotizen](https://www.instagram.com/hamburger_rechtsnotizen)

Editorial

Liebe Leser:innen,

rückblickend auf das Jahr 2022 dürften sich – nicht nur aus juristischer Perspektive – durchaus gemischte Gefühle breit machen.

Während im Vorjahr die Berichterstattungen und Debatten über die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie noch weltweit dominierten, schienen sich die in den Medien berichteten Ereignisse in diesem Jahr in verschiedensten Bereichen geradezu zu überschlagen.

Mit dem seit Februar andauernden Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine startete das Jahr 2022 mit einem historisch einschneidenden Ereignis, welches nicht nur die ganze Welt zutiefst erschütterte, sondern vor allem auch die EU vor große Herausforderungen stellte. Debatten über Waffenlieferungen und Sanktionen sowie den Umgang mit steigenden Energiepreisen bestimmten die politische Tagesordnung.

Auf nationaler Ebene dürfte sich, insbesondere für Befürworter:innen einer umfassenden Verbannung des Schwangerschaftsabbruchs aus dem Strafgesetzbuch, die Aufhebung des in § 219a StGB normierten Werbeverbots als eine Errungenschaft darstellen.

In den USA hingegen wird die gesetzliche Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen durch das Kippen der Roe v. Wade Entscheidung erneut den einzelnen Bundesstaaten überlassen. Das seit 1973 bundesweit geltende Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch existiert nicht mehr.

Die Klimakrise und die in diesem Zusammenhang bekannt gewordenen „Klimakleber“, die hohen Preise infolge der Inflation sowie die jüngst berichteten Proteste im Iran beschäftigten Deutschland und die Welt zudem bis Jahresende.

Geprägt von den aktuellen gesellschaftlich, politisch sowie rechtlich bedeutsamen Geschehnissen auf dem gesamten Globus, befasst sich diese Ausgabe schwerpunktmäßig mit dem Themenkomplex „Zeitenwenden“. Der Formulierung dieses Themas liegt das Bestreben zugrunde, relevante Themen der heutigen Zeit zu fassen und sich anhand konkreter, rechtlicher Fragestellungen mit diesen auseinanderzusetzen.

Nach einer einjährigen Pause freuen wir uns, mit der aktuellen Ausgabe das Comeback der Hamburger Rechtsnotizen zu zelebrieren und Sie künftig wieder – nunmehr in neuer Besetzung – mit der regelmäßigen Publikation neuer Ausgaben zu versorgen.

Editorial

Die neue Redaktion setzt sich aus Studierenden der Rechtswissenschaft der Universität Hamburg zusammen. Für das Heft 2021/2022 wurde diese durch die Teilnehmer:innen der Schlüsselqualifikation „Juristisches Publizieren“ tatkräftig unterstützt, die von Herrn Prof. Dr. Aziz Epik ins Leben gerufen wurde.

Mit Hilfe unserer Autor:innen und dem gesamten Team der Hamburger Rechtsnotizen haben wir es zum einen geschafft, einige spannende Beiträge zum Themenkomplex „Zeitenwenden“ zu sammeln, und zum anderen ein mit Frau Dr. Leonie Steinl exklusiv geführtes, umfangreiches Interview über das Schwangerschaftsabbruchsrecht abzudrucken. Darüber

hinaus freuen wir uns sehr über die weiteren, juristisch höchst spannenden Aufsätze, die uns erreicht haben und in dieser Ausgabe zu lesen sind.

Im Namen der gesamten Redaktion der Hamburger Rechtsnotizen wünschen wir Ihnen viel Freude mit unserem aktuellen Heft und bedanken uns ganz herzlich bei allen Mitwirkenden. Ein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Aziz Epik für die wissenschaftliche Betreuung des gesamten Projekts.

Larissa Creydt, Alisha Thomas und Maria Tsantis
Chefredaktion der Hamburger Rechtsnotizen

Inhalt

Interview

Larissa Creydt, Alisha Thomas und Maria Tsantis

Zur Rechtslage des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland und aktuellen Entwicklungen 2

Ein Interview mit Dr. Leonie Steinl

Aufsätze

Lara Schmidt

Wer haftet für den Klimawandel? 10

Bedenken zur äquivalenten Kausalität in Klimahaftungsfällen auf dem Prüfstand

Henrik Schumacher

Wer hält das Grundgesetz in der Zeit? 17

Die Abänderbarkeit von Verfassungen durch formelle Änderung, Verfassungswandel und Verfassungsrechtsprechung

Tim Melhardt

Das Kapitalanleger-Musterverfahren – ein Überblick 26

Leon Trampe

Die Grundrechtssubjektivität gemischtwirtschaftlicher Unternehmen 39

Leon Trampe

Der Ausgleich zwischen Privatschulfreiheit und Sonderungsverbot in allgemeinbildenden Ersatzschulen 49

Urteilsanmerkung

Magdalena Benjamin

Das private Hausrecht und seine Einschränkungen aus Vertrag und Verfassung 60

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.05.2020 – V ZR 275/18

Interview

Larissa Creydt, Alisha Thomas und Maria Tsantis

Zur Rechtslage des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland und aktuellen Entwicklungen

Ein Interview mit Dr. Leonie Steinl

• **Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia)** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Florian Jeßberger für Strafrecht, Strafprozessrecht, internationales Strafrecht und juristische Zeitgeschichte an der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihre Forschungsschwerpunkte sind das Strafrecht, das Internationale Strafrecht und die interdisziplinäre Rechtsforschung. Sie ist Vorsitzende der Strafrechtskommission des Deutschen Juristinnenbundes und hat als Sachverständige an der Anhörung im Rechtausschusses des Deutschen Bundestages zur Abschaffung des § 219a StGB teilgenommen.

Redaktion: Könnten Sie einen groben Überblick über die historische Entwicklung und Normierung des Schwangerschaftsabbruchsrechts im StGB¹ geben?

Dr. Leonie Steinl: Aufgenommen wurde der Schwangerschaftsabbruch schon in das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches von 1871. Eine Verschärfung und andere Zielrichtung erhielt er dann in der NS-Zeit, in der „die Lebenskraft des Volkes“ zum Rechtsgut der Norm erklärt und für den Schwangerschaftsabbruch unter bestimmten Umständen die Todesstrafe verhängt wurde. Zudem gab es Bestrebungen, den Schwangerschaftsabbruch weg von den Tötungsdelikten in einen Abschnitt zu „Angriffen auf Rasse und Erbgut“ zu verschieben. Typisch für das nationalsozialistische Recht war auch die Einschränkung der Strafbarkeit im Falle der sog. „eugenischen“ Indikation, demnach waren etwa bei sog. „unwerten Leben“ im Sinne des NS-Unrechtsregimes Schwangerschaftsabbrüche zulässig. Das Abtreibungsrecht wurde also in den Dienst der nationalsozialistischen Weltanschauung gestellt. Im Jahr 1974 folgte dann eine grundlegende Strafrechtsreform des Schwangerschaftsabbruchs-

rechts, bei der eine Fristlösung eingeführt werden sollte. Man regelte hier die Strafflosigkeit in den ersten zwölf Wochen, wenn der Abbruch mit Einwilligung der Schwangeren und von einem Arzt durchgeführt wurde. 1975 erging jedoch die erste Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, welche die Drei-Monats-Frist für verfassungswidrig erklärte. 1976 trat dann das 15. Strafrechtsänderungsgesetz in Kraft, das eine sog. „medizinisch-soziale Indikation“ enthielt. Nach dem Beitritt der DDR, mit ihrem wesentlich liberaleren Abtreibungsrecht, zum Geltungsbereich des Grundgesetzes folgte erneut eine intensive Diskussion zum Thema Abtreibungsrecht. Diese führte letztlich zu der zweiten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahr 1993, welche die Grundlage unserer jetzigen Regelung bildet.

Könnten Sie – überblicksweise – die derzeit geltende Lage im Blick auf die Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen in Deutschland erläutern?

Das deutsche Recht stellt derzeit Schwangerschaftsabbrüche in § 218 unter Strafe. Nach dieser Regelung macht sich sowohl die schwangere Person selbst als auch eine dritte Person grundsätzlich dann strafbar, wenn sie einen Schwangerschaftsabbruch vornimmt bzw. vornehmen

.....
 1 Alle nachfolgenden Paragraphen sind, sofern nicht anders gekennzeichnet, solche des StGB.

lässt. Nach § 218a Abs. 1 ist der Tatbestand des § 218 hingegen nicht erfüllt, wenn der Abbruch innerhalb der ersten 12 Wochen seit der Empfängnis, auf Wunsch der schwangeren Person, sowie mindestens drei Tage nach einer entsprechenden Beratung nach § 219 erfolgt. Der Schwangerschaftsabbruch muss außerdem durch einen Arzt oder eine Ärztin vorgenommen werden. Das heißt, unter all diesen Voraussetzungen ist der Schwangerschaftsabbruch dann tatbestandslos. Zudem gibt es auch noch gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche, und zwar nach § 218a Abs. 2 sowie Abs. 3. Danach sind Schwangerschaftsabbrüche gerechtfertigt, wenn sie entweder medizinisch oder kriminologisch indiziert sind, also wenn es zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit der schwangeren Person erforderlich ist oder wenn die Schwangerschaft z.B. auf einer Vergewaltigung beruht. Aus strafrechtsdogmatischer Perspektive ist insbesondere der Tatbestandsausschluss nach Abs. 1 eine sehr ungewöhnliche Konstruktion. Häufig liest man die Aussage, der Schwangerschaftsabbruch nach der Beratungslösung sei „rechtswidrig, aber straflos“. Woraus sich die Rechtswidrigkeit ergeben soll, wird bei Lektüre des § 218a allerdings nicht klar – denn ohne Tatbestand wird zumindest die strafrechtliche Rechtswidrigkeit nicht indiziert. Dies ist eine direkte Folge der Rechtsprechung des BVerfG, die zu dem Thema Schwangerschaftsabbruch insbesondere in zwei Entscheidungen spezielle Voraussetzungen aufgestellt hat. Das Gericht hat dem Staat hier eine Schutzpflicht für das sich entwickelnde Leben auferlegt. Der Gesetzgeber soll dazu verpflichtet sein, dieses Rechtsgut mit den Mitteln des Strafrechts gegen die schwangere Person zu schützen. Das BVerfG sagt u.a., dass ein Schwangerschaftsabbruch nur dann als „nicht rechtswidrig“ bezeichnet werden darf, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft unzumutbar ist und dies auch – durch staatliche Stellen oder beauftragte Dritte – festgestellt wurde. Die Voraussetzungen seien bei der Feststellung der kriminologischen und medizinischen Indikation erfüllt, nicht aber bei der Beratungslösung. Daher dürfe der Abbruch nach der Beratungslösung nicht als gerechtfertigt bezeichnet werden. Die Rechtswidrigkeit müsse sich allerdings auch nicht zwangsläufig aus dem Strafrecht ergeben, sodass auch ein Tatbestandsausschluss

möglich sei. Es sei aber erforderlich, dass die Rechtswidrigkeit an anderer Stelle zum Ausdruck komme. Das tut sie ausschließlich in der Regelung zur Kostenübernahme nach § 24b SGB V, der zwischen „nicht rechtswidrigen“ Abbrüchen in Abs. 1 und Abbrüchen nach § 218a Abs. 1 in Abs. 3 unterscheidet. Mit dieser Strafverpflichtung hat das BVerfG dem Gesetzgeber einen engen Rahmengesetzt. Gerade wenn man sich den internationalen Vergleich ansieht, haben wir hier einen eher restriktiven verfassungsrechtlichen Rahmen für die Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen.

Vielen Dank für diesen ersten Überblick. Sie haben die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1993 bereits angesprochen. Gibt es eine Erklärung dafür, dass seitdem keine Entscheidungen mehr ergangen sind?

Das Gericht kann nur tätig werden, wenn ein entsprechendes verfassungsrechtliches Verfahren eingeleitet wird, also z.B. eine Verfassungsbeschwerde erhoben wird. Derzeit ist eine Verfassungsbeschwerde zu § 219a anhängig. Es handelt sich um eine Norm, die vor kurzem abgeschafft wurde, und vor allem in den letzten Jahren Gegenstand von großer Diskussion war. § 219a stellte die Werbung – und selbst sachliche Information über Schwangerschaftsabbrüche unter anderem durch Ärzt:innen – unter Strafe. Gegen diese Norm hat die Ärztin Kristina Hänel Verfassungsbeschwerde erhoben. Obwohl diese Norm zwischenzeitlich durch den Gesetzgeber abgeschafft wurde, kann das Gericht noch darüber entscheiden. Es wäre interessant zu sehen, in welche Richtung es argumentiert, und, ob die Entscheidung das Thema Schwangerschaftsabbrüche wieder auf die Tagesordnung setzt.

Welche rechtsexternen Umstände und Einflüsse – zum Beispiel medizinische oder weltanschauliche – auf die Richter:innen des BVerfG haben Ihres Erachtens die bisherige Rechtsprechung geprägt?

Das ist eine sehr interessante Frage, die allerdings sehr schwer zu beantworten ist. Es gibt natürlich immer ein paar offensichtliche Dinge, beispielsweise der Umstand: wer sitzt im Gericht – denken wir etwa an das Stichwort

geschlechtsbezogene Repräsentation. Ich kann allerdings nicht beantworten, ob solche Faktoren, bzw. in welchem Umfang solche Faktoren einen Einfluss auf die Rechtsprechung gehabt haben können.

Um auf geschlechterspezifische Unterschiede in der Bewertung der entsprechenden Regelungen näher einzugehen: Spielt es für die geltende Rechtslage eine Rolle, wie sich der Bundestag insoweit zusammensetzt?

Ich finde es aus verschiedenen Gründen sehr wichtig, dass der Bundestag und andere Verfassungsorgane die Bevölkerung jedenfalls annähernd auch in ihrer Zusammensetzung repräsentieren. Deswegen sollten dort z.B. nicht nur Männer sitzen und nicht nur weiße Menschen. Das ist aus vielen Gründen wichtig, insbesondere damit verschiedene Erfahrungen in die Entscheidungsprozesse miteinfließen. Gleichzeitig glaube ich nicht, dass Repräsentation allein alle Probleme löst. Es gibt keinen Automatismus à la: Sobald wir paritätisch besetzt sind, wird automatisch alles geschlechtergerecht. Eine paritätische Besetzung ist jedoch trotzdem ein essenzieller Schritt zu mehr Geschlechtergerechtigkeit. Insbesondere denke ich, dass diese Besetzung ein ganz wichtiger Punkt ist, um sicherzustellen, dass verschiedene Perspektiven eine Rolle spielen, und ich glaube auch, dass das beim Thema Schwangerschaftsabbruch eine wichtige Rolle spielt. Es ist wichtig, wer dort sitzt, mit welchen Erfahrungswerten und welcher Vorprägung, beispielsweise mit welchen religiösen oder weltanschaulichen Einstellungen die Person betraut ist oder auch welches Geschlecht die Person hat.

Sie haben eben bereits eine Neuerung erwähnt, namentlich den Wegfall des § 219a. Halten Sie eine Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts für aussichtsreich und lässt diese sich einfachgesetzlich vollziehen oder braucht es Änderungen auf Verfassungsebene? Welche Bedeutung kommt dabei der Entscheidung des BVerfG aus 1993 zu? Könnte es hier gegebenenfalls zu einer Neubewertung kommen?

Derzeit wird über die Möglichkeit einer solchen Reform diskutiert. So steht es auch im Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung. Wir

sehen daher, dass eine solche Auseinandersetzung mit dem Thema der potenziellen Reform von Schwangerschaftsabbrüchen dem politischen Willen der Bundesregierung entspricht. Was laut Koalitionsvertrag geplant ist, und hoffentlich auch bald eingerichtet wird, ist eine Kommission zum Thema reproduktive Rechte. Diese soll sich mit der Möglichkeit einer Regelung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des StGB befassen, wobei der Prozess, laut Medienberichten, wohl in den letzten Monaten etwas ins Stocken geraten ist. Grundsätzlich wäre dies aber ein ganz zentraler Schritt, um den Diskussionsprozess voranzubringen.

Die Entscheidungen des BVerfG spielen in der Diskussion eine zentrale Rolle. Sie dürfen keinesfalls beiseitegeschoben werden, sondern es muss sich intensiv und kritisch mit ihnen auseinandergesetzt werden. Es ist klar, dass eine Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen außerhalb des StGB, wie im Koalitionsvertrag angedacht, eigentlich im Widerspruch zur Rechtsprechung steht. In den vorangegangenen Entscheidungen steht, wie bereits geschildert, dass das sich entwickelnde Leben strafrechtlich geschützt werden soll. Die Diskussion ist hier aber nicht etwa beendet. Wichtig sind in diesem Zusammenhang die internationalen Entwicklungen zum Thema reproduktive Rechte und Schwangerschaftsabbruch aus den letzten Jahren, die auf eine Berücksichtigung und eventuelle Neubewertung zu drängen scheinen. Zum Beispiel hat der CEDAW -Ausschuss, also der Ausschuss zur Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen, Deutschland im Jahr 2017 empfohlen, dass auf die Beratungslösung und auf die Wartepflicht, wie wir sie im StGB haben, verzichtet wird. Neben diesen CEDAW²-Stellungnahmen haben wir auch viele andere Menschenrechtsausschüsse, die in den letzten Jahren ebenfalls in diese Richtung gegangen sind und verlautbaren, dass Staaten ihre menschenrechtlichen Verpflichtungen gegenüber der sexuellen und reproduktiven Gesundheit von Frauen durch eine Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen verletzen. Im menschenrechtlichen

.....
 2 „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women“.

Diskurs gibt es eine klare Bewegung in Richtung einer Ablehnung der Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen als Verletzung von reproduktiven und sexuellen Rechten bzw. reproduktiver sexueller Gesundheit von schwangeren Personen. Wir haben auch die Weltgesundheitsorganisation, die sich seit längerer Zeit für eine vollständige Entkriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen ausspricht. Das sind alles neuere Entwicklungen auf der internationalen Ebene, die natürlich auch in der deutschen Diskussion widerhallen. Es ist anzunehmen, dass auch das BVerfG diese Entwicklungen in einer neuen Rechtsprechung aufgreifen würde.

Um noch einmal auf die Teilfrage eines einfachgesetzlichen Vollzugs zurückzukommen: Müsste es auf Verfassungsebene konkrete Änderungen geben oder würde unsere Verfassung, entgegen der Rechtsprechung des BVerfG, eine Reform zulassen?

Aus meiner Sicht würde es einer Verfassungsänderung dafür nicht bedürfen, allerdings bedarf es eines Wandels der Verfassungsrechtsprechung. Der lange Zeitraum seit der Entscheidung 1993 macht einen solchen Wandel jedenfalls wahrscheinlicher. Zwischenzeitlich sind auch wichtige Entscheidungen ergangen, beispielsweise zur Dritten Option, die gesellschaftliche Wandlungsprozesse reflektiert, oder zur Sterbehilfe, die die autonome Lebensgestaltung in den Mittelpunkt stellt. Daneben haben wir auch die völkerrechtliche Ebene. Es bestehen also durchaus Anhaltspunkte für eine mögliche Weiterentwicklung der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung.

Reizt die derzeitige Regelung des Schwangerschaftsabbruchsrechts den vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Rahmen vollständig aus oder wäre noch mehr Liberalisierung möglich?

Das Bundesverfassungsgericht hat klar gemacht, dass der Schwangerschaftsabbruch im Strafgesetzbuch zu regeln ist. Zudem hat es den Tatbestand mit all seinen Ausnahmen sehr klar definiert. Es sind schon sehr enge Grenzen. Daher würde ich sagen, dass eine signifikante Verbesserung der Liberalisierung in diesem gezeichneten Rahmen nicht wirklich möglich ist, aber die

Verfassungsrechtsprechung kann sich wie gesagt ändern.

Wie würden Sie dem Argument begegnen, dass die Entkriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen eine Normalisierung oder gar einen sprunghaften Anstieg eben solcher zur Folge hätte? Gibt es hierzu Erkenntnisse aus Staaten, welche die Legalisierung bereits vollzogen haben?

Liberalere Regelungen bergen kein Risiko eines solchen sprunghaften Anstiegs. Dies zeigen der internationale Vergleich sowie empirische Studien deutlich.³ Es gibt auch keine vermehrten Spätabbrüche, also Abbrüche zu einem späten Zeitpunkt in der Schwangerschaft, in Ländern wie zum Beispiel den Niederlanden und Kanada, in denen liberalere Regelungen gelten. Genau wie in Deutschland, finden die meisten Abbrüche dort vor dem Abschluss der achten Schwangerschaftswoche statt.⁴

Welche nachteiligen praktischen Konsequenzen hat die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs für die Betroffenen?

Hierbei handelt es sich um einen sehr wichtigen Punkt, der auch in der Debatte häufig vernachlässigt wird. Was wir ganz deutlich sehen, ist, dass die Versorgungslage im Hinblick auf Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland äußerst defizitär ist. Wie vor kurzem eine Studie zeigen konnte, hat sich die Zahl der Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, zwischen 2003 und 2021 fast halbiert.⁵ Gerade in ländlichen Regionen gibt es vielerorts gar keine Einrichtungen mehr, sodass ungewollt schwangere Personen hier

3 Vgl. <https://srhr.org/abortioncare/chapter-2/recommendations-relating-to-regulation-of-abortion-2-2/law-policy-recommendation-1-criminalization-2-2-1/>.

4 Vgl. <https://www.igj.nl/over-ons/igj-in-cijfers/cijfers-zwangerschaftsafbeking>; <https://www.cihi.ca/sites/default/files/document/induced-abortions-reported-in-canada-2020-en.xlsx> und https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Publikationen/Downloads-Schwangerschaftsabbrueche/schwangerschaftsabbrueche-2120300217004.pdf?__blob=publicationFile.

5 Vgl. <https://de.statista.com/infografik/27437/anzahl-der-praxen-und-krankenhaeuser-in-deutschland-die-schwangerschaftsabbrueche-vornehmen/>.

eine besonders lange Anreise auf sich nehmen müssen. Dies hat gravierende Auswirkungen auf besonders vulnerable Gruppen, etwa junge oder von Armut betroffene Frauen, denen der Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen zusätzlich erschwert wird und die somit noch schwerer ihr Recht auf reproduktive Gesundheit gewährleistet bekommen.

Gibt es da auch Erkenntnisse zu negativen psychischen Folgen, die aus dem erschwerten Zugang resultieren?

Eine Studie aus den USA, die sog. Turnaway Study, zeigt deutlich die psychischen Belastungen, die der Nichtzugang zu Schwangerschaftsabbrüchen mit sich bringt.⁶ Insbesondere zeigte die Studie, dass eine Abtreibung der Gesundheit und dem Wohlbefinden von Frauen nicht schadet, dass jedoch die Verweigerung einer Abtreibung zu einer Verschlechterung der finanziellen, gesundheitlichen und familiären Situation führt. Derzeit ist auch in Deutschland eine Studie in Vorbereitung, die die maßgeblichen Einflussfaktoren auf das Erleben und die Verarbeitung einer ungewollten Schwangerschaft herausarbeiten soll.⁷

Ist die aktuelle Rechtslage noch zeitgemäß? Wie sollte Ihrer Meinung nach das Schwangerschaftsabbruchsrecht künftig aussehen?

Der Deutsche Juristinnenbund hat kürzlich ein Papier veröffentlicht, das sich mit der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland auseinandersetzt.⁸ Es handelt sich hierbei um das Ergebnis eines langen Arbeitsprozesses, in dem eine fächerübergreifende Arbeitsgruppe im Juristinnenbund sehr lange und intensiv darüber nachgedacht hat, wie mit dem Thema Schwangerschaftsabbruch rechtlich umzugehen ist. Das Papier schlägt nunmehr eine Regelung außerhalb des StGB vor, die sich am reproduktiven Selbstbestimmungsrecht und an der körperlichen Integrität von schwangeren Personen orientiert. Nach diesem Regelungsvorschlag sollen selbstbestimmte Schwangerschaftsabbrüche

6 Vgl. <https://www.ansirh.org/research/ongoing/turnaway-study>.
 7 Vgl. <https://elsa-studie.de>.
 8 Vgl. https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/st22-26_Policy_Paper_Schwangerschaftsabbruch.pdf.

außerhalb des Strafgesetzbuchs, nämlich im Schwangerschaftskonfliktgesetz, geregelt werden. Das Schwangerschaftskonfliktgesetz regelt im Moment zum Beispiel bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich der Beratung etc. Der Vorschlag des Juristinnenbunds sieht eine Fristenlösung vor, die sich am Zeitpunkt der Überlebensfähigkeit des Fötus orientiert.

Was ich persönlich sehr wichtig finde, ist, dass auch weitere Maßnahmen gefordert werden, um eine bessere Gewährleistung der reproduktiven Selbstbestimmung in Deutschland sicherzustellen. Dazu zählt zum Beispiel ein umfassendes und barrierefreies Beratungsangebot. Das halte ich für sehr wichtig, da das freiwillige Beratungsangebot eine zentrale Hilfestellung hinsichtlich der Entscheidung für oder gegen eine Schwangerschaft ist – so auch die bereits genannte Empfehlung von Menschenrechtsausschüssen.

Der Juristinnenbund fordert außerdem eine Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen. Die Krankenkassen übernehmen nämlich bei Weitem nicht in allen Fällen die Kosten. Diese müssen dann von den Betroffenen selbst getragen werden, was die Frage aufwirft, ob man sich den Abbruch überhaupt leisten kann. Das ist eine weitere wichtige Forderung, ebenso wie die nach einer weiteren Absicherung der Versorgungslage. Dies sind meines Erachtens alles Maßnahmen, die essenziell sind, um reproduktive Rechte in Deutschland zu gewährleisten.

Würden Sie sich dazu äußern wollen, inwiefern Sie die Realisierung eines solchen Vorschlags für realistisch halten?

Ich glaube, es ist gerade ein guter Zeitpunkt, um das Thema noch einmal ernsthaft, sachlich und fundiert zu diskutieren. Die Regierungsparteien wollen dieses Thema angehen und ich hoffe, dass die Zeit jetzt reif ist für eine sachliche Debatte. Wünschenswert wäre, dass die Kommission zum Thema reproduktive Selbstbestimmung und Schwangerschaftsabbrüche bald eingesetzt wird und ihre Arbeit aufnehmen kann. Dies sollte natürlich unter Beteiligung möglichst vieler gesellschaftlicher Akteur:innen bzw. möglichst vieler gesellschaftlicher Meinungen geschehen.

In den USA ist kürzlich die jahrelang geltende Entscheidung Roe v. Wade gekippt worden. Es steht den Bundesstaaten nunmehr frei, Schwangerschaftsabbrüche zu kriminalisieren. Sehen Sie die Gefahr eines „Backlashes“, wenn es in Deutschland zu Liberalisierungsbemühungen kommt?

Ich finde es wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass das deutsche Recht auch im Vergleich zum US-amerikanischen Recht restriktiv ist. Dies ging in der öffentlichen Debatte in Deutschland zur neuen Supreme Court Entscheidung zum Abtreibungsrecht teilweise unter. Der Supreme Court hat entschieden, dass es kein subjektives, aus der Verfassung resultierendes Recht auf Schwangerschaftsabbrüche gibt und hat es den Bundesstaaten überlassen, Regelungsmodelle zu finden, die sie für angemessen halten. Das bedeutet aber auch, dass der Supreme Court dem Gesetzgeber in dieser Frage eine größere Regelungsfreiheit zugestanden hat als das Bundesverfassungsgericht dem deutschen Gesetzgeber mit der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1993.

Die Gefahr des „Backlashes“ ist ein ernstzunehmendes Thema. Gerade in den USA und in Polen sehen wir, dass Anti-Abtreibungs-Lobbygruppen den Diskurs immer mehr dominieren. Ich denke jedoch, dass uns ein solcher möglicher „Backlash“ nicht davon abhalten sollte, wichtige gesamtgesellschaftliche Diskussionen um reproduktive Rechte und um die Regulierung von Schwangerschaftsabbrüchen zu führen.

Vor kurzem wurde § 219a abgeschafft. Welche Bedeutung kommt dieser Reform zu?

Das war ein wichtiger und längst überfälliger Schritt. § 219a war eine problematische und teilweise absurd anmutende Norm, die unter anderem sachlich richtige Informationen von Ärzt:innen über rechtlich zulässige Schwangerschaftsabbrüche unter Strafe gestellt hat. Durch die Abschaffung wird zum einen diese ungerechtfertigte Kriminalisierung von Ärzt:innen endlich beseitigt und zum anderen auch der damit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit. Jetzt erst ist es Ärzt:innen möglich, sachlich über die von Ihnen angewendeten Methoden, Rahmenbe-

dingungen und Kosten von Schwangerschaftsabbrüchen zu informieren. Zuvor ging dies kaum oder nur mit der schwebenden Gefahr einer Strafverfolgung. Diese Kriminalisierung führte zu einer Stigmatisierung und hatte auch Auswirkungen auf die Versorgungslage, also z.B. auf die Frage, welche Ärzt:innen denn überhaupt noch bereit waren, Schwangerschaftsabbrüche anzubieten und durchzuführen. Insofern gab es auch direkte Auswirkungen auf ungewollt schwangere Person und letztlich auf die reproduktive Selbstbestimmung, die damit erheblich eingeschränkt wurde.

Kritiker äußerten, dass der § 219a ein wichtiger Teil der verfassungsrechtlich gebotenen Schutzpflicht des Staates wäre. Wie gehen die Abschaffung des sogenannten Werbeverbotes und der Lebensschutz Ihrer Meinung nach einher?

Ich würde sagen, dass im Hinblick auf das Argument des Lebensschutzes der Tatbestand des § 219a schon insoweit problematisch war, als dass er ja gar nicht zwischen den verschiedenen Formen von Schwangerschaftsabbruch nach § 218 und § 218a unterscheidet. Die sachlich richtige Information über straffreie, das heißt tatbestandslose oder gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche, kann keine rechtlich relevante Gefahr für das ungeborene Leben darstellen. Denn diese Rechtslage, nach der bestimmte Formen von Schwangerschaftsabbrüchen nicht strafbar sind, enthält bereits die gesetzgeberische und vom BVerfG gebilligte Abwägung zwischen dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung und dem Recht auf Leben, also der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben. Wenn also bereits der Abbruchtatbestand straflos bzw. rechtmäßig ist und damit keine strafbare Gefährdung des ungeborenen Lebens darstellt, dann kann für die Gefährdung der davon viel weiter entfernt liegenden Informationen über derartige Abbrüche erst recht nicht der Schutz des Lebens als Argument gelten. Darüber hinaus würde ich auch argumentieren, dass das Ziel, ungeborenes Leben zu schützen, durch ein Informationsverbot ohnehin nicht erreicht werden kann. Dies würde nämlich voraussetzen, dass der Entschluss zum Abbruch einer Schwangerschaft durch derartige Informationen hervorgerufen oder zumindest

verstärkt werden kann. Ein derartiger Zusammenhang ist tatsächlich nicht ersichtlich. Es ist nicht erkennbar, wie Informationen über die Art und Weise der Behandlung eine ungewollt schwangere Person zum Abbruch einer Schwangerschaft veranlassen oder ermutigen können.

Welche Auswirkungen hat der Wegfall des §219a für die bis dahin hiernach verurteilten Personen, z.B. für die in diesem Zusammenhang bekannt gewordene Frau Kristina Hänel?

Der Bundestag hat gleichzeitig mit der Abschaffung des § 219a eine Rehabilitation der Verurteilten beschlossen. Dadurch wurden dann die strafgerichtlichen Urteile, die seit dem 3. Oktober 1990 wegen Werbung für Schwangerschaftsabbruch ergangen sind, aufgehoben und laufende Verfahren eingestellt. Das war ein umstrittener Punkt in der Anhörung im Rechtsausschuss, zu dem verschiedene Auffassungen vertreten wurden.

Ich persönlich halte das für richtig, denn die Ärzt:innen haben durch ihre Tätigkeit an einem staatlichen Versorgungsauftrag – wie ihn insbesondere das BVerfG in seiner Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch vorgeschrieben hat – mitgewirkt und wurden dafür kriminalisiert.

Wir bedanken uns recht herzlich für Ihre Zeit und Ihre interessanten sowie juristisch höchst bedeutsamen Ausführungen zum Schwangerschaftsabbruchsrecht.

• **Larissa Creydt, Alisha Thomas und Maria Tsantis** Chefredaktion der Hamburger Rechtsnotizen sowie Studierende der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Ein besonderer Dank gilt allen Redaktionsmitgliedern für die Ausarbeitung des Fragenkatalogs.

Aufsätze

Lara Schmidt

Wer haftet für den Klimawandel?

Bedenken zur äquivalenten Kausalität in Klimahaftungsfällen auf dem Prüfstand

Klimaklagen sind derzeit in aller Munde. Als Voraussetzung sämtlicher Haftungstatbestände spielt das Kausalitätserfordernis dabei eine entscheidende Rolle. Vor dem Hintergrund des Verfahrens des peruanischen Bauern Lliuya gegen RWE hinterfragt dieser Beitrag zwei zentrale Bedenken zur äquivalenten Kausalität in Klimahaftungsfällen.

I. Einleitung

Klimaschutz ist schon lange kein ausschließlich politisches und gesellschaftliches Thema mehr: Durch die sogenannte climate change litigation hat die Thematik auch Eingang in die rechtswissenschaftliche Praxis und Forschung gefunden. Während in der Vergangenheit vor allem gegen den Staat geklagt wurde,¹ werden in jüngster Zeit auch Versuche unternommen, private Unternehmen zur Verantwortung zu ziehen.²

Unter dem Stichwort „private Klimaklagen“ werden gemeinhin Klagen zusammengefasst, in denen vom Klimawandel betroffene Privatpersonen emittierende Unternehmen in Anspruch nehmen. Zumeist mit Unterstützung von Umweltver-

1 Vgl. in Deutschland die Entscheidung des BVerfG aus Mai 2021 zu der Verfassungsbeschwerde gegen das Klimaschutzgesetz, BVerfGE 157, 30 ff.

2 Vgl. die Klage des peruanischen Bauern Lliuya gegen RWE; Klageschriften abrufbar unter: <https://www.germanwatch.org/de/14198> (26.11.2022); die Klagen von Greenpeace gegen Volkswagen, Klageschriften abrufbar unter: <https://www.greenpeace.de/klimaschutz/mobilitaet/vw-klage-gericht> (26.11.2022); die Klagen der Deutschen Umwelthilfe gegen BMW, Mercedes-Benz und Wintershall Dea, Klageschriften abrufbar unter: <https://www.duh.de/klimaklagen/unternehmensklagen> (26.11.2022). Die Klage gegen Mercedes Benz wurde am 13.09.2022 durch das LG Stuttgart abgewiesen. Die Deutsche Umwelthilfe hat jedoch bereits angekündigt, vor dem OLG Stuttgart in Berufung zu gehen, https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelthilfe-geht-mit-klimaklage-gegen-mercedes-benz-in-die-naechste-instanz/?no_cache=1 (26.11.2022).

bänden verlangen Kläger:innen Ersatz für bereits eingetretene Schäden³ oder fordern Schutz vor drohenden Beeinträchtigungen.⁴ Rechtlich stützen sich diese Klagen dabei auf bereits bekannte Instrumente des Zivilrechts. In Ermangelung vertraglicher Beziehungen kommen allein deliktische Ansprüche in Betracht. Im Rahmen des Schadensersatzes für bereits eingetretene Schäden können Ansprüche auf § 823 I BGB oder § 823 II BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz gestützt werden. Hinsichtlich einer Beseitigung von drohenden Beeinträchtigungen ist § 1004 I BGB relevant.

Unabhängig vom gewählten rechtlichen Instrument stehen Kläger:innen regelmäßig vor dem gleichen Hindernis: dem Erfordernis eines Kausalzusammenhangs.⁵ Der Ausstoß der Emissionen durch die Emittentinnen muss danach kausal für einen konkret eingetretenen oder bevorstehenden Schaden geworden sein. Zur Veranschaulichung dient die gerade vor dem OLG Hamm anhängige Klage des peruanischen Bauern Saúl Ananías Luciano Lliuya gegen den Energiekonzern RWE⁶: Lliuya ist Eigentümer eines Hauses in Huaraz (Peru), das nahe des Gletschersees Parlcachoa liegt. Innerhalb der letzten Jahrzehnte ist der Gletscher zunehmend abgeschmolzen und der Wasserpegel im Gletschersee angestiegen. Dies sei auf den Klimawandel zurückzuführen, zu dem Europas größte Treib-

3 Vgl. aus den USA US Supreme Court vom 20.05.2013 – 2013 WL 798854 – Native Village of Kivalina v Exxon Mobil, Corp und Ned Comer v Murhpy.

4 Vgl. die in Fn. 2 aufgeführten Klagen.

5 BGH NZM 2019, 893 (896); Wagner, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 70 ff.

6 Vgl. LG Essen ZUR 2017, 370 ff.

hausgasemittentin RWE beigetragen habe. Lliuya befürchtet, dass sein Haus in naher Zukunft durch eine Flutkatastrophe zerstört wird und verlangt daher eine anteilige Kostentragung von Schutzmaßnahmen von RWE.

Kommt es nun zu der Frage, ob die Emissionen von RWE kausal für diese Flutgefahr in Peru sind, bedient sich das deutsche Haftungsrecht einer Zweiteilung: Einerseits muss Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel auf faktischer Ebene begründet werden (sog. äquivalente Kausalität).⁷ Andererseits muss Kausalität im Rahmen der rechtlichen Zurechenbarkeit als normative Grenze der Haftung vorliegen (sog. Adäquanz).⁸

Dieses Kausalitätserfordernis halten kritische Stimmen in Wissenschaft und Praxis auf beiden Ebenen im Rahmen von Klimaklagen derzeit teilweise für unerfüllbar.⁹ Dieser Beitrag kategorisiert ebendiese Bedenken und Kritik an der Begründung von Kausalität im Rahmen von Klimaklagen und untersucht diese auf ihre rechtliche Begründetheit. Dabei liegt der Fokus allein auf dem Erfordernis der äquivalenten Kausalität.

II. Naturwissenschaftliche Kausalität

Für die Beurteilung der (rechtlichen) äquivalenten Kausalität ist das Verständnis der naturwissenschaftlichen Ursachen-Wirkungszusammenhänge von Emissionsausstoß, Klimawandel und Klimaschäden unerlässlich.

Der Weg vom Ausstoß von Emissionen hin zu einem konkreten Schadensereignis ist durch zahlreiche Zwischenschritte gekennzeichnet.

.....

7 Köck, Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht – Klassische und moderne Problemkonstellationen, in: Lübke (Hg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, S. 9 (10); Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 92.

8 Ansgar/Staudinger, in: Schulze, BGB, 11. Aufl. 2022, § 823 BGB Rn. 47 ff.; ausführlich zur adäquaten Kausalität in Klimahaftungsfällen siehe etwa Wagner/Arntz, Liability for Climate Change under the German Law of Tort, in: Kahl/Weller (Hg.), Climate Change Litigation, 2021, Rn. 48 ff.; Spindler, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 2008, 283 (285 ff.).

9 Im Ergebnis Spitzer/Burtscher, Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts, JETL 2017, 136 (166 ff.); Keller/Kapoor, Climate Change Litigation – zivilrechtliche Haftung für Treibhausgasemissionen, BB 2019, 706 (706 f.); Wagner/Arntz, in: Kahl/Weller (Hg.), Climate Change Litigation, Rn. 36 f.

Im Wesentlichen lässt sich dieser Zusammenhang jedoch auf zwei Stufen herunterbrechen: Zunächst muss der Ausstoß von Emissionen zu einer Veränderung des globalen Klimas führen (1. Kausalstufe). Diese durch den Menschen herbeigeführte Veränderung des Klimas müsste dann wiederum ursächlich für den Eintritt des konkreten schadensstiftenden Ereignisses – wie etwa der Flutgefahr – geworden sein (2. Kausalstufe).

Grundsätzlich führen alle ausgestoßenen Emissionen zu einer Verdichtung der Treibhausgase in der Atmosphäre (Treibhausgasereffekt).¹⁰ Dass der Mensch damit die Erwärmung des globalen Klimas bedingt, ist wissenschaftlich unbestritten.¹¹

Auf der zweiten Kausalstufe ergeben sich jedoch Schwierigkeiten: Extremwetterereignisse wie starke Regenfälle oder Hitzewellen traten schon vor Einsetzen des Klimawandels auf.¹² Aus naturwissenschaftlicher Perspektive lässt sich eine Erhöhung der Temperaturen und Intensität durch den Klimawandel nur mit „mittlerem Vertrauen“ nachweisen.¹³ Für konkrete Extremwetterereignisse ist es daher schwierig nachzuweisen, ob genau dieses Ereignis auf den menschengemachten Klimawandel zurückzuführen oder nur als Teil der natürlichen Variation des Wetters aufgetreten ist.¹⁴ Anders steht es jedoch um sogenannte „slow onset events“: Diese sind Klimaereignisse, die sich langsam und über einen langen Zeitraum entwickeln, wie etwa die Gletscherschmelze oder der Anstieg des Mee-

.....

10 Vertiefende Ausführungen bei Rahmstorf/Schnellhuber, Der Klimawandel, 8. Aufl. 2018, S. 30 ff.

11 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), The Physical Scientific Basis – Summary for Policymakers. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment, 2021, abrufbar unter: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> (26.11.2022), A.1.: „It is unequivocal that human influence has warmed the atmosphere, ocean and land“.

12 Rahmstorf/Schnellhuber, Der Klimawandel, 8. Aufl. 2018, S. 43.

13 Der IPCC gibt das Vertrauensniveau unter Verwendung von fünf Abstufungen an: sehr gering, gering, mittel, hoch und sehr hoch. IPCC, Impacts, Adaptation and Vulnerability – Summary for Policymakers, 2021, abrufbar unter: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/> (26.11.2022), B.1.1.

14 Vgl. Verheyen/Lühns, Klimaschutz durch Zivilgerichte in den USA, ZUR 2009, 129 (136).

resspiegels.¹⁵ Bei diesen Ereignissen lässt sich, zumindest mit „hohem Vertrauen“, ein naturwissenschaftlicher Ursachenzusammenhang zum anthropogenen Klimawandel herstellen.¹⁶

III. Rechtliche Kausalität – gerechtfertigte Bedenken in der Praxis und Wissenschaft?

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, inwieweit diese naturwissenschaftlichen Erkenntnisse eine Übersetzung in die tatbestandsmäßige äquivalente Kausalität finden können. Ausgangspunkt des deutschen äquivalenten Kausalitätsbegriffs ist die *Conditio-sine-qua-non*-Formel. Danach ist Ursache jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel.¹⁷ Entscheidend ist, dass bei *ex post* Betrachtung ein bestimmter Umstand eine notwendige Bedingung eines Schadens oder einer Beeinträchtigung ist.¹⁸

Grundsätzlich muss das Vorliegen der adäquaten Kausalität des Vollbeweises nach § 286 ZPO genügen.¹⁹ Demnach gilt eine Tatsache als bewiesen, wenn das Gericht diese nach freier Überzeugung für wahr erachtet.²⁰ Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung ist dafür allerdings nicht erforderlich. Vielmehr soll sich das Gericht mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen.²¹ In der Vergangenheit hat es beispielsweise im Bereich des Arzthaftungsrechts – das ebenfalls durch unklare Kausalverläufe geprägt ist – zur Überzeugung des Gerichts ausgereicht, dass ein Kausalzusammenhang nach Aussage eines Sach-

.....

15 IPCC, *Impacts, Adaptation and Vulnerability – Summary for Policymakers*, 2021, abrufbar unter: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/> (26.11.2022), Fn. 29.

16 IPCC, *Impacts, Adaptation and Vulnerability – Summary for Policymakers*, 2021, abrufbar unter: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/> (26.11.2022), B.5.1.

17 Grundlegend etwa BGH NJW 1951, 711 (711); BGH NJW 1976, 796 (797); zur Kritik siehe die Theorie der gesetzmäßigen Bedingung von *Engisch*.

18 *Röckrath*, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, 2004, S. 12; *Köck*, in: *Lübbe (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung*, 1994, S. 9 (11).

19 *Teichmann*, in: *Jauernig, BGB*, § 823 Rn. 63.

20 *Bacher*, in: *Beck'scher Online Kommentar*, 45. Edition vom 01.07.2022, ZPO, § 286 Rn. 12 f.; *Prütting*, in: *MüKo, ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 34.

21 BGH NJW 1970, 946 (948).

verständigen „sehr wahrscheinlich“ war.²² Dem steht bei der Beweiswürdigung zwar ein weiterer Beurteilungsspielraum zu, dieser muss sich jedoch an objektiven Kriterien wie allgemeinen Erfahrungssätzen sowie den Natur- und Denkgesetzen messen lassen.²³ Im RWE-Fall kann das Abschmelzen der Gletscher in den Anden beispielsweise mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens über 90% auf den Klimawandel zurückgeführt werden.²⁴ Eine solche Wahrscheinlichkeit kann im Rahmen des Bewertungsspielraums nachvollziehbar für die richterliche Überzeugung ausreichen. Daher kommen für die gerichtliche Geltendmachung von Klimaschäden allein solche in Betracht, die auf eben beschriebene „slow onset events“ zurückzuführen sind.

Darüber hinaus kommt es auf materiell-rechtlicher Ebene zu „Übersetzungsschwierigkeiten“ von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen in die rechtliche Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel. Exemplarisch dafür steht der RWE-Fall. Das Landgericht Essen wies die Klage von *Lliuya* im Dezember 2016 ab, da das Gericht keinen äquivalenten Kausalzusammenhang feststellen konnte.²⁵ Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion um die äquivalente Kausalität von Klimaklagen werden regelmäßig ähnliche Bedenken angeführt.²⁶ Konkret stellte das Landgericht Essen in seiner Entscheidung fest, dass die Emissionen von RWE als große Treibhausmitteln angesichts der Vielzahl von Emittentinnen unbedeutend sei. So entfiel auch bei Hinwegdenken ebendieser Emissionen gerade nicht die Flutgefahr für das Grundstück von *Lliuya*.²⁷ Kritische Stimmen in der Wissenschaft führen ergänzend an, dass Emissionen einzelner Emittentinnen schon deshalb nicht kausal für

.....

22 BGH NJW 2008, 2046 Rn. 18, 21 f.; OLG Köln, Urteil vom 19. November 2014 – 5 U 145/13, Rn. 25 f.; *Schirmer, JZ* 2021, 1099 (1102).

23 BGH NJW 2014, 71 (72); *Prütting*, in: *MüKo, ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 34.

24 IPCC, *Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2014, abrufbar unter: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartB_FINAL.pdf / (26.11.2022), S. 1518 ff.

25 LG Essen ZUR 2017, 370 (372 Rn. 40 ff.).

26 *Wagner/Arntz*, in: *Kahl, /Weller (Hg.), Climate Change Litigation*, 2021, Rn. 40; *Chatzinerantzis/Appel*, *Haftung für den Klimawandel*, NJW 2019, 881 (882); *Spitzer/Burtscher, JETL* 2017, 136 (166 f.).

27 LG Essen ZUR 2017, 370 (372 Rn. 42).

Klimaschäden seien, weil der konkret eingetretene Umweltschaden keinem individuellen Schädiger zugeordnet werden kann.²⁸ Der Klimawandel werde durch Emissionen einer Vielzahl von Klein- und Großemittentinnen verursacht, die sich untrennbar in der Atmosphäre vermischen.²⁹ Ein „Einzelnachweis“ zwischen bestimmter Emission und konkretem Umweltschaden sei jedoch Voraussetzung für eine rechtliche Haftung.³⁰

Unter Berücksichtigung dieser aufgeführten Bedenken stellen sich zwei Kernfragen: Muss der eingetretene oder drohende Klimaschaden bei Hinwegdenken der Emissionen einer Emittentin völlig entfallen, um Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel zu begründen? [1.] Ist eine individuelle Zuordnung der Klimaschäden zu einer konkreten Verursacherin eine Voraussetzung von Kausalität? [2.]

1. Muss der eingetretene oder drohende Klimaschaden bei Hinwegdenken der Emissionen einer Emittentin völlig entfallen, um Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel zu begründen?

Der Anteil eines jeden Menschen an der weltweiten Emissionsbelastung ist wie erwartet extrem gering. Dies trifft allerdings auch auf Europas größte Treibhausgasemittentin RWE und damit auf jeden Großkonzern weltweit zu. Nach Berechnungen durch die Klägerseite ist RWE allein für 0,47% der weltweiten Emissionen verantwortlich.³¹ So stellte das Landgericht Essen richtig fest, dass auch ohne die Emissionen von RWE eine Überschwemmungsgefahr für Lliuya bestehen würde.

Diese Tatsache lässt jedoch nicht automatisch die äquivalente Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel entfallen. Eine Kombination der zwei bekannten Kausalitätsformen der kumulativen und der alternativen Kausalität zeigt: auf

.....

28 *Chatzinerantzis/Appel*, NJW 2019, 881 (882); Spitzer/Burtscher, JETL 2017, 136 (167).

29 *Keller/Kapoor*, BB 2019, 706 (708).

30 *Keller/Kapoor*, BB 2019, 706 (709).

31 Verheyen, Klage des Saúl Ananías Luciano Lliuya gegen die RWE AG, 23.11.2015, abrufbar unter: <https://www.germanwatch.org/de/14198> (26.11.2022).

den vollständigen Wegfall der Beeinträchtigung oder des Schadens kommt es nicht immer an.

Dass die Kombination von kumulativer und alternativer Kausalität nicht neu ist, zeigt eine richtungswise Entscheidung des BGH. Der berühmten „Lederspray“-Entscheidung³² zur strafrechtlichen Produktverantwortlichkeit liegt ein Fall zugrunde, der vergleichbare Kausalitätsproblematiken wie Klimahaftungsfälle aufweist. Sowohl das Zivilrecht als auch das Strafrecht fordern für die Begründung von Kausalität unter anderem das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs in einem naturwissenschaftlichen Sinne.³³ Dadurch können Gedanken aus dem Strafrecht in dieser Hinsicht auch für zivilrechtliche Fragestellungen genutzt werden.

In dem Fall waren die Geschäftsführer:innen eines Unternehmens angeklagt, das Lederspray hergestellt und vertrieben hatte. Die Firmenleitung erreichten Meldungen über Gesundheitsschäden in Verbindung mit dem Gebrauch dieses Ledersprays. Daraufhin kam die Geschäftsleitung zu einer Sitzung zusammen und beschloss einstimmig, das Produkt nicht zurückzurufen. Im Folgenden erlitten Kund:innen Gesundheitsschäden, sodass sich die Frage nach der Kausalität der Entscheidungen der Geschäftsführer:innen gegen den Rückruf des Produktes stellten.

Das Abstimmungsverhalten nur eines:r Geschäftsführers:in ist nicht kumulativ kausal. Dies würde voraussetzen, dass auch bei Hinwegdenken seiner:ihrer Ja-Stimme gegen den Rückruf, kein Beschluss gegen einen Rückruf ergangen wäre. Selbst wenn diese:r eine Geschäftsführer:in für einen Rückruf gestimmt hätte – sich also rechtmäßig verhalten hätte – wäre aufgrund der Stimmen der anderen Geschäftsführer:innen weiterhin kein Rückruf beschlossen worden. Das Verhalten eines:r Geschäftsführers:in ist jedoch auch nicht alternativ kausal, da seine:ihre Ja-Stimme nicht allein für den fehlenden Rückruf ausgereicht hätte. Damit hätte sich jede:r Geschäftsführer:in auf das

.....

32 BGH NJW 1990, 2560.

33 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 6 ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 3 ff.

Verhalten der anderen berufen können. Schon der BGH erkannte 1990: „*Daß dies nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand.*“³⁴

Der BGH selbst nahm in dem Fall im Ergebnis eine Strafbarkeit wegen Mittäterschaft (§ 25 II StGB) an und umging damit die Frage der Kausalität.³⁵ In der Literatur wurde im Anschluss an die Entscheidung unter dem Stichwort „Gremien- und Kollegialentscheidungen“ ein kombinierter alternativer-kumulativer Kausalzusammenhang anerkannt.³⁶

Nicht anders gestaltet sich die Problematik bei Klimahaftungsfällen. Die Emissionen nur einer Emittentin führen nicht zum Entfallen sämtlicher Klimabeeinträchtigungen und daraus resultierenden Schäden. Die Emissionen einer Emittentin reichen jedoch auch allein nicht für den Eintritt von Klimabeeinträchtigungen und -schäden aus. Bei der Bewertung kann aufgrund der vergleichbaren Problemlage zu Gremienentscheidungen hinsichtlich der äquivalenten Kausalität nichts anderes für Emittentinnen gelten. Passt man die *Conditio-sine-qua-non*-Formel dementsprechend an, dürften mehrere Bedingungen zwar alternativ, aber kumulativ hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele.³⁷ Mit Blick auf Klimaschäden bedeutet dies konkret, dass die Emissionen einer einzelnen Emittentin zwar hinweggedacht werden können, ohne dass die Bedrohung durch den Klimawandel entfele, jedoch nicht die Emissionen aller Emittentinnen. Bei dieser (bereits anerkannten) Modifikation der *Conditio-sine-qua-non*-Formel kommt es mithin gerade nicht mehr allein auf den Wegfall des Erfolgs bei Hinwegdenken nur einer Bedingung an.

34 BGH NJW 1990, 2560 (2567).

35 BGH NJW 1990, 2560 (2566).

36 Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 48; Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, Diss., 2001, S. 32 ff.; Neudecker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, Diss., 1995 mit weiteren Nachweisen.

37 Haller/Risse, NJW 2021, 3500 (3502); Ipsen ua., Klimawandel als Haftungsrisiko, ZIP 2021, 1843 (1845).

2. Ist eine individuelle Zuordnung der Klimaschäden zu einer konkreten Verursacherin eine Voraussetzung von Kausalität?

Vielfach wird der Begründung von Kausalität in Klimahaftungsfällen weiterhin entgegengehalten, dass der konkret eingetretene Schaden keinem:r individuellen und konkret bestimmbar Schädiger:in zugeordnet werden kann.³⁸ Es sei notwendig, dass ein „Einzelnachweis zwischen Emissionen und Umweltschaden“³⁹ geführt wird, in dem Sinne, dass die konkrete Bedrohung durch die „schuldhaften“⁴⁰ Emissionen des:r Schädigers:in verursacht wurden. Als Beleg führen kritische Stimmen das „Waldschaden-Urteil“ des BGH⁴¹ aus dem Jahre 1980 an.⁴² In dem Fall war der Kläger Betreiber eines großen Wirtschaftswaldes. In diesem Wald war seit den 1950er Jahren der Zuwachs an Holz stark zurückgegangen. Das Waldsterben beruhe auf dem sogenannten „sauren Regen“, der durch Luftverunreinigungen lokaler Industrieanlagen entstehe.⁴³ Hinsichtlich der Kausalität und Zurechnung von Waldschäden fasste der BGH zusammen, dass dem Vorliegen von Kausalität der Umstand, dass die Schäden nicht bestimmten identifizierbaren Emittentinnen zugerechnet werden können, entgegenstehe. Die Emissionsbeiträge seien ununterscheidbar vermischt, „*sodass es praktisch unmöglich ist, den bei dem einzelnen Waldbesitzer eingetretenen Schaden einem oder mehreren bestimmten Emittenten individuell zuzurechnen.*“⁴⁴

Diese Argumentation schlägt auf zwei Ebenen fehl: Zum einen erfordert die Begründung von Kausalität nicht grundsätzlich das Vorliegen eines individuellen Zusammenhangs und zum anderen ist der Waldschadensfall ungeeignet, eine Aussage zu der Kausalität von Klimaschäden zu treffen.

38 LG Essen ZUR 2017, 370 (372 Rn. 44).

39 Keller/Kapoor, BB 2019, 706 (709).

40 Spitzer/Burtscher, JETL 2017, 136 (167), aus dem Englischen übersetzt durch Verfasserin.

41 BGH NJW 1988, 478 ff.

42 Chatzinerantzis/Appel, NJW 2019, 881 (882).

43 Der Kläger verlangte Schadensersatz in Höhe von 1 Million DM von der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Baden-Württemberg auf Grundlage von § 14 S. 2 BImSchG. In seiner Entscheidung stellt der BGH fest, dass der Anspruch aus § 14 S. 2 BImSchG keine geeignete Anspruchsgrundlage für den Ersatz von Waldschäden darstellt.

44 BGH NJW 1988, 478 (478).

Wird eine „Verursachungskette zwischen einer bestimmten Emission und einem bestimmten Umweltschaden“,⁴⁵ ein „Einzelnachweis“⁴⁶ oder auch eine „specific causation“⁴⁷ gefordert, so wird das Bild erweckt, als gäbe es eine Art nachvollziehbaren Weg vom Ausstoß der Emission hin zum Eintritt eines konkreten Schadensereignisses. So ist es richtig, dass der Beweis eines solchen konkreten Zusammenhangs im Sinne eines „Weges“ nicht gelingen wird. Das liegt allerdings nicht daran, dass RWE und andere Emittentinnen keine kausalen Verursachungsbeiträge gesetzt haben, sondern an der Wirkungsweise von Emissionen und Klimawandel. Es existiert kein Zusammenhang von Emission und Schadensereignis in der Hinsicht, dass eine bestimmte Emission in die Luft aufsteigt, über diese transportiert wird und an einem konkreten Ort einen bestimmten Klimaschaden anrichtet.⁴⁸ Vielmehr steigt jede Emission in die Luft, verändert die Atmosphäre und führt dadurch zu einer Erwärmung des globalen Klimas.⁴⁹

Gerade diese Wirkungsweise des Klimawandels lässt auch den Vergleich mit dem Waldschadensfall hinken.⁵⁰ Der entscheidende Unterschied zu Klimaschäden ist: Waldschäden sind „individualisierbar“. Im Waldschadensfall stießen Emittentinnen säurehaltige Abgase aus, die sich in der Luft mit Wassermolekülen verbanden. Diese wurden in der Luft transportiert, regneten in Form des sauren Regens in lokaler Nähe ab und schädigten die Bäume.⁵¹ Jeder saurer Regentropfen wurde damit zuvor von einer konkreten Emittentin ausgestoßen.⁵² In diesen Fällen können Emittentinnen richtigerweise einwenden, dass ihr Emissionsbeitrag gar nicht ursächlich für den Schaden an einem konkreten Baum geworden ist.⁵³ Deshalb ist es nur nachvollziehbar,

45 *Keller/Kapoor*, BB 2019, 706 (709); vgl. auch *Chatzinerantzis/Appel*, NJW 2019, 881 (882).

46 *Keller/Kapoor*, BB 2019, 706 (709).

47 *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 136 (167).

48 Vgl. *Schirmer*, Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch!, JZ 2021, 1099 (1103).

49 *Schirmer*, JZ 2021, 1099 (1103).

50 *Kling*, Die Klimaklage gegen RWE – Die Geltendmachung von Klimafolgeschäden auf dem Privatrechtsweg, KJ 2018, 213 (221); *Schirmer*, JZ 2021, 1099 (1103).

51 *Kling*, KJ 2018, 213 (222) *Schirmer*, JZ 2021, 1099 (1103).

52 *Kling*, KJ 2018, 213 (222) *Schirmer*, JZ 2021, 1099 (1103).

53 *Kling*, KJ 2018, 213 (222) *Schirmer*, JZ 2021, 1099 (1103).

dass der BGH in diesem Fall eine Haftung mangels individueller Zuordnung abgelehnt hat. Beim Klimawandel sind jedoch *alle* Emittentinnen aufgrund der naturwissenschaftlichen Wirkungsweise Verursacherinnen der Erwärmung des globalen Klimas. Sämtliche Emittentinnen führen mit jeder ausgestoßenen Emission zu einer graduellen Veränderung der Atmosphäre.⁵⁴ Keine fällt aus diesem Verursacherinnenkreis heraus. Keine ist potenziell nicht ursächlich. Klimaschäden sind damit gerade nicht individualisierbar und bedürfen keiner individuellen Zuordnung. Individualität ist somit keine grundsätzliche Voraussetzung von Kausalität, sondern vielmehr das Setzen einer notwendigen Bedingung.

IV. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Skepsis kritischer Stimmen hinsichtlich der äquivalenten Kausalität unter Berücksichtigung naturwissenschaftlicher Grunderkenntnisse unbegründet ist. Ein Blick in das gängige Instrumentarium des Zivilrechts zeigt: Die Begründung von Kausalität in Klimahaftungsfragen bedarf keiner umfangreichen Neuschöpfung von Rechtsinstituten. Gerade im Rahmen der äquivalenten Kausalität, die sich grundsätzlich an faktischen und tatsächlichen Ursachen-Wirkungs-Zusammenhängen orientiert, muss der naturwissenschaftliche Kenntnisstand herangezogen, verstanden und auf die *Conditio sine qua non*-Formel angewendet werden. Jede Emission ist naturwissenschaftlich eine notwendige Bedingung für die Erderwärmung (1. Kausalstufe). Im Rahmen der 2. Kausalstufe wird es auf die Fakten- und Beweislage im Einzelfall ankommen. Entscheidend ist, ob sich der Eintritt des konkreten Klimaschadens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf naturwissenschaftlicher Ebene auf den Klimawandel zurückführen lässt. Ist das der Fall, stehen der Kausalität jedenfalls nicht die aufgeführten Bedenken entgegen. Dass damit praktisch jedes Verhalten äquivalent kausal sein kann, steht dem Ergebnis dieser Arbeit

54 *Frank*, Climate Change Litigation – Klimawandel und haftungsrechtliche Risiken, Erwidern auf *Chatzinerantzis/Herz*, NJOZ 2010, 2296 (2298); *Kling*, KJ 2018, 213 (222); *Schirmer*, JZ 2021, 1099 (1103) mit weiteren Nachweisen.

nicht entgegen. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Begründung von Kausalität noch ein Korrekturlement enthält: Den adäquaten Kausalzusammenhang. Auf dieser Ebene können Fragen der Gerechtigkeit und auch des Haftungsumfangs diskutiert werden.

Vor diesem Hintergrund ist es zumindest nicht gänzlich unwahrscheinlich, dass der Klage des peruanischen Bauern Lliuya gegen RWE stattgegeben wird. Das Urteil des OLG Hamm in diesem Verfahren steht noch aus – insofern bleibt es spannend.

• **Lara Schmidt** studiert Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg.

Wer hält das Grundgesetz in der Zeit?

Die Abänderbarkeit von Verfassungen durch formelle Änderung,
Verfassungswandel und Verfassungsrechtsprechung

Als Bundeskanzler Olaf Scholz in seiner Regierungserklärung vor dem Bundestag am 27.02.2022 mehrfach von einer Zeitenwende sprach, adressierte er damit zuvörderst Wladimir Putins Angriffskrieg auf die Ukraine, der über 70 friedlichen Jahren auf europäischem Boden ein jähes Ende setzte. Scholz kündigte jedoch auch eine Zäsur in der deutschen Sicherheitspolitik und mit ihr die Einführung eines Sondervermögens Bundeswehr an. Diese Ankündigung verknüpfte er mit dem Appell an alle Fraktionen, das Sondervermögen im Grundgesetz abzusichern. Den Autoren besorgt der Trend, politische Regierungsentscheidungen ins Grundgesetz aufzunehmen. Er fordert daher auch eine Zeitenwende, und zwar weg von dieser Praxis und hin zu größerem Respekt vor der Funktion unserer Verfassung als grundlegende Werteordnung.

I. Einleitung

Mit den Worten „Der Zeitfaktor macht aus Selbstbindung Fremdbindung, aus Autonomie Heteronomie.“¹ beschreibt Dreier das sog. Generationenproblem, das die Legitimität einer jeden Verfassung insofern hinterfragt, als von einer gemeinsam im Volke wurzelnden Verfassung keine Rede mehr sein könne, sobald die gegenwärtige Generation an ihrer Ausarbeitung überhaupt nicht beteiligt war.² Die Verfassungstheorie entwickelte sodann zwei Lösungsmodelle, nämlich einerseits die Verfassungsbefristung und andererseits die Möglichkeit der Verfassungsänderung.³ Gegen ein obligatorisches Verfallsdatum für Ver-

fassungen spricht der enorme Aufwand, der mit ständig wiederkehrenden Verfassungsgebungsprozessen verbunden wäre. Eine abänderbare unbefristete Verfassung stellt es dagegen der jeweiligen Generation anheim, sie nach ihren Vorstellungen anzupassen oder eben unberührt fortgelten zu lassen. Im Gegensatz zur Befristung sichert die Änderungsmöglichkeit einer Verfassung also die Überlebensfähigkeit im Fluss der Zeit, indem sie den Zwang zum womöglich radikalen Bruch vermeidet und eine Fortschreibung in Geltungskontinuität ermöglicht.⁴ Aus diesem Grund erweist sich die Verfassungsänderung einem automatischen Verfall der Verfassung durch Zeitablauf gegenüber als vorzugswürdig.

Für heutige Generationen in Deutschland, die ihr ganzes Leben unter dem Grundgesetz verbringen durften, ist dessen Abänderbarkeit selbstverständlich. Das Grundgesetz erlaubt sogar grundsätzlich seine Totalrevision, also die umfassende Neugestaltung des Verfassungstextes; allein die Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 III GG entzieht bestimmte Grundprinzipien einer Änderung.⁵

Dabei bezieht sich Art. 79 III GG seiner Systematik nach lediglich auf das formelle Grundgesetzänderungsverfahren (II.). Hinzu treten zwei weitere Möglichkeiten, eine Verfassung zu aktualisieren, namentlich die veränderte Auslegung des historischen Normtextes (III.) und die Rechtsentwicklung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit (IV.). Das Nebeneinander der verschiedenen Innovationsmodi Text- und Bedeutungsänderung wirft die Frage danach auf, wer eigentlich

1 Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 29.

2 Thiele, Allgemeine Staatslehre: Begriff, Möglichkeit, Fragen im 21. Jahrhundert, 2022, S 88.

3 Vgl. hierzu Lukan, Verfassungskontinuität durch Verfassungsänderung – Wie kann eine Verfassung ihre Dauerhaftigkeit sichern?, DÖV 2019, 811 ff.

4 Lukan (Fn. 3), 814 f.

5 Herdegen, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, GG, 2022, Art. 79 Rn. 14, 60 ff.

die Verantwortung dafür trägt, die Verfassung in der Zeit zu halten.

II. Abänderbarkeit durch das formelle Verfahren

Gegenüber dem herkömmlichen weist das verfassungsändernde Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 79 I und II GG folgende Besonderheiten auf: Der Wortlaut der Verfassung muss ausdrücklich geändert werden, Art. 79 I 1 GG. Verfassungsändernde Gesetze erfordern eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates, dessen Zustimmung es in jedem Fall bedarf, Art. 79 II GG.

1. Die Gefahr der politischen Instrumentalisierung

Die formell vergleichsweise⁶ leichte Abänderbarkeit des Grundgesetzes macht dieses zwar einerseits flexibler, worauf durchaus auch sein langes Bestehen im Vergleich zu den Vorgänger-verfassungen zurückgeführt wird.⁷ Sie birgt andererseits jedoch die Gefahr seiner politischen Instrumentalisierung. Kritik am verfassungsändernden Gesetzgeber wird sodann auch unterschiedlich scharf artikuliert; von der nüchtern festgestellten Tendenz, das Grundgesetz sei „eher zu oft als zu selten geändert“⁸ worden bis zum Vorwurf eines fortwährenden „Verfassungsrecht[s] im Loseblatt-System“⁹. Zu der bis heute kontrovers diskutierten sogenannten Schuldenbremse in Art. 109 III, 115 II GG tritt als jüngstes Beispiel das „Sondervermögen Bundeswehr“, dessen Einführung im Grundgesetz die künftige Haushaltsautonomie des Bundes in nicht zu vernachlässi-

.....

6 So stellt etwa Art. V der Constitution of the United States formelle Anforderungen an die Verfassungsänderung, die angesichts der gegenwärtigen politischen Realität der USA von zwei ähnlich großen und kaum konsensfähigen politischen Lagern zu einer faktischen Unabänderbarkeit der Verfassung führen.

7 Vgl. *Lepsius*, Dynamik, Legitimität, Differenz, Interpretation: Das Grundgesetz wird 70, RuP 2019, 118 (126).

8 *Kloepfner/Schärdel*, Grundrechte für die Informationsgesellschaft – Datenschutz und Informationszugangsfreiheit ins Grundgesetz?, JZ 2009, 453 (454).

9 *Seifert*, Grundgesetz und Restauration: Verfassungsrechtliche Analyse und dokumentarische Darstellung des Textes des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 mit sämtlichen Änderungen einschließlich des 34. Änderungsgesetzes, 1977, S. 11.

gendem Maße einzuschränken droht.

Hierbei wird das Grundgesetz also schlechterdings als Werkzeug genutzt, um politische Entscheidungen über die eigene Legislaturperiode hinaus vor künftigen geringeren Mehrheiten in der Regierungsverantwortung zu schützen. Auf diese Weise verkommt die Verfassungsänderung zur „schlichten Regierungstechnik, bestimmte Fragen einfachen Mehrheiten zu entziehen.“¹⁰ Diesem Missbrauch liegt ein Missverständnis von unserer Verfassung zugrunde: Das Grundgesetz macht keine Politik, es steckt vielmehr den rechtlichen Rahmen, in welchem sich die Politik zu bewegen hat. Es ist insoweit – aber eben auch *nur* insoweit – politisch. Detaillierte Entscheidungen des politischen Tagesgeschäfts in die Verfassung zu meißeln,¹¹ läuft deren ursprünglichem Zweck als grundlegende Werteordnung zuwider. Diese Ordnungsfunktion kann eine Verfassung letztlich nur erfüllen, wenn sie nicht ständig nach Tagesaktualität geändert wird und keine oder nicht zu viele Regelungen von geringerer Bedeutung enthält, auch wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber rechtlich an beidem nicht gehindert ist.¹² Die insofern gebotene Zurückhaltung des verfassungsändernden Gesetzgebers beschreibt *Merten* treffenderweise als die „große Kunst der Verfassungsgebung [...], nicht zu viel zu verfassen.“¹³

2. Auswirkungen auf die Verfassungskultur

Während ihre formelle Abänderbarkeit maßgeblich für den politischen Umgang mit einer Verfassung ist, kultiviert dieser Umgang wiederum ein gewisses Bild von der Verfassung in der Bevölkerung. Eine ständige Änderung der Verfassung

.....

10 *Gärditz*, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 4 Rn. 25.

11 Vgl. auch *Dreier*, Das Grundgesetz im Prozess seiner permanenten Veränderung: Ein Mahnruf zur Verfassungsentwicklung, in: Lars Lüdiche, Deutschland in bester Verfassung? 70 Jahre Grundgesetz, 2020, 89 (94 ff.) mit einigen Beispielen von technischen Details, die auf Ebene der Verfassung geregelt wurden.

12 *Hornung*, Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 553; Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), 489 (507).

13 *Merten*, Basta. Neue Aphorismen zu Staat und Recht, Individuum und Gemeinschaft, 2007, S. 13.

kann schnell den Eindruck ihrer inhaltlichen Beliebtheit erwecken. Möllers schreibt von einer „emotionale[n] Gleichgültigkeit“ vieler Menschen gegenüber dem Grundgesetz und konstatiert: „Das allgemeine Interesse am Grundgesetz bleibt gering, sein Identifikationswert für Minderheiten sehr beschränkt.“¹⁴

Dieses Phänomen zeigt sich auch darin, wie wenig in der breiten Bevölkerung vom Inhalt des Grundgesetzes bekannt ist. Der Eindruck, dass es bei vielen an einem weitergehenden Wissen um konkrete Inhalte fehlt, bestätigt sich auch durch die besondere Betonung einzelner Artikel, vor allem des Art. 1 GG.¹⁵ Zu diesem wissen wiederum die allerwenigsten, was Menschenwürde eigentlich bedeutet und dass die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Objekt- eine Anlehnung an die Kantische Zweck-an-sich-Formel ist.¹⁶

Dass das Grundgesetz nur selten in gesellschaftlichen Debatten thematisiert wurde, änderte sich in gewisser Weise durch die Covid-19-Pandemie, während der es von allen möglichen Seiten zur argumentativen Unterfütterung der eigenen politischen Standpunkte hergenommen wurde. In dieser Diskussion mussten sowohl diejenigen, die einen noch vorsichtigeren Umgang mit dem Virus forderten als auch diejenigen, welche jegliche einschränkende Maßnahmen ablehnten, letztlich hinnehmen: Das Grundgesetz statuiert weder einen absoluten Lebensschutz noch gewährt es alle übrigen Grundrechte vorbehaltlos.¹⁷ So manchen Bürger:innen mag dadurch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranken-Schranke¹⁸ zur Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen näher gebracht worden sein, zwar nicht unbedingt in diesen Worten, aber doch sinngemäß.

Auch die Politiker:innen sprachen sodann viel über Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit so-

14 Möllers, Das Grundgesetz, 2019, S. 122.

15 Thiele, Der konstituierte Staat, 2021, S. 375.

16 Weitergehend hierzu Kalscheuer, Menschenwürde als Recht im Unrecht. Zur Ergänzungsfunktion der Menschenwürde im Recht bei Kant, Der Staat 52 (2013), 401 (401).

17 Vgl. Hillgruber, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 1 mit dem Hinweis, dass eben nur die Menschenwürde unantastbar ist.

18 Michaelis, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Gebrauchsanweisung für die Waage der Justitia, JA 2021, 573 (573).

wie davon, ob die pandemische Lage es zulasse, den Bürger:innen doch jetzt ihre „Freiheit[en] zurück[zugeben.“¹⁹ Mit derlei Formulierungen ist vorsichtig umzugehen, denn sie führen schnell zu weiteren Missverständnissen von unserer Grundrechtsdogmatik. Nicht die Gewährung von Freiheiten ist rechtfertigungsbedürftig, sondern ihre Einschränkung ist es.²⁰ Auch wenn inhaltlich dieselben Argumente für oder gegen die Aufrechterhaltung einer freiheitsverkürzenden Maßnahme gelten, darf niemals der Eindruck entstehen, die Ausübung von Grundrechten sei eine Wohltat des Staates.²¹

III. Abänderbarkeit durch aktualisierte Lesarten

Nicht nur durch das formelle Änderungsverfahren kann das Grundgesetz an neue Gegebenheiten angepasst werden. Auch wenn dem ursprünglichen Willen des Parlamentarischen Rates noch immer eine gewichtige Rolle bei der Auslegung des Grundgesetzes zukommt,²² muss dem Alter der Verfassung doch durch aktualisierte Lesarten Rechnung getragen werden. Immerhin stehen Verfassungen – wie alle auslegungsbedürftigen Normen „ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll[en]; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln“.²³ Mit seinen 73 Jahren ist das

19 Vgl. den inhaltlich richtigen Archivbeitrag der damaligen Bundesjustizministerin Lambrecht vom 06.05.2021, Dass wir den Menschen ihre Freiheit zurückgeben, wenn sie geimpft oder genesen sind - das gebietet unsere Verfassung. Freiheiten für Geimpfte sind keine Privilegien. Sie sind Grundrechte, https://www.bmj.de/SharedDocs/Archiv/DE/Zitate/2021/0506_Impf-Verordnung.html (18.08.2022).

20 Dazu, wie diese Verteilung der Rechtfertigungslast letztlich aus John Lockes Begründung für die Entstehung des grundrechtsgebundenen Staates folgt, instruktiv Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte. Eine Einführung, 2021, insb. S. 34 f.

21 Lambrecht (Fn. 19) stellt sodann auch richtigerweise klar: „Freiheiten [...] sind keine Privilegien. Sie sind Grundrechte.“

22 Zur Maßgeblichkeit des Willens des Verfassungsgesetzgebers Voßkuhle, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, JuS 2019, 417 (422 f.) mit der Warnung, diese Auslegungsmethode als Chiffre für eine allzu konservativ-traditionalistische Wertung zu verwenden.

23 BVerfGE 34, 269 (288) unter ausdrücklicher Beschränkung der Fragestellung auf das Gebiet des Privatrechts. Laut Hornung (Fn. 12) ist dieser Gedanke aber übertragbar, S. 455. Insofern verweist er auf Grimm, Verfassungsrecht und sozialer Wandel. Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation, Seoul Law Journal 42 (2011), 182 ff.

Grundgesetz zwar für eine Verfassung noch relativ jung, doch veränderte sich der gesellschaftliche Kontext, in dessen Lichte es auszulegen ist, in diesen zwei Generationen enorm.

Ein Beispiel ist das heute getrost als Fehlerurteil zu bezeichnende Verdikt des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität von § 175 StGB vom 10.05.1957.²⁴ Dasselbe Gericht, das in den um diese Entscheidung liegenden zwölf Monaten mit Elfes²⁵ und Lüth²⁶ wegweisende und noch heute zitierfähige Urteile fällte, sah in der Vornahme homosexueller Handlungen einen Verstoß gegen das Sittengesetz und rechtfertigte eine Kriminalisierung von männlicher Homosexualität im Unterschied zur weiblichen damit, dass „der biologische Geschlechtsunterschied den Sachverhalt hier so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten.“²⁷ Diese befremdliche Argumentation spottet nicht nur den in dieselbe Zeit fallenden Verdiensten des Bundesverfassungsgerichts, sondern ist nach den glücklicherweise bereits seit Jahrzehnten geltenden heutigen Maßstäben unhaltbar. Das Bundesverfassungsgericht sollte sodann auch bis heute nie wieder mit dem Sittengesetz argumentieren, vermied jedenfalls diesen seither zurecht negativ konnotierten Begriff.²⁸

1. Verfassungswandel

Wofür besagtes Fehlerurteil exemplarisch steht, ist die Dynamik des gesellschaftlichen Wandels, der insbesondere Verfassungstexte in ihrer Auslegung unterworfen sind; derselbe Wortlaut kann binnen weniger Jahre eine völlig neue Aussage treffen.²⁹ Die gewandelte Deutung von verfassungsrechtlichen Einzelvorschriften oder eines gesamten Normgefüges wird in der deutschen Staatsrechtslehre als „Verfassungswandel“ be-

zeichnet.³⁰ Dabei ist die Lehre vom Verfassungswandel in der rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus kritikumwoben. Zuweilen wird eine derartige Veränderung des Verfassungsinhalts als „dubios“³¹ bezeichnet, manche halten sie sogar für unzulässig.³² *Voßkuhle* ordnet diese Kritik als „Ausfluss der Sorge vor einer dezisionistischen Anbiederung der Verfassung an den Zeitgeist“ ein.³³ Allerdings bedürfen demokratische Ordnungen der steten Pflege; sie erhalten sich nicht von selbst.³⁴ Die stille Veränderung von Lesarten ist daher sowohl ein natürlicher als auch für Verfassungsordnungen essentieller Prozess:³⁵ „Ihre vielfältigen Funktionen kann eine Verfassung letztlich nur erfüllen, wenn sie sich für die Probleme der Gegenwart öffnet und diese Wirklichkeit normativ verarbeitet.“³⁶ So bedürfen insbesondere die Grundrechte dort eines erweiterten Anwendungsbereichs, wo die Väter und Mütter des Grundgesetzes technische Entwicklungen nicht voraussehen konnten. Folglich umfasst beispielsweise der Rundfunk i.S.v. Art. 5 I 2 GG sowohl das herkömmliche Satelliten – oder Kabelfernsehen als auch neue mediale Dienste.³⁷ Spätestens seit der Covid-19-Pandemie wird die Diskussion über eine virtuelle Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG nicht mehr nur im Randbereich des juristischen Diskurses geführt.³⁸ Dogmatisch geht es hierbei um ein erweitertes Begriffsverständnis der Versammlung als nicht mehr notwendig physisch-örtliche Zusammenkunft und damit um Verfassungswandel.

.....

24 BVerfGE 6, 389 ff.

25 BVerfGE 6, 32 ff.

26 BVerfGE 7, 198 ff.

27 BVerfGE 6, 389 (423).

28 Zur Konturlosigkeit des Begriffs „Sittengesetz“, mit dem deshalb nur schwerlich ohne Willkür bzw. zumindest Einfluss subjektiver Präferenzen des Rechtsanwenders zu operieren sei, *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2021, Art. 2 Rn. 45.

29 *Dreier* spricht insoweit von einer „Sinnänderung ohne Textänderung“, in: Behrends/Sellert, Der Kodifikationsgedanke und das Modell des BGB, 2000, 119 (138).

.....

30 *Herdegen* (Fn. 5), Art. 79 Rn. 33.

31 Vgl. *Volkman*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, JZ 2018, 265 (266) m.w.N.

32 Anklingend bei *Böckenförde*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 152.

33 *Voßkuhle* (Fn. 22), 418.

34 Siehe auch *Brechtken*, Der Wert der Geschichte: Zehn Lektionen für die Gegenwart, 2020, S. 121.

35 Zur Auffassung von Verfassungswandel als Verfassungspflege vgl. *Volkman* (Fn. 31), 271 und *Voßkuhle*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, JZ 2009, 917 (918).

36 *Voßkuhle*, Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, EuGRZ 2020, 165 (167) inkl. einer knappen Kritik an der gegenläufigen US-Praxis der Verfassungsauslegung nach „original intent“ (166).

37 Vgl. schon BVerfGE 74, 297 (350 ff.).

38 Vgl. etwa *Welzel*, Virtuelle Versammlungsfreiheit in Zeiten der Pandemie, MMR 2021, 220 ff.

Während ein Anerkenntnis der virtuellen Versammlungsfreiheit zwar wünschenswert ist, sich diese jedoch noch nicht unbestritten durchgesetzt hat, hat die Rechtswissenschaft ihr Begriffsverständnis von Ehe und Geschlechtern bereits angepasst. Der Schutzgehalt des spezifischen Diskriminierungsverbots aus Art. 3 III 1 GG erfasst spätestens seit der Dritte-Option-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch Inter- und Transsexualität.³⁹ Anhand der Genese des Ehebegriffs i.S.v. Art. 6 I GG lässt sich die Abänderung des Verfassungsinhalts ohne Wortlautkorrektur, sondern allein durch eine aktualisierte Lesart am besten veranschaulichen: Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat es lange ausgeschlossen, die Verbindung gleichgeschlechtlicher Paare als Ehe anzuerkennen.⁴⁰ Deshalb wurde auch in der Rechtslehre vertreten, dass es für eine entsprechende Öffnung des Ehebegriffs einer Verfassungsänderung bedürfte.⁴¹ Dass eine solche mittlerweile obsolet ist und die Ehe durch einfachgesetzliche Änderung⁴² auf gleichgeschlechtliche Verbindungen erstreckt werden konnte, ist abermals auf eine Entwicklung der gesellschaftlichen Grundlagen und den damit einhergehenden Verfassungswandel zurückzuführen.⁴³

2. Das Nebeneinander der Innovationskompetenzen von Rechtsprechung, Politik und Gesellschaft

Freilich kann der stille Verfassungswandel das Grundgesetz nicht allein in der Zeit halten, doch leistet er hierzu einen gewichtigen Beitrag. Dabei bedeutet die Verfassungsinterpretation keinen strengen Gegensatz zur formellen Verfassungsänderung,

sondern diese beiden Formen der Verfassungsbelebung und -entwicklung stehen vielmehr nebeneinander.⁴⁴

Doch auch in einem derartigen Verhältnis stellt sich die Frage, ob sämtliche Verfassungsinhalte gleichermaßen einer Bedeutungs- sowie Textänderung zugänglich sind oder ob die Innovationskompetenzen von verfassungsänderndem Gesetzgeber und verfassungsinterpretierendem Bundesverfassungsgericht im Sinne von eindeutigen Zuständigkeiten aufgeteilt werden können. Für eine derartige Trennung streitet etwa das Argument, „[e]s wäre [...] unrationell, Verfassungsänderungen vorzunehmen, wo ein Problem durch Interpretation bewältigt werden kann“, was bei den grundrechtlichen Schutzbereichen regelmäßig der Fall sei.⁴⁵ Demgegenüber sei die Textänderung immer dort die richtige Form der Verfassungsentwicklung, wo das Grundgesetz rigide Normen aufweise.⁴⁶ Im Sinne eines Stufenverhältnisses ließe sich zusammenfassen: „Die Problematik der Verfassungsänderung beginnt dort, wo die Möglichkeiten eines Verfassungswandels enden.“⁴⁷

Gegen eine derart strikte Zuweisung der Innovationskompetenzen anhand der Flexibilität bzw. Rigidität einer Verfassungsnorm spricht freilich, dass eine solch scharfe Grenzziehung nicht immer ohne Weiteres möglich sein wird. Auch erschöpft sich das Verhältnis zwischen verfassungsänderndem Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht nicht in der Frage nach ihren Erneuerungsbefugnissen. Es ist vielmehr zu beachten, dass zwar der Gesetzgeber allein über die Änderungen des Verfassungstextes entscheidet, die verbindliche Bestimmung seiner Bedeutung aber dem Gericht überlassen bleibt.⁴⁸ Immerhin sind Verfassungsnormen wie alle Rechtsvorschriften auf Vollzug angewiesen,⁴⁹ den im Falle des Grundgesetzes das Bundesverfassungsgericht leistet. Während die Begründung

39 BVerfG NJW 2017, 3643 (3647).

40 Vgl. BVerfG NJW 1993, 3058 ff.; BVerwG NVwZ 1997, 189 (190).

41 *Pauly*, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW 1997, 1955 (1957); a.A. schon damals mit überzeugender Argumentation *Ott*, Die Begriffe „Ehe und Familie“ in Art. 6 I GG, NJW 1998, 117 (118).

42 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017, BGBl. I S. 2787, in Kraft getreten am 01.10.2017.

43 *Robbers*, in: Von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 2018, Art. 6 Rn. 47.

44 *Voßkuhle* (Fn. 22), 423.

45 *Grimm* (Fn. 12), 507.

46 *Voßkuhle*, Gibt es und wozu nutzte eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43 (2004), 450 (455).

47 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn. 39.

48 *Hornung* (Fn. 12), 552.

49 *Grimm* (Fn. 12), 501.

einer Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber notwendig abstrakt ausfällt, hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen die Möglichkeit, ausführlichere, konkretere und detailliertere Ausformungen zu schaffen.⁵⁰ Um diese Möglichkeit zu erhalten, trifft den verfassungsändernden Gesetzgeber die Verantwortung, die Texte auslegbar zu gestalten.⁵¹ Die sich daran anschließende fallorientierte Deutungshoheit über den Inhalt des Verfassungsrechts ist bereits in der Existenz eines Verfassungsgerichts angelegt und kann dem Bundesverfassungsgericht daher nicht entrissen werden.⁵² Damit werden dem verfassungsändernden Gesetzgeber eigene Innovationsentscheidungen nicht unmöglich gemacht, obgleich er gewiss diesen „Transmissionsmechanismus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung einkalkulieren“ muss.⁵³ Das im Grundgesetz angelegte Verhältnis vom Gesetzgeber zur Verfassungsgerichtsbarkeit differenziert gerade nicht zwischen vermeintlich flexibleren oder rigideren Regelungsbereichen, sondern muss für sämtliche Verfassungsentwicklungen gelten. Es zeigt sich also: Innovationskompetenzen sind keine Zuständigkeiten im engen Sinne, sondern bezeichnen vielmehr die verschiedenen Möglichkeiten, auf die Verfassung einzuwirken.⁵⁴

Obschon damit dargetan wurde, dass eine strikte Zuweisung von Erneuerungsbefugnissen anhand des Verfassungsinhalts unstatthaft ist, soll nicht verschwiegen werden, dass bestimmte Sachfragen typischerweise eher dem Gesetzgeber als dem Bundesverfassungsgericht zu überantwortet sind. So obliegt der Umgang mit umstrittenen Zukunftsprognosen schon deshalb dem Gesetzgeber, weil es hierbei „um generelle Tatsachen, komplexe Strukturen, langfristige Entwicklungen

.....

50 *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: Deppenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, 2002, S. 216.

51 *Hornung* (Fn. 12), 563.

52 *Hornung* (Fn. 12), 552; zur Letztentscheidungsbefugnis des BVerfG vgl. auch *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, 9 (12 f.).

53 *Hornung* (Fn. 12), 557 f.

54 Zur „Kompetenz als Sammelbegriff [für] jede Rechtsmacht zur Herbeiführung rechtlich erheblicher Entscheidungen“ *Mayer*, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), 577 (579).

und Prognosen über künftige Verhältnisse [geht], denen gegenüber die Beweisregeln der Prozessordnungen versagen.“⁵⁵ Daher muss es hier dem Gesetzgeber anheimgestellt werden, die vielen Individual- und Gemeininteressen abzuwägen. *Schuppert* fordert vor diesem Hintergrund eine Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts,⁵⁶ das seinerseits auch immer wieder die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative betont und respektiert.⁵⁷

Das Nebeneinander der Innovationskompetenzen beschränkt sich allerdings nicht auf die beiden von der Verfassung explizit genannten Akteure, also das Bundesverfassungsgericht und den verfassungsändernden Gesetzgeber. Hinzu kommt die Wechselwirkung zwischen Verfassungsrechtsprechung und Gesellschaft: Die konkrete Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht aus Anlass eines Rechtsstreits regt die Meinungsbildung in der Zivilgesellschaft an,⁵⁸ die wiederum die Basis für den Verfassungswandel darstellt. Gerade im Bereich der Grundrechtsinnovationen zeigt sich, dass die Verfassungsentwicklung kein Selbstzweck ist, „sondern es fundamental um die Rechte einzelner Menschen, ihre Bedürfnisse, ihre Selbstbestimmung, ihre Identität und ihr Verhältnis zur Gemeinschaft geht.“⁵⁹ Die Bürger:innen sind mithin aufgerufen, durch Inanspruchnahme ihrer Freiheitsrechte zur Verfassungsentwicklung beizutragen. Die erforderliche Verfassungspflege ist danach eine gemeinsame Aufgabe.⁶⁰

Deren Bewältigung überantwortet das Grundgesetz deshalb ganz bewusst dem Dreigestirn aus Rechtsprechung, Politik und Bevölkerung; trotz der starken Position des Bundesverfassungsgerichts genießt dieses kein Interpretationsmonopol.⁶¹ Die Verfassung lebt ebenso durch Ent-

.....

55 *Grimm* (Fn. 23), 197.

56 *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 41 ff.

57 Vgl. etwa BVerfG NJW 2022, 139 ff.; BVerfGE 153, 1; BVerfG NJW 2019, 3054 ff.

58 *Lepsius* (Fn. 7), 125.

59 *Hornung* (Fn. 12), 564.

60 *Voßkuhle* (Fn. 22), 423.

61 *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 44 (1989), 913 (919).

scheidungen des Bundesverfassungsgerichts wie durch die Gesetzgebung des Bundestages und die Freiheitsbetätigung durch die Bürger:innen.⁶² Insofern weist die Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Baer* die Bürger:innen zurecht darauf hin: „Es ist Ihre Verfassung.“⁶³

Die konstitutionell angelegte „produktive Spannung“⁶⁴ gerade zwischen Bundesverfassungsgericht und verfassungsänderndem Gesetzgeber gilt es so lange auszuhalten, bis das Verhältnis dieser Akteure ins Ungleichgewicht gerät. Genau diese Entwicklung droht jedoch, sollte sich der bedenkliche Trend zur politischen Instrumentalisierung des Grundgesetzes durch allzu häufiges Überspringen seiner niedrigen Hürden aus Art. 79 GG fortsetzen.

IV. Abänderbarkeit durch verfassungsgerichtliche Rechtsfortbildung

Das Bundesverfassungsgericht muss seine wichtige Rolle bei der Verfassungspflege also behaupten. Diese Aufgabe erfüllt es nicht allein mit einer angepassten Wortlautauslegung des Grundgesetzes, sondern vor allem durch eine seiner klügsten Erfindungen: Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird dogmatisch aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG hergeleitet⁶⁵ und vom Bundesverfassungsgericht als unbenanntes Freiheitsrecht umschrieben, das wie die speziellen, d.h. benannten Freiheitsrechte konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützt.⁶⁶ Dabei zielt der Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts konkret darauf ab, im Sinne der Menschenwürde als oberstes Verfassungsprinzip diejenigen Grundbedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung zu sichern, die von den traditionellen Freiheitsgarantien gerade nicht

erfasst sind.⁶⁷ Der durch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG gewährte grundrechtliche Schutz ist daher nicht abschließend bestimmbar, sondern insbesondere dort zu öffnen, wo die menschliche Persönlichkeit aufgrund gesellschaftlicher oder technischer Entwicklungen neuen Gefährdungen ausgesetzt wird.⁶⁸ Mit der Schöpfung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erlaubte sich das Bundesverfassungsgericht, das Grundgesetz immer wieder zu modernisieren und verhinderte auf diese Weise, dass es mit zunehmendem Alter aus der Zeit fällt. Ohne dass es dafür formeller Verfassungsänderungen bedurfte, erlangten die Menschen in den vergangenen Jahrzehnten grundrechtlichen Schutz für ihr Interesse an Privatheit,⁶⁹ das Recht auf den eigenen Namen,⁷⁰ am eigenen Bild⁷¹ und Wort⁷² sowie auf Kenntnis der eigenen Abstammung.⁷³

Gerade was die technologischen Entwicklungen angeht, die der parlamentarische Rat freilich nicht antizipieren konnte, erwies sich das Bundesverfassungsgericht als erfinderisch. Es entwickelte nicht nur im Volkszählungsurteil⁷⁴ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sondern auch das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.⁷⁵ Mit seiner Rechtsfortbildung trägt das Bundesverfassungsgericht also den außerrechtlichen Innovationsbedarfen, die Folge technischer oder sozialer Veränderungen sind, Rechnung.⁷⁶ Die immer weiter anwachsenden Fallgruppen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts werfen indes zusehends die Frage auf, ob diese Konstruktion aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG tatsächlich noch all seine Teilgehalte zu tragen vermag oder es womöglich neuer – in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts – benannter Grundrechte bedürfte. Soweit deren Schutzniveau jedoch das des Allgemeinen

62 *Lepsius* (Fn. 7), 126.

63 *Baer*, Wer entscheidet über Klimaschutz, Gleichberechtigung, den Sozialstaat oder die Pandemie? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts heute, Vortragsveranstaltung am 05.09.2022 im Schleswig-Holstein-Saal im Landeshaus Kiel. Das Zitat war Teil einer Antwort auf den Wortbeitrag einer Zuhörer:in.

64 *Lammert*, FAZ vom 11.05.2017, abrufbar unter www.norbert-lammert.de/01-lammert/texte2.php?id=156 (17.08.2022).

65 Vgl. die ausführliche Zitation entsprechender BVerfG-Entscheidungen seit den 1950er Jahren von *Di Fabio* (Fn. 28), Art. 2 Rn. 128 Fn. 1.

66 BVerfGE 54, 148 (153).

67 BVerfGE 54, 148 (153).

68 BVerfGE 95, 220 (241); BVerfGE 65, 1 (41).

69 BVerfGE 54, 148 (153).

70 BVerfGE 78, 38 (49).

71 BVerfGE 35, 202 (220).

72 BVerfGE 34, 238 (246 ff.).

73 BVerfGE 79, 256 (268 f.).

74 BVerfGE 65, 1 (43).

75 BVerfGE 120, 274 (302 ff.).

76 Vgl. zur angemessenen Regulierung nicht-rechtlicher Innovationen *Hornung* (Fn. 12), 563 f.

Persönlichkeitsrechts nicht überschreiten würde, kann infrage gestellt werden, ob sich eine Änderung des Verfassungstextes in symbolischer Bedeutung erschöpfen darf, wenngleich auf der anderen Seite auch nicht die gesellschaftliche Veränderungskraft symbolischer Akte zu unterschätzen ist.⁷⁷ *Grimm* spricht insoweit von den „nicht-juristischen Wirkungen eines juristischen Gegenstandes.“⁷⁸

An Aktualität gewann die Fragestellung, wie weit die gerichtliche Rechtsfortbildung gehen kann und ab wann es womöglich doch wieder formeller Verfassungsänderungen bedarf, mit dem sogenannten Klimabeschluss⁷⁹ des Bundesverfassungsgerichts, in welchem es dem objektiven Staatsziel aus Art. 20a GG eine subjektivrechtliche Dimension verlieh.⁸⁰ Auch hier kann diskutiert werden, ob ein subjektives Abwehrrecht nicht ein eigenes Umweltschutzgrundrecht erfordert.⁸¹

Indes hat der verfassungsändernde Gesetzgeber auch im Grundrechtskatalog nicht immer eine glückliche Figur gemacht, insbesondere weil für ihn weniger die juristische Qualität der Verfassung denn politische Interessen maßgeblich sind.⁸² So präsentieren sich exemplarisch die Art. 13 III bis VI GG n.F. sowie Art. 16a GG n.F.

77 In diesem Spannungsfeld bewegen sich auch etwa die Diskussionen um die Streichung des Begriffs der „Rasse“ aus Art. 3 III GG oder eine Neufassung des von der nationalsozialistischen Täterschuldlehre belasteten § 211StGB.

78 *Grimm*, Integration durch Verfassung. Vortrag an der Humboldt-Universität zu Berlin am 12.07.2004, FCE 6/04, S. 2, abrufbar unter <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/FCE/2004/grimm.pdf> (15.09.2022).

79 BVerfGE 157, 30 ff.

80 *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 (2088); *Callies*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355, (356).

81 Wobei die Herleitung eines subjektiven Abwehrrechts aus einer objektiven Staatszielbestimmung durch die Rechtsprechung nach hier vertretener Ansicht ebenso legitim erscheinen könnte wie die umgekehrt aus den subjektiven Abwehrrechten im Lüth-Urteil hergeleitete objektive Werteordnung.

82 Das unterscheidet ihn laut *Hornung* (Fn. 12), 507 gerade vom BVerfG.

jeweils als „typisches Detailprotokoll eines parteipolitischen Kompromisses und [enthalten] folgerichtig Regelungsbestandteile, die bestenfalls als Gegenstand eines einfachen Gesetzes getaucht hätten.“⁸³

Das Verhältnis zwischen gerichtlicher Verfassungsfortbildung und einem legislativen Änderungsauftrag ist noch nicht abschließend geklärt. Dieser noch unbeantworteten Frage zum Trotz bleibt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht weiterhin das beste Mittel, um den dem Staat in Art. 1 I 2 GG auferlegten Schutzauftrag für die Würde des Menschen über die Objektformel hinaus schärfer zu konturieren.

V. Fazit

Demokratische Ordnungen sind keine Selbstverständlichkeit, ihre Verfassungen müssen gepflegt und immer wieder an moderne Herausforderungen angepasst werden. Dabei kommt sämtlichen auf sie einwirkenden Akteuren, namentlich dem Parlament, der unter dem Grundgesetz lebenden Bevölkerung und dem Bundesverfassungsgericht Innovationsverantwortung zu. Die geringen formellen Anforderungen an Grundgesetzänderungen bergen die Gefahr, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber zu viel dieser Verantwortung an sich reißt. Diese Gefahr realisiert sich zunehmend, wenn Bestimmungen in die Verfassung aufgenommen werden, die ihrem Regelungsgegenstand nach eher auf der einfachgesetzlichen Ebene zu verorten wären.

Gleichwohl erscheint es nicht ratsam, die Voraussetzungen des Art. 79 GG etwa durch die Anhebung der erforderlichen Quoren zu verschärfen, denn grundsätzlich trägt die Flexibilität des Grundgesetzes erheblich zu dessen Überlebensfähigkeit bei. An die Stelle einer Korrektur auf rechtlicher Ebene sollte ein Wandel in der deutschen Verfassungskultur treten: Respekt vor dem Grundgesetz bedeutet auch, es nicht laufend zu ändern und insbesondere nicht zu einem politischen Werkzeug zu machen.⁸⁴

83 *Wittreck*, in: Dreier GG, Art. 16a Rn. 17.

84 So fordert auch *Dreier* (Fn. 11), 98 „sich der Funktion und der Dignität der Verfassung [...] bewusst zu werden. Mehr Respekt vor dem Grundgesetz tut not!“.

Dafür, dass ein geringer frequentiertes Eingreifen der Politik in das Grundgesetz nicht zu dessen Überholung führt, sorgt dabei die Rechts- bzw. in concreto Verfassungsfortbildung vonseiten des Bundesverfassungsgerichts. Wo doch auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative im politischen Tagesgeschäft betont, täten die Politiker:innen im Gegenzug gut daran, das Verfassungsrecht zuvörderst den Verfassungsrechtler:innen zu überlassen. Sie haben immerhin schon vielfach nachgewiesen, das Grundgesetz an neue Gegebenheiten anpassen zu können.

- **Henrik Schumacher** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht von Prof. Dr. Janique Brüning an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Tim Melhardt

Das Kapitalanleger-Musterverfahren – ein Überblick

Mit dem Kapitalanleger:innen-Musterverfahren führte der deutsche Gesetzgeber 2005 das erste echte Instrument kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess ein. Bei dem Verfahren handelt es sich um ein Muster-Vorlageverfahren zur Bündelung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche. Sowohl die Verfahrensgestaltung als auch der Bündelungsmechanismus stellten – auch im internationalen Vergleich – ein Novum dar. Obwohl das KapMuG durchgängig befristet war, hat es mittlerweile sogar die 2018 eingeführte Musterfeststellungsklage überlebt. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Verfahrensgestaltung nach dem KapMuG und zeigt, inwieweit sich Spannungen zu den grundlegenden zivilprozessualen Verfahrensgrundsätzen ergeben.

I. Einleitung

Der deutsche Gesetzgeber tat sich stets schwer mit der Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente.¹ So mussten erst Anfang der 2000er Jahre zunächst der „Neue Markt“, sodann beinahe das LG Frankfurt a.M. zusammenbrechen, um die Legislative zu ihren ersten Schritten auf dem Weg hin zu einem echten Kollektivverfahren zu bewegen. Dabei war der Themenkomplex schon damals alles andere als neu. Bereits der Deutsche Juristentag 1996 beschäftigte sich mit der Bewältigung von Massenschäden und der Einführung eines zivilprozessualen kollektiven Rechtsbehelfs, der dem des § 93a VwGO ähneln sollte.² Im US-amerikanischen Rechtssystem sind Sammel- und Gruppenklagen seit jeher charakteristische

Instrumentarien des kollektiven Rechtsschutzes. In Deutschland war es das Gesetz über Muster-

.....

1 Zur Historie kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland siehe Nordholtz, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 1 Einl. Rn. 44 ff.
 2 Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 17.

verfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG), welches 2005 eingeführt und dessen Laufzeit zuletzt am 16.10.2020 verlängert wurde,³ das die erste „echte“ Kollektivklage im Allgemeininteresse ermöglichte. Das Verfahren stellte ein Novum dar, da die deutsche Zivilprozessordnung in ihrer Konzeption grundsätzlich auf Einzelverfahren und die Geltendmachung von Einzelansprüchen zugeschnitten ist.⁴ Eine Bündelung mehrerer Verfahren war bis dato lediglich durch die in ihrem Anwendungsbereich stark eingeschränkte Verbandsklage und das wesentlich schwächere Instrumentarium der Streitgenossenschaft zu erreichen.⁵ Bei dem Verfahren nach dem KapMuG handelt es sich um ein Muster-Vorlageverfahren für Massenschädigungen an Kapitalanleger:innen.⁶ Der Anwendungsbereich des Verfahrens ist durch § 1 I KapMuG auf die dort genannten Ansprüche beschränkt. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Ansprüche aus Kapitalmarktinformationshaftung. Aktuell kommt dem Themenkomplex zivilprozessualer Masseverfahren im Hinblick auf die spätestens Ende Juni 2023 in Kraft tretende EU-Verbandsklage besondere Bedeutung zu.⁷ Die hierin vorgesehene Klagemöglichkeit wird die seit 2018 parallel zum KapMuG-Verfahren bestehende Musterfeststellungsklage ersetzen.

.....

3 BGBl. I 2020, 1286.
 4 Reuschle, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NZG 2004, 590.
 5 Meier, Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, DStR 2005, 1860.
 6 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 47 Rn. 24.
 7 Die RL (EU) 2020/1828 vom 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der RL 2009/22/EG ist nach deren Art. 24 I bis zum 25.06.2023 in Kraft zu setzen.

Im Folgenden wird einen Überblick über das Verfahren nach dem KapMuG gegeben und auf dieser Grundlage erklärt, wie sich das KapMuG in das bestehende Regelungsregime des deutschen Zivilprozessrechts einpasst und inwieweit es mit den bestehenden zivilprozessualen Grundsätzen vereinbar ist.

II. Geschichtliche Entwicklung und Zielsetzungen des KapMuG

1. Kurssturz der Telekom-Aktie

Im Jahr 2000 führte die Deutsche Telekom AG ihren dritten Börsengang (DT3) durch, bei dem das Unternehmen durch Emittierung von Aktien in immensem Umfang Eigenkapital erwarb.⁸ Innerhalb kürzester Zeit erlitt die Aktie einen massiven Kurssturz.⁹ Die Folge war eine Welle von Klagen durch Anleger:innen, die Ansprüche aus Prospekthaftung wegen eines fehlerhaften Börsenzulassungsprospektes geltend machten.¹⁰ Bis Juni 2009 sind bei der gem. § 48 BörsG aF allein zuständigen 7. Kammer des LG Frankfurt a. M. insgesamt ca. 2.650 Klagen von 17.000 Anleger:innen rechtshängig geworden.¹¹ Allein die schiere Zahl an Klagen drohte die Kammer lahmzulegen.¹² So mussten die Kläger:innen teilweise mehr als 3 Jahre warten, bis ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wurde.¹³ Eine von einigen Klagenden erhobene Verfassungsbeschwerde, in der sie die lange Verfahrensdauer im Hinblick auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz rügten, wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.¹⁴

2. Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesentwicklung

Diese Entwicklungen rund um die Telekom-Verfahren und den Zusammenbruch des „Neuen Marktes“ gelten als Auslöser für die Einführung des KapMuG,¹⁵ weshalb es auch gelegentlich als „Lex Telekom“ bezeichnet wird.¹⁶ Am 25.02.2003 veröffentlichte die Bundesregierung ein „10-Punkte-Programm“ zur Stärkung des Vertrauens der Anleger:innen in den Aktienmarkt.¹⁷ In diesem Maßnahmenkatalog zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlageschutzes war unter Punkt 2 aufgeführt, dass „geschädigten Anlegern [...] eine verbesserte Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche ermöglicht werden“ solle. Es wurde jedoch ausgeschlossen, dass dieser Mechanismus zu Sammelklagen führe.¹⁸ Dennoch wurde das KapMuG als „gezielter Einstieg in die [...] Möglichkeit eines echten Sammelklageverfahrens im deutschen Zivilprozess“ gewertet.¹⁹ Unter dem Eindruck stetig wachsender Zahlen an rechtshängig werdenden Klagen erfolgte die Verabschiedung des KapMuG zügig: Am 15.04.2004 stand ein erster Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz, welcher nach seiner Bearbeitung am 17.11.2004 als Regierungsentwurf vom Kabinett verabschiedet wurde.²⁰ Nach seiner Modifizierung im Rechtsausschuss wurde der Gesetzentwurf am 16.06.2005 vom Bundestag beschlossen, am 08.07.2005 erhielt er vom Bundesrat die Zustimmung und am 19.08.2005 wurde er im Bundesgesetzblatt verkündet.²¹ Am 14.10.2009 kam eine vom BMJ in Auftrag gegebene Evaluationsstudie zu dem Schluss, dass das KapMuG als Erfolg zu bewerten sei, da es ein funktionsfähiges Modell der Rechtsdurchsetzung

8 Lüke, Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, Entscheidungsmodelle bei gleichgerichteten Interessen?, ZPP 119 (2006), 131 (135).

9 Meller-Hannich, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Eine Zwischenbilanz, ZBB 2011, 180.

10 Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 956.

11 Tilp, Der Frankfurter Telekom-Prozess: Momentaufnahme im Februar 2009 zu den beiden KapMuG-Verfahren, in: Blaurock/Bornkamm/Kirchberg (Hg.), Festschrift für Achim Krämer, 2009, S. 331 (332).

12 Braun/Rotter, Das Diskussionsentwurf zum KapMuG – Verbesserter Anlegerschutz?, BKR 2004, 296; Meller-Hannich, ZBB 2011, 180.

13 Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 956; Braun/Rotter, BKR 2004, 296.

14 BVerfG NJW 2004, 3320.

15 Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 17.

16 Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 956.

17 Seibert, Das 10-Punkte-Programm „Unternehmensintegrität und Anlegerschutz“, BB 2003, 693.

18 Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes vom 25.02.2003, abrufbar unter: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/15_wp/BilKoG/massnahmenkatalog.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 18.11.22).

19 Vogt-Beheim, in: Anders/Gehle, ZPO, 79. Aufl. 2021, KapMuG, Vorbem. zu § 1, Rn. 1.

20 Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 20.

21 BGBl I 2005, 2437; Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 20.

im Kapitalmarktrecht darstelle und weder zu unlösbaren rechtlichen Problemen, noch zu einer nennenswerten Mehrbelastung der Justiz geführt habe.²² Allerdings konstatierte die Studie auch einen gewissen Überarbeitungsbedarf.²³ Das Einführungsgesetz zum KapMuG aus 2005 enthielt eine „sunset clause“, nach der es zum 01.11.2010 außer Kraft treten sollte.²⁴ Um dies zu verhindern und die Ergebnisse der Studie in das KapMuG einzuarbeiten, wurde dessen Geltungsdauer um 2 Jahre verlängert.²⁵ Am 28.06.2012 wurde dann das KapMuG-Reformgesetz vom Bundestag angenommen und am 19.10.2012 verkündet.²⁶ Auch das Reformgesetz enthielt zur weiteren Evaluation eine Befristung, die auf 8 Jahre bis zum 31.10.2020 festgesetzt war.²⁷ Diese wurde zuletzt bis zum 31.12.2023 verlängert, da nach Ansicht des Gesetzgebers noch notwendige Analysen für eine abschließende Beurteilung fehlten.²⁸

3. Zielsetzungen des KapMuG

Wie insbesondere die Telekom-Verfahren zeigten, bot bis dato geltendes Zivilprozessrecht keine hinreichenden Möglichkeiten zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Bisherige Bündelungsformen stellten sich als beinahe wirkungslos hinsichtlich der Masse und der Komplexität der Verfahren heraus. Daher bestand für den Gesetzgeber dringender Handlungsbedarf, dem er mit der Einführung des KapMuG gerecht zu werden versuchte. Als oberstes Ziel galt die Effektivierung²⁹ (Vereinheitlichung, Beschleunigung, Erleichterung)³⁰ der Rechtsdurchsetzung bei Streuschäden im kapitalmarktrechtlichen Bereich.³¹ Als weitere Zielsetzungen führt die Re-

22 Halfmeier/Rott/Feess, Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, 2009, S. 1.

23 So auch: Stackmann, Kein Kindergeburtstag – Fünf Jahre Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJW 2010, 3185 ff.

24 Jahn, Der Telekom-Prozess: Stresstest für das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZIP 2008, 1314 (1316).

25 BT-Drs. 17/2095, 17.

26 BGBl. 2012 I, 2182.

27 BT-Drs. 17/10160, 1.

28 BT-Drs. 19/20599, 1; BGBl. I 2020, 2186.

29 Hess/Michailidou, Die kollektive Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen im Kapitalmarktrecht, WM 2003, 2318 (2319).

30 Vogt-Beheim, in: Anders/Gehle, ZPO, 79. Aufl. 2021, KapMuG, Vorbem. zu § 1, Rn. 2.

31 BT-Drs. 15/5695, 22; Kuder, Ausgewählte Fragen des KapMuG-Zulassungsverfahrens unter Berücksichtigung der KapMuG-Reform 2011/2012, 2012, S. 57.

gierungserklärung zum KapMuG ordnungspolitische Ziele (Verstärkung der Finanzmarktaufsicht als „zweite Spur“)³², die Justizentlastung und die Erhaltung des „Börsen- und Justizplatzes Deutschland“ an.³³

III. Das Verfahren nach dem KapMuG

Der Verfahrensablauf gliedert sich im Wesentlichen in vier Abschnitte. Zuerst wird vor dem jeweils zuständigen Prozessgericht das Ausgangsverfahren geführt. Dem schließt sich durch die Stellung eines Musterverfahrensanspruchs ein Vorlageverfahren an, welches in das eigentliche Musterverfahren vor dem übergeordneten OLG mündet. Nach beendetem Musterverfahren wird das Ausgangsverfahren vor dem Prozessgericht unter Berücksichtigung des ergangenen Musterentscheids fortgesetzt. Damit ist das Kapitalanleger:innen-Musterverfahren ein „in [das] Individualverfahren eingebettetes Zwischenverfahren“³⁴, bei dem tatsächliche oder rechtliche Fragestellungen, die allen Ausgangsverfahren immanent sind, einmalig und für alle Kläger:innen bindend geklärt werden.³⁵

1. Das Ausgangsverfahren

Anders als bei der US-amerikanischen class action, deren Sammelverfahren direkt durch das Einreichen der Klageschrift (filling of the complaint) eingeleitet wird,³⁶ muss beim deutschen Kapitalanleger-Musterverfahren jeder/jede Anleger:in im Wege der klassischen Klageerhebung einen Einzelprozess anstrengen. Erst auf späterer Stufe, im Rahmen des eigentlichen Musterverfahrens, werden die Einzelklagen zu einem Verfahren zusammengefasst, weshalb auch von einem binnenjustiziellen Bündelungsmechanismus gesprochen wird.³⁷ Für die in § 1 I KapMuG

32 Heß, Sammelklagen im Kapitalmarktrecht, AG 2003, 113 (114).

33 BT-Drs. 15/5091, Regierungserklärung KapMuG, 16 ff.

34 Großerichter, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, Einführung KapMuG, Rn. 10.

35 Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 1322; Lüke, ZJP 119 (2006), 131 (135).

36 Vgl. Holzthüter, Die Class Action im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht, 2004, S. 141 f.

37 Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1.

genannten Ansprüche sind gem. § 71 II Nr. 3 GVG ausschließlich die Landgerichte sachlich zuständig. Mit der Einführung des KapMuG wurde in § 32b ZPO ein ausschließlicher Gerichtsstand für Klagen gem. § 1 I KapMuG geschaffen,³⁸ wonach dasjenige Gericht am Sitz der/des Emittent:in, der/des Anbieters:in sonstiger Vermögensanlagen oder der Zielgesellschaft iSd WpÜG örtlich zuständig ist.³⁹ Nach § 32b I Hs. 2 ZPO gilt diese Regelung allerdings nur bei inländischen Beklagten. Bei Klagen mit ausländischem Bezug geht der Tatortgerichtsstand des Art. 7 Nr. 3 EuGVVO vor.⁴⁰

2. Das Vorlageverfahren (§§ 2-8 KapMuG)

Das Vorlageverfahren ist in den §§ 2-8 KapMuG geregelt. Es beginnt mit der Stellung eines Musterverfahrensantrags beim Prozessgericht (§ 2 II KapMuG) und endet mit der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses und der damit verbundenen Aussetzung der Ausgangsverfahren (§ 8 I KapMuG). Beim Vorlageverfahren handelt es sich hinsichtlich der Handlungen der Prozessparteien um einen Teil des Ausgangsprozesses, weshalb die Regelungen der ZPO (§§ 253 ff. ZPO) Anwendung finden.⁴¹ Diese werden durch die Regelungen des KapMuG lediglich modifiziert.⁴² Das Vorlageverfahren nach dem KapMuG lässt sich wiederum in drei Schritte unterteilen: das Zulassungsverfahren (§§ 2-5 KapMuG), das Vorlageverfahren im engeren Sinne (§§ 6, 7 KapMuG) und die Aussetzung der Ausgangsverfahren (§ 8 KapMuG).⁴³

.....

38 Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren v. 16.08.2005, BGBl. I 2005, 2437 (2442).

39 Zur Auslegung dieser Begriffe durch den X. Zivilsenat des BGH: BGH, WM 2013, 1643 (1644 f.); dazu kritisch: Korth/Kroymann/Suilmann, Der ausschließliche Gerichtsstand bei fehlerhaften öffentlichen Kapitalmarktinformationen, NJW 2016, 1130 (1132 f.).

40 VO (EU) Nr. 1215/2012 vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia).

41 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 5; a.A. aber für eine entsprechende Anwendung der Normen der ZPO: Vollkommer, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 35.

42 Im eigentlichen Musterverfahren wird der Anwendungsbereich der ZPO durch § 11 I KapMuG eingeschränkt: Kotschy, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, § 11 Rn. 1; Für eine generelle Einschränkung des Anwendungsbereichs der ZPO: Plaßmeier, Brauchen wir ein Kapitalanleger-Musterverfahren? – Eine Inventur des KapMuG, NZG 2005, 609 (612).

43 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 3.

a) Das Zulassungsverfahren (§§ 2-5 KapMuG)

Ziel des Zulassungsverfahrens ist die Stellung, Prüfung und Eintragung des Musterverfahrensantrags.⁴⁴ Antragsberechtigt sind beide Parteien, um eine prozessuale Waffengleichheit zu gewährleisten.⁴⁵ Gem. § 2 II KapMuG ist der Musterverfahrensantrag bei dem Prozessgericht zu stellen und hat die Feststellungsziele und die öffentlichen Kapitalmarktinformationen zu enthalten. Die Feststellungsziele sind in § 2 I KapMuG legaldefiniert. Danach kann mit ihnen die Feststellung von anspruchsbegründenden oder -ausschließenden Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen begehrt werden. Das Feststellungsziel muss „kollektivierbar“ sein, das heißt, es muss über den einzelnen Rechtsstreit hinausgehende Bedeutung für gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten haben.⁴⁶ Das Bestehen eines Anspruchs als solches kann nicht Gegenstand des Feststellungsziels sein.⁴⁷ Umstritten ist, wie der Begriff der Voraussetzungen auszulegen ist. Nach einer Ansicht könne durch ein Feststellungsziel lediglich die Feststellung von Tatbestandsmerkmalen und Subsumtionsschlüssen einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage begehrt werden.⁴⁸ Nach der Gegenansicht sollen auch reine Tatsachen, die noch keinen Subsumtionsgehalt in sich tragen, feststellungsfähig sein.⁴⁹ Der erstgenannten Ansicht ist zuzustimmen, da aus materiellrechtlicher Sicht lediglich Tatbestandsmerkmale anspruchsbegründend

.....

44 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 3.

45 Reuschle, Ein neuer Weg zur Bündelung und Durchsetzung gleichgerichteter Ansprüche – Zum Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), WM 2004, 2334.

46 Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn. 92; Haufe, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz („KapMuG“): Streitgegenstand des Musterverfahrens und Bindungswirkung des Musterentscheids, 2012, S. 83; Möllers/Weichert, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJW 2005, 2737 (2739); Schneider/Heppner, KapMuG Reloaded – das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, BB 2012, 2703 (2708).

47 Großerichter, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, KapMuG, § 2 Rn. 9.

48 Curdt, Kollektiver Rechtsschutz unter dem Regime des KapMuG, 2010, S. 88; Hanisch, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Anwendungsfragen und Rechtsdogmatik, 2011, S. 75; Rau, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, 2008, S. 47.

49 Großerichter, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, KapMuG, § 2 Rn. 10 ff.; Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 41 ff.; Vorwerk, KapMuG – Erfahrungen, Fazit, Ausblick, WM 2011, 817 (819).

wirken können, nicht jedoch reine Wiedergaben des Sachverhalts. Darüber hinaus würde wohl das Ziel der Vereinheitlichung der Rechtsprechung verfehlt, wenn im Anschluss an das Musterverfahren jedes Prozessgericht eine eigene Wertung des Sachverhalts vornehmen müsste. Weiterhin müssen im Antrag gem. § 2 III KapMuG die Beweismittel bezeichnet und die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage bzw. die Bedeutung der Feststellung für andere gleichgelagerte Rechtsstreite geltend gemacht werden. Als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung ist ein Rechtsschutzbedürfnis des/der Antragstellers:in notwendig.⁵⁰

Über die Zulässigkeit des Antrages entscheidet das Prozessgericht, während über die Begründetheit das Oberlandesgericht urteilt.⁵¹ Ein ausdrücklicher Beschluss über die Zulässigkeit ist vom Landgericht nur im Falle einer Zurückweisung (§ 3 I KapMuG) des Musterverfahrensanspruchs zu verfassen.⁵² Als Beschluss für die Zulässigkeit genügt die Bekanntmachung im Klageregister (§ 3 II KapMuG). Dieses ist öffentlich einsehbar (§ 4 III KapMuG) und dient der Bündelung von gleichgerichteten, zulässigen Musterverfahrensansprüchen (§ 4 I KapMuG).⁵³ Die formellen Einzelheiten regelt die Klageregisterverordnung (KlagRegV).⁵⁴ Mit der Bekanntmachung wird das Verfahren, soweit der Gegenstand des Musterverfahrensanspruchs reicht,⁵⁵ unterbrochen (§ 5 KapMuG).

Nach § 128 IV ZPO bedarf es keiner mündlichen Verhandlung zur Beschlussfassung, da es sich beim Musterverfahrensanspruch nicht um einen Sach-, sondern um einen Prozessanspruch handelt.⁵⁶ Das Prozessgericht hat binnen einer „Ent-

50 Das ergibt sich aus den allgemeinen Prozessvoraussetzungen, siehe: Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 91.

51 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1.

52 BT-Drs. 15/5695, 23.

53 Im Unterschied zur class action, bei der die Bündelung mit der Klageerhebung durch die jeweilige Partei selbst erfolgt, vgl. Zirngibl, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, 2006, S. 59 ff.

54 BGBl. I 2012, 2694.

55 Zum Umfang der Unterbrechung: Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 14 ff.

56 Erttmann/Keul, Das Vorlageverfahren nach dem KapMuG – Zugleich eine Bestandsaufnahme zur Effektivität des Kapitalanlegermusterverfahrens, WM 2007, 482 (483).

scheidungsfrist“ von sechs Wochen über den Antrag zu entscheiden (§ 3 III 1 KapMuG). Vere zögerungen hat es zu begründen. Der Beschluss des Prozessgerichtes über die Zulässigkeit des Musterverfahrensanspruchs ist grundsätzlich unanfechtbar. Eine Ausnahme gilt jedoch, wenn das Prozessgericht den Antrag für zulässig erachtet, aber der Anwendungsbereich des KapMuG aus § 1 I KapMuG gar nicht eröffnet ist. In diesem Fall wäre nämlich auch die Unanfechtbarkeitsregelung aus § 3 II 1 KapMuG nicht anwendbar.⁵⁷

b) Das Vorlageverfahren im engeren Sinn (§§ 6, 7 KapMuG)

Ziel dieses Verfahrensabschnittes ist die Einleitung des Musterverfahrens durch das Prozessgericht. Dieses verfasst den Vorlagebeschluss, indem es den Verfahrensgegenstand des Musterverfahrens (§ 6 III KapMuG) festlegt. Voraussetzung dafür ist, dass das Quorum⁵⁸ von zehn bekanntgemachten gleichgerichteten Musterverfahrensansprüchen erfüllt ist (§ 6 I KapMuG). Gleichgerichtet sind Musterverfahrensansprüche nach der Legaldefinition aus § 4 1 KapMuG dann, wenn deren Feststellungsziele den gleichen zugrundeliegenden Lebenssachverhalt betreffen. Die Gleichgerichtetheit der Lebenssachverhalte ist dabei nicht nach den Anspruchsgrundlagen der Ausgangsverfahren, sondern in natürlicher Weise nach dem Kernpunkt der zugrundeliegenden Rechtsstreitigkeit zu beurteilen (weite Auslegung).⁵⁹ Das heißt, der Lebenssachverhalt beschreibt das zugrundeliegende Ereignis (z.B. die Veröffentlichung eines Börsenprospekts), der juristische Subsumtionschluss (z.B. die Unrichtigkeit des Prospekts) lediglich das Feststellungsziel.⁶⁰

57 Die betroffene Partei könnte sich dagegen mit einer sofortigen Beschwerde gem. § 567 I Nr. 1 iVm. § 252 ZPO wehren, siehe: Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 122 f.

58 Schneider/Heppner, Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, BB 2011, 2947 (2949); Schneider/Heppner, BB 2012, 2703 (2707 f.).

59 Vollkommer, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 8; Assmann, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, in: Greger/Gleussner/Heinemann, Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, 2006, 119 (130); Wanner, Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren, 2010, S. 152 f.

60 Siehe: BT-Drs. 15/5091, 49; Anders: Schneider/Heppner, BB 2012, 2703 (2708).

Der vom Prozessgericht erlassene Vorlagebeschluss ist unanfechtbar und für das OLG bindend (§ 6 I 2 aE KapMuG). Er entfaltet eine Sperrwirkung für die Einleitung weiterer Musterverfahren in derselben Sache (§ 7 KapMuG). Auch im Falle der Unstatthaftigkeit des Vorlagebeschlusses bindet der später vom OLG ergehende Musterentscheid das Prozessgericht (§ 22 I KapMuG).⁶¹ Sollte das Quorum nicht erreicht werden, wird der Antrag vom Prozessgericht durch unanfechtbaren Beschluss abgewiesen und die Verfahren fortgesetzt (§ 6 V KapMuG).

c) Die Aussetzung der Ausgangsverfahren (§ 8 KapMuG)

Mit der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses setzt das Prozessgericht alle anhängigen oder anhängig werdenden Verfahren aus, soweit die Entscheidung des Rechtsstreits von den Feststellungszielen abhängt und unabhängig davon, ob ein Musterverfahrensantrag gestellt wurde oder nicht (§ 8 I, II KapMuG). Eine solche Abhängigkeit liegt vor, wenn die Feststellungsziele mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit für den Ausgang des Verfahrens entscheidungserheblich sind.⁶² Die Aussetzung der Verfahren gilt für die Kläger:innen gleichzeitig als Beiladung zum Musterverfahren (§ 9 III iVm. II 2 KapMuG).⁶³ Gegen die Entscheidung der Aussetzung hat der/die Kläger:in die Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde nach §§ 252, 567 ff. ZPO.⁶⁴

3. Das Musterverfahren (§§ 9-21 KapMuG)

An das beendete Vorlageverfahren schließt sich das eigentliche Musterverfahren als objektives Zwischenverfahren an.⁶⁵ In diesem wird über die im Vorlagebeschluss aufgeführten Feststellungsziele verhandelt. Es wird vor dem OLG geführt (§ 118 GVG) und endet mit dem Musterentscheid.

.....

61 Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 11. Aufl. 2020, Rn. 1340.
 62 Söhner, Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZIP 2013, 7 (10); Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 40.
 63 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1.
 64 BT-Drs. 17/8799, 21.
 65 Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1.

a) Die Beteiligten am Musterverfahren (§ 9 KapMuG)

Beteiligte am Musterverfahren sind gem. § 9 I KapMuG der/die Musterkläger:in, die Musterbeklagten und die Beigeladenen. Die Beigeladenen sind dabei jene Kläger:innen, die nicht als Musterkläger:in ausgewählt wurden (§ 9 III KapMuG). Wer Musterkläger:in und wer beigeladen wird, entscheidet das OLG nach billigem Ermessen (§ 9 II KapMuG). Eine Unterscheidung zwischen Musterpartei und Beigeladenem:r gibt es seit der Gesetzesreform in 2012 nur noch auf Seite der Kläger:innen.⁶⁶ Auf der Beklagtenseite sind alle Beklagten der ausgesetzten Verfahren Musterbeklagte (§ 9 V KapMuG). Sie stehen im Verhältnis der Streitgenossenschaft zueinander.⁶⁷ Auf der Kläger:innenseite gibt es grundsätzlich keine Parteienhäufung.⁶⁸ Die Musterparteien besitzen ihrer Parteistellung nach die vollständigen Parteibefugnisse.⁶⁹

Die Rechtsstellung der Beigeladenen regelt § 14 KapMuG. Diese Rechtsfigur lehnt an die des/der einfachen Nebenintervenient:ingem. § 67 ZPO an,⁷⁰ ist jedoch aufgrund der Besonderheiten des Musterverfahrens keineswegs mit diesem gleichzusetzen.⁷¹ Im Vergleich zu anderen Gruppenverfahren besitzen die Beigeladenen eine verhältnismäßig starke Beteiligtenstellung.⁷² So sind sie berechtigt, alle Angriffs- und Verteidigungsmittel und Prozesshandlungen geltend zu machen, die auch dem/der Musterkläger:in zur Verfügung stehen, jedoch nur soweit sie nicht mit dessen Prozesshandlungen im Widerspruch stehen (§ 14 KapMuG).

.....

66 Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 21.
 67 BT-Drs. 17/8799, 21; Schneider/Heppner, BB 2011, 2947 (2950).
 68 Es besteht jedoch eine Ausnahme dieses Grundsatzes, wenn mehrere Kläger im Ausgangsverfahren eine notwendige Streitgenossenschaft bilden und zur Musterpartei bestimmt werden. Ob eine weitere Ausnahme besteht, wenn mehrere nicht deckungsgleiche Musterverfahrensansprüche von unterschiedlichen Klägern vorliegen, ist zumindest strittig. Siehe dazu: Rimmelpacher, Die Beteiligten im Musterverfahren des KapMuG, in: Heldrich/Koller/et al., Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, Bd. 2, 343 (347 f.).
 69 Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 13.
 70 Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1.
 71 Lange, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 3.
 72 Lange, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, Einl., Rn. 30.

Einerseits wird kritisiert, dass das Verfahren, wenn jeder/jede Beigeladene die volle Breite an ihm/ihr zur Verfügung stehenden Angriffs- und Verteidigungsmitteln ausnutzen würde, wohl nicht mehr handhabbar wäre.⁷³ Andererseits wirkt es unbefriedigend, müsste man die Beigeladenen darauf verweisen auf Prozesshandlungen zu verzichten um die Effektivität des Prozesses zu gewährleisten,⁷⁴ zumal das Nichtstun im Musterverfahren für die Prozessvertreter:innen der Beigeladenen im Zweifel haftungsrechtliche Folgen haben könnte⁷⁵ und von § 22 III Nr. 1 KapMuG eine aktive Beteiligung am Verfahren voraussetzt wird, für den Fall, dass der/die Beigeladene im Ausgangsverfahren Prozesshandlungen geltend machen möchte, zu deren Geltendmachung er/sie im Musterverfahren verhindert war.⁷⁶ Eine weitergehende Schwächung der Beigeladenenstellung wäre wohl auch nicht mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG vereinbar, da sich die Bindungswirkung des Musterentscheidungs gem. § 22 KapMuG in gleicher Weise auf die Beigeladenen wie auf die Musterparteien erstreckt.⁷⁷

b) Die Durchführung des Musterverfahrens (§§ 11 ff. KapMuG)

Im Anschluss an die Auswahl des/der Musterkläger:in macht das OLG das Musterverfahren im Klageregister bekannt (§ 10 I KapMuG). Betroffene Anleger:innen haben die Möglichkeit, binnen 6 Wochen nach Bekanntmachung einen Anspruch zum Musterverfahren anzumelden (§ 10 II \ KapMuG). Voraussetzung für die Anmeldung ist wie in § 8 I KapMuG auch das Zugrundeliegen des gleichen Lebenssachverhaltes.⁷⁸ Die Anmeldung hemmt lediglich die Verjährung des ange-

.....

73 Micklitz/Stadler, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, S. 1232; Zirngibl, Kollektiver Rechtsschutz, 2006, S. 153.

74 Nach dem Evaluations-Gutachten herrsche in der Praxis ohnehin eine „faktisch festzustellende Untätigkeit“ der Beigeladenen vor. Dies habe jedoch eine problematische Abhängigkeit von der Verfahrensführung durch den Musterkläger zur Folge, siehe: Halfmeier/Rott/Feess, Evaluationsgutachten, 2009, S. 95.

75 Lange, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, Einl., Rn. 31.

76 Bei „passiven“ Beigeladenen tritt die Bindungswirkung des Musterentscheid vollumfänglich ein: Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 22 Rn. 16.

77 Micklitz/Stadler, Das Verbandsklagerecht, 2005, S. 1232.

78 Söhner, ZIP 2013, 7 (11).

meldeten Anspruchs (§ 204 I Nr. 6a BGB). Mit ihr erstreckt weder ein möglicher Kollektivvergleich noch der Musterentscheid Bindungswirkung auf die Anmeldenden.⁷⁹ Nach Beendigung des Musterverfahrens hat der/die Anmeldende die Möglichkeit auf Leistung oder Feststellung der in der Anmeldung bezeichneten Ansprüche zu klagen.⁸⁰

Grundsätzlich sind auf das Musterverfahren die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor dem Landgericht geltenden Vorschriften der ZPO entsprechend anzuwenden (§ 11 I 1 KapMuG). Dieser Grundsatz erfährt freilich aufgrund der Konzeption des KapMuG zahlreiche Einschränkungen. So schließt § 11 I 2 KapMuG explizit die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Haupttermin (§ 278 II-V ZPO), das Verfahren vor dem/der Einzelrichter:in (§§ 348-350 ZPO), den prozessualen Verzicht (§ 306 ZPO) und den Auslagenvorschuss (§ 379 ZPO) aus. Weiterhin sind die §§ 253, 261, 271, 272, 275-277 ZPO unpassend.⁸¹ Teilweise wird daher von einer „Stufenleiter“ der anzuwendenden Verfahrensregeln gesprochen: auf der erster Stufe finden die Verfahrensregeln aus §§ 9 ff. KapMuG Anwendung, auf der zweiten Stufe werden die Einschränkungen der ZPO-Regelungen aus § 11 I 2 KapMuG vorgenommen und auf der letzten Stufe wird geprüft, inwieweit die verbleibenden Verfahrensregeln der ZPO durch kollidierendes Verfahrensrecht aus dem KapMuG verdrängt werden.⁸²

Die Musterparteien haben keine Möglichkeit, den Verfahrensgegenstand nach §§ 263, 264, 267 ZPO zu ändern.⁸³ Eine Beendigung ist nur im Wege einer übereinstimmenden Erledigungserklärung zu erreichen, der alle Beteiligten zustimmen müssen (§ 13 V KapMuG). Eine Erweiterung des Vorlagebeschlusses ist nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 15 KapMuG erreichbar, indem das OLG über deren Sachdienlichkeit bzw. Notwendigkeit entscheidet. Dieses Regelungskonzept hat eine strik-

.....

79 BT-Drs. 17/10160, 25; Söhner, ZIP 2013, 7 (12).

80 Söhner, ZIP 2013, 7 (11).

81 Siehe: Vollkommer, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 95.

82 Kruis, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, KapMuG, § 11 Rn. 18 ff.

83 Vollkommer, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 99.

te Bindung der Beteiligten an den Vorlagebeschluss zur Folge.

Zur konkreten Verfahrensführung des Musterverfahrens durch das OLG fehlt es in der ZPO weitestgehend an passenden Vorschriften. Aus diesem Grund haben sich zwei Grundtypen der Musterverfahrensführung herausgebildet. Sie orientieren sich an den beiden Arten der Feststellungsziele. So hat sich einerseits das „kompakte Musterverfahren“ (Musterverfahren mit Schwerpunkt in der rechtlichen Würdigung eines im Wesentlichen unstreitigen Sachverhalts) und das „komplexe Musterverfahren“ (Musterverfahren mit Schwerpunkt in der Sachverhaltsaufklärung und der anschließenden rechtlichen Würdigung) entwickelt.⁸⁴ Das kompakte Musterverfahren kann dabei mit Hilfe der Regelungen über den frühen ersten Termin bestritten werden, da der Vorlagebeschluss ähnlich einer Klageschrift behandelt werden kann.⁸⁵ Insbesondere die zweitgenannte Form führt in der Praxis zu Problemen, da aufgrund des weiten Verfahrensgegenstands für einige Beteiligte die Feststellung einzelner Tatsachen wohl von vornherein ohne Bedeutung sein wird.⁸⁶ Die Vorschriften aus der ZPO bieten dafür keine geeigneten Lösungen. Daher wird das OLG in diesem Fall wohl anhand der allgemeinen Zivilverfahrensgrundsätze (soweit diese im Einzelfall der Sache nach anwendbar sind), der Prozessgrundrechte der Beteiligten und in Abstimmung mit diesen einen geeigneten Verfahrensablauf selbst entwickeln müssen.⁸⁷

c) Die Beendigung des Musterverfahrens

Es gibt zwei Möglichkeiten, das Musterverfahren zu beenden. Entweder entscheidet das OLG mit dem Musterentscheid über das Musterverfahren in Beschlussform (§ 16 I 1 KapMuG) oder die Musterparteien schließen einen für alle Verfahrensbeteiligten bindenden Vergleich (§ 17 I KapMuG), der dem OLG vorzulegen ist (§ 18 I

KapMuG).

Im Musterentscheid hat das OLG über alle aufgeworfenen Feststellungsziele zu entscheiden.⁸⁸ Er ist gem. der §§ 329 I 2, 309 ZPO zu verkünden. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie bei einem Urteil.⁸⁹ Gegen einen ergangenen Musterentscheid können die Beteiligten eine Musterrechtsbeschwerde gem. § 20 KapMuG iVm §§ 574 ff. ZPO zum BGH erheben, welche stets statthaft ist (§ 20 I KapMuG). Dabei sind die übrigen Beteiligten nicht automatisch Teil des Beschwerdeverfahrens, sondern nur, wenn sie dem/der Beschwerdeführer:in beitreten (vgl. § 20 III KapMuG).

Ein nach § 17 KapMuG geschlossener und nach § 18 I KapMuG vom OLG genehmigter Vergleich wird wirksam, wenn weniger als 30% der Beigeladenen ihren Austritt nach § 19 II KapMuG erklären (§ 17 I 4 KapMuG). Sofern die Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen, stellt das OLG durch unanfechtbaren Beschluss die Wirksamkeit des Vergleichs fest (§ 23 I KapMuG).

4. Die Fortsetzung des Ausgangsverfahrens

Nach beendetem Musterverfahren werden die Ausgangsverfahren vor dem Landgericht fortgesetzt. Der Musterentscheid bindet die Prozessgerichte aller ausgesetzter Verfahren, soweit deren Entscheidung von den Feststellungen im Musterentscheid abhängt.⁹⁰ Er ist gem. § 22 II KapMuG im Umfang der Feststellungsziele der Rechtskraft im formellen Sinn gem. § 705 ZPO⁹¹ fähig. In § 22 III KapMuG wird diese Bindungswirkung jedoch für den/die „aktive:n Beigeladene:n“ unter bestimmten Voraussetzungen durchbrochen.⁹²

84 Ders., in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 7 f.

85 Ders., in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 21.

86 Ders., in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 8.

87 Für ein Beispiel einer möglichen Verfahrensgestaltung siehe: Vollkommer., in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 23.

88 Vollkommer., in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 16 Rn. 5.

89 Kotschy, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 1.

90 Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 11. Aufl. 2020, Rn. 1350.

91 Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 22 Rn. 27.

92 Ders., in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 22 Rn. 18.

IV. Grundprobleme hinsichtlich der Verfahrensgrundsätze

Das Leitbild des deutschen Zivilprozessrechts ist vom Zwei-Parteien-Prozess getragen.⁹³ Abweichungen von diesem Leitbild gibt es im „klassischen“ Zivilprozessrecht, welches im Wesentlichen durch die ZPO geregelt wird, nur wenige, wie etwa die Streitgenossenschaft (§§ 59 ff. ZPO) oder die Nebenintervention (§§ 66 ff. ZPO). Das KapMuG entsprach bei seiner Einführung keinem bekannten Modell des Kollektivverfahrensrechts.⁹⁴ Der Gesetzgeber hat sich explizit gegen ein Vertreter:innenmodell entschieden, bei dem einzelne Klagende die gesamte Gruppe vertreten (so bei der Gruppenklage),⁹⁵ um den individualistisch geprägten Rechtsgrundsätzen des klassischen deutschen Zivilprozessrechts gerecht zu werden.⁹⁶ Trotz des Versuchs, auf das Musterverfahren die allgemeinen zivilprozessrechtlichen Grundsätze anzuwenden (vgl. § 11 I 1 KapMuG),⁹⁷ führte die Neuartigkeit des Verfahrens zu einer Masse an dogmatischen Einordnungsproblemen, auch da es – anders als es die Bezeichnung vermuten lässt – weniger an die Musterverfahren im herkömmlichen Sinn angelehnt ist. Im Folgenden sollen dabei lediglich die wichtigsten dieser Probleme bezüglich der zivilprozessualen Verfahrensgrundsätze aufgezeigt werden.

93 Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 18 Rn. 23.

94 Lange, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, Einl., Rn. 4.

95 Gegenwärtig geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass der/die Musterkläger:in das Verfahren allein in seinem/ihrer eigenen Interesse führe und kein/keine Vertreter:in der Beigeladenen sei, da diese mit eigenen Angriffs- und Verteidigungsrechten ausgestattet seien (vgl. § 14), So: Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 70; Maier-Reimer/Wilsing, Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 2006, 79 (108); Gundermann/Härle, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – eine Momentaufnahme zum Jahresende 2006, VuR 2006, 457 (460); Vgl. auch BT-Drs. 15/5091, S. 49; a.A., Musterkläger:in als Vertreter:in der Beigeladenen, bzw. als „amtlich bestellter Sachwalter“: Plaßmeier, NZG 2005, 609 (612); Keller/Kolling, Das Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren – Ein Überblick, BKR 2005, 399 (402).

96 Lücke, ZGP 2006, 131 (137); Reuschle, Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung – Zu den Defiziten im deutschen Prozessrecht, der Übertragbarkeit ausländischer Lösungen und den Grundzügen eines kollektiven Musterverfahrens, WM 2004, 966 (972).

97 § 11 I 1 KapMuG schränkt den Anwendungsbereich der ZPO im Musterverfahren ein: Kotschy, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, § 11 Rn. 1; anders im Vorlageverfahren.

1. Verhältnis des Streitgegenstands zum Verfahrensgegenstand iRd KapMuG

Der Streitgegenstand im Zivilprozess bestimmt sich nach heute ganz überwiegender Ansicht nach dem zweigliedrigen Streitgegenstands-begriff.⁹⁸ Danach begründet sich der Streitgegenstand sowohl aus dem Klageantrag als auch aus dem diesem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt.⁹⁹ Er lässt sich also definieren als das Begehren der vom/von der Klagenden auf Grund eines bestimmten Lebenssachverhalts beantragten Entscheidung.¹⁰⁰ Diese Definition lässt sich allerdings nicht auf den Verfahrensgegenstand des KapMuG übertragen. Für den klassischen zivilprozessualen Streitgegenstands-begriff ist es nicht von Relevanz, dass sich der/die Kläger:in in seinem/ihrer Antrag auf eine bestimmte Anspruchsnorm festlegt.¹⁰¹ Beim Verfahren nach dem KapMuG wird der Verfahrensgegenstand durch die Feststellungsziele des Vorlagebeschlusses vorgegeben.¹⁰² Mögliche Feststellungsziele sind gem. § 2 I KapMuG die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen. Das bedeutet, dass der Verfahrensgegenstand des Kapitalanleger:innen-Musterverfahrens vor dem OLG gerade nicht von dem (idR) auf Zahlung gerichteten Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens her gedacht,¹⁰³ sondern vielmehr aus den einschlägigen materiellen Anspruchsgrundlagen abgeleitet wird.¹⁰⁴ Somit liegt dem Musterverfahren mit den Feststellungszielen aus § 2 I KapMuG im Gegensatz zum individualistischen Streitgegenstand der ZPO ein abstrahierter Verfahrensgegenstand zugrunde.¹⁰⁵

98 Becker-Eberhard, in: MüKo, ZPO, 6. Aufl. 2020, Vor. § 253 Rn. 32.

99 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 93 Rn. 11 f.

100 Becker-Eberhard, in: MüKo, ZPO, 6. Aufl. 2020, Vor. § 253 Rn. 32.

101 Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1952, § 42 IV 2., S. 165.

102 Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79 (101).

103 So im Ergebnis auch: Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79 (100).

104 Ausführlicher zur Dogmatik der Feststellungsziele siehe: Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 29 ff.

105 Vollkommer, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 36.

Die in diesem Zusammenhang außerdem erörterte dogmatische Einordnung der „Streitpunkte“ aus § 1 II aF KapMuG¹⁰⁶ hat sich mit der Novellierung des KapMuG in 2012 geklärt, indem der Gesetzgeber aufgrund der vielfach geäußerten Kritik in § 2 II nF KapMuG auf diesen Begriff verzichtete.¹⁰⁷

2. Ausgestaltung des Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatzes

a) Problemdarstellung

Die Verhandlungsmaxime und der Dispositionsgrundsatz bilden die beiden Säulen des deutschen Zivilprozessrechts. Ersterer Grundsatz bezieht sich dabei auf die Stoffsammlung, die die Entscheidungsgrundlage des Gerichts bilden soll. Zweiterer auf die Verfügungsfreiheit der Parteien über den Beginn, den Streitgegenstand und das Ende des Verfahrens.¹⁰⁸ In der Konzeption des KapMuG werden diese Grundsätze stellenweise eingeschränkt. Die Einschränkung beginnt bereits bei der Einbindung des eigenen Ausgangsverfahrens in ein laufendes Musterverfahren. Obwohl § 2 KapMuG eine Dispositionsmöglichkeit der Parteien über die Einbeziehung des Verfahrens in ein Musterverfahren suggeriert, entfalten doch laufende Musterverfahren kraft Gesetzes ihre Wirkung auch auf solche Verfahren, deren Entscheidung von den Feststellungszielen des Musterverfahrens abhängen (§ 1 I KapMuG).¹⁰⁹ Zwar ist es den Beteiligten seit der KapMuG-Reform 2012 nach § 8 II KapMuG möglich, sich innerhalb eines Monats ab Zustellung des Aussetzungsbeschlusses der Bindungswirkung des Musterentscheids durch eine privilegierte

Klagerücknahme zu entziehen.¹¹⁰ Die Möglichkeit, selbst ein eigenes Verfahren im Individualprozess anzustrengen, wurde ihnen damit aber nicht eröffnet. Denn, sobald sie erneut Klage erheben, wird das Verfahren abermals nach § 8 I KapMuG ausgesetzt und sie werden wiederum als Beteiligte zum Musterverfahren beigegeben. Damit ist den Parteien die Disposition über die Einbeziehung „ihres“ Individualverfahrens in das kollektive Musterverfahren entzogen – vielmehr ist die Beteiligung am Musterverfahren unter § 8 KapMuG als Zwang ausgestaltet.¹¹¹

Eine weitere Einschränkung des Dispositionsgrundsatzes stellt die Auswahl des/der Musterkläger:in durch das OLG dar. Abgesehen davon, dass das OLG gem. § 9 II Nr. 2 KapMuG den Willen mehrerer Kläger:innen „zu berücksichtigen“ hat, wählt es den/die Musterkläger:in nach „billigem Ermessen“ selbst aus. Weiterhin obliegt die Formulierung des Vorlagebeschlusses gem. § 6 II KapMuG dem Prozessgericht. Dieses hat gem. § 1 III KapMuG den Verfahrensgegenstand des Musterverfahrens darzustellen und besitzt darüber hinaus weitestgehende Gestaltungsfreiheit bei der Formulierung.¹¹² Dies ist insbesondere im Hinblick auf den Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz als kritisch zu betrachten, da erstens die Disposition über den Streitgegenstand eben grundsätzlich den Parteien obliegt und zweitens für die Beibringung des Prozessstoffes ebenfalls die Parteien zuständig sind.¹¹³ Auch eine Disposition über den Verfahrensgegenstand im laufenden Musterverfahren ist gem. § 15 KapMuG der Parteiendisposition entzogen, da eine Erweiterung stets von der Zustimmung des OLG abhängt.¹¹⁴ Selbst ein Vergleich bedarf zu dessen Wirksamkeit der Zustimmung des OLG.

106 Siehe dazu ausführlich: Hanisch, Das Kapitalanleger-Musterverfahren, Anwendungsfragen und Rechtsdogmatik, 2011, S. 63 ff.

107 In der Evaluation des KapMuG plädierten die Gutachter:innen allerdings gegen eine Streichung des Begriffs der „Streitpunkte“ aus dem KapMuG. Nach ihrer Ansicht sollte eine Auslegung dieser dogmatischen Konstruktion durch die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft erfolgen: Halfmeier/Rott/Feess, Evaluationsgutachten, 2009, S. 90 f.

108 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 76 Rn. 1 f., § 77 Rn. 9.

109 Großerichter, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, Einführung KapMuG, Rn. 10.

110 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 61.

111 Kruis, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1.

112 Großerichter, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, Einführung KapMuG, Rn. 10.

113 Rau, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, 2008, S. 69 f.

114 Dies, S. 179; Anders im „klassischen“ Zivilprozessrecht des Zwei-Parteien-Prozesses: Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 2, 23. Aufl. 2016, Vor § 128 Rn. 165.

Der Beibringungsgrundsatz wird im Musterverfahren zugunsten der kollektivierenden Wirkung des Verfahrens modifiziert.¹¹⁵ Als (wenn auch notwendige) Verkürzung kann § 22 I v KapMuG gewertet werden. Danach bindet der Musterentscheid nämlich auch hinsichtlich solcher Feststellungen, die die Partei dem Prozessgericht (noch) nicht vorgetragen hat.¹¹⁶

b) Bewertung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Dispositionsgrundsatz iRd KapMuG wesentliche Einschränkungen erfährt. Das ist nachvollziehbar, insbesondere wenn man bedenkt, dass es wohl zu einem nicht mehr handhabbaren, undurchsichtigen Masseverfahren führen würde, wenn jede Verfahrenshandlung zur Disposition aller Beteiligten stünde. Daher ist Hess zuzustimmen, wenn er ausführt, dass „jede Kollektivierung des Rechtsschutzes [...] eine gewisse ‚Mediatisierung‘ der Einzelkläger [bewirkt] und [...] damit zur Einschränkung der Parteiherrschaft [führt].“¹¹⁷ Diese Kollektivierung hat allerdings auch weitreichende Auswirkungen auf die Verfahrensführung durch das Gericht. So sprechen etwa Wolf/Lange von einem eingetretenen „Wandel des Richterleitbildes“, welches nicht im Einklang mit dem eher passiven Richter:innenleitbild¹¹⁸ iRd ZPO stünde.¹¹⁹ Dieser Ansicht kann so allerdings nicht gefolgt werden. Richtig ist zwar, dass die richterlichen Befugnisse im KapMuG zu einem nicht unerheblichen Teil ausgebaut wurden, allerdings ist es dem deutschen Zivilprozessrecht nicht unbekannt, dass das Gericht eine aktivere Rolle iSd Active Case Managements¹²⁰ einnimmt. Ganz

115 Kruis, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 13/1, 4. Aufl. 2017, KapMuG, § 11 Rn. 7.

116 Dies stellt keine Einschränkung, sondern eher eine notwendige Modifikation des Beibringungsgrundsatzes dar, siehe: Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 69; a.A.: Schneider, Auf dem Weg zu Securities Class Actions in Deutschland? – Auswirkungen des KapMuG auf die Praxis kapitalmarktrechtlicher Streitigkeiten, BB 2005, 2249 (2255).

117 Hess, Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme, WM 2004, 2329.

118 Vgl. Stürner/Stadler, Aktive Rolle des Richters, Judicial activism substantive and procedural, in: Gilles (Hrsg.), Anwaltsberuf und Richterberuf in der heutigen Gesellschaft, 1991, 173 (179 f.).

119 Lange, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, Einl., Rn. 35.

120 Greger, Justizreform – und nun?, JZ 2002, 1020 (1024 f.).

im Gegenteil geht der allgemeine Trend seit der ZPO-Reform in 2002 eher in Richtung einer aktiveren Verfahrensführung durch das Gericht.¹²¹ Die grundlegenden Aufgaben des Gerichts bestimmen sich wie im klassischen Zivilprozess nach den §§ 139, 273 ZPO. Lediglich hinsichtlich der Verfahrensführung kommt dem Gericht eine gesteigerte Verfahrenssteuerungspflicht zu.¹²² Außerdem behält der Beibringungsgrundsatz iRd KapMuG insoweit (nur modifiziert, s.o.) Gültigkeit, sodass es nicht gerechtfertigt ist, dem Kapitalanleger:innen-Musterverfahren einen offiziellen Charakter zuzusprechen.

Wesentlich kritischer ist jedoch die „Zwangsbeilegung“ der abhängigen Verfahren am Musterprozess zu betrachten. Der Zivilprozess soll der Durchsetzung privater Rechte und somit der Wahrung privater Interessen dienen.¹²³ Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Teilnahme am Musterverfahren der Disposition entzogen ist, selbst für den Fall, dass sich die Parteien einen eigenen Prozess leisten können und gewillt sind, mögliche, zum Musterprozess divergierende Entscheidungen, hinzunehmen. Durch die zwangsweise Einbeziehung des Ausgangsverfahrens verlieren die Parteien einen nicht unerheblichen Teil der Kontrolle über ihre Verfahren. Das ist auch nicht durch die gesetzgeberische Zielsetzung der Effektivierung des Rechtsschutzes zu rechtfertigen.

V. Schlussbemerkungen

Aus streng dogmatischer Sicht passt sich das KapMuG nur widerwillig in die klassische zivilprozessuale Dogmatik ein. Zwar kommt der Kooperationsmaxime stringent eine überbordende Rolle zu, aber insbesondere bezüglich des Dispositionsgrundsatzes zieht der Gesetzgeber keine klare Linie, indem er ein Hybrid aus Vertretermodell und Mehr-Parteien-Modell geschaffen hat. Beispielsweise scheint es so, als würden zumindest auf der Kläger:innenseite die Beteiligten unterschiedlich stark aneinander-

121 Ders., 1020 ff.; Hess, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 70.

122 Vollkommer, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 9.

123 Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Einl. Rn. 1.

gebunden. So wird etwa mit § 8 KapMuG eine ungewöhnlich harte Bindung an das Verfahren erreicht, während das Verhältnis zwischen der Musterpartei und den Beteiligten eher „locker“ erscheint. Beklagenswert ist auch das Fehlen einer wirklichen „opt-out“-Möglichkeit für die Beteiligten, wie es sie bei der class action gibt.¹²⁴ In der Praxis steht weiterhin die gelegentliche Schwerfälligkeit des Verfahrens in der Kritik.

Mögliche Lösungsansätze dafür deuten aber alle in Richtung eines Vertreter:innenmodells bzw. einer Gruppenklage,¹²⁵ die vom Gesetzgeber vormals allerdings ausgeschlossen wurden.¹²⁶ Dieser Einwand lässt sich zukünftig unter Geltung der EU-Verbandsklage¹²⁷ jedoch nicht mehr aufrechterhalten. Für die kollektive Durchsetzung von Verbraucheransprüchen hat sich der europäische Gesetzgeber nämlich für ein Vertreter:innenmodell entschieden. In dessen Anwendungsbereich fallen auch Ansprüche aus Kapitalmarktinformationshaftung,¹²⁸ sodass sich die Frage nach dem Verhältnis von Verbandsklage und Kapitalanleger-Musterverfahren stellen wird.¹²⁹ Jedenfalls ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber seinerzeit mit dem KapMuG einen gangbaren, wenn auch ausbaufähigen Weg zur Verfahrensbündelung gefunden hat.

• **Tim Melhardt** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Handelsrecht einschließlich Seehandelsrecht von Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

.....
124 Siehe dazu auch: Halfmeier/Rott/Feess, Evaluationsgutachten, 2009, S. 99 ff.

125 So plädiert Reuschle beispielsweise für die Verweisung der Beigeladenen auf ein schriftliches Vorverfahren, siehe: Reuschle, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – ein neuer Weg zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden auf dem Kapitalmarkt, öAnwBl 2006, 371 (381); Reuschle, in: Kölner Komm. KapMuG, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 36.

126 Siehe Fn. 18.

127 RL (EU) 2020/1828 vom 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der RL 2009/22/EG.

128 Siehe Anhang I Nr. (23), (36), (60) der Verbandsklagen-RL.

129 Vgl. Scherber, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828, Rn. 5.

Die Grundrechtssubjektivität gemischtwirtschaftlicher Unternehmen

„Der Staat ist nun eine Gemeinschaft von Ebenbürtigen zum Zwecke eines möglichst guten Lebens.“¹ Ist das Zusammenwirken von staatlichen und nicht-staatlichen Akteur:innen in einer Zurechnungseinheit also von Problemen befreit? Der Beitrag behandelt verfassungsrechtliche Probleme bei Einschränkungen einer juristischen Person, an der die Europäische Union und die Schweizerische Eidgenossenschaft beteiligt sind. Den Schwerpunkt bildet die verfassungsdogmatische Kardinalfrage nach der Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, die die Abgrenzung zwischen nichtstaatlicher Grundrechts- und hoheitlicher Kompetenzwahrnehmung betrifft. Ein Fallbeispiel dient als Bearbeitungsgrundlage.

I. Die öffentliche Hand in der Verwaltungspraxis

1. Öffentliche Aufgaben und Aufgabenaufwahrnehmung

Die öffentliche Aufgabenerfüllung ist Voraussetzung zur Erhaltung gesellschaftlicher Stabilität.² Öffentliche Aufgaben stellen Konkretisierungen der Staatsziele dar und verbürgen existenzielle Daseinsvorsorge, gewährleisten Handlungsfähigkeit von Staatssystemen und steuern Rahmenbedingungen gesellschaftlicher Entwicklung.³ Sie können „weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden“ noch zählen sie zu den staatlichen Aufgaben, „die der Staat selbst

durch seine Behörden wahrnehmen muss.“⁴ Die öffentliche Hand ist wegen des demokratischen Legitimationsgebots, der rechtsstaatlichen Zuständigkeits- und der Gemeinwohlbindung gem. Art. 20 II 2, III GG⁵ verpflichtet, die Aufgabenerfüllung sicherzustellen.⁶ Während bei der materiellen Privatisierung hoheitliche Aufgaben auf private Unternehmen übertragen werden, nutzen Verwaltungsträger bei der formellen Privatisierung ausschließlich staatliche Ressourcen in einer privaten Organisationsform.⁷ Die öffentliche Hand nutzt dabei statt öffentlich-rechtlichen (Körperschaft, Anstalt, Stiftung des öffentlichen Rechts) privatrechtliche juristische Personen.⁸ Sie lassen sich in drei Grundformen unterscheiden: Eigengesellschaften, gemischt-öffentliche Unternehmen aus mehreren Verwaltungsträgern und gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit privaten und öffentlichen Anteilseigner:innen.⁹ „Öffentlich“ meint die (un-)mittelbare Staatsverwaltung, insbesondere Bund, Länder und Gemeinden.¹⁰ Aufgrund der Gemeinwohlbindung ist die öffentliche Hand bei Beteiligungen zu and gemessenem Einfluss verpflichtet.¹¹

4 BVerfGE 38, 281 (299).

5 Alle folgenden Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des GG.

6 Vgl. Hartmann/Zwirner, Bedeutung und Preis der Ingerenzverpflichtung, ZöGU 2014, 213.

7 Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl 1994, 962 f., der zudem die funktionale Privatisierung beschreibt, bei der die Verantwortung beim Verwaltungsträger bleibt und der Aufgabenvollzug auf ein Privatsubjekt übertragen wird, sowie die Vermögensprivatisierung, die die Übertragung staatlichen Eigentums auf Privat meint.

8 Mayen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, 110.

9 Mayen, DÖV 2001, 110; Schoch, DVBl 1994, 962.

10 BVerfG vom 25.10.2018 – 1 BvR 1689/16, Rn. 2; vgl. § 2 II Nr. 6 EEWärmeG.

11 Die Ingerenzverpflichtung ist einfachgesetzlich auf Bundes- und Landesebene kodifiziert (vgl. § 65 I Nr. 3 BHO und z.B. § 109 I Nr. 6 NGO).

1 Aristoteles, Politik – Übersetzung von Gigon, 230.

2 Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private – Zum Begriff des staatlichen Bereichs, 1971, 13 f.

3 Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, 873 (878); Krautzberger, EÖAdP, 1971, 43 ff.

2. Verwaltungspraktische Probleme der öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP)

Eine neuere Beschaffungsform ist die öffentlich-private Partnerschaft: Eine vertragliche Zweckgesellschaft zwischen Verwaltungsträgern und Privaten zur effizienten Haushaltsentlastung.¹² Die Vorteile: Synergieeffekte, Effizienzsteigerung und Beschleunigungen durch Ressourceneinbringung, Risikoaufteilung und Funktionsteilung – die öffentliche Hand konzentriert sich auf eigene Kompetenzen und holt fehlende Sachkunde extern ein.¹³ Die sozialwirtschaftliche „Public Social Private Partnership“ beteiligt über das Bottom-Up-Prinzip zivilgesellschaftliche Gruppen.¹⁴ Defizite demokratischer Legitimation ergeben sich da, wo wegen Intransparenz, insbesondere Vertragsgeheimhaltungen, eine Rentabilitätsprüfung nicht möglich und die Gefahr verdeckter Staatsverschuldung latent ist¹⁵ – die Rechnungshöfe konstatierten den fehlenden Nachweis der Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten.¹⁶ Die Mängel sind Ausfluss des Zielkonflikts zwischen öffentlicher Gemeinwohlorientierung und privatem Gewinnstreben.¹⁷ Die ÖPP verdeutlicht die verwaltungspraktische Problemlage beim Zusammenspiel von staatlichen Institutionen und Privaten.

II. Verfassungsrechtliche Stellung juristischer Personen

Begründen öffentliche und private Akteur:innen eine Zurechnungseinheit, verschärft sich das Spannungsverhältnis zwischen nichthoheitlicher Grundrechts- und staatlicher Kompetenzwahr-

12 *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl 2005, 1.

13 *Preisch/Pözl*, Public Private Partnership in Theorie und Praxis, 2003, 41 ff.; vgl. ÖPP-Beschleunigungsgesetz (BGBl. I S. 2676).

14 *Fandel/Fistek/Mohn*, Erfassung von Synergieeffekten von Projekten des Public Social Private Partnership, ZfB 2010, 921 ff.

15 Jüngst ein Argument im Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur des Bundestages, s. Fraktionen bewerten ÖPP-Verkehrsprojekte unterschiedlich, <https://www.bundestag.de/presse/hib/819180-819180> (11.12.2022).

16 *Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder*, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten, 2011, 41 ff.

17 Die öffentliche Hand soll teilweise Gewinninteressen zur Haushaltsentlastung hegen, vgl. Art. 114 II 1 GG, § 7 BHO. Zum Zieldualismus *Hartmann/Zwirner*, ZöGU 2014, 213 ff.

nehmung. Die Kriterien für die Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen sind umstritten. Im Folgenden werden sie im Lichte höchstrichterlicher Rechtsprechung (1.) und anschließend unter Zuhilfenahme eines Falls (2.) rechtlich untersucht.¹⁸

1. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung

Das BVerfG stützt sich grundsätzlich auf den Durchgriffsansatz (a), durchbricht ihn aber für bestimmte öffentlich-rechtliche Organisationen mit der grundrechtstypischen Gefährdungslage (b).

a) Durchgriffstheorie und Konfusionsargument

Die Durchgriffstheorie basiert auf der anthropozentrischen Grundrechtssystematik, die gem. Art. 1 I einen Durchgriff auf das hinter der Organisation stehende personale Substrat in den Mittelpunkt stellt.¹⁹ Nach dem Konfusionsargument kann sich Grundrechtsfähigkeit nur bei Abwesenheit einer Grundrechtsbindung ergeben, Freiheitsrechts- und Kompetenzverstoß seien zu trennen – das Handeln von Verwaltungsträgern sei gem. Art. 1 III grundsätzlich grundrechtsverpflichtet.²⁰

Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen trage die Organisationsform für die Grundrechtsfähigkeit aufgrund ihrer historischen Bedingtheit nur indizielle Bedeutung – schließlich dürfe dem Staat „keine Flucht aus der Grundrechtsbindung ins Privatrecht“²¹ gelingen. Entscheidend sei nach der Fraport-Entscheidung, ob die öffentliche Hand bemessen am Beteiligungsverhältnis beherrschenden Einfluss ausübt – anders gewendet: Individuen erstreckten den Grundrechtsschutz auf das Unternehmen, wenn die öffentliche Beteiligung nicht überwiegt.²² Die

18 Der Fall wurde dem Sachverhalt einer Hausarbeit im Öffentlichen Recht von Prof. Dr. Christian Waldhoff aus dem Sommersemester 2018 entnommen, abgeändert und gekürzt.

19 BVerfGE 21, 362 (369); 23, 353 (372); 45, 63 (78 ff.).

20 BVerfGE 15, 256 (262); 21, 362 (369 f.); 23, 353 (372).

21 BVerfGE 128, 226 (245) – Fraport.

22 BVerfGE 128, 226 (245 ff.); vgl. *Lang*, Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen, NJW 2004, 3601.

Grundrechtsverpflichtung könne durch Rückzug der öffentlichen Hand aufgehoben werden, der Verzicht auf korporativen Freiheitsschutz beruhe auf Entscheidung des personalen Substrats.²³

b) Durchgriffsdurchbrechung: Grundrechtstypische Gefährdungslage

aa) Inländische öffentlich-rechtliche juristische Personen

Grundrechtstypische Gefährdungen seien gegeben, wenn juristische Personen dem Staat als weisungsunabhängiges Rechtssubjekt gegenüberstehen und sich im bürgergleichen Außenrechtsverhältnis zu ihm befinden.²⁴ In diesen staatsdistanzierten Bereichen seien Staatseinrichtungen einem grundrechtsgeschützten Lebensbereich zugeordnet und unterstützten Einzelne als Sachwalter:innen bei der Wahrnehmung ihrer Grundrechte.²⁵ Drei Einrichtungen werden akzentuiert: Rundfunkanstalten (Art. 5 I 2 Var. 2 und Art. 10 I), Universitäten sowie deren Fakultäten (Art. 5 III 1 Var. 2) und Kirchen (insbesondere Art. 4 I Var. 1 und 3, II).²⁶

bb) Ausländische öffentlich-rechtliche juristische Personen

Bei ausländischen, öffentlich-rechtlichen Organisationen ist die Prämisse, dass „der fremde Staat von vornherein nicht verpflichtet [sei], die Grundrechte [...] in Deutschland zu garantieren“ und das Konfusionsargument insoweit nicht greift.²⁷ Allerdings impliziert die „fehlende [...]

23 Vgl. BVerfGE 128, 226 (246 ff.).

24 BVerfGE 45, 63 (79); vgl. *Feldmüller*, Die Rechtsstellung fremder Staaten und sonstiger juristischer Personen des ausländischen öffentlichen Rechts im deutschen Verwaltungsprozessrecht, 1999, 193; *Mögele*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz für Gemeinden, NJW 1983, 805.

25 StRspr., s. nur BVerfGE 19, 129 (132). Dies weicht vom Grundsatz ab, nach dem die Grundrechte von Bürger:innen selbst wahrgenommen und „prinzipiell nicht von der Vernunfttheorie öffentlicher Einrichtungen verwaltet werden“ sollen, weil die Auflösung der Rechenschaftspflicht eine „gefährliche Einbruchsstelle in die Individualfreiheiten“ eröffne, s. BVerfGE 61, 82 (104).

26 StRspr., s. nur BVerfGE 102, 370 (387). Die Rede von „Ausnahme“ ist hinsichtlich der organisationsrechtlich indizierten Grundrechtsverpflichtung berechtigt, aber aufgrund des personalen Mitgliedersubstrats der Hochschulen und Kirchen missverständlich, vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 III Rn. 49, Stand: Januar 2022.

27 BVerfGE 143, 246 (316 Rn. 192); vgl. BVerfGE 21, 207 (209).

Grundrechtsbindung des ausländischen Staates nicht zugleich seine Grundrechtsberechtigung.“²⁸ Vielmehr könnten sich ausländische Rechtssubjekte dem inländischen Staat entziehen.²⁹ Im Kontext der Europarechtsfreundlichkeit des GG³⁰ wurde deshalb die grundrechtstypische Gefährdungslage europarechtlich flankiert und über Art. 54 i.V.m. Art. 49 I 2 AEUV die Grundrechtsfähigkeit von Staatsunternehmen aus EU-Mitgliedstaaten bejaht.³¹ Im Lichte der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG³² – wonach die EMRK und EGMR-Rechtsprechung als Auslegungshilfe heranzuziehen sind – wird wegen Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP I eine effektive innerstaatliche Rechtsschutzmöglichkeit verlangt.³³ Die europarechtsfreundliche Erweiterung des Art. 19 III habe Ausnahmecharakter.³⁴

cc) Bewertung: Pauschalität, Inkohärenz und Inkonsequenz

Dem Wortlaut und der Funktion von Art. 1 I, III, 19 III wird eine pauschale Dichotomie zwischen Grundrechtsberechtigung und -bindung nicht gerecht, vielmehr ist mit einem engen Konfusionsargument auf die konkrete Situation abzustellen.³⁵ Die Durchbrechung der Durchgriffstheorie mit einer Sachwalter-Argumentation, die entgegen den eigenen Grundsätzen angeordnet wird, ist risikobehaftet, soweit individueller Einfluss auf die Wahrnehmung eigener Freiheiten verringert wird,³⁶ und inkohärent, wenn hinter einer Institution hinreichendes personales Substrat steht.³⁷ Zudem vernachlässigt das BVerfG völkerrechtliche Wertungen, wenn

28 BVerfG NJW 2017, 217 (219, Rn. 192). So schütze Art. 14 privaten Nutzen, d.h. „nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater“, s. BVerfGE 61, 82 (107 f.). Zurecht kritisch wegen des zu weiten Konfusionsarguments BayVerfGHE 37, 101.

29 Vgl. BVerfG NJW 2017, 217 (219, Rn. 192).

30 StRspr., s. nur BVerfGE 123, 267 (354); 129, 124 (172); vgl. Präambel S. 1, Art. 23 I 1.

31 BVerfGE 143, 246 (316 ff. Rn. 191 ff.) – Vattenfall.

32 StRspr., s. nur BVerfGE 131, 268 (295 f.); 111, 307 (318); vgl. Präambel S. 1, Art. 1 II, 9 II, 24, 25, 59 II.

33 BVerfGE 143, 246 (319 Rn. 202); vgl. EGMR vom 08.07.1986, Rs. 9006/80 § 205 – Lithgow and others/United Kingdom.

34 BVerfG, NVwZ 2020, 1500.

35 *Ludwigs/Friedmann*, Die Grundrechtsberechtigung staatlich beherrschter Unternehmen und juristischer Personen des öffentlichen Rechts, NVwZ 2018, 22 (24).

36 S. Fn. 25.

37 S. Fn. 26.

es EGMR-Urteile zur Beschwerdefähigkeit von öffentlich-rechtlichen juristischen Personen³⁸ oder Eigengesellschaften³⁹ bei der Frage nach der Grundrechtsberechtigung von Organisationen mit öffentlicher Beteiligung aus Drittstaaten nicht berücksichtigt.⁴⁰

2. Fall: „gGmbH College“

Die gGmbH ist Trägerin des als Ersatzschule i.S.v. §§ 97 ff. SchulG Berlin staatlich anerkannten und genehmigten Colleges mit Sitz in Berlin. Ihre Gesellschafter:innen sind zu 50 % die EU, zu 25 % die Schweizerische Eidgenossenschaft und zu 25 % Private mit deutscher Staatsangehörigkeit. Sie bestimmen gemeinsam das Schulkonzept. Die Senatsverwaltung hat der Schule ihre Genehmigung i.S.d. Art. 7 IV 2 entzogen. Dagegen legt die gGmbH Verfassungsbeschwerde ein.

3. Beschwerde- und Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen

Nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG ist jede:r Träger:in von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten beschwerdefähig. Dabei ist jede:r an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligte jedenfalls Träger:in von den „objektiven Verfahrensgrundsätzen“ gem. Art. 101 I 2 und Art. 103 I, da sie zur Erreichung rechtsstaatlicher Waffengleichheit im Prozess dienen.⁴¹

38 EGMR vom 23.09.2003, Rs. 53984/00 Rn. 26 – Radio France; EGMR vom 07.12.2006, Rs. 02/35841 Rn. 46 ff. – Österreichischer Rundfunk/Austria.

39 EGMR vom 13.12.2007, Rs. 40998/98 Rn. 78 ff. – Islamic Republic of Iran Shipping Lines.

40 Vgl. BVerfGE 153, 182 ff. Zum Teil wird die EMRK-Wertung als Ausnahme zum Grundsatz der Beschwerdeunfähigkeit juristischer Personen öffentlichen Rechts begriffen, s. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 13 Rn. 13. Allerdings handelt es sich eher um einzelfallbezogene EGMR-Kasuistik ohne übergeordnete Begründungen, s. *Ludwigs/Friedmann*, NVwZ 2018, 22 (27 f.).

41 StRspr., s. nur BVerfGE 61, 82 (104). Richtigerweise sind die Verfahrensgrundrechte wegen Wortlaut und Systematik von Art. 93 I Nr. 4a und Art. 103 I als subjektive Rechte einzuordnen. Mit Blick auf Art. 34 I EMRK wäre so europarechtliche Anschlussfähigkeit geschaffen, vgl. *Lenz/Gerhold*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen, DVBl 2021, 980 (986 f.). Stringent ist dann eine Prüfung der Grundrechtsfähigkeit bereits in der Beschwerdefähigkeit, wird hier aber aus didaktischen Gründen bei der Grundrechtsfähigkeit behandelt.

Darüber hinaus muss eine Grundrechtsverletzung objektiv möglich sein und nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen.⁴² Wegen des Genehmigungsentzugs muss die gGmbH den Schulbetrieb einstellen und könnte in ihrer Privatschulfreiheit gem. Art. 7 IV 1 i.V.m. Art. 19 III verletzt sein.⁴³ Die gGmbH ist eine juristische Person des Privatrechts i.S.d. Art. 19 III, vgl. § 1 I GmbHG. Sie hat ihren effektiven Verwaltungssitz, d.h. ihr tatsächliches Aktionszentrum⁴⁴ in Berlin und ist inländisch, Art. 19 III. Dies gilt unabhängig vom Recht des Gründungsstaats oder der Staatsangehörigkeit der Mitglieder:innen, wenn die Ablehnung Grundrechte vernachlässigen würde,⁴⁵ da Art. 19 III funktionell die individuelle Freiheit von Personenmehrheiten stärken soll.⁴⁶ Art. 7 IV 1 ist wesensmäßig auf die gGmbH anwendbar, da Errichtung und Betrieb einer Privatschule gleich einer Individualperson korporativ möglich ist.⁴⁷

Entscheidend ist, ob die Anteilseigner:innen (a) bzw. das gemischtwirtschaftliche Unternehmen (b) grundrechtsberechtigt sind.

a) Grundrechtsberechtigung der Anteilseigner:innen

Die Grundrechtsberechtigung der privaten Gesellschafter:innen liegt vor. Umstritten ist, wie die Grundrechtsfähigkeiten der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU zu beurteilen sind.

aa) Durchgriffstheorie

Nach der Durchgriffstheorie ist die Grundrechtsfähigkeit gegeben, wenn die Betätigung der

42 StRspr., s. nur BVerfGE 38, 146.

43 Zur Verdrängung von Art. 12 I, s. LG Bonn vom 20.03.2015 – 1 O 365/14; *Kösling*, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, 172.

44 BVerfGE 21, 207 (208 f.); *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 19 III Rn. 79. Bei hinreichendem Inlandsbezug erstreckt das BVerfG wegen des Anwendungsvorrangs von Artt. 18, Art. 26 II AEUV die Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen mit Sitz im EU-Mitgliedsstaat, s. BVerfGE 129, 78 (97 ff.). Für eine Erweiterung Schutzes auf juristische Personen mit Sitz in Drittstaaten, s. *Lenz/Gerhold*, DVBl 2021, 980 (985).

45 BVerfGE 21, 362 (369).

46 *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 III Rn. 26 ff., Stand: Januar 2022.

47 BVerfGE 37, 314 (319); 40, 347 (349); vgl. BVerfGE 42, 219.

juristischen Person freier Ausdruck eines dahinterstehenden personalen Substrats ist.⁴⁸

(1) Grundrechtsberechtigung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Die Eidgenossenschaft ist nicht gem. Art. 1 III grundrechtsgebunden und handelt nicht aufgrund staatlicher Kompetenzen.⁴⁹ Hingegen gestattet sie wegen staatlicher Rechtsträgerschaft keinen Durchgriff auf ein personales Substrat.⁵⁰ Sie wäre nicht grundrechtsberechtigt.

(2) Grundrechtsberechtigung der Europäischen Union

Die EU ist eine supranationale Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV), die außerhalb deutscher Staatsgewalt steht.⁵¹ Allerdings leitet sie Hoheitsgewalt von den Mitgliedstaaten ab (Art. 23 I 1, 2) und ist innerstaatlich wie eine plurinationale juristische Person des öffentlichen Rechts zu behandeln.⁵² Sie ist nicht unmittelbar an die deutschen Grundrechte gebunden,⁵³ zugleich fehlt ihr jedoch als staatliche Sonderform personales Substrat.

Grundrechtsberechtigung könnte Art. 335 S. 1 AEUV einräumen, welcher der Union weitgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit zuschreibt.⁵⁴ Indessen zielt das Telos der Vorschrift darauf, die EU den Mitgliedsstaaten im Rechtsverkehr gleichzustellen und sie nicht zu privilegieren.⁵⁵ Die EU wäre nicht grundrechtsberechtigt.

(3) Zwischenergebnis

Die Staatsbürger:innen wären grundrechtsberechtigt, die Eidgenossenschaft und die EU nicht.

bb) Durchgriffsdurchbrechung: Grundrechtstypische Gefährdungslage

Eine grundrechtstypische Gefährdungslage könnte Grundrechtsberechtigung begründen, wenn Organisationen bürgergleich gewaltunterworfen sind.⁵⁶ Gemäß der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG impliziert die Annahme der Beschwerdefähigkeit i.S.d. Art. 34 EMRK die Grundrechtsfähigkeit.⁵⁷ Kriterien sind die Organisationsform, Hoheitsgewaltausübung, Unabhängigkeit und Öffentlichkeit der Aufgabenwahrnehmung.⁵⁸ Da ausländisch-staatliche juristische Personen ihre Rechte von ausländischer Staatsgewalt ableiten, müssen sie dem eigenen Staat ausreichend fern stehen.⁵⁹ Insbesondere dürfen sie sich als ausländischer Staat nicht auf immunitätsbezogene Sonderrechte berufen können,⁶⁰ Art. 25 i.V.m. § 20 II Var. 1 GVG verweisen dazu auf allgemeine Völkerrechtsregeln.⁶¹ Demnach dürfen Hoheitsakte aufgrund der souveränen Staatenimmunität grundsätzlich nur vom eigenen Staat überprüft werden,⁶² nicht-hoheitliche Akte können nach der restriktiven Immunität aber einer fremdstaatlichen Jurisdiktion unterliegen.⁶³

48 S. II. 1. a).

49 S. Fn. 27.

50 Vgl. BVerfGE 61, 82 (100 f.); 143, 246 (317 ff., Rn. 195 ff.).

51 Kokott, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 335 AEUV Rn. 15.

52 Vgl. Art. 3 und 5 EUV; EuGH Slg. 1964, 1253 (1269); *Athen/Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art. 335 AEUV Rn. 7, Stand: Mai 2022.

53 BVerfGE 142, 123 (179 f.); 154, 17 (88 ff.). Eine Verletzung von Art. 23 I 3 i.V.m. Art. 79 III oder Art. 1 I kommt nicht in Betracht, vgl. BVerfGE 156, 182 (199, 207).

54 Ruffert, in: Calliess/ders., EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 335 AEUV Rn. 1.

55 *Athen/Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art. 335 AEUV Rn. 31, Stand: Mai 2022.

56 S. Fn. 24.

57 Gündel, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 29.

58 Vgl. EGMR vom 13.12.2007, Rs. 40998/98 Rn. 78 ff. – *Islamic Republic of Iran Shipping Lines*. Der EuGH stellt bei der Auslegung von Art. 16 GRCh auf die Unabhängigkeit ab, s. EuGH vom 26.04.2012, Rs. 2 C-510/10 Rn. 12, 57 – DR und TV 2.

59 Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 19 Rn. 22; vgl. Feldmüller, VerwPR, 1999, 197.

60 Feldmüller, VerwPR, 1999, 200 f.

61 Mayer, in: Kissel/ders., GVG, 10. Aufl. 2021, § 20 Rn. 3; Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 5 Rn. 264.

62 Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 660 f.; Ipsen, VölkerR, 7. Aufl. 2018, § 5 Rn. 255.

63 Herdegen, Völkerrecht, 22. Aufl. 2022, § 10 Rn. 22; Doehring, VölkerR, 2. Aufl., 2004, Rn. 661 f.

(1) Grundrechtsberechtigung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Einerseits ist die Eidgenossenschaft öffentlich-rechtliches Subjekt und erfüllt staatliche Bildungsaufgaben i.S.d. Art. 7 I.⁶⁴ Andererseits ist sie kein Teil der deutschen Staatsgewalt⁶⁵ und gestaltet als Gesellschafterin das Privatschulskonzept mit, das mangels Sonderrechte durch staatliche Regelungen beschränkt werden kann. Ohne Grundrechtsschutz wäre sie bei Eingriffen rechtsschutzärmer, gegen gesetzliche Eingriffe regelmäßig rechtsschutzlos⁶⁶ gestellt, während Individuen die Verfassungsbeschwerde und Grundrechtsverpflichteten innerstaatliche Schutzmechanismen zur Kompetenzverwahrung offenstehen.⁶⁷ Sie tritt der Staatsgewalt im bürgerähnlichen Subjektionsverhältnis mit besonderer Gefährdung gegenüber. Zudem übt sie keine hoheitliche Funktion für den eigenen Staat aus, sondern genießt staatsferne Freiheit.⁶⁸ Sie wäre demgemäß grundrechtsberechtigt.

Eine Grundrechtsberechtigung könnte jedoch wegen eines Umkehrschlusses aus den Grundrechtszuweisungen gem. Art. 42 ff. GRCh zu verneinen sein, vgl. Art. 14 III 1 Var. 1 GRCh.⁶⁹ Allerdings ist wegen der freiheitsschützenden Funktion der GRCh die Anerkennung der Grundrechtsberechtigung aller juristischen Personen in der EMRK⁷⁰ als Mindeststandard i.S.d. Art. 52 III 1 GRCh zu arretieren – ein Argumentum e contrario wäre systemwidrig.⁷¹

64 BVerfGE 75, 196; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 7 Rn. 2, Stand: Januar 2022; vgl. § 1 BlnSchG.

65 Fn. 27.

66 Ein fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen Parlamentsgesetze ist prinzipiell nicht eröffnet, vgl. § 93 III BVerfGG. Bei Fehlen eines feststellungsfähigen, konkreten Rechtsverhältnisses ist eine fachgerichtliche Inzidenzkontrolle ausgeschlossen, andernfalls insbesondere bei Unzumutbarkeit das Subsidiaritätserfordernis der Verfassungsbeschwerde gewahrt, vgl. § 90 II 1 BVerfGG.

67 BVerfG NJW 2017, 217 (219 Rn. 210 f.).

68 Etwaige Finanzinvestitionen seitens der Eidgenossenschaft wären für die Grundrechtsfähigkeit grundsätzlich unbeachtlich, s. *Lenz/Gerhold*, DVBl 2021, 980 (983); vgl. *Feldmüller*, VerwPR, 1999, 194 ff.

69 Zur Privatschulfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht *Ennuschat*, Der Schutz der Privatschulfreiheit im EU-Recht, RdJB 2003, 436 (440 ff.).

70 Insbesondere mit Bezug auf Artt. 1, 34 EMRK *Crones*, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, 93 ff.

71 *Ludwigs/Friedmann*, NVwZ 2018, 22 (26).

Vielmehr könnte eine Grundrechtsberechtigung durch die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 i.V.m. Art. 54 AEUV europarechtlich abgestützt werden.⁷² Sie müsste über das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Eidgenossenschaft und der EU⁷³ für Erstere gelten.⁷⁴ Das Freizügigkeitsabkommen gewährt Gesellschaften nur ein Dienstleistungserbringungsrecht, vgl. Art. 12 I Freizüg-Abk EG/CH. Die Dienstleistungsfreiheit findet gem. Art. 57 I AEUV subsidiär Anwendung und grenzt sich über Häufigkeit, Periodizität und Kontinuität der wirtschaftlichen Teilnahme ab.⁷⁵ Art. 5 Freizüg-Abk EG/CH ist daher erst recht auf Niederlassungen anzuwenden.⁷⁶ Die Schule wurde über die Genehmigung von der zuständigen Schulbehörde erlaubt, gem. Art. 5 II lit. b) Freizüg-Abk EG/CH i.V.m. Art. 19 Anhang I ist eine inländergleiche Dienstleistungserbringung anwendbar.⁷⁷ Die Eidgenossenschaft fördert Bildungsleistung, erhält dafür öffentliche Finanzierung und übt eine kontinuierliche, selbstständige Erwerbstätigkeit i.S.d. Art. 49 I 1 AEUV aus.⁷⁸ Staatliche Zuschüsse sind unschädlich, da ein Eigenanteil verbleibt und nur ein vollkommen staatlich finanziertes Schulsystem ausschließlich bildungspolitischer Aufgabenerfüllung dient.⁷⁹ Die grundrechtstypische Gefährdungslage der Eidgenossenschaft wird durch europarechtliche Wertungen flankiert.

72 S. II. 1. b) bb).

73 ABl. Nr. L 114 S. 6 vom 30.04.2002.

74 Offenlassend BVerfG vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 188.

75 EuGH vom 30.11.1995, Rs. C-55/94 Rn. 28 – Gebhard.

76 Vgl. *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 57 AEUV Rn. 15.

77 Somit kann dahinstehen, ob die Grundfreiheiten für Organisationen innerhalb des EU-Territoriums iSe. verkehrsorientierten Betrachtungsweise unabhängig von der Unionsbürgerschaft gelten; bejahend *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV/AEUV, Art. 56 Rn. 73, Stand: Mai 2022.

78 Vgl. EuGH vom 11.09.2007, Rs. C-76/05 Rn. 17 – *Wirth; Ehlers*, in: *ders.*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 7 Rn. 38.

79 EuGH vom 11.09.2007, Rs. C-76/05 Rn. 15 f. – *Wirth*; EuGH vom 27.09.1988, Rs. 263/86 Rn. 17 f. – *Humbel und Edel*. Die Be6 reichsausnahme der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 51 I AEUV ist restriktiv auszulegen, sodass die staatliche Beleihung für Zeugniserteilungen nicht zur Einschränkung des Freiheitsschutzes im Übrigen führt, s. EuGH vom 15.03.1988, Rs. 147/86 Rn. 7 ff. – *Kommission/Griechenland*; weitergehend *Ennuschat*, RdJB 2003, 436 (437 f.).

(2) Grundrechtsberechtigung der EU

Die EU ist kein Teil deutscher Staatsgewalt, nur zur Ableitung von Hoheitsgewalt berechtigt.⁸⁰ Ihr Privatschulbetrieb kann mangels Sonderbefugnisse durch innerstaatliche Regelungen beschränkt werden – sie wäre bei Ablehnung von Grundrechtsschutz gegenüber staatlichen Eingriffen rechtsschutzärmer als Private gestellt.⁸¹ Sie tritt der Staatsgewalt im bürgerähnlichen Subjektionsverhältnis in einer besonderen Gefährdungslage gegenüber. Hinzu kommt eine unionsrechtliche Verschärfung: Im Gegensatz zu unionsmitgliedstaatlichen juristischen Personen, kann die EU kein Vertragsverletzungsverfahren anstrengen – nur die Kommission als eigenständiges Aufsichtsorgan, Art. 258 AEUV.⁸² Die europarechtliche Betrachtung perpetuiert die Grundrechtsfähigkeit der EU.

(3) Zwischenergebnis

Alle Anteilseigner:innen sind grundrechtstypisch gefährdet. Sie wären grundrechtsfähig.

cc) Durchgriffstheorie vs. Grundrechtstypische Gefährdungslage

Die Ansätze kommen im Hinblick auf die Grundrechtsberechtigung der öffentlichen Anteilseigner:innen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Für die Durchgriffstheorie spricht, dass Grundrechte Ausfluss der Menschenwürde aus Art. 1 I sind, die Organisationen nicht zukommt.⁸³ Allerdings erweitert Art. 19 III den Grundrechtsschutz über dahinterstehende natürliche Personen hinaus⁸⁴ und erkennt die Grundrechtssubjektivität juristischer Personen wegen ihrer rechtlichen Selbstständigkeit an.⁸⁵ Entstehungsgeschichtlich wollte der Parlamentarische Rat die Wei-

marer Reichsverfassung um eine Norm ergänzen, die grundsätzlich jeder juristischen Person Grundrechtsberechtigung zuspricht.⁸⁶ Schließlich können öffentlich-rechtliche juristische Personen konkret im Verhältnis zum Staat stehen, in welchem ihr Schutz vor Staatseingriffen notwendig erscheint – ihr Handeln ist nicht von ständiger Kompetenzwahrnehmung gezeichnet, eine Lähmung öffentlicher Aufgabenerfüllung infolge ihrer Grundrechtsberechtigung nicht zu befürchten.⁸⁷ Nach Verkehrsanschauung ist eine Unterscheidung zwischen Staatsrepräsentation oder Freiheitsausdruck zumeist schwierig – das darf aber nicht die Schutzbedürfnisse insbesondere der Bürger:innen ignorieren.⁸⁸ Letztlich ist das Abstellen auf eine Gefährdungslage verfassungsrechtlich trag- und europarechtlich anschlussfähiger, da sich der EGMR ähnlicher Kriterien bedient.⁸⁹ Die grundrechtstypische Gefährdungslage verdient Vorzug. Die Grundrechte sind wesensgemäß auf alle Anteilseigner:innen anwendbar.

b) Grundrechtsberechtigung der gGmbH

Die gGmbH stellt ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen dar, das von privaten und öffentlichen Anteilseigner:innen getragen wird. Sie ist gem. Art. 19 III ein autonomes Rechtssubjekt und müsste eigenständig grundrechtsfähig sein.

aa) Keine Grundrechtsfähigkeit in Quote

Der Grundrechtsstatus ist juristischen Personen als verselbstständigtes Handlungssubjekt einheitlich zuzuschreiben.⁹⁰ Eine quotenweise Realisierung der Grundrechtsbindung würde wegen beschränkter gesellschaftsrechtli-

.....

80 S. II. 3. a) aa) (2).

81 S. II. 3. a) bb) (1), insb. Fn. 66, 67.

82 Vgl. Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Auflage 2015, Art. 258 AEUV Rn. 1.

83 BVerfGE 21, 362 (369); Zippelius, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 1 Rn. 2, Stand: April 2018.

84 Lang, NJW 2004, 3601 (3602).

85 Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, 179; Kröger, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, JuS 1981, 26 (28).

86 Mutius, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 III Rn. 32 f., Stand: April 2018.

87 Nicht tragfähig ist zudem der in BVerfGE 21, 362 (371) gezeigte Umkehrschluss, dass Art. 93 I Nr. 4b bei Anerkennung der Grundrechtsberechtigung öffentlich-rechtlicher juristischer Personen überflüssig wäre, da Art. 28 II kein grundrechtsgleiches Recht darstellt, vgl. Roellecke, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, 2002, Art. 19 Rn. 120.

88 Dreier, Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, Festschrift für Hans Scupin, 1973, 81 (93).

89 Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 19 III Rn. 12; Ludwigs/Friedmann, NVwZ 2018, 28.

90 Epping, AWF, 1998, 179; Kröger, JuS 1981, 26 (28); Lang, NJW 2004, 3601 (3602).

cher Einwirkungsbefugnisse (die insbesondere Anteilseigner:innen zukommt) zum Durchsetzungsdefizit, nicht zum effektiven Grundrechtsschutz führen.⁹¹ Eine überwiegende Schutzwürdigkeit der Anteilseigner:innen ist wegen der grundrechtlichen Abwehrfunktion auf die Gesellschaft zu erstrecken – wie jedenfalls bei überwiegender Beteiligung grundrechtsberechtigter Akteur:innen anzunehmen ist.⁹² Grundrechtsberechtigte haben eine gGmbH gegründet, die sich mithin selbst in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befindet. Der Schutz ist auf die Gesellschaft auszudehnen.

bb) Keine Grundrechtsfähigkeit qua Quote

Eine Grundrechtsbindung wegen überwiegender öffentlicher Beteiligung ist nicht per se anzunehmen, sondern wegen seines dogmatischen Ursprungs im personalen Substrat mit der obigen Argumentation kritisch zu reflektieren.⁹³ Eine Beteiligungsquote ist zu starr, da sie weder Schutzwürdigkeiten der Anteilseigner:innen⁹⁴ noch faktische Mehrheiten berücksichtigt.⁹⁵ Das Problem wird mit Blick auf den Zieldualismus zwischen privaten und öffentlichen Anteilseigner:innen⁹⁶ und Interessendivergenzen zwischen Letzteren verschärft.⁹⁷ Der Bindungsautomatismus negiert die Unternehmensautonomie und suggeriert, dass eine juristische Person unter öffentlicher Beteiligung Verwaltungsträger

91 BVerfGE 128, 226 (245 ff.); vgl. § 119 II AktG.
 92 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, in: Festschrift für Hubert Niederländer, 1991, 383 (393).
 93 S. II. 3. a) cc).
 94 S. II. 3. b) aa). So sind vorübergehende Subventionierungen oder staatliche Finanzanlagen für die Grundrechtsfähigkeit grundsätzlich unbeachtlich, s. *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 90 Rn. 110 f.
 95 Vgl. § 29 II WpÜG. BVerfGE 128, 226 (245) lässt Einflussmöglichkeiten explizit unberücksichtigt, obwohl „eine Grundrechtsbindung selbst durch die Mehrheit der Eigentümer vielfach nicht durchsetzbar“ sei und auf Art. 2 I lit. f) RL 2004/109/EG rekurriert wird, der das Kriterium berücksichtigt.
 96 S. I. 3., insbesondere Fn. 17.
 97 Zutreffend *Schluckebier*, der im abweichenden Votum meint, dass bei gegenläufigen Interessen öffentlicher Anteilseigner mit jeweils einer Minderheitsbeteiligung trotz überwiegender öffentlicher Beteiligung keine Beherrschung vorliege, s. BVerfGE 128, 226 (270).

werde.⁹⁸ Eine Grundrechtsverpflichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen ist nur bei freiverantwortlicher Schutzdisposition oder Beherrschungsverträgen anzuerkennen – derart rechtssichere Kriterien beachten den hochrangigen Grundrechtsschutz und können eine Unternehmensbeherrschung präzise ermitteln.⁹⁹ Die Grundrechtsfähigkeit wäre mangels Beherrschung durch die öffentliche Hand anzunehmen.

cc) Aufgabenart

Das ausschließliche Abstellen auf öffentliche Zwecke ist zu vage, da sich private Rechtssubjekte Gemeinwohlziele setzen können ohne Rechenschaftspflichtigkeit zu begründen.¹⁰⁰ Eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Aufgaben kann die Grundrechtsfähigkeit daher grundsätzlich nicht bestimmen.¹⁰¹ Eine Ausnahme besteht, wenn die Unternehmenstätigkeit durch Gesetz, Satzung oder Vertrag einer besonderen öffentlichen Zweckbindung unterworfen wird, indem der Staat die Erfüllungsverantwortung an sich zieht.¹⁰² Für Ersatzschulen trägt der Staat gem. Art. 7 I nur eine Gewährleistungsverantwortung, die er durch die Schulaufsicht überwacht.¹⁰³ Hingegen beseitigt die privatautonome Entscheidung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht die Grundrechtsbeurteilung der gGmbH.¹⁰⁴

98 *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1998, 31, 130 ff. Im Vergaberecht judiziert der EuGH einen Ausschluss ausreichender Kontrolle durch öffentliche Anteilseigner:innen wegen jeglicher Beteiligung privater Unternehmen, s. EuGH vom 10.09.2009, Rs. C-573/07 – Sea.
 99 Nicht ausreichend *Lenz/Gerhold*, DVBl 2021, 980 (983), die bei erhöhter Schutzwürdigkeit eine Squeeze-out-Majorität, bei möglichen Beherrschungsverträgen eine Dreiviertel-Mehrheit (§ 293 AktG) verlangen.
 100 Vgl. *Berger*, Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, 2006, 91 ff.
 101 BVerfG, NVwZ 2009, 1282 stellte sekundär auf die Unternehmensaufgabe ab, seit BVerfGE 128, 226 (248 f.) wird nur die staatliche Beherrschung herangezogen.
 102 Bei der Auffang- und Gewährleistungsverantwortung ist die materielle Privatisierung zulässig, vgl. *Lang*, NJW 2004, 3601 (3603). Der Gefahr ambiger Unternehmenssatzungen kann mit einem Bestimmtheitserfordernis begegnet werden, s. *Berger*, SGU, 2006, S. 122 ff.
 103 Zu den drei Gewährleistungsdimensionen des Art. 7 I: Mindeststandard, Teilhabe- und Abwehrrecht, s. BVerfG NJW 2022, 167 (170 f.).
 104 Die Beleihung für Zeugniserteilungen bewirkt keine Freiheits-einschränkung im Übrigen, s. Fn. 79.

c) Zwischenergebnis

Die grundrechtstypische Gefährdungslage der Anteilseigner:innen führt zur grundrechtstypischen Gefährdung der gGmbH. Die gGmbH ist als autonomes Rechtssubjekt grundrechtsfähig – ihrer Verletzung in Art. 7 IV 1 i.V.m. Art. 19 III ist objektiv möglich.

III. Resümee und Ausblick

Für die Abgrenzung zwischen nichthoheitlicher Grundrechts- und hoheitlicher Kompetenzwahrnehmung einer juristischen Person werden verschiedene Ansätze vertreten. Die Prämisse des BVerfG ist ein abstraktes Konfusionsargument: Über die Durchgriffstheorie untersucht es das personale Substrat und nimmt nach dem Beherrschungsgedanken eine Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen bei überwiegender Beteiligung der öffentlichen Hand an. In bestimmten Konstellationen weicht es von diesem Grundsatz ab. Ergebnisorientiert werden subjektive Verfahrensrechte entgegen Wortlaut und Systematik zu objektiven Verfahrensgrundsätzen erhoben. Richtigerweise durchbricht das Gericht seine Durchgriffstheorie in bestimmten Fällen unter Heranziehung der grundrechtstypischen Gefährdungslage: Bei EU-mitgliedstaatlichen juristischen Personen legt es Art. 19 III über die Grundfreiheiten europarechtsfreundlich aus und zieht EMRK-Rechte heran. Die Durchbrechungen sind inkohärent, insoweit hinreichendes Mitgliedersubstrat vorhanden ist, und nicht konsequent genug, wenn EGMR-Urteile bzw. EMRK-Wertungen nicht auf Drittstaaten übertragen werden. Insgesamt ist ein konkretes Konfusionsargument präziser und die grundrechtstypische Gefährdungslage verfassungsrechtlich trag- sowie europarechtlich anschlussfähiger. Der Beherrschungsgedanke verlangt konkrete, praxisnahe Kriterien anstelle von starren Quoten. Schutzwürdigkeit ist zu achten und auf das Unternehmen auszudehnen. Schutzdispositionen können das Ergebnis der grundrechtstypischen Gefährdungslage widerlegen. Die Aufgabenart und die Organisationsform sind bloß Indiz.

Der dogmatische Grundpfeiler des BVerfG findet in den europäischen Gerichtssälen keinen Widerhall: Der EGMR und das EuG¹⁰⁵ bejahen die Grundrechtsfähigkeit staatlicher Organisationen aus Drittstaaten. Das BVerfG verweigert den überfälligen Paradigmenwechsel zur grundrechtstypischen Gefährdungslage. Ausnahmen im Lichte europäischer Rechte werden zunehmen, tradierte Argumentationsmuster zunehmend anachronistisch – Rekurse auf den Parlamentarischen Rat, der keinen Anlass für Grundrechtsschutzerweiterung sah¹⁰⁶, können im Kontext der postulierten Europarechtsintegration nicht überzeugen.¹⁰⁷ Das Ergebnis zieht weite Kreise: Das BVerfG schließt sich aus dem Rechtsweg aus und verliert europarechtliches Stimmengewicht, vgl. Art. 34 f. EMRK.

Gleichzeitig hält es durch unwidersprochene Verweise auf entgegenstehende EGMR-Judikaturen die Tür einen Spalt offen.¹⁰⁸ In Bezug auf die Gemeinschaftsrechte gilt es, eine rechtssichere Dogmatik zur Grundrechtsberechtigung staatlich beherrschter juristischer Personen zu entwickeln: Die Rechtsprechung darf nicht länger ohne übergeordnete Begründungen vorgehen.¹⁰⁹ Die Antwort auf die Grundrechtsträgerschaft bedingt die EUGRCh-Anwendbarkeit und liegt insoweit nicht im Spielraum dezentralisiert-nationaler Wertungen.¹¹⁰ Das letzte Wort hat der EuGH – es bleibt zu hoffen, dass er den Fuß in der Tür hat, wenn er sein Schweigen¹¹¹ bricht.

• **Leon Trampe** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte (Prof. Dr. Florian Jeßberger) an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektkoordinator am African-German Research Network for Transnational Criminal Justice (Direktor: Prof. Dr. Gerhard Werle).

105 So erstmals EuG vom 29.01.2013, Rs. T-496/10 Rn. 35 ff. – Bank Mellat/Rat.

106 BVerfG 129, 78 (96).

107 BVerfGE 152, 152; 152, 216.

108 BVerfGE 143, 246 (317 ff., Rn. 202).

109 Explizit *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 14 Rn. 30.

110 *Bilz*, Margin of Appreciation der EU-Mitgliedsstaaten, 2020, 347 ff.; anders wohl BVerfG, NVwZ 2020, 1500 ff. mit kritischer Anmerkung *Gundel*.

111 Vgl. BVerfG, NVwZ 2020, 1500 (1503, Rn. 28).

Der Ausgleich zwischen Privatschulfreiheit und Sonderungsverbot in allgemeinbildenden Ersatzschulen

„Das Genie hält sich nach keiner bestehenden Schule, das gründet lieber selbst Schulen“.¹ Doch wie gelingt rechtliche Handhabung, wenn das Kredo in der Praxis zu einer ökonomisch befeuerten „Spirale sozialer Selektivität“ führt, Schulbildung gar „käuflich“² wird? Der Beitrag behandelt hochaktuelle verwaltungspraktische und verfassungsrechtliche Probleme bei der Einschränkung der Privatschulfreiheit, im Schwerpunkt die Auflösung des brisanten Spannungsverhältnisses zwischen jener Freiheit und dem Sonderungsverbot. Ein Fallbeispiel dient als Bearbeitungsgrundlage.

I. Die Genesen der Privatschulfreiheit und der Privatschulfinanzierung

1. Privatschulfreiheit

Die Privatschulfreiheit vermochte viele Neuerungen in das staatliche Schulwesen einfließen zu lassen: Koedukation, Ganztagschulen, Epochenunterricht, Fremdsprachenlehre an Grundschulen oder individuelle Fördermodelle.³ In Abkehr vom staatlichen Schulmonopol können sich Ersatzschulen durch größere pädagogisch-weltanschauliche Vielfalt an die Bedürfnisse der Schüler:innen anpassen, sind probate Orte für Innovationen und haben das Potenzial, im Kontext der digitalen Transformation des Schulsystems wichtige Beiträge zur digitalen Bildung zu

leisten.⁴ Allgemeinbildende Ersatzschulen in freier Trägerschaft erfreuen sich wachsender Beliebtheit: die Anzahl hat sich seit 1992 um über 80 Prozent auf 3.600 erhöht. In Berlin besucht sie mittlerweile jede:r Zehnte.⁵

Allerdings ist ihre Existenz nicht unangefochten: Kritiker:innen sehen Privatschulen als subventionierte Vehikel zur sozialen Selektion der ökonomisch Bessergestellten.⁶ Sie verweisen auf intransparente Schulgelderhebungsverfahren, die darin kulminieren, dass sich die Schulen gegen finanzielle Offenlegungen wehren.⁷

Der Parlamentarische Rat kam 1949 zu einem dualistischen Kompromiss, der die Privatschulfreiheit aufnahm, aber die Zulassung von Ersatzschulen an das Sonderungsverbot knüpfte (Art. 7 IV 3 HS 2 GG⁸).⁹ Das Grundgesetz will damit eine Herausbildung von „Standes- oder Plutokratenschulen“¹⁰ für Besserverdienende vermeiden. Der Ersatzschulzugang soll allen offenstehen, damit „die in Art. 7 IV 1 GG gewährleistete Freiheit im Schulwesen von allen Eltern und Schülern gleichberechtigt in Anspruch genommen werden [kann]“.¹¹ Das Gebot der Allgemeinzugänglichkeit und das Verbot der

1 Rosegger, Das Sünderglöckel, 1929, 200.

2 Wrase/Jung/Helbig, Defizite der Regulierung und Aufsicht von privaten Ersatzschulen in Bezug auf das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG, 2017, 52.

3 Klein, Privatschulen in Deutschland, 2007, 16 ff.

4 Arbeitsgemeinschaft Freier Schulen, Handbuch Freie Schulen, 1999, 12 f.

5 Klemm u.a., Privatschulen in Deutschland, 2018, 5, 18.

6 Görlitz/Spieß/Ziege, Fast jedes zehnte Kind geht auf eine Privatschule, DIW Wochenbericht 51/52 / 2018, 1103 (1105).

7 Geisler, Warum so streng geheim?, <https://www.zeit.de/gesellschaft/schule/2022-10/berlin-metropolitan-school-privatschuleklage-holger-friedrich> (13.12.2022).

8 Alle folgenden Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des GG.

9 Lemper, Privatschulfreiheit, 1989, 45 f.

10 BVerfGE 75, 40 (63).

11 BVerfGE 75, 40 (65).

Differenzierung nach Besitzverhältnissen sind Ausdruck der Integrationsfunktion des gesamten Schulwesens.¹²

2. Privatschulfinanzierung

Nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Privatschulfinanzierung sind Privatschulen wegen der Anforderungen aus Art. 7 IV 2–4 gehindert, sich auskömmlich über Eigenmittel zu finanzieren und bedürfen staatlicher Förderung.¹³ Allerdings genießen sie gegenüber öffentlichen Schulen erhebliche Freiräume, die durch Eigenleistungen mitfinanziert werden müssen.¹⁴ Die Genehmigungsvoraussetzungen sichern dabei den sozialstaatlichen Gehalt der Privatschulfreiheit.¹⁵ Der Förderungsanspruch rechtfertigt sich nicht in einem „Aufwendungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private“, sondern in der Miterfüllung der „allgemeinen Bildungsaufgaben“¹⁶, die unabhängig von den elterlichen Besitzverhältnissen potentiell jedem Kind zugutekommen muss.

Das BVerfG ist in der Folge mit seinen Entscheidungen von der privatschulfreundlicheren Rechtsprechung teilweise abgerückt: 1994 wurde das Sonderungsverbot in den Anfangsjahren bis zur Zulassung jedenfalls für Gründungseltern faktisch außer Kraft gesetzt.¹⁷ Seit 1997 muss die Differenz zwischen Schulgeldeinnahmen und Aufwendungen nicht mehr vollständig erstattet werden.¹⁸ Nach einem Urteil aus 2004 besteht eine staatliche Förderpflicht erst dann, wenn das Privatschulwesen insgesamt in seiner Existenz gefährdet ist.¹⁹

12 *Robbers*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 199.

13 BVerfGE 75, 40 ff.

14 *Wrase/Hanschmann*, Grenzenlose Freiheit – staatlich gefördert?, <https://verfassungsblog.de/grenzenlose-freiheit-staatlich-gefoerdert-zum-verbot-der-sonderung-der-schuelerinnen-und-schueler-an-privaten-ersatzschulen/> (13.12.2022).

15 BVerfG vom 08.04.1986 – 1 BvL 8, 16/84.

16 BVerfGE 75, 40 (66). Ein fehlerhaftes Aufwendungsverständnis für die Finanzierung zugrunde legend daher *Brosius-Gersdorf*, Das missverständene Sonderungsverbot für private Ersatzschulen, 2017, 102 ff.

17 BVerfGE 90, 107 ff.

18 BVerfG vom 04.03.1997 – 1 BvL 26/96, 1 BvL 27/96.

19 BVerfGE 112, 74 ff.

II. Verwaltungspraktische Probleme

Mangels öffentlichen Vollzuschusses versuchen viele Ersatzschulen ein höheres Schulgeld zu erheben. Dies setzt eine Sonderungsspirale in Gang: Wer hohe Beiträge erhebt, kann das Bildungsangebot attraktiver gestalten, welches sich wiederum spezifisch an Besserverdienende richtet. Mit der Aufnahme ihrer Kinder korrelieren regelmäßig weitere Vorzüge für die Schule: höheres ökonomisches Potenzial hinsichtlich Spenden und Elternvereinsbeiträgen, höheres Bildungskapital, soziales Prestige und faktisch mehr Unterstützungsmöglichkeiten.²⁰ Ein Beispiel: Der Anteil von lernmittelbefreiten Personen auf privaten Gymnasien und integrierten Sekundarschulen mit gymnasialer Oberstufe im Land Berlin ist etwa um vier Mal geringer als bei den staatlichen Pendanten, ohne gymnasiale Oberstufe sogar über fünf Mal.²¹ Nach einer Studie zu allgemeinbildenden privaten Ersatzschulen in Berlin beachteten 2017 nur knapp ein Drittel der Grund- und Sekundarschulen die Vorgaben des Senats.²² Es ermangele mehrheitlich transparenter Konkretisierungen des Sonderungsverbots, Einkommensstaffelungen und Erlasse. Bundesweit finde keine Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen statt.²³

Die Reaktionen auf die Verbotsverletzung sind gegensätzlich: Einige möchten an die Förderung der Ersatzschulen Bedingungen wie Schulgeld-

20 *Gomolla*, in: Fürstenau/dies., Migration und schulischer Wandel, 2009, 21; vgl. BVerfGE 90, 107 (119 f.). Zum Ganzen ausführlich *Helbig/Nikolai/Wrase*, Privatschulen und die soziale Frage: Wirkung rechtlicher Vorgaben zum Sonderungsverbot in den Bundesländern, *Leviathan* 2017, 363 ff.

21 *Wrase/Helbig*, Das missachtete Verfassungsgebot, *NVwZ* 2016, 1591 (1597). Auch der Vergleich in der Zusammensetzung der Schülerschaft von Privatschulen und öffentlichen Schulen zeigt: Der Anteil von Menschen mit Migrationshintergrund ist in Privatschulen deutlich geringer, der soziale Status dagegen wesentlich höher, s. *Klemm* u.a., *Privatschulen*, 2018, 79 ff.

22 *Wrase/Jung/Helbig*, *SondVerb*, 2017, 25 ff.

23 *Wrase/Helbig*, *NVwZ* 2016, 1591 (1597 f.), die zudem Verstöße gegen ein gesetzgeberisch vorgesehenes monatliches Schulgeld iHv. 160 € durchschnittlich monieren, vgl. Nr. 5 *VVPSchG*. A.A. *Brosius-Gersdorf*, Das Sonderungsverbot für Ersatzschulen, *NVwZ* 2018, 761 (766 ff.).

freiheit²⁴, verbindliche Schulgeldtabellen²⁵ oder soziale Schülerstrukturen²⁶ knüpfen – andere fordern größere staatliche Finanzhilfen, um hohe Schulgelder zu vermeiden.²⁷

III. Verfassungsrechtliche Probleme

Das aufgezeigte Spannungsverhältnis und einhergehende verfassungsrechtliche Problemkreise werden im Folgenden unter Zuhilfenahme eines Berliner Falls rechtlich untersucht.²⁸

1. Fall: „gGmbH College“

Die gGmbH ist Trägerin des als Ersatzschule i.S.v. §§ 97 ff. SchulG Berlin staatlich anerkannten und genehmigten Colleges mit Sitz in Berlin. Die international ausgerichtete Schule besuchen 600 Schüler:innen. Regelmäßig unternimmt das College Exkursionen zu und Praxisworkshops in Unternehmen, Theatern und Museen. Sie bewirbt ein multilinguales, praxisnahes Profil in einer Broschüre, die sich u.a. an Kinder von „Topmanager:innen und Professor:innen“ richtet.

Die Senatsverwaltung bemängelt die erheblichen, von allen gleichermaßen getragenen Gebühren für Unterrichtsmaterialien, Exkursionen und Workshops, die Vergabe von lediglich sechs Vollstipendien, den fehlenden Schulgelderlass für Sozialhilfe- oder SGB-II-Leistungsempfänger:innen, den an bestimmte Berufsgruppen gerichteten Internetauftritt und die faktisch homogene Schülerstruktur. Insgesamt finde eine Sonderung der Schüler:innen nach den elterlichen Besitzverhältnissen statt,

24 In Rheinland-Pfalz besteht an den privaten Schulen eine faktische Schulgeldfreiheit, da die staatliche Förderung gem. § 28 II PrivSchG R-P an die Schulgeldfreiheit geknüpft ist. In NRW werden Schulgeldeinnahmen gem. Art. 9 II 3 NRWVerf vollumfänglich von der staatlichen Förderung abgezogen, s. Nr. 1.3.2 VVzFESchVO.

25 SPD Mitte, Segregation im Berliner Schulsystem Bekämpfen, http://spdmitte.spd-landesparteitag.de/wp-content/uploads/sites/4/2019/09/a4ii2019_segregation-im-berliner-schulsystem-bekaempfen.pdf (11.12.2022).

26 Wrase/Helbig, NVwZ 2016, 1591 (1593).

27 Vogel, „Sonderungsverbot“ und Schulgelddhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 261 (265).

28 Der Fall wurde dem Sachverhalt einer Hausarbeit im Öffentlichen Recht von Prof. Dr. Christian Waldhoff aus dem Sommersemester 2018 entnommen, abgeändert und gekürzt.

weshalb der Schule nach fruchtlosem Fristablauf die Genehmigung entzogen wird.

Die Geschäftsführerin der gGmbH erwidert: Die Landeshaushaltsmittel seien nicht kostendeckend, ohne das Schulgeld könne die Schule ihren Betrieb nicht aufrechterhalten. Eine einkommensabhängige Schulgeldstaffelung sei vorgesehen, die Gebühren gingen nicht über tatsächlich entstandene Kosten hinaus und Kinder könnten auch ohne die Teilnahme an Ausflügen dem Unterricht folgen. Für eine etwaig verfassungswidrige Schulpraxis trage die Politik die Schuld, weil die Regelung einer Schulgeldgrenze bislang nicht erfolgt sei.

2. Schutzbereich der Privatschulfreiheit

Im aufgezeigten Fall kommt eine Verletzung der Rechte der gGmbH auf Privatschul- und Berufsfreiheit in Betracht. Art. 12 I tritt dabei hinter dem in Art. 7 IV 1 normierten Schutz des wirtschaftlichen Bestehens einer Privatschule zurück.²⁹

Träger der Privatschulfreiheit sind natürliche und juristische Personen, die sich für die Gründung einer Privatschule zusammenschließen.³⁰ Die gGmbH ist eine juristische Person, auf die das Grundrecht wesensmäßig anwendbar ist und die zwecks Schulträgerschaft besteht. Der persönliche Schutzbereich ist über Art. 19 III berührt.

In sachlicher Hinsicht sichert Art. 7 IV 1 als Institutsgarantie den allgemeinen Bestand der Privatschule und eine Verwirklichung, die ihrer Eigenart gleichkommt.³¹ Privatschulen sind organisierte Einrichtungen, die unabhängig vom Personenwechsel kohärenten Unterricht erteilen und nicht von einem Träger öffentlicher Gewalt betrieben werden.³² In abwehrrechtlicher Dimension ist die Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft und ihr Schulbetrieb zugesichert,

29 Vgl. LG Bonn vom 20.03.2015 – 1 O 365/14; Kösling, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, 172.

30 BVerfGE 27, 195 (200); Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 7 Rn. 111, Stand: Januar 2022.

31 BVerfGE 6, 309 (355); Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 107.

32 Heckel, Deutsches Privatschulrecht, 1955, 218; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 15. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 25.

damit erstere nicht leerläuft.³³ Der innere Betrieb umfasst Lehrziele und -methoden³⁴ wie Exkursionen und Workshops zur Verwirklichung des Schulprofils. Der äußere Betrieb meint die Organisation der Schule insgesamt³⁵, d.h. Schüler- und Lehrerauswahlen, Lernmittelgebühren und das Schulgeldmodell.

Der Fall thematisiert eine Ersatzschule. Ersatzschulen sind Privatschulen, deren Bildungs- und Erziehungsziele mit den Bildungsgängen korrespondieren, die im Bundesverfassungsrecht³⁶, ansonsten im Landesrecht für öffentliche Schulen vorgesehen sind.³⁷ Sie bedürfen einer Genehmigung i.S.d. Art. 7 IV 2–4.³⁸

a) Rechtsnatur des Genehmigungsvorbehalts (Art. 7 IV 2–4)

Die dogmatische Einordnung des Genehmigungsvorbehalts ist umstritten und reicht von einer Schutzbereichsbegrenzung³⁹ über einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt⁴⁰ und einer verfassungsunmittelbaren Schranke⁴¹ bis hin zur vorbehaltlosen Grundrechtsgewährung.⁴² Nach der weitesten Lesart untersteht Art. 7 IV 1 einer verfassungsimmanenten Schranke, bei der kollidierende Verfassungsrechtsgüter wie insbesondere die staatliche Schulaufsicht nach Art. 7 I berücksichtigt werden müssen.⁴³ Der Genehmigungsvorbehalt verleiht ihr rechtliche Konturen.⁴⁴ Mit der engsten Auslegung könnte die Eröffnung des Schutzbereichs abzulehnen sein. Allerdings sollen Grundrechtstexte individuellen Freiheitschutz nicht aussparen, vielmehr abwehrrechtli-

chen Bürgerschutz vermitteln.⁴⁵ Der eingriffsbezogene Legitimationszwang ermöglicht konkrete Rechtfertigungsprüfungen, eine starre Schutzbereichsverengung scheidet aus.⁴⁶ Der Schutzbereich ist insoweit eröffnet.

b) Gewährleistungsumfang: Privatschulfinanzierung als Schutzpflicht

Darüber hinaus könnte der Schule ein Förderanspruch zukommen. Die Pflicht zur Privatschulförderung mit öffentlichen Mitteln leitet sich aus Art. 7 IV 1 und dem Sozialstaatsprinzip gem. Artt. 20 I, 28 I 1 i.V.m. Art. 7 IV 3, 4 ab.⁴⁷ Eine Finanzierungspflicht besteht, wenn die Schule besondere Staatsaufgaben erfüllt oder andernfalls „der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre“.⁴⁸ Dies bezeichnet die Privatschulen als Gesamtheit, nicht die einzelne Privatschule.⁴⁹ Daher ist unbeachtlich, dass das College ohne Schulgeld in seinem Bestand gefährdet ist. Die Förderanspruchshöhe ist durch den Landesgesetzgeber zu konkretisieren.⁵⁰ Dieser hat mit Blick auf Art. 3 I zu berücksichtigen, dass die Anknüpfung an kostenintensive Genehmigungsstandards regelmäßig das ökonomische Unvermögen der Ersatzschulen begründet, aus eigener Kraft bestehen zu können.⁵¹ Hingegen besteht keine Staatspflicht zur Übernahme sämtlicher Kosten.⁵² Vorliegend wurde die landesrechtlich vorgesehene Höhe gezahlt. Das College erfüllt auch keine besonderen Staatsaufgaben. Die Schule hat daher keinen Einzelanspruch auf Ausgleich. Der Schutzbereich ist insoweit nicht berührt.

33 Schmidt, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 23. Aufl. 2018, Rn. 593.

34 Vgl. BVerfGE 27, 195 (200 f.).

35 Vgl. BVerfGE 27, 195 (200 f.).

36 BVerfGE 27, 195 (201 ff.); Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 7 Rn. 112, Stand: Januar 2022.

37 BVerfGE 90, 128 (139); vgl. § 97 SchulG Bln.

38 BVerfGE 27, 195 (200); Schmidt, GR, 23. Aufl. 2018, Rn. 594.

39 Kloepfer, Grundrechte, 2010, § 68 Rn. 46.

40 Richter, in: Stein u.a., GG, 3. Aufl. 2001, Art. 7 Rn. 58.

41 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 113.

42 Thiel, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2017, Art. 7 Rn. 67.

43 Wißmann, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 7 III Rn. 233, Stand: April 2018.

44 BVerfGE 12, 349 (351).

45 Isensee, Grundrecht auf Ehre, in: Festschrift für Martin Kriele, 1997, 5 (13 f.).

46 BVerfGE 85, 386 (397); Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVdStRL 1998, 7 (20).

47 BVerfGE 75, 40 (67); Uhle, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 79.

48 BVerfGE 75, 40 (63); s. Fn. 19.

49 BVerfGE 75, 40 (61); Uhle, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 79.

50 BVerfGE 90, 107 (117); Kotzur, in: Stern/Becker, GG, 2. Aufl. 2015, Art. 7 Rn. 47.

51 BVerfGE 90, 107 (138); Schmidt, GR, 23. Aufl. 2018, Rn. 595.

52 BVerfGE 75, 68; Kotzur, in: Stern/Becker, GG, 2. Aufl. 2015, Art. 7 Rn. 47.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Schulgenehmigungsentzugs

Der Genehmigungsentzug bedarf einer Eingriffsermächtigung. Die Privatschulfreiheit unterliegt einem Genehmigungsvorbehalt (Art. 7 IV 2–4).⁵³ Gemäß dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III HS 2) ist für Eingriffe durch Verwaltung und Rechtsprechung eine gesetzliche Grundlage erforderlich.⁵⁴ Die Eingriffsermächtigung findet sich in § 98 III Nr. 4 i.V.m. § 99 I BlnSchG und muss abstrakt sowie nach ihrer konkreten Anwendung der verfassungsrechtlichen Eingriffsermächtigung genügen.

a) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Eingriffsgrundlage

Die Vorschriften sind formell verfassungsgemäß. Den Ländern steht die Regelungsbefugnis für das Privatschulwesen zu (Artt. 30, 70 I).⁵⁵ Das Schulgesetz für das Land Berlin ist in seiner aktuellen Fassung i.S.d. Art. 59 ff. VvB zustande gekommen und am 01.02.2004 ordnungsgemäß in Kraft getreten.⁵⁶

Allerdings könnten die Vorschriften wegen eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (aa) oder das Wesentlichkeitsgebot (bb) materiell verfassungswidrig sein.

aa) Verhältnismäßigkeit

Die Vorschriften sind verhältnismäßig, soweit sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Die Genehmigungsaufhebung gem. § 99 I BlnSchG dient der Schulaufsicht i.S.d. Art. 7 I und soll die Allgemeinheit vor unzulänglichen Bildungseinrichtungen schützen.⁵⁷ § 98 III Nr. 4 BlnSchG verfolgt den egalitären Zweck i.S.d. Art. 7 IV 3 HS 2, Ersatzschulzuganglichkeit unabhängig von der individuellen Wirtschaftslage zu ermöglichen.⁵⁸ Nach der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative⁵⁹ verhindert die Genehmigungsaufhebung Sonderungen und fördert die Allgemein zugänglichkeit.

Es dürfte kein den Grundrechtsträger weniger beschränkendes Mittel geben, welches dem Zweck ebenso effektiv und sicher dient.⁶⁰ In Betracht käme eine verstärkte Finanzierung durch die Länder, die die Erhebung eines Schulgelds entbehrlich macht.⁶¹ Allerdings ist der Staat gem. Art. 86 I, II VvB an die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebunden und wäre ökonomisch kaum dazu in der Lage, alle Schulen finanziell zu fördern.⁶² Vielmehr hat er nur die Institution des Ersatzschulwesens zu sichern.⁶³ Ein anderes Mittel liegt in der Sanktionierung der Schulleitung, die jedenfalls den Schulbetrieb aufrechterhalten würde. Sie würde Schulträger:innen mit wirtschaftlicher Druckausübung zu einer Änderung der Gelderhebung auffordern. Allerdings ist die Finanzsanktion gegenüber einer bloßen Abhilfefrist i.S.d. § 99 I HS 2 BlnSchG je nach Ausgestaltung nicht milder. Zudem gibt es keine Garantie dafür, dass die Schulleitung die Sonderung ebenso effektiv verhindert. Ein anderes Ergebnis

53 Stegemann, Grundrechte, 2009, 105; Schroeder, Grundrechte, 4. Aufl. 2016, Rn. 439.

54 BVerfGE 40, 237; Sachs, in: ders., GG, 8. Aufl. 2017, Art. 20 Rn. 113 f. Wird der Genehmigungsvorbehalt als verfassungsunmittelbare Schranke gelesen, ergeben sich Einschränkungen aus Art. 7 IV 2–4 selbst. Im Rahmen einer vorbehaltlosen Gewährleistung muss die Gesetzesgrundlage dem legitimen Zweck der verfassungsimmanenten Schranke dienen bzw. beim qualifizierten Gesetzesvorbehalt die entsprechenden Anforderungen erfüllen.

55 BVerfGE 27, 195 (200); Leibholz/Rinck, GG, Art. 7 Rn. 180, Stand: Juni 2018. Art. 7 IV 2 HS 2 verweist deklaratorisch auf die Landeskompetenz, s. Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 15. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 30; a.A. Richter, in: Stein u.a., GG, 3. Aufl. 2001, Art. 7 Rn. 58. Speziell für die Privatschulfreiheit ist denkbar, hieraus einen Regelungsauftrag zur landesgesetzgeberischen Konkretisierung abzuleiten, s. Wißmann, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 7 Rn. 239, Stand: April 2018

56 § 131 I BlnSchG. Das ordnungsgemäße Gesetzgebungsverfahren ist Materie des Landesverfassungsrechts und wird vom Bundesverfassungsgericht nicht geprüft, s. BVerfGE 4, 178 (189); 6, 376 (381 f.); 22, 267 (270).

57 Vgl. BVerfGE 27, 195 (203); Frowein, Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen, Berlin 1979, 6.

58 Vgl. BVerfGE 75, 40 (64 f.); Gleis, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 7 Rn. 84, Stand: Juni 2015.

59 BVerfGE 102, 197 (216).

60 BVerfGE 100, 313 (375).

61 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 108.

62 Berechnungsgrundlage ist vielmehr die Regelausstattung öffentlicher Schulen (§ 101 II 1 Nr. 2 BlnSchG), s. VG Berlin vom 15.11.2022 – 3 K 309/21.

63 S. Fn. 19.

würde der Prognoseprärogative zuwiderlaufen. §§ 98 f. BlnSchG sind erforderlich.

Sie sind angemessen, wenn die bezweckte Allge-
meinzugänglichkeit nicht außer Verhältnis zur
Eingriffsintensität steht.⁶⁴ In der Abwägung ist
einerseits die Privatschulfreiheit gem. Art. 7 IV 1
und andererseits das in Art. 7 IV 3 HS 2 veranker-
te Sonderungsverbot zu würdigen.

Durch die Genehmigungsentziehung kön-
nen Privatschulen nicht weitergeführt wer-
den. Die Betroffenheit erstreckt sich über die
Schulträger:innen hinaus. Zwar entfaltet Art. 7
IV 1 keine Drittwirkung gegenüber Lehrer:innen.⁶⁵
Inbegriffen sind aber das in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I
gesicherte allgemeine Recht zur Persönlichkeits-
entfaltung der Privatschulbetreiber:innen und
Schüler:innen sowie deren Recht auf Religions-
und Weltanschauungsfreiheit aus Art. 4 I, II.⁶⁶ Bei
Religionsunmündig- bzw. Minderjährigkeit wer-
dendieRechtezusammenmitArt. 6II1geschützt.⁶⁷
Dieser gewährt mit den Artt. 4 I Var. 3, 7 IV 1 die
Möglichkeit einer schulischen Kindererziehung,
die den religiösen bzw. weltanschaulichen Vor-
stellungen der Eltern stärker Rechnung trägt.⁶⁸
Die Rechte werden durch die Einschränkungen
bei der Schulwahl tangiert.⁶⁹ Der Genehmigungs-
entzug ist das schärfste Schwert der Schulauf-
sicht und betrifft eine Vielzahl von Personen.
Die – anders als noch in der Weimarer Verfas-
sung – verfassungsrechtlich verankerte Instituts-
garantie gibt dem Privatschulwesen einen hohen
Wert.⁷⁰ Der Eingriff ist als intensiv zu bewerten.

Andererseits müssen Ersatzschulen gem. Art.
7 IV 3 zu den öffentlichen Schulen gleichwertig
sein und Zugang für Angehörige aller finanziel-
len Schichten sicherstellen.⁷¹ Nach dem Recht
auf schulische Bildung gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 7

.....

64 BVerfGE 100, 313 (391).
65 Kösling, PrivSch, 2005, 172 f.
66 BVerfGE 75, 40 (62).
67 BVerfGE 24, 119 (143 f.); Kösling, PrivSch, 2005, 171 f.
68 BVerfGE 41, 29 (44); *Hebeler/Schmidt*, Schulpflicht und el-
terliches Erziehungsrecht – Neue Aspekte eines alten Themas?,
NVwZ 2005, 1368 (1369 f.).
69 *Hebeler/Schmidt*, NVwZ 2005, 1368 (1369 f.).
70 *Robbers*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 7
Rn. 165 ff.
71 BVerfGE 75, 40 (64 f.).

I muss jede:r einen chancengleichen Zugang zu
Bildungsangeboten erhalten.⁷² Das Sonderungs-
verbot hütet somit Kinder finanziell Schwächerer
vor Exklusion und gewährleistet gleichzeitig als
sozialstaatliches Fördergebot gem. Artt. 20 I, 28
I 1 sowie als Ausfluss des Diskriminierungsver-
bots i.S.d. Art. 3 III 1 Var. 6 die Herstellung von
Chancengleichheit bei der Ausgestaltung von
Schulgeldmodellen.⁷³ Über die Erziehungs- und
Integrationsfunktion aus Art. 7 I wird ein Gebot
der Allge-meinzugänglichkeit aufgestellt.⁷⁴ Neben
diese hochrangigen Verfassungsgüter treten die
oben aufgeführten Grundrechtspositionen der
Schüler:innen und Eltern. Das Sonderungsverbot
ist demnach ein besonders gewichtiger Rechtfertigungsgrund.

Die Genehmigung ist aufzuheben, sobald
die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Zum
Interessenausgleich wird der Schulführung
gem. § 99 I HS 2 BlnSchG eine Abhilfefrist
eingeräumt. Selbst bei Genehmigungsentzug
können Schulträger:innen mit ähnlichem, güns-
tigerem Konzept eine neue Schule betreiben. Die
Vorschriften ermöglichen angemessene Einzel-
fallabwägungen der Grundrechtspositionen und
sind verhältnismäßig.

bb) Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgebot

§ 98 III Nr. 4 i.V.m. § 99 I BlnSchG könnte gegen
die Vorgaben der Wesentlichkeitslehre versto-
ßen. Nach dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 II,
III) und Demokratiegebot (Artt. 20 I, II, 28 I) ist es
zuvörderst Aufgabe der demokratisch legitimier-
ten Legislative, die für die Grundrechtsausübung
erheblichen Aspekte durch förmliche Gesetze
zu regeln.⁷⁵ Der parlamentarische Gesetzgeber
soll wesentliche Entscheidungen nicht an die
Verwaltung delegieren und möglichst präzise
agieren.⁷⁶ Die „Sonderung“ i.S.d. § 98 III Nr. 4
BlnSchG ermöglicht als Rechtsbegriff eine ver-
fassungskonforme Auslegung durch Abwägung

.....

72 Vgl. BVerfG vom 09.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 44 ff., 65.
73 BVerfGE 27, 195 (200); 90, 107 (120); *Cremer*, Die Gründungs-
und Betätigungsfreiheit von Ersatzschulen, R&B 1/19, 3 (5 f.).
74 BVerfGE 75, 40 (63); *Robbers*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG,
7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 199, 207.
75 BVerfGE 61, 260 (275).
76 BVerfGE 133, 112 (132).

der beeinträchtigten Grundrechte im Einzelfall. Das College moniert, dass der Gesetzgeber keine Schulgeldgrenze geregelt hat. Fraglich ist, ob diese Entscheidung wesentlich ist. Wesentlich sind alle Entscheidungen, die grundrechtsrelevant sind, d.h. eine Verwirklichung oder eine hinreichende Beschränkung von Grundrechten vorsehen.⁷⁷ Eine absolute Schulgeldgrenze oder ein Schulgelddurchschnitt ist nicht notwendig, da sie keine einkommens- und vermögensangemessene Erhebung gewährleistet.⁷⁸ Allerdings setzt eine relative Schulgeldgrenze den ökonomisch-rationalen Anreiz außer Kraft, höhere Einnahmen durch Kinder Besserverdienender zu erzielen und dient so der Grundrechtsverwirklichung von Eltern und Kind.⁷⁹ Zwar wird das ersatzschulische Recht zur Wahl des Schulgeldmodells beschnitten – jedoch kommt ihnen aber die Festsetzung insoweit zugute, als sie durch transparente Grundlagen für Berechnungen von Förderansprüchen und Genehmigungsbedingungen Vorhersehbarkeit schafft.⁸⁰ Die Regelung eines zulässigen Schulgeldes ist mit Blick auf die einhergehenden Rechte der Schulträger:innen, Eltern und Kinder grundrechtsrelevant. Sie entscheidet über das Recht zum Schulbetrieb und ist wesentlich. Der Landesgesetzgeber ist zur Präzisierung des Sonderungsverbot angehalten. Blankoermächtigungen, die die schulischen Entscheidungen pauschal an die Exekutive delegieren halten die Wesentlichkeitsanforderungen nicht ein.⁸¹ Eingriffe müssen unter Nennung der wichtigsten Voraussetzungen für den Grundrechtsträger vorhersehbar und die Regelung hinreichend bestimmt sein.⁸² In Betracht käme eine gestaffelte einkommens- und vermögensabhängige Schulgelderhebung mit Er-

lassverpflichtungen.⁸³ Allerdings findet sich in § 98 III Nr. 4 BlnSchG „keine über den Wortlaut des Art. 7 IV 3 [HS2] hinausgehende Konkretisierung“.⁸⁴ Die Zweite Durchführungsverordnung zum Privatschulgesetz vom 09.12.1959 (PrivSchulGDV BE) und Verordnungen i.S.d. § 98 XI Nr. 1 BlnSchG werden auf Verwaltungsebene vorgenommen.⁸⁵ §§ 98 f. BlnSchG überlassen die Bestimmung des Sonderungsverbot der Schulverwaltung, laufen dem Parlamentsvorbehalt zuwider und sind materiell verfassungswidrig.

b) Verfassungsmäßigkeit der Anwendung im Einzelfall

Der Genehmigungsentzug könnte auf einer Verkennerung der Bedeutung und Tragweite des Art. 7 IV 1 beruhen. Grundsätzlich muss das Gericht entgegenstehenden Verfassungsrechtsgütern zu größtmöglicher Geltung verhelfen (praktische Konkordanz).⁸⁶ Das allgemeine Sonderungsverbot überwiegt die individuelle Privatschulfreiheit. Die Genehmigungsaufhebung dient der Schulaufsicht i.S.v. Art. 7 I und setzt bei Nichterfüllung der Anforderungen das Sonderungsverbot aus Art. 7 IV 3 HS 2 durch. Eine Abhilfefrist gem. § 99 I HS 2 BlnSchG ist fruchtlos abgelaufen. Die Genehmigungsvoraussetzungen dürften nicht vorliegen.

Die gGmbH erhebt Schulgeld und setzt grundsätzlich Geldzahlungen für den Schulbesuch voraus. Ohne die Mittel wäre die Schule in ihrem Bestand gefährdet, da die Landesunterstützung nicht kostendeckend ist. Das Sonderungsverbot

.....

83 Dabei sollten das verfügbare Nettohaushaltseinkommen und weitere Beiträge für z.B. schulobligatorische Nachmittagsbetreuungen berücksichtigt werden, s. *Goebel/Krause*, Einkommensentwicklung – Verteilung, Angleichung, Armut und Dynamik, in: *Daktenreport 2016*, 2016, 178. Für die gezielte Offenlegung müsste eine Pflicht des Schulträgers zur zweckgebundenen Übermittlung anonymisierter Daten an die Aufsichtsbehörde statuiert werden, s. *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1598); vgl. VGH Mannheim vom 11.04.2013 – 9 S 233/12; a.A. *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (768).

84 *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1595).

85 Über die Fortgeltung der PrivSchulGDV BE bestehen rechtliche Bedenken, weil das ihr zugrundeliegende Privatschulgesetz von 1954 aufgehoben worden ist, s. *Wrase/Jung/Helbig*, *SondVerb*, 2017, 19 ff.

86 *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 308.

77 BVerfGE 46, 46 (78 f.).

78 *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (767); *Vogel*, RdJB 2014, 261 (265).

79 *Wrase/Jung/Helbig*, *SondVerb*, 2017, 52.

80 *SächsVerfGH*, *SächsVBl.* 2014, 83 (92); *BWStGH*, NVwZ 2015, 1382.

81 *Nierhaus*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, GG, Art. 80 I Rn. 287, Stand: April 2018.

82 BVerfGE 56, 1 (12); 110, 33 (53 f.).

untersagt die Schulgelderhebung nicht generell, sofern „der Schulträger durch Staffelung des Schulgeldes [...], durch Stipendien und Nachlässe für Schüler einkommensschwacher Eltern einer Sonderung entgegenwirk[t]“.⁸⁷ Die gGmbH sieht eine Schulgeldstaffelung nach elterlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen und für mehrere Schulkinder gleicher Erziehungsberechtigter i.S.d. § 3 lit. b) PrivSchulGDV BE vor. Das ist hinreichend, wenn Stipendien und Erlässe (aa), zusätzlich anfallende Gebühren (bb) oder die Schülerstruktur bzw. Außendarstellung (cc) keine Sonderung indizieren.

aa) Erlässe und Stipendien

An einer Ersatzschule müssen genügend Erlassmöglichkeiten und Stipendien existieren, um Kindern von Geringverdiener:innen und Sozialleistungsempfänger:innen einen Privatschulbesuch zu ermöglichen.⁸⁸ Es reichen weder rare Schulgeldstipendien in Ausnahmefällen⁸⁹ noch bloße Erleichterungen für finanziell Minderbemittelte, da sie keine Allgemeinzugänglichkeit gewährleisten.⁹⁰ Letzteres ist in § 3 lit. a) PrivSchulGDV BE niedergeschrieben, weil staatliche Grundsicherungs- und Sozialhilfeleistungen das Schulgeld nicht umfassen.⁹¹ Das College sieht kein Schulgelderlass für Eltern vor, die Sozialgeld- bzw. Sozialhilfeleistungen nach den SGB II, XII beziehen. Unter 600 Schüler:innen sind sechs Stipendien Ausnahmeerscheinungen. Es liegt mangels Erlasses und hinreichender Stipendienvergabe eine Sonderung vor.

bb) Gebühren

Ein Verstoß könnte sich aus den Gebühren für Materialien und Exkursionen bzw. Praxisworkshops ergeben. Entgelte für Lernmittel unter-

.....

87 BVerwG vom 21.12.2011 – 6 C 18/10; vgl. *Sydow/Dietzel*, Schulen in freier Trägerschaft zwischen pädagogischer Einprägung und Kompatibilität mit staatlichen Bildungszielen, RdJB 2014, 239 (246).

88 *Langer*, Die ökonomische Überlastung privater Haushalte mit Schulgeld und sonstigen privaten Bildungsausgaben, R&B 4/10, 11 (14).

89 BVerfGE 90, 107 (119); *Geis*, in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 7 Rn. 84, Stand: Juni 2015.

90 BVerfGE 75, 40 (63 f.).

91 *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 ff.

fallen dem Sonderungsverbot, da der Unterrichtszugang von Lernmitteln abhängig gemacht wird.⁹² Demgegenüber ist strittig, ob außerunterrichtliche Leistungen in den Anwendungsbereich des Sonderungsverbots fallen. Ein weites Sonderungsverständnis operiert mit einer grundrechtskonformen Auslegung und bezieht alle Schulangebote i.S.d. Art. 7 I in den Anwendungsbereich ein.⁹³ Eine restriktive Lesart schließt alle Sonderleistungen aus dem Sonderungsverbot aus – d.h. alle Aufwendungen, die die staatlichen Schulleistungen objektiv-generell übersteigen.⁹⁴ Exkursionen zu und Workshops in Unternehmen, Theatern und Museen ergeben sich aus dem Lehrstoff und setzen den Unterricht außerhalb der Schule fort.⁹⁵ Wegen des hinreichenden Unterrichtsbezugs reichen sie nicht über das staatliche Schulangebot hinaus und stellen keine Sonderleistungen dar. Exkursionen und Workshops liegen abstrakt jedenfalls im Anwendungsbereich des engen Sonderungsbegriffs.

Die konkreten Ausgaben müssten gegen das Verbot verstoßen. Die Lehrkosten verursachen eine Sonderung, da sie erheblich sind und von allen gleichermaßen getragen werden müssen. Hingegen wäre es zwar möglich, dem Unterricht ohne Exkursionsteilnahme zu folgen. Insbesondere angesichts der Regelmäßigkeit der Ausflüge missen Abwesende aber einen integralen Bestandteil des multilingualen und praxisnahen Schulkonzepts, das jene Ersatzschule gerade auszeichnet. Die Entwicklung des Sozialverhaltens und die Integration in die Klassengemeinschaft gehören zum pädagogischen Konzept der Veranstaltungen – der Ausschluss eines Schülerteils bewirkt „zwei verschiedene Schulen“.⁹⁶

92 *Pollern*, Finanzielle Förderung der Privatschulen in Baden-Württemberg und Sonderungsverbot, DÖV 2011, 680 (685); *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (768 f.); vgl. § 3 lit. c) PrivSchulGDV BE, nach dem minderbemittelten Schüler:innen für besondere Anschaffungen und Umlagen jedenfalls Nachlass gewährt werden muss.

93 *Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, 218; *Robbers*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 57.

94 BVerfStGH vom 6.7.2015 – 1 VB 130/13, Rn. 76; *Pollern*, DÖV 2011, 680 (685).

95 Vgl. § 128 BlnSchG iVm. 3 I 1 AV Veranstaltungen (BE).

96 *Rux*, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 1239, 1391; vgl. § 128 BlnSchG iVm. 3 III 1 HS 2 AV Veranstaltungen BE.

Ein anderes Ergebnis würde die Schulpflicht missachten.⁹⁷ Alle hiesigen Gebühren sondern.

cc) Außendarstellung und Schülerstruktur

Der expliziten Ansprache von Berufsgruppen oder der homogenen Schülerstruktur könnte Sonderungswirkung zukommen. Unstrittig ist, dass der Ersatzschulzugang unabhängig von ökonomischen Verhältnissen gesichert sein muss. Es wird jedoch vertreten, dass nichtfinanzielle Aufnahmekriterien in der ersatzschulischen Gestaltungsfreiheit lägen.⁹⁸ Eine Schülerauswahl nach Eignung für das Schulprofil sei erlaubt, erst recht eine Broschüre, die sich an bestimmte Berufsgruppen richtet. Eine Sonderung wäre nicht impliziert. Eine andere Ansicht berücksichtigt soziale Verhältnisse und deutet Art. 7 IV 3 HS 2 als Verbot, nach elterlichem Bildungs- und Berufsstand zu sondern.⁹⁹ Um sozial schwächere Kinder nicht zu benachteiligen, sei eine Zusammensetzung erforderlich, die proportional zur Gesamtbevölkerungsstruktur verläuft.¹⁰⁰ Eine Ansprache an Kinder von Eltern mit bestimmter Profession indiziere eine Sonderung nach Berufsstand, die durch die faktische Schülerstruktur bestätigt werde. Die Außendarstellung und Schülerstruktur verstießen gegen das Sonderungsverbot.

Für die letztgenannte Ansicht spricht historisch, dass sich Art. 146 I 3 WRV gegen Standes- und Kastenschulen wendete und die Schüleraufnahme nach gesellschaftlicher Stellung verbot.¹⁰¹ Die Deutung des Sonderungsverbots in rein finanzieller Hinsicht widerspricht dem weiten Wortlaut und dem Telos.¹⁰² Schließlich ist eine soziale Segregation auch anderweitig zu befürchten: Die Aufnahmeattraktivität von Kindern wird durch Engagementmöglichkeiten, sozialem Prestige und Bildungskapital der Eltern gesteigert.¹⁰³

97 Rux, SchulR, 6. Aufl. 2018, Rn. 1392; vgl. § 128 BlnSchG iVm. 3 III 1 HS 2 AV Veranstaltungen BE.

98 BVerfGE 75, 40 (64); VG Potsdam vom 16.05.2014 – 12 K 2304/13; Reich, GG, 1998, Art. 7 Rn. 8.

99 Wrase/Helbig, NVwZ 2016, 1591 (1593).

100 BWVGH vom 11.04.2013 – 9 S 233/12.

101 BVerfGE 75, 40 (63); Parl. Rat V/2, 815; XIV/1, 630.

102 Wrase/Helbig, NVwZ 2016, 1591 (1593); vgl. § 28 II PrivSchG R-P; Art. 9 II 3 NRWVerf.

103 S. Fn. 20.

Grundrechtssystematisch untersagt Art. 3 III 1 Var. 6 eine Benachteiligung wegen sozialer Herkunft.¹⁰⁴ Allerdings meint „Besitzverhältnisse“ i.S.d. Art. 7 IV 3 HS 2 „nach allgemeinem Sprachgebrauch finanzielle Verhältnisse“.¹⁰⁵ Historisch wollte der Parlamentarische Rat mit der wortgleichen Vorgängerregelung Art. 147 I 2 WRV den Ersatzschulzugang unabhängig von der Wirtschaftslage sichern und segregierte Schulen für finanziell besser Begüterte vermeiden¹⁰⁶ – eine Schüleraufnahme nach Eignung, Begabung und Leistungsfähigkeit war gem. Art. 146 I 3, 147 I 2 WRV sogar vorgeschrieben.¹⁰⁷ Verfassungsrechtlich kann die Schülerauswahl nach nichtfinanziellen Kriterien allenfalls eine mittelbare Diskriminierung bedeuten. Diese ist im Kerngehalt der Privatschulfreiheit begriffen bzw. im Einklang mit der Systematik der Diskriminierungsverbote i.S.d. Art. 3 III 1 und dem Prinzip der Bestenauslese aus Art. 33 II gerade nicht verboten.¹⁰⁸ Die Außendarstellung und die Schülerstruktur können daher keine Sonderung indizieren.

4. Ergebnis des Falls „gGmbH College“

Im Fallbeispiel sind die Genehmigungsvoraussetzungen nicht erfüllt, da das College durch zusätzliche Gebühren und Defizite bei Erlässen sowie Stipendien nach elterlichen Besitzverhältnissen sondert. Der Eingriff in Art. 7 IV 1 ist aber mangels hinreichend bestimmter gesetzlicher Eingriffsgrundlage verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

IV. Resümee und Ausblick

Die Rechtslage in Berlin ist verfassungswidrig und von einem Regelungs- und Kontrolldefizit geprägt. Der Gesetzgeber muss konkrete Regelungen zur Schulgelderhebung treffen, um Vorhersehbarkeit zu ermöglichen, dem sozialstaat-

104 BVerfGE 48, 281 (288); Heun, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 118.

105 Brosius-Gersdorf, NVwZ 2018, 761 f.

106 Parl. Rat XIV/2, 1355; Landé, Die Schule in der Reichsverfassung, 1929, 156.

107 Landé, Schule ReichsVerf, 1929.

108 Brosius-Gersdorf, NVwZ 2018, 761 (765 f.). Offen bleiben iSv. „leistungsabhängigen Quotierungen“ mögliche Hilfskriterien bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.

lichen Gehalt der Privatschulfreiheit gerecht zu werden und staatliche Finanzhilfen an demokratische legitimierte Voraussetzungen zu koppeln. Ausformungen durch eine eingestaubte Rechtsverordnung von 1959, die auf einem vor Dekaden aufgehobenem Gesetz basiert, offenbaren evidente Regelungslücken. Den Reformbedarf hat die zuständige Senatsverwaltung für Bildung kürzlich selbst anerkannt.¹⁰⁹ Der Freiraum beim Schulgeldmodell muss zudem von Behörden und Gerichte wirksam kontrolliert werden.

Eine Sonderung nach elterlichen Besitzverhältnissen hat verschiedene Erscheinungsformen: sozialunverträgliche Einkommensstaffelungen, Entlastungsdefizite oder zusätzliche Gebühren. Nicht sonderungsrelevant ist die soziale Zusammensetzung der Ersatzschule. Die Verstärkung der sozialen Segregation durch das Privatschulwesen ist problematischer Ausfluss der mangelnden sozialen Durchlässigkeit, der Selektivität des staatlichen Bildungswesens insgesamt. Die Homogenität beraubt die Schule ihrer integrativen Funktion, denkbar ist ein Rückgriff auf sozioökonomische Hilfskriterien bei der Schulaufnahme im Falle gleicher Eignung, Befähigung und Leistung.

Dies gilt umso mehr angesichts aktueller Rechtsentwicklungen. Mit der Anerkennung des Rechts auf Bildung meißelte das BVerfG einen Meilenstein für das Bildungsverfassungsrecht und stärkte die Rechtsposition der Schüler:innen: „Das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht der Kinder und Jugendlichen ist [...] das subjektivrechtliche ‚Gegenstück‘ zur objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates aus Art. 7 Abs. 1 GG, schulische Bildungsmöglichkeiten zu eröffnen, die deren Persönlichkeitsentwicklung dienen“.¹¹⁰ Wenngleich das Grundrecht keinen originären Leistungsanspruch für Schüler:innen auf eine bestimmte Gestaltung von Schulen vermittelt, entfaltet es sich in „verschiedenen Gewährleistungsdimensionen“.¹¹¹ Dabei muss der

.....

109 Geisler, <https://www.zeit.de/gesellschaft/schule/2022-10/berlin-metropolitan-school-privatschule-klage-holger-friedrich> (13.12.2022). Die Senatsverwaltung ist gem. § 4 I 1 AZG iVm. Nr. 16 IV HS 1 ZustKat AZG zuständig.

110 BVerfG vom 09.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 48.

111 BVerfG vom 09.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 44.

chancengleichen Entwicklung von Schüler:innen überragendes Gewicht beigemessen werden und dem Recht in Privatschulen die gleiche Bedeutung zukommen.¹¹² Das „neue“ Grundrecht hat das Potenzial, die künftige Debatte um das Sonderungsverbot maßgeblich zu prägen.

• **Leon Trampe** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte (Prof. Dr. Florian Jeßberger) an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektkoordinator am African-German Research Network for Transnational Criminal Justice (Direktor: Prof. Dr. Gerhard Werle).

.....

112 BVerfG vom 09.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 56, 65.

Urteilsammlung

Das private Hausrecht und seine Einschränkungen aus Vertrag und Verfassung

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.05.2020 – V ZR 275/18

Vorinstanzen

LG Gera, Urteil vom 12.10.2018 – 1 S 71/18
AG Stadtroda, Teilanerkennnis- und Schlussurteil vom 02.03.2018 – 2 C 117/17

Leitsätze

I. Die Erteilung eines Hausverbots bedarf nicht schon dann eines sachlichen Grundes, wenn der Hausrechtsinhaber die Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr ohne Ansehen der Person öffnet, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, dass die Verweigerung des Zutritts für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet (im Anschluss an BVerfGE 148, 276).

II. Welche Bedeutung der Zugang zu einer Einrichtung für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben hat, ist nicht aus der Perspektive des einzelnen Besuchers zu beurteilen; vielmehr ist aus objektiver Sicht desjenigen, der die Einrichtung dem allgemeinen Publikumsverkehr öffnet, zu fragen, welche Funktion die von ihm willentliche eröffnete und betriebene Einrichtung bei typisierter Betrachtung hat.

III. Der Besuch einer Therme entscheidet nicht in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben. [...] (Leitsätze des Gerichts)

IV. Eintrittskarten sind grundsätzlich kein bindendes Angebot des Ausstellers auf Abschluss eines Vertrags über den Besuch seiner Einrichtung. (Eigener ergänzender Leitsatz)

Problemaufriss (Abstract)

In seinem Urteil setzt sich der BGH mit möglichen Einschränkungen des privaten Hausrechts auseinander. Dabei stellt er den Leistungsinhalt von Eintrittskarten dar, über welchen sich Kund:innen weniger erfreuen werden, doch der im Ergebnis sachgerecht ist.

Weiter wird ausführlich dem Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit nachgegangen. Dabei verwendet der BGH die Bezeichnung von gewohnten Figuren der Grundrechtsdogmatik, verdeckt damit jedoch, dass die Rechtsprechung ein neues und verfassungsrechtlich diffiziles Phänomen geschaffen hat.

A. Sachverhalt

Die Beklagte betreibt eine Therme. Die Klägerin erwarb als deren Stammkundin nicht personengebundene Eintrittskarten. Vor der Verwendung der Eintrittskarten erteilte die Beklagte der Klägerin ein unbefristetes Hausverbot für die Therme.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, das Hausverbot zurückzunehmen, hilfsweise den bereits entrichteten Eintrittspreis zu erstatten. Das AG hat die Beklagte zur Rückzahlung verurteilt, Zug um Zug gegen Rückgabe der Eintrittskarten. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das LG hat die Klage auf Aufhebung des Hausverbots abgewiesen. Die Revision der Klägerin hinsichtlich des Hausverbots war ohne Erfolg.

B. Wesentliche Aussagen des Gerichts

Der BGH hat entschieden, dass die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rücknahme des Hausverbots hat.¹ Das Hausrecht beruhe auf dem Recht auf Grundstückseigentum bzw. -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB). Es ermögliche als Ausdruck der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG sowie der durch Art. 2 I GG gewährleisteten Privatautonomie grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, ob und wem Zutritt zur eigenen Einrichtung gestattet wird.² Auf der anderen Seite stehe insbesondere das Recht der Kundschaft auf Gleichbehandlung nach Art. 3 I GG, welches durch die Erteilung eines Hausverbots verletzt sein könnte.³

Im Allgemeinen könnten sich Einschränkungen des Hausrechts aus dem AGG, welches vorliegend nicht einschlägig sei, aufgrund vertraglicher Bindung oder aus dem GG ergeben.⁴

Der BGH stellt dar, dass es sich bei nicht personengebundenen Eintrittskarten um kleine Inhaberpapiere gem. § 807 BGB handelt. Diese würden entsprechend ihrer Rechtsnatur keine das Hausrecht der ausstellenden Person einschränkende zivilrechtliche Bindung entfalten.⁵

Nach der Rechtsprechung des BVerfG folgt aus Art. 3 I GG kein objektives Verfassungsprinzip.⁶ Allerdings entnimmt der BGH der genannten Grundsatzentscheidung des BVerfG, dass in spezifischen Situationen Art. 3 I GG Ausstrahlungswirkung entfaltet. Diese Wirkung dränge betroffene private Betreiber:innen u.a. zu einer Rechtfertigungspflicht, was die Erteilung eines Hausverbots ohne sachlichen Grund verhindere. Dazu seien öffentliche Einrichtungen mit Kommunikationscharakter zu zählen. Eine solche liege vor, wenn kumulativ die Voraussetzungen erfüllt sind, dass der/die Rechtsinhaber:in die eigene Einrichtung für die Allgemeinheit ohne An-

sehen der Person öffnet und dass die Zutrittsverweigerung für die betroffene Person wesentlich über ihre Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.⁷ Die erhebliche Bedeutung sei aus objektiver Sicht der Betreiber:innen dieser Einrichtungen zu bestimmen; es stelle sich die Frage: Welche Funktion hat die von ihm/ihr nach eigenem Willen eröffnete Einrichtung bei allgemeiner Betrachtung? Auf etwaige besondere Übungen, Bedürfnisse oder Interessen des/der einzelnen Kund:in komme es so zum Schutz der Rechtssicherheit nicht an.⁸

Eine Therme diene der Erholung und Entspannung; einem/einer Kund:in komme es typischerweise nicht auf den Besuch einer bestimmten Therme an. Damit scheidet ein Kommunikationscharakter aus.⁹

Eine Monopolstellung, aus welcher sich ggf. noch eine Einschränkung des Hausrechts ergeben könne, liege bei der von der Beklagten betriebenen Therme ebenfalls nicht vor.¹⁰ Folglich sei die Erteilung des Hausverbots nicht an das Vorliegen sachlicher Gründe gebunden und daher wirksam.

C. Analyse

Die Privatautonomie gewährleistet, dass jede:r in einer liberalen Gesellschaft frei ist, nach eigenem Willen selbstverantwortlich zu handeln.¹¹ Dazu gehört insbesondere Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen zu gestalten, weshalb die Vertragsfreiheit das zentrale Instrument der Privatautonomie darstellt.¹² Als Voraussetzung zum Abschluss eines Vertrags nach § 311 I BGB beherrscht die Privatautonomie das gesamte Privatrecht.¹³ Damit die Vertragspartner:innen tatsächlich autonom handeln können, hat der

1 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 4).
 2 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 5).
 3 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 14).
 4 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 14).
 5 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 12).
 6 BVerfGE 148, 267 (283).

7 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 14 ff.).
 8 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 17).
 9 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 22).
 10 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 25).
 11 BVerfGE 72, 155 ff.; 89, 214 (224 ff.); Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, 290 ff.; Köhler, BGB AT, 46. Aufl. 2022, § 5 Rn. 1; Stadler, BGB AT, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 1 f.
 12 WD 3 - 3000 - 101/19, 3; Stadler, BGB AT, 2020, § 3 Rn. 4 f.
 13 Vgl. Fn. 10.

Gesetzgeber Vorschriften geschaffen, die z.B. im Falle von gestörter Vertragsparität zu einem ausgewogenen Kräfteverhältnis führen sollen. Dies ist auch als seine sozialstaatliche Pflicht aus Art. 20 I GG zu sehen.¹⁴

I. Einschränkungen aus AGG

Zum einen hat der deutsche Gesetzgeber zur Umsetzung verschiedener EU-Richtlinien das AGG eingeführt, um jedenfalls verpönten Diskriminierungsgründen entgegenzuwirken.¹⁵ Dass ein solches Merkmal i.S.v. § 19 AGG vorliege, nimmt der BGH jedoch zutreffend nicht an.¹⁶ Anderes einschlägiges EU-Recht ist nicht ersichtlich.¹⁷

II. Einschränkungen aus Vertrag

Weiter sei allerdings eine Einschränkung aus Vertrag möglich. In einem solchen Fall könne sich der/die Beklagte nur unter bestimmten Umständen von diesem lösen wegen des Grundsatzes pacta sunt servanda (§ 241 I BGB).¹⁸ Hierbei könnte der/die Thermenbetreiber:in ggf. eine Anfechtung, Kündigung aus wichtigem Grund oder Unterlassungsansprüche gegen Störer:innen geltend machen.¹⁹ Allerdings würde bei einer Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtum gem. § 119 II BGB jedenfalls das unverzügliche Erheben der Klage fehlen (§ 121 I 1 BGB). Wichtige Gründe oder eine Störereigenschaft der Klägerin hat der BGH nicht thematisiert.

Folglich scheint sich im Falle eines Vertragsschlusses zwischen der Betreiberin und der Kundin die Lösung von dem Vertrag nicht nach den allgemeinen Vorschriften des BGB zu vollziehen. Eine willkürliche Vertragsbeendigung könnte so etwa wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB, Grundsatz des venire con-

tra factum proprium)²⁰ unzulässig sein. Außerdem könnte eine Schadensersatzpflicht für die Betreiberin aus § 826 BGB bzw. §§ 280 I, 241 II BGB folgen.²¹ Im Wege der Naturalrestitution nach § 249 I BGB wäre der Zustand wiederherzustellen, der ohne das schädigende Ereignis existieren würde. Ohne die Vereitelung des Vertragsschlusses durch die Betreiberin läge ein wirksamer Vertrag zwischen Betreiberin und Kundin vor.

So ist die Frage zu beantworten: Was für ein (Vertrags-)Verhältnis entsteht bei Aushändigung einer Eintrittskarte zwischen der ausstellenden Person und der Person, die den Besitz der Eintrittskarte erlangt?

Würde zwischen der Betreiberin der Therme als Ausstellerin und der Kundin als Inhaberin der Eintrittskarte direkt ein Vertrag über den Besuch der Therme vorliegen, würde die Beseitigung des schädigenden Ereignisses (Vereitelung des Zutritts zur Therme) praktisch einen Kontrahierungszwang bedeuten. Dies begründet die Gewichtigkeit der Antwort.

1. Rechtliche Einordnung einer Eintrittskarte

Zunächst ist die rechtliche Bedeutung einer Eintrittskarte zu untersuchen. Eine Eintrittskarte ist ein Inhaberpapier i.S.v. § 807 BGB.²² Sie wird ausgegeben, ohne den/die Gläubiger:in zu nennen und unter Umständen, aus denen sich ergibt, dass die ausstellende Person dem/der Inhaber:in zu einer Leistung verpflichtet sein will, vgl. § 807 BGB. Der in ihr verkörperte Anspruch wird auch als verbrieftes Recht bezeichnet. Es gilt: „das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier“. Der ausstellenden Person kommt es also grundsätzlich nicht auf die kon-

14 BVerfGE 81, 242 (254 ff.); 89, 214 (224 ff.); Baer, ZPR 2002, 290 (292); Jestaedt, Vierter Beratungsgegenstand: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: Pitschas u.a. (Hg.), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, Band 64 2005, 298 (343); Stadler, BGB AT, 2020, § 3 Rn. 6.

15 Vgl. § 1 AGG.

16 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 14).

17 Ausführlich zur Gleichheit in der EU: Tomuschat, Gleichheit in der Europäischen Union, ZaöRV 2008, 327 ff. m.w.N.

18 BGH, NJW 2010, 146; Köhler, BGB AT, 2022, § 8 Rn. 7; Stadler, BGB AT, 2020, § 3 Rn. 3.

19 BGH, NJW 2012, 1725 ff.; BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 7).

20 Scholz, Politische Betätigung als Ausschlussgrund im Privatverkehrsverkehr, JR 2014, 137 (138); Schulze, Das private Hausrecht, JZ 2015, 381 (388).

21 Eidenmüller, Der unliebsame Kritiker: Theaterkritik und Schmähhkritik, NJW 1991, 1339 (1441 f.) m.w.N.; Stadler, BGB AT, 2020, § 3 Rn. 9 ff.

22 BGH, NJW 2009, 1504 (1508); BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 9); OLG Köln, NJW-RR 1994, 687; Döring, Kartenvorverkauf im Zeitalter moderner Kommunikation, RRa 2003, 247 f.; Gutzeit, Handelsbeschränkungen für Eintrittskarten, BB 2007, 113; Habersack, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2020, § 807 Rn. 6 ff.; Marburger, in: Staudinger, BGB, § 807 Rn. 3, Neubearbeitung 2015.

krete Person an, mit welcher der Vertrag geschlossen wird.²³ Das passt auch zu dem Betrieb der Therme der Beklagten, die sie grundsätzlich für die breite Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person öffne.²⁴

2. Entstehung des verbrieften Rechts

Aus objektiver Sicht ist festzustellen, dass die ausstellende Person eine Eintrittskarte erstellt und diese einem/einer Kund:in aushändigt. Aus dem Gesetzestext ergibt sich jedoch nicht eindeutig, wie sich ein Vertragsschluss im Einzelnen zusammensetzt, weshalb die dogmatische Grundlage für die Entstehung des verbrieften Rechts umstritten ist.

a) Kreationstheorie

Als älteste Auffassung ist die Kreationstheorie zu nennen, welche ausschließlich auf die Kreation des Papiers (Skripturakt) abstellt. Dies sei eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung und begründe damit das Rechtsgeschäft.²⁵ Hierzu wurden einige Modifikationen entwickelt, die versuchen unbillige Ergebnisse dieser Theorie zu korrigieren.²⁶ Allerdings ist grundsätzlich der Rechtsbindungswille der ausstellenden Person im Zeitpunkt der Kreation fraglich, so könnte es regelmäßig bereits an der Abgabe einer Willenserklärung im Rechtssinne mangeln.²⁷

.....

23 Vogel, in: BeckOGK, BGB, § 793 Rn. 10, 39, Stand: 01.07.2022; Brox/Henssler, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 29 Rn. 521 ff.

24 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 20).

25 Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porter: rechtsgeschichtlich, dogmatisch und mit Berücksichtigung der deutschen Partikularrechte, 1857, 334 ff.; Marburger, in: Staudinger, BGB, Vorb. §§ 793-808 Rn. 15 m.w.N., Neubearbeitung 2015; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, S. 32 ff; v. Randow, Anleihebedingungen und Anwendbarkeit des AGBGesetzes, ZBB 1994, 23 (26).

26 Vogel, in: BeckOGK, BGB, § 793 Rn. 52, Stand: 01.07.2022; Grünhut, Wechselrecht, 1897, S. 266 ff.; Gursky, Wertpapierrecht, 3. Aufl. 2007, S. 17; Hueck u.a., Recht der Wertpapiere, 11. Aufl. 1986, § 3 I 1.

27 Baumbach u.a., Recht des Zahlungsverkehrs, 24 Aufl. 2020, Rn. 33; Gursky, Wertpapierrecht, 2007, S. 18; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechte, 1956, § 12; Köhler, BGB AT, 2022, § 6 Rn. 11 f..

b) Vertragstheorie

Nach der Vertragstheorie entsteht das verbrieftete Recht dagegen durch Angebot und Annahme gem. §§ 145 ff. BGB. Dieser sog. Begebungsvertrag vollzieht sich i.d.R. konkludent bei Aushändigung des Papiers durch die ausstellende Person. Der Skripturakt stelle als Vorbereitungshandlung lediglich einen Realakt dar.²⁸ Allerdings fehlt es hier wiederum an notwendigen verkehrsschutzrechtlichen Erfordernissen. So würde bspw. ein/e gutgläubige/r Zweiterwerber:in im Falle der Nichtigkeit des zwischen Aussteller:in und erste/n Nehmer:in vereinbarten Begebungsvertrags nicht wirksam das verbrieftete Recht erwerben.²⁹

c) Rechtsscheintheorie

Schließlich hat sich die sog. Rechtsscheintheorie berechtigterweise als inzwischen herrschende Ansicht durchgesetzt.³⁰

Hiernach ist Ausgangspunkt für die Entstehung des Rechts Skripturakt und Begebungsvertrag. Hinzukommt, dass zutreffend ein/e gutgläubige/r Zweiterwerber:in im Gegensatz zur ausstellenden Person eines gültigen Inhaberpapiers bei ursprünglich nichtigem Begebungsvertrag schutzwürdiger ist und wirksam das Papier erwirbt. So führt nur diese Theorie kraft Rechtsscheintatbestands zu interessengerechten Ergebnissen.³¹

d) Zwischenergebnis

Daraus ist zu schließen, dass beim Kauf einer Eintrittskarte ein gemischter Sach- und Rechts-

.....

28 Baumbach u.a., Zahlungsverkehr, 2020, Rn. 31 f.; Brox u.a., Handelsrecht, 2020, § 30 Rn. 537; Hueck u.a., Wertpapiere, 1986, § 3 I 2b.

29 Vogel, in: BeckOGK, BGB, § 793 Rn. 53, Stand: 01.07.2022; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 246.

30 BGH, NJW 1993, 1068 (1069); Brox u.a., Handelsrecht, 2020, § 30 Rn. 538; Gursky, Wertpapierrecht, 2007, S. 17 ff.; Hueck u.a., Wertpapiere, 1986, § 3; Habersack, in: MüKo, BGB, 2020, Vorb. § 793 Rn. 31; Marburger, in: Staudinger, BGB, Vorb. §§ 793-808 Rn. 19, Neubearbeitung 2015.

31 BGH, NJW 1973, 282 ff.; NJW 1993, 1068 f.; Baumbach u.a., Zahlungsverkehr, 2020, Rn. 31 ff.; Hueck u.a., Wertpapiere, 1986, § 3; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, 1956, § 12; Gursky, Wertpapierrecht, 2007, S. 17.

kauf gem. §§ 433, 453 BGB zustandekommt. Die Eintrittskarte als körperlicher Gegenstand i.S.v. § 90 BGB stellt die Sache dar und der verkörperte Anspruch das Recht. Die Übergabe und Überweisung des Papiers und des darin verbrieften Rechts richtet sich nach den sachenrechtlichen Grundsätzen gem. §§ 929 ff. BGB.³²

3. Leistungsverpflichtung

Es stellt sich allerdings noch die umstrittene Frage, worin diese Verpflichtung besteht. Dazu soll das Modell des Vorvertrags sowie des Optionsvertrags in den Blick genommen werden.

a) Vorvertrag

Als Vorvertrag würde der Kauf einer Eintrittskarte (lediglich) die Verpflichtung der ausstellenden Person auf Abschluss des Hauptvertrags verkörpern,³³ hier den Besuch der Therme.

b) Optionsvertrag

Bei der Annahme eines Optionsvertrags, wäre in der Eintrittskarte bereits ein bindendes Vertragsangebot seitens der ausstellenden Person auf Abschluss des Hauptvertrags zu sehen. Die Person wiederum, die eine Eintrittskarte besitzt, könnte durch einseitige Erklärung das bereits fixierte Vertragsverhältnis begründen.³⁴ Dieses Modell wird in der Literatur grundsätzlich im Falle von Eintrittskarten vertreten. Die genau bestimmte in einer Eintrittskarte verkörperte Leistung spreche dafür.³⁵

32 RGZ 109, 295 (297); OLG Köln, NJW-RR 1994, 687; Ahrens, Gutscheine, BB 1996, 2477; Döring, RRA 2003, 247; Langhake u.a., Preisanpassungsklauseln bei Geschenkgutscheinen, VuR 2013, 253 (254).

33 BGH, NJW 1988, 1261 f.; Köhler, BGB AT, 2022, § 8 Rn. 50 ff.

34 Georgiades, Optionsvertrag und Optionsrecht, Festschrift für Karl Larenz, 1973, 409 (421); Köhler, BGB AT, 2022, § 8 Rn. 53 ff.; Weber, Der Optionsvertrag, JuS 1990, 250.

35 Ahrens, BB 1996, 2477 (2479); Knöfel, Werbegutscheine im Bürgerlichen Recht, AcP (210) 2010, 655 (674 f.); Langhake u.a., VuR 2013, 253 (255); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 1, 14. Aufl. 1987, § 7 I.

c) Ansicht des BGH

Der BGH beschreibt, dass in dem Begebungsvertrag eine zivilrechtliche Bindung zu sehen ist.³⁶ Er schließt sich allerdings nicht der Revision an, welche die „Eintrittskarten“ als „Angebotseintrittskarten“ bezeichnete,³⁷ mit denen der ausstellenden Person grundsätzlich eine vertragliche Verpflichtung auf Einräumung der Benutzung der Einrichtung obliege.³⁸ Ausführlich begründet der BGH, dass die vorliegende Situation nicht etwa mit der einer Hotelbuchung aus vorangegangenem Urteil vergleichbar ist.³⁹

Es liege kein solches Verhältnis vor, das zu einer Einschränkung des Hausrechts der ausstellenden Person führe. Dies wäre dem BGH zufolge nicht mit der Rechtsnatur des § 807 BGB vereinbar. Zum einen wegen des fehlenden Einflusses der ausstellenden Person von Eintrittskarten darauf, von wem und wann diese verwendet werden würden. Zum anderen könne eine Person, der gegenüber ein Hausverbot ausgesprochen worden ist, nachträglich über Dritte in den Besitz von Eintrittskarten gelangen.⁴⁰ Letzterem ist entgegenzuhalten, dass der ausstellenden Person jedenfalls die Arglistenrede gem. § 796 Var. 3 BGB analog zustünde, welche den Vertragsschluss verhindern würde.⁴¹

Grundsätzlich könnte diese Annahme des BGH als Relativierung der zivilrechtlichen Bindung verstanden werden und wäre als solche aus verfassungsrechtlicher Sicht wegen der in Art. 20 II 2 GG statuierten Gewaltenteilung problematisch. Es würde die vom Gesetzgeber des BGB gesetzten Vorschriften zur Vertragsverpflichtung abschwächen. Außerdem ist es für Inhaberpapiere gem. § 807 BGB gerade charakteristisch, dass sie keiner Inhaberklausel bedürfen. Möglich wäre es einem/einer Thermenbetreiber:in gleicher-

36 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 12).

37 LG Gera, BeckRS 2018, 52793 (Rn. 32 ff.).

38 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 12).

39 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 10 f.) mit Bezug zu BGH, NJW 2012, 1725 f.

40 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 12).

41 RGZ 133, 388 f.; Eidenmüller, NJW 1991, 1439 (1443); Weller u.a., Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.05.2020 – V ZR 275/18, NJW 2020, 3382 ff.

maßen bspw. nur Namenspapiere mit Inhaberklausel i.S.v. § 808 BGB auszugeben oder gar keine Eintrittskarten solcher Art zu vertreiben.

Allerdings wird mit der Begründung, dass wegen fehlender Personalisierung der tatsächliche (Haupt-)Vertragsschluss zu unbestimmt sei, vielmehr klar, dass sich der BGH zum Vorvertragsmodell bekennt. Die Unbestimmtheit der Eintrittskarten spreche gegen einen Optionsvertrag. In den Eintrittskarten sei kein bindendes Angebot seitens des/der Betreiber:in auf Besuch der Therme zu sehen, sondern lediglich eine Verpflichtung, in der Zukunft den Hauptvertrag zu schließen.

d) Auslegung des Inhalts der Eintrittskarte

Der Inhalt der Eintrittskarte und damit des selbstständigen Leistungsversprechens aus dem Begegnungsvertrag kann dogmatisch im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ermittelt werden.⁴² Ganz konkret hat eine solche Eintrittskarte für die Therme z.B. die Aufschrift „Erwachseneneintrittskarte zu 4 Stunden“. Aus der Preisliste für die Therme ergibt sich dafür bspw. ein Wert dieser i.H.v. 13 €. Regelmäßig wird die Kundschaft in den Eingangsbereich treten und die Eintrittskarte dem zuständigen Personal vorzeigen. Das Personal nimmt die Eintrittskarte an sich und übergibt dem/der Kund:in eine andere Karte.⁴³ Diese kann der/die Kund:in benutzen, um die Schranke zu passieren und damit in die Therme zu gelangen.

Es sind auch Konstellationen denkbar, in denen das Personal der Kundschaft die Schranke selbst öffnet nach Einzug der Eintrittskarte und ohne Ausgabe einer neuen Karte. Ferner könnte die ausstellende Person auf ihr Recht zur Aushändigung der Eintrittskarte gem. § 797 BGB analog verzichten und das Vorzeigen der Eintrittskarte genügen lassen, um Zutritt in die Therme zu gewähren. In den seltensten Fällen dürfte anzunehmen sein, dass die Kundschaft mit der Eintrittskarte direkt in die Therme treten kann, ohne diese zumindest dem Personal vorzuzeigen.

42 Vogel, in: BeckOGK, BGB, § 793 Rn. 138 ff., Stand: 01.07.2022; Knöfel, AcP (210) 2010, 655 (681).
 43 Als Art Schuldschein i.S.v. § 371 BGB.

Doch selbst in diesem Fall würde ein/e Kund:in i.d.R. vor den Augen des Personals in die Therme gehen. Genauso ist es bei Automaten, die die geschilderten Vorgänge mit einem Menschen ersetzen könnten und regelmäßig im Sichtbereich von Personal platziert sind.

Es ist also zu beobachten, dass in allen realistischen Konstellationen, ein/e Betreiber:in sich eine Art von Kontrolle vorbehält. Somit ist nicht ersichtlich, dass mit Aushändigung einer Eintrittskarte jeder Person, die in den Besitz dieser kommt, bereits ein Zutrittsrecht in die Therme eingeräumt werden soll.

Die in Frage stehende Eintrittskarte verkörpert vielmehr lediglich die Verpflichtung der ausstellenden Person, die Eintrittskarte als Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 I BGB) anzunehmen.⁴⁴ Eine solche „Eintrittskarte“ könnte daher in factio als „Gutschein“ über den Eintrittspreis bezeichnet werden.⁴⁵

Dem BGH zustimmend scheint also das Vorvertragsmodell vorzugswürdig.⁴⁶ Damit wird auch der zu Beginn problematisierte Kontrahierungszwang zum Abschluss eines Vertrags über den Besuch der Therme umgangen. In der Gestalt eines Vorvertrags würde der Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, 241 II i.V.m. § 249 I BGB lediglich den Wert der Eintrittskarten darstellen. Dies war die Rechtsposition der Kundin vor dem Erhalt des Hausverbots.

III. Einschränkungen aus Verfassung

Schließlich muss die Verfassung in den Blick genommen werden. Grundrechte sind zwar in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen Eingriffe des Staates.⁴⁷ Das BVerfG hat mit dem

44 Bei Gutscheinen: Knöfel, AcP (210) 2010, 655 (675 f.); Zwickel, Vertragsbeziehungen und Gestaltungsmöglichkeiten beim Gutscheingeschäft, NJW 2011, 2753 (2755).
 45 So inzwischen ausdrücklich in den AGB der betroffenen Therme: Kristall Therme Bas Klosterlausnitz, AGB & Badeordnung II 1., <https://kristalltherme-bad-klosterlausnitz.de/agb/> (04.08.2022).
 46 Bei Gutscheinen: Senff, Die Gutscheine, 2003, S. 208; Zwickel, NJW 2011, 2753 (2755).
 47 BVerfGE 61, 82 (101); Maurer, Staatsrecht I, 2010, § 9 Rn. 23; Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2021, § 3 Rn. 52 f.

sog. Lüth-Urteil im Jahr 1958 allerdings festgestellt, dass sie auch eine objektive Werteordnung verkörpern und so in der ganzen Rechtsordnung Ausstrahlungswirkung entfalten.⁴⁸ Dies entspricht auch dem geltenden Vorrang der Verfassung und der Einheit der Rechtsordnung nach Art. 20 III GG.⁴⁹

Überwiegend ist anerkannt, dass die Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Privaten gelten. Andernfalls liefe die Privatautonomie leer. Allerdings seien die Grundrechte im Wege der Auslegung von Generalklauseln im Zivilrecht (z.B. §§ 242, 826 BGB) zu beachten, was auch als mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bezeichnet wird.⁵⁰ Des Weiteren kann die objektive Werteordnung von Grundrechten eine staatliche Schutzpflicht begründen.⁵¹

Die Privatautonomie ist als Ausdruck von Art. 2 I GG vom Staat zu beachten.⁵² Grundsätzlich könne sich jedoch in bestimmten Situationen eine Pflicht des Staates ergeben, unter Rückgriff auf die Grundrechte ggf. noch verbliebene „Lücken“ im Gesetzesrecht zu füllen.⁵³

Zivilrichter:innen haben regelmäßig bei einer Kollision von Freiheitsrechten und Privatautonomie, diese Interessen in Ausgleich zu bringen.⁵⁴ Seit jedenfalls der im Jahr 2018 verkündeten Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG,⁵⁵ auf welche der BGH vorliegend Bezug nimmt,

48 BVerfGE 7, 198 ff.

49 BVerfGE 49, 148 ff.; 95, 64 ff.; Maurer, Staatsrecht I, 2010, § 9 Rn. 40; Sodan u.a., Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 7 Rn. 17.

50 BVerfGE 73, 261 ff.; 89, 214 ff.; 112, 332 (358); BGH, NJW 2002, 2228 ff. m.w.N.; Dürig, Grundrechte und Privatrechtsprechung, in: Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, 157 ff.; Guckelberger, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, 1151 ff.; a.A.: BAG 1, 85 (193 f.); 24, 438 (441) – aufgegeben; Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, RdA 1950, 121 ff.

51 BVerfGE 39, 1; 46, 160 (165).

52 Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 9 Rn. 38; vgl. Fn. 13.

53 Michl, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910 (917); krit.: Kelsen u.a., Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 438 ff.

54 BGH, NJW 1995, 861 ff.; NJW 1996, 1128 ff.; Michl, JZ 2018, 910 (915); vgl. Fn. 13.

55 BVerfGE 148, 267 ff.

ist die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 I GG auch zwischen Privaten in spezifischen Konstellationen kein Novum.

1. Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit

Allerdings ist die Anwendung des Art. 3 I GG im Privatrechtsverkehr durchaus problematisch, weil die Möglichkeit der Ungleichbehandlung als Kernbestand der Privatautonomie angesehen wird. Dementsprechend waren bereits die kritischen Stimmen bei Einführung des AGG laut.⁵⁶ Art. 3 I GG fordert außerdem im Gegensatz zu Freiheitsrechten unbedingt und unabhängig von der „Intensität“ der Diskriminierung, welche so auch gar nicht festgestellt wird, eine Rechtfertigung. Eine Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrechtsverkehr kann daher nur bei (situativ) staatsgleicher Grundrechtsbindung Privater angenommen werden.⁵⁷ Diese Annahme wird dadurch gestärkt, dass der BVerfG in diesem Zusammenhang den Betreiber:innen Verfahrensanforderungen aufbürdet,⁵⁸ welche ausschließlich aus Art. 3 I GG abgeleitet werden.⁵⁹ Das BVerfG und der BGH jedoch sprechen dennoch ausschließlich von einer mittelbaren Drittwirkung.⁶⁰ Damit entzieht sich die Rechtsprechung der notwendigen Rechtfertigungspflicht, die aus der Einflussnahme auf die Gewaltenteilung nach Art. 20 II 2 GG resultiert. Die Rechtsprechung entwickelt eigene Regeln zur Verwirklichung des Gleichheitssatzes und übernimmt damit insbesondere Aufgaben, die wegen der Wesentlichkeitstheorie dem demokratisch

56 BVerfGE 89, 214 (231); BGH, NJW 2013, 1519 ff.; Braun, Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, 424; Fahr, Deutschland wird wieder totalitär – Echo, JuS 2002, 727; Säcker, „Vernunft statt Freiheit!“, ZRP 2002, 286 (287); Schöbener u.a., Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht, ZEuS 2004, 43 (46).

57 Hellgardt, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 f.; Manssen, Staatsrecht II, 2021, § 5 Rn. 137 ff.; Michl, JZ 2018, 910 (915); ders., Wer darf wen „diskriminieren“? Zum Nichtannahmebeschluss in Sachen Hotelverbot (1 BvR 879/12), <https://verfassungsblog.de/wer-darf-wen-diskriminieren/> (04.08.2022).

58 BVerfGE 148, 267 (285 f.).

59 Hellgardt, JZ 2018, 901 (902); Michl, JZ 2018, 910 (917).

60 BVerfGE 148, 267 ff.; BGH, BeckRS 2020, 14209.

legitimierten Privatrechtsgesetzgeber obliegen.⁶¹ Es bleibt zu untersuchen, ob die vom BVerfG aufgestellten und vom BGH verwendeten sowie konkretisierten Kriterien rechtfertigen, private Betreiber:innen ausnahmsweise als Teil der Hoheitsgewalt i.S.v. Art. 1 III GG zu behandeln.

2. Rechtliche Verantwortung

Aus Art. 3 I GG folge eine Einschränkung des Hausrechts für solche Veranstalter:innen, die ihre Einrichtung nach eigener Entscheidung der Allgemeinheit ohne Ansehen der Person öffnen und der Besuch dieser für die Betroff:innen ein wesentlicher Bestandteil ihres kulturellen Lebens bildet.⁶² Mit dem Kommunikationsmerkmal ergänzt der BGH die Anforderungen im Vergleich zu seiner früheren Rechtsprechung zugunsten der Betreiber:innen.⁶³ Diese restriktive Anwendung des Art. 3 I GG im Privatrecht ist aus dogmatischer Sicht, auf Grundrechte hilfsweise zurückzugreifen, angezeigt.

Unstrittig könne jedenfalls die Öffnung der Therme für die Allgemeinheit ohne Ansehen der Person bejaht werden.⁶⁴ Besonders ist, dass der BGH erstmals festlegt, wie das zweite Merkmal zu ermitteln sei. Mangels Abstellen auf die subjektiven Umstände des/der einzelnen Kund:innen, ordnet der BGH objektiv eine Therme primär als Ort der Erholung und Entspannung ein. Damit komme ihr nicht der erforderliche Kommunikationscharakter zu.⁶⁵ Hierbei scheint es sachgerecht dieses Charakteristikum aus objektiver Sicht des/der Betreiber:in der Einrichtung zu beantworten. Grundsätzlich sind zwar insbesondere in einer pluralistischen Gesellschaft Konstellationen gegeben, in denen für Menschen bspw. der Besuch einer Therme von größerem Gewicht für ihre Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ist als der Besuch eines Fußballstadions, wo dieses

Merkmal angenommen wurde.⁶⁶ Allerdings würde das Abstellen auf die Perspektive der Kundenschaft zu erheblicher Rechtsunsicherheit für den/die Betreiber:in führen, wie der BGH überzeugend zeigt.⁶⁷

Die von Verfassungen wegen besondere rechtliche Verantwortung solcher Veranstalter:innen begründete das BVerfG noch mit der am Eigentum der Person, die das Hausrecht innehat, anknüpfenden Sozialbindung nach Art. 14 II GG.⁶⁸ Eine nähere dogmatische Begründung bleibt von der Rechtsprechung jedoch aus. Es kann nur auf die genannten Erwägungen verwiesen werden: ein Scheitern der grundrechtsgewährleisteten *iustitia commutativa* ruft zur Sicherstellung der Privatautonomie aller Parteien die intervenierende *iustitia distributiva*.⁶⁹

3. Vergleichbarkeit mit Monopolstellung

Ferner vergleicht die Rechtsprechung die Entscheidungsmacht dieser Veranstalter:innen mit der von Betrieben, die ein Monopol innehaben oder strukturell überlegen sind.⁷⁰ Für Unternehmen dieser Art folgt ein Kontrahierungszwang bei willkürlicher Verweigerung des Vertragsschlusses ohne sachlichen Grund regelmäßig aus § 826 i.V.m. § 249 I BGB oder aus spezialgesetzlichen Vorschriften.⁷¹

Festzuhalten ist, dass marktbeherrschende Unternehmen de facto mit Betrieben gleichgesetzt werden, die der Allgemeinheit geöffnet und für ihre Teilhabe am gesellschaftlichen Leben erheblich sind. Die Rechtsprechung bekennt sich damit zu einer Stärkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG. Dies ist begrüßenswert und angezeigt in einer kreativen Gesellschaft, in der nicht nur die Erfüllung der Bedürfnisse des Leibes, sondern auch der Seele von essenzieller Bedeutung ist. Damit weisen diese

61 BVerfGE 88, 103 (116); 128, 193 (215 ff.); 138, 377 (395 ff.); BGH, NJW 2007, 1961 ff.; Hellgardt, JZ 2018, 901 ff.; Isensee u.a., Handbuch des Staatsrecht Band IX, 3 Aufl. 2011, § 188 Rn. 1; Michl, JZ 2018, 910 (917).

62 BVerfGE 148, 267 (284); BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 16).

63 BGH, NJW-RR 1991, 1512 m.w.N.; NJW 1994, 188 f.; NJW 2010, 534 (535 ff.); NJW 2012, 1725 (1727).

64 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 20).

65 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 22).

66 BVerfGE 148, 267 (284).

67 BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 24).

68 BVerfGE 148, 267 (284).

69 Vgl. Fn. 13.

70 BVerfGE 148, 267 (284); BGH, BeckRS 2020, 14209 (Rn. 16, 25).

71 Eidenmüller, NJW 1991, 1439 (1441 f.); Looschelders, Schuldrecht AT, 19. Aufl. 2021, § 6 Rn. 6 ff.; Stadler, BGB AT, 2020, § 3 Rn. 9 ff. m.w.N.

Einrichtungen auf ihre Art eine machtvolle Position auf, die einem Bürger-Staat-Verhältnis gleicht.

D. Fazit

Das Urteil kann wegen der erörterten Relevanz für die Praxis als (kleine) Grundsatzentscheidung des BGH eingestuft werden.

Es wird deutlich, dass sich Einschränkungen des privaten Hausrechts sowohl aus Vertrag als auch aus der Verfassung ergeben können. Hinsichtlich der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ist an den Gesetzgeber zu appellieren, zumindest ausschlaggebende Orientierungspunkte zu formulieren. Auch wenn im Ergebnis sachgerecht, bleibt der ohne nähere Erklärung erfolgte Anschluss des BGH an die Rechtsprechung des BVerfG problematisch. Es ist mehr Transparenz wünschenswert.

Eine Begründung für die (situativ) faktische Grundrechtsbindung Privater und insbesondere für die Stärkung der Gewalt- und Entscheidungskompetenz der Judikative zulasten der Legislative bleibt abzuwarten.

• **Magdalena Benjamin** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und ist dort studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Law and Economics, Rechtstheorie, Völker- und Europarecht bei Prof. Dr. Anne van Aaken. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar zum Zivilrecht bei Prof. Dr. Claudia Schubert eingereichten Seminararbeit. Magdalena Benjamin wurde für ihre Seminararbeit im Jahr 2022 der Magdalene-Schoch-Preis verliehen.

Impressum

Hamburger Rechtsnotizen

11. und 12. Jahrgang (2021/22) – Heft 1 – Februar 2023

ISSN (Print) 2191-6543 – ISSN (Online) 2699-2299

www.hamburger-rechtsnotizen.de

Ständige Redaktion

Larissa Creydt (Chefredaktion)

Alisha Thomas (Chefredaktion)

Maria Tsantis (Chefredaktion)

Paul Ole Gasthuber

Daniel Gravanis

Felicitas Pook

Tim Wissemann

Erweiterte Redaktion

Kim Freudenthal

Louisa Sophia Hadadi Awal Bajestani

Emma Junk

Peter Kroschewski

Tim Melhardt

Jönnä Rabe

Johannes Schurian

E-Mail: redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb und Abonnements

Professor Dr. Aziz Epik

E-Mail: vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de

Layout und Satz

Simon Schmitz

simon@nomisschmitz.com

[linkedin.com/in/nomisschmitz](https://www.linkedin.com/in/nomisschmitz)

Website

Paul Ole Gasthuber

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e.V.

Einzelvertretungsberechtigt sind:

Professor Dr. Aziz Epik (Erster Vorsitzender)

Professor Dr. Dr. Milan Kuhli (Zweiter Vorsitzender)

E-Mail: verein@hamburger-rechtsnotizen.de

Hamburger Rechtsnotizen e.V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR1030 eingetragen.

Sitz und Postanschrift von Herausgeber und Redaktion

Universität Hamburg

Fakultät für Rechtswissenschaft

Rothenbaumchaussee 33

20148 Hamburg

Manuskripteinreichung

Die Redaktion freut sich über die Einreichung von Beiträgen in digitaler Form für die nächsten Ausgaben. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der:die Autor:in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die:der Autor:in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

Druck

Buch- und Offsetdruckerei Stubbemann GmbH
Bundesstraße 10, 20146 Hamburg

hamburger-rechtsnotizen.de

ISSN (Print) 2191-6543
ISSN (online) 2699-2299

Hamburger Rechtsnotizen

